לפני כבוד השופט ד"ר מנחם רניאל

התובעים:
1. עו"ד עמית זילברג, ת"ז 035697580
2. גלעד זפרן, ת"ז 046242970

נגד

המשיבים:
1. Mega Advanced Mathematical System Ltd.
2. New Sport and Marketing Ltd.
3. לוטונט מועדון חברים בע"מ
4. Log Tech Communication Ltd.
5. מילר יאן, ת"ז 304765639
6. אברהם לוי, ת"ז 223586
7. מיכה שריג, ת"ז 055923353
8. צח כרמלי, ת"ז 033199985

נגד

צדדי ג':
1. סופר ספיד בע"מ
2. אילן ברזני
3. יקיר נסיבוב

<u>פסק דין</u>

בפניי תובענה ייצוגית שעניינה טענה להפרת סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושירותים), התשמ"ב-1982 (להלן: "**חוק התקשורת**"), שהוסף בתיקון מס' 40 לחוק התקשורת מיום 27.5.2008.

<u>רקע:</u>

1. בהחלטתי מיום 26.1.16 קיבלתי את בקשתם של התובעים לאישור הגשת תובענה ייצוגית כנגד הנתבעים (להלן: "**הבקשה לאישור**"). כפי שנאמר בהחלטה, התובע 1, קיבל לקו הטלפון שבבעלותו דברי פרסומת אסורים שנועדו לקדם מכירת מוצריו של מפעל הפיס באמצעות נתבעות 1-3. התובע 2 קיבל, הודעות פרסומת למכשיר הטלפון ולתיבת הדואר האלקטרוני שלו, שנועדו לקדם מכירת מוצריו של מפעל הפיס באמצעות נתבעות 2 ו-4. הבקשה לאישור הוגשה במקור גם כנגד מפעל הפיס עצמו (המשיב 1 בבקשת האישור), אך נדחתה בהעדר עילה נגדו ומאחר ולא הוכח שמפעל הפיס הפר חובה המעוגנת בחוק התקשורת. ביחס לנתבעים נקבע שנתקיימו התנאים הדרושים לאישורה של התובענה כייצוגית ועל כן התקבלה בקשת האישור ביחס אליהם.

2. נתבעות 1-3 הן חברות פרטיות, המוכרות לציבור "מנויים" או חברות ב"מועדוני לקוחות", לקנייה קבוצתית של השתתפות בהגרלות (הימורים חוקיים) שעורך מפעל הפיס:

א. Mega Advanced Mathematical System Ltd., נתבעת 1 (להלן: "**מגה**"), היא חברה פרטית שהקימה ומתפעלת אתר אינטרנט בכתובת www.smartwinners.co.il, ומוגדרת בו כמפעילה את מועדון "סמארט ווינרס", "**מועדון חברים להגרלת הלוטו והצ'אנס של מפעל הפיס. המועדון מעניק ללקוחותיו מוצרי לוטו מתקדמים שמשפרים את סיכויי הזכייה ואת סכום הזכייה במידה ניכרת**". החברה משווקת ומספקת ללקוחותיה שירות שליחה של תוכניות לוטו קבוצתיות, בדיקה ממוחשבת של הטפסים, גביית הזכיות ושליחת שיקים ללקוחותיה.

ב. New Sport and Marketing Ltd., נתבעת 2 (להלן: "**ניו ספורט**") הקימה ומתפעלת אתר אינטרנט בכתובת www.3355.co.il, לפיו עיקר עיסוקה בהפעלת מועדון מינויים- איגוד חברים, מילוי משלוח טופסי הגרלה המתקיימות על ידי מפעל הפיס והמועצה להסדר הימורים בספורט.

ג. לוטונט מועדון חברים בע"מ, נתבעת 3 (להלן: "**לוטונט**") היא חברה למשלוח הגרלות לוטו, המספקת שירותים למשתתפים בהגרלת הלוטו מבית מפעל הפיס, ולמשתתפים בהגרלת הטוטו של המועצה להסדר הימורים בספורט, ומשווקת את מוצריה באמצעות אתר האינטרנט www.lottonet.co.il.

ד. Log Tech Communications Ltd., נתבעת 4 (להלן: "**לוגטק**"), היא חברה העוסקת בשיווק באמצעות האינטרנט והבעלים הרשום של מאגר מידע מס' 700031533, ששמו "קורות חיים וכרטיסי עסק". המטרות להן מיועד המידע במאגר הן "**הפניית תוכן רלוונטי למחפשי עבודה ולעסקים, הכוללת גם הצעות עבודה וגם תוכן שיווקי**". לוג-טק עושה שימוש במאגר זה לשליחת הודעות פרסומת למכירת מוצרי פיס.

3. נתבעים 5-8 הם הבעלים הרשומים והדירקטורים של נתבעות 1-4, כמפורט: מר יאן מילר, נתבע 5, הוא הדירקטור היחיד של מגה ובעל המניות היחיד שלה באמצעות "פירנאה אחזקות בע"מ (להלן: "**מר מילר**"); מר אברהם לוי, נתבע 6, הוא הדירקטור ובעל המניות היחיד של ניו ספורט (להלן: "**מר אברהם לוי**"); מר מיכה שריג, נתבע 7, הוא הדירקטור ובעל המניות היחיד של לוטונט (להלן: "**מר שריג**"); מר צח כרמלי, נתבע 8, הוא הדירקטור ובעל המניות היחיד של לוג-טק (להלן: "**מר כרמלי**").

4. בהחלטת האישור נקבע שהקבוצה בשמה תנוהל התובענה הייצוגית היא "**כל הנמענים אשר קיבלו באמצעות מסרונים (SMS) והודעות דואר אלקטרוני, הודעות "ספאם" שנועדו לקדם מכירת מוצרים של מפעל הפיס, מבלי שניתנה הסכמתם מראש בכתב**". הוגשו שתי בקשות רשות ערעור לבית המשפט העליון על ההחלטה המקבלת את בקשת האישור. בית המשפט העליון (רע"א 1621-16 **MEGA ADVANCED MATHEMATICAL SYSTEM LTD נ' עו"ד עמית זילברג** (נבו, 14.6.16)) (להלן: "**עניין מגה**") קיבל את הערעור בחלקו, בכל הנוגע להגדרת הקבוצה בלבד. לפיכך, בהתאם להחלטת בית המשפט העליון הגדרת הקבוצה היא כדלקמן: "**כל הנמענים אשר קיבלו באמצעות מסרונים (SMS) והודעות דואר אלקטרוני, הודעות "ספאם" שנועדו לפרסם את עסקיהם**

או לקדם את מטרותיהם של הנתבעים מבלי שניתנה הסכמתם מראש בכתב". יתר הטענות נדחו. עילת התובענה היא הפרת חובה חקוקה וזאת בזיקה לסעיף 30א לחוק התקשורת, והסעד הנתבע הוא פיצוי בגין נזק לא ממוני בגין כל דבר פרסומת, לחברי הקבוצה.

5. כפי שקבע בית המשפט העליון בהחלטתו מיום 22.11.18 ברע"א 9989/17, 1176/18, 4668/18, שהוגשו על החלטות למחיקת כתבי הגנה עקב אי גילוי מסמכים והחלטות נוספות (וציין החלטות קודמות בבקשות רשות ערעור שהוגשו מעת לעת), "ככל שהערכאה הדיונית סבורה כי הדבר דרוש, נתונה הסמכות בידה למנות מומחה בודק שיעריך את היקף הקבוצה המיוצגת או לחלופין לקבוע כי אי גילוי המסמכים יפעל לחובת המבקשים במישור הראייתי". עד אז סברתי שניתן למנות בודק רק במסגרת אישור הסדר פשרה. על כן, נעתרתי לבקשת התובעים ובהחלטתי מיום 3.4.19 מיניתי את מר ספי מרקל כבודק מטעם בית המשפט (להלן: "**הבודק**"), שנדרש לברר את כמות ההודעות שנשלחו מטעם הנתבעים ללא הסכמה מראש מיום 23.3.08 עד 26.1.16. חוות דעת הבודק הוגשה לתיק בית המשפט ביום 24.11.19 ולאחר מכן הוגשו על ידו שתי חוות דעת משלימות (בתאריך 9.2.21 (להלן: "**חוות דעת המשלימה הראשונה**") ומתאריך 20.10.21 (להלן: "**חוות דעת המשלימה השנייה**")).

6. בעקבות ממצאי חוות דעת הבודק הוגשה הודעת צד ג' מטעם לוטונט ומר שריג (להלן: "**המודיעים**") כנגד צדדי ג' לאחר שהתרתי את הגשתה בהחלטתי מיום 21.6.20. ההודעה הוגשה כנגד חברת סופר ספיד בע"מ, צד ג' 1 (להלן: "**סופר ספיד**"), שנטען שהתקשרה בהסכם עם לוטונט, בו התחייבה לספק ללוטונט פרטים של לקוחות פוטנציאליים שהביעו עניין במידע לגבי שירותים, כדוגמת השירותים המסופקים על ידי לוטונט (להלן: "**לידים**"). נטען שצד ג' 2, מר אילן ברזני, הוא נציגה המורשה של חברת סופר ספיד, מכח היותו נושא משרה בה. נטען שצד ג' 3, מר יקיר נסיבוב, הוא בעליה ובעל המניות היחיד בסופר ספיד .

7. ההודעה כנגד צד ג' 2, מר אילן ברזני, נדחתה בהסכמה ללא צו להוצאות ביום 3.11.20. כנגד צד ג' 1 ו-3 (סופר ספיד ומר יקיר נסיבוב) הוגשה על ידי המודיעים בקשה למתן פסק דין בהעדר הגנה. בהחלטתי מיום 17.11.20 דחיתי את הבקשה למתן פסק דין בהעדר הגנה כנגד מר יקיר נסיבוב (צד ג' 3), וקיבלתי את הבקשה כנגד סופר ספיד (צד ג'1) במובן זה שככל שיחויבו המודיעים בפיצוי, וישלמו אותו בפועל, בגין משלוח הודעות ללידים שהם ספאם, דהיינו ליד שהושג באמצעות משלוח הודעות בניגוד לחוק התקשורת, תישא סופר ספיד בפיצוי שישולם על ידי המודיעים.

<u>טענות התובעים בסיכומיהם:</u>

8. לטענת התובעים, הנתבעים הפרו חובה חקוקה בסעיף 30א(ב) לחוק התקשורת, במשלוח דברי הפרסומת שלא כדין, שנועדה לטובת הניזוק (הנמען). בכך לטענתם, התקיימו שלושה מהתנאים להתקיימותה של הפרת חובה חקוקה (חובה מכח חיקוק, לטובתו של הניזוק ושהחובה הופרה). באשר לתנאי הרביעי והחמישי (קיומו של נזק והיותו נזק מן הסוג אליו התכוון המחוקק), טענו התובעים שלחברי הקבוצה נגרם נזק בלתי ממוני שעניינו פגיעה קוגנטיבית, פגיעה באוטונומיה ותחושות שליליות הנובעות מקבלת דברי הפרסומת, ללא הסכמת הנמענים ובלי להכיר את זהות השולח.

לטענתם, אין מחלוקת שכלל ההודעות נשלחו בהודעות דוא"ל שהן הודעה אלקטרונית כהגדרתה בחוק התקשורת, או באמצעות מסרונים שהם הודעת מסר קצר, כהגדרתה בחוק התקשורת.

9. לטענתם, הנתבעים אף הפרו את הוראות סעיף 30א(ה) לחוק התקשורת, העוסק בדרישות הצורניות החלות בעניין דברי פרסומת, והפרה זו גרמה לנמענים נזק בלתי ממוני, מסוג הטרדה, פגיעה בפרטיות ופגיעה קוגנטיבית, כאשר אלו הנזקים מן הסוג אליהם כיוון המחוקק.

10. התובעים טענו שבשלב הראיות נחקרו נציגים מחברות דיוור דוא"ל ומסרונים שמסרו מידע בדבר כמות ותוכן ההודעות ששלחו הנתבעים, ואף הוגשו חוות דעת מטעם התובעים לעניין הטרדה והנזק שגורמות הודעות מסוג זה. מאידך, אף לא אחד מנתבעים 4-1 בחר להעיד נציג בכיר מטעמן לעניין התנהלותם ונתבעים 8-5 לא העידו כלל במסגרת הליך בירור התובענה לגופה. למעשה, היחידה שהעמידה עדים מטעמה היא לוטונט, שבחרה להעיד אשת מכירות, איש מחשוב ומוקדנית. מבין הצדדים השלישיים רק צד ג' מס' 2, מר אילן ברזני, נחקר בהליך והתביעה כנגדו נדחתה בהסכמה.

11. באשר לחוות דעת הבודק, טענו התובעים שמחקירתו עלה שהוא עשה עבודה חלקית, חסרה, בלתי קוהרנטית ואף שגויה, ונדמה ששגיאותיו מכוונות לטובת הנתבעים באופן ישיר. כשעומת הבודק עם מצב דברים זה השיב תשובות שונות ומשתנות, נותר פעמים רבות ללא מענה ואף הודה שחוות הדעת ונתוניה שגויים, אולם נמנע מלתקנם. על פי הודאתו, בדק אך ורק את מערכות הנתבעים, מבלי להשוותן לנתונים חיצוניים וקיבל את טענות הנתבעים ובאי כוחם, ללא כל בדיקה. משכך, סברו התובעים שהבודק היה מוטה באופן חד צדדי וחד משמעי לטובת הנתבעים וכלל לא מילא את תפקידו. על אף האמור ולאור העובדה שמדובר במומחה מטעם בית המשפט, התובעים טענו שהם נאלצים להסתמך על חוות דעתו, אך דרשו התאמת סעדים, כפי שיפורט בהמשך.

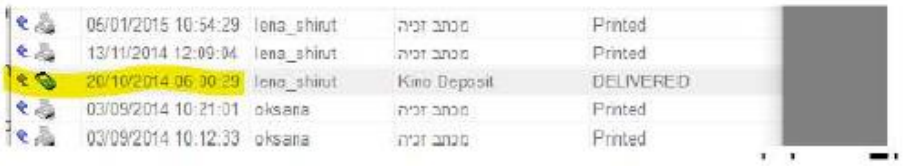
לעניין מגה

12. התובעים טענו שההודעה שקיבל התובע 1 ביום 24.1.15 נשלחה על ידי מגה, וכך גם נקבע בהחלטת בית המשפט בבקשת האישור, הן לאור העובדה שמספר הטלפון של החברה מופיע בהודעה והן מאחר וההודעה מובילה לאתר אינטרנט הקשור למגה, כפי שהודתה נציגת המכירות של מגה. המותג "Smartwinners" שייך למגה ומקושר לפעילותה והכתובת בו עמוד זה מופיע שייך לחברה זו. על כן, לטענת התובעים, מגה שלחה הודעה זו ודברי פרסומת נוספים הן באופן ישיר והן באמצעות צדדים שלישיים מטעמה. התובעים מפנים לפסיקה לפיה די בעובדה שהודעה כוללת קישור לאתר המפרסם, על מנת שההודעה תחשב דבר פרסומת.

13. התובע 1 העיד שמסר את פרטיו אך ורק לצורך איתור זהות השולח ואין בכך משום הסכמה, וממילא ס' 30א לחוק התקשורת קובע מפורשות שהסכמת הנמען צריכה להינתן מראש ובאופן מפורש. לחיצה על הקישור אינה הסכמה מפורשת לקבלת דברי פרסומת, ואין מדובר בהסכמה בדיעבד שתרפא את הפגם של שליחת ההודעה מלכתחילה.

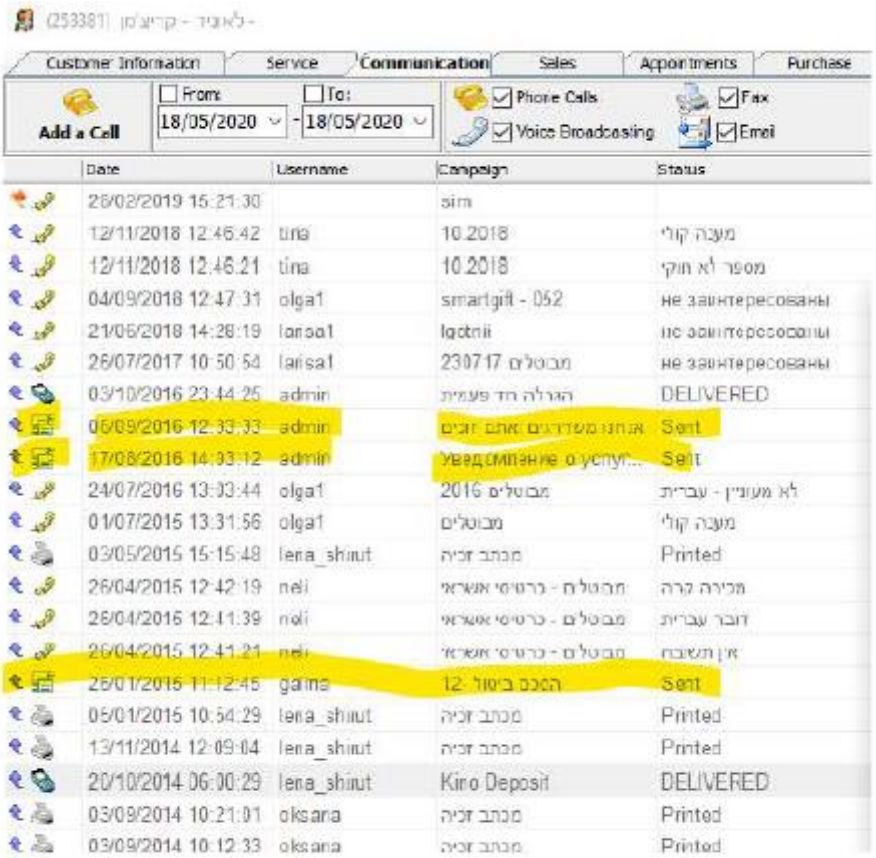
14. על פי חוות דעת הבודק, מגה שלחה 27,167 הודעות באמצעות מסרונים. התובעים טענו שמדובר בהערכה הלוקה בחסר, שכן הבודק בחר לערוך חיפוש מצומצם, הנוגע לסוג אחד בלבד של הודעות במערכת – הודעות מסוג 4 (Message type=4) (על פי השאילתות המופיעות בעמ' 11-3 לחוות הדעת), ולא ידע להסביר בחקירתו מיום 11.4.22 את סיבת הפילוח.

15. זאת ועוד, מהשאילתה שביצע הבודק עולה לכאורה שמגה החלה לשלוח הודעות אך ביום 22.5.15, אלא שעיון מדוקדק בחוות דעתו מעלה שקיימות הודעות קודמות, כגון בעמוד 3 לחוות הדעת המשלימה הראשונה בעניין מגה:



כלומר הודעת מסר קצר שנשלחה כבר ביום 20.10.14, ועל כן מובן שחוות דעת הבודק אינה כוללת את כל ההודעות שנשלחו על ידי מגה. כך אף בעניין משלוח הודעות באמצעות דוא"ל. הבודק קבע באופן גורף שמגה לא שלחה הודעות באמצעי זה, אלא שעיון בחוות הדעת מעלה שקביעתו שגויה. מגה שלחה הודעות אלקטרוניות, ואלו אף נשלחו בתקופת התביעה:

תיק חיצוני:



16. עוד טוענים התובעים שעמדתו של הבודק באה לידי ביטוי אף בלשונו, כשהסביר את תשובותיה של מגה בגוף ראשון (ס' 3 לחוות דעת המשלימה הראשונה בעניין מגה). לטענתם, הבודק מונה בהמלצת מגה ולוטונט, ואף ציין שיש לו היכרות מוקדמת עם מר שריג. הימנעותו של הבודק, בניגוד להצהרותיו, לפנות לחברות הדיוור ולקבל את המידע המלא, מלמדת שחוות דעתו מציגה רק חלק מהתנהלות הנתבעות ולא את מלוא היקפה.

17. כמו כן, עיון בעשרות הנוסחים המופיעים בחוות הדעת המשלימה הראשונה, מעלה שקיימים 3 נוסחים הנוגעים לכאורה להצעות עבודה, אך אין ספק שמדובר בהודעה שיווקית, הנחזית להודעה ביחס להצעת עבודה. ההודעה כלל אינה כוללת תיאור משרה, מספר טלפון ליצירת קשר, והאפשרות היחידה, לכאורה, ליצירת קשר עם המעסיק, היא כניסה לאתר מגה שבו ימצאו מוצרי פיס. מדובר בניסיון מתוחכם לגרור נמענים בתואנות שווא לאתר מגה ולשכנעם להוציא בו כספים.

18. לטענת התובעים, הודעות מגה הן דבר פרסומת לכל דבר ועניין, והן מגה והן מר מילר הם בגדר מפרסמים. מותגה של מגה, "סמארט וינרס", מופיע בגוף מרבית ההודעות, בין כשם ובין אם כקישור לאתר מגה. מטרת ההודעות ברורה והיא מכירת שירותי מגה לציבור וקידום עסקיה- גיוס לקוחות למועדון הלקוחות מטעמה והשתתפות בהגרלות בתשלום. מר מילר הוא המנהל, הבעלים

והדירקטור היחיד של מגה, ואין טענה שמר מילר לא ידע על ההודעות שנשלחו על ידה, או שלא יכל היה למנוע את שליחתן. מר מילר אף הודה שלא ביצע כל פעולת פיקוח ביחס ללידים שקנתה מגה מספקי לידים ועל כן חב אף מכח הוראות סעיפים 30א(ו) ו-(ח) לחוק התקשורת.

19. לטענת התובעים, ההודעה שקיבל התובע 1 נועדה כאמור לקדם את שירותי מגה, אך מאחר והבודק לא טרח לערוך כל בירור ביחס להודעות שנשלחו על ידי ספקי הלידים, ברשות התובעים הודעה בודדת מסוג זה, ואין בידיהם מידע מלא אודות היקף השליחה שבוצעה על ידי ספקי הלידים.

20. לטענתם, מגה לא טענה שקיבלה את הסכמת הנמענים, וכל טענה שתטען בעניין זה תהיה הרחבת חזית, וממילא אף לא הוצגה ולו ראשית ראיה לכך. יתרה מכך, טענת הבודק שהתקיימה שיחה טרם כל משלוח הודעה מטעם מגה, היא טענת סרק. הבודק כלל לא אמר ששמע את השיחות ואין כל ראיה שהנמענים הסכימו לקבלת דברי פרסומת במסגרת שיחות אלה, ככל שהתקיימו. כמו כן, אף שיחה לא צורפה לחוות הדעת ולא עמדה לבחינה. על כן, משלוח דברי הפרסומת מטעם מגה בוצע ללא הסכמת הנמענים.

21. עוד נטען שמגה אף הפרה הוראות צורניות הקבועות בסעיף 30א(ה) לחוק התקשורת ביחס למסרוני הפרסומת מטעמה מאחר שההודעות אינן כוללות את שמה של מגה. התובע 1 נדרש לבקש מנציגת המכירות את מס' הח.פ של החברה על מנת לאתרה. אף האפשרות לבקש הסרה אינה מופיעה בהודעות אלה, לא כל שכן במסרון חוזר.

22. לאור האמור לעיל, התובעים טענו שמגה ומר מילר שלחו דברי פרסומת ללא הסכמת הנמענים ותוך הפרת ההוראות הצורניות בחוק התקשורת, אך לאור חוות דעת הלוקה בחסר של הבודק, קיים קושי בקביעת היקף דברי הפרסומת שנשלחו על ידי מגה.

23. התובעים טענו שנגרם להם ולקבוצה כולה נזק בלתי ממוני מסוג הטרדה, חדירה לפרטיות, הפרעה ופגיעה באוטונומיה. כראיה לנזק הוגשו שתי חוות דעת מטעם התובעים, מטעם פרופ' יצחק כ"ץ מומחה לעריכת מחקרי שוק, סקרים ומחקרים כמותיים ואיכותניים ומטעם פרופ' דן זכאי- מומחה לפסיכולוגיה קוגניטיבית והנדסת אנוש. הנתבעים נמנעו מהגשת כל ראיה, לרבות חוות דעת, בעניין הנזק והיקפו.

24. לטענת התובעים, הנזק שנגרם מחריף לאור העובדה שרבות מההודעות נשלחו תוך הפרת ההוראות הצורניות, שכן לא ברור לנמען מהו מקור ההודעות. כשם המפרסם אינו מופיע בהודעה, כשהמילה "פרסומת" אינה מופיעה בכותרת ההודעה, בהעדר פרטי שולח ואפשרות הסרה בהודעה חוזרת- הנזק הנובע מהצורך בעיון בהודעה ובחינתה לגופה גדל. על כן, ולאור חוות הדעת שצורפו בעניין, טענו התובעים שיש להעריך את הנזק באומדנה בגין כל דבר פרסומת שנשלח בניגוד לדין, כעומד על סך של 100 ₪, בין אם נשלח בהודעת דוא"ל ובין אם נשלח במסרון. כמו כן, יש לפסוק לכל נמען שיוכיח קבלת דברי פרסומת סכום המהווה מכפלה בכמות דברי הפרסומת שקיבל.

לעניין לוטונט

25. לטענת התובעים, התובע 1 וחברי הקבוצה קיבלו דברי פרסומת שקידמו את עסקי לוטונט, ללא הסכמה ותוך הפרת ההוראות הצורניות הקבועות בחוק התקשורת. כך, התובע 1 קיבל הודעת פרסומת באמצעות מסרון ביום 28.1.15 בנוסח: "**השבוע בלוטו 7 מיליון זכית בהגרלת לוטו חינם! למתנה: השב את שמך להסרה**". התובע 1 השיב להודעה בהודעה חוזרת את השם "אראל" וביום 8.2.15 קיבל מסרון נוסף מטעם לוטונט: "**לוטונט שמחה להעניק לך מתנת השתתפות בהגרלות הלוטו. לצפיה בטפסים ובזכויות כנס ל...**". ביום 10.2.15 קיבל התובע 1 שיחת טלפון מנציגת לוטונט שניסתה לשווק ל"אראל" את שירותי לוטונט. לאחר השיחה ולאחר שהתובע 1 הבהיר שאינו מעוניין בקבלת הודעות, המשיך לקבל מסרוני פרסומת מלוטונט (כגון ההודעה מיום 26.5.15 הפונה שוב ל"אראל").

26. לטענתם, כעולה ממידע שנמסר על ידי חברת "טלזר" (להלן: "**טלזר**") ומחוות דעת הבודק, לוטונט שלחה כ-100,000 הודעות מסוגים אלה ודומות להן. הבודק צמצם את תקופת הבדיקה שערך באופן חד וללא כל הסבר סביר, ומעדותו של נציג לוטונט עלה שתאריכי הבדיקה נקבעו על ידי המומחה עצמו. כמו כן, הבודק נמנע מלבדוק אם נשלחו הודעות באמצעות דוא"ל והסתפק בדברי נציג לוטונט שלא נשלחו הודעות כאמור ושאין תיעוד של משלוח ההודעות, אף שהנציג עצמו העיד אחרת. המומחה אף בחר לבחון רק את הנתונים המשולבים של לוטונט ושל טלזר ובכך מנע הצגת כל מידע המצוי במערכות לוטונט החורג מן המידע שהוצג על ידי טלזר, כך שלמעשה המידע הגולמי שבידי לוטונט מעולם לא נבדק. משכך, הבודק ביצע בדיקות חסרות, שהוצגו על ידו כמשקפות מידע נרחב בהרבה. כשעומת עם ממצאים אלה מסר תשובות סותרות ולבסוף הודה פעם אחר פעם שאינו יכול להסביר את מעשיו.

27. התובעים טענו, שהבודק אף התחייב לתקן את התקלות בחוות דעתו, אולם אף שעמד לרשותו פרק זמן ארוך בחר שלא לעשות כן. מחוות דעתו המשלימה הראשונה עולה שלוטונט שלחה 108,179 הודעות באמצעות מסרונים שהגיעו ליעדן. מתוך הודעות אלה, 42,795 הודעות נשלחו לנמענים שפרטיהם נאספו במבצעי שיווק בחנויות שונות. כמו כן, לוטונט שלחה 28,671 מסרונים ללקוחות שפרטיהם התקבלו מספקי לידים שונים, וכן שלחה מסרונים ל-17,459 ללקוחות לשעבר, בניסיון לשווק להם מחדש את שירותיה. עוד נקבע בחוות הדעת שנשלחו 3,950 מסרונים עם המילה "שיווק" לנמענים שונים עקב טעות, 4,340 הודעות שירותיות ו-10,222 הודעות זכיה. אלא, שבחקירת הבודק עלה שאף הודעות הזכייה הן הודעות שיווקיות לכל דבר ועניין. על כן, על פי חוות דעתו של הבודק, נשלחו על ידי לוטונט 99,147 מסרונים פרסומיים, באמצעות שירותי טלזר.

28. התובעים טענו שעיון בהודעות שנשלחו על ידי לוטונט מוכיח שמדובר בהודעות שיווקיות לכל דבר ועניין, המיועדות לעודד את הנמענים לרכוש את מוצרי לוטונט בע"מ. כך, ההודעה שנשלחה ל-42,000 מהנמענים, בנוסח הדומה להודעה שנשלחה לתובע 1 ביום 8.2.15, היא הודעה פרסומית,

המנסה לסלול קשר בין הנמען לקבוצת לוטונט, בכדי שהנמען יהפוך ללקוח משלם. לצורך כך, ההודעה מציעה לנמען "מתנת השתתפות"- בגדר ניסיון אחד, ובתקווה שאותו נמען יהיה מעוניין בניסיונות נוספים בתשלום. גם ההודעה שנשלחה לתובע 1 ביום 26.5.15 היא הודעה פרסומית שמטרתה לעודד רכישת שירותים מלוטונט בתשלום. כך אף עולה בעניין יתר המסרונים, שלגביהם הבודק קבע שהן מיועדות לשיווק שירותי קבוצת לוטונט.

29. לטענתם, אין לקבל את טענת לוטונט שההודעה הראשונה שקיבל התובע 1 ביום 28.1.15 שוגרה על ידי ספק לידים בשם "מד מדיה" (להלן: "**מד מדיה**"), שכן כאשר השיב לה התובע 1 בהודעה חוזרת, קיבל שיחת שיווק חוזרת מנציגת לוטונט, ואף קיבל בעקבות הודעה זו שתי הודעות נוספות שאין מחלוקת לאור נוסחן שנשלחו על ידי לוטונט עצמה. משכך, אף ההודעה שנשלחה על ידי מד מדיה נועדה לקדם את שירותי לוטונט, שכן נועדה לאתר לקוחות בכוח עבור חברה זו. אף לאחר הגשת בקשת האישור המשיכה לוטונט לרכוש לידים ממד מדיה, אף שכבר היה ידוע לה שזו אינה פועלת כחוק, כפי שעלה מעניינו של מר רועי זרוצ'ינסקי.

30. לטענת התובעים, לוטונט ובעליה, מר שריג, נחשבים מפרסמים לעניין כלל דברי פרסומת אלה. שמה של לוטונט מופיע בגוף ההודעות ומטרותיהן- מכירת שירותיהם לציבור וקידום עסקיהן- גיוס לקוחות למועדון הלקוחות מטעם לוטונט והשתתפות בהגרלות בתשלום. בנוסף, אין טענה שמר שריג לא ידע על הודעות אלה או לא יכול היה למנוע את שליחתן. למעשה, מר שריג הודה שלא ביצע כל פעולת פיקוח אף ביחס ללידים שקנתה לוטונט מספקי לידים.

31. עוד נטען שמשלוח ההודעות בוצע בידיעתו ובשליטתו המלאה של מר שריג, לרבות הודעות שנשלחו באמצעות ספקי המשנה, שכן מר שריג הודה בחקירתו שהיה מודע לחשש בעניין משלוח דבר פרסומות, ולמרות זאת לא ביצע כל פעולת פיקוח (תמליל 3.11.15, עמ' 40, שורה 25, עמ' 41, שורה 3). מר שריג אף חב לטענתם מכח הוראות סעיפים 30א(ו) ו-(ח) לחוק התקשורת הואיל ואינו טוען שביצע פעולה כלשהי במטרה למנוע משלוח דברי פרסומת אסורים, ולמעשה מתשובתה של נציגת לוטונט, הגב' אביבית כהן, עלה שהמסרונים נשלחו בין היתר לנמענים שפרטיהם נלקחו ממאגר טלפונים פתוח – 144.

32. עוד טענו התובעים שלפי כתב ההגנה של לוטונט, היא כלל לא טענה שקיבלה את הסכמת הנמענים, ועל כן כל טענה בעניין זה תהיה הרחבת חזית.

33. לטענתם, המומחה הסתמך על שלושה סוגי הסכמה נטענת – מסמך שכותרתו "פרוטוקול תקנון הגרלות חינם החל מיום 1.12.2015" (צורף כנספח ב' לחוות דעתו המשלימה הראשונה); מסמך שכותרתו "הסכם" (צורף כנספח ג' לחוות דעת המשלימה הראשונה) והקלטות של שיחות שהבודק טען ששמע. שני המסמכים הנזכרים אינם כוללים הסכמה לקבלת דברי פרסומת. נזכרת בהן האפשרות לשלוח ללקוח הודעות באמצעות דוא"ל או מסרון, כאשר מלשון המסמכים עולה שמדובר בהודעות שירותיות שונות. כלל לא ברור לאילו מהנמענים הוצגו מסמכים אלה ואין אינדיקציה

שניתנה הסכמת הנמענים לאמור בהם. משכך, לא הוכחה הסכמה לפי מסמכים אלה. כך אף ביחס לקביעת הבודק בעניין ההסכמה בשיחות. הוא הסביר בחוות דעתו שהקשיב להקלטות ובהן מוסבר לצד השני לשיחה שהוא עומד לקבל הודעה מלוטונט, אולם אין ראיה להסכמה לקבלת דברי פרסומת. הבודק נמנע מלהציג את השיחות אותן שמע לצורך בחינתן. עדותו של הבודק בדבר תוכן השיחות היא עדות על עובדה הניתנת מפי השמועה בתחום שאינו תחום מומחיותו. אם היתה לוטונט מעוניינת להתבסס על הקלטות אלה כראיה להסכמה, היה עליה להגישן כראיות כדין.

34. עוד נטען שעיון בדברי הפרסומת שנשלחו המפורטים בנתוני טלזר, מעלה שלכל הפחות 20,977 הודעות אינן כוללות את שמה של לוטונט ואילו 64,491 הודעות אינן כוללות את האפשרות לבצע הסרה בהודעה או בכלל. על כן, לוטונט אף הפרה את הוראות סעיף 30א(ה) לחוק התקשורת ביחס ל-64,491 הודעות, לכל הפחות.

35. לאור האמור לעיל, טענו התובעים שלוטונט ומר שריג שלחו, לכל הפחות, 99,147 דברי פרסומת ללא הסכמת הנמענים ואף שלחו 64,491 דברי פרסומת, המפרות את ההוראות הצורניות בחוק התקשורת.

לעניין ניו ספורט

36. לטענת התובעים, ניו ספורט שלחה דברי פרסומת הן באמצעות מסרונים והן באמצעות הודעות דוא"ל, ועשתה זאת גם באמצעות ספקי משנה, כדוגמת חברת מייפל ודרכה באמצעות חברת לוגטק. לפי חוות דעת הבודק ניו ספורט שלחה 438,191 מיילים, ומתוכן 10,000 מיילים נשלחו למטרות שאינן קשורות לקידום עסקי קבוצת ניו ספורט, בעוד שיתרתן יועדו לקידום עסקי החברה ומכירות שירותיה, כפי שניסח זאת הבודק: "**ההודעות הן תמיד בסגנון חדשותי, המספר לנמען על מה חדש בהימורים במטרה שהנמען יצטרף להימורים**".

37. הבודק אף התייחס ל-7,540 מסרונים ששלחה ניו ספורט כ"נסיונות שליחה". אלא, שלטענת התובעים, מתוך כלל ההודעות - 5,124 הודעות התקבלו אצל הנמענים, ומתוכן 4,889 הודעות הן דבר פרסומת. משכך טענו התובעים, שקבוצת לוגטק שלחה בעבור ניו ספורט 671,290 דברי פרסומת וניו ספורט עצמה שלחה 428,191 הודעות פרסומיות באמצעות דוא"ל תוך שימוש בחברת "יוניסל" (להלן: "**יוניסל**"), ואף שלחה 4,889 מסרונים פרסומיים באמצעות חברה זו. על כן, עבור ניו ספורט נשלחו, הן באמצעותה והן באמצעות לוגטק, 1,104,370 הודעות פרסומיות. הודעות אלו נחשבות כדבר פרסומת הואיל והופצו באופן מסחרי, ומטרתן עידוד רכישת מוצר או שירות או הוצאת כספים אחרת. הן הודעות המסרון והן הודעות הדוא"ל של יוניסל נשלחו באופן מסחרי וכמותי. הן אינן מיועדות לאף נמען באופן מסוים, אלא נשלחו כחלק ממשלוח המוני חסר אבחנה. כמו כן, ההודעות אינן מתייחסות לעסקה או לפעילות מסוימת, אלא משווקות באופן כללי את שירותי ניו ספורט כמועדון חברים להימורי פיס. עיון בנוסח ההודעות מעלה שמדובר בהודעות שיווקיות לכל דבר ועניין, המיועדות לעודד את הנמענים לרכוש את מוצרי ניו ספורט. כך אך עולה בעניין הודעות הדוא"ל,

שהבודק קבע שהן מיועדות לשיווק שירותי ניו ספורט. על כן, הודעות אלה הן דבר פרסומת לכל דבר ועניין, זאת בנוסף להודעות לוגטק, שאף הן דבר פרסומת.

38. לטענת התובעים, ניו ספורט ומר אברהם לוי הם בגדר מפרסם לעניין כלל דברי פרסומת אלה. הודעות יוניסל והודעת לוגטק מיועדות לפרסום עסקי ניו ספורט וקידום מטרותיה – גיוס לקוחות למועדון החברים מטעמה. עיון בהודעות יוניסל מעלה שברבות מהן נזכר שם המותג "שווה שווה", שמשמש כשמה המסחרי של ניו ספורט. טענת ניו ספורט שאין לייחס לה חבות בגין פעולותיה של לוגטק מאחר שלא קיים קשר ישיר קודם בינה לבין לוגטק - הינה טענת סרק שמטרתה לחמוק מ"עצימת העיניים" של ניו ספורט ומנהליה. ניו ספורט התקשרה עם חברת מייפל במטרה שזו תתקשר עם צדדים שלישיים, על מנת לאתר לידים עבור ניו ספורט. ניו ספורט לא נקטה בכל פעולה לוודא שספקי הלידים מטעמה יימנעו ממשלוח דברי פרסומת וכלל לא הוטרדה מדרך איתור הלידים, אלא רק בעצם קבלתם. ניו ספורט היתה מודעת, או לכל הפחות "עצמה את עיניה" לשליחת דברי הפרסומת האסורים עבורה על ידי מייפל והפועלים מכוחה. ניו ספורט התקשרה עם מייפל, מתוך ידיעה שזו פועלת באמצעות תוכנית שותפים – כלומר עושה שימוש באוסף בלתי ידוע של משווקי משנה. ניו ספורט מעולם לא טרחה לברר את זהותם, דרך פעולתם או אופן התקשרותם עם חברת מייפל על מנת לוודא שאינה משווקת באמצעות דברי פרסומת אסורים. לא הועלתה טענה כי מי מקבוצת ניו ספורט ביצע ולו פעולת פיקוח כלשהי.

39. עוד נטען שהמסמך שצורף על ידי ניו ספורט כחוזה בלתי קריא. ניו ספורט לא הפנתה לאף הוראה מהוראותיו כמתייחסת לאפשרות של גיוס לידים באמצעות דברי פרסומת, וממילא לא טענה שההסכם אוסר משלוח דברי פרסומת או קובע בגינו סנקציה, והדבר אף עולה מעדותו של מר שמואל לוי, מנהל ניו ספורט (שהעיד רק במסגרת הדיון בבקשה לאישור ולא היה מוכן להעיד במסגרת הדיון בתביעה). חוק התקשורת קובע חזקה לעניין ידיעת המפרסם בדבר אי חוקיות דבר הפרסומת, כאמור בסעיף 30א(י)(5) לחוק ולטענת התובעים ניו ספורט לא הוכיחה דבר בעניין זה, כאשר במסגרת התביעה לא הוגשה כל ראיה מטעם ניו ספורט.

40. התובע 1 העיד שלאחר קבלת הודעת לוגטק, הוא לחץ על הקישור בגוף ההודעה על מנת לנסות ולברר מי עומד מאחורי שליחתה, והועבר לדף נחיתה, שנושא את מותגה של ניו ספורט – השם "שווה שווה". התובע 1 השאיר את השם הבדוי "פיטר" עם מספר הטלפון וכתובת הדוא"ל שלו. נציגת ניו ספורט, מוקדנית בשם "מישל", חזרה אל התובע 1 והציעה לו את שירותי ניו ספורט. לא זו בלבד שבמסגרת שיחה זו ניסתה הנציגה לשכנע את התובע 1 לרכוש את שירותי ניו ספורט, אלא שהסבירה לתובע 1 מפורשות שהחברה רוכשת לידים ממקורות שונים, בלתי ידועים, וייתכן שהנמען קיבל את דבר הפרסומת לאחר שהביע התעניינות במוצר או שירות אחר לחלוטין. מר לוי מסר בעדותו מיום 3.11.15 שהמוקדנית האמורה היא עובדת ניו ספורט (תמליל מיום 3.11.15, עמ' 44, שורות 11-16). על כן, התובעים טוענים שניו ספורט, על עובדיה ומנהליה, היו מודעים היטב לאפשרות שהלידים יגיעו

כתוצאה ממשלוח דברי פרסומת אסורים, ובחרו במכוון להמשיך לעשות שימוש בספקי לידים, לרבות חברת מייפל, או לכל הפחות תוך עצימת עיניים לאפשרות זו. ניו ספורט נמנעה מלהציג כל ראיה התומכת בעמדה, לרבות עדות נציגת המכירות מישל, נציג מטעם חברת מייפל, או כל ראייה אחרת. לטענתם, העובדה שניו ספורט בחרה שלא לתבוע את מייפל שלטענתה אחראית למחדל זה מעידה על מופרכות טענותיה. לפיכך, נטען ניו ספורט חבה הן בגין הודעת יוניסל והן בגין הודעות לוגטק.

41. לטענת התובעים, מר אברהם לוי, בעל המניות, הדירקטור היחידי והמנהל הרשום בניו ספורט, חב בגין הודעות אלו. מר שמואל לוי, בנו של אברהם לוי, מונה על ידי אברהם לוי למנהל בפועל של החברה והוא משמש כשלוחו, ועל כן פעולותיו מחייבות אותו. מר שמואל לוי חתם בעצמו על ההסכם עם חברת מייפל ועל ההסכמים עם חברת יוניסל וניהל בפועל את החברה. שמואל ואברהם לוי נמנעו מהצגת ראיה המסבירה את העובדה שניו ספורט שלחה מאות אלפי הודעות דוא"ל ואלפי הודעות SMS באמצעות חברת יוניסל, דבר הפועל לחובתם.

42. הבודק קבע שכ-10,000 הודעות דוא"ל שנשלחו באמצעות מערכות יוניסל יועדו לחברי עמותת בית"ר ירושלים, כאשר מעדותו של שמואל לוי עלה שאברהם לוי שימש שנים רבות כמנכ"ל הקבוצה. עובדה זו אף היא מעידה על שליטתו של מר אברהם לוי במשלוח ההודעות. בנוסף, העובדה שמר אברהם לוי הוא בעל המניות והדירקטור היחיד בחברה מעידים שהצלחתה של החברה והגדלת רווחיה הם הצלחתו. לפיכך, קידום עסקי החברה באמצעות משלוח דברי הפרסומת מקדמים את ענייניו. לטענתם, מר אברהם לוי חב אף לאור הוראות סעיפים 30א(ו) ו-(ח) לחוק התקשורת, הואיל ואין טענה שביצעו פעולה כלשהי במטרה למנוע משלוח דברי הפרסומת האסורים. ההפך הוא הנכון- תשובת המוקדנית מישל, עצם ההתקשרות עם מייפל כרשת שותפים וכמות ההודעות שנשלחה באמצעות חברת יוניסל, מעידים שהם הסכימו ואף רצו בשליחתן.

43. עוד נטען שניו ספורט לא הציגה ולו ראשית ראיה להסכמת הנמענים. הראיות היחידות לטענה זו צורפו לחוות דעת הבודק, אולם בחינתן מעלה שאין בהן דבר. אין טענת הסכמה מטעם ניו ספורט ביחס להודעות לוגטק והודעות יוניסל, שנשלחו ללא כל הסכמת הנמענים. הבודק התבקש מפורשות בהשלמת חוות הדעת המשלימה הראשונה לצרף כל מסמך הנוגע להסכמה. בתשובה השיב הבודק שהיו אלפי מסמכים, אולם שרדו דוגמאות בודדות. צורף מסמך רלוונטי חתום בודד – מסמך אישור פרטי עסקה על שם גליה גרבר שהוא על פניו מסמך התקשרות, הכולל את פרטיה, לרבות היקף התשלום, אמצעי התשלום והשירות המוצע וחתימת הלקוחה, אלא שמסמך זה אינו מזכיר משלוח הודעות כלשהן, לא כל שכן דברי פרסומת, וממילא אינו הסכמה לקבלת דבר פרסומת. לחוות הדעת צורפו מסמכים שונים נוספים, אך לא נטען שאלו הוצגו לנמענים ולא ברורה הרלוונטיות של מסמכים אלה והם לא הוגשו כראיה כדין וכל שהעיד הבודק הוא שקיבל אותם ולא על נכונותם.

44. לטענת התובעים, הודעות לוגטק נשלחו תוך הפרת הדרישות הצורניות מכח סעיף 30א(ה) לחוק התקשורת. בדומה, עיון בהודעות הפרסומת שנשלחו באמצעות מסרונים (כמפורט בטבלה

שצורפה על ידם בסעיף 39 לסיכומיהם) מעלה שאף לא אחת מהן כוללת את שם השולח ו-201 מתוכן נשלחו מבלי שנכללת בהן האפשרות לבצע הסרה בהודעה חוזרת, כדרישת הוראות סעיף 30א(ד)(1) ו-30א(ה)(2) לחוק התקשורת.

45. לטענתם, הבודק נמנע מלצרף את הקובץ המלא של הודעות יוניסל, על אף דרישות חוזרות ונשנות והחלטות בית משפט, ולכן קיים קושי לבחון את כלל ההודעות ותוכנן. עם זאת, עיון בהודעות שהוצגו על ידי המומחה בחוות דעתו מעלה שהן אינן כוללות את המילה "פרסומת" בכותרתן. אף עיון בקובץ ההודעות שהוגש על ידי יוניסל עצמה לתיק בית המשפט במסגרת ת/5, הכוללת רק את כותרות ההודעות שנשלחו, מעלה שהמילה "פרסומת" אינה מופיעה באף אחת מההודעות. לפיכך, כלל ההודעות כוללות הפרה של ההוראות הצורניות מכח סעיף 30א(ה) לחוק התקשורת.

46. לאור האמור לעיל, התובעים טוענים שניו ספורט ומר אברהם לוי שלחו את הודעות לוגטק ויוניסל ללא הסכמת הנמענים, ועל כן הפרו את הוראות סעיף 30א(ב) ו-(ה) לחוק התקשורת ביחס ל-1,104,370 הודעות.

לעניין לוגטק

47. התובעים טוענים שלוגטק שלחה דברי פרסומת, ללא הסכמת הנמענים ותוך הפרת הכללים הצורניים ושמנהלה, מר כרמלי, אחראי לפעולות אלה, הן לאור אחריותו האישית בגין משלוח דברי הפרסומת והן לאור הוראות סעיף 30א(ח) לחוק התקשורת, המקים חבות אישית למנהלי תאגידים בגין הפרת הוראות סעיף זה. מטעם לוגטק ומנהלה מר כרמלי לא הוגש בסופו של דבר כתב הגנה או ראיות. בתשובות לוגטק ומנהלה מר כרמלי לבקשת האישור הם הודו במשלוח דבר הפרסומת לתובע 2 ביום 3.11.14 באמצעות דוא"ל, וטענו שהתובע 2 מסר את הסכמתו לקבלת דברי פרסומת לצדדים שלישיים – דבר שלא נתמך בראיות.

48. לטענת התובעים, עיון בנתוני חברת מרקדו בע"מ (להלן: "**מרקדו**"), ספקית דיוור דוא"ל ומסרונים בהם עשתה לוגטק שימוש, מעלה שלוגטק שלחה אותו נוסח הודעה ב-20 הזדמנויות שונות במהלך שנת 2014, כאשר בסך הכל נשלחו על ידי לוגטק 673,419 הודעות מסוג זה, מתוכן 2,129 לא נמסרו ליעדם (להלן: "**הודעת לוגטק**"). לפיכך, בסך הכל שלחה לוגטק את הודעתה 671,290 פעמים, כמפורט בטבלה שצירפו התובעים בסעיף 39 לסיכומיהם.

49. לטענתם, אין ספק שהודעת לוגטק היא דבר פרסומת כהגדרתו בחוק התקשורת, ועונה על הקריטריונים הקבועים בהגדרה זו: ההודעה הופצה באופן מסחרי- באופן זהה למעלה מ- 670,000 פעם; ההודעה אינה אישית ומופנית לקבוצה בלתי מסוימת של אנשים; תוכן ההודעה אינו מיועד לנמען באופן ייחודי ונעשה בו שימוש לשם שליחה למספר רב של נמענים; ההודעות נשלחו באמצעות שירות דיוור מסחרי, חברת מרקדו, ולטענת לוגטק ההודעה נשלחה לרשימת תפוצה שהיתה בידיהם, המונה להערכת מר כרמלי כ-100 אלף איש; בהודעת לוגטק אף נאמר שנשלחה מכח מאגר מידע.

בנוסף, מטרת ההודעות היא לעודד רכישת מוצרים או הוצאת כספים- איתור לידים עבור ניו ספורט, במטרה שלקוחות פוטנציאליים אלה ירכשו את שירותי ניו ספורט. מטרה זו באה לידי ביטוי אף בעובדה שההודעה עצמה מצהירה שנשלחה רק למי שאישר קבלת תוכן שיווקי, ואף בהמשך ההודעה ישנה הודאה שהמסר הוא בעל תוכן פרסומי.

50. נטען שיש לקבוע שלוגטק ומר כרמלי הם בגדר מפרסמים, על פי ס' 30א לחוק התקשורת. דברי הפרסומת מיועדים באופן ישיר לקידום מטרותיה של לוגטק, שהן איתור לידים עבור גופים אחרים (חברת ניו ספורט באמצעות חברת מייפל). בנוסף, לוגטק משווקת את נושא דבר הפרסומת- שירותי ההשתתפות בהגרלות של ניו ספורט, בעבור חברה זו. לטענת התובעים, הדברים נכונים גם לעניין מר כרמלי עצמו, המעורב בפועל במשלוח דברי הפרסומת לחברי הקבוצה ולפיכך בביצוע העוולות כלפיהם, בהיותו המנהל, בעל המניות והדירקטור היחיד בלוגטק. על כן, משלוח דבר פרסומת על ידי לוגטק מקדם אף את מטרותיו של כרמלי עצמו. זאת ועוד, כרמלי שלט באופן מלא בפעולות לוגטק ואף ביצע את משלוח דברי הפרסומת בעצמו (בחקירתו בבקשה לאישור הודה ששלח את דבר הפרסומת לתובע 2). פעולת השליחה על ידי מר כרמלי בוצעה באמצעות מערכת מרקדו, במסגרת קמפיין 31551, בו נשלחו 99,399 הודעות.

51. עוד נטען שמר כרמלי שלט באופן מלא בלוגטק וברצונו החזיק את נתוני מאגרי המידע ושיגר דברי פרסומות, וברצונו מחק את מאגרי המידע והפסיק את פעילות החברה. מר כרמלי בחר את קבוצת הנמענים בעצמו, ואף בחר באופן מכוון ומודע לשלוח דברי פרסומת לנמענים, שמעולם לא היו עמו בקשר ושלטענתו מסרו את הסכמתם לקבלת דברי פרסומת לגופים אחרים. מר כרמלי הוא הכוח המניע והרוח החיה מאחורי לוגטק, וככזה מעורב הוא בכל פעולותיה, ואין הפרדה בינו ובין החברה. על כן, התובעים טוענים שמר כרמלי נחשב מפרסם באופן אישי ונפרד מלוגטק וחב באופן אישי אף לאור הוראות סעיפים 30א(ו) ו-(ח).

52. לטענת התובעים, לוגטק לא הרימה את הנטל המוטל עליה להוכחת הסכמת הנמען ומר כרמלי הודה בחקירתו שבמקרים רבים שלח מסרונים ללא הסכמה קודמת, לאחר ששם את ידו על רשימות תפוצה של צדדים שלישיים.

53. עוד נטען שהודעת לוגטק שנשלחה בנוסח זהה מאות אלפי פעמים היא הודעה המפרה את הוראת סעיף 30א(ה) לחוק התקשורת, הנוגעת לתוכנה של ההודעה עצמה. עיון בהודעה מעלה שלא צוין בה את דרכי יצירת הקשר עם המפרסם ואת זכותו של הנמען למסור הודעת סירוב וכן פירוט של כתובת דוא"ל תקפה, המאפשרת הסרה.

<u>טענות מגה ומר מילר, לוטונט ומר שריג (הנתבעים 1, 3, 5 ו-7):</u>

<u>לוטונט</u>

54. מגה ולוטונט טוענות שבעוד שהגשת התובענה אושרה כנגד 8 נתבעים, קיימת שונות בעילות התביעה כנגד כל אחד ואחד מהם. בעוד שכנגד ניו ספורט ומר אברהם לוי, לוגטק ומר כרמלי הוכח לכאורה שהתובעים קיבלו מהם הודעות דוא"ל, הרי שביחס אליהם הוכח שהם שיגרו הודעות SMS בלבד וכאמור בקביעות בית המשפט החלטה על בקשת האישור. על כן, הגדרת השאלה המשותפת אינה יכולה להכיל בתוכה בדיקת משלוח הודעות דוא"ל כנגד שאין כנגדו שום ראיה ששלח הודעות דוא"ל, אלא רק מסרונים. זאת מעבר לעובדה שהבודק מצא לדבריהם שלא נשלחו הודעות דוא"ל מפרות על ידם. דומה שטענה זו היא בגדר טענה כנגד בקשת האישור. עברנו כבר לשלב בירור התביעה שבו גדר המחלוקת נקבע לפי כתבי בי דין – כתב התביעה וכתב ההגנה.

55. לטענת לוטונט, לא נסתרה טענתה שלא נהגה לשלוח מסרונים למספרים אקראיים, ומעולם לא היתה זו דרכה בשיווק מוצריה. היא נהגה לשלוח מסרונים ללקוחות קיימים או לכאלה שנתנו הסכמתם מראש ובכתב, לרבות בשיחות מוקלטות להן האזין הבודק, בין היתר באמצעות קמפיינים וירידי גיוס לקוחות פיזיים שערכה מעת לעת במרכזי קניות ומרכזים מסחריים, בשיתוף פעולה עימם. הוקמו עמדות מאוישות על ידי נציגי לוטונט שהחתימו לקוחות מעוניינים בחתימות אלקטרוניות במכשירי טאבלט ניידים על תקנון החברה, הכולל הסכמה לקבלת מסרונים מאת לוטונט. לטענתה, הדבר הודגם והוכח על ידי העדה מטעמה, גב' גלית בן הרוש שעבדה בלוטונט כ-11 שנה ושימשה מנהלת סניף חיפה בשנים הרלוונטיות לתביעה והיתה אמונה על כל ירידי החברה שנערכו במועדים הרלוונטיים במרכזי המזון השונים, וכן על ידי הגב' אביבית כהן, והדבר נמצא גם על ידי הבודק.

56. לטענת לוטונט, הגב' בן הרוש הבהירה בחקירתה שבפרויקט "סופרים" עליו היתה אמונה כל הודעות ה-SMS שנשלחו לאותו ציבור לקוחות נשלחו רק לאחר אישורם. הגב' בן הרוש הדגישה שלא נציגי החברה הזינו את פרטי הלקוחות, כי אם הלקוח עצמו באמצעות הטאבלט שניתן שלו. עדותה של גב' בן הרוש היתה קוהרנטית, מגובה במסמכים, אמינה ולא נסתרה. עדותה עולה בקנה אחד עם ממצאי הבודק בחוות דעתו, לפיה בהתייחס ל-42,795 מסרונים שנשלחו במסגרת ירידי המזון, נתקבלו הסכמות מלאות מאותם לקוחות קודם לשליחתן של אותן הודעות. בחלק קטן ביותר מתוך רשימת המסרונים הכוללת שמצא הבודק שלוטונט שיגרה שלא בנסיבות הנ"ל נמצא שמספרי הטלפון אליהם נשלחו המסרונים, סופקו ללוטונט מאת חברות (שתיים עיקריות) שעיסוקן המסחרי במכירת לידים. לוטונט טענה שרכשה מהן את הלידים לאחר שהתקשרה עימן בהסכמים לפיהם התחייבו חברות אלו לפעול על פי הדין, ובכלל זאת, שלא לפעול תוך הפרת הוראות חוק התקשורת.

57. נטען שחברת "מד מדיה" הציגה ביחס להודעה שקיבל התובע 1 ממנה, שהוא נרשם אליה מיוזמתו ביום 24.10.13 בשעה 19:35 באמצעות מחשב זיהוי שמספרו 46.121.252.114 בבקשה לקבל

הודעות בקשר להגרלות הלוטו למספר הטלפון שאותו מסר. לצורך כך הפנו לתצהיר גיל דרור מיום 12.7.16 שהוגש כתמיכה לתגובת הצד השלישי לבקשה לניהול התביעה כייצוגית. לטענת לוטונט, ראייה זו לא נסתרה בחקירתו של התובע 1 במסגרת ההליך העיקרי. התובע 1 לא שלל בחקירתו את האפשרות שאכן נרשם לקבלת מסרון מחברת מד מדיה, מאותה כתובת IP שהוצגה לו, ולא שלל את האפשרות לבדיקת הדבר (פרו' מיום 12.2.18, עמ' 40, שורות 11-15, ובעמ' 41 שורות 3-22).

58. עוד נטען שמר גיל דרור העיד בתצהירו שמבין מספר ההודעות שיוחסו ל"מד מדיה" נשלחו על ידה 121 הודעות SMS בלבד, שלגבי כולן ניתנו הסכמות בכתב, ומלבד אותן הודעות, כלל השיווק בהתייחס לאותו מספר מצומצם של לידים שסופקה על ידה ללוטונט, נעשה באמצעות קמפיינים בגוגל, רישום בדפי נחיתה וקמפיינים בפייסבוק, ולטענת לוטונט, טענות וראיות אלה לא נסתרו. התובעים לא ביקשו לחקור מי מטעם מד מדיה בעניין זה.

59. מר אילן ברזני, נציגה המורשה של חברת סופר ספיד, אישר בחקירתו שבהסכם שנחתם בין סופר ספיד ללוטונט, התחייבה סופר ספיד לספר ללוטונט לידים איכותיים וחוקיים. כמו כן העיד מר ברזני שמר שריג פנה מעת לעת וניפגש עימם על מנת לוודא שפעולותיה של סופר ספיד נעשות בהתאם להתחייבויותיה בהסכם (פרו' מיום 17.6.21, עמ' 36, שורות 3-8). לפי עדותו של מר ברזני, סופר ספיד מעולם לא שלחה במסגרת התקשרותה עם לוטונט SMS או מיילים לצורך הפקתם של אותם לידים שהועברו ללוטונט, אלא הלידים גויסו באמצעות שיחות אישיות לאנשים שאישרו קבלת SMS (עמ' 18, שורות 16-21).

60. לטענתה, אף בהתאם לחוות דעת הבודק, חברות נוספות שסיפקו לידים ללוטונט (כ-100 לידים בתקופות קצרות) הציגו שהפרסום היה בפייסבוק תוך הפנייה לדף נחיתה בו נרשמו מעוניינים וכן באמצעות קמפיינים בפייסבוק ובגוגל, ולא אימיילים ולא SMS. בכל ההסכמים שנחתמו עם צדדי ג' עימם התקשרה לוטונט לקבלת לידים, שצורפו והוצגו במסגרת חוות דעת הבודק, נכתב במפורש שהן מתחייבות לעבוד על פי הוראות חוק התקשורת ולטפל בכל תלונה, להיות אחראיות ולשפות את לוטונט בגין כל נזק שיגרם, ככל שיגרם.

61. לטענת לוטונט, לא הובאו ראיות ישירות המעידות על מודעתה לאופן הפסול בו התנהלו לכאורה חברות הפרסום, דבר שאף לא הוכח לגבי אותן חברות פרסום. ההפך הוא הנכון. הוכח ולא נסתר (בתצהיר מר גיל דרור ובחקירת מר אילן ברזני) שלוטונט (באמצעות מר שריג) אף ערכה בדיקות ומעקב באופן שוטף ובזמן אמת מול אורגני חברות הפרסום, שהלידים המסופקים על ידן הם לידים המושגים בהתאם להוראות החוק וההסכמים עם אותן חברות.

62. על כן, לוטונט טוענת שהוכחה בעניינה תחולתו של החריג הקבוע בסעיף 15 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: "**פקודת הנזיקין**"), אליו מפנה סעיף 30א(ט) לחוק התקשורת.

63. לוטונט הוסיפה וטענה שכל הראיות לכאורה שעל בסיסן אושרה התובענה כייצוגית, הופרכו ונסתרו בחקירות עדיה. לא הוכח, לא באמצעות רשומה מוסדית ולא בכלל, תוכנן של ההודעות (ככל וקיימות), סיווגן והגעה ליעדן (אם בכלל). בתצהיר מר גיל דרור הופרכה גרסת התובע 1 לעניין הרישום שבוצע על ידו לקבלת הודעות "לוטו" אצל מד מדיה (קודם לקבלת ההודעה מלוטונט). בנוסף, בהתאם לממצאי הבודק, הוא אישר שבכל מקרה ובדגש על עניינה של סופר ספיד, לוטונט אישרה כל ליד וליד שקיבלה והסכמת אותו נמען, באמצעות שיחה טלפונית מקדימה.

64. לבקשת התובעים הגיע נציג חברת התקשורת טלזר לדיון מיום 12.2.18, לצורך הצגת מסמכים, אך לא נדרש למתן עדות על ידם. נטען שהמסמכים שהועברו על ידי טלזר (חשבוניות ודו"ח יומן תנועות לקוח) אינם עונים על דרישות החוק בכך שאינם רשומה מוסדית, והתובעים לא הרימו את נטל ההוכחה להוכיח שמדובר בספאם. כלומר, התובעים, שעליהם נטל הראייה להוכיח את תביעתם, ולאור העובדה שהמסמכים שהוצגו על ידי טלזר אינם רשומה מוסדית, בחרו שלא לחקור את נציג טלזר על מנת להוכיח תביעתם.

65. לוטונט טענה שבחוות הדעת המשלימה הראשונה השיב הבודק לשאלת ההבהרה בדבר משלוח הודעות דוא"ל על ידי לוטונט כך: "**נשלחו דברי דואר תפעוליים בלבד, בערך משנת 2012. רק משנת 2017 התחילו לצבור בטבלאות לוג שליחות אלה [...] לתקופה המדוברת אין תיעוד כלל**". לאחר מכן, בחוות דעתו המשלימה השנייה שב וחזר הבודק על מסקנתו שאין שום תיעוד על משלוח הודעות דוא"ל לפני שנת 2017, הפעם תוך צירוף העתק מתוך מערכת המחשוב של לוטונט, שביססה את שקבע עוד קודם לכן. לטענתה, עניין נוסף שנבדק על ידי הבודק ויש לו תימוכין נוספים נוגע לשאלת קבלת ההסכמה הנדרשת בחוק התקשורת בטרם שליחת המסרונים. הבודק קבע בחוות דעתו ש-79,201 מסרונים מתוך 108,179 מסרונים שנמצא שנשלחו, נשלחו לאחר שנתנה הסכמת הנמענים בכתב לקבלתם. הסכמות אלו מחולקות לשני סוגים – "הסכמה בכתב בנייר" או "אישור תקנון בזמן הרישום ברשת" (ס' 12 לחות דעת הבודק). ביחס לשאר המסרונים שמצא קבע שבהתייחס למרביתם נערכו שיחות מקדימות שלעשרות מהן האזין, וקבע שניתנו במסגרתן האישורים הנדרשים. לוטונט טוענת שמסקנה זו של הבודק לא נסתרה. ביחס להסכמה בכתב שהוגדרה על ידי הבודק כ"אישור תקנון בזמן הרישום ברשת", הכוונה היא לקמפיינים של גיוס לקוחות שערכה לוטונט מעת לעת, כפי שפורט לעיל. ההסכם והתקנון כוללים במפורש נוסח של הסכמת הנמענים לקבלת מסרונים מלוטונט, ללא שום סייג או הגבלה. עוד נטען שהקביעה בהחלטת האישור שדברי הגב' אביבית כהן, מוקדנית החברה, לפיהם לוטונט היא ששיגרה את הודעות הטקסט הם ראיה קבילה - היא קביעה שגויה, הואיל ואביבית אינה יכולה לומר מידיעה אישית מה עושה החברה.

66. עוד נטען שניסיון התובעים להעלות לראשונה בסיכומיהם טענות בהתייחס לתוכנן של ההודעות שנשלחו על ידי טלזר עבור לוטונט הוא הרחבת חזית פסולה שאין לקבלה. ב"כ התובעים לא שאל בשום שלב בחקירתו את הבודק בדבר תוכן של ההודעות שאיתר. כך גם לא נחקרו כלל נציג טלזר או אורגני/מנהלי הנתבעות. כלומר, תוכנן של ההודעות לא נבחן בשום שלב במסגרת ההליך. בהתייחס

למצאי חברות התקשורת נקבע בפסיקה שרשימות וטבלאות אקסל מטעם חברות דיוור ששלחו עבור אותן חברות נתבעות אינן רשימה מוסדית ועל כן אינן בגדר ראיות.

67. לטענת לוטונט, התובעים מציגים בסיכומיהם דוגמאות של 6 נוסחי הודעות בלבד מתוך אלפי הודעות, ללא בחינה או אבחנה מינימלית בין סוגי ההודעות, מה הן אומרות, אם הגיעו ליעדן וכו', אלא קובעים באופן כללי שכלל ההודעות שנשלחו על ידי לוטונט הן דבר פרסומת. התובעים אינם מאבחנים (במסגרת אותן 6 דוגמאות בלבד) בין הודעות שנשלחו ללקוחות שנתנו את הסכמתם המפורשת (בהתאם לממצאי הבודק) לבין הודעות אחרות לגביהן קבע הבודק שבהתייחס לרובן התקיימו שיחות טלפוניות מקדימות. יתרה מכך, משעה שהוכח שההודעות שנמצאו על ידי הבודק נשלחו לנמענים לאחר שאלו נתנו את הסכמתם לכך, לא נסתרה בשום שלב על ידי התובעים הטענה שמדובר במסר ובהטבה שאין בו כדי לגרום לנמען להוצאות כספים, וכן לא נסתרה הטענה בנוגע ל"מבחן התמורה"- לפיה אין חולק שהנמען קיבל תמורה ממשית – הגרלה בחינם.

<u>מגה</u>

68. מגה טענה שלא נהגה לשלוח מסרונים למספרים אקראיים, ושכלל לא שלחה ואינה שולחת הודעות SMS ללא אישור והסכמה כמתחייב. מדובר על הודעה אחת בלבד שהוצגה, המוכחשת אף כיום, שנשלחה לתובע 1, שמלבדה כל הודעות ה-SMS שהציג ומצא הבודק בחוות דעתו (27,167) הן הודעות תפעוליות שנשלחו ללקוחותיה של מגה כחלק מהדיווח הישיר עימם, לאחר שהצטרפו כלקוחות החברה ואישרו בשיחה טלפונית מקדימה את הדיוור עימם באמצעות SMS -שליחת סיסמא לאתר או לינק לקריאת התקנון ואישורו. לטענת מגה, ממצא זה לא נסתר – לא באמצעות חקירת מר מילר ולא בשאלות ההבהרה עליהן השיב הבודק.

69. לטענתה, ראייה נוספת לבידולה של אותה הודעה בודדת שעל בסיסה אושרה התובענה כייצוגית בהתייחס למגה היא העובדה שגם בפניותיהם של התובעים ל-22 חברות תשתיות ותקשורת בישראל (בהתאם לצווי הגילוי שנתן בית המשפט) לא נמצאה ולו הודעה אחת בשנים הרלוונטיות לתביעה שנשלחה באמצעותן. יתרה מכך, העדר פנייה בבקשה לסעד אופרטיבי כלפי הבודק, לאור טענות התובעים ביחס לחוות דעתו, מעידה שידעו שלא ימצאו תוצאות נוספות בבדיקה נוספת שתערך. העובדה שאותה הודעה בודדת שהתקבלה במכשירו של התובע 1 לא נשלחה על ידי מגה אוששה בממצאי הבודק, מאחר שנוסח אותה הודעה בודדת לא נמצא בכל ההודעות אותן מצא הבודק במערכות מגה. כמו כן, תוכן שיחתו של התובע 1 שלושה ימים לאחר קבלת הודעה זו עם מוקדנית החברה, גב' נטשה, אינו מצביע על ידיעתה של גב' נטשה על אופן התנהלות ונהלי החברה.

70. עוד נטען שבחוות דעת הבודק נמצא שמתוך כל הודעות ה-SMS שנמצא שנשלחו ממערכת החברה (כ-27 אלף הודעות) השאילתא שערך במערכות החברה גילתה 4 מקרים בלבד בהם נשלח SMS לפני שיחת טלפון עם הלקוח. בבחינה של הבודק מול מר מילר טען מר מילר שיתכן והדבר נבע מטעות

של אנשי הטלמרקטינג. הבודק לא הסתמך על אותה אמרה אלא בדק 2 מתוך 4 המקרים הללו ומצא שבמקרה אחד, אותו לקוח רשום בבסיס הנתונים פעמיים ויש תיעוד ששילם בכרטיס אשראי יום לפני שליחת ה-SMS. במקרה נוסף, הלקוח שילם ביום שבו ניסו לשלוח לו SMS והשיחה נכשלה (עמ' 59-64 לחוות דעת הבודק). על כן, מגה טוענת שטעות נקודתית זו, ככל וקרתה, הוכחה במסגרת ממצאי חוות דעת הבודק.

71. לטענת מגה, כלל ממצאי הבודק בעניינה לא נסתרו בחקירתו. לא נסתרה טענתה שמעולם לא שלחה את ההודעה הבודדת שנטען שנשלחה על ידה לתובע 1. לא נמצא זכר במערכותיה לא לאותה הודעה ספציפית ולא לנוסחה. הבודק אף קבע שמספר הטלפון של התובע 1 לא נמצא במערכות החברה. קביעותיו שכלל ההודעות שמצא הן הודעות תפעוליות שנשלחו במסגרת דיוור קבוע עם לקוחות החברה לא נסתרו בשום שלב בחקירתו והוא כלל לא נשאל על כך. טענות התובעים לעניין תוכנן של אותן הודעות שהועלו לראשונה בכתב בסיכומיהם הן הרחבת חזית אסורה.

72. לטענת מגה, נקבע על ידי הבודק שלא נשלחו על ידה הודעות דוא"ל כלל. התובעים טועים בהפנותם בסיכומיהם לצילום אחת מהשאילתות שערך והציג הבודק בחוות דעתו, לפיה הודעות דוא"ל כן נשלחו על ידי מגה. לטענתה, מדובר בשלוש הודעות, ששתיים מהן הן מהתאריכים 4.5.16 ו-1.8.16 (תאריכים מאוחרים שאינם רלוונטיים לתובענה) והודעה נוספת מיום 26.1.15 לגביה שכח ב"כ התובעים לציין שהיא עוסקת ב"ביטול הסכם" שנשלח ללקוח החברה, שביקש לבטל את ההתקשרות והמנוי שהיו לו עימה.

73. לטענת מגה ולוטונט, לא הוכחה על ידי התובעים כל קבוצה רלוונטית, לא באמצעות רשומות מוסדיות כמתחייב ולא בכלל. עדיהן הפריכו את הראיות שעל בסיסן אושרה התובענה כייצוגית, וממצאי הבודק הציגו באופן שלם וממוסמך את כלל ההסכמות שניתנו על ידי אותם לקוחות שאישרו קבלת דיוור באמצעות SMS. התובעים ובא כוחם העלו את טענותיהם החמורות כנגד הבודק רק בשלב הגשת סיכומי הצדדים ולא טרחו להעלותן קודם לכן, דבר המלמד שהתובענה לא נוהלה בדרך הולמת ובתום לב עבור הקבוצה. תמוה בעיני מקומה של הטענה לניהול התביעה בדרך הולמת ובתום לב בשלב זה של בירור התביעה, שעה שהמקום לדון בכך הוא בשלב אישור התובענה הייצוגית שחלף לפני שנים ובקשת רשות הערעור בגינו נדחתה.

74. עוד טענו הנתבעים, שלא נטען כנגד מר שריג ומר מילר שהם ביצעו וקיימו את יסודות העבירה הנזיקית הקבועה בסעיף 30א לחוק התקשורת, וכדי לבסס אחריות אישית, היה על התובעים לטעון (והם לא טענו זאת כלל) ולהוכיח שמר מילר ומר שריג ביצעו את העוולה באופן אישי, או שהיו מעורבים בפועל בביצוע העוולות.

75. לטענתם, עתירת התובעים לקבוע פיצוי בסך של 100 ₪ עבור כל הודעה כנזק בלתי ממוני שגויה ומופרכת, וניסיונם לבסס את הסכום על חוות דעת שהוגשו על ידן אינו רלוונטי. אין מומחה לנזק בלתי ממוני, וסקר מוזמן איננו כלי לקביעת שיעור פיצויים לא ממוניים בתובענה ייצוגית. הדבר נכון אף לעניין חוות דעתו של המומחה לפסיכולוגיה קוגנטיבית, פרופ' זכאי, כאשר המינוחים הפסיכולוגיים בחוות דעתו אף הם אינם כלי עבודה להכרעה משפטית מהו שיעור נזק בלתי ממוני בתובענה ייצוגית. כמו כן, בחקירתם של נותני חוות הדעת מטעם התובעים הם הודו שכלל אינם יודעים מהו תחום עיסוקן של הנתבעות. פרופ' כ"ץ הודה שלא נבדק אם קבוצת הנחקרים אישרה קבלת אותן הודעות. עוד הודה שהמאמרים עליהן ביסס את חוות דעתו אינם מתייחסים כלל ועיקר להודעות SMS אלא אך ורק להשפעות נטענות בהתייחס לקבלת הודעות דוא"ל.

76. בנוסף, בחקירת פרופ' זכאי התגלו סתירות רבות בהתייחס למועד חתימתו על חוות דעתו (בזיקה למועד בו התקבל לידו הסקר שערך פרופ' כ"ץ), למקום חתימתה של חוות הדעת, לתקופת הזמן שנדרשה לו לעריכת חוות דעתו לאחר קבלת ממצאי הסקר של פרופ' כ"ץ, בנוגע לכך שאישר שלא צירף כל מאמר בסוגיית השפעתם של הודעות SMS ואף לא צירף לחוות דעתו את המאמר היחיד אליו הפנה בעניין. כשנשאל פרופ' זכאי על מה מתבסס אותו מאמר יחיד שלא צירף השיב שאיננו זוכר. כשנשאל האם יכול להיות שיש מאמרים ומחקרים שמראים תחושות שונות מאלו שהציג לגבי הודעות ה-SMS- השיב שיש אפשרות כזו. לטענתם, עניינים אלו מטילים ספק במהימנות חוות הדעת ובתוכנה.

77. לטענתם התגלו סתירות רבות גם בחקירתו של פרופ' כ"ץ. לאחר שהובהר לו שאין מדובר "במועדוני הימורים באינטרנט" כפי שהגדיר לנשאלים בסקר שערך, נשאל אם יכול להיות שאם היה מציג להם את הפעילות האמיתית של הנתבעות, התוצאות היו שונות, השיב: "**שאלות אחרות מסוג כזה או אחר היו יכולות להביא מטעם הדברים לתשובות אחרות**" (פרו' מיום 20.01.20, עמ' 43, שורות 1-3). עוד עלה מחקירתו שלא צירף לחוות דעתו את הנתונים שעליהם הסתמך, לא צורפו השאלונים שהועברו לחברי קבוצת הסקר והסקר לא כלל קבוצות שונות באוכלוסייה והוא אינו מייצג. עוד אישר פרופ' כ"ץ שלפחות מחצית מהאנשים שהשיבו לסקר כלל לא ראו את ההודעה ובכל זאת נשאלו על תחושות שחוו בעקבות ההודעה. על כן, לא ניתן ללמוד דבר לעניין תחושות כאלה או אחרות של מי שקיבל הודעות SMS או דוא"ל על פי הסקר שערך פרופ' כ"ץ. כך גם בהתייחס לחוות דעתו של פרופ' זכאי, שניתנה בהתבסס על ממצאי אותו הסקר.

78. לטענתם, אמנם התיקון לסעיף 30א לחוק התקשורת קובע תקרת פיצויים ללא הוכחת נזק (להלן: "**פיצויים סטטוטוריים**") בסך 1,000 ₪ בשל הודעת טקסט שהתקבלה בניגוד לחוק, אך סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות קובע שבתובענה ייצוגית סכום הפיצויים הסטטוטוריים אינו רלוונטי, ויש לאמוד את נזקיהם הלא ממוניים של התובעים לגופם. בהתבסס על תכלית החקיקה ובהשוואה לפסיקה בתובענות ייצוגיות בשל הפרה של חוקים אחרים בהם קבועה תקרת פיצויים סטטוטוריים,

המסקנה שסכום הפיצוי הבלתי ממוני נע בין מספר אגורות לכל הודעה ולכל היותר, אם בכלל, עד לתקרה של שקלים בודדים להודעה.

79. בנוסף, במסגרת שיקול דעת בית המשפט יש להביא בחשבון מצד אחד את תכליות החוק (אכיפה, הרתעה ועידוד הגשת תובענות יעילות), ומצד שני לוודא שהפיצוי לא יהיה מעבר לנדרש לצורך השגתו. באומדן פיצויים לא ממוניים בתובענות ייצוגיות שבהם נקובה תקרת פיצויים סטטוטוריים, בתי המשפט לא רק מתעלמים מהסכום הנקוב בהם, אלא שבשל הרצון להימנע מהרתעת יתר פוסקים פיצויים הנמוכים משמעותית אף מהפיצויים (המופחתים ביחס תקרה) שהיו נפסקים בתביעה אישית. הואיל והתובעים עושים שימוש בכלי התובענה הייצוגית שמוזיל את עלויות הגשת התביעה ובכך כבר מתמרץ הגשת תביעות שנזקן זעום, על בית המשפט לפסוק פיצוי ריאלי כולל לקבוצה כולה שיביא להרתעה יעילה. נטען שהסעדים שביקשו התובעים בסיכומיהם (לרבות שכר התובע המייצג ושכר הטרחה בסכומי עתק) עומדים בסתירה לאמור, ויגרמו לקריסתם המוחלטת של החברות הפרטיות הנתבעות בתיק זה, דבר שיחמיץ את מטרת ההרתעה.

80. לאור כל האמור לעיל, מגה ולוטונט טוענות שיש לדחות את התביעה בכללותה ולקבוע שאין כל אחריות אישית למר שריג ומר מילר. לחלופין, לקבוע שלא הוכח כל נזק בממצאים שהובאו על ידי התובעים, ולמצער לקבוע שהנזק בהתייחס לכל הודעה, ככל שיקבע שאכן נשלחו הודעות בניגוד לחוק התקשורת, הוא בין מספר אגורות עד ולכל היותר לתקרה של שקלים בודדים להודעה.

<u>טענות ניו ספורט ומר אברהם לוי בסיכומיהם (הנתבעים 2 ו-6)</u>

81. לטענת הנתבעים 2 ו-6, עניינם שונה מעניינם של נתבעים 1, 3, 5 ו-7, שכן ניכר מכל הראיות בתיק שניו ספורט נפלה קורבן ללוגטק ומר כרמלי, כשכל חטאו של מר אברהם לוי הוא שסמך על בנו שבעצמו הוטעה, מבלי היכולת להבין זאת בזמן אמת. כמו כן, מהראיות עולה שניו ספורט לא ידעה ולא יכלה לדעת על מעשי לוגטק, ופעלה באופן סביר בנסיבות העניין ובזמן אמת. מעולם לא הושמעה כנגדה או בפניה כל טרוניה, כך שלהבדיל מיתר הנתבעות, לא היתה לה שום סיבה לחשוד. מאחר ומעולם לא הוגשה אף תלונה או תביעה ביחס אליהם, אזי אין כל קבוצה שנפגעה מהודעותיהם.

82. לטענתם, לאחר שחוות דעת הבודק וחקירתו עליה, לא נותר ספק שניו ספורט ומר אברהם לוי לא ידעו שנשלחו בשמם דברי פרסומת לא תקינים ושהם פעלו באופן סביר לפי הוראות ס' 30(א) לחוק התקשורת. חוות דעת הבודק בעניינה של לוגטק מזכה גם היא כשלעצמה את ניו ספורט.

83. עוד נטען שכתב התביעה, התצהירים ובקשת האישור שהוגשו על ידי התובעים כנגד ניו ספורט כלל לא כללו טענה כנגד משלוחי הודעות של ניו ספורט עצמה ללקוחותיה ובהתאם, לא ניתנה לניו ספורט הזדמנות הוגנת להתגונן מפני טענה זו. ניסיון התובעים לטעון בסיכומיהם לראשונה טענות כנגד משלוחי הודעות של ניו ספורט עצמה ללקוחותיה היא הרחבת חזית אסורה.

84. ניו ספורט טענה ששלחה הודעות רק ללקוחותיה והיתה רשאית לשלוח הודעות ללקוחות שנרשמו אצלה, מסרו לה את פרטיהם האישיים ואת מספר כרטיס האשראי שלהם, ואף ביקשו והמשיכו לקבל ממנה שירותים מרצונם החופשי. מעבר לכך, סעיף 30א(ג) לחוק התקשורת אינו דורש הסכמה אקטיבית של הנמען במקרים הרלוונטיים לניו ספורט, שכן שלחה הודעות אל לקוחותיה בלבד, ודי בהודעה כללית ובאפשרות הסרה בכדי לעמוד בהוראות החוק. כפי שנקבע על ידי הבודק, ניו ספורט קיבלה אישור מלקוחותיה לשלוח הודעות מייל או SMS ללקוחותיה באמצעות אישור תקנון החברה וגם אישור מפורש בהזמנת העסקה.

85. עוד נטען שהתובעים בחרו להתעלם מהוראות סעיף 30א(ג)(1) לחוק התקשורת, הקובע שלא בכל מקרה יאלץ נתבע בתביעת ספאם להציג הסכמה של הנמען לקבלת דוא"ל. מחקירת המומחה עלה שהוא בחן ואישר שכל אחת מההודעות שנשלחו על ידי ניו ספורט נשלחו בהסכמת הנמען, ולכל הפחות נשלחו רק לנמענים שהם לקוחות ניו ספורט, ושנמסרה להם הודעה לפי ס' 30א(ג), כאשר בהודעות אלו ניתנה האפשרות של הסרה אפקטיבית (ס' 9 לחוות דעת הבודק). ההודעות שנשלחו אינן פוגעניות ואינן מהסוג שאותו ביקש המחוקק למגר. נהפוך הוא, תוכנן מאפשר לנמענים לקבל מידע חשוב בחינם, שאינו נחלת הכלל. קל וחומר שעה שניו ספורט אינה פונה לכלל הציבור ללא אבחנה, אלא לקהל יעד ספציפי ומוגדר שביקש להימנות על קהל לקוחותיה.

86. לטענת ניו ספורט, מחוות דעת הבודק עולה שלוגטק הטעתה בהצהרותיה את ניו ספורט ואת חברת מייפל שפיקחה מטעמה, באופן המפריך את חזקת הידיעה ביחס לניו ספורט. בלתי סביר לצפות ממנה לפקח על פי חוק הספאם בצורה העולה על מומחיותה של חברת מייפל. הוכח שהם נפלו קורבן למצגי מייפל ולוגטק ולמרות הפיקוח שהעניקה מייפל עבורם, לא נכון לסווגם כמי שידעו או שיתפו פעולה במודע עם מעשיה של לוגטק. עיון בהסכם ניו ספורט מול חברת מייפל (נספח 4 לתגובתם לבקשת האישור) מעלה שניו ספורט לא אישרה ולא רכשה פרסום בדואר אלקטרוני, אלא פרסום במדיה, ביוטיוב, גוגל ופייסבוק. כמו כן, הוכח לטענתה שנקטה פיקוח כדי למנוע משלוח הודעות בשמה.

87. ניו ספורט טענה שלא ידעה ולא הרשתה שישלחו בשמה הודעות פרסומיות, כאשר הזמנת העבודה שהוצגה על ידה מלמדת שהיא הזמינה לידים ממדיה בלבד של פרסום בגוגל ובפלטפורמות אחרות, אך בשום מקרה לא הרשתה או ידעה שבניגוד להזמנה שביצעה, ישלחו הודעות הקשורות אליה.

88. באשר לחובתו האישית הנטענת של מר אברהם לוי, נטען שמר לוי כלל לא לקח חלק בכל הנושאים הרלוונטיים לתביעה ופעל בצורה סבירה כבעל מניות פאסיבי, כשבנו ניהל בפועל את החברה ולא עלה בדעתו שיעשה שגיאות בניהולה. מר אברהם לוי לא נטל שום חלק פעיל בניהול ניו ספורט, לא נטל חלק בהתקשרות עם חברת מייפל ולא ראה במשך שנים כל תלונה על ניו ספורט או על בנו, כך

שלא היתה לו סיבה לחשוד שמשהו אינו מתנהל כשורה. יתרה מכך, לא הוגשה כל ראיה לפעולה כלשהי מצד מר אברהם לוי ואין כל טענה מצד התובעים שהוא נטל חלק פעיל במערך האירועים.

89. לטענתם, קיימות גישות סותרות בפסיקה אם מנהל בחברה שביצע עבירה פלילית מכח סעיף 30א(ח) לחוק התקשורת, מבצע גם עוולה אזרחית מכח סעיף 30א(ט) לחוק. לגישתם, מדובר בשני סעיפים נפרדים ושונים שמתמודדים עם תופעת הספאם בשני מישורים שונים, הפלילי והאזרחי. גם קריאת הצעת החוק מלמד על ההפרדה הברורה בין הסעיפים ועל הכוונה לקבוע אחריות פלילית שדינה קנס לנושאי משרה בתאגיד, בנפרד ובשונה ממסלול תביעה אזרחי שיהיה הכלי המרכזי והיעיל להתמודדות עם תופעת הספאם. לו רצה המחוקק להטיל על מנהל תאגיד אחריות אזרחית- נזיקית לפי סעיף 30א לחוק התקשורת, היה עושה זאת בצורה ברורה וחד משמעית, כפי שעשה בחוקים אחרים. לפיכך, נטען שאין מקום להטיל אחריות אישית על מר אברהם לוי בגין פרסום שעשו ספקים חיצוניים, ואפילו אם הפרסום היה נעשה על ידי ניו ספורט, מבלי שתוכח אחת העילות המוכרות בדין הכללי להרמת מסך או לחיוב אישי.

90. עוד נטען שהשליחות שניתנה לבנו של מר אברהם לוי היתה אך ורק שליחות במסגרת התקין והמותר, בהתאם גם להוראות ולחזקות שבחוק השליחות, תשכ"ה-1965 (להלן: "**חוק השליחות**") ולא כללו שום פעולה אסורה, שככל שבוצעה- חרגה מיחסי השליחות. התובעים אף לא העלו טענה שמר אברהם לוי שלח את בנו להתקשר עם חברת מייפל או לבצע משלוחי דוא"ל.

91. לטענתם, לא הוכח אף גודל הקבוצה ביחס אליהם. רק בסיכומי התובעים הועלתה לראשונה טענה בדבר הודעות שניו ספורט שלחה ללקוחותיה הרשומים, כשחוות דעת הבודק קבעה מפורשות שכל הלקוחות הרשומים הם לקוחות שנתנו הסכמתם לקבלת דבר פרסומת. בסיכומיהם ניסו התובעים אף להסתמך על קובץ אקסל (קובץ מרקדו), שנראה שהוכן על ידי ב"כ התובעים ואינו ראיה מוסדית, לא הוגש כראיה כדין ולא ניתנה האפשרות לחקור אודות קובץ זה. כמו כן, לא הוצגו תוכנן ומהותן של ההודעות מאותו קובץ אקסל ואף הבודק לא קיבל אותו לבדיקה ולא מצא שום קשר בינו לבין הנתבעים 2 ו-6 בחקירתו. לטענתם, אין בקובץ מרקדו ראיה לכך שההודעות אכן פרסומיות או קשורות לניו ספורט. כמו כן, לא הוכחו הנסיבות בהן נרשמו על הקובץ המילים "שווה שווה" ושהן מלמדות על משלוח פרסומות בקשר לניו ספורט. ניתן להסיק שלפחות חלק מההודעות בקובץ מרקדו עם הכותרת "שווה בשווה" כלל לא נשלחו בהקשר לניו ספורט, אלא שגם הודעות שנשלחו ביחס לנתבעים 3 ו-7 כלולות באותו הקובץ. עוד נטען שלא הוגש אף תצהיר או הובא עד להעיד בפני בית המשפט ביחס לתוכנן של עשרות אלפי השורות שבקבצים לאשר את הפרטים ההכרחיים לקביעה שמדובר בהודעות ספאם.

92. עוד נטען שמלבד גודל הקבוצה, לא הוכח אף הנזק שנגרם לחבריה. התובעים תמכו טענותיהם בשתי חוות דעת מומחה שהתייחסו לנתבעים האחרים ולהודעותיהם, אך לא התייחסו לנזק (המוכחש) מהודעות הקשורות לניו ספורט. התובעים אף לא פירטו כלל האם הנזק (שטיבו לא הובהר) משותף

או דומה בקרב חברי הקבוצה ועל פי איזה מנגנון הם מציעים לחשב את נזקי הקבוצה. לטענתם, אף התובע הייצוגי בעצמו, הודה בחקירתו בבקשת האישור שכלל לא ניזוק מההודעה שנשלחה אליו, ואפילו לא היה מודע לקיומה. הוא כלל לא פתח את המייל המדובר, שנכנס ישירות לתיבת הספאם המתרוקנת מעצמה בכל 30 ימים. לפיכך, גם לשאר חברי הקבוצה עליה ניסה התובע להצביע לא נגרם שום נזק, שהרי מדובר בשאלה משותפת ודומה לכל חבריה. כך, גם לפי אחוזי פתיחת המיילים שניתח הבודק בחוות דעתו, למעלה מ-97% ממקבלי המיילים המדוברים, כלל לא ראו ופתחו אותם.

93. לאור כל האמור לעיל, ניו ספורט ומר אברהם לוי טוענים שיש לדחות התביעה כנגדם הואיל והוכח שלא עברו על הוראות סעיף 30א לחוק התקשורת, הוכח שקיבלו את הסכמת הנמענים להודעותיהם כפי שהעיד הבודק, ואף הפריכו את חזקת הידיעה בכל הקשור ללוגטק, כעולה ממסמכי ההתקשרות עם חברת מייפל, ממסמכי לוגטק, מחוות דעת הבודק וחקירתו.

<u>דיון והכרעה:</u>

<u>תופעת ה"ספאם"</u>

94. סעיף 30א לחוק התקשורת הוסף בתיקון מס' 40 לחוק זה, על רקע תופעת ההפצה ההמונית של הודעות פרסומת בלתי רצויות ברשתות תקשורת (לרבות באמצעות דואר אלקטרוני, הודעות SMS ופקסימיליה), תופעה המכונה "ספאם". בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר ש"תופעת ה-spam מעוררת בעיות במישורים שונים, ובהן – בעיות של אבטחת מידע, חדירה למחשבים בלא היתר והפצת וירוסים, פגיעה בפרטיותו של המשתמש ברשת והטרדתו, פגיעה בהתפתחותו של המסחר האלקטרוני ופגיעה בעסקים בשל אבדן זמן והשקעת משאבים. תופעה זו מעמיסה עלויות מיותרות על הציבור, ובכלל כך על מפעילי התקשורת (בעלי התשתיות, ספקי אינטרנט וכו'), עסקים, משתמשי אינטרנט פרטיים ורשויות העוסקות באכיפה". (דברי הסבר להצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 33), התשס"ה-2005, ה"ח 182, 886) (להלן: "**דברי ההסבר**"). בהצעת החוק התקבל המודל הקיים באיחוד האירופי להתמודדות עם תופעת הספאם – מודל Opt-in, לפיו חל איסור על משלוח הודעות פרסומת בשיווק ישיר, אלא אם התקבלה מראש הסכמת הנמען. לכלל זה נקבע חריג לפיו במקרה של התקשרות קודמת בין ספק לצרכן, רשאי הספק לעשות שימוש בפרטי ההתקשרות של הצרכן לשם משלוח הצעה למוצר או שירות דומה. בכל מקרה, ניתנת לנמען האפשרות להודיע לשולח, בכל שלב, שהוא מסרב לקבל הודעות כאמור. המודל שאומץ משקף את האיזון הראוי בין ההגנה על פרטיות המשתמש ומניעת המטרד הכרוך בספאם, לבין שימוש מסחרי לגיטימי במתקן בזק לצורך שיווק ישיר (דברי ההסבר, שם).

95. ביום 1.12.2008 נכנס לתוקף חוק התקשורת (תיקון מס' 40). ס' 30א לחוק התקשורת קובע כלל ברירת מחדל, לפיו חל על "מפרסם" איסור לשלוח "דבר פרסומת" (כהגדרתם בסעיף) לנמען שלא נתן את הסכמתו לכך קודם לכן, בכפוף לחריגים המפורטים בסעיף 30א(ג) לחוק. סעיף 30א(ד) לחוק

קובע שגם במצב בו הסכים הנמען לקבל דברי פרסומת, או לא הודיע על סירובו לקבלם, רשאי הוא בכל עת להודיע למפרסם לקבל דברי פרסומת ולחזור בו מהסכמתו, ככל שניתנה. הודעת הסירוב של הנמען תינתן בכתב או בדרך שבה שוגר לו דבר הפרסומת – לפי בחירתו.

96. סעיף 30א(ה) לחוק התקשורת קובע דרישות צורניות שעל המפרסם דבר פרסומת לעמוד בהן:

"(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".

סעיף 30א(ט) לחוק קובע שהפרת הוראות הסעיף היא עוולה אזרחית והוראות פקודת הנזיקין יחולו עליה, בכפוף להוראות הסעיף.

97. תחילה יש לבחון האם ההודעות מושא התביעה הן "דבר פרסומת". בהתאם להגדרה בחוק "דבר פרסומת" הוא מסר המופץ באופן מסחרי, שמטרתו לעודד רכישת מוצר או שירות או לעודד הוצאת כספים בדרך אחרת. על פי דברי ההסבר, 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)).

98. הגדרת המונח "דבר פרסומת", פורשה בפסיקת בית המשפט העליון בהתאם לתכלית החוק ולמטרותיו כהגדרה 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** (נבו, 25.10.17). 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**" (פרוטוקול מס' 6 מישיבת הוועדה המשותפת של ועדת

הכלכלה וועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה- 17, בעמ' 9 (1.4.2008)). המחוקק בחר במודע בהגדרה רחבה של המונח "מפרסם", המקיפה סוגים שונים של ביטויים, שהמשותף להם הוא שבעקבותיהם הנמען יוציא כספים מכיסו. במילים אחרות, עיקר תכליתו של סעיף 30א לחוק התקשורת למנוע ממפרסמים לגרום לאדם, במישרין או בעקיפין, להוציא כספים בעקבות הודעה שנשלחה אליו.

99. הנטל להוכיח הסכמה למשלוח דבר פרסומת מוטל על השולח, כפי שנקבע ברע"א 4704/20 **יונתן בן-עמי נ' FACEBOOK IRELAND LTD** (נבו 09.02.2021) - "**בהצהרת הנמען כי למיטב ידיעתו לא נתן הסכמה למשלוח דברי הפרסומת, עוברת חובת הראיה אל כתפי המפרסם-הנתבע. זהו המצב ברובם המוחלט של המקרים בתביעות לפי סעיף 30א לחוק התקשורת, ומכאן שהלכה למעשה, כדרך קבע, מוטלת חובת הראיה בכגון דא על המפרסם (רע"א 1231/17 רז נ' אימפרשן מדיה בע"מ, [פורסם בנבו] פסקה ח(20.4.2017)). כך, אם אין בידי המפרסם ראיה להסכמה ראשונית, ובהתקיים יתר התנאים המצוינים בחוק התקשורת, ככלל תתקבל תביעת הנמען**". כפי שנקבע בחוק, הסכמה העונה על דרישות סעיף 30א(ב) היא הסכמה מפורשת מראש ובכתב על ידי הנמען. קיימות מספר אפשרויות למתן הסכמה לקבלת דבר פרסומת בכתב, לרבות בהודעה אלקטרונית או בשיחה מוקלטת.

100. על כן, בבואי לבחון את חבותם הנטענת של הנתבעים, אבחן האם ההודעות שנטען שנשלחו על ידם הן "דבר פרסומת" כהגדרתו בחוק, והאם הוכחה על ידם הסכמה מפורשת מראש ובכתב למשלוח הודעות אלו על ידי הנמענים. אדון להלן בכל קבוצת נתבעים בנפרד.

<u>לוטונט ומר שריג</u>

101. לוטונט כאמור טוענת שלא נהגה לשלוח מסרונים למספרים אקראיים, אלא אך ורק ללקוחות קיימים או לכאלו שניתנה הסכמתם מראש ובכתב, לרבות באמצעות שיחות מוקלטות. הבודק, מר ספי מרקל, מונה לבדיקת גודל הקבוצה וכמות דברי הפרסומת שנשלחו מטעם הנתבעים ללא הסכמה מראש מיום 23.3.08 עד 26.1.16 (החלטותיי מיום 3.4.19 ומיום 10.6.19). בחוות דעתו לעניין לוטונט כתב הבודק שלצורך בדיקתו השתמש בשני גליונות נתונים שהגיעו מחברת 019 (טלזר) המפרטים את משלוח ההודעות בין מרץ 2015 ועד סוף ינואר 2016. המומחה קבע שלפי בחינת הגיליונות **נשלחו על ידי לוטונט 108,179 הודעות** (סעיף 3.6 לחוות דעתו). הבודק פילח את ההודעות לפי תוכנן, חלקן תפעוליות ללקוחות קיימים וחלקן מחלקות מתנות ללקוחות פוטנציאליים. כמו כן, הבודק חילק את משלוח ההודעות לשלוש קבוצות, כפי שיפורט להלן.

102. <u>הקבוצה הראשונה</u>- הודעות ללקוחות שגויסו במבצעי שיווק בחנויות סופר. הבודק קבע שבדצמבר 2014 במהלך מבצע לגיוס לקוחות במרכז מזון ליד נצרת, לוטונט החלה לשלוח הודעות SMS כחלק מתהליך הרישום, לאנשים שנרשמו ואישרו את התקנון במקום. כל לקוח מתעניין קיבל מיד לאחר רישומו הודעה בנוסח כדלקמן:

"לוטונט שמחה להעניק לך מתנת השתתפות בהגרלות הלוטו. המספרים של המסלול הקבוצתי שלך הם 1 10 14 23...לצפייה בזכויות ובטפסים כנס ל....משתמש...סיסמא..."

תהליך שיווק זה מצד לוטונט חזר על עצמו במספר רב של מרכזי מזון (דבאח, ארד, ויקטורי ועוד). הבודק קבע שבסה"כ נשלחו 42,795 הודעות בקבוצה הראשונה, וצירף לחוות דעתו (נספח ב') צילום מסך המסכם את כל שליחת הודעות הטקסט עד ליום 22.3.15.

עיון בנוסח ההודעה שנשלחה לנמענים בקבוצה הראשונה והראיות שהוצגו בפניי בדבר נסיבות שליחתה, מעלה שאין מדובר ב"דבר פרסומת", אלא בהודעה תפעולית שנשלחה על ידי לוטונט ללקוחות שנרשמו בעמדות שהוקמו במרכזי המזון, אישרו את התקנון וקיבלו מיד את ההודעה הנ"ל, שנועדה למסור להם את המספרים לצורך השתתפותם בהגרלה. לוטונט הציגה בפירוט רב ותוך העדת עדים רלוונטיים את האופן בו נהגה לגייס לקוחות באמצעות קמפיינים וירידי גיוס אלו, שנפרסו במרכזי מזון ומרכזים מסחריים שונים. במרכזים אלו הוקמו עמדות מאוישות על ידי נציגי לוטונט שהחתימו לקוחות מתעניינים שניגשו אליהם בחתימות אלקטרוניות, באמצעות מכשירי טאבלט ניידים. כך העידה גב' גלית בן הרוש, ששימשה כמנהלת סניף חיפה של לוטונט בשנים הרלוונטיות לתביעה (ואינה עובדת בה כיום), שלאחר שהלקוח אישר את התקנון הוא קיבל הודעה עם המספרים של ההגרלה. עדותה היתה אמינה וקוהרנטית ותיארה היטב את אופי הגיוס וההקפדה על הנהלים. גב' בן הרוש תיארה כיצד פיקחה על הפרוייקטים שהיו תחת ניהולה, על החתמת כל לקוח ולקוח מתעניין, וכי נשלחו הודעות SMS אך ורק לאחר אישור הלקוח (ראו תמליל מיום 20.1.20, עמ' 91-93). משכך, אין מדובר במסר המופץ באופן מסחרי במטרה לעודד רכישת מוצר או שירות, אלא במסר תפעולי הנשלח כתגובה לפעולה שמתבצעת, ובעניינו הודעה הנשלחת ללקוח שנרשם לקבלת הגרלה חינם, המעניקה לו את המספרים לצורך השתתפותו בה. על כן אני קובע שההודעות שנשלחו על ידי לוטונט בקבוצה הראשונה אינן "דבר פרסומת" כהגדרתו בסעיף 30א לחוק התקשורת.

103. <u>הקבוצה השנייה-</u> הודעות לרשימות לידים שהתקבלו מחברות חיצוניות. הבודק קבע שבתאריך 16.12.14 התחילה לוטונט לשלוח הודעות SMS מסוג מתנה לאנשים שנרשמו בדף הנחיתה של חברת מד מדיה, והצליחה לגייס במבצע זה שנמשך כחמישה שבועות 4,536 מתעניינים. בנוסף, התקבלו לידים מחברות אחרות כגון target media, web 8 ועוד, המפורטות בנספח כב' לחוות דעת הבודק. הבודק קבע **שסה"כ נשלחו 28,671 הודעות לרשימות תפוצה שנרכשו מלידים.** חלק מההודעות נשלחו לאחר שיחת טלפון ממחלקת הטלמרקטינג, כאשר הבודק כתב שהקשיב להקלטות אקראיות של שיחות שיווק אלה. הבודק נשאל בחוות דעתו המשלימה הראשונה כמה הודעות נשלחו על ידי כל אחד מספקי הלידים במסגרת איתור הלידים עבור לוטונט והתבקש לפרט את סוג ההודעות, נוסחן, כמותן וכל פרט אחר. הבודק השיב שאין לו מידע ואין עדות לשליחת ההודעות, אלא לפי הבנתו היה דף נחיתה למילוי הפרטים ורישום. כמו כן, הבודק הופנה לנספח כב' לחוות דעתו בו פרטו רשימת כמויות של לידים שנקנו מחברות חיצוניות, כאשר השורה הראשונה, השניה והשמינית משוייכים לחברת מד מדיה. הבודק נשאל האם כל הלידים הללו משוייכים לחברת מד מדיה או שהשורה השמינית שייכת לחברה אחרת. הבודק השיב בחוות דעתו המשלימה הראשונה (ס' 19) שאלה הם לא

רשומות לידים אלא הודעות שנשלחו ושהשורה השמינית מסומנת כ"מד מדיה", אך למעשה הגיעו הלידים מחברה אחרת בשם "סופר ספיד". כמו כן, נשאל הבודק אם נבדקו ההודעות שנשלחו על ידי ספקיות הלידים עבור לוטונט, והשיב שהם לא נבדקו הואיל וחלק מהחברות כבר לא קיימות מזה זמן רב. מדובר בעבודה חסרה של הבודק, ולא הוצג נוסח ההודעה מלבד האמירה שמדובר במתנה שהוצעה לצורך גיוס לקוחות. די בכך על מנת לקבוע שמדובר בדבר פרסומת, שנועד ליצור קשר עם הנמען על מנת לקיים איתו קשר מסחרי בעתיד. אשר להסכמת הנמענים, כפי שיפורט להן, לוטונט לא הרימה את נטל ההוכחה שקיבלה הסכמת הנמענים לקבלת דבר פרסומת בקבוצה זו, ומששלחה הודעות אלה, הפרה את סעיף 30א לחוק התקשורת.

104. הקבוצה השלישית- הודעות תפעוליות ושיווקיות ללקוחות החברה שכבר עשו מנוי ואישרו את תקנון ההשתתפות. קבוצה זו מורכבת מהודעות ניסיוניות שנשלחו על ידי המתכנת, מר יבגני שוורצמן, לבחון את המערכת. הוא שלח את המילה "שיווק" ללקוחות החברה 3,950 פעמים; 10,222 הודעות זכיה ללקוחות החברה; 4,340 הודעות תפעוליות, כמו החלפת סיסמא; 17,459 הודעות ללקוחות שהמנוי שלהם פסק ומנסים לשווק להם מנוי מחדש. **סה"כ הודעות בקבוצת ההודעות ללקוחות – 36,406 הודעות.**

105. לסיכום קבע הבודק שלוטונט שלחה **108,179** הודעות, כאשר ל-79,201 הודעות יש הסכמה בכתב בנייר או אישור תקנון בזמן הרישום ברשת. ל-28,671 הבודק קבע שאין אישור ברור, לחלקם כנראה נעשו שיחות טלפון מקדימות. הבודק כתב שמערכת הטלמרקטינג מקליטה את השיחות שמבצעים הטלפנים והוא הקשיב לשיחות אלו בצורה אקראית ושמע שהטלפנים מסבירים ללקוחות שהם עומדים לקבל הודעות לטלפון. עוד ציין הבודק בחוות דעתו שלוטונט לא שלחה הודעות ללקוחותיה שוב ושוב, כפי שלדבריו עושות "חברות ספאם", לא שלחה הודעות ליותר ממיליון הלקוחות הרשומים אצלה, אלא השתמשה בהודעות בצורה מדודה מאוד בעבודה מול מחלקת הטלפנים.

106. הבודק לא ידע להסביר בעדותו מדוע בדק בחוות דעתו נתונים החל ממרץ 2015 בלבד (ולא מיום 23.3.08 כפי שהצטווה). הוא הודה שמידע זה חסר בחוות דעתו, אך עמד על קביעתו שלוטונט לא שלחה הודעות SMS לפני תקופת בדיקתו (תמליל מיום 17.6.21, עמ' 55, שורות 36-28, עמ' 60, שורות 30-29). בחוות דעתו המשלימה הראשונה קבע שלוטונט לא שלחה הודעות לפני נובמבר 2014 הואיל ואז פותחה המערכת הזו והחל תיעוד שליחת ההודעות. הבודק לא נתן הסבר ברור מדוע בחן אך ורק את גליונות טלזר 019 יחד עם הנתונים המשולבים של לוטונט, ולא בדק את נתוני המערכת עצמה של לוטונט (ראו תמליל מיום 17.6.21, עמ' 110). בחוות דעת הבודק התגלו סתירות ותהיות רבות, שהבודק לא ידע להסבירן במהלך חקירתו, הן לעניין תאריכי בדיקתו והן לעניין אי התאמה במספרי כמויות ההודעות שציין. הבודק כאמור קבע בחוות דעתו שלכמות של 28,671 הודעות אין אישור ברור, לחלקם כנראה נעשו שיחות טלפון מקדימות. הבודק לא צירף את שיחות הטלפון

האקראיות להן הקשיב ולמעשה לא ניתן ללמוד הסכמה משיחות טלפון אלו שלא צורפו, שלא ברור מה תוכנן ואם באמת כללו הסכמה לקבלת דבר פרסומת. משכך, ולאור העובדה שלוטונט לא הרימה את נטל ההוכחה המוטל עליה להוכיח הסכמה, אני קובע שלוטונט שלחה דברי פרסומת באמצעות הודעות SMS לקבוצת נמענים, שלא נתנו הסכמתם מראש ובכתב לפחות בקבוצה השניה שהובאה לעיל. ניתן אף ללמוד זאת מנוסח ההודעה שקיבל התובע 1 ביום 26.5.15 הפונה ל"אראל":

"**אראל**
עם 52 מליון משבר הדיור מאחוריך
נסו את מזלכם עכשיו באתר...ואולי תהיו המליונרים הבאים.
מהרו לפני שיקחו לכם את המליונים!
להסרה השב הסר".

מר שריג הודה בחקירתו שהודעה זו נשלחה על ידי חברת "מד מדיה"- כלומר משויכת לקבוצה השניה (לידים) (תמליל מיום 3.11.15, עמ' 42, שורות 6-3). נוסח הודעה זו עונה על הגדרת "דבר פרסומת". מדובר בהודעה שיווקית שהופצה לקבוצה גדולה של נמענים. בטבלה שצירף הבודק לחוות דעתו, המסכמת את נתוני 019, נכתב שהודעת פרסום מסוג "משבר הדיור" הופצה 3,698 פעמים (נספח כג לחוות דעתו). מטרת הודעה זו לעודד את הנמען להשתתף בהגרלות לוטו ולהוציא כספים. הודעה זו קיבל התובע 1 חרף בקשתו המפורשת ממוקדנית לוטונט, הגב' אביבית כהן, ששמו יוסר מהמאגר ושלא ישלחו לו הודעות נוספות.

107. הבודק לא קבע שהתקבלה הסכמה חד משמעית ומפורשת לכלל ההודעות שנשלחו על ידי לוטונט. בחוות דעתו המשלימה הראשונה נשאל בסעיף 5:

"**אילו מסמכים מעידים על הסכמת הנמענים לקבלת פרסומות? אנא צרף כל מסמך רלוונטי. ככל שמדובר במסמך דיגיטלי אנא צרף עותק שלו".**

השיב: "ישנם שני דפי תקנון. אחד בדף הנחיתה (בו השתמשו במבצע במרכז המזון למשל) ואחד באתר החברה. צרפתי אותם לנספח ב' וג'."

בנספח ג' אותו צירף הבודק הנקרא "תקנון החברה באתר" נכתב בסעיף 8א ש"**המשתתף מסכים שהודעות החברה תשלחנה אליו בשיטת מסרון טלפוני ו/או דוא"ל וחתימתן על הסכם זה מהווה הרשאה לחברה למסור את פרטי מנוי הטלפון שלו לחברות המשדרות באמצעות שיטה זו...**"

אין בחתימת לקוח על תקנון החברה באתר הסכמה לקבלת הודעות פרסומת, אלא הסכמה לקבלת הודעות תפעוליות בלבד. סעיף 30א(ב) לחוק התקשורת דורש הסכמה מפורשת מראש ובכתב של הנמען לקבלת דברי פרסומת, ותקנון האתר לא מציין כלל הסכמה לקבלת דבר פרסומת. כמו כן, לוטונט לא הוכיחה לאילו נמענים הוצגו מסמכים אלו- ומי מהם חתם עליהם ומי לא. על כן, כפי שקבעתי, לוטונט לא עמדה בנטל ההוכחה להוכחת ההסכמה הנדרשת. על כן, אני קובע שנשלחו הודעות "דבר פרסומת" על ידי לוטונט ללא קבלת הסכמת הנמענים ותוך הפרת סעיף 30א לחוק התקשורת.

108. אני דוחה את הטענה שנשלחו אף הודעות דוא"ל על ידי לוטונט על פי קביעת הבודק בחוות דעתו המשלימה הראשונה, לפיה נשלחו על ידי לוטונט דברי דואר אלקטרוניים תפעוליים בלבד, שלא נסתרה.

109. אשר לחבותו של מר שריג, סעיפים 30א(ח) ו-(ט) לחוק התקשורת קובעים:

"(ח) מנהל של תאגיד וכן מי שאחראי לתחומי השיווק או הפרסום בתאגיד (בסעיף זה – נושא משרה בתאגיד) חייב לפקח ולעשות כל שניתן למניעת עבירה לפי סעיף קטן (ו) בידי התאגיד או בידי עובד מעובדיו; המפר הוראה זו, דינו – קנס כאמור בסעיף 61(א)(3) לחוק העונשין; נעברה עבירה בידי התאגיד או בידי עובד מעובדיו, חזקה היא כי נושא משרה בתאגיד הפר את חובתו לפי סעיף קטן זה, אלא אם כן עשה כל שניתן כדי למלא את חובתו.

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

אני דוחה את טענת לוטונט ומגה בסיכומיהם שסעיפים אלו אינם קשורים לחבות אזרחית בכלל ולחבות בנזיקין בפרט ואין בהם כדי ליצור חובה חקוקה לעניין סעיף 63 לפקודת הנזיקין, אלא יוצרים נורמה פלילית עצמאית של נושאי המשרה ולא נורמה נזיקית שילוחית. אציין, שגם ללא סעיף זה, מכיוון שמר שריג הוא הדירקטור ובעל המניות היחיד של לוטונט, דברי הפרסומת עשויים לפרסם את עסקיו ולקדם את מטרותיו, ועל כן, הוא נכלל בהגדרת "מפרסם" על פי חוק התקשורת ללא קשר לסעיף זה. לפי סעיף זה נקבע ש"חזקה היא כי נושא משרה בתאגיד הפר את חובתו לפי סעיף קטן זה, אלא אם עשה כל שניתן כדי למלא את חובתו". כלומר, עליו הנטל להראות שעשה כל שניתן כדי למלא את חובתו. מר שריג לא הוכיח שעשה כל שניתן כדי למלא את חובתו למנוע מלוטונט משלוח דברי פרסומת אסורים על פי חוק. משלוח ההודעות בוצע בידיעתו של מר שריג שלא התכחש לכך לרבות ההודעות שנשלחו באמצעות ספקי המשנה (הלידים). נציגת לוטונט, הגב' אביבית כהן אף העידה שכשנגמרו מספרי הטלפון מהמאגר, הטלפנים התקשרו למספרי טלפון אקראיים ממאגר "144" ו"זה היה מקובל וזה היה בסדר" (ראו תמליל מיום 17.6.21, עמ' 4, שורות 11-27). מכאן, שמר שריג לא פיקח בצורה ראויה על מקורות מספרי הטלפון איתם יצרה החברה קשר. כמו כן, מר שריג העיד בחקירתו שהסתמך על חברת "מד מדיה" איתה היה חתום בהסכם, שהיא משיגה את הלידים בצורה חוקית לאור התחייבותה לכך בהסכם, ושלא טרח לבדוק ולפקח שהיא אכן פועלת בהתאם להתחייבותה זו. לדבריו "**הפיקוח היחיד זה שבהתחלה עשינו בדיקה לקחנו 100 לידים לבדוק אותם, ונכון לעד היום מעולם לא הוגשה תלונה למעט תלונה אחת נגדנו, ו-med madia פתרנו את העניין מחוץ לכתלי בית המשפט, אני חושב שזו הבדיקה הכי מהימנה מבחינתי**" (ראו תמליל מיום 3.11.15, עמ' 41, שורות 1-6). מספיקה תלונה אחת בודדת על מנת להדליק נורה אדומה בפני מר שריג שנדרש פיקוח על השימוש בנתוני החברות בהן נעזר בהשגת לידים. הסעיף קובע שעליו לפקח על פעולות התאגיד. פיקוח על שימוש בנתונים שהושגו מחברות אחרות, שלא נבדק כראוי אם הן פועלות לפי הסכמה מפורשת מראש ובכתב, הוא פיקוח על פעולות התאגיד ועובדיו. על פי כל האמור אני קובע

שמר שריג נחשב כמפר את הוראת סעיף 30א(ח) לחוק התקשורת. בסעיף 30א(ט) נקבע שהפרת הוראות סעיף זה היא עוולה אזרחית. מכאן, שמר שריג עוול עוולה אזרחית בצד העוולה שעוולה החברה, ועל כן חב יחד עם לוטונט בגינה.

110. בהודעת צד ג' נטען שבהתאם לממצאי חוות דעת הבודק נמצא שחברת סופר ספיד סיפקה ללוטונט בהתאם להסכם שחתמה עמה 23,281 לידים (נספח כב' לחוות דעת הבודק). הבודק הבהיר בחוות דעתו המשלימה הראשונה (סעיף 19) שהשורה השמינית המסומנת כ"מד מדיה" בנספח כב' הנזכר לעיל בעצם מיוחסת לחברת סופר ספיד. המודיעים טענו שהאחריות המלאה והבלעדית לשליחתן של 23,281 הודעות היא של צדדי ג' 1 ו-3. המודיעים מפנים לסעיף 7 להסכם שנחתם בין סופר ספיד לבין לוטונט מיום 12.11.15 (צורף כנספח ח' לחוות דעת הבודק המשלימה הראשונה) בו נקבע: "**במידה ויתברר כי אחד או יותר מהלידים אותם סיפק הספק למזמין יוכח כספאם יהיה הספק אחראי לכל נזק (על פי חוק) שיגרם בפועל למזמין עבור ליד זה בלבד. הספק יהיה אחראי לטפל באופן מלא בכל תלונה/תביעה בגין ספאם מול המתלונן עד לסגירת התלונה/תביעה**".

111. יש להבדיל בין התביעה העיקרית לבין ההודעה לצד ג', ובין טענה שהנתבעת פטורה מאחריות בתביעה העיקרית כיוון שסמכה על צד ג' לבין הטענה שאם היא מחוייבת, על צד ג' לשפותה. לוטונט אינה פוטרת עצמה מאחריות למשלוח הודעות ללא הסכמה באמצעות לידים, בטענה שהסתמכה על ההסכם עם סופר ספיד והתחייבותה בהתאם לו לספק לה לידים חוקיים בלבד. לוטונט לא סתרה את חזקת הידיעה שבסעיף 30א(י)(5) לחוק התקשורת, לפיו חזקה על מפרסם ששיגר דבר פרסומת בניגוד להוראות סעיף זה שעשה זאת ביודעין, אלא אם הוכיח אחרת. כדי לסתור את חזקת הידיעה היה על לוטונט להוכיח שלא עצמה עיניה ופיקחה על כך שסופר ספיד עומדת בהתחייבותה הכללית לפעול כדין, ואין די בציון תנאי בהסכם לפיו עליה לעמוד בהוראות הדין. לענין זה ראו האמור ברע"א 1326/18 **סמארט קלאב אחזקות בע"מ נ' בתיה כהן** (נבו 31.12.2020):

"בענייננו, החברות התקשרו עם קליק און בהסכם למתן שירותי פרסום, בין היתר באמצעות דיוור ישיר, שמטרתו הייתה להגדיל את החשיפה של החברות ואת היקף הלקוחות הפוטנציאליים. ואמנם החברות העידו על עצמן ששאיפתן הייתה להגיע לפרסום רחב ככל האפשר. "המוקש" העיקרי בהתקשרות מעין זו הוא החשש מפני משלוח ספאם – דהיינו, שחלק מההודעות יישלחו לנמענים שלא הביעו את הסכמתם לכך; זאת בפרט בהינתן שיטת התגמול שנקבעה – לפי כמות "לידים", קרי: לקוחות פוטנציאליים, שאותרו על ידי קליק און. הגם שהחשש מפני משלוח ספאם היה ממשי ומסתבר, נראה כי החברות העדיפו לא לדעת הכיצד בכוונתן של השותפות בקליק און להשיג לקוחות חדשים, והסתפקו בהצהרה כללית כי השותפות ינהגו בהתאם לדין. דומה אם כן כי יש לראות בהתנהלותן משום עצימת עיניים כלפי העובדה המסתברת שעתיד להישלח ספאם מטעמן. עצימת העיניים מתחדדת במיוחד מקום שהחברות טענו כי הן ביקשו לשלוח הודעות רק לנמענים שהסכימו לכך, מבלי שהחברות ידעו להסביר אם וכיצד הדבר בכלל אפשרי, ובשים לב להצהרתן כי הן לא סיפקו לקליק און רשימה מעין זו. וייאמר כי גם אם ישנן דרכים לגיטימיות

להשגת "לידים" שאינן נחשבות לספאם החברות לא טענו וממילא לא הוכיחו בשלב זה כי בנסיבות המקרה ניתן היה להשיג את מטרות ההתקשרות מבלי לשלוח ספאם. הנה כי כן, הותרת אופן משלוח ההודעות עמום ועלום, מרמזת על כך שהחברות ידעו כי קליק און משגרת ספאם או עצמו עיניהן כלפי אפשרות זו – ובנסיבות המקרה נראה כי מדובר בהסכמה שבשתיקה למשלוח הספאם. וייאמר בהקשר זה, כי יקשה על החברות להישמע בטענה שהן ניסו למנוע את משלוח הספאם, שכן דומה שדרישתן כי הפרסום ייעשה בהתאם לדין הייתה "על הנייר" בלבד".

על כך יש להוסיף את מה שנאמר על ידי בית המשפט העליון בענין **מגה**:

" העובדה שניו ספורט ולוטונט התקשרו עם חברות פרסום ששיגרו את דברי הפרסומת בעבורן אף היא אין בה כדי לשנות מהחלטתו של בית המשפט קמא. סעיף 15 לפקודת הנזיקין אכן קובע כי "העושה חוזה עם אדם אחר, שאיננו עובדו או שלוחו, על מנת שיעשה למענו מעשה פלוני, לא יהא חב על עוולה שתצמח תוך כדי עשיית אותו מעשה", אלא בהתקיים החריגים המנויים בסעיף. משכך, לא היה מקום לקבוע כי היעדר פיקוח של ניו ספורט ולוטונט על פעילותן של חברות הפרסום שעמן התקשרו מצדיק להטיל עליהן אחריות לעוולות שביצעו לכאורה אותן חברות. עם זאת, נוכח העובדה שהכלל הקבוע בסעיף 15 לפקודת הנזיקין אינו תקף במקרה שבו מזמין העבודה "הרשה או אישרר את המעשה שגרם לפגיעה או לנזק" (סעיף 15(3)) ומשהוכח לכאורה כי לוטונט וניו ספורט היו מודעות לכך שמשוגרים מטעמן דברי פרסומת בניגוד לחוק (וראו לעניין זה תמלילי השיחות שקיימו המשיבים עם נציגי לוטונט וניו ספורט אשר צורפו כנספחים 18 ו- 27 לבקשת האישור), אין מקום להתערב במסקנתו של בית המשפט קמא לפיה ישנה אפשרות סבירה שייקבע כי מבקשות אלו נושאות באחריות לעוולות שבוצעו על ידי חברות הפרסום שעמן התקשרו".

על כן, לוטונט אינה יכולה להיפטר מאחריותה להפרה לפי סעיף 30א לחוק התקשורת בשל התקשרות כאמור עם סופר ספיד.

112. **אשר להודעת צד ג',** ההודעה כנגד צד ג' 2, מר אילן ברזני, נדחתה בהסכמה, ללא צו להוצאות. כנגד צד ג' 1 ו-3 (סופר ספיד ומר יקיר נסיבוב) הוגשה על ידי המודיעים בקשה למתן פסק דין בהעדר הגנה. בהחלטה מיום 17.11.20 דחיתי את הבקשה למתן פסק דין בהעדר הגנה כנגד מר יקיר נסיבוב (צד ג' 3), וקיבלתי את הבקשה כנגד סופר ספיד (צד ג'1) במובן זה שככל שתחויב המודיעה בפיצוי ותשלם אותו בפועל, בגין משלוח הודעות ללידים שהם ספאם, דהיינו ליד שהושג באמצעות משלוח הודעות בניגוד לחוק התקשורת, תישא סופר ספיד בפיצוי שישולם על ידי המודיעה. על כן, זו נשארה התוצאה שניתנה עקב אי הגשת כתב הגנה, אף שלא הוכח שיוך ההודעות שנשלחו ללא הסכמה דווקא לסופר ספיד מכל החברות שאיתן התקשרה לוטונט להשגת לידים. אשר למר נסיבוב, נדחתה הטענה לחיוב אישי לפי ההסכם, ולא הוכחה עילה אחרת, ולכן אני דוחה את התביעה כנגדו.

<u>מגה ומר יאן מילר</u>

113. כפי שנקבע בהחלטת האישור, ביום 24.1.14 קיבל התובע 1 לטלפון הנייד שלו מסרון מקו הטלפון 072-2455504 בו נכתב: "**קיבלת שבוע מתנה להגרלות מפעל הפיס. למימוש ההטבה**

http://www.sw6.me". כשהוקלדה במחשב כתובת האינטרנט שבהודעה, הופיע על המסך אתר האינטרנט של www.smartwinners.co.il. על פי רישומי איגוד האינטרנט הישראלי, אתר אינטרנט זה שייך לחברת מגה בע"מ. ביום 27.1.2014 בשעה 18:8, יזם התובע 1 שיחה למספר הטלפון ליצירת קשר המופיע באתר האינטרנט www.smartwinners.co.il כדי לבדוק כיצד זכה בהטבה. השיחה נענתה על ידי נציגת מכירות, שאישרה שהודעת הטקסט שקיבל התובע שוגרה על ידי "סמארט ווינרס", ושמדובר בחברה שמספרה הרשום הוא מספר התאגיד של מגה בע"מ (תמלול השיחה עם נציגת המכירות הוא נספחים 13 ו-14 לתצהירו של התובע 1 לבקשה לאישור תובענה ייצוגית). ביום 16.2.2014 פנה התובע 1 למגה ודרש ממנה להפסיק את ההודעות, אך זו לא טרחה להשיבה לפנייתו, הגם שמכתבו נשלח אליה בדואר רשום עם אישור מסירה, עם העתק למר מילר (נספח 15 לתצהירו של התובע 1, שצורף לבקשה לאישור תובענה ייצוגית).

114. מגה טוענת שתביעתו של התובע 1 כנגדה מתבססת על הודעה אחת בלבד מיום 24.1.14, שמלבדה לא הוכח שנשלחו הודעות פרסומת נוספות. מגה מפנה לקביעותיו של הבודק בעניינה לפיהן כל ההודעות שמצא שנשלחו על ידי מגה הן הודעות תפעוליות, שנשלחו ללקוחות מגה כחלק מהדיוור הישיר עימם לאחר שאישרו קבלת דיוור באמצעות SMS. מגה אף מתכחשת למשלוח אותה הודעה בודדת מיום 24.1.14 וטוענת שלא נמצא זכר במערכותיה להודעה זו ולנוסחה.

115. הבודק קבע בחוות דעתו שבדק את מערכת מגה (CRM) ושכל פעולה מול לקוחותיה מתועדת, לרבות שיחות הטלפון והודעות ה-SMS. כמו כן, כל שיחה טלפונית מוקלטת וניתן לשמוע אותה, וציין שרובן ברוסית מאחר וזו ההתמחות של החברה. הבודק בדק מקרים בהם נשלחה הודעת SMS לפני שיחת טלפון עם הלקוח, וקבע שמתוך כ-27 אלף הודעות SMS שנשלחו מהמערכת, השאילתא גילתה 4 מקרים כאלו (צילום מסך של השאילתא צורף לחוות דעתו). הבודק בדק יחד עם מר מילר שני מקרים מתוך ארבעת המקרים שנמצאו, ומצא שלא נשלח בהם חומר פרסומי, אלא לינק להסכם התקשרות המופיע באתר החברה, שבו צריך הלקוח לאשר את ההסכם. הבודק ציין שמר מילר טען בפניו שהמקרים הבודדים שנמצאו הם טעויות של אנשי הטלמרקטינג, כאשר לעיתים בזמן השיחה, מבקש הלקוח לשלוח את ההודעה לטלפון אחר ואנשי הטלמרקטינג פותחים בזריזות כרטיס לקוח חדש, ללא שם, רק מספר SMS ושולחים את ההודעה. הבודק קבע שבמקרים אלו מדובר בלקוח משלם, בדרך כלל לתקופה ארוכה. הבודק ציין שלא ראה צורך להמשיך בבדיקה זו, גם בגלל מיעוט המקרים וגם בגלל שלמקרים הראשונים שנבדקו על ידו מצא הסבר פשוט והגיוני. צורף צילום מסך המסביר את שליחת ההודעה ללקוח הראשון ונאמר שהוא רשום בבסיס הנתונים פעמיים ויש תיעוד ששילם בכרטיס אשראי יום לפני שליחת הודעת ה-SMS (עמ' 63 לחוות דעת הבודק). הלקוח השני שילם ביום שניסו לשלוח לו הודעת SMS והשליחה נכשלה (עמ' 64 לחוות הדעת).

116. הבודק קבע שמספר כל הודעות ה-SMS שנשלחו בהצלחה עד ליום 16.1.16 הוא **27,167 ושכולן הודעות תפעוליות בלבד**, כגון קבלת סיסמא לאתר, הפניה לאתר בשפה מתאימה וכו'. עוד קבע שאין עדות במערכת של שליחה מאסיבית של הודעות SMS למספרים אלה, אלא רק שיחות טלפון. כמו כן, הודעות ה-SMS נשלחות בתבניות מוגדרות מראש- הבודק צירף צילום מסך של תבניות אלו בנספח לחוות דעתו וקבע שניתן לראות שכל תבניות ההודעות הן תפעוליות ואין ולו הודעה אחת העוסקת בשיווק. כמו כן, הבודק חיפש את מספר הטלפון של התובע 1 במערכת ולא מצא אותו.

117. הבודק כתב בחוות דעתו שביקש ממר מילר לקבל את החשבונית של חברת שליחת הודעות ה-SMS מולה עבד, על מנת לוודא שמספר הודעות ה-SMS המתועדות במערכת תואם את החשבונית, אך מר מילר לא מצא את החשבונית ואף לא זכר מי היתה החברה מולה עבד. על פי האמור בחוות הדעת, מר מילר טען בפגישתו עם הבודק ששלח הודעות SMS בעלות של כ-200 ₪ (27,000 הודעות SMS) ומעולם לא שילם עליהם בגלל הסכום הנמוך שמעולם לא הצטבר. מאז עבד עם חברות שונות. הבודק כתב שנתון זה שחסר היה משלים ומאמת את הנתונים שבמערכת.

118. עוד קבע הבודק שבקובץ הטלפונים שבשימוש הטלמרקטינג יש כמעט 2.5 מיליון רשומות. מעולם לא נשלחה כמות גדולה של הודעות למטרות שיווק, אלא תמיד התקשרו לפני והודיעו שעומדים לשלוח הודעה. הבודק צירף צילום מסך לפיו לגבי אחד מהלקוחות הראשונים שקיבל הודעת SMS שוחחו עימו טלפונית מספר פעמים ונשלחו לו הודעות SMS מנהלתיים בלבד (עמ' 70 לחוות הדעת). עוד קבע שמגה החלה בשליחת הודעות SMS בתאריך 22.5.15. בשאלת הבהרה נשאל הבודק כיצד קבע ששליחת ההודעות החלה ביום 22.5.15 כאשר התובע 1 קיבל הודעה ממגה ביום 24.1.14. הבודק השיב שלפי בדיקותיו מגה לא שלחה את ההודעה הזו לתובע 1 ושמניסיונו תוכנות לשליחת הודעות SMS שקיימות בשוק מאפשרות להגדיר כל מספר שולח. על כן, כל אחד יכל לשלוח את ההודעה הזו. הבודק חזר על עמדתו שלא מצא שנשלחו הודעות SMS לפני חודש 03/2015.

119. עוד נשאל הבודק בשאלת הבהרה כיצד מתועדת הסכמת נמען לקבלת הודעות. הבודק השיב בחוות דעתו המשלימה הראשונה שנציגים מדברים עם כל הלקוחות בטלפון לפני ששולחים להם סיסמא לאתר או לינק לקריאת התקנון. בנוסף נשאל, כיצד יתכן שהודעות שכותרתן "הגרלה חד פעמית" או "Kino deposite " נחשבות על ידו כהודעות תפעוליות? (מופיעות כחלק מההודעות שנשלחו בצילום המסך שצירף הבודק בעמ' 67 לחוות הדעת). הבודק השיב שבהתאם לבדיקותיו ולמידע שקיבל מנציג החברה, באתר הישן של החברה כל לקוח שרצה לשחק במשחק "kino" היה שולח בקשה דרך האתר או בטלפון לחייב את הכרטיס שלו בסכום מסוים. הפעולה היתה ידנית וכשהנציג ביצע אותה נשלחה הודעת SMS ללקוח שהפעולה בוצעה. הבודק צירף דוגמא לכך בצילום מסך שצורף בעמ' 3 לחוות הדעת המשלימה הראשונה. עוד הסביר הבודק שההודעה "הגרלה חד

פעמית" דומה להודעה בעניין משחק ה"kino"- כשהלקוח רצה להשתתף בהגרלה חד פעמית היה מעביר בקשה דרך האתר או טלפונית לחיוב הכרטיס שלו, היו מודיעים לו שהכרטיס חויב והוא נכנס להגרלה. הלקוח קיבל הודעת SMS בנוסח "בקשתך להשתתף בהגרלה חד פעמית בוצע בהצלחה". הבודק התבקש בשאלת הבהרה לצרף את כל הנוסחים המלאים של הודעות ה- SMS שנשלחו ללקוחות וצירף אותם בעמ' 4-7 לחוות דעתו המשלימה הראשונה.

120. באשר להודעות דוא"ל, קבע הבודק בחוות דעתו המשלימה הראשונה שמגה לא שולחת מיילים ללקוחותיה, למעט מענה לפניות של לקוחות במייל – אז ניתן מענה באמצעות תיבת gmail ולרוב המענה הוא טלפוני.

121. קביעותיו אלה של הבודק לא נסתרו. הבודק הציג בחוות דעתו את השאילתות שביצע שלפיהן קבע שנשלחו על ידי מגה הודעות תפעוליות בלבד. לא הוכח קיומה של קבוצה שנפגעה. הבודק קבע שלא מצא את נוסח ההודעה שנשלחה לתובע 1 ביום 24.1.14 ושגורם אחר יכל לשלוח אותה. כמו כן, הבודק קבע שכל ההודעות שנשלחו על ידי מגה הן תפעוליות בלבד, ומצאתי שחוות דעתו בעניין זה מנומקת ונסמכת על צילומי מסך ולא נסתרה. התובעים הפנו לנוסחי הודעות שונים ששלחה מגה וטענו שהם דברי פרסומות, כגון הודעות שיווקיות הנחזות להצעות עבודה, שהן למעשה הודעות שיווקיות. לדוגמא: "**קיבלנו את פנייתכם לתפקיד מכירות טלפוניות, לתיאום ראיון עבודה 053 www.smartwinners.co.il". "בעבר התעניינת במשרת מכירות. אנו שמחים להודיעך כי נפתחה משרה חדשה. לפרטים: www.smartwinners.co.il".** אכן, ההודעות חסרות פרטים רלוונטיים, כגון מספר טלפון להתקשרות, תיאור משרה והדרך היחידה לכאורה ליצירת קשר היא כניסה לאתר "סמארט ווינרס", אך איך בכך כדי להפריך את הטענה שזו הודעה תפעולית שנשלחת לאחר ביצוע פעולה מצד הנמען שיתכן שהתעניין במשרה בחברה. לא הוכח על ידי התובעים שמדובר בדבר פרסומת. כך או כך טענות אלו ביחס לתוכנן של אותן הודעות הועלו לראשונה בסיכומי התובעים ועל כן הם בבחינת הרחבת חזית. יתרה מכך, בשאלות ההבהרה ששלח ב"כ התובעים לבודק בחר לא לשאול אותו על נוסחן של ההודעות מסוג הצעת עבודה, אלא על שני נוסחים בלבד שהוצגו בחוות דעתו: "כיצד יתכן שהודעות שכותרתן: "הגרלה חד פעמית" או "Kino deposite" , הן הודעות תפעוליות?".

122. התובע 1 אישר בחקירתו שצילום ההודעה שקיבל מיום 24.1.14 היא הראיה היחידה שיש בידיו לגבי מגה (תמליל מיום 28.10.15, עמ' 6, שורות 30-9). התובעים לא הרימו את הנטל להוכיח קיומה של קבוצה נפגעת ולא הציגו ראיה להוכחת הקבוצה הנפגעת, או מפריכה את קביעת הבודק, שלעניין מגה לא נסתרו במהלך חקירתו, כאשר לא נסתרה הקביעה שהודעה בדבר השתתפות במשחק kino אינה דבר פרסומת. לפי עדות הבודק מערכת מגה מדויקת וכל שיחת טלפון שבוצעה נרשמה והוקלטה וכל הודעה שנשלחה נרשמה (תמליל מיום 11.4.22, עמ' 38, שורות 11-4). על כן, לא הוכח

שנשלחו על ידי מגה דברי פרסומת בניגוד לחוק התקשורת, לא באמצעות SMS ולא באמצעות הודעות דוא"ל.

123. לא הוכחה הטענה שמגה שלחה דברי פרסומת באמצעות צדדים שלישיים. הבודק הבהיר בחוות דעתו המשלימה הראשונה שלא מצא בהנהלת החשבונות של מגה זכר לתשלום לחברות דיוור. מר מילר לא נשאל על ידי ב"כ התובעים בעניין זה ולא הובאו מסמכים רשומות מוסדיות או עדים לקיומה של קבוצה שקיבלה הודעות פרסומיות, אף באמצעות צדדים שלישיים.

124. באשר להודעות דוא"ל, קביעת הבודק שלא נשלחו על ידי מגה הודעות דוא"ל בתקופה הרלוונטית לתביעה לא נסתרה על ידי התובעים. צילום המסך של אחת השאילתות שהוצגו בחוות הדעת הבודק, אליו הפנו בסיכומיהם (סעיף 209) לא הוכיח שליחת דברי פרסומת באמצעות הדוא"ל. צילום המסך הובא בסעיף 15 לעיל, ולא ניתן להסיק ממנו משלוח הודעות דוא"ל האסורות על פי חוק התקשורת. שתי ההודעות הראשונות המסומנות הן מתאריכים 6.9.16 ו-17.8.16 שאינם רלוונטיים לתביעה. ההודעה השלישית המסומנת נוגעת ל"הסכם ביטול", כך שאינה דבר פרסומת. טענת מגה שמדובר במייל העוסק בביטול הסכם, שנשלח ללקוח החברה שביקש לבטל את ההתקשרות והמנוי שהיה לו עימה- הגיונית ומקובלת עלי.

125. לפיכך, אני דוחה את התביעה כנגד מגה ומר מילר וקובע שמגה ומר מילר לא שלחו דברי פרסומת אסורים בניגוד לחוק התקשורת.

<u>ניו ספורט ומר אברהם לוי</u>

126. כאמור, נטען שניו ספורט שלחה דברי פרסומת הן באמצעות מסרונים והן באמצעות הודעות דוא"ל, ואף באמצעות ספקי משנה, כדוגמת חברת מייפל ודרכה – באמצעות חברת לוגטק.

127. ביחס להודעות דוא"ל- הבודק הסביר בחוות דעתו שמכיוון שכל שליחת הודעות דוא"ל נעשתה דרך המערכת של חברת יוניסל, הוא התרכז בה. על פי חוות הדעת, מר שמוליק לוי (בנו של מר אברהם לוי) החל לשלוח הודעות דוא"ל למנויי ניו ספורט דרך המערכת של חברת יוניסל. הבודק קבע שנשלחו דברי דואר בין פעם לפעמיים בשבוע, בהם פרסמו את תוצאות המספרים שעלו בהגרלה של יום שלישי ומוצאי שבת. בכל פעם נשלחו ההודעות לכ-12 אלף נמענים. אחוז הנמענים שפתח את הדוא"ל הוא בין 11%-17%. בין 3%-10% לחצו בתוך ההודעה על מנת להמשיך לקרוא אותה. בכל שליחה כזו יש מספר נמענים המבקשים להפסיק את שליחת הדואר ומוסיפים אותם לרשימת החסומים. כמו כן, קבע הבודק שבשנת 2013 נשלחו דרך המערכת כ-10,000 מיילים לחברי עמותת בית"ר ירושלים, שלא קשורים לניו ספורט.

128. הבודק קבע שבמערכת יוניסל נשלחו תמיד הודעות דוא"ל, למעט ניסיון חד פעמי לשליחת הודעות SMS, בו נשלחו 7 מסרונים לבדיקה, כנראה לטלפון של המתכנת (עמ' 44 לחוות דעתו). הודעות הדוא"ל הן תמיד בסגנון חדשותי ומספרות לנמען מה חדש בהימורים, במטרה שהנמען יהמר. ההודעות נשלחו מדי כמה ימים לכל הנמענים- כ-15,000 נמענים והמערכת מסננת מתוכם את הנמענים שביקשו להיחסם- כ-6,000 נמענים בסיום התקופה 02/2016. כך נשלחו כ-12,000 הודעות דואר מידי כמה ימים. הבודק קבע שסך כל הודעות הדוא"ל שנשלחו במערכת עומד על סך של 438,191 ושניו ספורט שלחה אותם רק ללקוחותיה ולא לרשימות לידים.

129. הבודק נשאל בשאלת הבהרה אם יש מסמכים המעידים על הסכמת הנמענים לקבלת דברי פרסומת, והשיב בחוות דעתו המשלימה הראשונה ש"היו אלפי תיקיות נייר עם אישורים וחתימות משנת 2000 והלאה. בנספח ישנן דוגמאות ששרדו. לאחר מכן שלחו למצטרפים תקנון במייל שאותו אישרו בעת ההצטרפות למועדון". הבודק הוסיף שכל מספרי הטלפון המופיעים בקובץ מטעם חברת יוניסל –"ניו ספורט ומרקטינג -SMS" (להלן: "**קובץ הנתונים מיוניסל**") שייכים ללקוחות שנרשמו ואישרו את התקנון, רובם לקוחות משלמים. מיעוטם נרשמו באתר, אישרו את התקנון, אך לא שילמו מעולם. בתקנון החברה (צורף בעמ' 5 לחוות דעת המשלימה הראשונה של הבודק) נכתב בסעיף 22: "**קראתי את התקנון. בהצטרפותי כמנוי אני מסכים להוראותיו ומאשר שימוש בפרטיי האישיים לצרכי פרסום ו/או שיווק בדוא"ל ובין בדרך אחרת**". קביעות הבודק לא נסתרו בעניין זה. על כן, אני מאמץ את חוות דעת הבודק וקובע שהודעות הדוא"ל שנשלחו על ידי ניו ספורט באמצעות חברת יוניסל (438,191 הודעות) נשלחו ללקוחותיה בהסכמתם לקבל דברי פרסומת בדוא"ל.

130. לעניין הודעות הדוא"ל שנשלחו לחברי עמותת בית"ר ירושלים דרך חברת יוניסל, הבודק כאמור קבע שהודעות אלו לא קשורות לניו ספורט. בנוסף, לא הוצג נוסח ההודעות שנשלחו לחברי עמותת בית"ר ירושלים, לא הוכח על ידי התובעים שנשלחו לחברי קבוצה זו דברי פרסומת אסורים על פי חוק התקשורת ועל כן אני דוחה טענה זו.

131. אשר למשלוח הודעות SMS על ידי ני ספורט באמצעות חברת יוניסל- התגלו סתירות בעניין זה בקביעותיו של הבודק בחוות הדעת. מחד, קבע הבודק בחוות דעתו שלא נשלחו הודעות SMS על ידי ניו ספורט, מלבד ניסיון חד פעמי שכלל 7 ניסיונות שליחה בודדים. הבודק הופנה לקובץ הנתונים מיוניסל ונשאל כיצד קבע שלא נשלחו הודעות SMS מטעם ניו ספורט, כאשר מקובץ זה עולה שבין 07.02.2013-19.06.2015 נשלחו על ידה 7,540 מסרונים שיווקיים. הבודק השיב ש"**לחברת ניוספורט היו שני משתמשים במערכת יוניסל, המשתמש שקיבלתי להיכנס למערכת הראה בעיקר נתוני שליחת דואר אלקטרוני ולא סמס. למשתמש השני אין היסטוריה. כנראה מוחקים לאחר חצי שנה. מבדיקות אקראיות שביצעתי, ההודעות השיווקיות הן ללקוחות החברה בלבד**". מכאן, שלפי תשובת הבודק, קיבל רק משתמש אחד מתוך השניים שהיו קיימים ולא עלה בידו לבדוק את מערכת יוניסל

באופן מלא ומקיף. על כן, לא ניתן לאמץ את קביעתו של הבודק שניו ספורט לא שלחה כלל הודעות SMS.

132. בחוות דעתו המשלימה הראשונה הופנה הבודק לכך שבין יוניסל לניו ספורט נחתם חוזה לפיו רכשה ניו ספורט חבילת מסרונים בהיקף של 10,000 הודעות. המומחה השיב ש"מר שמוליק לוי מאשר את הנתון". אף מר ניר שמלה, מנהל מכירות של יוניסל, נשאל בעדותו על כמות ההודעות ששלחה ניו ספורט באמצעות יוניסל, והשיב שמדובר בכ-8,000 הודעות SMS (תמליל מיום 12.2.18, עמ' 15, שורות 33-37, עמ' 16, שורות 1-4). ברור איפוא שבניגוד לקביעת הבודק נשלחו כ- 8,000 מסרונים על ידי ניו ספורט. ואולם, התובעים לא הרימו את נטל ההוכחה שמדובר בדברי פרסומת, משום שאין בפני שום ראיה על תוכן המסרונים, לאחר שמר שמלה העיד שהוא לא יודע את תוכן המסרונים משום שיוניסל היא פלטפורמה בלבד (תמליל עמ' 17 שורות 8-13), ולא הוצגה ראיה אחרת לתוכן המסרונים. על כן, לא הוכח שניו ספורט שלחה הודעות SMS האסורות לפי חוק התקשורת באמצעות חברת יוניסל.

133. לעניין משלוח דברי פרסומת באמצעות לידים- הבודק ציין שלמערכת הטלמרקטינג Active-CRM של החברה מוזנים לידים לשיווק המגיעים ממקורות שונים, כגון: פרסומות בפייסבוק; דפי נחיתה בהם המתעניינים ממלאים פרטים; לידים המגיעים מהאתר "טופס ישיר" בו נרשמים הלקוחות ומאשרים קבלת דיוור; לידים שנקנו מחברות חיצוניות כמו חברת מייפל (המופיעה תחת השם web3 בנספח חלק 20 לחוות הדעת). הבודק קבע שיש 25,431 לידים - מתוכם 21,190 נקנו מחברות חיצוניות והשאר מדפי נחיתה ואתרי החברה. 10,196 מתוך 25,431 רשומות כוללות מייל. לכל רשומת ליד יש מזהה מקור, כאשר קיימים 41 מקורות (פרטיהם מופיעים בנספח צילום מס' 20 לחוות הדעת). הבודק קבע שאין אפשרות לשלוח מיילים ממערכת זו ולכן מיילים לא נשלחו ממערכת השיווק, אלא רק ממערכת ניהול הלקוחות.

134. הבודק נשאל בשאלת הבהרה אם נבדקו ההודעות שנשלחו על ידי ספקיות הלידים עבור ניו ספורט, והשיב שהן לא נבדקו. הבודק השיב שמבירור שערך עם מר שמואל לוי, ניו ספורט מעולם לא היתה בקשר חוזי עם חברות לוגטק ומרקדו. כשהתבקש להתייחס לנתוני חברת מרקדו והשפעתם על כמות ההודעות שנשלחו עבור ניו ספורט- השיב שאין לו מידע ביחס לכך. לא ניתן להסתמך על קביעותיו של הבודק ביחס להודעות שנשלחו על ידי ספקיות הלידים. אין זה בגדר מומחיותו של הבודק לקבוע האם קיים או לא קיים קשר חוזי בין ניו ספורט לספקיות הלידים, ועובדה זו היה צריך להוכיח בעדות. כך או כך על פי תשובותיו- הבודק לא בדק את ההודעות שנשלחו על ידי ספקיות הלידים ואין לו מידע ביחס אליהן.

135. אין חולק שניו ספורט קנתה לידים מחברות חיצונית כאמצעי שיווקי על מנת לקדם את עסקה (סעיפים 4-8 לתצהירו של מר שמואל לוי בתגובת המשיבים 3,5, ו-7 לבקשת האישור). מר שמואל לוי

הודה שהתקשר עם חברת מייפל בקשר חוזי וכי התשלום ששילם לה התבצע על בסיס לידים שהועברו לחברה בפועל (ס' 14 לתצהיר). מר שמואל לוי הצהיר שבמסגרת ההתקשרות עם מייפל ערכה ניו ספורט קמפיין דיגיטלי כללי, במסגרתו עלה לרשת האינטרנט דף הנחיתה הגנרי, שהוצג על ידי התובע 2 בעמ' 18 לבקשת האישור. מטרת מייפל היתה להזרים תנועה של לוקחות פוטנציאליים לדף הנחיתה בו ניתן להשאיר פרטים, וניו ספורט היתה יוצרת קשר עם אלו שבחרו להשאיר את פרטיהם בו מיוזמתם והתעניינו במתנה שהציעה להם ניו ספורט- שתי הגרלות לוטו חינם. במסגרת הקמפיין הדיגיטלי הרחב הפעילה מייפל רשת שותפים עצמאיים שפעלו כל אחד בתחומו להשגת הליד. מר שמואל לוי הצהיר שלניו ספורט לא היתה ידיעה על כך שבמסגרת הקמפיין ישלחו לנמענים הודעות דוא"ל, שבהן יופיע קישור לדף הנחיתה של החברה ושניו ספורט סברה שמדובר בקמפיין דיגיטלי המבוסס על מודעות פרסומת ברחבי האינטרנט (ס' 17-18 לתצהיר). עוד הצהיר מר שמואל לוי שבהצעת העבודה שהוצגה לניו ספורט לא נמסר לה שחלק מהלידים יגיעו אליה באמצעות שיגור של הודעות דוא"ל, וגם אם היה יסוד להניח שחלק מן הפרסום יהיה באמצעות שיגור הודעות דוא"ל, לא עלה על הדעת שמדובר בשיגור של הודעות בניגוד לחוק. יש לציין בעניין זה שההסכם ההתקשרות בין מייפל לניו ספורט שצורף כנספח 4 לתגובתם לבקשת האישור, אינו קריא ולא ניתן ללמוד ממנו דבר. לעומת זאת, הסכם ההתקשרות בין ניו ספורט ליוניסל שסומן ת/1, כולל פירוט בדבר דרכי אי הפרת חוק התקשורת, לרבות דרישות צורניות שעל כל הודעה לעמוד בה.

136. כפי שקבעתי בהחלטת האישור, לא נסתרה חזקה הידיעה של ניו ספורט בדבר מעשי מייפל, והיא לא הוכיחה שפיקחה על עבודתה של חברת מייפל אף בשלב הראיות. טענתה שבחרה בחברה מתווכת בעלת מוניטין, שסמכה עליה שהיא זו שתפקח שלא ישלחו דברי פרסומת אסורים, אינה פוטרת אותה מחובת הפיקוח המוטלת עליה כאמור בפסיקה שצוטטה בסעיף 111 לעיל.

137. הוכחה במידה מספקת ידיעת ניו ספורט כיצד מושגים הלידים באמצעות חברת לוגטק. בהודעת הדוא"ל שקיבל התובע 2 ביום 3.11.14 לתיבת הדואר האלקטרונית שלו מטעם לוגטק, נכתב כדלקמן:

"מעניקים לך 2 הגרלות לוטו חינם במתנה וללא התחייבות- לא תיקח?
<u>לקבלת המתנה לחץ כאן</u>"

בתחתית ההודעה הופיעה מטעם משגר ההודעה ההבהרה הבאה:

"<u>שים לב</u>:
הודעה זו נשלחה אליך כיוון שכתובת הדוא"ל הזו אושרה על ידך או על ידי אדם אחר ככתובת אליה ניתן לשלוח הודעות דוא"ל בעלות תוכן שיווקי והיא רשומה באופן מסודר וחוקי במאגר מידע מורשה שמספרו 7-0-0-0-3-1-5-3-3, הרשום כחוק ברשם מאגרי המידע בישראל.
לידיעתך עקב סיבות טכניות כגון פריצות שנערכו למאגר המידע ו/או מעבר בין שרתים ייתכן כי האישור שנתת למשלוח הודעות נמחק ממסדי הנתונים ולכן, במידה ואינך מעוניין להמשיך ולקבל הודעות לכתובת זו ו/או לכתובות אחרות אנא בקש הסרתך מהמאגר באופן מיידי על ידי לחיצה פשוטה על כפתור ההסרה. במידה ולא תבקש הסרתך מהמאגר ימשיכו להישלח לכתובת זו הודעות

נוספות ואי בקשת הסרה עלולה להיחשב כפעולה חסרת תום לב שתימנע ממך בעתיד לטעון טענות כנגד השולח.

...

חברת Log Tech Communications LTD המרד 29 ת.ד 50412 תל אביב ".

לחיצה על השורה המודגשת (הקישור) בהודעה הנ"ל- "לקבלת המתנה לחץ כאן", מעלה על מסך המחשב את דף הנחיתה שמוזכרת בו החברה "שווה שווה", שמה המסחרי של ניו ספורט. בדף הנחיתה התבקש הנמען למלא את פרטיו- שם, טלפון וכתובת דוא"ל, כדי ש"נציג מקצועי" יחזור אליו. התובע 1 הצהיר שכדי לאתר את פרטי המפרסם, רשם את פרטיו (מספר טלפון ודואר אלקטרוני), בשם "פיטר", כדי לוודא שמי שחוזר אליו הגיב לפרטים ששיגר מדף הנחיתה האמור. ביום 19.1.2015 התקשרה אליו נציגת מכירות של "שווה בשווה" שפנתה אליו בשם "פיטר", והציעה לו את מוצריה. במהלך השיחה הסבירה הנציגה מישל, שהיא כאמור נציגה של ניו ספורט, כיצד פועלת השיטה אותה הם מוכרים – "שיטת רכישה קבוצתית המגדילה את הסיכוי לזכות". לשאלתו, כיצד הגיעו למספר הטלפון שלו, הסבירה מישל שיש ספקי "לידים" המספקים לניו ספורט את מספרי הטלפון, תמורת תשלום. לספקים הללו יש מאגרים שונים של מספרי טלפון ו/או כתובת דוא"ל, שהם שולחים להם הודעות פרסומת, לבקשת ניו ספורט או לקוחות אחרים שלהם. לדברי מישל, מדובר בספקי "לידים" שיש להם כל מיני מאגרים: "יכול להיות שפעם התעניינת בלייזר אז זה המאגר של הספק של הלידים... אני לא יודעת מאיפה הספקים של הלידים מביאים בשביל זה אנחנו לא מתעסקים בזה ומשלמים להם". לשאלת התובע 1 האם "יכול להיות שהתעניינתי במשכנתא ופתאום פנו אלי בעניין הלוטו", השיבה מישל "יכול להיות" (תמלול השיחה בנספחים 27-78 לבקשה לאישור תובענה ייצוגית). מר שמואל לוי העיד ביום 3.11.15 שהנציגה מישל היא עובדת של ניו ספורט כנציגת מכירות (תמליל מיום 3.11.15, עמ' 44, שורות 17-20). דבריה של מישל עובדת החברה מוכיחים שניו ספורט ועובדיה ידעו כיצד מושגים הלידים ושלעיתים אדם התעניין במוצר אחד, השאיר את פרטיו לצורך כך ובעקבות זאת קיבל דוא"ל בענייני לוטו שכלל לא ביקש או נתן את הסכמתו לכך.

138. סעיף 30א(י)(5) לחוק התקשורת קובע חזקה על המפרסם ששיגר דבר פרסומת בניגוד להוראות הסעיף, שעשה כך ביודעין, אלא אם כן הוכיח אחרת. הוכח שניו ספורט ומנהלה שיגרו דברי פרסומת באמצעות לוגטק והם לא הוכיחו את חוסר ידיעתם. לא הובאה לעדות נציגת המכירות מישל, עד מטעם חברת מייפל או כל ראייה אחרת המעידה על פיקוחה של ניו ספורט שהלידים לא יאותרו תוך הפרת חוק התקשורת, או על ניסיונה לפקח על כך. משכך, אני קובע שלא הוכחה הסכמה על ידי ניו ספורט ביחס להודעות שנשלחו על ידה באמצעות לוגטק. לעומת זאת, לגבי חברת מרקדו, לא הוצגו ראיות כלשהן בדבר ההתקשרות בינה לבין ניו ספורט ולא הוכח דבר על כך.

139. מר אברהם לוי הצהיר שהוא בעל המניות היחידי של החברה ומנהלה הרשמי, אך בפועל לא שימש כמנהל החברה, ומי שמנהל בפועל אותה הוא בנו, מר שמואל לוי, החתום בין היתר על הסכם ההתקשרות עם מייפל. אני דוחה טענה זו. מר שמואל לוי הוא שלוחו של מר אברהם לוי לניהול

החברה. על פי סעיף 2 לחוק השליחות, "שלוחו של אדם כמותו, ופעולת השלוח, לרבות ידיעתו וכוונתו, מחייבת ומזכה, לפי הענין, את השולח". מינוי מר שמואל לוי על ידי אביו להיות מנהל בפועל של החברה ולעשות בשמו פעולות משפטיות כגון חתימה על חוזי התקשרויות, אינו פוטר את אברהם לוי מחבותו, שכן בנו משמש כשלוחו וכל פעולותיו מחייבות אותו. יתרה מכך, העובדה שמר אברהם לוי הוא בעל המניות ומנהלה היחיד של ניו ספורט מעידים שהצלחת החברה והגדלת רווחיה מקדמים את ענייניו, ועל כן הוא בגדר "מפרסם" על פי סעיף 30א לחוק התקשורת כ"מי שתוכנו של דבר הפרסומת עשוי לפרסם את עסקיו או לקדם את מטרותיו".

140. בנוסף על היותו של מר אברהם לוי "מפרסם" בעצמו, סעיף 30א(י)(5) לחוק התקשורת קובע: **"מנהל של תאגיד וכן מי שאחראי לתחומי השיווק או הפרסום בתאגיד (בסעיף זה – נושא משרה בתאגיד) חייב לפקח ולעשות כל שניתן למניעת עבירה לפי סעיף קטן (ו) בידי התאגיד או בידי עובד מעובדיו; המפר הוראה זו, דינו – קנס כאמור בסעיף 61(א)(3) לחוק העונשין; נעברה עבירה בידי התאגיד או בידי עובד מעובדיו, חזקה היא כי נושא משרה בתאגיד הפר את חובתו לפי סעיף קטן זה, אלא אם כן עשה כל שניתן כדי למלא את חובתו.**
על פי מסקנתי דלעיל, לא הוכח שמר אברהם לוי ומר שמואל לוי עבורו עשו כל שניתן כדי לפקח על החברות החיצוניות עימם התקשרו לצורך השגת לידים חוקיים, ואין מר אברהם לוי יכול לעצום את עיניו בטענה שסמך על בנו בעניין זה. על כן, אני קובע שמר אברהם לוי חב עוולה אזרחית בגין דברי הפרסומת ששלחה ניו ספורט בניגוד לחוק התקשורת, על פי סעיף 30א(ט) לחוק.

141. כללו של דבר, הוכח שניו ספורט ואברהם לוי שלחו דברי פרסומת ללא הסכמה לפי לידים מחברת מייפל ולוגטק (חלק מ- 21,190 לידים) ובכך הפרו את סעיף 30א לחוק התקשורת.

<u>לוגטק ומר כרמלי</u>

142. אין מטעמם של לוגטק ומר כרמלי כתב הגנה, המאפשר להם לטעון את טענותיהם. בהתאם לכך, הם לא השתתפו בהליך אך למרות זאת הכניסו לתיק סיכומים מטעמם. צודקים התובעים בטענתם שמשאין בתיק כתב הגנה מטעם נתבעים אלה, הם זכאים לפסק דין בהעדר הגנה. כך נקבע בתקנה 97, אך תקנה זו מטילה על בית המשפט כאשר התביעה אינה לסכום קצוב ליתן את פסק דינו על פי הראיות שבפניו.

143. בתשובת לוגטק ומר כרמלי לבקשת האישור הם הודו במשלוח דבר פרסומת לתובע 2 ביום 3.11.14 באמצעות דוא"ל, היא ההודעה שנוסחה הובא לעיל (שנשלחה על ידי לוגטק מטעם ניו ספורט). בהחלטה על בקשת האישור קבעתי שלוגטק הודתה שפעלה כ"שותף" ברשת השותפים של מייפל ובמסגרת זו שיגרה הודעות לנמענים שונים לשם השגת לידים עבור ניו ספורט. כן נקבע שטענתה של לוגטק לפיה שיגרה לכתובת הדואר האלקטרוני של התובע 2 הודעה, לאחר שנתן בעבר את אישורו לקבלת דיוור פרסומי במספר הזדמנויות שונות, לא הוכחה על ידה אף לכאורה. על כן, נקבע בהחלטת

האישור שלוגטק שיגרה לתובע 2 הודעת פרסומת ללא הסכמתו. ואולם בשלב זה של הדיון, על התובעים להוכיח את תביעת הקבוצה. התובעים צירפו בס' 39 לסיכומיהם טבלה מסכמת לפיה לוגטק שלחה את ההודעה שנשלחה לתובע 2 671,290 פעמים - הודעות שנושאן "אתה באמת יכול להיות המיליונר הבא" ושם הקמפיין "שווה בשווה 2 הגרלות מייפל גרסה א". אלה אינן ראיות שהוגשו ואין בידי לקבוע על פי טבלה זו שלוגטק שלחה דברי פרסומת לקבוצה.

144. מאגר המידע שהיה בידי לוגטק ומר כרמלי הושמד לדבריו ללא יכולת שחזור במהלך סגירת החברה, באוגוסט 2015, כשלושה חודשים לאחר הגשת הבקשה לאישור. ביום 22.10.20 החלטתי בבקשת מר כרמלי לסגירת התביעה נגדו: "הנתבע 8 לא הודה בכתב התביעה ובנזקים שנגרמו על ידו. אין בתיק כתב הגנה מטעמו, וכאשר יתבקש פסק דין כנגדו, אשקול האם ניתן לחייבו בפסק דין. הנתבע 8 לא העיד בפניי כטענתו. לא הוכח כראוי שמאגר המידע שבידי הנתבע 8 הושמד ללא יכולת שחזור, הגם שהנתבע 8 טען כך בפני משרד המשפטים, ובשלב זה לא אקבע מסמרות בשאלה האם במקרה שהדבר יוכח, השמדת המאגר כחמישה חודשים לאחר הגשת הבקשה לאישור היא העלמת ראיות הנזקפת לחובתו של הנתבע 8, או פעולה כדין של הנתבע 8 שתוצאתה מחיקת התביעה נגדו בשל שימוש במאגר להפצת דברי פרסומת ללא הסכמת הנמענים". הכלל הוא שמי שבידו ראיות רלוונטיות ואינו מציג אותן, יש להניח שאילו הובאו היו סותרות את גירסתו (ע"א 2275/90 **לימה חברה ישראלית לתעשיות כימיות בע"מ נ' פרץ רוזנברג**, מז(2) 605(1993)) . מקל וחמור יש לדון במקרה זה כאשר הנתבע השמיד לדבריו את המאגר לאחר הגשת הבקשה לאישור כנגדו.

145. הבודק ציין בחוות דעתו לעניין לוגטק שהואיל והאתר נמחק ולא נותר שום גיבוי, אף לא הנהלת חשבונות, נאלץ לחפש עדויות בודדות לחברה באתר שמחזיק את ההיסטוריה של רשת האינטרנט (web.archive.org). הבודק צירף לחוות דעתו נספחים המראים שלפחות באתר החברה היה מפורסם וברור שמי שמצטרף יקבל דאר פרסומי, והדבר מפורט גם בתקנון האתר וגם בדפי הרישום. כמו כן, יש עמוד מסודר ליציאה מהרשימה והפסקת קבלת הדיוור. הבודק קבע שלאור העובדה שאין שום נתונים נוספים ממערכת זו, אין אפשרות לדעת איך התנהלה בפועל. עוד קבע הבודק שהעדויות היחידיות לפעילות של לוגטק מופיעות בחשבונית עסקה של חברת מרקדו לחודש אחד (נספח ד' לחוות דעת הבודק), ששלחה עבורם את הודעות הדוא"ל, אשר לפי חישובו של הבודק מלמדת על משלוח מעל 44 מיליון הודעות עד אפריל 2015. בסופו של דבר הבודק קבע שחסרים לו נתונים.

146. במסמך מטעם חברת "רב מסר" מתאריך 26.10.17 (סומן "ת/3") שהונפק לפי צו בית משפט, נכתב שהמערכת של חברת "רב מסר" שומרת מידע מלא שנה אחורה בלבד, ויכולה להציג רק את מספר הנמענים שקיבלו הודעות מלוגטק ולא את פרטיהם. במסמך צוין שהמסר "אתה באמת יכול להיות המיליונר הבא" נשלח בשלושה מועדים שונים (4.11.14 לכמות של 5,258 נמענים, 25.7.14 לכמות של 5,418 נמענים, 26.11.14 לכמות של 5,309 נמענים). מסר נוסף שכותרתו "שווה- שווה: "אתה באמת יכול להיות המיליונר הבא" נשלח בתאריך 15.6.14 לכמות של 5,809 נמענים. כמו כן, צוין שמר

כרמלי פתח את חשבונו בחברת "רב מסר" בתאריך 5.6.14 ובחודש יולי 2015 פנה אליה להעברת הבעלות בחברה לחברת "מייפל טים בע"מ".

147. נמצא איפוא לגבי לוגטק, שהיא הפיצה מספר רב של דברי דואר פרסומיים עד אפריל 2015, ולא הוכח שהנמענים נתנו לכך הסכמה מפורשת מראש, כך שלוגטק וכרמלי לא עמדו בנטל המוטל עליהם להוכיח הסכמה. לפיכך אני קובע שהוכח קיומה של קבוצת נמענים לה שלחה לוגטק דברי פרסומת ללא הסכמה בניגוד לסעיף 30א לחוק התקשורת. מר כרמלי חייב באותה עילה, הן בשל כך שהוא הרוח החיה בלוגטק ולכן הוא נחשב בעצמו כ"מפרסם" שההודעות נשלחות לקידום עסקיו והן בשל אי פיקוח על משלוח ההודעות, כאשר לגביו לא ניתן אף לומר שהוא סמך על אדם אחר שיבצע את עבודתו כדין, משום שהוא שביצע אותה.

<u>הנזק</u>

148. התובעים טוענים שלחברי הקבוצה נגרם נזק בלתי ממוני, בשל חדירה לפרטיות, הטרדה, הפרעה ופגיעה באוטונומיה, עקב שליחת דברי הפרסומת האסורים, ללא קבלת הסכמתם. להוכחת הנזק, הסתמכו על חוות דעתו של פרופ' יצחק כ"ץ, מומחה לעריכת מחקרי שוק וסקר, על חוות דעתו של פרופ' דן זכאי, מומחה לפסיכולוגיה קוגנטיבית והנדסת אנוש ועל התצהירים שהוגשו על ידם. הנתבעים לא הגישו חוות דעת מטעמם. הואיל ופסק דין זה עוסק בנזקי הקבוצה אתייחס אך ורק לנזקי הקבוצה הנטענים ולא לדברי התובעים אודות הנזקים שנגרמו להם.

חוות דעת פרופ' יצחק כ"ץ

149. פרופ' כ"ץ ערך סקר דעת קהל בקרב האוכלוסייה הישראלית הבוגרת (גילאי 18 ומעלה) במגמה לבחון את שכיחות קבלת הודעות מייל ו-SMS מגופי הימורים שונים ומגופים בלתי מוכרים אחרים ואת מידת ההטרדה והתחושות שחשים מקבלי הודעות כאלו. הסקר נערך בשיטת סקר אינטרנטי, באמצעות שאלון מובנה במהלך חודש אפריל 2019, בקרב מדגם הסתברותי ואקראי של 513 משיבים. על פי הכתוב בחוות דעתו, המדגם מאפשר הסקת מסקנות ברמת ביטחון של 95% עם טעות הדגימה של פלוס מינוס 4.3%, ביחס לאומדנים השונים.

150. בסקר שנערך הוצגו לנשאלים שתי תמונות של הודעה (שאלה נעזרת)- תמונה אחת של הודעת SMS כפי שנשלחה על ידי לוטונט, השניה- תמונה של הודעת מייל כפי שנשלחה על ידי לוגטק. בהתייחס לכל אחת מהן נשאלה שאלה סגורה- "עד כמה שאת/ה זוכר/ת, האם קיבלת או לא קיבלת את הודעת ה-SMS הבאה, או דומה לה, בשנתיים האחרונות"? משיבים שקיבלו את ההודעה נשאלו שאלה סגורה נוספת: "עד כמה הודעות כאלו מטרידות או לא מטרידות אותך?". אלו ממצאי חוות הדעת:

א. כמחצית מהמשיבים (44%) קיבלו במהלך השנתיים האחרונות הודעת SMS או הודעות מייל/דוא"ל כלשהן של מועדוני הימורים באינטרנט.

ב. מקרב אלו שקיבלו במהלך השנתיים האחרונות הודעות, 45% לא ביקשו להסיר את שמם ולא לקבל יותר הודעות כאלו. 39% ביקשו להסיר את שמם ולא לקבל יותר הודעות כאלו.

ג. 81% ממקבלי ההודעות השיבו (בשאלה פתוחה) על תחושות שליליות כגון כעס, רוגז ועצבנות, הטרדה, גועל, סלידה, דחייה, מיאוס וזעזוע, רמאות, הונאה ועוקץ, דואר זבל וספאם, חדירה לפרטיות וחוצפה. תחושות שליליות דומות העלו גם מי שלא קיבלו הודעות ונשאלו לתחושותיהם במידה והיו מקבלים.

ד. מקרב מקבלי ההודעות, 62% השיבו (בשאלה סגורה) שהודעות כאלו של מועדוני הימורים באינטרנט הטרידו אותם, ומקרב אלו, 65% טוענים שההטרדה גרמה להם לכעס, וכחמישית (16%) טוענים שההטרדה גרמה להם להסחת דעת.

ה. לנוכח הצגת תמונה של הודעת SMS של לוטונט 34% מהמשיבים השיבו שבשנתיים האחרונות קיבלו הודעה זהה או דומה להודעה זו. 13% טענו שקיבלו הודעה זו. לכן ניתן להעריך שכ-760,000 מכלל האוכלוסייה הישראלית מגיל 18 ומעלה קיבלו הודעה זו (אוכלוסייה המונה כ-5.83 מיליון, על פי השנתון הסטטיסטי של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, 2018). 94% ממקבלי ההודעות השיבו שההודעות מטרידות אותם ברמה בינונית ומעלה, ו- 71% השיבו שמטרידות ומטרידות מאוד. רק 5% השיבו שהודעות אלו לא מטרידות אותם.

ו. לנוכח הצגת תמונת הודעת דוא"ל מטעם לוגטק, 22% מהמשיבים השיבו שבשנתיים האחרונות קיבלו הודעה זהה או דומה להודעה זו. 8% השיבו שקיבלו הודעה זו. לכן, ניתן להעריך שכ-466,000 מכלל האוכלוסיה הישראלית מגיל 18 ומעלה קיבלה הודעה זו (אוכלוסיה המונה כ-5.83 מיליון על פי השנתון הסטטיסטי של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, 2018). 93% השיבו שההודעות מטרידות אותם ברמה בינונית ומעלה, ו- 72% השיבו שמטרידות ומטרידות מאוד. רק 7% השיבו שהודעות אלו לא מטרידות אותם.

חוות דעת פרופ' דן זכאי

151. פרופ' דן זכאי חיווה דעתו ביחס להשפעתם של הודעות בלתי רצויות (ספאם) בנושא הימורים, באמצעות הודעות SMS ודוא"ל על הנמענים לרבות ההשפעה הרגשית והקוגניטיבית של הודעות אלה עליהם. להכנת חוות דעתו פרופ' זכאי ביצע סקירה של המחקרים הקיימים בתחום והסתמך על סקר שערך פרופ' יצחק כ"ץ. להלן סיכום ממצאיו:

א. הודעות ספאם הן גורם הפוגע בתפקוד הנמענים וגורם להם לתחושות שליליות. כמו כן, הודעות אלו מייצרות הפרעות קוגניטיביות בפעילות והטרדה של משתמשים, הן ברמת היחיד והן ברמה הארגונית. דפוס ההפרעות קיים בן אם מדובר בדואר אלקטרוני באינטרנט, בטלפונים חכמים, במסרונים או ברשתות חברתיות כגון Facebook.

ב. הסימפטומים העיקריים בתחום התפקודי- ביצועי הם התארכות משך זמן הטיפול בדואר אלקטרוני, שיבושים אפשריים בתהליכי קריאת ההודעות ודיוק הקריאה עקב הגדלת העומס הקוגניטיבי, הסחת דעת ויציאה מריכוז וירידה ברמת הפרדיקטיביות. הסימפטומים העיקריים בתחום הרגשי-חוויתי-עמדתי הם תחושת פגיעה בפרטיות, ירידה ברמת האמון בדרכי התקשורת האלקטרונית בכלל ובפעילות ON LINE בפרט, ירידה בעמדה של "ידידותי למשתמש" (user friendly) כלפי מערכות ממוחשבות ובחוויית השימוש, הטרדה ופגיעה ברמה הערכית בגלל הודעות ספאם בעלות תוכן פוגעני. הפרעות אלה מתקיימות אף כאשר הודעות ספאם מגיעות ממקור לא רלוונטי, ואף אם כבר היתה למשתמש אינטראקציה קודמת איתו.

ג. סקירת הספרות תואמת במידה רבה את ממצאי הסקר ומחזקת את ההערכה שספאם בנושא הימורים פוגע פגיעה משמעותית במקבלי ההודעות הן במובן החוויתי- רגשי והן במובן הפונקציונאלי. היבט נוסף וייחודי להודעות בנושא הימורים הוא היבט הפיתוי, כאשר קיימת סכנה שאנשים בעלי נטייה להתמכרות להימורים יתפתו בעקבות מודעות אלה שלא ברצונם ולא בטובתם. במובן זה הודעות ספאם בנושא הימורים הן בלתי מוסריות והן סוג של אלימות ובריונות ברשת. בנוסף, הפיתוי מגדיל את הקושי התפקודי הנובע מן ההודעות, אף במקרים בהם קיימת נטייה להימורים, אולם הנמען אינו פועל להמר בעקבות קבלת ההודעה.

ד. כ-90% ממשתמשי הדואר האלקטרוני והטלפונים החכמים ובערוצי ה-on-line השונים חשים, חווים או נפגעים מהפרעות הנגרמות על ידי הודעות ספאם, בפרט בנושא הימורים. גם אם לא כל משתמש חווה את כל סוגי ההפרעות שנמנו, די בכך שחלק מההפרעות מתקיימות כדי לגרום לפגיעה בתפקוד השוטף או בחוויית השימוש.

ה. הקשר בין תופעת הספאם לבין הגברת עומס קוגניטיבי בעת הטיפול בדואר אלקטרוני נובע מכך שהמשתמש מוצא עצמו בפני הפצה והגדלת תעבורת הדואר האלקטרוני והצורך לסנן את המסרים הלא רלוונטיים עבורו. כך, המשתמש נאלץ לעסוק בשתי מטלות בו זמנית ועליו להקצות משאבי קשב למטלה הלא רלוונטית מתוך כמות המשאבים העומדת לרשותו. זו הסיבה להתארכות זמני התגובה, זמן הטיפול הכולל בתעבורת הדואר האלקטרוני, הגדלה בשיעור טעויות ואי הדיוק בקריאת דואר אלקטרוני. לאור כל האמור, עמדתו של פרופ' זכאי היא שהודעות ספאם גורמות לנזקים ממשיים לנמעניהם.

152. סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות קובע: **"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"**. בית המשפט מוסמך לפסוק לטובת מקבלי הפרסומות בניגוד לסעיף 30א לחוק התקשורת, פיצוי בגין נזק שאינו ממוני (ע"א 8037/06 **ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ** (נבו, 4.9.14)). נזק בלתי ממוני **"אינו טעון הוכחה של ממש, ובית המשפט יכול להסיק מהנסיבות ולפסוק לפי שיקול דעתו"** (ע"א 3807/12 **מרכז העיר אשדוד ק.א בע"מ נ' שמעון** (נבו, 22.1.2015). כלומר, נזק זה נפסק לפי שיקול דעת בית המשפט.

153. נזק לא ממוני הנפסק לפי שיקול דעתו של בית המשפט, מעצם טיבו ומהותו שונה מאדם לאדם ואינו ניתן לחישוב מדויק. 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 (ע"א 10085/08 **תנובה נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל**, פסקה 53 (נבו, 4.12.2011) (להלן: "**עניין תנובה**")). לשונות בגובה הנזק, והפיצוי שצומח ממנו, ניתן מענה במנגנונים השונים שנקבעו בסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות.

154. גם כשעוסקים בנזק לא ממוני לחברי הקבוצה, עדיין על חברי הקבוצה להוכיח שנגרם להם נזק. התביעה מיוסדת על עילת הפרת חובה חקוקה ומצריכה נזק כאחד מיסודות העילה. אבחן את חוות הדעת שבפני.

155. פרופ' זכאי אישר בחקירתו שרוב המאמרים עליהן ביסס את חוות דעתו אינם מתייחסים כלל להודעות SMS, אלא רק להשפעות נטענות מקבלת הודעות דוא"ל (תמליל מיום 20.1.20, עמ' 6, שורות 1-8). פרופ' זכאי אף העיד שהממצאים שפירט מתייחסים בעיקר ולרוב להודעות דוא"ל בלבד ולגבי הודעות SMS "**ציינתי פה ושם**" (עמ' 6, שורות 22-32). כשנשאל אם יכולים להיות מאמרים ומחקרים שמראים לגבי הודעות SMS תחושות שונות, השיב פרופ' זכאי שיש אפשרות כזו (עמ' 28, שורות 11-16). כזכור, הגדרת הקבוצה עוסקת בשליחת דברי פרסומת אסורים לנמענים באמצעות שיגור הודעות SMS והודעות דוא"ל. על כן חוות דעתו של פרופ' זכאי לוקה בחסר לעניין הודעות SMS ולא הוכיחה השפעה על הנמענים בעת קבלת הודעות מסוג זה.

156. הן בחוות הדעת של פרופ' כ"ץ והן בזו של פרופ' זכאי התעלמו מהשאלה אם קבוצת הנחקרים אישרה או לא אישרה קבלת הודעות ספאם, אלא נבדק הנתון כמה מהמשיבים קיבלו במהלך השנתיים האחרונות הודעות SMS/דוא"ל של מועדוני הימורים באינטרנט (תמליל מיום 20.01.20, עמ' 5, שורות 1-10, עמ' 37, שורות 20-23). פרופ' כץ העיד שהמשיבים לא נשאלו אם נרשמו לקבלת דיוור, ואם אישרו קבלת הודעות מגופים כאלו (עמ' 44, שורות 12-21). מוטיב ההסכמה כלל לא נלקח בחשבון בעת עריכת שתי חוות הדעת, כאשר בחוות דעתו של פרופ' זכאי הסתמך על הסקר של פרופ' יצחק כ"ץ.

157. פרופ' כ"ץ אישר בחקירתו שלא הפריד בסקר בין השפעת הודעות SMS להשפעת הודעות דוא"ל, אבחנה שהיתה צריכה להיערך לאור ההבדלים ביניהן על מנת ולבדוק אם מתקבלות תוצאות שונות. התוצאות של הסקר לגבי הודעות SMS והודעות דוא"ל הוגשו כמכלול ופרופ' כ"ץ לא מצא לנכון לעשות הפרדה בניהן (תמליל מיום 20.01.20, עמ' 68, שורות 7-23). כמו כן, פרופ' כ"ץ לא בחן אם מקבלי ההודעות פתחו את ההודעות אם לאו.

158. משכך, אני מוצא את שתי חוות הדעת הללו כלליות ולא מספקות לעניין בחינת והוכחת הנזק לקבוצה כפי שהוגדרה. ניתן להסתמך עליהן לצורך בחינת השפעת קבלת דברי פרסומת שנשלחים באמצעות הודעות דוא"ל לנמענים, אך עיקר הנזק יקבע לפי אומדן המתחשב גם באמור בחוות דעת אלה, תוך התאמה.

159. טענת התובעים לפגיעה באוטונומיה לא הוכחה במידה הנדרשת. מאז פסק הדין המנחה בע"א 2781/93 **דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה**, נג(4) 526 (1999), שהכיר לראשונה בנזק של פגיעה באוטונומיה כראש נזק נפרד, כיום אין פוסקים פיצוי בגין נזק שביטויו בא רק בעצם שלילת האוטונומיה של הרצון, ויש להוכיח נזק סובייקטיבי תוצאתי (ע"א 887/19 **מלכה שמול נ' שירותי בריאות כללית** (נבו, 21.11.22) ועניין **תנובה** לעיל, בפסקה 40). לא עלה בידי התובעים להצביע על נזק תוצאתי שנגרם עקב פגיעה באוטונומיה כתוצאה מקבלת דברי פרסומת ללא הסכמתם. התובעים לא הוכיחו רגשות שליליים כתוצאה מקבלת ההודעות בעוצמה המצדיקה תשלום פיצויים בגין פגיעה באוטונומיה. כפי שנקבע בע"א 4333-11 **דניאל סלומון נ' גורי יבוא והפצה בע"מ** (נבו, 12.3.14): "**על רקע כל אלה, בהתחשב בכך שעניינו בפגיעה, אם בכלל, בעוצמה ברף נמוך, ובהתחשב בכך שבנזק לא ממוני של פגיעה באוטונומיה עסקינן, נזק שמלכתחילה אינו קל לכימות ויש בו היבט אינדיבידואלי-סובייקטיבי בעל משקל, ניתן להגיע למסקנה כי בנסיבות המקרה מדובר בפגיעה שעשויה להיחשב כזוטי דברים, גם בהיבט של קבוצת הצרכנים הרלוונטית על השונות שבין חברי הקבוצה, ולכן אינה מצדיקה פיצוי**".

160. אני מקבל את טענת התובעים בדבר נזק מסוג הטרדה, הפרעה וחדירה לפרטיות לנמענים שקיבלו דברי פרסומת בניגוד להסכמתם. נזקים אלו קיבלו ביטוי והכרה כבר בדברי ההסבר להצעת החוק, שם נכתב: "**תופעת ההפצה ההמונית של הודעות פרסומת בלתי רצויות באמצעות רשתות תקשורת (לרבות באמצעות דואר אלקטרוני, הודעות SMS ופקסימיליה), המכונה "spam" הפכה בשנים האחרונות למטרד ציבורי כלל-עולמי, והיקפה מצוי במגמת עליה חדה. תופעת ה-spam מעוררת בעיות במישורים שונים, ובהן – בעיות של אבטחת מידע, חדירה למחשבים בלא היתר והפצת וירוסים, פגיעה בפרטיותו של המשתמש ברשת והטרדתו, פגיעה בהתפתחותו של המסחר האלקטרוני ופגיעה בעסקים בשל אבדן זמן והשקעת משאבים**". (דברי ההסבר, עמ' 886). כלומר נזקים אלו טבועים בחוק ובמטרותיו והוא מכיר בהם. על כן יש לפצות את הנמענים שקיבלו הודעות ללא הסכמתם עבור פגיעה בפרטיות, הטרדה ופגיעה בעסקים בשל אבדן זמן והשקעת משאבים.

161. אני מקבל את בקשת התובעים לפסוק פיצוי של 100 ₪ לכל הודעת דוא"ל שהתקבלה ללא הסכמה, כאומדן של הנזק הלא ממוני בשל פגיעה בפרטיות, הטרדה ואבדן זמן ומשאבים, בהתחשב במטרת התובענה הייצוגית לאכיפת הוראות החוק ולפיצוי הניזוקים, ומעמיד את הפיצוי להודעת SMS שהתקבלה ללא הסכמה בסך 50 ₪, בהנחה שהיא מטרידה וגוזלת משאבים פחות מהודעת

דוא"ל. שקלתי האם קבלת מספר רב של הודעות מפחיתה את הפיצוי משום שהנמען מתרגל לקבל את ההודעות, או מגדילה את הפיצוי משום שהנמען מתעצבן יותר לקבל אותן הודעות שוב ושוב ובסופו של דבר הגעתי למסקנה שיש לנקוב פיצוי אחיד לכל הודעה, בין אם זו הראשונה או החמישית או העשירית.

162. על מנת לפצות את חברי הקבוצה, הנתבעים ישלחו הודעה לחברי הקבוצה שקבעתי לעיל שהם נכללים בקבוצה, באמצעות פרטי הקשר המצויים בידם או בידי מי מטעמם, לפיה מגיע להם פיצוי לפי החלטה זו, בנוסח שיוגש לעיוני על ידי ב"כ התובעים בתוך 7 ימים, בנוסף לפרסום הודעה מכח סעיף 25 לחוק תובענות ייצוגיות, בתוך 21 ימים, בנוסח שיוגש לעיוני על ידי ב"כ התובעים תוך 7 ימים, בשני עיתונים יומיים מבין העיתונים ישראל היום, הארץ וידיעות אחרונות ביום שישי, וכן באחד משני העיתונים כלכליסט או גלובס, בגופן שלא יפחת בגודלו וברווח בין השורות מהגופן בו מפורסם החומר המערכתי של העיתון.

163. ההודעות יכללו הזמנה לנמענים להגיש בתוך 30 יום תביעה לפיצוי בטענה שנגרם לנמען נזק בשל פגיעה בפרטיות, הטרדה, אבדן זמן ומשאבים עקב קבלת הודעות ללא הסכמתו, תוך ציון הגוף ששלח לו הודעות, ללא צורך בהוכחת טענות אלה. ב"כ התובעים יקים מוקד לקבלת תביעות ויאייש אותו בשעות עבודה המקובלות, כך שכל מי שיתבע את הפיצוי תועבר תביעתו לנתבעים שיבדקו ויודיעו מדוע אין הוא זכאי לפיצוי, כגון משום שלא נשלחה לו הודעה או משום שמצויה בידי הנתבעים הסכמתו לקבלת דברי פרסומת, על מנת שב"כ התובעים יכריע בכך. לצורך הקמת המוקד ותשלום הפיצוי יפקידו הנתבעים על חשבון ההוצאות והפיצוי בידי ב"כ התובעים בתוך 21 יום את הסכומים הבאים:

א. הנתבעים 2 ו-6 יפקידו 500,000 ₪.

ב. הנתבעים 3 ו- 7 יפקידו 1,000,000 ₪

ג. הנתבעים 4 ו- 8 יפקידו 1,000,000 ₪.

ככל שהסכומים לא יופקדו במועד, יהיה ב"כ התובעים רשאי לפתוח תיקי הוצאה לפועל למימוש חיובם של הנתבעים או מי מהם בהפקדת סכומים אלה בידיו. אם סכומים אלה לא יספיקו, יפנה ב"כ התובעים בבקשה לבית המשפט לחיוב נוסף.

164. ב"כ התובעים יגיש דו"ח על ביצוע הליך התביעות וחלוקת הפיצוי עד יום 21.7.23.

<u>גמול, שכר טרחה והוצאות</u>

165. התובעים טוענים להוצאות ריאליות בסך של 43,284 ₪. לטענתם, טרחו טרחה עצומה בהיקפה בניהולה של התובענה הייצוגית, ויחד עם בא כוחם השקיעו להערכתם עשרות אלפי שעות עבודה בתיק זה. נוהלו הליכי גילוי מסמכים וצווי מידע רבים, ארוכים ומורכבים, מונו מומחים ותוקנו כתבי ההגנה של מקצת הנתבעים. כמו כן, בהליך נוהלו 23 דיונים, נחקרו במהלכו למעלה מ-20 עדים

והוגשו מעל ל-300 בקשות בתיק. לטענתם, נטלו על עצמם כתובעים את הסיכון הגלום בהגשת תובענה ייצוגית, תוך השקעת מאמצים ומשאבים בהגשתה ובניהולה, לרבות בסיכון הוכחת הנזק ובסיכון תוצאות ההליך הייצוגי. לטענתם מדובר בנזק ובפיצוי עצומים בהיקפים, שיביאו תועלת רבה לציבור, כאשר תועלת זו אינה רק בתשלום הפיצוי על נזק העבר, אלא גם מניעת נזק עתידי והמשך התנהלות מעוולת.

166. השיקולים לפסיקת גמול לתובע המייצג ושכר טרחה לבא כוחו מנויים בסעיפים 22 ו-23 לחוק התובענות הייצוגיות. נקבע לא אחת ששיקולים אלה הם קווים מנחים. השיקולים לגמול לתובע המייצג ושכר טרחה לבא כוחו מחולקים לשלוש קטגוריות: **שיקולי תשומה** – הנוגעים לעלויות ולסיכון שנטלו על עצמם התובע המייצג ובא כוחו, 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. להלן אתייחס לכל אחד משיקולים אלו.

167. התביעה התנהלה בהליך מורכב וממושך, שנמשך מספר שנים, והתנהלו 23 דיונים. התובעים נשאו בסיכון כבכל תובענה ייצוגית שמוגשת, שיחויבו בהוצאות, ובינתיים שילמו מכיסם את ההוצאות שנדרשו, בהיקף של עשרות אלפי שקלים. התועלת שהביאה התובענה לקבוצה המיוצגת באה לידי ביטוי בפיצוי שישולם לנפגעים מקבלת דברי הפרסומת המפירים. התובענה הייצוגית הביאה להגשמת מטרות חוק תובענות ייצוגיות וחוק התקשורת, נוכח התועלת שהביאה לחברי הקבוצה, ונוכח ההרתעה הצפויה לנתבעות המפרות מלבצע עוולות דומות בעתיד, וגם לשאר החברות או העסקים שמשתמשים בהודעות הספאם בניגוד להוראות חוק התקשורת, במטרה להשיא את רווחיהם על חשבון הנמענים.

168. על פי עקרונות ע"א 2046/10 **עזבון המנוח משה שמש נ' דן רייכרט** (נבו, 23.05.2012) אני קובע את שכר הטרחה שעל הנתבעים 2,3,4,6,7,8 לשלם לב"כ התובעים בשיעור 23.4% מסכום הפיצוי שישולם לנמענים, בנוסף לסך 43,284 ₪ הוצאות ריאליות, ואת הגמול שעל נתבעים אלה לשלם לתובעים בשיעור 5% מסכום הפיצוי. נתבעים אלה ישלמו את ההוצאות הריאליות ועוד מקדמה של 234,000 ₪ מתוך שכר הטירחה ו- 50,000 ₪ מתוך הגמול תוך 30 יום. יתרת שכר הטרחה, בהתחשב בסכום הפיצוי ובמקדמה תשולם לב"כ התובעים ולתובעים 21 יום לאחר השלמת תשלום הפיצוי לחברי הקבוצה, כפי שיודיע לבית המשפט כאמור לעיל.

169. לא ניתן להתעלם מהתנהלותו של ב"כ הנתבעים 1,3,5,7 בתיק ובדיונים שבפני. הגשת בקשות רבות, הפרעות חוזרות ונשנות הן לעדים, הן לב"כ התובעים והן לבית המשפט, ויכוחים וטיעונים גם לאחר החלטות בית המשפט, הן התנהלות דיונית שלא ניתן להתעלם ממנה ויש להתחשב בה על פי תקנה 153 בקביעת הוצאות המשפט. מנגד, יש להתחשב בכך שהתביעה כנגד הנתבעים 1 ו- 5 המיוצגים

על ידו נדחית, גם מבלי להביא בחשבון את האפשרות שהסיבה לכך היא שבא כוחם הצליח בדרכו למנוע הצגת ראיות נגדם. נתבעים אלה זכאים מצד אחד להוצאות משפט, ומנגד יש לפסוק כלפיהם הוצאות משפט בשל התנהלות בא כוחם כאמור. שני אלה מקזזים זה את זה כך שאיני פוסק הוצאות בין התובעים לנתבעים 1,5. על כן, בנוסף לאמור לעיל, אני מחייב את הנתבעים 3,7 לשלם לתובעים הוצאות משפט בסך 58,500 ₪.

<u>סיכום</u>

170. על פי כל האמור לעיל, אני קובע כדלקמן:

א. התביעה נגד נתבעים 2,3,4,6,7,8 מתקבלת כך שיפצו את הנמענים שלא הוכחה הסכמתם לקבלת דברי פרסומת ונגרמו להם פגיעה בפרטיות, הטרדה, אבדן זמן או גזילת משאבים בסך 100 ₪ לכל הודעת דוא"ל ו- 50 ₪ לכל הודעת SMS שנשלחו אליהם, וכן הוצאות כפי שפסקתי לעיל.

ב. התביעה נגד נתבעים 1,5 נדחית ללא צו להוצאות.

ג. ב"כ התובעים יודיעו על השלמת הפיצוי כפי שקבעתי לעיל עד יום 21.7.23.

ניתן היום, כ"ו טבת תשפ"ג, 19 ינואר 2023, בהעדר הצדדים.

מנחם רניאל, שופט בכיר