



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 24814-04-22 ביטון נ' מ.ש.ק שירותים תפעוליים בע"מ ואח'

לפני כבוד השופט ליאור גלברד

התובע:

דוד ביטון
ע"י ב"כ עו"ד לירון פרמינגר
נגד

הנתבעים:

1. מ.ש.ק שירותים תפעוליים בע"מ
 2. שניר גלם
 3. קובי תמם
 4. מאורה פיתוחים סוכנות לביטוח בע"מ
 5. מאור זגה
- ע"י ב"כ עו"ד ברק הלל

החלטה

1. עניינה של הבקשה לאישור התובענה כייצוגית שבכותרת בטענה שמשיבה 1 מפרה את הוראות סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן – "חוק התקשורת"), בכך שהיא שולחת דברי פרסומת ללא הסכמת הנמענים וכן שאין היא מאפשרת לנמענים לבקש את הסרתם מרשימת התפוצה אלא באמצעות קישור ובאופן שאינו עולה בקנה אחד עם דרישות החוק. יתר המשיבים, לפי הטענה, אחראים בהיותם נושאי משרה ובעלי שליטה במשיבה 1.

עיקרי הבקשה לאישור

2. לפי הבקשה לאישור ביום 4.9.2021 בשעה 20:30 המבקש קיבל מסרון פירסומי מאת משיבה 1 למרות שהוא מעולם לא מסר את הסכמתו לקבלת דברי פרסומת מהמשיבה, ואף מעולם לא היה עמה בקשר כלשהו.

3. זהו תוכן המסרון:

כפי שדווח בתקשורת ל 97% מהאזרחים קיימים בקופות השונות כספים למשיכה מיידית היישר לחשבון הבנק.

לבדיקה חנימית ומהירה:

<https://forms/gleqSMzNDVt8kdn992KPA>

להסרה:

<http://bit.ly/3rXuhS9>

4. המסרון, לפי הבקשה לאישור, נשלח ללא מספר הטלפון של השולח וחלף הזיהוי של השולח נכתבה המילה "FINANCE". זאת אף מבלי שצוינו במסרון פרטי השולח ודרכים ליצירת קשר עמו. מטרת המסרון, לפי הנטען, הייתה לשדל את הנמען לקבל שירות בתשלום ממשיבות 1 ו-4.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 24814-04-22 ביטון נ' מ.ש.ק שירותים תפעוליים בע"מ ואח'

5. נטען שהאחראים למשלוח המסרון ניסו להסוות את זהותם והמבקש נדרש לערוך בירור על מנת לאתר את האחראי למשלוח המסרונים. זאת, באמצעות פניות לחברה שבאמצעותה נוצר דף הנחיתה שאליה פנה המבקש וכן באמצעות מידע טכני שעל בסיסו המבקש זיהה שחברת גולדמן תקשורת בע"מ היא מי שהמסרון נשלח באמצעות שירותיה. לאחר דין ודברים עם חברת גולדמן שבתחילה סירבה למסור פרטים בדבר האחראי למשלוח המסרון, ונאותה לעשות כן רק לאחר שהמבקש התריע כי ינקוט נגדה בהליך משפטי, חברת גולדמן הפנתה את המבקש למשיב 3 כאיש הקשר הרשום שמנהל את החשבון שממנו נשלח המסרון, כפי שמופיע במערכתיה.

6. המבקש פנה למשיב 3 בהתראה לפני נקיטה בהליך משפטי. תחילה פנה המבקש באמצעות מסרון אך משיב 3 חסם אותו. בהמשך פנה המבקש למשיב 3 באי-מייל. לאחר פנייה זו משיב 3 יצר קשר טלפוני עם המבקש. באותה שיחה משיב 3, בין היתר, לא הכחיש שמשיבה 1 או מי מטעמה עומדים מאחורי המסרון וכי מטרתו לקדם את עסקיה. עוד ציין משיב 3 בשיחה שמשיבה 1 היא חברה שמספקת שירותים תפעוליים אך סירב להסביר מהם השירותים המסופקים ולמי מסופקים אותם שירותים. לאחר אותה שיחה משיב 3 כתב למבקש: "חשוב לי לציין ולהוסיף שדיברתי על עצמי שאני לא סוכן ביטוח, דיברתי בשמי בלבד ולא בשם שותפיי...". מאז תכתובת זו, לפי הבקשה לאישור, נעלמו עקבותיו של משיב 3 ומבדיקות נוספות שערך המבקש לגבי חברות שמשיב 3 קשור אליהן התגלו קשריו למשיבה 4. משיבה 4, לפי הנטען, מוגדרת כסוכנות ביטוח ונטען שמנהליה הם אותם מנהלים של משיבה 1.

7. התבקש לאשר את התובענה כייצוגית בטענה שמשלוח המסרון למבקש ללא קבלת הסכמתו מהווה הפרה של הוראות הדין. עוד נטען שמעבר להיעדר ההסכמה המסרון אינו עומד בהוראות הדין מכיוון שלא צוינו בו שמו של המפרסם ודרכי יצירת הקשר עמו למשלוח הודעות סירוב. כך משום שהמסרון אינו מאפשר הסרה באמצעות הודעה בכתב (במסרון) בדרך שבה שוגר. נטען שמשיבה 1 הייתה מחויבת לאפשר הסרה באמצעות משלוח מסרון וכי קישור ההסרה (שגם לא היה תקין) אינו עומד בדרישת חוק התקשורת.

8. נוסף לאישור ניהולה של התובענה כייצוגית נגד משיבה 1 התבקש לאשר גם נגד יתר המשיבים.

לעניין אחריותו של משיב 2 נטען שהוא בעל מניות ודירקטור במשיבה 1 ואחריותו נובעת הן מסעיף 30א(ח) לחוק התקשורת המטיל אחריות אישית על מנהל של תאגיד, הן מכוח דיני הנזיקין הכלליים. אחריותו נובעת, לפי הנטען, גם בהיותו בעל מניות ודירקטור במשיבה 4.

בעניינו של משיב 3 נטען כי אחריותו נובעת מהיותו דירקטור במשיבה 1 וכן לנוכח היותו מי שרשום כאיש הקשר בחשבון משלוח ההודעות של משיבה 1 ומי שהפעיל את החשבון.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 24814-04-22 ביטון נ' מ.ש.ק שירותים תפעוליים בע"מ ואח'

בעניינה של משיבה 4 נטען כי היא זו שהקימה את משיבה 1 יחד עם משיב 2 ושימשה במועדים הרלוונטיים כבעלת מחצית מהמניות של משיבה 1 ואף דירקטורית במשיבה 1. המסרון נועד, לפי הנטען, לקדם את עסקיה. עוד נטען כי משיבה 4 הקימה את משיבה 1 ששימשה אותה על מנת ליצור מסך התאגדות נוסף במטרה להקשות על ניהול תביעה נגדה. צוין, בהקשר זה, כי משיבה 4 התאגדה בשנת 2017 ומשיבה 1 התאגדה בשנת 2020.

אשר למשיב 5 – נטען כי מדובר במי שהיה נציג של משיבה 4 במשיבה 1 ולכן גם הוא נושא לפי הנטען באחריות למשלוח המסרונים.

9. הסעד שהתבקש הוא פיצוי בגין נזק לא ממוני כתוצאה מקבלת דברי הפרסומת, בין היתר, לנוכח הסחת הדעת, פגיעה בפרטיות ועוגמת הנפש שנגרמו עקב המסרון. המבקש העמיד את גובה הנזק הממוצע בגין כל דבר פרסומת על סך של 300 ש"ח על-פי הערכה.

10. לבסוף צוין כי המבקש הגיש כ-20 תובענות ייצוגיות בגין משלוח דברי פרסומת בניגוד לחוק התקשורת ורואה את עצמו שליח ציבור בעניין זה וכן כי לבא כוחו ניסיון רב בניהול הליכים ייצוגיים, ובכלל זה הליכים שעניינם משלוח הודעות פרסומת בניגוד לחוק.

עיקרי התשובה

11. בתשובה נטען שמשיבה 1 מפעילה עזרה במשק בית לשכירים ולעצמאים. משיבים 2-3 היו באותה עת דירקטורים במשיבה. שירותי הדיוור מתבצעים באמצעות חברה חיצונית מתמחה הפועלת כקבלן משנה. המשיבה פעלה מאז שנת 2020 כאשר במהלך התקופה פנתה ללקוחות וקיבלה אישור למשלוח הודעות כדין בין בשיחות בעל-פה ובין באישורים אחרים כדין. בעת אירוע חד פעמי שלחה עובדת החברה הודעה למבקש בטעות והוא, מצידו, עט עליה כמוצא שלל רב ועל בסיסה הגיש את ההליך שבכותרת. קישור ההסרה בהודעה שנשלחה היה מוטעה.

12. הודגש שמדובר היה בטעות אנוש נקודתית וחד פעמית שגרמה לתקלה שבמסגרתה הלינק להסרה לא היה תקין וגם נשלחו הודעות למספר מצומצם של אנשים שלא אישרו מראש את קבלת המסרונים. כך עלה, לפי הנטען, מבדיקה במאגר נתוני הדיוור של המשיבה הכולל את מלוא המידע על אודות הודעות שפורסמו בתקופה הרלוונטית. נטען כי לא ברור כיצד הגיע המבקש לרשימת הנמענים של המשיבה שברגיל פועלת רק מתוך רשימה של לקוחות שאישרו את משלוח הדואר בשיחות טלמרקטינג. התקלה, כך נטען, תוקנה במלואה מייד לאחר שהתגלתה ועוד לפני פניית המבקש.

13. לטענת המשיבים, בהיותה של הבקשה לאישור מבוססת על טעות אנוש חד פעמית ונקודתית ולא במדיניות מפרה, הרי שאין לאשר את התובענה כייצוגית משום שהכלי הייצוגי לא יהיה יעיל והוגן לבירור המחלוקת. הליך ייצוגי, כך נטען, אינו הליך שנועד לבירור הפרות ספורדיות



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 24814-04-22 ביטון נ' מ.ש.ק שירותים תפעוליים בע"מ ואח'

של החוק. בהקשר זה טענו המשיבים גם שאין מקום לאשר תובענה כייצוגית על בסיס הודעה אחת הנזכרת בתצהירו של המבקש אשר טען טרם הגשת ההליך כי בידיו ראיות נוספות בדבר חברים שקיבלו את אותה הודעה, שאותן הוא לא צירף ואף לא נזכרו בתצהירו. אין די בהודעה הבודדת שנשלחה למבקש כדי להרים את הנטל הנדרש להוכחת מדיניות מפרה.

14. המשיבים הוסיפו וטענו כי תצהיר המבקש נעדר הסבר בדבר העילות להרמת מסך נגד המשיבים השונים וכי מעבר להתייחסותו לדין ודברים עם משיב 3 התצהיר נעדר התייחסות למשיבים, וזאת מלבד התייחסות לשאלה מי מהם מחזיק במניות או משמש כדירקטור במשיבות 1 ו-4. לפי הנטען לא די לציין כי פלוני או אלמוני הם בעלי מניות או דירקטורים כדי להוביל למסקנה של חבות אישית בחבויות החברה. יש צורך בטעמים מוגברים לחיוב אישי לפי המסגרת המשפטית של הרמת מסך.

15. עוד נטען בתשובה כי תצהירו של המבקש "רזה" וחסר. אין הוא מתייחס לנזק הנטען ולכשירות של בא כוח המבקש; לא הונחה תשתית ראייתית ומשפטית לטענת הרשלנות של המשיבים; לא הוכח נזק לא ממוני בר פיצוי למבקש או לחברי הקבוצה הנטענת ולא בואר התחשיב שעומד מאחורי הסכום הנתבע. נטען גם שלא מתקיימות שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה.

16. לבסוף נטען כי מדובר בתובע סדרתי ש"מחפש להיפגע ולעשות מזה כסף" תוך שהוא עושה מאמץ לקבל הודעות מוטעות "ולעשות עליהן קופה". בהקשר זה מוסיפים המשיבים שבהתאם לדוח חקירה שצורף המבקש הגיש למעלה מ-60 בקשות לאישור תובענות ייצוגיות ומתנהל "כפיראט ואגרן כפייתי של תובענות ייצוגיות". בכלל זה מפנים המשיבים לדברים חריפים שנכתבו על המבקש, לפי הנטען, בהליכים אחרים ועל כך שאין הוא מכבד החלטות שיפוטיות.

עיקרי התגובה לתשובה

17. בתגובה לתשובה נטען כי יש לדחות את גרסתה העובדתית של המשיבה שנטענה בכלליות ולא הוכחה. כך, בין היתר, לא הובהר מהו עיסוקה של המשיבה; לא פורט מיהו קבלן המשנה שבאמצעותו נשלחו ההודעות; טעות האנוש הנטענת לא הוסברה ולא ניתנו פרטים, ובכלל זה לא הובהר כיצד הגיע לידי המשיבה מספר הטלפון של המבקש. לא הובא גם תצהיר של העובדת שלפי הנטען טעתה וגם לא הובא תצהיר של צד שלישי שלפי הנטען התקלה קשורה גם אליו.

18. המבקש מוסיף וטוען כי הצליח לאתר שלושה חברי קבוצה שקיבלו דברי פרסומת מעוולים מהמשיבה בתאריכים שונים (2.10.2021, 7.10.2021 ו-10.10.2021), מבלי שניתנה הסכמתם למשלוח דברי פרסומת (ותצהיריהם צורפו). שניים מהמסרוניים הם בנוסח זהה. אחד מהם אף קיבל פיצוי ממשיב 3.





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 24814-04-22 ביטון נ' מ.ש.ק שירותים תפעוליים בע"מ ואח'

19. המבקש טען עוד כי דוח החקירה שצירפו המשיבים בעניינו הוא רשלני ואינו משקף את המציאות.

דיון והכרעה

20. לאחר עיון במכלול החומרים בתיק, ולאחר שנתתי את דעתי לטענות הצדדים ולחומר הראיות, מסקנתי היא שמתקיימים התנאים לאישור התובענה כייצוגית. בהתאם, אני מאשר את ניהול התובענה כייצוגית נגד המשיבים, הכל – כפי שיפורט להלן.

התנאים לאישור תובענה כייצוגית

21. בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן – "חוק תובענות ייצוגיות") המבקש לאשר תובענה כייצוגית נדרש לעמוד בכמה תנאים הקבועים בסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות. אלו הם התנאים בתמצית:

22. ראשית, המבקש נדרש לבסס מסקנה כי התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לחברי הקבוצה וכן שיש אפשרות סבירה שאותן שאלות יוכרעו לטובת הקבוצה (סעיף 8(א)(1)). שנית, על המבקש לשכנע כי תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת (סעיף 8(א)(2)). שלישית, על המבקש להניח בסיס לכך שעניינם של חברי הקבוצה ייוצג ויונהל בדרך הולמת ובתום לב (סעיפים 8(א)(3) ו-4). לדיון נרחב בתנאים השונים ראה אביאל פלינט וחגי וינצקי תובענות ייצוגיות 292-105 (2017).

23. לאחר ששמנו לנגד עינינו את התנאים לאישורה של תובענה כייצוגית נבחן את המחלוקות בין הצדדים לעניין קיומם של תנאים אלה.

חוק הספאם: תכליות החוק, רקע כללי והצגת הוראות הדין הרלוונטיות

24. לביסוס התנאי שעניינו קיומה של אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה יש להידרש תחילה לשאלת קיומה של עילת תביעה.

25. עילת התביעה של המבקש מבוססת על סעיף 30א לחוק התקשורת המכונה גם "חוק הספאם" (Spam). הפסיקה בעניין הוראה זו היא רבה. בקיצור נמרץ אציין כי תכלית ההוראה, כפי שנקבע בפסיקה, היא למגר משלוח של מה שמכונה "דואר זבל" באמצעים אוטומטיים המאפשרים הפצה הודעות רבות בלחיצת כפתור. זאת לנוכח ההשלכות השליליות הרבות של תופעה זו.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 22-04-24814 ביטון נ' מ.ש.ק שירותים תפעוליים בע"מ ואח'

26. מבלי להתיימר למצות את מגוון ההשלכות השליליות, דואר הזבל עשוי להכיל תכנים פוגעניים; הוא עשוי לשמש להפצת תוכנות זדוניות שעשויות להסב נזקים; הוא עשוי להטריד נמענים ולכפות עליהם את הצורך במיון וסינון בין הודעות רצויות להודעות בלתי רצויות ובכך להביא לבזבוז זמן ומשאבים (ראה, מיני רבים, רע"א 1954/14 חזני נ' הנגבי (4.8.2014); ע"א 534/17 לפיד נ' סלקום (6.3.2019)). כפי שנפסק בעניין לפיד, הודעות ספאם אינן עשויות עור אחד וקיימות דרגות חומרה שונות.

27. הוראות החוק אוסרות, ככלל, על משלוח דבר פרסומת (כהגדרתו בחוק), בהיעדר הסכמה מפורשת בכתב. זאת למעט בהתקיים חריג הקבוע בחוק המאפשר לעוסק לשלוח דברי פרסומת ללקוחותיו שמסרו לו את פרטיהם במהלך רכישת מוצר או שירות או במהלך משא ומתן לכך, וזאת גם ללא הסכמה מפורשת בכתב, בתנאים שנקבעו בחוק.

28. נוסף לתנאים הקבועים בחוק התקשורת המאפשרים משלוח הודעות כאמור, הוראות החוק קובעות גם כללים בדבר פרטים ומידע שיש לכלול בהודעות שנשלחות בהתאם להוראות החוק, ובכלל זה: היותו של דבר הפרסומת "פרסומת" תוך שימוש במילה "פרסומת"; שמו של המפרסם, כתובתו ודרכי יצירת הקשר עמו; וכן זכותו של הנמען לשלוח הודעת סירוב. החוק קובע גם כי יש לאפשר משלוח הודעת סירוב בדרך שהיא פשוטה וסבירה בנסיבות העניין. כללים אלה נועדו, בין היתר, לאפשר למקבל ההודעה לסווג בפשטות את ההודעה כהודעה המכילה מסר פרסומי וכן לאפשר למקבל ההודעה לדרוש הסרה מרשימת התפוצה של השולח בפשטות וללא מאמץ.

29. בהתאם לסעיף 31א(ט) הפרה של הוראות החוק היא עוולה אזרחית שהוחלה בעניינה פקודת הנזיקין [נוסח חדש]. החוק גם מסמיך את בית המשפט לפסוק פיצויים לדוגמה שאינם תלויים בהוכחת נזק בגין הפרתו ואף כולל הוראות עונשיות.

30. ההסדר הקבוע בסעיף 30א לחוק התקשורת הוא ארוך ומרובה סעיפים, פרטים והגדרות. על מנת שלא להאריך ולהכביד אביא, לנוחות הקורא, את עיקרי ההוראות הרלוונטיות למחלוקת שהתעוררו בין הצדדים בתיק שלפניי:



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 24814-04-22 ביטון נ' מ.ש.ק שירותים תפעוליים בע"מ ואח'

שיגור דבר פרסומת
באמצעות מיתקן
בזק או ציוד קצה

(ב) לא ישגר מפרסם דבר פרסומת באמצעות פקסימיליה, מערכת חיוג אוטומטי, הודעה אלקטרונית או הודעת מסר קצר, בלא קבלת הסכמה מפורשת מראש של הנמען, בכתב, לרבות בהודעה אלקטרונית או בשיחה מוקלטת; חיוג לנמען באמצעות מערכת חיוג אוטומטי בלא הסכמת הנמען כאמור ייחשב הפרה של הוראות סעיף זה, גם אם החיוג הופסק בטרם נענתה השיחה ובחיוג של הנמען למספר שממנו בוצע החיוג מושמע לו דבר פרסומת; פנייה חד-פעמית מטעם מפרסם לנמען שהוא בית עסק או לנמען לשם קבלת תרומה או תעמולה, באחת הדרכים האמורות בסעיף קטן זה, המהווה הצעה להסכים לקבל דברי פרסומת מטעמו, לא תיחשב הפרה של הוראות סעיף זה.

[...]

(ד) (1) הסכים הנמען לקבל דברי פרסומת לפי הוראות סעיף קטן (ב) או לא הודיע על סירובו לקבלם לפי הוראות סעיף קטן (ג), רשאי הוא, בכל עת, להודיע למפרסם על סירובו לקבל דברי פרסומת, דרך כלל או מסוג מסוים, ולחזור בו מהסכמתו, ככל שניתנה (בסעיף זה – הודעת סירוב); הודעת הסירוב לא תהיה כרוכה בתשלום, למעט עלות משלוח ההודעה; הודעת הסירוב תינתן בכתב או בדרך שבה שוגר דבר הפרסומת, לפי בחירת הנמען;
... (2)

[...]

(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;

31. הוראות החוק גם מטילות אחריות אישית בגין הפרתו על אורגנים מסוימים בתאגיד. כך קובע ס"ק (ח):



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 24814-04-22 ביטון נ' מ.ש.ק שירותים תפעוליים בע"מ ואח'

(ח) מנהל של תאגיד וכן מי שאחראי לתחומי השיעור 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.

32. לאחר רקע כללי זה והצגת הוראות החוק הרלוונטית אפנה לדיון במחלוקות שהתגלעו בין הצדדים.

טענת הטעות נקודתית לא הוכחה ודחיית הטענה שלא הורם הנטל להוכחת קבוצה

33. המשיבים טענו כי משלוח המסרון למבקש ללא הסכמתו נבע מטעות נקודתית וכי ברגיל נשלחו הודעות רק לאחר קבלת הסכמה של הנמענים. לא ניתן לקבל טענה זו בשלב זה.

34. המשיבה לא עמדה בנטל המוטל עליה להראות שעניינו של המבקש בא בגדר טעות נקודתית. היש והאין הראייתיים בתיק, בנסיבות העניין, אף מוליכים למסקנה לכאורית במידת ההוכחה הנדרשת בשלב זה של ההליך שקיימת קבוצה משמעותית של נמענים שהמשיבה שלחה אליהם דברי פרסומת, מבלי שהתקבלה הסכמתם לכך, כנדרש לפי חוק התקשורת. אלו הנימוקים למסקנותיי:

המבקש הניח תשתית ראייתית מספקת המצביעה לכאורה על התנהלות שיטתית מפרה

35. תחילה אצביע על כך שאין מחלוקת שהמשיבה שלחה מסרונים לנמענים רבים. כך עולה גם מנוסח ההודעה. המחלוקת העיקרית היא בשאלת קיומה של מדיניות של המשיבה לשלוח מסרונים ללא קבלת הסכמה מפורשת קודם לכן, כאשר טענת המשיבה היא שמדיניותה הייתה משלוח מסרונים רק לנמענים שנתנו הסכמה לכך.

הראיות התומכות בעמדת המבקש

36. הראיות שהמבקש הציג הם מסרון שנשלח אליו ביום 4.9.2021 שתוכנו הוצג לעיל. אין מחלוקת שהמשיבה שלחה למבקש מסרון זה וטענתה היא כאמור טענת "טעות נקודתית".

37. לתגובה לתשובה צורפו תצהיריהם של שלושה עדים נוספים שנשלחו אליהם מסרונים דומים לזה שנשלח למבקש אשר מבססים מסקנה לכאורית שהמשיבה שלחה מסרונים לנמענים ללא קבלת הסכמה באופן שיטתי, כפי שיפורט להלן.





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 24814-04-22 ביטון נ' מ.ש.ק שירותים תפעוליים בע"מ ואח'

38. ביום 7.10.2021 נשלח מסרון למר דוד אריאל (נספח 1 לתגובה לתשובה). שם השולח היה זהה לשם השולח במסרון שנשלח למבקש (FINANCE). גם המלל שבמסרון היה זהה לזה שקיבל המבקש. מה שהיה שונה הן הכותרות בגוף המסרון והקישורים. זה היה נוסח המסרון:

כפי שדווח בתקשורת ל 97% מהאזרחים קיימים בקופות השונות כספים למשיכה מיידית היישר לחשבון הבנק.

yadandyad.co.il

לבדיקה חנימית ומהירה:
<http://2sms.bz/29i99>

כפי שניתן להתרשם, הקישורים שונים מאלו שהופיעו במסרון שנשלח אל מבקש והכותרת במסרון שנשלח למבקש "לבדיקה חנימית ומהירה" מופיעה במסרון שנשלח למר אריאל מתחת לקישור הראשון (ולא מעליו) תוך שהושמטה הכותרת "להסרה".

אין מחלוקת שהמשיבה אחראית גם למסרון זה שהנמען שלו, מר אריאל, לא נתן הסכמה למשלוח שלו, כפי שהודה משיב 2 בחקירה הנגדית (עמ' 39 לפרוטוקול, שו' 17-26) וכעולה גם מההתכתבות שצירף מר אריאל עם משיב 3 (נספח 1 לתצהירו).

39. מן הראיות עולה עוד שביום 2.10.2021 נשלח מסרון לגב' ויולטה לדרמן (נספח 2 לתגובה; מב/1). בשונה מהמסרונים שנשלחו למבקש ולמר אריאל שם השולח שהופיעה במסרון זה הוא (AVUDIM). זה היה תוכנו:

כפי שדווח בתקשורת ל 97% מהאזרחים קיימים בקופות השונות כספים למשיכה מיידית היישר לחשבון הבנק.

לבדיקה חנימית ומהירה:
<https://forms/gleqSMzNDVt8kdn992KPA>

להסרה:
<http://2sms.bz/29i99>

40. כפי שניתן להתרשם, מדובר במסרון זהה בתוכנו לזה שנשלח למבקש למעט שוני בשם השולח ובקישור שהופיע תחת הכותרת "להסרה" (שהיה מוטעה במסרון שנשלח למבקש) אך זהה לקישור שהופיע במסרון שנשלח למר אריאל (<http://2sms.bz/29i99>).



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 24814-04-22 ביטון נ' מ.ש.ק שירותים תפעוליים בע"מ ואח'

אני סבור שמסרון זה, שגב' לדרמן העידה שלא נתנה הסכמה בענייניו, מחזק את ראיות המבקש. כפי שניתן להתרשם העיתוי בו נשלח המסרון סמוך לעיתוי בו נשלח המסרון למר אריאל; נוסחו זהה לנוסח שנשלח למבקש ולמר אריאל והקישורים המופיעים בו זהים לקישורים בשני מסרונים שאין מחלוקת שהמשיבה אחראית להם (זה שנשלח למבקש וזה שנשלח למר אריאל).

הגם שאין ראיה ישירה הקושרת את המסרון למשיבים, הרי שהראיות הנסיבתיות קושרות את המסרון למשיבה 1 במידה מספקת בשלב זה, ובהיעדר ראיה נוגדת (משיב 2 טען בחקירה הנגדית שלא בדק את הקשר של משיבה 1 למסרון זה; עמ' 51 לפרוטוקול, ש' 5-12).

41. יצוין שהמשיבים הלינו על כך שבנוסח המסרון שמופיע בתצהירה של גב' לדרמן לא ניתן להבחין בקישורים ולכן אין לתת משקל לקישורים הללו על מנת לקשור את המסרון למשיבים. איני מקבל טענה זו.

ראשית, בסעיף 7 לתצהיר נכתב במפורש שהמסרון כלל קישורית (שהמצהירה ציינה שלא הייתה מוכנה להקליק עליה מחשש שמדובר ברוגלה או נוזקה) וגם מנוסח המסרון עצמו עולה שאמורים להופיע בו קישורים. שנית, בקובץ הדיגיטלי שהוגש בנט המשפט ניתן להבחין במלל של הקישורים (הגם שיש צורך להגדיל את הכיתוב כדי להבין אותו). בנסיבות אלה איני סבור שיש לאפשר למשיבים להיבנות מהטענה שבתצהיר המודפס לא ניתן להבחין בקישורים מקום שאין מחלוקת שלא נעשתה פניה למבקש או לבא כוחו להבהרת עניין זה טרם הדיון; והמשיבים אף לא עתרו במהלך הדיון או לאחריו להגשת ראיות נוספות בקשר למסרון זה (כאמור משיב 2 העיד לעניין זה בחקירה הנגדית שהוא לא בדק טרם הדיון את המסרונים הנטענים בעניינם של העדים לדרמן ובלטמן; עמ' 51 לפרוטוקול, שו' 5-12).

42. מן הראיות עולה עוד שביום 10.10.2021 נשלח מסרון למר אהרון בלטמן (נספח 3 לתגובה לתשובה). שם השולח היה שונה משם השולח במסרונים האחרים (KESEFAVUD). זה היה נוסח המסרון:

על פי הערכות כ5 מיליארד שקלים מכספי הציבור נמצאים בחשבונות אבודים שאין להם אף דורש (בתי השקעות או חברות הביטוח).

לבדיקה חנימית ומהירה :
yadandyad.co.il

להסרה :
<http://2sms.bz/29i99>





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 24814-04-22 ביטון נ' מ.ש.ק שירותים תפעוליים בע"מ ואח'

43. בהיעדר ראייה נוגדת, אני סבור שגם מסרון זה, שמר בלטמן העיד שלא נתן הסכמה בענייניו, מחזק את ראיות המבקש. הגם שאין ראייה ישירה הקושרת את המסרון למשיבים, הרי שגם לגבי מסרון זה הראיות הנסיבתיות קושרות את המסרון למשיבה 1 במידה מספקת בשלב זה. כך לנוכח העיתוי בו נשלח המסרון; כך לנוכח הדמיון בנושא המסרון (כספים של הציבור שניתן למשוך מגופים מוסדיים) הגם שאין זהות בנוסח; כך לנוכח הקישורים המופיעים בו שהם זהים לקישורים במסרון שנשלח לאריאל שלושה ימים קודם לכן.

44. יצוין, בהקשר זה, שמשיב 2 העיד בחקירה הנגדית שמשיבה 1 עסקה בשירות של סיוע באיתור כספים אצל גופים מוסדיים ושירות של סיוע לקבלת הלוואות מגופים מוסדיים באופן שקושר את הפעילות של המשיבה לתכלית המסרוניים באיתור לקוחות בעניינים אלה. משיב 2 אף עשה מיוזמתו שימוש במינוח "כספים אבודים" (עמ' 43 לפרוטוקול, שו' 10) באופן שיש בו כדי לחזק את קשירת המסרוניים למשיבה, כאשר אזכיר שזהות השולחים בשניים מהמסרוניים הייתה, כאמור, AVUDIM ו-KESEFAVUD.

סיכום ביניים

45. מן המקובץ עולה כי עלה בידי המבקש לבסס תשתית ראייתית לכאורית בדבר 4 מסרוניים ששלחה המשיבה ל-4 נמענים שונים ובמועדים שונים אשר לא נתנו למשיבה הסכמה למשלוח דברי פרסומת, וזאת בניגוד להוראת סעיף 30א(ב) לחוק התקשורת. ראיות אלה, בהיעדר הסבר מניח את הדעת מטעם המשיבים, מבססות אפשרות סבירה לכך שתתקבל בהליך העיקרי הטענה למשלוח שיטתי של מסרוניים ללא קבלת הסכמה כדין של הנמענים.

46. בנוסף, ומעבר לטענת היעדר ההסכמה, התשתית הראייתית שהציג המבקש, כמו גם היעדרה של מחלוקת שהמשיבה שלחה מסרוניים באופן מרוכז (עמ' 50 לפרוטוקול, ש' 33-39; עמ' 51, ש' 1), מבססת טענה להפרה של הוראת סעיף 30א(ה1) במובן זה שהמסרוניים אינם מכילים פרטים מזהים של המפרסם בניגוד לס"ק (ה1); וכן להפרה של ס"ק (ד) ו-(ה2) במובן זה שדבר הפרסומת אינו מאפשר הסרה באמצעות משלוח מסרון או בדרך סבירה אחרת.

לעניין אחרון זה אציין כי צירוף קישור לשם הסרה מקום שבו השולח אינו מזוהה ופרטיו אינם ידועים אינו מהווה, לטעמי, אפשרות סבירה להסרה, כנדרש לפי החוק. חששם של המבקש והעדים להקליק על הקישור לשם הסרה, בנסיבות כאמור, נחזה להיות מוצדק ולכל הפחות סביר. חשד בנסיבות אלה שמדובר בתוכנה זדונית שתגרום נזק למקבל ההודעה הוא לגיטימי. לכן קישור להסרה בנסיבות אלה אינו עומד בדרישות החוק.





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 24814-04-22 ביטון נ' מ.ש.ק שירותים תפעוליים בע"מ ואח'

47. די אפוא בראיות שהביא המבקש כדי להעביר את הנטל אל המשיבים להראות שאין אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה וכי תובענה ייצוגית אינה יעילה והוגנת לביורר המחלוקת. המשיבים כשלו בכך, כפי שאפרט להלן.

המשיבה לא הרימה את הנטל לשכנע בטענת הטעות הנקודתית

48. גרסת המשיבים היא שבעניין המסרונים של המבקש ושל מר אריאל נפלה טעות אנוש נקודתית; וכי בעניין המסרונים שנשלחו לגב' לדרמן ולמר בלטמן לא הונחה תשתית ראייתית הקושרת אותם למשיבה (טענה שנדחתה כאמור לעיל). לא ניתן לקבל גרסה זו על בסיס הראיות שהציגה המשיבה.

הקשיים בטענת הטעות הנקודתית הטמונים בגרסה כפי שנטענה בתצהירו של משיב 2

49. גרסת הטעות הנקודתית בעניינו של המבקש פורטה בתצהיר התשובה של משיב 2 (ראה במיוחד סעיפים 6-8, 12-15, 29-43). לפי התצהיר בבדיקה פנימית עלה שבעקבות טעות אנוש קרתה תקלה נקודתית וחד פעמית כאשר "בעת שליחת ההודעות, נשלחו הודעות עם הודעת הסרה מוטעית, וייתכן כי היו מספר מקרים של אנשים שלא אישרו את קבלת המסרונים מראש..." (סעיף 6 לתצהיר). צוין עוד ש"יתקלה זו טופלה ותוקנה על ידי המשיבה באופן מלא ומיידי" (סעיף 9 לתצהיר). נכתב גם שבמהלך התקופה פנתה המשיבה ללקוחות שונים וקיבלה את אישורם למשלוח הודעות לפי הדין כאשר ההנחיה הייתה לשלוח הודעות "לאחר אישור הלקוחות, בשיחות בע"פ או באישורים אחרים בהתאם לדין" (סעיף 14 לתצהיר). בהמשך התצהיר נאמר כי "עקב טעות בלינק שנשלח אליו אשר הפנה להסרה מרשימת תפוצה אחרת, ובעטיו גם לא הופעה המבקשת באותה ההודעה ונפלו בה פגמים אחרים שלא על דעתי ועל דעת המשיבה" (סעיף 31 לתצהיר). עוד נכתב כי (סעיפים 32-43):

"עם קבלתה של בקשת האישור, ערכה המשיבה בדיקה פנימית, שהעלתה כי בעת פעולה של עובדת המשיבה, שאינה צד להליך, קרתה טעות, אשר כנראה קשורה גם עם המפעילים השונים (גולדמן), ורק בשל אירוע חריג זה, אירעה טעות אנוש אשר גרמה לתקלה נקודתית וחד-פעמית במסגרתה הלינק להסרה לא היה תקין, וגם נשלחו הודעות למספר מצומצם של אנשים שלא אישרו מראש את קבלת המסרונים.

אדגיש כי ניהול רשימת התפוצה ובקשות ההסרה נעשה במהלך הדברים הרגיל באופן ממוחשב וללא התערבות אנושית בסיסית כך שאין כל אפשרות טכנית להמשיך בדיוור לרשומה שהתבקשה הסרתה. עם זאת, הטעות הנקודתית שאירעה במקרה זה, הצריכה באופן חריג מעורבות אנושית ואף זו נעשתה באמצעות פנייה של קובי למר גנס והורדת כל השמות שהתבקשו מרשימת התפוצה.

עד מועד כתיבת שורות אלה, לא לגמרי ברור כיצד הגיע המבקש לרשימת הנמענים של המשיבה, אשר באופן רגיל פועלת רק מתוך רשימה של לקוחות שאישרו את משלוח הדואר בשיחות טלמרקטינג.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 24814-04-22 ביטון נ' מ.ש.ק שירותים תפעוליים בע"מ ואח'

הקובץ שנמסר בעקבות אותה תקלה לא היה העדכני ביותר ונכללו בו רשומות ישנות או רשומות שאינן שייכות למשיבה, מה שגם גרם את האירוע שהלינק לא היה הלינק של המשיבה.

[...]

בדיקה במאגר נתוני הדיוור של המשיבה, הכולל את מלוא המידע על אודות שליחת הודעות הפרסומת בתקופה הרלוונטית, העלתה כי טעות האנוש הנקודתית האמורה הובילה לשליחת דיוור פרסומי של המשיבה למספר מצומצם של נמענים שביקשו בעבר להסיר עצמם מרשימת התפוצה, וכאמור, המבקש שאינו נכלל בקבוצה הזו.

לגבי אנשים אליהם נשלחה הודעה ללא קבלת הסכמה מראש, הרי שמדובר על קבוצה כמעט ריקה, שהמבקש לכאורה נמנה עליה, והמדובר בתקלה חד פעמית שתוקנה, ושנבעה מטעות של גורמים אחרים (גולדמן) בשילוב עם טעות אנוש של עובדת המשיבה.

עוד העלתה הבדיקה, ביחס למספר הטלפון של המבקש כדלקמן:

ביחס למספר הטלפון של המבקש – לטענת המבקש (סעיף 18 לתצהירו), הוא ביקש להסיר עצמו מרשימת התפוצה, ואכן מאותה הודעה ועד היום, לא קיבל המבקש דיוור פרסומי מהמשיבה או ממי מהמשיבים (וכאמור, גם עד לאותו מועד).

[...]

כפי שהוסבר בהרחבה לעיל, מדובר בענייננו בטעות אנוש אשר גרמה לתקלה חד-פעמית ונקודתית שגרמה למשלוח של הודעות דוא"ל ספורות למספר מצומצם של אנשים, כשבתקלה מעורב גורם זה, ונבעה מטעות אנוש. תקלה אשר תוקנה במלואה ומיד לאחר שהתקלתה ועוד טרם פנה מבקש.

50. כפי שניתן להתרשם גרסת הטעות הנקודתית שנטענה בתצהיר התשובה מעוררת קשיים מהותיים. זוהי גרסה רזה, כללית, עמומה וחזרתית. היא נטולת פרטים ואף ניתן לומר שהיא כמעט ריקה מתוכן. הפגמים והקשיים העולים מתוך הגרסה – עצמה – הם רבים:

- כך, לא הוסבר מהי אותה טעות אנוש שבעטיה צורף המבקש לרשימת התפוצה מבלי שניתנה הסכמתו; מה גרם לה; וכיצד הגיע מספר הטלפון של המבקש לרשימת התפוצה.
- כך, לא ברור מה הקשר בין טעות האנוש הנטענת של עובדת המשיבה לבין טעות נטענת של גורם זר (ובכלל זה מהי הטעות של אותו גורם זה ומה הקשר שלו).
- כך, לא ברור כיצד הטענה שרשימת התפוצה מנוהלת באופן ממוחשב עולה בקנה אחד עם הטענה שהרשימה מורכבת מלקוחות שאישרו את משלוח הדואר בשיחות טלמרקטינג.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 24814-04-22 ביטון נ' מ.ש.ק שירותים תפעוליים בע"מ ואח'

- כך, לא ברור מהו אותו קובץ לא עדכני שנכללו בו רשומות ישנות או שאינן שייכות למשיבה; כיצד הוא הגיע למשיבה? מדוע נעשה בו שימוש? והקובץ גם אף לא צורף.
- כך, המשיבה לא צירפה דוגמה של דף הנחיתה או ההסרה שאליו מגיע נמען שמקליק על הקישורים שמופיעים במסרונים.
- כך, נטען כי נשלחו הודעות למספר מצומצם של אנשים ללא אישור מראש אך לא צוינו פרטים כלשהם מעבר לכך (מתי נשלחו הודעות אלה? בכמה אנשים מדובר? ומיהם).

התעצמות הקשיים בטענת הטעות הנקודתית לנוכח התשובות שניתנו בחקירה הנגדית

51. החקירה הנגדית של משיב 2 לא תרמה למהימנות הגרסה בתשובה, לשון המעטה.

52. בתצהיר התשובה נטען כי "עם קבלתה של בקשת האישור, ערכה המשיבה בדיקה פנימית, שהעלתה כי בעת פעולה של עובדת המשיבה, שאינה צד להליך זה, קרתה טעות, אשר כנראה קשורה גם עם המפעילים השונים (גולדמן), ורק בשל אירוע חריג זה, אירעה טעות אנוש אשר גרמה לתקלה נקודתית וחד-פעמית במסגרתה הלינק להסרה לא היה תקין, וגם נשלחו הודעות למספר מצומצם של אנשים שלא אישרו מראש את קבלת המסרונים" (סעיף 32).

מעבר לקשיים שצוינו לעיל בקשר להצהרה זו, היא מעוררת שורה של תמיהות נוספות לאחר החקירה הנגדית של המצהיר:

ראשית, בחקירה הנגדית משיב 2 לא ידע להסביר כיצד הטעות הייתה קשורה לגולדמן או למפעילים נוספים (עמ' 51 ש' 25-39; עמ' 52 ש' 1).

שנית, בחקירה הנגדית הועלתה בעניינו של אריאל טענה שלפיה הטעות בעניינו הייתה בהקלדה בקובץ אקסל (עמ' 39, ש' 17-26) אלא שלגבי עניינו של המבקש נטען שכאשר הוא פנה כלל לא ניתן היה לברר את הנושא מכיוון שהמידע לא נשמר (עמ' 42, ש' 27-37). זאת, בניגוד לנטען בתצהיר שממנו עולה שנעשה בירור בעניינו של המבקש.

53. כאמור, בתצהיר נכתב שנשלחו הודעות למספר מצומצם של אנשים שלא אישרו מראש את קבלת המסרונים (למשל סעיף 32) וכי מידע זה מבוסס על "בדיקה במאגר נתוני הדיוור של המשיבה" (סעיף 38 לתשובה). עוד נכתב כי "לגבי אנשים אליהם נשלחה הודעה ללא קבלת הסכמה מראש, הרי שמדובר על קבוצה כמעט ריקה, שהמבקש לכאורה נמנה עליה..." (סעיף 39 לתצהיר).



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 24814-04-22 ביטון נ' מ.ש.ק שירותים תפעוליים בע"מ ואח'

התצהיר העמום וחסר הפרטים כשלעצמו מעורר קושי. קושי נוסף הוא בכך שבמקום אחר בתצהיר נאמר ש"ייתכן כי היו מספר מקרים של אנשים שלא אישרו את קבלת המסרונים מראש" (סעיף 6 לתצהיר).

הקשיים התעצמו בחקירה הנגדית. בחקירה הנגדית כאשר משיב 2 נשאל כיצד ידע על קיומם של נמענים נוספים שלא נתנו הסכמה בעת שנתן את התצהיר השיב שהמבקש הגיע עם אנשים נוספים (עמ' 52 לפרוטוקול, ש' 2-8) באופן הסותר חזיתית את התצהיר שממנו עלה כאמור שנערכה בדיקה במאגר נתוני הדיור. בהמשך, משיב 2 הסתבך עוד יותר בחקירה, וכאשר נשאל כיצד ידע בעת שכתב את התצהיר שיש נמענים נוספים שלא הסכימו למרות שהמבקש לא הצביע על כאלו קודם לכן, השיב שהתצהיר מבוסס על "השערה" (עמ' 52, ש' 17).

לנוכח תשובותיו הסותרות של משיב 2, המסקנה המסתברת, בשלב זה, היא שהסיבה לכך שבתצהיר צוינו באופן עמום – וללא כל פרטים – קיומם של אנשים נוספים שנשלחו אליהם הודעות ללא הסכמה היא ניסיון לתת מענה מראש לראיות הזמה שיצורפו בתגובה כדי שלא תיסתר טענת הטעות הנקודתית (ובהינתן שהמבקש התריע בחלופי הדברים עם המשיבים לפני הגשת הבקשה לאישור על קיומם של נמענים נוספים מבלי לפרטם, כפי שצוין גם בסעיפים 44-45 לתשובת המשיבים).

54. בתצהיר התשובה נטען שעקב טעות בקישור ההסרה בעניינו של המבקש נפלו בהודעה גם פגמים אחרים (סעיף 31); טענה אשר כשלעצמה אינה ברורה. אלא שכעולה מהעדויות והמסרונים שצורפו לתגובה לתשובה הפגמים הנוספים בהודעות (ובכלל זה אי ציון שמה של המשיבה והיעדרם של פרטי קשר) קיימים גם במסרונים שצורפו לתגובה לתשובה (שבעניינם קישור ההסרה שונה). מכאן עולה לכאורה שאין קשר בין הטעות בקישור ההסרה בעניינו של המבקש לבין הפגמים הנוספים שנפלו במסרון.

קשיים נוספים בגרסת המשיבים שלא ניתן להם מענה מניח את הדעת

55. מעל כל אלה מאפילות על גרסת המשיבים שאלות מהותיות שלא ניתן להן מענה בראיות, כל שכן מענה מניח את הדעת. האחת, מדוע נשלחו מסרונים אנונימיים ללא פרטי המשיבה?; והשנייה, מה ההיגיון בקבלת ההסכמה הנטענת למשלוח מסרונים בשיחות טלמרקטינג? היעדר מענה לשאלות אלה מחזק את ראיות המבקש למשלוח שיטתי של דברי פרסומת ללא קבלת הסכמה כדין.

56. נוסח המסרונים כשלעצמו – ובמיוחד המידע שחסר בנוסח – מחזק, לטעמי, את מסקנת ההפרה השיטתית. כפי שניתן להתרשם מדברי הפרסומת ששלחה המשיבה, כאמור לעיל, מדובר



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 24814-04-22 ביטון נ' מ.ש.ק שירותים תפעוליים בע"מ ואח'

במסרונים "אנונימיים". אין בהם זיהוי של מספר הטלפון וגם אין בהם פרט זיהוי אחר כלשהו של משיבה 1. משיבה 1 גם לא צירפה העתק של דפי הנחיתה בהקלקה על הקישורים (שהמבקש ועדיו העידו שלא הקליקו עליהם מחשש שמדובר בתוכנה זדונית) כך שהמסקנה, בהיעדר ראיה אחרת, היא שגם דפי הנחיתה לא הכילו פרטים של המשיבה.

בהיעדר הסבר מניח את הדעת – והסבר "הקטנת הראש" של העובדים בחקירה הנגדית אינו מניח את הדעת – ההנחה הסבירה וההגיונית היא שמי שפונה לציבור על מנת להציע לו שירות מעוניין להזדהות ולציין את פרטיו ובכך ליצור חשיפה (השווה, ת"ק 16448-03-19 דהרי נ' נושר פיננסיים 29.8.2019).

מכאן שהמסקנה המסתברת, בשלב זה, היא שהיעדרם של פרטים מזהים של משיבה 1 במסרונים מצביע לכאורה על כוונה לטשטש עקבות במטרה להימנע מתביעות ספאם. והדברים מקבלים משנה תוקף לנוכח גרסת המשיבים שידעו על כך שנדרשת קבלת הסכמה בהתאם לחוק התקשרות, כאשר ההסברים הספקולטיביים שניתנו בחקירה הנגדית אינם מניחים את הדעת כאמור.

אציין, בהקשר זה, כי ככל שניתן להבין מתצהיר התשובה, ההתייחסות היחידה של המשיבים לעניין זה – בשפה רפה – הייתה שמדובר בטעות אנוש שנבעה מצירוף קישור הסרה שגוי (סעיף 31 לתצהיר). טענה זו אינה משכנעת, לשון המעטה. ראשית, לא ניתן הסבר כלשהו לקשר בין הקישור השגוי לבין היעדר פרטים כלשהם של משיבה 1 – גם בהגדרת זהות השולח וגם בגוף המסרון. שנית, השמטת הפרטים לא הייתה רק בעניינו של המבקש אלא גם במסרונים האחרים שנשלחו וגם במסרונים שבהם קישור ההסרה היה שונה.

57. גם גרסת המשיבים בדבר קבלת הסכמות למשלוח דברי פרסומת בשיחות טלמרקטינג מעוררת תמיהה שנתרה ללא מענה אשר מחזקת את ראיות המבקש לכך שנשלחו דברי פרסומת ללא קבלת הסכמה באופן שיטתי.

גרסת המשיבים היא שנעשו שיחות טלמרקטינג שבמהלכן עובדות המשיבה ביקשו להשיג הסכמה למשלוח דברי פרסומת (סעיף 34 לתצהיר; עמ' 41 לפרוטוקול, ש' 26-35). עצם טענת המשיבים שההסכמה מתקבלת באופן טלפוני בשיחות טלמרקטינג מעוררת תמיהה שלא ניתן לה מענה. לפי עדותו של משיב 2 בחקירה הנגדית, מי שהיה מעוניין בקבלת שירות מהמשיבה אמור היה להשאיר את פרטיו בדף הנחיתה (עמ' 52, ש' 20-23). אלא שאם נעשות שיחות טלמרקטינג לקבלת הסכמה למשלוח דברי פרסומת לכל אחד מהנמענים, כפי שהעיד משיב 2, מה הטעם במשלוח מסרון אנונימי לקבלת פרטים לאחר אותה שיחה? מדוע שלא לנצל את אותה שיחת טלמרקטינג עם





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 24814-04-22 ביטון נ' מ.ש.ק שירותים תפעוליים בע"מ ואח'

הנמען כדי להציע לו את השירות שמציעה המשיבה? כאמור לא ניתן מענה לכך. התהיות מקבלות משנה תוקף מקום שלא הוגש תצהיר של אף אחד מעובדי הטלמרקטינג הנטענים ואף לא ניתן פרטים כלשהם לגבי זהותם ללא הסבר, כאשר היחיד שהובא לעדות בשלב זה, משיב 2, הוא בעל עניין מהותי בתוצאות ההליך ולפי עדותו שלו הוא לא הגורם העיקרי שעסק אצל משיבה 1 בטיפול במשלוח דברי הפרסומת כעולה מתשובותיו בחקירה הנגדית, ומכך שמי שטיפל בעניין מול המבקש טרם הגשת הבקשה לאישור היה משיב 3 שלא הגיש תצהיר (עמ' 39 לפרוטוקול, ש' 19; עמ' 49, ש' 34-39; עמ' 50 ש' 9-19, 37-38).

לא עלה בידי המשיבים לבסס בראיות מדיניות של קבלת הסכמה למשלוח דברי פרסומת

58. המשיבים כשלו גם בפירוט והוכחת מדיניות של קבלת הסכמה למשלוח דברי פרסומת כדין. מעבר לכך שלא צורפו נוהל או מסמכים כלשהם מזמן אמת (כגון תסריטי שיחה או תיעוד לדוגמה בדבר קבלת הסכמה מנמענים שנשלחו אליהם הודעות) שיש בהם כדי לשפוך אור על התנהלות משיבה 1 בשיחות הטלמרקטינג הנטענות, לא פורט: מי הם הנמענים שפונים אליהם לקבלת הסכמות ומהו המקור של פרטי ההתקשרות לנמענים אלה? איזה תיעוד נעשה להסכמה (האם שיחות הטלמרקטינג הנטענות מוקלטות?)? באיזה אופן מגובשת רשימת התפוצה וכיצד היא מועברת לגורם שמפיץ את ההודעות.

ודוק: לנוכח הטענה בתצהיר שההסכמות התקבלו בשיחות טלמרקטינג, לא מן הנמנע שעצם היעדרה של הצהרה פוזיטיבית בתצהיר שהשיחות הוקלטו ונשמרו, עשויה להספיק על מנת לבוא למסקנה שלא התקבלה הסכמת הנמענים כנדרש. סעיף 30א(ב) לחוק התקשורת מחייב כאמור הסכמה מפורשת ומתועדת בכתב (לרבות בהקלטה) והמשיבה לא הציגה ראיה שהשיחות הנטענות הוקלטו.

סיכום ביניים: קיימת אפשרות סבירה שהתובענה נגד המשיבה תוכרע לטובת הקבוצה

59. המשיבים טענו, כאמור, שלא הוכחה מדיניות מפרה וכי טענה זו מצדיקה דחיה של הבקשה לאישור. דין הטענה להידחות.

60. כאמור לעיל, קיימת תשתית ראייתית מספקת המבססת מסקנה שהמשיבה שלחה למבקש ועדיו דברי פרסומת בניגוד להוראות סעיף 30א לחוק התקשורת. הפרה אחת של הוראות החוק היא בכך שדבר הפרסומת נשלח מבלי שהתקבלה הסכמה. הפרה נוספת היא בכך שלא צוינו בדבר הפרסומת פרטי המשיבה כנדרש ואף לא ניתנה אפשרות סבירה להסרה מרשימת התפוצה.

61. הראיות שהביא המבקש, לכל הפחות, העבירו למשיבים את נטל הראיה לבסס טענה שהמשיבה לא שלחה דברי פרסומת שלא כדין באופן שיטתי. בכך המשיבים כשלו בשלב זה. לא עלה



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 24814-04-22 ביטון נ' מ.ש.ק שירותים תפעוליים בע"מ ואח'

בידי המשיבים לשכנע, בשלב זה, שמדובר היה בטעות נקודתית או בצבר טעויות נקודתיות. הקשיים הרבים שמעוררת גרסת הטעות הנקודתית; היעדרן של ראיות המבססות התנהלות תקינה; והיעדר ראיות המסבירות באופן מניח את הדעת את תהיית האנונימיות וגרסת הטלמרקטינג – מובילים כולם למסקנה זו. את טענת השמדת החומרים של משיבה 1 בשל הפסקת הפעילות לא ניתן לקבל בשלב זה על בסיס עדותו היחידה בעל-פה של משיב 2, ובשים לב למצבור הראיות כאמור.

62. חיזוק למסקנה זו נובע מבחירתם של משיבים 3 ו-5 – שהתביעה מופנית כלפיהם באופן אישי – שלא להגיש תצהיר ושלא להיחשף לחקירה נגדית ללא הסבר מניח את הדעת. אזכיר, בהקשר זה, שמשיב 3 הוא זה שהיה בקשר בנושא עם המבקש וגם עם מר אריאל. בהיעדר הסבר מניח את הדעת, המסקנה היא שעדותם של משיבים 3 ו-5 הייתה פועלת לחובת המשיבים.

63. בהתאם, המסקנה היא כי הוכח קיומה של קבוצה במידה הנדרשת; כי קיימות שאלות מהותיות משותפות של עובדה ומשפט וכי בירור התובענה במתכונת ייצוגית הוא יעיל והוגן. חיזוק למסקנה שמדובר בהליך שראוי לנהל כייצוגי הוא טיב ההודעות והקושי להתחקות אחר משיבה 1 כמי ששלחה את ההודעות, כמתואר לעיל, באופן המקשה על הגשת תביעות אישיות.

אישור התובענה כייצוגית בעניינם של משיבים 2-5

64. ממסמכי הרישום אצל רשם החברות עולה שבתקופה שבה נשלחו המסרונים משיבים 2 ו-4 היו בעלי מניות במשיבה 1 (והחזיקו בה בחלקים שווים) וכי משיבים 2, 3 ו-4 היו רשומים כדירקטורים במשיבה 1, כאשר כנציג משיבה 4 בדירקטוריון נרשם משיב 5. בעלי המניות במשיבה 4 (בחלקים שווים) הם משיבים 3 ו-5 שהיו גם דירקטורים יחידים בחברה זו.

65. כלומר, מהרישום, ובהיעדר ראיה נוגדת, עולה לכאורה שמשיב 2 וכן משיבים 3 ו-5 (באמצעות משיבה 4) היו בעלי השליטה היחידים במשיבה 1 במועדים שבהם נשלחו דברי הפרסומת ואף כיהנו בה כדירקטורים היחידים באותו פרק זמן. משיב 3, לפי הראיות, הוא זה שהיה רשום כבעלים של החשבון שממנו נשלחו דברי הפרסומת והוא ניהל מגעים עם המבקש ועם מר אריאל. משיבים 3 ו-5 לא הגישו תצהירים. ובאי-מייל שמשיב 3 שלח למבקש עובר להגשת התביעה (עמ' 81 לנספחי הבקשה לאישור) הוא כתב "חשוב לי לציין ולהוסיף שדיברתי על עצמי שאני לא סוכן ביטוח, דיברתי בשמי בלבד ולא בשם שותפיי" באופן שעשוי להצביע לכאורה שמדובר במעין שותפות.

66. די בתשתית הראייתית הקיימת כדי לבוא למסקנה שקיימת אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת חברי הקבוצה גם בעניינם של משיבים 2-5 תוך ייחוס אחריות אישית למשיבים לפי דיני הנזיקין או על פי הדוקטרינה של הרמת מסך. יפה לעניין זה פסיקת בית המשפט העליון ברע"א



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 22-04-24814 ביטון נ' מ.ש.ק שירותים תפעוליים בע"מ ואח'

MEGA ADVANCED MATHEMATICAL SYSTEM LTD 1621/16 נ' זילברג (14.6.2016) בפסקה

: (10)

במקרה דנן עניין לנו בנושאי משרה שהם בעלי המניות והדירקטורים היחידים בחברות שבשליטתם. די בכך כדי לבסס אפשרות סבירה שייקבע כי הם נושאים באחריות אישית לעוולות המיוחסות לאותן חברות כמי שמעורבים בפועל בביצוען. טענתו הסתמית של לוי לפיה לא היה מעורב בניהולה של ניו ספורט אין בה כדי לשנות ממסקנה זו (השוו: עניין זילברג, בפסקה 2).

67. אוסיף כי בנסיבות העניין, כפי שפורטו לעיל, קיימות אינדיקציות לכך שנעשה ניסיון לעשות שימוש לרעה באישיות המשפטית של משיבה 1 במטרה לחמוק מאחריות בגין משלוח דברי הפרסומת. כך, לנוכח טיבם של המסרונים שנשלחו ללא פרטים מזהים. כך גם לנוכח התחמקותו של משיב 3 בשיחה עם המבקש (תמלול הוגש לתיק ביום 27.7.2023) מלהסביר מהי הפעילות של משיבה 1; כך לנוכח הגרסה שניתנה לראשונה בחקירה הנגדית של משיב 2 בנוגע לפעילות של משיבה 1 והיעדר הסבר בתצהיר לפעילות של משיבה 4 (שמשיבים 3 ו-5 ששולטים בה נמנעו ממתן תצהיר).

68. לנוכח מסקנתי שקיימת אפשרות סבירה שמשיבים 2-5 יחויבו באחריות אישית לפי הדין הכללי, אין הכרח להידרש לשאלה אם, כטענת המבקש, סעיף 30א(ח) לחוק התקשורת והחזקה הקבועה בו חלים גם בתביעה בגין עוולה אזרחית או רק במישור העונשי. כפי שניתן להתרשם מעיון בפסיקת בתי המשפט, קיימות גישות שונות.

לגישה שלפיה הוראה זו אינה חלה במישור האזרחי ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 1586/09 חיות נ' טלרן מסרים מיידיים בע"מ (5.4.2011); ת"ק (קר') 23724-11-14 חונדיא נ' אור הקסם בע"מ (15.6.2015); תא"מ (שלום י-ם) בוקובזה נ' למטייל ברשת.קום (2000) בע"מ (20.11.2018). לגישה שלפיה ההוראה חלה במישור האזרחי ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 1437/09 פלד נ' אול יו ניד בע"מ (11.6.2012); ת"א (מחוזי חי') זילברג נ' MEGA ADVANCED MATHEMATICAL SYSTEM LTD (19.1.2023); תאד"מ 29279-04-21 שניאור נ' גאולה בעיניים (ע"ר) (27.4.2024).

דיון בטענות נוספות של המשיבים

69. לא מצאתי ממש בטענת המשיבים שתצהירו של המבקש חסר. המבקש לא נדרש להסביר בתצהירו מיהם חברי הקבוצה ומהו פירוט הנזק שנגרם להם. לעניין זה די בהגדרה שבבקשה לאישור ובהערכה לעניין הנזק הנטען שהוא נזק לא ממוני. המבקש גם לא נדרש להתייחס בתצהירו לכשירותו של בא כוחו או לפרט את עילות התביעה, כטענת המשיבים, ודי לעניין זה בנטען בבקשה לאישור.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 24814-04-22 ביטון נ' מ.ש.ק שירותים תפעוליים בע"מ ואח'

70. אשר לטענה כי לא הוכח נזק בעניינו של המבקש ושל יתר חברי הקבוצה הנטענת, הרי שגם דינה של טענה זו להידחות. תצהירו של המבקש ועדותו בדבר המסרון שנשלח אליו ללא הסכמתו מבססים אפשרות סבירה שנגרם לו וליתר חברי הקבוצה נזק לא ממוני (עניין **מגה**, בפסקה 10). איני מקבל את הטענה שלמבקש, כמי שמגיש הליכים ייצוגיים רבים בעניין דברי פרסומת, לא נגרם נזק לא ממוני כלשהו. מכל מקום, בשלב מקדמי זה אין צורך להידרש להיקף הפיצוי בגין הנזק הלא ממוני, כנטען, ודי בכך שהוכח כי אירע נזק לכאורה.

71. גם את טענת המשיבים לעניין היעדר הומוגניות של חברי הקבוצה אין מקום לקבל. היקף הנזק והמנגנונים לבירורו בתביעות ספאס הם, על-פי הפסיקה, עניין לבירור בהליך העיקרי.

72. לא מצאתי גם לקבל את הטענה שאין מקום לאשר את התובענה כייצוגית מכיוון שהמבקש אינו מייצג את עניינם של חברי הקבוצה בדרך הולמת ובתום לב, כדרישת סעיפים 8(א)(3) ו-8(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות. בכך שהמבקש מעורב בהליכים ייצוגיים רבים אין כדי לפסול אותו מלשמש תובע ייצוגי. אציין גם כי התרשמתי מעדותו של המבקש שהוא בעל ניסיון והבנה בתחום הספאס.

דברים שנאמרו בעניינו של המבקש בהליכים אחרים אשר המשיבים הצביעו עליהם אין בהם כדי להוביל למסקנה כי יש לפסול את המבקש מלשמש כתובע ייצוגי. ברע"א 6226/20 ד"ר דוד **ביטון נ' ארקיע קווי תעופה ישראליים בע"מ** (11.3.2021) אמנם בית המשפט העליון מתח ביקורת על התנהלותו של המבקש אך מדובר בהחלטה שניתנה לפני למעלה משלוש שנים שעניינה בתחרות בין שתי בקשות אישור. הגם שנקבע שם שמדובר היה בהתנהלות "מוקשית" של המבקש, הרי שלא מדובר, לטעמי, בקביעות שעוצמן מצדיקות להטיל דופי בתום ליבו של המבקש באופן המוביל למסקנה שאין לאפשר לו לייצג את הקבוצה בתיק זה. הוא הדין לעניין קביעתו של בית המשפט בעניינו של המבקש בת"צ (שלום ת"א) 20776-04-20 **ביטון נ' תלתן 88 החזקות ופרויקטים בע"מ** (11.5.2021).

73. לעניין הטענה כי לא נגרם ראש נזק של פגיעה בפרטיות יש ממש בטענת המשיבים. פגיעה בפרטיות אינה ראש נזק אלא עילת תביעה אחרת שלא נטענה ולא בוססה משפטית או ראייתית בנסיבות תיק זה. לכן, אין מקום לאשר את התובענה כייצוגית בטענה של פגיעה הפרטיות (ובעניין זה נדרש תיקון של התביעה). ממילא גם המבקש זנח טענה זו בסיכומיו (וראו ההחלטה מיום 18.7.2023).

74. אציין לבסוף שלא נעלמו מעיניי טענות נוספות שהועלו בסיכומי המשיבים; טענות שלא מצאתי כי יש בהן כדי להוביל לדחיית הבקשה לאישור. כך לעניין הטענה שמשיבה 1 אינה פעילה ואין תועלת בהליך נגדה; כך לעניין הקשר של המבקש לעדים האחרים, או טענות אחרות בדבר





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 24814-04-22 ביטון נ' מ.ש.ק שירותים תפעוליים בע"מ ואח'

הרקע של המבקשים ומהימנותם; טענות שלא מצאתי שיש בהן ממש, וודאי שאין בהן כדי לגרוע מן הראיות החפציות שהוצגו – מסרוני הפרסומת שהוצגו והוגשו לתיק שהם הראיות המהותיות לצרכי הליך זה ובהיעדר טענה, כל שכן הוכחה, שמדובר במסמכים שזויפו.

סיכום והוראות אופרטיביות

75. מן המקובץ עולה כי קיימות שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לחברי הקבוצה, וכן כי קיימת אפשרות סבירה שהתובענה הייצוגית תוכרע לטובת חברי הקבוצה, כדרישת סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.

76. בנוסף, לנוכח הנימוקים שפורטו לעיל, קיימת תשתית מספקת על מנת לבוא למסקנה בשלב זה של ההליך שתובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת, כדרישת סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות.

77. מן הטעמים שפורטו לעיל, ועל בסיס הנתען בבקשה לאישור, אני סבור שמתקיימים גם התנאים הקבועים בסעיפים 8(א)(3) ו-8(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות בדבר תום ליבו של המבקש והלימות הייצוג של בא כוחו.

78. לפיכך, אני מאשר את התובענה כיייצוגית נגד המשיבים כולם, בהתאם למפורט להלן:

הקבוצה שבשמה מאושרת התובענה כיייצוגית היא כל אדם שקיבל מהמשיבה 1, בשבע השנים שקדמו למועד הגשת התובענה כיייצוגית, דבר פרסומת, וזאת מבלי שניתנה הסכמתו לכך כנדרש לפי סעיף 30א(ב) לחוק התקשורת; וכן מי שקיבלו ממשיבה 1 דברי פרסומת שאינם מכילים פרטי זיהוי כנדרש לפי סעיף 30א(ה)(1)(ב) או שמאפשרים משלוח הודעת סירוב באמצעות קישור ובאופן המנוגד לסעיפים 30א(ד) ו-30א(ה)(1)(ג)(1).

התובע המייצג ובא כוחו הם כמפורט בכותרת של החלטה זו.

עילות התובענה והשאלות המשותפות של עובדה ומשפט הן אם משיבה 1 אחראית למשלוח דברי פרסומת תוך הפרה של סעיף 30א לחוק התקשורת; אם יתר המשיבים אחראים אף הם להפרה נטענת זו ותוצאותיה; וכן אם חברי הקבוצה זכאים לפיצוי בגין נזק שנגרם להם עקב ההפרה הנטענת.





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 24814-04-22 ביטון נ' מ.ש.ק שירותים תפעוליים בע"מ ואח'

הסעדים הנתבעים הם: פיצוי בסך של 300 ₪ בגין כל הודעת פרסומת שנשלחה שלא כדין; וכן מתן צו עשה למשיבים לחדול ממשלוח דברי פרסומת בניגוד להוראות הדין הנוכרות לעיל.

79. בתוך 14 ימים יגישו הצדדים נוסח הודעה לפרסום לחברי הקבוצה. בהיעדר הסכמה על הנוסח יוגש עד אותו מועד נוסח מוצע של המבקש יחד עם נוסח מוצע של המשיבים מסומן ב"עקוב אחר שינויים" בהשוואה לנוסח של המבקש. בהוצאות הפרסום יישאו המשיבים.

80. כתב תביעה מתוקן וכתב הגנה יוגשו בהתאם לתקנות.

81. ישיבת קדם משפט ראשונה תתקיים **ביום 10.2.2025 בשעה 9:00**. הצדדים יפעלו קודם לישיבת קדם המשפט בהתאם לתקנות לענין דיווח מקדמי, רשימת עדים, רשימות בקשות וכיוצא באלה. לישיבה יתייצבו כל הצדדים בעצמם.

82. בהתאם לסמכותי לפי סעיף 23 לחוק תובענות ייצוגיות, אני מורה שהמשיבים יישאו, בשלב זה, בשכר טרחת בא כוח המבקש בסך של 12,000 ש"ח בצירוף מע"מ וכן ישלמו למבקש את ההוצאות שנפסקו לעדים שהעידו בשלב הבקשה לאישור. סכומים אלה ישולמו בתוך 30 ימים.

המזכירות תמציא את ההחלטה לצדדים, תעדכן את היומן ותעביר עותק מהחלטה לגורם הרלוונטי לצורך עדכון פנקס התובענות הייצוגיות.

תזכורת פנימית ליום 1.6.2024 למעקב.

ניתנה היום, בד' אייר תשפ"ד, ב12 מאי 2024, בהעדר הצדדים.

ליאור גלברד, שופט

