



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 534/17

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערערים: 1. עו"ד רוני לפיד
2. נחמן עומר

נ ג ד

המשיבה: סלקום ישראל בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-
יפו מיום 18.12.2016 בת"צ 29751-07-14 שניתן על ידי
כבוד השופטת צילה צפת

תאריך הישיבה: ג' בתשרי התשע"ט (12.9.18)

בשם המערערים: עו"ד אורה ירקוני; עו"ד דור נחמן

בשם המשיבה: עו"ד ברק טל; עו"ד דרור ורסנו

פסק-דין

השופט ע' גרוסקופף:

סוגיה בדיני ספאם (spam): באילו תנאים רשאי עסק לשלוח דברי פרסומת באמצעות פקס, מערכת חיוג אוטומטי, דואר אלקטרוני או מסרון לרשימת לקוחותיו? המחוקק קבע בעניין זה הסדר מיוחד בסעיף 30א(ג) לחוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982 (להלן: "חוק התקשורת"), ואולם כדרכם של הסדרי חוק מתעוררות בגדרו שאלות פרשניות המציתות מחלוקות בין מתדיינים ויודעי דין. להלן אציג את המסגרת הדיונית לדיוננו, את השאלות הפרשניות המצריכות מענה, ואת הכרעתי ביחס לכל אחת מהן.

1. המשיבה (סלקום ישראל בע"מ. להלן: "סלקום") שולחת מעת לעת למנויים על שירותי הטלפון הסלולרי שלה מסרונים שונים במסגרתם היא מפרסמת ללקוחותיה שירותים ומוצרים שונים המוצעים על ידה. בתקופה שבין אוקטובר 2012 לבין ינואר 2014 שלחה סלקום לחלק ממנוייה, ובכלל זה למערערים, מסרונים (SMS) בהם היא הציעה למכירה מגוון שירותים, כגון רכישה ושדרוג של מכשירי טלפון נייד, צפייה בשידורים של משחקי כדורגל מהמכשיר הנייד, יישום לשליחת מסרונים ממספר חסוי, שירות ביטול שליחת מסרונים, הטבות ברכישת חבילות תקשורת לחו"ל ויישום לאיתור מוסיקה (להלן יכוננו יחדיו: "הודעות הפרסומת"). בסיומה של כל הודעת פרסומת נכתב "להפסקת הודעות מסוג זה חייג *795". המערערים התקשרו למספר המצוין בהודעה על מנת לבקש מסלקום להפסיק את שליחת הודעות הפרסומת, אלא שבמספר זה לא היה מענה ובמשך זמן ההמתנה (שנע בין 20 ל-30 דקות) נאלצו המערערים בעל כורחם להקשיב לפרסומות נוספות של סלקום.

2. המערערים הגישו ביום 18.12.2016 תובענה ולצידה בקשה לאישור התובענה כייצוגית לבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (ת"צ 29751-07-14). התובענה הוגשה בשמן של שתי תתי-קבוצות. האחת, "קבוצת מנויי המשיבה שקיבלה מהמשיבה דברי פרסומת ב-SMS מבלי שנתנו לה את הסכמתם המפורשת" (להלן: "תת הקבוצה הראשונה"). השנייה, "קבוצת מנויי המשיבה שהתקשרו למענה הקולי של המשיבה (*795) במטרה להסיר עצמם מרשימת התפוצה של דברי הפרסומת שהמשיבה שולחת ב-SMS" (להלן: "תת הקבוצה השנייה").

עילות התביעה הוגדרו על ידי המערערים כדלקמן: "הפרת סעיף 30א(ב) לחוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982 במשלוח דברי פרסומת ללא הסכמה מפורשת בכתב, שגרמה לנזק לא ממוני מסוג הטרדה" (להלן: "העילה בדבר שליחת הודעות הפרסומת"). עילת התביעה השנייה הוגדרה על ידי המערערים כך: "הפרת סעיפים 30א(ד)-(ה) לחוק התקשורת במשלוח דברי פרסומת ב-SMS שאינם מאפשרים את הסרתם ב-SMS שגרמה לנזק לא ממוני מסוג הטרדה ופגיעה באוטונומיה" (להלן: "העילה בדבר אופן היציאה מהקבוצה").

3. ביום 18.12.2016 ניתנה החלטת בית המשפט המחוזי (כב' השופטת צילה צפת) בבקשת האישור. בהחלטתו קיבל בית המשפט את בקשת האישור כתובענה ייצוגית ביחס לעילה בדבר אופן היציאה מהקבוצה, אך דחה את בקשת האישור ביחס לעילה בדבר שליחת הודעות הפרסומת.

ככל שהדברים נוגעים לעילה בדבר אופן היציאה מהקבוצה קבע בית המשפט המחוזי כי הובאו ראיות מספיקות לכך שיש אפשרות סבירה שייקבע כי הפרוצדורה למשלוח הודעת סירוב בה נקטה סלקום – חיוג למספר טלפון *795 – לא הייתה "פשוטה וסבירה בנסיבות העניין" כמצוות סעיף 30א(ה)(ג)(1) לחוק התקשורת, וכי סלקום התישה את לקוחותיה עת הם נאלצו לשמוע משך דקות ארוכות פרסומות שמהן ניסו להימנע. לפיכך אושרה בקשת האישור בעילה זו, והתובענה אמורה להוסיף להתברר בבית המשפט המחוזי (ואולם, עד להכרעה בערעור שלפנינו הורה בית המשפט קמא ביום 14.2.2017, בהתאם להסדר דיוני מוסכם, כי המשך הדיון בתובענה יעוכב).

לעומת זאת, ביחס לעילה בדבר שליחת הודעות הפרסומת נפסק כי חרף העובדה שעסקינן ב"דבר פרסומת" כהגדרת המונח בסעיף 30א(א) לחוק התקשורת, הרי שסלקום עומדת בתנאים המצטברים הקבועים בסעיף 30א(ג) לחוק התקשורת המתירים לעוסק משלוח דבר פרסומת לרשימת לקוחותיו מבלי שהדבר יהווה הפרה של האיסור הקבוע בחוק התקשורת. לאור זאת דחה בית המשפט קמא את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית ביחס לעילה בדבר שליחת הודעות הפרסומת.

4. הערעור שלפנינו מתייחס להחלטת בית המשפט המחוזי לדחות את הבקשה בנוגע לעילה בדבר שליחת הודעות הפרסומת וביחס לתת הקבוצה הראשונה בלבד. לפיכך נמקד מבטנו אך ורק בסוגיות המתעוררות ביחס לעילה זו.

5. המערערים (מגישי בקשת האישור) חולקים על קביעות בית המשפט קמא, וסבורים כי סלקום לא עמדה בתנאי החוק גם לעניין עצם שליחת הודעות הפרסומת (ולא רק לעניין מתן אפשרות יציאה מהקבוצה – עילה לגביה אושר כאמור ניהול התובענה כייצוגית). ביסוד המחלוקת בין הצדדים עומדת פרשנות שונה לשניים מהתנאים שמציב חוק התקשורת למשלוח דבר פרסומת על ידי בית עסק לרשימת לקוחותיו: תנאי ההודעה ותנאי הדמיון. על מנת לעמוד על טיבה של המחלוקת נקרב מבטנו להסדר חוק התקשורת בעניין דואר זבל, בכלל, ולהסדר המיוחד בו עסקינן, בפרט.

6. התופעה של שיגור המוני של דברי פרסומת ליחידים הייתה קיימת עוד טרם התפתחות האינטרנט, אך משלוח זה היה כרוך בעלויות של ממש, ואלו פעלו כאמצעי ריסון לתפוצה רחבה של דברי פרסומת ללא אישור הנמען. שליחת דואר אלקטרוני, לעומת דואר פיזי, כרוכה בעלות זניחה, ועל כן ככל שהשימוש בתיבות דואר אלקטרוני התרחב החל משנות התשעים של המאה העשרים, כך גברה גם התופעה של משלוח דברי פרסומת לקבוצה נרחבת של נמענים באמצעים אלקטרוניים הידועה בכינויה "ספאם" (spam).

הערה טרמינולוגית – בלשון יומיום המונחים "דואר זבל" ו- "ספאם" משמשים לעיתים קרובות כמונחים נרדפים. עם זאת, למען בהירות הצגת הדברים, איחד את המונח "דואר זבל" למצב של שליחת הודעת פרסומת באמצעות דואר אלקטרוני, ואילו המונח "ספאם" ישמש לתיאור מכלול המצבים של שליחת הודעת פרסומת באמצעות אחת מארבע הדרכים אליהן מתייחס סעיף 30א לחוק התקשורת, דהיינו פקסימיליה, מערכת חיוג אוטומטי, הודעה אלקטרונית והודעת מסר קצר. שימוש זה במונחים משמעו כי דואר זבל הוא סוג מסוים של ספאם.

7. תופעת הספאם אינה ייחודית כמובן למדינת ישראל, אלא היא תופעה עולמית. תופעה זו מכבידה על תשתיות, מעמיסה עלויות מיותרות ומטרידה את המשתמש הפרטי והעסקי, וגוזלת ממשאבי הזמן והמחשב שלהם. במרוצת השנים ונוכח התפתחויות טכנולוגיות שינתה תופעת הספאם את פניה. בעוד שבתחילת הדרך התופעה באה לידי ביטוי בעיקר בהודעות דואר אלקטרוני, הרי שנוכח התפתחויות טכנולוגיות בעשור האחרון – מחד גיסא שירותי סינון של ספקיות הדואר האלקטרוני, ומאידך גיסא, התרחבות השימוש בטלפונים חכמים – חלה הסטה חלקית של התופעה להודעות באמצעות מסרונים (על עליית המסחר האלקטרוני הצרכני באמצעות Mobile Marketing ראו אמל ג'בארין דיני מסחר אלקטרוני צרכני כרך א 293-295 (2015)).

8. בתחילת שנות ה-2000 נדרשו מדינות רבות להסדרת תופעת הספאם באמצעות חקיקה, והתגבשו שני מודלים עיקריים של אסדרה: הראשון, מודל Opt-in לפיו חל איסור על משלוח ספאם אלא אם התקבלה מראש הסכמת הנמען (להלן: "Opt-in"). מודל זה אומץ באיחוד האירופאי (סעיף 13(1) ל-Directive 2002/58/EC), תוך שלכלל נקבע חריג, הרלוונטי לענייננו, לפיו במקרה של תקשורת קודמת בין ספק לצרכן, רשאי הספק לעשות שימוש בפרטי ההתקשרות של הצרכן לצורך משלוח פרסומות למוצר או שירות

דומה (סעיף 13(2) ל-Directive 2002/58/EC); השני, מודל Opt-out לפיו השולח רשאי לשלוח ספאם, אלא אם הודיע הנמען כי הוא מסרב לקבל הודעות כאמור (להלן: "מודל Opt-out"). מודל זה אומץ בארה"ב, תוך שביחס לספאם המשוגר במערכת חיוג אוטומטי הוקם "מרשם סירוב" בו יכולים הנמענים להירשם, והתקף ביחס למכלול המפרסמים (לסקירה של ההיסטוריה החקיקתית במדינות השונות ראו דן חי תורת המסר – בין דיורד ישיר ל'ספאם' פרק רביעי (2012)).

9. המחוקק הישראלי לא הזדרז להסדיר תופעת הספאם, אך לבסוף בשלהי שנת 2008 נחקק תיקון מס' 40 לחוק התקשורת (להלן, גם: "הסדר הספאם"). במסגרת תיקון זה אומץ מודל ה-Opt-in, במתווה המקובל באיחוד האירופאי. התיקון לחוק נכנס לתוקף ביום 1.12.2008.

הרישא של סעיף 30א לחוק התקשורת, המהווה את ליבת ההסדר, קובע בסעיף קטן (ב) כדלקמן:

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...

"דבר פרסומת" מוגדר כיום בסעיף 30א(א) לחוק התקשורת כך:

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

הערה: הגדרת המונח "דבר פרסומתי" הורחבה בשנים האחרונות, תחילה בתיקון מס' 63 לחוק התקשורת, התשע"ו-2016, אשר הוסיף את החלופה שבס"ק (2), ואחר כך בתיקון מס' 72 לחוק התקשורת, התשכ"ח-2018 אשר הוסיף את החלופה שבס"ק (3). הרחבות אלו נוספו לאחר הגשת התובענה בה עסקינן, אך מאחר שעסקינן בדבר פרסומת לפי ההגדרה שבחלופה בס"ק (1), אין בכך כדי להשפיע על הדיון בתובענה זו. עוד ראוי להוסיף, למען שלמות התמונה, כי בתיקון מס' 63 לחוק הוגדרו גם המונחים "תעמולה" ו-"תרומה", באופן המבהיר כי מסר פוליטי, ובכלל זה תעמולת בחירות לכנסת ולרשויות המקומיות ולבחירות מקדימות על פי חוק המפלגות, התשנ"ב-1992, וכן פנייה בבקשה לתרומה לבחירות אינם באים בגדר "דבר פרסומתי".

10. תכליתו של הסדר הספאם מוסברת בדברי ההסבר להצעת החוק שהוגשה מטעם הממשלה (הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 33), התשס"ה-2005, ה"ח הממשלה 182, 886 (להלן: "הצעת החוק")) באופן הבא:

תופעת ההפצה ההמונית של הודעות פרסומת בלתי רצויות באמצעות רשתות תקשורת (לרבות באמצעות דואר אלקטרוני, הודעות SMS ופקסימילה), 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. תופעה זו מעמיסה עלויות מיותרות על הציבור, ובכלל כך על מפעילי תקשורת (בעלי התשתיות, ספקי אינטרנט וכו'), עסקים, משתמשי אינטרנט פרטיים ורשויות העוסקות באכיפה.

11. תכלית הסדר הספאם היא אפוא למנוע פגיעה בפרטיותו של המשתמש ברשת והטרדתו באמצעות משלוח ספאם באחת מארבע הדרכים שהוגדרו בסעיף 30א. לחוק התקשורת. ודוק, מטרת ההסדר אינה להגן על משתמשי האינטרנט מכל דבר פרסומת, אלא רק לחסוך מהם את הפגיעה וכן את הטרדה הכרוכה בטיפול בדבר פרסומת הנשלח באחת מהדרכים הקבועות בחוק (ראו גם: ת"צ (מרכז) 1862-11-12 טוויטר נ' Google Inc., פסקה 18 (18.9.2014)).

12. בדברי ההסבר, כמו גם בפסיקתו של בית משפט זה, אופיינו מספר נזקים אשר תופעת דואר הזבל גורמת. כך למשל, ברע"א 1954/14 חזני נ' הנגבי, בפסקה 2 לפסק דינו של השופט עוזי פוגלמן (4.8.2014) נאמר כך:

הסוג הראשון נוגע לתוכן של הודעות הפרסומת – תדיר שהן מכילות מידע שקרי או פוגעני שמגיע לנמען אשר אינו חפץ בו. דוגמאות שכיחות הן פרסומים של אתרי הימורים, פורנוגרפיה, דרכים מהירות להתעשרות [...] דואר הזבל אף משמש להפצת וירוסים באמצעות תכנים מניפולטיביים [...]. סוג שני של בעיות נוגע לפגיעה בפרטיות של הנמען, שכתובת הדואר אלקטרוני שלו הועברה לשולח ונעשה בה שימוש בלא הסכמתו. סוג שלישי של בעיות נוגע לשימוש בדואר האלקטרוני כאמצעי תקשורת. תופעת הספאם פוגעת ביעילות ובתועלת שהעסקים מפיקים ממנו ופוגמת במסחר. הסוג הרביעי והמשמעותי מכולן נוגע להעברת העלויות הכרוכות בשימוש בדואר האלקטרוני מן המפרסם אל הנמען וספקי התקשורת. דואר הזבל כופה על הנמענים, בעל כורחם, לבצע פעולות רבות ותדירות של מיון דואר אלקטרוני. זמן רב מבוזבז על סינון והפרדה בין ההודעות הרצויות לבין כלל ההודעות המתקבלות [...] לבסוף, דואר זבל פוגע גם בצדדים שלישיים שאינם במעגל התקשורת בין המפרסם לנמען: פגיעה במוניטין של גופים שכתובות הדואר שלהם משמשות מסווה למפרסמים [...]

13. ואכן תופעת הספאם אינה עשויה מעור אחד – היא כורכת התנהלות עבריינית חמורה, כמו הודעות שהן חלק מהונאה או הפצה של נזקות, לצד התנהלות טורדנית גרידא, כמו פרסום מסחרי או הודעות לא רצויות אחרות. היו שטענו כי העובדה שמעשים פליליים במהותם כרוכים עם מעשים טורדניים בלבד מקשה על ההתייחסות הציבורית והמשפטית לתופעה, וגורמת לבלבול בציבור הרחב ואצל מקבלי ההחלטות ומעצבי הדינים (יובל קרניאל "חוק המחשבים ודואר זבל – טיפול מקומי בתופעה גלובלית" שנערי משפט ד(2) 469 (2006)).

14. מכל מקום, הסדר הספאם קובע כי שליחת דואר זבל מהווה עוולה נזיקית, המקימה גם עילה להגשת תובענה ייצוגית (ראו: פרט 12 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006), וכן מקימה זכות לפיצויים ללא הוכחת נזק (סעיף 30א(י) לחוק התקשורת).

המסגרת הנורמטיבית הממוקדת – הסדר הספאם בעניין משלוח דבר פרסומת על ידי בית עסק ללקוחותיו

15. בצד הכלל, המחייב קבלת הסכמה מראש של הנמען למשלוח דבר פרסומת, קבע המחוקק מספר חריגים, במסגרתם ניתן היתר למשלוח דבר פרסומת ללא קבלת הסכמה מראש, וזאת בהתקיים תנאים שהגדיר המחוקק. וזו רשימת החריגים בה מכיר החוק כיום: פנייה חד-פעמית בהצעה לקבלת דברי פרסומת (הסיפא של סעיף 30א(ב) לחוק התקשורת); משלוח דבר פרסומת באמצעות דואר אלקטרוני לשם קבלת תרומה או תעמולה על ידי עמותה או חברה לתועלת הציבור (סעיף 30א(ב1) לחוק התקשורת); משלוח דבר פרסומת על ידי עוסק לנמען הנמנה על רשימת לקוחותיו (סעיף 30א(ג) לחוק התקשורת). בקביעת חריגים לדרישת ההסכמה ביקש המחוקק לאזן בין העלויות והנזקים העלולים להיגרם לנמען מהפרקטיקה של משלוח דברי פרסומת ללא קבלת הסכמת הנמען, לבין התועלות החברתיות והצרכניות העשויות להיות לשימוש באמצעי הפצה אלקטרוניים בהקשרים בהם הוגדרו החריגים.

16. כמובהר, ענייננו בהליך זה הוא בחריג הקבוע בסעיף 30א(ג) לחוק התקשורת לדרישה לקבלת הסכמה מראש למשלוח דבר פרסומת – חריג שעניינו משלוח דבר פרסומת על ידי עוסק לנמען הנמנה על רשימת לקוחותיו. וזהו נוסח הסעיף המגדיר חריג זה:

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

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

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

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

17. תכליתו של החריג הובהרה בדברי ההסבר להצעת החוק בזו הלשון:

בהתאם למודל ה-Opt-in האירופי, מוצע לסייג את האיסור שבסעיף קטן [ב] ולהתיר שיגור פרסומת אף אם לא התקבלה הסכמת הנמען (בתנאים הקבועים בסעיף קטן [ג]) זאת כאשר קיימים יחסי מסחר קודמים בין

המפרסם לנמען (במסגרת רכישה של מוצר או שירות או משא ומתן לרכישה כאמור), בנסיבות שבהן הנמען הוא זה שמסר למפרסם את פרטיו.

מדברים אלה אנו למדים כי כוונת המחוקק הייתה לרכז את דרישת ההסכמה למשלוח דברי פרסומת, ולאפשר לעוסקים לשגר פרסומות לרשימת הלקוחות של העסק, ובלבד שרשימה זו כוללת את אותם לקוחות שמסרו את פרטיהם לעוסק מרצונם במהלך התקשרות בעסקה או במשא ומתן להתקשרות, ולא הודיעו על רצונם שלא להיכלל ברשימה לעניין זה, לאחר שניתנה להם הזדמנות לעשות כן. בכך מוחלפת חזקת הסירוב שביסוד מודל ה-Opt-in, בחזקת ההסכמה שביסוד מודל ה-Opt-out.

18. בהחלטה זו הגיון רב. כאמור הודעות ספאם אינן עשויות מעור אחד, כי אם מצויות על מנעד. בין קצוות המנעד ניתן להבחין בין הודעות ספאם פוגעניות לבין הודעות ספאם בעלות הקשר לגיטימי. מפרסם פוגעני עושה שימוש בהודעה באופן אינסטרומנטלי כשער כניסה להחדרת נוזקה או כלי לפרסום הונאה. פעמים רבות, גם אם הודעתו של מפרסם פוגעני כוללת מנגנון יציאה מרשימת התפוצה, הרי שמדובר במראית עין בלבד, ולא זו בלבד ששימוש במנגנון זה כאשר עסקינן במפרסם פוגעני לא תביא לתוצאה המיוחלת אלא היא אף עשויה להביא לתוצאה הפוכה, שכן היא מאשררת כי מדובר ביעד משלוח פעיל, ובכך עשויה להגביר את הפגיעה וההטרדה של הנמען.

19. שונים הם פני הדברים כאשר מדובר בעוסק השולח דבר פרסומת לרשימת לקוחותיו. מנקודת מבטו של העוסק – במצב דברים זה יש בנמצא מנגנונים ושיקולים נוספים המרסנים את התנהלותו, ובראשם השאיפה לשמור על מוניטין העסק. קשה להניח כי עסק מוכר, דוגמת סלקום, ישלח ללקוחותיו דברי פרסומת ללא מגבלה, בשל הכרתו בנזק שפרסום מכביד עלול לגרום לו – נזק הבא לידי ביטוי בפיתות במעמדו בעיני לקוחותיו הקיימים והפוטנציאליים, דהיינו פגיעה במוניטין שלו, פגיעה שהיא בעלת שווי כלכלי לא מבוטל. בנוסף, כאשר מדובר בעוסק לגיטימי, הרי שניתן להניח כי מנגנון היציאה מרשימת התפוצה יעמוד בדרישות החוק, ולמצער כי ניתן יהיה להיפרע מאותו מפרסם בגין פעולה הנוגדת את הוראות החוק.

מנקודת מבטו של הנמען – הרי משעה שהובהר כי הדגש במקרה בו עסקינן הוא על מניעת הטרדת ציבור הנמענים, הרי ככל שנמען מסר את פרטיו למפרסם, יש להניח כי מידת ההטרדה הכרוכה בקבלת הודעות מממנו פחותה. שימור הקשר בין העוסק לבין ציבור לקוחותיו הוא עניין לגיטימי וראוי, המקדם יחסי מסחר תקינים, כאשר ניתן להניח כי לפחות חלק מהלקוחות מעוניינים בקבלת פרסומות מעסקים אצלם רכשו או התעניינו

ברכישה בעבר. אכן, אין המדובר בהנחה המתקיימת ביחס לכל לקוח ולקוח, וממילא סוגיית ההטרדה של הנמען היא סובייקטיבית, ומשתנה בין אדם לאדם. אולם, ההנחה לפיה צרכן שמסר מרצונו את פרטי הקשר שלו לעוסק במסגרת הליך רכישה מעוניין בסוג מסוים של קשר מסחרי עם העוסק היא הנחה תקפה. לכך יש להוסיף שהמחוקק קבע בהסדר הספאם כי בכל מקרה רשאי הנמען בכל עת להודיע למפרסם כי איננו מעוניין לקבל ממנו דברי פרסומת מעתה ואילך. בכך, נוצר איזון ראוי בין האינטרס של הצרכן שלא להיות מוטרד לבין האינטרס החברתי בחיי מסחר תקינים.

20. ההכרה בקיומו של חריג להחלת מודל ה-Opt-in, דהיינו באפשרות של עסק לשלוח דברי פרסום לרשימת לקוחותיו ללא שקיבל את הסכמתם לכך, מחייבת לתחם את החריג בתנאים, על מנת להבטיח שהחריג לא ינוצל לרעה. כך, למשל, יש להבטיח כי לא יהיה בכך פתח להעברה של רשימות לקוחות בין עוסקים, או להתבססות על רשימות שיווק הכוללות נמענים שאינם מעוניינים, ולא גילו כל עניין, להיות לקוחותיו של העסק המפרסם.

21. עיון בנוסח סעיף 30א(ג) לחוק התקשורת מלמד כי הוא כולל 4 תנאים מצטברים לתחולת החריג בעניין משלוח דבר פרסומת על ידי בית עסק לרשימת לקוחותיו:

תנאי 1 – דבר הפרסומת נשלח ללקוחות אשר מסרו מרצונם את פרטיהם לעסק המפרסם, וזאת במסגרת התקשרות או משא ומתן להתקשרות עם אותו עסק (בלשון המחוקק: "הנמען מסר את פרטיו למפרסם במהלך רכישה של מוצר או שירות, או במהלך משא ומתן לרכישה כאמור"). תכליתו של תנאי זה היא להבטיח כי רשימת התפוצה אליה נשלחים דברי הפרסום מבוססת על לקוחות ממשיים של העסק, בין אם בכוח (ניהלו משא ומתן) ובין אם בפועל (התקשרו עם העסק), אשר פרטיהם נמסרו לעסק על ידם ומרצונם (להלן תכונה דרישה זו: "תנאי המסירה הרצונית במסגרת עסקה").

תנאי 2 – ללקוח נמסרה הודעה כי בכוונת העוסק לכלול אותו ברשימת התפוצה שלו (בלשון המחוקק: "המפרסם הודיע לו כי הפרטים שמסר ישמשו לצורך משלוח דבר פרסומת מטעמו, באחת הדרכים האמורות בסעיף קטן (ב)"). תכליתו של תנאי זה היא להבטיח את מודעות הלקוח לכך ששמו כלול ברשימת התפוצה של העסק (להלן תכונה דרישה זו: "תנאי ההודעה").

תנאי 3 – ללקוח ניתנה הזדמנות, שלא נוצלה, לסרב להיכלל ברשימת התפוצה של העוסק (בלשון המחוקק: "המפרסם נתן לנמען הזדמנות להודיע לו כי הוא מסרב לקבל

דברי פרסומת כאמור, דרך כלל או מסוג מסוים, והנמען לא עשה כן"). תנאי זה מבטא את מהותו של החריג – היפוך המודל מ-Opt-in, ל-Opt-out (להלן תכונה דרישה זו: "תנאי האפשרות ל-Opt-out").

תנאי 4 – דבר הפרסום אשר נשלח מתייחס למוצר או שירות דומה לזה שלגביו נמסרו פרטי הלקוח (בלשון המחוקק: "דבר הפרסומת מתייחס למוצר או לשירות מסוג דומה למוצר או לשירות האמורים בפסקה (1)"). תכליתו של תנאי זה היא להגביל את אפשרות השימוש ברשימת התפוצה לשיווק אותם מוצרים או שירותים שיש להניח כי הלקוח מעוניין לקבל מהעסק דבר פרסומת לגביהם (להלן תכונה דרישה זו: "תנאי הדמיון").

22. גדר המחלוקת בין הצדדים במסגרת הערעור שלפנינו נוגעת לפרשנותם של שניים מארבעת התנאים הללו: תנאי ההודעה ותנאי הדמיון. מכאן עולה כי אין מחלוקת בין הצדדים ביחס להתקיימות שני התנאים האחרים שקבע המחוקק לתחולת החריג: תנאי המסירה הרצונית במסגרת עסקה ותנאי האפשרות ל-Opt-out. ויובהר העילה בדבר אופן היציאה מהקבוצה התייחסה לאפשרות למסור הודעת יציאה בכל עת מכוח סעיף 30א. (ד)-(ה) לחוק התקשורת, ולא לשאלה אם לאחר שנמסר ללקוח על כוונת סלקום לשלוח אליו דברי פרסומת, ניתנה לו האפשרות לבצע Opt-out. להלן יוצגו קביעות בית המשפט קמא ביחס לנקודות שבמחלוקת וכן טענות הצדדים. לאורם תפורט הכרעתי במחלוקת שהתגלע בין הצדדים.

קביעות בית המשפט קמא

23. ביחס לתנאי הראשון, תנאי המסירה הרצונית במסגרת עסקה, נפסק כי בין סלקום לבין המערערים קיים קשר אשר בא לידי ביטוי בהתקשרות בהסכם לקבלת שירותים מסלקום, וכי בהסכם זה נמסרו פרטי הקשר של הלקוחות (המערערים). בית המשפט קבע כי סלקום הוכיחה שהיא עומדת גם בתנאי השני, תנאי ההודעה, שכן היא מודיעה כדין למנוייה, החדשים והוותיקים, על כך שהיא רשאית לשלוח דברי פרסומת וכי כל מנוי רשאי להודיע כי הוא מסרב לכך (פסקה 25 לפסק הדין). עוד צוין כי הגם שההסכמים שהוצגו לפני בית המשפט אינם חתומים, הרי שהמערערים לא הכחישו כי חתמו על הסכמי ההתקשרות עם סלקום, וכי די בכך שההסכמים נשלחו מיד עם תחילת ההתקשרות. ביחס לתנאי השלישי, האפשרות ל-Opt-out, נפסק כי "...לא יכול להיות חולק כי סלקום נתנה למבקשים הזדמנות להודיע כי הם מסרבים לקבל את דבר הפרסומת" (פסקה 27 לפסק הדין). לבסוף, בנוגע לתנאי הרביעי, תנאי הדמיון, אימץ בית המשפט קמא את הפרשנות

המוצעת על ידי סלקום לפיה דרישת המחוקק מתייחסת לדברי פרסומות דומים אך לא זהים, ועל כן הודעות שנשלחו למערערים שעניינן בשירותי טלפוניה סלולרית עונות על תנאי זה. שאם לא כן תתרוקן מתוכן הדרישה לדמיון והיא תהפוך לזהות מלאה בין המוצרים. בנוסף, ציין בית המשפט כי מי שרכש שירותים סלולריים מידי חברת סלקום עשוי להתעניין במכשירים סלולריים או באפליקציות שונות (פסקה 30 לפסק הדין). לאור כל האמור, דחה בית המשפט קמא את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית ביחס לעילה בדבר שליחת הודעות הפרסומת.

טענות המערערים

24. המערערים סבורים כי סלקום אינה עומדת בשניים מתוך התנאים המצטברים הקבועים בסעיף 30א (ג) לחוק התקשורת, ולפיכך אינה יכולה להסתמך על החריג המוגדר במסגרתו לדרישת ההסכמה למשלוח דברי פרסום:

ראשית, סלקום לא קיימה את תנאי ההודעה. לטענת המערערים, יש לפרש הוראת הסדר הספאם כך שהודעת סלקום לפיה פרטי הלקוחות ישמשו למשלוח פרסומות תינתן במהלך ההתקשרות בהסכם, ולא לאחר מכן. לטענתם, על פי המידע שמסרה סלקום לפחות חלק מלקוחותיה מקבלים את ההודעה רק עם קבלת הסכם ההתקשרות בדואר רגיל, זמן מה לאחר ההתקשרות. לשיטתם נקודת זמן זו מאוחרת לדרישת החוק, על פיה יש לאפשר ללקוחות לסרב לקבלת דברי הפרסומת בזמן מסירת פרטי הלקוח. עוד נטען כי תכליתה של דרישת ההודעה היא להקנות ללקוח שליטה במידע הפרטי שלו, ובכדי להגשים תכלית זו נדרש כי הלקוח יקבל מן העוסק את מלוא המידע לגבי כוונותיו לעשות שימוש במידע עובר למסירתו. הואיל וסלקום לא מיידעת את לקוחותיה בזמן אמת (קרי מועד ההתקשרות) הרי שתכלית דרישת ההודעה מסוכלת.

שנית, חלק ניכר מההודעות ששלחה סלקום אינו עומד בדרישת הדמיון. לשיטת המערערים, הם רכשו מסלקום שירותי טלפוניה סלולרית בלבד, אולם הודעות הפרסומות שקיבלו התייחסו למגוון אפליקציות, לשידורי ספורט ישירים ולמכשירים סלולריים שאין בינם לבין שירותי טלפוניה סלולרית כל דמיון. המערערים טוענים כי סברת בית המשפט לפיה "מי שרכש שירותים סלולריים מידי חברת סלקום עשוי להתעניין במכשירים סלולריים או באפליקציות שונות לסלולאר" איננה נכונה וממילא לא הוכחה. כמו כן, טוענים המערערים כי בית המשפט החיל מבחן שונה מזה הקבוע בלשון הסעיף, וכי מבחן זה אינו מלמד כלל על כך שמדובר במוצרים או שירותים דומים. כן נטען כי "דמיון הוא יחס סימטרי" ועל כן פרשנות מרחיבה עלולה להביא לכך שכל מי שמוכר טלפון

סולרי או אפליקציה יוכל לפרסם ללקוחותיו שירות טלפוניה סולריים ובכך להציף את הציבור בפרסומות; חברות רבות מספקות שירותים באמצעות חוזים אלקטרוניים, ועל כן פרשנות בית המשפט תוביל למצב שבו נותני שירותים באינטרנט יוכלו לפרסם את כלל מרכולתם לכלל לקוחותיהם כל הזמן וכך שוב יוצף הציבור בפרסומות.

עוד נטען כי הפרשנות שנתן בית המשפט לסעיף 30א(ג) לחוק התקשורת היא פרשנות מרחיבה, בעוד שראוי היה לנקוט פרשנות מצמצמת, וזאת מן הטעמים הבאים: מדובר בחריג לכלל ה-Opt-in ועל כן יש לפרשו בצמצום; הפרשנות המרחיבה מנוגדת לרציונל הכללי של ההסדר שבחוק התקשורת, שתכליתו הגנה על הלקוח מפני הטרדה מיותרת; פרשנות בית משפט קמא היא עמומה, ויוצרת פרצות שיאפשרו את סיכול התכלית של הגנת הציבור מפני משלוח ספאם.

טענות סלקום

25. סלקום סבורה כי צדק בית המשפט קמא עת קבע כי סעיף 30א(ג) לחוק אינו דורש הסכמה מפורשת של הלקוח, וכי פרשנות זו אינה מרוקנת מתוכן את הוראות חוק התקשורת. עוד נטען כי צדק בית המשפט קמא שעה שקבע כי ההודעות מושא בקשת האישור הן הודעות מותרות, ובכך קיבל את עמדת סלקום בעניין פרשנות תנאי ההודעה ותנאי הדמיון.

לטענת סלקום, טענות המערערים מהוות הרחבת חזית אסורה, כאשר חלקן אף מבוססות על טענות עובדתיות הנטענות לראשונה בשלב הערעור. לגופם של דברים נטענו הטענות הבאות: באשר לתנאי ההודעה, נטען כי סלקום הוכיחה שהיא מודיעה כדין למנוייה, חדשים וותיקים כאחד, כי הפרטים שמסרו ישמשו לצורך משלוח דברי פרסומת מטעמה כדרישת סעיף 30א(ג)(1) לחוק התקשורת, וזאת במסגרת הסכמי ההתקשרות וכן בחשבונות הנשלחות ללקוחותיה. עוד נטען כי גם במקרים בהם העסקה נעשית באמצעות הטלפון, תנאי ההתקשרות נשלחים ללקוח כחלק בלתי נפרד מהליך ההתקשרות. לפיכך, יש לדחות את טענות המערערים לפיהן תנאי ההסכם נשלחים בדואר רגיל (להבדיל מדוא"ל) או כי הם נשלחים לאחר ביצוע הרכישה או לאחר תחילת אספקת השירות. בהקשר זה מציינת סלקום כי בהתאם לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 ממילא זכאי צרכן במקרה של מכר מרחוק לבטל את ההתקשרות ללא נימוק בתוך 14 ימים מהיום בו קיבל את תנאי ההתקשרות. בנוסף טוענת סלקום שאין יסוד לטענת המערערים לפיה תכלית סעיף 30א(ג)(1) לחוק היא לאפשר ללקוח לסרב לקבל את הפרסומת. לשיטתה,

סעיף זה אינו עוסק בלקוח המסכים מראש לקבל הודעות אלא בלקוח שאין צורך לקבל את הסכמתו מראש למשלוח ההודעות, ועל כן הרציונל לו טוענים המערערים חסר כל בסיס בדין. לטענתה של סלקום, הסעיף נועד לספק חלופה לדרישת ההסכמה הקבועה בסעיף 30א(ב) לחוק ועל כן לא נדרשת בגדרו הסכמה מראש אלא יידוע בלבד.

עוד סבורה סלקום כי טענת המערערים לפיה המועד הקובע לעניין סעיף 30א(ג)(1) לחוק הוא מועד קבלת ההודעה על ידי הלקוח ולא מועד שליחתה על ידי העוסק, נטולת יסוד בדין, שהרי אין חשיבות לשאלה האם הלקוח "ידע" מראש על האפשרות שיישלחו לו הודעות ודי בכך שהעוסק עמד בחובה למסור לו הודעה על כך. נטען כי הדגש הוא על כך שהלקוח מסר את פרטיו לעוסק בעת ההתקשרות על מנת לבדל הודעות מותרות אלה מהודעות הנשלחות לנמענים שפרטיהם הושגו מצד שלישי או ממאגר מידע אשר בינם לבין שולח ההודעה אין יחסי מסחר קודמים.

באשר לתנאי הדמיון, נטען כי מכשירים סלולריים ואפליקציות סלולריות הם "מוצרים או שירותים דומים" לרכישת שירותים סלולריים, שאם לא כן יצומצם סעיף 30א(ג) לחוק רק להודעות על מוצרים או שירותים זהים, וזאת בניגוד ללשון החוק הדורשת דמיון בלבד. עוד נטען כי בכל הודעות הפרסומת מדובר בשירותים סלולריים המסופקים על ידי סלקום. לשיטתה, מטרת החוק היא לאפשר משלוח הודעות פרסומת כאשר לאור קשר מסחרי קודם בין הצדדים יש מקום להניח כי הפרסומת תעניין את הלקוח ועל כן אין צורך שהשירות או המוצר המוצעים בהודעה יהיו זהים לאלו שנרכשו קודם לכן. סלקום מוסיפה וטוענת כי תמיד שמורה ללקוח הזכות להסיר עצמו מרשימת התפוצה ולא לקבל הודעות דומות בעתיד. בנוסף טוענת סלקום כי משעה שהמערערים עצמם טוענים שיש לבחון כל הודעה לגופה, הרי שיש לדחות את בקשת האישור כתביעה ייצוגית שכן זו הוגשה בשם כל לקוחות סלקום ללא הגדרת קבוצות מתאימות אף לשיטת המערערים עצמם.

דיון והכרעה

א. עמידת סלקום בתנאי ההודעה

26. המחלוקת בין הצדדים ביחס לתנאי ההודעה נוגעת לשאלה מתי צריכה להימסר ההודעה בדבר כוונת העוסק לעשות שימוש בפרטים שמוסר הלקוח לצורך משלוח דבר

פרסומת מטעמו. עמדת המערערים היא שההודעה צריכה להימסר קודם למועד בו נמסרים הפרטים על ידי הלקוח (ולמצער, בטרם הסתיים הליך ההתקשרות), בעוד שעמדת סלקום היא שההודעה יכולה להימסר גם בעיתוי מאוחר יותר, ובלבד שתימסר קודם למשלוח דברי הפרסום. סבורני כי עמדת סלקום בעניין זה תואמת הן את לשון החוק והן את תכליתו, ולפיכך מן הראוי להעדיפה.

27. מבחינת לשון החוק, הרי שבשונה מההסדר שנקבע בדירקטיבה האירופית, אין למצוא בה עיגון לדרישה שההודעה תימסר עובר למסירת פרטי הקשר (השוו ואבחנו מסעיף 13(2) ל-Directive 2002/58/EC, הקובע במפורש כי עוסק רשאי לשלוח דברי פרסום ללקוחות שמסרו לו את פרטי הקשר שלהם בתנאי לפיו: "... customers clearly and distinctly are given the opportunity to object, free of charge and in an easy manner, to such use of electronic contact details when they are collected and on the occasion of each message in case the customer has not initially refused (such use)". נהפוך הוא. לשון חוק התקשורת הישראלית מניחה כי ההודעה נמסרת לאחר שנמסרו הפרטים. וכך מנוסחת דרישת ההודעה: "והמפרסם הודיע לו כי הפרטים שמסר ישמשו לצורך משלוח דבר פרסומת מטעמו, באחת הדרכים האמורות בסעיף קטן (ב) (ההדגשה הוספה). ודוק, לו רצה המחוקק להציב דרישה לפיה ההודעה חייבת להינתן עובר למסירת הפרטים הרי שיש להניח שלא היה משתמש בלשון עבר ("הפרטים שמסר") אלא בלשון עתיד ("הפרטים שימסור").

28. מבחינת תכלית החוק, הרי שיש לתת את הדעת לשיקולים הבאים:

ראשית, לעיל עמדתי על כך שסעיף 30א(ג) לחוק התקשורת עוסק מפורשות בחריג, במסגרתו לא נדרשת הסכמה מצד הלקוח לקבל דברי פרסומות ("אף אם לא התקבלה הסכמת הנמען..."). כפי שהובהר, משמעות הדברים היא מעבר ממנגנון של Opt-in, למנגנון של Opt-out, ועל רקע זה יש להבין את תנאי ההודעה כמיועדת לאפשר ללקוח למסור הודעת יציאה (to opt-out), ולא כאמצעי לקבלת הסכמתו למשלוח דברי הפרסומת (to opt-in). משכך, אם ההודעה היא פעולה משפטית חד-צדדית, המיועדת לאפשר ללקוח לממש את זכות היציאה, אין הכרח כי תימסר דווקא במעמד מסירת הפרטים, ולא במועד מאוחר יותר, ובלבד שהשימוש בפרטים לצורך משלוח דבר פרסום לא יעשה קודם למסירת ההודעה.

שנית, פרשנות המערערים מציבה לפני עוסקים מגבלה קשה במשלוח דברי פרסומת לרשימת הלקוחות, מאחר שהיא מחייבת אותם לנפות ממנה את אותם לקוחות

שלא קיבלו הודעה עובר למסירת הפרטים, ואינה מאפשרת להכשיר עניין זה באמצעות מסירת הודעה מאוחרת לכלל המנויים ברשימת הלקוחות. קשה לראות מהי ההצדקה לגישה דווקנית זו. תכלית החריג שנקבע בסעיף 30א(ג) לחוק התקשורת, כפי שהובהר לעיל, היא לאפשר חיי מסחר תקינים, וזאת מתוך הכרה במערכת היחסית הייחודית שבין עוסק לקהל לקוחותיו (להבדיל מעוסק לכלל הצרכנים). הצבת דרישה נוקשה כי ההודעה ללקוח תימסר בעיתוי מסוים דווקא, והמונעת תיקון ליקויים באמצעות מסירת הודעה בעיתוי מאוחר יותר, עומדת בניגוד לתכלית זו.

שלישית, התועלת שצומחת ללקוח מכך שההודעה נמסרת לו עובר למסירת פרטי הקשר היא נמוכה, ואינה שקולה כנגד הנזק הנגרם כתוצאה מהצבת דרישה מסוג זה. אין חולק כי המחוקק מחייב את העוסק לא רק לשלוח הודעה עובר למועד משלוח דבר הפרסומת, אלא גם לאפשר ללקוח המעוניין בכך לצאת מרשימת התפוצה לאור ההודעה (תנאי האפשרות ל-Opt-out). כמו כן יכול הלקוח להודיע בכל עת לאחר מכן על רצונו לצאת מרשימת התפוצה של העוסק, וחובת העוסק להוציאו מהרשימה (ראו סעיף 30א(ד)(1) לחוק התקשורת). בהינתן מנגנונים אלה, ובשים לב לשיקולים העומדים ביסוד החריג (ראו פסקה 19 לעיל), אינני סבור שיש הצדקה לאימוץ גישה דווקנית לפרשנות תנאי ההודעה.

29. המסקנה המתבקשת מהאמור לעיל היא שאין הצדקה לקרוא לתוך סעיף 30א(ג) לחוק התקשורת דרישה שאינה כתובה בו, לפיה על ההודעה בדבר הכוונה לעשות שימוש בפרטי הלקוח תימסר ללקוח עובר למסירת הפרטים לעוסק. לאור זאת מתייחר הצורך לדון בשאלה מהו העיתוי בו מסרה סלקום, הלכה למעשה, את ההודעות, שכן אין טענה כי אלה נמסרו לאחר משלוח דברי הפרסום עצמם.

ב. עמידת סלקום בתנאי הדמיון

30. המחוקק לא הסתפק בהגבלת החריג בו עסקינן לאותם לקוחות שמסרו מרצונם את פרטי הקשר לעוסק, אלא הגביל את העוסק בכך שיוכל להשתמש ברשימת התפוצה רק ביחס ל"דבר הפרסומת מתייחס למוצר או לשירות מסוג דומה למוצר או לשירות האמורים בפסקה (1)". לשיטת המערערים יש לפרש תנאי זה כך שהוא מתייחס אך לשירותים מאותו

הסוג שנרכשו על ידי הלקוח הספציפי, במקרה שלפנינו – שירותי טלפוניה סלולרית. לעומתם סבורה סלקום כי אימוץ הפרשנות המוצעת על ידי המערערים תביא לצמצום של סעיף 30א(ג) לחוק רק להודעות על מוצרים או שירותים זהים בניגוד ללשון החוק, הנוקטת דרישת דמיון בלבד.

31. גם בהקשר זה סברתי כי אין מקום לקבל את הפרשנות המצמצמת המוצעת על ידי המערערים. גישה דווקנית מסוג זה תקשה עד מאד לעשות שימוש בחריג, שכן היא תחייב כל עוסק לפצל את רשימות הלקוחות בהתאם לסוג המוצר שרכש הלקוח בעבר. זאת ועוד, ספק בעיני אם פרשנות כזו תואמת את תכליתו של הסעיף מבחינת ציבור הלקוחות, שכן לקוח שרכש מעוסק מוצר מסוים (למשל, ביגוד) עשוי להתעניין גם במוצרים אחרים של אותו עוסק (למשל, נעליים או תיקים). פרשנות שכזו גם אינה תואמת את לשונו של התנאי, המסתפקת בדרישת דמיון, ואינה מציבה דרישה כי ידובר במוצרים זהים. גם מבחינה פרקטית, ובשים לב לשיקולי העלות-תועלת שנזכרו בפסקה 28 לעיל, קשה לראות הצדקה לפרשנות הצרה המוצעת על ידי המערערים.

32. מהו אם כן קו הגבול שמציב תנאי הדמיון? בהקשר זה קשה להציב מבחן חד, ואולם ניתן להצביע על מספר עקרונות מנחים לבחינת הסוגיה:

ראשית, ככלל יש לאפשר לעוסק לשלוח דברי פרסומת לרשימת הלקוחות במגוון התחומים בהם הוא עוסק. כך, למשל, חנות כלי בית יכולה לשלוח הצעות לרשימת הלקוחות ביחס למגוון מוצריה, ואין להטיל עליה דרישה לפצל את רשימת הלקוחות, כך שאדם שרכש כלי מטבח יקבל אך ורק הצעות הנוגעות לכלי מטבח, ואילו אדם שרכש מצעים יקבל אך ורק הצעות ביחס למצעים. בדומה, עסק המתמחה במוצרי חשמל אינו נדרש להבחין בין לקוחות שמסרו לו פרטי קשר אגב רכישת מקררים, לבין לקוחות שמסרו לו פרטי קשר אגב רכישת תנורים או טלוויזיות.

שנית, עוסק אינו רשאי לשלוח דברי פרסומת לרשימת הלקוחות בהתבסס על החריג בו עסקינן, ביחס למוצרים או שירותים שאינם נמכרים על ידו במסגרת עסקיו הרגילים. כך, למשל, חנות כלי בית אינה יכולה לשלוח לרשימת הלקוחות שלה על בסיס סעיף 30א(ג) לחוק התקשורת הודעה בדבר מכירה מוזלת של כרטיסים לבית הקולנוע הסמוך.

שלישית, עוסק אינו רשאי להשתמש מכוח החריג בו עסקינן ברשימת לקוחות של עוסק אחר, וזאת אף אם קיימת זיקה בין שני העוסקים. על כן גם כאשר עסקינן בקבוצת חברות קשורות, אין חברה אחת רשאית להעביר לחברה אחרת את רשימת לקוחותיה לצורכי משלוח פרסומות. כך למשל, למרות שחברת סלקום וחברת שופרסל מוחזקים על ידי אותו בעל שליטה, פשיטא כי החריג בו עסקינן אינו מאפשר לשופרסל לשלוח דברי פרסום לרשימת הלקוחות של סלקום, ולהיפך.

רביעית, כאשר לעוסק מספר תחומי עיסוק נבדלים, הן מבחינה עניינית והן מבחינה אירגונית, יש לראות בכל תחום עיסוק כעוסק נפרד, ולאפשר משלוח לרשימת הלקוחות רק ביחס לדברי פרסום הנוגעים למחלקה הרלוונטית. כך, למשל, חברת ביטוח אינה יכולה לשלוח במסגרת החריג בו עסקינן פרסומות שעניינן ביטוח פנסיוני ללקוחות שרכשו אצלה ביטוח אלמנטרי או ביטוח נסיעות לחו"ל.

33. ומהכלל לעניין שלפנינו. בית המשפט קמא בחן את דברי הפרסום ששלחה סלקום ללקוחות הסלולר שלה, אשר בעטיים הוגשה בקשת האישור, והגיע למסקנה כי הם עומדים בתנאי הדמיון. עמדת בית המשפט קמא בעניין זה תואמת את הקווים המנחים שצוינו לעיל, ולפיכך אינני סבור שיש מקום כי נתערב בה. סלקום אינה מציעה ללקוחות הסלולר שלה שירותי שיחה בלבד, אלא במהלך עסקיה הרגיל מציעה להם מגוון רחב של שירותים סולריים, ובכללם גם מכשירים סולריים, שירותי גלישה, שירותי תוכן וכיו"ב. ללקוח סלולר של חברת סלקום עשוי להיות עניין בפרסומות הנוגעות למגוון השירותים הללו, והם מהווים חלק מההיצע הכללי שמעמידה סלקום לטובת לקוחות הסלולר שלה. במצב דברים זה, ובכפוף לכך שתשמר לכל לקוח האפשרות להסיר עצמו בכל עת מרשימת הפרסום של סלקום, מאפשר החריג שבסעיף 30א(ג) לחוק התקשורת לסלקום לשלוח דברי פרסומת הנוגעים לכל רכיב במגוון השירותים האמור, לכלל הלקוחות הכלולים כדין ברשימת הלקוחות שלה.

הערה לעניין מנגנון ההסרה

34. לא אוכל לסיים את חוות דעתי מבלי להתייחס לנקודה המטרידה בהתנהלות המיוחסת לסלקום בתובענה הייצוגית שלפנינו – אי קיום, על פי הנטען, של מנגנון הסרה פשוט, סביר ואפקטיבי, המאפשר ללקוח המעוניין בכך להימחק מרשימת התפוצה שלה.

35. החובה להעמיד לרשות הלקוח מנגנון הסרה פשוט, סביר ואפקטיבי היא הבריה התיכון בכל הסדר המאפשר משלוח דברי פרסומת לרשימת תפוצה, וזאת בין אם על דרך של קבלת הסכמה להיכלל ברשימת התפוצה (מנגנון Opt-in), ובין אם על דרך של יצירת חריג המאפשר הפעלת מנגנון Opt-out, כדוגמת סעיף 30א(ג) לחוק התקשורת. ללא מנגנון הסרה שכזה, אין מפרסם רשאי לשלוח דבר פרסומת באחת מהדרכים המנויות בסעיף 30א(ב) לחוק התקשורת, והדבר עולה במפורש מהוראות סעיפים 30א(ד)(1) ו-30א(ה)(1)(ג) לחוק התקשורת.

36. במסגרת התובענה שלפנינו נטען כי סלקום הפרה את החובה האמורה, ולא אפשרה הסרה מרשימת התפוצה באופן פשוט, סביר ואפקטיבי. עם זאת, הקבוצה ביחס אליה התבקש אישור התובענה בגין מחדל זה הוגבלה לקבוצת הלקוחות שהתקשרו למענה הקולי שמסרה סלקום במטרה להסיר עצמם מרשימת התפוצה (קרי, לתת הקבוצה השנייה). כשלעצמי, ספק אם צמצום זה של הקבוצה מתחייב מהסדר החוק. כמוכר לעיל, מפרסם אשר אינו מעמיד לרשות הנמען מנגנון הסרה בהתאם לדרישות סעיף 30א. לחוק התקשורת אינו עומד בדרישות החוק כלפי כל נמען אליו שלח דבר פרסומת, ולא רק כלפי אותם נמענים שניסו ללא הצלחה, או בהצלחה שהייתה כרוכה בעלות מיותרת, להסיר את עצמם מרשימת התפוצה של המפרסם. מכאן שייתכן כי ניתן היה לכלול בגדר חברי הקבוצה בעילה בדבר אופן היציאה מהקבוצה את כל נמעני דברי הפרסום ששלחה סלקום, בין אם פנו אליה בבקשה להסירם ובין אם לאו (כלומר, תת הקבוצה הראשונה). ואולם, לא כך נתבקש בבקשת האישור מושא הערעור, ולפיכך אינני נדרש לכך.

טוף דבר

37. לו תישמע דעתי נדחה את הערעור שלפנינו, ונאשר את החלטת בית המשפט המחוזי לדחות את החלק בבקשת האישור הנוגע לעילה בדבר שליחת הודעת פרסומת. הדיון בתובענה ימשך, אם כך, ביחס לעילה בדבר אופן היציאה מהקבוצה בלבד.

38. בנסיבות העניין, ובשים לב לכך שהערעור עורר סוגיות שטרם נדונו עד כה בבית משפט זה, אציע לחבריי שלא לעשות צו להוצאות בערעור.

השופט י' עמית:

אני מסכים.

שופט

השופט ג' קרא:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף.

ניתן היום, כ"ט באדר א התשע"ט (6.3.2019).

שופט

שופט

שופט