



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

לפני כבוד השופט רחמים כהן

מבקשים

1. טל רודד
 2. גד בר אלי
- ע"י ב"כ עוה"ד צבי בר נתן, מרב ברוך וליאור צ'רצ'י

משיבה

נגד
 די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ
 ע"י ב"כ עוה"ד גיורא ארדינסט, הדס בקל ומודי שרפסקי

החלטה

עניינה של בקשת האישור בטענה שהמשיבה, די. בי. אס שרותי לוויין (1998) בע"מ (להלן – yes או המשיבה), משגרת הודעות פרסומת למנוייה מבלי שקיבלה הסכמתם מראש, תוך הפרה של הוראות הדין, כללי הרישיון שלה ושל הסכם ההתקשרות שבינה לבין המנויים.

רקע

המשיבה מספקת שידורי טלוויזיה רב ערוציים למנוייה בישראל מכוח רישיון לשידורי טלוויזיה באמצעות לוויין שהוענק לה על פי חוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב – 1982 (להלן בהתאמה – הרישיון ו-חוק התקשורת).

ההתקשרות בין yes לבין מנוייה מוסדרת בהסכם המפרט את תנאי ההתקשרות המאושר על ידי המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין (להלן בהתאמה – הסכם ההתקשרות ו- המועצה לשידורי כבלים ולוויין).

בהסכם ההתקשרות הוסדרו הדרכים בהן יכולה yes לעשות שימוש לצורך משלוח הודעות למנוייה. אחת הדרכים למסירת הודעות למנויים היא הודעה אלקטרונית, המכונה גם "הודעת yes-mail" המופיעה על גבי מסך הטלוויזיה של המנוי (להלן – הודעת yes-mail או ההודעה)

מעט לעת המשיבה שולחת למנוייה הודעות yes-mail לצורך קבלת עדכונים, מידע אישי בדבר תשלום וחשבונות של המנוי, מידע בדבר שירותים, חידושים ומבצעים מטעם שירות הלקוחות של המשיבה, וכל מידע אחר, שהרגולטור מחייב את המשיבה להביא לידיעת המנויים.

הודעת yes-mail משוגרת באמצעות מערכות yes ומתקבלת בציוד הקצה של המנוי (ממיר). עם קליטתה של ההודעה בממיר, מופיע על גבי מסך הטלוויזיה של המנוי בעת הצפייה סימן חווי בצורת מעטפת דואר (להלן – מעטפית) ועל גבי הממיר נדלקת נורית כתומה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

על מנת לצפות בהודעת yes-mail מסוימת, המנוי נדרש להיכנס באמצעות לחיצת כפתור בשלט הטלוויזיה אל קטגוריית ה"הודעות" בתפריט המשתמש, שם מוצגות ההודעות האחרונות שנשלחו אל תיבת הודעות אישית של המנוי. בכדי לצפות בכל הודעה, המנוי נדרש לבחור בהודעה הרצויה מתוך רשימת ההודעות.

בין יתר ההודעות ששולחת המשיבה למנוייה, נשלחות הודעות הטבת שיתופי פעולה של yes עם גורמים מסחריים, במסגרתן מציעה המשיבה למנוייה את מרכולתם של גורמים מסחריים שונים המסובסדים על ידי המשיבה ותוך מתן הטבה למנויים (להלן – **הודעות הטבה**).

על פי הנטען בבקשת האישור, משלוח הודעות ההטבה באמצעות yes-mail עולה כדי הפרה של ההסדר החקיקתי הקבוע בהוראת סעיף 30א לחוק התקשורת (להלן – **חוק הספאם**) ונעשה בניגוד לרישיונה של yes ובניגוד להסכם ההתקשרות עם המנויים.

תמצית טענות המבקשים

ההתקשרות דרך הודעות yes-mail נועדה להעביר למנויי yes, מידע אינפורמטיבי, בין היתר כזה שהרגולטור או הוראות הרישיון מחייבים אותה להביאו לידיעת המנויים, דוגמת הודעות בדבר שינוי תעריפים, העלאת מחיר, הודעות בדבר פרטיות, שירותים חדשים, עדכונים, חידושים ועוד. אלא, שזולת הודעות אינפורמטיביות אלה, המשיבה עושה שימוש בשירותי yes-mail לצורך פרסום המוני, המתבטא במשלוח הודעות פרסומת שלה ושל גורמים מסחריים אחרים, אותן המשיבה מכנה "הודעות הטבה".

אף על פי שהמשיבה מכנה את ההודעות האמורות "הודעות הטבה", תוכן ההודעות מעלה, שמדובר ב"דבר פרסומת" כמשמעות המונח בסעיף 30א(א) לחוק התקשורת. במסגרת "הודעות הטבה" מפרסמת המשיבה את שירותיה שלה או את שירותיהם או מוצריהם של גופים מסחריים אחרים. זאת, כחלק מאסטרטגיית שיווק לקידומה של המשיבה ולמטרת השאת רווחיה.

כדי להתעדכן בתוכן הודעת yes-mail ובין על מנת "להיפטר" מחיווי המעטפית המורה על קיומה של הודעה, נדרשים המנויים להיכנס לתיבת ההודעות האישית שלהם ובתוכה, להיכנס לכל הודעה.

המשיבה המליצה מאז ומתמיד למנוייה, לקרוא באופן קבוע את הודעות yes-mail שהיא משגרת אליהם. עובדה זו גורמת למנויים להזדרז ולפתוח את ההודעות מחשש שמא יחמיצו מידע חשוב שיאבד בחלוף 7 ימים או בשל דריסת ההודעה על ידי הודעות מאוחרות. מנוי החפץ להיחשף לאינפורמציה צרכנית חשובה, ימהר לפתוח את ההודעה מיד עם הופעת החיווי המסמן את קבלתה. כך למשל, המבקשים עיינו בהודעות ההטבה מאחר שציפו, כי הודעות אלה נועדו לעדכןם בדבר מידע על שירותי yes. בכך נחשפו המבקשים, בעל כורחם, לתכנים פרסומיים לא רצויים שונים, בתדירות ובהיקף גבוהים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

מנויי המשיבה אינם יכולים להימנע מחשיפה להודעות הפרסומת המפרות. מנגנון משלוח הודעות yes-mail אינו כולל אפשרות של הסרת הודעות הפרסומת ולהפסיק את משלוחן. בגוף ההודעה, בתיבת ההודעות האישית ובאתר האינטרנט של המשיבה, אין דרך לבקש מהמשיבה שתסיר מנוי המעוניין בכך, מרשימת התפוצה של הודעות הפרסומת. יתרה מכך, לא ניתן להסיר או להפסיק את המשלוח של אותן הודעות פרסומת, גם לא באופן ישיר על ידי המשיבה עצמה.

המשיבה מנצלת את שירות yes-mail לצורך פרסום המוני, המתבטא במשלוח לכל מנוייה הודעות פרסומת המקדמות את ענייניה המסחריים ואת ענייניהם המסחריים של גופים זרים. המנויים משקיעים עלויות מצטברות רבות של זמן בקריאתן ומוטרדים מחוסר הנוחות הכרוכה בקבלתן. לטענת המבקשים, המשיבה מנצלת לרעה את העובדה, שמנוייה "אנוסים" לצפות בתוכנה של כל הודעה הנשלחת אליהם, שאם לא יעשו כן, תיפגם משמעותית חוויית הצפיה שלהם, ואם לא ימהרו לעשות כן, תימחק ההודעה, ומידע חשוב עלול שלא להגיע לידיעתם.

משלוח הודעות פרסומת באמצעות שירות yes-mail מנוגד לרוחו ותכליתו של סעיף 30א לחוק התקשורת. מנגנון yes-mail כופה על מנויי המשיבה, בעל כורחם, לבצע פעולות רבות ותדירות של סינון והפרדה בין ההודעות הרצויות לכלל ההודעות המתקבלות. מעבר על כל ההודעות הוא פעולה שצורכת זמן, באופן מטריד ואשר פוגעת בנוחותו של המנוי בזמן הצפיה. מנויי המשיבה ובהם המבקשים, שבויים בידי המשיבה ונאלצים להיחשף לכל דבר פרסומת שנשלח על ידה, כאשר אופי הפרסומים, תוכנם ותדירות פרסומם נקבעים על ידי המשיבה בלבד, מבלי שהמנויים נתנו לכך את הסכמתם. כל זאת, תוך התעלמות מוחלטת מההטרדה הנגרמת למנוי, מהזמן אותו הוא נדרש להשקיע על מנת לקרוא את תוכן ההודעות ולמיינן, מהפגיעה בפרטיותו ותוך התעלמות מהוראת סעיף 30א לחוק התקשורת האוסר מפורשות משלוח הודעות מעין אלו, ותוך התעלמות מהוראות הרגולטור והסכם ההתקשורת, המטילים על המשיבה איסור דומה.

יש לראות במשיבה "מפרסם" כמשמעות המונח בסעיף 30א(א) לחוק התקשורת, הן מחמת היותה, מי שתוכן הודעות הפרסומת המפרות עשוי לפרסם את עסקיה או לקדם את מטרותיה והן מחמת היותה משווקת של דברי פרסומת שונים בעבור אחרים.

הודעות הפרסומת הן "דבר פרסומת" כהגדרת המונח בסעיף 30א(א) לחוק התקשורת. זאת, נוכח אופיין המסחרי של ההודעות, שכללו מסרים שמטרתם לעודד רכישת שירותים אצל חברות מסחריות שונות, כמו גם לרכישת שירותי המשיבה. אין בעובדה שיש בהודעות הפרסומת האמורות משום הצעת הטבה, כדי לשלול היותן דברי פרסומת.

הגם שלמבקשים אין ידיעה קונקרטית אם הודעות yes-mail מועברות אליהם באמצעות רשת האינטרנט או באמצעות שידורי לוויין, הרי שהעיקרון של העברת מסר אחד לקבוצה גדולה של נמענים באמצעות רשת בזק ציבורית, נשמר גם ביחס להודעות yes-mail.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

משלוח הודעות הפרסומת המפרות על ידי המשיבה למבקשים וליתר חברי הקבוצה, מהווה "הודעה אלקטרונית כהגדרת המונח בסעיף 30א(א) לחוק התקשורת. הביטוי "הודעה אלקטרונית" יכול וצריך לחול על כל צורת שיגור של מסרים, שעונה מבחינה טכנולוגית (ותכליתית) על ההגדרה שבסעיף האמור. השימוש במונח "הודעה אלקטרונית" כהגדרתו בסעיף 30א(א) לחוק התקשורת, נועד לאפשר את החלת החוק גם על פיתוחים טכנולוגיים, אשר לא נחזו בזמן חקיקתו של סעיף 30א לחוק התקשורת. הרכיבים שבגינם נקבע כי מוצדק לאסור על מפרסם לשלוח דבר פרסומת, חלים ביחס להודעות אלקטרוניות מסוג yes-mail.

משלוח הודעות הפרסומת המפרות על ידי המשיבה למבקשים וליתר חברי הקבוצה, מהווה גם "הודעת מסר קצר" כהגדרת המונח בסעיף 30א(א) לחוק התקשורת. שיגור הודעות הפרסומת המפרות לציוד הקצה שברשות המבקשים ויתר חברי הקבוצה, נעשה על גבי רשת בזק ציבורית. אספקת שירותי הלוויין של המשיבה כרוכה בהקמת תשתית רחבה בפריסה ארצית, המיועדת לכלל הציבור, והיא כוללת שימוש באי אילו מסוגי הציוד המהווים "רשת בזק ציבורית".

המשיבה לא פעלה כמתחייב מהוראת סעיף 30א(ה) לחוק התקשורת. המשיבה לא ציינה בהודעות הפרסומת המפרות שמדובר בדברי פרסומת; המילה פרסומת לא הופיעה כלל בגוף הודעת הפרסומת או בנושא שלה וכן, לא צוינה זכות המבקשים לשלוח הודעת סירוב לקבלת דברי פרסומת מסוג זה ואף לא קיימת אפשרות להסיר הודעות פרסומת אלה.

מקור נוסף לאיסור פעולות המשיבה בשיגור הודעות הפרסומת המפרות אל מנוייה באמצעות שירות yes-mail, הן הוראות הרישיון וכפועל יוצא מכך של הסכם ההתקשרות שבין המשיבה לבין המנויים. הוראות הרישיון אוסרות על המשיבה לשדר או לשגר הודעות פרסומת במהלך שידוריה, בין במישרין ובין בעקיפין. ההתייחסות ל"הודעה אלקטרונית" בהסכם ההתקשרות, היא כאל כלי להבאת מידע אינפורמטיבי, העומד בבסיס ההתקשרות, לידיעת המנויים. בכך, יוצרת המשיבה בעיני מנוייה מצג, כי ההודעות שהיא משגרת אליהם הן בעלות תוכן אינפורמטיבי בר חשיבות המתייחס ללב ההתקשרות בין הצדדים (מחיר השירות, שינוי בשירות וכיו"ב).

מבלי לדעת ובניגוד להסכם ההתקשרות, המשיבה משתמשת במנגנון שנועד להיטיב עם המנויים, ככלי לגריפת רווח כלכלי על חשבון זמנם ומרצם. עוד ולחלופין, מעשי המשיבה בשיגור הודעות הפרסומת המפרות מהווים גם הפרה של ההנחיות והמדיניות שהותוו על ידי המועצה לשידורי כבלים ולוויין.

על פי בקשת האישור, הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה הייצוגית תכלול: "כל מי שהיה לקוח של המשיבה במהלך 7 השנים שקדמו למועד הגשת התובענה ובקשת האישור ונתקבלה אצלו הודעת פרסומת מפרה (כהגדרתה בבקשת האישור), אחת או יותר, באחד או יותר מהממירים שבשימוש".





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 14-09-3468 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

המבקשים טוענים, שהתנהלות המשיבה מקימה להם מספר עילות תביעה ובכלל זה עילה מכוח הפרת חוק התקשורת; עילה בגין עוולת רשלנות; עילת בגין עשיית עושר ולא במשפט; עילה בגין פגיעה בפרטיות; עילה בגין הפרת ההסכם שבין המשיבה לבין מנוייה וכן, עילה בגין הפרת הרישיון.

עוד טוענים המבקשים, שהתנהלות המשיבה במשלוח הודעות הפרסומת המפרות, מקימה מספר ראשי נזק נפרדים: הנזק הממוני מתבטא בהתעשרות המשיבה על חשבון חברי הקבוצה, שנדרשו להשקיע מזמנם, מרצם ושלוותם, בקריאה ועיון בכמות העצומה של הודעות הפרסומת המפרות ששיגרה אליהם המשיבה. על מנת להביא לקביעה אחידה של פיצוי בגין הנזק הממוני שנגרם לחברי הקבוצה, טוענים המבקשים כי על המשיבה להשיב לחברי הקבוצה את ההכנסות שהפיקה במסגרת שיגור הודעות הפרסומת המפרות אליהם – בין הכנסות ישירות ובין פירות ורווחים אשר הופקו משיגור הפרסומת המפרות, בין בכסף ובין בשווי כסף. הנזק הלא ממוני מתבטא בחוסר הנוחות שהוסבה לחברי הקבוצה, ההטרדה, אבדן הזמן והרגשות השליליים שהם חוו, נוכח משלוח הודעות הפרסומת המפרות, וכן גם בעצם הפגיעה באוטונומיה של חברי הקבוצה, שנחשפו בעל כורחם להודעות פרסומת מפרות אלה.

עוד עותרים המבקשים לקבלת צו הצהרתי שיקבע, כי בשיגור הודעות הפרסומת המפרות, המשיבה הפרה את הוראות סעיף 30א לחוק התקשורת (לרבות סעיפי המשנה שלו), את הוראות הרישיון שהוענק לה מכוח חוק התקשורת, כמו גם את הסכם ההתקשרות עם מנוייה. וכן, צו מניעה קבוע, האוסר על המשיבה לשגר לחברי הקבוצה הודעות פרסומת מפרות כהגדרתן לעיל, או הודעות אחרות בעלות תוכן פרסומי.

תמצית טענות המשיבה

לטענת המשיבה, הודעת yes-mail אינן ספאם וסעיף 30א לחוק התקשורת אינו חל על משלוח הודעות yes-mail - לא על פי לשונו, לא על פי תכליתו ולא על פי שיקולי מדיניות משפטית. המשיבה גם לא הפרה את תנאי הרישיון שלה או את הסכם ההתקשרות שבינה לבין מנוייה.

סעיף 30א(ב) לחוק התקשורת קובע איסור על משלוח דבר פרסומת ללא קבלת הסכמת הנמען, מראש ובכתב, רק באחת מהדרכים הבאות: פקסימיליה; מערכת חיוג אוטומטי; הודעה אלקטרונית; הודעת מסר קצר - ובהן בלבד. מדובר ברשימה סגורה של אמצעי תקשורת שבהם לא ניתן לשגר "דבר פרסומת" בלא הסכמת הנמען. הסעיף אינו אוסר ולא התכוון לאסור, שיגור "דבר פרסומת" בדרכים אחרות, שאינן מנויות בו. משלוח הודעות yes-mail אינו נופל לאף אחת מארבע הדרכים המנויות בסעיף.

הודעת yes-mail אינה "הודעה אלקטרונית" כהגדרתה בחוק התקשורת, שכן לא מתקיימים לגביה התנאים המצטברים הקבועים בחוק התקשורת: היא אינה "מסר בזק" כהגדרתו בחוק התקשורת:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

היא אינה מועברת על גבי רשת האינטרנט (אלא באמצעות מערכת שידור לווייני); והיא אינה ניתנת לאחזור או לשמירה בדרך ממוחשבת. הודעת yes-mail גם אינה "הודעת מסר קצר" כהגדרתה בחוק התקשורת, וגם לגביה לא מתקיימים התנאים המצטברים הקבועים בחוק התקשורת: מעבר לכך שאינה "מסר בזק", היא אינה מועברת על גבי "רשת בזק ציבורית". כל ניסיון של המבקשים להחיל את הוראות חוק הספאם על הודעת yes-mail, הוא ניסיון מלאכותי לקרוא אל תוך הסעיף את שלא נאמר בו. לשונו של הסעיף היא חד משמעית ואינה כוללת מילים שעשויות לרמוז על רשימה פתוחה.

תיבת yes-mail מכילה בכל זמן נתון 4 הודעות לכל היותר (ולרוב מכילה פחות מכך). אין מדובר במערכת דואר אלקטרוני או בתיבת הודעות פרטית המשמשת את המנוי באופן שוטף לצרכיו הפרטיים, אלא בתיבה שהיא חלק בלתי נפרד ממערכתיה של yes. היא מכילה אך ורק הודעת yes-mail והעלויות הכרוכות בהפעלתה מושתות על המשיבה, ועליה בלבד. בשונה מתיבת דואר אלקטרוני רגילה, מנוי שקיבל הודעת yes-mail אל הממיר שבביתו אינו יכול להשיב להודעה או להעבירה לאחר. תיבת ההודעות האישית היא "חד כיוונית", ולמעט האפשרות הניתנת למנוי למחיקת ההודעה שהתקבלה (בין אם לפני קריאתה ובין אם לאחריה), לא ניתן לעשות שימוש אחר כלשהו בתיבת yes-mail.

כאשר ההודעה נשלחת אל כלל המנויים, אין כל אפשרות טכנית לקבוע שההודעה לא תישלח אל מנוי מסוים. השימוש בתיבת yes-mail מסור לשיקול דעתו של המנוי ומנוי המעוניין בכך, יכול לבחור שלא "לבקר" בה לעולם. על מנת לקרוא את ההודעה, על המנוי ללחוץ על כותרת ההודעה ורק אז נפתח מסך נוסף שבו מופיע תוכן ההודעה. המנוי אינו חייב לפתוח כל הודעה על מנת לדעת אם מדובר בהודעה אינפורמטיבית או בהודעת הטבה. כל הודעה נושאת כותרת המפרטת את נושאה. הכותרת ברורה ומלמדת על תוכנה של ההודעה ומאפשרת למנוי להחליט אם לפתוח אותה אם לאו.

כל מנוי יכול לבטל את חיווי המעטפית אודות קבלת הודעה שמופיע על גבי מסך הטלויזיה, ובמקרה כזה – להתעלם מקיומה של תיבת ההודעות ומההודעות הנשלחות באמצעותה.

הודעת yes-mail נמחקת באופן אוטומטי לאחר פרק זמן של 7 ימים או לאחר פרק זמן קצר יותר במקרה שכך נקבע על ידי yes או במקרה בו נשלחה למנוי הודעה חדשה ותיבת yes-mail מכילה כבר ארבע הודעות אחרות (אז נמחקת ההודעה המוקדמת ביותר). ההודעה ניתנת למחיקה גם קודם לכן, על ידי המנוי, באופן עצמאי, באופן מידי ואף מבלי לפתוח אותה.

הודעות yes-mail אינן ספאם. הן אינן "רוכבות" על רכושו של ספק אינטרנט או טלפוניה; הן אינן מגיעות לרכושו של הנמען; הן אינן "מתחזות" למה שאינן; הן אינן "נערמות" בתיבת הדואר; אין למיין; הן נעלמות מעצמן וניתן לבחור ולהתעלם מהן – על נקלה. הודעות yes-mail אינן מטילות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 14-09-3468 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

על מנוייה של yes עלויות מיוחדות הכרוכות בטיפול בהודעות, ובשונה מהטיפול הנדרש ב"דואר זבל", מנוייה של yes אינם צריכים לבצע "פעולות רבות ותדירות" של מיון דואר אלקטרוני, או לבזבז זמן רב על "סינון והפרדה" בין ההודעות הרצויות לבין כלל ההודעות, ודאי לא סינון "על בסיס יומיומי" כפי שטוענים המבקשים. המשיבה אינה מקבלת תשלום כלשהו, לרבות מגורמים מסחריים, בגין משלוח הודעות הטבה. גם כאשר הודעות אלה כוללות שיתופי פעולה עם גופים מסחריים, yes אינה מקבלת סכום כלשהו מאותם גופים, ולעיתים היא אף משלמת לאותם גופים ומסבסדת להנאת מנוייה את ההטבות המוענקות להם.

הסדר חוק הספאם נועד ליצור איזון בין הרצון להגן על הציבור מפני מטרד פוטנציאלי ב"מתחם הפרטי" שלו, לבין הרצון לאפשר פעילות מסחרית שקיים אינטרס לגיטימי לאפשר אותה. תכלית חוק הספאם אינה להגן על הציבור מפני כל דבר פרסומי, אלא רק לחסוך ממנו את הטרדה הכרוכה בטיפול ב"דואר זבל". בנסיבות אלה בתי המשפט מחויבים בזהירות רבה בבואם לפרש את הוראות החוק, במיוחד בשים לב לכך שמדובר בהליך של תובענה ייצוגית, אשר לא נועד לעסוק בשאלה מהי "הפרשנות הראויה" של דבר חקיקה כזה או אחר, ולא נועד לחדש חידושים מהותיים בדין.

המשיבה לא הפרה את "איסור הפרסומי" הקבוע ברישיונה שכן, הוראות הרישיון אוסרות על yes לכלול תשדירי פרסומי במסגרת שידוריה, ואין כל דרך לטעון כי הטבה המוצעת למנויים, באמצעות הודעת yes-mail, אשר נקלטת בממיר של המנוי, ונמצאת בתוך תיבת yes-mail לפרק זמן מוגבל, היא תשדיר פרסומי. ממילא, טענה לאי עמידה ברישיון, כשלעצמה, אינה יכולה להקים למבקשים עילה כלשהי מן הדין נגד המשיבה. זאת, לאור העובדה שהוראות איסור הפרסום שברישיונה של המשיבה הותקנו כדי להגן על מקור המימון של הערוצים המסחריים.

המשיבה לא הפרה את הסכם ההתקשרות בינה לבין מנוייה. בנפול הטענה להפרת רישיון, ממילא נופלת גם הטענה בדבר הפרת הסכם ההתקשרות. טענת המבקשים לפיה, הסכם ההתקשרות אוסר על המשיבה לשלוח למנוייה הודעות שאינן אינפורמטיביות, נטענה על דרך הסתם וממילא אין לה כל אחיזה בלשונו של ההסכם.

תיבת yes-mail מכילה כאמור עד 4 הודעות בו זמנית. אלה נמחקות מאליהן כעבור מספר ימים, בין אם המנוי פתח את ההודעה ובין אם לאו. לכך יש להוסיף שמספר ההודעות שנשלחות למנויים באמצעות הודעת yes-mail, זניח – כ-4 הודעות בחודש. לא ניתן לטעון, שמספר הודעות מועט זה מטיל על המשתמש נטל מיוחד או עלות כלשהי לצורך הטיפול בהן. כיוון שהודעות yes-mail נשלחות לממיר בבית המנוי, לא נעשה כל שימוש בפרטיו האישיים של המנוי – כגון כתובת הדואר האלקטרוני שלו או מספר הטלפון שלו. במצב זה לא עולה החשש – שגם עמו ביקש המחוקק להתמודד – שפרטיו של המנוי יועברו הלאה לגורמים חיצוניים ללא רשות מצד בעליהם או להפצת וירוסים מזיקים למחשב או לטלפון של הנמען.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 14-09-3468 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

המבקשים לא הוכיחו את הנזקים הנטענים על ידם. בניגוד למקרה הרגיל של "דואר זבל", במסגרתו מועברת עלות משלוח ההודעות מן השולח לספקי התקשורת, בענייננו yes – היא השולחת – נושאת בעצמה בכלל העלויות הכרוכות במשלוח ההודעות, ואינה מגלגלת אותו או מחצינה עלות כלשהי על מנוייה או על ספקי תקשורת אחרים. מאחר שההודעות משוגרות באמצעות שידור לווייני, שידור הודעת yes-mail אינו יוצר עומס על רשת האינטרנט ואינו מפריע לגורם אחר כלשהו העושה בה שימוש לצרכים אחרים. טענת המבקשים לנזקים נטענו באופן סתמי וממילא אין לה כל בסיס. אין בסיס גם לנזק הנטען בעניין "פגיעה באוטונומיה". המבקשים לא הביאו ולו ראשית ראיה ל"הנחה" שמנוייה של yes סבורים שמשוגרות אליהם באמצעות שירות הודעות yes-mail רק הודעות אינפורמטיביות בדבר השירות המסופק להם. נוסף על כך, בניגוד לטענת המבקשים, המשיבה אינה כופה על מנוייה דבר. חשיפה להודעות נתונה לבחירתו של המנוי, ואם סבר מנוי כלשהו שהודעת yes-mail כזו או אחרת פוגעת בו או גורמת לו לנזק כלשהו, הרי עומדת לו האפשרות שלא לקרוא את ההודעה, למחוק אותה מיד עם קבלתה, לכבות את מסך הטלוויזיה או לנקוט בצעד חריף יותר – להפסיק את התקשורת עם yes. אפילו ניתן היה לטעון שהמשיבה כפתה על מנוייה להיחשף להודעות (ולא כך הם פני הדברים), הרי שמקרה זה ממילא אינו עולה בקנה אחד עם המקרים שבגינם הכירה הפסיקה בראש נזק כה חריג של פגיעה באוטונומיה של הרצון, וממילא אין להחילו בענייננו. בנוסף, המבקשים לא עמדו בחובתם להציע מנגנון מעשי לאיתור חברי הקבוצה ולחישוב הנזק הנטען ולא עמדו בחובתם להקטין את נזקם.

התקופה הרלוונטית להגדרת חברי הקבוצה אינה יכולה לחול קודם לכניסתו לתוקף של סעיף 30א לחוק ביום 1.12.2008. לפיכך, בית המשפט הנכבד מתבקש לדחות את התביעה למצער בכל הנוגע לתקופה זו.

בהתייחס להגדרת חברי הקבוצה הנטענת, טוענת המשיבה, שהמבקשים הגדירו את הקבוצה באופן כוללני וגורף, המתעלם מהשונויות המהותיות והיסודיות הקיימת בין חברי הקבוצה. שונות זו מתייחסת, בין היתר, לשאלת חשיפתם להודעות ההטבה, לעמדתם ביחס להודעות אלה, ולקיומו של נזק נטען, ואשר מחייבת התייחסות פרטנית לנסיבות ייחודיות וספציפיות של כל אחד ואחד מחברי הקבוצה הנטענת.

גם יסוד הנזק נבדל באופן מהותי בין חברים שונים בקבוצה. כך למשל, חברי קבוצה שלא הוטרדו מקבלת ההודעות; חברי קבוצה שמימשו את ההטבות המוצעות או חברי קבוצה המעוניינים בקבלת הודעות הטבה – לכל אלה לא נגרם נזק, והם אינם זכאים לפיצוי. מכאן, שלא מתקיימות שאלות משותפות של עובדה או משפט ואין בנמצא קבוצה הומוגנית אותה ניתן לייצג.

בהתייחס לעילת התביעה האישית של המבקשים, טוענת המשיבה, כי על פי המידע המצוי במערכות yes, בשנת 2003 ביקש המבקש להחליף את שם המנוי, כך שהוא יירשם על שמה של המבקשת 1.





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 14-09-3468 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

אלא, שהליך העברת המנוי על שמה של המבקשת לא הושלם, והמנוי נותר רשום במערכותיה של yes לפי מספר תעודת הזהות של המבקש. בנסיבות אלה ברור, כי אין כל יריבות בין המבקשת לבין המשיבה, כי הבקשה מטעמה נעדרת עילת תביעה אישית ודינה להידחות על הסף.

נוסף על כך, בנסיבות אלה בהן, לפי גרסת המבקשים, הם כלל לא "נחשפו", עד לאחרונה, ל"הודעות המפרות", ברור כי הם מנועים מלטעון ל"נזקים" שכביכול נגרמו להם בגין הודעות אלה קודם לאותה חשיפה. יתרה מכך, מבדיקה שערכה yes עולה, כי במהלך 12 השנים שבהם המבקשים מנויים על שירותיה הם פנו אל שירות הלקוחות של yes מספר לא מבוטל של פעמים, והמבקש אף הגיש נגדה תביעה לבית המשפט לתביעות קטנות (שעניינה גובה דמי המנוי המשולמים על ידם). אלא שעל אף טענות המבקשים, שמשלוח "ההודעות המפרות" גרם להם לנזקים בגין "אובדן משאבי הזמן", "ההטרדות החוזרות", "אי הנוחות" ו"רגשות שליליים", באף אחת מפניותיהם של המבקשים למשיבה, הם לא הלינו על הודעות ההטבה שנשלחו אליהם לתיבת yes-mail. לטענת המשיבה, "אין ספק, כי לא כך מתנהגים מי שחשו תחושות קשות כתוצאה משיגור הודעות הטבה לתיבת yes-mail. בוודאי, שאנשים כאמור לא ממשיכים לשלם כסף וממשיכים להיות מנויים על שירותיה של חברה שגורמת להם לתחושות כאלה".

דיון

התנאים לאישור תובענה ייצוגית

בקשה לאישור תובענה ייצוגית היא הליך מקדמי במסגרתו בית המשפט, הנדרש להכריע בשאלה האם יש מקום לדון בתובענה שהובאה לפתחו כתובענה ייצוגית, בוחן התקיימותם של מספר תנאים:

סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות תשס"ו – 2006 (להלן – **חוק תובענות ייצוגיות**) קובע, שלא תוגש תובענה ייצוגית אלא "בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית".

בקשת האישור הוגשה לפי פרט 1 וכן לפי פרט 12 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות.

פרט 1 לתוספת השנייה קובע את האפשרות להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית "נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין מנוי, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו". המשיבה מוכרת שירותי שידורי לוויין למנוייה ובכלל זה למבקשים. בתור שכזו, יש לראותה כעוסק במסגרת יחסיה עם המבקשים – מנוייה.

פרט 12 לתוספת השנייה קובע את האפשרות להגיש תובענה ייצוגית "נגד מפרסם כהגדרתו בסעיף 30א(א) לחוק תקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב – 1982". המשיבה מפרסמת הודעות למנוייה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

במסגרת שירות הודעות yes-mail. הצדדים אמנם חלוקים לגבי טיבן של ההודעות הנשלחות במסגרת yes-mail והאם יש להגדירן כ"דבר פרסומתי". עם זאת, על פניו נראה שבנסיבות העניין, המשיבה היא "מפרסם" כהגדרתו בסעיף 30 לחוק התקשורת.

סעיף 4 לחוק תובענות ייצוגיות קובע תנאי נוסף, שעניינו קיומה של עילת תביעה אישית.

לטענת המשיבה, המבקשת, כלל אינה רשומה כמנויה במערכותיה של yes. על כן ומאחר שהודעות yes-mail משודרות אל הממיר בבית המנוי ומיועדות לשמש את yes לצורך משלוח הודעות למנוייה בלבד, דין תביעתה של המבקשת להידחות בשל העדר יריבות ובשל העדר עילת תביעה אישית נגד yes. עוד מוסיפה המשיבה, כי המבקשת לא טרחה לצרף תצהיר לתמיכה בבקשת האישור. בהיעדר תצהיר מטעמה של המבקשת, נעדרת בקשת האישור תשתית ראייתית כלשהי לרבות בכל הנוגע להתקיימות תנאי הסף להגשתה.

טענות המשיבה נדחות.

אי צירוף תצהיר התומך בטענותיו העובדתיות של מבקש המגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית, מצדיק, ככלל, לדחות את טענותיו על הסף. בעניין זה אף קיים הסדר ספציפי בתקנה 2(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות:

"המבקש יצרף לבקשת האישור תצהיר מטעמו לשם אימות העובדות המשמשות יסוד לבקשה; תצהיר אשר לא צורף לבקשה בעת הגשתה לא יצורף לה אלא ברשות בית המשפט."

מבקש בבקשה לאישור תובענה ייצוגית נדרש לבסס את טענותיו על תשתית עובדתית קונקרטית, סדורה ומפורטת, המגובה בתצהיר ובאסמכתאות רלוונטיות. על חשיבותו של התצהיר ניתן ללמוד מדברי כב' הנשיא (בדימוס) א' גרוניס בע"א 409/13 שידורי קשת בע"מ נ' קופר:

"הטעם לצירוף התצהיר אינו טכני בלבד, אלא הוא בעל משמעות ראייתית חשובה. חשיבותו של התצהיר בכך שהוא- הוא יוצר את התשתית העובדתית עליה נשענות בקשות בכתב בהליכים אזרחיים... בלא תצהירים לתמיכה בבקשה, אין בידי בית המשפט לקבוע ממצאים עובדתיים ולהכריע בתיק." (להלן - עניין שידורי קשת, מיום 11.4.2013, פסקה 12).

הרציונלים והטעמים עליהם עמד בית המשפט בעניין שידורי קשת, מתקיימים בענייננו על דרך הגשת תצהירו של מבקש 2. תצהיר מבקש 2 מציג את התשתית העובדתית עליה נשענת בקשת האישור. המבקשים הבהירו במסגרת בקשת האישור וחזרו על כך בסיכומיהם, כי בקשת האישור הוגשה מטעמי זהירות על ידי שני המבקשים "כאחד":



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

"המבקשים בהליך זה הינם בני זוג המתגוררים יחדיו, אשר משנת 2002 ובמהלך כל התקופה הרלוונטית לבקשה זו היו לקוחותיה של המשיבה. כיוון שהתעוררה שאלה מי מבין המבקשים רשום כבעל המנוי אצל המשיבה, הוגשה התובענה, מטעמי זהירות, על ידי שני המבקשים כאחד." (פסקה 279 לסיכומי המבקשים).

ואכן, ההתייחסות למבקשים "כאחד" שזורה לכל אורכו של תצהיר המבקש:

"טל ואני בני זוג המתגוררים יחדיו. במהלך כל התקופה הרלוונטית לבקשת האישור (ולמעשה כבר החל משנת 2002) היינו לקוחותיה של המשיבה. יצוין כי לא ידוע לי מי מאיתנו רשום כבעל המנוי אצל המשיבה. לפי בירורים שערכנו, טל היא הרשומה/ ממעונת כמנויה (והיא זו שכרטיס האשראי שלה מחויב בגין עלות המנוי החל משנת 2008), ברם זיהוי המנוי במערכות המשיבה נעשה על פי תעודת הזהות שלי. מטעם זה, ומחמת הזהירות בלבד, מוגשת התביעה על ידי שנינו." (פסקה 13 לתצהיר המבקש).

בהתייחס לעילת התביעה האישית, אכן ניתן להתייחס לבני הזוג יחד, כאשר בשל אי העברת המנוי, נדרש צירופם של שני המבקשים. מכתבי טענות הצדדים עולה, ששמה של המבקשת רשום במערכות yes כמנויה; החשבוניות ממוענות על שמה וכרטיס אשראי הנושא את שמה הוא זה המעודכן במערכות yes, ולצד זאת, הזיהוי במערכות נעשה על פי תעודת הזהות של המבקש.

מר דורון פלח, סמנכ"ל טכנולוגיות מידע במשיבה (להלן – מר פלח) אישר בעדותו, כי חרף בקשה שהופנתה למשיבה להעביר את המנוי על שמה של המבקשת, העברת המנוי לא הושלמה:

"ש. עכשיו בסעיף 17 לתצהיר שלך, אתה טוען, ואני מצטט, כי על פי המידע המצוי במערכותיה של יס, בשנת 2003 ביקש המבקש להחליף את שם המנוי, כך שהוא יירשם על שמה של המבקשת אחת, אלא שהליך העברת המנוי על שמה של המבקשת 1 לא הושלם, והמנוי נותר רשום במערכותיה של יס לפי מספר תעודת הזהות של המבקש. אתה יודע לומר לנו מה הסיבה שבגינה הליך העברת המנוי על שם המבקשת לא הושלם?"

ת. לא

...

ש. לשם אתם שולחים את החשבון שלכם. תוכל לומר לי למה אתם שולחים את החשבון אליה, אם היא איננה המנוי?

ת. כי זאת הכתובת למשלוח חשבון שמופיעה במערכות.

ש. לא כתובת, כתובת היא יהושע בן נון. שם גרים גם טל רודד וגם גדי בראלי. אני שאלתי אותך מדוע הנמענת, זו שאתם אומרים לה, את חייבת לנו כסף, תשלמי לנו בבקשה, למה הגברת טל רודד היא זו שאליה אתם שולחים את החשבון?



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 14-09-3468 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

ת. כמו שאמרת קודם, כיוון שאני לא יודע למה לא בוצעה, הושלמה העברת המנוי, אז הכתובת שנשארה, זו הכתובת.

...

ש. ... עכשיו כאשר נכנסים לפירוט חשבון הלקוח, שאליו ניתן להיכנס דרך תפריט השירותים בשלט, שזה גם בנספח 1 לתשובה לתגובה, גם כאן מי שמופיע כלקוח במסך, רודד טל. אתה רואה?

ת. כן.

ש. ... אתה תדע להסביר לי מדוע, אם היא איננה המנוי?

ת. לא, אותו הדבר.

ש. אתה לא תדע להגיד לי. אוקי עכשיו, את נספח שדרוג התוכן ונספח מבצע k3d, שהוא נספח 2 לתגובה, ששלחתם ללקוחות שלכם, גם אותו שלחתם לגברת טל רודד, נכון?

ת. כן.

ש. האם כאן תדע לומר לי מדוע, אם היא איננה מנוי, קיבלה את הפניה הזו?

ת. לא.

ש. לא. אז אתה יכול להגיד לי, או לאשר לי, שמבחינת יס, הן מבחינת התשלום, הן מבחינת העדכון, הן מבחינת פירוט מצב החשבון, הן מבחינת שם הלקוח וחשבונית המס, היא המנוי וגם הוא המנוי, נכון?

ת. אני לא יודע, אני רק, " (עמ' 62-64 לפרוטוקול, הדגשות הוספו).

מהאמור עולה, שאף כי לא ברור מהו הטעם בגינו לא הושלמה העברת המנוי על שמה של המבקשת כפי שהתבקשה המשיבה, לא נראה, שהדבר נובע מפגם בהתנהלות המבקשים.

בנסיבות אלה, שעה שבקשת האישור הוגשה בשם שניהם "כאחד" ונתמכה בתצהיר, אשר לכל אורכו, מתייחס לשני המבקשים ולעובדות המקימות את התשתית העובדתית לטענות שהעלו המבקשים בבקשת האישור, אין מקום כי כשלים טכניים ובירוקרטיים הכרוכים בהתנהלות המשיבה, יובילו לדחיית בקשת האישור ככל שהיא נוגעת למבקשת 1. לפיכך, בנסיבות אלה וחרף העובדה, שהמבקשת לא הגישה תצהיר, אין מקום לדחות את בקשתה בשל אי הגשת תצהיר.

המבקשים הניחו תשתית ראייתית לכאורית לטענותיהם באשר לתופעה שעניינה, קבלת הודעות yes-mail המכילות הצעה לרכישת שירותים של גורמים מסחריים. קיימת מחלוקת בדבר טיבן ואופיין של הודעות אלה ובשאלה, האם מדובר בהודעות הטבה או שמא בהודעות פרסומת





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

ששליחתן מנוגדת להוראות חוק התקשורת. המחלוקת האמורה והשלכותיה צריכות להתברר כדבעי, אך די בתשתית הראייתית שהניחו המבקשים, על מנת לברר האם, מתקיימים התנאים הקבועים בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות המצדיקים את ניהול התובענה כייצוגית.

סעיף 8(א) מקנה לבית המשפט שיקול דעת האם לאשר את הגשת התובענה כייצוגית בהתקיים מספר תנאים:

- (1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;
- (2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;
- (3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת;
- (4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב.

שירות הודעות yes-mail

כאשר מתקבלת אצל המנוי הודעת yes-mail חדשה שהמשיבה משגרת אליו, עשוי להופיע על גבי מסך הטלוויזיה שלו, בפינה השמאלית העליונה, חיווי המעטפית. בעת מעבר ערוץ, החיווי עשוי לחזור ולהופיע שוב ושוב, על גבי מסך הטלוויזיה. החיווי האמור, מופיע לסירוגין אצל המנוי עד לפתיחת ההודעה ולצפייה בתוכנה ולחלופין וככל שלא תיקרא, עד למחיקתה באופן אוטומטי על ידי המערכת. מנוי אשר מעוניין בכך, יכול לבטל בכל עת ובקלות את הופעתו של חיווי המעטפית, באמצעות פריט הגדרות המשתמש בממיר.

באמצעות השלט ניתן להיכנס לתיבת ההודעות האישית הכוללת את רשימת ההודעות המתקבלות ושמורות בממיר. תיבת ההודעות מכילה רשימת הודעות אלקטרוניות, כאשר כל אחת מההודעות מתוארת באמצעות כותרת קצרה. על מנת לקרוא תוכן של הודעה מסוימת, יש לבחור את ההודעה הרלוונטית באמצעות השלט, שאז נפתחת ההודעה לכדי מסך מלא.

תיבת yes-mail משמשת רק את yes ואת מנוייה והשימוש בה אינו כרוך בעלות כלשהי מבחינתו של המנוי. לא מדובר בתיבת הודעות פרטית המשמשת את המנוי באופן שוטף לצרכיו הפרטיים, כי אם בתיבת הודעות המהווה חלק בלתי נפרד ממערכתיה של yes, והעלויות הכרוכות בהפעלתה מושתות על המשיבה, ועליה בלבד.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

נפח תיבת ההודעות שמקצה המשיבה לכל אחד ממנוייה מספיק עבור 4 הודעות בלבד. כאשר מתקבלת ההודעה החמישית, היא "דורסת" את ההודעה הראשונה ומוחקת אותה (סעיף 10 לתצהיר מר פלח).

הודעת yes-mail נמחקת באופן אוטומטי לאחר פרק זמן של 7 ימים, או לאחר פרק זמן קצר יותר במקרה שכך נקבע על ידי yes או במקרה בו נשלחה למנוי הודעה חדשה ותיבת yes-mail מכילה כבר 4 הודעות אחרות (אז נמחקת ההודעה המוקדמת ביותר). ההודעה ניתנת למחיקה גם קודם לכן, על ידי המנוי, באופן עצמאי.

בהתאם למגבלות הטכנולוגיות של yes ניתן לשגר את ההודעה לכל המנויים או לקבוצת מנויים אשר ההודעה רלוונטית רק אליהם (למשל, מנויים המנויים על ערוץ מסוים, מנויים שהמבצע שלהם מסתיים וכיו"ב). ההודעה נשלחת אל כלל המנויים (או לקבוצה) ואין כל אפשרות טכנית לקבוע, שההודעה לא תשלח אל מנוי מסוים. בתוך גוף ההודעה או בתוך תיבת ההודעות האישית, אין דרך לבקש מן המשיבה שתסיר את המנוי המעוניין בכך מרשימת התפוצה של הודעותיה.

במסגרת המדריך לשירותי yes ממליצה המשיבה בפני המנויים לקרוא באופן קבוע את ההודעות שהיא משגרת אליהם: "אנו ממליצים לקרוא את ההודעות באופן קבוע מאחר שהודעות ישנות נמחקות ומוחלפות בהודעות חדשות." (נספח 5 לבקשת האישור).

כאשר תיבת ההודעות האישית פולטת את ההודעה המוקדמת יותר כדי לפנות מקום להודעה מאוחרת יותר, היא אינה מבחינה אם מדובר בהודעה אינפורמטיבית שהרגולטור חייב את המשיבה לשלוח למנוייה או בהודעה (למשל פרסומית) שהמשיבה בחרה לשלוח אליהם על דעת עצמה.

מנוי של המשיבה שעל פני תקופה מסוימת "מתעלם" מחיווי המעטפית ולא צופה בהודעה, עלול לעמוד בפני מצב שבו הודעה אחרת קודמת שנשלחה אליו, כבר נמחקה. כך כפי שעולה מעדותו של מר פלח:

ש: אוקי. עכשיו תאמר לי בבקשה, בהמשך לשאלה הקודמת, יכול להיות מצב, אתה אמרת שיכול להיות מצב, שאם אתעלם מהמעטפה ולא אפתח אותה, אה, במהירות יחסית. שיכולה לנוע בין ימים אחדים, נניח, אז הודעה תיעלם לי,

ת: נכון.

ש: ההודעה תיעלם לי יכולה למשל להיות הודעה מסוג ההודעות שהרגולטור מחייב אתכם להודיע לי.

ת: יכול להיות,

...



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

ת. יכול להיות, אבל בגלל זה, את ההודעה שהרגולטור מחויב, אני מחויב לשלוח ביותר מדרך אחת ללקוח.

...

ש. בסדר. אני עכשיו שואל על ההודעה האלקטרונית. כאשר התיבה פולטת את ההודעה המוקדמת יותר כדי לפנות מקום להודעה מאורחת יותר, או כאשר היא מוחקת אותה לאחר שבעה ימים, היא איננה מבחינה אם זה הודעה שהרגולטור חייב, או הודעה שיש בחרה לשלוח, היא פשוט עושה את זה נכון?

ת. נכון.

...

ש. אוקי עכשיו תאשר לי בבקשה שההודעות האינפורמטיביות וההודעות הפרסומיות נשלחות על ידי יס לאותה תיבת דואר אלקטרוני של המנוי.

ת. לתיבת יס מייל של המנוי.

ש. אין שתי תיבות יס מייל, אחת לפרסומות ואחת ל,

ת. לא, אין.

ש. אין גם שום צבע על המעטפה שמסמן לי אם עכשיו הגיעה הודעה פרסומית, או עכשיו הגיעה הודעה אינפורמטיבית.

ת. לא.

...

ש. ...אני רוצה רגע להסכים על דבר אחד. אם אני מנוי יס, שקיבלתי המלצה לקרוא הודעות שאתם שולחים, כי הן מכילות אינפורמציה חשובה, חלקה מחויבת על פי דין, אין לי יכולת להימנע מלקרוא גם את ההודעות הפרסומיות שאתם שולחים, אלא אם כן אני פשוט לא פותח ולא קורא בכלל, נכון?

ת. אין לך דרך,

ש. זו הדרך היחידה שלי. הדרך היחידה שלי להימנע מההודעות שאינן הודעות אינפורמטיביות או רגולטוריות שלכם, הדרך היחידה שלי להימנע זה לא לפתוח.

ש. או לא לקרוא אותן. אתה יכול להיכנס, לראות את ההודעות ה, את ההודעות שהן הודעות רגולטוריות,

ש. לקרוא מתוך הכותרות אתה אומר,

ת. לראות את הכותרת שהרגולטוריות, ואם זה חשוב לך לקרוא אותה, ולהתעלם מכל השאר, הן יימחקו לבד.





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

ש. הבנתי, הבנתי אותך. אני צריך לפי הכותרת להחליט אם אני נכנס, או לא נכנס.
כן?

ת. כן. " (עמ' 71-72, 86 לפרוטוקול).

לטענת המשיבה, הודעת yes-mail משמשת את המשיבה לצורך משלוח הודעות ועדכונים למנוייה על שירותיה ושידוריה וכן לצורך העברת מידע שהיא מחויבת להביא לידיעת מנוייה. בנוסף, משגרת המשיבה מעת לעת למנוייה הודעות הטבה.

הצדדים חלוקים באשר לטיבן של הודעות ההטבה ולאופן בו על המשיבה לפעול עת היא שולחת הודעות אלה. לטענת המבקשים, הודעות ההטבה הן דבר פרסומת ובתור שכאלה, שליחתן כפופה לתנאים הקבועים בחוק התקשורת. מנגד, המשיבה טוענת שאין לראות בהודעות כדבר פרסומת, אלא הטבה בלבד וככאלה כמו גם מאופן העברתן למנויים, חוק התקשורת אינו חל עליהן.

הודעות yes-mail הטבת שירות או דבר פרסומת

אחת השאלות המצויות בחזית המחלוקת בין הצדדים היא, האם הודעות ההטבה ששלחה yes למנוייה הן "דבר פרסומת" כהגדרת המונח בסעיף 30א(א) לחוק התקשורת.

סעיף 30א(א) לחוק התקשורת מגדיר דבר פרסומת כ"מסר המופץ באופן מסחרי, שמטרתו לעודד רכישת מוצר או שירות או לעודד הוצאת כספים בדרך אחרת". הגדרה זו חלה גם על הודעות המציעות הטבות שונות במטרה למשוך את הנמען להתקשר עם המפרסם שלא באמצעות מסר מפורש וישיר אלא בדרכים עקיפות (רע"א 1621/16 MEGA ADVANCED MATHEMATICAL SYSTEM LTD נ' זילברג, מיום 14.6.2016). מסקנה כאמור עולה, בין היתר, על רקע דבריו של יו"ר ועדת הכלכלה דאז, ח"כ גלעד ארדן, במהלך דיוני הוועדה המשותפת של ועדת הכלכלה וועדת המדע והטכנולוגיה שדנה בסעיף 30א לחוק התקשורת (להלן – הוועדה המשותפת):

"הרי יש גם טריקים פרסומיים, שכותבים לך: "זכית בחבילת נופש חינם", וכאשר אתה מתקשר מסתבר שזה עניין שיווקי. אם תחלקו טיפולי שיננית חינם, לא מותנה בשום דבר, והאדם יבוא ולא יצטרך לרכוש שום דבר, אני סבור שלא תהיה בכך בעיה, אבל ככל שזה יהיה כרוך בדבר מה נוסף שיווקי או פרסומי, זה יחול בוודאי. החוק נועד לסגור את כל הפרצות ולמנוע התחכמויות למי שלא מעוניין." (פרוטוקול מס' 6 מישיבת הוועדה המשותפת של ועדת הכלכלה וועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-17, מיום 1.4.2008, הדגשות הוספו).

בדברי ההסבר לסעיף 30א לחוק התקשורת, נאמר: "מוצע להבהיר כי ההסדר המוצע יחול לגבי מסר... שמטרתו לעודד הוצאת כספים בכל דרך" (הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 33), התשס"ה-2005, ה"ח הממשלה 182, 889). בית המשפט בעניין פסגות, הוסיף לעניין הגדרה זו וקבע, שהתשובה לשאלה, האם הודעה מסוימת מהווה "דבר פרסומת", תלויה במטרה שאותה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

היא באה להגשים ולא בהכרח באופן שבו נמען סביר היה מבין אותה, וכי מלשונה ותכליתה של הגדרה זו עולה, שהיא כוללת הודעות שנועדו לעודד בעקיפין הוצאה של כספים ולא רק הצעות ישירות לרכישת שירותים או מוצרים (רע"א 4806/17 פסגות בית השקעות בע"מ נ' גלסברג, מיום 25.10.2017, פסקה 5).

המבקשים הציגו שורה של הודעות הטבה שנשלחו על ידי המשיבה והתקבלו אצל מנוייה, וטענו לגביהן, שמדובר בהודעות פרסומת. מנגד טענה המשיבה, כי מדובר בהודעות הטבה. בין יתר הודעות ההטבה ששלחה המשיבה ניתן למנות את ההודעות שלהלן:

הודעה הטבה ל"גוליבר":

"yes surprise מזמינה אתכם ליהנות מהטבה בהזמנת חופשה בגוליבר:
עד 2 ילדים ללא תוספת תשלום בהזמנת חופשת קיץ משפחתית מפנקת בישראל!
לפרטים והזמנה: 03-7137806
ומסרו את הקוד: 13671000
*להזמנת חופשה לחודשים יולי-אוגוסט 2014, תוקף ההטבה הינו עד 15.6.2014
כפוף לפרסום באתר yes, לילדים בגילאים 2-12; ט.ל.ח" (נספח 7 לבקשת האישור).

הודעת הטבה לדומינו'ס פיצה:

"לכבוד המונדיאל:
yes Games
משחק כדורגל המשלב בין הסלולארי למסך הטלויזיה!
הבקייעו שערים ואולי תזכו בטיסה לליגת האלופות ובפרסים מתנת דומינו'ס פיצה!
הורידו עכשיו מחנות האפליקציות, עברו לערוץ 19 ותתחילו לשחק
*בתאריכים 12.6.14-13.7.14. (נספח 10 לבקשת האישור).

הודעת הטבה ל- Hisense:

"מבצע בלעדי ללקוחות yes
מסך טלויזיה "LED FULL HD Hisense 50"
ב-99 ₪ x 24 תשלומים
לפרטים וקבלת שובר ההטבה
היכנסו עכשיו לאתר yes.co.il
*דגם LED50D36P מחיר לאחר הנחה 2,376 ₪ במקום 2,990 ₪



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

לא כולל הובלה והתקנה, בתוקף עד 30.9.14. (נספח 13 לבקשת האישור).

ההודעות האמורות, הנשלחות על ידי המשיבה לכלל מנוייה, כוללות עידוד להוצאת כספים, בין היתר עבור רכישת טלוויזיה (הודעה ל- Hisense) ורכישת חופשה (הודעה ל-גולבר).

במקרים אחרים ובהודעות אחרות שהציגו המבקשים (דוגמת ההודעה לרשת דומינוס פיצה), על פניו נראה, שמדובר בשירות חינם הניתן למנויי המשיבה. אולם, גם אז יש לתת את הדעת לכך, שההטבה נעשית תוך פרסום שירותים של גורמים שלישיים.

נוסף על כך, חלק מההודעות ההטבה כלל אינן רלוונטיות לחלק ממנויי המשיבה. כך למשל, במסגרת ההודעות שנשלחו למנויים, נשלחו הודעות המזמינות את מנויי VOD לצפות בתכנים בחינם. אולם, הודעות אלה מתייחסות רק לחלק מהמנויים אשר ברשותם מכשיר VOD.

המשיבה, לטענתה, אינה מקבלת בעבור משלוח הודעות yes-mail כל תמורה כספית או אחרת. גם כאשר הודעות ההטבה כוללות שיתופי פעולה עם גופים מסחריים, yes אינה מקבלת סכום כלשהו מאותם גופים ולעיתים, היא אף משלמת לאותם גופים ומסבסדת להנאת מנוייה את ההטבות המוענקות להם.

אין בטענות המשיבה בדבר היעדר תמורה כספית לידה, כדי לגרוע מהאפשרות שהודעות ההטבה הן הודעות פרסומת. החוק אינו מבחין מיהו הסובייקט אשר לטובתו "מוצאים כספי הצרכן" ביחס לתוכן ההודעה. לא בכדי נוקט המחוקק בלשון כללית לפיה, דבר פרסומת הוא עידוד הצרכן ל"הוצאת כספים בדרך אחרת". התמורה הניתנת בעד שירות או מוצר נרכש, אינה נדרשת בהכרח להיות לטובת או עבור המפרסם לצורך הגדרתה כ"דבר פרסומת".

יתרה מכך, המשיבה לא בהכרח מפרסמת את עצמה, אלא שירות של גורם שלישי. אולם, היא זו המספקת את פלטפורמת הפרסום לגורם המציע את שירותיו. משכך, חלה עליה אחריות על עצם השימוש בפלטפורמות שלה לצורך פרסום למנוייה. מסקנה כאמור מתבקשת, בין היתר על רקע העובדה שהמחוקק בחר לתקן את הגדרת המונח "משגר" שהייתה קבועה בחוק והחליפה במונח "מפרסם". בדברי ההסבר לתיקון האמור נקבע: "מוצע להחליף את הגדרת המונח "משגר", הקיימת בסעיף 30א בנוסחו היום, במונח 'מפרסם'. מוצע כי בהגדרה זו ייכלל במפורש גם מי שמשווק דברי פרסומת בעבור אחרים" (הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 33), התשס"ה-2005, ה"ח הממשלה 182, 889).

נוסף על כך, בנסיבות העניין נראה, שהודעות ההטבה מיועדות, בין היתר, לקדם את עסקיה של המשיבה עצמה. המבקשים הציגו שורה של הסכמי שיתוף פעולה בין המשיבה לבין גורמים מסחריים (להלן בהתאמה – **הסכמי שיתוף הפעולה ו-הגורם השלישי**) שאת מוצריהם ושירותיהם היא פרסמה במסגרת הודעות ההטבה (מוצגים מב/5-מב/17).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

כך למשל, בהתייחס להודעת הטבה שעניינה הזמנת חופשה בארץ על ידי חברת גוליבר (נספח 7 לבקשת האישור), התקשרה המשיבה בהסכם שיתוף פעולה עם חברת גוליבר, במסגרתו הוצע למנויי yes אשר יזמינו חופשה דרך חברת גוליבר, הטבה של "עד שני ילדים ללא תוספת תשלום בחדר ההורים".

במסגרת ההסכם התחייבה גוליבר, בין היתר, כדלהלן:

"גוליבר מתחייבת שבמהלך תקופת הפעילות ישולב באתר גוליבר עמוד נחיתה המתקשר את ההטבה. הנושאים את לוגו yes... עיצוב עמוד הנחיתה ותוכנו ייקבעו לפי שיקול דעתה הבלעדי של גוליבר ובאישור yes... גוליבר מתחייבת להפיק במהלך תקופת הפעילות, עלון מידע שיווקי אשר ישלח במייל לכלל מנוייה (להלן – 'ניוזלטר'). עיצוב הניוזלטר ייקבע לפי שיקול דעתה הבלעדי של גוליבר ובאישור yes. גוליבר מתחייבת לשלב בניוזלטר את לוגו yes לרבות תוכן ההטבה, הפעילות והפרס." (מב/11).

במקרה אחר בהתייחס לפרסומת הנוגעת לרשת דומינוס פיצה (נספח 10 לבקשת האישור), הוצעה למנויי yes הטבה שעניינה, באפליקציית משחק כדורגל חינמי המשלב בין המכשיר הסלולרי למסך הטלוויזיה. במסגרת הסכם ההתחייבות עם חברת אלגד פיצה בע"מ (דומינוס) ועם חברת WakingApp (חברת אפליקציית משחקים) נקבע בין היתר, שדומינוס מתחייבת לספק 5,100 קודים חד ערכיים באמצעותם יוכלו המשתתפים הזוכים במשחק לממש פרסים באחת מהפיצרות של רשת דומינוס. במסגרת אותו הסכם נקבע, כי המשחק ימותג בלוגואים של yes ושל דומינוס (מב/10).

בהסכם שיתוף פעולה של המשיבה עם חברת בימות גלובל בע"מ, הוצעה למנויי yes הטבה ברכישת זוג כרטיסים לקונצרט, במחיר הנחה במקום מחיר מלא. במסגרת אותו הסכם התחייבה חברת בימות, בין היתר, כדלהלן:

"בימות מתחייבת כי במהלך תקופת הפעילות תתקשר בדף הפייסבוק הרשמי שלה את לוגו yes. התיקשור על ההטבה יופיע כחלק מקמפיין פייסבוק שמנוהל על ידי בימות גלובל בדף של בימות גלובל, לא יוקצה תיקשור ספציפי על ההטבה הזו, לרבות תוכן ההטבה והפעילות. כמות הפוסטים ותדירותם, ייקבעו בהתאם לשיקול דעתה של בימות ול-yes לא תהיה כל טענה או תביעה לגבי תוכן ו/או כמות הפוסטים בדף הפייסבוק האמור." (מב/12).

בהסכם שיתוף פעולה של המשיבה עם חברת ניופאן בע"מ, הוצעה למנויי yes הטבת הנחה במחיר ברכישת מסך טלוויזיה. במסגרת ההסכם התחייבת חברת ניופאן, בין היתר, כדלהלן:

"בית העסק מצהיר ומתחייב, כי ההטבה המפורטת בהסכם זה שתוענק לכלל לקוחות yes ו/או עובדי yes ככל ש-yes תבחר לעשות כן בהתאם לשיקול דעתה הבלעדי כמפורט בסעיף 2.2 לעיל, תפורסם בכל רשת סניפי ניופאן אאוטלט



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

באמצעות עזרים שיווקיים בין היתר, שלטים בכל סניף מרשת ניופאן אוטלט, שיעוצבו על ידי yes והכל בהתאם להנחיות yes ובהתאם לשיקול דעתה הבלעדי. העזרים השיווקיים יסופקו לנקודה אחת אשר תתואם מול בית העסק מראש, ובאחריות בית העסק להפיץ מנקודה זו את יתר העזרים השיווקיים לכל סניפי ניופאן אוטלט. " (מב/ 13).

שורת ההסכמים שהציגו המבקשים מעידים על התקשרויות שבמסגרתן המשיבה מעניקה חשיפה ופרסום לשירותיהם או מוצריהם של גופים מסחריים שונים בפני מנוייה ובתמורה - אותם גופים מסחריים מפרסמים את שירותי המשיבה. הסכמים אלו מעלים, כי פרסום ומתן הטבות למנויים, נועדו, בין היתר, לשם קידום ענייניה, הרחבת קהל מנוייה ועסקיה של המשיבה והגדלת הכנסותיה.

הסכמי שיתוף הפעולה כמו גם ההטבות למנויי המשיבה, היו חלק ממהלכי השיווק של המשיבה ונועדו בכלל זה לשימור לקוחותיה. בהקשר זה העיד מר פלח מטעם המשיבה:

"ש. עכשיו תגיד לי, מי ביס מקבל את ההחלטה לשלוח לכלל המנויים הודעה אלקטרונית שמכילה דבר פרסומת? מי מקבל את ההחלטה הזאת?"

ת. שיווק.

ש. השיווק. עכשיו, אתה יודע מי צריך לאשר את ההחלטה לשלוח בהודעה אלקטרונית לכל מנויי יס פרסום לפיצה,

...

ש. ... כאשר יס מציעה ללקוחותיה לצלצל מהר-מהר לדומינוס פיצה ולהזמין פיצה... אז אני שואל, אתה יודע מי מקבל את ההחלטה על זה.

ת. מי שאחראי על זה בחברה זה סמנכ"ל השיווק. החלטות כאלה מתקבלות, אני מניח, בפורום שכולל את סמנכ"ל השיווק, אנשי הכספים.

ש. הם מחליטים אבל מה? הם מחליטים, אני שאלתי על החלטה טכנית לשלוח את ההודעה.

ת. כן, הם מחליטים. הם מחליטים על המבצע, הם מחליטים על דרך הדיוור של המבצע, " (עמ' 75 לפרוטוקול).

אף אם הודעות ההטבה אכן כוללות הטבה למנויי המשיבה ואף אם המשיבה מסבסדת חלק מעלות אותן הטבות, הרי שהטבות אלה לא נועדו לרווחתם של המנויים גרידא, כי אם לקידום ענייניה המסחריים של המשיבה וכחלק מהמאמץ לשמר את המנויים הקיימים ולגייס מנויים חדשים במטרה להשיא את רווחיה. אף אם בהודעות ששולחת המשיבה יש משום הטבה עם מנויי המשיבה, הדבר אינו שולל את האלמנט הפרסומי שבהן נוכח העידוד להוצאת כספים, בין אם לרכישת טלוויזיה בין אם לרכישת חופשה וכיו"ב. נוסח ההודעות לצד אינדיקציות אחרות ובכלל זה הסכמי





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

שיתוף הפעולה של המשיבה עם גורמים מסחריים שאותם היא מפרסמת, כמו גם העובדה, שהמשיבה היא חברה מסחרית הפועלת להשאת רווחים, מבססים במידה הנדרשת בשלב זה של הדיון, את המסקנה שישנה אפשרות סבירה לראות בהודעות ההטבה שנשלחו על ידי המשיבה "דבר פרסומות" בהתאם להגדרה הקבועה בחוק.

תחולת חוק הספאם על הודעות yes-mail

עניינה של בקשת האישור בטענה להפרת הוראת סעיף 30א(ב) לחוק התקשורת המורה כדלהלן:

"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; פנייה חד-פעמית מטעם מפרסם לנמען שהוא בית עסק, באחת הדרכים האמורות בסעיף קטן זה, המהווה הצעה להסכים לקבל דברי פרסומת מטעמו, לא תיחשב הפרה של הוראות סעיף זה."

מהוראה זו עולה, שבהסדר שקבע המחוקק לעניין משלוח דברי פרסומת, נקבע איסור על משלוח דבר פרסומת בלא קבלת הסכמת הנמען באמצעות אחת מארבע דרכים: פקסימיליה; מערכת חיוג אוטומטי; הודעה אלקטרונית; הודעת מסר קצר.

לטענת המשיבה, משלוח הודעות yes-mail אינו נופל תחת אחת מארבע הקטגוריות הקבועות בסעיף. לטענתה, שיגור דבר פרסומת בדרך שונה, שאינה נופלת לאחת מארבע הקטגוריות שמנה המחוקק, אינה אסורה ובהתאם, אינה יכולה לשמש בסיס להגשת תובענה ייצוגית לפי פרט 12 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. עוד טוענת המשיבה, כי בניגוד לנטען על ידי המבקשים, הודעות yes-mail אינן פיתוח טכנולוגי חדש. נהפוך הוא, yes עושה שימוש באמצעי זה במשך שנים רבות קודם לחקיקת ההסדר בעניין "דואר זבל", ואשר היה מוכר היטב לרגולטור באותו מועד. להודעות אלה אף ניתן ביטוי בסעיף 2 להסכם ההתקשרות (שאושר על ידי הרגולטור עוד בעת עלייתה של yes לאוויר). משכך ברור שהמחוקק, אשר במועד חקיקת חוק הספאם הכיר את השימוש שעושה yes בהודעת yes-mail, לא התכוון להחיל את הסדר חוק הספאם על הודעות מסוג זה.

חרף טענות המשיבה, עיון בדברי ההסבר לחוק מעלה, שבעת חיקוקו של הסדר חוק הספאם נתן המחוקק דעתו לכך שתופעת הספאם קיימת בצורות שונות על גבי רשתות תקשורת שונות. המחוקק נתן דעתו על המרכזיות שבהן, תוך התייחסות למאפיינים המיוחדים של אמצעי התקשורת השונים, שמהם ניתן יהיה להקיש לאמצעי תקשורת אחרים בעלי מאפיינים דומים:

"תופעת ההפצה ההמונית של הודעות פרסומת בלתי רצויות באמצעות רשתות תקשורת (לרבות באמצעות דואר אלקטרוני, הודעות SMS ופקסימיליה), המכונה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 14-09-3468 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

'spam' הפכה בשנים האחרונות למטרד ציבורי כלל-עולמי והיקפה מצוי במגמת עליה חדה" (הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 33), התשס"ה-2005, ה"ח הממשלה 182, 889, הדגשה הוספה).

נראה, שהמילה "לרבות" הקבועה בהצעת החוק מלמדת, על רצון להתאים את החוק לאמצעי תקשורת שונים, בעלי מאפיינים דומים, לארבעת אמצעי התקשורת שנקבעו בחוק.

המחוקק אכן פירט באופן דווקני ארבע חלופות אפשריות כאמצעי לשיגור דבר פרסום, אשר אסורות על פי חוק, אם נעשו ללא הסכמת הנמען. על פניו נראה, שמדובר ברשימה סגורה של דרכי שיגור שבהן נקב המחוקק. מסקנה כאמור אפשרית על רקע הבחירה הדווקנית שביצע המחוקק על ידי פירוט ארבע החלופות, חלף האפשרות לקבוע ניסוח כללי. הנחת המוצא היא כי לו הייתה כוונת המחוקק לאסור כל שיווק דבר פרסומת באשר הוא, היה קובע ניסוח רחב, ולא מפרט את דרכי הפרסום השונות כפי שבחר לעשות. ואכן, חלופות מסוימות לשיגור דבר פרסומת עשויות שלא לבוא בגדרו של האיסור הקבוע בסעיף 30א(ב) לחוק התקשורת (השוו: ת"צ 12-11-1862 טויסטר נ' Google Inc., מיום 18.9.2014, להלן – עניין טויסטר; רת"ק 17-03-31757 כהן נ' מכבי שירותי בריאות, מיום 6.6.2017).

פרשנות רחבה מידי להוראות חוק התקשורת ובכלל זה פרשנות רחבה לארבע החלופות שקבע המחוקק שלגביהן חל איסור משלוח דבר פרסומת, יכולה ליצור מצב שבו ייכנסו איסורים רבים, שהמחוקק לא התכוון להכניסם. עיון בדיוני הוועדה המשותפת שדנה בחוק הספאם מעלה, שמנסחי ההסדר בעניין חוק הספאם, בחרו באופן מודע את ארבע החלופות האמורות על פני הבחירה באמצעים אחרים:

"שריל קמפינסקי: ... אנחנו למעשה מתייחסים כאן לארבעה סוגי העברת הודעה ממוכנת. אנחנו מדברים כאן על העברת פרסומות: דבר פרסומת באמצעות פקסימיליה, מערכת חיוג אוטומטי, הודעת דואר אלקטרוני, או הודעת מסר קצר שיכול להיות SMS, או הודעות מולטימדיה מה שנקרא הודעות MMS...אנחנו מנסים לקבוע הסדר שהוא משקף איזשהו איזון בין מצד אחד הרצון להגן על הציבור בפני מה שיכול להוות מטרד במתחם הפרטי שלו, לבין הרצון מצד שני לאפשר פעילות מסחרית שקיים אינטרס לגיטימי באמת לאפשר אותה.

...

יו"ר ועדת המדע והטכנולוגיה בנימין אלון: ללא איזושהי אמירה של הלקוח, של הנמען, מה ההגדרה של זבל? כלומר, למה שהשולח לא יצא מתוך הנחה שהנמען רוצה גם לקנות את הדבר, גם לצרוך פורנוגרפיה, גם לצרוך כל דבר שהוא?

היו"ר משה כחלון: אין בעיה שיעביר אליו. אבל, לא באמצעים האלה.

...



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

היו"ר משה כחלון: דרך אגב, אם אתה שולח אליי מכתב הביתה ואתה מודיע לי שיש לך מבצע - זה בסדר.

אתי בנדלר: גם אם מתקשרים אליך באופן אישי, ואומרים לך: חבר כנסת נכבד שלום לך, אנחנו רוצים להציע לך לחתום על מנוי לעיתון, או לרכוש מה שלא יהיה - זה גם לגיטימי.

...

היו"ר משה כחלון: ... אנחנו רצינו שזו תהיה ועדה של פשרות, עם מקסימום האיזונים כך שאנשים יוכלו לקיים את עסקיהם ולקדם את כל התחומים שאפשר דרך האמצעים הטכנולוגיים שעומדים לרשותם. ומצד שני, שאנשים יוכלו לראות חדשות בשעה שמונה מבלי שכל רגע יתקשרו אליהם, ויגידו להם שהגיע לק חדש לתמרוקיה.

...

אתי בנדלר: לא, אבל אם יגידו להם בשיחה טלפונית רגילה, הוא יכול להגיד: אני לא מעוניין - זה בדיוק העניין. מדובר על שיחה ממוכנת.

...

רונית תירוש: אנחנו קיימנו כאן מספר דיונים, וכמובן שאנחנו רוצים לסייע בידי משרד התקשורת לקדם את הצעת החוק הממשלתית כי גם אנחנו חושבים שיש מקום לעשות סדר במטרד הזה, והוא בהחלט מטרד. אבל, ניסינו גם למצוא דרך שלא תפגע בפרנסתם של רבים וטובים בטלמרקטינג, ובכלל בכל מיני גופים מסחריים כאלה ואחרים.

...

אלדד גת: ... מטרת החוק כפי שאני מבין אותו היא להגן על הציבור מפני הטרדה מפעילויות שונות של שיווק ישיר... אני מתפלא למה אתם לא מכניסים חוק של מכירה מדלת לדלת בתוך מסגרת החוק הזה. זה הרבה יותר מטריד מ-SMS, ומאי-מיילים. אדם שדופק בדלת וילד פותח את הבית, זו כניסה לפרטיות עם כל האלימות שקיימת היום. זה הרבה יותר גרוע. להגדרה - אני מציע שתהיה גם חקיקה לפעילות מדלת לדלת... הדבר השני הוא דואר זבל פיזי, מנייר. אני מציע שבהגדרה יהיה גם דואר מנייר, כי זה זבל אמיתי עם כל ההשלכות, עלות מטבע זר, לכלוך השכונה.

אתי בנדלר: מדברים בהעברת מסרי בזק במסגרת חוק התקשורת... " (פרוטוקול מס' 3 משיבת הוועדה המשותפת של ועדת הכלכלה וועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-17, מיום 27.11.2007, הדגשות הוספו).

לצד הבחירה באמצעי התקשורת האמורים, קיימת הבנה, בדבר הקושי בהסדרה משפטית של מציאות טכנולוגית המשתנה במהירות הולכת וגוברת (עניין טויסטר, פסקה 16), וכי במרוצת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 14-09-3468 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

השנים ונוכח התפתחויות טכנולוגיות שינתה (ותשנה) תופעת הספאם את פניה ותיתכנה צורות תקשורת נוספות, אשר ייתכן ויהיה צורך להכלילן תחת חוק הספאם.

הבנה זו לא פסחה גם על הוועדה המשותפת, אשר נתנה דעתה לאפשרות שההתפתחויות הטכנולוגיות תצרכנה התאמה של החוק:

"דנה נויפלד: ... חוק התקשורת עוסק במתקני בזק, ולכן לא חל על עניינים שדיברת חבר הכנסת אלון לגבי נקישה על הדלת. אפשר לעשות דיון, וזה יכול להתבצע בלי קשר להצעת החוק הזאת לעניין ההגנה על הפרטיות והתחומים שלה... אבל, ההצעה הזאת היא הצעה לתיקון חוק התקשורת. היא מתייחסת למתקני בזק שמה שמאפיין אותם זה העלות המאוד נמוכה בגלל האמצעים הטכנולוגיים שמאפשרים את זה. זה לא מונע דיון אחר בעניין הפרטיות, זה מתייחס להודעות האלה.

...

אתי בנדלר: ... היום מרחיבים את האיסור שחל היום וקובעים הסדר חדש, כך שהוא יחול על כל צורות משלוח דבר פרסומת מסחרי באמצעות מסרי בזק. למשל, הנושא של מכירה מדלת לדלת מוסדר בחוק הגנת הצרכן, ואולי ההסדר הוא לא ראוי ולא מספק.

אייל שגיא: ... שליחה של פרסומת בדואר אלקטרוני זה פריזטיות לשמה. לשולח זה לא עולה כלום, וכל מי שמשלם זה כל האזרחים והאנשים שמקבלים את ההודעות. קל לכאורה לחשוב שטלפון זה אחרת כי שם יש כן הוצאה. אבל, צריך לחשוב קצת קדימה. הזכירה פה היועצת המשפטית של הוועדה את סעיף 30א של הפקסימיליה, שזה באמת היה פסקת הטכנולוגיה כאשר הסעיף הוא נחקק. והנה, אנחנו יושבים פה היום - לדעתי, בערך חמש שנים איחור - ודנים בדואר אלקטרוני. זה יהיה מאוד עצוב אם אנחנו נשב בחמש שנים איחור על מה שקוראים היום VOICE OVER IP.

דנה נויפלד: יש אפשרות בחוק להרחיב בצו את האמצעים ככל שיהיו שכלולים.

אייל שגיא: אבל, זה אני מבקש מאוד שיישאר, כי צריך להבין ב- VOICE OVER IP זה למעשה שירות טלפונייה מבוסס אינטרנט, העלויות מוזלות מאוד.

אתי בנדלר: דואר אלקטרוני דרך הטלפון.

היו"ר משה כחלון: טלפון דרך הצינור של האינטרנט?

אייל שגיא: כן. זאת אומרת, שאותו מחשב ששולח עכשיו מיליונים ומיליונים של הודעות אי-מילים מטרידות, ישלח גם מיליונים ומיליונים של הודעות מוקלטות. הטלפונים האלה יצלצלו בלי הפסקה, וספקיות האינטרנט הן אלו שישלמו את המחיר, וכמובן כתוצאה מזה גם האזרחים. צריך גם לחשוב קדימה לגבי גם אותם דברים שכאילו עולים כסף. בקרוב מאוד הם יעלו הרבה פחות. " (פרוטוקול מס' 3



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 14-09-3468 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

מישיבת הוועדה המשותפת של ועדת הכלכלה וועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-17, מיום 27.11.2007, הדגשות הוספו).

לאור ההבנה שקיימות צורות תקשורת שונות, שייתכן כי המחוקק לא נתן עליהן את הדעת, נקבעה בחוק התקשורת סמכות השר להתקין תקנות ובכלל זה, אפשרות להרחיב את אמצעי התקשורת בהם ייאסר משלוח דברי ספאם, כפי שנקבע בסעיף 30א(ב) לחוק:

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

בנסיבות ענייננו ובהתאם לאמור לעיל, קיים איזון דק בין החלה דווקנית של החלופות הקבועות בחוק התקשורת לבין האפשרות להחיל את החוק על אמצעי טכנולוגי, שייתכן כי המחוקק, בחוסר שים לב או מסיבה אחרת, לא נתן דעתו על האפשרות להחיל את החוק על אותו אמצעי טכנולוגי.

על האיזון הדק הנדרש בין שני אלו, ניתן ללמוד מדבריה של כב' השופטת ד' ברק-ארז ברע"א 3599/18 שפירא נ' עופרי, מיום 30.5.2018, להלן – עניין שפירא), שם נדונה תחולת הסדר חוק הספאם על הודעות שנשלחו ברשת החברתית "פייסבוק":

"השאלה שנסבה על תחולתו של החוק על הודעה שנשלחה באמצעות רשת הפייסבוק – על יסוד התייחסות אליה כ"הודעה אלקטרונית" – זכתה כבר להתייחסות בפסיקתן של הערכאות הדיוניות... עם זאת, דומה שהדיון בה טרם מוצה. אכן, קיימת מגמה מתמדת של התרחקות מחקיקה "קזואיסטית" לעבר חקיקה הקובעת סטנדרטים. לצד זאת, חשוב לשים לב שכבר במועד חקיקתו של סעיף 30א לחוק התקשורת ניכרה בו תשומת לב חקיקתית להבחנות אפשריות בין מתכונות תקשורת שונות, בשים לב למאפיינים הטכנולוגיים והחברתיים שלהן. כך למשל, הסעיף מבחין בין 'הודעה אלקטרונית' לבין 'הודעת מסר קצר' (SMS)."
(פסקה 14, הדגשות הוספו).

בית המשפט הוסיף ועמד על הקושי שבאי התייחסות לאפשרויות הטכנולוגיות השונות ולאיי תחולתן במסגרת הסדר חוק הספאם וציין:

"פרשנות הגורסת כי החוק אינו חל כלל על הודעות בפייסבוק עלולה להוביל לתוצאה הבלתי רצויה לפיה גם התעלמות מבקשה מפורשת לחדול משליחת הודעות פרסומיות לא תהיה כפופה להסדרים הקבועים בו. לעומת זאת, על מנת להימנע מתוצאה בלתי רצויה בכיוון ההפוך – דומה כי הקביעה איזו הסכמה לקבלת מסרים ברשת הפייסבוק תיחשב למפורשת צריכה להיות מושפעת ממאפייניה של הרשת, כפי שהוצגו לעיל. במבט רחב יותר, ברקע הדברים נמצאת שאלת התאמתה של החקיקה להתפתחויות טכנולוגיות או לשינויים במציאות הטכנולוגית... לעתים, נודע יתרון לחקיקה שהיא "ניטרלית" מבחינה טכנולוגית, באופן שאינו מחייב עדכונים חוזרים ונשנים שלה לשינויים שחיים בחיי המעשה. אולם, במקרים אחרים, נודעת דווקא חשיבות לכך שהחקיקה תכלול מנגנוני התאמה למצבים טכנולוגיים שונים, וכאשר היא נעדרת מנגנוני



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 14-09-3468 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

התאמה כאלה היא עלולה להוביל לתוצאות שאינן רצויות. על רקע זה, לא למותר לציין כי שאלת היישום של חקיקת הספאם בהקשרן של רשתות חברתיות התעוררה גם מחוץ לישראל. אולם, התשובה שראוי לתת לה עודנה מעוררת מחלוקת. (עניין שפירא, פסקאות 16-17, הדגשות הוספו).

באיזון הנדרש האמור עולה אם כן השאלה, האם חוק הספאם חל גם הודעות yes-mail. מבין ארבע החלופות הנזכרות בסעיף 30א(ב), לענייננו וכפי שעולה מבקשת האישור, רלוונטיות החלופות הנוגעות ל"הודעה אלקטרונית" ו"הודעת מסר קצר".

האם הודעת yes-mail היא "הודעה אלקטרונית" ולחלופין "הודעת מסר קצר"

"הודעה אלקטרונית" מוגדרת בסעיף 30א(א) לחוק, כדלהלן:

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

"הודעה מסר קצר" מוגדרת בסעיף 30א(א) לחוק, כדלהלן:

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

כדי שהודעה תיחשב ל"הודעה אלקטרונית" יש לבחון התקיימותם של ארבעה רכיבים מצטברים: (1) מסר בזק מקודד; (2) המועבר ברשת האינטרנט; (3) אל נמען או קבוצה של נמענים; (4) וניתן לשמירה ולאחזור בדרך ממוחשבת.

אף בהתייחס ל"הודעת מסר קצר", יש לבחון התקיימותם של ארבעה רכיבים מצטברים: (1) מסר בזק הכולל כתב, לרבות אותות או סימנים, או מסר בזק הכולל חוזי או שמע; (2) ומועבר באמצעות רשת בזק ציבורית; (3) אל ציוד קצה; (4) של נמען או קבוצה של נמענים.

לטענת המשיבה, הן הרכיבים של "הודעה אלקטרונית" והן הרכיבים של "הודעת מסר קצר" אינם מתקיימים בהודעת yes-mail. לטענתה, הודעת yes-mail אינה "מסר בזק", שכן המונח "מסר בזק" מתייחס להעברת מסרים באמצעות רשת המיועדת לתקשורת בין מנויים ברשתות תקשורת שאינן מערכות שידורים בכבלים או בלוויין. המשיבה תומכת טענה זו בסעיף 1 לחוק התקשורת, סעיף ההגדרות, אשר קובע הגדרה נפרדת ל"מסר בזק" ול"שידורים". מכיוון שהודעת yes-mail אינה מועברת באמצעות רשת האינטרנט או רשת בזק ציבורית, אלא באמצעות שידור לוויני, היא אינה יכולה להיחשב "מסר בזק". נוסף על כך, הודעת yes-mail אינה ניתנת לשמירה ולאחזור בדרך ממוחשבת, גם לא באמצעות הממיר. הודעות אלה, נשלחות באמצעות מערכת שידור לוויני, באופן חד כיווני, ולמנוי אין כל יכולת לנהל את תיבת yes-mail ולשלוח מסרים מטעמו. ההודעות נמחקות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

באופן אוטומטי, לכל היותר, בתוך 7 ימים ממועד שיגורן. זאת, בניגוד למשל להודעות דואר אלקטרוני הנשלחות באמצעות האינטרנט לתיבת הדואר האלקטרוני של הנמען, אשר ניתנות לשמירה, ולאחזור.

על כן, לטענתה, הודעת yes-mail אינה "הודעת אלקטרונית" וכך גם אינה "הודעת מסר קצר" כהגדרתן בסעיף 30א לחוק.

המבקשים טוענים, שהשימוש במונח "הודעה אלקטרונית" נועד לאפשר את החלת החוק גם על פיתוחים טכנולוגיים החורגים מדואר אלקטרוני, אשר לא נחזו בזמן חקיקתו של סעיף 30א לחוק התקשורת. והדבר גם עולה מהשתלשלות החקיקה: בהתחלה במסגרת הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 33) תשס"ה – 2005, נקבע איסור של שיגור דבר פרסומת "באמצעות פקסימיליה, מערכת חיוג אוטומטי, הודעת דואר אלקטרוני או הודעת מסר קצר, בלא קבלת הסכמה מפורשת מראש של הנמען". אולם, בסופו של דבר בישיבת הוועדה המשותפת מיום 27.11.2007 שונה נוסח הצעת החוק, והביטוי "הודעת דואר אלקטרוני" הוחלף בביטוי "הודעה אלקטרונית", המוגדר בצורה רחבה, שאינה חלה על דואר אלקטרוני בלבד, אלא על כל פיתוח טכנולוגי אשר עתיד לבוא ולא ניתן לצפותו. מכאן, מסיקים המבקשים, כי הביטוי "הודעה אלקטרונית" אינו מוגבל להודעות "דואר אלקטרוני" בלבד ויכול וצריך לחול על כל צורת שיגור של מסרים, שעונה מבחינה טכנולוגית (ותכליתית) על ההגדרה שבסעיף 30א(א) לחוק התקשורת.

על פי סעיף 30א(א) "מסר בזק" הוא "מסר המשודר, המועבר, הנקלט או הנמסר לשידור או להעברה במיתקן בזק"; "מיתקן בזק מוגדר" כ"מיתקן או התקן שנועד מעיקרו למטרות בזק, ולענין פרקים ז' ו-ח' – מיתקן או התקן המשמש או המיועד לשמש לצרכי בזק והכל לרבות ציוד קצה"; וצרכי "בזק" מוגדרים צרכים שעניינם "שידור, העברה או קליטה של סימנים, אותות, כתב, צורות חזותיות, קולות או מידע, באמצעות תיל, אלחוט, מערכת אופטית או מערכות אלקטרומגנטיות אחרות". הגדרה רחבה כאמור מעלה את האפשרות שענייננו בהעברת מסרים המועברים במיתקן שנועד לצורך העברת כתב וממוענים לקבוצה של נמענים, היינו – מנויי המשיבה.

הקושי מתעורר לכאורה, ביחס לרכיב שענייננו העברת מסר הבזק "ברשת האינטרנט". הודעות yes-mail, כך נראה, אינן מועברות דרך רשת האינטרנט, אלא דרך לוויין. אף על פי כן סבורני, על יסוד כל הטעמים האמורים לעיל, שאין להיצמד לקריאה דווקנית של החוק וזאת לאור המאפיינים וטיבן של הודעות yes-mail, אשר מקיימות את הרכיבים הנטענים ואין מקום לקבוע, כי העברת מסרים דרך רשת הלוויין אינה חוסה תחת הגדרת חוק התקשורת.

כאמור, הגדרות החוק נסובות סביב המונח "בזק" אשר הוגדר בצורה רחבה ונועד לכלול צורות שונות (סימנים, אותות, כתב, צורות חזותיות, קולות או מידע) של מסרים המועברים בדרכים שונות (תיל, אלחוט, מערכת אופטית או מערכות אלקטרומגנטיות אחרות).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 14-09-3468 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

עיון בדיוני הוועדה המשותפת מעלה, שהוועדה התייחסה לצורות שונות של העברת מסרים כגון, העברת מסרים דרך התקשרות טלפונית, העברת מסרים ופרסומת על ידי שיווק מדלת לדלת וכן העברת מסרים על ידי הודעות מתפרצות ובאנרים על גבי רשת האינטרנט – צורות תקשורת אלה עלו לדיון והורגו מהחוק באופן מכוון. לעומת זאת, נראה שהמחוקק כמו גם הוועדה המשותפת כלל לא התייחסו לאפשרות של העברת מסרים דרך לוויין. עם זאת, סבורני, שהיעדר התייחסות זו, לא יוצרת מחסום וזאת על רקע רצון המחוקק להתאים את עקרונות הסדר חוק הספאם למציאות הטכנולוגית ולהתפתחויות טכנולוגיות. בהקשר זה עמדו הגורמים הרלוונטיים במסגרת דיוני הוועדה המשותפת על כך, שקיימות צורות תקשורת שונות וכפתרון לצורך בדבר התאמת החוק להתפתחויות טכנולוגיות ולתחולת החוק לגביהן, דנו הצדדים באפשרות שרשימת אמצעי השיגור הקבועה בסעיף 30א(א) תורחב על ידי השר:

"יו"ר ועדת המדע והטכנולוגיה בנימין אלון: ... אנחנו פה אוסרים את הכול. יש כמה הבדלים, וההבדלים הם כמובן רבים. אני אישית חושב שצריך לעשות את זה קצת יותר בהדרגה. כלומר, אנחנו ניכנס לנושא הזה של האינטרנט, אני חושב שזה חשוב. כמובן הנושא של הפקס שזה גם גורם נזק ישיר, משתלט על מכשיר. לעומת זאת, לדעתי המשיבון וה-SMS, ניתנים לטיפול בלי אמצעי חקיקה. יש דרכים למזעור מצד מי שאינו רוצה. אני גם רוצה לראות איך זה נקלט. אני חושב מהנזק.

...

דנה נויפלד: זה לא אוסר, אנחנו רק מבקשים הסכמה.

...

היו"ר גלעד ארדן: במסגרת בקשתך אתה תבקש גם לשנות את מה שהוועדה החליטה שהשר באישור ועדת הכלכלה יוכל להוסיף עוד אמצעים שאותם ניתן קראתי שהוועדה רצתה לצפות התקדמויות טכנולוגיות. אבל, מכיוון שאדוני לא מעוניין, או שאתה רוצה להשאיר כן אפשרות בעתיד שהשר יבוא בלי חקיקה לוועדה.

יו"ר ועדת המדע בנימין אלון: אני סומך גם על ה-common sense של שר שלא יעשה בחקיקת משנה מה שאנחנו כל כך טרחנו בחקיקה ראשית. יהיו דברים שהוא יבין שכבר יכול להביא. ... רוח החוק היא טובה. הקריאה מהשטח היא אמיתית. אין פה דברים שהם פיקטיביים. אני פשוט קצת שמרן בתחום הזה של השיווק הישיר בשני הכלים האלה. " (פרוטוקול מס' 5 מישיבת הוועדה המשותפת של ועדת הכלכלה וועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-17, מיום 25.3.2008, הדגשות הוספו).

לאור האמור נראה, שאף על פי שההתייחסות המפורשת לתקשורת הלוויינית בחוק התקשורת מתייחסת לשידורים וזאת, להבדיל מהאפשרות לשליחת הודעות, אין בכך כדי לקבוע שהחוק התכוון להחריג הודעות מסוג yes-mail, ואין מקום להבחין בין רשת האינטרנט לרשת הלוויין ככל



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

שהדבר נוגע לתחולת הסדר חוק הספאם. בין ברשת זו ובין ברשת זו, התכלית שהתווה המחוקק בעניין איסור משלוח הודעות ספאם דומה. חיזוק למסקנות האמורות עולה גם מכוח היותה של המשיבה נמנית עם המחזיקים ב"רישיון מיוחד למתן שירותי בזק באמצעות לוויין" (נספח 4 לתשובה לתגובה). הווי אומר, על אף ששירותיה של המשיבה הינם שירותי לוויין, הם נופלים לגדרי "שירותי בזק" ונראה, ששירותי בזק יכולים להינתן גם באמצעות לוויין.

טענות המשיבה לעניין רכיב "שמירה" ו"אחזור" אינן מתקבלות. אף אם הודעות yes-mail מופיעות לזמן קצר ביותר ונמחקות באופן אוטומטי תוך פרק זמן של עד 7 ימים על ידי המערכת, הרי שרכיב זה נועד בעיקרו כצורך לשימוש מטעמים ראייתיים במקרים של הגשת תביעה (נגד מפרסם) ולצורך ראייתי. יצויין, שלאור העובדה שהחוק בנוסחו הראשון התייחס ל"דואר אלקטרוני" ולא ל"הודעה אלקטרונית" לא מן הנמנע שרכיב השמירה והאחזור נשאב בהשוואה להגדרות שנקבעו ביחס ל"מסמך אלקטרוני", מטעמים של תוקף משפטי. לכל הפחות, נראה, שמדיוני הוועדה המשותפת לא עלה עניין מיוחד הנוגע לרכיב האמור:

"חיים רביה: ... אתייחס לכמה דברים קצרים. בתוך הגדרת "הודעה אלקטרונית" ישנה דרישה שההודעה ניתנת לשמירה או לאחזור בדרך ממוחשבת. אני רוצה להפנות את תשומת ליבכם לזה שקיימות טכנולוגיות נפוצות של הודעות מתפרצות שמתפוגגות לאחר מכן. אם זה למסך המחשב כיום, זה בוודאי יהיה גם לטלפונים סלולאריים שהם כשלעצמם הופכים ונהיים מחשבים קטנים.

היו"ר גלעד ארדן: אבל, החוק לא חל אם אני כרגע גולש ב-YNET, ויש הודעה מתפרצת.

חיים גרון: על באנרים וכאלה זה לא חל.

חיים רביה: אני מבקש להבין בהגדרת "הודעה אלקטרונית" מה הגיונה של הדרישה שההודעה ניתנת לשמירה או לאחזור בדרך ממוחשבת.

אתי בנדלר: נדמה לי שזה נובע מהצעת חוק מסחר אלקטרוני ששם מוגדר מה זה הודעה אלקטרונית.

היו"ר גלעד ארדן: **אם אתה תובע אותם אז אתה צריך להציג את ההודעה. זאת אומרת, היא ניתנת לשמירה מן הסתם, או לאחזור, אחרת הקושי הראיתי יהיה בעייתי מאוד.** (פרוטוקול מס' 5 משיבת הוועדה המשותפת של ועדת הכלכלה וועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-17, מיום 25.3.2008, הדגשות הוספו).

בנסיבות העניין, אמנם שמירת ההודעות ואחזורן לא נעשית באמצעות מערכת הודעות yes-mail עצמה (והחוק אינו קובע מגבלה כזו), אך היא עודנה אפשרית בצורה ממוחשבת וממילא הודעות אלה הן בעלות תוקף משפטי, והמשיבה מכירה בכך שהיא זו אשר עומדת מאחורי שליחתן.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

זאת ועוד, טענות המשיבה בדבר אי החלת חוק הספאם על הודעות yes-mail מוקשות ולו מהטעם, שהמשיבה מצביעה על התייחסות דווקנית לחוק מבלי להביא בחשבון את המאפיינים של הודעה אלקטרונית ביחס לתכליות העומדות מאחורי איסור משלוח הודעות פרסומת באמצעות אמצעי תקשורת זה. על מאפיינים ותכליות אלה עמד כב' השופט גרוסקופף בעניין טויסטר :

"המקרה הגרעיני אליו אנו מכוונים בשעת השימוש במונח "דואר אלקטרוני" הוא לתיאור מסרים המוחלפים באמצעות רשת האינטרנט, והנשלחים ומתקבלים באמצעות תוכנה המיועדת לקבלה, לשליחה ולניהול של מסרים מסוג זה על פי רצון המשתמש (להלן: "מערכת דואר אלקטרוני"). כשם שבעולם הממשי, המקרה הגרעיני שנופל תחת המשמעות המקובלת של "דבר דואר" מתייחס למסמך או חפץ אשר נשלח ומתקבל באמצעות מערכת המיועדת להעברה שיטתית של מסמכים וחפצים ממשיים ממקום אחד למקום אחר לפי רצון המשתמש, בעולם הווירטואלי, המונח "דואר אלקטרוני" מתייחס במקרה השגרתי למסרים אשר נשלחים ומתקבלים באמצעות מערכת הכוללת יכולות לקבלה, לשליחה ולניהול של מסרים (בין אם כתכונה יחידה ובין אם כאחת מתכונותיה). ודוק, בשונה מהעולם הממשי, בעולם הווירטואלי מערכת ה"דואר" אינה עוסקת רק בהעברתו של "דבר הדואר" ממקום אחד לשני, אלא גם בניהולו אצל המשתמש לפי העדפותיו (ובכלל זה מתן אפשרות למשתמש לסווג, לשמור ולאחזר את המידע כרצונו)". (פסקה 21, הדגשות הוספו).

מערכת הודעות yes-mail היא מערכת באמצעותה מקבלים מנויי המשיבה הודעות במסגרת העולם הווירטואלי. בעולם הממשי, המשיבה יכולה לשלוח למנוייה דברי דואר אשר שליחתם כרוכה בתשלום ואשר ככל שמנוי אינו חפץ בהם ורואה בהם "דואר זבל" הוא יכול פשוט לזרוק אותם. תחת זאת, המשיבה בוחרת לשלוח הודעות מסוג זה במסגרת מערכת הודעות yes-mail. מעבר לעובדה, שהמנוי נחשף לפרסומת בניגוד לרצונו, היא מטילה על המנוי את העלות של טיפול בדבר הפרסומת כחלק מניהול יתר הודעות yes-mail שבמערכת ללא אפשרות מוקדמת לדעת, אם מדובר בהודעות אותן הוא מעוניין לקרוא ואשר בגינן הוא "מוכן" להפסיק את חוויית הצפייה שלו.

יודגש, כי בהחלטת המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין מיום 18.12.2003 שעניינה: "תיקון מדיניות המועצה בנוגע לשירות מדריך השירותים האלקטרוני של בעלי הרשיונות" (להלן – החלטת המועצה לשידורי כבלים ולוויין, נספח 26 לבקשת האישור) ניתן למצוא הגדרות של דואר אלקטרוני והודעת הטבה. הודעת "דואר אלקטרוני" מוגדרת כדלהלן :

"הודעה אלקטרונית אשר תוכנה נוגע לשידורים ולשירותים המשודרים על ידי בעל הרישיון הנשלחת ממוקד בעל ברישיון ומוצגת על מסך המנוי. באמצעות ציוד קצה".

הודעת "הטבה מוגדרת" כדלהלן :

"הודעת דואר אלקטרוני אשר תוכנה נוגע להטבות ייחודיות למנוי בעל הרישיון".



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 14-09-3468 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

בהחלטה האמורה נקבעו התנאים למשלוח הודעות דואר אלקטרוני:

"בעל רישיון רשאי לשלוח הודעות דואר אלקטרוני למנוייו בכפוף לתנאים הבאים:

בעל הרישיון לא ידרוש תמורה בגין משלוח הודעת דואר אלקטרוני אשר תוכנן נוגע לחשבונו החדשי של המנוי בגין שידורים ושירותים המסופקים על ידי בעל הרישיון;

בעל רישיון ישלח הודעת דואר אלקטרוני מטעם צד שלישי רק למנוי אשר ימסור את הסכמתו למשלוח הודעות אלה מראש ובכתב. אין באמור כדי לגרוע מחובת משלוח הודעות אלה בדואר רגיל, בהתאם להוראות כל דין, ככל שחובה זו קיימת.

תכנה של הודעת הדואר האלקטרוני לא יופיע על מסך המנוי אלא אם כן בחר המנוי להציגו באמצעות שתי לחיצות, לכל הפחות, על ציוד ההפעלה. הלחיצה הראשונה על ציוד ההפעלה תוביל למסך אשר בו יוכל המנוי לזהות את ההודעה בהתאם לאמור בסעיף 6.4 ולפתח רק אם יחפוץ בכך;

הודעת הטבה תשא כותרת מזהה או סימן מזהה אשר יהיו ייחודיים להודעות ההטבה ואשר ילמדו על תכנה;

הודעת הטבה תימחק באופן אוטומטי תוך שבעה ימים מיום משלוחה לכל היותר, בין אם בחר המנוי לקרוא אותה, ובין אם לאו. חובת המחיקה האוטומטית לא תחול במקרים בהם בעל הרישיון יאפשר למנוי למחוק את ההודעה מבלי להציג את תכנה;

בעל הרישיון לא יכלול פרסומת מכל סוג בהודעת דואר אלקטרוני. (הדגשות הוספו).

מהוראות החלטת המועצה לשידורי כבלים ולוויין עולה, כי הודעת הטבה היא הודעת דואר אלקטרוני, אשר תוכנה, בניגוד להודעת דואר אלקטרוני רגילה שעניינה, בשידורים ובשירותים, הוא בהטבה מיוחדת. היינו, ההבחנה בין סוגי ההודעות היא בתוכן ההודעה. ככל שהודעת הטבה דינה כדין הודעת דואר אלקטרוני הרי שהתנאים שחלים על הודעת דואר אלקטרוני חלים גם עליה. תנאי הרישיון למשלוח הודעת דואר אלקטרוני ובכלל זה למשלוח "הודעת הטבה" קובעים, כי לא תישלח הודעת פרסומת וממילא, ככל שמשלוח ההודעה נעשה בשמו של צד שלישי, יש לקבל את הסכמת המנוי. בנסיבות ענייננו, הסכמה כאמור לא התקבלה. יתרה מכך, מההחלטה האמורה ניתן ללמוד כי המועצה מבחינה בין תוכנה של הודעה אלקטרונית רגילה לתוכנה של "הודעת הטבה" וקובעת כי על המשיבה לקבוע סימן מזהה (בין אם בכותרת ובין אם בסימן מזהה אחר) כדי שהמנוי ידע להבחין בין הודעה אלקטרונית אשר תוכנה נוגע לשידורים ולשירותים המשודרים לבין הודעת הטבה. זאת כדי למנוע מצב שמנוי שאינו מעוניין לקרוא הטבה כאמור לא יצטרך לעשות כן. חרף הדרישות הקבועות בהחלטה האמורה, עיון בצילומי מסך ההודעות שצורפו לבקשת האישור מעלה, שהמשיבה לא יצרה הבחנה ברורה לזיהוי הודעות הטבה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

בנסיבות אלה, ההבחנה לה טוענת המשיבה חוטאת לתכליתו של סעיף 30א, ונראה שאין ב"הבחנות הטכנולוגיות" עליהן מצביעה המשיבה, כדי להחריג את הודעות yes-mail מתחולת חוק הספאם. ממילא בנסיבות העניין, הכרעה בשאלה האם אכן מדובר בהודעה אלקטרונית, אם לאו, אינה נדרשת, באשר הודעות yes-mail נופלות תחת הגדרת "הודעת מסר קצר".

בהבחנה מ"הודעה אלקטרונית" ובהתייחס לרכיבים המצטברים הקבועים בסעיף 30א(א), הודעות yes-mail מועברות דרך רשת בזק ציבורית המוגדרת כ"מערכת של מיתקני בזק, המשמשת או המיועדת לשמש לאספקת שירותי בזק לכלל הציבור בכל הארץ או לפחות באזור שירות, הכוללת ציוד מיתוג וניתוב, ציוד תמסורת ורשת גישה, לרבות מערכת רדיו טלפון נייד ומערכת בזק בין-לאומית, ולמעט ציוד קצה" ונקלטות בציוד הקצה המוגדר בחוק: "ציוד בזק, לשימוש של מנוי, המתחבר או המיועד להתחבר מחצריו של המנוי או מכל מקום אחר לרשת בזק ציבורית באמצעות המימשק המיועד לכך, לרבות ציוד רדיו טלפון נייד, מפענח או ממיר אפיקים ולרבות כל התקן אחר המותקן בחצרי המנוי והמיועד לשמש לקליטת שידורים בחצריו וכן ציוד קצה לווייני כהגדרתו בסעיף 6מג".

האם הודעות yes-mail הן ספאם

לטענת המשיבה, אף אם ניתן היה לפרש את הוראות חוק הספאם באופן שחל על משלוח הודעות הטבה באמצעות yes-mail, יש לדחות פרשנות זו משיקולי מדיניות משפטית. לטענתה, הסדר חוק הספאם נועד ליצור איזון בין הרצון להגן על הציבור בפני מה שיכול להיות מטרד ב"מתחם הפרטי שלו", לבין הרצון מצד שני לאפשר פעילות מסחרית, שקיים אינטרס לגיטימי לאפשר אותה. במסגרת האיזון האמור, טוענת המשיבה, כי תיבת yes-mail אינה תיבת הודעות אישית המשמשת את המנוי באופן שוטף לצרכיו הפרטיים, אלא מדובר בתיבה שהינה חלק בלתי נפרד ממערכתיה של yes, והיא משמשת אך ורק לצורכי הקשר שבין yes לבין מנוייה. זאת, בשונה מתיבת הדואר האלקטרוני, המשמשת את המשתמש לצרכים אישיים ופרטיים רבים ולפיכך נוהגים משתמשים רבים לפקוד אותה בתדירות גבוהה, לרוב מספר פעמים ביום; ובשונה מהטלפון הסלולרי, שרבים איתנו אינם מניחים מידיהם, ועוקבים בדריכות אחרי כל מסרון שנשלח למכשיר, יהיה מקורו אשר יהיה. בנסיבות אלה יש לדחות גם את טענות המבקשים בדבר הפגיעה כביכול במרחב הפרטי של הנמען. עוד טוענת המשיבה, כי אין כל צורך בפעולות של "סינון והפרדה", באשר ההודעות נשלחות ממקור אחד ויחיד (yes), שממילא זהותו ידועה לנמען.

בשורה רחבה של פסקי דין עמדו בתי המשפט על המאפיינים המטרידיים והמזיקים של תופעת ה"Spam":

"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



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

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 [...]" (רע"א 1954/14 חזני נ' הנגבי, מיום 4.8.2014, פסקה 2 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן; ראו גם: ע"א 534/17 עו"ד לפידות נ' סלקום ישראל בע"מ, מיום 6.3.2019, פסקה 12 להלן – עניין לפידות; רע"א 2904/14 גלסברג נ' קלאב רמון בע"מ, מיום 27.7.2014, הדגשות הוספו).

לצד הדברים האמורים, עמדו בתי המשפט על כך שמטרת הסדר חוק הספאם אינה להגן על משתמשי האינטרנט מכל דבר פרסומי, אלא רק לחסוך מהם את הפגיעה וכן את הטרדה הכרוכה בטיפול בדבר פרסומי הנשלח באחת מהדרכים הקבועות בחוק (עניין לפידות, פסקה 11).

הודעות yes-mail, נשלחות לממיר של yes המותקן בבית המנוי ונראה שלא מושתת עליו כל עלות כלכלית שכן כל עלויות השימוש והתפעול מוטלות על yes בלבד. תיבת yes-mail משמשת לתקשורת בין yes למנוייה בלבד ונראה, שהמשיבה אינה עושה שימוש בפרטיו האישיים של המנוי, כגון כתובת הדואר האלקטרוני שלו או מספר הטלפון שלו ולא נראה שקיים חשש, שגם עמו ביקש המחוקק להתמודד, כי פרטי המנוי יועברו הלאה לגורמים חיצוניים ללא רשות מצד בעלים או להפצת וירוסים מזיקים למחשב או לטלפון של הנמען.

אף על פי כן, מוטל על המנוי נטל שעניינו, ברירה וסינון ההודעות לצד חשיפה לא רצונית להודעת שהמנוי אינו חפץ בהן. אמנם, תיבת yes-mail מוגבלת בקיבולתה, ויכולה להכיל עד 4 הודעות בלבד. אך אין בכך כדי למנוע את הצורך של המנוי בהפסקת חוויית הצפייה לצורך כניסה לתיבת ההודעות ולעיתים אף עיון ופתיחה של ההודעות ובכלל זה הודעות ההטבה.

חרף טענות המשיבה, שניתן לדעת מהו תוכן ההודעה רק על רקע כותרת, לא כך הם הדברים. המשיבה אינה מתריעה באופן מדויק או מפורש שהודעה מסוימת היא "הודעת הטבה" ואין הבחנה בין הודעות אינפורמטיביות להודעות פרסומיות. עיון בצילומי מסך ההודעות שצורפו לבקשת האישור מעלה, שהמשיבה לא יצרה הבחנה ברורה לזיהוי הודעות הטבה. בפועל ניתן לראות, שהכותרת אינה ברורה ויש להיכנס להודעה כדי להבין האם מדובר בהודעת ספאם אם לאו. בהיעדר כותרת ברורה או כל סימן אחר, האם מדובר בהודעת הטבה, הדבר נתון לשיקולו הסובייקטיבי של כל מנוי.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

כאמור, 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 (עניין לפידות, פסקה 13). מקובלת עלי טענת המבקשים לפיה, החיווי, החוזר שוב ושוב על גבי מסך הטלויזיה של המנוי במהלך הצפיה, נועד ללכוד את תשומת ליבו של המנוי ולגרור לו לקרוא את ההודעה. מנוי הבוחר להתעלם מחיווי המעטפית בפעם הראשונה, ייאלץ לראות את אותו חיווי בהמשך, עם העברת ערוץ או במועד אחר (עד למחיקת ההודעה באופן אוטומטי ככל שיבחר שלא לצפות בה). המשיבה עומדת על כך שניתן להסיר את החיווי, דין טענה זו להידחות וזאת לאור חוסר היכולת להבחין בין הודעות חשובות להודעות שאינן חשובות. ויוזכר כי המשיבה עצמה ממליצה לקרוא את ההודעות, שכן ייתכן שמדובר בהודעות חשובות.

מעבר לכך, המשיבה אישרה, שהודעה אחת מחליפה את קודמתה. כאשר תיבת ההודעות האישית מוחקת את ההודעה המוקדמת יותר כדי לפנות מקום להודעה מאוחרת יותר, היא אינה מבחינה אם מדובר בהודעה אינפורמטיבית שהרגולטור חייב את המשיבה לשלוח למנויי או בהודעה (למשל פרסומית) שהמשיבה בחרה לשלוח אליהם. בכך נאלץ המנוי להיכנס לתיבת ההודעות ולברור הודעות אינפורמטיביות ועדכונים חשובים מהודעות ההטבה.

המשיבה עומדת על כך, שהודעות חשובות נשלחות גם באמצעי תקשורת אחרים, כגון משלוח בדואר. אולם, המשיבה לא ניתן להבין מדבריה, שכל ההודעות החשובות נשלחות בפלטפורמות אחרות, אלא רק הודעות שבהן הרגולטור מחייב אותה. אלא, ישנן שורה של הודעות אשר יכולות להיתפס כחשובות ואינן נשלחות בפלטפורמות אחרות.

טענת המשיבה לפיה, יש בינה לבין המנויים מערכת יחסים ואין להשוות מצב זה למצב בו ההודעה נשלחת על ידי גורם זר, אינה מתקבלת. יתרה מכך, בנסיבות העניין, נראה, שדווקא ההיכרות עם המנויים מעניקה יתרון יחסי, שהמחוקק נתן עליו את הדעת כפי שעמד על כך יו"ר ועדת הכלכלה דאז, ח"כ גלעד ארדן, במסגרת דיוני הוועדה המשותפת:

"לא, הדיון לא יתחדש לכל סעיפיו. הוא יתחדש לדבר הספציפי שהעלה חבר הכנסת בני אלון. אני הגשתי בקשה לדיון חוזר כללי על כל החוק. אם אני אשתכנע שאכן צריך לפתוח מחדש את אחד הסעיפים – אני לדוגמה, לא חושב שצריך לתת יתרון לחברה שיש לה מנויים שלא ביקשו מעבר למנוי שם עוד הטרדות. זה שהם ביקשו לצרוך ממך שירות אחד, לא אומר שהם חושפים את עצמם עכשיו להטרדות לרווחים אחרים של אותה חברה, ואין שום סיבה להעניק את היתרון הזאת. זו דעתי, יכול להיות שאחרים חושבים אחרת. אני לא חושב שצריך לפתוח את זה. אני כן חושב שצריך לאפשר לכם תקופת מעבר ממושכת כדי כן לנסות לפנות אליהם, ולקבל את הסכמתם אולי למשלוח הזה. תיכף נתייחס לזה אם תאפשרו לי להגיע לזה." (פרוטוקול מס' 5 משיבת הוועדה המשותפת של ועדת הכלכלה וועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-17, מיום 25.3.2008, הדגשות הוספו).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

מעל לכל אלה יצויין, כי בשים לב לדרישת המבקשים מהמשיבה לחדול ממשלוח הפרסומים, הרי שיש בכך משום הפרה של הוראות הדין. מרגע שביקשו המבקשים לחדול ממשלוח הודעות ההטבה, הרי שמדובר בספאם, והמשיבה אינה יכולה לתלות יתרה בקשיים טכניים וטכנולוגיים, באשר שליחתם באמצעי זה כפופה להוראות הדין, ונראה ולכל הפחות ייתכן, שהמשיבה הייתה אדישה לאפשרות זו, והמשיבה לא הציגה הסכמה של המבקשים למשלוח הודעות של הטבת שירות כאמור.

לאור האמור סבורני, שהמבקשים השכילו לשכנע במידה הנדרשת בשלב זה, כי הגשמת התכליות שעמדו בבסיס חקיקת סעיף 30א לחוק התקשורת מחייבת את הכללת הודעות ההטבה בגדרו. הוצאת הודעות אלה מגדרי האיסור שקבע המחוקק, תיצור הבחנה מלאכותית ולא ראויה, שאינה עולה בקנה אחד עם תכלית חוק התקשורת ועם הסטנדרטים אותם ביקש המחוקק להציב.

האם אופן משלוח הודעות yes-mail עומד בקנה אחד עם הוראות הסדר חוק הספאם

לאור כל האמור ובהינתן שהודעות ההטבה ששולחת המשיבה למנוייה עולות כדי "דבר פרסומתי", הרי שעל אופן משלוחן לעמוד בתנאים הקבועים בסעיף 30א(ב), שעניינו קבלת הסכמה מראש של הנמען למשלוח דבר הפרסומת.

בצד הכלל, האמור, קבע המחוקק מספר חריגים, לפיהם ניתן היתר למשלוח דבר פרסומת ללא קבלת הסכמה מראש, כאמור בסעיפים 30א(ב1) ו-30א(ג) לחוק התקשורת:

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

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

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

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

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



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

המשיבה לא הוכיחה התקיימותם של חריגים אלה. כאמור וכפי שהוסבר, המשיבה לא קיבלה הסכמה מפורשת למשלוח דברי פרסומת. ההבחנה שמבצעת המשיבה בין הודעת הטבה לדברי פרסומת היא הבחנה מלאכותית שאין לקבלה. על הבחנה כאמור ניתן אף ללמוד ממדיניות המשיבה, שמנהלת באופן נפרד מדיניות למשלוח דברי פרסומת ומבקשת ממנויה הסכמה למשלוח דברי פרסומת. אלא שבפועל נראה, שכמעט ואינה עושה שימוש באמצעי תקשורת זה:

ש. אוקי. עכשיו, אתה אומר, גם בסעיף, אה סליחה, בסעיף 284.3 לתגובה של יס, לא לתצהיר שלך,

ת. 284?

ש. כן. כתוב: לא ניתן לכלול בקבוצה הנטענת מנויים אשר נתנו את הסכמתם למשלוח דברי פרסומת לפי חוק הספאם.

...

ש. אתם אומרים שמנויים נתנו לכם אישור לשלוח ספאם,

...

ש. אתה יודע להגיד לי בבקשה אם יש מנויים כאלה, שחתמו על אישור לקבל ספאם?

ת. זה לא ספאם,

...

ש. היא אומרת, לקוחות שחתמו על,

ת. לקבל דברי פרסומת, שדברי פרסומת שנמצאים תחת חוק הספאם. זה לא ספאם.

ש. אני שואל אותך אם יש לקוחות כאלה.

ת. יש לקוחות שנתנו לנו אישור לדיוור שיווקי.

ש. אתה יכול להגיד לי מי זה?

ת. מי זה?

ש. יש רשימה שלהם?

...

ת. כן, בוודאי.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

ש. כמה לקוחות כאלה חתמו לכם מתוך ה,

ת. אני לא יודע את המספר המדויק, אני מעריך שזה באזור החצי.

ש. חצי מהלקוחות חתמו,

ת. אם אני לא טועה, באזור 200-300 אלף, והמספר הזה הולך וגדל כל הזמן כי כמעט כל לקוח חדש שנכנס מאשר את זה היום.

...

ש. ובטוח שהתובע בתיק הזה לא נתן לכם הסכמה כזאת, נכון?

ת. האמת, לא בדקתי. לא חושב בכלל שזה היה רלוונטי.

ב"כ המשיבה: לא נראה שהוא ממוסרי ההסכמות.

...

כב' השופט כהן: הדיוור השיווקי, מה זה?

ת. דיוור שיווקי זה אומר שאתה מסכים שאני אשלח לך,

כב' השופט כהן: כן, מה אתם שולחים?

...

ת. כן. לא דווקא מהסוג הזה, מכיוון שדיוור שיווקי שנכנס תחת חוק הספאם, אני יכול לשלוח כל דבר עכשיו, בגדול.

כב' השופט כהן: אז זה מה שאני שואל, אתם שולחים, אה,

ת. אנחנו לא שולחים, אין לנו שום אינטרס להטריח את הלקוחות שלנו, לתת ל... איזה פלטפורמה שעושים מבצע שהוא לא רק ייחודי ללקוחות יס.

כב' השופט כהן: אז הוא מסכים, אם אה לא משתמש בהסכמה, אתה לא מנצל את ההסכמה?

ת. אנחנו משתמשים בזה בדרך כלל בדברים שהם יותר קשורים לדברים שקשורים ליס. זה דברים שיותר, אה, יש להם משהו שמאוד מאוד קשור לשירותים שיש נותנת ומתחברים לעולם הטלוויזיה.

כב' השופט כהן: כמו מה?

ת. אתה יודע, בדרך כלל זה עולמות של ערוצים, טלוויזיות, דברים בסגנון הזה, למשל.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 14-09-3468 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

ב"כ המבקשים: טלויזיות.

ת. בדרך כלל לא, זה דוגמה זה,

...

כב' השופט כהן: זה אתה לא צריך אבל, את זה אתה עושה ממילא.

ת. לא, אבל יש כל מיני דברים שרוצים לעשות עם לקוחות. למשל היום, גם ללקוח ש, לשלוח לו הודעות להוסיף דברים לתכולה שלו, אנחנו לא רוצים לשלוח כבר כדי לא להציק ללקוח, לא להטריד אותו פשוט. כי אני אומר עוד הפעם. החלק הזה של היס מיל הוא באמת משהו ארכאי, העולם עבר ל...,

כב' השופט כהן: ואת הדיבור השיווקי אתם עושים לא ביס מייל.

ת. בדואר אלקטרוני.

...

ת. אין לנו גם קפסיטי ל, הצורה הזו היא כל כך פרימיטיבית, שאי אפשר לעשות, היום מיילים נראים כל כך יפה, כל כך מעוצבים,

ש. למה אתם עושים את זה...?

ת. כי לקוחות מסכימים, לקוח, אני יכול להגיד שאני אישית, כשמישהו מבקש ממני דיבור שיווקי, אני מסכים בדרך כלל, כי זה מבצעים שבדרך כלל טובים לי. אני מקבל פיצה כל יום חמישי, " (עמ' 107-108 לפרוטוקול, הדגשות הוספו).

העדות הסתורה של מר פלח אינה מניחה את הדעת באשר להבחנה שבין דואר שיווקי להטבות הנשלחות דרך yes-mail ולא ניתן לדעת מהאמור, באילו מקרים המשיבה משתמשת ב-yes-mail ומתי היא מבצעת שיווק באמצעות דואר אלקטרוני. מבלי לקבוע מסמרות, מעדותו של מר פלח אף נראה, ששליחת הודעות ההטבה באמצעות yes-mail נועדה לעקוף את דרישות הוראות ההסדר הקבוע בחוק כמו את החלטת המועצה לשידורי כבלים ולוויין מיום 18.12.2003.

מר פלח עמד על כך, שהוא עצמו נתן הסכמתו לדברי פרסומת שעניינן "פיצה". ניתן להקביל את משלוח הודעות הפרסומת שקיבל פלח, ונתן הסכמתו לכך, להודעות ההטבה ששלחה המשיבה למנוייה, ואשר דרושות את הסכמת המנוי. הסכמה כאמור – לא התקבלה. מדבריו של מר פלח משתמע, כי המשיבה העבירה את השיווק "הארכאי" לשיווק באמצעים אחרים דרך שירותי-yes-mail. היינו, השיווק נותר, רק האמצעי באמצעותו נעשה השיווק – השתנה. הן בדואר שיווקי והן בשירות yes-mail, המשיבה שולחת הודעות שיווקיות ולא ניתן לעשות הבחנה, האם מדובר בהודעת הטבה גרידא או בהודעות שעניינן הוצאת כספית והמשיבה אינה מציינת זאת במפורש.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

שימור הקשר בין עוסק לבין ציבור לקוחותיו הוא עניין לגיטימי וראוי, המקדם יחסי מסחר תקינים, וניתן להניח שלפחות חלק ממנויי המשיבה מעוניינים בקבלת פרסומות או הטבות. אך אין מדובר בהנחה גורפת המתקיימת ביחס לכל מנוי ומנוי, וממילא סוגיית ההטרדה של הנמען היא סובייקטיבית, ומשתנה בין אדם לאדם.

מהטעמים האמורים, די בתשתית שהניחו המבקשים על מנת לקבוע, שבקשת האישור מעוררת שאלות משפטיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה באשר למשלוח דברי פרסומת על ידי המשיבה בניגוד לחוק התקשורת, ויש אפשרות סבירה ששאלות אלה תוכרענה בתובענה לטובת הקבוצה.

עילות התביעה הנוספות

המבקשים טוענים, שקיימות להם עילות תביעה נוספות מכוח פקודת הנזיקין (נוסח חדש), חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 וחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981.

טענות המבקשים בכל הנוגע לעילות הנוספות נדחות. המבקשים לא הוכיחו, שהמשיבה התעשרה על חשבון מנוייה ולכל הפחות לא השכילו להניח תשתית ראייתית מתאימה להוכחת האמור. המשיבה אכן נמצאת בתחרות וניתן להניח שמבצעה נעשים לצורך שימור לקוחות ובאופן עקיף היא נהנית ומשיאה את רווחיה. עם זאת, אין בכך כדי להסיק, שהדבר נעשה באופן ישיר על חשבון מנוייה וביחס שווה (כפי שטוענים המבקשים) בין רווחיה לחסרון הכיס של מנוייה ובפרט כאשר היא מוציאה כספים לצורך סבסוד ההטבות.

בשים לב להבחנות, שבין חוק הגנת הפרטיות לבין הסדר חוק הספאם הקבוע בחוק התקשורת, ובכלל זה למיהות הפוגע, למיהות המעשה, לאופן הפיצוי וסכומי הפיצוי שבכל אחד מדברי החקיקה האמורים, יש לפרש את המונח "הטרדה" לצורך קיומה של עילת תביעה מכוח חוק הגנת הפרטיות באופן נפרד מזה הקיים בחוק התקשורת. בנסיבות העניין, אין מקום לקבל את טענות המבקשים באשר לקיומה של עילת תביעה בגין פגיעה בפרטיות מכוח חוק הגנת הפרטיות. אין נזק ממשי לפרטיות מנוייה של המשיבה, נוכח שליחת ההודעות, שכן אלו נשלחו על ידי המשיבה למנוייה בלבד, אשר מסרו את פרטיהם במסגרת ההתקשרות ביניהם. יש לצמצם את שאלת הפגיעה בפרטיות המנויים לסוגיית ה"הטרדה" ואת זו יש לבחון תחת המנגנונים הקבועים בחוק התקשורת.

טענות המבקשים לרשלנות והפרת חובה חקוקה הנובעת מהפרת הוראות הרישיון שניתן למשיבה נדחות אף הן. טענות המבקשים ככל שהן נוגעות לרשלנות נטענו באופן סתמי מבלי שהעמידו תשתית ראייתית רלוונטית להוכחת רכיבי עוולת הרשלנות. נוסף על כך, הודעות yes-mail אינן עונות להגדרת "פרסומת" שבסעיף 14.8.1 לרישיון. הן אינן תשדיר (סרטון קצר) המשודר על ידי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 3468-09-14 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ

yes. ולא ניתן לטעון כי הטבה המוצעת למנויים, באמצעות הודעות yes-mail, אשר נקלטת בממיר של המנוי היא תשדיר פרסומת, כהגדרתו שם.

נזקים ממוניים ולא ממוניים

אין מקום לקבל את טענות המבקשים לעניין קיומו של נזק ממוני. הנזקים הממוניים הנטענים בבקשת האישור אינם משותפים לכלל חברי הקבוצה. המבקשים לא הציגו מנגנון רלוונטי לכימות הנזק אשר נגרם כתוצאה מ"אובדן משאבי הזמן" ולא ניתן לבצע האחדה של "אובדן משאב הזמן של חברי הקבוצה". המבקשים טוענים, שעל המשיבה להשיב למנוייה את ההכנסות אותן הפיקה משיגור הודעות הפרסומת המפרות. לא ניתן לקבל טענה זו ולא ניתן לקבוע, כי הנזק שנגרם הוא בשווי ההכנסות של המשיבה. המבקשים לא הניחו תשתית רלוונטית לתמיכה בקיומו של מנגנון כאמור.

על יסוד הטעמים והרציונאליים הקבועים ברקע הסדר חוק הספאם ולאור כל האמור לעיל, המבקשים הניחו תשתית ראייתית רלוונטית כדי לבסס אפשרות סבירה שייקבע, שנגרם להם וליתר חברי הקבוצה נזק לא ממוני בגין פגיעה שהמשיבה תהיה מחויבת בגינה בפיצויים.

יתר התנאים הקבועים בסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות

המבקשים השכילו להוכיח, שיתר התנאים הקבועים בסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות מתקיימים אף הם.

תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין (סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות). בקשת האישור מעוררת שאלות עובדתיות ומשפטיות משותפות לכלל חברי הקבוצה ושאלות אלה קשורות זו בזו. התנהלות המשיבה משקפת דפוס פעולה רחב כלפי קבוצת נפגעים אפשרית בהיקף המצדיק ניהול תובענה ייצוגית. מדובר במחלוקת שתוצאותיה רלוונטיות לחלק לא מבוטל של מנויי המשיבה, שלא נתנו הסכמה מפורשת לקבלת הודעות פרסומת.

ייצוג המבקשים עד כה מעיד על כך, שהם מיוצגים בדרך הולמת ונראה, שבכוחם של המבקשים ובאי כוחם לנהל את התובענה לטובת חברי הקבוצה בתום לב (סעיפים 8(א)(3) ו-8(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות).

סוף דבר

מהטעמים האמורים עד כאן, בקשת האישור מתקבלת, בהתאם למפורט להלן:

עילת התביעה בגינה מאושרת הגשת תובענה ייצוגית: הפרת הוראות סעיף 30א לחוק התקשורת.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 14-09-3468 רודד ואח' נ' די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ



הגדרת הקבוצה: "כל מי שהיה לקוח של המשיבה החל מיום כניסתו לתוקף של סעיף 30א לחוק התקשורת, ביום 1.12.2008, ועד למועד החלטה זו ונתקבלה אצלו הודעת פרסומת מפרה (כהגדרתה בבקשת האישור), אחת או יותר, באחד או יותר מהממירים שבשימוש, ואשר לא נתן למשיבה הסכמה מראש לקבלת דברי פרסומת".

לעניין הגדרת הקבוצה –

"הסכמה מראש" כהגדרתה בחוק התקשורת.

ככל שבידי המשיבה אפשרות להעמיד תשתית ראייתית רלוונטית להוכחת שימוש וניצול של הודעות ההטבה, תציג תשתית זו בהליך העיקרי.

הסעדים הנתבעים: צו הצהרתי, צו מניעה קבוע וכן פיצוי כספי בגין נזק לא ממוני.

התובעים המייצגים: טל רודד וגד בר אלי.

באי הכוח המייצגים: עוה"ד צבי בר נתן, מרב ברוך וליאור צ'רצ'י.

באי כוח הצדדים יפרסמו הודעה בדבר אישור התובענה כייצוגיות, כאמור בסעיף 25 לחוק תובענות ייצוגיות. נוסח ההודעה יכלול את הפרטים הנדרשים על פי סעיף 14(א) לחוק תובענות ייצוגיות בהתאם להחלטה זו וכן הבהרה בדבר זכותו של כל חבר בקבוצה לצאת מהקבוצה לפי סעיף 11 לחוק תובענות ייצוגיות. נוסח ההודעה יתואם בין באי כוח הצדדים ויוגש לאישור תוך 14 ימים מהיום. גודל האותיות לא יפחת מ- 2 מילימטרים. המשיבה תישא בעלויות הפרסום. ההודעה תפורסם בעיתונים: "הארץ" ו- "גלובס".

בהתאם לסעיף 23 לחוק תובענות ייצוגיות, המשיבה תשלם לב"כ המבקשים שכר טרחה בגין טיפולם בתובענה עד לשלב זה, בסך כולל של 50,000 ₪ בתוספת מע"מ כדין, תוך 30 ימים מהיום.

המבקשים יגישו כתב תביעה בהתאם לאמור בהחלטה זו עד ליום 15.8.19.

המשיבה תגיש כתב הגנה עד ליום 31.10.19.

ניתנה היום, כ"ב סיון, תשע"ט, 25 יוני, 2019, בהעדר הצדדים.

רחמים כהן, שופט