



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 19-09-16620 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

לפני כבוד השופט טל חבקין

המבקשים:

1. נוי בן פורת
 2. ד"ר דוד ביטון
- ע"י ב"כ עו"ד לירון פרמינגר

נגד

המשיבה:

רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד שרון קלינמן, הילה פרנקו וליאב
פלשקר

החלטה

בקשה לאישור תובענה ייצוגית שעילתה הפרה של סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 ("חוק התקשורת").

בקשת האישור המתוקנת

1. בחודש יוני 2017 או סמוך לכך הורידה המבקשת 1 ("המבקשת") יישומון שמפעילה המשיבה, חברה בע"מ האוחזת ברישיון לשידורי רדיו אזורי, בשם "רדיו מוסיקה eco99music" ("היישומון") מחנות היישומים אל מכשיר הטלפון החכם שלה. השימוש ביישומון אינו מחייב רישום, אך משתמש המעוניין בתכונות מתקדמות כגון שמירת רשימות שירים קבועות ("פלייליסטים") נדרש לבצע הליך רישום קצר שלאחריו נפתחים בפניו כל תכונות היישומון. המבקשת לחצה על הצלמית בצדו הימני של המסך, המובילה למסך שבו השאלה הבאה: "רוצים לשמור את הפלייליסט? הירשמו בעזרת אחת מהאופציות הבאות, ושמרו את הפלייליסטים שאתם הכי אוהבים". במסגרת הליך השמירה, המבקשת התבקשה לבחור בין שתי חלופות: (1) כניסה מסונכרנת באמצעות חשבון הפייסבוק שלה; (2) רישום באמצעות כתובת דואר אלקטרוני. המבקשת בחרה בחלופה הראשונה: כניסה באמצעות חשבון הפייסבוק. בחלקו התחתון של המסך הופיעה קישורית לתנאי השימוש ביישומון, אך לא הייתה חובה או צורך לסמן כי תנאי השימוש נקראו או אושרו בידי המשתמש. כמו כן לא הייתה בקשה של המשיבה לקבל את הסכמת המשתמש לשלוח לו הודעות פרסומיות (נספח 2 לבקשת האישור המתוקנת).

2. סמוך לאחר הליך ההרשמה, החלה המבקשת לקבל הודעות דוא"ל פרסומיות לכתובת האישית שלה. המבקשת לא מסרה את כתובת הדוא"ל שלה במהלך ההרשמה, אלא שהכתובת "נשאבה" מתוך נתוני חשבון הפייסבוק שלה. החל מחודש אוגוסט 2017 ועד מועד הגשת בקשת האישור (ספטמבר 2019), קיבלה המבקשת 24 הודעות דוא"ל פרסומיות. הודעות אלו נכנסו לתיבת



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

"דואר הזבל" ככל הנראה כי הופיעה בכותרתן המילה "פרסומת", ולכן המבקשת לא שמה לב אליהן. אולם ביום 16.8.2019 היא קיבלה הודעת דוא"ל פרסומי שאינו כולל את המילה "פרסומת" בכותרת, וזו לא סוננה באמצעות מנגנון "דואר זבל". דובר בהודעה על הופעתה הקרבה של להקת סוויד בישראל שהציעה לרכוש כרטיסים באמצעות המשיבה. הודעה זו, כמו קודמותיה, נשלחה בלא שניתנה הסכמתה המפורשת של המבקשת לקבלת הודעות פרסומיות (נספח 3 לבקשה). נטען כי הודעה זו הפריעה, הטרידה והסיחה את תשומת לבה של המבקשת שאף נגרמה לה עוגמת נפש כאשר גילתה שמדובר בהודעה אלקטרונית מצד המשיבה שהתקבלה ללא הסכמתה מראש, ואשר נוסף לכך להפתעתה המילה "פרסומת" לא צוינה בה.

3. ביום 21.8.2019 שלחה המבקשת הודעת דוא"ל למשיבה וביקשה להסיר עצמה מקבלת הודעות פרסומיות. ביום 25.8.2019 השיבה המשיבה: "לידיעתך, כאשר נרשמת לאזור האישי כדי לשמור פלייליסטים במועדפים אישרת לקבל דיוור (כנראה סימנת v שקראת את התקנון מבלי לקרוא אותו)" (נספח 4 לבקשת האישור). המבקשים טוענים שבניגוד לתשובה זו, אין צורך בסימון אקטיבי של קריאת התקנון כדי להירשם ליישומון באמצעות הפייסבוק, וממילא המבקשת לא אישרה קבלת מסרים פרסומיים.

4. ביום 6.9.2019 קיבלה המבקשת הודעה נוספת, וזאת לאחר שהוסרה כביכול מרשימת התפוצה.

5. המבקש 2 ("המבקש") נרשם ביום 17.8.2019 (או סמוך לכך) לשירות שביישומון באמצעות חשבון הפייסבוק שלו. ביום 30.8.2019 הוא קיבל הודעת דוא"ל פרסומי: הצעה לרכוש כרטיסים למופע בשם "האול-סטארס של הגרוב הישראלי" בלא שבכותרתו הופיעה המילה "פרסומת". ביום 1.9.2019 הוא ביקש להסירו מקבלת הודעות פרסומיות. המשיבה השיבה לו כי הוא אישר לקבל הודעות כשסימן v המאשר את תקנון האתר המאפשר לשלוח הודעות פרסומיות. ביום 2.9.2019 השיב המבקש כי נרשם באמצעות הפייסבוק ולא נדרש לסמן דבר ואף לא לקרוא תקנון. בו ביום השיבה המשיבה כי היא מצטערת על הטעות וכי הדוא"ל שלו הוסר מרשימת התפוצה. אז הוא הבין שאין המדובר על מקרה פרטני וכי כל שיטת קבלת ההסכמה באמצעות חיבור דרך הפייסבוק הוא שגוי ובלתי חוקי. המשיבה לא הציעה לפצותו (חלופת התכתובת צורפה כנספח 7 לבקשת האישור).

6. המבקשים טוענים כי המשיבה שולחת הודעות פרסומיות לכלל משתמשי היישומון שנרשמו באמצעות הפייסבוק מבלי שיש בידה אישור מפורש בכתב לקבלת מסרים פרסומיים. לטענתם, בשיטת הרישום השנייה ליישומון, באמצעות חשבון הדוא"ל, נפתח חלון ובו הודעה כי בעת הרישום המשתמש נותן הסכמה לקבלת התראות, דיוור ודברי פרסומת לטלפון הנייד או לדוא"ל. מכאן שהמשיבה יודעת שיש צורך בקבלת הסכמת הנמען למשלוח הודעות דוא"ל פרסומיות אולם נמנעת במודע מלקבל הסכמה עת הוא נרשם באמצעות מנגנון הפייסבוק. מאחר שהרשמה באמצעות הפייסבוק היא קלה, המבקשים סבורים שכך נרשמים רוב המשתמשים,



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 19-09-16620 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

וקבוצתם מונה אלפי אנשים. עוד נטען שההרשמה באמצעות אתר האינטרנט שמפעילה המשיבה הוא שונה, ומתבקשת הסכמה מפורשת לקבלת הודעות פרסומיות (נספח 9 לבקשה). עם זאת, גם שם מי שנרשם באמצעות הפייסבוק יכול לעשות כן ללא סימון התיבה לאישור הסכמה למשלוח הודעות פרסומיות.

7. במישור המשפטי, המבקשים טוענים כי המשיבה היא מפרסם כהגדרתו בסעיף 30א לחוק, אשר שלח הודעות פרסומיות מבלי לקבל הסכמה מפורשת של המבקשים, ובלא שההודעות עומדות בדרישה הצורנית (חלקן אינו כולל את המילה "פרסומת" בכותרת). נטען כי מתקיימים התנאים לאישור תובענה ייצוגית לפי חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, שעילתה הפרת סעיף 30א לחוק התקשורת. לחברי הקבוצה נגרם נזק לא ממוני שיש להעמידו על 150 ש"ח לכל הודעה. המבקשים מעריכים את הנזק הכולל לקבוצה בסך של 2,500,000 ש"ח. הם מגדירים את הקבוצה כ"כל מי שיקבל מאת המשיבה ב-7 השנים האחרונות שלפני בקשת האישור ובמהלך ניהול ההליך, דברי פרסומת, ואשר: אין בידי המשיבה הסכמתו המפורשת".

התשובה לבקשה

8. המשיבה מפעילה את תחנת הרדיו האזורית eco99fm, ומספקת לקהל רחב שירותים נוספים בתחום המוזיקה. היא מפעילה אתר אינטרנט ויישומון המאפשרים להאזין למוזיקה ולתכנים נוספים באמצעות טכנולוגיית "סטרימינג", בין היתר באמצעות רשימות השמעה (פלייליסט) משתנות, ארכיון תכניות והאזנה לשידור חי של רדיו אקו ("שירותי הדיגיטל"). חלק מהשירותים זמינים ללא צורך בהרשמה. חלקם מצריכים הרשמה הכרוכה במתן פרטים בסיסיים (לרבות כתובת דוא"ל ושם) ויצירת חשבון משתמש מוגן בסיסמה שבאמצעותו ניתן להתחבר לשירות. לחלופין, המשתמש יכול לפשט את שלב ההרשמה על ידי הרשמה באמצעות הרשת החברתית פייסבוק. במקרה כזה ההרשמה (ובהמשך ההתחברות) מתבצעת על יסוד פרטים מזהים מתוך חשבון הפייסבוק האישי של המשתמש. אפשרות התחברות לשירותים באמצעות חשבון פייסבוק היא שירות שפייסבוק מציעה לאתרי אינטרנט ויישומונים של ספקים רבים בעולם שעובדים עם פייסבוק בשיתוף פעולה. מדובר בדרך נהוגה ומקובלת להרשמה והתחברות לשירותים מגוונים ושונים. כאשר ההרשמה או התחברות לשירות מתבצעת באמצעות פייסבוק, פייסבוק (בהתאם למדיניותה ובאישור המשתמש) מעבירה לספק השירות את הפרטים הדרושים לו לזיהוי וליצירת קשר עם המשתמש. לפיכך אפשרות ההרשמה או ההתחברות באמצעות פייסבוק מקלה על המשתמש והספק, שכן היא מייתרת את הצורך ביצירת חשבון אישי אצל הספק (תהליך המחייב הזנת פרטים מזהים והגדרת סיסמה) ובכך מפשטת את השימוש בשירות. ככל שהמשתמש בוחר להירשם באמצעות חשבון הפייסבוק, מוצגת הודעה של פייסבוק שלפיה המשיבה תקבל מפייסבוק בין היתר את שמו של המשתמש וכן את כתובת הדוא"ל המשוּיכת לחשבונו. כדי להמשיך בתהליך, המשתמש נדרש לאשר את האמור על ידי לחיצה על לחצן "המשך בתור...", ורק אז נמסרים הנתונים למשיבה והמשתמש יכול להמשיך בתהליך ההרשמה (נספח 1 לתשובה). הסברים נוספים על אודות



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

המידע שפייסבוק משתפת עם ספקים אחרים בעת הרשמה או התחברות לשירותים באמצעות חשבון פייסבוק, מפורסמים על ידי פייסבוק עצמה (נספח 2 לתשובה).

9. בכל המועדים הרלוונטיים לבקשת האישור (ועד לעדכון גרסה של שירותי הדיגיטל באוקטובר 2019), השימוש בשירות היה כפוף לתנאי שימוש שפורסמו באתר האינטרנט וביישומון שבהם נכתב: "מבלי לגרוע מן האמור לעיל למען הסר ספק מובהר, כי בהתאם לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 – הרשמה לאתר ו/או שימוש באתר, במידע, בשירותים ובתכנים הכלולים בו מהווה הסכמה מצדכם לקבל דיוור מאיתנו, דברי פרסום, התראות למכשיר הסלולרי וכיו"ב". תנאים אלה פורסמו באתר האינטרנט וביישומון. כמו כן, במהלך תהליך הרישום נכלל קישור בולט למסמך תנאי השימוש שנועד להקל על המשתמש לעיין בהם סמוך להרשמה לשירות. בתהליך ההרשמה על ידי יצירת חשבון אישי, המשתמש אף נדרש לאשר פוזיטיבית כי הוא קרא את תנאי השימוש. בהתאם לאמור בתנאי השימוש, המשיבה נוהגת לשלוח למשתמשים הרשומים לשירותי הדיגיטל (ואשר לא הביעו סירוב להכללתם ברשימת הדיוור), מעת לעת, הודעות דוא"ל הכוללות תכנים שונים הנוגעים למוזיקה ולשירותים שהמשיבה מספקת לציבור ("ניוזלטרס"). בדרך כלל אלה כוללים אחד או יותר מהתכנים הבאים: קישורים לרשימות השמעה חדשות, עדכונים על הופעות מוזיקה צפויות בישראל, קישור לפלטפורמה לרכישת כרטיסים להופעות, מידע בנוגע לתחרויות נושאות פרסים ועוד. בתחתית כל ניוזלטר נכלל קישור למנגנון הסרה עצמית, פשוט וקצר, מרשימת הדיוור של הקבוצה (נספחים 3 ו-4 לתשובה).

10. בחודש אוקטובר 2019 המשיבה ערכה שדרוגים לאתר האינטרנט וליישומון, וכיום כל מי שנרשם לשירותי הדיגיטל נדרש לאשר באופן פוזיטיבי כי קרא את תנאי השימוש ומדיניות הפרטיות של השירות (אחרת לא ניתן להתקדם בתהליך ההרשמה), וכן נשאל אם הוא מסכים לקבל דיוור ישיר מהמשיבה. שינויים אלה נעשו בבחינת למעלה מן הצורך שכן לעמדת המשיבה גם לפני עריכתם היא פעלה כדין.

11. במישור הפרטני הנוגע למבקשים: המשיבה מאשר שהמבקשת נרשמה לשירותי הדיגיטל באמצעות חשבון הפייסבוק, נפתחה חלונת שהציגה באופן בולט קישור למסמך תנאי השימוש, שכללו כאמור את התנאים שחלו על המבקשת כמי שבחרה להשתמש בשירותי הדיגיטל, לרבות הבהרה בעניין משלוח דיוור ישיר למשתמשים (נספח 5 לתשובה). מאחר שהרישום באמצעות חשבון הפייסבוק מחייב את המשתמש לאשר שפרטי כתובת הדוא"ל שלו עברו למשיבה, המשיבה הייתה מודעת שכך נעשה. היא אף קיבלה דוא"ל המאשר את הרישום. מאז שלחה המשיבה למבקשת, מעת לעת, הודעות דוא"ל שכללו ניוזלטרס, וכן קישור להסרה מרשימת התפוצה (נספח 6 לתשובה). משך כשנתיים המבקשת לא ביקשה להסיר את עצמה, ולא פנתה למשיבה בכל דרך אחרת בעניין. המבקשת לא הייתה ערה למשלוח ההודעות משום שהן נותבו לתיבת דואר הזבל שלה. רק ביום 21.8.2019 פנתה המבקשת לראשונה למשיבה בנוגע להכללתה ברשימת הדיוור. היא טענה שמעולם לא נרשמה לקבלת דואר פרסומי וביקשה לברר אם יש למשיבה אישור חתום מטעמה. המבקשת





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

לא ביקשה להסיר את עצמה מרשימת הדיוור, ולא עשתה שימוש במנגנון ההסרה העצמית (נספח 7 לתשובה). ביום 25.8.2019 המשיבה השיבה לפניית המבקשת והפנתה אותה להבהרה שבתקנון (תנאי השימוש) של האתר. בנוסף, ואף שהמבקשת לא ביקשה זאת, המשיבה הסירה אותה באופן ידני מרשימת הדיוור והודיעה לה על כך. בהודעה צוין כי המבקשת אישרה שקראה את התקנון מאחר שבאותה עת המשיבה לא הייתה ערה לכך שהדבר לא התחייב בעת רישום באמצעות חשבון הפייסבוק (נספח 8 לתשובה). המבקשת לא השיבה לתשובה זו.

12. המבקש, הנשוי למבקשת (בלא שהדבר צוין בבקשת האישור), הוריד את היישומון ביום 17.8.2019. לטענת המשיבה, הוא נרשם במטרה לבחון את דרכי ההרשמה לשירותי הדיגיטל של המשיבה כחלק מהיערכות להגשת בקשת האישור. הוא עבר תהליך דומה לזה שעברה המבקשת, וביום 30.8.2019 נשלח לו ניוזלטר (נספח 11 לתשובה). ביום 1.9.2019 הוא פנה למשיבה בדרישה להסירו מרשימת הדיוור (נספח 12 לתשובה). בו ביום הוא נענה שהוסר, וכן הופנה לתנאי השימוש (נספח 13 לתשובה). המבקש השיב שהתחבר באמצעות מנגנון הפייסבוק, שלא הצריך לסמן דבר או לקרוא תקנון. המשיבה השיבה: "תודה על העדכון. מצטער על הטעות {נטפל בנושא}. הוסר המייל שלך מרשימת התפוצה". ביום 8.9.2019 המבקשים הגישו נוסח ראשון של בקשת האישור. ביום 16.9.2019 הם הגישו בקשה לתקן את בקשת האישור ולכלול בה דיוור נוסף שהמבקשת קיבלה מהמשיבה, לאחר ששלחה הודעת סירוב.

13. המשיבה טוענת שאין מקום לאשר את ניהול התובענה נגדה במתכונת ייצוגית. זאת משום שאין למבקשים עילת תביעה אישית נגדה; התובענה אינה עומדת באף אחד מהתנאים הנדרשים לכך לפי הדין והפסיקה; ולמבקשים לא נגרם נזק.

התשובה לתשובה

14. התשובה לתשובה כוללת בעיקר מענה משפטי לטענות המשיבה, אשר יידונו בפירוט להלן.

דיון והכרעה

15. ביום 2.6.2020 התקיים דיון בבקשת האישור. באי כוח הצדדים הסכימו שאין צורך לחקור מצהירים לצורך הכרעה בבקשה, ושיוגשו סיכומים בכתב. הצדדים סיכמו טענותיהם. זו עת ההכרעה.

התנאים לאישור תובענה ייצוגית – כללי

16. עילת תביעה לפי סעיף 30א לחוק התקשורת מנויה בפרט 12 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. אדם שיש לו עילה אישית מכוח פרט זה רשאי להגיש בגינה תובענה ייצוגית (סעיפים 3(א) ו-4(א) לחוק תובענות ייצוגיות). סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות מונה ארבעה תנאים לאישור תובענה כייצוגית, וזו לשונו:



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 19-09-16620 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

8. (א) בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:
- (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 וינהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;
 - (4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב.

אישור תובענה ייצוגית בידי בית המשפט

17. תנאים אלה נדונו ארוכות בספרות בפסיקה, ובתמצית של התמצית: התנאי הראשון, הקבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק, נחלק לשני תנאי-משנה: תנאי-המשנה הראשון הוא שהתובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה. בענין דרישה זו נפסק כי על המבקש "להוכיח כי קיימת קבוצת אנשים שלהם עילת תביעה דומה דיה לשלו. לא די בכך שהמבקש יצביע על עילת תביעה נגד [המשיב], עליו להצביע גם על כך שקבוצה שלמה נפגעה באופן דומה" (ע"א 2112/17 גרסט נ' נטוויז'ן בע"מ, פסקה 28 (2.9.2018)). תנאי-המשנה השני דורש ממבקש האישור להראות עילת תביעה לכאורה, ויש אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות יוכרעו לטובת חברי הקבוצה. במקרים המתאימים – בעיקר כשבית המשפט מוצא לדחות את בקשת האישור בהיעדר עילה – הוא רשאי לדון ולהכריע בשאלות המהותיות גופן (דעת הרוב ברע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי (5.7.2012); דעת הרוב בע"א 9294/16 שמעון נ' חברת איי די איי חברה לביטוח בע"מ (4.2.2020)). התנאי השני, הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, דורש שהתובענה הייצוגית תהיה הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת. תנאי זה מצריך שמשקלן של השאלות הפרטניות שיש לברר לגבי כל אחד מחברי הקבוצה קטן ממשקלן של השאלות שניתן להכריע בהן באופן מרוכז במסגרת התובענה בלא לקפח יתר על המידה את הנתבע (ע"א 6887/03 רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות עובדים, פסקה 25 (20.7.2020)). התנאים השלישי והרביעי נוגעים להלימות הייצוג בידיו בא כוח מייצג (סעיף 8(א)(3)), ותום הלב של התובע המייצג (סעיף 8(א)(4)), אולם בית המשפט רשאי לאשר ניהול תובענה ייצוגית גם בהיעדר שני תנאים אלה, ובלבד שיחליף את בא כוח הקבוצה או את התובע המייצג (או יצרף בא כוח או תובע מייצג נוסף), בהתקיים התנאים לכך בחוק (סעיף 8(ג) לחוק). תנאי הלימות הייצוג ותום הלב מתמקדים בבעיית הנציג המתבטאת בניגוד אינטרסים שמתעורר לא אחת בין התובע המייצג ובא כוחו ובין האינטרס של חברי הקבוצה (ראו למשל ע"א 8037/06 ברזילי נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ, פסקה 92 (4.9.2014); רע"א 3698/11 שלמה תחבורה (2007) בע"מ נ' ש.א.מ.ג.ר. שירותי אכיפה בע"מ, פסקות כ"ו-מ"ב לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (6.9.2017); אמיר ויצנבליט "ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות" משפטים מג 351 (2013)). לדיון מקיף בתנאים המנויים בסעיף 8 ראו אביאל פלינט וחגי ויניצקי תובענות ייצוגיות 105-292 (2017)).



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

חוק הספאם – המסגרת הנורמטיבית

18. כאמור, סעיף 8(א)(1) סיפה לחוק תובענות ייצוגיות מצריך לבחון אם יש אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות לחברי הקבוצה ולמבקשים יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה. לשם כך יש לבחון את עילת התביעה האישית של המבקשים ולהכריע אם יש סיכוי סביר שהיא תוכרע לטובתם. המדובר בטענה להפרת סעיף 30 לחוק התקשורת (הסעיף ידוע גם בשם "חוק הספאם"), אשר קובע, בחלקיו הרלוונטיים, לאמור:

- שיגור דבר פרסומת באמצעות מתקן בזק
- 30.א. (א) בסעיף זה –
 "דבר פרסומת" – כל אחד מאלה:
 (1) מסר המופץ באופן מסחרי, שמטרתו לעודד רכישת מוצר או שירות או לעודד הוצאת כספים בדרך אחרת;
 (2) [...]
 (3) [...]
- "הודעה אלקטרונית" – מסר בזק מקודד המועבר ברשת האינטרנט אל נמען או קבוצה של נמענים, וניתן לשמירה ולאחזור בדרך ממוחשבת;
 "הודעת מסר קצר" – מסר בזק הכולל כתב, לרבות אותות או סימנים, או מסר בזק הכולל חוזי או שמע, ומועבר באמצעות רשת בזק ציבורית אל ציוד קצה של נמען או קבוצה של נמענים;
 [...]
- "מפרסם" – מי ששמו או מענו מופיעים בדבר הפרסומת כמען להתקשרות לשם רכישתו של נושא דבר הפרסומת, מי שתוכנו של דבר הפרסומת עשוי לפרסם את עסקיו או לקדם את מטרותיו, ובכלל זה לקדם קבלת תרומות או תעמולה, או מי שמשווק את נושא דבר הפרסומת בעבור אחר; לעניין זה, לא יראו כמפרסם מי שביצע, בעבור אחר, פעולת שיגור של דבר פרסומת כשירות בזק לפי רישיון כללי, רישיון מיוחד או מכוח היתר כללי, שניתנו לפי חוק זה;
 [...]
- (ב) לא ישגר מפרסם דבר פרסומת באמצעות פקסימיליה, מערכת חיוג אוטומטי, הודעה אלקטרונית או הודעת מסר קצר, בלא קבלת הסכמה מפורשת מראש של הנמען, בכתב, לרבות בהודעה אלקטרונית או בשיחה מוקלטת; [...]
- (1ב) [...]
- (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);



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

(2) המפרסם נתן לנמען הזדמנות להודיע לו כי הוא מסרב לקבל דברי פרסומת כאמור, דרך כלל או מסוג מסוים, והנמען לא עשה כן;
(3) דבר הפרסומת מתייחס למוצר או לשירות מסוג דומה למוצר או לשירות האמורים בפסקה (1).

(ד) [...]

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

(א) היותו דבר פרסומת; המילים "פרסומת", "בקשת תרומה" או "תעמולה", לפי העניין, יופיעו בתחילת דבר הפרסומת, ואם דבר הפרסומת משוגר באמצעות הודעה אלקטרונית – בכותרת ההודעה;
(ב) שמו של המפרסם, כתובתו ודרכי יצירת הקשר

עמו; [...]

(ו) [...]

(ח) [...]

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

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

(2) בבואו לקבוע את גובה הפיצויים לדוגמה, רשאי בית המשפט להתחשב בכך שאותו מפרסם הורשע, בשל אותו מעשה, בעבירה לפי סעיף קטן (ו);
(3) בבואו לקבוע את גובה הפיצויים לדוגמה, יתחשב בית המשפט, בין השאר, בשיקולים המפורטים להלן, ולא יתחשב בגובה הנזק שנגרם לנמען כתוצאה מביצוע ההפרה:

(א) אכיפת החוק והרתעה מפני הפרתו;

(ב) עידוד הנמען למימוש זכויותיו;

(ג) היקף ההפרה;

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

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

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

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

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

(יא) [...]



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 19-09-16620 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

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

19. חוק הספאם נועד למגר את תופעת הספאם – משלוח "דואר זבל" – בשל השלכותיה השליליות והנזק המצרפי שהיא גורמת לציבור. עמד על כך בית המשפט העליון ברע"א 1954/14 חזני נ' הנגבי, פסקה 2 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן (4.8.2014):

הספאם מהווה מטריד ציבורי הגורם לנזקים רחבי היקף. כאשר הוא נשלח באמצעות הודעות דואר אלקטרוני הוא גורם לבעיות מכמה סוגים: 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 מבזבז 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 [...]

20. בע"א 534/17 לפיד נ' סלקום ישראל בע"מ (6.3.2019) ציין בית המשפט העליון (השופט ע' גרוסקופף) כי משלוח דברי פרסומת באמצעות מתקן בזק לנמען שאינו מעוניין בקבלתן מתאפיינת בדרגות חומרה שונות, וכך כתב (פסקה 13):

ואכן תופעת הספאם אינה עשויה מעור אחד – היא כורכת התנהלות עבריינית חמורה, כמו הודעות שהן חלק מהונאה או הפצה של נוזקות, 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 [...]

21. סעיף 30א(ב) אוסר על "מפרסם" לשלוח "דבר פרסומת" (כהגדרתם בסעיף 30א(א) לחוק) בדרכים המנויות בסעיף 30א(ב), שדואר אלקטרוני כלולה בהן, אלא אם כן קיבל הסכמה מפורשת מראש של הנמען, בכתב. בצד האמור, סעיף 30א(ג) קובע חריג לכלל: מפרסם רשאי לשגר דבר



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 19-09-16620 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

פרסומת אף אם לא התקבלה הסכמת הנמען, בהתקיים התנאים המנויים בו. סעיף 30א(ה)(1)(א) לחוק מחייב את המפרסם לציין את המילה "פרסומת" בכותרת דבר פרסומת שנשלח בהודעת דואר אלקטרוני.

22. פרשנות תנאיו של סעיף 30א(ג) נדונה לעומקה בעניין לפיד. בית המשפט העליון עמד על תכליות החרגי לכלל, וראוי להביא מדבריו (פסקות 17-19 לפסק הדין של השופט ע' גרוסקופף, מספרי הפסקות הוסרו מהציטוט):

תכליתו של החרגי 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 הקוחות 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.

בהחרגה 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 נזקה 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.

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 בפיחות 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.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

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 פרטיו 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.

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.

23. השופט גרוסקופף קבע כי הסעיף כולל ארבעה תנאים מצטברים לתחולת החריג בעניין משלוח דבר פרסומת על ידי בית עסק לרשימת לקוחותיו (פסקה 21, ההדגשות במקור):

- 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"**



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

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")."

24. בעניין **לפי** נדונו שניים מארבעת התנאים: תנאי ההודעה (התנאי השני) ותנאי הדמיון (התנאי הרביעי). אשר לתנאי ההודעה, נקבע כי שאין חובה שהודעה על כוונת המפרסם לעשות שימוש בפרטי הלקוח לצורך משלוח הודעות תימסר ללקוח לפני שמסר את פרטיו לעוסק (פסקה 29). אשר לתנאי הדמיון, נקבע כי אף שקשה להציב מבחן חד, ניתן להצביע על מספר עקרונות מנחים לבחינת הסוגיה (פסקה 32):

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.

הלכות אלו טעונות יישום בענייננו.

סיכוי סביר שהעילה המשותפת לחברי הקבוצה תוכרע לטובתם – מן הכלל אל הפרט

25. התשתית העובדתית הצריכה להכרעה בשאלת קיומה של עילה אישית, לכל הפחות בעניינה של המבקשת, אינה שנויה במחלוקת של ממש. המבקשים לא אישרו בשום שלב בכתב, לא בעת



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 19-09-16620 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

ההרשמה לשירות ולא לאחר מכן, לשלוח להם דברי פרסומת בדואר אלקטרוני. על כן הוכחו יסודותיו של סעיף 30א(ב) לחוק. המחלוקת בין הצדדים נסבה אפוא על השאלה אם עלה בידי המשיבה להראות שארבעת תנאיו המצטברים של סעיף 30א(ג) לחוק, המאפשר לבית עסק לשלוח דבר פרסומת לרשימת לקוחותיו אף ללא קבלת הסכמת הנמען מראש ובכתב, מתקיימים. אבחן אותם לפי סדרם.

התנאי הראשון – תנאי המסירה הרצונית במסגרת העסקה

26. תנאי זה דורש מהמפרסם להראות כי "הנמען מסר את פרטיו למפרסם במהלך רכישה של מוצר או שירות, או במהלך משא ומתן לרכישה כאמור". הוא כולל שני תנאי-משנה: (1) הנמען מסר את פרטיו למפרסם; (2) הוא עשה כן במהלך רכישה של מוצר או שירות או במהלך משא ומתן לרכישה כאמור.

27. אין חולק שהמבקשים מסרו את פרטיהם מרצון, לאחר שביקשו להצטרף לשירות באמצעות חשבון הפייסבוק שלהם, ובתוך כך אישרו כי ידוע להם שמם וכתובת הדוא"ל שלהם יימסרו למשיבה. המחלוקת מתמקדת בתנאי-המשנה השני: אם מסירת הפרטים נעשתה במהלך רכישה של שירות או משא ומתן לרכישתו. המבקשים טוענים כי לשון הסעיף נוקטת (פעמיים) במונח "רכישה", להבדיל מ"התקשרות", ומאחר שהשירות בענייננו ניתן בחינם, תנאי זה אינו מתקיים.

28. אין בידי לקבל טענה זו. ראשית, בבואו לפרש את הסעיף, השתמש בית המשפט העליון יותר מפעם אחת במילה "התקשרות" עם בית עסק ולא דווקא במילה "רכישה" (עניין **לפיד**, בפסקות 17 ו-21). אולם אף אם נאמר ששאלה זו לא נדונה בעניין **לפיד** ולכן יש לייחס לכך נפקות מוגבלת, הרי שיש לפרש את המילה "רכישה" ככוללת גם התקשרות חינמית, שיכולה להיחשב רכישה של שירותי מוזיקה בתמורה לחשיפה לתכני פרסומת. אם לא נאמר כך יוצא שדווקא יישומון חינמי, המבוסס על מודל עסקי של שירות שניתן בתמורה לפרסום (ומן המפורסמות שיישומונים רבים מבוססים על מודל עסקי זה), לא יוכל לעשות שימוש במנגנון הקבוע בסעיף 30א(ג) לחוק. תוצאה זו תפגע בכוחו של מפעיל היישומון החינמי לקיים את המודל העסקי הלגיטימי שעליו הוא מבוסס. תוצאה זו אינה הגיונית ואינה מתבקשת. היא אינה עולה בקנה אחד עם מערך הציפיות של אדם סביר המתקשר בעסקה חינמית מסוג זה. אדם כזה מצפה לקבל פרסומות בדרך כזו או אחרת, על בסיס הקלישאה שלפיה "אין ארוחות חינם". סעיף 30א(ג) כולל תנאים נוספים שמטרתם להקל על הנמען להימנע מלקבל הודעות כאלו אם הוא אינו חפץ בקבלתן, ולאפשר לו להפסיק את קבלתן בקלות ובכל עת. פירוש התנאי הראשון כשולל לחלוטין את זכותו של מפרסם המעניק שירות חינם לשלוח מסרים פרסומיים גם כשהוא עומד ביתר תנאי הסעיף, אינה עולה בקנה אחד עם תכליתו, ואין לה מקום. ואכן, באחד מפסקי הדין נקבע, בהסתמך למשל על לשון סעיף 3 לחוק המיטלטליון, התשל"א-1971, כי המונח "רכישה" כולל גם מתן שירות חינמי (רת"ק (מחוזי ב"ש) 27069-03-17 פורטל טרמינל בע"מ נ' סילוביסקי (4.7.2017)).



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

29. המסקנה היא אפוא שהתנאי הראשון – בדבר מסירה רצונית של פרטי הנמען במסגרת עסקה – מתקיים. המשיבה עמדה בו.

התנאי השני – תנאי ההודעה

30. תנאי זה דורש כי "המפרסם הודיע לו כי הפרטים שמסר ישמשו לצורך משלוח דבר פרסומת מטעמו, באחת הדרכים האמורות בסעיף קטן (ב)". סעיף קטן (ב) מונה את הדרכים למשלוח הודעה כאמור: "פקסימיליה, מערכת חיוג אוטומטי, הודעה אלקטרונית או הודעת מסר קצר". תנאי זה מורכב אף הוא משני תנאי-משנה: (1) המפרסם הודיע לנמען כי הפרטים שמסר ישמשו לצורך משלוח דבר פרסומת מטעמו; (2) על המפרסם להודיע כאמור באחת הדרכים המנויות בסעיף קטן (ב), קרי: פקסימיליה, מערכת חיוג אוטומטי, הודעה אלקטרונית או הודעת מסר קצר. כאמור בעניין **לפיד**, "תכליתו של תנאי זה היא להבטיח את מודעות הלקוח לכך ששמו כלול ברשימת התפוצה של העסק".

31. המשיבה טוענת שהרשמה המפנה לתנאי השימוש באמצעות קישורית, לצד פרסום תנאי השימוש באתר כשהם נגישים לכל דורש, עונה לתנאי זה ובלבד שתנאי השימוש כוללים סעיף המתיר למפרסם לשלוח מסרים פרסומיים. לשיטת המשיבה, החוק לא הטיל חובה שהנמען יצפה בתוכן ההודעה או יסכים פוזיטיבית, בדרך של קיבול, לאמור בה.

32. לדעתי יסודות הסעיף אינם מתקיימים בענייננו. כאמור, תנאי ההודעה נועד ליידע את הלקוח שיישלחו אליו מסרים פרסומיים כדי לאפשר לו להודיע שהוא אינו מעוניין בכך, ולעשות opt-out בדרך פשוטה, נוחה ונגישה (תנאי שקשור ישירות בתנאי השלישי). כדי להקל על זיהוי ההודעה, ולהגביר את הסיכוי שהלקוח ישים לב אליה ותתגבש אצלו מודעות לכך שהוא הולך לקבל מסרים פרסומיים, החוק קבע תנאי טכני, הלוא הוא תנאי-המשנה השני: ההודעה צריכה להישלח בפקסימיליה, במערכת חיוג אוטומטי, בהודעה אלקטרונית או במסר קצר.

33. אין חולק שבמהלך ההרשמה או אחריה לא נמסרה למבקשים הודעה באחת מהדרכים האמורות שבה נכתב במפורש שהפרטים שמסרו ישמשו לצורך משלוח דבר פרסומת – לא במהלך ההרשמה ולא אחריה (לפני שקיבלו לראשונה דבר פרסומת, ואז כבר מאוחר מדי). השאלה היא אם קישורית שמופיעה במהלך ההרשמה המפנה לתנאי השימוש, שמצריכה את הנמען לבצע פעולה נוספת של הקשה על אותה קישורית (בלא שתוכן המידע שהקישורית מובילה אליו ידוע לו מראש), עונה לדרישת התנאי. לטעמי התשובה על כך שלילית. קיומה של קישורית לתנאי השימוש בשירות, הכוללים הודעה על כוונה לשלוח מסרים פרסומיים (לצד הוראות שימוש רבות נוספות שקריאתן לבטח כרוכה בהכבדה, והנחה סבירה היא שרוב הצרכנים אינם מעיינים בהן. ראו: David Gilo & Ariel Porat, *The Hidden Roles of Boilerplate and Standard-Form Contracts: Strategic*





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 19-09-16620 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

Imposition of Transaction Costs, Segmentation of Consumers, and Anticompetitive Effects, 104 MICH. L. REV. 983 (2006), אינה עונה לתנאי הסעיף. ראשית, היא אינה מגשימה את תכלית הסעיף: ליידע את הנמען ביעילות כי הוא צפוי לקבל דברי פרסומת באופן שיאפשר לו להודיע על סירוב לקבלן (או במילים אחרות: לעשות opt-out) לפני שהחל לקבלן בפועל. לא זו הדרך להבטיח, כדברי בית המשפט העליון בעניין **לפיז**, שהנמען מודע לכך שיישלחו אליו הודעות פרסומת. אין חולק כי המבקשים לא התבקשו לאשר שעיינו בתנאי השימוש, כך שאין הכרח שצפו בהודעה שיקבלו דברי פרסומת, והרי הודעה כזו דרושה במסגרת הסעיף.

34. הודעה בדרך של קישורית לתנאי השירות, שתוכנם אינו ידוע מראש, שונה ממצב שבו תנאי השירות נשלחים בדואר רגיל, בהודעה אלקטרונית או במסרון (הדרכים המנויות בסעיף-קטן (ב)), כשהם חלק מובנה מהטקסט עצמו, ודי בפתיחת ההודעה או עיון בעותק הנייר כדי להיחשף לתוכנם. אמת, ההבדל בין הודעה על דרך ההפניה (לרבות באמצעות קישורית או הפניה לתנאי השירות שמפורסמים באתר, שאינה עונה לדרישת התנאי) לבין הודעה שכוללת את התנאים עצמם שלא על דרך ההפניה, הוא הבדל דק. כך במיוחד אם ההודעה משולבת בתנאי שירות אחרים המנוסחים בלשון משפטית ושהאדם הסביר אינו נוהג לקרוא אותם. אלא שהחוק מצריך להכריע מה יבוא בגדר "הודעה", והכרעה זו נגזרת מהתכלית: הגברת הסיכוי למודעות של הנמען. מקום שבעל העסק שלח את תנאי השירות בהודעה, והלקוח בחר שלא לעיין בהם (שפי שהיה בעניין **לפיז**), שונה ממצב שבו בעל העסק הפנה לתנאי השירות בקישורית, בלא לשלוח אותם בהודעה נפרדת, תוך חיוב הלקוח לבצע פעולה נוספת ומכבידה של לחיצה על קישורית, כשהלקוח אינו יודע אם תנאי השירות כוללים הודעה כאמור. כדי להגשים את התכלית יש לפרש את דרישת משלוח ההודעה הקבועה בתנאי זה באופן שיערים מינימום מכשולים על הלקוח, ויגביר את הסיכוי למודעותו. אין לומר שתכלית זו מתקיימת בדרך של קישורית, ובאופן כללי בדרך של הפניה לתנאי השימוש, שכלל לא נשלחה ללקוח באמצעות הודעה כנדרש בתנאי-המשנה השני (והשוו בעניין זה למחלוקת בין השופטים בעניין **חזני**).

35. יוצא אפוא שדרישות התנאי השני לא מתקיימות. מכאן שהמשיבה לא פעלה בהתאם למנגנון הקבוע בסעיף 30א(ג) לחוק התקשורת, ועל כן היא שלחה הודעות דואר זבל בניגוד לדין. המסקנה העולה מכך היא שיש יסוד סביר שהתביעה תוכרע לטובתם של חברי הקבוצה.

36. מאחר שארבעת התנאים של סעיף 30א(ג) הם מצטברים, לכאורה אפשר היה לעצור כאן ולעבור לבחון את יתר התנאים המנויים בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות לאישור ניהול התובענה כייצוגית. אף על פי כן לא אעשה מלאכתי קלה, ואדון גם בתנאים האחרים של סעיף 30א(ג).

התנאי השלישי – תנאי האפשרות ל-Opt-out

37. תנאי זה דורש כי "המפרסם נתן לנמען הזדמנות להודיע לו כי הוא מסרב לקבל דברי פרסומת כאמור, דרך כלל או מסוג מסוים, והנמען לא עשה כן". תנאי זה נועד לאפשר לנמען לעשות



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

opt-out לפני שיתחיל לקבל דברי פרסומת, ולכן על ההזדמנות להודיע כאמור להינתן לנמען לפני כן (עניין **לפיז**, בפסקה 28). מובן כי תנאי לכך שתינתן הזדמנות להודיע על רצון שלא לקבל דברי פרסומת הוא קיומו של תנאי ההודעה (התנאי הקודם שנדון). זאת משום שאם הלקוח אינו יודע (או מוחזק כיודע, לאחר שנמסרה לו הודעה העומדת בתנאי הסעיף), שהוא צפוי לקבל דברי פרסומת, מדוע שיוודיע שהוא אינו מעוניין לקבלם?

38. גם תנאי זה אינו מתקיים בענייננו. המשיבה לא נתנה למבקשים הזדמנות להודיע לה על סירובם לקבל דברי פרסומת לפני תחילת משלוח דברי הפרסומת כהגדרתם בסעיף 30א(א) לחוק. משנמצא שאין לראות בקישורית לתנאי השימוש משום הודעה על כוונה לשלוח דברי פרסומת, אין לראות במבקשים כמי שמודעים לכך שהם עתידים לקבל דברי פרסומת, וממילא לא ניתנה להם אפשרות להודיע שהם מעוניינים להימנע מכך.

39. בתחתית הניזולטר ניתנה אפשרות להודיע על יציאה מקבוצת הדיוור. ברם, כפי שנקבע בעניין **לפיז**, "אין הכרח כי [ההודעה על אפשרות להודיע על סירוב לקבל דברי פרסומת] תימסר דווקא במעמד מסירת הפרטים, ולא במועד מאוחר יותר, ובלבד שהשימוש בפרטים לצורך משלוח דבר פרסום לא יעשה קודם למסירת ההודעה" (עניין **לפיז**, פסקה 28). מקום שלא נמסרה הודעה, המבקשים החלו לקבל דברי פרסומת, ורק במועד זה התאפשר להם להודיע שהם אינם מעוניינים – תכלית הסעיף לא הוגשמה.

40. המשיבה מפנה לע"א (מחוזי י-ם) 2526-12-17 **קסטרו מודל בע"מ נ' בר רגב**, פסקה 15 (8.4.2018), שבו נקבע כי אין מניעה שההזדמנות להודיע על רצון שלא לקבל דברי פרסומת תינתן במסגרת הודעת הפרסומת. אלא שפסק דין זה, של בית המשפט המחוזי, ניתן לפני פסק הדין בעניין **לפיז**, אשר קבע אחרת. נוסף על כך, הקביעה האמורה הייתה מעל הדרוש ולכן אינה חלק מהרציו של פסק הדין. לבסוף, בשונה מענייננו, באותו מקרה המשיב ידע שבכוונת המערערת לשלוח אליו הודעות פרסומיות. בקשת רשות ערעור על פסק הדין נדחתה אמנם, אך זאת לנוכח אמת המידה המצמצמת בבקשת רשות ערעור ב"גלגול שלישי", בלא שהובעה דעה לגוף הדברים (רע"א 3690/18 **רגב בר נ' קסטרו מודל בע"מ** (16.8.2018)).

41. הדרך המקובלת והנפוצה לקיים את התנאי השלישי היא לאפשר למשתמש הנרשם לשירות לסמן v בשדה המתאים במענה לשאלה אם הוא מסכים לקבל דברי פרסומת, וזאת במעמד ההרשמה. זו הדרך שאותה נוקטת המשיבה כיום, מאז ששודרג השירות סמוך לאחר הגשת בקשת האישור. איני סבור שיש לראות בכך הודאת בעל דין. שינוי התנהגות לאחר שנטען שהוא פסול יכול להיעשות למען הזהירות.

42. סיכום ביניים: גם התנאי השלישי אינו מתקיים. המשיבה לא עמדה בו.





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

התנאי הרביעי – תנאי הדמיון

43. תנאי זה דורש כי "דבר הפרסומת מתייחס למוצר או לשירות מסוג דומה למוצר או לשירות האמורים בפסקה (1)", דהיינו המוצר או השירות שנרכשו או שנוהל משא ומתן לרכישתם בעת שהנמען מסר את פרטיו למפרסם.

44. יישומו של תנאי זה בענייננו, בדומה לתנאי הראשון, מעורר אתגר פרשני מקום שהשירות ניתן חינם. בהינתן שהמודל העסקי של מתן שירות ללא תשלום מבוסס על תמורה בדמות צריכה של תוכן פרסומי, הרי שאם יידרש דמיון קרוב לאופי השירות שלקבלתו התקשרו הצדדים, כשהדמיון מתבטא במאפיין השירות כשירות חינמי, הרי שיתאפשר לכלול בדברי הפרסומת רק שירותים חינמיים. פרשנות זו חוטאת לרציונל העסקי המונח ביסוד התקשרות חינמית מסוג זה, ואינה הכרחית. כשם ששירותי הדיגיטל הנכללים בשירות עצמו כוללת תוכן פרסומי, כך הודעות פרסומיות שתוכנן קשור בנושא שירותי הדיגיטל – פרסום של מופעים והפנייה לפלטפורמה לרכישת כרטיסים – עונה על תנאי הדמיון.

45. דומה שיש לפרש את תנאי הדמיון על רקע תכליתו ועל בסיס המודל העסקי שהוא נועד לשרת. כשמדובר בשירות חינם, ציפייתו הסבירה של צורך השירות היא שהוא ייחשף לתוכן פרסומי. יש מקום להקנות למפרסם המעניק שירות חינמי גמישות רבה יותר בקביעת נושאי הפרסומת, ובלבד שמתקיימת זיקה הדוקה מספיק לתוכן השירות ולמאפייניו.

46. הייתי נוטה אפוא לקבוע שתנאי זה מתקיים. אלא שהדברים נאמרים מעל הנדרש ובוהירות.

היעדר נזק

47. סעיף 30א(ט) לחוק קובע: "הפרת הוראות סעיף זה היא עוולה אזרחית והוראות פקודת הניקין [נוסח חדש], יחולו עליה, בכפוף להוראות סעיף זה". הפרת סעיף 30א היא אפוא עוולה נזיקית, שזק הוא יסוד מיסודותיה כתנאי לפסיקת פיצוי. המשיבה טוענת שלא נגרם למבקשים נזק כתוצאה מההודעות, וממילא לא נגרם נזק לחברי הקבוצה.

48. דין הטענה להידחות לצורך הדיון בבקשת האישור. ברע"א 1621/16 Mega Advanced Mathematical System Ltd נ' זילברג, פסקה 10 (14.6.2016) נקבע כדלקמן:

[...] הנזק הרב שנגרם כתוצאה משיגור המוני של דברי פרסומת למי שאינם מעוניינים בכך הוא זה שהביא את המחוקק לאסור זאת בחוק ולקבוע כי מדובר בעוולה נזיקית, המקימה גם עילה להגשת תובענה



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 19-09-16620 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

ייצוגית (ראו: פרט 12 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות)), והמצדיקה פסיקת פיצויים ללא הוכחת נזק (אותם לא ניתן, עם זאת, לתבוע במסגרת תובענה ייצוגית – ראו: סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות). יש לדחות, אפוא, את טענת המבקשים כי הנזק שנגרם למי ששוגרו אליהם דברי פרסומת בלא הסכמתם הוא בבחינת "זוטי דברים", משום שטענה זו מתעלמת מהטירדה, הפגיעה בפרטיות ואי הנוחות שהם מנת חלקם של מי שמשוגרים אליהם דברי פרסומת בניגוד לרצונם [...] וכמו כן מן המגמה הברורה בחקיקה ובפסיקה לראות בשיגור דברי פרסומת כאמור תופעה מטרידה ומזיקה שאותה יש למגר. מטעמים אלו יש לקבוע כי די בכך שהוכח על ידי המשיבים ברמה הנדרשת בשלב זה כי אכן שוגרו אליהם דברי פרסומת בניגוד לחוק כדי לבסס אפשרות סבירה שייקבע כי נגרם להם וליתר חברי הקבוצה נזק שיש לפצות עליו ולדחות את הטענות שמעלים המבקשים בהקשר זה.

49. לנוכח דברים אלה של בית המשפט העליון, אין לקבל את הטענה שלא נגרם למבקשים נזק לצורך דיון בבקשת האישור, יהא היקפו של הנזק בפועל קטן ככל שיהיה. עניינה של התובענה הייצוגית אינו רק בנוקם של המבקשים עצמם, אשר אכן נחזה להיות קטן מאוד (עד כדי כך שאם היה מוגש בתביעה נזיקית שלא לפי הוראות חוק הספאם (ובהנחה לצורך הדיון שהחוק הזה לא היה קיים), דומה שהייתה נדחית מחמת הגנת זוטי דברים שבסעיף 4 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]), ובענייניו של המבקש 2 ספק אם נגרם נזק כלל. עניינה של התובענה הייצוגית בנוק המצטבר של חברי הקבוצה, אך בעיקר בשאיפה לתמרץ את אלה השולחים דואר זבל כשיטה להימנע מכך. לטענות המשיבה בעניין הנזק עשוי להינתן משקל במישור הייצוגי בעניין הסעד שייפסק לקבוצה, אך לא בשלב בקשת האישור. גם אין לקבל את הטענה שלא נזק משום שהמבקשים הפיקו תועלת מן השירות. הדין אינו מכיר באפשרות "לקזז" נזק כנגד תועלת, ולא בכדי לא הובאה דוגמה מן הפסיקה המאפשרת זאת.

50. איני רואה צורך בחוות דעת מומחה להוכחת יסוד הנזק לחברי הקבוצה בתביעה לפי חוק הספאם. כאמור, הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה מכך שקיבל מהמשיבה הודעות פרסומת בניגוד לרצונו בנסיבותיו של תיק זה (ששתיים מהן לא כללו את המילה "פרסומת" בכותרת ההודעה) – הוא כנראה קטן מאוד. שוו בנפשכם מה הפיצוי שהיה נפסק לאדם שהיה תובע פיצוי על קבלת הודעות כאלו לפני חקיקתו של חוק הספאם. אאתגר את המבקשים – לקראת השלב הדיוני הבא – ואפציר בהם להציג פסיקה שקבעה שמשלוח הודעות ספאם היא עוולה נזיקית המזכה בפיצוי ומה הסכום שנפסק שלא במסגרת חוק הספאם. אלא שכאמור אין בכך להעלות או להוריד בשלב בקשת האישור. אדרבה: דומה שחוות דעת מומחה הייתה מכבירה עלויות שלא לצורך והופכת את ההתדיינות לבלתי מידתית ביחס למאפייני המחלוקת.

51. אומנם הנטל בשלב בקשת האישור להוכיח את עילת התביעה אינו "מינימלי גרידא" (רע"א 3814/14 חוגלה קימברלי שיווק בע"מ נ' מסטיי, פסקות 11-12 (6.7.2015)). ברם כשמדובר



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 19-09-16620 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

בתובענה לפי חוק הספאם, יסוד הנזק ממילא אינו העיקר (הגם שהוא יסוד מיסודות העוולה), והרף הנדרש הוא נמוך במיוחד.

52. אכן, דומה שיש מקום להבחין בין המבקשת ובין המבקש לעניין העילה האישית והנזק. בהקשר זה טוענת המשיבה כי מועד הרשמתו של המבקש ביחס למועד קבלת ההודעה שהניעה את המבקשת להגיש את התובענה דנו, מעיד על כך שהוא נרשם לשירות במטרה לבחון אם חל שינוי במנגנון ההרשמה מאז שהמבקשת נרשמה, וכדי שתקום לו עילת תביעה אישית נגדה. במצב דברים זה אכן ספק אם נגרם למבקש נזק בתור מי שציפה, אפילו קיווה, לקבל הודעת פרסומת. אלא ששאלה זו לא התבררה מבחינה עובדתית (המבקש לא נחקר עליה), והעיקר הוא שגם אם היה נמצא שיש בה ממש, הדבר היה מוביל לכל היותר לדחיית העילה האישית שלו. לא היה בכך כדי לגרום מעילתה האישית של המבקשת, שדי בה כדי לקבוע שתנאי סעיף 8(א)(1) סיפה מתקיימים בעניינה.

משלוח שתי הודעות ללא המילה "פרסומת" בכותרתן

53. סעיף 30א(ה)(1)(א) מטיל חובה לכלול את המילה "פרסומת" בכותרת דבר פרסומת הנשלח ב"הודעה אלקטרונית" כהגדרתה בסעיף 30א(א) לחוק ("מסר בזק מקודד המועבר ברשת האינטרנט אל נמען או קבוצה של נמענים, וניתן לשמירה ולאחזור בדרך ממוחשבת"). הודעת דואר אלקטרוני באה בגדר הגדרה זו. בעניינה של חובה זו נקבע:

"תכליתה של הוראה זו ברורה וגלויה – מטרת המחוקק הייתה לאפשר סיווג מהיר ופשוט של דברי פרסומת, בין אם באמצעות סריקה מהירה בעין הנמען ובין אם באמצעות כלי סינון טכנולוגיים פשוטים. בדרך זו ביקש המחוקק למזער את הפגיעה הכרוכה במסרים פרסומיים הנשלחים בהתאם להוראות החוק, אולם לנמען אין עניין בהם. ודוק, העובדה שדבר פרסומת נשלח כדין, ובכלל זה שנשלח בהתאם להסכמה שנתן הלקוח, אין בה כדי לאיין את הדרישה לאפיון דבר פרסומת במילה 'פרסומת'. עניין זה בולט הן מנוסחה של הוראת סעיף 30א(ה)(1) לחוק התקשורת, והן מתכלית החוק, שהרי לנמען עניין בסינון מהיר של פרסומות גם כשהן נשלחות במקור שהוא מעוניין, ככלל, לקבל דברי פרסום מטעמו. כך, למשל, ללקוחה של בנק פלוני ולינוסע מתמיד בחברת תעופה אלמונית עשוי להיות עניין לאפשר לבנק או לחברת התעופה לשלוח אליהם, מעת לעת, דברי פרסום (לדוגמא הצעות למתן אשראי בתנאים נוחים או הודעות על מבצעי מכירות). ואולם, גם אם הסכימו לקבל דברי פרסום מהבנק או מחברת התעופה אין משמעות הדבר כי אין להם אינטרס לדעת באופן מיידי שהמדובר בדבר פרסום, ולא במסר מסוג אחר (בכגון הודעות אישיות, דפי חשבון או כרטיסי טיסה אלקטרוניים).

ודוק, המחוקק מבהיר כי בהודעה אלקטרונית על המונח 'פרסומת' להופיע כבר בכותרת, ואין הוא מסתפק בכך שתופיע בתחילת דבר הפרסומת. מכאן שעל המילה 'פרסומת' להופיע כחלק מינושא הדוא"ל, ואין די בכך שתופיע בגוף ההודעה. דרישה זו תואמת את תכליתה של הוראת החוק, שכן כאשר המילה 'פרסומת' מופיעה בינושאי יכול נמען הדוא"ל לממש את אפשרות הסינון באופן מהיר ויעיל מבלי לעיין בהודעה גופה" (ת"צ (מחוזי מר') 11-07-36086 **חריסט נ' ידיעות אחרונות**, פסקות 33-34 (19.9.2012) (השופט ע' גרוסקופף)).



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

54. בענייננו אין חולק שהמשיבה שלחה שתי הודעות פרסומיות שלא מופיעה בשורת הנושא שלהן המילה "פרסומת": ביום 16.8.2019 (נספח 5 לבקשת האישור) וביום 30.8.2019 (נספח 6 לבקשת האישור). המבקשת טענה שההודעה הראשונה, באופן קונקרטי, גרמה לה נזק (סעיף 20 לבקשת האישור המתוקנת).

55. המשיבה טוענת כי המבקשים היו מעוניינים שלא לקבל הודעות פרסומיות, ולכן מתנתקת הזיקה בין הפרת ההוראה לבין הנזק שנגרם להם. טענה זו אינה מסייעת למשיבה. אף שהמבקשים היו מעוניינים שלא לקבל הודעות פרסומיות, בפועל הן קיבלו אותן, והיעדרה של המילה "פרסומת" הגבירה את נזקם הנטען בכך שגרמה לכך שההודעות לא יסוננו קודם לכן במנגנון הסינון האוטומטי. החובה לכלול את המילה "פרסומת" בנושא ההודעה נועדה להקל על מלאכת הסינון. תכלית זו לא הושגה, ועל כן ניתן לקבוע – בשלב לכאורי זה – שעלה בידי המבקשים להראות שהיעדר המילה "פרסומת" גרמה לנזק מסוים, קטן ככל שיהיה. לטעמי די בטענה שהמילה "פרסומת" לא נכללה בכותרת ההודעה כדי לעמוד בדרישת הסעיף ולקבוע שנגרם נזק, שכן כפי שצינתי מקודם, במישור האובייקטיבי – ואם נוציא את תכלית החוק למנוע נזק במובן הרחב – ספק אם קבלת הודעת דואר אלקטרוני שאינו כולל תוכן פוגעני גורם נזק שאינו עניין של מה בכך, לא כל שכן ייחוד הנזק להיעדרה של המילה "פרסומת" בכותרת. כאמור, הדגש בסוגיה זו אינו על הנזק, אלא על הצורך בהרתעה. לצורך שלב האישור, די לו למבקש האישור שיטען שנגרם לו נזק כדי לצלוח שלב זה (השוו לת"צ (מחוזי חי) 57094-10-19 רווה נ' ש. שסטוביץ בע"מ, פסקה 113 (18.8.2020)).

56. הטענה שמדובר בהפרה במדרג נמוך ובתקלות נקודתיות אינה יכולה לסייע למשיבה בשלב דיוני זה. אם אלו היו הפרות היחידות של המשיבה, והיה נמצא שהיא עומדת ביתר תנאי סעיף 30א(ג) לחוק, ייתכן שלא היה מקום לאשר את ניהול התובענה כייצוגית בגין שתי הפרות נקודתיות אלו. אולם מקום שהוכחה עילה לכאורה להפרות בהיקף נרחב יותר, לא מצאתי מקום לדחות את בקשת האישור בגין הפרות אלו.

הטענה בדבר משלוח הודעה נוספת לאחר סירוב

57. אין חולק שהמבקשת קיבלה הודעה נוספת (ביום 6.9.2019) לאחר שהוסרה כביכול מרשימת התפוצה. המשיבה טוענת שמדובר בתקלה נקודתית, ולכן אין מקום לאשר את ניהול התובענה כייצוגית בעילה זו.

58. בכל שאמור בעילה האישית, הדין בעניין זה עם המבקשת. המדובר בהודעה נוספת שנשלחה אשר גרמה נזק, גם אם מדובר בנזק קטן. ברם, ובכך נקדים את המאוחר, המבקשים לא הניחו תשתית עובדתית ולו ראשונית ולכאורית לכך שמי מחברי הקבוצה האחרים שביקש שלא לקבל



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 19-09-16620 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

הודעות, נוסף למבקשת, ביקש להסירו בהודעת דוא"ל (ולא באמצעות מנגנון ההסרה העצמית), ובכל זאת קיבל הודעה נוספת לאחר מכן. בהיעדר תשתית עובדתית שיש בנמצא פרטים נוספים כאלה, אין מקום להידרש לטענה במישור הייצוגי.

59. המבקשים אכן נמצאים בנחיתות אינפורמטיבית בסוגיה זו, והמידע בעניינה הוא בידיעתה הבלעדית של המשיבה. ברם לשם כך קיימים הליכי גילוי ועיון במסמכים, לרבות בשלב בקשת האישור. הליכים אלה לא ננקטו בתובענה דנן. בניגוד להפרות האחרות, שאין חולק שמשותפות לכלל חברי הקבוצה, בעניין ההודעה הנוספת לא הוכח כי קיימות שאלות משותפות של עובדה או משפט למבקשת ולחברי קבוצה נוספים, באופן שאינו מקיים את התנאי המנוי בסעיף 8(א)(1) רישה לחוק. על כן אין מקום לאשר את ניהול התובענה כייצוגית, ואז לברר אם אכן קיימת קבוצה.

60. יתר על כן, ומעל הדרוש, דומה שאכן מדובר בהתנהלות נקודתית הנוגעת למבקשת עצמה ולה בלבד. בהקשר זה מצביעה המשיבה על כך שהמבקשת לא ביקשה להסירה מרשימת התפוצה כשפנתה למשיבה בכתב; ושאיננה תקלה נקודתית. בהיעדר בירור עובדתי בסוגיה זו, טענה עובדתית זו של המשיבה לא נסתרה.

סיכום ביניים

61. עלה בידי המבקשים להראות שהם אווזים בעילת תביעה אישית טובה להפרת סעיפים 30א(ב) ו-30א(ה)(1)(א) לחוק התקשורת, ושיש יסוד סביר שעניינם של חברי הקבוצה החולקים את אותן שאלות מהותיות של עובדה ומשפט יוכרע לטובתם. יש לבחון אפוא את התקיימות התנאים האחרים הקבועים בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות.

קיומן של שאלות משותפות של עובדה או משפט

62. תנאי המשנה הראשון המנוי בסעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות דורש כי התובענה תעורר שאלות דומות של עובדה ומשפט. תנאי זה מתקיים בענייננו. הליך ההרשמה של חברי הקבוצה בוצע באופן אחיד, ואין טענה אחרת. העובדות הנוגעות לשאלת האחריות (להבדיל מהנזק) אחידות לכל חברי הקבוצה, והשאלה המשפטית – אם המשיבה הפרה את הוראות סעיפים 30א(ב), (ג) ו-(ה) לחוק – אחידה אף היא.

בירור התובענה במתכונת ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת

63. התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק תובעות ייצוגיות – הדורש כי ניהול התובענה במתכונת ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת לברר את התובענה – מתקיים אף הוא בכל שאמור בהפרה של סעיף 30א(ב) כלפי מי שנרשם דרך חשבון הפייסבוק שלו, ובעניינן של ההודעות שנשלחו ללא המילה "פרסומת" בנושא ההודעה. השאלות העובדתיות המשותפות לחברי הקבוצה בעניין זה הן זהות, ואף שמישור הנזק עשוי לעורר שאלות, אין בבירור בדרך זו כדי לקפח את הנתבעת יתר על המידה.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 19-09-16620 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

אין הכרח לברר את הסוגיות במישור פרטני, וניתן, למשל, להיעזר באמצעים סטטיסטיים לשם כך. התועלת הכלכלית המתבטאת בניהול התובענה מתמקדת בעיקר בהרתעה, שכן הנזק הממשי שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה, בייחוד בנסיבות דנן, נחזה להיות קטן במיוחד. אין להוציא מכלל אפשרות שהנזק המצטבר הוא גדול, אך זאת יתאפשר לדעת לאחר בירור של מספר הנרשמים לשירות דרך חשבון הפייסבוק בתקופה הרלוונטית, ומוקדם לחוות בעניין זה דעה. הטענה שיש אמצעי חלופי – תביעה לפיצוי לדוגמה מכוח סעיף 30א(ג) לחוק – אינה יכולה להתקבל. זאת משום שעל אף שהמחוקק קבע במפורש שלא ניתן לתבוע פיצוי ללא הוכחת נזק בתובענה ייצוגית (סעיף 20(ה) לחוק); ואף שעיקר ייעודו של חוק הספאם הוא להרתיע מפני שימוש בספאם, ולא פיצוי הניזוקים בגין הנזק הקונקרטי שנגרם לכל אחד מהם (נזק שבדרך כלל קטן במיוחד עד כדי זוטי דברים) – בכל זאת ראה המחוקק להתיר לנהל תובענות ייצוגיות בעילה זו. המסקנה המתבקשת מכך היא שיהא מקום לפסוק פיצוי בגין נזק בפועל, גם אם הוא קטן ביותר. השאלה כיצד יש לחשב את הפיצוי ולזהות את הנפגעים תוכרע בשלב הבא.

ייצוג ענייני הקבוצה בתום לב

64. התנאים הקבועים בסעיפים 8(א)(3) ו-8(א)(4) מתייחסים להלימות הייצוג של המבקש ושל בא כוחו.

65. אשר למבקשים: אף שאני סבור שהיה עליהם לציין שהם קשורים זה לזה, כדי לאפשר בירור של הטענה שלא נגרם למשיב נזק, הרי שבמבחן התוצאה אין לכך נפקות בענייננו. המשיבה לא ביקשה לחקור את המבקש והסוגיה לא התבררה עובדתית. מעבר לכך ועיקר: גם אם היה נמצא שהטענה נכונה, והמבקש הצטרף לקבוצה כדי ליצור לעצמו עילת תביעה ולוודא שמנגנון ההצטרפות לא השתנה, לא היה בכך כדי לשנות מהתוצאה. לכן גם לא היה טעם לחקור את המבקש, וחזקה על המשיבה שנמנעה מכך מטעם זה בכוונת מכוון.

66. יצוין כי השאלה מדוע מופיעים בכותרת הבקשה שני מבקשים ולא אחד – ובמילים אחרות: מדוע הבקשה לא הוגשה מלכתחילה בשם המבקשת בלבד – לא הובררה בבקשת האישור או בתגובה לתשובה. באופן כללי ומבלי למצות, יכולות להיות כמה סיבות לצירוף מספר מבקשים בבקשת אישור שעילתה זהה: אפשרות אחת היא שהם מבקשים לחלוק בסיכון וביסכוי שנלווה לניהול התובענה, לטוב ולרע. אפשרות שנייה היא שלכל אחד מהם יש תרומה נפרדת לביסוס התשתית העובדתית הצריכה להכרעה. בענייננו, מאחר שהמבקשים בני זוג ובהנחה סבירה (אם כי לא מתחייבת) שהם מנהלים משק בית משותף, התכלית הראשונה לא מתקיימת. התכלית השנייה לא מתקיימת אף היא בנסיבות העניין משום שאין בתשתית העובדתית בעניינינו של המבקש כדי להוסיף על זו שהציגה המבקשת. מנגד, צירופו כצד לבקשה יצר קושי לתביעה במובן זה שבניגוד למבקשת, בעניינינו של המבקש ניתן היה להעלות טענה להיעדר נזק, טענה שעל פניה אינה נטולת אחיזה. מקום שלא הוצגה תועלת כלשהי בצירופו של המבקש כצד לבקשת האישור, יהיה מקום להתחשב בכך



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 19-09-16620 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

בסוגיית הגמול המיוחד שייפסק, ככל שייפסק. ברי כי אין מקום שהמשיבה תישא בגמול מיוחד כפול בלא שקמה הצדקה לכך. אך מוקדם להביע עמדה.

67. אשר לטענה שהמבקשים הגישו בקשות אישור נוספות והם תובעים סדרתיים, הרי שאין בכך משום חוסר תום לב, ויש לבחון את התנהלותם בכל מקרה לגופו (רע"א 197/16 קיס נ' ק. צ. יחסי ציבור ויזמות בע"מ, פסקה 5 (26.1.2016); עניין שסטוביץ, בפסקה 54). כאמור, לא מצאתי שהעובדה שהמבקשים בני זוג ולא ציינו זאת בבקשת האישור מובילה מניה וביה למסקנה שהם חסרי תום לב במידה שמצדיקה לקבוע שעניינה של הקבוצה לא ינוהל בתום לב. אף שהיה מקום שיצינו זאת, תנאי זה מתמקד בעיקר בניגוד האינטרסים האפשרי שבין המבקש ובא כוחו והאינטרס של חברי הקבוצה. חשש מסוג זה לא הובע כאן.

68. אשר לבא כוח המבקש: המחדלים הדיוניים שעליהם מצביעה המשיבה אינם מובילים למסקנה שעניינה של הקבוצה לא ינוהל כדבעי. אף שראוי היה שבקשת האישור תומצא במועד בהתאם להחלטת בית המשפט, הרי שסטייה מההחלטה במישור זה אינה מובילה למסקנה בדבר היעדר ייצוג הולם.

הטענה שההליך לא צפוי להגשים את תכליות ההליך הייצוגי

69. המשיבה טוענת שניהול התובענה דן כייצוגית לא יגשים את תכליות ההליך הייצוגי. היא מדגישה שמנגנון ההרשמה עודכן, ולכן אין תועלת בניהולו. אין בידי לקבל את הטענה, שכן משהוכחו הפרות לכאורה של חוק הספאם, קמה זכותה של הקבוצה לקבל פיצוי. שאלת היקף הפיצוי תיגזר מגודל הקבוצה ומנתונים נוספים שיוצגו, ויש לעשות מאמץ לבררה בשקיפות ובאופן מידתי. עם זאת, בשים לב להכרעת המחוקק לכלול תובענות מסוג זה בתוספת השנייה לחוק, מתבקשת המסקנה שתובענה לסעד של פיצוי חברי הקבוצה בגין נזק שנגרם לקבוצה עולה בקנה אחד עם תכליתו של חוק הספאם ותכליתו של חוק תובענות ייצוגיות.

טענות נוספות

70. לא ראיתי להידרש לנספח א' לסיכומי המשיבה, ולכן מתייתר הצורך לדון בבקשת המבקשים בסיכומי התשובה להוציאו מהתיק. ממילא מתייתר הצורך לאפשר למשיבה להשיב באופן נקודתי לסוגיה זו, כפי שביקשה. מאחר שההחלטה לא נסמכה גם על הנימוק שהופיע בסעיף 54 לסיכומי התשובה, אין צורך להשיב גם לו.

סוף דבר

71. מן המקובץ עולה שדין הבקשה לאישור תובענה כייצוגית להתקבל. בהתאם לסעיף 14(א) לחוק תובענות ייצוגיות נקבע כדלקמן:



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

א. הגדרת הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה הייצוגית: מי שנרשם לשירותי הדיגיטל שמפעילה המשיבה באמצעות חשבון הפייסבוק שלו במהלך שבע השנים שקדמו להגשת בקשת האישור, קיבל ממנה דברי פרסומת בדואר אלקטרוני תוך הפרה של סעיפים 30א(ב) ו-30א(ה)(1) לחוק התקשורת, וספג כתוצאה מכך נזק המזכה בפיצוי.

ב. זהות התובעים המייצגים: נוי בן פורת וד"ר דוד ביטון.

ג. זהות בא כוח מייצג: עו"ד לירון פרמינגר.

ד. עילות התובענה והשאלות המשותפות לחברי הקבוצה שיתבררו בתובענה: זכאותם של חברי הקבוצה לפיצוי בגין נזק שנגרם לכל מי שנרשם באמצעות חשבון הפייסבוק שלו לשירותי הדיגיטל שמפעילה המשיבה במהלך שבע השנים שקדמו להגשת בקשת האישור, וקיבל דברי פרסומת מהמשיבה בדואר אלקטרוני תוך הפרה של סעיפים 30א(ב) ו-30א(ה)(1) לחוק התקשורת.

ה. הסעדים הנבועים: פיצוי בסך של 150 ש"ח בגין כל הודעת פרסומת שנשלחה והתקבלה שלא כדין.

ו. בהתאם לסעיף 14(ב) לחוק, המזכירות תשלח העתק מהחלטה זו למנהל בתי המשפט לצורך רישום בפנקס התובענות הייצוגיות.

ז. בהתאם לסעיפים 25א(1), 25(ה) ו-25(ו) לחוק, אני מורה למשיבה לפרסם הודעה על אישור הבקשה. ההודעה תפורסם בשני עיתונים יומיים תוך 45 יום, וכן תישלח בתוך מועד זה בדואר אלקטרוני לכל מי שנרשם לשירותי הדיגיטל של המשיבה באמצעות חשבון הפייסבוק שלו במהלך שבע השנים שקדמו להגשת הבקשה. העתק מנוסח ההודעה יועבר לעיון בא כוח המבקשים בניסיון לגבש הסכמה על הנוסח, ובהיעדר הסכמה המחלוקת תובא להכרעת בית המשפט תוך 30 יום.

ח. בהתאם לסעיף 25(ז) לחוק, המשיבה תשלח עותק מההודעה למנהל בתי המשפט, לשם רישומה בפנקס.

ט. בהתאם לתקנה 5 לתקנות תובענות ייצוגיות, התשי"ע-2010, הנתבעת תגיש כתב הגנה תוך 45 יום.

י. המשיבה תישא בשכר טרחת בא כוח המבקשים בגין בקשה זו בסך של 15,000 ש"ח (הסכום כולל מע"מ). הסכום ישולם תוך 30 יום שאם לא כן יישא ריבית פיגורים מיום החלטה זו ועד התשלום בפועל.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

י"א. על יסוד האמור, וכפוף לזכות לבקש רשות ערעור, אציע לצדדים לבוא בדברים בניסיון לגבש הסכמה כוללת על סמך תשתית עובדתית שתגובש (בעיקר בעניין מספר חברי הקבוצה), ורצוי שייעשה כן בשקיפות.

המזכירות תמציא ההחלטה לצדדים.

עיון תוך 45 יום למעקב.

ניתנה היום, ה' בטבת התשפ"א, 20 בדצמבר 2020, בהעדר הצדדים.


טל חבקיין, שופט

