



בבית המשפט העליון

רע"א 1621/16

רע"א 1679/16

לפני: כבוד השופטת א' חיות

המבקשים ברע"א 1621/16: 1. MEGA ADVANCED MATHEMATICAL SYSTEM LTD
2. לוטנט מועדון חברים בע"מ
3. יאן מילר
4. מיכה שריג

נגד

המשיבים ברע"א 1621/16: 1. עו"ד עמית זילברג
2. גלעד זפרן
3. NEW SPORT AND MARKETING L.T.D
4. LOG TECH COMMUNICATION LTD
5. אברהם לוי
6. צח כרמלי
7. מפעל הפיס, פורמלי

המבקשים ברע"א 1679/16: 1. ניו ספורט אנד מרקטינג בע"מ
2. אברהם לוי

נגד

המשיבים ברע"א 1679/16: 1. עו"ד עמית זילברג
2. גלעד זפרן
3. מפעל הפיס
4. MEGA ADVANCED MATHEMATICAL SYSTEM LTD
5. לוטנט מועדון חברים בע"מ
6. יאן מילר
7. מיכה שריג
8. LOG TECH COMMUNICATION LTD
9. צח כרמלי

בקשות רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי
בחיפה מיום 26.01.2016 בת"צ 44664-03-15 שניתנה על
ידי כבוד השופט ד"ר מנחם רניאל

בשם המבקשים ברע"א 1621/16: עו"ד איתי אנשל; עו"ד איתי רוט
בשם המבקשים ברע"א 1679/16: עו"ד רון אובוז; עו"ד תומר בורלא
בשם המשיבים 1-2 ברע"א
1621/16 וברע"א 1679/16: עו"ד שגיאה דותן; עו"ד נפתלי גרוס

פסק-דין

שתי בקשות רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופט ד"ר מ' רניאל) מיום 26.1.2016 בת"צ 44664-03-15, אשר קיבל בקשה לאישור תובענה ייצוגית שהגישו המשיבים 1 ו-2 (להלן: זילברג ו-זפרן, וביחד: המשיבים) נגד המבקשים.

רקע

1. המבקשות 1 ו-2 ברע"א 1621/16 (להלן: מגה ו-לוטונט) והמבקשת 1 ברע"א 1679/16 (להלן: ניו ספורט) הן חברות פרטיות המציעות מנויים להשתתפות קבוצתית בהגרלות שעורך מפעל הפיס (המשיב 7 ברע"א 1621/16 והמשיב 3 ברע"א 1679/16). המבקש 3 ברע"א 1621/16 (להלן: מילר) הוא הדירקטור ובעל המניות היחיד במגה; המבקש 4 ברע"א 1621/16 (להלן: שריג) הוא הדירקטור ובעל המניות היחיד בלוטונט; והמבקש 2 ברע"א 1679/16 (להלן: לוי) הוא הדירקטור ובעל המניות היחיד בניו ספורט. Log Tech Communications Ltd (המשיבה 4 ברע"א 1621/16 והמשיבה 8 ברע"א 1679/16 – להלן: לוג טק) היא חברה העוסקת בשיווק באמצעות האינטרנט בשליטתו ובניהולו של מר צח כרמלי (המשיב 6 ברע"א 1621/16 והמשיב 9 ברע"א 1679/16 – להלן: כרמלי). המשיבים הגישו נגד המבקשים, מפעל הפיס, לוג טק וכרמלי בקשה לאישור תובענה ייצוגית בטענה כי הם אחראים למשלוח דברי פרסומת בניגוד להוראות סעיף 30 לחוק התקשורת (בזק ושירותים), התשמ"ב-1982 (להלן: חוק התקשורת או החוק). בית המשפט קמא קיבל בחלקה את בקשת האישור והתיר למשיבים לנהל תובענה ייצוגית נגד המבקשים, לוג טק וכרמלי, אך דחה את בקשתם לנהל תובענה ייצוגית נגד מפעל הפיס.

החלטתו של בית המשפט קמא

2. בהחלטתו קבע בית המשפט קמא כי הוכח לכאורה שניו ספורט, מגה ולוטונט נושאות באחריות לשיגור דברי פרסומת בניגוד להוראות חוק התקשורת.

באשר לניו ספורט קבע בית המשפט קמא כי הוכח לכאורה שזפרן קיבל ממנה הודעת דואר אלקטרוני המציעה לו להשתתף בהגרלות של מפעל הפיס בה הופיע קישור לעמוד אינטרנט של חברת "שווה שווה" (שמה המסחרי של ניו ספורט). עוד קבע בית המשפט קמא כי הוכח לכאורה שזפרן מילא את פרטיו בעמוד האינטרנט

המדובר תוך שהשתמש בשם "פיטר" וכי שבועיים לאחר מכן קיבל שיחת טלפון מנציגת מכירות של חברת ניו ספורט שפנתה אליו בשם "פיטר" וניסתה לעניין אותו בהשתתפות קבוצתית בהגרלות שעורך מפעל הפיס. באותה שיחה, כך נקבע, הסבירה נציגת המכירות לזפרן כי ניו ספורט התקשרה עם חברות פרסום השולחות הודעות מטעמה למספרי טלפון וכתובות דואר אלקטרוני הרשומות במאגרי מידע המצויים בבעלותן ואישרה כי ייתכן שפרטיו הגיעו לאותן חברות משום שבעבר התעניין ברכישת שירות אחר אשר אינו קשור בדרך כלשהי לשירות המוצע על ידי ניו ספורט (כגון טיפולים בלייזר או רכישת משכנתא). בית המשפט קמא דחה את טענתה של ניו ספורט לפיה היא אינה נושאת באחריות כלשהי לדברי הפרסומת שקיבל זפרן משום ששוגרו על ידי חברת פרסום עמה התקשרה, בקבעו כי סעיף 30א(י)(5) לחוק התקשורת קובע חזקה לפיה מי ששיגר דבר פרסומת בניגוד לחוק עשה כן ביודעין ומכאן שכל עוד לא הראה מפרסם כי פיקח על פעילותה של חברת הפרסום שעמה התקשר אין מקום לפטור אותו מלשאת באחריות לעוללות שביצעה אותה חברה בשמו.

3. באשר ללוטונט קבע בית המשפט קמא כי הוכח לכאורה שזילברג קיבל ממנה שני מסרונים (SMS) שנועדו לקדם את עסקיה מבלי שנתן לכך את הסכמתו. עוד קבע בית המשפט קמא כי הוכח לכאורה כי זילברג השיב לאחד מאותם מסרונים תוך שהוא משתמש בשם "אראל" ומספר ימים לאחר מכן התקשרה אליו נציגת מכירות של לוטונט אשר פנתה אליו באותו השם. בית המשפט קמא הוסיף וקבע כי באותה שיחה אישרה לכאורה נציגת המכירות לזילברג כי לוטונט היא זו ששלחה אליו את המסרון שעליו השיב בשם "אראל" והסבירה לו כי לוטונט פונה לאנשים באופן אקראי ומתקשרת למי שמשיבים למסרונים הנשלחים על ידה. עוד קבע בית המשפט קמא כי מתמליל שיחתו של זילברג עם נציגת המכירות עולה לכאורה כי הבטיחה לו שיוסר מרשימת התפוצה של לוטונט וכי לא יישלחו אליו הודעות נוספות, ואולם מספר שבועות לאחר מכן שוגר אליו מסרון נוסף הממוען ל"אראל" בו הוצע לו פעם נוספת להשתתף בהגרלות של מפעל הפיס. בית המשפט קמא דחה את טענתה של לוטונט לפיה היא אינה נושאת באחריות למסרונים שנשלחו לזילברג נוכח העובדה שהמסרון הראשון שקיבל ממנה (עליו השיב בשם "אראל") נשלח על ידי חברת פרסום שעמה התקשרה בקבעו גם בעניינה כי אין בכוחה של טענה זו לסתור את חזקת הידיעה הקבועה בסעיף 30א(י)(5) לחוק התקשורת ולפטור אותה מלשאת באחריות בגין המסרונים שנשלחו לזילברג.

באשר למגה קבע בית המשפט קמא כי הוכח לכאורה שזילברג קיבל למכשיר הטלפון הנייד שלו מסרון שנועד לקדם את עסקיה וכי לאחר שהתקשר למספר הטלפון שהופיע במסרון נענה על ידי נציגת מכירות שאישרה לו כי הוא נשלח על ידי מגה.

לפיכך קבע בית המשפט קמא כי הוכח ברמה הנדרשת בשלב זה כי גם מגה אחראית לשיגור דברי פרסומת בניגוד לחוק.

4. בנוסף קבע בית המשפט קמא כי ישנה אפשרות סבירה שייקבע כי מילר, שריג ולוי נושאים באחריות אישית בנזיקין בשל שיגור דברי הפרסומת נושא בקשת האישור ודחה את טענתם כי מדובר בהרמת מסך בינם ובין החברות שבשליטתם. לעניין זה קבע בית המשפט קמא כי ניתן להטיל על מילר, שריג ולוי אחריות לעוולות שביצעו לכאורה החברות שבשליטתם גם מבלי להיזקק להרמת מסך וזאת הן מכוח הוראות חוק התקשורת המרחיבות את האחריות לשיגור דברי פרסומת שלא כדין על ידי תאגיד גם לנושאי המשרה בו, והן מכוח דיני התאגידים המאפשרים להטיל על נושאי משרה אחריות אישית בגין עוולות שביצע התאגיד. כמו כן דחה בית המשפט קמא את הטענה לפיה אין לראות בהודעות ששוגרו למשיבים משום דברי פרסומת מן הטעם שהוצעו בהן הטבות שונות שקבלתן אינה כרוכה בתשלום. לעניין זה קבע בית המשפט קמא כי ברור שההטבות שהוצעו בהודעות ששוגרו למשיבים נועדו למשוך לקוחות להתקשר עם ניו ספורט, לוטונט ומגה ולעודד את רכישת השירותים המוצעים על ידן ומכאן שהן עונות להגדרה שניתנה לדברי פרסומת בחוק.

5. בית המשפט קמא הוסיף ודחה את הטענה לפיה למשיבים לא עומדת עילת תביעה אישית מן הטעם שלא נגרם להם נזק של ממש כתוצאה משיגור דברי הפרסומת נושא בקשת האישור. לעניין זה קבע בית המשפט קמא כי אף שלא ניתן לפסוק במסגרת תובענה ייצוגית פיצויים ללא הוכחת נזק מכוח סעיף 30א(י)(1) לחוק התקשורת, ניתן לפסוק למשיבים וליתר חברי הקבוצה פיצוי בגין נזק שאינו ממוני. עוד דחה בית המשפט קמא את הטענה לפיה אין מקום לאשר את התובענה הייצוגית מן הטעם שהמשיבים לא הראו כיצד בא לידי ביטוי הנזק שנגרם להם כתוצאה משיגור דברי הפרסומת נושא בקשת האישור, בקבעו כי ניתן להניח שכתוצאה מקבלתם של דברי הפרסומת האמורים הם חוו תחושות שליליות המזכות בתשלום פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה. לבסוף דחה בית המשפט קמא את הטענה כי יש לדחות את בקשת האישור נוכח העובדה שהמשיבים לא פנו למבקשים בקשר למשלוח דברי הפרסומת על ידם טרם הגשתה בקבעו כי לא הייתה מוטלת עליהם חובה לעשות כן.

מטעמים אלו כולם אישר בית המשפט קמא למשיבים לנהל נגד המבקשים, לוג טק וכרמלי תובענה ייצוגית בשם "כל הנמענים אשר קיבלו באמצעות מסרונים (SMS) והודעות דואר אלקטרוני, הודעות "ספאם" שנועדו לקדם מכירת מוצרים של מפעל הפיס, מבלי שניתנה הסכמתם מראש בכתב" ולתבוע מהם פיצויים בסך 50,000,000 ש"ח. כמו

כן, הורה בית המשפט קמא למבקשים, לוג טק וכרמלי לשלם למשיבים גמול והוצאות משפט.

טענות המבקשים

6. בבקשת רשות הערעור שהגישו מגה, לוטונט, מילר ושריג נטען כי שגה בית המשפט קמא בקבעו כי ישנה אפשרות סבירה שייפסק לטובת הקבוצה המיוצגת פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה. לטענתם, המשיבים לא טענו וממילא לא הוכיחו כי חוו רגשות שליליים כלשהם כתוצאה משיגור דברי הפרסומת אליהם, לא כל שכן רגשות שליליים בעוצמה כזו המצדיקה תשלום פיצויים בגין פגיעה באוטונומיה. עוד נטען, כי קשה מאוד להניח שכתוצאה מקבלת הודעות בודדות כאמור, יכולה הייתה להיגרם למשיבים פגיעה של ממש באוטונומיה, וככל שנגרמה להם פגיעה כזו הרי שהנזק שסבלו ממנה הוא בבחינת "זוטי דברים". בנוסף נטען כי בנסיבות שבהן לא ניתן להוכיח קיומו של נזק בר פיצוי הדרך היעילה וההוגנת להכרעה בשאלות המשותפות לחברי הקבוצה היא הגשת תביעות אישיות לתשלום פיצויים ללא הוכחת נזק, ואף מטעם זה לא היה מקום לקבל את בקשת האישור. יתר על כן, כך נטען, הכרעה בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה המיוצגת תפגע בחבריה שכן היא תניב להם פיצוי נמוך מזה שהיו יכולים לקבל אילו היו מגישים תביעות אישיות לתשלום פיצויים ללא הוכחת נזק ותחסום את דרכם מלהגיש תביעות בעתיד.

מגה, לוטונט, מילר ושריג מוסיפים וטוענים כי המשיבים לא הוכיחו קיומה של קבוצת אנשים שעומדת להם עילת תביעה נגדם, ועוד הם טוענים כי שגה בית המשפט קמא משכלל בקבוצה המיוצגת את כל האנשים ששוגרו אליהם דברי פרסומת שנועדו לקדם מכירת מוצרים של מפעל הפיס מבלי שנתנו לכך את הסכמתם, ולא רק את האנשים ששוגרו אליהם דברי פרסומת שתכנם עשוי לקדם את עסקי המבקשים. בנוסף על כך טוענים מגה, לוטונט, מילר ושריג כי שגה בית המשפט קמא משקיבל את תחשיב הנזק שהציגו המשיבים והתיר להם לתבוע פיצויים בסך 50,000,000 ש"ח, ועוד הם טוענים כי שגה בית המשפט משדחה את הטענה לפיה הייתה מוטלת על המשיבים חובה לפנות אליהם טרם הגשת התובענה הייצוגית. בנוסף נטען כי שגה בית המשפט קמא משהתיר למשיבים לנהל תובענה ייצוגית גם נגד מילר ושריג מן הטעם שהם נושאי משרה במגה ובלוטונט, ולבסוף נטען כי שגה בית המשפט משקבע כי באפשרותם של המשיבים לייצג את הקבוצה בדרך הולמת ובתום לב.

7. ניו ספורט ולוי טוענים אף הם כי לא נגרם למשיבים נזק בר פיצוי כתוצאה משיגור דברי הפרסומת נושא בקשת האישור ומוסיפים בהקשר זה כי זפרן הודה בחקירתו שמעולם לא נחשף להודעת הדואר האלקטרוני שעליה מבוססת תביעתו האישית, וכי מי שעורר את תשומת ליבו לקיומה של הודעה זו ונחשף אליה בפועל היה זילברג שלא העלה טענות כלפיהם. עוד טוענים ניו ספורט ולוי כי אין מקום להטיל עליהם אחריות בגין הודעת הדואר האלקטרוני שקיבל זפרן שכן הודעה זו שוגרה על ידי לוג טק שלא בידיעתם. ניו ספורט ולוי מוסיפים וטוענים בהקשר זה כי שגה בית המשפט קמא משקבע כי חזקת הידיעה הקבועה בסעיף 30א(י)(5) לחוק התקשורת חלה בענייננו, ולשיטתם חזקה זו חלה רק בתביעות לתשלום פיצויים ללא הוכחת נזק. בנוסף טוענים ניו ספורט ולוי כי שגה בית המשפט קמא משקבע כי ההודעה ששוגרה לזפרן מהווה "דבר פרסומת" כהגדרתו של מונח זה בסעיף 30א לחוק התקשורת. לטענתם, לא כל מסר בעל גוון מסחרי ייחשב ל"דבר פרסומת" כאמור, ועל מנת שמסר מסוים יענה להגדרה זו עליו לעודד את הנמען לרכוש שירות או מוצר מסוימים או להוציא כספים בדרך אחרת. ואולם, כך נטען, בהודעה שנשלחה לזפרן הוצע לו להשתתף בהגרלה של מפעל הפיס ללא עלות וללא התחייבות ומכאן שמדובר בהצעה מזכה ולא במסר שנועד לעודד אותו לרכוש את שירותיה של ניו ספורט או להוציא כספים בדרך אחרת.

עוד נטען כי שגה בית המשפט קמא משהתיר למשיבים לנהל תובענה ייצוגית נגד לוי, וזאת בפרט נוכח העובדה שניו ספורט מנוהלת בפועל על ידי בנו והוא עצמו אינו מעורב בפעילותה העסקית. כמו כן, טוענים ניו ספורט ולוי כי בית המשפט קמא התעלם מהנזק הכבד שיגרם להם כתוצאה מאישור תובענה ייצוגית בסכום של 50,000,000 ש"ח אשר לשיטתם אינו פרופורציונאלי לנזק שנטען כי לו גרמו. בנוסף נטען כי היה על בית המשפט קמא לדחות את בקשת האישור על הסף נוכח העובדה שהיא מקבצת בהליך אחד שלוש תביעות שונות שאין ביניהן כל קשר ענייני, וכי במקרה דנן קיימת שונות כה גדולה בין חברי הקבוצה עד שלא ניתן לפסוק להם סעד במסגרת הליך ייצוגי. לבסוף, טוענים ניו ספורט ולוי כי לא היה מקום לחייב אותם לשאת גם בהוצאותיו של זילברג בבקשת האישור שכן הוא לא העלה כל טענה כלפיהם.

תשובת המשיבים לבקשות רשות הערעור

8. המשיבים דוחים את טענת המבקשים לפיה לא הוכיחו ברמה הנדרשת לשלב זה כי נגרם להם נזק. לטענתם, המחוקק הכיר בכך שמשלוח המוני של דברי פרסומת למי שאינם מעוניינים בכך מהווה מטרד וגורם נזק שיש לפצות עליו, ולפיכך קבע כי מדובר בעוולה נזיקית ועוולה זו מקימה עילה להגשת תובענה ייצוגית. מכאן, כך נטען,

שחזקה כי מי ששיגר דברי פרסומת לנמענים שלא נתנו לכך את הסכמתם הטריד אותם וגרם להם נזק אשר ראוי לפצות עליו. כמו כן דוחים המשיבים את הטענה לפיה לא הוכח קיומה של קבוצה במקרה דנן וטוענים כי מהראיות בתיק עולה בבירור כי המבקשים שיגרו דברי פרסומת למספר רב של נמענים במטרה לקדם את עסקיהם. המשיבים מוסיפים וטוענים כי בדין הותר להם לנהל תובענה ייצוגית גם נגד מילר, שריג ולוי והם סומכים את ידיהם על קביעותיו של בית המשפט קמא בעניין זה. כמו כן טוענים המשיבים כי המבקשים לא הביאו כל ראיה התומכת בטענתם כי נגרם להם נזק רב כתוצאה מאישור התובענה הייצוגית נגדם, ומכל מקום אין בטענה זו כדי לפטור אותם מלתת דין וחשבון על מעשיהם. כמו כן, טוענים המשיבים כי המבקשים נמנעו מלהציג נתונים כלשהם בנוגע להיקף משלוח דברי הפרסומת על ידם ולפיכך אין להם להלין על כך שבית המשפט קמא קיבל את תחשיב הנזק שהוצג על ידי המשיבים בבקשת האישור.

בנוסף על כך דוחים המשיבים את טענתם של ניו ספורט ולוי לפיה זפרן מעולם לא נחשף להודעת הדואר האלקטרוני ששוגרה אליו וטוענים כי בעדותו הבהיר זפרן שראה את ההודעה האמורה בתיבת הדואר שלו, אך מכיוון שחשש ללחוץ על הקישור המופיע בה העביר אותה לזילברג מתוך רצון שיסייע לו להפסיק לקבל הודעות מסוגה. אשר לטענה לפיה הודעת הדואר האלקטרוני שקיבל זפרן אינה מהווה "דבר פרסומת" אלא הצעה מזכה טוענים המשיבים כי מדובר בטענה אבסורדית אשר אינה מתיישבת עם העובדה שמדובר בהודעה ששוגרה במסגרת קמפיין פרסומי שנועד לקדם את עסקיה של ניו ספורט, ואף לא עם העובדה שההטבה שפורטה בהודעה האמורה ניתנת רק למחזיקי כרטיס אשראי ברכישת מנוי להשתתפות קבוצתית בהגרלות מפעל הפיס. כמו כן, דוחים המשיבים את טענתם של ניו ספורט ולוי לפיה לא היו מודעים למשלוח הודעת הדואר האלקטרוני לזפרן ולטענתם מהשיחה שניהל זפרן עם נציגת המכירות של ניו ספורט עולה בבירור כי ניו ספורט הייתה מודעת לכך שנשלחות מטעמה הודעות בעלות תוכן פרסומי לאנשים שלא נתנו לכך את הסכמתם.

ד"ן

9. לאחר שעיינתי בטענות הצדדים הגעתי למסקנה כי אין מקום להתערב בהחלטתו של בית המשפט קמא להתיר למשיבים לנהל נגד המבקשים תובענה ייצוגית. עם זאת אני סבורה כי יש מקום לצמצם את הגדרת הקבוצה המיוצגת, כמבואר להלן.

במוקד בקשות רשות הערעור עומדות הוראות סעיף 30א לחוק התקשורת, ולפיכך מן הראוי להביא בפתח הדברים כלשונן את הוראותיו של סעיף ככל שהן רלוונטיות לענייננו:

שיגור דבר פרסומת באמצעות מיתקן בזק

30א. (א) בסעיף זה –

"דבר פרסומת" – מסר המופץ באופן מסחרי, שמטרתו לעודד רכישת מוצר או שירות או לעודד הוצאת כספים בדרך אחרת;

[...]

"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, או מי שמשווק את נושא דבר הפרסומת בעבור אחר; ...

(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; ...

[...]

(1) (1) מפרסם המשגר דבר פרסומת בניגוד להוראות סעיפים קטנים (ב) או (ג), דינו – קנס כאמור בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין;

[...]

(ח) מנהל של תאגיד וכן מי שאחראי לתחומי השיווק או הפרסום בתאגיד (בסעיף זה – נושא משרה בתאגיד) חייב לפקח ולעשות כל שניתן למניעת עבירה לפי סעיף קטן (1) בידי התאגיד או בידי עובד מעובדיו; המפר הוראה זו, דינו – קנס כאמור בסעיף 61(א)(3) לחוק העונשין; נעברה עבירה בידי התאגיד או בידי עובד מעובדיו, חזקה היא כי נושא משרה בתאגיד הפר את חובתו לפי סעיף קטן זה, אלא אם כן עשה כל שניתן כדי למלא את חובתו.

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

(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;

[...]

(5) חזקה על מפרסם ששיגר דבר פרסומת בניגוד להוראות סעיף זה, שעשה כך ביודעין כאמור בפסקה (1), אלא אם כן הוכיח אחרת; ...
(יג) אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מהוראות כל דין.

10. כפי שמציינים המשיבים, סעיף 30א לחוק התקשורת בא לעולם במטרה להיאבק בתופעה המכונה "spam" בה ראה המחוקק משום מטרד מזיק אותו יש למגר. ביטוי מפורש לכך ניתן למצוא בדברי ההסבר לסעיף שם נכתב כי:

תופעת ההפצה ההמונית של הודעות פרסומת בלתי רצויות באמצעות רשתות התקשורת ... המכונה "spam", הפכה בשנים האחרונות למטרד ציבורי כלל עולמי, והיקפה מצוי במגמת עליה חדה. תופעת ה-spam מעוררת בעיות במישורים שונים, ובהן – בעיות של אבטחת מידע, חדירה למחשבים בלא היתר והפצת וירוסים, פגיעה בפרטיותו של המשתמש ברשת והטרדתו, פגיעה בהתפתחותו של המסחר האלקטרוני ופגיעה בעסקים בשל אבדן זמן והשקעת משאבים. ... מוצע על כן לקבוע ... הסדר חקיקתי שיסייע להתמודד עם תופעת ה-spam ויציע פתרונות אכיפה כדי למגר תופעה זו ... (ראו: הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 33), התשס"ה-2005, הצ"ח הממשלה 182, 886 – ההדגשות שלי).

גם בית משפט זה עמד על אופיה המטריד והמזיק של תופעת ה-"spam" ועל הנזקים הרבים להם היא גורמת, בציינו כי:

הספאם מהווה מטרד 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. [...] סוג שני של בעיות נוגע לפגיעה בפרטיות של הנמען, שכתובת הדואר האלקטרוני 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 (ראו: רע"א 1954/14 חזני נ' הנגבי, בפסקה 2 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן (4.8.2014); עוד

ראו: רע"א 2904/14 גלסברג נ' קלאב רמון בע"מ
(להלן: עניין גלסברג). (27.7.2014)

עינינו הרואות כי 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 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 (וראו לעניין זה עניין גלסברג, בפסקה ח') 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 (השוו: רע"א 6938/14 אור הקסם בע"מ נ' זילברג (להלן: עניין זילברג)). (16.12.2014)

11. העובדה שניו ספורט ולוטונט התקשרו עם חברות פרסום ששיגרו את דברי הפרסומת בעבורן אף היא אין בה כדי לשנות מהחלטתו של בית המשפט קמא. סעיף 15 לפקודת הנזיקין אכן קובע כי "העושה חוזה עם אדם אחר, שאיננו עובדו או שלוחו, על מנת שיעשה למענו מעשה פלוני, לא יהא חב על עוולה שתצמח תוך כדי עשיית אותו מעשה", אלא בהתקיים החריגים המנויים בסעיף. משכך, לא היה מקום לקבוע כי היעדר פיקוח של ניו ספורט ולוטונט על פעילותן של חברות הפרסום שעמן התקשרו מצדיק להטיל עליהן אחריות לעוולות שביצעו לכאורה אותן חברות (ראו: ע"א 1051/14 עדן בריאות טבע מרקט בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, בפסקאות 25-31 (30.8.2015); וכן חוות דעתו של השופט צ' זילברטל בע"א 3370/12 כהן נ' גדעון (26.1.2014)). עם זאת, נוכח העובדה שהכלל הקבוע בסעיף 15 לפקודת הנזיקין אינו תקף במקרה שבו מזמין העבודה "הרשה או אישר את המעשה שגרם לפגיעה או לנזק" (סעיף 15(3)) ומשהוכח לכאורה כי לוטונט וניו ספורט היו מודעות לכך שמשוגרים מטעמן דברי פרסומת בניגוד לחוק (וראו לעניין זה תמלילי השיחות שקיימו המשיבים עם נציגי לוטונט וניו ספורט אשר צורפו כנספחים 18 ו-27 לבקשת האישור), אין מקום להתערב במסקנתו

של בית המשפט קמא לפיה ישנה אפשרות סבירה שייקבע כי מבקשות אלו נושאות באחריות לעוולות שבוצעו על ידי חברות הפרסום שעמן התקשרו.

12. הטענה שמעלים המבקשים בנוגע להיתר שניתן למשיבים לנהל תובענה ייצוגית נגד מילר, שריג ולוי אף היא אינה מצדיקה התערבות. כידוע, העובדה שתאגיד מהווה אישיות משפטית הנפרדת מזו של נושאי המשרה המכהנים בו אינה פוטרת את נושאי המשרה מלשאת באחריות לעוולות שבוצעו באופן אישי במסגרת תפקידם (ראו: ע"א 2273/02 חברת פטל בע"מ נ' חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י בע"מ, פ"ד נח(2) 36, 42 (2003)). במקרה דנן עניין לנו בנושאי משרה שהם בעלי המניות והדירקטורים היחידים בחברות שבשליטתם. די בכך כדי לבסס אפשרות סבירה שייקבע כי הם נושאים באחריות אישית לעוולות המיוחסות לאותן חברות כמי שמעורבים בפועל בביצוען. טענתו הסתמית של לוי לפיה לא היה מעורב בניהולה של ניו ספורט אין בה כדי לשנות ממסקנה זו (השוו: עניין זילברג, בפסקה 2). עוד אציין בהקשר זה כי נוכח העובדה שנקבע בסעיף 30א(א) לחוק התקשורת כי במקרה שבו משוגר דבר פרסומת בניגוד לחוק כל "מי שתוכנו של דבר הפרסומת עשוי ... לקדם את מטרותיו" יכול להיחשב כ"מפרסם" שלו, יש סיכוי סביר כי יקבע שאין צורך בהרמת מסך על מנת להטיל אחריות על נושא משרה בתאגיד בגין מעורבותו בשיגור לא חוקי של דברי פרסומת שנועדו לקדם את עסקי התאגיד שבו הוא מועסק (לעמדות השונות בסוגיה זו ראו: ת"א (מחוזי ת"א) 1586/09 חיות נ' טלדן מסרים מיידיים בע"מ, בפסקה 3(ד) (5.4.2011) (להלן: עניין טלדן); ת"ק (שלום קריות) 14-11-23742-11 חונדיא נ' אור הקסם בע"מ, בפסקה 68 (15.6.2015) (להלן: עניין חונדיא); ת"צ (מחוזי חיפה) 14-02-10316 זילברג נ' אור הקסם בע"מ, בפסקה 12 (22.9.2014) (להלן: עניין אור הקסם); עוד ראו והשוו: עניין זילברג, בפסקה 2). משהגעתי למסקנה לפיה ניתן להטיל על מילר, שריג ולוי אחריות נזיקית למשלוח דברי הפרסומת ששוגרו למשיבים מכוח דיני התאגידים, אין צורך להכריע בשאלה האם חובת הפיקוח הקבועה בסעיף 30א(ח) לחוק התקשורת חלה בענייננו והאם ניתן להטיל מכוחה אחריות נזיקית (לעמדות השונות בסוגיה זו ראו: עניין טלדן, בפסקה 3(ד); ת"א (מחוזי ת"א) 1437/09 פלד נ' אול ניו דיל בע"מ, בפסקה 21 (11.6.2012); עניין אור הקסם, בפסקה 12; עניין חונדיא, בפסקאות 61-70). אסתפק בציון העובדה כי מלשוננו של סעיף זה עולה לכאורה כי הוא אינו מטיל על נושא משרה בתאגיד חובה לפקח על פעולותיהם של צדדים שלישיים עמם התקשר התאגיד, אלא רק על פעולות התאגיד ועובדיו.

13. הטענה לפיה לא הוכח ברמה הנדרשת כי ההודעות ששוגרו למשיבים עונות להגדרה של "דבר פרסומת" בחוק – דינה להידחות. 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 פרסומיות המציעות הטבות שונות במטרה למשוך את מי ששוגרו אליהם להתקשר עם מי שאת עסקיו הן נועדו לקדם. יפים לעניין זה דבריו של יו"ר ועדת הכלכלה דאז ח"כ גלעד ארדן במהלך דיוני הוועדה בסעיף 30א לחוק התקשורת:

יש גם טריקים פרסומיים, שכותבים לך: "זכית בחבילת נופש חינם", וכאשר אתה מתקשר מסתבר שזה עניין שיווקי... ככל שזה יהיה כרוך בדבר מה נוסף שיווקי או פרסומי, זה [הסעיף] יחול בוודאי. החוק נועד לסגור את כל הפרצות ולמנוע התחכמויות למי שלא מעוניין (ראו: פרוטוקול מס' 6 משיבת הוועדה המשותפת של ועדת הכלכלה וועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-17, בעמ' 9 (1.4.2008))

במקרה דנן עולה לכאורה מהראיות בתיק כי ההודעות שנשלחו למשיבים היו חלק ממהלכי השיווק של מגה, לוטונט וניו ספורט ונועדו לעודד את רכישת השירותים המוצעים על ידן. לפיכך, אין מקום להתערב בקביעתו של בית המשפט קמא לפיה ישנה אפשרות סבירה שייקבע כי ההודעות שנשלחו למשיבים מטעם המבקשים עונות להגדרה של "דבר פרסומת" הקבועה בחוק.

14. בנוסף על כך לא ראיתי מקום לקבל את טענת המבקשים לפיה היה על בית המשפט קמא לדחות את בקשת האישור בשל כך שהמשיבים לא הקדימו לפנות אליהם טרם הגשתה. החובה להקדים ולפנות לנתבע טרם הגשתה של בקשת האישור חלה כאשר מדובר בבקשת אישור המופנית נגד רשות ציבורית. חובה מקבילה לגבי בקשות אישור המופנות נגד גופים פרטיים אינה מוכרת בדין הקיים (ראו: ע"מ 2978/13 מ' הגליל-תאגיד והביוב האזורי בע"מ נ' יונס, בפסקה י"ד (23.7.2015); ע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, בפסקה 9 (11.12.2008)). לפיכך, אין לראות בעובדה שהמשיבים לא פנו למבקשים טרם הגשת בקשת האישור עילה לדחייתה. כמו כן, לא ראיתי מקום להתערב בסכום התובענה שאושר על ידי בית המשפט קמא. על המגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית לפעול בשקידה סבירה כדי להציג תחשיבים המבססים לכאורה את טענותיו בנוגע לגודל הקבוצה ושיעור הנזק. משעשה כן, על משיב המעוניין לסתור את טענותיו בעניינים אלו להציג תחשיבים משל עצמו ולתמוך אותם בנתונים כלשהם. אין די בהקשר זה בטענות סתמיות וכלליות לפיהן סכומי הפיצוי בהם נקב המבקש מופרזים (ראו והשוו: רע"א 2282/15 פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ נ' לוי, בפסקה 18 (8.7.2015)). במקרה דנן המבקשים אינם

מציגים כל תחשיב חלופי בנוגע לגודל הקבוצה ושיעור הנזק שנגרם לה ולפיכך אין מקום להתערב בהחלטתו של בית המשפט קמא לאמץ את התחשיב שהוצע על ידי המשיבים.

15. מטעמים אלו כולם לא ראיתי מקום להתערב בעיקרי החלטתו של בית המשפט קמא. עם זאת, מצאתי טעם בטענת המבקשים לפיה הגדרת הקבוצה המיוצגת גורפת מידי וכוללת גם תובעים שלא שוגרו אליהם דברי פרסומת מטעם המבקשים או מי מהם. לפיכך, יש ליתן למבקשים רשות לערער בנקודה זו בלבד ולקבל את הערעור במובן זה שייקבע כי הקבוצה תצומצם אך ורק לתובעים ששוגרו אליהם דברי פרסומת אשר תוכנם עשוי לפרסם את עסקיהם או לקדם את מטרותיהם של המבקשים. כמו כן, ואף שהמבקשים לא העלו טענות בעניין זה, מצאתי לנכון להעיר כי לא היה מקום לפסוק למשיבים גמול בשלב זה של ההליך. סעיף 22 לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי בית המשפט יורה על תשלום גמול לתובע מייצג במקרה שבו התובענה הייצוגית הוכרעה לטובת הקבוצה המיוצגת ולחלופין כאשר התובענה הייצוגית לא הוכרעה לטובת הקבוצה המיוצגת או לא אושרה אך מתקיימים טעמים מיוחדים המצדיקים תשלום גמול. משמע, אין מקום לפסוק גמול לטובת תובע מייצג טרם מתן פסק דין בהליך הייצוגי (וראו לעניין זה את דברי ההסבר לסעיף 24 להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, ה"ח 93, בעמ' 234).

הטענות הנוספות שהעלו המבקשים, אינן מצדיקות על פניהן מתן רשות ערעור ולא ראיתי מקום להרחיב לגביהן מעבר לטעמים שפורטו בהחלטתו של בית המשפט קמא.

16. אשר על כן, ניתנת רשות ערעור והערעור מתקבל בכל הנוגע להגדרת הקבוצה שקבע בית המשפט קמא, כמפורט בפסקה 15 לעיל ואילו יתר הטענות שהועלו בבקשות רשות הערעור נדחות.

המבקשים ישלמו למשיבים הוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין בבקשות רשות הערעור בסך 20,000 ש"ח.

ניתן היום, ח' בסיון התשע"ו (14.6.2016).

ש ו פ ט ת