



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1586/09

ת"צ 1674/09

לפני כב' השופטת, ד"ר מיכל אגמון-גונן

המבקשת (בת.א. 1586/09)

איילת חיות

ע"י ב"כ עו"ד אורן הירש

המבקשים (בת.א. 1674/09)

1. הילה קנטור

2. מתן מלך

3. יוסף זיונץ

4. זמר ברשאי

ע"י ב"כ עו"ד אפי פרידמן, עו"ד יהודה גדרון, עו"ד דרור שלו
ועו"ד אבי סטוקהולם - כהן

נגד

המשיבים:

1. טלרן מסרים מיידים בע"מ

2. קליניק טבע בע"מ

3. יניב הרינג

4. מאי אלמשעלי

ע"י ב"כ עו"ד ערן ברנט

החלטה

הטלפון הסלולארי מצלצל ומייד מפסיק. על הצג מספר טלפון שאינו מוכר (מספר מזוהה שאינו חסוי). איילת חיות (המבקשת) פרסמה מודעה כדי למצוא מחליפה לדירה בה התגוררה בשכירות. היא חושבת שלא הספיקה לענות. איילת מקווה שאולי זו השיחה לה היא ממתינה ומייד מתקשרת חזרה. במקרה אחר יוסף (המבקש 3) גם מקבל שיחה והצלצול נפסק. אשתו בשלבי הריון מתקדמים ואמו קשישה והוא זה שמטפל בה. הוא חרד שמא קרה משהו למי מיקירותיו, וממהר להתקשר חזרה. כמו איילת ויוסף, מרבית מקבלי השיחה באופן כמעט אוטומטי יחייגו חזרה למספר שעל הצג, ואז מושמעת הודעה פרסומית.

בתובענות ובבקשות לאשרן כייצוגית, טוענים התובעים המבקשים כי פרקטיקת פרסום, הידועה בכינוי "צלתוק" או "צנתוק" (צלצול+ניתוק, להלן: צלתוק), מהווה הפרה של סעיף 30א' לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, אשר הוסף בתיקון מס' 40, תשס"ח-2008 וזכה לכינוי "חוק הספאם" (להלן: סעיף 30א' לחוק התקשורת או החוק). זוהי תמצית הבקשות שלפניי.

שיטת פרסום נוספת כנגדה נטען בבקשות האישור היא שיטת ההזמנה להשתתף בחידון נושא פרסים, כאשר על מנת לקבל את "הפרס" נדרש הנמען למסור את פרטי ההתקשורת עימו, המשמשים את המפרסם בהמשך לצורך חשיפת אותו נמען להודעות פרסום.

בקשות האישור הוגשו בהתאם לסעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות תשס"ו-2006 (להלן: **חוק תובענות ייצוגיות**), על פי פריט 12 לתוספת השניה, הקובע את האפשרות להגיש בקשה לאישור תובענה כייצוגית ב "**תביעה כנגד מפרסם כהגדרתו בסעיף 30 א לחוק התקשורת (בזק ושירותים) התשמ"ב 1982, בעילה לפי הסעיף האמור**".

1. כללי

א. הרקע לחקיקת סעיף 30א' לחוק התקשורת (חוק הספאם) עם התקדמות הטכנולוגיה, החל להיעשות שימוש באמצעים טכנולוגיים כמו מכשירי הפקסימיליה, הדואר האלקטרוני והטלפון הסלולרי, לצורך הפצת פרסומות בתפוצה רחבה לנמענים אשר לא נתנו לכך את אישורם.

פרסומים אלו ידועים בשם "ספאם". מדינות רבות בעולם נלחמות בתופעה באמצעות חקיקה ואכיפה. במדינות רבות מסירת הודעות ספאם מהווה עבירה פלילית.

קיימים בעולם שני מודלים עיקריים להסדרה רגולטיבית של התופעה: **הראשון**, **מודל ה-opt-in**, הקיים באיחוד האירופי, ולפיו חל איסור על משלוח הודעות פרסומת בשיווק ישיר, אלא אם התקבלה מראש הסכמת הנמען. לכלל זה נקבע חריג לפיו במקרה של תקשורת קודמת בין ספק לצרכן, רשאי הספק לעשות שימוש בפרטי ההתקשורת של הצרכן לשם משלוח הצעה לעניין מוצר או שירות דומה. בכל מקרה, ניתנת לנמען האפשרות להודיע לשולח, בכל שלב, כי הוא מסרב לקבל הודעות כאמור; **והמודל השני, מודל opt-out**, שאומץ בארה"ב, ולפיו השולח רשאי לשלוח הודעות פרסומת בשיווק ישיר, אלא אם הודיע הנמען כי הוא מסרב לקבל הודעות כאמור.

בישראל התופעה נאסרה בסעיף 30א' לחוק התקשורת, אשר הוסף בתיקון מס' 40 לחוק התקשורת מיום 27.5.08, ואימץ את מודל ה-opt-in של האיחוד האירופי. הסעיף אוסר על מפרסם לשלוח דבר פרסומת, אשר הוגדר בחוק כ"מסר המופץ באופן מסחרי, שמטרתו לעודד רכישת מוצר או שירות או לעודד הוצאת כספים בדרך אחרת", באמצעות, פקס', דואר אלקטרוני, מערכת חיוג אוטומטי או מסרון (SMS), ללא הסכמה מראש ובכתב של הנמען. הסעיף גם מחייב את המפרסם לציין את פרטיו בדבר הפרסום, ואת העובדה שמדובר בדבר פרסום, באופן גלוי וברור המונע הטעיה.

בדברי ההסבר להצעת החוק (ה"ח 182 (תיקון מס' 33), התשמ"ה-2005) נאמר:

"תופעת ההפצה ההמונית של הודעות פרסומת בלתי רצויות באמצעות רשתות תקשורת (לרבות באמצעות דואר אלקטרוני, הודעות SMS ופקסימיליה), המכונה "spam", הפכה בשנים האחרונות למטרד ציבורי כלל-עולמי, והיקפה מצוי במגמת עליה חדה. יודגש כי התופעה והיקפה מצויים במגמת עליה חדה (לפי נתונים שפרסמה נציבות האיחוד האירופי, בשנת 2003 עלה נפח הודעות ה-spam המופצות באמצעות דואר אלקטרוני על 50% מכלל התעבורה העולמית של הודעות דואר אלקטרוני). תופעת ה-spam מעוררת בעיות במישורים שונים, ובהן- בעיות של אבטחת מידע, חדירה למחשבים ללא היתר והפצת וירוסים, פגיעה בפרטיותו של המשתמש ברשת והטרדתו, פגיעה בהתפתחותו של המסחר האלקטרוני, פגיעה בעסקים בשל אובדן זמן והשקעת משאבים. תופעה זו מעמיסה עלויות מיותרות על הציבור, ובכלל כך על מפעילי תקשורת (בעלי התשתיות, ספקי האינטרנט וכו'), עסקים, משתמשי אינטרנט פרטיים ורשויות העוסקות באכיפה".

סעיף 30א' לחוק התקשורת מטיל על המפרסם בניגוד להוראות הסעיף, אחריות פלילית ואזרחית, בהסמיכו את בית המשפט לפסוק לנמען עד 1,000 ₪ פיצוי לדוגמה ללא הוכחת נזק בגין כל דבר פרסומת, וזאת בנוסף לפיצוי נזיקי, וכן להטיל על התאגיד המפרסם או התאגיד שבאמצעותו נעשה הפרסום, ובמקרים מסוימים גם על מנהלי התאגיד ועל נושאי המשרה בתאגיד האחראים על השיווק, קנס.

ב. שיטת הצלתוק ושיטת החידון

בשיטת הצלתוק מתבצעת פנייה ללקוח באמצעות חיוג וניתוק השיחה מיד לאחר הצלצול. ללקוח המבקש לברר מי התקשר אליו, מושמע דבר פרסומת (להלן: שיטת הצלתוק).

בשיטת החידון מתבצעת פנייה ללקוחות שונים באמצעות מערכת חיוג אוטומטי המציעה להם להשתתף בחידון נושא פרסים. לנמענים המשתפים פעולה ועונים נכון על השאלות נמסר כי הינם "זכאים" לפרס בעלות 49 ש, בעבור משלוח וטיפול, ובתנאי שימסרו את מספר הטלפון שלהם.

כפי שיפורט להלן, בשתי בקשות האישור תוקפים המבקשים את טכניקת הפרסום בשיטת הצלתוק. בבקשת האישור בת.א. 1674/09 טוענים המבקשים גם כנגד הפרסום בשיטת החידון.

ג. המשיבים (הנתבעים)

טלרן מסרים מיידיית בע"מ, המשיבה 1 בשתי בקשות האישור (להלן: **טלרן**), הינה חברה פרטית העוסקת, בין היתר, בעריכת סקרים וניתוח מהיר ורחב היקף של קהל לקוחות בהתאם לקריטריונים שונים, באמצעות טכנולוגיה בדמות מערכת דיילר (חייגן) - "רובופון".

קליניק טבע בע"מ, המשיבה 2 בשתי בקשות האישור (להלן: **קליניק טבע**) הינה חברה פרטית העוסקת בייבוא ושיווק של מוצרים שונים ורבים, בין היתר, תוספי מזון.

המשיבים 3 ו-4 בבקשת האישור בת.א. 1674/09 הינם המנהלים ובעלי המניות בטלרן ובקליניק טבע, בהתאמה (להלן: **המשיבים 3 ו-4**).

על פי כתב התשובה של המשיבים (ס' 7): **"קליניק טבע, כמו חברות פרטיות אחרות העוסקות בתחום השיווק... פונות לטלרן על מנת לקבל פילוח של סקרי שוק באוכלוסיה זו או אחרת באופן הבא לידי ביטוי באיסוף מספרי טלפון של נמענים פוטנציאליים... הפנייה לטלרן נעשית על מנת שאותן חברות פרטיות תוכלנה לאחר קבלת המידע מטלרן לעניין את הלקוחות הפוטנציאליים במוצריהן"**.

באתר האינטרנט שלה, מציעה טלרן שימוש בשיטות שיווק באמצעות טכנולוגיית ה-"חייגן (דיילר) שיווק טלפוני" (נספח 3 לבקשת האישור). אודות שיטת שיווק זו נכתב באתר האינטרנט של טלרן:

"מערכת דיילר רובופון המייצרת תשדירי פרסום המשודרים לפי פילוח רצוי לבתי עסק ולבתים פרטיים, בהתאמה לקהל המטרה, אזורים מועדפים וכדומה ומיועדת בעיקר לקידום קמפיינים בחירות, המערכת הגדולה בארץ בעלת יכולת של 20,000 תשדירים בשעה".

עוד נאמר באתר האינטרנט של טלרן על שיטת השיווק הטלפוני "דיילר":

"למכור בטירוף! לחסל הכל, להגיד שאין יותר, שנגמר המלאי, שמכרת הכל... ככה זה כשטלרן מפנה אל העסק שלך עשרות לקוחות בדקה. לא תאמין כמה אפשר לקבל בטלפון אחד".

אין מחלוקת כי קליניק טבע פרסמה מוצרים בשיטת הצלתוק והחידון, באמצעות טכנולוגיית "החייגן" של טלרן.

2. טיעוני הצדדים

א. הטענות העובדתיות

המבקשים, המחזיקים בטלפונים ניידים של חברות סלקום ישראל בע"מ (להלן: **סלקום**) או של חברת פרטנר תקשורת בע"מ (להלן: **אורנג'**), טוענים בתצהיריהם שצורפו לבקשות האישור, כי החל מראשית שנת 2009 ועד לחודש יוני 2009, הוטרדו בשיחות לטלפון הנייד שברשותם, שנעשו כפי שתואר. במכשיר הטלפון נשמע צלצול של שיחה נכנסת; אחרי צלצול אחד ובטרם ניתן היה להספיק לענות לשיחה, הצלצול נפסק, ועל צג המכשיר היה חווי של "שיחה שלא נענתה"; פתיחת ההודעה אודות "השיחה שלא נענתה" הראתה על צג מכשיר הטלפון מספרים המתחילים בקידומת "072" או "073".

בחלק מהמקרים ביקשו המבקשים, על פי טענתם, לברר מי התקשר אליהם. לעיתים, ואצל חלק מהמבקשים, עבודתם או מצבם האישי חייבו אותם להיות "זמינים" בטלפון, ולכן למעשה היו מחויבים לחזור למי שחייג אליהם. כך למשל, המבקשת 1 בת.א 1674/09, סטודנטית, טוענת כי בזמנים הרלוונטיים לתביעה ניסתה למצוא מחליפה לדירה בה התגוררה בשכירות, ולכן ראתה עצמה מחויבת להחזיר צלצול לשיחות נכנסות שלא נענו; המבקש 2 הינו עיתונאי ולטענתו, אופי עבודתו מחייב אותו להיות זמין בטלפון או לפחות לחזור לכל שיחה מתקבלת במכשיר הטלפון; המבקש 3 מצהיר כי הוא ראה עצמו מחויב להשיב לשיחות שלא נענו כאשר בת זוגו היתה מצויה בשלבי הריון מתקדמים, ולמעשה הוא טוען כי הוא מחויב להיות זמין באופן יומיומי הן משום שאימו הקשישה מצויה תחת השגחתו,

הן לאור עיסוקו בשיפוץ אופניים עתיקות המצריך זמינות וקשר טלפוני עם יצרנים, ספקים ולקוחות; המבקש 4 מצהיר כי מעבר לכך שמכשיר הטלפון משמש אותו בשמירה על קשר עם בני משפחה, חברים ופרטנרים לעבודה, חלק נכבד מעבודתו כיועץ עצמאי בתחום מערכות תחבורה, נעשה באמצעות מכשיר הטלפון, בעיקר כי עבודתו נעשית מהבית המשמש כמשרד.

מיד לאחר החיגוי לאחד מהמספרים, הושמעו הודעות פרסום אלקטרוניות שונות למכירה של מוצרים ושירותים שונים. למשל, אחת השיחות נתקבלה אצל המבקשת בת.א. 1586/09 (להלן: **המבקשת**), לטענתה, ביום 19.5.09 בשעה 16:42, מהמספר 072-2454512, ונותקה לאחר צלצול אחד. משחזרה המבקשת למספר זה, גילתה כי מדובר בפרסומת, וזו לשונה:

"שלום, הנכם מועברים למכירה המיוחדת במחירי הוצל"פ ופש"ר של מוצרים אלקטרוניים ודיגיטאליים.
להלן המוצרים במכירה:
אוזניות אלחוט מבית אוסאקה ג'פאן ב 149 ₪ במקום 298 ₪, המחיר המומלץ לצרכן.
מד לחץ דם דיגיטאלי משוכלל ב 169 ₪ במקום 385 ₪, המחיר המומלץ לצרכן.
מצלמה דיגיטאלית דור שלישי ב 590 ₪ במקום 1280 ₪, המחיר המומלץ לצרכן.
להעברה לפרטים המלאים על אוזניות אלחוט הקש 1.
להעברה לפרטים מלאים על מד לחץ דם דיגיטאלי הקש 2.
להעברה לפרטים מלאים על מצלמה דיגיטאלית, הקש 3.
להשמעה חוזרת של הפריטים הקישו 9."

ביום 21.5.09 קיבלה המבקשת, לטענתה, בשעה 15:18, שיחת טלפון מהמספר 073-2244052, שיחה שנותקה לאחר צלצול אחד. כשחזרה המבקשת, למספר זה, הושמעה לה, לטענתה, הפרסומת הבאה:

"תודה שחזרתם אלינו, כי הטבה ייחודית מגיעה לכם מתנה לבחירתכם, אוזניות אלחוטיות באיכות שמע מצוינת, או סט כלי פיירקס מרהיב ביופיו למטבח. והכל בעלות דמי טיפול ומשלוח של 49 שקלים בלבד.
לקבלת המתנה לבעלי כרטיס ויזה הקישו 1.
לבעלי כרטיס ישראלכרט הקישו 2.
לבעלי כרטיס אחר הקישו 3.
להשמעה חוזרת הקישו 9."

לטענת המבקש 4 בת.א. 1674/09 (להלן: **המבקש 4**), באחת מהשיחות אליהן חזר, דובר בהודעה שכללה הצעה להשתתף חינוך בחידון נושא פרסים, כאשר לצורך קבלת הפרס התבקש המבקש 4 להקליד את פרטיו ליצירת קשר.

לטענת המבקשים שיחות אלו גרמו להם למטרד רב, שכן אם ביקשו לברר מי התקשר אליהם, נאלצו לשמוע את הודעת הפרסום בכפייה וגם לשלם עבור השיחה; ואם ביקשו להימנע מלחזור למספר ממנו התקבלה השיחה, לא יכלו לדעת בוודאות כי השיחה ש"פספסו" היא שיחה שמטרתה פרסום כאמור, שכן השיחות נתקבלו ממספרי טלפון שונים, לרוב בעלי הקידומת 072 או 073. לעיתים, כאמור, ואצל חלק מהמבקשים, עבודתם או מצבם האישי אילצו אותם לברר מי התקשר אליהם. חלק מהמבקשים טוענים כי פנו לנציגי חברת סלקום או אורנג' בבקשה לחסום את השיחות ממספרים אלו, ונענו על ידם כי הדבר אינו אפשרי.

עוד טוענים המבקשים כי לא ניתן היה לקבל מענה אנושי במסגרת שיחות הפרסום ולבקש את הפסקת השיחות. בחלק מההודעות הפרסום ניתנה אפשרות להקליד את מספר הטלפון לצורך קבלת מענה אנושי. באחת מההודעות הפרסום, למשל, לאחר השמעת דבר הפרסום, נאמר: **"נא הקלידו מספר טלפון, רצוי נייד, על מנת שנציגנו יוכלו לחזור אליכם בצורה אישית"**. נוכח כך שהמבקשים חששו מהטרדות נוספות, לרוב המבקשים נרתעו מאפשרות זו. המבקש 2 והמבקש 4 בת.א. 1674/09 (להלן: **המבקש 2 ו- המבקש 4** בהתאמה), לטענתם, השאירו את פרטי ההתקשרות עימם באחת מהשיחות הנ"ל, ונציגי המכירות שחזרו אליהם ניתקו את השיחה משהובהר להם כי המבקשים אינם מתעניינים ברכישת המוצרים בפרסום, אלא דורשים את הפסקת השיחות.

המשיבים למעשה אינם כופרים בכך כי אלו היו שיטות השיווק בהן נקטו. המשיבים אמנם טוענים כי הפנייה הסופית ללקוח הפוטנציאלי שזיהתה טלרן נעשית באמצעות מענה אנושי. **"כאשר נוצר עומס על קווי התקשורת כפועל יוצא מפניות של לקוחות סקרנים שהתקשרו למרכז השירות ביוזמתם מופנים חלק מהלקוחות באופן אוטומטי למערכת קולית. הדגש הינו שהפנייה הינה פנייה יזומה מצידו של הלקוח הסקרן"** (ס' 11 לסיכומי המשיבים – ההדגשה במקור).

המשיבים למעשה אינם חולקים על הטענות העובדתיות של המבקשים, שכן הם מאשרים את השימוש בשיטת הצלתוק, ומאשרים כי רק המענה הסופי הינו של מוקדן אנושי, כאשר לפחות חלק מהלקוחות מופנים באופן אוטומטי למערכת קולית. המשיבים גם לא כופרים בכך שהלקוחות אשר מופנים למערכת קולית, מתבקשים למסור את פרטי ההתקשרות עימם כתנאי לקבלת מענה אנושי.

אשר לשיטת החידון, המבקש 4 לא טען שהסכים להשתתף בחידון, ולכן אין לפני כל גרסה עובדתית מצד המבקשים לעניין אופן העברת דבר הפרסומת למי שמוסר את מספר הטלפון שלו ונציג המשיבים חוזר אליו. טענות המבקשים לעניין שיטת החידון, רלוונטית, אם כן, לגבי שיחת הטלפון המטרידה עצמה.

המחלוקת בתיק זו אינה, אם כן, עובדתית. המשיבים עצמם מדגישים כי הדגש הוא על כך שהלקוח, עקב סקרנותו, הוא שמתקשר למשיבים. טענתם המרכזית של המשיבים היא כי שיטות הצלתוק והחידון, כשיטות להפצת דברי פרסום, אינן מנוגדות לסעיף 30א' לחוק התקשורת, שכן שני המודלים משאירים את שיקול הדעת בידי הלקוח/ הנמען – ירצה ישתתף בחידון או יחזור למספר ממנו נתקבלה השיחה שנותקה, לא ירצה – לא ישתתף או לא יחזור וגם לא יחשף לדבר הפרסום. כפי שיפורט להלן, גם יתר טענות המשיבים הן משפטיות.

ב. הטיעון המשפטי

המבקשים טוענים כי המשיבים, בנוקטם בפרסום באמצעות צלתוק או הצעה להשתתפות בחידון (כנגדה נטען רק בת.א. 1674/09) הפרו את הוראת סעיף 30א' לחוק התקשורת, בעניינים הבאים: בכך ששיגרו דברי פרסומת באמצעות מערכת חיוג אוטומטי ביודעין ובלא קבלת הסכמה מפורשת מראש של הנמען בכתב; בכך שלא פרסמו את שם המפרסם, כתובתו או דרכי יצירת קשר עימו; ובכך שלא נתנו אפשרות ליתן הודעת סירוב להמשך שיגור הפרסומות בדרכים הנ"ל.

לגבי הציבור שחייג חזרה למספר ממנו נתקבלה השיחה, המשיבים מוסיפים, לטענת המבקשים, חטא על פשע בכך שהם מגלגלים על ציבור זה את עלות הפרסום, בכך שהנמען נושא בעלות השיחה, וזאת על אף שאינו מעוניין וממילא לא הביע הסכמתו לפרסום.

כנגד המשיבים 3 ו-4, מנהלי ובעלי המניות בטלרן ובקליניק טבע, טוענים המבקשים כי הם הפרו את הוראת סעיף 30א' גם בכך שלא עמדו בחובה שהיא מטילה על המפרסם לציין במפורש את פרטיו בהודעת הפרסום כדי שניתן יהיה לפנות אליו בדרישה להפסקת הפרסום.

הסעדים המבוקשים בשתי בקשות האישור הינם הפיצוי הסטאטוטורי המקסימלי לפי סעיף 30א' לחוק התקשורת או לחילופין פיצוי בגין נזק לא ממוני לפי סעיף זה; והשבת עלויות השיחה למי שחזרו למפרסם לאחר ניתוק השיחה בשיטת הצלתוק.

לעניין הסעד, מציעים המבקשים בת.א. 1674/09 להפריד בין 3 קבוצות ייצוג: האחת, כוללת את כל מי שקיבל מהמשיבים שיחה בשיטת הצלתוק, אך לא חזר למספר ממנו חוייגה השיחה (להלן: **קבוצה א'**); הקבוצה השנייה, כוללת את כל מי שנחשף לדבר פרסומת של המשיבים, בכך שחזר למספר ממנו חוייגה השיחה בשיטת הצלתוק, וגם נאלץ לשלם עבור השיחה (להלן: **קבוצה ב'**); הקבוצה השלישית, כוללת את כל מי שנחשף לדבר פרסומת של המשיבות בשיטת החידון (להלן: **קבוצה ג'**). בעוד שלטענת המבקשים חברי שלוש הקבוצות זכאים לפיצוי הסטאטוטורי הקבוע בחוק, אשר אינו דורש הוכחת נזק, או לחילופין פיצוי בגין נזק לא ממוני; חברי קבוצה ב', שחזרו למספר ממנו חוייגה השיחה בשיטת הצלתוק, זכאים לפיצוי כספי נוסף, בגין כך שנאלצו גם לשאת בעלות השיחה במסגרתה נעשה הפרסום.

המשיבים, כאמור, אינם כופרים בטענות העובדתיות הרלוונטיות נשוא בקשות האישור, ובכלל זה הם אינם כופרים בכך שפעלו להפצת פרסומות בשיטת הצלתוק ובשיטת החידון. בפי המשיבים 3 טענות משפטיות.

הטענה הראשונה והעיקרית של המשיבים היא כי הפרסום בשיטות הצלתוק והחידון אינו מפר את סעיף 30א' לחוק התקשורת, וכי למעשה קיימת בחוק לאקונה לעניין זה, ועל כן אין למבקשים עילת תביעה אישית;

הטענה השנייה של המשיבים היא כי אין למבקשים עילת תביעה כנגד המשיבים 3 ו-4, מנהלי טלרן וקליניק טבע, מחמת שאינם מהווים "מפרסם" כהגדרתו בסעיף 30א' לחוק התקשורת;

הטענה השלישית של המשיבים נוגעת לשאלת התאמתה של התובענה להליך הייצוגי, והיא נוגעת לסעד העיקרי המבוקש בבקשות האישור. הטענה היא שלא ניתן לתבוע את ה"פיצוי הסטאטוטורי" הקבוע בסעיף 30א' לחוק התקשורת במסגרת תביעה ייצוגית, לאור סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות.

הטענה המרכזית של המשיבים הינה, אפוא, טענה בדבר העדר עילת תביעה אישית, והטענה היא טענה משפטית לפיה הפרסום בשיטת הצלתוק והחידון אינו מפר את הוראות סעיף 30א' לחוק התקשורת.

3. האם פרקטיקות הפרסום של המבקשים מפרות את הוראות חוק התקשורת

א. עילת תביעה אישית

סעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כתנאי ראשון להגשת תובענה ייצוגית, כי למבקש עצמו יש עילת תביעה. בע"א 3955/04 רייזל נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (ניתן ביום 4.7.05), נקבע בענין זה:

"כדי לפסוע אל תוך עולמן של התובענות הייצוגיות, תנאי בסיסי הוא קיומה של עילת תביעה אישית. בהעדרה של עילה כזו, דין התובענה להימחק או להידחות על הסף, וממילא לא ניתן לאשרה כתובענה ייצוגית. על התובע המבקש להיות תובע ייצוגי, לשכנע את בית המשפט - במישור הראייתי ולא רק במישור הטיעוני - במידת הסבירות הראויה, שקמה לו לכאורה עילת תביעה... הדברים מדברים בעדם: תביעה ייצוגית היא מנוף הטעון בסיס ארכימדי, שאם לא כן תלויה התביעה הייצוגית על בלימה".

בדומה, נקבע בע"א 6343/95 נפט נ' אבן, פ"ד נג(1) 115, 117, כד:

"על בית המשפט, בבואו לאשר תובענה כייצוגית, להשתכנע, לפחות באופן לכאורי, בקיום התנאים המנויים בסעי' 54א ו-54ב לחוק. כך, על מנת להשתכנע כי, לכאורה, קיימת אפשרות סבירה ששאלות מהותיות של עובדה ומשפט יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה, נדרש בית המשפט להיכנס לעובי הקורה ולבחון את התובענה לגופה, האם היא מגלה עילה טובה והאם יש סיכוי סביר להכרעה לטובת התובעים".

[ראו גם: רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774; ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו, פ"ד נא(2) 312; רע"א 6567/97 בזק - החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' עיזבון המנוח אליהו גת, ז"ל, פ"ד נב(2) 713, 720].

עילת התביעה בבסיס התובענות נשוא בקשות האישור היא, כאמור, פרסום בניגוד לסעיף 30א' לחוק התקשורת, תוך הפרת הוראת סעיף קטן (ב) הקובע איסור לשגר דבר פרסומת באמצעות פקסימיליה, מערכת חיוג אוטומטי, הודעה אלקטרונית או מסר קצר, ללא הסכמה מראש ובכתב של הנמען; ותוך הפרת הוראת סעיף קטן (ה) המחייב את המפרסם לציין את פרטיו או פרטי ההתקשרות עמו במסגרת הפרסום.

המשיבים טוענים כי עילת התביעה על פי סעיף קטן (ב) לא קמה ביחס לפרסום בשיטת הצלתוק או החידון. עוד טוענים המשיבים כי הסעיף לא מטיל אחריות אזרחית על מנהלי התאגיד האחראי לפרסום, ולכן אין למבקשים עילת תביעה כנגד המשיבים 3 ו-4, מנהלי טלרן וקליניק.

ב. פרסום בניגוד לסעיף 30א'(ב) לחוק התקשורת - איסור פרסום באמצעי תקשורת ללא הסכמת הנמען

סעיף 30א'(ב) לחוק התקשורת קובע:

"(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; פנייה חז-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."

בסעיף 30א'(א) לחוק התקשורת מוגדר "מפרסם" כדלקמן:

"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; 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."

אין מחלוקת כי לפחות המשיבות 1 ו-2, טלרן וקליניק טבע (להבדיל ממנהליהן) מהוות מפרסם כהגדרתו בסעיף 30א' (א) לחוק התקשורת, סעיף ההגדרות. טלרן עונה להגדרה מחמת היותה משווקת את דבר הפרסומת בעבור אחר; וקליניק טבע הינה מפרסם מכיוון שדברי הפרסומת ששוגרו אל המבקשים מפרסמים את עסקיה ומקדמים את מטרותיה.

סעיף 30א' (א) מגדיר מהו "דבר פרסומת", כדלקמן:

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

המשיבים טוענים כי פעולת ניתוק השיחה, כשלעצמה, אינה מהווה "מסר". אולם, אין חולק כי המסרים שהופצו בשיטת הצלתוק והחידון, לאלו שחזרו למשיבים, מהווים "דבר פרסומת" כהגדרתו בחוק. אין גם חולק כי הצלתוק וההזמנה להשתתף בחידון, נועדו בסופו של דבר, להפצת דבר הפרסומת. האופן המסחרי של הפצת המסר בא לידי ביטוי גם בהיקף הגדול של הנמענים אליהם מבוצעות שיחות הצלתוק, וגם בלשון ההודעה עצמה המושמעת לנמענים, בהיותה מנוסחת כפונה לכל נמען אנונימי. תוכן הפרסום נועד לעודד את הנמען להוציא כספים עבור המוצרים והשירותים המוצעים על ידי המשיבות.

סעיף 30א' מגדיר "מערכת חיוג אוטומטי" כך:

"מערכת חיוג אוטומטי" - מיתקן בזק המשמש לחיוג או לניתוב אוטומטיים של רצף שיחות לקבוצה של נמענים לשם העברת מסר קולי מוקלט אל אותם נמענים".

אין חולק כי החיוג למשיבים והעברתם לשמיעת המסר הקולי, נעשתה ממערכת חיוג אוטומטי כהגדרתה בחוק.

סעיף 30א' (ג) מפרט את החריגים בהתקיימם רשאי מפרסם לשגר דבר פרסומת באמצעות מערכת חיוג אוטומטי או בדרך אחרת המפורטת בסעיף 30א' (ב), גם ללא הסכמה מפורשת של הנמען:

"(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)."

המשיבים טוענים כי משהחיוג הופסק בטרם השיחה נענתה, ומשדבר הפרסומת מושמע רק משהנמען עצמו מחייג חזרה למספר ממנו נתקבל השיחה שנותקה, מסירת דבר הפרסומת אינה מנוגדת לאמור בס"ק (ב). אשר לשיטת החידון, המשיבים טוענים כי משהנמען מוסר את פרטי ההתקשרות עמו חל החריג בס"ק (ג)(1) לחוק.

הדגש בטענות המשיבים הוא על כך שבשיטות הצלתוק והחידון, שיקול הדעת האם לפנות אל המשיבים נתון ללקוח, ולקוח אשר אינו יוזם בעצמו פנייה למשיבים, אינו נחשף לדבר הפרסומת, ועל כן אין המדובר בשיגור דבר פרסומת בניגוד להוראות סעיף 30א' לחוק התקשורת. בסעיף 8 לכתב התשובה, כותבים המשיבים לעניין זה: **"טלון פיתחה שלושה מודלים עסקיים ייחודיים שביסודם מושתתים על רצונו וסקרנותו של הלקוח הפוטנציאלי כך שמי שאינו – "לקוח סקרן" כלל אינו מהווה קהל מטרה אליו מגיעה חברת "טלון".**

בטענות אלו של המשיבים יש משום עזות מצח. כל מי שחוזר למשיבים עקב קבלת שיחה שנותקה עושה כן על מנת לברר מי התקשר עימו, או כי עבודתו או מצבו האישי מחייבו לברר זאת, או בשל זכותו הטבעית והבסיסית לברר מי מתקשר למספרו האישי והפרטי. כפי שעולה מהדוגמאות של המבקשים, מדובר בצורך אמיתי לברר מי הוא הפונה. כיום מכשיר הטלפון הסלולארי מהווה מכשיר עבודה מרכזי. ולא ניתן לטעון כי החיוג החוזר מקורו ב"סקרנות". לאדם זה אין כל סקרנות, רצון או משאלה בקשר למוצרים או לשירותים אותם חפצים המשיבים למכור לו באמצעות דבר הפרסומת, והוא לא ביקש ובוודאי שלא נתן הסכמתו כי דבר הפרסומת יושמע לו. לא כל שכן, שהוא לא נתן הסכמתו לשלם עבור השיחה באמצעותה מושמע לו דבר הפרסומת.

למקבל שיחת הצלתוק אין כל שיקול דעת בשאלה האם להיחשף לדבר הפרסומת אם לאו, שכן הוא אינו יודע את זהות המתקשר. נמען זה הוטעה לחשוב שהשיחה שנותקה היא שיחה אישית או מקצועית. מטרת הניתוק היא לגרום לו להתקשר. המשיבים מנצלים את העובדה כי מרבית האנשים מהסיבות שפורטו יחייגו חזרה. נמען זה, לא רק שאינו "סקרן" לגבי דבר הפרסומת של המשיבים, אלא מוטרד שלוש פעמים. פעם אחת, בשל קבלת השיחה, לעיתים בשעה שאינה נוחה עבורו, והצורך להתלבט באשר לזהות המתקשר ובאפשרות להתקשר למספר ממנו נתקבלה; פעם שנייה, בשל כך שכופים עליו את שמיעת דבר הפרסום; ופעם שלישית כי הוא נאלץ לשלם על השיחה במסגרתה הושמע לו דבר הפרסום בכפייה.

בדומה, נמען הנחשף לדבר פרסומת בשיטת החידון המוסר את מספר הטלפון שלו למשיבים, אינו סקרן לגבי מוצרי המשיבים ואין לו כל שיקול דעת בשאלה האם הוא מעוניין להחשף לדבר הפרסומת של המשיבים. נמען זה הוטעה לחשוב כי הוא מוסר את מספרו לצורך תיאום קבלת המתנה שהובטחה לו. מטרת החידון והמצג לעניין המתנה, היא להטעות את הנמען ולהסוות את העובדה שהמטרה האמיתית בחידון היא חשיפת המשתתף לדבר הפרסומת. המשיבים לא רק שאינם כופרים בכך, הם מציגים את שיטת החידון כמודל עסקי לפרסום.

הפצת פרסומת בשיטות הצלתוק והחידון מנוגדות לרוחו ותכליתו של סעיף 30'א לחוק התקשורת, ולא נועדה אלא כדי לעקוף את הוראותיו. המשיבים עצמם טוענים כי הפרסום בשיטות הנ"ל נעשה בשל קיומה של לאקונה כביכול בחוק, שאינו אוסר שיטות אלו במפורש.

ובכן, ראשית, לא קיימת לאקונה בחוק. החוק אוסר הפצת דבר פרסומת באמצעות מערכת חיוג אוטומטי ללא הסכמת הנמען. בשיטות הצלתוק נעשה שימוש במערכת חיוג אוטומטי לצורך יצירת קשר עם הנמען, והפצת דבר הפרסום לנמענים שיבקשו לברר מי חייג אליהם. בשיטת החידון נוצר קשר עם הנמען באמצעות מערכת חיוג אוטומטי, ובשיחה עמו אם מסכים הנמען להשאיר את פרטי ההתקשרות עמו, הוא עושה כן לצורך קבלת הפרס, ולא במסגרת משא ומתן לרכישת המוצר של המפרסם, כאמור בחריג הקבוע בס"ק (ג)9(1) לחוק.

את חוק התקשורת, ככל דבר חקיקה אחר, יש לפרש על פי תכליתו. בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר:

"נוכח ריבוי הפרסומים המגיעים ישירות לבתים פרטיים, באמצעות פקס, הודעות SMS והודעות דואר אלקטרוני, מצד משווקים ומפרסמים המבקשים להציע מוצריהם, גובר הצורך להגן על פרטיותם של האזרחים מפני שיטפון פרסומי זה, שעל פי רוב, הם אינם מעוניינים בו.

בהקשר זה יש לציין, כי בדרך כלל החברות מגיעות אל הצרכנים הפוטנציאליים בלא היכרות קודמת, דרך מאגרי שמות עליהם הניחו את ידן, למורת רוחו של האדם שאינו מעוניין בכך, כאמור, ושלא נתן לכך אישור מראש.

הצעת חוק זו באה להסדיר את ההתקשרות הזו ולאסור עליה בהעדר הסכמת הנמען, כך שמותר יהיה להתקשר לצורך שיווק או פרסום של מוצר או שירות רק לאחר קבלת הסכמה מראש".

שיטות הצלתוק והחידון נועדו לעקוף את הוראות סעיף 30א' לחוק התקשורת, כאשר התוצאה הלא רצויה של הטרדת הפרט וחדירה לפרטיותו נעשית בדרך מתוחכמת יותר, ואף מטרידה יותר. קביעה לפיה שיטות אלו אינן מנוגדות להוראות החוק, תרוקן את החוק מתוכן. בשיטה זו לא רק שמבוצע פרסום ללא הסכמת הנמען, אלא שהנמען שלא ביקש, לא הסכים וככלל אינו מעוניין בפרסום, נושא בעלויות השיחה באמצעותה הועבר דבר הפרסומת.

ביום 25.1.2011, פורסמה הצעת חוק שנועדה להסיר את הספק לכך שסעיף 30א' אוסר גם פרסום בשיטת הצלתוק, ולהדגיש כי מדובר בהפרה של הוראות הסעיף. מדובר בהצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 47) (שיגור דבר פרסומת באמצעות מערכת חיוג אוטומטי או ממספר טלפון בלתי מזוהה), התשע"א-2011, במסגרתה הוצע לתקן את סעיף 30א' לחוק התקשורת, כך שיכלול איסור מפורש על שימוש בשיטת הצלתוק, כדלקמן:

"בחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, בסעיף 30א' –

(1) בסעיף קטן (ב), בסופו יבוא "לעניין סעיף זה, יראו חיוג לנמען באמצעות מערכת חיוג אוטומטי כשיגור דבר פרסומת בניגוד להוראות סעיף קטן זה, אם החיוג הופסק בטרם נענתה השיחה ובחיוג למספר שממנו בוצע החיוג לנמען מושמע דבר פרסומת" (ההדגשה שלי – מ' א' ג').

בדברי ההסבר להצעת החוק הודגש כי ההצעה לא נועדה למילוי לאקונה בחוק אלא לשם הסרת ספק באשר לפרשנותו:

"סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: חוק התקשורת), אוסר שיגור דבר פרסומת באמצעות פקסימיליה, מערכת חיוג אוטומטי, הודעה אלקטרונית או הודעת מסר קצר (מסרון), בלא קבלת הסכמה מפורשת מראש של הנמען, למעט בנסיבות שהותרו במפורש בסעיף.

ואולם, לא אחת גורמים מסחריים או מי מטעמם מחייגים לנמענים באמצעות מערכת חיוג אוטומטי, והחיוג נפסק בטרם נענית השיחה; כאשר הנמען מחייג למספר הטלפון שממנו בוצע החיוג, הוא נחשף לפרסומת מסחרית. מאחר שדבר הפרסומת שוגר לנמען רק לאחר שהוא עצמו ביצע את החיוג, יש הטוענים שפעולה זו אינה הפרה של הוראות סעיף 30א לחוק התקשורת.

דפוס התנהגות זה שם לאל את ההגבלה על שיגור דבר פרסומת בלא קבלת הסכמה מפורשת, ואף גורם לכך שהנמען הוא שמשלם מכספו עבור שיחת הטלפון שבה משוגר אליו דבר הפרסומת.

הצעת החוק נועדה אפוא להסיר כל ספק כי פרסומת תיחשב פרסומת אסורה על פי סעיף 30א(ב) לחוק התקשורת, גם אם הושמעה לאחר שנמען חייג למספר שממנו בוצע אליו חיוג באמצעות מערכת חיוג אוטומטי, לאחר שלא ענה לשיחה" (ההדגשה שלי – מ' א' ג').

המשיבים הקדישו חלק נכבד מסיכומיהם לטענות לפיהן יש לפרש את סעיף 30א' לחוק התקשורת לאור חוק יסוד: חופש העיסוק, ולטענות לפיהן שיטות הצלתוק והחידון אינן מהוות פגיעה בפרטיות, כמשמעותה בחוק הגנת הפרטיות, ואינן מהוות הטרדה. בטענות אלו אין כדי לסייע למשיבים. כאמור, פרסום בשיטות הצלתוק והחידון מפרה באופן בוטה וחמור את הוראת סעיף 30א' לחוק התקשורת. האיסור על שימוש בשיטות אלו נקבע בחקיקה ראשית, והאמור לעיל מסיר כל ספק פרשני לעניין זה. שימוש בשיטות אלו פוגע באופן חמור יותר בערכים עליהן נועד החוק להגן, מאשר שיטות פרסום אחרות האסורות גם הן על פי החוק, ועל כן, ככל שאיסור השימוש בשיטות אלו פוגע בחופש העיסוק של המשיבים, הרי שמדובר בפגיעה לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

סעיף 30א(ב) לחוק התקשורת אוסר, אם כן, על שיגור דבר פרסומת בשיטות הצלתוק והחידון.

אשר על כן, ונוכח העדר מחלוקת רלוונטית לעניין הטענות העובדתיות של המבקשים, המבקשים הוכיחו קיומה של עילת תביעה אישית על פי סעיף 30א'(ב) לחוק התקשורת כנגד טלרן וקליניק טבע.

ג. הפרת הוראת סעיף 30א'(ה) לחוק התקשורת – ציון פרטי המפרסם והאפשרות לסרב לקבל פרסומת

סעיף 30א'(ה) לחוק התקשורת מחייב את המפרסם בציון העובדה שהמסר מהווה דבר פרסומתי, את ציון פרטי המפרסם, ואת הזכות לשלוח הדעת סירוב לקבלת הפרסומת והדרך למשלוח ההודעה:

"(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 פרסומתי; המילה "פרסומת" תופיע בתחילת דבר הפרסומת, ואם דבר הפרסומת משוגר באמצעות הודעה אלקטרונית - בכותרת ההודעה;

(ב) שמו של המפרסם, כתובתו ודרכי יצירת הקשר עמו;

(ג) זכותו של הנמען לשלוח, בכל עת, הודעת סירוב כאמור בסעיף קטן (ד), ודרך אפשרית למשלוח הודעה כאמור שהיא פשוטה וסבירה בנסיבות העניין, ואם דבר הפרסומת משוגר באמצעות הודעה אלקטרונית - כתובת תקפה של המפרסם ברשת האינטרנט לצורך מתן הודעת סירוב".

הסעיף נועד לאפשר לנמען למסור את סירובו לקבלת הפרסום, ולמנוע הטעייה של הנמען כי אין מדובר בפרסומת. הן בשיטת הצלתוק, הן בשיטת החידון, לא ניתן לדעת מי המפרסמים, ליצור קשר עימם ואף לא קיימת אפשרות לקבלת מענה אנושי ללא מסירת פרטי ההתקשרות של הנמען. שיטת החידון גם מטעה את הנמען לחשוב כי הוא מוסר את פרטי ההתקשרות עימו על מנת לקבל פרס בגין השתתפותו בחידון, כאשר בפועל מדובר בשיטה להפצת דבר פרסומתי.

פרסום בשיטת הצלתוק והחידון מפר אם כן גם את הוראת סעיף 30א'(ה) לחוק התקשורת, והמבקשים הוכיחו קיומה של עילת תביעה גם לפי סעיף זה.

ד. האם עילת התביעה קיימת גם כנגד מנהלי טלרן וקליניק טבע

לטענת המשיבים, בדבר הפרסומת לא מוזכרים פרטים כלשהם של מנהלי טלרן או קליניק טבע, המשיבים 3 ו-4, ולכן אף אחת מחלופות ההגדרה של "מפרסם" בחוק אינה מתקיימת לגביהם. הפרשנות לפיה המבקשים 3 ו-4 אינם נכללים בהגדרת מפרסם בסעיף 30א' לחוק התקשורת, מתבקשת, לטענתם, בין היתר נוכח כך שהסעיף מטיל אחריות פלילית על מנהל תאגיד או נושא משרה בתאגיד, אך אין הוראה מקבילה בנוגע להטלת אחריות אזרחית על מנהל או נושא משרה בתאגיד.

האפשרות לתבוע על פי חוק התקשורת את המשיבים 3 ו-4 מהווה למעשה הרמת מסך כנגדם, הנעשית כידוע במקרים חריגים. המבקשים מעבר לטענות כלליות לפיהן המשיבים 3 ו-4 נכללים בהגדרת "מפרסם" בסעיף 30א' לחוק התקשורת, טוענים למימון דק של החברות כעילה להרמת מסך. טענה זו נטענה בעלמא במסגרת בקשת האישור, ובד בבד עם הגשת הסיכומים ביקשו המבקשים להוסיף כראיה למימון דק את תיק ההוצאה לפועל שנפתח כנגד המשיבים לשם אכיפת החיוב בהוצאות משפט ושכ"ט עורך דין בגין בקשתם לדחייה על הסף של בקשות האישור. ראייה זו אינה מעידה על מימון דק, שכן היא מלמדת לכל היותר על מצבן של המשיבות 1 ו-2 נכון להיום, ואינה מלמדת על מימון דק בעת הקמתן.

סעיף 30א'(א) לחוק התקשורת מגדיר "מפרסם" גם כ"מי שתוכנו של דבר הפרסומת עשוי לפרסם את עסקיו או לקדם את מטרותיו, או מי שמשווק דבר פרסומת בעבור אחר". איני מקבלת את טענת המבקשים לפיה חלופה זו בהגדרה כוללת גם את מנהלי ובעלי החברה המפרסמת או החברה שפרסום נעשה באמצעותה. בהעדר עילה להרמת מסך, המדובר בסעיף זה בתאגידים עצמם ולא במנהליהם.

סעיף 30א'(ח) מטיל אחריות פלילית אישית על מנהל תאגיד או על נושא משרה האחראי על השיווק והפרסום בתאגיד, לכל פרסום בניגוד לחוק:

"(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 (ו) בידי התאגיד או בידי עובד מעובדיו; המפר הוראה זו, דינו - קנס כאמור בסעיף 61(א)(3) לחוק העונשין; נעברה עבירה בידי התאגיד או בידי עובד מעובדיו, חזקה היא כי נושא משרה בתאגיד הפר את חובתו לפי סעיף קטן זה, אלא אם כן עשה כל שניתן כדי למלא את חובתו".

גם העובדה שהוראת החוק הרלוונטית מטילה במפורש אחריות פלילית על מנהלים ונושאי משרה בתאגיד שאחראים לתחומי השיווק, מלמדת על העדר כוונה להטיל על המנהלים אחריות כללית לפרסום האסור, מעבר לזו שנקבעה במפורש בסעיף 30א'(ח).

בתובענה ובבקשת האישור נטען, בין היתר, כי אי פרסום פרטיהם של המבקשים 3 ו-4 בתוכן דבר הפרסום עומד בניגוד לדרישות סעיף 30א'(ה) לחוק התקשורת. לטענת המבקשים, אי פרסום פרטי המשיבים 3 ו-4 מנוגד להוראות סעיף זה, ולפיכך המשיבים אינם יכולים לטעון כי משלא פורסמו פרטיהם הם אינם נכללים בהגדרה של מפרסם ולכן לא ניתן לתבוע אותם בגין הפרסום האסור. גם טענה זו דינה להידחות. סעיף 30א'(ה) מחייב את פרסום פרטי החברות טלרן או קליניק טבע או נציגיהן, ולא דווקא מחייב את פרסום פרטי המנהלים או בעלי המניות.

לאור כל האמור לעיל, בקשת האישור כנגד המשיבים 3 ו-4 נדחת בהעדר עילה אישית.

4. האם יש לאשר את התובענה כתובענה ייצוגית

התנאים להגשת תובענה ייצוגית מפורטים בסעיפים 3, 4 ו-8 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: **חוק תובענות ייצוגיות או החוק**). סעיף 3 עוסק בסוגי התובענות שניתן להגיש בהן תובענה ייצוגית, וקובע כי לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתובענות בנושאים המנויים בתוספת השנייה לחוק או בתובענות בעניין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית. תביעת המבקשים מתאימה לקטגוריה הקבועה בפריט 12 לתוספת השניה, הקובע כי ניתן להגיש בקשה לאישור תובענה כייצוגית ב"**תביעה כנגד מפרסם כהגדרתו בסעיף 30 א לחוק התקשורת (בזק ושירותים) התשמ"ב 1982, בעילה לפי הסעיף האמור**".

סעיף 4 לחוק תובענות ייצוגיות מפרט מי רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית ובשם מי. המבקשים עונים על החלופה שבס"ק 4(א)(1), הקובעת כי רשאי להגיש תביעה ייצוגית "**אדם שיש לו עילת תביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם – בשם אותה קבוצה**".

סעיף 8 לחוק מפרט את התנאים המצטברים, שרק בהתקיימם, רשאי בית המשפט לאשר תובענה ייצוגית. התנאי הראשון הקבוע בס"ק 8(א)(1) הינו כי: **"התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה"**.

הוכחת עילת התביעה של המבקשים אינה דורשת בירור פרטני. השאלה הדורשת בירור נוגעת למספר הנמענים הנכללים בקבוצה.

קושי נוסף במקרה זה הוא לעניין הסעד, נוכח טענת המשיבים לפיה הסעד העיקרי המבוקש בבקשות האישור, פיצוי ללא הוכחת נזק, אינו יכול להיתבע בהליך של תובענה ייצוגית, וזאת על פי סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות.

א. האם פיצוי ללא הוכחת נזק מכוח סעיף 30א(י) לחוק התקשורת ניתן לתביעה בהליך הייצוגי

אחד הסעדים שהתבקש בבקשות האישור הינו פיצוי לדוגמה, ללא הוכחת נזק. סמכות בית המשפט לקבוע פיצוי ללא הוכחת נזק בסכום מקסימלי של 1,000 ₪ עבור כל דבר פרסומת קבועה בסעיף 30א'(י) לחוק התקשורת, הקובע:

"(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".

המשיבים טוענים כי סמכות זו אינה נתונה לבית המשפט במסגרת תובענה ייצוגית נוכח סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות הקובע:

"בית המשפט לא יפסוק בתובענה ייצוגית פיצויים לדוגמה, וכן לא יפסוק פיצויים בלא הוכחת נזק, למעט בתביעה כמפורט בפרט 9 בתוספת השניה, ואולם אין באמור כדי למנוע פסיקת פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון".

מתעוררת שאלת היחס בין סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות, לבין סעיף 30א'(י) לחוק התקשורת.

פיצוי ללא הוכחת נזק הינו כלי לעידוד אכיפה פרטית. כלי משפטי שנועד לעודד פרט שנפגע מהפרת החוק ונגרם לו נזק קטן, שאינו מצדיק ניהול תביעה פרטית להוכחת הנזק, להגיש תביעה במסגרתה מובטח לו פיצוי ללא צורך בהוכחת הנזק. זהו הרציונאל בבסיס סעיף 30א' (ג) לחוק התקשורת, והוא בא לידי ביטוי בסעיף 30א' (ג) (3) לחוק התקשורת, המפרט את השיקולים שעל בית המשפט לשקול בבואו לקבוע את גובה הפיצוי ללא הוכחת נזק:

"(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."

התובענה הייצוגית גם היא כלי משפטי שמטרתו לעודד אכיפה פרטית באמצעות מתן תמריץ הגשת תביעות, וזאת במקרים בהם הנזק לפרט הבודד הוא קטן ואינו מצדיק הגשת תביעה אישית. על תכלית זו של התובענה הייצוגית נאמר בהצעת החוק (ה"ח תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005):

"כלי משפטי זה נועד בעיקר למצבים שבהם תאגיד גדול או רשות פוגעים בציבור גדול באופן שלכל פרט נגרם נזק קטן אשר אינו מצדיק הגשת תביעה על ידו, אולם סך כל הנזק המצטבר לציבור הנפגעים הוא רב. התובענה הייצוגית מאפשרת לאחד את האינטרס של כלל הנפגעים ויוצרת תמריץ להגשת תובענה. מכשיר התובענה הייצוגית משרת לא רק את האינטרס הפרטי של הנפגעים, אלא גם את האינטרס הציבורי בכך שהוא מרתיע מזיקים פוטנציאליים מפני הפרת הוראות החוק, גם כאשר מדובר בהפרות חוק קטנות."

היות ומדובר בשני מכשירים משפטיים לעידוד אכיפה פרטית, האחד לעידוד הגשת תביעות אישיות, והשני לעידוד הגשות ייצוגיות, הרציונל בבסיס סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות, השולל, למעט חריגים, פיצוי ללא הוכחת נזק בתובענה ייצוגית, הוא כי אין לעשות שימוש בשני מנגנונים משפטיים אלו בעת ובעונה אחת. ניתן ללמוד זאת גם מהצעת חוק תובענות ייצוגיות הקובעת:

"הצעה זו באה לאפשר שימוש במנגנונים המוצעים בהצעת החוק גם בתובענות שבהן הסעד הצפוי לכל חבר קבוצה משמעותי ויש סיכוי שחברי הקבוצה יעדיפו לנהל את תביעתם בעצמם."

הפיצוי ללא הוכחת נזק הקבוע לפי סעיף 30א'(י) לחוק התקשורת, בעיקר כאשר מדובר בסכום משמעותי, אינו הפיצוי המתאים במקרה של תובענה ייצוגיות לאור העובדה שהוא מעודד הגשת תביעות פרטניות דווקא, ועל כן נקבע בסעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות כי הוא לא ניתן לתביעה במסגרת תובענה ייצוגית.

ב. האם סעד לא ממוני מתאים לתובענה ייצוגית

על פי חוק תובענות ייצוגיות, מוסמך בית המשפט לפסוק לטובת מקבלי הפרסומות בניגוד לסעיף 30א' לחוק התקשורת, פיצוי בגין נזק שאינו ממוני. סעיף 20(ה') לחוק תובענות ייצוגיות קובע במפורש סמכות זו. סעיף 30א'(ט) לחוק התקשורת מטיל אחריות אזרחית בנזיקין על מפרסם המפר את הוראות החוק, וקובע כי: "**הפרת הוראות סעיף זה היא עוולה אזרחית והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש] 2, יחולו עליה, בכפוף להוראות סעיף זה**"; וסעיף 30א'(י') (4) לחוק קובע כי פסיקת פיצוי סטאטוטורי לנמען אינה גורעת מזכות הנמען לקבלת פיצוי בגין הנזק שנגרם לו או כל סעד אחר.

סעד זה, פיצוי בגין נזק לא ממוני, נתבקש באופן מפורש בבקשת האישור המתוקנת בת.א. 1674/09, ובבקשת האישור בת.א. 1586/09 נתבקש, בנוסף לפיצוי הסטאטוטורי, כל סעד אחר כפי שימצא בית המשפט לנכון.

הסעד הראוי במקרה זה הינו פיצוי בגין הנזק שאינו ממוני. השיקולים בבסיס קביעת גובה הפיצוי בגין נזק לא ממוני, אינם השיקולים המפורטים בסעיף 30א'(י) לחוק התקשורת, שכן סעיף זה נועד לעודד הגשת תביעות אישיות על פי החוק. השיקולים לקביעת גובה הפיצוי בגין נזק לא ממוני, במקרה זה, נגזרים מתכליתו ומטרתו של חוק תובענות ייצוגיות.

מדובר בענייננו בהפרה בוטה של חוק התקשורת, בניסיון מכוון לעקוף את הוראות החוק, ותוך הפרה של שתיים מהוראות החוק – ההוראה האוסרת על פרסום ללא הסכמת הנמען וההוראה המחייבת בפרסום פרטי המפרסם על מנת לאפשר לנמען לשלוח הודעת סירוב. מדובר גם בהפרה בהיקף נרחב - שימוש בשיטות הצלתוק והחידון בתפוצה רחבה וארצית של נמענים, כפי שמוצג בגאווה על ידי טלרן באתר האינטרנט של החברה. אילו היה מדובר בפיצוי לדוגמה לפי סעיף 30א'(י) לחוק התקשורת, היה ראוי לפסוק פיצוי בסכום המקסימלי על מנת להרתיע מפרסמים משימוש בשיטות פתלתלות וחמקמקות להפרת החוק.

ואולם, היות ומדובר בפיצוי לא ממוני במסגרת תביעה ייצוגית, גובה הפיצוי צריך לקחת בחשבון את היקף ההפרות והיקף הנפגעים מהן, כדי לקדם את האינטרס הציבורי במיגור התופעה. שיקולים אלו, לקביעת גובה הפיצוי בגין הנזק הלא ממוני, תלויים אפוא בכמות דברי הפרסום המפרים את החוק ובגודל הקבוצה הייצוגית, ולכן לא ניתן לקבוע את גובה הפיצוי בשלב זה של אישור התביעה כייצוגית, ולשם כך יידרש דיון בתובענה עצמה.

ג. מי נמנה עם חברי הקבוצה

מבחינה רעיונית, יש לחלק את הקבוצה לשמה הוגשה התובענה, לשתי קבוצות ייצוג שונות.

הקבוצה הראשונה כוללת את כל מחזיקי הטלפונים הסלולאריים שמערכת החיוג של טלרן התקשרה אליהם וניתקה את השיחה, והם לא חזרו למספר ממנו חייגו אליהם וניתקו; וכן את כל מחזיקי הטלפונים הסלולאריים שמערכת החיוג של טלרן התקשרה אליהם והציעה להם להשתתף בחידון נושא פרסים. זאת, בתקופה שבין ה-1.1.09, בה עולה הטענה הראשונה של המבקש 2 לשימוש בפרקטיקות הפרסום של המשיבות, ועד יום הגשת התביעה המאוחרת, 15.6.09.

חברי הקבוצה הראשונה לא נחשפו בפועל לדבר הפרסומת, אך הוטרדו על ידי שיטות הפרסום שמטרתן הסופית היתה הפצת דבר פרסומת בניגוד לסעיף 30א' לחוק התקשורת.

הקבוצה השנייה כוללת את כל מחזיקי הטלפונים הסלולאריים שמערכת החיוג של טלרן התקשרה אליהם וניתקה את השיחה, ועם חזרתם למספר ממנו חייגו אליהם וניתקו הושמע להם דבר פרסומת, גם קבוצה זו לאותה תקופה שבין 1.1.09 ל-15.6.09.

הקבוצה השנייה כוללת רק את מי שנחשף בפועל לדבר הפרסומת בשיטת הצלתוק, ואינה כוללת את מי שנחשף לדבר הפרסומת בפועל בשיטת החידון, שכן, אף אחד מהמבקשים לא טען כי נחשף בשיטת החידון לדבר הפרסומת ואין לפני נתונים עובדתיים לגבי אופן העברת דבר הפרסומת בשלב זה (למשל לגבי השאלה האם בשלב זה ניתנה הסכמת הנמען).

לחברי הקבוצה השנייה נגרם נזק נוסף, בכך שנאלצו לשלם עבור השיחה במסגרתה נחשפו לדבר הפרסומת. מבחינה מעשית, נוכח הקושי בחישוב סעד ההשבה של עלות השיחות בהן נשאו חברי הקבוצה השנייה, ונוכח היותו של הסעד הלא ממוני הסעד העיקרי, מדובר בקבוצת ייצוג אחת.

ההפרדה בין הקבוצות נדרשת הן מבחינה רעיונית והן משום שהיא יכולה לסייע בבירור חברי הקבוצה. שכן, לחברי הקבוצה השנייה, שהוציאו שיחה למשיבה 1, קל יותר לברר נתון זה, כאשר דווקא הפיצוי הלא ממוני המובטח להם בגין כל דבר פרסומת עשוי לעודד את אותם נמענים לפעול לאיתור השיחות.

ד. האם מתקיימים יתר התנאים לאישור התובענה כייצוגית

התובענה הייצוגית במקרה זה היא הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת, כנדרש בסעיף 8(א)(2) לחוק, בעיקר נוכח החשיבות הציבורית של התובענה והאינטרס שבהרתעת מפרסמים מהפרות של חוק התקשורת. בשל מספר הנמענים הגדול, תביעות בודדות שיוגשו, אם יוגשו, לא ישיגו את ההרתעה הדרושה.

התנאי האחרון לאישור תובענה ייצוגית על ידי בית המשפט, הקבוע בס"ק 8(א)(3) ו-8(א)(4) לחוק, הינו כי קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב. למבקשים ולכלל חברי הקבוצה אינטרס משותף ציבורי ופרטי, ועילת תביעה רצינית ומגובשת. המבקשים הגישו לתביעתם תצהירים מפורטים וביססו את עילת תביעתם באופן המספיק לשלב זה של אישור התובענה כייצוגית.

לאור האמור, אני מאשרת את הגשת התביעה כתובענה ייצוגית כנגד המשיבות 1 ו-2.

5. פרטים והוראות בקשר לאישור הבקשה

לאור כל האמור לעיל, אני מקבלת את הבקשה ומאשרת את הגשת התובענה בת.א. 1586/09 ובת.א. 1674/09 כתובענה ייצוגית, לפי חוק תובענות ייצוגיות, בעילה לפי סעיף 30א' לחוק התקשורת.

בהתאם להוראת סעיף 14(א) לחוק תובענות ייצוגיות, אני קובעת כדלקמן:

א. הגדרת הקבוצה

נוכח האמור לעיל, יוגדרו שתי קבוצות ייצוג בשמן תוגש התובענה:

הקבוצה הראשונה תוגדר כך:

"כל מחזיקי הטלפונים הסלולאריים שמערכת החיוב של טלרן התקשרה אליהם וניתקה את השיחה, והם לא חזרו למספר ממנו חייגו אליהם וניתקו; וכן את כל מחזיקי הטלפונים הסלולאריים שמערכת החיוב של טלרן התקשרה אליהם והציעה להם להשתתף בחידון נושא פרסים, החל מיום 1.1.09 ועד יום 15.6.09.

הקבוצה השנייה תוגדר כך:

"כל מחזיקי הטלפונים הסלולאריים שמערכת החיוב של טלרן התקשרה אליהם וניתקה את השיחה, ועם חזרתם למספר ממנו חייגו אליהם וניתקו הושמע להם דבר פרסומת, החל מיום 1.1.09 ועד יום 15.6.09."

ב. התובע המייצג ובא הכוח המייצג

הקבוצה תיוצג על ידי המבקשים **איילת חיות** (המבקשת בת.א. 1586/09), **הילה קנטור**, **מתן מלך**, **יוסף זיונץ**, **זמר ברשאי** (המבקשים בת.א. 1674/09), באמצעות באי הכוח עו"ד **אורן הירש ועו"ד אפרים פרידמן**.

ג. עילות התביעה והשאלות המשותפות

התובענה מאושרת כנגד המשיבות (הנתבעות) 1 ו-2, בעילת התביעה לפי סעיף 30א' לחוק התקשורת בשל הפרת סעיפים 30א'(ב) ו-30א'(ה).

הסעד הנתבע הינו פיצוי בגין נזק לא ממוני בגין כל דבר פרסומת, לחברי כל הקבוצות; והשבת עלות השיחות לחברי קבוצה ב'.

השאלה העיקרית הדורשת הוכחה היא, מי נמנה עם חברי הקבוצות ומהי כמות דברי הפרסום המפרים. ההפרדה בין הקבוצות עשויה לסייע, כאמור, בבירור שאלה

ד. הודעה למנהל בתי המשפט

בהתאם לסעיף 14(ב) לחוק תובענות ייצוגיות, הודעה על החלטה זו תימסר למנהל בתי המשפט, בצירוף העתק ההחלטה, לשם רישומה בפנקס.

ה. פרסום

בהתאם לסעיף 25 לחוק תובענות ייצוגיות, ס' 4 להחלטה בבקשה זו תפורסם בשני עיתונים יומיים בעברית בעיתון בשפה הערבית ובעיתון בשפה הרוסית. בהוצאות הפרסום ישאו המשיבות 1 ו-2.

ו. הוצאות הבקשה

המשיבות 1 ו-2 ישלמו למבקשים הוצאות ושכ"ט הקשורות בבקשה זו, בסכום של 40,000 ₪ בצירוף מע"מ כדין. סכום זה ישא הפרשי הצמדה וריבית כחוק מהיום ועד התשלום המלא בפועל.

אשר למשיבים 3 ו-4, המבקשים ישאו בהוצאותיהם בסכום של 10,000 ₪ (אם לא שילמו את ההוצאות שנפסקו נגדם בבקשה לסילוק על הסף הם רשאים שלא לשלמו ולקזזו כנגד סכום זה).

6. המשך ההליך

המשיבים יודיעו לבית המשפט תוך 30 ימים מהיום האם לאור אישור התובענה כייצוגית הם מעוניינים לנסות ולהגיע לפשרה, ולמסור לצורך כך את הנתונים הנוגעים לקבוצות שהוגדרו, היינו לתקופה שבין 1.1.09 ל-15.6.09.

ניתנה והודעה לצדדים היום, א' ניסן תשע"א, 05 אפריל 2011.



דר' מיכל אגמון-גונן, שופטת