



## בית משפט לתביעות קטנות בבאר שבע

29/03/2017

ת"ק 16-11-47628 השאש נ' טוטוקרד 5 בע"מ  
ת"ק 16-12-60161 אורית יונה נ' טוטוקרד בע"מ

בפני סגן הנשיאה, כב' השופט עידו רוזין  
התובעים: דוד השאש [בתיק 16-11-47628]  
אורית יונה [בתיק 16-12-60161]

נ ג ד

הנתבעת: טוטוקרד 5 בע"מ

### פסק דין

לפני תביעה על פי חוק התקשורת (בזק ושירותים), התשמ"ב – 1982 (להלן: "חוק התקשורת") על סך של 1,000 ₪, בגין משלוח אסור של דבר פרסומת אשר שוגר לכאורה ע"י הנתבעת או מי מטעמה, באמצעות מסרונים (S.M.S.), למכשיר הסלולארי של התובעים ביום 28.04.16, בלא שניתנה הסכמתם לכך ובניגוד לסעיף 30א (ב) לחוק התקשורת.

פסק הדין בשני התיקים שבכותרת יינתן במאוחד, שעה שהעובדות המתוארות בשתי התביעות והשאלות המשפטיות שמתעוררות הן זהות לחלוטין.

לפי טענות התובעים ביום 28.04.2016 הם קיבלו למכשיר הטלפון הסלולארי שלהם מסרונים שנשלחו ממספר טלפון 058-7156863 שזו לשונם:

"זכית! קיבלת הזמנה שאולי תביא לך את המיליון הבא – השתתפות חינם במחזור הטווח הקרוב... לקבלת ההטבה חינם סמס חזרה את שמך המלא.  
'הסר' להסרה"

(להלן: "ההודעות").

התובעים טוענים כי מדובר ב"דבר פרסומת" כמשמעותו בחוק התקשורת שעה שההודעות נשלחו בניגוד לסעיף 30א (ב) לחוק התקשורת והוא מזכה אותם בהתאם להוראת סעיף 30א (י) (1) לחוק התקשורת, בפיצויים ללא הוכחת נזק, בסכום של 1,000 ₪ לכל תובע.

מנגד, הנתבעת טוענת כי היא לא שלחה את ההודעות לתובעים "לא במישרין ולא באמצעות אחרים" ולפיכך יש לדחות את התביעות על הסף בהעדר יריבות. במסגרת כתב ההגנה וכן במסגרת הדיון מיום 12.02.17 הוברר כי למעשה מי שסייע לתובעים להגיש את התביעות היא חברה בשם "ספאם אוף טכנולוגיות בע"מ" (להלן: "ספאם – אוף"). בהמשך הדברים אתייחס לשיתוף הפעולה בין חברת ספאם אוף לבין התובעים.



## בית משפט לתביעות קטנות בבאר שבע

29/03/2017

ת"ק 16-11-47628 השאש נ' טוטוקרד 5 בע"מ  
ת"ק 16-12-60161 אורית יונה נ' טוטוקרד בע"מ

העתקן של ההודעות שנשלחו לכאורה ע"י הנתבעת צורפו לכתבי התביעה (נספח א'). כן צורף מכתב מחברת ספאם אופן הממוען לכל אחד מהתובעים בו מועלה הקשר הנטען, לכאורה, שבין הנתבעת לאותן הודעות (נספח ב'). במסגרת המכתב נטען, בין היתר, כדלקמן:

- א. חברת ספאם אופן הינה מיזם שהוקם על מנת להילחם בתופעת הספאם ולסייע לאנשים לממש את זכות התביעה.
- ב. הנתבעת היא זו שעומדת מאחורי משלוח ההודעות נשוא התביעות.
- ג. הנתבעת רשומה כבעלים של אתר אינטרנט שכתובתו [playsmart.co.il](http://playsmart.co.il) (להלן: "סמארט").
- ד. לפי מידע הקיים בחברת ספאם אופן אדם, אשר הזדהה בשם בדוי, שלח הודעת S.M.S. (מיוזמתו) למספר 058-7156863 תחת השם "מוטי קדמי".
- ה. לאחר שהשאיר את פרטיו התקשרה אליו נציגת חברת סמארט, בשם אילנית, ואמרה לו שהיא פונה אליו בעקבות ההודעה שנשלחה על ידו.
- ו. תמליל השיחה צורף לכתבי התביעה ונטען שניתן ללמוד ממנו שחברת סמארט היא זו שעומדת מאחורי משלוח ההודעות ספאם באופן כללי ובאופן פרטני גם לתובעים.

למכתב הנ"ל צורף העתק מידע מרשם החברות ביחס לחברת "טוטוקרד 5 בע"מ"; העתק עמוד הבית מאתר חברת "סמארט לשחק חכם בלוטו"; העתק צילום מסך של מכשיר הנייד ממנו נשלחה ההודעה היזומה תחת השם מוטי קדמי; תמלול הקלטה בין אילנית נציגת חברת סמארט לבין טל קדמי והעתק אישור איגוד האינטרנט הישראלי כי מפעילת אתר סמארט היא הנתבעת.

מכאן עולה שהמחלוקת בין הצדדים, אם ההודעות נשוא התביעות פורסמו ע"י הנתבעת או מי מטעמה והאם הנתבעת אחראית לפיצוי התובעים בגין "דבר פרסומת" כהגדרתו בחוק התקשורת. למען שלמות התמונה אציין כי אין מחלוקת כי התובעים לא השיבו כלל להודעות שנשלחו אליהם ואף לא בחרו באופציה 'הסר'. כמו כן, אין מחלוקת כי מספר הטלפון שממנו נשלחו ההודעות איננו פעיל ולא ניתן לדעת מי הוא בעל הקו (דו"ח חקירה שהוזמן לבקשת הנתבעת ותומך באמור הוגש וסומן **באות ב'**).

מטעם התובעים העידו התובעים בעצמם ונציגי חברת ספאם אופן. מטעם הנתבעת העיד נציג הנתבעת מר ערן שכטר. בפתח הדיון הציגו התובעים את ההודעות שקיבלו למכשירם הסלולארי.

לאחר עיון בכתבי הטענות, בראיות שהוגשו מטעם הצדדים, הגעתי למסקנה כי יש לדחות את התביעות שעה שהתובעים לא עמדו בנטל להוכיח את תביעתם וכן שהנתבעת או מי מטעמה שלחה את ההודעות שהתקבלו במכשירם הסלולארי. במה דברים אמורים.



## בית משפט לתביעות קטנות בבאר שבע

29/03/2017

ת"ק 16-11-47628 השאש נ' טוטוקרד 5 בע"מ  
ת"ק 16-12-60161 אורית יונה נ' טוטוקרד בע"מ

### התובעים לא עמדו בנטל להוכיח את הקשר בין משלוח ההודעות לבין הנתבעת

אותו אדם בעל השם הבדוי מוטי קדמי, לא העיד במסגרת הדיון שבפניי להוכיח את הקשר בין משלוח ההודעות שנשלחו לתובעים לבין הנתבעת או מי מטעמה. דוד השאש (התובע בתיק 47628-11-16) העיד בפניי כי ההוכחה היחידה שברשותו לכך שהנתבעת שלחה אליו את ההודעה נסמכת על הקלטה/תמליל בין קדמי לבין נציגת חברת סמארט ובלשונו: "ההוכחה שלי היא באמצעות מה שקרה לטל קדמי" (פרוי' מיום 12.02.17 עמ' 2 ש' 27). כך גם ביחס לאורית יונה (הנתובעת בתיק 16-12-60161) שמעדותה עולה כי היא מסתמכת על אותה שיחה מוקלטת בין קדמי לבין נציגת חברת סמארט ובלשונו: "אין לי הוכחה נוספת אלא באמצעות טל קדמי" (פרוי' מיום 12.02.17 עמ' 3 ש' 8-3).

כל תובע השמיע עד אחד מטעמו. התובע דוד השאש מסתמך על עדותו של מנכ"ל ספאם אוף מר עידו לוי. הנתובעת אורית יונה מסתמכת על עדותו של נציג ספאם אוף מר איתמר ביבה. יובהר כי התובעים לא היו אלו שהזמינו את העדים למשפט וכי העדים התייצבו מיוזמתם או לבקשת תובעים אחרים שתיקם נדון באותו מועד. התובעים ניסו באמצעות העדים הנ"ל להוכיח את משלוח ההודעות הספציפיות שנשלחו אליהם.

העד לוי העיד כי מי שביצע את ההקלטה עם נציגת חברת סמארט ואת הבדיקה הספציפית ביחס להודעה שנשלחה לדוד השאש הוא אותו קדמי שעבד בעבר בספאם אוף וכעת הוא אינו עובד בחברה ולכן הוא לא הגיע לעדות (עמ' 6 ש' 28 עד עמ' 7 ש' 1). כך גם בנוגע לעדותו של איתמר ביבה, ביחס להודעה שנשלחה לאורית יונה, עלה מעדותו כי הוא לא בדק את המקרה הספציפי של משלוח ההודעה נשוא התביעה אלא מקרה אחר שלא הוכח כל קשר בין שני המקרים (עמ' 4 ש' 33-30).

מכאן עולה שהתובעים לא הוכיחו כי הנתבעת היא זו ששלחה להם את ההודעות לא באופן ישיר ולא באופן עקיף. אמנם, נוסח ההודעה מעודד השתתפות בהגרלות לוטו אולם משפטיה של הנתבעת לא רשומים בתוכן ההודעות לא ניתן לקשור בין תוכן ההודעות לבין הנתבעת, שכן אין חולק כי ישנן חברות רבות נוספות שפועלות ומעודדות השתתפות בהגרלות הלוטו, כדוגמת הנתבעת.

לסיכום עד כה, עדותם של התובעים ועדותם של העדים מטעמם הם בגדר עדות שמיעה במובהק, ביחס לקשר שבין הנתבעת לבין ההודעות שנשלחו. התובעים נמנעו, מטעמים השמורים עימם, מלהביא לעדות בפניי את אותו קדמי, שעל פי טענת התובעים והעדים מטעמם, הוא היחיד שיזם בדיקה קונקרטית, ביחס להודעות שנשלחו מטלפון מספר 058-7156863 וכן היחיד ששוחח לכאורה עם נציגת חברת סמארט כמפורט בתמליל.

הכללים ידועים, ההלכה קובעת שהימנעות של בעל דין להביא ראיה בפני בית המשפט יוצרת הנחה שצד שנמנע מהבאת העד חושש מעדותו וחשיפה לחקירתו הנגדית: "אי הבאתו של עד רלבנטי



## בית משפט לתביעות קטנות בבאר שבע

29/03/2017

ת"ק 16-11-47628 השאש נ' טוטוקרד 5 בע"מ  
ת"ק 16-12-60161 אורית יונה נ' טוטוקרד בע"מ

מעורר, מדרך הטבע, את החשד כי יש דברים בגו, וכי בעל הדין שנמנע מהבאתו, חושש מעדותו וחשיפתו לחקירה הנגדית" [ע.א. 465/88 הבנק למימון ולסחר בע"מ נ' סלימה, (פורסם במאגרים משפטיים)]. על כן "אי הזמנתם להעיד [של עדים רלבנטיים – ע.ר.]. יוצרת הנחה שאילו הובאו היתה עדותם סותרת את גירסת" התובעים [ראה ע"א 240/77 כרמל נ' פרפורי, (פורסם במאגרים משפטיים)].

### משקל מופחת לאופן עריכת הבדיקה ע"י נציגי חברת ספאס אוף

גם אם הייתי בוחר לתת משקל מסוים לאותה עדות שמיעה שהובאה ע"י התובעים והעדים מטעמם נראה לכאורה שהם מסתמכים על בדיקה שבוצעה ע"י אותו קדמי, אשר ערך אותה באופן לא תקין ואין בבדיקה זו כדי לסייע לתובעים. כאמור, לפי הנטען במכתב של ספאס אוף שצורף לכתבי התביעה, קדמי פנה מיוזמתו באמצעות מכשיר סלולארי אחר על מנת להתחקות אחר החברה ששולחת את ההודעות. כלומר, אין מדובר בסיטואציה שבה נציג של חברת ספאס אוף השיב להודעות נשוא התביעות ממכשירם של אחד מהתובעים, אלא מדובר בפנייה יזומה ממכשיר סלולארי אחר, שבו לא התקבלה כל הודעה - ולכן עולה ספק רב אם בכלל ניתן להסתמך על בדיקה שכזו.

למעשה, "הבדיקה" שבוצעה ע"י ספאס אוף נעשתה ללא קשר לדבר פרסומת שהתקבל, אלא בדרך אחרת, ע"י פניה יזומה מטלפון סלולארי אחר, שלא התקבלה אצלו דבר פרסומת. לכן – לא ניתן לתת משקל לבדיקה שבוצעה ע"י אותו קדמי. כתוצאה מכך יש לקבוע שלא הוכח במידה הנדרשת, הקשר בין הנתבעת לבין ההודעות נשוא התביעות שנשלחו לתובעים.

מעבר לכך, ייתכן שיש לזקוף לחובת התובעים את הימנעותם מלהשיב להודעות שנתקבלו, שכן אילו היו התובעים משיבים לאותן הודעות, היה בידם את היכולת להוכיח את הקשר שבין ההודעות לבין מי ששלח אותן. כאמור, הקושי הראייתי שהתובעים נקלעו אליו, נגרם על ידם ולכן אין להם להלין אלא על עצמם. בהערת אגב אציין כי לא ברור לבית המשפט מדוע ספאס אוף ייעצה לתובעים, שלא להשיב לאותן הודעות, דבר שיכול אולי להוביל למסקנה שאילו היו משיבים לאותן הודעות יכולו והיו מגלים קשר לחברה אחרת.

### סעיף 30א (י) (1) לחוק התקשורת

סעיף 30א (י) (1) לחוק התקשורת קובע כדלקמן:

"**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;...**"



## בית משפט לתביעות קטנות בבאר שבע

29/03/2017

ת"ק 16-11-47628 השאש נ' טוטוקרד 5 בע"מ  
ת"ק 16-12-60161 אורית יונה נ' טוטוקרד בע"מ

גם אם אצא מנקודת הנחה לטובת התובעים כי הנתבעת היא בגדר "מפרסם" כהגדרתו הרחבה בחוק התקשורת שעה שתוכנו של דבר הפרסומת (בעניינינו ההודעות) עשוי לפרסם את עסקיה או לקדם את מטרותיה של הנתבעת – ולא כך הדבר, שהרי קבעתי לעיל שהפרסום יכול לקדם גם חברות נוספות העוסקות בתחום עידוד הגרלות הפיס – הרי שהתובעים לא הוכיחו כי הנתבעת שלחה את ההודעות ביוזעין. בהקשר זה אין לי אלא להפנות לדבריו של כב' הרשם הבכיר כרמלי בתיק 16-04-38925 בו נדחתה תביעה דומה כנגד הנתבעת, שם צוין: " ... **כדי לחייב מפרסם בפיוצי נדרש כי משלוח ההודעה יהיה ביוזעין בניגוד להוראות החוק**".

לא רק שלא הוכח יסוד המודעות של הנתבעת אודות משלוח ההודעות, הרי שמעבר לכך, הציגה הנתבעת דוגמא להסכם בינה לחברת חברת פרסום ממנו עולה שהנתבעת דרשה מחברת הפרסום לשמור על הוראות החוק בכל הקשור לאספקת "הלידים" וחברת הפרסום התחייבה כלפי הנתבעת באותו הסכם כי המידע שיימסר לנתבעת נאסף באופן חוקי "על פי הוראות החוק בכלל והוראות סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושיירותים) התשמ"ב – 1982, לשימוש בפרטי זהותו ואופן ההתקשרות עימו לשם קבלת תוכן שיווקי של החברה ... " (ההסכם הוגש במהלך הדיון **וסומן ד**).

מעדותו של ערן שכטר נציג הנתבעת עולה כי ככל הנראה ההודעות נשלחו ע"י אחת מחברות הפרסום שנותנת "לידים" בין היתר גם לנתבעת. אולם כאמור לעיל, אין מחלוקת כי במקרה דנן התובעים לא השיבו להודעות שנשלחו אליהם ולפיכך לא ניתן לדעת את זהות חברת הפרסום הספציפית ששלחה את ההודעות. לאחרונה במסגרת רע"א 2059/16 א.א. **קליניקות כרמל בע"מ נ' מנדרין אחזקות** (פורסם במאגרים משפטיים) דן בית משפט העליון בשאלת האחריות בנוזיקין של "מפרסם" ונקבע שם כי על מנת שתוטל אחריות בנוזיקין על חברה מפרסמת יש להוכיח **מודעות** של הנתבעת שהתקשרה עם חברת הפרסום, לגבי האופן הפסול שבו התנהלה חברת הפרסום בשיגור דברי פרסומת בניגוד לחוק התקשורת (פסקה 12).

במקרה דנן, התובעים לא הניחו תשתית עובדתית המעידה על מודעות של הנתבעת לאופן הפעולה של חברות הפרסום שעבדו עימה.

### שיתוף פעולה בין ספאם אוף לבין התובעים

הנתבעת טוענת שהיא נרדפת ע"י ספאם אוף כאשר הוגשו נגדה למעלה מ-300 תביעות קטנות ברוב בתי המשפט בארץ מתוך מטרה להוציא ממנה כספים שלא כדין כאשר במהלך מגעים למשא ומתן בינה לבין חברת ספאם אוף, דרשה ממנה ספאם אוף סכום העולה על מיליון ₪, בתמורה להפסקת התביעות כנגדה (מכתב הדרישה הוגש וסומן **באות א**). במסגרת הדיון שבפניי נציג ספאם אוף לא הכחיש את האמור (דרישת הסכום). עוד הוברר כי התובעים נעזרו בספאם אוף בהגשת התביעות באופן הבא:

- א. עו"ד מטעם ספאם אוף ניסח את כתבי התביעה שבכותרת.
- ב. תשלום האגרה של התובעים בגין התביעות שולם לספאם אוף.



## בית משפט לתביעות קטנות בבאר שבע

29/03/2017

ת"ק 16-11-47628 השאש נ' טוטוקרד 5 בע"מ  
ת"ק 16-12-60161 אורית יונה נ' טוטוקרד בע"מ

ג. הגשת התביעה לבית המשפט באמצעות מערכת נט - המשפט נעשתה ע"י ספאם אוף.  
ד. ספאם אוף שותפה באחוזים ברווחים במידה וינתן פסק דין לזכות התובעים.  
ה. איסוף הראיות שצורף כנספחים לתביעות בוצע ע"י נציגי ספאם אוף.  
ו. במידה וייפסקו הוצאות לחובת התובעים ספאם אוף מתחייבת לשאת בהוצאות (סומן באות ג').  
מקריאת פסקי דין העוסקים בתביעות ספאם שונות עולה כי ספאם אוף והנתבעת הינם "שחקנים חוזרים" בבתי המשפט לתביעות קטנות ברחבי הארץ. נראה כי הטעם לכך מצוי בכך שספאם אוף היא הכוח המניע של ההליכים כנגד הנתבעת, תוך שהיא נעזרת בתובעים שונים כדי לעקוף את הוראות סעיף 63 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד - 1984. התמונה המצטיירת במהלך ניהול ההליכים בתיק זה ובתיקים נוספים מעלה תחושה לא נוחה בנוגע למעורבות של חברת ספאם אוף בתביעות שבפניי. לטעמי, יש פגם בכך שספאם אוף פועלת בלהיטות יתר על מנת לקדם תביעות ספאם כנגד הנתבעת וכנגד חברות אחרות המפרות לכאורה את חוק התקשורת. אילו הדבר היה נעשה בתום לב ובשקידה סבירה הרי שהיה ניתן לומר שפעולותיה של ספאם אוף רצויות. אולם, לצערי לא כך הדבר ועולה חשש ממשי כי שיתוף הפעולה בין ספאם אוף לבין תובעים המקבלים הודעות ספאם, נהפך לעסק של ממש.

יש לזכור שהרציונל בהקמת בתי המשפט לתביעות קטנות הוא "פתיחת שערי בית המשפט בפני האזרח הקטן" (רע"א 292/93 סרבוז נ' אופק בע"מ [פורסם במאגרים משפטיים]). יש להניח, כי השאלות המתעוררות מעצם שיתוף פעולה בין ספאם אוף לבין תובעים יובאו לערכאות אחרות ואלה יאמרו את דברם.

מכל מקום, על אף שהובאו לעיוני פסקי דין של מותבים אחרים שדחו את התביעות על הסף מחמת שיתוף הפעולה של ספאם אוף - במקרה דנן מצאתי לנכון לבחון, לגופו של עניין, את הראיות שהובאו במסגרת התיקים שבפניי, וכאמור הגעתי למסקנה שיש לדחות את התביעות.


סוף דבר, נקבע כדלקמן:

1. אני דוחה את התביעה שהגיש דוד השאש בתיק מס' 16-11-47628.
2. אני מחייב את התובע דוד השאש לשלם לנתבעת הוצאות ההליך בסך של 850 ₪.
3. אני דוחה את התביעה שהגישה אורית יונה בתיק מס' 16-12-60161.
4. אני מחייב את התובעת אורית יונה לשלם לנתבעת הוצאות ההליך בסך של 850 ₪.

המוכירות מתבקשת לסרוק למחשב את נספחים א', ב', ג' ו- ד' וכן להעביר עותק מפסק הדין לתיק השני שמספרו 16-12-60161.

**ניתן להגיש בקשת רשות ערעור לבית משפט המחוזי בבאר שבע בתוך 15 ימים.**

**ניתן היום, י"ח שבט תשע"ז, 14 פברואר 2017, בהעדר הצדדים.**

  
עידו רוזין, סגן נשיאה



## **בית משפט לתביעות קטנות בבאר שבע**

29/03/2017

ת"ק 47628-11-16 השאש נ' טוטוקרד 5 בע"מ  
ת"ק 60161-12-16 אורית יונה נ' טוטוקרד בע"מ