



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 17-03-3504 בן דוד נ' פלאפון תקשורת בע"מ

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

מספר בקשה: 1

בפני כבוד השופט מנחם רניאל

בניה בן דוד ת.ז. xxxxxxxx
ע"י ב"כ עו"ד ניזאר טנוס

מבקשים

נגד

פלאפון תקשורת בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד דן חי

משיבים

החלטה

1
2 בפניי בקשה לאישור תובענה ייצוגית בסך 3,000,000 ₪ בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-
3 2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות" ו-"בקשת האישור"). עניינה של בקשת האישור בטענת המבקש
4 להפרת סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושירותים), התשמ"ב-1982, שהוסף בתיקון מס' 40 לחוק
5 התקשורת מיום 27.5.2008 וזכה לכינוי "חוק הספאם" (להלן: "חוק התקשורת").
6

עיקרי בקשת האישור

7
8
9 1. על פי בקשת האישור מיום 2.3.17, חברת פלאפון תקשורת בע"מ, העוסקת במתן שירותי רדיו
10 טלפון נייד (להלן: "המשיבה"), הפרה את הוראות סעיף 30א לחוק התקשורת, עת שלחה לטלפון
11 הנייד שברשותו של מר בניה בן דוד (להלן: "המבקש") דבר פרסומת, מבלי שהוא נתן את הסכמתו
12 לכך מראש ומבלי שהמשיבה אפשרה הסרה מרשימת התפוצה באופן הקבוע בחוק. להלן נוסח הודעה
13 שנשלחה למבקש ביום 6.3.16 (להלן: "המסרון"):
14

15 "היי זה איתי מחברת פלאפון רצינו להציע לך הצעה אטרקטיבית לחזור אלינו לחברה זה

16 משהו שיכול לעניין אותך?

17 לחזרה 0502448774 איתי"

18
19 2. בבקשת האישור נטען, כי האמור במסרון זה עונה על ההגדרה של "דבר פרסומת" בהתאם
20 לקבוע בסעיף 30א לחוק התקשורת, ומאחר שהמבקש אינו בית עסק, אלא אדם פרטי, המשיבה לא



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 17-03-3504 בן דוד נ' פלאפון תקשורת בע"מ

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

- 1 רשאית לשלוח לו הודעות כפי שנהגה לעשות. המבקש ציין, כי מעולם לא נתן הסכמה למהלך שבו
2 התיר למשיבה לשלוח לו הודעות פרסומת, וכי בעקבות קבלת המסרון נגרם לו בזבוז זמן יקר, לרבות
3 זמן עבודה.
- 4
- 5 3. עילות התביעה בבקשת האישור הן הפרת חובה חקוקה, רשלנות, פגיעה באוטונומיה של
6 הרצון החופשי ועשיית עושר ולא במשפט. הקבוצה המיוצגת המופיעה בבקשה היא: "כלל האנשים
7 אשר קיבלו מהמשיבה מסרונים לטלפונים הניידים, מבלי שביקשו זאת ובניגוד להוראות סעיף 30א
8 לחוק התקשורת".
- 9
- 10 4. בבקשת האישור נטען, כי הפיצוי ללא הוכחת נזק עומד על סך של 1,000 ₪, לפי הוראת החוק.
11 כמו כן, נטען כי למבקש נגרם נזק לא ממוני בסך של 200 ₪ שהוא תוצאה ישירה של מעשי ו/או מחדלי
12 המשיבה, המתבטא בפגיעה באוטונומיה של הפרט, כעס, תסכול, עוגמת נפש, אובדן נוחות, השפלה
13 וביזוי. את סך נזקו האישי העמיד המבקש על סך של 1,200 ₪. לצורך הערכת הנזק הקבוצתי ועד
14 לקבלת מלוא הנתונים המדויקים מהמשיבה, בין היתר על אודות היקף המכירות שלה ומספר
15 לקוחותיה, העמיד המבקש את נזקם של חברי הקבוצה על סכום כולל של 3,000,000 ₪.
- 16
- 17 5. בבקשת האישור נתבקש לאשר תביעה ייצוגית בעלת הסעדים הבאים:
- 18 א. להצהיר שהמשיבה הפרה את חובתה החקוקה, התרשלה, פגעה באוטונומיה של חברי
19 הקבוצה והתעשרה על חשבונם שלא כדין;
- 20 ב. ליתן צו המורה למשיבה לגלות בתצהיר כל מסמך כללי ו/או ספציפי המעיד על מספרם
21 המדויק של חברי הקבוצה המיוצגת;
- 22 ג. לחייב את המשיבה לשלם למבקש ולכל אחד מחברי הקבוצה פיצוי בגין מעשיה ו/או מחדליה
23 בגובה נזקיהם, ולמצער בסכום התובענה הייצוגית.

טענות המשיבה בתשובתה לבקשת האישור

- 24
- 25
- 26
- 27 6. המשיבה ציינה, כי בקשת האישור מושתתת על שתי הנחות יסוד שגויות של המבקש: האחת,
28 כי המסרון נשלח על ידי המשיבה; השני, כי המסרון מהווה "דבר פרסומת" וחוסה תחת חוק
29 התקשורת. נטען, כי המשיבה לא שולחת ולא שלחה את המסרון מושא בקשת האישור. המסרון
30 האמור נשלח על ידי עובד החברה, לטובתו האישית, בניגוד מוחלט לנהלים, ותוך חריגה ברורה
31 מסמכות. לפיכך, המשיבה אינה נושאת באחריות למעשיו של העובד, על כל המשתמע מכך.

32



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 17-03-3504 בן דוד נ' פלאפון תקשורת בע"מ

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

7. לגופו של עניין, טענה המשיבה כי ממילא לא ניתן לראות במסרון אשר נשלח על ידי העובד משום "דבר פרסומת" כהגדרתו בחוק, וגם מטעם זה אין המבקש מחזיק בעילת תביעה כנגד המשיבה. נטען, שגם אם יוכיח המבקש את כל טענותיו, המוכחשות, תובענה זו אינה ראויה להתברר כתובענה ייצוגית מאחר שקיומה של קבוצה מזערית אינו מצדיק ניהול תביעה ייצוגית בשמה.
8. לטענת המשיבה, כמו כל חברה מסחרית הפועלת בשוק תחרותי, היא שואפת לצרף לשורותיה לקוחות חדשים, גם באמצעות הפעלת מוקדי מכירות ייעודיים, בהם נציגיה מבצעים שיחות טלפוניות אל לקוחות פוטנציאליים (להלן: "מכירות טלפוניות"). תחת מערך המכירות הטלפוניות של המשיבה מתבצעות שיחות טלפוניות בלבד והוא אינו כולל שיווק באמצעות מסרונים (הודעות SMS) מכל סוג שהוא ולא מנחה לבצע שיווק באמצעות מסרונים. נהפוך הוא, מערך המכירות אסר על נציגי המכירות הטלפוניות לבצע שיווק מסוג זה באופן גורף. שליחת מסרונים ודברי פרסומת אחרים מטעם המשיבה נעשים אך ורק על ידי חטיבת השיווק של המשיבה, בהתאם לנהלים ברורים ומסודרים.
9. עם קבלת הבקשה נדהמה המשיבה לגלות, כך לטענתה, כי הודעות הנחזות להיות הודעות מטעמה, נשלחו לכאורה לנמענים שונים. לפיכך, המשיבה ערכה בירור מקיף על מנת לבחון את נסיבות שליחת ההודעות. מהבדיקה שערכה המשיבה התברר, כי המסרון מושא בקשת האישור נשלח ממספר הטלפון הפרטי של עובד החברה, בשם איתי מוזס (להלן: "העובד"). לאור זאת, ביום 12.4.17 זימנה המשיבה את העובד לשיחת הבהרה על מנת לעמוד על נסיבות שליחת המסרון על ידו (להלן: "שיחת ההבהרה").
10. במסגרת שיחת הבהרה הוסבר לעובד, לטענת המשיבה, כי התקבלה כנגד המשיבה תביעה ייצוגית בעניין מסרונים שנשלחו ללקוחות באמצעות מספר מנוי פרטי- הבקשה דנן. בתגובה מסר העובד כי הוא אכן שלח את ההודעות וכי עשה זאת באופן פרטי ולטובתו האישית. העובד הסביר, כנטען, כי ההודעות נשלחו לרוב ללקוחות שלא הצליח להשיג באופן טלפוני, בתקווה שאלה יחזרו אליו במהלך היום, כאשר בסך הכל שלח העובד כ-40-30 הודעות בלבד. עם קבלת המידע המפורט ניסתה המשיבה להתחקות אחר ההודעות שנשלחו ממספר הטלפון הפרטי של העובד אך ללא כל הצלחה.
11. המשיבה טענה, כי העובד פעל על דעת עצמו, בלי שקיבל אישור כלשהו מהמשיבה או ממי ממנהליו הישירים. העובד הפר באופן בוטה את הנהלים שקבעה המשיבה בעניין, המבהירים מפורשות, כי על נציגי המכירות הטלפוניות לבצע שיחות טלפוניות בלבד. העובד בחר להפר ביוזמתו את הנחיות ונהלי המשיבה, בעודו שולח את ההודעות האמורות לנמענים שונים, מתוך מטרה לבצע מכירות נוספות אשר יזכו אותו בהטבות ובבונוסים כספיים. בכך ביקש העובד להיטיב עם עצמו ועם



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 17-03-3504 בן דוד נ' פלאפון תקשורת בע"מ

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

- 1 כיסו. בנסיבות אלו המשיבה לטענתה אינה נושאת באחריות כלשהי לנזק שנגרם, ככל שנגרם, כתוצאה
2 מפעולותיו של העובד.
- 3
4 12. המשיבה ציינה, כי סעיף 13 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: "פקודת הנזיקין") קובע את
5 החריגים בהם המעביד לא יהא חב במעשי עובדיו, וככלל ניתן לחלקם לשניים: האחד- אם מעשי
6 העובד נעשו שלא במסגרת ביצוע תפקידו הרגיל, והשני- אם מעשיו של העובד נעשו למטרות של עצמו.
7 יישום החריגים על נסיבות המקרה דנן מוביל למסקנה לפיה המשיבה אינה נושאת באחריות למעשיו
8 של העובד, על אף היותו עובד שלה, על אף שאלו נעשו לכאורה במהלך שעות העבודה. ראשית, על מנת
9 שניתן יהיה לראות מעשה של עובד כאילו נעשה "תוך כדי עבודתו", על הטוען לכך להראות כי העובד
10 עשה אותו כשהוא מבצע את התפקידים הרגילים של עבודתו, דבר שלא קרה בענייננו שכן עבודתו של
11 העובד הייתה לבצע שיחות טלפוניות בלבד. שנית, בהתאם לסיפא של סעיף 13(ב) לפקודת הנזיקין,
12 מקום בו העובד עשה מעשה תוך כדי עבודתו למטרות של עצמו, ולא לעניין המעביד, הרי המעביד לא
13 יישא באחריות למעשיו, גם אם אלה בוצעו לכאורה בשעות העבודה. במקרה דנן, נטען שלא יכול
14 להיות חולק כי פעולותיו של העובד נעשו למען טובתו ותועלתו האישי. בשליחת המסרונים ביקש
15 העובד להקל על עבודתו ולייצר לעצמו מכירות רבות, אשר יכניסו לו בונוסים שונים.
- 16
17 13. המשיבה הוסיפה, כי אינה נושאת באחריות למעשיו של העובד גם בהתאם להוראות חוק
18 השליחות, התשכ"ה-1965 (להלן: "חוק השליחות"). העובד, מתוקף תפקידו כנציג מכירות טלפוניות,
19 היה בזמנים הרלוונטיים לבקשת האישור שלוח של המשיבה ולפיכך כל הוראות חוק השליחות חלות
20 עליו. סעיף 6 לחוק השליחות קובע, כי במצב של חריגה מהרשאה, פעולתו של השלוח אינה מחייבת
21 ואינה מזכה את השולח, אלא מטילה אחריות על השלוח עצמו בלבד. המשיבה כאמור לא אישרה
22 לעובד לשלוח את המסרון, דבר שנעשה בסתירה מוחלטת להוראותיה בעניין, והמשיבה ממילא לא
23 ידעה על כך. במצב דברים זה, וככל שיתברר כי יש למבקש עילת תביעה כלשהי, הרי שזו תעמוד לו
24 כנגד השלוח בלבד.
- 25
26 14. המשיבה טענה עוד, כי גודלה המזערי של הקבוצה שולל את ניהול התובענה כייצוגית. מקום
27 בו הקבוצה אשר בשמה הוגשה בקשת האישור מונה כמה עשרות בודדים, כדוגמת המצב בענייננו (30-
28 40 חברים בלבד), אין מקום לנהל את התובענה הייצוגית בשמם ועליהם להגיש תובענה אזרחית
29 נפרדת. בנוסף, המבקש עותר לייצג קבוצה רחבה, הכוללת את כל מי שקיבל מהמשיבה מסרון
30 וכתוצאה מכך נגרם לו נזק. חרף הגדרה רחבה זו לא הובאה ולו ראשית ראיה בקשר לקבוצה ולא
31 הוצע כל מנגנון לאיתור חבריה. כל שעשה המבקש הוא להעריך את גודל הקבוצה בכ-2,500 איש, מבלי
32 להסביר כיצד הגיע להערכה מוגזמת ומנותקת מן המציאות. בהעדר ראיה המלמדת כי קיימת קבוצה
33 של נפגעים ובהעדר מנגנון מוצע לאיתור חבריה, דינה של בקשת האישור להידחות.



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 17-03-3504 בן דוד נ' פלאפון תקשורת בע"מ

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

15. המשיבה הוסיפה, כי המבקש לא הוכיח ואף אינו יכול להוכיח קיומה של עילת תביעה אישית. המבקש טוען כי המסרון נשלח למספר הטלפון הנייד שלו, אך באופן תמוה נמנע מציון מספר הטלפון הנייד שלו, אליו לכאורה נשלח המסרון. בנוסף, המבקש נמנע מהצגת אסמכתא כלשהי שיש בה כדי להוכיח שהוא הבעלים ו/או המחזיק של מספר הטלפון הנייד הרלוונטי. משהמבקש אינו יכול להוכיח כי המסרון אכן נשלח לטלפון הנייד שבו עשה שימוש בתקופה הרלוונטית, הרי שאינו מחזיק בעילת תביעה כלשהי נגד המשיבה, וכמובן שאין הוא יכול לייצג את חברי הקבוצה הנטענת.
16. למעלה מכך, המשיבה טענה, כי בדיקה שביצעה גילתה שהמבקש נתן את הסכמתו לקבלת דברי פרסומת ממנה, במספר הזדמנויות. כך, ביום 8.11.10 הצטרף המבקש כלקוח לרשת פלאפון ונתן את הסכמתו המפורשת לקבלת דברי פרסומת עם חתימתו על הסכם למתן שירות רדיו טלפון נייד, ונספח לו, בו נכתב: **"הלקוח מעוניין בקבלת מידע שיווקי הכולל הצעות ופרסומות שיווקיות ו/או מסחריות שונות מפלאפון ו/או מטעם ספקיה, מעת לעת, בכל אמצעי תקשורת, לרבות מכשיר הפלאפון, למייל של הלקוח ושל המנוי וכיוצ"ב**". ביום 5.6.17, לאחר הגשת בקשת האישור דנן, הצטרף המבקש פעם נוספת כלקוח לרשת פלאפון, ונתן- פעם נוספת- את הסכמתו המפורשת לקבלת דברי פרסומת, על פי סעיף 30 לחוק התקשורת, בעודו מסמן V לצד המלל שלהלן: **"לקבל מפלאפון מידע שיווקי ופרסומי (על פי סעיף 30 לחוק התקשורת)"**.
17. בנסיבות אלו, כך לפי המשיבה, לא ברור לטענתה על מה מלין המבקש. מעבר לכך שהמבקש נעדר כל עילה אישית, המבקש אינו יכול לייצג את הקבוצה המתיימרת לכלול נמענים שלא נתנו את ההסכמה, כאשר המבקש אינו אחד מהם. כאשר לתובע אין עילה אישית, בשל נסיבות שהיה ניתן לצפות מראש, דינה של בקשת האישור להידחות ולא יתאפשר להחליף את התובע הייצוגי.
18. המשיבה ציינה, כי גם מקום שבו התצהיר פגום אין לדון בבקשת האישור לגופה. בענייננו, כך לטענתה, תצהירו של המבקש נפרש על פני שלושה עמודים בלבד, כשכל מה שמופיע בו הוא תיאור לקוני של טענותיו הפרטניות בקשר לקבל המסרון כביכול. אין בו זכר לתנאים בהם נדרש לעמוד מי שמבקש לאשר את תביעתו כייצוגית, ובין היתר אין בו כל התייחסות להגדרת הקבוצה, לשאלות המשותפות לנזק שנגרם לקבוצה ועוד. המבקש מסתפק בהפניות לקוניות לאמור בבקשת האישור, הפניות שאינן מנת חלקו של תצהיר. בהתאם, שלל עובדות הנזכרות בבקשת האישור כלל לא נתמכות בתצהיר. כמו כן, תצהירו של המבקש לא כולל את המסרון אשר נשלח אליו לכאורה, ולפי ההלכה לנספחים שלא צורפו לתצהיר אין כל משקל.
19. המשיבה טענה, כי ממילא המסרון אינו מהווה "דבר פרסומתי", ולכן הוא לא כפוף להוראות חוק התקשורת. מסר (או סדרת מסרים) הנשלח באופן פרטני לאדם בודד ויחיד אינו מהווה מסר המופץ "באופן מסחרי", כפי שנקבע בחוק התקשורת. אין המדובר בענייננו במסרון אשר נשלח באופן



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 17-03-3504 בן דוד נ' פלאפון תקשורת בע"מ

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

- 1 גורף וללא הבחנה לכל לקוחות החברה או לקהל לקוחות פוטנציאלי. נהפוך הוא, עסקינן במסרון בודד
2 וחד פעמי, אשר נשלח בנפרד ואל נמען בודד בלבד, לאחר שזה לא ענה לשיחה מאת העובד, ובסך הכל
3 לאורך התקופה ל-40-30 נמענים. אשר על כן, לא ניתן לראות במסרון האמור משום מסר המופץ
4 "באופן מסחרי" ויוצא כי חוק התקשורת אינו חל על המסרון. בנוסף, רק אותם מסרים אשר מציעים
5 הצעה שיווקית קונקרטית וספציפית לנמען יכללו בהגדרת "דבר פרסומת", אך המסרון שנשלח על ידי
6 העובד הוא "מסר מסוג אחר", פניה אישית לנמען, ולא מדובר בהצעה שיווקית.
- 7
8 20. למעלה מן הצורך, לטענת המשיבה, ממילא היא לא נושאת באחריות לשליחת המסרון, גם
9 אם היה מדובר ב"דבר פרסומת". חוק התקשורת מטיל את האחריות על דברי פרסומת על
10 ה"מפרסם". על פניו, ועל בסיס ההגדרה ה"יבשה" של מונח זה, ניתן היה לטעון כי יש לראות את
11 פלאפון כ"מפרסם", שכן תוכן המסרון מושא בקשת האישור עשוי היה לפרסם אותה. אך יחד עם
12 זאת, ראוי וצודק לבחון את ההגדרה בהתאם לעובדות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה. במקרים
13 בהם קשה או בלתי אפשרי לאתר ולתבוע את הגורם המעוול, אשר שלח בפועל את דבר הפרסומת,
14 נכון יהיה להטיל אחריות גם על הגורם שנהנה מדבר הפרסומת, אך לא כך בענייננו. סעיף 30א לחוק
15 התקשורת נועד להטיל סנקציות על הגורמים המעוולים שיש צורך בהרתעתם, ושביקשו להפיץ את
16 דברי הפרסומת המפרים. אין מקום להרתיע את מי שלא הזמין ולא ידע כלל על שיגור דבר הפרסום
17 שבוצע בניגוד לדין. מקום בו המשיבה לא ביקשה להפיץ את המסרון שנשלח על ידי העובד, היא לא
18 ידעה על שליחתו והוא לא נשלח על פי בקשתה, לא יהיה צודק לראותה משום "מפרסם" מכוח סעיף
19 30א לחוק.
- 20
21 21. גם אם ניתן לראותה כ"מפרסם", המשיבה טענה כי לא היא ששיגרה את המסרון מושא
22 בקשת האישור, דרישה מצטברת הקבועה ברישא של סעיף 30א(ב) לחוק התקשורת. כמו כן, שיגור
23 דבר הפרסומת לא בוצע ב"יודעין" על ידי המשיבה, כך שלא מתקיימים תנאיו של סעיף 30א(1)
24 לחוק התקשורת. המשיבה לא ידעה על משלוח המסרון בזמן אמת ובנסיבות אלה גם דין בקשת
25 האישור להידחות כאשר אין לפסוק פיצוי כלשהו לחובתה ואין להטיל עליה אחריות בגין מעשים
26 שבוצעו על ידי אחר.
- 27
28 22. המשיבה ציינה, כי לא רק שסיכויי התביעה אינם טובים, אלא שהם אף קלושים, שעה שלא
29 עומדת למבקש על עילת תביעה כנגד המשיבה, אף לא ברמה הקבוצתית. המבקש בחר להגיש תביעתו
30 הייצוגית כנגדה לא בעילה של הפרת סעיף 30א לחוק התקשורת, כי אם בעילה של הפרת חובה חקוקה
31 לפי פקודת הניזקין. הפרת החובה החקוקה הנטענת היא הפרת סעיף 30א לחוק התקשורת. לדברי
32 המשיבה מדובר במעקף שאינו ראוי, תכליתו אינה ברורה וחמור מכך, אינו אפשרי בהתאם להוראות
33 החוק. במקרה דנן, טענה להפרת חובה חקוקה של חוק התקשורת אינה אפשרית, נוכח העובדה



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 17-03-3504 בן דוד נ' פלאפון תקשורת בע"מ

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

- 1 שהפרת סעיף 30 א לחוק התקשורת מהווה עוולה בפני עצמה. לפיכך, אין מקום להחלת עוולת המסגרת
2 של הפרת חובה חקוקה ודין טענת המבקש ביחס להפרת חובה חקוקה כביכול להידחות, אף על הסף.
3
4 23. אשר לטענת ההתרשלות שהעלה המבקש, המשיבה טענה כי גם היא מחוסרת כל בסיס. מקום
5 בו המסרון שנשלח על ידי העובד אינו נכנס לתוך הגדרת המונח "דבר פרסומת" הקבוע בחוק, ברור כי
6 אין כל תקומה לטענת הרשלנות. בנוסף, המשיבה אינה חבה בחובת זהירות ביחס לפעילות החורגת
7 מהוראותיה והנחיותיה, כפי שאלו הועברו לנציגי המכירות הטלפוניות פעם אחר פעם. משראינו כי
8 לא מוטלת חובה כלשהי על המשיבה, מטבע הדברים לא ניתן להפריה. טענת המבקש לעניין זה נטענה
9 בחטף, מבלי שהמבקש הסביר במה באה לידי ביטוי התרשלותה הנטענת של המשיבה. כל שהמבקש
10 טען באופן לאקוני הוא שהמשיבה הפרה את חובת הזהירות, שכן היה עליה לנקוט באמצעי זהירות
11 סבירים.
- 12
13 24. גם לגבי עילת של עשיית עושר ולא במשפט טענה המשיבה כי יש לדחותה. המשיבה הכחישה
14 התעשרות כלשהי על חשבון המבקש ויתר חברי הקבוצה הנטענת, לא כל שכן התעשרות שלא כדין.
15 המבקש לא הביא כל הוכחה לכך שהמשיבה התעשרה בפועל שלא כדין או הפיקה רווח כלשהו מאותם
16 מסרונים בודדים שנשלחו על ידי העובד. אף למשיבה עצמה אין אינדיקציה לכך, באשר היא אינה
17 יודעת (וכך גם העובד) למי נשלחו המסרונים והאם מי מהנמענים הצטרף למשיבה בעקבות קבלתם.
- 18
19 25. טענת הפגיעה באוטונומיה נטענה על ידי המבקש באופן סתמי, ללא כל פירוט, ודי בכך כדי
20 לדחות אותה. המבקש עושה שימוש מיותר בטענה לפגיעה באוטונומיה, כאשר לא ניתן להכיר בשליחת
21 מסרון בודד, קצר ומנומס לטלפון הנייד של פלוני כפעולה הפוגעת באוטונומיה שלו. המדובר בעניין
22 של מה בכך, שבוודאי נעדר השלכות נפשיות כלשהן. ממילא פגיעה באוטונומיה הצרכנית אינה מהווה
23 עילה בפני עצמה, כי אם ראש נזק במסגרתן של עילות קיימות, בהן כאמור המבקש אינו מחזיק.
24 המבקש עצמו השכיל להבין כי אין ממש בטענתו לפגיעה באוטונומיה של הרצון החופשי, וכל כולה
25 ניסיון חסר בסיס לגזור מראש נזק זה, כפיצוי בגין נזק שאינו ממוני. עסקינן ב"טענת אווירה", אשר
26 חוזרת על עצמה כמנטרה בכל תביעה ייצוגית באשר היא, ובמקרה דנן אין בה דבר או חצי דבר ודינה
27 להידחות.
- 28
29 26. באשר לנזק, המשיבה טענה כי פיצוי ללא הוכחת נזק אינו יכול להיתבע במסגרת הליך של
30 תביעה ייצוגית שכן מדובר בכלי לעידוד אכיפה פרטית בלבד, ובנסיבות אלו דרישתו של המבקש
31 לפיצוי בסך 1,000 ₪ מכוח הוראות סעיף 30א(1) לחוק התקשורת דינה דחייה. בנוגע לדרישת
32 המבקש לפיצוי בסך 200 ₪ בגין הנזק הלא ממוני הנטען, בנסיבות בהן המבקש מעריך את גודל
33 הקבוצה בכ-2,500 איש, בית המשפט אינו מוסמך לדון בבקשת האישור והסמכות מסורה לבית משפט
34 השלום. בכל מקרה, המבקש אכן העיד בלקוניות על קיומו של נזק לא ממוני בסך של 200 ₪, אך לא



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 17-03-3504 בן דוד נ' פלאפון תקשורת בע"מ

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

1 הציג כל פירוט או הסבר ביחס לגובהו של הנזק וכיצד נקבע. כל שהמבקש טוען הוא כי מדובר על נזק
2 בגין "עוגמת נפש", "אובדן נוחות", "השפלה" ו"ביזוי". לא די בהעלאת טענות בעלמא, אלא יש הכרח
3 בהוכחתו ולו ברמה הלכאורית המתבקש על פי חוק, וזאת לא עשה המבקש. משלא נגרם כל נזק, הרי
4 שלא מתקיים תנאי הסף הקבוע בסעיף 4(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות ודי בכך להורות על דחיית
5 בקשת האישור.

6
7 27. לטענת המשיבה, גם יתר תנאי הסף לאישור תובענה כייצוגית לא התקיימו ודין הבקשה
8 להידחות. אין זה ראוי לחייב את המשיבה בגין מעשים שאין לה שליטה עליהם, וממילא אין כל הגינות
9 וצדק באישור הבקשה ועל כן מתבקש לדחות את בקשת האישור ולהשית על המבקש את הוצאות
10 המשיבה.

טענות המבקש בתגובתו לתשובת המשיבה

11
12
13
14 28. לטענת המבקש, תשובת המשיבה נתמכת בתצהירו של מר אילן סיגל, סמנכ"ל השיווק שלה
15 (להלן: **מר סיגל**), אך לא ברור אם הוא מוסמך מטעמה לתת את התצהיר ולא ברור מה מקור המידע
16 עליו הוא מסתמך, שלא מידיעה אישית. בשל כך, לא ברור מה ערך המידע אותו מסר מר סיגל במסגרת
17 תצהירו ומדוע עדותו עדיפה על עדות העובד "סרח", כפי שהגדירה אותו המשיבה.

18
19 29. המבקש טוען, כי בתשובת המשיבה לא נמצאה ולו טענה אחת או ראיה אחת המעידה על
20 מהימנות הסיפור אותו בנתה המשיבה על מנת להתגונן בפני בקשת האישור, העובדות המהותיות
21 העומדות בבסיס בקשת האישור אינן מוכחות. לפיכך, על המקרה שלפנינו חלה דוקטרינת "הודאה
22 והדחה" המביאה להעברת נטל הראיה לכתפי המשיבה. בכדי להחיל את הכלל אין צורך שהנתבע יודה
23 בעוולה או בנזק, אלא בעובדות ה"חיוביות" המקימות את העילה. מקום בו המשיבה לא טרחה כלל
24 להכחיש את העובדות המהותיות המהוות את עילת בקשת האישור, עובר הנטל הראייתי לכתפי
25 המשיבה, ולאור השלב המקדמי בו נתונה בקשת האישור, די בכלל ראייתי זה בכדי להביא לאישורה.
26 לחלופין נטען, כי הודאתה או אי-הכחשתה של המשיבה רכיבים מהותיים בעילת בקשת האישור
27 מצמצמת את המחלוקת ועשויה אף היא להעביר את הנטל הראייתי לכתפי המשיבה.

28
29 30. המבקש הוסיף, כי המשיבה לא הציגה שום ראיה המעידה על הסכמתו של המבקש לקבל
30 מסרוני ספאם מידיה ודי בכך כדי לקבל את בקשת האישור. לפי המשיבה, בהסכם מיום 8.11.10
31 שנחתם בינה לבין המבקש אישר למעשה המבקש למשיבה לשגר לנייד שלו דבר פרסומת, וטענה
32 שהמבקש התקשר עמה בחוזה בשנית ביום 5.6.17 וגם שם אישר למשיבה לשגר דבר פרסומת. לטענת
33 המבקש, המשיבה שמה את יהבה על סעיף בהסכם עליו הוא חתום, תוך ניסיון להראות כי הוא נתן



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 17-03-3504 בן דוד נ' פלאפון תקשורת בע"מ

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

- 1 הסכמה מפורשת לקבלת מידע שיווקי, אך לא כך המצב. בחוזה שצירפה המשיבה אין למבקש כל
2 יכולת או אפשרות להתנות על סעיף כזה או אחר בחוזה שחתם עמה, ולכן אין לקבל את טענת המשיבה
3 כי ניתנה על ידו הסכמה מפורשת.
- 4
5 31. המבקש ציין, כי המשיבה השמיטה את העובדה שהמבקש שב להיות מנוי שלה ביום 12.5.15
6 והתנתק שוב ביום 1.3.16. משכך, ההסכם משנת 2010, שלפיו המשיבה טוענת כי המבקש נתן את
7 הסכמתו לקבל דבר פרסומת - אינו רלוונטי, שכן המבקש התנתק משירותי המשיבה ובכך ההסכם
8 משנת 2010 אינו רלוונטי יותר. גם ההסכם מחודש יוני 2017 אינו רלוונטי לבקשת האישור שכן הוא
9 נעשה שלושה חודשים לאחר הגשת הבקשה. נותרנו אם כך עם חוזה מיום 12.5.15, שלא הוצג על ידי
10 המשיבה והסתיים ביום 1.3.16, קרי 5 ימים לפני קבלת דבר הפרסומת מטעם המשיבה. דברים אלו
11 מוכיחים, כי המבקש קיבל דבר פרסומת מהמשיבה או מי מטעמה, לאחר שהמבקש לא היה מנוי או
12 לקוח של המשיבה.
- 13
14 32. באשר לטענת המשיבה, כי העובד שלה הוא ששיגר למבקש את דבר הפרסומת, וכי היא אינה
15 אחראית למעשיו, סבר המבקש שהיה על המשיבה, לכל הפחות, להציג ראיה כלשהי לטענתה. לא רק
16 שהמשיבה לא הציגה כל ראיה ל"סיפור" העובדתי אותו פרשה בתשובה מטעמה, אלא שהמשיבה
17 אפילו לא צירפה תצהיר מטעם אותו עובד. כל הגנתה של המשיבה נסמכת על טענות ריקות מתוכן
18 וממילא משוללות כל בסיס עובדתי וראייתי.
- 19
20 33. לפי המבקש, נוסח דואר הזבל אותו שלחה המשיבה למבקש, מטרתו להשיב את המבקש
21 לקהל לקוחותיה ובכך לעודד אותו להוציא כספים לשם קבלת שירותיה. המשיבה לא התייחסה כלל
22 לעובדה שאין בהודעה ששלחה אפשרות הסרה בדרך הקבועה בחוק. בשל כך, ברור כי המסרון אותו
23 קיבל המבקש מהווה הפרה של הוראות חוק התקשורת וכי תוכנו של המסרון מהווה דבר פרסומת
24 בהתאם לחוק.
- 25
26 34. לטענת המבקש, המשיבה הפנתה לסעיף 13 לפקודת הנזיקין, אך אין לקבל את הפירוש שהיא
27 נתנה לסעיף. הישענות המשיבה על סעיף זה היא מלאכותית ויוצאת מנקודת הנחה שהמשיבה הוכיחה
28 שמדובר במעשה שנעשה על ידי העובד, שלא במסגרת עבודתו ולטובתו האישית. דבר זה לא הוכח,
29 והתנהלות המשיבה בטענה זו רק מראה שאין בידיה כל ראיה לטענתה לעניין אחריות העובד לשליחת
30 דבר פרסומת.
- 31
32 35. המבקש טען לעניין גודל הקבוצה, וטענת המשיבה שמדובר בקבוצה מזערית, כי בשלב זה של
33 בקשת האישור אין לתת משקל רב לשאלה מי הם חברי הקבוצה ודרכי איתורם. המשיבה לא הציגה
34 מסמך אחד, ואף לא ראשית ראיה למספר האנשים אליהם נשלחו מסרונים ללא אישור הנמענים.



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 17-03-3504 בן דוד נ' פלאפון תקשורת בע"מ

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

1 לעניין היעדר קיומו של נזק, נטען כי כפי שנקבע ברע"א MEGA ADVANCED 1621/16
2 MATHEMATICAL SYSTEM LTD נ' עו"ד זילברג [פורסם בנבו] (14.6.16) (להלן: עניין MEGA),
3 די בכך שהוכח ברמה הנדרשת בשלב זה כי אכן שוגרו דברי פרסומת בניגוד לחוק כדי לבסס אפשרות
4 סבירה שייקבע כי נגרם נזק למבקש וליתר חברי הקבוצה.

דיון והכרעה

5
6
7
8 36. הליך בקשה לאישור תובענה ייצוגית הוא מקדמי ונועד להכריע בשאלה אם יש מקום לאשר
9 דיון בתובענה כייצוגית. הליך זה לא נועד לבירור התביעה לגופה, אלא מהווה מעין "פרוזדור"
10 שבאמצעותו ניתן להיכנס ל"טרקלין" (רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774 (1996). עם
11 זאת, פרוזדור זה ראוי לעבור בזהירות מרובה ולתת את הרשות רק במקרים מתאימים העונים על כל
12 התנאים הדרושים, לבל תתבררנה תביעות סרק ייצוגיות שאינן ראויות להתברר ככאלה, על כל
13 המורכבות והבעייתיות הכרוכות בהן (רע"א 6567/97 בזק נ' עיזבון המנוח גת ז"ל, פ"ד נ"ב(2) 713
14 (1998)). התנאים להגשת ולאישור תובענה ייצוגית קבועים בסעיפים 3,4 ו-8 לחוק תובענות ייצוגיות.

15
16 37. סעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות עוסק בסוגי התובענות שניתן להגיש בהן תובענה ייצוגית,
17 וקובע כי לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתובענות בנושאים המנויים בתוספת השנייה לחוק תובענות
18 ייצוגיות או בתובענות בעניין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית. תביעת
19 המבקש מתאימה לקטגוריה הקבועה בפריט 12 לתוספת השנייה לחוק, לפיו ניתן להגיש תובענה
20 ייצוגית "כנגד מפרסם כהגדרתו בסעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושירותים) התשמ"ב-1982,
21 בעילה לפי הסעיף האמור".

22
23 38. סעיף 4 לחוק תובענות ייצוגיות מפרט מי רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית ובשם
24 מי. בענייננו, סעיף 4(א)(1) לחוק מתייחס לאדם שיש לו עילה בתביעה או בעניין כאמור בסעיף 3 לחוק
25 המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני
26 אדם- בשם אותה קבוצה. על התובע, המבקש להיות תובע ייצוגי, לשכנע את בית המשפט, במישור
27 הראייתי ולא רק במישור הטיעוני, במידת הסבירות הראויה, שקמה לו לכאורה עילת תביעה (ראו:
28 ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, 329 (1997)).

29
30 39. בנוסף לקיומה של עילת תביעה אישית, על המבקש לאשר תביעה כתובענה ייצוגית לעמוד
31 בארבעת התנאים המפורטים בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות:

32
33 "(1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי
34 הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 17-03-3504 בן דוד נ' פלאפון תקשורת בע"מ

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

1 (2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין;
2 (3) קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת;
3 הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בעניין זה;
4 (4) קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב".
5
6 40. על מנת להשתכנע שקיימת אפשרות סבירה ששאלות מהותיות של עובדה ומשפט יוכרעו
7 בתובענה לטובת הקבוצה, נדרש בית המשפט להיכנס לעובי הקורה ולבחון את התובענה היטב –
8 משפטית ועובדתית, האם מתקיימים התנאים לאישור תובענה ייצוגית, האם היא מגלה עילה טובה
9 והאם יש סיכוי סביר להכרעה לטובת התובע.

10
11 41. על הרף בו נדרש לעמוד המבקש לאשר את תביעתו כייצוגית עמדה השופטת ברק-ארז ברע"א
12 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ [פורסם בנבו] (11.4.13),
13 בפסקה 41: "על התובע הייצוגי להניח בפני בית המשפט תשתית משפטית וראייתית התומכת
14 לכאורה בתביעתו. בשונה מן התובע בתביעה רגילה, המבקש לאשר תובענה כייצוגית אינו יכול
15 להסתפק בעובדות הנטענות בכתב התביעה, אלא מוטלת עליו החובה להוכיח באופן לכאורי. במקרה
16 הצורך, המבקש צריך לתמוך את טענותיו בתצהירים ובמסמכים הרלוונטיים. בית המשפט שדן
17 בבקשה נדרש להיכנס לעובי הקורה, ולבחון היטב – משפטית ועובדתית – האם מתקיימים התנאים
18 לאישור התובענה כייצוגית...". ובהמשך, בפסקה 59 נקבע: "הבחינה הלכאורית בשלב אישורה של
19 התובענה הייצוגית אינה צריכה להציב מחסום גבוה בפני תובעים ייצוגיים, וכי יש להביא בחשבון
20 את פערי המידע הקיימים בין הצדדים. עם זאת, אין משמעות הדברים שהנטל המוטל על התובעים
21 הייצוגיים יהיה קל כנוצה. על התובע הייצוגי להרים נטל ראשוני – נטל שיש לתת לו משמעות, מבלי
22 שיהיה כבד מנשוא, תוך שבית המשפט נותן דעתו, בכל מקרה ומקרה, לקושי היחסי העומד בפני
23 התובע הייצוגי כאשר הוא נדרש להוכיח את תביעתו לכאורה".

24 42. מן הכלל אל הפרט - לאחר בחינת הפרמטרים הנדרשים הגעתי למסקנה שמתקיימים התנאים
25 המצטברים לאישור תביעת המבקש כתובענה ייצוגית בעניינם של חברי הקבוצה, מן הטעמים
26 שיפורטו להלן.
27
28
29



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 17-03-3504 בן דוד נ' פלאפון תקשורת בע"מ

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

עילת תביעה אישית - הפרת סעיף 30א לחוק התקשורת

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33

43. העילה העיקרית שבבסיס התובענה מושא בקשת האישור היא 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.

44. המשיבה טענה כי המבקש בחר להגיש את תביעתו הייצוגית כנגדה לא בעילה של הפרת סעיף 30א לחוק התקשורת, כי אם בעילה של הפרת חובה חקוקה לפי פקודת הנוזיקין, ולדבריה "מדובר במעקף שאינו ראוי, תכליתו אינה ברורה, וחמור מכך אינו אפשרי בהתאם להוראות החוק" (סעיף 146 לתשובת המשיבה לבקשת האישור). המבקש ציין מפורשות בראשית בקשתו כי "המסגרת הנורמטיבית עליה נסמכת הבקשה מעוגנת באמור בסעיף 30א רבתי לחוק" (סעיף 7 לבקשת האישור). סעיף 30א(ט) לחוק התקשורת קובע כי "הפרת הוראות סעיף זה היא עוולה אזרחית והוראות פקודת הנוזיקין [נוסח חדש], יחולו עליה, בכפוף להוראות סעיף זה". התביעה הוגשה בגין עוולה לפי חוק התקשורת, שהוראות פקודת הנוזיקין יחולו עליה ואין פגם בכך שהוזכרה גם עוולת חובה חקוקה, שהיא עוולה נפרדת.

45. בטרם אעבור לבחינת החוק הרלוונטי לענייננו, אדרש בקצרה לטענת המשיבה בדבר היעדר תשתית ראייתית לעילת תביעה אישית. לגישת המשיבה, המבקש לא הוכיח קיומה של עילת תביעה אישית, מאחר שנמנע מציון מספר הטלפון הנייד שלו בתצהירו ומהצגת אסמכתא שיש בה כדי להוכיח שהוא הבעלים או המחזיק של מספר הטלפון הנייד הרלוונטי (פרק ה' לתשובת המשיבה לבקשת האישור). טענה זו דינה להידחות. המבקש מסר בחקירתו הנגדית, לשאלת ב"כ המשיבה, את מספר הנייד שלו, אליו נשלח המסרון (פרוטוקול מיום 19.11.17, דקה 01:09). כבר בתצהירו העיד המבקש, שהמסרון נשלח אליו, ואין זה משנה לאיזה מספר. הוא צירף לבקשת האישור צילום מסך של המסרון שנשלח אליו (נספח ב' לבקשת האישור). המשיבה בעצמה אישרה בראשית תשובתה לבקשת האישור כי המסרון מושא בקשת האישור, שצוטט במלואו, אכן נשלח על ידי עובד מטעמה. מספר הטלפון אליו נשלח המסרון אמנם לא צויין בטקסט הבקשה לאישור, אך אין ספק שהוא נשלח למספר טלפון כלשהוא, ומתוכנו רואים שהוא נועד להחזיר את הנמען להתקשרות עם המשיבה. הוכח כראוי, שהמבקש קיבל את המסרון, והעובדה שבבקשת האישור לא צוין מספר הטלפון הנייד של המבקש, או שהוא בעלים או מחזיק בטלפון, אין בה כדי לשלול קיומה של עילת תביעה אישית מצד המבקש.

46. סעיף 30א לחוק התקשורת בא לעולם במטרה להיאבק בתופעה המכונה "spam". הנזק הרב שנגרם כתוצאה משיגור המוני של דברי פרסומת למי שאינם מעוניינים בכך הביא את המחוקק לאסור



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 17-03-3504 בן דוד נ' פלאפון תקשורת בע"מ

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

1 זאת בחוק ולקבוע כי מדובר בעוולה נזיקית המקימה גם עילה להגשת תובענה ייצוגית (עוד על סעיף
2 30א לחוק התקשורת ומטרתו ראו ברע"א 1954/14 חזני נ' הנגבי [פורסם בבנו] (4.8.14)). אלו
3 הוראותיו של סעיף 30א(ב) לחוק התקשורת, שכותרתו "שיגור דבר פרסומת באמצעות מתקן בזק":
4 "לא ישגר מפרסם דבר פרסומת באמצעות פקסימיליה, מערכת חיוג אוטומטי, הודעה
5 אלקטרונית או הודעת מסר קצר, בלא קבלת הסכמה מפורשת מראש של הנמען, בכתב,
6 לרבות בהודעה אלקטרונית או בשיחה מוקלטת; ..." (ההדגשות שלי- מ' ר').

7
8 47. אני דוחה את טענת המשיבה, לפיה לא הוכח ברמה הנדרשת כי ההודעה ששוגרה למבקש
9 עונה להגדרה של "דבר פרסומת" בחוק. סעיף 30א(א) לחוק התקשורת מגדיר דבר פרסומת כ"מסר
10 המופץ באופן מסחרי, שמטרתו לעודד רכישת מוצר או שירות או לעודד הוצאת כספים בדרך אחרת".
11 השאלה אם הודעה מסוימת מהווה "דבר פרסומת" נידונה רק לאחרונה על ידי כב' השופטת א' חיות
12 ברע"א 4806/17 פסגות בית השקעות בע"מ נ' גלסברג [פורסם בבנו] (25.10.17):
13 "התשובה לשאלה אם הודעה מסוימת מהווה "דבר פרסומת" תלויה במטרה שאותה היא באה
14 להגשים ולא בהכרח באופן שבו נמען סביר היה מבין אותה. עוד עולה מלשונה של הגדרה זו כי היא
15 מסבה עצמה גם על מסרים שנועדו למשוך את הנמען להתקשר עם המפרסם שלא באמצעות מסר
16 מפורש וישיר אלא בדרכים עקיפות. מסקנה זו עולה בבירור גם מדברי ההסבר לסעיף 30א לחוק
17 התקשורת, שם נאמר כי "מוצע להבהיר כי ההסדר המוצע יחול לגבי מסר ... שמטרתו לעודד הוצאת
18 כספים בכל דרך" (הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 33), התשס"ה-2005, הצ"ח
19 הממשלה 182, 889). מסקנה זו עולה גם מדבריו של יו"ר ועדת הכלכלה דאז ח"כ גלעד ארדן במהלך
20 דיוני הוועדות בסעיף 30א לחוק התקשורת, אשר ציין כי ישנם "טריקים פרסומיים, שכותרתם לך:
21 "זכית בחבילת נופש חינם", וכאשר אתה מתקשר מסתבר שזה עניין שיווקי" והוסיף כי סעיף 30א
22 אמור לחול גם על מסרים מסוג זה ו"לסגור את כל הפרצות ולמנוע התחכמויות" (ראו: פרוטוקול מס'
23 6 משיבת הוועדה המשותפת של ועדת הכלכלה וועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-17, בעמ' 9
24 (1.4.2008)... (ההדגשות שלי- מ' ר').

25
26 48. עיון במסרון מושא בקשת האישור, הכולל את המילים "רצינו להציע לך הצעה אטרקטיבית
27 לחזור אלינו לחברה", מלמד כי בניגוד לטענת המשיבה, המסרון מציע הצעה שיווקית. עיקר תכליתו
28 של סעיף 30א לחוק התקשורת הוא למנוע ממפרסם לגרום לאדם- במישרין או בעקיפין- להוציא
29 כספים בעקבות הודעה שנשלחה אליו. ניתן לראות, כי מטרתו של המסרון לעודד הוצאת כספים
30 מהמבקש, שכן עניינו בהחזרת המבקש להיות לקוח של חברת פלאפון. צמד המילים "הצעה
31 אטרקטיבית" אינו יכול להתפרש בצורה אחרת. בשל כך יש לענות בחיוב גם על השאלה אם המשיבה
32 היא בגדר "מפרסם"- שכן מפרסם מוגדר בסעיף 30א(א) לחוק התקשורת כ"מי ששמו או מענו
33 מופיעים בדבר הפרסומת כמען להתקשרות לשם רכישתו של דבר הפרסומת, מי שתוכנו של דבר



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 17-03-3504 בן דוד נ' פלאפון תקשורת בע"מ

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

- 1 **הפרסומת עשוי לפרסם את עסקיו או לקדם את מטרותיו, או מיש שמשווק את נושא דבר הפרסומת**
2 **בעבור אחר" (ההדגשה שלי- מ' ר').** בניגוד לטענת המשיבה, עולה כי המסרון מפרסם את עסקי
3 המשיבה, ונועד לקדם את מטרותיה. להלן אעסוק בשאלה אם הוא מקדם רק את מטרותיה או גם את
4 מטרות העובד.
- 5
6 49. לטענת המשיבה, היא לא הפרה אף הוראה מהוראות חוק התקשורת, שכן העובד שלה בחר
7 להפר ביודעין את הנחיותיה ונהליה. המשיבה הפנתה לנהליה בעניין "טיפול בהודעות שיווקיות
8 מפלאפון" (נספח א' לתגובת המשיבה לבקשת האישור) כראיה לכך שהעובד פעל בניגוד לנהלים אלה.
9 ואולם, נהלים אלה אינם חלים על המבקש. נהלים אלה עוסקים ב"כל לקוחות פלאפון עם מכשיר
10 הפתוח לקבלת הודעות", ואין חולק, שביום קבלת המסרון, ה-6.3.17, המבקש כלל לא נמנה על
11 לקוחות המשיבה. המבקש הצהיר, שבעת שליחת המסרון על ידי המשיבה הוא לא היה מנוי של
12 המשיבה (סעיף 2 לתצהירו שצורף לתגובתו לתשובת המשיבה לבקשת האישור). לא רק שהמשיבה לא
13 טענה כנגד עובדה זו, אלא שכך העיד גם מר סיגל בחקירתו הנגדית, כשבתשובה לשאלה אם המבקש
14 היה לקוח של המשיבה בעת שליחת המסרון השיב "לא שידוע לי" (פרוטוקול מיום 19.11.17, דקה
15 55:17). תוכן המסרון עצמו מלמד על כך שהמבקש לא היה מנוי של המשיבה, ולכן הוא נוקט במילים
16 "רצינו להציע לך הצעה לחזור אלינו לחברה" (ההדגשה שלי- מ' ר'). הנהלים אינם עוסקים בלקוחות
17 פוטנציאליים, אלא בלקוחות, ואינם חלים על התקשורת עם המבקש. על כן, לא ניתן לומר שבשליחת
18 המסרון הפר העובד את הנהלים. הטענה שהפר ביודעין כלל לא הוכחה, שכן העובד לא נתן תצהיר,
19 ומי שנתן תצהיר לא יכול להעיד על ידיעתו של העובד.
- 20
21 50. גם הודעת הדואר האלקטרוני מיום 13.3.17 בדבר ריענון נהלים שצירפה המשיבה לתגובתה
22 לבקשת האישור (נספח ב') אין תומכת בטענת המשיבה, שכן גם שם חידוד הנחיות בנוגע לשליחת מידע
23 שיווקי ופרסומי מתייחס ללקוחות המשיבה בלבד:
24 "כידוע לכם, לקוחות פלאפון מקבלים מהחברה מידע שיווקי ופרסומי בדרכים שונות
25 (אסמס/מייל/ניוזלטר וכו')
26 המידע נשלח על ידי פלאפון בהתאם להוראות החוק ולתנאי ההתקשרות עם הלקוח, וזאת לאחר
27 שנבחן על ידי הלשכה המשפטית. אנו חוזרים ומבהירים כי חל איסור על שליחת מידע שיווקי ללקוח
28 בכל אמצעי שהוא באופן פרטי, גם במקרה בו אישר הלקוח קבלת מידע שיווקי" (ההדגשות שלי- מ'
29 ר').
- 30
31 51. זה המקום לומר, שהמשיבה לא טרחה להביא את תצהירו של העובד שלטענתה פעל שלא על
32 דעתה וללא ידיעתה, ולצורך עניינו האישי, למרות שניתנה לה הזדמנות לבקש הבאת תצהיר נוסף,
33 בהחלטתי בדיון מקדמי מיום 1.10.17, לאחר שהובהר שרוב תצהירו של המצהיר מטעם המשיבה נשען



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 3504-03-17 בן דוד נ' פלאפון תקשורת בע"מ

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

1 על עדות שמיעה. בע"א 548/78 שרון נ' לוי, פד"י לה (1) 736, 760 (1980) נפסק:
2 "כלל נקוט בידי בתי המשפט מימים יממה, שמעמידים בעל דין בחזקתו, שלא ימנע מבית המשפט
3 ראייה, שהיא לטובתו, ואם נמנע מהבאת ראייה רלבנטית שהיא בהישג ידו, ואין לכך הסבר סביר,
4 ניתן להסיק, שאילו הובאה הראייה, היתה פועלת כנגדו. כלל זה מקובל ומושרש הן במשפטים
5 פליליים, וככל שהראייה יותר משמעותית, כן רשאי בית המשפט להסיק מאי הצגתה מסקנות
6 מכריעות יותר וקיצוניות יותר נגד מי שנמנע מהצגתה"
7 על כן, יש להסיק מאי הבאת עדותו של העובד, שאפילו לא נטען שאינו עובד עוד אצל המשיבה, שאילו
8 היה בא להעיד היה מעיד נגד גירסת המשיבה.

9
10 52. חלק נכבד מתשובת המשיבה לבקשת האישור (עמ' 14-5) מתבסס על הטענה שהמשיבה אינה
11 נושאת באחריות לפעולות העובד, מאחר המסרון נשלח על ידי העובד באופן אישי, בניגוד מוחלט
12 להנחיות ולנהלי המשיבה, והמשיבה כלל לא ידעה על משלוח המסרון, אלא בדיעבד לאחר הגשת
13 בקשת האישור. כאמור, המשיבה בחרה שלא להגיש תצהיר מטעם העובד והסתמכה בעניין זה רק על
14 תצהירו של מר סיגל, סמנכ"ל השיווק שלה, שהודה בחקירתו הנגדית כי מירב הסעיפים שבתצהירו
15 אינם מידיעתו האישית. כך, הטענות העובדתיות שמדובר בעובד בודד; ביוזמה אישית של העובד
16 היודע שהוא פועל בניגוד להוראות; בטובתו האישית של עובד, ובכך שנשלחו רק 30-40 מסרונים על
17 ידי אותו עובד. אמנם, בהליכי ביניים ניתן לפי תקנה 521 להצהיר לפי מיטב האמונה והידיעה ובלבד
18 שיצויין מקורה, אך כשם שעל המבקש להוכיח במידה ראויה את עילתו, על המשיבה להוכיח בכלים
19 שברשותה את גירסתה עובדתית, ולא להסתפק בהבאת תצהיר של מנהל שאינו יודע את עיקר הדברים
20 מידיעתו האישית, ומסתפק בשמיעת גירסה מעד שאינו נותן תצהיר ואינו עשוי להיחקר על גירסתו.

21
22 53. המשיבה סברה, כי אין המדובר במסר המופץ "באופן מסחרי" מאחר ש"עסקינן במסרון בודד
23 וחד פעמי, אשר נשלח בנפרד ואל נמען בודד בלבד, לאחר שזה לא ענה לשיחה מאת העובד, ובסך
24 הכל, לאורך תקופה, ל-40-30 נמענים" (סעיף 105 לתשובתה לבקשת האישור). אכן, אחד הדברים
25 שעליהם העיד המצהיר מטעם המשיבה מכלי שני, הוא מספר המסרונים – 30-40. עצם ציון מספר זה
26 מראה שמדובר בהערכה ולא במספר האמיתי. מסרונים נשלחים באמצעות יישומון המאפשר לדעת
27 כמה מסרונים בדיוק נשלחו. המספר יכול להיות פחות מ-30, בין 30 ל-40, ויותר מ-40, אבל הוא
28 מספר מדויק ולא 30-40. אמנם, נאמר בסעיף 17 לתצהיר המשיבה שעם קבלת המידע "ניסתה החברה
29 להתחקות אחר ההודעות שנשלחו ממספר הטלפון הפרטי שלו, ללא כל הצלחה", אך לא הוסבר מה
30 ניסו ומה לא הצליח. האם ביקשו ממנו למסור את הטלפון לבדיקת אנשי המקצוע? האם סירב העובד
31 למסור את הטלפון שלו? האם בדקה המשיבה כמה לקוחות לא הצליח העובד להשיג באופן טלפוני,
32 שנטען שהעובד אמר שאליהם פנה במסרון? המשיבה סתמה ולא פירשה, במקום שהיה עליה לפרש



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 17-03-3504 בן דוד נ' פלאפון תקשורת בע"מ

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

- 1 ולהבהיר, ומחדלה זה רובץ לחובתה. בשלב זה, לצורך הכרעה בבקשה לאישור, אין מדובר במסר
2 שנשלח ל- 30-40 נמענים בלבד.
3
- 4 54. בדיון שהתקיים ביום 19.11.17 רמוז ב"כ המשיבה בטיעונו הנוסף לכשל נקודתי ביישום
5 הנהלים הפנימיים והנחיות המשיבה. זה מצטרף לטענה בדבר עובד בודד ומסר בודד. גם אם הייתה
6 תקלה נקודתית, היא אינה מורידה מעצם העובדה שהתקיימה הפרה. תקלה נקודתית יכולה להיות
7 הסבר להפרה, אבל היא אינה משנה את העובדה שהייתה הפרה (ראו למשל: ת"צ (חי) 40072-01-16
8 **רפול נ' קבוצת אורמוש בע"מ** [פורסם בנבו] (3.1.17); ת"צ (חי) 46053-02-16 **שגב נ' נקניק נהריה**
9 **כשר, זוגלובק בע"מ** [פורסם בנבו] (1.5.17)). על פי הדין, כשהמשיבה טוענת שהפגיעה בחברי הקבוצה
10 שעליה המבקש מלין יסודה בטעות נקודתית, והמידע הרלוונטי מצוי אצל המשיבה, נכון להעביר את
11 נטל הבאת הראיה אל כתפי המשיבה (ע"א 7187/12 **עו"ד צמח נ' אל על נתיבי אויר בע"מ** [פורסם
12 בנבו] (18.7.2014) להלן: פרשת **עו"ד צמח**), אך המשיבה לא עמדה בנטל זה. כעולה מגירסת המשיבה,
13 לא ברורה כלל אם גם עובדים אחרים שלחו מסרונים פרסומת כאלה. כל שעשתה, כאמור בתצהיר
14 מטעם המשיבה, הוא לבדוק את המסרון הספציפי ולשאול את העובד שהוציא אותו. בנסיבות אלה,
15 לא עמדה המשיבה ברמה הדרושה לשלב זה של הדיון, בנטל להראות שמדובר ב-30-40 מקרים ובעובד
16 אחד, דהיינו בתקלה נקודתית.
- 17
- 18 55. המשיבה הפנתה לסעיף 13(א)(2) לפקודת הנזיקין, הקובע כי מעביד חב על מעשה שעשה עובד
19 שלו **"אם העובד עשה את המעשה תוך כדי עבודתו"**. לפי סעיף 13(ב) לפקודת הנזיקין, **"רואים**
20 **מעשה כאילו נעשה תוך כדי עבודתו של עובד, אם עשהו כעובד וכשהוא מבצע את התפקידים**
21 **הרגילים של עבודתו והכרוכים בה אף על פי שמעשהו של העובד היה ביצוע לא נאות של מעשה**
22 **שהרשה המעביד; אולם לא יראו כן מעשה שעשה העובד למטרות של עצמו ולא לעניין המעביד"**.
23 השופט י' עמית התייחס בע"א 8027/14 **שורוש נ' שליאן** [פורסם בנבו] (29.11.15), בפסקה 14,
24 לאינדיקציות הרלוונטיות לקביעה אם מעשי העובד בוצעו במסגרת תפקידו: **"בבואנו לקבוע האם**
25 **מעשיו של העובד בוצעו במסגרת תפקידו, או שמא חורגים הם מהרשאת המעביד כדי כך שניתן**
26 **לפטור את המעביד מאחריות שילוחית, ניתן להשתמש במספר אינדיקציות, ובין היתר: המטרה**
27 **המנחה את העובד, ובכלל זה, האם מטרת העובד הייתה לבצע דבר עבירה; הרשעה בפלילים ואופי**
28 **ההרשעה; וכן שיקולי מדיניות משפטית..."** (ההדגשה שלי- מ' ר').
- 29
- 30 56. מכיוון שהצדדים לא טענו בענין זה, לא אכריע אם חלה כאן דוקטרינת "הסמכות הנחזית"
31 (וראו: ע"א 474/80 **שמואל גרובר נ' תל-יוסף, קבוצת פועלים להתישבות שיתופית בע"מ** פ"ד לה(4)
32 045 (1981); ע"א 475/79 **בנימין חייט נ' סוכנות מכוניות לים התיכון** פ"ד לה(2) 330 (1981)). המשיבה
33 לא הציגה כל ראיה ממשית ולא הוכיחה כראוי, שמשלוח המסרון נעשה על ידי העובד למטרותיו עצמו.



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 17-03-3504 בן דוד נ' פלאפון תקשורת בע"מ

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

1 העובד לא מסר תצהיר מטעמו ולא הובא לעדות. מתוכן המסרון עולה שמטרתו לא היתה לערוך הסכם
2 בין המבקש לבין העובד, אלא בין המבקש לבין המשיבה, באמצעות העובד, שכנראה (וזו השערה בלבד,
3 שלא הוכחה) יזכה לתגמול על הבאת עוד לקוח **למשיבה**. בנסיבות אלה, הטענה שהמסרון נשלח "לא
4 **למטרות המעביד**" היא לא פחות מתמוהה. המטרה היתה הסכם עם המעביד, שממנו עתיד המעביד
5 להרוויח כספים כנגד מתן שירותי תקשורת. לא מדובר בעבירה פלילית שעשה העובד לטובתו האישית,
6 אלא בקיום שתפקידו לשווק את **המשיבה**. אציין, כי ב"כ המשיבה אף טען שהמבקש התקשר בהסכם
7 חדש עם המשיבה בעקבות המסרון. טיעון כזה מעלה את התמיהה על הטענה שמטרת המסרון לא
8 היתה טובת המעביד. על כן, אני דוחה את טענת המשיבה לפיה העובד פעל ללא הרשאה בניגוד לחוק
9 השליחות ותוך חריגה ברורה מסמכות.

10
11 57. המשיבה טענה, בהפנותה להסכמים למתן שירות רדיו טלפון נייד מתאריכים 8.11.10 ו-
12 5.6.17 (נספחים ג' ו-ד' לתגובת המשיבה לבקשת האישור בהתאמה), שקיבלה את הסכמתו של
13 המבקש לקבל ממנה דברי פרסומת. איני מקבל טענה זו, גם מבלי לדון בטענותיו של המבקש שלא
14 הסכים לכך, ובלי לדון בסתירה האפשרית בין טענת המשיבה שהמבקש רצה בקבלת מידע שיווקי,
15 לבין טענתה שמשלוח מידע שיווקי למבקש היה הפרה של נהליה. בסעיף 3 לנספח שצורף להסכמים
16 עליהם חתם המבקש צוין כי "**הלקוח מעוניין בקבלת מידע שיווקי הכולל הצעות ופרסומות שיווקיות**
17 **ואו מסחריות שונות מפלאפון...**" (ההדגשה שלי- מ' ר'), ואולם גם על פי נוסח הסעיף עצמו מדובר
18 לכל היותר על התקופה בה המבקש הוא "לקוח" של המשיבה, ולא בתקופה שבה הוא אינו לקוח של
19 המשיבה, כפי שקרה.

20
21 58. חיזוק לכך ניתן למצוא בעובדה, שבכל פעם, לאחר שהמבקש הפסיק את התקשרותו עם
22 המשיבה ורצה לחזור אליה שוב, נדרש לחתום מחדש על הסכם למתן שירותים ועל הסכמה לקבלת
23 מידע שיווקי. אם היתה חלה ההסכמה הקודמת, לא היה צורך בהסכמה חדשה. הדבר מצביע על כך
24 שהסכמת הלקוח לקבלת מידע שיווקי תקפה רק בתקופה שבה הוא לקוח, דהיינו בתקופת ההסכם.

25
26 59. בהקשר זה טען ב"כ המשיבה, בדיון שנערך ביום 1.10.17, כי המבקש מעולם לא ביטל את
27 ההסכמה שנתן בשנת 2010. ב"כ המשיבה הפנה להצעת חוק, לפיה עזיבת לקוח את החברה מהווה
28 הודעה שהוא מבקש להסיר את עצמו מרשימת תפוצה למשלוח מסרים שיווקיים, כשלבדבריו הצעת
29 החוק "**מראה שהמחוקק גם סבור שזה שאדם עוזב חברה אין כדי לבטל את הסכמתו לקבל מסרים**
30 **שיווקיים**" (עמ' 3 לפרוטוקול, שורות 1-2). על בית המשפט לדון רק לפי הדין הקיים, ולא לפי הצעת
31 חוק כזו או אחרת שעוד לא אושרה, ולא ברור שתתקבל. הצעת החוק אינה מלמדת על כך שהמחוקק
32 סבור שהמצב הקיים הוא שכשאדם עוזב חברה אין בכך כדי לבטל את הסכמתו לקבל מסרים
33 שיווקיים, אלא מראה שמוצע למחוקק להבהיר שאלה זו, כך שחברות לא יטענו שמי שהפסיק את
34 התקשרותו עמם מחוייב עדיין בהסכמות שהסכים להן בתקופת התקשרותו. במקרה שלפני, המבקש



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 17-03-3504 בן דוד נ' פלאפון תקשורת בע"מ

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

- 1 הסכים לכל היותר לקבלת מידע שיווקי בתקופת היותו לקוח, כפי שנאמר באותו סעיף. לא נאמר
2 בסעיף, וממילא הוא לא הסכים, לקבלת מידע שיווקי החל מהיותו לקוח, לאחר היותו לקוח, כאשר
3 יחזור להיות אדם רגיל, ועד אריכות ימיו.
4
5 60. המסקנה מכל האמור היא, שהמבקש לא נתן הסכמתו מראש ובכתב לכך שישלחו אליו דברי
6 פרסומת מטעם המשיבה, כך שזו הפרה של סעיף 30א(ב) לחוק התקשורת.
7
8 61. המשיבה הוסיפה וטענה, שיש לדחות את טענת המבקש בדבר הפרת סעיף 30א לחוק
9 התקשורת לאור הוראת סעיף 30א(1) לחוק התקשורת שזו לשונו: **"שוגר דבר פרסומת ביוזעין**
10 **בניגוד להוראות סעיף זה, רשאית בית המשפט לפסוק בשל הפרה זו פיצויים שאינם תלויים בנזק**
11 **(בסעיף זה - פיצויים לדוגמה), בסכום שלא יעלה על 1,000 שקלים חדשים בשל כל דבר פרסומת**
12 **שקיבל הנמען בניגוד להוראות סעיף זה"** (הדגשה שלי- מ' ר'). לטענתה, לא הוכח שעשתה זאת
13 ביוזעין. מלבד העובדה שהמשיבה נמנעה מלהביא לעדות את משגר דבר הפרסומת, המשיבה מתעלמת
14 מהאמור בסעיף 30א(1) לחוק התקשורת, הקובע כי **"חזקה על מפרסם ששיגר דבר פרסומת בניגוד**
15 **להוראות סעיף זה, שעשה כך ביוזעין כאמור בפסקה (1), אלא אם כן הוכיח אחרת"**. המשיבה לא
16 הוכיחה אחרת. משלא ניתנה למשיבה הסכמה מפורשת מראש על ידי המבקש לשיגור המסרון, היא
17 מוחזקת כמי שהפרה את החוק ב"יוזעין".
18
19 62. הנה כי כן, המבקש הוכיח, במידה הראויה לשלב זה, שהמשיבה הפרה את הוראות חוק
20 התקשורת.
21
22 63. על מנת שלמבקש תקום עילת תביעה אישית עליו להוכיח גם קיומו של נזק שהסבה ההפרה.
23 בשלב הדיון בבקשה לאישור התובענה כייצוגית, די בכך שהמבקש יוכיח כי לכאורה נגרם לו נזק (סעיף
24 4(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות; ע"א 8037/06 ברזילי נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ [פורסם בבנו]
25 (4.9.14) (להלן: עניין ברזילי)). מנוסח סעיף 7(א)(1) להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005
26 (ה"ח 93 תשס"ה, בעמ' 232), עולה כי הכוונה הייתה שבשלב אישור התובענה לא יידרש המבקש
27 להוכיח אלא את נזקו הוא.
28
29 64. המבקש טען, שלפי סעיף 30א(1) לחוק התקשורת, לבית המשפט נתונה סמכות לקבוע פיצוי
30 ללא הוכחת נזק בסכום מקסימלי של 1,000 ₪ עבור כל דבר פרסומת. אלא שהפיצוי ללא הוכחת נזק
31 לפי סעיף 30א(1) לחוק התקשורת, המעודד הגשת תביעות אישיות, אינו הפיצוי המתאים במקרה של
32 תובענה ייצוגיות. במסגרת תובענה ייצוגית לא ייפסק סעד של פיצויים בלא הוכחת נזק, אך עם זאת
33 אין מניעה מכימות נזק שאינו נזק ממון במסגרת תובענה ייצוגית (ת"צ (מרכז) 09-05-14543 לוי נ'
34 קסטל הפצת כרטיסים [פורסם בבנו] (20.6.10)).



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 17-03-3504 בן דוד נ' פלאפון תקשורת בע"מ

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

- 1
2 65. לענייננו יש להידרש לסעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות, לפיו מוסמך בית המשפט לפסוק
3 לטובת מקבלי הפרסומות בניגוד לסעיף 30א לחוק התקשורת, פיצוי בגין נזק שאינו ממוני. השיקולים
4 בבסיס קביעת גובה הפיצוי בגין נזק לא ממוני אינם השיקולים המפורטים בסעיף 30א(י) לחוק
5 התקשורת, אך הם נגזרים מתכליתו ומטרתו של חוק תובענות ייצוגיות, שכן פיצוי לא ממוני יכול
6 לשמש בסיס לתביעה ייצוגית (ראו עניין ברזילי). אין צורך בשלב זה לקבוע כיצד יקבע הפיצוי, וכיצד
7 יבחין בין סוגים שונים של תובעים, במידה שיש צורך להגדיר פיצול כזה.
- 8
9 66. כפי שקבע השופט ח' מלצר, "לצרכי פרשנות המושג "עילה" שבסעיף 10(א) לחוק, יש מקום
10 להבחין בין ראש-הנזק של "פגיעה באוטונומיה", לבין "הנזק התוצאתי" שנגרם בשל הפגיעה
11 באוטונומיה, המתבטא בעוגמת נפש ובתחושות שליליות" (עניין ברזילי, בפסקה 52). הפגיעה במקרה
12 דן היא בגין עצם הפעולה שננקטה, קרי שליחת דבר פרסומת לטלפון הנייד של המבקש מבלי לקבל
13 את הסכמתו, שהיא חדירה למרחב הפרטי שלו, ולא יכול להיות ספק שמדובר בפגיעה באוטונומיה,
14 כך שראש הנזק התקיים. כפי שציינה השופטת חיות (כתוארה אז) בעניין MEGA: "יש לדחות, אפוא,
15 את טענת המבקשים כי הנזק שנגרם למי ששוגרו אליהם דברי פרסומת בלא הסכמתם הוא בבחינת
16 "זוטי דברים", משום שטענה זו מתעלמת מהטרדה, הפגיעה בפרטיות ואי הנוחות שהם מנת חלקם
17 של מי שמשוגרים אליהם דברי פרסומת בניגוד לרצונם (וראו לעניין זה עניין גלסברג, בפסקה ח')
18 וכמו כן מן המגמה הברורה בחקיקה ובפסיקה לראות בשיגור דברי פרסומת כאמור תופעה מטרידה
19 ומזיקה שאותה יש למגר" (ההדגשה שלי- מ' ר').
- 20
21 67. המבקש הצהיר כי הוא מעולם לא ביקש לקבל הודעות מהמשיבה ולכן התנהלות המשיבה
22 הכעיסה אותו מאוד. די בכך כדי להיות ראשית הנזק הדרוש לצורך הכרה בפיצוי על ראש נזק זה,
23 בשלב זה, ואין צורך לכמתו בשלב זה. אף אם תוכיח המשיבה, כפי שטענה, כי המבקש התקשר עמה
24 בהסכם חדש בשל קבלת המסרון, כך שהמסרון השיג את מטרתו מבחינת המשיבה, אין בכך כדי לאיין
25 את הנזק שנגרם בשל כך שהמשיבה בחברה בדרך פסולה כדי להביא את המבקש לחתום על הסכם
26 חדש.
- 27
28 68. עילות התביעה האחרות הנטענות בבקשת האישור, נטענו בכלליות ולא הוכחו על ידי המבקש.
29 על כן, אני קובע אפוא שהוכח, במידה הראויה לשלב זה, כי למבקש קיימת עילת תביעה אישית נגד
30 המשיבה בגין הפרת סעיף 30א לחוק התקשורת. ואעבור כעת לבחינת התנאים המנויים בסעיף 8(א)
31 לחוק תובענות ייצוגיות.
- 32
33 שאלות מהותיות המשותפות לכלל חברי הקבוצה ויש אפשרות סבירה שיוכרעו לטובתה
34



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 17-03-3504 בן דוד נ' פלאפון תקשורת בע"מ

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

- 1 סעיף 8(א)(1) של חוק תובענות ייצוגיות דורש כי התובענה, שהמבקש עותר לאשרה כתובענה
2 ייצוגית, תעורר שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה. נוסחו של סעיף
3 זה אינו דורש כי משקלן של השאלות המשותפות לחברי הקבוצה יהיה גבוה ממשקלן של השאלות
4 האינדיבידואליות, אלא די בכך שקיימות שאלות משותפות כלשהן (רע"א 2128/09 הפניקס חברה
5 לביטוח בע"מ נ' עמוסי [פורסם בנבו] (5.7.12)).
- 6
- 7 70. בקשת האישור מעוררת שאלה של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה והיא: האם
8 המשיבה שלחה לטלפונים הניידים של חברי הקבוצה דברי פרסומת תוך הפרה של סעיף 30 לחוק
9 התקשורת.
- 10
- 11 71. אשר לקיומה של הקבוצה, לטענת המשיבה, מקום בו הקבוצה שבשמה הוגשה בקשת האישור
12 מונה כמה עשרות בודדים, כדוגמת המצב בענייננו, אין מקום לנהל תובענה ייצוגית ועליהם להגיש
13 תובענה אזרחית נפרדת (סעיף 66 לתגובת המשיבה לבקשת האישור). המשיבה מסתמכת בעניין זה על
14 האמור בתצהירו של מר סיגל, לפיו "לדברי העובד, ההודעות נשלחו לרוב ללקוחות שלא הצליח
15 להשיג...בסך הכל שלח העובד במהלך תקופה זו כ-40-30 הודעות בלבד" (סעיפים 16-17 לתצהירו).
16 דברים אלו אינם מידיעתו האישית של מר סיגל, ודנתי קודם לכן בטענה זו. המשיבה לא הוכיחה
17 שגודלה המזערי של הקבוצה שולל את ניהול התובענה כייצוגית (פרק ד לתגובתה). אומנם, בדרך כלל
18 נטל ההוכחה להראות כי קיימת קבוצת אנשים שנפגעה מהתנהגות המשיבה מוטלת על המבקש, אך
19 במקרה זה, שבו נמנעה המשיבה מלהביא לעדות את העד היכול להעיד מידיעתו האישית, ולא טענה
20 שבדקה כלל אם עובדים אחרים שלחו מסורנים כאלה, המסקנות הן לחובת המשיבה. זאת, מלבד
21 העובדה שככל שהמשיבה טוענת שמדובר ב"טעות נקודתית" נטל הבאת הראיה עובר לכתפיה - "ככלל
22 מצוי התובע הייצוגי בעמדת נחיתות מובנית, ובפרט כאשר עליו להוכיח קיומה של קבוצה. הדבר
23 עלול לעורר קשיים, שעיקרם החשש כי עוסקים ייטו לטעון שמדובר ב"טעות נקודתית", ובכך לא
24 יאושרו בקשות ראיות. לנוכח קושי זה, יש לתור אחר פתרון שיאפשר להתגבר על פערי מידע
25 אלה.... לטעמי, ככל שנתבע ייצוגי טוען את טענת "הטעות הנקודתית", יש לראות בכך מעין "הדבר
26 מדבר בעדו", ולהעביר את הנטל להוכחתה של טענת ה"טעות הנקודתית" לכתפי הנתבע.."
27 (פסקאות ע"ט ו-פ"ג ו לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין בפרשת עו"ד צמח).
- 28
- 29 72. השופט רובינשטיין הבהיר בפרשת עו"ד צמח, כי נטל הבאת הראיה הוא שעובר לכתפי
30 הנתבעת הייצוגי, אך לא נטל השכנוע. בהמשך קבע (בפסקה פ"ה): "נטל השכנוע להוכיח קיומה של
31 קבוצה באופן לכאורי מוטל עדיין על התובע, בהתאם לדרישת חוק תובענות ייצוגיות ואולם כאשר
32 הנתבע טוען ל"טעות נקודתית", וניכרים פערי המידע כבענייננו, מוצדק להעביר אל כתפי הנתבע
33 את נטל הבאת הראיה. מלבד אי הבאת ראיות מתאימות מטעם המשיבה, הוסיפה המשיבה, שמאחר



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 17-03-3504 בן דוד נ' פלאפון תקשורת בע"מ

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

1 שלא התקבלו אצלה תלונות נוספות כלשהן בעניין זה או דומה לו, זו לכל היותר טענה פרטנית, שאינה
2 מתאימה להליך ייצוגי. אין ממש בטענה זו, שכן אפשר שלא כל הנמענים מודעים לזכויותיהם, ואפשר
3 שנמענים המודעים לזכויותיהם בוחרים שלא להוציא את זמנם על התמודדות עם הודעות ספאם, ולא
4 ניתן לשלול אפשרות שגם בהמשך תתקבלנה אצל המשיבה תלונות כגון זו של המבקש.

5
6 73. עוד אציין, כי השאלה מיהם חברי הקבוצה שטוענת כי נעשתה כלפיה עוולה אינה צריכה
7 להיות מוכרעת באופן סופי בשלב בקשת האישור. אף אם לא ניתן לזהות את חברי הקבוצה, ניתן
8 לפעול על פי האמור בסעיף 20(ג)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע: **"מצא בית המשפט כי פיצוי**
9 **כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי בנסיבות העניין, בין משום שלא ניתן לזהותם**
10 **ולבצע את התשלום בעלות סבירה ובין מסיבה אחרת, רשאי הוא להורות על מתן כל סעד אחר לטובת**
11 **הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, כפי שימצא לנכון בנסיבות העניין"**.

12
13 74. על פי כל האמור לעיל, המבקש עמד בנטל השכנוע להוכיח קיומה של הקבוצה שהוא טוען לה,
14 ובאשר לאפשרות סבירה לכך שהשאלות המשותפות יוכרעו לטובת הקבוצה, כפי שראינו, כל שנדרש
15 בשלב האישור הוא ראיות לכאורה לקיומה של עילה, כפי שמתקיים בענייננו. לכן, הבקשה עומדת
16 בדרישות אלה של החוק לאישורה.

תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת

17
18
19 75. בהתאם לסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, יש לבחון האם התובענה הייצוגית היא הדרך
20 היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין. יש לענות על שאלה זו בחיוב. הפיצוי הכספי
21 שניתן בתובענה הייצוגית נועד, בין השאר, למנוע התעשרות בלתי מוצדקת של גופים כלכליים גדולים
22 על חשבון היחידים. **"יש לזכור כי כלי התובענה הייצוגית נועד בראש ובראשונה לאותם מקרים בהם**
23 **הנזק שנגרם לפרט אינו מצדיק מבחינה כלכלית פניה לביהמ"ש בהליך אינדיבידואלי לשם קבלת**
24 **סעד... במצב דברים זה, משקלו של אינטרס הפרט בפיצוי על נזקו, עשוי להיות נמוך בהשוואה**
25 **למשקלו במקרה זה של תביעות אינדיבידואליות. מרכז הכובד הוא באינטרס הציבורי החותר להרתיע**
26 **גופים כלכליים מפני הפרת החוק והמבקש לקדם אכיפתם של נורמות התנהגות ראויות"** (רע"א
27 8332/96 שמש נ' רייכרט, פ"ד נ"ה(5) 276 (2001) בפסקה 9. ההדגשה שלי- מ' ר'; וכן ע"א 8430/99
28 אנליסט נ' ערד השקעות, פ"ד נו(2) 247, 256).

29
30
31 76. במקרה דנן, המבקש העריך את נזקו הלא ממוני בסך של 200 ₪ ונראה כי מדובר בסכום נמוך,
32 שאלמלא מכשיר התובענה הייצוגית חברי הקבוצה לא היו טורחים לתבוע את תשלומו.
33



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 17-03-3504 בן דוד נ' פלאפון תקשורת בע"מ

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

77. כפי שנטען על ידי המשיבה, בחלק הארי של התובענות הייצוגיות, מדובר במספר רב של חברים בקבוצה אשר לגביה נתבקש אישור הגשת תובענה ייצוגית. המחוקק לא ראה לנכון לקבוע מספר מינימום של חברי קבוצה, וגם הפסיקה לא קבעה זאת. גודל הקבוצה הוא שיקול שיש להביאו בחשבון בשאלה אם תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין, אך על פי הראיות בפני, והראיות שנמנעו מהצגתן, אין מדובר ב- 30-40 נמענים, וממילא על כך שחברי הקבוצה מעטים באופן שיש להפנותם לתביעות אישיות. תביעה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת.

8
9 **ייצוג הולם ותום לב**

10
11 78. אשר לתנאים שבסעיפם קטנים (3) ו- (4) לסעיף 8(א) לחוק, אני קובע, כי המבקש ובא כוח
12 עומדים בתנאים אלו. ייצוגו של המבקש עד עתה מעיד על כך שהוא מיוצג בדרך הולמת, ולא נפגמה
13 ההנחה, שעניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב.

14
15 79. המשיבה טענה כי "ריצתו" של המבקש לבית המשפט בהגשת בקשה זו, חלף פנייתו למשיבה
16 ובירור הנסיבות שהובילו למשלוח המסרון למכשיר הטלפון הנייד שלו, מעידה כאלף עדים על המניע
17 בהגשת בקשה זו ועל חוסר תום ליבו של המבקש (סעיף 241 לתגובתה לבקשת האישור). אני דוחה
18 טענה זו. פניה מוקדמת בטרם הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית היא דבר רצוי וראוי, אבל אינה
19 תנאי הכרחי להגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית אזרחית (חובה כללית להקדים פניה טרם הגשת
20 בקשת לאישור תובענה כייצוגית קיימת רק כשמדובר ברשות מנהלית, ראו: עע"מ 2978/13 מי הגליל-
21 **תאגיד והביוב האזורי בע"מ נ' יונס** [פורסם בנבו] (23.7.15)). כפי שצינתי בהחלטות בבקשות אישור
22 קודמות שעמדו בפניי, לעיתים פנייה מוקדמת לנתבע יכולה להביא לתיקון ההפרה או לבחון אם בכלל
23 ישנה הפרה, אך ניתן ללמוד מתגובת המשיבה לבקשת האישור, שפניה מוקדמת לא הייתה מייתרת
24 את ההליך, שכן המשיבה עמדה על כך שלא הפרה כל הוראה בדין. לפיכך, אני דוחה את טענת המשיבה
25 כאילו בהיעדר הפנייה המוקדמת יש הפרת חובת תום הלב של התובע המייצג.

26
27



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 17-03-3504 בן דוד נ' פלאפון תקשורת בע"מ

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

סוף דבר

80. לאור כל האמור לעיל, דין בקשת האישור להתקבל. המבקש הוכיח כי נתקיימו התנאים הדרושים לאישורה של התובענה כייצוגית. לפיכך, ועל-פי דרישת סעיף 14(א) לחוק תובענות ייצוגיות, הריני מורה כדלהלן:

א. הקבוצה בשמה תנוהל התובענה הייצוגית היא "כל הנמענים אשר קיבלו מהמשיבה מסרונים לטלפונים הניידים, מבלי שניתנה הסכמתם מראש ובכתב תוך הפרה של הוראות סעיף 30א לחוק התקשורת".

ב. זהות התובע המייצג ובא-כוחו הם כמפורט בכותרת להחלטה זו.

ג. עילת התובענה היא הפרת סעיף 30א לחוק התקשורת.

ד. השאלה המשותפת לחברי הקבוצה היא: האם המשיבה הפרה את הוראות סעיף 30א לחוק התקשורת, בכך ששלחה דברי פרסומת אסורים באמצעות שיגור הודעות טקסט לקבוצת הנמענים.

ה. הסעד הנתבע הוא: פיצוי בגין נזק לא ממוני בגין כל דבר פרסומת אסור שנשלח לחברי הקבוצה.

ו. ב"כ המבקש יפרסם הודעה על אישור התובענה הייצוגית, כאמור בסעיף 25 לחוק תובענות ייצוגיות, בשני עיתונים יומיים מבין העיתונים ידיעות אחרונות, הארץ וישראל היום, ביום שישי, וכן באחד משני העיתונים גלובס וכלכליסט, לפי נוסח שיאושר על ידי לאחר שב"כ המבקש יציע נוסח כאמור עד יום 1.12.17. ב"כ המבקש יברר את עלות הפירסום, והמשיבה תישא בעלות הפירסום, בתוך 7 ימים מדרישת ב"כ המבקש להעביר אליו את עלות הפירסום.

81. בהתאם להוראות תקנה 5, אני קובע מעקב לבדיקת הגשת כתב הגנה ביום 24.1.18.

ניתנה היום, י"ח כסלו תשע"ח, 06 דצמבר 2017, בהעדר הצדדים.

מנחם רניאל, שופט