

בבית המשפט המחוזי בחיפה

המבקשים:

1. עמית זילברג, עו"ד, ת.ז. 035697580
 2. ליאת קטלינה וינברגר ת.ז. 200060283
 3. לאה זילברג ת.ז. 51819282
- ע"י ב"כ עוה"ד נפתלי גרוס
מרחי היסמין 5 בכפר סבא
טל: 09-7414020; פקס: 09-7445396

נגד

המשיבים:

1. אור הקסם בע"מ
דרך חיפה 27, קרית אתא 28226
טל': 03-6335200 פקס': 03-6967957
שתיקרא להלן: "אור הקסם" או "המשיבה";
2. ליסר גדי ת.ז. 039553094
קק"ל 85/16 קרית ביאליק
להלן: "המשיב"

מהות הבקשה : בקשה לדון בתביעה כספית כתביעה ייצוגית, בהתאם לקבוע בסעיפים 3,4,5,8 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו – 2006 וכן בסעיף 12 לתוספת השנייה לחוק.

סכום התובענה :

בקשה להכרה בתובענה כייצוגית

בית המשפט הנכבד מתבקש להכיר בתביעה המצורפת לבקשה זו כתביעה ייצוגית בהתאם לקבוע בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן, "חוק תובענות ייצוגיות").

מבוא

1. התובענה נשוא בקשה זו עוסקת, בקליפת אגוז, בשיגור דברי פרסומת האסורים על פי הוראות **חוק התקשורת(בזק ושידורים), התשמ"ב-1982** (להלן – "**חוק התקשורת**"), הידועים בשם "**הודעות זבל**" (spam) וזאת באמצעות מערכת חיוג אוטומטי המעבירה מסר קולי מוקלט למספר רב של נמענים.
2. תיקון מס' 40 לחוק התקשורת נועד לחסום, או, למצער, לצמצם למינימום את המטרד ואת החדירה לפרטיות שיש במשלוח של פרסומות באמצעי התקשורת השונים. המחוקק הישראלי אימץ את מודל opt in, המקובל באיחוד האירופי, ולפיו חל איסור על משלוח הודעות פרסומת בשיווק ישיר, אלא אם כן התקבלה, מראש, הסכמה מפורשת של הנמען.
3. כפי שנראה להלן, המשיבה פועלת בניגוד גמור ותוך התעלמות מהוראות חוק התקשורת ושולחת, באמצעות אמצעי התקשורת השונים, הודעות מוקלטות שהן בגדר "דבר פרסומת" שאין לשגרן באמצעות מערכת חיוג אוטומטי מבלי לקבל את הסכמתו המפורשת, מראש, של הנמען. לא רק זאת, ההודעות שמשגרת המשיבה אף אינן עומדות בדרישות חוק התקשורת, אף אם ניתנה הסכמה מפורשת של הנמען לקבלן.
4. המחוקק ראה חשיבות רבה באכיפתו של האיסור לשגר דברי פרסומת מטרידים, ולפיכך שילב במסגרת תיקון 40 לחוק התקשורת, תיקון עקיף לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן "חוק תובענות ייצוגיות") במסגרתו הוסף פרט 12 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, פרט המאפשר ניהולה של תובענה ייצוגית כנגד מפרסם העובר על הוראות תיקון 40 לחוק התקשורת.
5. במסגרת תובענה זו יתבקש בית המשפט כדלקמן:
 - א. ליתן צו המורה למשיבים לחדול מיידית מהפרת הוראות חוק התקשורת.
 - ב. לאשר את ניהול התובענה כתובענה ייצוגית.
 - ג. להורות למשיבים להציג את הנתונים לגבי כמות ההודעות המוקלטות והודעות טקסט (sms), כפי שיתואר להלן, שנשלחו על ידה או על ידי מי מטעמה ובין היתר, את ההסכמים שחתמה עם חברות תקשורת/טלפוניה לשם ביצוע השיגור של הודעות הפרסומת באמצעות מערכות תקשורת אוטומטיות.
 - ד. לקבוע את גודל הקבוצה המיוצגת ולהורות למשיבים לפצות אותה בהתאם להוראות חוק התקשורת.
6. יש להדגיש כבר עתה כי בתיקון 40 לחוק התקשורת נקבע פיצוי סטטוטורי, בסך של 1,000 ₪, ללא הוכחת נזק בגין כל דבר פרסומת אסור. בצד הפיצוי הסטטוטורי נקבע כי הפרת ההוראות המפורטות בתיקון 40 היא בגדר עוולה אזרחית ובית המשפט מוסמך לפסוק בגינה פיצוי בגין נזק לא ממוני.

הצדדים לתובענה

7. מבקש 1 הינו אדם מן היישוב, עו"ד בהשכלתו, אשר בבעלותו קו טלפון שמספרו 073-7261111. כפי שיפורט להלן, המבקש קיבל לקו הטלפון שברשותו, מספר פעמים, דבר פרסומת אסור מטעם המשיבים.
8. מבקשת 2 הנה תושבת ישראל המתגוררת בישוב אלפי מנשה וברשותה קו סלולארי שמספרו 054-4242189. כפי שיפורט להלן, מבקשת 2 קיבלה לקו זה דבר פרסומת אסור מטעם המשיבים.
9. מבקשת 3 הנה תושבת אלפי מנשה וברשותה קו סלולארי מס' 052-3567346. מבקשת 3 היא אימו של מבקש 1. כפי שיפורט להלן, מבקשת 3 קיבלה לקו הסלולארי שברשותה הודעת טקסט (sms), מטעם המשיבים, המהווה דבר פרסומת אסור.
10. המשיבה הנה חברה פרטית בע"מ, הרשומה כדין אצל רשם החברות (מס' תאגיד 514291681) מיום 5.7.2009. המשיבה מוכרת לציבור את המוצר "איזי לייף" (EasyLife) שהיא, כפי שהוצג באתר האינטרנט שהקימה, "שיטה לירידה במשקל ואימוץ אורח חיים בריא" וכן מוצר בשם "ריטלקס" (Retalex) שהוא, לטענתה, תחליף "טבעי" לתרופה "ריטלין". המשיבה הקימה, מחזיקה ומתפעלת את אתר במתחם האינטרנט בכתובת e-life.co.il באמצעותו היא מוכרת לציבור את המוצר EasyLife. כמו כן, המשיבה הקימה ומתפעלת את אתרי האינטרנט שבמתחמי האינטרנט www.090.co.il ו www.retalex.co.il באמצעותם היא מוכרת לציבור את המוצר Retalex.
- 1 נספח** - מצ"ב מידע על פרטי המשיבה מתוך מאגר רשם החברות -
- 2 נספח** - מצ"ב פרטים על שם מתחם e-life.co.il מתוך רישומי איגוד האינטרנט הישראלי -
- 3 נספח** - מצ"ב צילום דפים ממתחם e-life.co.il -
- 4 נספח** - מצ"ב פרטים על שם מתחם 090.co.il מתוך רישומי איגוד האינטרנט הישראלי -
- 5 נספח** - מצ"ב צילום דפים ממתחם www.090.co.il -
- 6 נספח** - מצ"ב פרטים על שם מתחם www.retalex.co.il מתוך רישומי איגוד האינטרנט הישראלי -
- 7 נספח** - מצ"ב צילום דפים ממתחם www.retalex.co.il -
11. המשיב הינו הדירקטור ובעל המניות היחיד של המשיבה, כפי שמופיע ברישומי רשם החברות (ראה נספח 1).
12. כפי שיתואר להלן, המשיבים פועלים למכירת המוצרים EasyLife ו Retalex על ידי שיגור דברי פרסומת מוקלטים, באמצעות מערכת חיוג אוטומטית המתקשרת לנמענים רבים ומציעה להם לרכוש את המוצרים ואף לקבל הנחה ברכישתם. כמו כן משגרים המשיבים הודעות SMS הקוראות לנמען ליצור קשר עם המשיבה 1 לשם רכישת מוצר Retalex שהיא משווקת.

רקע כללי

13. ההתפתחות הטכנולוגית המואצת יצרה דרכי תקשורת שונים, כמו מכשירי הפקסימיליה, הדואר האלקטרוני והטלפון הקווי והסלולארי, וכן מערכות חיוג אוטומטיות המאפשרות הפצת פרסומות בתפוצה רחבה ובלחיצת כפתור. בעידן האינטרנט והמחשוב, נוצרו מאגרי מידע רבים הכוללים פרטים של נמענים/לקוחות פוטנציאליים מבין תושבי המדינה, לרבות מספרי הטלפון שלהם.
14. השילוב בין האמצעים הטכנולוגיים המגוונים למאגרי המידע הנפוצים יצרו מצב שבו מפרסמים, המנסים למכור את מרכולתם, משגרים דברי פרסומת באמצעים אלו לנמענים אשר לא נתנו לכך את אישורם.
פרסומים אלה ידועים בשם "ספאם".
15. **חשוב להדגיש**, דברי פרסומת (ספאם) הנשלחים באמצעות הטלפון, אינם נשלחים לאדם בודד, אלא נשלחים באלפיהם. רשימות התפוצה של החברות המפרסמות באמצעים אלו נעות מ-10,000 נמענים ועד למאות אלפים נמענים.
16. מדינות רבות בעולם נלחמות בתופעה באמצעות חקיקה ואכיפה. במדינות רבות מסירת הודעות ספאם מהווה עבירה פלילית.
17. 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 ההתקשרות 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.
18. בישראל התופעה נאסרה בסעיף 30א' לחוק התקשורת, אשר הוסף בתיקון מס' 40 לחוק התקשורת מיום 27.5.08 (להלן – **"תיקון 40"**), 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".

תיקון 40 מטיל על המפרסם בניגוד לקבוע בו, 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.

19. מפרסמים שונים עושים שימוש במערכות חיוג אוטומטיות המתוכננות לחייג למאגרים גדולים של מספרי טלפון, נייחים וסלולאריים, ולהשמיע להם הודעה מוקלטת המציעה להם לרכוש מוצר מסויים או לקבל הנחה ברכישת מוצר כזה או אחר.

20. אותם מפרסמים, אשר יודעים כי הפרסום בשיטה זו הוא פרסום אסור ומנוגד להוראות תיקון 40 לחוק התקשורת, פועלים בשיטות שונות על מנת שהלקוח הפוטנציאלי, המקבל את שיחת הטלפון ממערכת החיוג האוטומטית, לא יזהה את המוצר ואת המפרסם. הם מחייגים ממספרים בלתי מזוהים ואינם מציינים בהודעה המוקלטת את שם המוצר או המפרסם. ההודעה אמורה ליצור "גירוי" אצל השומע אשר מתבקש להשאיר את מספר הטלפון שלו לשם קבלת פרטים נוספים.

21. יתרה מכך, המערכת אינה מאפשרת להגיע לנציג אנושי כדי לקבל פרטים, אלא דורשת השארת מספר טלפון נוסף על מנת שנציג יחזור אל הנמען, וזאת תוך הסתרה מכוונת של המפרסם עצמו.

22. כפי שיפורט להלן, בהתנהלות זו מוסיפים המפרסמים חטא על פשע, שכן גם במקרים בו דבר הפרסום הוא אפשרי, המפרסם חייב להודיע במפורש כי מדובר בפרסומת וחייב להזדהות בהודעה המשוגרת באמצעי התקשורת השונים.

23. כאן המקום לציין, כי על שולחנה של הכנסת הנוכחית מונחת הצעת חוק התקשורת(בזק שידורים)(תיקון מס' 47)(שיגור דבר פרסומת באמצעות מערכת חיוג אוטומטי או ממספר טלפון בלתי מזוהה), התשנ"א-2011, ה"ח הכנסת 364-כ' בשבט התשע"א, 25.1.2011) (להלן – תיקון 47) שנועדה להחמיר עם מפרסם המשגר דבר פרסומת באמצעות מערכת חיוג אוטומטי ו/או ממספר בלתי מזוהה, כך שעל מפרסם כזה יוכל להטיל בית המשפט סכום כפול כפיצוי לדוגמא, קרי, 2,000 ₪ במקום 1,000 ₪ הקבועים בחוק. בדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון 47 נכתב כדלקמן:

"תופעה נוספת בתחום זה היא שיגור דבר פרסומת, ללא הסכמת הנמען, ממספר טלפון בלתי מזוהה וללא ציון פרטי המפרסם, וכך להקשות על איתורו ועל אכיפת הוראות הסעיף לפי הוראות סעיף קטן (י) שבסעיף 30א. האמור, אם דבר הפרסומת שוגר ביוזעין בניגוד להוראות הסעיף, רשאי בית המשפט לפסוק בשל ההפרה פיצויים לדוגמא בסכום שלא יעלה על 1,000 שקלים חדשים בשל כל דבר פרסומת שקיבל הנמען. מוצע לקבוע שמפרסם שלא ציין בדבר הפרסומת את שמו, מענו והדרכים ליצירת קשר עמו, ונוסף על כך חייג לנמען ממספר טלפון שאינו מזוהה, יהיה בית המשפט רשאי להכפיל את סכום הפיצוי"

יש לציין כי הממשלה תומכת בהצעת החוק לתיקון 47 ובהחלטה מס' חק/125 של ועדת השרים לענייני חקיקה מיום 2.6.2013, אשר צורפה לפרוטוקול החלטות הממשלה וקבלה תוקף של החלטת ממשלה ביום 19.06.2013 ומספרה הוא 408(חק/125) הוחלט כי הממשלה מסכימה להחיל את דין הרציפות על הצעת החוק לתיקון 47.

כלומר, המחוקק רואה בחומרה יתרה את העובדה שמפרסמים משגרים דברי פרסומת באמצעות מערכת חיוג אוטומטי ומבלי לזהות שמדובר בפרסומת ולציין את פרטי המפרסם, ומבקש להטיל על מפרסמים כאלה סכום פיצוי לדוגמא כפול מזה הקבוע כיום בתיקון 40 לחוק התקשורת. כפי שיפורט להלן, המשיבה בתובענה זו היא מסוג המפרסמים המשגרת דברי פרסומת באמצעות מערכת חיוג אוטומטי ובאמצעות מספר טלפון שאינו מזוהה. לא רק זאת, דבר הפרסומת המשוגר על ידה אינו כולל פרטים מזהים של המפרסם.

24. להשלמת התמונה, ראוי לציין כי בתי המשפט כבר אמרו את דברם בעניין תופעת ה"ספאם" ואף אושרו תובענות ייצוגיות כנגד מפרסמים שפעלו בניגוד לתיקון 40 לחוק התקשורת.

ב ת"א 1586/09 איילת חיות נ' טלרן מסרים מיוחדים בע"מ ואח', פורסם בנבו 5.4.2011 (להלן – "פרשת חיות"), אישר בית המשפט ניהול תובענה כנגד מפרסמים שפעלו בניגוד להוראות תיקון 40 לחוק התקשורת, כתובענה ייצוגית. יצוין כי בפרשת חיות נדונו, במאוחד, שתי תובענות כנגד אותם נתבעים.

לאחר שבחן לעומק את טענות התובעים בפרשת חיות, הדומות במהותן לטענות המבקשים כאן, קבע בית המשפט כהאי לשנא:

”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” (ע' 24 להחלטה בפרשת חיות).

תאור העובדות הנוגעות לתובענה

הודעות ספאם למכירת "איזי לייף"

25. בתאריך 13.3.2013 בשעה 18:27 קיבל מבקש 1 לקו הטלפון שבעלותו שיחה ממספר בלתי מזוהה ולאחר שענה לה שמע הודעה מוקלטת, בקול אישה, בזו הלשון:

”שלום, השתתפו עכשיו בסקר קצר העוסק בירידה במשקל ותוכלו לרכוש תכנית הרזיה בהטבה מיוחדת לחברי קופות החולים הכוללת תעודת אחריות להצלחה ותמיכה אישית במשך שנה, להעברה לסקר הקישו 1 להשמעה חוזרת הקישו 9 (המשך הקלטה) באיזה קופת חולים אתה חבר בכללית הקש 1 במכבי הקש 2 במאוחדת הקש 3 בלאומית הקש 4 להשמעה חוזרת הקש 9 (המשך הקלטה), משרד הבריאות קבע כי ההשמנה הנה מגפה לאומית האם אתה סובל מבעיית השמנה ומעוניין לשמוע על הדרכים לרזות, לתשובה כן הקש 5 לתשובה לא הקש 6 להשמעה חוזרת 9 (המשך הקלטה) לקבלת פרטים על ההטבות המגיעות לחברי קופת חולים מכבי נא הקישו מספר טלפון רצוי נייד ובסיום הקישו סולמית...” (בשלב זה ניתק מבקש 1 את השיחה).

כאן המקום להבהיר כי חלק מהשיחות שהוקלטו במכשיר הטלפון הנייד של מבקש 1 ויוצגו להלן, תומללו על ידי "פרייבט אופיס" שהיא חברה העוסקת בתמלולים, תרגומים הקלטות ושירותי קול אשר חוות דעתה המקצועיות מוכרות על ידי בתי המשפט בישראל. חלק אחר של השיחות תומלל על ידי מבקש 1 וההקלטות מצורפות בדיסק לתובענה זו (נספח 11 להלן).

מצ"ב תמלול הקלטת השיחה שהתקבלה ביום 13.3.2013 בצרוף לתצהירו של מר עידן אופיר, הבעלים של "פרייבט אופיס" ודיסק של ההקלטות המצורף לתצהירו – **נספח 8**

26. במהלך החודשים נובמבר - דצמבר 2013 וינואר 2014, קיבל מבקש 1, לקו הטלפון שברשותו, צלצולים רבים ממספר חסוי (בלתי מזוהה). כאשר ענה לשיחה, שמע מבקש 1 הודעה מוקלטת, דומה מאוד לזו שצוטטה לעיל, בקול גבר, המזמינה אותו לרכוש מוצר הקשור להרזיה, מבלי שיוזכר שם המוצר או שם המפרסם. בתחילה התעלם מבקש 1 מהשיחות, אולם משהפכו השיחות להיות תכופות ומאחר שהדבר הפך להיות מטריד של ממש, החליט לחקור את מקורן.

27. כדי להתחקות אחר מקור המטרד, הקליט מבקש 1 את השיחות אשר הגיעו לקו הטלפון שלו ממספרים חסויים, ובהם השיחות נשוא תובענה זו.

28. ב- 4.12.2013 בשעה 12:36 התקבלה אצל מבקש 1 שיחה ממספר חסוי וכשענה לה שמע הודעה מוקלטת בקול גבר (בשונה מההקלטה בקול אישה שהוצגה בנספח 3) בזו הלשון:
 "שלום, אנא השתתפו בשאלון טלפוני בנושא בריאות, מודעות לדיאטה ורמת משקל ותוכלו ליהנות מהטבה ייחודית לחברי קופות החולים. למעבר לשאלון הקישו 1 להשמעה חוזרת הקישו 5"

המשך הקלטה

"לצורך הענקת הטבה אנא ציינו מהי קופת החולים בהם אתם מטופלים. מטופלי כללית אנא הקישו 1 מטופלי מכבי אנא הקישו 2 מטופלי מאוחדת אנא הקישו 3 מטופלי לאומית אנא הקישו 4 להשמעה חוזרת הקישו 9"

המשך הקלטה

"ארגון הבריאות העולמי הכריז על ההשמנה כעל מגפה עולמית האם אתם או אחד מבני משפחתכם סובלים מבעיות השמנה ומעוניינים לשמוע על דרכים אחרות לירידה במשקל לתשובה כן הקישו 5 לתשובה לא הקישו 6 להשמעה חוזרת הקישו 9"

המשך הקלטה

"לקבלת פרטים על ההטבות המגיעות לחברי קופת חולים כללית אנא הקישו מספר טלפון רצוי נייד ובסיום הקישו סולמית"

המשך הקלטה

"המספר שהוקש הוא 0502758909 לאישור הקישו 1 לתיקון המספר הקישו 2"

המשך הקלטה

"בריאותכם חשובה לנו תודה על השתתפותכם בסקר."

מצ"ב תמלול הקלטת השיחה שהתקבלה ביום 4.12.2013 בצרוף תצהירו של מר עידן אופיר –

נספח 9

29. קווי הדמיון בין ההקלטה שהוצגה בנספח 3 (בקול האישה) לבין זו שהוצגה בנספח 4 (בקול גבר) ברורים ולא ניתן לטעות ולחשוב כי אין מדובר באותו גורם משגר המנסה למכור את אותו מוצר.

30. מאחר שמבקש 1 הקיש את מספר הטלפון הנייד שלו בתהליך שמיעת ההודעה המוקלטת, חזרו אליו נציגי המשיבה באמצעות הטלפון ואמרו לו כי המוצר בו מדובר הוא EasyLife. המדובר בשיטה לירידה במשקל אותה משווקת המשיבה גם באמצעות אתרי האינטרנט שהקימה והיא מתפעלת במתחם e-life.co.il (ראה נספחים 2,3).

31. ב- 5.12.2013 יזם המבקש 1 שיחה לחברה המשווקת את המוצר "איזי לייף", לאחר שאיתר את מספר הטלפון שלה באתר האינטרנט. את השיחה שיזם ב- 5.12.2013 הקליט מבקש 1 במכשיר הטלפון הנייד שלו והתמליל שלה מצורף. בשיחה זו, בה שוחח עם נציגת החברה בשם ורד, נאמר

למבקש 1 כי החברה המוכרת את המוצר "איזי לייף" היא "אור הקסם בע"מ" הממוקמת בדרך חיפה 27 קריית אתא.

מצ"ב תמלול הקלטת השיחה שהתקיימה בין מבקש 1 לנציגת המשיבה ביום 5.12.2013 בצרוף

תצהירו של מר עידן אופיר – **נספח 10**

32. מבקש 1 קיבל שיחות מוקלטות נוספות, זהות לזו שהתקבלה אצלו ב- 4.12.2013, ממספר חסוי גם בתאריכים 9.12.2013, 17.12.2013, 23.12.2013, 5.1.2014, 10.1.2014, 12.1.2014.

מצ"ב דיסק ובו השיחות המוקלטות שקיבל מבקש 1 לקו הטלפון שברשותו - **נספח 11**

33. כדי לוודא את הקשר שבין ההודעה המוקלטת המתקבלת אצלו לבין המשיבה, יזם מבקש 1 שיחת טלפון למשרדי המשיבה ב- 25.12.2013. להלן מהלך השיחה שהוקלטה על ידי מבקש 1:

" עמית: **בוקר טוב**

משיבה: **בוקר טוב**

עמית: **הגעתי לאיזי לייף ?**

משיבה: **נכון**

עמית: **עם מי אני מדבר ?**

משיבה: **עם סינדי**

עמית: **הי סינדי דיברתי איתך אתמול, לדעתך,**

סינדי: **אוקי**

עמית: **שאלתי אותך לגבי הדבר הזה, אני יודע, רציתי לוודא שזה זה באמת, מתקשרים אלי**

ואומרים לי שמגיע לי הטבה

סינדי: **מגיע לך הטבה, איזה קופת חולים אתה ?**

עמית: **מכבי, יש לי שאלה אני רק רוצה לוודא שזה אתם כדי ...**

סינדי: **כן כן זה אנחנו נשמה זה אנחנו...**

עמית: **רגע אני יכול להשמיע לך ולוודא שאין לי כפל מבצעים פשוט ?**

סינדי: **כן..**

עמית: **(משמיע את ההקלטה)... זה אתם ?**

סינדי: **כן כן אוקי**

עמית: **זה אתם ?**

סינדי: **נכון**

עמית: **אז אתם איזי לייף ?**

סינדי: **איזי לייף, כן.**

עמית: **ואיזי לייף איזה חברה זאת?**

סינדי: **מה זאת אומרת, אנחנו גוף חיצוני**

עמית: **מה זאת אומרת ?**

סינדי: **גוף פרטי אנחנו**

עמית: **גוף פרטי שעובד עם קופת חולים ?**

סינדי: **אנחנו לא עובדים ישירות עם קופות החולים אנחנו מקנים להם הנחה.**

”...

מצ"ב תמלול הקלטת השיחה שהתקיימה בין מבקש 1 לנציגת המשיבה ביום 25.12.2013 בצרוף תצהירו של מר עידן אופיר – **נספח 12**

34. ב- 26.12.2013 (שעה 12:42) קיבל מבקש 1 שיחה ובה חזרה אליו נציגת המשיבה (שושי) לאחר שהשאיר את מספר הטלפון שלו באחת הפעמים שקיבל הודעה מוקלטת. כשביקש המבקש לדעת כיצד הגיעה למספר הטלפון שלו, ענתה לו שושי כדלקמן:
**”שושי: היה סקר בריאות, השארת את הטלפון וחזרתי אליך.
 דובר: ההקלטה הטלפונית שמתקשרת ?
 שושי: כן, זה לא אנחנו, זה סקר בריאות, אבל מי שמשאיר את הטלפון אנחנו חוזרים אליו.
 דובר: ומי עורך את הסקר ?
 שושי: חברת מיחשוב
 דובר: מה זאת אומרת ? אה, חברה שנקראת מיחשוב ?
 שושי: לא יודעת, אין לי מושג...”**

מצ"ב תמלול הקלטת השיחה שהתקיימה בין מבקש 1 לנציגת המשיבה ביום 26.12.2013 בצרוף תצהירו של מר עידן אופיר – **נספח 13**

35. בשיחה זו, שהתקיימה ביום 26.12.2013, ניתן להבחין בעובדה שנציגת המשיבה מנסה לנתק את הקשר בין החברה המבצעת את שיגור דבר הפרסום האסור לבין המשיבה, תוך שהיא מציינת כי מדובר בחברה שעורכת "סקר" והם רק מקבלים ממנה את הטלפונים שמשאירים אותם אנשים שהשאירו את מספר הטלפון שלהם.

ברי, כי מדובר בניסיון מגוחך להתחמק מאחריות לשיגור דבר הפרסומת האסור, שכן מהעובדות שנפרסו לעיל ברור לחלוטין כי המשיבה היא זו שמנסה למכור את המוצר המכונה "איזי לייף" באמצעות שיגור ההודעות המוקלטות לתפוצה רחבה של נמענים שלא הסכימו לכך.

36. מבקשת 2 קיבלה אף היא את ההודעה המוקלטת (גרסא 1 בקול הגברי) למכשיר הטלפון הסלולארי שלה, לפחות פעם אחת, ביום 22.12.2013 בשעה 20:03. ההודעה המוקלטת נשמרה במכשיר הטלפון של מבקשת 2 והיא מצורפת כקובץ בשם **"ליאת סקר"** לנספח 6.

37. מבקשת 2, המתגוררת בבית הוריה באלפי מנשה, קיבלה, מספר פעמים, את אותה הקלטה, מטעם המשיבה, גם לקו הטלפון המותקן בבית הוריה.

38. כאמור, הגם שההודעות המוקלטות ששוגרו למבקש 1 לא היו מזוהות עם מפרסם מסוים ולמרות שהן התקבלו ממספר טלפון בלתי מזוהה (מספר חסוי), עשה מבקש 1 מאמץ לאתר את המפרסם (המשיבה) ואף הצליח לקשור אותו למשלוח ה"ספאם".

39. מבקש 1 לא הסתפק בכך ופנה למשיבה בכתב, ב- 5.1.2014, כדי שזו תפצה אותו בגין הודעות הספאם ששיגרה לטלפון שלו וכן כדי לוודא שהמשיבה תחדל לשלוח הודעות ספאם לתפוצה רחבה של נמענים, כפי שהיא עושה באמצעות מערכת החיוג האוטומטית. הגם שמכתבו של מבקש 1 למשיבה נשלח באמצעות דואר רשום, לכתובת המשיבה כפי שהיא מופיעה אצל רשם החברות וכפי שמסרה למבקש 1 נציגת המשיבה בטלפון(ראה נספח 10), דבר הדואר שב למבקש מאחר שלא נדרש על ידי המשיבה, למרות שהיא קיבלה 2 הודעות על קיומו.
מצ"ב פנייתו של מבקש 1 למשיבה מיום 5.1.2014 בצרוף אישור לדבר דואר ש"לא נדרש" –

נספח 14

40. ההטרדות מכיוון המשיבה לא מפסיקות והן לובשות צורות שונות. כאמור לעיל, הודעות הפרסומת שוגרו למבקש 1 גם במהלך ינואר 2014. ב- 16.1.2014, שעה 19:31, קיבל מבקש 1 לקו הטלפון שברשותו הודעה מוקלטת, מקו בלתי מזוהה. הודעה זו שונה מזו שהתקבלה אצלו קודם לכן, מאת המשיבה, וזו לשונה (הפעם בקול אישה):

**"חדש בישראל הרזיה ללא מאמץ בשיטת לא רזית לא שילמת לפרטים הקישו
1 להסרה מהמערכת הקישו 4 לצורך חזרת נציג אליכם לשיחה קצרה ללא
התחייבות נא הקישו מספר טלפון רצוי נייד ובסיום הקישו סולמית... מספר
הטלפון שהוקש הוא 073726111... מספרכם נקלט במערכת."**

מאחר שמבקש 1 (להלן "עמית") היה מעוניין להתחקות אחר משגר הודעה זו, הקיש את מספר הטלפון שלו כדי שנציגת החברה המפרסמת תחזור אליו.

ואכן, התגובה לא איחרה לבוא...

ב- 19.1.2014, שעה 14:44, התקשרה למבקש 1 נציגת המשיבה (סינדי). להלן פרוט השיחה שהתנהלה בין השניים:

"עמית: שלום"

סינדי: שלום מדברת סינדי מהירידה במשקל, התעניינת לגבי דיאטה ?

עמית: סינדי מירידה במשקל ? איזה חברה ?

סינדי: התעניינת לגבי דיאטה ?

עמית: התקשרו אלי איזה סקר טלפוני כזה

סינדי: אוקי ואתה מעוניין לרדת במשקל

עמית: זה על זה את מדברת ? על הסקר הטלפוני הזה ?

סינדי: נכון, לא ירדת לא שילמת ...

עמית: זה מה שאומר הסקר ?

סינדי: כן

עמית: לא, הסקר אומר משהו על שאלון טלפוני בנושא בריאות

סינדי: אוקי..

עמית: זה גם שלכם או שזה משהו אחר חברה אחרת

סינדי: אני לא יודעת, אני מדברת איתך על לא ירדת לא שילמת..

עמית: איך קוראים לחברה שלכם ?

סינדי: לנו קוראים אור הקסם

עמית: ואיך קוראים למוצר ?

סינדי: מה ? אור הקסם

עמית: אור הקסם בע"מ ?

סינדי: כן

עמית: ואיך קוראים למוצר ?

סינדי: למה אתה שואל כל כך הרבה שאלות אני שואלת אותך אתה רוצה לרדת במשקל כן או

לא !?

עמית: רוצה, איך קוראים למוצר ?

סינדי: אור הקסם עוד הפעם אני אגיד לך אור הקסם...

...

עמית: זה שם החברה

סינדי: גם זה שם המוצר

עמית: ואיך הוא מגיע ?

סינדי: זה מגיע בקפסולות

עמית: וכמה הוא עולה ?

סינדי: אני צריכה ממך מספר פרטים כדי לתת לך פרטים

עמית: איזה פרטים את צריכה ממני

סינדי: קודם כל בן כמה אתה ?

עמית: 34

סינדי: ואתה בריא בד"כ לוקח איזה תרופות כדורים ?

עמית: בד"כ

סינדי: כמה את שוקל עכשיו ?

עמית: זה משנה ?

סינדי: בוודאי

עמית: אז בואי נדחה את השיחה הזו. יש לי שאלה אליך רק שאלה אחרונה לפני שאנחנו

מסיימים, איך הגעת אלי ?

סינדי: אה, אז הבנתי אותך, תשמע אני לא נמצאת בחקירה, אני לא בשב"כ, שיהיה לך שלום

(טריקת טלפון)

הקלטת השיחות שתומללו לעיל על ידי מבקש 1 מצורפות בדיסק – נספח 11 תחת השם "הרזיה

16.1.14 19-31" ו – "סינדי איזי 19.1 14-44".

יש להדגיש, מדובר באותה נציגה של המשיבה, סינדי, שדיברה עם מבקש 1 בשיחה שתומללה בנספח 12 לעיל, שם היא אישרה שההודעה המוקלטת בה משמיעים לנמענים "סקר" ובו שאלה אחת (לאיזה קופת חולים אתה שייך), היא הודעה מטעם המשיבה. בשיחה האחרונה, מאשרת אותה נציגה כי גם ההקלטה המשוגרת לנמענים ובה ההצעה - "לא ירדת לא שילמת", היא מטעם המשיבה.

יודגש כי כל ההודעות והשיחות שהוזכרו לעיל, מתועדות בהקלטות שביצעו המבקשים במכשיר הטלפון שלהם וצורפו כנספח 11 לתובענה דנן.

41. מהודעות הפרסומת למוצר **"איזי לייף"** שקיבלו המבקשים ומהשיחות של מבקש 1 עם נציגות המשיבה (סינדי ושושי) ניתן להגיע למסקנות הבאות:

א. המשיבה משגרת לתפוצה רחבה של לקוחות פוטנציאליים דבר פרסומת אשר מכונה על ידה "סקר" ומבוצע מטלפון שמספרו חסוי.

ב. ה"סקר" כולל שאלה אחת בלבד והיא "לאיזה קופת חולים אתה משתייך?".

ג. ההודעה כוללת הבטחה להנחה בקבלת מוצר הרזייה לחברי קופות החולים.

ד. ההודעה אינה מוצגת כדבר פרסומת ואינה כוללת את פרטי המפרסם.

ה. המוצר אותה מוכרת המשיבה הוא "איזי לייף".

ו. דבר הפרסומת מנסה ליצור קשר, שאינו קיים, בין המשיבה לקופות החולים וליצור אצל

השומע מצג שווא כאילו המוצר המוצע מומלץ על ידי קופות החולים.

ז. למשיבה גרסא נוספת של הודעה מוקלטת, אנונימית וממספר בלתי מזוהה, שבה היא

מבטיחה לנמענים "הרזיה ללא מאמץ בשיטת לא רזית לא שילמת".

42. מדובר בניסיון מתחכם המיועד, ככל הנראה, לאפשר למשיבה לחמוק מהוראות תיקון 40 ולאפשר לה לשגר דבר פרסומת, מטריד וחודרני, ב"תחפושת" של "סקר" שנעשה, לכאורה, על ידי גוף ניאטראלי הנתמך על ידי קופות החולים.

בנוסף על העבירה על תיקון 40, יש בהתנהלות המשיבה, כפי שתוארה לעיל, משום הטעייה והצגת מצג שווא, שכן, כפי שהתברר גם בשיחה עם נציגת המשיבה, אין כל קשר בין המשיבה, שהיא חברה פרטית המוכרת מוצר הרזייה, לבין קופות החולים.

הודעות ספאם למכירת "ריטלקס"

43. במהלך חודש ינואר 2014 קיבל מבקש 1 הודעות "ספאם" המציעות לו לרכוש מוצר בשם "ריטלקס" שהוא, לטענת המפרסם, תחליף טבעי לתרופה ריטלין הניתנת למי שסובל מבעיות קשב וריכוז.

44. ב- 9.1.2014 (שעה 30: 15) התקבלה בטלפון של מבקש 1, ממספר חסוי, ההודעה המוקלטת הבאה: "שלום, לבעיות קשב ריכוז והיפראקטיביות קיים תחליף טבעי. ריטלקס הנה המתחרה הטבעית של ריטלין. מתאים לתלמידים ולסטודנטים כאחת. לפרטים הקישו 1 להשמעה חוזרת הקישו 9... (הקישו 1)

(המשך הקלטה) שלום הגעתם למרכז לטיפול בהפרעות קשב וריכוז בשיטה הטבעית, נציגנו עסוקים כרגע, לצורך חזרת נציג אליכם נא הקשיו מספר טלפון, רצוי נייד, ולסיום הקישו סולמית... (הוקש המספר)

(המשך הקלטה) **מספר הטלפון שהוקש הוא 073726111 לאישור הקישו 1 ...**
מספרכם נקלט במערכת...

מבקש 1 קיבל לטלפון שלו את דבר הפרסומת שלעיל גם בתאריכים 14.1.2013 (בשעה 12:08),
 20.1.2013 (בשעה 20:12), 31.1.2014 (בשעה 13:16), 1.2.2014 (בשעה 19:55).
 ההקלטות של השיחות מצורפות בדיסק שצורף **כנספח 11** תחת השם "תחליף ריטלין" בצרוף
 התאריך והשעה.

45. ב- 29.12.2013 (בשעה 15:17) קיבלה מבקשת 3 למכשיר הטלפון הסלולארי שברשותה, הודעת
 SMS, ממספר טלפון 0732553392, בזו הלשון:

"למה ריטלין ? אם יש פתרון טבעי ללא תופעות לוואי ? חייגו 0732553392"

מצ"ב צילום ההודעה ממכשיר הטלפון של מבקשת 3 – **נספח 15**

46. כאן המקום לציין כי מבקשים 1,3 לא רכשו מעולם ולא עשו שימוש בתרופה "ריטלין" וממילא לא
 היו זקוקים גם לריטלקס. כמו כן, למבקשים 1,3 לא היה כל קשר קודם למשיבה.

47. ב – 30.1.2014 (שעה 17:18) התקשר מבקש 1 לטלפון 0732553392 (שהופיע בהודעת ה-SMS
 שקיבלה מבקשת 3) וענתה לו הודעה מוקלטת זהה לזו שהוא עצמו קיבל ממספר חסוי, כפי שתואר
 לעיל:

**"שלום הגעתם למרכז לטיפול בהפרעות קשב וריכוז בשיטה הטבעית, נציגנו עסוקים כרגע,
 לצורך חזרת נציג אליכם נא הקישו מספר טלפון, רצוי נייד, ולסיום הקישו סולמית... (הוקש
 המספר)**

(המשך הקלטה) **מספר הטלפון שהוקש הוא 073726111 לאישור הקישו 1 ...**

מספרכם נקלט במערכת...

הקלטת השיחה מצורפת לנספח 11 בקובץ תחת השם "ריטלין 0732553392"

48. כפי שצוין לעיל, המשיבה היא זו שמפיצה את המוצר "ריטלקס" ואף הקימה ומפעילה לצורך זה
 אתרי אינטרנט (ראה נספחים 4-7). משכך, אין מנוס מהמסקנה המתבקשת כי המשיבה היא זו
 שעומדת אחרי הקמפיין האגרסיבי, הבלתי חוקי, למכירת המוצר "ריטלקס" ממש כפי שהיא
 עושה לגבי המוצר "איזי לייף".

49. העובדות שנפרסו לעיל אינן מותירות מקום לספק והן מוכיחות את הקשר הישיר שבין המפרסם
 לדבר הפרסומת.

50. מערך השיווק של המשיבה, המיועד למכור את ה"מוצרים" שלה - "איזי לייף" ו - "ריטלקס",
 נעשה תוך רמיסה גסה של הוראות חוק התקשורת ושיגור דברי פרסומת אסורים (ספאם)
 לנמענים רבים.

51. גם בכל הקשור למוצר "ריטלקס", כפי שתואר לעיל לגבי "איזי לייף", משגרת המשיבה הודעות "ספאם" מטלפון חסוי מבלי שיהיה לנמען כל יכולת לדעת מי המפרסם ואפשרות להורות על מחיקה מרשימת התפוצה. לא רק זאת, המשיבה מהלכת אימים על הנמענים בכל הקשור ל"סכנה" בצריכת המוצר "ריטלין" מבלי שתציג כל הסמכה לכך או סמכות מקצועית שעומדת מאחורי הקמפיין האמור. היא פוסלת תרופה המוכרת על ידי גורמי רפואה רשמיים ונצרכת על ידי אנשים רבים, ומציעה תחת התרופה הזו, מבלי שתהיה לה כל הסמכה חוקית לכך, "תחליף טבעי" שמביא, לטענתה, לאותה תוצאה. יש בכך, מעבר לעבירה החמורה על חוק התקשורת, משום הטעיית הציבור ושימוש בלתי סביר ובלתי חוקי באמצעי פרסומת כדי לפסול תרופה קיימת ומומלצת על ידי גורמי רפואה מוסמכים.

52. יש לציין, את הברור מאליו, כי למבקשים אין כל קשר למשיבה וכי הם לא נתנו למשיבה את הסכמתם לקבל את דבר הפרסומת האמור ועל כן מדובר בדבר פרסומת ששיגורו אסור, בהתאם לקבוע בתיקון 40 לחוק התקשורת.

53. לעניין זה, כבר נקבע בפרשת חיות כדלקמן:

"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 ההתקשורת עמו, הוא עושה כן לצורך קבלת הפרס, ולא במסגרת משא ומתן לרכישת המוצר של המפרסם, כאמור בחריג הקבוע בס"ק (ג1) לחוק."

תיקון 40 לחוק התקשורת - איסור פרסום באמצעי תקשורת ללא הסכמת

הנמען

54. סעיף 30א'(ב) לחוק הבזק 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 חד-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 הבזק מוגדר "מפרסם", "דבר פרסומת" ו"מערכת חיוג אוטומטי" 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."

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

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

55. כפי שתואר לעיל ויתואר להלן, המשיבה פעלה בניגוד להוראות תיקון 40 לחוק התקשורת ופרסמה, לקבוצה גדולה של לקוחות פוטנציאליים, דבר פרסומת באמצעות מערכת חיוג אוטומטי, מבלי לקבל את הסכמתם מראש, תוך שהיא מטרידה אותם ומפרה את שלותם.

56. גם כאשר שיגור דבר פרסומת מותר על פי תיקון 40 הוא חייב לכלול פרטים מזהים של המפרסם, כך קובע סעיף 30א.ה) לחוק התקשורת:

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

(א) היותו דבר פרסומת; 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.

(2) על אף הוראות פסקה (1), מפרסם המשגר דבר פרסומת באמצעות הודעת מסר קצר יציין בדבר הפרסומת רק את שמו ואת דרכי יצירת הקשר עמו לצורך מתן הודעת סירוב." (ההדגשות אינן במקור).

57. יודגש כי המחוקק ראה בחומרה רבה את התופעה המתעצמת של הודעות "ספאם" בערוצי התקשורת השונים. ניתן ללמוד על כך גם מדבריו של ח"כ (כתוארו אז) משה כחלון, שנאמרו במהלך ישיבת הכנסת מיום 27.5.2008 (ישיבה מס' מ/182), במסגרתה אושר פה אחד תיקון 40 לחוק התקשורת (פורסם בדברי הכנסת, מושב ראשון, חוברת יא, עמ' 1773):

"פרסומות באמצעות מסרונים, כמו גם במערכת לחיוג אוטומטי המיועדת לטלפון נייד, מפריעות למקבלי הפרסומות לא פחות מאלה הנשלחות אליו בדואר האלקטרוני, בין היתר משום שהן חודרות למרחב הפרטי של האדם, לעיתים לביתו, ומגיעות אליו בשעות הפנאי ובשעות שאינן מותאמות לרצונו או לנוחיותו. פרסומת הנשלחת לטלפון נייד מגיעה לבעל הטלפון בכל מקום ובכל עת: במהלך העבודה, במהלך הנהיגה, בשעות הפנאי ועוד.

חשוב להזכיר כי המעבר למכשירי טלפון ניידים התומכים בדואר אלקטרוני מטשטש את הגבול בין טלפון למחשב, כך שגם דואר זבל באינטרנט עלול להפוך למטרד "נייד" בכל מקום ובכל זמן".

בהמשך דבריו, בהם פרט את תכליתו של תיקון מס' 40, אמר ח"כ כחלון, שהיה אז יו"ר הוועדה המשותפת לוועדת הכלכלה ולוועדת המדע והטכנולוגיה שדנה בהצעת החוק והביאה אותו לשולחן הכנסת, כדלקמן:

"מוצע לאפשר מסלול תביעה אזרחי, אשר צפוי כי יהיה הכלי המרכזי והיעיל להתמודדות עם התופעה, הן בדרך של הגדרת האיסור הקבוע בסעיף המוצע כעוולה אזרחית שלגביה יחולו הוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש], והן בדרך של מתן אפשרות להגשת תובענה ייצוגית בשל הפרתו."

58. הדברים מדברים בעד עצמם ואינם דורשים פרשנות. תיקון 40 לחוק התקשורת נועד במפורש ובמתכוון לאפשר הגשת תובענות ייצוגיות כנגד מטרידים טלפוניים, דוגמת המשיבה, כאמצעי יעיל להתמודד עם תופעת הספאם.
59. כפי שהוזכר לעיל, המחוקק רואה בחומרה יתרה את השימוש במערכות חיוג אוטומטי ובחיוג ממספר בלתי מזוהה ופועל להחמרת הענישה במקרים אלו (תיקון 47).

אחריות מנהל תאגיד

60. תיקון 40 קובע במפורש את האחריות של מנהל התאגיד למעשיו ומחדליו של התאגיד בכל הקשור להוראות סעיף 30א. לחוק התקשורת. המחוקק קבע כי מנהל תאגיד חייב לוודא שהתאגיד אינו מפר את הוראות החוק. בעניין זה, לשון החוק אינה משתמעת לשתי פנים (סעיף 30א. (ח) לחוק):

"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."

61. באותו עניין, כבר נקבע על ידי כבוד השופט עמירם בינימיני ב תא 1437/09 סער פלד נ' אול יו ניד בע"מ, פורסם בנבו, ניתן ב – 11.6.2012, פסקה 21, כדלקמן:

"סעיף 30א. (ח') לחוק התקשורת קובע כי מנהל תאגיד חייב לפקח ולעשות כל שניתן למניעת עבירה לפי סעיף זה, וכי "חזקה היא כי נושא משרה בתאגיד הפר את חובתו לפי סעיף קטן זה, אלא אם כן עשה כל שניתן כדי למלא את חובתו". נטל הראיה בעניין זה מוטל על מנהל התאגיד, ולכן לצורך אישור הבקשה להגשת תובענה ייצוגית די בחזקה שבחוק כדי להוכיח עילה אישית לכאורה נגד המשיבה 2.

אמנם סעיף 30א. (ח') קובע את החזקה האמורה לגבי נושא משרה בחברה בהקשר לביצוע עבירה פלילית, אך מיד לאחריו מגיע סעיף 30(ט) הקובע: **"הפרת הוראות סעיף זה היא עוולה**

אזרחית...". לפיכך, יש לקבוע כי מנהל בחברה שביצע עבירה פלילית מכוח סעיף 30א.א. (ח') לחוק, מבצע גם עוולה אזרחית מכוח סעיף 30א.א. (ט') לחוק."

62. כלומר, כפי שנקבע על ידי כבי' השופט בינימיני, הפרשנות הנכונה של סעיפים 30א.א. (ח) יחד עם סעיף 30א.א. (ט) מביאה למסקנה כי בצד האחריות הפלילית המוטלת על מנהל בתאגיד, ככל שפעל בניגוד להוראות החוק, הוא מבצע גם עוולה אזרחית ולפיכך עליו להתייבב כמשיב בתובענה כנגד התאגיד אותו הוא מנהל ואשר הפר את הוראות החוק.

63. המשיב הוא הבעלים הרשום היחיד של המשיבה והוא אחראי לכל פעולותיה, ובמיוחד לעבירות לפי סעיף 30א. לחוק התקשורת. לפיכך, עליו להתייבב בפני בית המשפט הנכבד וליתן הסברים לפעולות המשיבה, כפי שפורטו לעיל ויפורטו להלן.

64. במקרה דנא, צירופו של הבעלים והמנהל של המשיבה כמשיב לתובענה דן נחוץ גם לאור ההתנהלות חסרת תום הלב של המשיבה ובמיוחד לאור העובדה שהיא אינה אוספת מכתבים רשומים הנשלחים למענה הרשמי, למרות שקיבלה 2 הודעות על קיומו של דבר הדואר.

חזקה כי דבר הפרסומת שוגר ביודעין

65. סעיף 30א.א. (י) לחוק התקשורת קובע כי חזקה היא שדבר פרסומת שוגר על ידי מפרסם ביודעין, אלא אם הוא הוכיח אחרת. כך נקבע שם:

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

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

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

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

66. אין חולק כי דברי הפרסומת שוגרו אל המבקשים, כפי ששוגרו לנמענים רבים, תוך בחירתם באופן אקראי לפי רשימה אקראית של מספרי טלפון. לכן לא תעמוד למשיבה ההגנה והיא לא תוכל להוכיח כי לא שיגרה את דבר הפרסומת האסור ביודעין.

67. בהתאם לאמור לעיל, שיגור דברי הפרסומת האסורים, כפי שתואר לעיל, נעשה על ידי המשיבה ביודעין ועל כן לא עומדת לה כל הגנה במקרה זה.

טענות המבקשים

68. כפי שתואר לעיל, המשיבה מפעילה, ישירות או על ידי אחר, מערכת חיוג אוטומטי המחייגת לטלפונים קוויים וסלולאריים ומשגרת להם הודעות מוקלטות ומסרוניס (sms) שנועדו לקדם את מכירת המוצר שלה - EasyLife ו - Retalex.

69. אין חולק שההודעות המשוגרות על ידי המשיבה, או מי מטעמה, לטלפונים של לקוחות פוטנציאליים מהוות דבר פרסומת אותו אסור לשגר בהתאם להוראות תיקון 40. בהודעה המוקלטת מציעה המשיבה ללקוחות פוטנציאליים, "חברי קופות החולים" (הרוב המכריע מבין תושבי מדינת ישראל), הנחה ברכישת המוצר אותו היא מפיצה, מוצר הקשור להורדה במשקל. בהודעה אחרת מציעה המשיבה את השיטה "לא רזית לא שילמת".

70. המשיבה משגרת את דברי הפרסומת בעורמה, באצטלה של "סקר" ותוך הצגת מצג שווא כאילו קיים קשר כלשהוא בין המוצר לבין מערכת הבריאות וקופות החולים. דא עקא, ברור לכל בר דעת כי מטרת ההודעה המשוגרת לנמענים היא לגרום להם לרכוש את המוצר של המשיבה, שכן בהודעה המוקלטת שמשגרת המשיבה היא מבטיחה הענקת הנחות ברכישת מוצר זה.

71. לא רק זאת, בדבר הפרסומת האסור אותו משגרת המשיבה כדי למכור לנמענים את המוצר שלה בשם Retalex היא מהלכת אימים על הנמענים (אלה שצורכים ריטלין) ופוסלת תרופה מוכרת ומקובלת מאוד בקרב הציבור, בהמלצת רופאים, ומציעה במקומה "פורמולה טבעית" בלתי מוכרת, בלתי ידועה, שאין לה כל המלצות מגורמי רפואה מוסמכים ומוכרים. המשיבה מנצלת את מצוקתם של האנשים הזקוקים לתרופה או להרזיה ומציעה להם "מקסמי שווא" לפתרון בעייתם, הכל על מנת להעשיר את קופתה על חשבון אותם אנשים. בדרכה לעשות כן, מטרידה המשיבה נמענים רבים (אולי מאות אלפים) בהודעות "ספאם" מטרידות ובלתי חוקיות.

72. המשיבה משגרת את ההודעות המוקלטות באמצעות מערכת חיוג אוטומטי ובחסות "מספר חסוי" כך שהנמענים לא יוכלו לדעת מי מתקשר אליהם. לא רק זאת, בהודעה המוקלטת עצמה, לא מזכירה המשיבה כי מדובר בפרסומת ולא מפורטים שמו של המפרסם ודרכי התקשורת עימו, כפי שמחייב תיקון 40. אין גם כל אפשרות לשגר הודעת סירוב למחיקת הנמען מרשימת הנמענים (להוציא את ההודעה "לא רזית לא שילמת" במסגרתה הוספה האופציה להסרה).

73. זאת ועוד, המשיבה מנסה לצקת להודעת הפרסומת שלה גוון "ניטראלי" ו "מקצועי" כאשר היא מצטטת את ארגון הבריאות העולמי ומשרד הבריאות הישראלי כמי שקבעו שההשמנה היא בגדר מגיפה עולמית.

74. באותה מידה, מנסה המשיבה לשוות לעצמה מעמד "מקצועי" של "מרכז לטיפול בהפרעות קשב וריכוז" ומרשה לעצמה, בתור שכזו, לפסול אמצעי רפואי מוכר, מאושר על ידי גורמי הבריאות המוסמכים ונפוץ בקרב הציבור (ריטלין) ולהציע תחתיו "תחליף טבעי" שהיא עצמה רקחה ואין לו את אישור משרד הבריאות הישראלי. כדי לזרוע חול בעיני הצרכנים הפוטנציאליים וליצור מצג כאילו המוצר אותו היא מוכרת אושר על ידי משרד הבריאות כותבת המשיבה באתר האינטרנט שבבעלותה כי

"רטלקס מיוצר במעבדות מורשות ומפוקחות ע"י משרד הבריאות הישראלי. מספר הרישיון במשרד הבריאות של המפעל המייצר את רטלקס הוא 4/1700. בנוסף, כל מרכיבי הפורמולה עם בד"צ העדה החרדית בירושלים."

מצ"ב צילום מהדף הרלוונטי באתר 090.co.il – **נספח 16**

כלומר, למעבדה יש, לטענת המשיבה, את אישור משרד הבריאות, אך לא למוצר עצמו. **המוצר עצמו הוא רקיחה של חומרים שנעשתה אל ידי המשיבה ולא הוכרה על ידי אף גורם מקצועי מוסמך כתחליף לריטלין, למעט המשיבה עצמה.**

75. המשיבה מטרידה את הנמענים הרבים אליה היא משגרת את הפרסומות האסורות, שוב ושוב. כך, למשל, מבקש 1 קיבל, בין 4 ל- לדצמבר 2013 ל- 31 לינואר 2014, **8 פעמים, לפחות**, את דבר הפרסום האסור בעניין "איזי לייף" ו- **5 פעמים** לפחות את דבר הפרסום בעניין "ריטלקס". זאת, בנוסף לשיחות שהתקבלו אצלו קודם למועד בו החליט לחקור את מקורן.

76. מהאמור לעיל ניתן להגיע למסקנה המבוססת כי המשיבה פועלת בניגוד להוראות תיקון 40, משגרת דברי פרסומת אסורים באמצעות מערכת חיוג אוטומטית, ללא קבלת הסכמת הנמענים ותוך חדירה בוטה וגסה לפרטיות שלהם והטרדתם. המשיבה עושה פעולות אסורות אלו בעורמה, תוך הטעיית הנמענים והצגת מצג שווא כאילו אין מדובר בדבר פרסומת אלא ב"הטבה" המגיעה לחברי קופות החולים.

זו בדיוק ההתנהלות הפסולה אותה נועד לחסום תיקון מס' 40.

עילות התביעה

הפרת הוראות תיקון מס' 40 לחוק התקשורת

77. כמפורט לעיל, המשיבה מפרה ברגל גסה את הוראות חוק התקשורת שנועדו לחסום שיגור דברי פרסומת אסורים באמצעות מערכת חיוג אוטומטית, ממספר בלתי מזוהה, **ללא הסכמת הנמענים.**

78. המשיבה מפרה את הוראות חוק התקשורת גם בכך שבהודעה המוקלטת המשוגרת על ידה, או מי מטעמה, אין אזכור לכך שמדובר בפרסומת, אין פרטים מזהים של המפרסם ואין כל אפשרות לבצע הסרה מרשימת התפוצה.

79. **יודגש שוב** כי המבקשים לא נתנו למשיבה את הסכמתם למשלוח דברי הפרסומת ולא רכשו מהמשיבה כל מוצר, קל וחומר שלא רכשו ממנה מוצר הדומה למוצרים אותם היא מנסה למכור באמצעות דברי הפרסומת שתוארו לעיל.

הפרת חובה חקוקה

80. כאמור, הפרת תיקון 40 לחוק התקשורת מהווה הפרת החובה חקוקה, כהגדרת עוולה זו בפקודת הנזיקין.

81. סעיף 30א.ט) לחוק התקשורת קובע כדלקמן :

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

תרמית ומרמה

82. כמתואר לעיל, הפרת חוק התקשורת על ידי המשיבה נעשית בעורמה ותוך הצגת מצג שווה כאילו היא פועלת בשיתוף עם קופות החולים ורק מי שחבר בהן זכאי להנחה בקניית המוצר שלה. זאת, בזמן שאין כל קשר בין המשיבה לקופות החולים ואלו אינן ממליצות או מפנות את הלקוחות שלהן לרכוש את המוצר של המשיבה.

83. נוסף על כך, המשיבה מנסה להציג תמונה מזויפת כאילו למוצר EazyLife יש קשר כלשהוא למשרד הבריאות הישראלי אשר הכריז כי ההשמנה היא מגפה לאומית. בכך מנסה המשיבה להלך אימים על הנמענים אליהם היא משגרת את דבר הפרסומת ומבקשת להציב את עצמה כמי ש”נלחמת” במגיפה הלאומית, בעוד שבפועל פעולותיה מכוונות לעשיית רווח כלכלי על חשבון הנמענים.

לגבי המוצר Retalex מנסה המשיבה להציג מצג כאילו מדובר במוצר מאושר על ידי משרד הבריאות בעוד המוצר עצמו הוא רקיחה של חומרים שנעשתה אל ידי המשיבה ולא הוכרה על ידי אף גורם מקצועי מוסמך כתחליף לריטלין, למעט המשיבה עצמה.

84. התנהלות זו של המשיבה עולה כדי עוולת התרמית כפי שהיא מוגדרת בסעיף 56 לפקודת הנזיקין.

85. מעשיה של המשיבה מהווים הטרדה כאמור בסעיף 30 לחוק התקשורת.

86. מעשיה של המשיבה מהווים הטרדה העולה כדי פגיעה בפרטיות המבקשים, כאמור בסעיפים 1-2 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ”א-1981.

הנזק שנגרם למבקשים – נזק לא ממוני

87. כאמור לעיל, התנהלות המשיבה היא בגדר מטריד של ממש, חדירה לפרטיות אשר נעשית על ידי המשיבה לנמענים רבים.
88. תחושת ההטרדה מוכרת לכל מי ש"אץ רץ" למכשיר הטלפון או עצר את רכבו בצד הדרך כדי לענות לשיחה בלתי מזוהה או הודעת sms נכנסת, רק כדי לגלות שמדובר בהודעת "ספאם" נוספת המנסה למכור לו מוצר כזה או אחר.
89. בכל פעם שמתקבלת שיחה או הודעת sms אצל נמען היא עוצרת את שגרת חייו ומחייבת מענה, במיוחד כאשר הטלפון משמש ככלי עבודה של הנמען או כאשר הנמען ממתין לשיחה חשובה או כאשר הנמען מטופל בבו משפחה קשיש או חולה הזקוק לסיוע וכל שיחה "מקפיצה" אותו. כאשר עונה הנמען על השיחה ושומע את דבר הפרסומת המוקלט, הדבר מהווה מטריד של ממש וחדירה פולשנית ובלתי חוקית לתחום הפרט.
90. לא זאת אף זאת, מי שמקבל שיחה טלפונית המציעה לו לרכוש מוצר ל"הרזיה" ואף מנסים להציג לו כי הדבר נעשה בתיאום עם קופות החולים, חש תחושה עזה של פגיעה וחדירה לפרטיות. במיוחד אמורים הדברים לגבי מי שבאמת סובל מבעיות של עודף משקל. באותה מידה, מי שמקבל הודעה המציעה לו לרכוש ריטלקס במקום ריטלין, והוא באמת צרכן של ריטלין, יבין כי מישהו הדליף לגורם בלתי מוסמך פרטים לגבי מצב בריאותו. מדובר בחדירה אלימה, בוטה ופוגענית לפרטיותם של הנמענים, תוך רמיסה ברגל גסה של הוראות חוק התקשורת (תיקון 40).
91. תחושת ההטרדה אף מתגברת בהתאם לתדירות הודעות הספאם המשוגרות לנמענים השונים. במקרה דנן מדובר במפרסם אשר מטריד את הנמענים אשר מופיעים ברשימת התפוצה שלו פעמים רבות ואף אינו מאפשר להם לבצע פעולה החוסמת את ההטרדה האמורה, כגון בקשה להסרה מרשימת התפוצה (ראה לדוגמה את ההטרדות החוזרות ונשנות שנגרמו למבקש 1).
92. תכליתו המרכזית של תיקון 40 לחוק התקשורת (חוק הספאם) היא התמודדות עם תופעה, רבת מימדים, ההופכת, בשנים האחרונות, למטריד של ממש. המחוקק עצמו, בדברי ההסבר להצעת חוק, הכיר בנזק זה וקבע כי "תופעת ה spam מעוררת בעיות במישורים שונים, ובהן- בעיות של אבטחת מידע, חדירה למחשבים ללא היתר והפצת וירוסים, פגיעה בפרטיותו של המשתמש ברשת והטרדתו" (ראה ציטוט מלא בסעיף 18 לעיל, ההדגשה אינה במקור).
93. תיקון 40 לחוק התקשורת קבע פיצוי אחיד, ללא הוכחת נזק, בשיעור של 1,000 ₪ על כל שיגור של דבר פרסומת אסור. סעיף 30א.י) לחוק התקשורת קובע כדלקמן:
- (*) (1) שוגר דבר פרסומת ביודעין 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;

יש להזכיר, בעניין זה, כי המחוקק הישראלי מתכוון להכפיל את גובה הפיצוי האחיד שניתן להטיל על נתבעת, דוגמת הנתבעת כאן, המשגרת דבר פרסומת שאינו כולל את פרטי המפרסם באמצעות קו טלפון בלתי מזוהה (תיקון 47)

94. נוסף על הפיצוי הסטאטוטורי שנקבע בחוק, ללא הוכחת נזק, קובע חוק התקשורת כי הפרת ההוראות הקבועות בתיקון 40 "היא עוולה אזרחית והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש], יחולו עליה, בכפוף להוראות סעיף זה." (ס' 30א.ט) לחוק התקשורת). סעיף 30א' (י) (4) לחוק קובע כי פסיקת פיצוי סטאטוטורי לנמען אינה גורעת מזכות הנמען לקבלת פיצוי בגין הנזק שנגרם לו או כל סעד אחר.

95. סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 קובע:

"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."

בצד קביעה זו, הוסיף המחוקק את פרט 12 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות, לפיה ניתן לנהל תובענה ייצוגית "נגד מפרסם שהגדרתו בסעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, בעילה לפי הסעיף האמור."

96. לאור האמור, בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע כי למבקשים ולחברי הקבוצה נגרם נזק לא ממוני, בגין הטרדה, חדירה לפרטיות, הטעיה והונאה, ועל כן על המשיבה לפצות אותם בגין כל דבר פרסומת ששוגר אליהם בניגוד להוראות תיקון 40. "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. (ע' 24 להחלטה בפרשת חיות)

97. לפיכך, שיעורו של הסעד יקבע על ידי בית המשפט לאחר שיוצג בפניו מידע על היקף ההפרות והיקף הנפגעים מהן.

המבקשים סבורים כי לאור התנהלות המשיבה ולאור העובדה ששלחה דברי פרסומת **ממספר חסוי ומבלי לזהות את עצמה**, יש להטיל עליה לשלם למבקשים ולחברי הקבוצה בגין הנזק הלא ממוני שנגרם להם את הסכום המקסימאלי הקבוע כפיצוי סטאטוטורי בתיקון 40, קרי 1,000 ₪ בעבור שיגור כל דבר פרסומת ובהתאם הפיצוי למבקש 1 יעמוד על 13,000 ₪ (קיבל לפחות 13 הודעות ספאם מהמשיבה) ולמבקשות 2,3 יעמוד הפיצוי על 1,000 ₪ כל אחת.

סמכות בית המשפט

98. סעיפי החוק הרלוונטיים לעניין סמכות בית המשפט הנכבד לדון בתובענה זו כתובענה ייצוגית הם :

א. סעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות :

"3. (א) לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית; על אף האמור, לא תוגש נגד רשות תובענה ייצוגית פיצויים בגין נזק שנגרם על ידי צד שלישי, שעילתה הפעלה או אי פעלה של סמכויות פיקוח, הסדרה או אכיפה של הרשות ביחס אותו צד שלישי;

בסעיף קטן זה ובסעיפים 5(ב)2, 9 ו-21,

"רשות" – כהגדרתה בסעיף 2 לחוק בתי משפט לענינים מינהליים.

(ב) הגשת תובענה ייצוגית טעונה אישור בית המשפט, ויחולו על הגשתה וניהולה ההוראות לפי חוק זה."

ב. סעיף 12 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות :

"תביעה נגד מפרסם כהגדרתו בסעיף 30 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, בעילה לפי הסעיף האמור."

99. המחוקק, אשר ראה חשיבות רבה בבלימת התופעה המתעצמת של שליחת הודעות "ספאם" בשנים האחרונות, הוסיף פרט מיוחד לתוספת השניה, פרט 12 הנ"ל, המאפשר הגשת תובענה ייצוגית כנגד מי שעובר על הוראות תיקון 40 לחוק התקשורת.

הנימוקים המצדיקים ניהול התובענה כייצוגית

100. בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות הגדיר המחוקק את מטרתו של החוק ומהות הליך התביעה הייצוגית כדלקמן :

1. מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות

יייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה :

(1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים ;

- (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;
 (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;
 (4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות.

בסעיף המטרה ניתן להבחין כי המחוקק ביקש להרחיב את השימוש בכלי של תובענה ייצוגית במיוחד לשם מימוש זכות הגישה לבתי משפט לאוכלוסיות שלא היו עושות זאת, מסיבות שונות, וכדי להגביר את אכיפת הדין וההרתעה מפני הפרתו.

כאן המקום לציין, כי חוק תובענות ייצוגיות יצר מציאות חדשה ושם כלי חשוב בידי האזרח הקטן במאבקו נגד התאגידים הגדולים.

התובענה דן היא דוגמא קלאסית, המתאימה לניהול כתובעה ייצוגית, באשר היא עומדת בכל התנאים שהציב החוק, כשמדובר בתביעה של האזרח כנגד גוף עסקי המפר ברגל גסה את הוראות החוק וחודר לפרטיות שלו ומטריד אותו בשיגור הודעות ללא הסכמתו.

101. בסעיף 8 לחוק מפורטים התנאים לאישור תובענה ייצוגית ואלה הם :

- א. התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;
 ב. תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;
 ג. קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;
 ד. קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב.

כפי שפורט לעיל, ויפורט להלן, התובענה המצורפת לבקשה זו עומדת בתנאים הנדרשים ומתאימה להידון כתובענה ייצוגית.

102. השאלה המהותית המרכזית העומדת במרכז תובענה זו היא :

האם הפרה המשיבה את הוראות תיקון 40 לחוק התקשורת בכך ששיגרה דבר פרסומת אסור באמצעות מערכת חיוג אוטומטי לקבוצת נמענים גדולה ?

שאלה זו משותפת לכל הנמענים אליהם שיגרה המשיבה, או מי מטעמה, את דבר הפרסומת אותו קיבלו המבקשים, כמתואר לעיל.

103. כפי שעולה מהאמור לעיל, קיים סיכוי טוב שהתובענה תוכרע לטובת המבקשים, שכן טענות המבקשים נסמכות על עובדות מוצקות ודברי חקיקה המדברים בעד עצמם ומובילים למסקנה חד משמעית, לפיה המשיבה פעלה ופועלת בניגוד להוראות חוק התקשורת.

104. כאן המקום לציין, כי בשלב הדיון בבקשה לדון בתביעה כייצוגית מוטל על המבקשות נטל שכנוע מוגבל, שכן סעיף 8(א)(1) קובע כי על המבקש לדון בתביעה כייצוגית להראות כי "יש אפשרות סבירה" שהתביעה תוכרע לטובת הקבוצה.

כאמור, העובדות שהוצגו לעיל ברורות ואינן מותירות מקום לספק שאכן מדובר בשיגור דבר פרסומת בניגוד להוראות חוק התקשורת, קל וחומר שהן עומדות במבחן ה"אפשרות הסבירה" שמציב סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות.

105. תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין, שכן מדובר בסכום תביעה נמוך אשר אינו מצדיק ניהולה של תביעה אישית, ובמספר רב מאוד של תובעים פוטנציאליים. כאמור, התעצמותה של התופעה במסגרתה שולחים מפרסמים דברי פרסומת אסורים לנמענים בתפוצה רחבה הביאה את המחוקק למסקנה כי יש להוסיף פרט מיוחד לעניין זה לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. בכך הביע המחוקק את עמדתו באשר לצורך לעשות שימוש בכלי התובענה הייצוגית כדי להתמודד עם תופעה זו.

106. תום לב - המבקשים נפגעו ישירות מקבלת הודעות ה"ספאם" המתוארות לעיל ומטרתם היא הפסקת התופעה ומתן פיצוי, כפי שקבע המחוקק, לנפגעים ממנה. לפיכך, קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ינוהל ויוצג בדרך הולמת ובתום לב.

הקבוצה המיוצגת

107. מוצע כי הקבוצה המיוצגת תוגדר כדלקמן:

כל הנמענים אשר קיבלו, באמצעות טלפון קווי או סלולארי ו/או באמצעות מסרונים (sms), הודעות ספאם של המשיבה.

הנזק שנגרם לקבוצה

108. למבקשים אין מידע באשר לגודלה של קבוצת המעוניינים בתובענה זו. מידע זה נמצא בידי המשיבה ועל כן מתבקש בית המשפט הנכבד, כפי שיפורט להלן, להורות למשיבה לחשוף בפניו ובפני המבקשים את כל הפרטים אודות כמות הנמענים אליהם שוגרו דברי הפרסומת האסורים כמו גם את מספר הפעמים בהם הוטרו כל נמען על ידי מערכת החיוג האוטומטי.

109. מאחר ומדובר במערכת אוטומטית המשגרת הודעות לעשרות אלפי נמענים, ואולי אף יותר מכך, ובהתייחס לעובדה כי כל שיגור של דבר פרסומת אסור מחייב את המשיבה בפיצוי הנמען בסך 1,000 ₪, אין ספק כי שוגרו למעלה מ-2,500 הודעות אוטומטיות ועל כן הנזק הכולל של הקבוצה עולה על 2.5 מליון ₪. לפיכך הסמכות לדון בתובענה דן נתונה לבית המשפט המחוזי.

110. כאמור, למבקשים אין כל מידע לגבי כמות הודעות הפרסומת ששוגרו על ידי המשיבה, או מי מטעמה, לנמענים שהם לקוחות פוטנציאליים שלה. לצורך הערכת הנזק שנגרם לקבוצה מניחים המבקשים, בהערכה זהירה ומצמצמת, כי המשיבה שיגרה לפחות 20,000 הודעות באמצעות חיוג אוטומטי. בהנחה כי כל הודעה מזכה את הנמען בפיצוי בגובה של 1,000 ₪ (בגין נזק שאינו ממוני), יוצא שהנזק המוערך לקבוצה כולה עומד על 20,000,000 ₪.

111. את הנזק הכולל והמדויק של הקבוצה ניתן יהיה לחשב רק לאחר קבלת הנתונים הרלוונטיים מאת המשיבה.

112. כדי שבית המשפט יוכל לחשב את הנזק שנגרם לקבוצה, נדרשים המשיבים להביא בפניו מידע לגבי היקף ההפרה ומספר הנפגעים ממנה. לפיכך, בית המשפט מתבקש להורות למשיבה למסור לידי ולידי המבקשים את הנתונים הבאים:

- א.** כל ההסכמים שנכרתו בין המשיבה/ים לבין חברות תקשורת/טלפוניה שונות, ככל שנעשו כאלה, במסגרתם הוסכם כי חברות התקשורת יפעילו בעבור המשיבה מערכת חיוג אוטומטי המשגרת את ההודעות המוקלטות והמסרוניים (sms) שקיבלו המבקשים.
- ב.** פרוט מלא של כמות השיחות שבוצעו על ידי המשיבה או מי מטעמה באמצעות מערכת חיוג אוטומטי לנמענים שונים, למספרי טלפון קוויים וסלולאריים, וכן של כמות המסרוניים ששוגרו לנמענים ובהם הודעת ספאם כמתואר לעיל.
- ג.** פרוט מלא של הכספים ששילמה המשיבה, וכאלה שהיא התחייבה לשלם, לחברות התקשורת/טלפוניה בעבור הפעלת מערכת החיוג האוטומטי ושליחת המסרוניים.

את הפרטים שלעיל יש להעביר לגבי הקמפיין הפרסומי שניהלה (ומנהלת) המשיבה לגבי כל אחד מהמוצרים, "איזי לייף" ו"ריטלקס", בנפרד.

113. לאחר קבלת המידע המבוקש, ניתן יהיה לקבוע את היקף ההפרה, מספר הנפגעים וגודל הקבוצה המיוצגת בתובענה זו.

הסעדים הנתבעים

- 114.** בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן את הסעדים שיפורטו להלן:
- א.** ליתן צו המורה למשיבים לחדול מיידית מהפרת הוראות חוק התקשורת ולהפסיק את שיגור הודעות הספאם כפי שתוארו לעיל וכן להימנע משיגור כל הודעה אחרת שאינה עומדת בהוראות הקבועות בסעיף 30א. לחוק התקשורת.
 - ב.** לאשר את ניהול התובענה כתובענה ייצוגית.
 - ג.** להורות למשיבים להציג את הנתונים לגבי כמות ההודעות המוקלטות, כפי שתואר לעיל, שנשלחו על ידם או על ידי מי מטעמם ובין היתר, את ההסכמים שחתמו עם חברות תקשורת/טלפוניה לשם ביצוע השיגור של הודעות הפרסומיות באמצעות מערכות תקשורת אוטומטיות.
 - ד.** לקבוע את גודל הקבוצה המיוצגת ולהורות למשיבים לפצות אותה בהתאם להוראות חוק התקשורת.
 - ה.** להורות למשיבים לשלם למבקשים גמול בהתאם לקבוע בסעיף 22 לחוק תובענות ייצוגיות.

ו. להורות למשיבים לשלם את שכר טרחתו של ב"כ המבקשים בהתאם לקבוע בסעיף 23 לחוק תובענות ייצוגיות.

סוף דבר

115. לבית המשפט הנכבד הסמכות, הקבועה בסעיף 8 לחוק, לאשר את התובענה המצורפת לבקשה זו כתובענה ייצוגית. התובענה המצורפת עומדת בכל הדרישות והדרך היעילה וההוגנת לדון בה היא כתובענה ייצוגית.

116. המחוקק הביע באופן חד משמעי את דעתו בדבר התאמתה של תובענה שעניינה הפרת הוראות תיקון 40 לחוק התקשורת להתנהל כתובענה ייצוגית.

117. התופעה המתעצמת במסגרתה מבצעים מפרסמים שיגור מאסיבי של דברי פרסומת באמצעי התקשורת השונים, שיש בה חזירה גסה ובוטה לפרטיות והטרדה של ממש, הנה תופעה שיש לעקור מן השורש. הכלי של תובענה ייצוגית הוא כלי יעיל ומרתיע ויש לעשות בו שימוש, במקרים המתאימים, כדי לבלום את התופעה הפסולה.

118. יש ליתן משקל לחוסר תום הלב של המשיבים, שהרי הם מכירים את האיסורים הקבועים בתיקון 40 לחוק התקשורת, ולמרות זאת הם מפרים הוראות אלה, כשהם מנסים, בעורמה, למכור את מוצריהם **תוך הטרדת נמענים רבים וחזירה לפרטיותם.**

119. לבקשה זו מצורפים תצהיריהם של המבקשים, לתמיכה בעובדות המפורטות בבקשה.

120. לפיכך, בית המשפט הנכבד מתבקש לאשר את הבקשה ולדון בתובענה המצורפת לה כתובענה ייצוגית וכן להורות על הסעדים המפורטים בסעיף 113 לעיל.

121. מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשה.



נפתלי גרוס, עו"ד
ב"כ המבקשים