

המבקשים:

1. **קובי סודרי, עו"ד, ת.ז. 022498133**

מרח' פנחס רוזן 72 תל אביב-יפו

(התובעים)

2. **אשרף אבו ראזק, עו"ד, ת.ז. 040237414**

מרחוב אצ"ל 4/8 רמלה

שניהם ע"י ב"כ עוה"ד יצחק אבירם (16689) ו/או נועם שכנר

ו/או קובי סודרי ואח'

מבית עוז, רח' אבא הלל סילבר 14, רמת גן 52506

טל': 03-6110505 פקס: 03-7522095

- נגד -

המשיבה:

פלאפון תקשורת בע"מ

מדרך יצחק רבין 33, גבעתיים

(הנתבעת)

בקשה לאישור תובענה כייצוגית
לפי חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006

המבקשים מתכבדים להגיש בזאת בקשה לאישורה של התובענה כתובענה ייצוגית לפי חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן, "חוק תובענות ייצוגיות").

הדיון בתובענה זו מתמקד בהאזנות סתר שיטתיות וסדרתיות שמבצעת המשיבה ("פלאפון") לשיחות מסוג הודעות מסר קצר, הנעשות על ידי המשתמשים בשירות הודעות המסר הקצר שלה (שיגור הודעות מסר קצר אל ו-מלקוחות פלאפון).

לבקשה ולכתב התביעה מצורף כרך נספחים המסומנים במספרים. כן מצורפות אסמכתאות שלא פורסמו.

ההדגשות בציטוטים השונים המופיעים בבקשה הוספו כולן, אלא אם נאמר אחרת.

ואלו נימוקי הבקשה:

תוכן עניינים

4	חלק א' - מבוא
7	חלק ב' - אודות פלאפון והמבקשים
7	ב.1. על מקור והיקף סמכויותיה של פלאפון לפעול
9	ב.2. אודות המבקשים ותתי הקבוצות שהם מייצגים
10	ב.3. פלאפון מודה כי היא מעתיקה ושומרת את התוכן של הודעות המסר קצר
12	ב.4. פניית המבקשים לרשם מאגרי המידע
13	ב.5. חברות הרדיו-טלפון נייד האחרות אינן שומרות הודעות מסר קצר
14	ב.6. השינוי בהתנהגות המבקשים במשלוח הודעות מסר קצר
15	חלק ג' - המסגרת המשפטית
15	ג.1. הזכות לפרטיות כזכות יסוד
17	ג.2. הרשיון של פלאפון מחייב הגנה על הפרטיות ו"אישור בכתב"
18	ג.3. העתקת ושמירת הודעות מסר קצר מהוות האזנת סתר אסורה
20	ג.4. העתקת ושמירת הודעות המסר הקצר מהוות פגיעה בפרטיות
22	ג.5. התייחסות לטענות של פלאפון
22	ג.5.א. - עיקרי הטענות של פלאפון
23	ג.5.ב. - לפלאפון אין היתר או הסכמה לפגיעות בפרטיות המבקשים
24	ג.5.ג. - העדר הצפיות שולל את קיומה של "הסכמה מכללא"
25	ג.5.ד. - "מהפכת הניוד" מחריפה את העדר צפיותם של המשתמשים בשירותי פלאפון
25	ג.5.ה. - "הסכמה מכללא" - לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש
27	ג.5.ו. - סירובה של פלאפון לאפשר למנוייה שימוש במאגר המידע - שולל "הסכמה מכללא"
28	ג.5.ז. - גישת פלאפון קורסת לנוכח התעלמותה מן הסירוב המפורש של המבקש 2
28	ג.5.ח. - "מאגר המידע" שנרשם כדין אינו מכשיר את שמירת ההודעות מסר קצר
28	ג.5.ט. - אופן ניהולו של מאגר המידע על ידי פלאפון נעשה שלא כדין ושלא בתום לב
29	ג.6. פוטנציאל הפגיעה הייחודי שיש במעשי פלאפון
33	חלק ד' - עילות התביעה
33	ד.1. תמצית עילות התביעה
34	ד.2. חלופות הפגיעה בפרטיות
35	ד.3. פעילות בניגוד לחוק האזנות סתר, לרשיון והפרת חובה חקוקה

37	ד.4. הפרת חוזה והנזק 'עקב הפרה'
38	ד.5. חוסר תום לב בקיום החוזה
38	ד.6. חוסר תום לב במו"מ לכריתת חוזה, אי גילוי והטעיה
40	ד.7. הנזק שגרמה פלאפון
44	חלק ה' - סוגיית הקשר הסיבתי
44	ה.1. באילו עוולות ולגבי אילו סעדים נדרש להוכיח קשר סיבתי
44	ה.2. אין צורך בהוכחת קשר סיבתי לגבי הפרה של החוק או בעולת אי גילוי סטטוטורי
47	ה.3. לעניין הקשר הסיבתי בעוולות החוזיות
47	ה.4. לעניין הקשר הסיבתי בעוולות ההטעיה
47	ה4(א) - חזקת ההטעיה
50	ה4(ב) - גם אם אין להחיל חזקת הטעיה, הרי שנתקיים קשר סיבתי
51	ה4(ג) - "הצעות מעשיות ומשביעות רצון" לבחינת ההסתמכות הפרטנית (לעניין ההטעיה)
56	חלק ו' - הבקשה לאשר את התובענה כייצוגית
56	ו.1. הנטל המוטל על התובע, קיומה של קבוצה, ושאלת הנזק
56	ו.1(א) - מהו הנטל המוטל על התובע
57	ו.1(ב) - התובעים וחברי הקבוצה אינם צריכים להיות בגדר "צרכן"
58	ו.1(ג) - התובעים וחברי הקבוצה לא צריכים להיות בגדר "מנוי" של פלאפון
61	ו.1(ד) - קיומה של קבוצה והגדרת הקבוצה
61	ו.2. התקיימות תנאי הסף לאישור התובענה כייצוגית
61	תנאי 1 - קיומן של שאלות מהותיות משותפות של עובדה ומשפט
62	(א) השאלות המשותפות
62	(ב) הסעדים המשותפים
64	(ג) אין צורך להידרש לנסיבות הפרטניות של כל לקוח
64	תנאי 2 - תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת לניהול התביעה
65	תנאי 3 - יסוד סביר להניח כי עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת
66	תנאי 4 - יסוד סביר להניח כי עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב
66	חלק ז' - סיכום

חלק א' - מבוא

1. ראובן, גבר נשוי, מנוי בחברת פלאפון, שולח מהטלפון הנייד שלו אל הטלפון הנייד של לאה, שאינה אשתו, המנויה בחברת פרטנר, הודעת מסר קצר כדלקמן: "מתגעגע אליך, בואי נפגש היום בהילטון ב-4". לאה משיבה לו, בהודעת מסר קצר משלה: "לא יכולה לחכות!"

שרה, מזכירה במפעל, שולחת באמצעות תוכנת מסרים קצרים (ICQ) שבמחשבה האישי, הודעת מסר קצר אל הטלפון הנייד של אביב, בעל המפעל, המנוי בפלאפון, כהאי לישנא: "המסמכים שאתה צריך ננעלו לי בכספת, שלח לי דחוף את הקוד". אביב, הזקוק למסמכים בדחיפות, משיב לה: "4", אחרי שני סיבובים ימינה, 17, שלושה סיבובים שמאלה 35 סיבוב אחד ימינה 22".

שמעון, מנוי של חברת סלקום, שולח מהטלפון הנייד שלו אל הטלפון הנייד של עורך דינו אברהם, מנוי של חברת פלאפון, הודעת מסר קצר כדלקמן: "סימסתי תוך כדי נהיגה ועשיתי תאונה! לא יודע מה לעשות! צריך אותך דחוף ואתה לא עונה לי!". עוה"ד אברהם, המצוי בדיון בבית המשפט, משיב לו: "אני בבית המשפט בתל אביב, באולם 458. תגיע לכאן. אל תדבר עם אף אחד לפני שאתה מתייעץ איתי!".

רבקה, מנויה של חברת פלאפון, המחלימה מניתוח שאיבת שומן, שולחת מהטלפון הנייד שלה אל הטלפון הנייד של רופאה, ד"ר אברהם, המנוי גם הוא בחברת פלאפון, הודעת מסר קצר: "נראה לי שהחתך לא מגליד. מתי אוכל לבוא אליך?". אברהם, הנמצא בחו"ל משיב לה: "אני בחו"ל. שלחי לי תמונה של החתך שאתרשם". רבקה מצלמת את החתך בגופה, באמצעות מכשיר הטלפון הנייד שלה, ושולחת לד"ר אברהם את התמונה, בהודעת מסר קצר מסוג MMS.

2. כל אלו הן דוגמאות מוחשיות למושג "הודעת מסר קצר", המוגדר בסעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982:

"מסר בזק הכולל כתב, לרבות אותות או סימנים, או מסר בזק הכולל חוזי או שמע, ומועבר באמצעות רשת בזק ציבורית אל ציוד קצה של נמען או קבוצה של נמענים".

מיליוני הודעות מסר קצר כמו אלו ואחרות, הכוללות מידע אישי, מידע רפואי, סודות מסחריים, סודות מקצועיים ושאר עניינים פרטיים, מועברות מידי יום באמצעות חברות הרדיו טלפון הנייד (להלן: "הרט"ן") שבישראל, ובכללן המשיבה ("פלאפון"), בין מנוייהן השונים, ובינם לבין אחרים, מכוח הרשאה שיש להן למתן שירות זה ברשיון הפעלה של משרד התקשורת.

3. ואולם, וזה עניינה של תובענה זו, שככל שהדברים אמורים בפלאפון, הרי שהיא אינה מסתפקת, כמו שאר חברות הרט"ן, בהעברה בלבד של הודעת המסר הקצר, אלא היא מוסיפה **ומעתיקה את התוכן של כל הודעות המסר הקצר המועברות על ידה - הן הנשלחות והן המתקבלות על ידי מנוייה** - וחמור מכך, היא **שומרת, במאגר מידע מיוחד שהקימה לשם כך, את התוכן המלא של הודעת מסר קצר כזו, למשך פרק זמן ממשי נוסף - גם לאחר שהליך העברת ההודעה הסתיים והיא הגיעה לנמענה** (הליך שמשכו שניות). כל זאת, אפילו אם הודעת המסר הקצר נמחקה מיידית ומטעמי זהירות, על ידי שולחה ו/או על ידי מקבלה, מהטלפון הנייד שלו/ה או מהמחשב שלו/ה. והכל, מבלי שיש לפלאפון הסמכה או הרשאה כדין לביצוע הפעולות הללו, מבלי שאיש מבין שולחי ומקבלי ההודעות, מודע לכך, או צופה זאת, ויותר מכך – בניגוד לציפיותו הסבירה ששיחותיו וכתביו נשמרים בסוד.

4. "הזכות לפרטיות היא זכותו של האדם. היא מהחשובה שבזכויות האדם" (ע"פ 1302/92 מ"י נ' נחמיאס, פ"ד מט (3) 309, 353א). הזכות לפרטיות היא גם הזכות שלא יחשפו סודותיך. איסור גילוי סוד בא לידי ביטוי מקדמת דנא, בחרם המיוחס לרבנו גרשום מאור הגולה (אשכנז, המאות הי' - הי"א) על מי שפותח אגרת של חברו ללא נטילת רשות: "חרם שלא לראות בכתב חבירו ששולח לחבירו בלא ידיעתו. ואם זרקו, מותר"¹.
5. האזנה לשיחתו של אדם, ללא ידיעתו או רשותו, היא האזנת סתר אסורה והיא גם פגיעה בוטה בפרטיותו.
6. "הודעת מסר קצר" היא מסר של "בזק" כהגדרתו בדין וברשיון של פלאפון, ובהתאם היא גם בגדר "שיחה", כהגדרתה בחוק האזנת סתר.
7. פלאפון מודה, באמצעות סגן היועץ המשפטי שלה, כי היא מעתיקה ושומרת את העתקי התוכן של כל הודעות המסר הקצר המועברות על ידה, למשך פרק זמן "הקצר מחודש".
8. למען הסר ספק יודגש, אין המדובר רק בשמירת "נתוני תקשורת" (כמו שעת שיגור ההודעה, מספרי הטלפון של השולח או הנמען, משך ההודעה וכיו"ב), אלא בשמירה של התוכן המלא, של כל תו ותג, של מה שנכתב או נשלח בהודעה.
9. מעשיה אלו של פלאפון - שבהם היא מודה - מהווים, איפוא, האזנת סתר אסורה והם מכוננים, בנוסף, שורה ארוכה של פגיעות בפרטיות, הפרת חובות חקוקות, הפרת חובות חוזיות וצרכניות, כלפי מיליוני אנשים בישראל ומחוצה לה.
10. לא זו אף זו, מעבר לנזק העולה מעצם הפגיעה בפרטיות ובאוטונומיה של הלקוחות, מתקיים פוטנציאל נזק עצום, מהאפשרות לנגישותם של צדדים שלישיים המעוניינים באותו מידע (רשויות חקירה, מתחרים עסקיים, חורשי רעה וכיו"ב) - לתוכן של השיחות השמורות במאגר המידע.
11. מעשיה של פלאפון נעשים ללא סמכות, ללא רשות, ללא הצדק וללא הצדקה.
12. התובענה והבקשה לאישורה כייצוגית נועדו לתקן את המצב הקיים בו פלאפון מבצעת האזנות סתר שיטתיות וסדרתיות ל"שיחות" - הודעות מסר קצר המועברות על ידי פלאפון אל וממנוי פלאפון.
13. חברי הקבוצה בעניינה מוגשת תובענה ייצוגית זו (להלן גם "הלקוחות") הינם מיליוני אנשים, המשתמשים בשירות העברת הודעות מסר קצר של פלאפון, חלקם מנויים של פלאפון וחלקם רק משתמשים בשירות לקבלה או להעברה של הודעת מסר קצר אל מנוי של פלאפון או קבלת הודעת מסר קצר ממנוי של פלאפון..
14. במסגרת זו, יתבקש בית המשפט ליתן כמה סעדים כנגד פלאפון, וביניהם:
- א. צו המחייב את פלאפון למחוק את "מאגר המידע" שיצרה לשמירת הודעות מסר קצר וכל תיעוד שלו.
- ב. צו האוסר על פלאפון לשמור את כל הודעות מסר קצר המועברות על ידה, והמחייב את פלאפון לבצע את הוראות הדין בדקדקנות.

¹ תקנות רבינו גרשום, המובאות בשו"ת המהר"ם מרוטנברג (ר' מאיר בן ברוך, גרמניה, המאה הי"ג) לאחר סימן תתרכב.

ג. אם לא יינתן צו כאמור, יתבקש בית המשפט ליתן צו המחייב את פלאפון להודיע לכל מי שעושה שימוש בשירות הודעת המסר הקצר שלה, על מנהגה לשמור את הודעות המסר הקצר, ולקבל את הסכמתו המפורשת לכך.

15. לנוכח טיב מעשיה של פלאפון, לנוכח ההיקף המספרי של הנפגעים מהם ולנוכח טיב הסעדים המתבקשים, הרי שהמסגרת של התובענה הייצוגית היא המסגרת המשפטית המתאימה ביותר לצורך העניין.

16. בקשר לכך יודגש, כי קודם להגשת התביעה, עשו המבקשים, כל שלא ידם על מנת להבהיר לפלאפון את הפסול והחומרה שבמנהגה. אלא שפלאפון דחתה את הסברם ומבוקשם זה והעדיפה להמשיך במעשיה הלאה. פלאפון בחרה להתעלם מהמבקשים, כמו גם מהפרטיות של מיליוני אנשים המשגרים הודעות מסר קצר אל ומהמערכת של פלאפון. כמוכן שפלאפון גם בחרה ביודעין להתעלם מן הדין, שהובהר לה היטב. בכך נשתכלל אצל פלאפון ואצל בעלי התפקידים בה גם היסוד הנפשי הנדרש להוכחת ביצוע עבירה על החוקים הרלוונטיים. על כן, יש לקוות, יתנו את הדין במסגרת המתאימה.

חלק ב' - אודות פלאפון והמבקשים

17. בחלק זה נפרט אודות פלאפון, אודות שירות הודעות מסר קצר, ואודות המבקשים והמגעים שלהם עם פלאפון ועם רשם מאגרי המידע במשרד המשפטים.

1.1. על מקור והיקף סמכויותיה של פלאפון לפעול

18. חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: "חוק התקשורת") קובע בסעיף 2(ב) חובת רשיון לצורך ביצוע פעולות בזק ומתן שירותי בזק. הוא מסמיך בסעיף 4 את שר התקשורת לתת רשיון כזה, והוא מחייב בסעיף 11 כי בעל הרשיון יבצע את פעולות הבזק וייתן את שירותי הבזק, על פי הרשיון שהוענק לו ועל פי התקנות והכללים שנקבעו לפי חוק זה.

19. פלאפון היא תאגיד ששר התקשורת העניק לו בהתאם "רשיון כללי לפלא-פון תקשורת בע"מ למתן שירותי רדיו טלפון נייד בשיטה התאית (רט"ן)" (להלן: "רשיון ההפעלה" או "הרשיון")², ומכוחו של זה, היא מעניקה שירותי רדיו-טלפון נייד.

נספח 1 < מצ"ב תדפיס עמודי תוכן העניינים, ההגדרות והעמודים הרלוונטיים ברשיון פלאפון

20. סעיף 4 לרשיון ההפעלה קובע:

"שמירת דינים והוראות	
4.1	בכל הנוגע להקמת מערכת הרט"ן, קיומה, הפעלתה ותחזוקתה וכן למתן שירותי רט"ן באמצעותה, יפעל בעל הרשיון על פי הוראות כל דין, ובלי לגרוע מכלליות האמור לעיל יקפיד על קיום אלה: (1) הוראות חוק הבזק והתקנות שהותקנו לפיו; (2) פקודת הטלגרף האלחוטי והתקנות שהותקנו לפיו; (3) הוראות מינהל; (4) אמנות בין לאומיות שישראל צד להן, בעניין בזק ורדיו; (5) כל דין או אמנה אחרים שיחולו על בזק ורדיו גם אם נכנסו לתוקפם לאחר מתן הרשיון;
4.2	בעל רשיון יפעל לפי דינים והוראות כאמור בסעיף 4.1 כפי תקפם מזמן לזמן במהלך תקופת הרשיון, לרבות התרופות בשל הפרתם, ויראו אותם חלק בלתי נפרד מתנאיו של הרשיון".

21. אל זה מצטרף סעיף 96 לרשיון ההפעלה, הקובע:

96. "הרשיון כמסמך ממצה	
זכויותיו של בעל הרשיון, חובותיו וסמכויותיו בכל הנוגע להקמתה, קיומה, פיתוחה והפעלתה, של מערכת הרט"ן ומתן שירותי רט"ן באמצעותה, <u>מקורן ברשיון זה והן נובעות ממנו ועל - פיו בלבד</u> "	

22. יוצא מכל אלה, ועל כך עוד נרחיב בהמשך, כי פלאפון היא בבחינת "נותן שירות של העברת מסר בזק, למען זולתו או מטעם זולתו", כאמור בסעיף 1 לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979 (להלן: "חוק האזנת סתר").

² מדובר ב" רשיון כללי לחברת פלאפון תקשורת בע"מ, למתן שירותי רדיו טלפון-נייד בשיטה התאית (רט"ן), נוסח משולב נכון לתאריך 07 במאי 2009. נציין כי ככל שבדיקתנו מוגעת, גרסאות קודמות של הרשיון, המתעדכן מעת לעת, אינן גורעות מן הטיעון של המבקשים.

2.ב. על שירות הודעות מסר קצר שפלאפון מורשית לספק

23. רשיון ההפעלה מגדיר ומסמיך את פלאפון ליתן שירות טלפון בסיסי שהוא :

"העברה ממותגת או מנותבת דו-כיוונית לרבות באמצעות מודם, של דיבור או של מסרי בזק דמויי דיבור, דוגמת אותות פקסימיליה;" (ראה פרק ההגדרות ברשיון ההפעלה)."

וכן, שירות ערך מוסף, שהוא :

"שירות הניתן על יסוד שירות טלפון בסיסי, ואשר ממהותו יכול להינתן גם בידי אחר, לרבות בעל רשיון אחר, שאינו ספק השירות הבסיסי; לעניין שירותי בעל הרשיון, שירות כאמור, המפורט בתוספת הראשונה לרשיון" (ראה פרק ההגדרות ברשיון ההפעלה)."

24. בכללם של אותם שירותי ערך מוסף (ר' פרק 2.3 לתוספת הראשונה של הרשיון) מצויים גם שירותי הודעות כתובות (S.M.S), שהם :

שירותי הודעות כתובות (S.M.S) - העברת הודעות כתובות באמצעות ציוד קצה רט"ן או ממחשב אישי, ברשת בעל הרשיון ולציוד קצה רט"ן ברשת רט"ן אחרת.

25. ללמדנו, ששירות העברת הודעות מסר קצר הוא במסגרת השירות שרשאית פלאפון לתת למנויים שלה.

26. סעיף 74ב. לרשיון ההפעלה מבהיר את טיבה של הודעת מסר קצר (הנקראת בלעז SMS שהם ראשי תיבות של Short Message Service) :

"הודעת מסר קצר" (SMS) - מסר בזק הכולל כתב, לרבות אותות או סימנים, המועבר מציוד קצה המחובר לרשת, אל ציוד קצה המחובר לרשת או המחובר למערכת רט"ן של בעל רשיון רט"ן אחר".

27. שאותו משלימה ההגדרה שבסעיף 30א לחוק התקשורת :

"הודעת מסר קצר" - מסר בזק הכולל כתב, לרבות אותות או סימנים, או מסר בזק הכולל חוזה או שמע, ומועבר באמצעות רשת בזק ציבורית אל ציוד קצה של נמען או קבוצה של נמענים ;

28. תמצית האמור מהגדרותיה ומאפייניה של הודעת מסר קצר, שהיא בבחינת "מסר בזק".

29. שירות הודעות המסר הקצר - שהוא מהשירותים הפופולאריים בציבור - מאפשר לא רק העברת הודעה כתובה (קרי SMS) אלא גם העברת מסרי מולטימדיה הכוללים סרט ו/או תמונות ו/או קול (מה שקרוי בלעז MMS שהם ראשי התיבות של Multimedia Messaging Service) והכל באמצעות פרוטוקול תקשורת מחשבים, בין מכשירי טלפון ניידים (שהם בפני עצמם "מחשב" כהגדרתו של זה בחוק המחשבים, התשנ"ה - 1995), בינם לבין מחשבים ניחים ולהיפך (באמצעות תוכנות מסרים קצרים כדוגמת ICQ או Messenger), ובינם ובין מכשירי טלפון ניחים ולהיפך.

30. להרחבת הדעת, ניתן לעיין באתר האינטרנט של פלאפון שמלמד על האפשרויות הרבות והמגוונות לשגר הודעות מסר קצר, ועל הסוגים הרבים של ההודעות מסר קצר הנולדים חדשות לבקרים. בין היתר מופיע באתר האינטרנט של פלאפון ההסברים על כל אלו, הקשורים להעברת הודעות מסר קצר: איך שולחים ומקבלים הודעת SMS; איך שולחים ומקבלים הודעת MMS; שליחת SMS מהאתר; כוכבית סמס *949; Mail2SMS; עדכוני SMS ו-MMS; ICQ ו-MSN;

31. דא-עקא, בשום מקום באתר האינטרנט אין אזכור של העובדה כי הודעות המסר הקצר המועברות על יד פלאפון - נשמרות על ידה במאגר נתונים, או כי ההודעות ניתנות לאיחזור.

נספח 2 < מצ"ב תדפיס העמודים הרלוונטיים מאתר האינטרנט של פלאפון

32. התובענה שכאן מתייחסת לכל סוגי הודעות המסר הקצר הללו, ככל שהן אכן נשמרות במאגר הנתונים של פלאפון לתקופה כלשהי.

33. **כפי שעוד נרחיב בהמשך, יש במאפיינים אלו של הודעת מסר קצר, לבסס את הגדרתה כ"שיחה"** כמובנה בחוק האזנת סתר; **"מסר אלקטרוני"** כמובנו בחוק חתימה אלקטרונית, התשס"א-2001 (להלן: "חוק חתימה אלקטרונית"); וכ"עניינו הפרטי של אדם" ו"כתב אחר שלא נועד לפרסום" כמובנם בחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הפרטיות").

2.ב. אודות המבקשים ותתי הקבוצות שהם מייצגים

34. המבקש 1, עו"ד בעיסוקו, אינו מנוי של חברת פלאפון אלא של חברת פרטנר תקשורת בע"מ. כחלק בלתי נפרד משגרת יומו ועיסוקו, עושה המבקש 1 שימוש תכוף בשירות הודעות מסר קצר, לצורך ענייניו האישיים והמקצועיים, ובכלל זה, אל מול מנויים של חברת פלאפון ובאמצעותה. יוצא מכאן, כי כל ההודעות שהוא שולח אל ומקבל ממנוי פלאפון - נשמרות אצל פלאפון.

ככזה, מייצג המבקש 1 את תת-קבוצת התובעים הבאה: **כל מי שאינו מנוי של פלאפון, אשר השתמש בשירות העברת הודעות מסר קצר של פלאפון (שלח הודעות מסר קצר אל מנויי פלאפון או קיבל הודעות מסר קצר ממנויי פלאפון).**

35. המבקש 2, אף הוא עו"ד בעיסוקו, הינו מנוי של פלאפון (מס' 050-9922929) מאז חודש מאי 2007 (בתחילה היה המנוי בבעלות העסק המשפחתי של המבקש 2 ובהחזקתו ובשימוש, ובהמשך, מדצמבר 2008, הוא הפך להיות גם הבעלים של המנוי). התקשרותו אל מול פלאפון הוסדרה ב"הסכם למתן שירותי רדיו טלפון". המבקש 2, עושה שימוש בשירות הודעות מסר קצר, כמו זה שעושה המבקש 1, בהבדל אחד, שכל ההודעות שהמבקש 2 שלח/שולח וקיבל/מקבל ממכשיר הרט"ן שלו ברשת פלאפון - נשמרות אצל פלאפון.

ככזה, מייצג המבקש 2 את תת-קבוצת התובעים הבאה: **כל מנוי של פלאפון, אשר השתמש בשירות העברת הודעות מסר קצר של פלאפון, לצורך שליחת או קבלת הודעות מסר קצר.**

נספח 3 < מצ"ב העתק הסכם למתן שירותי רדיו טלפון

נספח 4 < מצ"ב העתק מספר חשבונות טלפון של המבקש 2

3.ב. פלאפון מודה כי היא מעתיקה ושומרת את התוכן של הודעות המסר הקצר

36. במהלך טיפול של המבקש 1 בהליך פלילי שנוהל נגד אחד מלקוחותיו, התגלה לו כי בחומר הראיות נגד אותו לקוח, מצוי העתק התוכן המלא של הודעת מסר קצר ששלח אותו לקוח, בזמן הרלבנטי לאישום נגדו, ואשר אוחזרה על ידי פלאפון, לבקשת המשטרה, בדיעבד, זמן רב לאחר שההודעה נשלחה בפועל.

37. יכולת האחזור הזו של פלאפון, העלתה בלבו של המבקש 1 את החשש, כי למעשה, פלאפון מאזינה להודעות המסר הקצר של מנוייה, והוא פנה לברר עמה את העניין. נציגת הלשכה המשפטית של פלאפון אישרה למבקש 1, בזו הלשון:

"בכל הנוגע לתוכן של הודעות כתובות (SMS) הרי שיש לבדוק כל מקרה לגופו. טווח זמן השמירה ועצם היכולת לאחזר באופן מלא או חלקי, משתנים על פי המערכות השונות המשתתפות בהעברתן. מכל מקום, טווחי הזמן בהם נשמרות הודעות נעים בין 10 ימים ועד חצי שנה מקסימום".

נספח 5 < מצ"ב מכתבה של חברת פלאפון מיום 21/10/2007

38. מאחר וענייני המשפטי של הלקוח לא הצריך, בסופו של יום, את בירור הסוגיה הזו, לא פעל המבקש 1 עוד בעניין. בחלוף הזמן, הביא המבקש 1 לידיעת המבקש 2, אגב אורחא, את מנהגה זה של פלאפון. האחרון, שהוא כאמור מנוי של פלאפון, הופתע מכך מאד, וביקש כי המבקש 1 יפעל בשמו לברר אם הנוהג הזה ממשיך להתקיים.

39. לפיכך, פנה המבקש 1 לפלאפון וביקש לברר האם נוהג השמירה נמשך ומה מקור הסמכות לכך, וכן ביקש לקבל את העתקי ההודעות של המבקש 2 שנשמרו.

נספח 6 < מצ"ב העתק הפניה לפלאפון מיום 2/09/2008

40. לפניה זו, השיב ביום 11/9/08 עו"ד רוזנברג, סגן היועמ"ש של פלאפון, בתשובה אשר מפאת חשיבותה והיותה הודאת בעל דין, נצטט ממנה בהרחבה:

א. סגן היועמ"ש של פלאפון אישר, כי חברת פלאפון אכן נוהגת לשמור אצלה העתקים של הודעות מסר קצר כאמור, של כל מנוייה, וזאת לתקופה בלתי מוגדרת "הקצרה משמעותית מחודש אחד מחודש אחד". ס' 2 למכתבו של עו"ד רוזנברג מגלה כי:

"באשר לתוכן הודעות ה-SMS, הרי שתוכן מלא של ההודעה (להבדיל ממספר תווים ראשונים), נשמר כיום לתקופה הקצרה משמעותית מחודש אחד (התקופה המדוייקת איננה אחידה בכל עת)."

ב. לשיטת סגן היועמ"ש של פלאפון (בס' 1 למכתב) -

"עצם בחירת מרשיך להיות מנויים בחברתנו ולעשות שימוש בשירות זה המסופק על ידה, טומנת בחובה הסכמה (ואף דרישה) לאפשר לחברתנו לעשות שימוש במידע כאמור, לצורך מתן אותה השירות".

ג. סגן היועמ"ש לפלאפון טען עוד (בס' 1 למכתב), כי העתקי הודעות המסר הקצר נשמרים אצלה במאגר מידע הרשום כדין, והכל, כחלק בלתי נפרד מאספקת שירות זה למנוייה:

"יצוין כי לחברתנו עומדת זכות חוקית לנהל מאגר מידע זה, וכי מאגר זה מנוהל ומאובטח כדין"

ד. בקשתו של המבקש 1 לקבל העתקים של הודעות המסר הקצר של המבקש 2 שנשמרו - נדחתה בטענה כי :

“ חברתנו אינה מספקת ללקוחותיה שירות מסוג זה, בין השאר מאחר ומדובר במידע אשר היכולת לשחזרו מוגבלת, הנשמר לצרכים שירותיים פנימי ספציפיים ביותר, במערכת ייעודית אשר איננה מיועדת למתן שירות של הפקת מידע אופן שירותי לבקשת לקוחות”.

נספח 7 < מצ"ב העתק תשובת פלאפון מיום 11/09/2008

41. מכתב זה מהווה הודאת בעל דין של פלאפון, בכל היסודות העובדתיים הנדרשים לבירור התובענה.
42. מכתב זה, גם מגביל את פלאפון לטענה, כי מקור הסמכות עליו היא נשענת בשמירת תכני הודעות המסר הקצר המועברות על ידה, הינו "הסכמה משתמעת" של מנוייה - ודוק: לא הסכמה מפורשת (הנובעת מעצם בחירת המנוי להיות כזה), לא הסמכה בדין ולא הסמכה ברשיון. לא זו אף זו: "הסכמה" כזו יכולה להתקיים (אם בכלל) רק מצד מנויי פלאפון, אך לא מצד אחרים הנאלצים להשתמש בשירות הודעות המסר הקצר של פלאפון, שאינם מנוייה (כמו המבקש 1).
43. המבקשים לא שבעו נחת מתשובתו זו של סגן היועמ"ש לפלאפון, באשר היא נדמתה להם כמתחמקת, ולפיכך, שבו ופנו אליו בדרישה להבהרות שונות לגבי מקור הסמכות "בדין או בחוזה" לפעולותיה של פלאפון, לגבי השאלה האם מדובר גם בהודעות יוצאות וגם בנכנסות ומה היא התקופה המדויקת של שמירת ההודעות. כן נדרשה פלאפון לחדול משמירת ההודעות של המבקש 2.

נספח 8 < מצ"ב העתק הפנייה לפלאפון מיום 14/09/2008

44. מטעם פלאפון השיב שוב עו"ד רוזנברג, סגן היועמ"ש לפלאפון, וזאת בתשובה מיום 4/11/2008. גם כאן מצאנו להביא במלואם את החלקים הרלבנטיים לתשובתו :

- 2" חברתנו מפעילה מאגרי מידע רשומים כדין מכוח חוק הגנת הפרטיות.
3. לפי חוק הגנת הפרטיות, עצם אחזקת מאגר מידע, אינה מהווה פגיעה בפרטיות. חוק הגנת הפרטיות מאפשר קיומם והחזקתם של מאגרי מידע, תוך שהוא קובע כללים לשמירת הפרטיות בהם.
4. החוק נותן לגיטימציה לעצם החזקתו של מאגר מידע (ובלבד שהמאגר מקיים את תנאי החוק) ואין לאדם זכות לדרוש למחוק פרטים מהמאגר.
5. החוק איזן בין הצורך של גופים עסקיים לקיים מאגר מידע (מאגר שבנסיבות העניין כולל מידע על עצם השירותים שהם נותנים) לבין זכותו של אדם לפרטיות. האיזון נמצא בהוראות החוק בעניין טיפולו ואבטחתו של מאגר מידע.
6. למעלה מן הצורך ועל מנת להימנע מהמשך פיתוח שאילתות המשך בעניין, אקדים ואדגיש:
- סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות מכיל רשימה של 11 מקרים המהווים פגיעה בפרטיות. מדובר ברשימה סגורה. התנהגות, מעשה או מחדל שאינם מנויים בסעיף 2, אינם מהווים פגיעה בפרטיות המקנה זכות תביעה (ראה את א. הלם "דיני הגנת הפרטיות" 2003 בע' 61).
7. אכן סעיף 2(1) לחוק הגנת הפרטיות יכול לשמש "חלון" לטענה שיש במעשה הפעלת המאגר משום "בילוש או התחקות אחרי אדם העלולים להטרידו, או הטרדה אחרת" (לשון סעיף 2(1) לחוק הגנת הפרטיות)

8. כוונת המחוקק בסעיף 2(1) לחוק הגנת הפרטיות הייתה למנוע מאדם הטרדה ופגיעה בטרטוריה הפרטית האישית שלו (ראה ד. חי ההגנה על הפרטיות בישראל, 178 (2006)).
9. סעיף 2(1) לחוק הגנת הפרטיות עוסק בשלוש דרכים עיקריות בהן ההטרדה עולה כדי פגיעה בפרטיות: בילוש, התחקות וכן כל דרך הטרדה אחרת. ברם, בבג"ץ 249/82 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים ואח', פ"ד לז(2) 426, 393, קבע כבוד השופט ברק (בתוארו אז) כי:
 "...הביטויים "בילוש או התחקות", בהקשרו של חוק הגנת הפרטיות, עניינם מעקב חיצוני אחר תנועותיו של אדם"
10. מאגר המידע של חברתנו בו מצוייה היסטוריית תעבורת התקשורת שמבצע מנוי נתון, אינו בגדר מעקב חיצוני אחר תנועותיו של אדם. מה עוד שהנגישות אליו אינה מותרת לכל מי שחפץ.
11. לסיום נקודת הסמכות, אחזור על הטענה שכבר העליתי בדבר הסכמה מכללא של המנוי שנתוני התעבורה ישמרו ולו לצורך בירורים עתידיים מסוגים שונים.
12. באשר לשאלה ביחס לנוהלי אבטחה ומידע על חדירה שהייתה. חברת פלאפון מקיימת מערך הבטחה מהטובים והמשוכללים, בדומה למערכת בנקאית. תכלית הנהלים מניעת חדירה לא מורשית למאגרים ואכן אין בנמצא פעולות שזוהו או אותרו לצורכי חדירה לא מורשית למאגרים. נהלים אלה חסויים ואין ניתנים לעיון.
13. באשר לסוג ההודעות הנשמרות המדובר בהודעות נשלחות ומתקבלות.
14. טווח השמירה העכשווי. תקופה הקצרה מחודש ימים ביחס לתוכן המלא של ההודעה.
15. באשר לדרישת העיון. הצורך בדרישה אינו ברור. אם קיים עניין בתוכן ישן, אזי אין תוכן זה בנמצא. אם יש עניין בתוכן חדש המשוגר בימים אלה, הנחה נא את מרשיך לשמור את ההודעות בשיטות הקיימות וכך יוכלו ליהנות מעיון חוזר בזמנם החופשי.
16. הדרישה לאי שמירה איננה מקובלת.
17. אין באמור בתוכן המכתב משום מיצוי כל הטענות מצד חברתנו ואין משום הודאה, וויתור או השתק".

נספח 9 < מצ"ב העתק תשובת פלאפון מיום 4/11/2008

45. חרף פסקה 17 למכתב של פלאפון, גם תשובות אלו של פלאפון, שעל טיב מרכיביהן השונים עוד נעמדו בהרחבה בהמשך, מהוות הודאת בעל דין של פלאפון ביחס לנטען כלפיה, משתיקות אותה, וממחישות את הזלזול של פלאפון בהוראות חוק שונות, ובאינטרסים של לקוחותיה.

4. ב. פניית המבקשים לרשם מאגרי המידע

46. לאור התשובות של פלאפון שצוטטו לעיל, בירר המבקש 1 במרשם מאגרי המידע ומצא כי בין שאר מאגרי המידע הרשומים על שם חברת פלאפון, רשום גם - בכרטיס מאגר מידע מספר 700008533 - מאגר מידע, ששמו: "ACCESS 7 שיוחות ו-SMS" [השגיאה במקור, הח"מ].
 מטרתו של מאגר המידע, מתוארת באותו כרטיס כ-

"מאגר של שיוחות מנויים ו-SMS שעברו דרך מערכת פלאפון, לצורך אספקת השירותים הסלולריים למנויים"

47. לפיכך, פנה המבקש 1, בשם המבקש 2, אל רשם מאגרי המידע, בפנייה מפורטת ומנומקת שכותרתה: "בקשה לביטול ולהתליית תוקף עד למתן החלטה בעניין של רישום בפנקס של מאגר מידע מס' 700008533 של חברת פלאפון תקשורת בע"מ", תוך שהדגיש בה, בין השאר, כי:

"אמנם, למרשי פתוחה הדרך להגיש תובענה לבית המשפט, על סירובה זה של חברת פלאפון, אלא שבנסיבות העניין, יהא בכך בבחינת פתרון קונקרטי ביחס למרשי, בעוד נדרש כאן פתרון כולל, לטובת שלטון החוק ולמען כל מנויי פלאפון באשר הם. עוד יוער, כי מאז נודע למרשי דבר מנהגה של פלאפון כאמור, הוא צמצם והגביל את השימוש שהוא עושה בשירות הודעות המסר הקצר שלה, ובנוסף, הוא פועל בימים אלה לביטול החוזה שבינו לבין חברת פלאפון."

נספח 10 < מצ"ב פניית המבקש לרשם מאגרי המידע מיום 1 לינואר 2009

48. לפנייתו השיבה עו"ד רבקי דב"ש, מנהלת מחלקת רישום ופיקוח ברשות למשפט, טכנולוגיה ומידע במשרד המשפטים, כהאי לישנא:

"מבלי להתייחס לגופה של התלונה או לטיעונים המשפטיים המועלים בה, אבהיר כי העובדה שבעל מאגר מידע מילא חובתו לפי סעיף 8 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 ורשם את מאגר המידע שברשותו, אין בה כשלעצמה כדי להעיד כי בעל מאגר המידע ממלא אחר כל חובותיו המהותיות לפי החוק (כגון, שימוש למטרה לשמה נמסר המידע, זכות העיון וכו')."

נספח 11 < מצ"ב תשובת הרשות למשפט, טכנולוגיה ומידע מיום 25 לפברואר 2009

49. תשובה זו כשלעצמה, וכפי שעוד נרחיב בהמשך, שומטת את הקרקע תחת כל טענת "סמכות" או "כשרות" אפשרית למעשיה של פלאפון, כפי שניסה לטעון סגן היועמ"ש שלה.

50. מכל מקום, מעבר להבהרה זו, לא קיבלו המבקשים, עד ליום הגשת תובענה זו, שום תשובה נוספת לפנייתם אל רשם מאגרי המידע (או הרשות למשפט, טכנולוגיה ומידע במשרד המשפטים).

5.ב. חברות הרדיו-טלפון נייד האחרות אינן שומרות הודעות מסר קצר

51. מבדיקה שביצעו המבקשים בחברות הרדיו-טלפון הנייד האחרות בישראל - מירס, סלקום ואורנג' - עולה כי אלו אינן נוהגות כמו פלאפון, ואינן שומרות את העתקי הודעות המסר הקצר המועברות על ידן.

נספח 12 < מצ"ב תשובות חברות הרדיו-טלפון הנייד האחרות

52. לשון אחרת, פלאפון סוטה לא רק מהדין, אלא גם מהנוהג המקובל בתחום בו היא פועלת, וסטייתה זו גם ממחישה עד כמה התנהלותה מנוגדת לצפיותם הסבירה של המשתמשים בשירות הודעות המסר הקצר שלה.

53. השוני המוחלט מן המקובל והנהוג על ידי חברות הרט"ן האחרות, שולל את טענת המשיבה ל"הסכמה מכללא". כאשר מדובר בנוהג כל כך בלתי-מקובל, שפגיעתו בפרטיות כה קשה, לא ניתן להסיק "הסכמה מכללא".

6. ב. השינוי בהתנהגות המבקשים במשלוח הודעות מסר קצר

54. אף ששני המבקשים הינם עורכי דין בהכשרתם ובעיסוקם, הרי שגם הם לא תפסו מלכתחילה את המובן והמלא והמקיף של מעשי פלאפון, והעוולות הנובעות מהם. רק במהלך ההתכתבות מול פלאפון, מול רשם מאגרי המידע ובהמשך, במהלך הכנתה של התובענה שכאן, התחוורו להם שלב אחר שלב מהות והיקף הדברים. ההתפתחות בתובנת המבקשים השליכה בהתאם על התנהגותם.

55. כאמור, המנוי של המבקש 2 היה מנוי של עסק משפחתי, במסלול עסקי. עם סגירת העסק (מינימרקט) ביקש המבקש 2 כי תבוטל החבילה העסקית, שהיתה יקרה מאוד. לאחר דין ודברים שנמשך זמן רב מול מחלקת קשרי לקוחות של פלאפון, אושר למבקש "אישור חריג" לעבור למסלול פרטי, תוך ביטול החבילות הקיימות, וזאת בתנאי שהמבקש 2 יתחייב אישית לגבי המשך תקופת ההתחייבות המקורית. כך נעשה ביום 7/12/2008. בכך ירד מיידית החיוב החודשי בסכום ניכר, כפי שרצה המבקש 2.

56. לאחר שהמבקש 2 העביר את הבעלות על קו הטלפון מן העסק המשפחתי - לבעלותו, והצטרך לשינוי של מסלול החיוב הנוגע לקו הזה במסגרת תקופת ההתחייבות המקורית לפלאפון, הוא ביקש ביום 1/1/2009 - במקביל לפנייתו אל רשם מאגרי המידע - להתיר את החוזה בינו לבין פלאפון בגין התנהגותה נשוא תובענה זו. פלאפון שבה ודחתה את טענתו בדבר פסול שנפל בהתנהגותה, והתנתה את הסכמתה להתרת ההתחייבות בתשלום "קנס יציאה".

נספח 13 < מצ"ב התכתבות מול פלאפון לעניין התרת ההתחייבות (פניית המבקשים ותשובת פלאפון כולל צרופתה)

57. לנוכח תשובתה זו של פלאפון רכש לו המבקש 2 מנוי חדש בחברת רט"ן אחרת, אליו העביר את עיקר הפעילות הטלפונית שלו. חשוב מכך, במקרים הבודדים בהם שלח הודעות מסר קצר ממנוי הפלאפון, הוא נקט צנזורה עצמית של תוכן ההודעה. למעשה, בחודשים שקדמו להגשת התובענה, המבקש 2 הפסיק כמעט לחלוטין לשגר הודעות מסר קצר ממנוי פלאפון, למעט הודעות בודדות. וזאת, ביחס למאות הודעות ששיגר וקיבל מדי חודש במהלך שנת 2008 ו-2007.

58. במהלך הכנת תובענה זו, הפנימו המבקשים כי מעשיה של פלאפון פוגעים לא רק במנוייה, אלא גם במנויי חברות רט"ן אחרות (כמו המבקש 1), הנאלצים להשתמש בשירות הודעות המסר הקצר של פלאפון, כאשר הם מתכתבים במסר קצר עם מנויי פלאפון. יתרה מזאת, הם הבינו, כי לנוכח 'מהפכת הנייד' שחלה בשוק התקשורת הישראלי (ראה הרחבה לטיבה של זו בפרק ג.5.ד לבקשה), אין באפשרותם עוד לזהות על פי קידומת מספר הטלפון הנייד של פלוני עמו הם מתכתבים, באיזו חברת רט"ן הוא מנוי, ולפיכך מצויה תמיד האפשרות, כי הלה הינו מנוי של פלאפון. כתוצאה מכך, נאלצו המבקשים, בכל מקרה שבו לא חפצו שפלאפון תשמור עותק מהודעות "רגישות" שלהם, לצנזר ולהגביל את תוכן ההודעות הנשלחות מאצלם לאחרים, ובמקרים מסוימים אף להימנע בשל כך משלוח הודעת מסר קצר ולהעדיף במקום כך שיחה טלפונית ממש.

59. כך לגבי ההווה והעתיד. לגבי העבר מצהירים שני המבקשים בתצהיריהם כי אילו היתה פלאפון מגלה להם וליתר הלקוחות כי היא שומרת את תוכן ההודעות במאגר מידע, היו נמנעים משיגור של הודעות מסר קצר רבות אשר שיגרו בשנים האחרונות, ובהם תוכן פרטי ו/או מקצועי ו/או רפואי ו/או עסקי ו/או כל תוכן אחר שאינם חפצים שיהיה לו תיעוד במערכת של פלאפון, שהוא מבחינתם "תוכן רגיש". שמירת ההודעות במאגר המידע של פלאפון פגעה פגיעה של ממש בפרטיות שלהם. אי הגילוי על כך שההודעות נשמרות, וניתנות לאחזור, פגעה באוטונומיה הצרכנית שלהם.

60. המבקש מס' 2 אף מצהיר כי אילו ידע לפני התקשרותו עם פלאפון שהודעותיו נשמרות וניתנות לאיחזור לבקשתם של זרים, היה נמנע כליל מלהתקשר עם פלאפון בהסכם.

61. בהצטבר הנסיבות העובדתיות שפורטו לעיל, לנוכח התמשכות מנהגה של פלאפון ובהעדר מזור לכך, אין מנוס למבקשים אלא להגיש את התובענה דן.

חלק ג' - המסגרת המשפטית

1.ג. הזכות לפרטיות כזכות יסוד

62. המנהג של פלאפון לשמור תוכן הודעות מסר קצר, במהותו ובאופיו, מהווה פגיעה בפרטיות. על כן, מן הראוי להקדים הסבר בעניין מהותה של זכות היסוד לפרטיות, ובעניין אמות המידה הנובעות ממנה, בפרשנותם של התנהגויות, דינים ונהלים.
63. הזכות לפרטיות מקודשת במשפט הבינלאומי, ובין היתר היא מוכרת במפורש בהכרזה האוניברסאלית על זכויות האדם מ-1948 (סעיף 12), באמנה הבינלאומית על זכויות אזרחיות ופוליטיות מ-1966 (סעיף 17) ובאמנה האירופאית על זכות האדם וחירויות היסוד (סעיף 8).
64. הזכות לפרטיות התקיימה במשפט הישראלי מקדמת דנא. היא זכתה לעיגון חוקי ראשון בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ולעיגון חוקתי בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, הקובע בסעיף 7 שלו:

7. פרטיות וצנעת הפרט

- (א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.
(ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.
(ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.
(ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו.

"בכך הוכרה זכות חוקתית לפרטיות בהיקף רחב יותר מהיקפה של הפרטיות בחוק הגנת הפרטיות. אכן, מכוחו של חוק היסוד הפכה הפרטיות לזכות חוקתית-על-חוקית" (בג"צ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 470, 456).

"הזכות לפרטיות - כמו הזכות לכבוד האדם אליה היא קשורה בקשר הדוק - מבוססת על האוטונומיה של הפרט... "הכרה בפרטיות היא ההכרה באדם כפרט אוטונומי הזכאי לייחוד אל מול האחרים. ייחוד זה הוא המאפשר לאדם להתבצר באישיותו כבעלת משמעות הראויה לכיבוד" ... "עניינה של זכות הפרטיות הוא... באינטרס האישי של האדם בפיתוח האוטונומיה שלו, במנוחת נפשו, בזכותו להיות עם עצמו ובזכותו לכבוד ולחירות"..." הפרטיות נועדה לאפשר לפרט "תחום מחייה" שבו הוא הקובע את דרכי התנהלותו, בלא מעורבותה של החברה. בתחום זה האדם הוא עם עצמו. זו "הזכות להעזב לנפשו" (בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה ואח' (לא פורסם), בפסקה 10 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; וראה עוד בג"צ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 470, 456; ע"פ 5026/97 גלעם נ' מ"י (לא פורסם) בג"צ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים, פ"ד נח(4) 842, 856; ע"א 8825/03 שירותי בריאות כללית נ' משרד הבטחון, פדאור (לא פורסם) 07 (10) 338; ז' סגל "הזכות לפרטיות אל מול הזכות לדעת" עיוני משפט ט (תשמ"ג) 175, 175 (להלן סגל)).

65. כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכות החוקתית לפרטיות (ר' סעיף 11 בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), ואין לפגוע בה, אלא על דרך "פיסקת ההגבלה" (סעיף 8 לחוק היסוד). ר' גם בש"פ 4481/00 יחזקאלי נ' מ"י, פ"ד נד (5) 245, 249; ר' בג"צ 6650/04 פלונית נ' בית-הדין הרבני האזורי בנתניה, פדאור (לא פורסם) 06 (10) 235, בפסקה 9.

66. זאת ועוד, ההכרה בזכות לפרטיות כזכות יסוד, היא בעלת השלכה נורמטיבית משמעותית:

"עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הועלה מעמדן של זכויות האדם המעוגנות במסגרתו למעמד חוקתי-על-חוקי. בכך נוצר שינוי במציאות

הנורמטיבית שלנו. שינוי זה מתבטא בראש ובראשונה באפשרות לביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים שהתקבלו לאחר קבלתם של חוקי היסוד. עם זאת, בכך בלבד אין כדי למצות את מלוא היקף השפעתה של חקיקת-היסוד האמורה. רוחם ועקרונותיהם של חוקי היסוד מקרינים על כל ענפי המשפט ומשפיעים על מושגי-יסוד ותפיסות-יסוד הנוהגים במסגרתם. בין היתר, כאמור, משפיעים הם על פרשנותה של החקיקה שהתקבלה טרם חוקי היסוד בדבר זכויות האדם.

בהקשר זה יודגש כי מראשית ימיו הכיר בית-משפט זה בזכויות הפרט והתחשב בהן במסגרת פרשנותם של דברי חקיקה קיימים. אף בטרם חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, קבע בית-משפט זה כי "...תכליתו של כל דבר חקיקה היא לקיים ולשמר זכויות יסוד ולא לפגוע בהן" (דברי השופט ברק בע"א 524/88 "פרי העמק" אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב, פ"ד מה(4) 529, 561). עם זאת, נראה כי לאחר חקיקתם של חוקי היסוד, הודגשה החובה להתחשב בזכויות המעוגנות בהם במסגרת פרשנותם של דברי חקיקה קיימים, ובנסיבות מתאימות אף גדל המשקל שיש ליתן לזכויות אלה ביחס לערכים ולאינטרסים ציבוריים מתחרים". (ע"פ 5121/98 טור' רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי ואח' פדאור (לא פורסם) 06 (9) 626, בפיסקה 31 לפסק דינה של כבוד הנשיאה ד' ביניש).

יוצא מכל אלה, וזה החשוב לענייננו, כי פרשנות כל הטענות המועלות בתובענה זו, צריכה להיעשות דרך הפריזמה הדווקנית הזו של זכות היסוד לפרטיות.

67. המחוקק לא צעד לבדו. בתי המשפט יישמו את ההגנה על הזכות לפרטיות, והם גם התאימו אותה להתפתחות הטכנולוגית המואצת, ולהפיכתם של המחשב האישי ובכללו גם הטלפון-הנייד, לחלק בלתי נפרד מההוויה האנושית, ובהתאם - לחלק בלתי נפרד מענייני הפרטיים של אדם:

"אכן, צודקת המדינה בעמדתה כי העבירות המיוחסות לעוררים חמורות, במיוחד בשל היותן נגועות בפגיעה קשה בפרטיות. החדירה למחשבו האישי של אדם גרועה לא פחות מן הפריצה לביתו. ביתו של אדם הוא מבצרו, ומחשבו האישי הוא פינת הסתר החבויה במבצר, הוא המגירה האישית של בעליו, והוא אוצר בתוכו, תכופות, מידע פרטי, אישי, ולעיתים כמס. החדירה אל המחשב האישי כמוה כחיטוט בחפציו האינטימיים. המגירה האישית אינה רק זו המצויה בשולחן העבודה של האדם. היה אפילו מי שראה בשקיות האשפה שמשליך אדם מאגר אישי ופרטי לא פחות מזה המצוי במגירת השולחן, או לענייננו, במחשב האישי. עמד על-כך השופט W. Brennan בדעת המיעוט המאלפת שהשמיע בפרשת: California v. Greenwood, 486 U.S. 35, 45- (1988) 46 (בתרגום חפשי):

שקית אחת של אשפה מעידה בהירות מרשימה על מזונו של מי שהפיקה, על מנהגי הקריאה שלו ועל תרבות הפנאי שלו. חיפוש בה, כמוהו כחיפוש בחדר המיטות של אדם, והוא יכול לספר על ענייניו האינטימיים ביותר של אדם - על בריאותו, על חיי המין שלו ועל ההגינה האישית שלו. פשפוש שכזה, כמוהו כחיטוט במגירת השולחן וכמוהו כציתות לשיחות הטלפון; הוא חושף את מעמדו הפיננסי של אדם ואת מעמדו המקצועי; את נטיותיו הפוליטיות ואת מחשבותיו הכמוסות ביותר; את קשריו האישיים ואת ענייניו הרומנטיים. אין עולה עליו בפגיעה באינטימיות של האדם, זו הנקשרת לקדושת ביתו ולקדושת הפרטיות.

כך שקית אחת של אשפה, כך מגירת השולחן, וכך גם המחשב האישי". (בש"פ 7368/05 אסף זלוטובסקי נ' מ"י [פדאור (לא פורסם) 05 (20) 652], עמוד 4-3).

"גם אותם קבצים שאינם מכילים תוכן פרטי, טומנים בחובם את הידיעה כי פלוני הקרבן עיין בהם בזמן ובמקום מסוים (ואף אם נאמר כי השיטוט ברחבי האינטרנט חשוף מטבעו למעקב מסוים, אין הטענה מהווה הגנה. ראו ע"פ 2126/05 סברי ג'רייס נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) ... השגת מידע זה אינה נופלת מהעתקת "תוכן של מכתב או כתב אחר שלא נועד לפרסום" (סעיף 2(5) לחוק הגנת הפרטיות), ומהווה לכאורה "בילוש או התחקות אחרי אדם,

העלולים להטרידו" (סעיף 12(1) לחוק) - שניהם, בהגדרה, פגיעה בפרטיות. לדידי, גם בגדרי סעיף חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בחירתו של אדם במה יעניין, היכן יגלוש ועם מי יתקשר היא "רשות יחיד" ו"סוד שיח" (סעיף 7(ב) וסעיף 7(ד) לחוק היסוד). " (בש"פ 6640/06 קרוכמל נ' מ"י, פדאור (לא פורסם) 06 (20) 559 (להלן, עניין קרוכמל))

68. לאור מושכלות יסוד אלו, נבחן את הדברים להלן.

ג. הרשיון של פלאפון מחייב הגנה על הפרטיות ו"אישור בכתב"

69. כאמור, פלאפון פועלת מכוח רשיון שהעניק לה משרד התקשורת (ר' **נספח 1** לעיל), וזה קובע בסעיף 96 שלו, שכותרתו "הרשיון כמסמך ממצה" כך:

זכויותיו של בעל הרשיון, חובותיו וסמכויותיו בכל הנוגע להקמתה, קיומה, פיתוחה והפעלתה, של מערכת הרט"ן ומתן שירותי רט"ן באמצעותה, מקורן ברשיון זה והן נובעות ממנו ועל-פיו בלבד.

70. ואילו סעיף 65 שכותרתו "הגנה על פרטיות המנוי" קובע:

65.1. בלי לגרוע מהוראות החוק, חוק האזנות סתר, התשל"ט-1979, חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, או כל דין אחר לעניין הגנה על פרטיותו של אדם, אין בעל הרשיון רשאי להאזין לטלפון או לתקשורת אחרת של מנוי ללא אישור בכתב של המנוי, פרט לשם בקרה על טיב השירות ואיכותו או מניעת הונאות".

65.2. בכפוף לאמור בסעיף 65א, בעל הרשיון, עובדיו, שלוחיו וכל מי מטעמו אינם רשאים לגלות רשימות או מסמכים בהם רשומים שם ומען של מנוי או כל מידע אחר הנוגע אליו, לרבות פרטי החשבון, תנועת שיחות, זמניהן ויעדן לאדם כלשהו פרט למנוי או למי שהסמיך המנוי לכך.

65.3. על אף האמור בסעיף 65.2, רשאי בעל הרשיון לעשות את אלה:

(א) למסור את פרטי המנוי לבעל רשיון אחר לשם גביית כספים המגיעים לו מהמנוי בגין שירותים שסיפק לו באמצעות הרשת, ובלבד שהמידע המועבר נחוץ לשם גביית כספים ועריכת חשבונות, ובעל הרשיון האחר התחייב לשמור על פרטיות המנויים;

(ב) להעביר פרטי מנוי לאחר, ככל שהנתונים נמצאים ברשותו, על פי סמכות שבדין.

71. זו היא נקודת המוצא של הדיון: הרשיון של פלאפון, שממנו היא יונקת את חיותה, את זכויותיה ואת חובותיה, מכפיף את עצמו ואת פעולותיה להוראות "כל דין אחר לעניין הגנה על פרטיותו של אדם". ולאור זאת, "אין בעל הרשיון רשאי להאזין לטלפון או לתקשורת אחרת של מנוי ללא אישור בכתב של המנוי". ברי כי "הסכמה מכללא" אינה מגבשת "אישור בכתב".

72. אגב, מדובר בכלל בסיסי וראשי בכל הרשיון, לא רק בענייני הגנה על הפרטיות. הרשיון אינו מקנה לפלאפון היתר לעבור על הדין. כבר בסעיף 5 ברשיון, שכותרתו "חובת היתר לפי כל דין אחר", מותנה כי -

אין במתן רשיון זה כדי לפטור את בעל הרשיון מן החובה לקבל, לענין ביצוע הרשיון, כל רשיון, היתר, אישור או הסכמה לפי כל דין אחר.

ג.3. העתקת ושמירת הודעות מסר קצר מהוות האזנת סתר אסורה

73. קובע סעיף 1 לחוק האזנת סתר :

"שיחה" - בדיבור או בבזק, לרבות בטלפון, בטלפון אלחוטי, ברדיו טלפון נייד, במכשיר קשר אלחוטי, בפקסימיליה, בטלקס, בטלפרינטר או בתקשורת בין מחשבים;
"בזק" - סימנים, אותות, כתב, צורות חזותיות, קולות או מידע, המועברים באמצעות תיל, אלחוט, מערכת אופטית או מערכת אלקטרומגנטית אחרת;

כאמור, הודעת מסר קצר היא "בזק". כך לפי סעיף 30א. לחוק התקשורת:

"הודעת מסר קצר" - מסר בזק הכולל כתב, לרבות אותות או סימנים, או מסר בזק הכולל חוזי או שמע, ומועבר באמצעות רשת בזק ציבורית אל ציוד קצה של נמען או קבוצה של נמענים;

וכך מגדיר סעיף 74ב. לרשיון ההפעלה של פלאפון:

"הודעת מסר קצר" (SMS) - מסר בזק הכולל כתב, לרבות אותות או סימנים, המועבר מציוד קצה המחובר לרשת, אל ציוד קצה המחובר לרשת או המחובר למערכת רט"ן של בעל רשיון רט"ן אחר.

יוצא מכאן, כי הודעת מסר קצר היא "שיחה" כהגדרתה בחוק האזנת סתר.

74. סעיף 1 לחוק האזנת סתר, מגדיר עוד:

"האזנה - האזנה לשיחת הזולת, קליטה או העתקה של שיחת הזולת, והכל באמצעות מכשיר";

מעת שפלאפון מעתיקה ושומרת את הודעות המסר הקצר המועברות על ידה, הריהי "מאזינה" להן.

75. סעיף 1 לחוק האזנת סתר מוסיף ומגדיר:

"האזנת סתר - האזנה ללא הסכמה של אף אחד מבעלי השיחה".

כאשר "בעלי שיחה" מוגדרים כ:

- | | |
|-----|---|
| (1) | המדבר; |
| (2) | מי שהשיחה מיועדת אליו; |
| (3) | המשדר בבזק; |
| (4) | מי שהמסר המועבר בבזק מיועד להיקלט אצלו; |
- למעט הנותן שירות של העברת מסר בבזק, למען זולתו או מטעם זולתו;

76. מן האמור יוצא, כי "בעלי שיחה" בהודעת מסר קצר, הם רק שולח ההודעה ונמענה, ואילו נותן

שירות העברת המסר - בענייננו פלאפון - אינו נחשב בשום פנים ואופן כ"בעל שיחה", ולפיכך הוא חייב בהסכמת מי מהם להאזנה כדין לשיחתם.

77. ההסכמה הנדרשת מצד "בעל שיחה" כדי להכשיר האזנה לשיחתו - היא הסכמה מפורשת בלבד, כעולה מתכליתו הפרשנית של חוק האזנת סתר, המעניק הגנה מיוחדת בפני פגיעה אפשרית בסוד שיחו של אדם. בענייננו, לא מסכים אף אחד מ"בעלי השיחה" של הודעת מסר קצר, להאזנה לשיחתו זו ע"י פלאפון. לא הסכמה מפורשת, ואפילו לא הסכמה משתמעת, שהרי איש מ"בעלי השיחה" **כלל אינו יודע** שפלאפון פועלת כך, ופלאפון גם **נמנעת מליידע** את מי מ"בעלי השיחה" על מנהגה זה, בין אם הוא מנוי שלה ובין אם לאו (ראה ההסכם למתן שירותי רדיו-טלפון של פלאפון עם המבקש 2 ותדפיס הפרסומים באתר האינטרנט שלה).

78. כאן המקום לציין, כי בהמשך דברינו (ראה הפרק המתייחס לטענות ההצדק שהעלתה פלאפון למעשיה) נסביר כיצד אפילו תתקבל טענת פלאפון, כי מספיקה "הסכמה משתמעת" של "בעל שיחה" להכשרת האזנה לשיחתו, ואפילו תתקבל טענתה, כי התקיימה הסכמה כזו מצד מי מ"בעלי השיחה", עדיין אין בכך כדי להושיעה, באשר הסכמה משתמעת כזו מתקיימת, לכל היותר, לפרק הזמן הדרוש לשם העברת הודעת המסר הקצר משולחה לנמענה, ובשום פנים ואופן לא להמשך שמירתה מעבר לכך, כפי שעושה פלאפון, או בלשון אחרת: מעשי פלאפון חורגים מגדר ההסכמה המשתמעת של "בעל השיחה" להאזנה לשיחותיו.

אשר על כן, **העתקת ושמירת הודעות המסר הקצר על ידי פלאפון, היא בבחינת האזנת סתר.**

79. האזנת סתר היא אסורה, אלא אם היה לה היתר כדון, או שהיא נמנית על מקרים חריגים שאינם מצריכים היתר. סוגי ההיתרים כדון לביצועה של האזנת סתר, מפורטים בסעיפים 4; 5; 6; 7; 9 לחוק האזנת סתר, והם מתייחסים למקרים קונקרטיים של **צורך בגילוי עבירות ועבריינים**. פשיטא, שאף אחד מאלה אינו מתקיים בענייננו, והתובענה אינה מתייחסת לסוג כזה של האזנות סתר. לחריגים אלה יש עם זאת השלכה לענייננו, בהדגישם את המשורה אותה נוקט המחוקק, לגבי היתרים לביצועה של האזנת סתר.

80. המקרים החריגים, שאינם מצריכים היתר, מפורטים בסעיף 8 לחוק האזנת סתר, והם כוללים 5 מצבים, אשר על פניו ארבעה מהם (אלו שבס"ק (1)-(3) ו-(5)) כלל אינם רלבנטיים לענייננו, ורק המצב המתואר בס"ק (4), מאפשר לפלאפון לבצע האזנת סתר מבלי צורך בהיתר וזאת: **"...לצורך מתן השירות או לצורך ביקורת תקינות קו הבזק או קיום הוראות חוק הבזק או הפקודה"**.

81. אלא, שהיא הנותנת, ההיתר מוגבל אך ורק לפרק הזמן הנדרש לשם העברת הודעת המסר הקצר משולחה לנמענה, הא ותו לא. כל האזנה נוספת, מעבר לפרק הזמן הזה, כבר אינה במסגרת החריג המתיר אותה. וממילא, **שמירה סייטונית של כל ההודעות, אינה בגדר "ביקורת תקינות"**.

82. סיכומו של דבר, העתקת ושמירת הודעות המסר הקצר, היא בבחינת האזנה אסורה על פי חוק. (ולתמיכה, ראה גם החלטת בית המשפט המחוזי בת"א בת.פ. 40205/06 **מ"י נ' אליעזר פילוסוף ואח'**, הנסקרת על ידנו בהרחבה בפרק שעניינו טענות ההצדק של פלאפון למעשיה).

83. במעשיה עוברת חברת פלאפון על שלושת האיסורים שבסעיף 2 לחוק האזנת סתר שעניינו "האזנת סתר שלא כדון ושימוש שלא כדון בהאזנה", על האיסור שבסעיף 2(2) לחוק הגנת הפרטיות, והיא חורגת מתנאי רשיון ההפעלה שנתן לה משרד התקשורת.

84. למותר להרבות אומר על הפסול הרבתי שיש בהאזנת האסורה הזו של פלאפון, המתעצם לנוכח ההיקף הסיטוני הבלתי-נתפס שלה, וטובים לכאן הדברים הבאים מתוך בשי"פ 4544/94 מ"י נ' אשל, פדאור (לא פורסם) 94 (3) 72:

"האזנת סתר" שלא כחוק, לשיחות המנוהלות במערכת התקשורת הציבורית, מהווה, כשלעצמה, פגיעה קשה, חריפה ומכאיבה בזכותו היסודית של הציבור לפרטיות השיחות; כאשר הפגיעה בזכות זו, חותרת - פשוטו כמשמעו - תחת אושיות החיים המשותפים בחברה מודרנית מתוקנת. שיחות באמצעות מערכת התקשורת הציבורית הפכו לחלק בלתי נפרד מאורח החיים שלנו, ואנו מתיחסים אליהן כשיחות אישיות, כאשר המרחק הפיסי שבין הדוברים אינו רלבנטי. האזנת סתר שלא כחוק לשיחות אלו - משמיטה את הבסיס מתחת ליכולת לחיות יחד".

85. סיכומו של דבר, העתקת ושמירת תוכן הודעות המסר הקצר על ידי פלאפון, היא בבחינת האזנה אסורה על פי חוק, היות שבעשותה כן מבצעת חברת פלאפון "האזנה" "באמצעות מכשיר" לשיחות - אותן הודעות מסר קצר. האזנה זו נעשית שלא כדון, מאחר ופלאפון אינה "בעל שיחה" ביחס לאף אחת מאותן שיחות, אלא רק "נותן שרות של העברת מסר בבזק, למען זולתו או מטעם זולתו". ואיש מבעלי השיחה אינו מסכים ואף אינו יודע כי פלאפון שומרת את תוכן שיחותיו.

ג.4. העתקת ושמירת הודעות המסר הקצר מהוות פגיעה בפרטיות

86. במקביל להפרת חוק האזנות סתר והרשיון שלה, מעוללת פלאפון גם בעוולה של פגיעה בפרטיות, על פי מובנו של הביטוי לפי חוק הגנת הפרטיות. וזאת, משום שמעשיה מהווים פגיעה בפרטיות, כמובנה של זו, לפי הסעיפים (1)2; (2)2; (5)2; (7)2; (8)2 לאותו החוק.

הסעיפים יפורטו להלן:

איסור הפגיעה בפרטיות	
1.	לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו.
2.	פגיעה בפרטיות מהי פגיעה בפרטיות היא אחת מאלה:
(1)	בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרידו, או הטרידה אחרת;
(2)	האזנה האסורה על פי חוק;
(3)	צילום אדם כשהוא ברשות היחיד;
(4)	פרסום תצלומו של אדם ברבים בנסיבות שבהן עלול הפרסום להשפילו או לבזותו;
(5)	העתקת תוכן של מכתב או כתב אחר שלא נועד לפרסום, או שימוש בתכנו, בלי רשות מאת הנמען או הכותב, והכל אם אין הכתב בעל ערך היסטורי ולא עברו חמש עשרה שנים ממועד כתיבתו; לענין זה, "כתב" - לרבות מסר אלקטרוני כהגדרתו בחוק חתימה אלקטרונית, התשס"א-2001;
(6)	שימוש בשם אדם, בכינויו, בתמונתו או בקולו, לשם ריווח;
(7)	הפרה של חובת סודיות שנקבעה בדין לגבי עניניו הפרטיים של אדם;
(8)	הפרה של חובת סודיות לגבי עניניו הפרטיים של אדם, שנקבעה בהסכם מפורש או משתמע;
(9)	שימוש בידיעה על עניניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה;
(10)	פרסומו או מסירתו של דבר שהושג בדרך פגיעה בפרטיות לפי פסקאות (1) עד (7) או (9);

(11) פרסומו של ענין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, לרבות עברו המיני, או למצב בריאותו, או להתנהגותו ברשות היחיד.

הגדרת מונחים

3. לענין חוק זה -

"אדם", לענין סעיפים 2, 7, 13, 14, 17, 17ב, 17ג, 17ו, 17ז, 23א, 23ב ו-25 - למעט תאגיד;

"הסכמה" - הסכמה מדעת, במפורש או מכללא;

"מחזיק, לענין מאגר מידע" - מי שמצוי ברשותו מאגר מידע דרך קבע והוא רשאי לעשות בו שימוש;

"פרסום" - כמשמעותו בסעיף 2 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965;

"צילום" - לרבות הסרטה.

"שימוש" - לרבות גילוי, העברה ומסירה.

פגיעה בפרטיות - עוולה אזרחית

4. פגיעה בפרטיות היא עוולה אזרחית, והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש], יחולו עליה בכפוף להוראות חוק זה.

87. מתוך טענתנו קודם, בדבר היות העתקת ושמירת העתקי תוכן הודעות המסר הקצר בבחינת "האזנת סתר", יוצא גם, כי יש בהן משום פגיעה בפרטיות על דרך "האזנה האסורה על פי חוק" כאמור בסעיף 2(2) לחוק הגנת הפרטיות, ולמותר לשוב על הרצאת הדברים.

88. פגיעה אחרת בפרטיות מתקיימת מהעובדה, שהעתקת ושמירת תוכני הודעות המסר הקצר היא בבחינת "העתקת כתב שלא נועד לפרסום" כאמור בסעיף 5(5) לחוק הגנת הפרטיות. הסעיף מגדיר "כתב - לרבות "מסר אלקטרוני" כהגדרתו בחוק חתימה אלקטרונית, התשס"א-2001", וזו האחרונה קובעת:

"מסר אלקטרוני" - מידע אשר נוצר, נשלח, נקלט או נשמר באמצעים אלקטרוניים או אופטיים, כשהוא, נראה, נקרא, נשמע או מאוחזר באמצעים כאמור.

ממאפייניה והגדרותיה של הודעת מסר קצר, עליהם עמדנו קודם בהרחבה עולה, כי היא מהווה משום "מסר אלקטרוני" ומשכך, בהתאמה - גם "כתב".

89. עוד עולה, ועל כך אין מחלוקת, כי הרוב המכריע של הודעות מסר קצר לא נועד לפרסום, אינו כולל ערך היסטורי, וכי פלאפון מעתיקה את תוכן.

90. לשם התקיימותה של העוולה נדרש עוד, כי ההעתקה תעשה "בלי רשות" של הנמען או הכותב. לשון אחרת, עולה זו מתייחדת לעומת שאר עוולות הפגיעה בפרטיות, בכך שלאיונה נדרשת הסכמה מפורשת של הנמען או הכותב ולא ניתן להסתפק בהסכמה משתמעת, וכפי שפירטנו קודם בטענותינו ביחס להיות מעשי פלאפון האזנת סתר אסורה - לא ניתנה לפלאפון הסכמה כזו מצד הכותב או הנמען.

91. כאן נשוב ונציין, כי בהמשך דברינו (ראה הפרק המתייחס לטענות ההצדק שהעלתה פלאפון למעשיה) נסביר כיצד אפילו תתקבל טענת פלאפון, כי מספיקה "הסכמה משתמעת" מצד הנמען או הכותב של הודעת המסר הקצר, ואפילו תתקבל טענתה, כי התקיימה הסכמה כזו בפועל, עדיין לא יהא בכך כדי להושיעה, באשר הסכמה משתמעת כזו מתקיימת, לכל היותר, לפרק הזמן הדרוש לשם העברת הודעת המסר הקצר משולחה לנמענה, ובשום פנים ואופן לא להמשך שמירתה מעבר

לכך, כפי שעושה פלאפון, או בלשון אחרת: מעשי פלאפון חורגים מגדר ההסכמה המשתמעת של הכותב או הנמען להעתקת הודעתו.

מכל אלה יוצא, כי פלאפון מבצעת גם פגיעה בפרטיות, בשל "העתקת תוכן של מכתב או כתב אחר שלא נועד לפרסום"

92. הפגיעה בפרטיות עולה גם מכך שפלאפון מבצעת "הפרה של חובת סודיות שנקבעה בדין לגבי עניניו הפרטיים של אדם" (ס' 72) לחוק הגנת הפרטיות). החובה נקבעה גם בדיני האזנות הסתר, וגם ברשיון של פלאפון, שמבחינתה הוא דין.

93. הפגיעה בפרטיות נגזרת גם מ"הפרה של חובת סודיות לגבי עניניו הפרטיים של אדם, שנקבעה בהסכם מפורש או משתמע" (ס' 82) לחוק הגנת הפרטיות). הרשיון הוא חלק מן ההסכם בין פלאפון למנויים שלה, ולבטח יש הסכם מפורש או משתמע בין פלאפון למנויים, שהיא לא תעבור על החוק ולא תאזין לשיחות שלהם.

94. חלופות אלו בחוק הגנת הפרטיות הן חלופות שעו"ד רוזנברג מחברת פלאפון פשוט התעלם מקיומן, במכתבו מיום 4/11/2008 (ר' **נספח 9** שצוטט בעמ' 9 לעיל).

95. ולבסוף, פלאפון עוולה בפגיעה בפרטיות המבקשים על דרך של "בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרידו, או הטרדה אחרת", לפי סעיף 12) לחוק הגנת הפרטיות, ההיקף והשיטתיות בהם מעתיקה ושומרת פלאפון את תוכן המלא, של כל הודעות המסר הקצר המועברות על ידה - או במילים אחרות, את כל "האזנות הסתר" הללו, כל "הכתבים שלא נועדו לפרסום", כל העניינים הפרטיים של אנשים, בתוך מאגר מידע - מבלי הסכמת וידיעת שולח ההודעה או נמענה, או תוך חריגה מהיקף ההסכמה המשתמעת האפשרית (כפי שפירטנו כבר קודם), הופכים אותן להיות משום בילוש או התחקות אחר אדם העלולים להטרידו.

5.ג. התייחסות לטענות של פלאפון

96. הבאנו לעיל את המכתבים של המחלקה המשפטית של פלאפון. בפרק זה נבחן את טענות פלאפון ברמה משפטית עמוקה יותר.

5.ג.א. - עיקרי הטענות של פלאפון

97. כאמור, פלאפון טענה כי מעשי העתקת ושמירת הודעות המסר הקצר הן כדין, באשר:

- א. הן נעשות מכוח הסכמה מכללא של מנוייה לפעולות אלו, הנובעת מעצם השימוש בשירות.
 - ב. השמירה נעשית במאגר מידע רשום כדין, ומשכך גם אין בכך להוות פגיעה בפרטיות על דרך של בילוש או התחקות העלולה לגרום הטרדה.
 - ג. אין מקום לדרישה לעיין בתוכן ההודעות הנשמרות.
 - ד. אין מקום לדרישה להפסיק לשמור את ההודעות.
- נבחן להלן את הטענות של פלאפון לעמקן.

ג.5.ב. - לפלאפון אין היתר או הסכמה לפגיעות בפרטיות המבקשים

98. מתשובותיו של סגן היועמ"ש לפלאפון עלה, כי הוא סבור שמעשיה של פלאפון הם מותרים ומוצדקים, ולכך נתן שני נימוקים עיקריים: שלפלאפון נתונה הסכמה ולו מכללא של מנוייה לכך, ושהעיקר ההודעות שמורים במאגר מידע הרשום כדין. נבקש לשלול טענות אלו כסדרן.

99. אלו המילים בהן השתמש סגן היועמ"ש לפלאפון:

"... כחלק בלתי נפרד מאספקת שירות ה-SMS למנוייה, נשמרים בחברתנו נתונים שונים הנובעים ממתן שירות זה והנדרשים לצרכו. עצם בחירת מרשיך להיות מנויים בחברתנו ולעשות שימוש בשירות זה המסופק על ידה, טומנת בחובה הסכמה (ואף דרישה) לאפשר לחברתנו לעשות שימוש במידע כאמור, לצורך מתן אותו השירות". (סעיף 1 למכתב מיום 11.9.08 - נספח 7).

"לסיום נקודת הסמכות, אחזור על הטענה שכבר העליתי בדבר הסכמה מכללא של המנוי שנתוני התעבורה יישמרו ולו לצורך בירורים עתידיים מסוגים שונים". (סעיף 11 למכתב מיום 4.11.08 - נספח 9).

100. בניגוד מוחלט לטענת סגן יועמ"ש פלאפון, אין שום ממצא המאשש טענתו בדבר "דרישה" מצד מי מהמשתמשים להעסקת ושמירת הודעותיו, ואין גם שום ממצא המלמד על איזושהי הסכמה לפעולה זו (ראה לעניין זה את רשיון ההפעלה ואת ההסכם למתן שירותי רדיו-טלפון), ומשכך נותר לבחון רק אם הסכמה מכללא יכולה להספיק, ואם כן, האם התקיימה כזו בעניינו.

101. מצינו לעיל כי לגבי העוולות של האזנה אסורה על פי חוק והעסקת כתב שלא נועד לפרסום - מתחייבת הסכמה מפורשת בלבד, "רשות" ממש.

102. כלומר, מבחינת הרישיון של פלאפון, שהוא בחזקת "דין", הסכמה יכולה להינתן רק באמצעות "אישור בכתב של המנוי". לא "הסכמה מכללא".

103. באשר לעוולה של האזנה אסורה על פי חוק, זו יונקת את חיותה ומהותה מחוק האזנת סתר. גם בחוק זה, קיומה של הסכמה מצד מי "בעלי השיחה" להאזנה - מאיין את פסלותה. אלא, שבשונה מחוק הגנת הפרטיות, אין הגדרה למונח "הסכמה" ואין גם קביעה, כאילו "הסכמה" משמעה גם "הסכמה מכללא". אדרבה, חוק האזנת סתר, מגדיר במפורש מצב אחד בלבד שבו מספיקה הסכמה מכללא להכשרת האזנת סתר, וזאת בסעיף 18(1) שלו, כאשר ההאזנה נעשית "ברשות הרבים", קרי "מקום שאדם סביר יכול היה לצפות ששיחותיו יישמעו ללא הסכמתו". מכאן, שבכל מצב אחר, אין די בהסכמה מכללא כדי להוות "הסכמה".

104. מסקנה זו נלמדת גם מלשון סעיף 65.1 לרשיון ההפעלה, המחייב קיומה של הסכמה מפורשת בדמות אישור בכתב לביצועה של האזנה:

"65.1. בלי לגרוע מהוראות החוק, חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, או כל דין אחר לעניין הגנה על פרטיותו של אדם, אין בעל הרשיון רשאי להאזין לטלפון או לתקשורת אחרת של מנוי ללא אישור בכתב של המנוי, פרט לשם בקרה על טיב השירות ואיכותו או מניעת הונאות".

105. אין בהאזנה שמבצעת פלאפון, כדי להוות "בקרה על טיב השירות ואיכותו או מניעת הונאות". לשם כך, אין צורך בהאזנה לכל הודעות המסר הקצר המועברות על ידה, בוודאי שאין הצדק להאזנה הנמשכת אל מעבר לפרק הזמן הדרוש לשם העברת ההודעה ליעדה ולבסוף, פלאפון לא טענה כי זה הייעוד של ההאזנה.

106. באשר לעוולה של העתקת כתב שלא נועד לפרסום, הרי שכאן, בשונה משאר סעיפי העוולות, מתנה הסעיף "מתן רשות" של הכותב או הנמען להעתקה. "רשות" אינה יכולה להיות "מכללא" או "משתמעת", אלא רק מפורשת ומודעת, וכזו, בוודאי שלא ניתנה לפלאפון.

107. טענות אלו מתיישבות, עם העקרונות הפרשניים הנגזרים ממעמדה של הזכות לפרטיות כזכות יסוד חוקתית, ועם גישתו הפרשנית של בית המשפט במקרים דומים, ובמיוחד בהחלטה שניתנה בת.פ. מחוזי ת"א 40205/06 מ"י נ' אליעזר פילוסוף ואח' (פדאור (לא פרסם) 07 (35) 425), (שעל נסיבותיה וקביעותיה עמדנו קודם בהרחבה) שם נקבע, כי העתקי הודעות דוא"ל מכוח צו חיפוש שהוצא כדין - אינם קבילים, מאחר וצו החיפוש שמכוחו פעלו המשטרה וספקיות שירותי האינטרנט, לא היה היתר כדין, שכן התחייב באותו מקרה - צו האזנת סתר. בצד כך, ראויים וחשובים לענייננו הדברים שאמר בית המשפט ביחס להתנהלותן של ספקיות שירותי האינטרנט:

"בנוסף, כאשר האזנת הסתר מתבצעת לתיבת דוא"ל של חשוד תוך שיתוף ספק השרות החובר לרשויות החקירה על מנת לבלוש אחר המשתמש מדובר בהפרת אמון קשה של ספק השרות כלפי המשתמש." (עמ' 28 ש' 23-26 להחלטה).

108. אם כך קבע בית המשפט ביחס לפעולת העתקה שנעשתה לצורך חשיפת פשעים, על יסוד צו שיפוטי למשתמשים ספורים בלבד, קל וחומר שכך בענייננו, כאשר אף אחת מאותן נסיבות לא מתקיימת.

ג.5.ג. - העדר הצפיות שולל את קיומה של "הסכמה מכללא"

109. נניח, לצורך הדיון, שמספיקה רק 'הסכמה מכללא', כמו שטוען סגן היועמ"ש של פלאפון (ומכאן התייחסותנו נוגעת לכל סוגי הפגיעה בפרטיות). נוכיח להלן ש"הסכמה מכללא" כזו לא מתקיימת בעניינם של המבקשים, ויתר משתמשי הרט"ן שקיבלו ושלחו הודעות מסר קצר למנויי פלאפון.

110. "הסכמה מכללא" אינה מובנת מאליה. היא מתקיימת מקום בו מצויה צפיות. השווה לסעיף (1)8 לחוק האזנת סתר "רשות הרבים - מקום שאדם סביר יכול היה לצפות ששיחותיו יישמעו ללא הסכמתו".

111. ככל שהדברים אמורים במשתמשי שירות הודעות המסר הקצר של פלאפון, אין כל ממצא המלמד כי היתה או צריכה היתה להיות להם צפיות, שפלאפון מעתיקה ושומרת את העתקי הודעות המסר הקצר שלהם. אדרבא, הצפיות שלהם היא הפוכה לגמרי, קרי - שנשמרת לחלוטין פרטיות שיחותיהם או כתביהם או ענייניהם, המתנהלות שלא ברשות הרבים, במיוחד כשאלו נעשות באמצעות חברה מכובדת כמו פלאפון, כפי שנעשה על ידי חברות הרט"ן וכמו שגם מגדיר זאת סעיף 65.1 לרשיון ההפעלה.

112. אך אפילו תפליג ותאמר, כי למנויי פלאפון ישנה צפיות כזו, עדיין אין ללמוד מכך על צפיות דומה מצדם של המשתמשים שאינם מנויי פלאפון, באשר אצל אלו, במיוחד לאור הנוהג בחברות בהם הם מנויים, הצפיות נותרת הפוכה, והעדר צפיותם מחריפה לנוכח "מהפכת הניוד", שעל טיבה נפרט להלן.

ג.5.ד. - "מהפכת הניוד" מחריפה את העדר צפיותם של המשתמשים בשירותי פלאפון

113. עד לחקיקתו ויישומו של סעיף 5א לחוק התקשורת, הוגבלו מנויי חברות הטלפון והרט"ן לאפשרות שימוש במנוי מספר הטלפון שקיבלו, לחברה המסויימת שבה הם מנויים. בהתאם, ניתן היה על פי קידומת מספר המנוי לזהות את החברה שבה מצוי המנוי (כך היה למנויי פלאפון את הקידומת הייחודית 050, למנויי סלקום 052, למנויי פרטנר 054 למנויי מירס 057 וכיו"ב). מנוי שביקש לעבור מחברה אחת - לאחרת, נאלץ לוותר על המספר שהיה בשימוש בחברה האחת, ולהתחיל להשתמש במספר חדש - עם קידומת של החברה האחרת.

114. בעקבות הפעלתו של סעיף 5א הנ"ל, התחוללה "מהפכת הניוד", במובן זה, שהתאפשר למנויים לעבור בין החברות השונות, תוך שהם יכולים להמשיך ולהשתמש במספר המקורי שהיה ברשותם, שכן "ניידות מספרים" היא:

"האפשרות הניתנת למנוי של בעל רשיון לשמור על מספר הטלפון שהוקצה לו כאשר הפך להיות מנוי של בעל רשיון אחר באותו אזור חיוג, לענין אותו סוג של שירות בזק".

פועל יוצא מכך היה, בין השאר, כי התבטלה האפשרות לזהות מתוך קידומת מספר המנוי, את סוג החברה שבה מנוי המנוי, ובשפה פשוטה: מי שקידומת מספרו היא 050 יכול להיות מנוי של חברת פלאפון, אבל גם של כל חברה אחרת; ומאידך גיסא מי שקידומת מספרו 052 או 054 למשל, יתכן והוא מנוי של חברת פלאפון.

115. מצב דברים זה, משליך כמובן גם על היקף צפיותם של משתמשי שירות הודעות המסר הקצר באשר הם, במובן זה, כי אפילו תאמר, כטענת פלאפון, כי למנוייה או למשתמשים בשירות הודעות המסר הקצר שלה, ישנה צפיות להעתקת ושמירת הודעותיהם, שהיא ייחודית לעומת צפיותם כאשר הם משתמשים בשירות הודעות המסר הקצר של חברות הרט"ן האחרות, הנה בעקבות "מהפיכת הניוד" אין עוד אפשרות לקיים צפיות ייחודית כזו, באשר אם השולח או המקבל הודעת מסר קצר, אינו מנוי של פלאפון (כמו המבקש 1 בענייננו) אין לו שום אפשרות לדעת או לצפות, האם בתהליך העברת ההודעה השתתפה פלאפון, או שמא חברה אחרת.

ג.5.ה. - "הסכמה מכללא" - לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש

116. גם אם יטען הטוען כי היתה הסכמה מכללא, מצד כל משתמשי שירות הודעות המסר הקצר - כאלה שמנויי פלאפון וכאלה שלא - לקיומה של ההעתקה, משום שכזו מתחייבת לצורך מתן השירות, גם אז לא תיושע פלאפון. שכן, הסכמה מכללא כזו היתה מוגבלת במשכת, לאותו פרק הזמן הנחוץ למתן השירות של העברת הודעת המסר הקצר, עניין שמשכו שניות ספורות.

מעת שהודעת המסר הקצר הועברה ליעדה אין עוד כל הצדקה להמשך שמירת העתקי תוכן ההודעות. והמשך שמירתה, מהווה חריגה ממכסת הזמן שההסכמה מכללא כוללת, והתרתה של חריגה זו יכולה להעשות, ומכאן והלאה, רק אם פלאפון היתה מקבלת הסכמה מפורשת של המשתמשים.

בהתאם, וכפי שצינו קודם, פרק הזמן הזה גם מספיק לפעולות נחוצות אפשריות אחרות של פלאפון, כמו בדיקת איכות השירות ומניעת הונאות.

117. לשון אחרת - לשונו של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו - כל עוד נעשית העברה של הודעת המסר הקצר משולחה-לנמענה, יש בפעולתה של פלאפון משום פגיעה מותרת: לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. מעת שההודעה הגיעה לנמען - אין עוד תכלית ראויה לפגיעה הזו והיא בוודאי נעשית במידה העולה על הנדרש. נבחן להלן את התימוכין לטענה זו:

א. תימוכין ראשון לטענה זו, נמצא בהוראות החוקים המסמיכים רשויות חקירה לקבל נתוני תקשורת הנשמרים במאגרי מידע של בעלי רשיון למתן שירותי בזק:

(1) סעיף 1 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - נתוני תקשורת), תשס"ח-2007 ("חוק נתוני תקשורת"), אשר עורר סערה ציבורית וכונה בחוגים מסויימים "חוק האח הגדול", כמובנו של זה בספר 1984 של ג'ורג' אורוול), מגדיר, ברחל בתך הקטנה, את היקפם של אותם "נתוני תקשורת": "**נתוני מיקום, נתוני מנוי או נתוני תעבורה, והכל למעט תוכנו של מסר בזק**";

(2) סעיף 11 לחוק שירות הבטחון הכללי, התשס"ב-2002 (להלן: חוק השב"כ), מגדיר מהו היקפו של "מידע" שזכאי השב"כ לקבל מבעלי רשיון כאמור: "**מידע - לרבות נתוני תקשורת ולמעט תוכן שיחה כמשמעותו בחוק האזנת סתר, תשל"ט-1979**".

ב. תימוכין שני לטענה הזו, מצוי בעובדה שהעתקי ההודעות נשמרו במאגר מידע. שאז, חלה על פלאפון החובה הקבועה בסעיף 11 לחוק הגנת הפרטיות, בדבר מתן הודעה למשתמשי שירות הודעות המסר הקצר, שבענייננו ברור כי לא נשלחה אל המנויים. סי' 11 האמור קובע כך:

"11. פניה לאדם לקבלת מידע לשם החזקתו או שימוש בו במאגר מידע תלויה בהודעה שיצויינה בה -
(1) אם חלה על אותו אדם חובה חוקית למסור את המידע, או שמסירת המידע תלויה ברצונו ובהסכמתו;
(2) המטרה אשר לשמה מבוקש המידע;
(3) למי יימסר המידע ומטרות המסירה."

ג. תימוכין שלישי מצוי בהבדל שבין הגדרת "הודעה אלקטרונית" ל"הודעת מסר קצר" בסעיף 30 לחוק התקשורת. בעוד ש"הודעה אלקטרונית" היא "מסר בזק מקודד המועבר ברשת האינטרנט אל נמען או קבוצה של נמענים, וניתן לשמירה ולאחזור בדרך ממוחשבת" הרי "הודעת מסר קצר" היא "מסר בזק הכולל כתב, לרבות אותות או סימנים, או מסר בזק הכולל חוזי או שמע, ומועבר באמצעות רשת בזק ציבורית אל ציוד קצה של נמען או קבוצה של נמענים". החוק מחסיב את ההיתר לשמירה ולאחזור בדרך ממוחשבת.

ד. תימוכין רביעי מצוי בעובדה שבפועל אין לפלאפון שום צורך אמיתי וצודק להמשך שמירת העתקי הודעות המסר הקצר, כפי שעולה, מהסבריו המשתנים, שלא לומר הסותרים, של סגן יועמ"ש פלאפון, בדבר טיבו של אותו צורך:

בתחילה (מכתבו מיום 9.11.08) הוא מסביר את הצורך כחלק בלתי נפרד של מתן השירות (סעיף 1 למכתבו), ומוסיף לכך, בהמשך המכתב, "**צרכים שירותיים פנימיים ספציפיים ביותר**" (סעיף 3 למכתבו מיום 11.9.08) שאת טיבם הוא כלל אינו מסביר. אלא, שבמכתבו השני (זה מ 4.11.08) הוא כבר אינו מזכיר את הצורך הנובע ממתן השירות, אלא מסביר, כי השמירה נעשית "**לצורך בירורים עתידיים מסוגים שונים**" (סעיף 11 למכתבו) ומסתמא, כי צרכים עתידיים, אינם כאלה הנחוצים לביצוע שירות העברת ההודעות.

118. יהיו אשר יהיו הצרכים הפנימיים של פלאפון, שבגינם היא זקוקה לשמירת נתונים של הודעות המסר הקצר שהועברו על ידה, עדיין אין בכך להצדיק, בשום אופן, את שמירת הנתונים של הודעות המסר הקצר, אלא רק את אותם "נתוני תקשורת" כפי הגדרתם בחוק נתוני תקשורת, קרי:

"נתוני זיהוי" - שם, מספר זיהוי או מספר תאגיד, מען ומספר טלפון;	
"נתוני מיקום" - נתוני איכון של ציוד קצה הנמצא ברשות מנוי;	
"נתוני מנוי" - כל אחד מאלה:	
(1)	סוג שירות הבזק הניתן למנוי;
(2)	שם, כתובת ומספר זיהוי של המנוי;
(3)	פרטי אמצעי התשלום של המנוי;
(4)	כתובת שבה הותקן מיתקן בזק בשימוש המנוי;
(5)	נתונים מזהים של מיתקן בזק ברשות המנוי;
"נתוני תעבורה", לעניין מנוי, מיתקן בזק, מקום או מועד מסוימים - כל אחד מאלה:	
(1)	סוג מסר הבזק;
(2)	נתונים מזהים של מיתקן בזק שהוא מקור מסר הבזק, יעדו או מצוי בנתיבו;
(3)	נתונים מזהים של המנוי שהוא מקור מסר הבזק או יעדו;
(4)	מועד השידור או הקבלה של מסר הבזק;
(5)	משך מסר הבזק, נפחו או היקפו;

119. בכך מודה גם סגן היועמ"ש לפלאפון (במכתבו מיום 4.11.08):

10. מאגר המידע של חברתנו בו מצוייה היסטוריית תעבורת התקשורת שמבצע מנוי נתון, אינו בגדר מעקב חיצוני אחר תנועותיו של אדם. מה עוד שהנגישות אליו אינה מותרת לכל מי שחפץ.
11. לסיום נקודת הסמכות, אחזור על הטענה שכבר העליתי בדבר הסכמה מכללא של המנוי שנתוני התעבורה ישמרו ולו לצורך בירורים עתידיים מסוגים שונים."

120. לאור כל האמור לעיל, אין כל תוקף ל"הסכמה מכללא", גם אם יש כזו (ואין). "ההסכמה מכללא" שפלאפון מדמינת, אינה משתרעת כה רחוק כפי שפלאפון מנצלת אותה.

ג.5.1. - סירובה של פלאפון לאפשר למנוייה שימוש במאגר המידע - שולל "הסכמה מכללא"

121. כזכור, המבקש 2 ביקש לקבל עותק מתוכן הודעות המסר הקצר שלו שנשמרו אצל פלאפון, אך הוא סורב בשתי התשובות של פלאפון:

בתשובה הראשונה:

"חברתנו אינה מספקת ללקוחותיה שירות מסוג זה, בין השאר מאחר ומדובר במידע אשר היכולת לשחזרו מוגבלת, הנשמר לצרכים שירותיים פנימי ספציפיים ביותר, במערכת ייעודית אשר איננה מיועדת למתן שירות של הפקת מידע אופן שירותי לבקשת לקוחות".

ובתשובה השנייה:

"15. באשר לדרישת העיון. הצורך בדרישה אינו ברור. אם קיים עניין בתוכן ישן, אזי אין תוכן זה בנמצא. אם יש עניין בתוכן חדש המשוגר בימים אלה, הנחה נא את מרשיך לשמור את ההודעות בשיטות הקיימות וכך יוכלו ליהנות מעיון חוזר בזמנם החופשי".

122. על פניו, אם פלאפון תמת-לב ושמירת ההודעות נעשית ב"הסכמה מכללא" של המנויים, פשיטא היא כי יש להם זכות לעיון ולקבל עותק מן ההודעות. הסירוב לאפשר עיון והעתקה, שומט את הקרקע תחת הטיעון של פלאפון.

ג.5.ז. - גישת פלאפון קורסת לנוכח התעלמותה מן הסירוב המפורש של המבקש 2

123. אפילו תאמר, כי נכונה טענת פלאפון בדבר "הסכמה מכללא" הנה בא המבקש 2 והודיע לה, מפורשות, כי אין הוא מסכים למעשיה ודרש ממנה לחדול מהם כלפיו. לכך השיבו סגן היועמ"ש לפלאפון, נחרצות: "הדרישה לאי שמירה איננה מקובלת" (סעיף 16 למכתבו מיום 4.11.08).
124. מסירוב זה של פלאפון אתה למד, כי הסכמה או אי-הסכמה של מנוי למעשיה, כלל אינה מהווה שיקול במכלול שיקוליה של פלאפון, ומכאן גם, שאין תום לב במעשיה.
125. ברור בעליל, כי סירוב מפורש גובר על "הסכמה מכללא". ואם מתעלמת פלאפון מסירוב מפורש שמאין את אותה "הסכמה מכללא", הרי שאין ביזה שום צידוק או הצדק להמשך הפרקטיקה שלה, וכל טענתה בעניין "הסכמה מכללא" נטענה שלא בתום לב וללא ביסוס.
126. סוף דבר, פלאפון אינה יכולה להצביע על שום הסכמה משום סוג שהוא שקיבלה למעשיה.

ג.5.ח. - "מאגר המידע" שנרשם כדין אינו מכשיר את שמירת ההודעות מסר קצר

127. בתשובותיו טען עוד סגן היועמ"ש לפלאפון, כי ההצדק לפעולתה של פלאפון נובע גם מהעובדה שהעתקי ההודעות נשמרים במאגר מידע שלפלאפון נתונה זכות חוקית לנהלו. דא עקא, שרישומו של המאגר כדין, אינו מלמד כי השימוש הנעשה בו הוא כדין.
128. לעניין זה, מדברים בעד עצמם דבריה של מנהלת מחלקת רישום ופיקוח ברשות למשפט, טכנולוגיה ומידע במשרד המשפטים (מכתבה מיום 25.2.09 - **נספח 11** לעיל):

"מבלי להתייחס לגופה של התלונה או לטיעונים המשפטיים המועלים בה, אבהיר כי העובדה שבעל מאגר מידע מילא חובתו לפי סעיף 8 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 ורשם את מאגר המידע שברשותו, אין בה כשלעצמה כדי להעיד כי בעל מאגר המידע ממלא אחר כל חובותיו המהותיות לפי החוק (כגון, שימוש למטרה לשמה נמסר המידע, זכות העיון וכו')."

129. דברים אלה, בוודאי משתלבים עם הוראת סעיף 10(ו) לחוק הגנת הפרטיות, המקנים לרשם את הסמכות להתלות או לבטל את רישומו של מאגר מידע, אם התברר שמחזיקו או בעליו, הפר את הוראות חוק הגנת הפרטיות.

ג.5.ט. - אופן ניהולו של מאגר המידע על ידי פלאפון נעשה שלא כדין ושלא בתום לב

130. מתשובותיו של סגן היועמ"ש לפלאפון עלו מספר הפרות בולות של חוק הגנת הפרטיות, בכל הנוגע לאופן ניהולו של המאגר, וזאת מלבד ההפרות הנובעות מהכללתו של מידע שהושג שלא כדין במאגר.
131. ראשית, כאמור, הופרה החובה שלפי סעיף 11 לחוק הגנת הפרטיות, בדבר מתן הודעה למושאי המידע, בדבר חוקיות ומהות המאגר שאליו הם נדרשים למסור את המידע אודותיהם.
132. שנית, הופרה החובה שלפי סעיף 13(א) לחוק הגנת הפרטיות, בדבר זכות העיון במידע, על ידי מושאי המידע: "**כל אדם זכאי לעיין בעצמו, או ... במידע שעליו המוחזק במאגר מידע**". למרות שעל מאגר המידע של פלאפון לא חל אף אחד מהחריגים המתירים מניעה של זכות העיון, סירבה פלאפון לאפשר למבקשים לעיין במאגר זה שלה:

א. פעם אחת נומק הסירוב בטענה שלנוכח חוקיות הפעולה (לדעת פלאפון), אזי הבקשה מתייתרת, מה גם שפלאפון אינה מספקת שירות כזה ללקוחותיה (ראה תשובת סגן יועמ"ש פלאפון מיום 11.9.08).

ב. פעם שניה נומק הסירוב בלשון מזלזלת ומעליבה:

15. באשר לדרישת העיון. הצורך בדרישה אינו ברור. אם קיים עניין בתוכן ישן, אזי אין תוכן זה בנמצא. אם יש עניין בתוכן חדש המשוגר בימים אלה, הנחה נא את מרשיך לשמור את ההודעות בשיטות הקיימות וכך יוכלו ליהנות מעיון חוזר בזמנם החופשי. (ראה תשובת סגן יועמ"ש פלאפון מיום 4.11.08).

133. שלישית, הופרה החובה שלפי סעיף 14(א) לחוק הגנת הפרטיות, בדבר תיקון מידע לבקשת אדם שעליו המידע:

"אדם שעיון במידע שעליו ומצא כי אינו נכון, שלם, ברור או מעודכן, רשאי לפנות לבעל מאגר המידע... בבקשה לתקן את המידע או למוחקו."

134. כאמור, לפניית המבקש 2 למחוק את העתקי הודעות המסר הקצר "שלו", השיב סגן יועמ"ש פלאפון כך: **"החוק נותן לגיטימציה לעצם החזקתו של מאגר מידע (ובלבד שהמאגר מקיים את תנאי החוק) ואין לאדם זכות לדרוש למחוק פרטים מהמאגר."** (סעיף 4 למכתבו מיום 4.11.08)

135. התנהלותה זו של פלאפון מצביעה לא רק על הפרות של הדין בניהול מאגר המידע, אלא מעוררת תהיות קשות (כך במיוחד בנוגע לסירוב לאפשר את זכות העיון), בדבר תום לבה בקיומו של המאגר הזה מדעיקרא.

136. סיכומו של דבר, גם הטיעון הזה של פלאפון, בדבר אופן ניהול מאגר המידע, אין בו ממש.

6. ג. פוטנציאל הפגיעה הייחודי שיש במעשי פלאפון

137. מידת והיקף הנזקים הלא ממוניים שגרמה פלאפון למשתמשים בשירות הודעות המסר הקצר שלה, הם קשים במיוחד, הן בשל טיב הפגיעה בעניינים הפרטיים ביותר של המשתמשים, הן בהיקף המשתמשים שנפגעו (שהם למעשה כל המשתמשים), הן בהיקף הפגיעה בפרטיותם (העתקת התוכן של כל ההודעות שהעבירו באמצעות פלאפון במשך תקופה ממושכת), הן בפגיעה באמון הציבור באמינותם ובנאמנותם של נותני שירות כמו פלאפון, המובילה לפגיעה בניהול התקין של מישורי חיים רבים ומגוונים, באשר צפוי להיווצר "אפקט מצנן" על חופשיות השימוש של הציבור באמצעי ההתקשרות המרכזי של הודעת מסר קצר (ועל כך עוד בהמשך בדברינו ביחס למידת הנזק הלא ממוני שגרמה פלאפון).

138. לכל אלה, מצטרף מימד ממשי ומשמעותי נוסף של נזק, הנובע מריכוזם של כל העתקי הודעות המסר הקצר במאגר מידע. תכולתו של המאגר לא תסולא בפז, ומשכך, הוא מקים פיתוי עצום לכל מי שרוצה להשיג מידע יקר ערך אודות אחרים, **מה שמקים את החשש הקונקרטי, כי המידע שנאגר שלא כדין אצל פלאפון, ימשיך ויעבור או "יזלוג" הלאה, שלא ברשות, לגורמים נוספים.**

139. כך למשל, באמצעות עובדי פלאפון עצמה הנגישים למאגר מידע, העשויים - תמורת בצע כסף, או אינטרס אישי אחר - למעול באמון החברה, ולהוציא את המידע מתוך המאגר ולהעבירו לאחרים, כפי שאירע כבר בעבר, והדברים מתוארים נכוחה בפסק דינו של בית המשפט העליון בע"פ 9893/06 **אסנת אלון לאופר נ' מ"י**, פדאור (לא פורסם) 07 (43) 216:

"לצורך הוצאת פלטי שיחות הטלפון הנייד, פנה אמיר לחוקר הפרטי רן נחשון, שהיה מזמין פלטי שיחות יוצאות של מנויי חב' פלאפון, באמצעות המתווך רפי אליאסי. גורם נוסף שהיה מעורב בפרשה היה אייל זיסקינד, שעבד בחב' פלאפון, והיה נוהג לחדור למחשב החברה כדי להוציא את פלטי השיחות המבוקשות על ידי אליאסי. במקרה זה, הוצאו פלטי שיחות של בן הזוג על ידי זיסקינד, באמצעות נחשון ואליאסי, על פי בקשתו של אמיר. נחשון דרש תשלום של 5,000 ₪ עבור פלט השיחות המבוקש. אמיר התקשר למערערת, וקבע עימה פגישה לצורך קבלת סכום זה. השניים נפגשו ברחוב ביום 21.4.05, והמערערת מסרה לאמיר סך של 5,000 ₪ במזומן עבור פלט השיחות. בעקבות זאת, ביצע זיסקינד חדירה שלא כדין למחשב חב' "פלאפון", והפיק את פלט השיחות היוצאות של בן הזוג. הפלט הועבר לאליאסי, וממנו לנחשון. זה מסר את הפלט לאמיר תמורת 5,000 ₪, והאחרון מסר את הפלט למערערת".

וראה גם ת.פ. שלום ת"א 4304/05 מ"י נ' אייל זיסקינד ואח', (לא פורסם).

140. בצד אלה, עשויות גם רשויות חקירה להשיג מהמאגר, מידע שהוא במהותו האזנת סתר, באמצעות צו חיפוש "רגיל" (המוצא לפי סעיף 23 או 23א. לפסד"פ), תוך עקיפת המגבלות הקשות של חוק האזנת סתר. כך פעלה המשטרה באמצעות חברת פלאפון לפחות במקרה אחד הידוע למבקש 1 מידיעה אישית, וכך פעלה המשטרה שלא באמצעות פלאפון, אלא באמצעות חברות לאספקת שירותי אינטרנט, במקרה אחר הידוע למבקש 1 מידיעה אישית, בת.פ. מחוזי ת"א 40206/05 מ"י נ' אליעזר פילוסוף ואח' (המוכרת בציבור גם כ"פרשת "הסוס הטרויאני").

באותו עניין התברר, כי במסגרת חקירה סמויה שניהלה המשטרה נגד הנאשמים, בחשד לביצועם של פשעים שונים, היא ביקשה לעקוב אחרי תעבורת הודעות הדואר האלקטרוני (להלן: דוא"ל) (שכמו הודעות המסר הקצר בענייננו, הן "מסר בזק" או "מסר אלקטרוני") ביניהם. לשם כך, הוציאה המשטרה צו חיפוש לפי סעיף 23 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש)[נוסח חדש] תשכ"ט-1969, לספקיות שירותי אינטרנט (שכמו פלאפון בענייננו, הן "נותנות שירות העברת מסר בבזק"), שמכוחו תפסה המשטרה את העתקי כל הודעות הדוא"ל שהיו בידי הספקיות במועד הוצאת הצו, ושהגיעו אליהן במשך 30 יום וחשוב מכך - שהגיעו אל הספקיות, ממועד הוצאת הצו.

לצורך כך, הקימו הספקיות, תיבות "צל" לכל אחת מתיבות הדוא"ל של הנאשמים, שאליהן הועבר עותק מכל הודעת דוא"ל שעברה אל או מתיבת הדוא"ל המקורית של הנאשמים, ובמילים אחרות – ספקיות שירותי אינטרנט הקימו מאגרי מידע לאחסון העתקי הודעות דוא"ל, הדומים במהותם למאגר המדיע הנדון של פלאפון כאן. את עותקי הדוא"ל הללו, ביקשה המדינה להגיש כראיית תביעה במשפטם של הנאשמים, בעוד הנאשמים התנגדו לכך בטענה, כי המדובר בהאזנת סתר שלא כדין שנעשתה לשיחות הדוא"ל שלהם, ותוך עקיפה בוטה של הוראות חוק האזנת סתר.

בית המשפט המחוזי (כבוד השופט ח' כבוב) קיבל את עמדתם של הנאשמים, בקבעו כי דוא"ל המועתק במהלך תהליך העברתו אצל ספק השירות (כמו מה שעשתה פלאפון בענייננו) הוא "שיחה" ומשכך, העתקתו כאמור היא "האזנת סתר" שלהכשרתה נדרש היתר כדין. הוא הוסיף וקבע, כי צו החיפוש שמכוחו פעלו המשטרה וספקיות שירותי האינטרנט, לא היה היתר כדין, והיה בו בכדי לעקוף שלא כדין את הוראות חוק האזנת סתר, ובהתאם - פסל את העתקי הודעות הדוא"ל שנתפסו מכוחו. בהחלטתו, הסביר בית המשפט המחוזי, את המניעים העומדים מאחורי ההעדפה שיש לרשות החקירה את הדרך העוקפת של צו החיפוש על פני זו של הצו להאזנת סתר:

"א. אף שחיפוש בידי המשטרה מהווה חדירה משמעותית לפרטיות האדם, ככלל, הוצאת צווי חיפוש היא ענין שבשגרה. ההסדרים לביצוע חיפוש בכלל וחיפוש במחשב בפרט מעוגנים בפסד"פ ולפיהם שופט שלום הוא שמוסמך להתיר את החיפוש מכוח

סעיפים 23 לפסד"פ (צווי חיפוש), 23א לפסד"פ (חדירה לחומר מחשב), וסעיף 43 לפסד"פ (הזמנה להשיג חפץ), זאת, יש לומר מבלי שמתקיים דיון משפטי של ממש ומבלי שתתקיים בחינה מעמיקה בדבר היקף הפגיעה בפרטיות. לשופט הדן בענין מוגשות מידי יום מאות בקשות להוצאת צווי חיפוש ואין כל אפשרות פרקטית להיכנס לעובי הקורה, לבחון כל בקשה ובקשה לגופה ולקיים דיון מעמיק באשר למטרות החיפוש, קיומה של דרך חלופית להשגת תכלית החיפוש אשר פגיעתה בחשוד פחותה, בחינת היקף החיפוש ונוהל חיפוש שיקטין את הפגיעה ואת החדירה לרשות היחיד.

לא למיותר לציין כי קימת ביקורת רבה כלפי בתי המשפט באשר להפעלת סמכותם בבואם ליתן צווי חיפוש, והקוראת לבתי המשפט שלא לראות בתפקידם זה כמתמחה בתפקיד אדמינסטרטיבי אלא כתפקיד שיפוטי המצריך הפעלת שיקול דעת. "בית המשפט צריך לשמש בלם בפני שימוש מופרז בסמכות החיפוש ונדרש הוא להשתכנע כי ישנה נחיצות בצו החיפוש" (ראו נמרוד קוזלובסקי "המחשב וההליך המשפטי" התשס"א 2000, 65; כן ראו חיים משגב "הזכות להיכנס לבית כדי לערוך בו חיפוש - זכויות המתגורר בבית מול חובתה של הרשות להילחם לביעור הפשע", משפט פלילי, קרימינולוגיה ומשטרה (פרסומי המכון לקרימינולוגיה ומשפט פלילי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב, התשמ"ו 1996 כרך א) 219, 225)

ב. על הפגיעה הקשה באוטונומית הפרט ובכבודו בעידן חוקי היסוד ראו ספרו של אהרון ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי המהותי והדיוני" מחקרי משפט יג תשנ"ו 1996, 5, 23: "מרבית החיפושים ומרבית התפיסות פוגעים בזכותו החוקתית של אדם לפרטיות ולצנעת חייו. הם עשויים לפגוע גם בכבודו, בחירותו ובקניינו. מכאן שדיני החיפוש ודיני התפיסה צריכים לקיים את דרישותיה של פסיקת ההגבלה".

לצד דיני החיפוש והתפיסה הכללים הוספו מספר תיקונים ייחודים לענין חיפוש בחומר מחשב. תוקן סעיף ההגדרות כך ש"חפץ" הוגדר לרבות "חומר מחשב", הוספו ההגדרות "מחשב, חומר מחשב ופלט" כהגדרתם בחוק המחשבים, כמו כן הוספה הוראת סעיף 23א אשר קובעת לכאורה נוהל מחמיר יותר לענין חיפוש במחשב וזהו לשונה: ...:

יחד עם זאת, הפרקטיקה הנוהגת כיום מלמדת כי לא נשתנה שינוי של ממש עם חקיקת הוראת סעיף 23א לפסד"פ. אומנם נדרש כי צו החיפוש יציין במפורש "את היתר לחדור לחומר מחשב או להפיק פלט, לפי הענין, ואת תנאי החיפוש ומטרותיו" אולם, בפועל מוספת הוראה כללית לטופס צו החיפוש בדבר מטרת החיפוש והסמכות לחפש ולתפוס גם חומר מחשב. אין בהוראה זו כדי להנחות ולהוסיף תוספת של ממש בדבר העילות והשיקולים שיש לשקול בבקשת צו חיפוש או במתן היתר לחיפוש בחומר מחשב. (להרחבה בנושא זה ראו קוזלובסקי, שם 54 - 61).

אשר לקבילות ראיות שהושגו בחיפוש שאינו כדיון, אלה לרוב יהיו קבילות, בכפוף לדוקטורינת הפסילה הפסיקתית. (ראו ע"פ 5121/98 - טור' (מיל') רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי ואח', תק-על 2006(2), 1093).

ג. בעוד שהסדרי החיפוש והתפיסה חלים על "חפץ" כמשמעותו בפסד"פ, חוק האזנת סתר דן בציתות ומעקב המתבצעים באמצעות האזנה אלקטרונית לשיחות פרטיות. השימוש באמצעי מעקב אלה על ידי רשויות האכיפה הולך וגובר נוכח התגברות הפשיעה ואופיים המתוחכם של העבירות מחד, ונוכח ההתפתחות הטכנולוגית המתבטאת בפיתוח אמצעי ציתות והאזנה משוכללים וקלים להפעלה ללא מודעות בעל השיחה להאזנה לשיחותיו, מאידך.

חיוניות פעולות אלה במקרים מתאימים אינה מוטלת בספק אולם הקניית סמכויות רחבות לרשויות החקירה, שאינן נתונות לביקורת שיפוטית ולקריטריונים מוקפדים ומוגדרים עשויה להביא לפגיעה חמורה שחברה ליברלית אשר חרטה על דגלה את ההגנה על זכויות האדם אינה יכולה להרשות לעצמה. " (ר' בעמ' 14-17 להחלטה מיום 5.2.07).

141. החשש מפני נגישות בלתי מורשית של רשויות החקירה אל מאגר מידע האזנות הסתר של פלאפון, מתגבר עוד יותר לנוכח הידיעה, כי יש לחלקן גישה ישירה ובלתי מפוקחת, למאגרי המידע של פלאפון (כמו של חברות רט"ן נוספות). כך התגלה במהלך הדיונים בעת"מ 890/07 התנועה לחופש המידע נ' משרד התקשורת, שנדונה טרם שנחקק חוק נתוני תקשורת.
142. באותו עניין, עתרה התנועה לחופש המידע לקבל מידע כלשהו אודות "הנספחים הביטחוניים" לרשימות חברות הסלולר והאינטרנט (ראה למשל סעיף 65 לרשיון ההפעלה בתובענה שכאן), בטענה שמדובר בנספחים סודיים שבהם ניתנו, מבלי שפורסמו, הוראות בנות פועל תחיקתי לחברות להעביר מידע לידי גורמי בטחון שונים.
143. בתשובת המדינה לאותה עתירה הובהר, כי אותם נספחים אינם מקנים סמכות כלשהי לרשויות ביטחון לקבל נתוני תקשורת, אלא רק **מסדירים "טכנית" את חיבור "הצינור" אשר דרכו ניתנת לגורמי הביטחון האפשרות הטכנולוגית לגשת למערכות בעלי הרישיונות על מנת לקבל מידע**. אלא שהגישה לצינור וממילא הנתונים העוברים דרכו מתאפשרים רק על פי סמכויות המוקנות על פי חוק" (סעיף 35 לכתב התשובה של המדינה).
144. בהמשך, בדיון שנערך בעתירה ובתשובה לשאלת בית המשפט בדבר מיהות הגורם שבדיון "המפתח" לאותו "צינור" המחבר בצורה מקוונת (און-ליין) את מחשבי חברות הסלולר והאינטרנט למחשבי השב"כ (שרק אליהם היה חיבור באותה עת). בתשובתה הבהירה ב"כ המדינה בעמ' 5 לפרוטוקול:
- "השימוש הוא על פי החלטת ראש השירות עם הדיווחים הקבועים בחוק. החברה לא יודעת על השימוש, לא נדרשת פניה בכל פעם לחברות. לפעמים זה נדרש באופן דחוף. בנושא זה אין הדגש על אופן דחוף (להבדיל מהאזנת סתר). שיקול הדעת של החברות בכל מקרה ספציפי לא ייתכן מבחינה טכנית ולא מבחינת שיקול הדעת, כל הרעיון הוא בזה שאין להם את שיקול הדעת, חברות הסלולר לא יכולות למנוע את השימוש. יש התחברות שהשימוש בה נעשה על פי חוק, כפי שמוסדר, בצורה ברורה, על ידי היתר של ראש השירות".**
- ב"כ המדינה הוסיפה עוד, כי אם וכאשר ייחקק חוק נתוני תקשורת (שהיה אז בתהליכי חקיקה), אזי ניתן יהיה להתקין חיבורים מקוונים דומים, גם למחשבי המשטרה.
145. לנוחות בית המשפט הנכבד צירפנו כאסמכתאות את כתבי הטענות והפרוטוקול בעת"מ 890/07: כתב העתירה בתיק עת"מ 890/07 - **אסמכתא א'**; כתב התשובה של המדינה - **אסמכתא ב'**; פרוטוקול הדיון בעת"מ 890/07 שהתקיים ביום 5.11.07 - **אסמכתא ג'**.
146. מאז, כידוע, נחקק חוק נתוני תקשורת ואין עוד כל מניעה, כי המשטרה תחובר - אם לא חוברה כבר - באופן מקוון אל מאגרי המידע של פלאפון, מבלי שיש לפלאפון פיקוח על כך.
147. **המבקשים אינם יודעים האם החיבור המקוון אל מאגרי המידע של פלאפון, כולל גם חיבור למאגר העתקי הודעות המסר הקצר, אך אם כן, ולאור העדר גורם מבקר או מפקח כלשהו על המידע המוצא באמצעות החיבור הזה, נדמה, כי ברורות המשמעויות המדאיגות הנובעות ממנו ביחס להיקף כוחן של הרשויות החוקרות, וביחס להפיכת חוק האזנת סתר לכלי ריק.**
148. סוגייה זו ממחישה את הצורך בסעדים הלא-כספיים שנתבקשו בתובענה. יש להפסיק את הפגיעה המתמשכת, הרפטיבית והסיטונית בפרטיות של כל מי שעושה שימוש בשירות העברת הודעות מסר קצר של פלאפון.

חלק ד' - עילות התביעה

1.ד. תמצית עילות התביעה

149. חוק תובענות ייצוגיות קובע כמטרה ראשונית ניהול תביעות ייצוגיות, כבמקרה זה, תחת מסגרת יעילה. כך קובע סעיף 1 לחוק:

- "מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, 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."

150. כפי שנראה להלן התאמתה של תביעה זו לניהול כתביעה ייצוגית בולטת וברורה, במיוחד על רקע מטרת החוק של **"אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו"**.

151. סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות, המגדיר את הנושאים והעילות בהן ניתן להגיש תובענות ייצוגיות, מפנה לתוספת השנייה לחוק, בה נקבע כי ניתן להגיש **"תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו"**. כלומר, לפי חוק תובענות ייצוגיות, ניתן להגיש תובענה עוסק בגין כל עילה. לענין זה ר' ע"א 9590/05 רחמן-נוני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פדאור (לא פורסם) 07(23) 673, להלן, עניין רחמן-נוני).

152. החוק החדש הסיר את כבלי הפלדה מרגלי התובעים הייצוגיים, ופתח את טרקלין התובענות הייצוגיות לכל מגוון העילות המתעוררות ביחסים שבין עוסק וצרכן, בנק ולקוח, מבטח למבוטח ועוד, ולא רק לעילות שהיו נקובות בחיקוק הספציפי מכוחו הוגשו התובענה והבקשה לאישור.

153. בענייננו, עומדות למבקשים מספר עילות תביעה ייצוגיות, ובהתאם, יכולים המבקשים להגיש את התביעה כייצוגית, וניתן לאשרה כייצוגית, בגין העוולות הבאות שיפורטו בהמשך:

- א. **פגיעה בפרטיות**: פלאפון מפרה את חוק הגנת הפרטיות באופן בוטה;
- ב. **הפרת הרשיון, הפרת הדין והפרת חובה חקוקה**: פלאפון מפרה את הרשיון שמכוחו היא פועלת, ומפרה גם את הוראות חוק האזנות סתר.
- ג. **הפרת חוזה**: פלאפון מפרה את החוזה בין הצדדים, בכך שהפרה את תנאי הרשיון, ובכך הפרה את התחייבותה לפעול על פי דין.
- ד. **חוסר תום לב בקיום-חוזה**;
- ה. **חוסר תום במשא ומתן, אי גילוי והטעיה**;

נבחן עילות אלו להלן.

2.ד. חלופות הפגיעה בפרטיות

154. כפי שנוכחנו לעיל, פלאפון מפרה את חוק הגנת הפרטיות באופן בוטה. הדברים פורטו בהרחבה בסעיפים 86 עד 95 לעיל (ר' בעמ' 20 עד 22), ונביא כאן רק את תמציתם.
155. מעשיה של פלאפון מהווים פגיעה בפרטיות, בניגוד לסעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות, כמובנה של זו, לפי הסעיפים (1)2; (2)2; (7)2; (5)2 ו- (8)2 לחוק הגנת הפרטיות, שיפורטו להלן:

<p>פגיעה בפרטיות מהי</p> <p>2. פגיעה בפרטיות היא אחת מאלה:</p> <p>(1) <u>בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרידו, או הטרידה אחרת;</u></p> <p>(2) <u>האזנה האסורה על פי חוק;</u> ...</p> <p>(5) <u>העתקת תוכן של מכתב או כתב אחר שלא נועד לפרסום, או שימוש בתכנו, בלי רשות מאת הנמען או הכותב, והכל אם אין הכתב בעל ערך היסטורי ולא עברו חמש עשרה שנים ממועד כתיבתו; לענין זה, "כתב" - לרבות מסר אלקטרוני כהגדרתו בחוק חתימות אלקטרונית, התשס"א-2001; ...</u></p> <p>(7) <u>הפרה של חובת סודיות שנקבעה בדין לגבי עניניו הפרטיים של אדם;</u></p> <p>(8) <u>הפרה של חובת סודיות לגבי עניניו הפרטיים של אדם, שנקבעה בהסכם מפורש או משתמע;</u></p>
--

156. מאחר שפלאפון מבצעת "האזנה האסורה על פי חוק" (ס' 2)2), היא גם מבצעת פגיעה בפרטיות.
157. פלאפון מעתיקה "תוכן של כתב", הכולל גם "מסר אלקטרוני", המוגדר בס' 1 לחוק חתימה אלקטרונית, התשס"א-2001, כ- "מידע אשר נוצר, נשלח, נקלט או נשמר באמצעים אלקטרוניים או אופטיים, כשהוא, נראה, נקרא, נשמע או מאוחזר באמצעים כאמור". ועל כן, פלאפון מבצעת גם פגיעה בפרטיות, בשל העתקת תוכן של מכתב או כתב אחר שלא נועד לפרסום (ס' 5)2).
158. הפגיעה בפרטיות עולה גם מכך שפלאפון מבצעת "הפרה של חובת סודיות שנקבעה בדין לגבי עניניו הפרטיים של אדם"; (ס' 7)2). החובה נקבעה גם בדיני האזנות הסתר, וגם ברשיון של פלאפון, שמבחינתה הוא דין.
159. הפגיעה בפרטיות נגזרת גם מ"הפרה של חובת סודיות לגבי עניניו הפרטיים של אדם, שנקבעה בהסכם מפורש או משתמע" (ס' 8)2). הרשיון הוא חלק מן ההסכם בין פלאפון למנויים שלה, ולבטח יש הסכם מפורש או משתמע בין פלאפון למנויים, שהיא לא תעבור על החוק ולא תאזין לשיחות שלהם.
160. ולסיום, אגירת כל העתקי הודעות המסר הקצר, במאגר מידע מיוחד, מאגדת בתוכה את כל העוולות הללו ומכוננת עוולה עצמאית נוספת של "בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרידו, או הטרידה אחרת", לפי סעיף (1)2 לחוק הגנת הפרטיות.
161. כאמור בסעיף 4 לחוק הגנת הפרטיות, "פגיעה בפרטיות היא עוולה אזרחית, והוראות פקודת הניזקין [נוסח חדש], יחולו עליה בכפוף להוראות חוק זה". בגין עוולה זו נתבעת פלאפון בתובענה זו.

3.ד. פעילות בניגוד לחוק האזנות סתר, לרשיון והפרת חובה חקוקה

162. הפרתו של חוק האזנות סתר בוטה וברורה, הדברים נותחו בהרחבה בסעיפים 73 עד 85 לעיל (ר' בעמ' 18 - 20), ונביא את עיקרם להלן:

- א. "קליטה או העתקה" של "השיחה", היא "האזנה" לשיחה.
- ב. וכאשר אין הסכמה של אף אחד מבעלי השיחה - הרי זו "האזנת סתר".
- ג. בהענתקת ושמירת ההענתקים של ההודעות מסר קצר הנכסים והיוצאים של מנוייה מבצעת חברת פלאפון, "האזנה" "באמצעות מכשיר" לשיחות של מנוייה ושל אלו שמשגרים אליהם הודעות מסר קצר או מקבלים מהם הודעות מסר קצר. "האזנה" זו נעשית שלא כדין, מאחר ופלאפון אינה "בעל שיחה" ביחס לאף אחת מאותן שיחות, אלא רק "נותן שרות של העברת מסר בבזק, למען זולתו או מטעם זולתו".

163. כך גם ההפרה של תנאי הרשיון שנותחו לעיל בסעיפים 69 עד 72 (ר' בעמ' 17). עיקרי הדברים הם:

- א. "הודעת מסר קצר" (SMS) היא "מסר בזק", והיא מוסדרת וכפופה לרשיון.
- ב. הרשיון מכפיף עצמו להוראות כל דין בעניין הגנה על פרטיות המנוי.
- ג. "אין בעל הרשיון רשאי להאזין לטלפון או לתקשורת אחרת של מנוי ללא אישור בכתב של המנוי" - כך קובע במפורש סעיף 65 לרשיון.
- ד. ברור בעליל כי בענייננו אין כל "אישור בכתב" של המנוי. הרי סגן היועץ המשפטי של פלאפון הסביר כי הסכמת הלקוחות היא הסכמה משתמעת, ולא הסכמה מפורשת בכתב:

(1) ר' בסי' 1 למכתב שצורף לעיל כנספח 7:

"עצם בחירת מרשיך להיות מנויים בחברתנו ולעשות שימוש בשירות זה המסופק על ידה, טומנת בחובה הסכמה (ואף דרישה) לאפשר לחברתנו לעשות שימוש במידע כאמור, לצורך מתן אותו השירות".

(2) עו"ד רוזנברג חוזר על המקור לסמכות (ס' 11 למכתב), בתשובתו השנייה, שצורפה לעיל כנספח 9:

"לסיום נקודת הסמכות, אחזור על הטענה שכבר העליתי בדבר הסכמה מכללא של המנוי שנתוני התעבורה יישמרו ולו לצורך בירורים עתידיים מסוגים שונים".

164. הפרה של הרגולציה ולבטח של החקיקה מגלמת עילת תביעה גם בתובענה ייצוגית. כך פירש זאת בית המשפט העליון לעניין הפרה של הרגולציה הבנקאית: בע"א 9590/05 רחמן-נוני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פדאור (לא פורסם) (23)07: 673:

"שינוי נוסף שנובע מחקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות הינו הרחבת עילות התביעה מכוחן ניתן לאשר תובענה ייצוגית נגד תאגיד בנקאי. בעוד שבעבר הוגבלו עילות התביעה האמורות לעילות חוק הבנקאות (שירות ללקוח), הרי שהיום לא קיימת הגבלה זו וניתן להגיש תובענה ייצוגית נגד תאגיד בנקאי "בקשר לעניין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו" (פריט 3 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות). לפיכך, ומשנקבע כי חוק תובענות ייצוגיות חל על המקרה דנא, הרי שאין מניעה כיום לברר את טענות המבקשים ביחס לקיומה של עילת תביעה מכוח הוראה 454".

"הוראה 454" בעניין רחמן-נוני היא הוראה 454 להוראות הניהול הבנקאי התקין שמוציא הפיקוח על הבנקים. היא רגולציה במדרג נמוך יחסית, וגם ביחס אליה ראה בית המשפט העליון את ההיתכנות לבסס עילת תביעה ייצוגית.

בענייננו הרגולציה נקבעה ברשיון לפיו חייבת פלאפון לפעול. הפרה של רגולציה (ככל שהופרה) מגלמת עילת תביעה למבקשים.

165. ואם הפרה של רגולציה מדרגה נמוכה מאפשרת הגשת תובענה ייצוגית, אדרבא שהפרה של הוראות חוק האזנות סתר מאפשרת זאת, משום שגם היא "בקשר לעניין שבינו לבין לקוח".

166. הפרת החוק והרגולציה מגלמת גם עוולה של הפרת חובה חקוקה לפי ס' 63 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) תשכ"ח-1968 (להלן, "פקודת הנזיקין"):

63. הפרת חובה חקוקה
(א) מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על פי כל חיקוק - למעט פקודה זו - והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר, וההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליה נתכוון החיקוק; אולם אין האדם האחר זכאי בשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו, אם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו.
(ב) לענין סעיף זה רואים חיקוק כאילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני, אם לפי פירושו הנכון הוא נועד לטובתו או להגנתו של אותו פלוני או לטובתם או להגנתם של בני-אדם בכלל או של בני-אדם מסוג או הגדר שעמם נמנה אותו פלוני".

167. תנאי הסעיף הזה מתקיימים בענייננו, וננתח את הדברים לפי חוות דעתו של כב' הש' ברק (כתוארו אז) בע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד ל"ז (1) 113 (1982) (להלן, עניין ועקנין), הקובע כי חמישה הם יסודותיה של העוולה בדבר הפרת חובה חקוקה (שם, בפסקה 32):

- א. חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק;
- ב. החיקוק נועד לטובתו של הניזוק;
- ג. המזיק הפר את החובה המוטלת עליו;
- ד. ההפרה גרמה לניזוק נזק;
- ה. הנזק אשר נגרם הוא מסוג הנזק אליו נתכוון החיקוק.

168. יסוד ראשון:

א. "תנאי ראשון לגיבוש האחריות בגין הפרת חובה חקוקה הוא, כי על המזיק תוטל חובה, שמקורה בחיקוק" (פסקאות 25 ו-33 בעניין ועקנין). חוק האזנות סתר, כמו גם הרשיון, עונים על הגדרת "חיקוק" כפי שנתפרשה בפסיקה. החובה המוטלת על פלאפון לשמור על הפרטיות של המנוי ולא להעתיק את תוכן שיחותיו, אשר נקובה ברשיון, היא חובה "שמקורה בחיקוק". הרי הרשיון פותח במלים הבאות:

בתוקף סמכותי לפי חוק הבזק, התשמ"ב 1982- (להלן - החוק), פקודת הטלגרף האלחוטי [נוסח חדש], התשל"ב 1972- (להלן - הפקודה), ויתר סמכויותי על-פי כל דין, אני מעניקה בזה רשיון לפלא-פון תקשורת בע"מ, (להלן - בעל הרשיון) להקמת מערכת רדיו טלפון נייד בשיטה התאית, קיומה, תחזוקתה ותפעולה, ולמתן שירותי רדיו טלפון נייד לציבור בישראל באמצעותה, כמפורט ברשיון זה. הרשיון ניתן לתקופה המפורטת ברשיון ובכפוף לתנאיו כלהלן:

169. **יסוד שני**: החיקוק נועד לטובתם או להגנתם של המבקשים ויתר חברי הקבוצה. ההוראות הרלוונטיות ברשיון נועדו לבטח להגן על הפרטיות של הלקוח. כלומר, הן נועדו לטובתו או להגנתו של הלקוח. כך גם הוראות חוק האזנות סתר. לעניין זה ר' בפסקאות 36 - 37 לעניין **ועקנין והשווה** לע"א 610/02 **מפעל הפיס נ' לוטונט מועדון חברים בע"מ**, פ"ד נו (5) 97 (2003), פסקה 17 ואילך לחו"ד של כבי השי' אנגלרד.

170. **יסוד שלישי**: **המזיק הפר את החובה המוטלת עליו**: הדברים פורטו בהרחבה לעיל, ואין צורך לחזור עליהם שוב.

171. **יסוד רביעי**: **ההפרה גרמה לניזוק נזק**. בענייננו, נגרם נזק. על כך יורחב בהמשך.

172. **יסוד חמישי**: **למבקשים ולחברי הקבוצה נגרם הנזק מסוג הנזקים שאליו נתכוון החיקוק**.

173. לאור כל אלו, המבקשים, כמו גם יתר הלקוחות, זכאים לסעדים הנתבעים בגין הפרת חוק האזנות סתר והוראות הרשיון.

ד.4. הפרת חוזה והנזק 'עקב ההפרה'

174. כל לקוח של פלאפון מתקשר עם פלאפון בהסכם כתוב שאין בו זכר לעובדה כי פלאפון שומרת את ההודעות מסר קצר במערכת שלה. בכל מקרה, בין הצדדים ישנה הסכמה מכללא כי פלאפון פועלת כדין ו/או הסכמה מכללא שפלאפון לא תפגע בפרטיות.

175. מי שאינו לקוח של פלאפון, אלא הוא לקוח של רשת אחרת המשגר או מקבל הודעת מסר קצר אל/ממנו של פלאפון, עושה כן על סמך הסכמה מכללא כי פלאפון פועלת כדין ו/או הסכמה מכללא שפלאפון לא תפגע בפרטיות שלו. כך גם לגבי משתמש מחשב שמשגר מהמחשב הודעת מסר קצר אל מנוי של פלאפון או מקבל ממנו הודעת מסר קצר, עושה כן על סמך הסכמה מכללא מעין זו.

176. פלאפון מפרה את הסכמותיה המפורשות עם המנויים שלה. היא גם מפרה את ההסכמות מכללא עם מי שהם מנויים שלה ומי שאינם מנויים שלה.

177. זאת ועוד; חוק החוזים, התשל"ג-1973 ("חוק החוזים") קובע בס' 26 שכותרתו "**השלמת פרטים**":

26. פרטים שלא נקבעו בחוזה או על פיו יהיו לפי הנוהג הקיים בין הצדדים, ובאין נוהג כזה - לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג, ויראו גם פרטים אלה כמוסכמים.

178. בירורים שערכו המבקשים מול חברות אורנג' וסלקום מלמדים כי חברות אלו אינן פועלות כמו פלאפון, ואינן שומרות העתקים של הודעות ההודעות מסר קצר, לכל תקופה. כלומר, **"הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג"** הוא שאין לשמור הודעות מסר קצר.

179. נוהג נוסף ברור ומקובל בהתקשרות של כל אדם עם חברת טלפוניה, או בשימוש של כל אדם בשירותי טלפוניה, הוא שחברת הטלפוניה נוהגת כדין. הרי דיני החוזים אינם מכירים בחוזה שמנוגד לדין. בין יתר התנאים החוקיים מצויים גם האיסורים על פגיעה בפרטיות והאיסור על האזנת סתר. תנאי משתמע נוסף הוא שחברת הטלפוניה מקפידה לקיים את תנאי הרשיון ואינה חורגת ממנו.

ועל כן, גם פעולה בניגוד לדין ולרשיון מפרה את הסכם ההתקשרות עם הלקוח.

5.ד. חוסר תום לב בקיום החוזה

180. המשיבה חטאה גם בחוסר תום-לב בקיום חוזה, בניגוד לס' 39 לחוק החוזים, הקובע כי "בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב":

- א. המשיבה לא פעלה ב"דרך מקובלת". "הדרך המקובלת" הוגדרה על ידי המחוקק ועל ידי הרשיון. כל פעולה בניגוד להוראות אלו, אינה בדרך מקובלת, מבחינה מושגית.
- ב. המשיבה לא פעלה בדרך מקובלת גם במובן שיתר ספקיות הרט"ן בארץ אינן פועלות כמוה.
- ג. המשיבה היא בעלת השליטה על המערכת הטכנית שלה. הרי הלקוח אינו יכול לפרוץ למערכות הטכניות של פלאפון ולהגדיר אותן באופן העונה לדרישות החוק. רק המשיבה יכולה וחיבת לעשות כן. המשיבה חייבת לקיים את ההסכם בצורה שאינה פוגעת בלקוח או מסבה לו נזק.

6.ד. חוסר תום לב במו"מ לכריתת חוזה, אי גילוי והטעיה

181. עקרון תום הלב במשא-ומתן הטרום-חוזי מחייב כל צד לפעול בנאמנות כלפי הצד האחר. מחובה כללית זו נגזרת, בין היתר, חובתו של צד להליך המשא-ומתן לגלות למשנהו עובדות חשובות, לרבות אלו שהצד השני היה יכול לגלותן בכוחות עצמו, זאת מקום שגילוי זה מתחייב ממהות העסקה ומנסיבות המקרה.

182. המשיבה חטאה בחוסר תום לב כאשר לא יידעה את מי שמשגר הודעות מסר קצר אל מנוי פלאפון או מקבל הודעות מסר קצר ממנוי פלאפון, על קיומו של מאגר המידע ועל העובדה כי תוכן של ההודעות מועתק אל מאגר המידע. המשיבה מעולם לא גילתה לפני/אחרי שיגור או קבלת ההודעה כי עותק שלה יישמר במאגר המידע של פלאפון. בכך, פעלה המשיבה בחוסר תום-לב במו"מ, בניגוד לסעיף 12 לחוק החוזים.

183. אי הגילוי אודות מאגר המידע ושימור תוכן ההודעות מהווה גם עוולה צרכנית לפי סעיף 4 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 ("חוק הגנת הצרכן") הקובע כדלקמן:

4. חובת גילוי לצרכן
(א) עוסק חייב לגלות לצרכן -
(1) כל פגם או איכות נחותה או תכונה אחרת הידועים לו, המפחיתים באופן משמעותי מערכו של הנכס;
(2) כל תכונה בנכס המחייבת החזקה או שימוש בדרך מיוחדת כדי למנוע פגיעה למשתמש בו או לאדם אחר או לנכס תוך שימוש רגיל או טיפול רגיל;
(3) כל פרט מהותי לגבי נכס שקבע השר באישור ועדת הכלכלה של הכנסת; אולם תהא זו הגנה לעוסק אם הוכיח כי הפגם, האיכות או התכונה או הפרט המהותי בנכס היו ידועים לצרכן.
(ב) הוראות סעיף קטן (א) יחולו גם על שירות."

184. לא יכול להיות חולק כי פגיעה בפרטיות, כמו גם הנזק הפוטנציאלי הטמון בכך שמאן שהוא יכול לעיין בתוכן ההודעה, הן בגדר "פגם או איכות נחותה או תכונה אחרת", "המפחיתים באופן משמעותי מערכו של" השירות או הנכס.

לעניין זה ר' החלטת כב' הש' ד"ר פלפל בת.א. 2677/05 (בש"א 27467/05) יוסי ניר נ' בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, תק-מח 2008(1), 10988, בפסקאות ה-ו להחלטה (ניתנה ביום 6/3/08³).

185. אי הגילוי אודות מאגר המידע ושימור תוכן ההודעות, מהווה גם עוולה של הטעיה לפי סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן הקובע:

"לא יעשה עוסק דבר - במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה"⁴ - העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי בעסקה (להלן - הטעיה). בלי לגרוע מכלליות האמור יראו עניינים אלה כמהותיים בעסקה:
...
(1) הטיב, המהות, הכמות והסוג של הנכס או השירות;
(11) התאמתו של הנכס או השירות לתקן, למיפרט או לדגם;

186. הטעיה, שבוצעה כאמור הן במעשה והן במחדל, נוגעת ל"עניינים מהותיים" המפורטים בסעיף 2 לחוק הגנת הצרכן. באופן קונקרטי, נתייחס למספר חלופות הנמנות בחוק כעניינים מהותיים.

א. "הטיב, המהות, הכמות והסוג של הנכס או השירות" - לפי סעיף 2(1):

ברי כי עצם העובדה כי הודעת מסר קצר המשוגר אל וממנוי של פלאפון נשמרת במאגר המידע, וניתנת לאחזור (למשל, על ידי גופי חקירה), נוגעת למהות ולטיב של השירות שנרכש.

ב. "התאמתו של הנכס או השירות לתקן, למיפרט או לדגם" - לפי סעיף 2(11): השירות שסופק בפועל למבקשים, אינו מתאים לתקן שנקבע בחוק וברשיון לגבי שמירה על הפרטיות.

187. יודגש כי המשיבה הטעתה הן במעשה והן במחדל. היא לא גילתה את שידעה לגבי מאגר המידע ושימור תוכן ההודעות, לא בשלב הטרם-חוזי ולא בשלב קיום החוזה. המבקשים, כמו גם הלקוחות האחרים שנפגעו מהתנהגות המשיבה, לא היו צריכים לנחש זאת.

לעניין זה ראו דברי כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני בת.א. 1465/03 (בש"א 8232/03) לוק נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, תק-מח 2005(2), 562 (2005) (להלן, עניין לוק) בפסקה 46 להחלטה, העוסקת בעוולת הטעיה לפי חוק הבנקאות שהיא עוולה מקבילה להטעיה לפי חוק הגנת הצרכן.

188. הכנסת פטרה את המבקשים ואת בית המשפט מן המגבלה הטרם-חוזית שחלק מן השופטים ראו בחוק הגנת הצרכן. כיום, כאמור, לאחר תיקון מס' 18 לחוק הגנת הצרכן, אין כל חולק כי אין המדובר אך בהטעיה טרום חוזית: ביום 13/12/05 תיקנה הכנסת את לשון הסעיף, ובסעיף 2(א), ברישה, אחרי "בכל דרך אחרת" הוסיפה את המילים "לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה".

189. הרקע להצעת החוק⁵, היה כמובן, הקול הקורא שיצא מאת כב' הש' ד"ר פלפל בהחלטתה בת.א. 2474/02 רותם תומר נ' מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ, דינים מחוזי, לד (4) 477:

³ על החלטה זו הגישה בזק בקשת רשות ערעור - רע"א 3184/08, אשר טרם נדונה.
⁴ ביום 13/12/05 תיקנה הכנסת את לשון הסעיף, בסעיף 2(א), ברישה, אחרי "בכל דרך אחרת" יבוא "לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה". הצעת החוק ודברי הסבר פורסמו בהצעות חוק הכנסת - 93, מיום י"ט בתמוז התשס"ה (26 ביולי 2005), עמ' 254.
⁵ הצעת החוק ודברי הסבר פורסמו בהצעות חוק הכנסת - 93, מיום י"ט בתמוז התשס"ה (26 ביולי 2005), עמ' 254. בהקשר זה, חשוב להזכיר גם את הצעת החוק הפרטית שהגיש ח"כ ארדן בנושא: הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון) - הזכות לתובענה ייצוגית בחוזי התקשרות ארוכי טווח, התשס"ד-2004. הצעת חוק זו נועדה לתקן את המצב שהיה קיים בעבר, ולאפשר לצרכנים להגיש תובענות ייצוגיות נגד ספקים של שירות ארוך טווח, למשל בתחום

”הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס’ 19) (הטעיה לאחר התקשרות בעסקה), התשס”ה-2005 המתפרסמת בזה, באה להרחיב את איסור הטעיה הקבוע בחוק, כך שיחול גם על הטעיה מצד עוסק, שנעשתה לאחר מועד ההתקשרות בעסקה, ואף בנסיבות התקשרות בסיום העסקה. התיקון האמור נועד להגן על צרכנים המתקשרים בחוזים ארוכי טווח, במיוחד בחוזים למתן שירותים בטכנולוגיות משתנות, שעשויים להתעדכן מדי פעם (למשל בשירותי הטלפון הנייד, שידורי הכבלים והאינטרנט), ולאפשר להם לתבוע מכוח החוק בשל הטעיה, וכל להגיש תובענה ייצוגית מכוח החוק בשל הטעיה במהלך תקופת ההתקשרות, כפי שהמליץ בית המשפט המחוזי: ”אני מנצלת הזדמנות זו ופונה למחוקק, שיתקן את החוק לעניין תובענות ייצוגיות, ויאפשר במסגרת הגנת הצרכן לעשות שימוש במכשיר חשוב זה לעניין חוזי שירות ארוכי טווח” (השופטת פלפל בת”א 2474/02...).”

190. ולענייננו: מאחר שחוק הגנת הצרכן מחיל את עולות הטעיה ”לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה”, ניתן לטעון כי היא מתקיימת גם לאחר שהמבקשים ויתר הלקוחות ביצעו את העסקה.

7.ד. הנזק שגרמה פלאפון

191. הנזק שגרמה פלאפון הינו נזק המגולם בעצם הפגיעה בפרטיות ובעצם הפגיעה באוטונומיה הפרטית של מי ששלח או קיבל הודעת מסר קצר שפלאפון שמרה במאגר המידע שלה.

192. הדברים נותרו בפסיקה, וסוכמו כהלכה בע”א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע”מ נ’ מ”י, פ”ד נט (5) 193, בפסקה 18:

”18. אין עוולת רשלנות ללא נזק. האם גרמה ההתנהגות הרשלנית של המשיבות לנזק בר פיצוי על-פי עוולת הרשלנות? לדעתי, התשובה היא בחיוב. סעיף 2 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] מגדיר ”נזק” כלהלן: ”אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה”.
הפרשנות שניתנה להגדרה זו היא רחבה. היא כוללת הן נזק רכושי הן נזק שאינו רכושי. עמדתי על כך בפרשת גורדון, בעמ’ 139 בציני:
”הגדרה זו רחבה היא הן לעניין הפגיעות הנזכרות ברישא והן לעניין אלה הנזכרות בסיפא (ראה המ’ 106/54, בעמ’ 1334). היא כוללת את כל סוגי הנזק, בין פיסי ובין שאינו פיסי, בין ממוני ובין שאינו ממוני. ביסוד ההגדרה עומדת המציאות המוחשית. היא משתרעת הן על נזק פיסי והן על נזק כספי; הן על פגיעה בתחושות גופניות ונוחות, שיש להן ביטוי פיסי, והן על פגיעה בתחושות גופניות ונוחות, שאין להן ביטוי פיסי. לא היה מקום, על-כן, מבחינת היקפו של המושג ’נזק’, שלא לכלול בחובו שלילת נוחות גופנית, סבל נפשי ופחד, שאין להם ביטוי פיסי”.

במקרה שלפנינו הנזק שנגרם כתוצאה מהתרשלות המשיבים הוא לא רכושי. נזק זה יכול להילמד, בין השאר, מעצם ההפרה הבוטה של חובת ההגיינות (ראו והשוו: ע”א 558/84 כרמלי נ’ מדינת ישראל (להלן - פרשת כרמלי), בעמ’ 772; ע”א 2781/93 דעקה נ’ בית החולים ”כרמל”, חיפה (להלן - פרשת דעקה), בעמ’ 582-586). אכן, מתן הנמקה שגויה ושלילת זכות טיעון עלולים, בנסיבות

הסלולר, במקרה של פגיעה בלקוחות במהלך התקופה של חוזה שירות ארוך-טווח: מפסקי דין רבים (לדוגמה: פסק דינה של השופטת ד”ר פלפל בת”א 2474/02) עולה כי חוק הגנת הצרכן אינו מאפשר להגיש תובענה ייצוגית נגד ספקים של שירות ארוך טווח (אינטרנט, סלולרי, כבלים, ליון וכדומה) במקרה שתנאי השירות אותו הם מספקים השתנו לרעה במהלך ההתקשרות, שכן חוק הגנת הצרכן מגן רק על השלב הטרם חוזי בו מוצעת לצרכן העסקה הראשונית ולא על שינויים שנעשו בשירות במהלך תקופת ההתקשרות. לקונה זו גורמת לפגיעה בצרכנים שאינם יכולים להתאחד לתביעה ייצוגית וכן לעומס על בתי המשפט המוצפים תביעות של יחידים נגד חברות גדולות. בית המשפט עצמו קרא לתיקון סעיף זה והצעת חוק זו באה לאפשר לצרכנים לתבוע בתביעה ייצוגית גם במהלך ההתקשרות עם הספק ולייעל את ההליך המשפטי של תביעות צרכניות אלו.”

מסוימות, לפגוע בפרט ולגרום לנזק לא רכושי. הקביעה שלפיה נזק זה הוא בר פיצוי אינה זרה למשפט הפרטי (ראו א'ברק "הערכת הפיצויים בנזקי גוף: דין הנזיקין המצוי והרצוי", בעמ' 263). כך, לא פעם נקבע נזק לא רכושי בעולות הרשלנות (ראו: ע"א 3843/90 אוחיון נ' מדינת ישראל, משרד הביטחון; ע"א 398/99 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' דיין); במסגרת סעיף 13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (ראו ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי); בעניין נזק מוראלי ועוגמת נפש במסגרת דיני זכויות היוצרים (ראו ע"א 4500/90 הרשקו נ' אורבך, בעמ' 432); כך גם בעניין סבל שנגרם בשל גירוש האישה על כורחה על-ידי בעלה (ראו ע"א 1730/92 מצראווה נ' מצראווה); כך בלשון הרע (ראו רע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, בעמ' 523-524); כך בקביעת נזק של מי שנתקף בתחושות שליליות של גועל ופגיעה באוטונומיה כתוצאה משתיית חלב שהכיל סיליקון (ראו: ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, בעמ' 681-682); כך בקביעת נזק לא רכושי הנובע מפגיעה בחירותו ובכבודו של מי שאושפז בבית חולים לחולי נפש בכפייה ושלא כדין (ראו פרשת כרמלי, שם) וכך בקביעת נזק בגין פגיעה באוטונומיה (ראו פרשת דעקה, בעמ' 619-620). בכל המקרים הללו, וברבים אחרים, נגרם נזק שאינו רכושי. דרך דומה יש לנקוט גם במקרה שלפנינו.

193. מתן פיצוי בשל נזק לא ממוני, כגון פגיעה באוטונומיה של הפרט, הוכר במפורש גם בזירה הייצוגית במסגרת "פרשת הסיליקון בחלב", בבית המשפט העליון, במסגרת ע"א 1338/97 תנובה נ' ראבי, פ"ד נו (4) 673. הדברים סוכמו גם על ידי בית המשפט המחוזי בת"א (ת"א) 1372/95 יורשי ראבי נ' תנובה, פדאור (לא פורסם) 08 (38) 88, בסעיפים 47 עד 51 לפסק הדין:

(ב) פגיעה באוטונומיה של הפרט

47. ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה של הפרט נקבע לראשונה על ידי בית המשפט העליון בע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים כרמל, חיפה, פ"ד נג(4) 526, ובאותו עניין נגע הנזק לקבלת טיפול רפואי ללא קבלת הסכמתו של המטופל, ובלא שפורטו בפניו הסיכונים האפשריים (וראה גם: צ. קרן-פז, "פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות", המשפט י"א (התשס"ז-2007) 187; נ. קרקו-אייל, "אופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה", המשפט י"א (התשס"ז) 267; א. יעקב, "גילוי נאות והסכמה מדעת", עתיד להתפרסם בעיוני משפט, כרך ל(3) 2008). ראש נזק מיוחד זה מבוסס על ההכרה של המשפט באוטונומיה של הפרט לגבש את רצונו כנראה לו על פי טובתו - זכות יסוד הנגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (א. ברק, פרשנות במשפט כרך שני (פרשנות חקיקה), עמ' 468); דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי נ' פלונית, פ"ד נ(2) 48, 95, 96; פרשת דעקה הנ"ל, פסקה 15 לפסק דינו של כב' השופט ת. אור, שלדעתו בענין הפגיעה באוטונומיה הצטרפו כב' הנשיא א. ברק, כב' המשנה לנשיא ש. לוי, כב' השופטת ט. שטרסברג-כהן וכב' השופט י. אנגלרד).

48. עיקרה של זכות הפרט לאוטונומיה הינה הזכות "לגבש את רצונו כנראה לו על פי 'טובתו': הפרט הוא המחליט על 'טובתו'- שלו. 'טובתו' היא רצונו ורצונו הוא 'טובתו'" (דברי כב' השופט מ. חשין בדנ"א 7015/94 הנ"ל, שצוטטו בעניין דעקה, בפסקה 15 לפסק דינו של השופט ת. אור). זו הזכות לגבש החלטה באופן שקול, מושכל ומודע, בידיעת העובדות הנוגעות לדבר, האם להסכים למהלך מסויים (דברי כב' השופטת ט. שטרסברג-כהן בענין דעקה הנ"ל בפסקאות 33-34, ודברי כב' השופטת ד. דורנר בע"א 434/94 ברמן נ' מור, המכון למידע רפואי בע"מ, דינים עליון נ"ב 506, פסקה 9). פגיעה בכבוד באוטונומיה של הפרט כרוכה בנזק לא-ממוני שהוא בר-פיצוי, גם בלא נזק גופני, והוא המוכר כראש נזק עצמאי, הבא בגדרו של המונח "נזק" כהגדרתו בסעיף 1 לפקודת הנזיקין (כב' השופט ת. אור בפסקה 21 בעניין דעקה הנ"ל). בפרשת דעקה נקבע כי ההכרה בזכותו של החולה לפיצוי על הפגיעה באוטונומיה שלו, עשויה לתרום לכך שחובה זו תקויים הלכה למעשה (כב' השופט ת. אור בפסקה 22). כך קבע בית המשפט העליון בעניינו, לעניין

הפגיעה באוטונומיה של הצרכן לקבוע מה יכנס לפיו ולגופו וממה ימנע (דברי כב' השופטת מ. נאור בפסקה 10 לפסק הדין בו אושרה התובענה הייצוגית).

49. אשר להערכת הנזק בגין הפגיעה באוטונומיה של הפרט, הבהיר כב' השופט ת. אור בעניין דעקה הנ"ל, כי על בית המשפט להביא בחשבון את עוצמת הפגיעה שנגרמה לניזוק, לאור תגובתו הנפשית והרגשית, ובהתחשב בחומרת ההפרה שהביאה לפגיעה. כאשר מדובר בסיכון בריאותי, הרי שכלל שהסתברות התרחשותו גבוהה יותר - כך גם עוצמת הפגיעה באוטונומיה של הפרט חמורה יותר. כאשר מדובר בזכות החולה לקבל מידע על סיכונים הכרוכים בטיפול רפואי (כפי שהיה בעניין דעקה), "ככל שחשיבותה של החלטה בה מדובר מבחינת החולה היא גדולה יותר, נישולו ממעורבות אפקטיבית בתהליך קבלת החלטה פוגע במידה רבה יותר בזכותו לאוטונומיה" (פסקה 28). כך גם לגבי הפגיעה בזכותו של הצרכן, כאשר מדובר במזון שקיים חשש לגבי הסיכונים הכרוכים בצריכתו. זכותו של הצרכן לקבל את מלוא המידע על הסיכונים הרפואיים הכרוכים בצריכת המוצר, כפי שזכותו של החולה לקבל מידע מלא על הטיפול הרפואי המוצע לו. השיקולים שצינו כב' השופטים אור ושרסברג-כהן בעניין דעקה הנ"ל לעניין הפיצוי, הם: חומרת ההפרה; מידת חשיבות החלטה לתובע; השפעת ההפרה על החלטתו; עמדתו של התובע ויחסו למידע שלא נמסר; ותוצאות ההפרה - כאשר שיקולים אלה אינם רשימה סגורה (ראה הביקורת על הערכת הפיצוי בעניין דעקה במאמרה הנ"ל של נ. קרקו-אייל, המציעה מתן פיצוי על פי ערכה האובייקטיבי של הזכות לאוטונומיה - מחד, וחומרת הפגיעה - מאידך, במקום הגישה האישית-סובייקטיבית העולה מפסק הדין בעניין דעקה).

50. בעניין הערכת היקף הנזק, הבהיר כב' השופט ת. אור כי מדובר בנזק לא-ממוני, אשר בדרך כלל יקבע על דרך של אומדנה המבוססת על הערכת מכלול הנסיבות ועל התרשמותו של בית המשפט, בהדגישו כי "מדובר בפגיעה בזכות יסוד, שמחייבת קביעת פיצוי הולם, להבדיל מפיצוי סמלי" (פסקה 28). זו גם הדעה המובעת במאמרו של כב' השופט א. ריבלין, "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני - מגמות הרחבה", ספר שמגר, מאמרים, חלק ג', התשס"ג-2003, 21 בעמ' 57). יש לזכור בהקשר זה כי פגיעה באוטונומיה של הפרט היא פגיעה בזכות יסוד חוקתית. בספרה של המלומדת ד' ברק-אריז, עולות חוקתיות, ההגנה הכספית על הזכות החוקתית, התשנ"ד, בעמ' 275-278, היא מביעה את הדעה כי הפיצוי בגין פגיעה בזכות חוקתית צריך להיות ממש, ואל לו להיות נומינלי או סמלי, על מנת שלא לפחת את ערכה של הזכות, וכדי לתת ביטוי הולם להכרה בחשיבותן של תחושות כמו צער, עלבון והטרדה בשל הפרת הזכות; נקודת המוצא תהיה שנגרם לנפגע נזק בשל פגיעה בזכות יסוד חוקתית (וראה דעה דומה המובעת במאמרה של י' ביטון, "כאבים באזור הכבוד" - פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות, משפט וממשך ט' (תשס"ו) 137; והשווה מאמרו הנ"ל של צ. קרן-פז, בעמ' 244-245, 266, התומך ב-"פיצוי צנוע עבור פגיעה באוטונומיה").

לצורך קביעת שיעור הפיצוי, על בית המשפט ליישם מבחן אובייקטיבי וסובייקטיבי משולב, המביא בחשבון כיצד היה חש אדם סביר בנסיבות המיוחדות של המקרה (דברי כב' השופטת ט. שטרסברג-כהן בפסקאות 45-46 ודברי כב' השופט ת. אור, בפסקה 7, בעניין דעקה הנ"ל). כב' השופט אור פסק כי ניתן להעניק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה של הפרט גם בהיעדר ראיות של ממש בעניין הנזק הלא-ממוני שנגרם, שכן קיומו של הנזק והיקפו עולים מעצם הפרת החובה על ידי המזיק (פסקה 29). לנקודה זו, כפי שיבואר בהמשך, חשיבות של ממש כאשר עוסקים אנו בתובענה ייצוגית המוגשת בשם מאות אלפי צרכנים, שבה אין דרך מעשית להוכיח באופן פרטני את הנזק האישי שנגרם כתוצאה מן הפגיעה באוטונומיה של הפרט.

51. כפי שהדגישה כב' השופטת ט. שטרסברג-כהן בעניין דעקה הנ"ל (פסקאות 36-37), הפגיעה באוטונומיה של הפרט מתרחשת באופן מיידי עם הפרת החובה למסור מידע מלא, והיא "פגיעה אינהרנטית להתנהגות העוללתית", באופן שהקשר הסיבתי בין הפרת החובה לבין הפגיעה באוטונומיה טבוע בהפרת החובה. לכן, אין צורך להוכיח קשר סיבתי בין הפרת

החובה לבין נזק ממשי שנגרם כתוצאה ממנה. הבסיס לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה של הפרט הוא עצם שלילת זכותו של המטופל או הצרכן לבחור בטיפול או במוצר הראוי לו. שלילת כוח הבחירה היא נזק עצמאי, גם אם לא גרמה לכל נזק נוסף, ואפילו יוכח כי המטופל היה מסכים לקבלת הטיפול, או שהצרכן היה מסכים לרכישת המוצר, גם לו ידע את כל העובדות לאמיתן, אף כי לעניין היקף הנזק, עשויה להיות חשיבות לשאלת התוצאה (ר' מאמרו הנ"ל של צ. קרן-פז בעמ' 191, 197, 210-206, ומאמרו הנ"ל של א. ריבלין, בעמ' 44).

194. בין שמדובר בנזק בשל "פגיעה באוטונומיה" ובין שמדובר בנזק שמהותו "פגיעה בחירות ובכבוד", או "פגיעה בפרטיות" או "הפרה של חובת ההגיונות" - מדובר נזק שאינו נזק ממון. נזק זה עולה ונובע מעצם ההפרה של הזכות החוקתית לפרטיות.

ולעניין זה ר' את דברי כב' הש' שטמר ת"צ (פתח-תקווה) 4944-08-07 הירש נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ (ניתן ביום 23/1/2009, טרם פורסם):

"פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בנסיבות עניינו אינו נקי מספקות, במיוחד משום שהטענה סמוכה לנסיבות של חובת מסירת מידע או גם עוולה של הטעיה. ניתן לשער שמקרים רבים של הטעיה או אי מסירת מידע יעלו גם כדי הפרת זכות בחירה, דבר שיאפשר לתובע לבחור בנזק שאינו נזק ממון במקום להוכיח נזק וקשר סיבתי.
עם זאת יתכן שבכך בדיוק ההצדקה: כל הפרה של זכות (חוקתית?) צפויה לפסיקת פיצויים, בין כאלו שניתן להוכיחם, בין אחרים, בשל עצם הפגיעה בזכות.
בשלב זה, ולאור חישוב אלטרנטיבי של הנזק, לא ראיתי מקום להכריע בשאלה."

195. נזק כזה הסבה פלאפון למיליוני אנשים בישראל, על בסיס יומי, במשך תקופה של שנים.

196. המבקשים מותירים את קביעת סך הנזק לכל מנוי, לשיקול דעת בית המשפט הנכבד.

חלק ה' - סוגיית הקשר הסיבתי

197. בחלק זה נידרש למספר היבטים אנליטיים הנוגעים לשאלת הקשר הסיבתי בין העוולות שביצעה המשיבה לבין הנזק שנגרם ללקוחות.

ה.1. באילו עוולות ולגבי אילו סעדים נדרש להוכיח קשר סיבתי

198. יודגש כי לגבי הסעדים שאינם כספיים, להם עותרים המבקשים, אין רלוונטיות לדיון זה בסוגיית הקשר הסיבתי. שאלת הקשר הסיבתי רלוונטית רק לפיצוי בגין עוולה נזיקית. ואולם הלכה היא, כי לשם קבלת סעדים שאינם כספיים, אין צורך להוכיח כל קשר סיבתי. לעניין זה, ר' החלטתו של כב' הש' ד"ר בנימיני בת.א. 1065/05 אמיר שהי שאול נ' תדיראן מוצרי צריכה בע"מ, פדאור (לא פורסם) (13)05, 807, בפסקה 37 להחלטה, בעניין פרשנות עוולת ההטעיה לפי חוק הגנת הצרכן:

"עם זאת, בהיותה של הטעיה לפי סעיף 2 לחוק עוולה נזיקית, לא ניתן לתבוע סעד של פיצוי כספי [ההדגשה במקור, הח"מ] בגין עוולה זו בלא הוכחת נזק וקשר סיבתי בין הטעיה לבינו. הכל מסכימים כי הטעיה לפי סעיף 2 לחוק דורשת הוכחת נזק וקשר סיבתי בינו לבין הטעיה, לשם קבלת פיצוי כספי (להבדיל מתרופות שאינן דורשות נזק, כמו צו מניעה או סעד הצהרתי). המחלוקת שהתעוררה בעניין ברזני הנ"ל, נגעה אך ורק לשאלה האם יתכן נזק הנובע מהטעיה על-פי סעיף 2 לחוק, בלא שהצרכן הסתמך על המצג המטעה. כפי שהדיגש כב' הנשיא א' ברק בע"א 1977/97 הנ"ל בעניין ברזני, פסקה 9, דרישת ההסתמכות נוגעת רק לסעד הפיצוי."

199. כפי שניווכח, הקשר הסיבתי בענייננו בין העוולות לבין הנזק הינו ברור ומיידי:

- א. לגבי הפרת הדין, אין כלל צורך להידרש לשאלת הקשר הסיבתי.
- ב. לגבי העוולות החוזיות, אין צורך להידרש לקשר הסיבתי הנזיקי כדוגמת הניתוח בעניין ברזני. הנזק נגרם מיידי עקב הפרת החוזה או עקב קיומו בחוסר תום לב.
- ג. לגבי הפרת חובת הגילוי, אין צורך בקשר סיבתי אישי בעוולה זו, ומתקיים קשר סיבתי קונסטרוקטיבי.
- ד. ולגבי עוולת ההטעיה, הרי גם בלי להחיל חזקת הטעיה, ויש להחילה, מתקיים הקשר הסיבתי הנדרש.

ה.2. אין צורך בהוכחת קשר סיבתי לגבי הפרה של החוק או בעוולת אי גילוי סטטוטורי

200. עוסק הכפוף לחוק חייב לפעול בהתאם לחוק והלקוחות מצפים כי הוא אכן עושה כן.
201. כפי שעולה מן המובאה בס' 198 דלעיל מעניין ברזני, בית המשפט העליון קבע כי יש להוכיח קשר סיבתי בין העוולה לבין הנזק. בעניין ברזני, דובר בעוולה של הטעיה לפי חוק הגנת הצרכן. להבדיל מעוולת ההטעיה, הרי שבעוולה של הפרת רגולציה או הפרת חובת הגילוי, אין צורך להידרש לשאלת הקשר הסיבתי, משום שכאשר בנק / מבטח / עוסק חורג מסטנדרט סטטוטורי, מתקיימת חזקה של הטעיה וחזקה של הסתמכות. הדברים מעוגנים בפסיקת בתי המשפט. בע"א 9590/05 רחמן-נוני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פדאור (לא פורסם) (23)07, 673, בפסקה 6, קבע בית המשפט העליון כדלקמן:

"נראה כי גם שאלת עצם דרישת הוכחתו של קשר סיבתי במקרה דנא ראויה לשיקול נוסף. עניין זה מעורר שאלות לא פשוטות. הראשונה בהן היא האם יש להחיל את ההלכה שקבע בית משפט זה לעניין עילת ההטעיה בדנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת, פ"ד נו (6) 385 (2003) גם כשמדובר בעילה של אי-גילוי".

202. כלומר, עמדת בית המשפט העליון כי הלכת ברזני נקבעה "לעניין עילת ההטעיה". ועל כן, אין היא בהכרח מחייבת לעניין עוולות נזיקיות אחרות ועל בתי המשפט לבחון את תחולתה לעניין עוולות אחרות. פסיקה זו מחייבת הרחבה והסבר, שכן נראה שבית המשפט העליון פתח את המנעול, שלאחריו יוכלו בתי המשפט המחוזיים לפתוח את השער. הלכת ברזני היא יצירת מופת אנליטית, המנותקת לחלוטין מן המציאות הצרכנית. מדובר בהלכה אנטי-צרכנית שסיפקה בשנים האחרונות עיר מקלט לתאגידים סוררים. בית המשפט העליון הבין שהגיעה העת לצמצם את תחולתה ואת פרשנותה.

203. כפי שאבחן בית המשפט העליון, הלכת ברזני ניתנה במקורה לגבי עוולת ההטעיה הטרומ-חוזית, ולא לגבי עוולת אי הגילוי הנאות. עוולת ההטעיה מתמקדת ביסוד הנפשי של הלקוח. לעומתה, עוולת אי הגילוי הנאות היא עוולה התנהגותית המתמקדת בעוסק / מבטח / בנק: ביסוד הפיזי של העוולה/עבירה שביצע הנתבע.

204. בעמדה לפיה אי-גילוי נאות גורר אוטומטית קשר סיבתי לנזק מחזיק גם היועץ המשפטי לממשלה, כעולה מעמדה שהגיש בת.א. 2405/04 בן עמי נ' הדר חברה לביטוח בע"מ [מצורף כאסמכתא ד']. מעמדה זו עולה כי היועץ המשפטי לממשלה מחזיק בדעה שסוגיית ההסתמכות והקשר הסיבתי אינה עומדת על הפרק כאשר הדין מגדיר את נורמת הגילוי. הדברים נאמרו ביחס להוראות המפקח על הביטוח, שמעמדם החוקי דומה למעמדם של הוראות המפקח על הבנקים ושל כללי הגילוי הנאות. נביא את הדברים כלשונם - מפסקה 78:

"אם כן, שונה המקרה מהותית מפרשת ברזני - שם דובר על פרסום מטעה כאשר הצרכן לא התבסס על פרסום זה. במקרה שלנו אין צורך בהסתמכות. החוק הגדיר את התנהגות המבטח כהטעיה (כלומר נוצרת מעין "חזקת הטעיה") ולכן אין כל צורך כי המבוטח יסתמך על הנחיית המפקח. די בכך שחברת הביטוח העלימה מן המבוטח פרט אשר היה צריך לגלות לו בכתב, בכדי שנאמר כי עסקינן בהטעיה".

205. צא ולמד, כי היועץ המשפטי לממשלה סבור שהלכת ברזני אינה חורצת את הדין בכל מקרה בו נטענת הטעיה צרכנית. לשיטת היועץ אין צורך להוכיח הסתמכות כאשר הדין מגדיר את התנהגות המבטח/ הבנק/ העוסק כהטעיה. היינו, במקרים בהם הדין קובע חובת גילוי, נוצרת מעין "חזקת הטעיה", ולכן אין כל צורך כי הלקוח יסתמך על הוראות החוק. לעניין ההליך בו הגיש היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו, די בכך שחברת הביטוח העלימה מן המבוטח פרט אשר היה צריך לגלות לו בכתב, בכדי שנאמר כי עסקינן בהטעיה.

206. במאמר מוסגר נעיר כי עמדת היועץ המשפטי לממשלה רלוונטית לעוולת ההטעיה, אלא שבעניין רחמן-נוני (ע"א 9590/05 רחמן-נוני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פדאור (לא פורסם) 07(23) 673), נטען גם להפרה של מספר כללי גילוי נאות, דבר המהווה עוולה עצמאית ונפרדת לפי חוק הבנקאות. ממש כמו בענייננו. כאמור, בית המשפט העליון הותיר את ההכרעה בשאלה האם הפרה של כללי הגילוי הנאות, אותם "כללי האצבע" שבדין, מייטרת את הצורך לבחון את הסתמכות הלקוחות ואת הקשר הסיבתי.

207. הכרעת בית המשפט העליון לפיה יש לבחון את התחולה של הלכת ברזני על עוולת אי-הגילוי הנאות לפי חוק הבנקאות, משליכה על פרשנותן של עוולות התנהגותיות רבות בחקיקה הצרכנית.

208. ואכן, מספר ימים לאחר מתן פסק הדין בע"א 9590/05 רחמן-נוני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פדאור (לא פורסם) (23)07 (673), ניתנה ההחלטה של כב' הש' ד"ר פלפל בת.א 1980/04 (בש"א 15365/04) פרמינגר נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פדאור (לא פורסם) (24)07 (333) (להלן, עניין פרמינגר, ניתן ביום 12/7/2007), שם אושרה תובענה כייצוגית בין היתר בשל הפרה של סעיף 25 לתקנות הפיקוח על עסקי ביטוח (תנאי חוזה לביטוח רכב פרטי), התשמ"ו - 1986. שם קבעה כב' הש' ד"ר פלפל כי -

"יתר על כן, במקרה הנוכחי, מאחר וקבעתי שהמשיבה לא היתה יכולה לגבות דמי כינון ללא היתר מאת המפקח, והיתר כזה לא היה בנמצא, לא ראיתי מקום להיכנס לתחשיבי הצדדים, מכיון שהנזק הקיים הוא מלוא דמי הכינון שנגבו מהמבקש, ו/או מאחרים, ללא ההיתר. לענין זה אין נפקות לכך אם חישובו של המבקש היה נכון אם לאו. לענין זה אין גם נפקות לכך אם המבקש כלכל את צעדיו בהתאם למצגים שהוצגו לו.

מאחר והדין הוא מן המפורסמות, אזי אפילו אם רק בדיעבד התגלה למבקש שהמשיבה לא שמרה על הוראות הדין במקרה הנוכחי, הוא בהחלט יכול היה להניח, בעת התקשרותו עם חברת הביטוח, כי חברה מעין זו הנתונה לפיקוח, גם היא וגם הרגולטור אכן מקיימים את הפיקוח לפי הוראות הדין, ומכאן שברגע שמוצעת לו פוליסה היא תקינה, ברגע שנעשה חשבון הוא לפי אמות מידה מפוקחות, וברגע שמשולם לו תשלום, זה התשלום הנכון. לכן אם המבקש יצא מנקודת הנחה אלה, נוצר הקשר הסיבתי בין התקשרותו עם חברת הביטוח, לבין הנזק שנגרם לו, בעקבות התקשרות זו. בין אם נצא מנקודת ההנחה שהחוק הוא מן המפורסמות, כך שהמבקש ידע ידיעה קונסטרוקטיבית אודות חוסר תקינותה של המשיבה, ובין אם נצא מנקודת ההנחה, שהמשיבה היתה חסרת תום לב בכך שלא דאגה לאישור בכתב של המפקח בדבר גביית דמי כינון, עפ"י הוראות תקנות הפיקוח - נגיע לאותה מסקנה, קרי: המבקש יכול היה להסתמך על אחת משתי אפשרויות אלה; הסתמכותו גרמה לו נזק, הנזק הוא דמי כינון שנגבו ממנו ללא היתר כדין."

209. היועץ המשפטי קורא לזה "חזקת הטעיה". כב' הש' פלפל קוראת לזה "ידיעה קונסטרוקטיבית אודות חוסר תקינותה של המשיבה", ובכך קבעה בעצם עוולה של אי גילוי קונסטרוקטיבי, שהוא הצד השני של המטבע של "חזקת הטעיה". ולכן, קבעה כב' הש' ד"ר פלפל כי "לענין זה אין גם נפקות לכך אם המבקש כלכל את צעדיו בהתאם למצגים שהוצגו לו".

210. כך או אחרת, לעת עתה עומדת בעינה עמדת בית המשפט העליון כי הלכת ברזני נקבעה "לענין עילת הטעיה", וכי ניתן לבחון את תחולתה לענין עוולות אחרות, ובהן עוולת אי הגילוי.

211. בעקבות עניין פרמינגר (פדאור (לא פורסם) (24)07 (333)), וממש לפי אותו מתווה, יש לקבוע כי אם הפר עוסק את הרגולציה או סטנדרט סטטוטורי, הרי שיש לקבוע כי מתקיימת אותה הסתמכות קונסטרוקטיבית, המשכללת את הקשר הסיבתי. מכיוון שהלקוחות מסתמכים על כך שהרגולטור מפקח על פעולות עוסקים, אזי מתקיימת אותה הטעיה קונסטרוקטיבית, אותה חזקת הטעיה, ואותה הסתמכות קונסטרוקטיבית.

212. המבקשים מפנים גם לטענות שיפורטו בהמשך לענין הקשר הסיבתי בעוולת הטעיה, ובעיקר בכל הנוגע לחזקת הטעיה, ומאמצים אותם גם לענין עוולת אי הגילוי הנאות.

ה.3. לעניין הקשר הסיבתי בעוולות החוזיות

213. המשיבה עולה כלפי המבקשים במספר עולות לפי דיני החוזים (הפרת חוזה וחוסר תום לב). בעניין זה הקשר הסיבתי החוזי ברור, והוא נגזר מעצם הפרת ההסכם או קיומו בחוסר תום לב.
214. מאחר שאין אלו עולות נזיקיות, כל הניתוח המאלף של דעת הרוב בדנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת, פ"ד נו (6) 385 (2003) (להלן, דנ"א ברזני) אינו רלוונטי. למעשה, כל שעל המבקשים להוכיח הוא את עצם ההפרה, על מנת שתיהיו זכאים "לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה" (לפי ס' 10 לחוק התרופות).
215. כך או אחרת, לגבי בקשה לסעד של אכיפה, כפי שמתבקש כאן, אין כל צורך להידרש לשאלת הקשר הסיבתי הנזיקי.

ה.4. לעניין הקשר הסיבתי בעוולות ההטעיה

216. למעשה, הצורך להוכיח קשר סיבתי ברמה שנדרשה בדנ"א ברזני, נותר בענייננו רק לעניין עוולות ההטעיה (לפי דיני הגנת הצרכן).
217. בחלק זה ייטען טיעון חלופי:
- א. בענייננו ראוי להחיל "חזקת הטעיה"; או
- ב. לחלופין, גם אם לא חלה בענייננו חזקת הטעיה, הרי שנשתכלל קשר סיבתי בין העוולה לבין הנזק.

ה4(א) - חזקת הטעיה

218. במקרה הנדון, בו המשיבה ביצעה הטעיה על דרך המחדל, ולא גילתה למי שמשגר הודעות מסר קצר אל וממנוי פלאפון כי ההודעת מסר קצר נשמר במאגר מידע, הוא מקרה מובהק להחלתה של חזקת הטעיה.
219. הזרעים להחלתה של "חזקת הטעיה" נזרעו עוד בעניין ברזני. בע"א 1977/97 ברזני נ' בזק, פ"ד נה (4) 584 כתבה הש' שטרסברג-כהן כי:

"לו סברתי שנדרשת הטעיה בפועל של הצרכן והסתמכות על מצגו של העוסק - ואין אני סבורה כן - הרי שלאור יחסי הכוחות ביחסים שבין הצרכן לעוסק ועל-מנת להרתיע את המגזר העסקי, הייתי רואה לאמץ חזקה, שלפיה, מקום שבו יצר עוסק מצג העלול להטעות צרכן, ומצג זה פורסם בהיקף נרחב מתוך מטרה שיגיע אל ציבור הצרכנים, נראה בצרכן אשר רכש את המצרך או השירות נושא המצג כמי שנחשף למצג ופעל על-פיו ובהסתמך עליו (לדברים ברוח דומה ראה VASQUEZ V. SUPERIOR COURT OF SAN JOAQUIN COUNTY) (1971)".

220. חזקה זאת הושארה בצריך-עיון, בחוות דעתו של הנשיא ברק (שם בעמ' 621) אולם ראוי לציין את הדברים שנכתבו בדנ"א ברזני:

א. כב' השופט ט' שטרסברג-כהן הוסיפה, כי לו היתה סבורה שיש צורך להוכיח את הסתמכות הצרכן על המצג המטעה, לצורך קבלת פיצוי, כי אז היתה רואה "לאמץ חזקה לפיה, מקום בו יצר העוסק מצג העלול להטעות צרכן, נראה בצרכן שרכש את המצרך או השירות, כמי שנחשף למצג ופעל על-פיו" (פסקה 15 בדנ"א ברזני).

ב. גם כב' השופט א' מצא סבר כי יש לאמץ דוקטרינה המכירה בקיום "הסתמכות קונסטרוקטיבית": כאשר הוכח פרסום מטעה שנועד להגיע לצרכנים - קמה חזקה שהצרכנים הסתמכו עליו, והנטל עובר לעוסק להוכיח כי הצרכנים ידעו בפועל על ההטעייה, ולא הושפעו ממנה (פסקאות 13-14, 19 בדנ"א ברזני).

ג. כאמור, כב' הנשיא א' ברק וכב' השופט מ. חשין הותירו את האפשרות לאמץ חזקה זו בצריך עיון (פסקה 10 לע"א 1977/97 בענין ברזני, ופסקה 53 בדנ"א ברזני).

221. במקרה שלפנינו ראוי להחיל את חזקת ההטעייה בשל העובדה כי ההטעייה נעשתה על דרך הפרת החוק ובמחדל. כך נעשה על ידי כב' הש' ד"ר בנימיני בעניין בת.א. 1065/05 אמיר שהי שאול נ' תדיראן מוצרי צריכה בע"מ, פדאור (לא פורסם) 05(13) 807, בפסקה 51:

"אשר לטענת תדיראן כי קשה לדעת מה ידע כל אחד מן הלקוחות עובר לרכישת המזגן, והאם הוטעה על-ידי פרסומי תדיראן, יש לשוב ולהזכיר כי סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן אוסר כל מעשה או מחדל העלול להטעות לקוח בעניין מהותי, וכי אין צורך להוכיח הטעייה בפועל - ככל שהסעד הנדרש איננו פיצוי בגין נזק שנגרם. כפי שהדגיש כב' הנשיא א. ברק בע"א 1977/97 הנ"ל בעניין ברזני, בפסקה 3, הסתמכות על המצג המטעה איננה יסוד חיוני לשם גיבוש הטעייה על פי סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן; היא חיונית אך ורק לצורך תביעת פיצויים. המבקש, במקרה זה, מבקש סעדים נוספים. מן הראוי להעיר בהקשר זה שעל-פי סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, ניתן להגיש תובענה ייצוגית ביחסי "עוסק-לקוח", "בין אם התקשרו בעיסקה ובין אם לאו", וברור כי בלא התקשרות אין כלל דרישת הסתמכות. אך התביעה בתיק זה היא על-פי חוק הגנת הצרכן, שכאמור דורש הסתמכות לשם פסיקת פיצויים.

זאת ועוד, על פי סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן די בהטעייה על דרך של מחדל, ובענייננו מדובר, לכאורה, בהעדר גילוי נאות לצרכן בנוגע להעדרו של תו-תקן למזגן המשווק, דבר שהוא מהותי מבחינת הצרכן. לענין זה אין צורך לדעת מה ידע כל צרכן, שהרי הטענה היא שהוא לא יכול היה לדעת על העדר תקן למזגנים נשוא הבקשה, הואיל ותדיראן נמנעה מלהודיע לצרכנים על כך שהמזגנים אינם נושאים תו-תקן. החזקה היא כי הצרכן נותן אמון בעוסק, ולכן לא ניתן להטיל על הצרכן את הנטל לברר האם המוצר שרכש עונה על דרישות החוק או התקן (ראה: דנ"א 5712/01 הנ"ל בענין ברזני, פסקה 2 לפסק דינה של כב' השופטת ד. דורנר). כך גם יתכן כי צריך לצאת מתוך הנחה, כאשר הוכח לכאורה שעוסק הציג מצג מטעה, שהצרכן נחשף למצג ופעל על פיו (דברי כב' השופט ט. שטרסברג-כהן בדנ"א 5712/01 הנ"ל בענין ברזני, פסקה 15, ודברי כב' השופט א. מצא באותו ענין בפסקה 14 לפסק דינו). כל אלו מספיקים לשלב של אישור התובענה הייצוגית, שבה נבדקת עילת התביעה במישור הלכאורי בלבד, כאשר ברור לחלוטין שלא ניתן יהיה לפסוק פיצוי בהעדר הוכחה לנזק הנובע מן ההטעייה המיוחסת לתדיראן."

222. לפי השקפה זו, על המשיבה מוטל הנטל לסתור את החזקה כי לא הטעתה את הציבור באי הגילוי לגבי שמירת ההודעות מסר קצר במאגר המידע, וכי הציבור לא הסתמך על כך שהיא ממלאת את הוראות הדין. ספק אם המשיבה תוכל לעמוד בנטל כבד זה, ועל כן, בשלב לכאורי זה, ניתן לקבוע כי נתקיים קשר סיבתי בין עוולות ההטעייה והתרמית לבין הנזק שנגרם ללקוחות.

223. זהו המתווה בו צעד כב' הש' בנימיני גם בת.א. (ת"א) 2537/06 (בש"א 24655/06) פרחן נ' מולטילוק בע"מ, פדאור (לא פורסם) 09(3) 762 (ניתן ביום 09/02/2009), שם הופעלה "חזקת ההטעייה", בשלב של אישור התובענה כייצוגית.

נביא להלן את הדברים מתוך פסקאות 26, 35 ו-45 להחלטה. בפסקה 26 אזכר בית המשפט את דעות השופטים בעניין ברזני הנודע. לאחר מכן, בפסקה 35 יישם את חזקת ההטעה (ההדגשות בקו אינן במקור). בסוף פסקה 26 להחלטה:

"כב' השופט ט' שטרסברג-כהן הוסיפה, כי לו היתה סבורה שיש צורך להוכיח את הסתמכות הצרכן על המצג המטעה, לצורך קבלת פיצוי, כי אז היתה רואה "לאמץ חזקה לפיה, מקום בו יצר העוסק מצג העלול להטעות צרכן, נראה בצרכן שרכש את המצרך או השירות, כמי שנחשף למצג ופעל על-פיו" (פסקה 15 בדיון הנוסף בעניין ברזני). גם כב' השופט א' מצא סבר כי יש לאמץ דוקטרינה המכירה בקיום "הסתמכות קונסטרואטיבית": "כאשר הוכח פרסום מטעה שנועד להגיע לצרכנים - קמה חזקה שהצרכנים הסתמכו עליו, והנטל עובר לעוסק להוכיח כי הצרכנים ידעו בפועל על ההטעיה, ולא הושפעו ממנה (פסקאות 13-14, 19 לדיון הנוסף). כב' הנשיא א' ברק וכב' השופט מ. חשין הותירו את האפשרות לאמץ חזקה זו בצריך עיון (פסקה 10 לע"א 1977/97 בעניין ברזני, ופסקה 53 לדיון הנוסף)..."

בסוף פסקה 35 להחלטה:

"זאת ועוד, נוטה אני להסכים עם הדעה שהובעה בעניין ברזני הנ"ל על ידי כב' השופטים ט' שטרסברג-כהן וא' מצא, כי קיימת "חזקת הסתמכות", לפיה רואים את הצרכן כמי שנחשף לפרסומים של היצרן או המשווק ופעל על פיהם (כב' הנשיא א' ברק וכב' השופט מ' חשין הותירו ענין זה בצריך עיון: ראה סעיף 26 לעיל). חזקה זו ניתנת אמנם לסתירה, אך בשלב זה של הדיון, בו נדרש המבקש להוכיח טענותיו לכאורה בלבד, די בראיות זלעיל כדי לבסס לכאורה קיומו של קשר סיבתי בין פרסומיה של המשיבה לבין רכישת המנועול מתוצרתה על ידי המבקש".

ובפסקה 45 להחלטה:

"אם תתקבל טענת המשיבה לפיה מדובר בתביעה המחייבת בירור פרטני לגבי כל צרכן וצרכן, יהא בכך כדי לקעקע כמעט כליל את האפשרות להגיש תובענה ייצוגית בעילה של הטעיית צרכנים. למעשה, טענת המשיבה בדבר הצורך בבירור פרטני של העובדות מתייחסת בעיקר לשאלת הסתמכות על המצג המטעה. אך כאמור לעיל נוטה אני להסכים עם הדעה שהובעה על ידי כב' השופט ט' שטרסברג-כהן וא' מצא בעניין ברזני הנ"ל, לפיה משהוכח קיומו של פרסום מטעה - קמה חזקה שהצרכן נחשף אליו ופעל על פיו. לכן, העילה האישית של המבקש, שהוכחה לכאורה, משותפת לו ולכל אלו שרכשו את מנועולי המשיבה בתקופת הפרסום שלגביו הוכח לכאורה כי הוא עלול להטעות".

224. כך יש לעשות גם בענייננו, יש להעביר את הנטל אל שכם המשיבה, להוכיח כי לא הטעתה את מי ששיגר או קיבל הודעות מסר קצר באמצעות המערכת שלה.

ה4(ב) - גם אם אין להחיל חזקת הטעיה, הרי שנתקיים קשר סיבתי

225. קשר סיבתי מתקיים בכל מקרה בין עוולת ההטעיה שעוולה המשיבה, לבין הנזק שנגרם למבקשים ולשאר הלקוחות. עצם שימור ההודעות במאגר מידע בניגוד לדין ובלא לספר על כך מהווה הטעיה שכן לא נמסר ללקוחות על כך דבר, והם לא יכלו לכלכל מעשיהם בהתאם. מדובר בהטעיה על דרך ההסתרה והמחדל.

226. המבקשים מצהירים כי אילו היתה המשיבה מגלה להם וליתר הלקוחות כי היא שומרת את תוכן ההודעות במאגר מידע, היו נמנעים משיגור של הודעות מסר קצר רבות אשר שיגרו בשנים האחרונות, ובהם תוכן פרטי ו/או מקצועי ו/או רפואי ו/או עסקי ו/או כל תוכן אחר שאינם חפצים שיהיה לו תיעוד במערכת של פלאפון, שהוא מבחינתם "תוכן רגיש". שמירת ההודעות במאגר המידע של פלאפון פגעה פגיעה של ממש בפרטיות שלהם. אי הידיעה על כך שההודעות נשמרות, וניתנות לאחזור, פגעה באוטונומיה הצרכנית שלהם. המבקש מס' 2 אף מצהיר כי אילו ידע לפני התקשרותו עם פלאפון שהודעותיו נשמרות וניתנות לאיחזור לבקשתם של זרים, היה נמנע כליל מלהתקשר עם פלאפון בהסכם.

227. הטעייה במחדל וכן אי-גילוי נאות יוצרים, מניה וביה, קשר סיבתי לתוצאה, היינו לנזק. עניינו שונה מפרשת ברזני בה השתמש התובע בשירותיה של בזק ללא שנחשף כלל לפרסום המטעה. בעניינו, להבדיל, כלל הלקוחות נפגעו מן המחדל של אי גילוי הפרטים שראוי היה שפלאפון תגלה, משום שהתבצעה הטעייה במחדל. התוצאה היא הטעייה של כל לקוח.

228. לעניין זה יפה הניתוח של כב' הש' רונן בבית המשפט המחוזי בתל-אביב יפו, בת.א. 1887/02 (בש"א 013928/02) שפירא נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פדאור (לא פורסם) (22)05 891 (ניתן ביום 10/10/2005, להלן, עניין שפירא):

"על מנת לבחון האם קיים קשר סיבתי בין ההטעייה לנזק שנגרם, יש לבחון האם הנזק היה יכול להמנע אלמלא ההטעייה. המבקשים טוענים כי לו היו יודעים כי בזק התחילה לחייב אותם, הם היו פונים מוקדם יותר לנטוויז'ן ומבקשים שישופק להם מודם בהקדם (ר' למשל ס' 27.5 לסיכומי המבקשים). בנוסף, במסגרת חקירתו הנגדית, נשאל המבקש מה היה עושה לו היה יודע שרק אחרי התקנת המודם על ידי נטוויז'ן הוא יכול להתחיל לגלוש, וכי זה כרוך בהרמת מתג על די בזק, והשיב כי היה "מבקש שירימו לי את המתג ביום שיש לי את המודם". (עמ' 31 לפרוטוקול, שורות 20-23). 30. אני סבורה כי לו היו העובדות ידועות במלואן למבקשים, הנזק היה יכול להמנע. אני סבורה כי המבקש יכול היה לפנות לבזק, ולוודא כי הוא לא יחוייב עבור השירות שניתן לו - עד תחילת מתן השירות בפועל."

229. אין באי ידיעת המבקש כדי לפטור את המשיבה מאחריות. בפסיקה נקבע לפני עשורים רבים כי הימנעות מבידור עקב רשלנות גרידא אינה מנתקת את הקשר הסיבתי (ר' ד' פרידמן, נ' כהן, חוזים (כרך ב'; תשנ"ג) בעמ' 855-856. היטיב לתאר זאת בית המשפט בע"א 338/85 שפיגלמן נ' צ'פניק, פ"ד מא (4) 421, 427-428 (הדגש מצוי במקור, הח"מ):

"רמאי אינו יכול להנצל מתוצאות רמאותו, מפני שהצד שכנגד היה יכול לגלות את האמת (ולא גילה אותה בפועל). רק אם הצד שכנגד ידע את העובדות הנכונות ידיעה של ממש, כי אז יש לזכות את הצד שלא הזכיר אותן עובדות במשא-ומתן."

230. לאור האמור לעיל, מוכח כי קיים קשר סיבתי מושגי וקונקרטי בין העוולות הנטענות לבין הנזק.

ה4(ג) - "הצעות מעשיות ומשביעות רצון" לבחינת ההסתמכות הפרטנית (לעניין ההטעיה)

231. כידוע, לאחרונה ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בענין **שטנדל** (ע"א 458/06 **שטנדל נ' בזק בינלאומי בע"מ** פדאור (לא פורסם) 09 (10) 886), בו שב בית המשפט העליון (כב' השופט ג'ובראן) והתייחס לשאלת הוכחת הקשר הסיבתי בתביעות ייצוגיות שעילתן **הטעיה**. הגם שבעניינו אין מדובר בבעייתיות אמיתית של קשר סיבתי, היות ואין מדובר כאן בפרסום אלא במחדל של אי גילוי ואי חוקיות, נתייחס לפסק דין זה.

232. בית המשפט העליון קבע שם כי :

"המערער לא הציג לפנינו נתונים שיש בהם כדי להצביע על גובה הנזק שנגרם לצרכנים בעקבות ההטעיה. כמו כן, אין בערעור הצעות מעשיות ומשביעות רצון למנגנון, על פיו ניתן יהיה לקבוע או לכל הפחות להעריך אלו צרכנים הושפעו מן הפרסום ומה מידת הנזק שנגרמה לתובעים בשל הפרסום, להבדיל מן השימוש בשירותיה של בזק בינלאומי, שלא בעקבות ההטעיה".

233. לאור זאת, הגם שמדובר בנטל נמוך במיוחד, יציגו המבקשים מספר "הצעות מעשיות ומשביעות רצון", **לבחינת הדברים בשלב הבא**, לאחר אישור התובענה כייצוגית. ר' דברי כב' הש' רונן בת.א. א 2687/06 (בש"א 26685/06) **כהן נתנאל נ' רדיוס שידורים בע"מ**, פדאור (לא פורסם) 09 (13) 239 (להלן, עניין **נתנאל**, ר' בפסקאות 52-53 שם).

234. נקודות המוצא הן אלו :

א. פלאפון טוענת כי שמירת הודעות המסר הקצר נעשתה מכוח הסכמה מכללא. משמע, פלאפון לא טוענת כי יש בידיה הסכמה מפורשת של המנויים. ממילא שאין בידיה הסכמה של מי שאינם מנויים.

ב. לאור זאת, אין טעם ואין צורך לברר מי מבין משתמשי הטלפון הנייד בישראל (מנויי פלאפון ואלו שאינם מנויי פלאפון) נתנו הסכמה מפורשת לשמירת הודעות המסר הקצר שלו. ברור כי אין כזו.

ג. נותר לברר את מי יש לראות כמי שהיה נותן הסכמה מכללא, ומי היה משנה את התנהגותו אילו ידע על שמירת האזנות הסתר, והיה נמנע משיגור הודעות מסר קצר או חלק מהן.

235. לאור זאת, ניתן לנקוט בשילוב של האמצעים המפורטים להלן :

236. **משאל הצרכנים** : לעניין זיהוי הקבוצה, והסינון מי מן הצרכנים הושפע מן ההטעיה במחדל, מוצע כדלקמן :

א. לאחר אישור התובענה כייצוגית **תשגר פלאפון הודעת מסר קצר**, אל מספרי הטלפון הנייד אשר אליהם שוגרו הודעות מסר קצר באמצעות המערכת של פלאפון, או מהם נתקבלה הודעת מסר קצר אל מנוי של פלאפון בשבע השנים האחרונות. מבחינה מעשית, מדובר כנראה בכל מנויי הרט"ן בישראל.

ב. בשנים האחרונות הורגל הציבור להצביע באמצעות הודעות מסר קצר, למשל למועמדים בתוכניות ריאליטי. ההצבעה מתבצעת באמצעות שיגור מספר שמוקצה למועמד, אל מספר טלפון מסויים. כך מוצע לעשות גם במקרה זה.

ג. נוסח ההודעה יהיה כדלקמן, ומקבל ההודעה יידרש להשיב באחת מן התשובות המנויות בו :

”זוהי הודעה המשוגרת אליך ממערכת פלאפון לפי צו בית המשפט בתיק ____ . במשך מספר שנים פלאפון נוהגת לשמור במאגר מידע עותק של הודעות מסר קצר (SMS), כולל התוכן של ההודעות, שנשלחות אל מנויי פלאפון וממנויי פלאפון. במהלך השנים פלאפון מסרה עותקים של תוכן הודעות לרשויות חקירה. פלאפון ממשיכה גם כיום לשמור את תוכן ההודעות, ותמשיך לספק עותקים מן התוכן לרשויות חקירה אם תידרש. האם היית משנה התנהגותך ונמנע משיגור הודעות מסר קצר או חלקן, אילו ידעת כי ההודעות נשמרות במאגר המידע? נא השב להודעה זו במספר הבאים - 1,2,3,4, המסמלים את אחת מן התשובות:

(1) לא הייתי משנה דבר בהתנהגותי, ואני מסכים כי פלאפון תשמור את תוכן ההודעות גם בעתיד;

(2) לא הייתי משנה התנהגותי אבל אני לא מסכים שפלאפון תשמור את תוכן ההודעות שלי בעתיד;

(3) הייתי משנה התנהגותי ונמנע משיגור הודעות או חלקן, ואני לא מסכים שפלאפון תשמור את תוכן ההודעות שלי בעתיד;

(4) הייתי משנה את התנהגותי ונמנע משיגור הודעות או חלקן, אני לא מסכים שפלאפון תשמור את תוכן ההודעות שלי בעתיד, ואני דורש מפלאפון פיצוי בגין הפגיעה בפרטיות שלי”.

ד. ניתן כמובן לשגר הודעה קצרה יותר בנוסח הצופה רק פני עתיד, באופן שמלמד על העבר:

”האם אתה מסכים שפלאפון תשמור במאגר מידע עותק של הודעות מסר קצר (SMS), כולל התוכן של ההודעות, שנשלחות אליך וממך. דע כי במהלך השנים פלאפון מסרה עותקים של תוכן הודעות לרשויות חקירה. נא השב ”1 מסכים” או ”2 לא מסכים” או ”3 לא מסכים ודורש פיצוי בגין הפגיעה בפרטיותי”.

ה. ברור שניתן לשנות את תוכן ההודעה בהתאם להנחיות בית המשפט.

ו. לפני ביצוע משאל הצרכנים יפורסם דבר קיומו הצפוי של משאל הצרכנים במודעות בעיתונים, כמקובל בפרסום של הסכמי פשרה בתובענות ייצוגיות. כלומר, הציבור הרחב יידע מראש כי הוא עתיד לקבל פנייה מבית המשפט, באמצעות מערכת ההודעות של פלאפון.

ז. ההודעה תשוגר לכל הנשאלים מספר פעמים, עד קבלת תשובה. מספרו של כל משתמש רט"ן שיענה על ההודעה יימחק מרשימת הנמענים, ולאחר שישב להודעה, הוא לא יישאל יותר. מנגנון כזה מעלה את ההיענות של הציבור לפנייה.

ח. מענה של הציבור הרחב לשאלות הללו או לשאלות דומות, יביא מאות אלפי תשובות, אם לא מיליונים. התמונה תתברר ובית המשפט יוכל לקבל חיווי בלתי-אמצעי של הסתמכות או העדר הסתמכות, ממיליוני משתמשי רט"ן.

ט. כן ניתן יהיה לברר איזה שיעור ממשתמשי הרט"ן מצפים לקבל פיצוי בגין הפגיעה בפרטיות שלהם.

י. מדובר במנגנון אוטומטי, ללא מגע יד אדם בספירת תשובות הנשאלים. כל התשובות יאגרו במאגר מידע מיוחד שיוקם לצורך זה, ויהיה פתוח לביקורת של מומחי מחשב ותקשורת שימונו מטעם בית המשפט (ניתן למנות גם את גורמי משרד התקשורת לפקח על התהליך).

יא. מדובר במנגנון יעיל במיוחד בהיותו בלתי-אמצעי בנגישותו אל מיליוני אנשים, ובהיותו מהיר מאוד מבחינת קבלת התשובות.

237. יאמר כבר כאן: סירוב של פלאפון למנגנון יעיל, ישיר, אמין וזול כזה, המתבצע באמצעות המערכת שלה, יגלם חוסר תום לב מוחלט, וישלול מפלאפון כל זכות להיתלות בטענה של "הסכמה מכללא". פלאפון לא יכולה להתנגד לבקשה ולקבלה של הסכמה מפורשת, כאשר אין בידיה הסכמה כזו, וכאשר הכלי לקבל את אותה הסכמה הוא כלי פשוט של שיגור SMS מן המערכת שלה, ללא עלות משמעותית בעבורה.

238. שאלון מצטרפים ומתניידים: לצד משאל הצרכנים הכלל-ארצי, ניתן לערוך שאלון צרכנים ממוקד, שייערך בכל נקודות המכירה של פלאפון, ליד כל נציגי המכירות והשיווק שלה, וזאת רק מול הפונים להצטרף למעגל המנויים של פלאפון. הפונים נחלקים לשני סוגים: "מתניידים" מרשתות מתחרות (אורנג', סלקום, מירס) ומשתמשים חדשים לחלוטין (שמעולם לא היו לקוחות של כל רשת אחרת). מאחר ופלאפון טוענת להסכמה מכללא, אין כל מקום למנוע מהצרכן לדעת שהוא מסכים מכללא, ותחת זאת להמיר את הסכמתו מכללא להסכמה מפורשת או התנגדות.

א. שאלון המצטרפים והמתניידים יופנה כלפי כל הפונים, מאז מתן החלטת האישור, ותוצאותיו, במשך תקופה של חודשים תיבדק ותסוקר ע"י מכון סקרים שימונה על ידי בית המשפט, עם מנגנוני פיקוח שיקבעו או יאושרו על ידי בית המשפט.

ב. שאלון המצטרפים והמתניידים יכלול למשל את השאלות הבאות והמנוי המצטרף יידרש לענות עליהן:

- (1) האם אתה יודע שפלאפון שומרת את התוכן של הודעות המסר הקצר, ושהיא מאחזרת את התוכן לבקשת רשויות חקירה?
- (2) האם אתה מסכים לכך שפלאפון תשמור את תוכן ההודעות במאגר מידע?
- (3) האם אתה יודע שבשונה מפלאפון, יתר הספקיות (אורנג', סלקום ומירס) אינן שומרות את תוכן ההודעות במאגר מידע?
- (4) האם אתה יודע שעובד של פלאפון הורשע במסירת מידע מתוך מאגרי המידע של פלאפון בעבר?
- (5) במידה שאתה מסכים לשמירת התוכן במאגר, האם אתה מצפה להנחה בתעריפים בשל העובדה שנגרמת לך פגיעה בפרטיות או לפיצוי אחר?

ג. משאל ממין זה, שייערך על פני תקופה מדודה, בנוכחות נציגים של פלאפון עצמה, יכול לספק אומדן של ההסכמה והידיעה בציבור, לגבי מנגנון שמירת ההודעות שפלאפון טוענת כי יש לו "הסכמה מכללא". ממילא שיהיה בו ליצור הסכמה אמיתית ולא מכללא לגבי מצטרפים חדשים.

239. כלים סטטיסטיים - סקר צרכנים: בנוסף למשאל הצרכנים ומשאל המתניידים והמצטרפים שתוארו לעיל, או משאל צרכנים דומה, מוצע להשתמש בכלים סטטיסטיים:

א. כדברי כב' הש' רונן בעניין נתנאל (בפסקה 60):

"כאשר גודל הקבוצה ברור, וברור כי כל רוכשי המוצר נחשפו למצג המטעה (כגון כאשר היצרן נמנע מלגלות על גבי המוצר את כל רכיביו), הצורך בשימוש בכלים סטטיסטיים, יתייחס רק לשאלה מי מבין הלקוחות שרכשו את המוצר הוטעה בפועל, ולא היה רוכש את המוצר לו היה יודע את המצב לאשורו. במקרים אחרים, נדרש שימוש נרחב יותר בכלים שאינם אובייקטיביים, ושיש בהם מן ההערכה והספקולציה".

ב. זהו המקרה בענייננו. גם כאן מדובר בהטעה במחדל. הרי לא היה מצג פעיל. פשוט היה אי-גילוי של עצם מנגנון השמירה האוטומטי והסיטוני של תוכן ההודעות, ושל היותן מאוחרות לבקשת רשויות חקירה.

ג. **כלי סטטיסטי שניתן להפעיל הוא סקר צרכנים**, שייערך על ידי אחד או יותר ממכוני הסקרים המובילים והמקובלים בישראל, בהתאם לפרמטרים המקובלים בענף הסקרים הצרכניים ובענף הסקרים הפוליטיים. הסקרים מתבצעים טלפונית, וניתן לשאול בהם שאלות עמוקות ומפורטות יותר מאשר השאלה שהוצגה לעיל ב"משאל הצרכנים" ("האם היית משנה התנהגותך ונמנע משיגור הודעות מסר קצר או חלקן, אילו ידעת כי ההודעות נשמרות במאגר המידע?").

ד. בין היתר, ניתן יהיה לשאול את המשתמשים לגבי סוגים שונים של הודעות:

- (1) האם הודעות המסר הקצר ששיגרת כללו תוכן אישי/ פרטי?
- (2) האם הודעות המסר הקצר ששיגרת כללו תוכן פיננסי?
- (3) האם הודעות המסר הקצר ששיגרת כללו תוכן רפואי?
- (4) האם הודעות המסר הקצר ששיגרת כללו תוכן עסקי/מקצועי שאתה מחשיב כתוכן סודי?
- (5) האם הודעות המסר הקצר ששיגרת שוגרו אל או מ- עורך-דין, רופא, פסיכולוג, coacher, כהן דת, בנקאי או עובד סוציאלי?
- (6) האם הודעות המסר הקצר ששיגרת או חלקן היו הודעות שלא היית רוצה שמישהו זר יקרא את התוכן שלהן?
- (7) אם התשובה לאחת מן השאלות שנשאלו היא חיובית:
 - (א) האם היית נותן לפלאפון רשות לשמור את תוכן ההודעה?
 - (ב) אילו ידעת שפלאפון שומרת את תוכן ההודעה, ושרשויות חקירה יכולות לקבל עותק ממנה, האם היית נמנע משיגור ההודעה באמצעות הודעת מסר קצר ומעדיף למסור את התוכן בשיחה טלפונית קולית רגילה?
 - (ג) אילו ידעת שפלאפון שומרת את תוכן ההודעה, ועובד של פלאפון הורשע בגין הורשע בעבר בגין מסירת מידע מתוך מאגרי המידע של פלאפון, האם היית נמנע משיגור ההודעה באמצעות הודעת מסר קצר ומעדיף למסור את התוכן בשיחה טלפונית קולית רגילה?

ה. ניתן כמובן לכלול בסקר גם שאלות הנוגעות לעצם הידיעה על כך שפלאפון נוהגת לשמור הודעות מסר קצר, ועל קיומה או העדרה של "הסכמה מכללא".

ו. כמובן שאופי השאלות (ניסוחן, סדר השאלות, היותן שאלות פתוחות או שאלות עם מתנד תשובות), ההיקף המספרי של הסקר (מאות או אלפים או למעלה מכך), פילוח הנסקרים (מגזרי, מגדרי, גילאים), תקופת הסקר וכיוב' מאפיינים של הסקר, יאופיינו על ידי המומחה שימנה בית המשפט לצורך עריכת הסקר, ויאושרו על ידי בית המשפט.

240. ברי כי יש לערוך את הסקר גם בקרב מי שאינם מנויים של חברת פלאפון, משום שהם התקשרו עם מנויי פלאפון באמצעות הודעות מסר קצר, וגם פרטיותם נפגעה.

241. נדגיש שוב את שהדגשנו בפתח חלק זה העוסק בסוגיית קשר הסיבתי: הניתוח דנן רלוונטי רק לעולת הטעיה. לגבי העולות החוזיות, אין לו כל נפקות. הפרת חוזה היא הפרת חוזה. חוסר תום לב בקיום חוזה הוא חוסר תום-לב. תוצאתם מיידית ונגזרת מעצם הפרה או עצם קיומו בחוסר תום לב. כך, גם הפרה של הרגולציה היא "פאול טכני", הגוררת מיידית חובת פיצוי. ועולת אי-הגילוי גם היא אינה מצריכה הידרשות לשאלת הקשר הסיבתי.

כל שנאמר כאן, נוגע לעולת הטעיה, שרק בה נדרשות "הצעות מעשיות ומשביעות רצון".

242. ועוד נחזור ונדגיש: כל הניתוח האמור לגבי הקשר הסיבתי וההסתמכות, נדרש, אם בכלל, רק לגבי סעד הפיצויים. לא לגבי הסעדים שאינם כספיים. הדברים נסקרו בהרחבה לעיל ואין צורך לחזור עליהם.

חלק ו' - הבקשה לאשר את התובענה כייצוגית

243. מספר נקודות מקדמות את הדיון בסוגיית ה"ייצוגיות" של התובענה דן עולות במובהק מהמסמכים שצורפו כנספחים:

א. מדברי סגן היועץ המשפטי של פלאפון עולה כי מדובר במנגנון קבוע המיושם לגבי כל הודעות המסר הקצר, וזאת בלא אבחנה בין לקוח ללקוח, או בין מי שהינו מנוי פלאפון למי שאינו מנוי של פלאפון.

ב. מדובר במנגנון ממוכן;

ג. הוראות החוק הרשיון זהות כלפי כולם.

244. עניינה של תביעה זו חשוב ורלבנטי לקבוצה המונה מיליוני משתמשים בטלפונים סלולריים:

א. ביצוע העוולות שפורטו לעיל הינו, לפי כל העובדות התומכות, משותף וזהה כלפי כל הלקוחות.

ב. נסיבות המקרה מעידות על עוולה שיטתית, סדרתית ומשותפת כלפי קבוצה עצומה.

245. כפי שנראה להלן התאמתה של תביעה זו לניהול כתביעה ייצוגית בולטת וברורה. ננתח להלן את התנאים לאישורה של התובענה כייצוגית, בכלל ובפרט, ואת התקיימותם במקרה זה.

1.1. הנטל המוטל על התובע, קיומה של קבוצה, ושאלת הנזק

11(א) - מהו הנטל המוטל על התובע

246. סעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "אדם שיש לו עילה בתביעה או בעניין כאמור בסעיף 3(א)" רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית. בחוק תובענות ייצוגיות נקבע במפורש כי ניתן להגיש בקשה לאשר תובענה כייצוגית בעניינים של "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו".

247. הפירוט הנרחב של יסודות העילות שעומדות למבקשים מלמד כי קמה להם, לכאורה, עילות אישיות, ברות-תביעה בתובענה ייצוגית.

248. בטרם נצלול למעמקי התנאים נזכיר כי על התובע הייצוגי להוכיח את עילתו ועמידתו בתנאי הסף רק באופן לכאורי, וזאת כדי לא להכביד על הדיון ולא להרתיע תובעים פוטנציאליים. לענין זה נקבע כי נטל השכנוע ומידת ההוכחה הנדרשים מן התובע, לשם עמידה בתנאי הסף הקבועים בסעיפים הרלוונטיים של חוק ניירות ערך (הדומים ברובם לתנאים שבחוק התובענות הייצוגיות), לשם אישורה של התובענה כייצוגית, הם אחידים וזהים לכל התנאים ולפיהם על בית המשפט להשתכנע, במידת סבירות ראויה, שהתובע ממלא באופן לכאורי, אחר התנאים. ובלשונו של בית המשפט בע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ ואח' נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ ואח' פ"ד נא (2) 312 (להלן: פרשת מגן וקשת):

"...על המבחן למילוי התנאים שבסעיף 54א ו-54ב מבחינת נטל ומידת ההוכחה, להיות אחיד לכל סעיפיו המשניים לגבי כל התנאים הנדרשים מהתובע, ועליו לשכנע את בית המשפט במידת הסבירות הראויה ולא על פי האמור בכתב התביעה בלבד, כי הוא ממלא לכאורה אחר כל דרישות סעיף 54א ... אין להעמיד דרישות מחמירות מדי, לענין מידת השכנוע, משום שאלה

עלויות להטיל על הצדדים ועל בית המשפט עומס יתר בבירור הנושא המקדמי, דבר העלול לגרום להתמשכות המשפט, לכפילות בהתדיינות ולרפיון ידיים של תובעים ייצוגיים פוטנציאליים. את כל אלה יש למנוע על ידי קריטריון מאוזן בנושא נטל ומידת ההוכחה הנדרשים מהתובע הייצוגי, שמצד אחד שלא יפטור אותו מחובת שכנוע ומצד שני לא יטיל עליו נטל כבד מדי" (פרשת מגן וקשת בעמ' 329-330).

הלכה זאת שב בית המשפט העליון ואישר ברע"א 8332/96 שמש נ' רייכרט, פ"ד נה (5) 276 (להלן, פרשת רייכרט).

249. לאמור, המבקש להגיש תובענה ייצוגית נדרש להוכיח את טענותיו רק באופן לכאורי, ועל בית המשפט להשתכנע כי קיים סיכוי סביר כי במהלך המשפט יוכיח התובע הייצוגי את כל התנאים הדרושים לשם קבלת התביעה הייצוגית.

250. דרישה זו מעוגנת כיום בסעיף 8(א)(2) לחוק, הדורש מן המבקש להוכיח כי "יש אפשרות סבירה" שאותן שאלות מהותיות של עובדה או משפט, המשותפות לכלל חברי הקבוצה, תוכרענה בתובענה לטובת הקבוצה, וברור כי הדבר כולל, בראש ובראשונה, את עילת התביעה האישית. בית המשפט העליון הדגיש כי אין להעמיד דרישות מחמירות מדי לענין מידת השכנוע בקיומה של עילה לכאורה, על מנת שלא לגרום להתמשכות השלב המקדמי, וכדי לא להרתיע תובעים ייצוגיים פוטנציאליים.

251. הרקע לכך הוא הרצון של המחוקק להגן על הציבור. בית המשפט העליון הבהיר כי תובענה ייצוגית נועדה להגן על אינטרס היחיד שנפגע, דווקא באותם המקרים בהם הוא איננו טורח להגיש תביעה, אך קיים אינטרס ציבורי לאכיפת הוראות החוק שבגדרו באה התובענה הייצוגית, על מנת להרתיע מפני הפרת החוק, ולמנוע שימוש לרעה בכוח הנתון בידי גופים בעלי עוצמה כלכלית מרובה (ראה: רע"א 8332/96 שמש נ' רייכרט, פ"ד נה(5) 276, פסקה 8; רע"א 4556/94 טצת ואח' נ' זילברשץ ואח', פ"ד מט (5) 774, פסקה 7). כיום, לאור המטרות אשר נקובות בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, הדברים מקבלים משנה תוקף.

252. הפירוט דלעיל בדבר שלל העוולות אשר ביצעה המשיבה בניגוד לדין ולהסכם, מהווה הוכחה לכאורה לעילות התביעה של המבקשים.

11(ב) - התובעים וחברי הקבוצה אינם צריכים להיות בגדר "צרכן"

253. מאז כניסתו לתוקף של חוק תובענות ייצוגיות אין עוד צורך כי התובע יענה להגדרת "צרכן" בחוק הגנת הצרכן.

254. לענין ר' החלטתו המאלפת של כב' הש' ד"ר בנימיני בת.א. 1065/05 אמיר שהי שאול נ' תדיראן מוצרי צריכה בע"מ, פדאור (לא פורסם) 05(13) 807, בפסקה 26:

"על פי סעיפים 3(א) ו-4(א)(1) לחוק, ועל-פי סעיף 1 לתוספת השניה לחוק, כאשר מוגשת תובענה ייצוגית נגד "עוסק", ניתן להסתמך גם על עילות וסעיפים שמחוץ לחוק הגנת הצרכן, ובלבד שמדובר בתובענה שהיא "ביחס לעניין" שבין "לקוח" לבין "עוסק". כך מובהר במבוא לדברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, כי: "בתוספת המוצעת נכללו כל התחומים המוכרים כיום, תוך הסרת המגבלות על היקף העילות באותו תחום במקרים המתאימים. בכך, למשל, לא יהיה עוד צורך בניהול התדיינות סביב הסיווג של העילה הצרכנית המועלית..."

ודוק: סעיף 1 לתוספת השניה לחוק איננו מגביל את עילת התובענה הייצוגית ל"צרכן" בלבד, כהגדרתו בסעיף 1 לחוק הגנת הצרכן, אלא חל על כל תביעה

שבין "עוסק", כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, לבין "לקוח". המונח "לקוח" איננו מוגדר בחוק הגנת הצרכן, ויש לפרשו כפשוטו, כך שיחול על כל מי שרכש נכס או קיבל שירות מ"עוסק" במהלך עיסוקו. "צרכן", לעומת זאת, מוגדר בסעיף 1 לחוק כ"מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי". לכן נפסק בעבר, לפני כניסתו לתוקף של חוק תובענות ייצוגיות, כי כאשר התובענה הייצוגית מבוססת על עילה מכח חוק הגנת הצרכן, הקבוצה התובעת כוללת רק את רוכש הנכס, ולא כל מי שמשתמש בו. כמו-כן, הגדרת "צרכן" בחוק הוציאה מתחולתה כל מי שרכש נכס לצרכים שאינם אישיים, ביתיים או משפחתיים, והכוונה ללקוחות מוסדיים או עיסקיים (ראה החלטתי בת.א. 1372/95, בש"א 5604/05 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, תק-מח 2005(1) 5896 (17.3.05)). כיום, אין חלות עוד מגבלות אלו בתובענה ייצוגית, שכן היא איננה חייבת להיות מוגבלת לעילה שמכוח חוק הגנת הצרכן, והיא גם אינה מוגבלת למי שמוגדר כ"צרכן".

255. לאור זאת, עניין התביעה הייצוגית רלבנטי לאנשים פרטיים, עוסקים זעירים, עוסקים גדולים ואף חברות בע"מ. ודי בכך שהמשיבה היא בגדר "עוסק" לפי חוק הגנת הצרכן, על מנת שהתובענה תיכנס בגדר התוספת לחוק תובענות ייצוגיות המתירה להגיש "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבין לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו".

11(ג) - התובעים וחברי הקבוצה לא צריכים להיות בגדר "מנוי" של פלאפון

256. נקודה נוספת הראויה לאזכור היא תבנית הלשון בה נקב המחוקק בתוספת לחוק תובענות ייצוגיות: "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבין לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו".

257. תבנית הלשון בסוף המשפט מייתרת לחלוטין את הדיון בשאלה האם שולח ההודעה או מקבל ההודעה הינו מנוי ברשת פלאפון. אין צורך שנפגע יהיה "מנוי" של פלאפון במישרין, משום שהמחוקק הגדיר את היריבות באופן רחב הרבה יותר - "בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו". ר' ת.א. 2446/06 רוטשילד נ' פרטנר תקשורת בע"מ [פדאור (לא פורסם) 09 (6) 482] :

"הסעיף הראשון לתוספת השנייה לחוק קובע כי ניתן להגיש בקשה לאישורה כייצוגית של כל "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבין לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו". נמצאנו למדים אפוא כי יחסי "עוסק" ו-"לקוח" יכול שיתקיימו גם בלא שנקשרה ביניהם עסקה - ובעניינו די בכך שפופיק פרסמה הזמנה למבקשים להירשם לחברות באתר על מנת למלא אחר תנאי זה."

258. יתר על כן. על פי הפסיקה המקובלת, אין כלל צורך שהנפגע (התובע) יהיה בגדר "לקוח". ר' לעניין זה את הפרשנות של כב' הש' ד"ר בנימיני בת.א. 1439/08 (בש"א 12916/08) איי. אי. ג'י ישראל חברה לביטוח בע"מ נ' בלסטרה שרית [פדאור (לא פורסם) 08 (29) 521], בפסקאות 6 עד 8 :

"...סביר להניח כי סעיף 2 לתוספת השנייה נוקט במונח "לקוח", משום שהוא מתייחס גם ליחסים בין סוכן הביטוח לבין המבוטח, וכן לפרק הזמן הקודם לכריתת חוזה הביטוח, כאשר לא נחתם חוזה לבסוף. פרט לכך, תתכנה עסקאות בין חברת ביטוח לבין צדדים אחרים, שאינם בבחינת חוזה ביטוח (למשל: מתן הלוואה על ידי חברת ביטוח). אך ברור כי הכוונה לא הייתה לראות בצד שלישי המגיש תובענה נגד חברת ביטוח "לקוח". אולם, אינני סבור שעל מנת להגיש את התביעה הייצוגית בתיק זה, צריכה המשיבה להיות "לקוח": די לה בכך שהתובענה עוסקת בעניין כמפורט בסעיף 2 לתוספת השנייה, ושיש לה עילה להגשת התובענה. בתנאים אלה עומדת המבקשת. 7. התנאי הראשון להגשת תובענה ייצוגית הוא, כאמור, קיומו של עניין כמפורט בתוספת השנייה. בענייננו, נוגעת התובענה הייצוגית לשאלת גובה

הריבית שחייבת חברת הביטוח לשלם במסגרת תגמולי הביטוח, ושאלה זו בהחלט באה בגדרו של סעיף 2 לתוספת השניה לחוק, שכן היא נוגעת ליחסי המבטח עם המבוטח. תביעת הצד השלישי נגד חברת הביטוח - כאשר מדובר בביטוח אחריות - מוגשת מכוח סעיף 68 לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981, אשר קובע כי: "בביטוח אחריות רשאי המבטח - ולפי דרישת הצד השלישי חייב הוא - לשלם לצד השלישי את תגמולי הביטוח שהמבטח חייב למבוטח...". מכאן עולה כי חברת הביטוח משלמת לצד השלישי את תגמולי הביטוח בהתאם להתחייבותה כלפי המבוטח, שכן זכותו של הצד השלישי היא לקבל את הסכום המגיע למבוטח.

התובענה הייצוגית שמבקשים להגיש בתיק זה נוגעת לשאלה מהו סכום הריבית שצריכה המבקשת לשלם למבוטח שפגע ברכבה של המבקשת, ושאלה זו היא בקשר לעניין שבין מבטח למבוטח, ועל כן באה בגדרו של סעיף 2 לתוספת השניה. בכך, התמלאה הדרישה הקבועה בסעיף 3(א) לחוק, קרי: הגשת "תביעה כמפורט בתוספת השניה". כך גם התמלאה הדרישה הראשונה הקבועה בסעיף 4(א)(1) לחוק, קרי: הגשת תביעה "בעניין כאמור בסעיף 3(א)". אשר לדרישה השניה הקבועה בסעיף 4(א)(1) לחוק, קרי: הגשת תביעה על ידי "אדם שיש לו עילה בתביעה או בעניין כאמור בסעיף 3(א)", הרי שגם דרישה זו מתמלאת בענייננו. ברור לחלוטין כי לצד השלישי - המשיבה במקרה דנא - יש עילה בעניין גובה הסכום המגיע למבוטח שפגע בה על פי חוזה הביטוח שבינו לבין המבטח (המבקשת), שכן על פי סעיף 68 לחוק חוזה הביטוח זה גם הסכום שישולם לצד השלישי.

8. לאור כל האמור לעיל, אין כל מניעה שהמשיבה תגיש את התובענה הייצוגית שהיא מבקשת להגיש, ככל שהדבר נוגע לשאלת העילה האישית על פי חוק תובענות ייצוגיות, למרות שהיא איננה מבוטח או לקוח של חברת הביטוח. עוד יש לציין כי המשיבה מבקשת להגיש את התובענה הן בשם צדדים שלישיים שקיבלו את תגמולי הביטוח מהמבקשת, והן בשם מבוטחיה של המבקשת. בשלב זה לא אתייחס לשאלה האם זכאית המשיבה, שהיא צד שלישי, לייצג גם את הקבוצה הכוללת את מבוטחי המבקשת. שאלה זו תידון במסגרת הבקשה לאישור התובענה הייצוגית.

259. בכל מקרה, המילה "לקוח" כמובנה בחוק תובענות ייצוגיות רחבה מן המילה "מנוי". עמדה על כך

כבי' הש' ד"ר פלפל בת.א. 1773/06 מ"י נ' ליאור שפירא [פדאור (לא פורסם) 08 (4) 762], בעמודים 6-7:

"לקוח של בנק אינו חייב להיות בעל חשבון בבנק. הוא יכול להיות כל אחד המקבל שירותים מהבנק... אפילו נגיע למסקנה (ואיני מגיעה למסקנה זו) שדיני הבנקאות שוללים אפשרות רחבה של לקוח כמי שאין לו חשבון בבנק או קשר עסקי עמו, - עדיין לא רק דיני הבנקאות "יכתיבו" את המשמעות של לקוח ושל "העניין" כפי שדורש הסעיף 1 לתוספת, שיהיה לו עם הבנק או עם קופת הגמל. תימוכין לעמדה זו ניתן גם להסיק מהסיפא של סעיף 3 לתוספת השניה. הסיפא קובעת, לעניין הגדרת "לקוח": "בין אם התקשרו בעיסקה ובין אם לאו". ועולה השאלה: הרי מי שלא התקשר בעיסקה, אזי בדרך הטבע אינו לקוח. האם רצה המחוקק להתייחס גם לסוג כזה של קשר עם הבנק? אפשרות של לקוח פוטנציאלי לאור מו"מ מתנהל; או שמא רצה "לכסות" את מה שהחסיר הדין הקודם, שעפ"י פרשנות הפסיקה החיל את החוקים המיוחדים לעניין תובענה ייצוגית רק על שלב המו"מ אבל לא על שלב העיסקה המשוכללת, ובדרך לתיקון פרשנות זו נשתכח ממנו שהמנהל מו"מ עם בנק אינו עונה על הגדרת לקוח? [על כך ר' ת"א (י-ם) 1509/97 מלמד נ' סלקום ישראל בע"מ דינים מחוזי לב(2) 180; ת"א (ת"א) 216/96 גרפי נ' פלאפון תקשורת בע"מ (טרם פורסם); ת"א (ת"א) 2399/98 הרשות להגנת הצרכן בהסתדרות ואח' נ' סופרגז חברה ישראלית להפצת גז בע"מ (טרם פורסם); ובלשונו של פרופ' מ' בר-ניב: "ההתמקדות במסירת המידע בשלב הטרם חוזי תוחמת את גבולות החוק בצורה

⁶ על החלטה זו תלוי ועמד ערעור. כן יצויין כי כבי' הש' פלפל אימצה פרשנות אחרת בכל הנוגע ל"מבטח".

ברורה למדי. לפיכך עוולות שאינן בגדר שלב עסקה זה, לא יכללו בחוק, וממילא לא ניתן יהיה להגיש בגינן תובענות ייצוגיות".
או שמא הסעיף יחול על מי שהוא כבר לקוח ברור של הבנק או קופת הגמל, והסיפא של הסעיף מתייחסת לסוג נוסף ואחר של קשר עמם, שנובע מיחסים בסיסיים אלה? אם נתייחס לפרשנות התכליתית - נראה שהיא תביאנו להרחבת המונח לקוח ולא להצרותו.

מסקנת ביניים - לאור הניתוח לעיל, ברור כי לקוח גם לעניין חוק הבנקאות (רישוי) אינו חייב להיות בעל חשבון בבנק, אלא לקבל שירות איזשהו מהבנק או מקופת הגמל. השירות אמור להיות מסוג אותם השירותים שנותנים ה"ל";

רוב השירותים המוענקים הם שירותים כספיים כאלה או אחרים, אבל יש לבנק אופציה לתת שירותים נוספים, מכוח הדין, דבר שמותר לו עפ"י חוק הבנקאות (רישוי). מכאן שאפילו נפנה להגדרת חוק הבנקאות (רישוי) אין הוא שולל סוג אחר של לקוחות בכלל, ולצורך חוק צרכני כמו חוק התביעות הייצוגיות - בפרט.

לכך יש לצרף את הפרשנות התכליתית שמאפשרת מתן פרשנות שונה (אם כי כאן אין בכך צורך לטעמי) לאותו מושג, - כך שזה מביאנו למסקנה, שברמה העקרונית יכול גם מי שאינו בעל חשבון להיות לקוח של בנק או קופת גמל, בתנאי שהוא מקבל מהם שירות.

האם יש צורך בקשר אישי בין הבנקאי ו/או קופות הגמל לבין הלקוח?

מהו השירות והאם יש צורך בקשר אישי בין נותן השירות למקבלו? בשתי הדוגמאות שניתנו לעיל: העברת בעלות ברכב שנעשית במשרדי הבנק, וכן הודעות לפי חוק ההוצאה לפועל, אין על פניו כל קשר אישי אמיתי, להבדיל מקשר פורמלי, בין הבנק לבין הלקוח. היעדר קשר אישי אמיתי כזה גם לא קיים במקרה ואורח מזדמן לבנק ומבקש לפרוט לו מטבע זר. במקרה הנוכחי פקיד הבנק אינו מכיר את האיש, וכשם שמכונת החלפה של מטבע זר נותנת לו שירות, באותה מידה עושה זאת הפקיד.

האם יש צורך בקשר אישי? הדבר לא נאמר בדין או בפסיקה. נכון שחווה בין הבנק לבין לקוחו יוצר את אותו קשר אישי, שייתכן שממהותו הוסבר בפסיקה אודות קיומה של חובת זהירות מוגברת בגין קשר אישי מעין זה (על כך ר' ע"א 636/89 ד"ר כחולי נ' בנק ברקליס דיסקונט בע"מ (פ"ד מה(3) 265), אבל נוכחנו כי הדבר אפשרי לצורך מתן שירותים אחרים.

במאמר מוסגר אציין כי חובת זהירות קיימת לא רק מכוח דיני החוזים, אלא גם מכוח דיני הנזיקין, של הבנקאי כלפי צד ג' (דני"א 1740/91 בנק ברקליס דיסקונט בע"מ נ' שרגא פרוסט קוסטמן (פ"ד מז(5) 31), כך שלא ניתן ללמוד מחובת הזהירות שיש דווקא צורך ביחסים אישיים בין הצדדים בין למטרת יצירת החבות, ובין - כאנלוגיה - למטרת מתן השירות."

260. מכל עולה כי מי שנפגעו מן הפרקטיקה של פלאפון, אינם חייבים להיות "מנויים" של פלאפון, וגם מי שאינו מנוי של פלאפון אך קיבל הודעת מסר קצר ממנוי פלאפון או שיגר הודעת מסר קצר אל מנוי פלאפון (ממכשיר רט"ן או ממחשב), נמנה על חברי הקבוצה:

א. ראשית, המחוקק נקט בלשון "בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו". ר' ת.א. 2446/06 רוטשילד נ' פרטנר תקשורת בע"מ [פדאור (לא פורסם) 09 (6) 482].

ב. שנית, על פי הפסיקה המקובלת, אין כלל צורך שהנפגע (התובע) יהיה בגדר "לקוח". ר' לעניין זה את הפרשנות של כב' השי' ד"ר בנימיני בת.א. 1439/08 (בש"א 12916/08) איי. אי. ג'י ישראל חברה לביטוח בע"מ נ' בלסטרה שרית [פדאור (לא פורסם) 08 (29) 521]. שם נקבע כי גם מי שאינו "לקוח" יכול להגיש תביעה "בקשר לעניין" ויש לו "עניין בתביעה".

ג. שלישית, פרשנות תכליתית של המונח "לקוח" מביאה למסקנה כי אין צורך בהתקשרות ישירה בין הנפגע לבין המזיק, וחובת זהירות בוודאי קיימת גם כלפי מי שאינו "מנוי". כך נעשה ב בת.א. 1773/06 מ"י נ' ליאור שפירא [פדאור (לא פורסם) 08 (4) 762].

11(ד) - קיומה של קבוצה והגדרת הקבוצה

261. סעיף 4(א)1 לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "אדם שיש לו עילה בתביעה או בעניין כאמור בסעיף 3(א)" רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית בשם "קבוצה". ברי כי נתקיימו תנאי סעיף זה.
- א. ראשית, המבקשים מגישים את התובענה בעילה אשר על-פיה הם יכולים לתבוע ופורטו לעיל.
- ב. שנית, התביעה מוגשת בשם כל מי ששלח הודעת מסר קצר מכל טלפון או אמצעי טלפון של פלאפון או קיבל הודעת מסר קצר ממנוי פלאפון.
- ג. "הקבוצתיות" וההומוגניות של הקבוצה נגזרת מאחידות הוראות חוק, מאחידות המנגנון בו פעלה המשיבה ללא אבחנה בין לקוחות ובין הודעות מסר קצר.

262. הגדרת הקבוצה הינה :

"כל מי שעשה ו/או יעשה שימוש בשירות העברת הודעת מסר קצר של פלאפון, לצורך שליחת הודעת מסר קצר אל מנוי פלאפון ו/או קבלת הודעת מסר קצר ממנוי פלאפון, בין שהינו מנוי פלאפון ובין שלא, אשר עותק מתוכן ההודעה נשמר או יישמר במאגר המידע של פלאפון לכל פרק זמן, בשבע השנים שקדמו להגשת התביעה או לאחר הגשתה".

2.1. התקיימות תנאי הסף לאישור התובענה כייצוגית

263. סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות מונה את התנאים לאישור התובענה כייצוגית :

- "(א) בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה :
- (1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה ;
- (2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין ;
- (3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת ; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה ;
- (4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב."

264. להלן נפרט אחד לאחד את התקיימות כל תנאי הסף להכרה בתביעה כייצוגית.

תנאי 1 - קיומן של שאלות מהותיות משותפות של עובדה ומשפט

265. התנאי הראשון לאישורה של תובענה כייצוגית הוא כי "התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה".

266. בעניין תנאי זה הבהיר כבי הנשיא א. ברק רע"א 4556/94 טצת ואח' נ' זילברשץ ואח', פ"ד מט (5) 774, בעמ' 789, כי: "אין כל צורך שכל השאלות המתעוררות ביחס לקבוצה תהיינה משותפות. די בכך שהיסוד המשותף מהווה מרכיב מהותי בהתדיינות". ר' גם דברי כבי השופטת שטרסברג-כהן ברע"א 8332/96 שמש נ' רייכרט, פ"ד נה (5) 276, בפסקה 15. תנאי זה מתקיים בענייננו.

(א) השאלות המשותפות

267. בתביעה זו עולות שאלות משותפות של **עובדה** הנוגעות לקבוצה, שראויות להתברר באופן ייצוגי:
- האם פלאפון שומרת, לכל פרק זמן שהוא, את התוכן של הודעות מסר קצר הנשלחים אל וממנויים של פלאפון; שאלה זו נענתה בחיוב על ידי סגן היועץ המשפטי של פלאפון.
 - מהו פרק הזמן בו נשמרות הודעות מסר קצר במאגר המידע של פלאפון;
 - האם פלאפון מסרה עותקים של תוכן ההודעות לרשויות חקירה או לכל גורם אחר, לפי בקשתם או לפי צו שיפוטי כלשהו.
 - האם פלאפון מאפשרת לרשויות חקירה או בטחון נגישות אל מאגר הודעות המסר הקצר שלה, באמצעות חיבור "און ליין".
 - איזה גילוי נתנה פלאפון, אם בכלל, לשולח הודעות מסר קצר אל מנוי פלאפון או למנוי פלאפון השולח הודעות מסר קצר, בדבר קיומו של מאגר המידע ובדבר שמירת ההודעות מסר קצר.

יצוין כי שאלות עובדתיות אלו ייבחנו לאור מסמכים של פלאפון בלבד ונתונים שברשותה.

268. בתביעה זו עולות שאלות משותפות של **משפט** הנוגעות לקבוצה, וראויות להתברר באופן ייצוגי:

- האם העתקת ושמירת תוכן הודעות המסר הקצר נעשית כדין;
- האם קיום מאגר המידע הכולל את התוכן של ההודעות מסר קצר, הינו כדין;
- האם מתן עותק מתוכן ההודעות מסר קצר לגורם כלשהו, בזמן אמת או בדיעבד, נעשה כדין;
- האם יש במעשי ומחדלי פלאפון כדי להוות אחת או יותר מן העוולות שפורטו לעיל: האזנת סתר; פגיעה בפרטיות; הפרה של החוק ו/או הרשיון; הפרת חוזה או קיומו בחוסר תום לב, הפרת חובת הגילוי או הטעיה.

(ב) הסעדים המשותפים

269. הגדרת השאלות המשותפות לכלל חברי הקבוצה מצריכה בירור של הסעדים המבוקשים בבקשה לאישור התובענה הייצוגית. "מגמת החוק החדש להעניק לבית המשפט שיקול דעת רחב בעניין אישור התובענה הייצוגית ודרך ניהולה, מוצאת את ביטויה גם בנושא הסעדים שניתן לפסוק בתובענה ייצוגית" (ר' ת.א. 1065/05 אמיר שהי שאול נ' תדיראן מוצרי צריכה בע"מ, פדאור (לא פורסם) 807 (13)05, בפסקה 52).

270. **הסעדים המשותפים המתבקשים הינם אלו:**

- סעד הצהרתי:** בית המשפט הנכבד יתבקש ליתן סעד הצהרתי המצהיר כי מאגר המידע בו פלאפון אוגרת את העתקי תוכן הודעות המסר הקצר המועברות על ידה - אינו עומד בדרישות הדין.
- צו עשה:** בית המשפט הנכבד יתבקש ליתן צו עשה המחייב את פלאפון למחוק את "מאגר המידע" שיצרה פלאפון לשמירת העתקי תוכן הודעות המסר הקצר המועברות על ידה, וכל תיעוד שלו.

ג. צו מניעה: בית המשפט הנכבד יתבקש ליתן צו מניעה האוסר על פלאפון לשמור אוטומטית את העתקי תוכן הודעות המסר הקצר המועברות על ידה.

ד. לחלופין לסעדים (א) עד (ג) לעיל, צו עשה המחייב את פלאפון להודיע לכל מי שעושה שימוש בשירות הודעת המסר הקצר שלה, על מנהגה לשמור את הודעות המסר הקצר, ולקבל את הסכמתו המפורשת לכך.

ה. סעד כספי: בית המשפט הנכבד יתבקש להורות על מתן פיצוי לחברי הקבוצה במישרין או על מתן סעד לטובת כלל חברי הקבוצה או לטובת הציבור כפי שימצא לנכון בנסיבות העניין, בין על דרך הקמת קרן לטובת חברי הקבוצה או לטובת הציבור, הכל כפי שיקבע בית המשפט לפי סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות.

ו. כל סעד הנראה לבית-המשפט נכון וצודק בנסיבות העניין.

271. הסעדים הינם סעדים הומוגניים ומשותפים לכלל חברי הקבוצה.

272. למבקשים ולקבוצה קיימת הזכות לתבוע את הסעד ההצהרתי, את הסעד המניעתי ואת צו העשה, במסגרת תובענה ייצוגית. בע"א 1977/97 ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה (4) 584, פסק כב' הנשיא א' ברק כי גם בהעדר זכות לפיצוי כספי, ניתן לתבוע בתובענה ייצוגית צו למניעת המשך ההטעייה של הצרכנים (פסקה 2). כב' הנשיא א' ברק הדגיש כי גם בהעדר זכות לפיצוי, ניתן לאכוף את הוראות חוק הגנת הצרכן באמצעות תרופות פליליות ואזרחיות (פסקה 8). אך הוא הותיר בצריך עיון את השאלה האם רשאי תובע ייצוגי, שאין לו עילה לקבלת פיצוי בשל הטעייתו כצרכן, לעתור לקבלת סעד הצהרתי בשם הקבוצה למניעת המשך ההטעייה של כלל הצרכנים (פסקה 13). כב' השופט א. מצא סבר בענין ברזני בדיון הנוסף (דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת, פ"ד נו (6) 385 (2003)), כי אין מניעה לתבוע בתובענה ייצוגית סעד הצהרתי וצו מניעה, גם בהעדר זכאות לסעד של פיצוי (פסקה 22). כך סברה גם כב' השופטת ט' שטרסברג-כהן, אך היא ציינה כי האפשרות שצרכן ישקיע מאמצים וכספים רבים לשם קבלת סעד של צו מניעה לטובת ציבור הצרכנים היא קלושה (פסקה 9).

273. המקרה שבפנינו ממחיש את הצורך בצו מניעה, בצו ההצהרתי ובצו העשה, משום שהפגיעה בפרטיות ממשיכה להיגרם למיליוני אנשים מדי יום. אין מדובר רק בפגיעה שנגרמה בעבר. מדובר בפגיעה שממשיכה להיגרם בהווה ותמשיך להצטבר בעתיד. לעניין זה השווה ת.א. 1065/05 אמיר שהי שאלו נ' תדיראן מוצרי צריכה בע"מ, פדאור (לא פורסם) (13)05, 807, בפסקאות 55 ו-56 להחלטה:

" 55. כפוף לאמור לעיל לגבי סעד הביטול, אם תוכיח הקבוצה התובעת את עילות התביעה המפורטות לעיל, תהא היא זכאית לסעדים הצהרתיים, מניעתיים וכספיים. אין מניעה לקבל הצהרה על הפרת הוראות הדין, צו האוסר להמשיך ולהפר את הדין, בנוסף על פיצוי לחברי הקבוצה, בשיעור שייקבע על-ידי בית-המשפט (ראה דנ"א 5712/01 הנ"ל בענין ברזני, דברי כב' הנשיא א' ברק ודברי כב' השופטת ט' שטרסברג-כהן בפסקה 8). סעדים אלו אחידים לכל חברי הקבוצה, ואין כל סיבה להניח שמי מהם יתנגד למתן ההצהרה או הצו, או לקבלת פיצוי (זאת בניגוד לסעד של ביטול העיסקה, שלגביו תיתכן התנגדות של צרכנים רבים). די בכך כדי לאפשר את הגשת התביעה הייצוגית. אין מקום, בשלב זה, להיכנס לשאלת מהות הפיצוי אשר עשוי להיפסק לחברי הקבוצה (נזק ממוני, עוגמת נפש או שניהם).

56. ...אין מניעה לתבוע סעד הצהרתי, לפיו תדיראן פעלה בניגוד להוראות החוק, כאשר לצד סעד הצהרתי זה מתבקשים גם סעדים אופרטיביים, ובהם

פיצוי וצו-מניעה קבוע האוסר המשך שיווק מזגנים בניגוד להוראות הדין. הפסקת ייצורם של דגמים אלו, אם תוכח, איננה הופכת את הסעד ההצהרתי או את צו המניעה לסעדים תיאורטיים. ראשית, האפשרות שמזגנים אלו משווקים עדיין, לא על-ידי תדיראן עצמה, לא נפסלה בעדותו של אדר (עמ' 18). שנית, אם יוכח כי ההתנהגות המטעה של תדיראן, על-פי הנטען בבקשה, מהווה דפוס התנהגות מתמשך, אין לשלול את העתירה למתן צו מניעה הצופה פני עתיד, לשם מניעת המשך ההטעייה.

...

אכיפה יעילה נגד הטעייה בידי יצרן מחייבת לשקול גם את האפשרות של מתן סעד הצהרתי וצו מניעה. סעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות מאפשר לבית המשפט ליתן כל סעד שימצא לנכון בנסיבות הענין, לא רק סעד כספי. מה שפחות ברור הוא, מהי התועלת בניהול תובענה ייצוגית, לשם קבלת הצהרה על הטעייה או צו מניעה למניעת הטעייה של הצרכנים, כאשר ניתן לקבל סעדים אלו גם בתובענה אישית, והתוצאה, כפי הנראה, עשויה להיות דומה. אך שאלות אלו ניתן להותיר בצריך עיון, שכן בענייננו יש בסיס לכאורה לסעד הפיצויים, והסעד ההצהרתי וצו המניעה המתבקשים באים לצד ובנוסף על הפיצוי הנדרש."

274. להבדיל, בענייננו, צו המניעה, צו העשה והצו ההצהרתי אינם נלווים לסעד הכספי. הם סעדים עצמאיים שנועדו למנוע ממעגל הניזוקים להתרחב (אל מי שעדיין אינם נמנים על הקבוצה אך יצורפו אליה בעל כורחם על ידי המשיבה). כן נדרשים הצווים כדי לעצור את התרחבות הנזק של חברי הקבוצה, שהרי הנזק ממשיך ונגרם לכל חבר בקבוצה שממשיך לשגר או לקבל הודעות מסר קצר באמצעות המערכת של פלאפון.

275. סיכומו של דבר, גם לאור סעדים משותפים אלו, מתחדד הצורך לאשר את התובענה כייצוגית, והתנאי בדבר קיומן של שאלות משותפות של עובדה ומשפט, נתקיים באופן מובהק.

ג) אין צורך להידרש לנסיבות הפרטניות של כל לקוח

276. המכנה המשותף בתובענה דן רב על הבירור של הנסיבות האישיות של כל לקוח. מאחר ומדובר בדיון הנוגע להוראות החוק ומאחר ומדובר בדיון זהה ומשותף לכל חברי הקבוצה, אין צורך בבירור פרטני לגבי כל לקוח. המקרה שלפנינו הינו מקרה מובהק בו הדין מבסס את עילות התביעה.

277. האחידות של הנושא עולה על פניה מהודאתו של סגן היועץ המשפטי של פלאפון, על פיה המנגנון האחיד שיישמה פלאפון שומר את כל ההודעות הנכנסות והיוצאות. האחידות מראה כי מדובר בעוולות סדרתיות ואחידות, ומוכיחה את ההומוגניות והטיפיקליות של עניינם של המבקשים.

תנאי 2 - תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת לניהול התביעה

278. התנאי השני לאישורה של תובענה כייצוגית הוא כי "תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין".

279. הרעיון העומד מאחורי תובענה ייצוגית הוא כי לאור שיעור הנזק הנמוך יחסית שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה - מחד גיסא, ולאור העלויות והטרחה הכרוכות בניהול תובענה נגד גוף גדול במשק - מאידך גיסא, קיים חשש שהנפגעים לא יטרחו כלל להגיש תובענה. בכך ייפגעו הן זכותם האישית לפיצוי, והן האינטרס הציבורי הכרוך בהרתעת גופים גדולים מפגיעה בזכויות צרכנים (ראה: רע"א 3126/00 מ"י נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נו (3) 220, 278; ע"א 3613/97 אזור נ' עיריית ירושלים, פ"ד נו (2) 787, 801; ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא (2) 312, 322-323).

280. התביעה שבפנינו מעוררת שאלות חשובות של עובדה ומשפט, שהן משותפות בעצם לכל משתמשי הרט"ן בישראל. מוטב להן לשאלות אלו להתברר כמקשה אחת, ולא בתביעות רבות ומפוזרות. הדבר יביא ליעילות ולחיסכון במשאבים, ימנע כפל התדיינויות וחוסר אחידות בפסיקה, ויאפשר ללקוחות, בהיותם מאוחדים, לאכוף את הוראות הדין בצורה טובה יותר, מקום שהלקוח הבודד יתקשה לעמוד מול התאגיד רב-הכוח. זה הרעיון העומד מאחרי התובענה הייצוגית, והוא מתקיים בענייננו בצורה מובהקת (ר' סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, ולענין מטרות התובענה הייצוגית ר' דברי כב' השופטת שטרסברג-כהן בדנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת, פ"ד נז (6) 385 (2003), פסקה 4, והאסמכתאות שצוטטו שם. כן ר' רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט (5) 774, 784).

281. **בענייננו, ברור כי המשיבה פעלה בניגוד לדין מול משתמשי רט"ן (מנויים ושאינם מנויים) והזיקה להם. גם שתי פניות שוגרו לה - לא הועילו.** התאמתה של תובענה זו לניהול כתובענה ייצוגית בולטת, ולמעשה די יהיה אם בית המשפט יכריע לענין סיכויי התובענה כדי לקבוע מידת התאמתה לניהול בדרך של תביעה ייצוגית.

תנאי 3 - יסוד סביר להניח כי עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת

282. התנאי השלישי הנקוב בחוק לאישורה של תובענה כייצוגית הוא כי "קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה".

283. ברע"א 8332/96 שמש נ' רייכרט, פ"ד נה (5) 276, בעמ' 302-303, הבהיר בית המשפט כי אין צורך במשקיע מתוחכם או מלומד בתחום התובענה, ודי בכך שיש לו אינטרס כלכלי של ממש בתביעה, וכי "גישה מקלה זו נועדה למנוע מהגוף הפוגע את ניצול כוחו ועצמתו לשם עשיית עושר על חשבון הציבור ופרטיו".

284. הדין הוא שאין להקפיד עם כישוריו וידיעותיו של התובע הייצוגי וכי בדרך כלל התובע הייצוגי ההולם הוא מי שיש לו אינטרס אמיתי ועניין ממשי בתביעה והבנה מסוימת בתביעה אותה הוא מבקש להוביל נגד הנתבע ובסוגיותיה המרכזיות. אין הכרח שהתובע יהיה מצוי בכל פרטי התובענה ויפגין בקיאות בכל הקשור למאטריה ודי בכך שייצג על ידי עורך דין בעל כישורים, בקיאות, ניסיון ויכולת לנהל את התובענה הייצוגית באופן מקצועי.

285. המבקשים מגישים את התובענה באמצעות באי-כוח הבקיאים בתחום והם בקיאים בו בעצמם. המבקשים מאמינים כי ייצגו בדרך הולמת את עניינם של כל הנמנים על הקבוצה:

א. עוה"ד יצחק אבירם ונועם שכנר המתמחים בתביעות פיננסיות נגד בנקים, חברות ביטוח, חברות תקשורת, חברות ציבוריות וגופים כלכליים, ובכלל זה עוסקים בתביעות ייצוגיות בנקאיות וצרכניות שהביאו גופים אלו להשיב כספים לציבור ותלקן דרכיהם;

ב. עו"ד קובי סודרי עוסק בתחום המשפט הפלילי, ובכלל זה בתחומי האזנת סתר ופגיעה בפרטיות מזה שנים רבות. במסגרת עיסוקו כאמור, היה מעורב בהליכים משפטיים שונים הרלבנטיים לדיון כאן ואשר התובענה מסתמכת עליהם.

תנאי 4 - יסוד סביר להניח כי עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב

286. התנאי הרביעי לאישור התובענה כייצוגית הוא כי "קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב".
287. תובענה זאת מוגשת על ידי המבקשים בתום לב, לאחר בדיקת המסמכים והוראות החוק הרלבנטיות, לאחר שתי פניות אל פלאפון ולאחר פניה אלא רשם מאגרי המידע במשרד המשפטים.
288. המבקשים מאמינים בתום לב ויודעים כי התביעה תעשה צדק עימם ועם שאר הציבור.

חלק ז' - סיכום

289. לאור כל האמור לעיל יתבקש בית המשפט הנכבד לאשר את התובענה כייצוגית וליתן הוראות כדלקמן: הוראות בעניין הגדרת הקבוצה; הוראות בעניין הדיון בתובענה; הוראות בדבר אופן פרסום ההחלטה ונוסחה, וכן מתן הוראה כי המשיבה תישא בהוצאות הפרסום; הוראות לעניין שכר טרחת ב"כ המבקשים וכן בדבר גמול למבקשים על שטרחו והגישו את התובענה.
290. כן יתבקש בית המשפט הנכבד להורות על מתן הסעדים שפורטו לעיל.
291. בקשה זו נסמכת על תצהירי המבקשים המכירים את העובדות מידיעה אישית. כל האמור בבקשה זו נאמר במצטבר או לחילופין, הכול לפי הדבק הדברים והקשרם. הסעדים המבוקשים בבקשה הינם מצטברים.
292. מן הדין ומן הצדק לקבל את הבקשה.

קובי סודרי, עו"ד

בא-כוח המבקשים

נועם שכנר, עו"ד

בא-כוח המבקשים

יצחק אבירם, עו"ד

בא-כוח המבקשים