

בענין:

1. רונית כהן ת.ז. 053500963

2. מיכל בן יוסף ת.ז. 065946881

ע"י ב"כ גלעד מרקמן ו/או ליאור טומשין ו/או בועז דרנס ו/או שרון עומסי ו/או בנימין פרלמן ו/או יעל טומשין ו/או גיא רינטוביץ ו/או ניר גנאיניסקי ו/או אורי צור ו/או גיל גאנוניאן ו/או אופיר צוברי ו/או מיכאל לנג ו/או עמוס כהן ו/או דוד שוורצבאום ו/או אייל יקר ו/או איתי קורש ו/או רותם עידן ו/או אסף עוזירי.

ממרכז רורברג, אגף איינשטיין, קומה ה', רח' פקריס 3 (פארק ת.מ.ר.), רחובות.

טל': 08-9393100, פקס': 08-9393101

להלן: "המבקשות";

- נגד -

1. Facebook, Inc

חברה הרשומה בארצות הברית שמשרדה הרשום:
1601 Willow Road, Menlo Park, California, 94025,
ארצות הברית

2. Facebook Ireland Ltd.

חברה הרשומה באירלנד שמספרה 462932
Hanover Reach, 5-7 Hanover Quay
Dublin 2, אירלנד.

להלן ביחד ולחוד: "המשיבה";

מהות התביעה: תביעה ייצוגית כספית, נזיקית.

סכום התביעה: 900,000,000 ₪ (אומדן).

בקשה לאישור תביעה כתובענה ייצוגית

בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות כדלקמן:

1. לאשר את התובענה אשר הוגשה על ידי המבקשות (להלן: "התובענה"), כתובענה ייצוגית מכוח חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות").
 2. לקבוע בהתאם לסעיפים 10 ו-14(א) לחוק תובענות ייצוגיות כי הקבוצה בשמה מוגשת התובענה הייצוגית תוגדר כדלקמן:
- "כל אדם בישראל אשר קיבל מהמשיבה הודעת מסר קצר (מסרון) ו/או הודעת דואר אלקטרוני אשר הכיל פרסומת, מבלי שנתן את הסכמתו לדבר.
3. לחילופין, יתבקש כבי בית המשפט לקבוע הגדרה אחרת לקבוצה.

4. לקבוע בהתאם לסעיף 14(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, כי המבקשות יהיו התובעות הייצוגיות וכי בא כוחם הח"מ על בקשה זו יהיה בא-כוח המייצג.
5. לקבוע בהתאם לסעיף 14(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות כי הסעד המבוקש הינו להורות למשיבה:
 - 5.1. לפצות את כל אחד מחברי הקבוצה בגין כל דבר פרסום אשר נשלח אליו על ידי המשיבה, כמפורט להלן.
 - 5.2. לפצות כל אחד מחברי הקבוצה בגין הכללת שמו במאגר מידע אשר מתנהל בניגוד לחוק הגנת הפרטיות.
 - 5.3. להימנע משליחת דברי פרסום ללא קבלת הסכמת הנמענים כנדרש בחוק.
 - 5.4. להימנע משליחת דברי פרסום אשר כוללים הטעיה בנוגע למהות העסקה המוצעת בהם.
6. לחילופין, להורות על כל סעד אחר לטובת הקבוצה המיוצגת, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, בהתאם לסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות.
7. לפסוק למבקשות גמול מיוחד וכן לפסוק לבא כוח המבקשות שכר טרחה כמי שטרחו והגישו את התביעה הנ"ל, כאחוז מסוים מסך הפיצוי שיפסק לחברי הקבוצה, על הטרחה והסיכון שנטלו על עצמם בהגשה ובניהול התובענה.
8. להורות על פרסום ההחלטה על אישור התובענה כייצוגית ונוסחה, וכן הוראה כי המשיבה תשא בהוצאות הפרסום הנ"ל

ואלה נימוקי הבקשה:

הבקשה בקליפת האגוז:

9. עניינה של תובענה זו אותה מתבקש בתי המשפט הנכבד לאשר כייצוגית הינה הפרה בוטה של חוק התקשורת, ע"י אחת החברות הגדולות בעולם.

"תופעת ההפצה ההמונית של הודעות פרסומת בלתי רצויות באמצעות רשתות תקשורת (לרבות באמצעות דואר אלקטרוני, הודעות SMS ופקסימיליה), המכונה "spam", הפכה בשנים האחרונות למטרד ציבורי כלל-עולמי, והיקפה מצוי במגמת עליה חדה." (כך נכתב בדברי ההסבר להצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים)(תיקון 33), התשס"ה-2005. (להלן: "חוק התקשורת")."
10. המשיבה העוסקת בניהול רשת חברתית, בה חברים כמיליארד משתמשים בכל העולם ובין היתר לפי פרסומים שונים כ-3.8 מיליון מנויים בישראל בלבד, עשתה דין לעצמה ושלחה הודעות SMS והודעות דואר אלקטרוני פרסומיות למאות אלפי אנשים בישראל מבלי שנתנו הסכמתם לדבר ובניגוד דין.
11. להלן דוגמא לתוכן ההודעות ששלחה המשיבה:

**"לחץ/י כדי לראות את התמונות של "___" בפייסבוק:
<http://fb.me/8Btld7nSwyyWli> השב/השיבי 'stop' כדי להפסיק לקבל
 הודעות טקסט מפייסבוק"**
12. יודגש כי כל אותם אנשים לא מסרו למשיבה את הפרטים ששימשו לצורך משלוח דבר פרסומת ולא אישרו למשיבה או למי מטעמה לשלוח לה דברי הפרסומת.
13. כראיה לכך, לחיצה על כתובת ה- URL (הקישור) הובילה למסך לפתיחת חשבון אצל המשיבה או במקרה בו לאותו אדם היה מנוי אצל המשיבה, למסך בו נתבקש לצרף את פרט התקשורת (הטלפון או המייל) שלא היו ידועים למשיבה עד כה, לחשבון הקיים אצלה.
14. עוד התברר כי המשיבה הגיעה אל פרטי האנשים דרך צד ג', ללא קבלת רשות ואו הסכמה, כאשר מנגנון השגת המידע התבצע דרך מכשיר טלפון סלולרי של אחד ממכריהם. המשיבה, הלכה למעשה, יצרה גישה אל האנשים ע"י שאיבת פרטיהם ממכריהם שהינם בעלי מכשירים סלולריים, בהם הותקנה האפליקציה של המשיבה.

15. כך מתברר כי המשיבה כחברה בין לאומית, מנהלת מעקב אחר זהותם של אנשים באמצעות שליפת נתונים מתוך טלפונים סלולריים של מכריהם. אין צורך להכביר מילים בדבר חוסר הנעימות שבתחושת קיומו של "אח גדול" (כמשמעו הקלאסי, ולא כמשמעו בעידן הריאליטי...) אשר מנטר את קשריו האישיים של אדם.
16. בכך לא די, בהודעות שנשלחו יצרה המשיבה מצג לפיו מי שחוץ על הקישור המופיע במסרונים, יזכה לראות תמונות של אדם אחר. מצג זה הוא כוזב שכן הלחיצה על הקישור לא הובילה לתמונות המובטחות, אלא לדף אשר מבקש מהנמען להירשם לשירותי המשיבה.
17. לבד מכך, המשיבה אף הטעתה את מקבלי המסרונים לסבור כי את ההודעה שלח אדם פרטי המוכר לו, ולא מדובר במסר פרסומי של המשיבה.
18. המשיבה אף פעלה בניגוד לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הפרטיות") בניהול מאגר המידע ובשליחת הדיוור ישיר. כך למשל, המשיבה לא ציינה בהודעות כי מדובר בדיוור ישיר, קיים ספק האם המשיבה מנהלת מאגר מידע בהתאם לדרישות חוק הגנת הפרטיות, הפנייה במסרונים לא כללה את זהותו ומענו של בעל מאגר המידע וכן לא כללה את המקור ממנו התקבלו פרטי התקשורת של כל אותם האנשים אליהם נשלחו ההודעות.
19. עוד עולה כי המשיבה במעשיה פועלת במוסר כפול. כך הצהירה המבקשת בדף "הסטנדרטים הקהילתיים של פייסבוק", המצוי באתר האינטרנט שבניהולה:
- "דיוג ודואר זבל - אנו מתייחסים לבטיחות חברינו בכובד ראש ופועלים למניעת ניסיונות לפגוע בפרטיותם או בבטיחותם. אנו אף מבקשים שתכבד את החברים בכך שלא תיצור עמם קשר למטרות מסחריות ללא הסכמתם."**
20. זאת ועוד, בתנאי השימוש של המשיבה, הקרויים "הצהרה בנושא זכויות ותחומי אחריות", היא אוסרת על משתמשיה לעשות בדיוק את הפעולות בהן היא נקטה בעצמה:
- "...5. הגנה על זכויותיהם של אנשים אחרים"**
- אנו מכבדים את זכויותיהם של אנשים אחרים ומצפים ממך לנהוג באותו אופן.**
- אל תפרסם תוכן ואל תנקוט בפייסבוק שום פעולה אשר מפרה את זכויותיו של מישהו אחר או מנוגדת לחוק באופן אחר."**
21. לא זו אף זו. המשיבה נוהגת לנקוט בהליכים משפטיים כנגד מי שעושים שימוש ברשת החברתית שלה, לשם פרסום מסרים פרסומיים. כך למשל, זכתה המשיבה בפסק דין כנגד אדם אשר הפיץ הודעות תוך הפרת מדיניותה בתיק *Facebook Inc v. Adam [c08 03889 JF HRL] Guerbuez*, שם דרשה וזכתה בפיצוי בסך 873,000,000 דולר.
22. יוצא, אפוא, כי המשיבה נוקטת יד קשה כנגד מי ששולחים הודעות פרסומיות למשתמשיה, באצטלה של הגנה על פרטיותם וזכויותיהם, אך במקביל לכך המשיבה מבצעת מעשים דומים בעצמה.
23. לנוכח גישה בלתי מתפשרת זו של המשיבה, אין כל הצדקה לכך שהמשיבה תזכה ליחס מקל יותר בעת שמתברר כי היא עצמה נוהגת לשלוח הודעות ספאם.
24. מעשיה של המשיבה היו מטרד ועוגמת נפש עבור כל ציבור האנשים. בנוסף, נגרם בזבוז זמן כתוצאה מקריאת ההודעה ומהניסיון הבלתי צליח לצפות בתמונות המובטחות.
25. חוק התקשורת קובע כי בכל הנוגע לקביעת הפיצוי הראוי בגין שליחת דבר פרסום ללא הסכמת הנמען, יש להעניק משקל בכורה לשיקולים של אכיפת החוק, הרתעה מפני הפרתו ועידוד הנמען למימוש זכויותיו. כמו כן, יש להעניק משקל להיקף ההפרה.
26. אם כן, בענייננו, מדובר על הפרה שיטתית, דורסנית ומכוונת שנעשית על ידי חברה רב לאומית בעלת משאבים כלכליים ניכרים – והכל מתוך רצון להשיא את רווחיה.
27. בדיוק לשם כך נקבעו ההוראות בחוקים המפורטים לעיל, אשר נועדו לפקח ולהגביל את השימוש למטרות מסחריות בפרטים של אנשים אשר לא הביעו את הסכמתם לכך, וזאת על מנת לשמור על פרטיותם ולמנוע הטרדה.

28. בהתאם לסעיף 30א(1) לחוק התקשורת בית המשפט רשאי להטיל פיצויים לדוגמה בסך של 1,000 ₪ לכל הפרה של הוראות החוק, ללא הוכחת נזק:
- ” שוגר דבר פרסומת ביוזעין בניגוד להוראות סעיף זה, רשאי בית המשפט לפסוק בשל הפרה זו פיצויים שאינם תלויים בנזק (בסעיף זה – פיצויים לדוגמה), בסכום שלא יעלה על 1,000 שקלים חדשים בשל כל דבר פרסומת שקיבל הנמען בניגוד להוראות סעיף זה;”**
29. אמנם, בהתאם לסעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות [להלן-”חוק התובענות הייצוגיות”], לא נהוג לקבוע פיצויים לדוגמה או פיצוי ללא הוכחת נזק בהליך של תביעה ייצוגית, אולם, המבקשות סבורות כי יש לראות בסכום הפיצוי הקבוע בסעיף אמת מידה לשם קביעת הפיצוי הנזיקי בגין הנזק שנגרם לכל אחת מהמבקשות בגין משלוח דבר הפרסום בניגוד לחוק התקשורת.
30. על הפיצוי בגין העוולה שעניינה הפרת סעיף 30א לחוק התקשורת יש להוסיף פיצוי בגין המטרד ועוגמת הנפש הנובעים מההטעיה הנוגעת למצג השווא של המשיבה כי באפשרות המבקשות לצפות באלבום התמונות, וכן בגין הפגיעה בפרטיות מכך שהמשיבה שומרת את פרטיהן של המבקשות במאגר מידע אשר אינו מוסדר בהתאם לקבוע בחוק הגנת הפרטיות.
31. **במכלול האמור, המבקשות יטענו, בשלב זה, כי יש לפצותן בסך של 200 ₪, לכל הפחות, בגין כל דבר פרסום אשר נשלח אליהן.** סכום זה מהווה כחמישית מהסכום שנקבע בסעיף 30א(1) לחוק התקשורת והוא נמוך ב- 20% מהסכום שנקבע בפרשת החלב של תנובה.
32. ע”פ הנחות שמרניות, המפורטות בכתב בקשה זה יוצא כי המשיבה שלחה כ- 38,000,000 דברי פרסום מתוך מאגר המידע שלה. מתוך זהירות מופלגת, וחרף סבירות החישוב האמור, יניחו המבקשות כי מספר דברי הפרסום נמוך אף יותר ועומד על 4,500,000 בלבד (כ-11% ממספר דברי הדואר שסביר שנשלחו בפועל).
33. **על כן, לצורך אומדנה בלבד, סכום התביעה הייצוגית (המשוער), מוערך בסך של כ – 900,000,000 ₪ (200 * 4,500,000).**
34. בנסיבות העניין, המפורטות בהרחבה בבקשה דנן, אישורה וניהולה של התובענה כייצוגית עולה בקנה אחד עם מטרתו של חוק תובענות ייצוגיות, ועם התכלית בגינה תיקן המחוקק את חוק התקשורת ואת חוק התובענות הייצוגיות- אשר באו במטרה לאזן את כוחות הצרכנים מול הגופים הגדולים ומתן אפשרות לביצוע אכיפה והתרעה.
35. המבקשות יטענו כי הבקשה והן עצמן עומדות בכל התנאים לאישורה של התובענה כתובענה ייצוגית, כמפורט בפתח הבקשה.
36. **הגשת תביעות פרטניות ובודדות מול אחת החברות הגדולות בעולם, קרוב לוודאי, לא תוביל לאכיפה, התרעה ומתן סעד הולם. בשל כך, קיימת חשיבות בקבלת הבקשה דנן וזאת למען ביסוסה של התרעה אפקטיבית כנגד המשיבה וכנגד הגופים הרבים האחרים המשגרים דברי פרסומת בניגוד לדיון, תוך הטעיית הנמענים ותוך חזירה לפרטיותם.**

מבוא

37. התובענה שאישורה כייצוגית מתבקש כעת, עניינה, כדלקמן:
- 37.1. במשלוח דברי פרסומת על דרך של שליחת הודעה אלקטרונית ו/או הודעות מסר קצר על ידי המשיבה, ללא קבלת הסכמה מהנמענים, וזאת בניגוד לסעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושירותים) התשמ”ב-1982 (להלן: ”חוק התקשורת”).
- 37.2. במשלוח דבר פרסומת העלול, במעשה או במחדל, להטעות צרכנים בניגוד לסעיפים 2 ו-7 לחוק חוק הגנת הצרכן, תשמ”א-1981 (להלן: ”חוק הגנת הצרכן”).
- 37.3. בניהול מאגר מידע ובשליחת דיוור ישיר בניגוד לחוק הגנת הפרטיות, תשמ”א-1981 (להלן: ”חוק הגנת הפרטיות”).

הצדדים

38. המשיבה 1 היא חברה ציבורית, הרשומה למסחר בבורסת הנאסד"ק בארצות הברית.
39. המשיבה 2 הינה חברת הבת שלה המספקת את שירותי החברה למנויה מחוץ לגבולות ארצות הברית וקנדה.
40. המשיבה עוסקת בניהול רשת חברתית, בה חברים כמיליארד משתמשים בכל העולם ובין היתר בישראל. לפי פרסומים שונים לחברה כ-3.8 מיליון מנויים בישראל בלבד.
41. מודל הרווח של המשיבה הינו בעיקר מפרסום, כך שחרף העובדה שמרבית המנויים אינם נדרשים לשלם דמי מנוי, למשיבה יש תועלת כלכלית מעצם השימוש שנעשה באתר.
42. המבקשות הינן נשים פרטיות, בעלות טלפון סלולרי ישראלי ו/או בעלות חשבון דואר אלקטרוני אשר קיבלו הודעת מסר קצר (מיסרון / sms) ו/או הודעת פרסום בדואר אלקטרוני מהנתבעות בלא שנתנו הסכמתן לכך.

התשתית העובדתית

43. המבקשת 1:

43.1. ביום 01.12.12 בשעה 11:42 קיבלה המבקשת 1 מסרון לטלפון הנייד שלה, בו נכתבו הדברים הבאים:

**"לחצי כדי לראות את התמונות של galia בפייסבוק:
http://fb.me/8Btd7nSwyyWii השב/השיבי 'stop' כדי להפסיק לקבל
הודעות טקסט מפייסבוק"**

43.2. לאחר מכן, ביום 21.12.2012 בשעה 21:05 קבלה המבקשת מסרון נוסף לטלפון הנייד שלה, בו נכתבו הדברים הדומים הבאים:

**"לחצי כדי לראות את התמונות של amos בפייסבוק:
http://fb.me/1FIT9X3Qd5Gh9g9 השב/השיבי 'stop' כדי להפסיק
לקבל הודעות טקסט מפייסבוק"**

43.3. מספר הטלפון ממנו הגיעו ההודעות הינו: 32665.

44. למבקשת נודע בדיעבד, כי רבים קיבלו את ההודעה במועד סמוך, כאשר המשותף לכולם הינו, ככל הנראה, שמספרי הטלפון של כולם נשמרו על גבי טלפון סלולרי של אדם אחר שהשתמש באפליקציה של המשיבה על גבי הטלפון הסלולרי שלו.

45. יודגש כי המבקשת מעולם לא אישרה למשיבה או למי מטעמה לשלוח לה דברי פרסומת למספר זה ומעולם לא מסרה למשיבה את הפרטים ששימשו לצורך משלוח דבר פרסומת.

46. למען שלמות התמונה יצוין כי במקרה בו מחשבי המשיבה מזהה כי בעל מכשיר הטלפון או בעל כתובת הדואר האלקטרוני אינו מנוי שלה - לחיצה על הקישור אשר הופיעה בגוף המסרון לא הובילה לאלבום תמונות כפי שהופיע בדבר הפרסומת, אלא הובילה לדף בו הוצע למבקשת לפתוח חשבון משתמש אצל המשיבה, כאשר דף הפרטים כלל כבר את מספר הטלפון הנייד אליו נשלח המסרון.

47. במקרה בו מדובר בהודעה שנשלחה לאדם אשר יש לו מנוי אצל המשיבה אך אמצעי התקשורת (המייל או מספר הסלולר), אינו מוכר למשיבה ואינו מקושר לפרטי המנוי, המצב מעט שונה. במקרה כזה, נמען אשר ביצע את ההוראות המפורטות בגוף ההודעה – המשיבה העבירה אותו לדף בו נתבקש הנמען לקשר את מספר הטלפון הסלולרי שלו או את כתובת הדואר האלקטרוני שלו (אשר כלל לא אמורה להיות ידועה למשיבה) למנוי שלו אצל המשיבה. במקרה בו הנמען עושה כן, ככל הנראה עושה המשיבה שימוש במידע זה לשם הפצה נוספת של הודעות לאנשי הקשר של אותו נמען, וחוזר חלילה.

**מצ"ב תצהיר של המבקשת 1 ותמונות המסרונים כפי שצולם בסלולר המבקשת, מסומן
כנספח א.**

המבקשת 2:

48. ביום 21.12.12 בשעות הערב קיבלה המבקשת 2 מסרון לטלפון הנייד שלה, בו נכתבו הדברים הבאים:

**"לחץ/י כדי לראות את התמונות של amos בפייסבוק:
http://fb.me/1ERGo2rJLXqPjfR השב/השיבי 'stop' כדי להפסיק
לקבל הודעות טקסט מפייסבוק"**

49. לאחר מכן, ביום 25.12.2012, קיבלה המבקשת מסרון נוסף לטלפון הנייד שלה, בו נכתבו דברים דומים:

**"לחץ/י כדי לראות את התמונות של edna בפייסבוק:
http://fb.me/1H3GnUeY5uFCqqT השב/השיבי 'stop' כדי להפסיק
לקבל הודעות טקסט מפייסבוק"**

גם כאן, מספר הטלפון ממנו הגיעו ההודעות הינו: 32665.

50. יצוין כי היות ולמבקשת ישנו מכשיר סלולרי מדור ללא גישה לאתר המשיבה, לחיצה על הקישור הובילה להופעת ההודעה הבאה על מסך הסלולר: "הגדרות אינטרנט לא חוקיות".

51. בכך לא די, ביום 21.12.12 בשעה 19:28 קיבלה המשיבה הודעת דואר אלקטרוני לכתובת המייל@mail.tau.ac.il (מטעמי פרטיות חלק מכתובת המייל הוסרה), בה נרשמו הדברים הבאים:

Facebook"

עייני/ בתמונות של Amos בפייסבוק.

אם תירשם/י לפייסבוק, תוכלי/י לשמור על קשר עם חברים על-ידי צפייה בתמונות ובסרטונים שלהם, מעקב אחר עדכוני הסטטוס החדשים שלהם, החלפת הודעות ועוד.

הצטרף אל amos בפייסבוק

הודעה זו נשלחה אל@mail.tau.ac.il. אם אינך מעוניין/ת לקבל הודעות דוא"ל אלה מפייסבוק בעתיד או שאינך מעוניין/ת שכתובת הדוא"ל שלך תשמש להצעות חברים, אנא [unsubscribe](#).

**Facebook, Inc., Attention: Department 415, PO Box 10005,
"Palo Alto, CA 94303**

52. במקרה דנן, לחיצה על הקישור המופיעה בהודעת הדואר האלקטרוני הובילה לאתר האינטרנט של המשיבה ובו הוצע למבקשת 2 להוסיף את כתובת הדואר האלקטרוני אליה נשלחה ההודעה לפרופיל המשתמש הקיים ברשת של המשיבה.

53. כך, בדומה למבקשת 1 לחיצה על הקישור כפי שהופיע בדבר הפרסומת לא הובילה לאלבום תמונות כפי שצוין בדבר הפרסומת.

54. יודגש כי המבקשת 2 מעולם לא אישרה למשיבה או למי מטעמה לשלוח לה דברי פרסומת למספר הסלולר שלה ו/או לכתובת הדואר האלקטרוני כאמור לעיל ומעולם לא מסרה למשיבה את הפרטים ששימשו לצורך משלוח דבר הפרסומת.

55. למבקשות נודע בדיעבד, כי רבים קיבלו הודעות דומות במועדים סמוכים למכשירי הטלפון ולכתובות הדואר האלקטרוניים, כאשר המשותף לכולם הינו, ככל הנראה, שמספרי הטלפון וכתובות הדואר האלקטרוני של כולם, נשמרו על גבי מכשירים סלולריים של מכריהם כדוגמת עדנה, עמוס ואחרים וכי ככל הנראה, המשיבה יצרה גישה אל פרטיהם דרך מכשירים אלו, בניגוד לדין.

56. למען שלמות התמונה יצוין כי המבקשת מס' 1 הינה אימו של Amos אשר המסרונים לעיל מתייחסים אליו, והמשיבה מס' 2 הינה אישתו של Amos. מבירור שנערך עולה כי עמוס כהן, בנה של המבקשת 1 ובעלה של המבקשת 2, הוריד עדכון לאפליקציית פייסבוק בטלפון הסלולרי בעל מערכת הפעלה אנדרואיד. לאחר הורדת העדכון מר כהן הפעיל את האפליקציה ומבלי שביקש זאת נשלחו באופן אוטומטי הודעות SMS ומיילים לרשימת אנשי הקשר שבטלפון הנייד ו/או בחשבון בדואר האלקטרוני שלו. מר כהן לא יצר קשר עם כל אנשי הקשר בחשבון הטלפון שלו אך קיבל דיווחים מלמעלה מ-30 איש אשר קיבלו הודעות ו/או מסרונים.

מצ"ב תצהיר של המבקשת 2 ותמונת המסרונים כפי שצולם בסלולר המבקשת, מסומן כנספח ב.

מצ"ב תצהירו של מר עמוס כהן, מסומן כנספח ג.

57. עוד יודגש כי הגם שמהות דברי הפרסום שנשלחו הינה זהה בכל דברי הדואר, הרי שפרטי כתובת ה-url באמצעותו ניתן לגשת לאתר של פייסבוק הוא שונה מדבר הודעה אחת לשנייה, וכנראה שכל דבר פרסום הינו בעל "קוד גנטי" ייחודי, אשר מאפשר את זיהויו ואיתורו, אף בדיעבד, על ידי המשיבה.

עילות התביעה האישיות של המבקשות:

א. שיגור דבר פרסומת בניגוד לחוק התקשורת:

58. לנוכח ריבוי המקרים בהם נשלחים לציבור הצרכנים פרסומות בניגוד לרצונם, כשם שהמשיבה פעלה, ראה המחוקק לנכון לחוקק חוק ספציפי (סעיף 30א לחוק התקשורת- ידוע בכינויו כחוק הספאם) שיתמודד עם התופעה הפסולה וזאת בכדי לעקור התופעה מהשורש, על מנת למנוע הטרדה ופגיעה בפרטיות של ציבור הצרכנים.

59. בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר:

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

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

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

60. מכאן נהיר כי תכלית החוק הינה למנוע מעשים כדוגמת מעשיה של המשיבה.

61. עוד יובהר כי בהתאם לסעיף 30א(ט) לחוק התקשורת, מעשיה של המשיבה אף מהווים עבירה פלילית מעבר להיותם עוולה אזרחית כמפורט להלן:

”(ו) (1) מפרסם המשגר דבר פרסומת בניגוד להוראות סעיפים קטנים (ב) או (ג), דינו – קנס כאמור בסעיף 61א(4) לחוק העונשין;

...

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

62. עובדה זו, מחזקת את החשיבות לה ייחס המחוקק אודות חומרת התופעה, ואת רצונו להתריע מביצועה.

63. יסודות העוולה מפורטות בסעיף 30א(ב)-(ג) לחוק התקשורת, הקובע כדלקמן:

”30א (ב) לא ישגר מפרסם דבר פרסומת באמצעות פקסימיליה, מערכת חיוג אוטומטי, הודעה אלקטרונית או הודעת מסר קצר, בלא קבלת הסכמה מפורשת מראש של הנמען, בכתב, לרבות בהודעה אלקטרונית או בשיחה מוקלטת; פנייה חד-פעמית מטעם מפרסם לנמען שהוא בית עסק, באחת הדרכים האמורות בסעיף קטן זה, המהווה הצעה להסכים לקבל דברי פרסומת מטעמו, לא תיחשב הפרה של הוראות סעיף זה.”

(ג) על אף הוראות סעיף קטן (ב), רשאי מפרסם לשגר דבר פרסומת כאמור באותו סעיף קטן אף אם לא התקבלה הסכמת הנמען, בהתקיים כל אלה:

1. הנמען מסר את פרטיו למפרסם במהלך רכישה של מוצר או שירות, או במהלך משא ומתן לרכישה כאמור, והמפרסם הודיע לו כי הפרטים שמסר ישמשו לצורך משלוח דבר פרסומת מטעמו, באחת הדרכים האמורות בסעיף קטן (ב);

2. המפרסם נתן לנמען הזדמנות להודיע לו כי הוא מסרב לקבל דברי פרסומת כאמור, דרך כלל או מסוג מסוים, והנמען לא עשה כן;

3. דבר הפרסומת מתייחס למוצר או לשירות מסוג דומה למוצר או לשירות האמורים בפסקה (1).”

64. אם כן, המשיבה שהינה המפרסם, שלחה הודעות מסר קצר והודעות דואר אלקטרוני המהוות דבר פרסומת, בלא קבלת הסכמה מפורשת מראש של המבקשות בכל דרך שהיא. בכך, התקיימו יסודות העוולה הנזיקית.

65. יתר על כן, החריג הקבוע בסעיף קטן (ג) אינו מתקיים במקרה דנן, זאת מכיוון שהמבקשות לא מסרו למשיבה את מספרי הסלולר ואת כתובות הדואר האלקטרוני אליהן נשלחו ההודעות ולראיה רק לאחר שלחצו המבקשות על הקישורים שהופיעו בדברי הפרסומת, הציעה המשיבה למבקשות לייצור חשבון פייסבוק ו/או לצרף את פרטיהם (מספר הסלולר ו/או כתובת הדואר האלקטרוני אליהם נשלחו ההודעות), אל החשבון הקיים. מה גם, שעיון בפרטי המנוי של המבקשות אצל המשיבה יוכיח כי פרטי התקשורת אליהם נשלחו ההודעות לא קיימים במנוי וכי לא אישורו לשלוח להם הודעות לפרטי תקשורת אלו.

מכאן נלמד כי מאחר ולא היה ברשות המשיבה את פרטי המבקשות כאמור לעיל, לא היה באפשרות המשיבה להודיע למבקשות כי פרטיהם כאמור לעיל, ישמשו לצורך משלוח דבר פרסומת, כאמור בסעיף קטן (ג).

למעלה מכך, המבקשות יטענו כי המשיבה הגיעה אל פרטיהן כאמור לעיל דרך צד ג', ללא קבלת רשותן ו/או הסכמתן.

66. תשומת לב מיוחדת לכך, שבניגוד לפנייה חד-פעמית מטעם מפרסם לנמען שהוא בית עסק, שהינה לגיטימית על פי סעיף 30א(ב), פנייה לאדם פרטי נחשבת כהפרה כבר מהפנייה הראשונה.

67. בתא (ת"א) 1586/09 איילת חיות נ' טלרן מסרים מיידיים בע"מ (שם הבקשה לאשר תובענה כייצוגית בנושא תקנה 30 לחוק התקשורת נענתה בחיוב) (להלן: "פרשת איילת חיות"), עמוד בית המשפט על נכבד על מנגנון למניעת ספאם שאומץ בחקיקה הישראלית:

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

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

68. מעבר לאמור, יצוין כי בהתאם להגדרות חוק התקשורת, יש לראות במשיבה כמפרסם, בהתאם להגדרה:

"מפרסם" – מי ששמו או מענו מופיעים בדבר הפרסומת כמען להתקשרות לשם רכישתו של נושא דבר הפרסומת, מי שתוכנו של דבר הפרסומת עשוי לפרסם את עסקיו או לקדם את מטרותיו, או מי שמשווק את נושא דבר הפרסומת בעבור אחר;

פרטיה של המשיבה מופיעים על גבי דברי הפרסום ונהיר כי תוכן דבר הפרסומת נועד לפרסם את עסקיה של המשיבה ולקדם את מטרותיה – שימוש מוגבר ברשת החברתית שלה וגידול במספר מנוייה. **אם לא כך הדבר, למה נועדו ההודעות?**

69. יתר על כן, יש לראות בהודעות שנשלחו כדבר פרסומת בהתאם להגדרה בסעיף 30א לחוק התקשורת:

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

70. על כן, הודעות המסרון והודעות הדואר האלקטרוני של המשיבה הינם משום דבר פרסומת, באשר ההודעות נועדו לעודד את ההצטרפות והשימוש בשירות של המשיבה. לבד מכך, המסר מופץ באופן מסחרי, בארץ ובחו"ל. יובהר כי ללא אינטרס עסקי, כזה או אחר, המשיבה לא הייתה שולחת הודעות אלו, במנגנון מתוחכם שכזה.

ב. הטעייה לפי חוק הגנת הצרכן:

71. המבקשות יטענו כי בהתאם לסעיף 2 וסעיף 7 לחוק הגנת הצרכן, גרמה המשיבה בדברי הפרסומת להטעייתן. להלן עיקרי הסעיפים הרלוונטיים מחוק הגנת הצרכן:

2" (א) לא יעשה עוסק דבר – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה – העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי בעסקה (להלן – הטעיה); בלי לגרוע מכלליות האמור יראו ענינים אלה כמהותיים בעסקה:

(1) הטיב, המהות, הכמות והסוג של נכס או שירות;....

(ג) הוראות סעיף זה יחולו גם על פרסומת."

...

7. (א) היתה הטעיה בפרסומת, יראו כמפירים את הוראות סעיף 2 –

(1) את מי שמטעמו נעשתה הפרסומת ואת האדם שהביא את הדבר לפרסום וגרם בכך לפרסומו;

(2) אם היתה הפרסומת מטעה על פניה או שהם ידעו שהיא מטעה - אף את המפיץ או מי שהחליט בפועל על הפרסום.

...

(ה) פרסומת העלולה להטעות צרכן בישראל - אחת היא, לענין סעיף זה, אם נעשתה בישראל או מחוצה לה."

72. בבשא (ת"א) 5989/06 אילן ג'אן נ' אלטמן רוקחות טבעית (1993) בע"מ (להלן: "פרשת מגה גלופלקס"), נכתבו הדברים הבאים על יסודות העוולה שעניינה הטעיה צרכנית:

"...סוגיית הטעייה הצרכנית אינה פשוטה. סוגייה זו הופכת סבוכה אף יותר כשהיא ניצבת במוקד הליך קבוצתי. על מורכבותה של הסוגיה עמד בית המשפט בפרשת ברזני כשמנה מספר שאלות הדורשות ליבון והכרעה: "האם די במצג העלול להטעות אותו צרכן או שנדרשת הטעיה בפועל? ואם די במצג כזה, האם יזכה הצרכן בסעד גם אם לא ידע על המצג? ומהו הקשר הסיבתי הדרוש בין המצג לבין הפגיעה בצרכן כדי לזכות את הצרכן בסעד?" (ע"א 1977/97 יוסף ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד 584 (4) 2001)). באותו העניין נתגלעה מחלוקת בין השופטים השונים בהכרעת השאלות שנמנו ואלו שבו ונדונו בדיון נוסף (דנ"א יוסף ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385 (2003) – להלן: "דנ"א ברזני"). ההלכות בסוגיה זו נדרשות אף לענייננו. על כל פנים:

"לצורך קיום העילה של הטעייה על-פי סעיף 2 לחוק, יש להוכיח כי: (א) העוסק עשה מעשה או מחדל אשר עלול להטעות צרכן בעניין מהותי; (ב) הצרכן נפגע כתוצאה מכך; (ג) קיים קשר סיבתי בין הטעייה לבין הפגיעה שסבל הצרכן" (בש"א 1895/05 אמיר שהי שאל נ' תדיראן מוצרי צריכה בע"מ [פורסם בנבו] [פורסם ביום 14.2.08]).

73. המבקשות יטענו כי במקרה דנן מתקיימות יסודות העוולה, כדלקמן:

73.1. העוסק עשה מעשה או מחדל אשר עלול להטעות צרכן בעניין מהותי:

כאמור בסעיף 2(א)(1) לחוק הגנת הצרכן, הטעייה לעניין מהות העסקה נחשבת לצורך החוק כעניין מהותי.

במקרה דנן המשיבה שלחה למשיבות דברי פרסומת בדמות מסרונים בהם נכתב כי לחיצה על קישור תוביל לאפשרות לצפות במאגר תמונות של אדם אותו הן מכירות. בפועל, לחיצה על הקישור לא הובילה למאגר התמונות המובטח, אלא לעמוד אינטרנט בו הוצע לנמענים להירשם כמנויים לשירותי המשיבה.

זאת ועוד, בניגוד למובטח, אף רישום כמנוי לרשת החברתית של המשיבה לא אפשר גישה לתמונות של האדם אליו התייחסה ההודעה [עמוס, עדנה או גליה במקרה של המבקשות], אלא בהתקיים אחד משניים: מדובר במי שהגדיר את אלבומו התמונות שלו ברשת החברתית של המשיבה כפתוח לכל, או במקרה של צירוף אותו אדם כ"חבר".

למעשה, דברי הפרסום של המשיבה נועדו לגרום לאנשים להצטרף לשירותיה, ולא להזמנה לצפות בתמונות של אדם אחר.

לבד מכך, ההודעות אשר נשלחו על ידי המשיבה לא כללו ציון כי מדובר היה בפרסומת. אדם סביר אשר מקבל מסרון עם פרטיו של מכר שלו צפוי לסבור כי מדובר בהודעה אשר נשלחה מאותו מכר, כהזמנה לצפות בתמונות שלו. זוהי גם מטרת המסרונים. בהתאם לסעיף 7(ג1) לחוק הגנת הצרכן, התנהלות זו יוצרת חזקה משפטית כי מדובר בפרסומת מטעה:

"(ג1) פרסומת העלולה להביא אדם סביר להניח, כי האמור בה אינו פרסומת, יראו בכך פרסומת מטעה אף אם תכנה איננו מטעה";

המשיבה יצרה מצג לפיו מי שלוחץ על הקישור המופיע במסרונים שלה, יזכה לראות את התמונות של אדם אחר. מצג זה הוא כוזב באשר לחיצה על הקישור אינה מובילה לתמונות המובטחות אלא לדף אשר מבקש מהנמען להירשם לשירותי המשיבה.

אף מי שרשום לשירותי המשיבה ומנסה להיכנס לאלבומו התמונות באמצעות מכשיר טלפון סלולרי, אינו זוכה להגיע לתמונות המובטחות, אלא מוצא את עצמו בעמוד בו הוא מתבקש לקשר בין הטלפון הנייד שלו לבין חשבון המנוי שלו בחברה.

המשיבה אף הטעתה את מקבלי המסרונים לסבור כי את ההודעה שלח אדם פרטי המוכר למקבל, ולא מדובר במסר פרסומי של המשיבה.

המשיבה ביקשה ועדיין מבקשת לצרף מספר רב ככל האפשר של מנויים לשירותיה. המשיבה אף הבינה כי ייתכן שאנשים רבים יהיו מעוניינים באפשרות לצפות באלבומו תמונות של מכריהם, ולפיכך היא שלחה דברי פרסום (מבלי שהבהירה כי מדובר בפרסום אלא התחזתה כאילו המייל או המסרון נשלח ע"י אדם פרטי), אשר נועדו לפתות אותם להיכנס לאתר האינטרנט שלה. דברים אלה באים לידי ביטוי ב"הצעה" של המשיבה כפי שזו מופיעה בדבר הפרסום, כאשר הנמען יכול לבצע "קיבול" על דרך של לחיצה על הקישור.

רק בדיעבד, לאחר קיבול ההצעה לעיסקה על ידי הנמען, מתברר לו כי עליו להירשם להיות חבר ברשת החברתית של המשיבה. לא זו אף זו; אף במקרה בו הנמען מקבל עליו את הדין ומצרף עצמו לשירותי המשיבה – מתברר כי אף ביצוע פעולה זו אינה מקנה לו את האפשרות לצפות באלבומו התמונות המובטח.

מעשיה של המשיבה מהוות הטעייה, כפי שנפסק בבית המשפט העליון, מפי כב' השופטת שטרסברג-כהן, ברע"א 2837/98 שלום ארז נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת, פ"ד נד(1) 600, בע' 607:

"הטעיה היא הצהרה כוזבת. הטעיה נוצרת כאשר קיים פער סביר בין הדברים האמורים (או המוסתרים) לבין המציאות. הטעייה יכולה ללבוש שתי צורות: האחת, הטעיה במעשה על דרך של מצג שווא הכולל פרטים שאינם תואמים את המציאות: השנייה, הטעיה במחדל, קרי: אי-גילוי פרטים מקום שיש חובה לגלותם. (ראו: ג' שלו דיני חוזים (9) בעמ' 225; ד' פרידמן, נ' כהן חוזים (כרך ב') בעמ' 787)".

משכך הם פני הדברים, נהיר כי המשיבה עשתה משעה או מחדל, אשר לבטח עלול להטעות צרכן בעניין מהותי.

73.2. הצרכן נפגע כתוצאה מכך:

הטעייה כאמור לעיל הובילה את המבקשות ובתוך כך חברי הקבוצה לבצע פעולה אקטיבית בכדי לנסות ולצפות בתמונות של מכריהם, בכך בזבזו זמן לחינם. יתירה מכך, לאחר גילוי דבר הטעייה והתרמית חשו המבקשות ובתוך כך חברי הקבוצה, תחושה של עוגמת נפש וכי הוטרו לחינם. יתר על כן, רבים אשר להם חבילה מוגבלת לגלישה באינטרנט בסלולר, נאלצו אף לשלם או לבזבז מחבילת הגלישה בעת הניסיון הכושל לצפות בתמונות.

נהיר כי לכל פרט ופרט בקבוצה לא נגרם נזק רב ומשמעותי, אך די בנזק קטן על מנת לעמוד בדרישת יסוד זה. לבד מכך, נהיר כי צירוף כלל הנזקים הקטנים של כלל חברי הקבוצה מובלים לנזק משמעותי רב וגדול.

לבד מכך, יצוין כי **בפרשת מגה גלופלקס** נקבע בהערת אגב כי בשלב ההכרעה לאישור תביעה כתובענה ייצוגית אין צורך לעסוק בשאלת כימותו של הנזק:

"...בשלב זה של ההליך אין מקום לעסוק בסוגיית כימותו של הנזק שנגרם כתוצאה מהטעייה..."

משכך הם פני הדברים, משקיים נזק (קטן כגדול), יסוד הפגיעה מתקיים.

73.3. **קיים קשר סיבתי בין הטעייה לבין הפגיעה שסבל הצרכן:** אילו בדבר הפרסומת לא היה נכתב "לחץ כדי לראות את התמונות של _____", נהיר כי המבקשות, לאחר הלחיצה לא היו מצפות לראות תמונות של מען דהוא. מנקודת מבט אחרת, אילו בהודעה הייתה מצוינת הכוונה האמתית (קרי לחץ כדי לפתוח חשבון פייסבוק או לחץ כדי לצרף את מספר הטלפון שלך לחשבון פייסבוק), הסבירות או המוטיבציה של אדם ללחוץ על הקישור הייתה יורדת בהרבה. יתר על כן, השימוש בשמו של מכר בדבר הפרסום והמחשבה כי ההודעה נשלחה מאותו מכר, אף היא הובילה רבים ללחוץ על הקישור.

לנוכח כל אלו, לולא בוצעה על לחיצה על הקישור, עוגמת הנפש היתה מופחתת, זמן היה נחסך, ההטרדה הייתה פחותה וכיוב'.

משכך הם פני הדברים, נהיר כי קיים קשר סיבתי בין הטעייה לבין הפגיעה שסבל הצרכן, כמצוות ההלכה.

74. אשר על כן, כלל יסודות העולה מתקיימות. מכאן נהיר כי מהות השירות שהוצעה בדבר הפרסומת, מהווה הטעייה, ולמצער, עלולה להטעות את צרכן כמשמעות הדבר בסעיף 2(א)(1) לחוק הגנת הצרכן.

75. המשיבה הינה עוסק לפי חוק הגנת הצרכן:

75.1. בסעיף 1 לחוק הגנת הצרכן, נקבעו ההגדרות הבאות:

"עוסק" - מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן;

"עיסוק" - מכירת נכס או מתן שירות;

"צרכן" - מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי;

75.2. על כן, אין כל ספק כי המשיבה המפעילה את הרשת החברתית הגדולה בעולם נכנסת להגדרה של נותנת שירותים. כמו כן, העיסוק במקרה דנן הינו רצון המשיבה ליתן שירות לציבור הצרכנים בכך שהם יפתחו חשבון משתמש אצלה או יעבירו לה את פרטיהם האישיים אשר לא היו ידועים לה קודם לכן. לבד מכך מקבל ההודעה מתאים להגדרת צרכן שכן הוא נתבקש באמצעות דבר הפרסומת לקבל שירות מהמשיבה או לשתף אותה בפרטיו האישיים.

ג. פגיעה בפרטיות

76. כמפורט לעיל, מדובר בתביעה כנגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לעניין שבינו לבין לקוח (בכח או בפועל). כפי שיפורט להלן, נסיבות אלה מהוות עילה המאפשרת הגשת תביעה ייצוגית ולפיכך, יש מקום לבחון אף עוולות נזיקיות נוספות אשר בוצעו על ידי המשיבה כלפי המבקשות:

77. חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 מסדיר את האסור והמותר בניהול מאגרי מידע. בסעיף 17 לחוק, נקבע הסדר לעניין ניהול מאגר מידע המשמש לשירותי דיוור:

"17ד. לא ינהל אדם ולא יחזיק מאגר מידע המשמש לשירותי דיוור ישיר, אלא אם כן הוא רשום בפנקס ואחת ממטרותיו הרשומות היא שירותי דיוור"

עוד נקבע כי מי שמחזיק מאגר מידע מחויב לשמור תיעוד של המקור ממנו קיבל את כל הנתונים המופיעים במאגר:

"17ה. לא ינהל אדם ולא יחזיק מאגר מידע המשמש לשירותי דיוור ישיר, אלא אם כן יש בידו רישום המציין את המקור שממנו קיבל כל אוסף נתונים המשמש לצורך מאגר המידע ומועד קבלתו, וכן למי מסר כל אוסף נתונים כאמור."

למען השלמת התמונה נציין את פירוש המונחים בהם נעשה שימוש בסעיפים אלה, בהתאם לחוק הגנת הפרטיות:

"דיוור ישיר" - פניה אישית לאדם, בהתבסס על השתייכותו לקבוצת אוכלוסין, נקבעה על פי איפיון אחד או יותר של בני אדם ששמותיהם כלולים במאגר מידע;"

"פניה" - לרבות בכתב, בדפוס, בטלפון, בפקסימליה, בדרך ממוחשבת או באמצעי אחר;"

78. כל דבר פרסום אשר נשלח על ידי המשיבה באמצעות דיוור ישיר, נשלח על בסיס היכרות של הנמען עם לקוח של המשיבה – כך שהשליחה נעשית בהתבסס על השתייכותו לקבוצת אוכלוסין ואפיון של היכרות עם אותו לקוח, ותוך ציון היכרות זו בגוף ההודעה ואף ניצול איפיון זה כמרכיב משמעותי בגוף הפניה. לנוכח האמור, שליחת דבר הפרסום מהווה "דיוור ישיר" כמשמעותו בחוק הגנת הפרטיות.

79. חוק הגנת הפרטיות אף דורש כי במקרה של שליחת דיוור ישיר ממאגר מידע יש לציין בפירוט את מספר הרישום של מאגר המידע, את זהותו ומענו של בעל מאגר המידע ואת המקורות שמהם קיבל בעל המאגר את פרטיו של הנמען:

17.א) כל פניה בדיוור ישיר תכיל באופן ברור ובולט –

(1) ציון כי הפניה היא בדיוור ישיר, בצירוף ציון מספר הרישום של המאגר המשמש לשירותי דיוור ישיר בפנקס מאגרי מידע;

(2) הודעה על זכותו של מקבל הפניה להימחק מן המאגר כאמור בסעיף קטן (ב), בצירוף המען שאליו יש לפנות לצורך כך;

(3) זהותו ומענו של בעל מאגר המידע שבו מצוי המידע שעל פיו בוצעה הפניה, והמקורות שמהם קיבל בעל המאגר מידע זה.

80. המשיבה לא פעלה כך:

80.1. הפנייה של המשיבה לא נעשתה בציון כי מדובר בדיוור ישיר.

- 80.2. הפניה לא כללה את מספר מאגר המידע הרשום.
- 80.3. ככל שעלה בידי המבקשות לברר, המשיבה כללה אינה מנהלת מאגר מידע בהתאם לדרישות חוק הגנת הפרטיות.
- 80.4. הפנייה במסרונים מצד המשיבה לא כללה את זהותו ומענו של בעל מאגר המידע.
- 80.5. הפנייה מצד המשיבה לא כללה את המקור ממנה קיבלה המשיבה אודות פרטיותן של המבקשות.
81. מעשיה של המשיבה, אשר מנהלת ומחזיקה מאגר מידע הכולל פרטים על אנשים, בצירוף פרטים על מספר הטלפון שלהם, ועושה בפרטים אלה שימוש לשם פניות בדיוור ישיר, ללא רישום בפנקס מהווה עוולה לפי פקודת הנוזיקין, כקבוע בסעיף 31 לחוק הגנת הפרטיות:
- ”31ב. מעשה או מחדל בניגוד להוראות פרקים ב' או ד' או בניגוד לתקנות שהותקנו לפי חוק זה יהווה עוולה לפי פקודת הנוזיקין [נוסח חדש].”**
82. המבקשות מניחות לטובת המשיבה כי היא מנהלת רישום של מקורות הנתונים המצויים במאגר המידע אותו היא מנהלת, כנדרש בסעיף 17 לחוק, **כך שהיא תוכל להציג את מלוא הנתונים בפני בית המשפט הנכבד ובפני המבקשות.**

תחולת הדין הישראלי על המקרה דנן:

83. עילות התביעה האישיות של המבקשות הינן עולות אזרחיות והוראות פקודת הנוזיקין [נוסח חדש], חלות עליהם, בכפוף להוראות החוקים הספציפיים.
84. סעיף 3 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש] קובע כי הוראותיו יחולו על עוולה שנעשתה בישראל.
85. במקרה דנן, יש לראות את העולות ככאלה שבוצעו בישראל, בין היתר מהטעמים הבאים:
- 85.1. דבר הפרסום נשלח מישראל אל יעד בישראל, ואף נכתב בעברית.
- 85.2. דבר הפרסום נקלט בחושי המבקשות בישראל.
- 85.3. לחיצה על הקישור שהופיע בדבר הפרסום, התנהל דרך רשת הבזק בישראל.
- 85.4. דבר הפרסום נשלח באמצעות תשתית הבזק הישראלית, ויועד מלכתחילה ליעד בישראל.
- 85.5. בהתאם לסעיף 7(ה) לחוק הגנת הצרכן אם פרסומת עלולה להטעות צרכן בישראל, אין זה משנה היכן נעשתה הפרסומת, בארץ או בחו"ל.
- 85.6. מטעמי מדיניות משפטית – כוונת המחוקק בחקיקת סעיף 30א לחוק היתה למנוע שליחת דברי פרסומת כדוגמת ההודעות אשר נשלחו על ידי המשיבה. **מתן אפשרות לעקוף את החוק, בכל טענה הנוגעת למיקום שרתי החברה או מקום מושבה של החברה השולחת את ההודעה, תהפוך את החוק לאות מתה.**
- 85.7. המשיבה שלחה את המסרונים באמצעות מספר טלפון מקומי מקוצר: 32665, אשר למיטב ידיעת המשיבים, הוקצה לה על ידי חברות התקשורת הישראליות. יצוין, כי לו מדובר היה בשליחת הודעה מחוץ לישראל, היה הדבר בא לידי ביטוי בקידומת למספר הטלפון המצוין את העובדה שמדובר במספר מחו"ל.
- 85.8. ראיה נוספת לכך שמדובר במסרון אשר נשלח מישראל הינה התעריף למשלוח מסרון חוזר לאותו מספר, למשל הודעה עם בקשת ניתוק, (כמפורט בגוף דבר הפרסום) - בתעריף למשלוח הודעה בארץ, דבר המהווה נזק נוסף לצרכן המבקש להימנע ממשלוח דואר זבל אליו בשל עלות משלוח מסרון חוזר.
- 85.9. המשיבה אספה את המידע על המבקשות בישראל ועשתה בו שימוש בישראל, לפיכך, אין משמעות שמאגר המידע מתנהל על גבי שרתים המצויים מחוץ לישראל.

המוסר הכפול של המשיבה

86. המשיבה מסדירה את מערכת היחסים שלה עם המשתמשים בשירותיה באמצעות מספר מסמכים. אחד המסמכים הינו "הסטנדרטים הקהילתיים של פייסבוק", שם נכתב:

"דיוג ודואר זבל - אנו מתייחסים לבטיחות חברינו בכובד ראש ופועלים למניעת ניסיונות לפגוע בפרטיותם או בבטיחותם. אנו אף מבקשים שתכבד את החברים בכך שלא תיצור עמם קשר למטרות מסחריות ללא הסכמתם."

מצ"ב מסמך "הסטנדרטים הקהילתיים של פייסבוק", מסומן כנספח ד'

87. בתנאי השימוש של המשיבה, הקרויים "הצהרה בנושא זכויות ותחומי אחריות, היא אוסרת על משתמשיה לעשות בדיוק את הפעולות בהן היא נקטה בעצמה:

"...5. הגנה על זכויותיהם של אנשים אחרים

אנו מכבדים את זכויותיהם של אנשים אחרים ומצפים ממך לנהוג באותו אופן.

אל תפרסם תוכן ולט תנקוט בפייסבוק שום פעולה אשר מפרה את זכויותיו של מישהו אחר או מנוגדת לחוק באופן אחר."

מצ"ב כללי המדיניות של המשיבה, מסומן כנספח ה.

88. לא זו אף זו. המשיבה נוהגת לנקוט בהליכים משפטיים כנגד מי שעושים שימוש ברשת החברתית שלה, לשם פרסום מסרים פרסומיים. כך למשל, זכתה המשיבה בפסק דין כנגד אדם אשר הפיץ הודעות תוך הפרת מדיניותה בתיק [c08 03889 JF HRL] Facebook Inc v. Adam Guerbuez, שם דרשה וזכתה **בפיצוי בסך 873,000,000 דולר.**

89. יוצא, אפוא, כי המשיבה נוקטת יד קשה כנגד מי ששולחים הודעות פרסומיות למשתמשיה, באצטלה של הגנה על פרטיותם וזכויותיהם, אך במקביל לכך המשיבה מבצעת מעשים דומים בעצמה.

90. לנוכח גישה בלתי מתפשרת זו של המשיבה, אין כל הצדקה לכך שהמשיבה תזכה ליחס מקל יותר בעת שמתברר כי היא עצמה נוהגת לשלוח הודעות זבל.

הנזק והפיצוי הראוי:

91. שאלת הנזק והפיצוי אינה שאלה קלה, במיוחד כאשר עסקינן בקבוצה העשויה למנות מאות אלפי אנשים. לנוכח זאת חוקק המחוקק את סעיף 30א (א) לחוק התקשורת על מנת להתמודד עם נזיקי הפרט, עם נזקי הקבוצה ועם נזקים שונים העשויים להיגרם לאוכלוסייה כולה, לאו דווקא זו שקיבלה את ההודעות. לעניין זה, להן חלק מדברי ההסבר של המחוקק לסעיף 30א לחוק התקשורת (חוק הספאם):

"תופעת ההפצה ההמונית של הודעות פרסומיות בלתי רצויות באמצעות רשתות תקשורת (לרבות באמצעות דואר אלקטרוני, הודעות SMS ופקסימיליה), המכונה "spam", הפכה בשנים האחרונות למטרד ציבורי כלל-עולמי, והיקפה מצוי במגמת עליה חדה. יודגש כי התופעה והיקפה מצויים במגמת עליה חדה (לפי נתונים שפרסמה נציבות האיחוד האירופי, בשנת 2003 עלה נפח הודעות ה-spam המופצות באמצעות דואר אלקטרוני על 50% מכלל התעבורה העולמית של הודעות דואר אלקטרוני).

תופעת ה-spam מעוררת בעיות במישורים שונים, ובהן- בעיות של אבטחת מידע, חדירה למחשבים ללא היתר והפצת וירוסים, פגיעה בפרטיותו של המשתמש ברשת והטרדתו, פגיעה בהתפתחותו של המסחר האלקטרוני, פגיעה בעסקים בשל אובדן זמן והשקעת משאבים. תופעה זו מעמיסה עלויות מיותרות על הציבור, ובכלל כך על מפעילי תקשורת (בעלי התשתיות, ספקי האינטרנט וכו'), עסקים, משתמשי אינטרנט פרטיים ורשויות העוסקות באכיפה".

92. במקרה דנו, גם כן נהיר כי קבלת ההודעה היוותה מטרד ועוגמת נפש עבור המבקשות. התברר להן כי חברה בין לאומית מנהלת מעקב אחר זהותם וזהות מכריהם, באמצעות שליפת נתונים מתוך טלפונים סלולריים של מכריהם. אין צורך להכביר מילים בדבר חוסר הנעימות שבתחושת קיומו של "אח גדול" (כמשמעו הקלאסי, ולא כמשמעו בעידן הריאלטי...). אשר מנטר את קשריו האישיים של אדם.
93. בדיוק לשם כך נקבעו ההוראות בחוקים המפורטים לעיל, אשר נועדו לפקח ולהגביל את השימוש למטרות מסחריות בפרטים של אנשים אשר לא הביעו את הסכמתם לכך, וזאת על מנת לשמור על פרטיותם ולמנוע הטרדה.
94. בנוסף, נגרם למשיבות בזבוז זמן כתוצאה מקריאת ההודעה ומהניסיון הבלתי צליח לצפות בתמונות המובטחות.
95. חוק התקשורת קובע כי בכל הנוגע לקביעת הפיצוי הראוי בגין שליחת דבר פרסום ללא הסכמת הנמען, יש להעניק משקל בכורה לשיקולים של אכיפת החוק, הרתעה מפני הפרתו ועידוד הנמען למימוש זכויותיו. כמו כן, יש להעניק משקל להיקף ההפרה.
96. בענייננו, מדובר על הפרה שיטתית, דורסנית ומכוונת שנעשית על ידי חברה רב לאומית בעלת משאבים כלכליים ניכרים – והכל מתוך רצון להשיא את רווחיה.
97. בהתאם לסעיף 30א(1) לחוק התקשורת בית המשפט רשאי להטיל פיצויים לדוגמה בסך של 1,000 ₪ לכל הפרה של הוראות החוק, ללא הוכחת נזק:

" שוגר דבר פרסומת ביוזעין בניגוד להוראות סעיף זה, רשאי בית המשפט לפסוק בשל הפרה זו פיצויים שאינם תלויים בנזק (בסעיף זה – פיצויים לדוגמה), בסכום שלא יעלה על 1,000 שקלים חדשים בשל כל דבר פרסומת שקיבל הנמען בניגוד להוראות סעיף זה; "

98. אמנם, בהתאם לסעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות [להלן-"חוק התובענות הייצוגיות"], לא נהוג לקבוע פיצויים לדוגמה או פיצוי ללא הוכחת נזק בהליך של תביעה ייצוגית, אולם, המבקשות סבורות כי יש לראות בסכום הפיצוי הקבוע בסעיף אמת מידה לשם קביעת הפיצוי הנזיקי בגין הנזק שנגרם לכל אחת מהמבקשות בגין משלוח דבר הפרסום בניגוד לחוק התקשורת.
99. על הפיצוי בגין העוולה שעניינה הפרת סעיף 30א לחוק התקשורת יש להוסיף פיצוי בגין המטרד ועוגמת הנפש הנובעים מההטעיה הנוגעת למצג השווא של המשיבה כי באפשרות המבקשות לצפות באלבום התמונות, וכן בגין הפגיעה בפרטיות מכך שהמשיבה שומרת את פרטיהן של המבקשות במאגר מידע אשר אינו מוסדר בהתאם לקבוע בחוק הגנת הפרטיות.
100. לעניין היחס בין סעיף 30א לחוק התקשורת לבין סעיף 20(ה) נתן בית המשפט הנכבד את דעתו בעבר בפרשת איילת חיות (שם כאמור בקשה לאשר תובענה כייצוגית בנושא תקנה 30א לחוק התקשורת נענתה בחיוב). שם אף נקבע מהם השיקולים שיש לקחת בחשבון בעת קביעת הפיצוי הלא ממוני, כאשר מדובר במסגרת תביעה ייצוגית:

"ב. האם סעד לא ממוני מתאים לתובענה ייצוגית:

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

...

הסעד הראוי במקרה זה הינו פיצוי בגין הנזק שאינו ממוני. השיקולים בבסיס קביעת גובה הפיצוי בגין נזק לא ממוני, אינם השיקולים המפורטים בסעיף 30א'(י) לחוק התקשורת, שכן סעיף זה נועד לעודד הגשת תביעות

אישיות על פי החוק. השיקולים לקביעת גובה הפיצוי בגין נזק לא ממוני, במקרה זה, נגזרים מתכליתו ומטרתו של חוק תובענות ייצוגיות.

מדובר בענייננו בהפרה בוטה של חוק התקשורת...אילו היה מדובר בפיצוי לדוגמה לפי סעיף 30א' (י) לחוק התקשורת, היה ראוי לפסוק פיצוי בסכום המקסימלי על מנת להרתיע מפרסמים משימוש בשיטות פתלתלות וחמקמקות להפרת החוק.

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

101. כאמת מידה לגובה הפיצוי הלא-ממוני שנכון לפסוק, ניתן לעשות שימוש גם בפסיקת בית המשפט העליון בפסק הדין בפרשת תנובה, שם פסק בית המשפט העליון את הדברים הבאים:

"...נוכח הקשת המגוונת של הקבוצה מבחינת הרגלי הצריכה של החלב העמיד שהכיל סיליקון ונוכח המאפיינים הנוספים של הפגיעה באוטונומיה במקרה דנן עליהם עמדנו לעיל, ובהם: עוצמת הפגיעה שניתן להעלות על הדעת גבוהות ממנה ומשך הזמן המוגבל שבו ליוו התחושות השליליות את חברי הקבוצה, נראה לי כי ניתן לקבל את הסך של 250 ש"ח כסכום הולם לצורך קביעת הפיצוי האישי האחיד..."

ע"א 10085/08 תנובה - מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל
[פורסם בבנו]

102. במכלול האמור, המבקשות יטענו, בשלב זה, כי יש לפצותן בסך של 200 ₪, לכל הפחות, בגין כל דבר פרסום אשר נשלח אליהן. סכום זה מהווה **כחמישית מהסכום שנקבע בסעיף 30א'(1) לחוק התקשורת והוא נמוך ב- 20% מהסכום שנפסק בפרשת החלב של תנובה.**

הגדרת הקבוצה וסכום התביעה הייצוגית

103. בית-המשפט הנכבד מתבקש להגדיר את קבוצת האנשים שבשמה הוגשה הבקשה, כדלהלן:

"כל אדם בישראל אשר קיבל מהמשיבה הודעת מסר קצר (מסרון) ו/או הודעת דואר אלקטרוני אשר הכיל פרסומת, מבלי שנתן את הסכמתו לדבר"

104. היות ובשלב זה אין בידי המבקשות מידע אודות מספר דברי הפרסום אשר נשלחו למכשירי הסלולר ולכתובות הדואר האלקטרוני בישראל, המבקשות תשמורנה על זכותן לתקן את האומדן לאחר קבלת נתונים מדויקים המצויים בוודאי בידי המשיבה. בשלב זה, המבקשות יעריכו, את מספר דברי הפרסום ששוגרו על ידי המשיבה על דרך האומדן וע"פ ההנחות הבאות:

104.1. מספר המנויים של המשיבה בישראל עומד על כ- 3.8 מיליון.

104.2. ניתן להניח, בהנחה שמרנית כי 20% ממנויי החברה עושים שימוש בטלפון הסלולרי לשם שימוש ברשת החברתית של המשיבה. המבקשות מניחות כי המבקשת אספה מידע מתוך הטלפונים הסלולריים של מחצית ממנוייה הנ"ל.

- 104.3. לפיכך, מניחות המשיבות כי מספר המנויים מהם נטלה המשיבה את המידע השמור במכשירי הטלפון שלהם עומד על 380,000.
- 104.4. בהערה שמרנית, מעריכות המבקשות כי בכל מכשיר טלפון קיימים 100 מספרי טלפון וכתובות דואר אלקטרוני אשר אינם משוייכים לחשבונות קיימים, וכי המשיבה שלחה הודעה אחת לאחד מאמצעי התקשורת.
- 104.5. יוצא כי המשיבה שלחה 38,000,000 דברי פרסום מתוך מאגר המידע שלה. **מתוך זהירות מופלגת, וחרף סבירות החישוב האמור, יניחו המבקשות כי מספר דברי הפרסום נמוך אף יותר ועומד על 4,500,000 בלבד (כ-11% ממספר דברי הדואר שסביר שנשלחו בפועל).**
- 104.6. כפי שפורט לעיל, המבקשות מעריכות את גובה הנזק, ולפיכך את גובה הפיצוי הראוי בגין כל הודעה, בסך של 200 ₪.
- 104.7. כך יוצא כי סכום התביעה הכולל עומד על סך של 900,000,000 ₪.
- 104.8. יודגש כי החישוב האמור מביא בחשבון גם את ההנחות העובדתיות הבאות:
- 104.8.1. דברי הפרסומת נשלחו הן לבעלי חשבון משתמש ברשת החברתית והן לאלו שאינם בעלי חשבון ברשת החברתית.
- 104.8.2. דבר הפרסומת יכול להישלח במספר אמצעי תקשורת עבור כל אדם בישראל (דואר אלקטרוני אחד או יותר, מכשיר סלולארי אחד או יותר).
- 104.8.3. דבר הפרסומת יכול להישלח לאותו אמצעי תקשורת, מספר בלתי מוגבל של פעמים.
- 104.8.4. דבר הפרסומת, ככל הנראה לא נשלח למכשירים סלולריים בעלי מספר המקושר לחשבון משתמש פייסבוק קיים ו/או לכתובות דואר אלקטרוני המקושרות לחשבון משתמש פייסבוק קיים.
- 104.9. לאחר הגשת הבקשה לאישור התובענה כייצוגית, היקף חברי הקבוצה והיקף משלוח המסרונים ו/או הודעות המייל צפוי להתבהר, והמבקשות שומרות על זכותן לתקן את סכום התביעה בהתאם לממצאים שיעלו במהלך בירור התובענה.
- 104.10. בתצהיר המצורף לבקשה מפורטות מגוון דוגמאות של בני אדם העונים על הגדרת קבוצת האנשים כאמור לעיל (קרי אנשים להם עילה תביעה אישית הדומה או זהה לעילת התביעה של המבקשות). לבד מכך, בפרסומים שונים באינטרנט עולה כי רבים מחברי הקבוצה הביעו תרעומת מהתנהלות המשיבה, וחשו הטרדה, עוגמת נפש ועלבון בשל הפגיעה בפרטיותם.
105. על כן, לצורך אומדנה בלבד, סכום התביעה הייצוגית (המשוער), מוערך בסך של כ - 900,000,000 ₪.

התובענה מתאימה וראויה להתברר כתובענה ייצוגית

התובענה הייצוגית גם היא כלי משפטי שמטרתו לעודד אכיפה פרטית באמצעות מתן תמריץ הגשת תביעות, וזאת במקרים בהם הנזק לפרט הבודד הוא קטן ואינו מצדיק הגשת תביעה אישית. על תכלית זו של התובענה הייצוגית נאמר בהצעת חוק התובענות הייצוגיות:

"כלי משפטי זה נועד בעיקר למצבים שבהם תאגיד גדול או רשות פוגעים בציבור גדול באופן שלכל פרט נגרם נזק קטן אשר אינו מצדיק הגשת תביעה על ידו, אולם סך כל הנזק המצטבר לציבור הנפגעים הוא רב. התובענה הייצוגית מאפשרת לאחד את האינטרס של כלל הנפגעים ויוצרת תמריץ להגשת תובענה.

מכשיר התובענה הייצוגית משרת לא רק את האינטרס הפרטי של הנפגעים, אלא גם את האינטרס הציבורי בכך שהוא מרתיע מזיקים פוטנציאליים מפני הפרת הוראות החוק, גם כאשר מדובר בהפרות חוק קטנות".

106. בסעיף 1 לחוק התובענות הייצוגיות נקבעה מטרתו, כדלקמן:

”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.”

107. לנוכח כל האמור, המבקשות יטענו כי אישור תביעתן כתובענה ייצוגית יעלה בקנה אחד עם מטרתו של חוק תובענות ייצוגיות. מעשייה של המשיבה מהווית מטרד ציבורי חמור ביותר, אשר המחוקק ביקש לעקור מן השורש.

108. יתר על כן, המחוקק עצמו ראה לנכון לאפשר הגשת תובענות ייצוגיות בשל עילות התביעה דן בכלל ובשל ההפרה של סעיף 30א לחוק התקשורת בפרט, עת ראה לנכון לתקן את חוק התובענות הייצוגיות ולהוסיף לרשימת העילות בגינן ניתן להגיש תובענה ייצוגית את סעיף 30א לחוק התקשורת.

109. בכך תכליתו של המחוקק הינה לעודד הגשת תובענות ייצוגיות כדוגמת התובענה דן.

110. עוד יצוין כי המקרה דן אינו מהווה הלכה חדשה או תקדים, כבר בפרשת איילת חיות שם הוגשה כאמור בקשה לאשר תובענה כייצוגית בנושא תקנה 30א לחוק התקשורת נענתה בחיוב. להלן דברי בית המשפט הנכבד בפרשה זו:

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

111. לפיכך, מן הראוי לאפשר את בירור התובענה כתובענה ייצוגית, כאשר לכל נפגע כשלעצמו, לא תהיה כדאיות לתבוע את נזקיו.

תנאי הסף להגשתה ואישורה של התביעה כייצוגית

112. התנאים להגשתה של תובענה ייצוגית קבועים בהוראות חוק תובענות ייצוגיות, תנאי הסף להגשת הבקשה לאישור קבועים בסעיפים 3, 4 ו-5 לחוק תובענות ייצוגיות, והתנאים לאישור הבקשה קבועים בהוראת סעיף 8 לו.

112.1. עילת התביעה של המבקש מצויה בתוספת השנייה לחוק התובענות הייצוגיות

סעיף 3(א) לחוק התובענות הייצוגיות קובע כדלקמן:

”3. (א) לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית; ...”

פרט 1 ופרט 12 לתוספת השנייה לחוק התובענות הייצוגיות קובעים, כדלקמן:

”1. תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו.

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

אם כן, מתביעת המבקשות הינה כנגד מפרסם בעילה לפי סעיף 30א לחוק התקשורת, בעילה לפי סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן ובעילה לפי סעיף 31 לחוק הגנת הפרטיות, בגינן ניתן להגיש תובענה ייצוגית, אין ספק כי עילת התביעה דן נמנית על העילות אשר הוגדרו כראויות להתברר בדרך של תובענה ייצוגית.

יצוין כי לעניין פריט 1 לתוספת השנייה כאמור לעיל, אף אם מקבלי ההודעה אינם חבריים ברשת החברתית של המשיבה, הרי הפרסום האסור והמטריד נועד על מנת לצרפם לשירותים אותם נותן העוסק. פריט 1 לתוספת מציין מפורשות כי הוא יחול "בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו", ועל כן עילת התביעה קמה גם למקבלי ההודעות שאינם לקוחות של המשיבה.

112.2. בית המשפט המחוזי הוא הערכאה המוסמכת לאישור התובענה כייצוגית

סעיף 5(ב)(1) לחוק התובענות הייצוגיות קובע כדלקמן:

"(1) בקשה לאישור תוגש לבית המשפט אשר לו הסמכות העניינית והמקומית לדון בתובענה הייצוגית אם תאושר, ולענין הסמכות העניינית, יראו את סכום התביעה או שווי נושאה כסכום או כשווי המצטבר של תביעותיהם של כל הנמנים עם הקבוצה שבשמה מוגשת הבקשה לאישור"

לנוכח סכום התביעה המצטבר, המצוי בסמכותו העניינית של בית המשפט המחוזי, ובהתאם לתקנה 3(א)(5) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, לבית משפט זה קיימת סמכות מקומית ועניינית לדון בתובענה.

דבר הפרסום אשר נשלחו למבקשת 2 הגיעו למכשיר הטלפון שלה בעת ששהתה בתחום השיפוט של מחוז תל אביב, בהיותה בביתה ברמת גן. לנוכח האמור, לבית משפט זה סמכות מקומית בשל **מקום המעשה** בגינו מוגשת התביעה.

זאת ועוד, ניתן לומר כי מעשיה של המשיבה התבצעו בכל הארץ ולפיכך כל בית משפט בישראל הינו בעל סמכות מקומית.

112.3. המבקשות רשאיות להגיש בקשה לאישור – ס' 4 לחוק תובענות ייצוגיות

סעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי:

"4(א) אלה רשאים להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית כמפורט להלן:

(1) אדם שיש לו עילה בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם – בשם אותה קבוצה;"

112.3.1. למבקשות עילת תביעה אישית כנגד המשיבה: כמפורט בהרחבה לעיל לכל

אחת מהמבקשות תביעה אישית כנגד המשיבה בגין העוולה הנוזיקית שביצע כלפיה, עניין אשר לגביו נקבע כי ניתן לאשר תובענה כייצוגית, כאמור בפרט 2 ו-12 לתוספת השנייה לחוק התובענות הייצוגיות; עילת התביעה האישית של המבקשות, מפורטת ומבוססת על תשתית עובדתית וראייתית מוצקה.

תשתית זו מלמדת על התנהלות שיטתית של המשיבה בשליחת דברי פרסום אשר נועדו לשווק את שירותיה ובכך להשיא את רווחיה.

העולה מן האמור כי המבקשות עומדות בתנאי הרישא של סעיף 4(א)(1) בנטל השכנוע ורמת ההוכחה הנדרשים מהם להוכחת קיומם של סיכויים גבוהים לקבלתה של התביעה.

112.3.2. התביעה מעוררת שאלות משותפות של עובדה או משפט לכלל חברי הקבוצה:

הגדרת הקבוצה שהמבקשות מבקשות לייצגם ועילות התביעה מעוררות שאלות משותפות של עובדה ומשפט, גם יחד המשותפות להן וליתר חברי הקבוצה.

דברי הפרסום ששלחה המשיבה למבקשות וליתר חברי הקבוצה היו בעלי תוכן וצורה דומים, וכולם כאחד הינם בניגוד לחוק התקשורת וחוק הגנת הצרכן, תוך שימוש במאגר מידע אשר מנוהל בניגוד לחוק הגנת הפרטיות, כאמור בבקשה זו.

העולה מן האמור הוא כי המבקשות עומדות בתנאי הסיפא לסעיף 4(א)(1) בדבר קיומה של קבוצת תובעים אותם היא יכולה לייצג על פי עילת התביעה האישית שלהן.

112.4. התובענה עומדת בתנאים לאישורה כייצוגית – סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות

סעיף 8 לחוק התובענות הייצוגיות קובע את התנאים בהתקיימם רשאי בית המשפט לאשר את התובענה כייצוגית, כדלקמן:

8(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; ...

(4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב.

112.5. קיימות שאלות של עובדה או משפט המשותפות לחברי הקבוצה: כאמור לעיל בתובענה עולות שאלות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה אשר ראויות להתברר במסגרת הליך ייצוגי, כדלקמן:

112.5.1. שאלת היות המסרונים והודעות הדואר האלקטרוני "דבר פרסומת" כמשמעו בחוק התקשורת;

112.5.2. שאלת הגדרת המשיבה כעוסקת והגדרת משלוח דבר הפרסום מטעמה כעיסקה, בהתאם לחוק הגנת הצרכן.

112.5.3. שאלת תקינות ניהול מאגר המידע של המשיבה וקיומה של העולה הנזיקית כלפי הרשומים במאגר.

112.5.4. שאלת הפיצוי הראוי, לרבות קביעת פיצויים בהתאם לסעיף 30א לחוק התקשורת, בהתאם לחוק הגנת הצרכן ובהתאם לחוק הגנת הפרטיות;

112.6. התובענה הייצוגית היא הליך היעיל וההוגן להכרעה בתובענה: הלכה היא כי יש לבחון מחד גיסא את רצינות התובענה וסיכויי הצלחתה ומאידך גיסא את מאפייני קבוצת התובעים והסכום הנתבע [ראה לעניין זה רע"א 4474/97 רמי טצת נ' אברהם זילברשץ, פד"י נד(2) 577; בש"א 6318/02 בנימין קנכט נ' אמד פתוח נדל"ן והשקעות בע"מ, תק-מח 2003(4), 1134].

באשר לרצינות התובענה האישית וסיכויי הצלחתה, פרטו המבקשות לעיל את התשתית העובדתית והמשפטית התומכת בתביעתן.

ואילו באשר למאפייני הקבוצה, יטען המבקש כי הקבוצה אותה מבקש הוא לייצג מונה, על דרך הערכה, מאות אלפים של אנשים אשר קיבלו את דברי הפרסום בלא קבלת הסכמתם.

הלכה היא כי המבקש אישור תובענה כייצוגית אינו מחויב להציג את גודלה המדויק של הקבוצה, נתון אשר אינו בידיעתו, אך מצוי הוא דווקא בידיעת הנתבעת, וכל שמוטל על המבקש הוא להצביע על קיומה של קבוצת אנשים שנפגעו בדומה לפגיעתו שלו [ראה לעניין זה ת.א. 2477/99 סבו תמר נ' רשות שדות התעופה בישראל תק-מח 2002(2) [11496]

המבקשות יטענו כי בענייננו קיימת קבוצת תובעים הומוגנית, גדולה, שיש מקום לברר את הפגיעה בזכויותיה במסגרת תובענה אחת משותפת בהליך הייצוגי.

זאת ועוד, השיקולים שהתווה המחוקק לטיפול בעוולה נזיקית זו, הינם בעיקר הרתעה ועידוד של נפגעים לעמוד על זכויותיהם. טענה כי יש מקום לחייב כל נפגע להגיש את תביעתו בנפרד, מעודדת למעשה הפרה שיטתית של החוק, מכיוון שמעטים הניזוקים אשר יטרחו לנהל הליך משפטי עצמאי, תוך השקעת זמן ומשאבים.

למעלה מכך, הגשת תביעות נפרדות לא תרתיע את המשיבה מהמשך ביצוע ההפרות ובכך גם תכלית החוק תיפגע.

לעומת זאת, בירור התובענה כייצוגית תוכל לסייע הן בהרתעת המשיבה מפני ביצוע הפרות נוספות של החוק והן מפרסמים אחרים, אשר ינקטו משנה זהירות בטרם יפצו בעתיד דברי דואר בניגוד לחוק.

112.7. עניינה של הקבוצה ייוצג ע"י המבקשות בדרך הולמת: על כישוריו של התובע הייצוגי ובא כוחו עמד בית המשפט בפרשת רע"א 8268/96 **רייכרט נ' שמש**, פ"ד נה(5) 276, בו נקבע כי תובע ייצוגי הולם הוא מי שיש לו אינטרס אמיתי ועניין ממשי בתביעה, והבנה מסוימת בתביעה אותה מבקש הוא להוביל, וכי עניינו של התובע ייוצג ע"י עורך דין בעל כישורים, בקיאות ניסיון ויכולת לנהל את התובענה בצורה מקצועית.

כאמור לעיל, למבקשות אינטרס ממשי בתביעה כנגד המשיבה;

בא כוחם של המבקשות הוא בעל ניסיון רב, לרבות בתחום ניהול תובענות ייצוגיות והליכים מנהליים ואזרחיים מורכבים ובהיקף נרחב, והמבקשות מאמינות כי ייצגו את חברי הקבוצה באופן ראוי והולם.

112.8. קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב

הלכה היא כי תום הלב האובייקטיבי של המבקש לתבוע תביעה ייצוגית נבחן באספקלריה של ממשות עילת התביעה האישית שלו, היינו האם עילת התביעה האישית הינה סבירה והוגנת. וכן העובדה כי התביעה אינה מכוונת להשיג מטרה של התובע שאינה מתיישבת עם האינטרסים של כלל חברי הקבוצה [ראה לעניין זה דברי כבי' הש' [כתוארו אז] י. לויט. **תביעה ייצוגית לפי חוק ניירות ערך** הפרקליט מב (תשמ"ו), 465].

כפי שצוין לעיל למבקשות עילת תביעה טובה ומבוססת כנגד המשיבה בגין הפרה בוטה של הוראות החוק האוסרות על הטעייה ומשלוח דברי פרסום ללא הסכמת הנמען. הפגיעה במבקשות דומה לפגיעת כלל חברי הקבוצה, ואין למבקשות אינטרס כלשהו הנוגד את טובתה של הקבוצה. התובענה מוגשת ותנהל ע"י המבקשות ובאי כוחם בתום לב.

סוף דבר

113. המבקשות יטענו כי הבקשה והן עצמן עומדות בכל התנאים לאישורה של התובענה כתובענה ייצוגית, כמפורט בפתח הבקשה.
114. בנסיבות העניין, המפורטות לעיל, אישורה וניהולה של תובענה ייצוגית עולה בקנה אחד עם מטרתו של חוק תובענות ייצוגיות, ועם התכלית בגינה תיקן המחוקק את חוק התקשורת ואת חוק התובענות הייצוגיות- אשר באו במטרה לאזן את כוחות הצרכנים מול הגופים הגדולים ומתן אפשרות לביצוע אכיפה והתרעה.
115. הגשת תביעות פרטניות ובודדות מול אחת החברות הגדולות בעולם, קרוב לוודאי, לא תוביל לאכיפה, הרתעה ומתן סעד הולם. בשל כך, קיימת חשיבות בקבלת הבקשה דנן וזאת למען ביסוסה של התרעה אפקטיבית כנגד המשיבה וכנגד הגופים הרבים האחרים המשגרים דברי פרסומת בניגוד לדין, תוך הטעיית הנמענים ותוך חדירה לפרטיותם.
116. בקשה זו נתמכת בתצהירים.
117. מן הדין ומן הצדק להיענות לבקשה.

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד להורות כאמור בפתח בקשה זו.

דוד שוורצבאום, עו"ד	עמוס כהן, עו"ד	גלעד מרקמן, עו"ד	ליאור טומשין, עו"ד
---------------------	----------------	------------------	--------------------

ב"כ המבקשות