



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 29602-05-22 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

לפני כבוד השופט עדי הדר

התובעת:

שירה כחלון

נגד

הנתבעת:

י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

פסק דין

לפני ביהמ"ש תביעה ייצוגית בה טוענת התובעת שהנתבעת שלחה לקבוצה דברי פרסומת שלא כדין.

הגשת כתבי טענות ודיונים

1. התובעת הגישה בתאריך 15.5.22 בקשה לאישור תובענה כייצוגית (להלן: "**בקשת האישור**"). הנתבעת הגישה תשובה לבקשה, לאחר שביקשה וקיבלה ארכות, בתאריך 10.11.22. הדיון הראשון התקיים בתאריך 20.12.22 ובו ההליך נקבע לחקירת מצהירים. הדיון השני התקיים בתאריך 10.1.23 ובו נחקרו מטעם התובעת היא עצמה ומטעם הנתבעת מר איל זיו (להלן: "**אייל**"). בתום החקירות, ביהמ"ש נתן תוקף של החלטה להסכמת הצדדים לפיה ביהמ"ש אישר התובענה כייצוגית והשהה מתן החלטה מפורטת על מנת לאפשר לצדדים למצות מו"מ. מכיוון שהצדדים לא הגיעו להסכמה, ביהמ"ש נתן החלטה מפורטת בתאריך 18.1.23. הנתבעת הגישה כתב הגנה בתאריך 5.3.23. הדיון השלישי התקיים בתאריך 7.6.23 ובו ביהמ"ש דן בבקשות מקדמיות והחל בהליך למינוי רו"ח אהוד רצאבי כמומחה מטעמו. ביהמ"ש מינה את רו"ח רצאבי כמומחה מטעמו בתאריך 12.7.23 לאחר שהבטיח תשלום שכרו. המומחה הגיש "**ממצאי בדיקה ראשונית**" בתאריך 1.11.23. הדיון הרביעי התקיים בתאריך 7.12.23 ובו ביהמ"ש נתן החלטה בבקשת התובעת לפנות אל חברת וויקס על מנת לקבל ממנה נתונים לגבי הודעות ששלחה. וויקס הודיעה בתאריך 17.1.24 ששלחה 132,675 הודעות וביהמ"ש נתן בתאריך 28.1.24 צו להגשת ראיות. התובעת הגישה ראיותיה, לאחר שביקשה וקיבלה ארכות, בתאריך 4.3.24 והנתבעת, לאחר שביקשה וקיבלה ארכות, בתאריך 13.5.24. הדיון החמישי התקיים בתאריך 19.6.24 ובו ביהמ"ש נתן החלטות בבקשות שהוגשו בקשר לראיות שהוגשו. הנתבעת הגישה בהתאם בתאריך 27.6.24 תצהירים של מר דניאל מוסטקי ורו"ח מיכה לזר (להלן: "**דניאל ורואה החשבון**"). וביקשה בתאריך 30.6.24 להגיש כתב הגנה מתוקן והתובעת הגישה תצהיר של פרופ' יצחק כץ בקשר לחוות דעת שהגיש כמומחה לסטטיסטיקה. ביהמ"ש קיבל בתאריך 4.7.24 הבקשה לתיקון כתב ההגנה תוך חיוב הנתבעת בתשלום הוצאות. הדיון השישי התקיים בתאריך 22.9.24 ובו ביהמ"ש הכין



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 22-05-29602 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

שמיעת הראיות. הדיון השביעי התקיים בתאריך 8.12.24 ובו ביהמ"ש החליט לא למנות מומחה לסטטיסטיקה מטעמו וכן הכין חקירת עד מטעם התובעת בהיוועדות חזותית. הדיון השמיני התקיים בתאריך 23.3.25 ובו חקרו התובעת והנתבעת את מומחה ביהמ"ש, הנתבעת חקרה את המומחה מטעם התובעת פרופ' כץ, מנהל אונטפו מר דן גליקמן נחקר בחקירה ראשית וחוזרת ע"י התובעת ובחקירה נגדית ע"י הנתבעת, והתובעת נחקרה בחקירה נגדית. הדיון התשיעי התקיים בתאריך 24.3.25 ובו נחקר בחקירה ראשית ע"י התובעת עובד וויקס מר ג'ושוע סלנה בהיוועדות חזותית מליטא, ובחקירה נגדית ע"י הנתבעת. כמו כן, התובעת חקרה בחקירה נגדית רואה החשבון, דניאל, ומומחה הנתבעת לסטטיסטיקה מר לירון פלדמן, מר רפי בן הרוש, ואייל. הנתבעת ביקשה נתונים נוספים מוויקס, בעקבות חקירת מר סלנה, ולאחר שהנתבעת שילמה לוויקס עבור חילוץ המידע המבוקש, וויקס הגישה נתונים נוספים בתאריך 4.6.25. ביהמ"ש קצב לצדדים פרק זמן להודיע אם קיימת מניעה ליתן צו להגשת סיכומים, ומכיוון שמי מהצדדים לא התנגד, ביהמ"ש נתן בתאריך 11.6.25 צו להגשת סיכומים. ביהמ"ש דחה בתאריך 2.7.25 בקשה של הנתבעת לעיין מחדש בהחלטה שביהמ"ש נתן שנה קודם בקשר להעדת מומחה מטעמה לעניין כמות המכתבים ששלחה, אך לא נפתחו ע"י הנמענים. התובעת הגישה סיכומיה, לאחר שביקשה וקיבלה ארכה, בתאריך 9.7.25 והנתבעת, לאחר שביקשה וקיבלה ארכה, בתאריך 27.8.25.

דיון והכרעה

2. על ביהמ"ש לקבוע האם הנתבעת שלחה הודעות בניגוד לחוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982 (להלן: "חוק התקשורת") כלהלן:
 - בניגוד להוראות סעיף 30 א. (ב) לחוק התקשורת, שיגרה דברי פרסומת באופן מקוון בלא קבלת הסכמה מפורשת מראש של הנמען כנדרש על פי הוראות החוק;
 - בניגוד להוראות סעיף 30 א. (ה) (1) (א) לחוק התקשורת, לא ציינה את המילה 'פרסומת' בכתורת דברי הפרסומת ששיגרה;
 - בניגוד להוראות סעיף 30 א. (ה) (1) (ב) לחוק התקשורת, לא ציינה שם, כתובת ודרכי יצירת קשר עמה בדברי הפרסומת ששיגרה.

3. כמו כן, על ביהמ"ש לקבוע האם ככל שהנתבעת הפרה מי מהוראות החוק הנזכרות, מהו הנזק שנגרם והיקפו ומכאן מהו הפיצוי שיש לשלם לקבוצה, וכיצד, וכן גמול לתובעת ושכ"ט לב"כ הקבוצה.

טענות התובעת

4. התובעת טענה בבקשת האישור שהפכה לכתב התביעה שהינה בעלת הכתובת המקוונת shira.kahalon@gmail.com והנתבעת הנה חברה בע"מ, המפעילה את מסעדת



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 29602-05-22 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

היוקרה אנימאר, ומשווקת את עסקיה, בין היתר, באמצעות משלוח דברי פרסומת אל ציבור נמענים רחב מאוד, בניגוד להוראות חוק התקשורת כנוכח קודם לכן. עוד טענה, שהיא ביצעה הזמנה מקוונת בתאריך 19.9.21 של מקומות למסעדת אנימאר באמצעות אתר 'אונטופו' (בכתובת www.ontopo.co.il) (להלן: "אונטופו"), המשמש להזמנת מקומות למסעדות רבות בתל אביב והסביבה וכי למיטב ידיעתה, אין כל אפשרות אחרת להזמין מקום במסעדה דרך המרשתת, שלא באמצעות אתר 'אונטופו'. כפי שיפורט בהמשך, היא טענה שהנתבעת שלחה אליה הודעת פרסומת ללא הסכמתה מראש ובמפורש וכי כך נהגה כלפי קבוצה שהיא מבקשת לייצג לצורך קבלת סעדים נגד הנתבעת.

טענות הנתבעת

5. הנתבעת טענה כי התובעת נתנה הסכמה מפורשת לקבלת ההודעה הפרסומית ולחלופין שחל חריג לעניין קבלת הסכמה מפורשת ולכן אין קבוצה וכן טענה שלא נגרם נזק המצדיק מתן סעדים נגדה. להלן דיון במחלוקות השונות.

הנתבעת שלחה פרסומת בהודעות מקוונות לציבור רחב ללא הסכמת הנמענים במפורש ומראש

6. התובעת טענה בבקשת האישור שבמעמד ההזמנה באתר 'אונטופו', היא לא התבקשה לאשר, ולא אישרה, קבלת דברי פרסומת והדברים נכונים לגבי אתר 'אונטופו', ונכונים ביתר שאת לגבי הנתבעת. להשלמת התמונה העירה, כי במעמד ההזמנה היא אמנם התבקשה לסמן 'וי' לצד השורה "קראתי ואני מסכים לתנאי השימוש" וכי בתנאי השימוש צוין כי "כל המידע האישי שתספק ל Ontopo בעת שתיצור או תעדכן את חשבונם או תשתמש באתר, לרבות פרטי ההתחברות, יוחזק וייעשה בו שימוש בהתאם לתנאים אלה ומדיניות הפרטיות שלנו" ובמדיניות הפרטיות של 'אונטופו', נכתב מפורשות ע"י 'אונטופו' כי "לא נשתף את המידע האישי אודותיך עם צדדים שלישיים למטרות שיווק (לרבות מטרות שיווק ישיר) ללא רשותך". עוד טענה, שהיא מעולם לא אישרה ל'אונטופו' (או לכל גורם אחר), לשתף את המידע האישי שלה עם הנתבעת למטרות שיווק ואילו הייתה נדרשת לעשות כן, הייתה מסרבת בתוקף. עוד טענה, שבתאריך 1.10.2021 היא סעדה עם בן זוגה במסעדה וגם במעמד זה, היא לא התבקשה לתת את הסכמתה לקבלת דברי פרסומת מהנתבעת ולמעשה, ולמיטב זיכרונה, היא כלל לא מסרה לנתבעת את כתובתה המקוונת במעמד זה (או בכלל). עוד טענה, שהנתבעת שיגרה אליה בתאריך 18.10.21, דבר פרסומת ובנסיבות אלו, קבלת ההודעה הטרידה אותה, וגרמה לה לרגשות שליליים, טרדה, ועוגמת נפש רבה. היא ציינה כי מעבר לעובדה שהסכמה לתנאי שימוש אינה יכולה להוות הסכמה מפורשת, בהתאם לפסיקה, הרי שממילא ההסכמה שניתנה, ככל שניתנה, היא ל'אונטופו' בלבד, ובוודאי שלא לנתבעת.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 29602-05-22 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

7. הנתבעת טענה בתשובתה לבקשת האישור שאלמלא התובעת הזינה את כתובתה המקוונת, ואלמלא היא אישרה אקטיבית שהיא קראה ומסכימה לתנאי השימוש שהוצגו לה, היא לא הייתה יכולה להשלים הזמנת שולחן במסעדת אנימאר וכי השארת פרטי כתובתה המקוונת ואישור אקטיבי הם תנאי בלעדיי אין להתקשרות עמה ולהזמנת השולחן. עוד טענה, שלתנאי שימוש אלה חשיבות רבה לענייננו, שכן שם מופיעה הסכמה מפורשת של התובעת לקבלת דבר פרסומת כהגדרתו בדין. עוד טענה, שרשימת הלקוחות התקבלה מאונטופו, ואלה לקוחות אשר נרשמו, השאירו כתובת מקוונת, והסכימו לקבלת דבר פרסומת בזמן שהזמינו שולחן במסעדת אנימאר. עוד טענה, שהפסיקה קבעה במפורש, שאישור אקטיבי לתנאי שימוש שבהם מופיעה הסכמה לקבל דבר פרסומת, מקיימת את דרישות ההסכמה המפורשת בכתב כנדרש בסעיף 30א(ב) לחוק התקשורת, הוא הדין כאן. עוד טענה, שהנתבעת אישרה באופן אקטיבי, באמצעות סימון וי ולחיצה על "**המשך**", שהיא קראה והסכימה לתנאי השימוש, שקישור אליהם הופיע (ועודנו מופיע) באופן ברור בצמוד לכפתור "**המשך**" וכי בתנאי שימוש אלה מופיעה הסכמה ברורה ומפורשת לקבלת דבר פרסומת באופן מקוון וגם הסכמה ברורה ומפורשת לקבל "**פרטים ולבנטיים כפי שהמסעדה תראה לנכון**". עוד טענה שבתנאי השימוש, שאותם התובעת קראה ואישרה, כתוב לא רק שהיא מסכימה לכך שכתובתה המקוונת תשמש למשלוח "**דבר פרסומת**", אלא כתוב גם שתנאי השימוש מהווים הסכם מחייב משפטי גם בין הנתבעת ובין משתמשים אחרים באונטופו. כלומר, טענה, נאמר במפורש שתנאי השימוש הם הסכם מחייב גם בין התובעת ובינה שהיא משתמשת באתר. עוד טענה, שהנתבעת ידעה (או לכל הפחות היה עליה לדעת) שפרטי הקשר שהיא משאירה באונטופו, לרבות כתובתה המקוונת והטלפון, יגיעו למסעדה וישמשו אותה, לרבות למשלוח דבר פרסומת. עוד טענה, שעוד בטרם הגשת הבקשה לאישור, ולנוכח טרוניותיה של התובעת והגם שאינה זכאית לכך על פי דין, הוחלט להעניק לה לפנים משורת הדין וכדי לחסוך את הטרחה שבהתנהלות מולה, פיצוי של רצון טוב באמצעות שובר למסעדה בשווי 500 ₪ וכשסירבה, הוצע לה תשלום כספי בסך 1,000 ₪, שהוא הפיצוי המרבי ללא הוכחת נזק הקבוע בדין לפי סעיף 30א לחוק התקשורת, אך היא דחתה את כל ההצעות הללו. עוד טענה, שבא כוחה פנה לבא כח התובעת, והגם שהיא סבורה שלא נפל פגם במעשיה, הרי שלנוכח עלויות ההליך הייצוגי והטרחה הרבה הכרוכה בכך, ומאחר שמדובר בהודעה אחת לא פוגענית שנשלחה ללקוחות שנרשמו ואישרו מראש, היא תהיה מוכנה, לפנים משורת הדין, להטיב עם כל אחד מלקוחותיה הנ"ל בגין ההודעה הבודדת שנשלחה והטעם לכך הוא, שערך המטרד של ניהול ההליך אינו מצדיק את ניהולו, ולכן היא הציעה להיטיב עם לקוחותיה הנ"ל בשקלים בודדים בגין ההודעה המקוונת, כפי המקובל בהליכים מעין אלה.

8. התובעת דחתה בתגובה לתשובת הנתבעת את הסתמכותה על הסכמתה לתנאי השימוש של 'אונטופו' לעניין מתן הסכמתה המפורשת לקבל פרסומת מהנתבעת. עוד טענה, שגם סעיף





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 22-05-29602 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

12 לתנאי השימוש עליו מסתמכת הנתבעת אינו מלמד על קיומה של הסכמה לשיגור דברי פרסומת על ידי הנתבעת, להבדיל מ'אונטופו' וכי מצוין בסעיף כי **"כתובת המייל ומספר הטלפון שתמסור לנו, ישמשו בין היתר כדי להציע לך שירותים שונים מעת לעת ו/או הצעות שיווקיות שונות ו/או "דבר פרסומת" על פי תיקון 40 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, אלא אם תודיע Ontopo על אי רצונך לקבל שירותי דיוור ישיר"**. עוד טענה, שעצם העובדה ש'אונטופו' עושה שימוש במילים **"לנו"** ומבקשת להודיע על סירוב ל**"ONTOPO"** מלמד על כך שההסכמה (שממילא אין לה תוקף משפטי) היא ל**"אונטופו"**, ולה בלבד. התובעת הפנתה לסעיף 1 לתנאי השימוש, שם 'אונטופו' הוגדרה **"Ontopo"**, **"אנחנו"** או **"אנו"** – ללמד כי ההסכמה (הנטענת) מתייחסת לאונטופו בלבד. עוד טענה, ש**"הסכמה מפורשת"** כדרישת המחוקק, היא הסכמה שניתנה באופן מודע ורצוני, ובצורה אקטיבית. אין ספק, טענה, כי הסכמה חבויה במסגרת תקנון או תנאי שימוש ארוכים וסבוכים, אינה יכולה להיחשב כ**"הסכמה מפורשת"**.

9. ברע"א 4704/20 בן-עמי נ' Facebook Ireland LTD, (נבו 9.2.2021) נקבע (בפס' 13)

כי:

"הטוען להפרת סעיף 30א(ב) לחוק, הוא אשר נושא בנטל להוכיח את תביעתו; עליו נטל השכנוע, עליו חובת הראיה (ע"א 78/04 המגן חברה לביטוח בע"מ נ' שלום גרשון הובלות בע"מ, פ"ד סא(3) 18, 36 (2006) (להלן: עניין המגן)). אולם, בהצהרת הנמען כי למיטב ידיעתו לא נתן הסכמה למשלוח דברי הפרסומת, עוברת חובת הראיה אל כתפי המפרסם-הנתבע. זהו המצב ברובם המוחלט של המקרים בתביעות לפי סעיף 30א לחוק התקשורת, ומכאן שהלכה למעשה, כדרך קבע, מוטלת חובת הראיה בכגון דא על המפרסם (רע"א 1231/17 רז נ' אימפרשן מדיה בע"מ, [פורסם בנבו] פסקה ח' (20.4.2017)). כך, אם אין בידי המפרסם ראיה להסכמה ראשונית, ובהתקיים יתר התנאים המצוינים בחוק התקשורת, ככלל תתקבל תביעת הנמען (ע"א 2144/13 עזבון המנוח עמית עמוס מנטין ז"ל נ' הרשות הפלסטינאית, [פורסם בנבו] פסקה 71 (6.12.2017); ע"א 73/86 שטרנברג נ' עיריית בני-ברק פ"ד מג(3) 343, 347-348 (1989))."

10. ביהמ"ש קובע כי לא עלה בידי הנתבעת להציג הסכמה מפורשת מראש של התובעת, או חברים בקבוצה, לקבלת הודעות פרסומיות ממנה. כמפורט בטענות הנתבעת בעניין זה, היא שמה יתבה בעניין הוכחת הסכמת התובעת וחברי הקבוצה באופן מפורש למשלוח ההודעות על תקנון אונטופו הכולל בסעיף 12, הסכמה לקבלת הודעות פרסומיות. ביהמ"ש דוחה טענת הנתבעת לפיה הסכמה לתנאי השימוש של אונטופו הכוללים בסעיף 12 לתקנון, הסכמה לקבלת דואר פרסומי, מהווה הסכמה מפורשת מראש לקבלת פרסומת מהנתבעת. כמו כן, במסמך מדיניות הפרטיות אליו מפנה 'אונטופו' בתנאי השימוש כחלק בלתי נפרד מתנאי השימוש, אונטופו כתבה מפורשות **"לא נשתף את המידע האישי אודותיך עם צדדים שלישיים למטרות שיווק (לרבות מטרות שיווק ישיר) ללא רשותך"** ומכאן



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 29602-05-22 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

שהתובעת קיבלה התחייבות ברורה ומפורשת מאונטופו כי פרטיה לא ישותפו עם צדדים שלישיים (לרבות הנתבעת) למטרות שיווק. אם היה ספק בעניין עמדת אונטופו בעניין זה, ספק זה הוסר כאשר מר דן גליקמן, מנכ"ל אונטופו, העיד שהמידע שמקבלת אונטופו מהנרשמים באתר שלה הוא סטטיסטי, לא שיווקי והמידע לא משמש לפרסומות, אלא אם כן לקוח אישר למסעדה שהוא מעוניין להיות חבר מועדון או ברשימת דיוור שלה.

11. כפי שיפורט בהמשך, יתכן וניתן להסתמך על חוזה שירות, או תקנון, לעניין תחולת החריג לחובת מפרסם להצביע על הסכמה מפורשת מראש של נמען לקבל פרסומת, אך אין בהם כדי להוות הסכמה מפורשת לקבלת פרסומת ובמיוחד לנוכח נסיבות הליך זה, בו הנתבעת מסתמכת על הסכמה לתנאי שימוש באתר של גורם אחר, וכאשר גם אם ביהמ"ש יקבל הטענה של הנתבעת שהיא רשאית להסתמך על הסכמה לתנאי שימוש של גורם אחר, והוא לא מקבל הטענה, עדיין, גם הנוסח של אותו מסמך שפרסם אותו גורם אחר, שולל במפורש שליחת פרסומת ללא רשות המשתמש. כמו כן, הסתמכות על הסכמה החבויה כביכול במעמקי תנאי שימוש של גורם אחר, ואף של הנתבעת, ככל שהתובעת הייתה מזמינה ישירות מקום במסעדה מהנתבעת, אינה מהווה הסכמה מפורשת לקבל פרסומת. בעניין זה, ביהמ"ש מקבל עמדת התובעת בסיכומיה לפיה לא לחינם המחוקק בחר בסעיף 30א לחוק התקשורת לדרוש הסכמה "מפורשת" ולא הסכמה סתם כפי המקרה בדברי חקיקה אחרים הדורשים הסכמה בלבד (ראו לדוגמא סעיף 5 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962). מכאן שטענת הנתבעת מסעיף 1 לסיכומיה כי מי שביצע הזמנה באתר אונטופו סבר שהוא נמצא באתר שלה, אינה מעלה ואינה מורידה.

12. הנתבעת טענה בכתב ההגנה המתוקן כי קיבלה הסכמה מפורשת מלקוחות שפנו אליה דרך הרשת החברתית פייסבוק או ישירות. אולם, מעבר לעובדה שטענה זו לא נטענה מלכתחילה בתשובה לבקשת האישור, לא הוצגה ולו ראיה אחת בכתב לטענה כבושה זו, וגם לא העיד ולו עד אחד מלקוחות הנתבעת בעניין זה. ביהמ"ש ער לכך שאייל טען שהכין התשובה לבקשת האישור על יסוד ההודעה שנשלחה לנתבעת, אך החלוקה כביכול בין אותה הודעה שנשלחה לנתבעת לגרסת אייל על פי הרשימה של וויקס ובין הודעות רבות נוספות ששלחה הנתבעת כביכול גם, או רק, על פי רשימות "עצמאיות", לא הוכחה ונותרה כטענה בעלמא. כמו כן, גם אם היו חברים בקבוצה שפנו ישירות אל הנתבעת, לא הוכח שבפניות אלה, שלא הוגשו בהליך זה, הפונים נתנו הסכמתם לקבלת דואר פרסומי מהנתבעת. לכן, ביהמ"ש דוחה הטענה הכבושה שעלתה בכתב ההגנה המתוקן.

13. אשר על כן, ביהמ"ש קובע שהנתבעת שלחה אל התובעת ואל הקבוצה, וכפי שיתברר בהמשך, היא שלחה לקבוצה הודעות רבות נוספות מעבר להודעה היחידה כגרסת הנתבעת בתשובה לבקשת האישור, ללא קבלת הסכמתם המפורשת מראש של חברי הקבוצה.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 29602-05-22 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

תוכן ההודעה המקוונת ששלחה הנתבעת עונה להגדרה פרסומת

14. לצד הטענה שהתובעת נתנה הסכמתה המפורשת לקבלת פרסומת, הנתבעת טענה שלקראת בוא החורף בשנת 2021, על רקע מגבלות ושאלות מצד לקוחות לגבי פעילות המסעדה דאז, אייל, מנהלה, החליט לשלוח ללקוחות עדכון על פעילותה ובתאריך 18.10.21 נשלחה בתום לב ל- 2,876 לקוחות, שביקרו במסעדה פעם בודדה מאז פתיחתה המחודשת בחודש מאי 2021, לאחר סגרי הקורונה, הודעה מקוונת. עוד טענה, שבהודעה יש עדכון על פעילות המסעדה, על היערכותה לחורף ועל תפריט החורף החדש וכי הודעה מקוונת זו היא ההודעה נשוא ההליך. ביהמ"ש קובע שתוכן ההודעה כפי שהנתבעת עצמה מתארת אותו עונה להגדרת "פרסומת" בסעיף 30 א. (א)(1) לחוק התקשורת "מסר המופץ באופן מסחרי, שמטרתו לעודד רכישת מוצר או שירות או לעודד הוצאת כספים בדרך אחרת"; זאת, מכיוון שמתוכן העדכון עולה שמטרתו לעודד רכישת שירותי המסעדה ולנוכח המגמה להרחיב בהגדרת המונח פרסומת כעולה מתיקוני חוק התקשורת מס' 63 ו-72 (ראו לעניין זה סעיף 9 בפסק הדין בע"א 534/17 עו"ד רונן לפיד נ' סלקום ישראל בע"מ (פורסם בנבו)) (להלן: "עניין לפיד"). ממילא דיון זה מיותר שכן הנתבעת עצמה אישרה החל מסעיף 96 לתשובתה לבקשת האישור כי ברור היה לקוראי ההודעה שמדובר בפרסומת ולכן ביהמ"ש קובע שההודעה שהנתבעת שלחה לתובעת הינה פרסומת.

לא חל החריג בדבר משלוח דבר פרסומת על ידי עוסק לנמען הנמנה על רשימת לקוחותיו

15. הנתבעת טענה בתשובה לבקשת האישור, לחלופין, שגם אם נניח שלא הייתה הסכמה בגדרי סעיף 30א(ב) לחוק התקשורת, מתקיימות כאן הוראות סעיף 30א(ג) לחוק התקשורת, דהיינו, מסירה רצונית של פרטי הנמען במסגרת העסקה והודעה לנמען שפרטי ההתקשרות ישמשו לצורך משלוח דבר פרסומת ודבר הפרסומת הוא למוצר/לשירות מסוג דומה לאלה שלגביהם הייתה התקשרות ראשונית. התובעת טענה כבר בבקשת האישור שתנאים נדרשים לצורך תחולת החריג אינם מתקיימים כפי שיפורט בהמשך.

16. ביהמ"ש העליון קבע בעניין לפיד כי בצד הכלל המחייב קבלת הסכמה מראש של הנמען למשלוח דבר פרסומת, קבע המחוקק מספר חריגים, במסגרתם ניתן היתר למשלוח דבר פרסומת ללא קבלת הסכמה מראש, וזאת בהתקיים תנאים שהגדיר המחוקק (סעיף 30א(ג) לחוק התקשורת). לענייננו, ובדומה לעניין לפיד, הנתבעת טוענת לתחולת החריג בדבר משלוח דבר פרסומת על ידי עוסק לנמען הנמנה על רשימת לקוחותיו. על מנת להיכנס לגדר החריג, על הנתבעת היה לעמוד בארבעה תנאים כלהלן:

- תנאי 1 – דבר הפרסומת נשלח ללקוחות אשר מסרו מרצונם את פרטיהם לעסק המפרסם, וזאת במסגרת התקשרות או משא ומתן להתקשרות עם אותו עסק (בלשון המחוקק: "הנמען מסר את פרטיו למפרסם במהלך רכישה של מוצר או שירות, או במהלך משא



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 22-05-29602 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

ומתן לרכישה כאמור"). בעניין לפיד נקבע ש"תכליתו של תנאי זה היא להבטיח כי רשימת התפוצה אליה נשלחים דברי הפרסום מבוססת על לקוחות ממשיים של העסק, בין אם בכוח (ניהלו משא ומתן) ובין אם בפועל (התקשרו עם העסק), אשר פרטיהם נמסרו לעסק על ידם ומרצונם (להלן תכונה דרישה זו: "תנאי המסירה הרצונית במסגרת עסקה"). בשונה מעניין לפיד, שם לא הייתה מחלוקת לפיה המערערים מסרו פרטיהם למשיבה שם, לענייננו, וכפי שטענה התובעת כבר בסעיף 62 לבקשת האישור, היא וככל הנראה נמענים נוספים, מסרו כתובתם המקוונת לאונטופו, ולא לנתבעת. מכאן שהנתבעת אינה עומדת בתנאי הראשון. כאמור לעיל, ביהמ"ש דחה טענת הנתבעת לפיה שלחה הודעות למי שנרשמו כביכול ישירות אצלה.

- תנאי 2 – ללקוח נמסרה הודעה כי בכוונת העוסק לכלול אותו ברשימת התפוצה שלו (בלשון המחוקק: "המפרסם הודיע לו כי הפרטים שמסר ישמשו לצורך משלוח דבר פרסומת מטעמו, באחת הדרכים האמורות בסעיף קטן (ב)"). בעניין לפיד נקבע ש"תכליתו של תנאי זה היא להבטיח את מודעות הלקוח לכך ששמו כלול ברשימת התפוצה של העסק (להלן תכונה דרישה זו: "תנאי ההודעה"). ביהמ"ש העליון קיבל עמדת המשיבה בערעור בעניין לפיד לפיה ההודעה יכולה להימסר גם בעיתוי מאוחר יותר ממועד ההתקשרות, ובלבד שתימסר קודם למשלוח דברי הפרסום. לענייננו, ספק אם הכללת סעיף 12 הנזכר לעיל, בתנאי השימוש של אונטופו, מהווה הודעה של אונטופו כי הפרטים שמסר הפונה לאונטופו ישמשו לצורך משלוח הודעת פרסומת ע"י הנתבעת. זאת, משום שבעניין לפיד, ביהמ"ש העליון מאמץ קביעת ביהמ"ש המחוזי שציין כי המשיבה בבקשת האישור שהובאה לפניו, הודיעה לרוכשי שירותיה באופן מודגש כי תהיה רשאית לשלוח אליהם דברי פרסומת.

כמו כן, בת"צ 23-12-66117 שנפ ואח' נ' רוזטל מערכות ידע בע"מ, ביהמ"ש קבע שיש להבחין בין עניין לפיד ות"צ 22-02-1380 שמילוביץ ואח' נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ "שעוסקים בחוזה ארוך טווח בין עוסק כגון בנק או ספק שירותי טלפון, שהלקוח שלהם מתקשר עמם למשך תקופה ארוכה ויש חשיבות לתקשורת בין העוסק ללקוח לצורך העברת הודעות ועדכונים, ובין המשיבה. המשיבה דומה לעוסקים שמוכרים ושירותים ללקוחות מזדמנים מעת לעת, שמנסים לשדל הקונה להצטרף למועדון לקוחות, על מנת להכשיר שליחת הודעות פרסומיות". לענייננו, גם אם התובעת עשתה שימוש באתר אונטופו לצורך הזמנת מקום באופן חד פעמי, ספק אם די בתקנון הכולל הודעה על שליחת הודעות פרסומיות, כפי שנפסק בעניין שמילוביץ על יסוד הנסיבות באותה מחלוקת.

אולם, ברור שגם אם ניתן יהיה לראות בסעיף 12 בתקנון אונטופו, הודעה "מודגשת" כאמור לעיל, מי שמסר ההודעה לתובעת היא אונטופו, ולא הנתבעת. התובעת טענה זאת כבר בסעיף 58 לבקשת האישור. הנתבעת טענה בתשובה לבקשת האישור שיש לראות בה כמי שפעלה מטעם אותה הודעה שנתנה אונטופו, אך ביהמ"ש קובע שגם אם היה רואה





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 29602-05-22 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

בתקנון אונטופו הודעה, כנדרש, היה על התקנון לכלול הוראה מפורשת לפיה גם מפרסמים נוספים יהיו רשאים לשלוח פרסומות מכח תקנון אונטופו. אולם, אין הוראה מפורשת בעניין זה בתנאי השימוש של אונטופו. להפך, במסמך הפרטיות של אונטופו, היא התחייבה לא להתיר פגיעה בפרטיות משתמשי האתר שלה, ללא הסכמתם. לעניין זה ראו הקביעה בעניין לפיד לפיה **"יש להבטיח כי לא יהיה בכך פתח להעברה של רשימות לקוחות בין עוסקים, או להתבססות על רשימות שיווק הכוללות נמענים שאינם מעוניינים, ולא גילו כל עניין, להיות לקוחותיו של העסק המפרסם."** כמו כן, ראו הקביעה בעניין לפיד בהתייחס לתנאי הדמיון לפיה **"עוסק אינו רשאי להשתמש מכוח החריג בו עסקינן ברשימת לקוחות של עוסק אחר, וזאת אף אם קיימת זיקה בין שני העוסקים. על כן גם כאשר עסקינן בקבוצת חברות קשורות, אין חברה אחת רשאית להעביר לחברה אחרת את רשימת לקוחותיה לצורכי משלוח פרסומות. כך למשל, למרות שחברת סלקום וחברת שופרסל מוחזקים על ידי אותו בעל שליטה, פשיטא כי החריג בו עסקינן אינו מאפשר לשופרסל לשלוח דברי פרסום לרשימת הלקוחות של סלקום, ולהיפך."** לנוכח כל האמור לעיל, ביהמ"ש קובע שהנתבעת אינה עומדת גם בתנאי זה.

- תנאי 3 – ללקוח ניתנה הזדמנות, שלא נוצלה, לסרב להיכלל ברשימת התפוצה של העוסק (בלשון המחוקק: **"המפרסם נתן לנמען הזדמנות להודיע לו כי הוא מסרב לקבל דברי פרסומת כאמור, דרך כלל או מסוג מסוים, והנמען לא עשה כן"**). ביהמ"ש העליון מאמץ בעניין לפיד קביעת ביהמ"ש המחוזי לפיה המשיבה בעניין לפיד נתנה הזדמנות לרוכשי השירות להודיע כי הם מסרבים לקבל דבר פרסומת. ביהמ"ש המחוזי ביסס ממצא זה על הודעת המשיבה שם לרוכשי השירות **"אם הלקוח אינו מעוניין לקבל דבר פרסומת באמצעות SMS, מייל, פקס והודעת חיוג אוטומטית הוא מוזמן לפנות לשירות הלקוחות של סלקום בכל עת ולהודיע על סירובו לקבל מסרים אלו"**. לענייננו, תקנון אונטופו כולל הוראה דומה, אך כפי שהתובעת טענה כבר בסעיף 58 לבקשת האישור, הוראה זו מתייחסת להודעות פרסומיות מאונטופו ולא מהנתבעת. לכן, ביהמ"ש קובע שהנתבעת אינה עומדת גם בתנאי זה.

- תנאי 4 – דבר הפרסום אשר נשלח מתייחס למוצר או שירות דומה לזה שלגביו נמסרו פרטי הלקוח (בלשון המחוקק: **"דבר הפרסומת מתייחס למוצר או לשירות מסוג דומה למוצר או לשירות האמורים בפסקה (1)"**). בעניין לפיד נקבע ש**"תכליתו של תנאי זה היא להגביל את אפשרות השימוש ברשימת התפוצה לשיווק אותם מוצרים או שירותים שיש להניח כי הלקוח מעוניין לקבל מהעסק דבר פרסומת לגביהם (להלן תכונה דרישה זו: "תנאי הדמיון")"**. לענייננו, מכיוון שהתובעת מסרה פרטיה לאונטופו לצורך קבלת שירות ביצוע הזמנות למקום במסעדות ולא לנתבעת, ממילא, הנתבעת לא עמדה גם בתנאי זה.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 29602-05-22 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

17. לנוכח האמור לעיל, ביהמ"ש קובע שהחריג לקבלת הסכמה מפורשת מראש לקבלת הודעה פרסומית, אינו חל בענייננו.

הנתבעת הפרה הוראות חוק התקשורת כאשר לא עמדה בהוראות צורניות

18. התובעת טענה בבקשת האישור שבנוסף לשליחת פרסומת אליה ללא הסכמתה המפורשת, עומדות לקבוצה עילות נוספות בגין הוגשה בקשת האישור עקב אי ציון המילה פרסומת; אי ציון שם, כתובת ודרכי יצירת קשר; ואי ציון זכותם של הנמענים לשלוח הודעת סירוב.

19. הנתבעת טענה החל מסעיף 96 לתשובתה לבקשת האישור שנקבע בפסיקה שהתנהלות בחוסר תום לב של התובע הייצוגי משליכה גם על אי עמידה על דרישות צורניות וכי מדובר בתקלה נקודתית שלה שארעה בתום לב וכי היא לא הטעתה את מקבלי ההודעה שכן מתוכן ההודעה עלה שמדובר בפרסומת וכן פרטי המסעדה הופיעו בכתובת המקוונת של המסעדה "ובגוף ההודעה כולל קישור לאתר המסעדה וכן קישור ייעודי להסרה מרשימת התפוצה".

20. התובעת טענה בתגובה לתשובת הנתבעת שמקריאת התשובה עולה שלא עומדת לנתבעת כל הגנה מפני הטענות הצורניות.

21. ביהמ"ש קובע שאין בתשובת הנתבעת מענה בעניין זה. הטענה לתקלה נקודתית לא הוכחה ועומדת בסתירה לטענה שהנתבעת עמדה כביכול בדרישות הצורניות וכן לעובדה לפיה הנתבעת שלחה 49 הודעות שונות מעת לעת ולא "הודעה יחידה" כביכול, כנטען בתשובה לבקשת האישור. לעניין הפגמים, אין בהודעה אזכור של המילה "פרסומת". כמו כן, אין ציון שם הנתבעת, אלא שם מסעדה, ואין כתובת ודרכי יצירת קשר, ואין בעובדה שהדואר נשלח מכתובת הנתבעת כדי לסייע בעניין זה; לגבי אי ציון זכותם של הנמענים לשלוח הודעת סירוב, בסיפא של ההודעה נכתב באנגלית ש"אם אתה מרגיש שקיבלת הודעה זו בטעות או מעוניין להפסיק המנוי עליך להקליק כאן". זאת, לאחר שקודם לכן צוין באנגלית ש"קיבלת הודעה זו מכיוון שאתה מנוי באתר זה". התובעת לא הייתה מנויה באתר הנתבעת ולא היה מקום לציין את האפשרות למתן הודעת סירוב באנגלית ובנוסף מטעה לפיה ההודעה על זכות הסירוב מתייחסת למי שקיבל ההודעה בטעות או מעוניין להפסיק המנוי. לכן, ביהמ"ש קובע שהנתבעת לא עמדה בדרישות הצורניות.

עילות נוספות

22. התובעת טענה בבקשת האישור לפגיעה בפרטיותה מכח חוק הגנת הפרטיות התשמ"א 1981 (להלן: "חוק הגנת הפרטיות"), בהתרחשות מכח פקודת הנזיקין (נח), ובעשיית עושר שלא במשפט מכח חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט - 1979 (להלן: "חוק עשיית עושר"). הנתבעת טענה בתשובה לבקשת האישור שאין לתובעת עילה לפי חוק הגנת



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 29602-05-22 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

הפרטיות שכן הודעה מקוונת בודדה המציגה תפריט חורף של מסעדה שבה התובעת סעדה וכיוב', מידע קולינארי או דומה לו, אינה עולה לכדי בילוש או התחקות או הטרדה לעניין חוק הגנת הפרטיות ולא מדובר בהודעה פוגענית. עוד טענה, שאין לתובעת עילה מכוח עולת הרשלנות, שכן היא לא הראתה מדוע ולמה יש לה חובת זהירות מושגית או קונקרטיית כלפיה, כיצד חובה זו הופרה, היכן הייתה כאן התרשלנות, ומדוע זו עולה לכדי רשלנות נזיקית וכך, גם אין לה עילה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.

23. מרגע שביהמ"ש קבע שהנתבעת הפרה הוראות חוק התקשורת, אין צורך להרחיב בתחולת הוראות חוק נוספות, במיוחד כאשר לעניין חוק הגנת הפרטיות ופקודת הנזיקין מדובר בהודעה אחת בלבד שקיבלה התובעת וממילא הפסיקה, כפי שיפורט בהמשך, מביאה בחשבון חפיפה של הפיצוי ביחס לעילות השונות. אולם, לעניין עשיית עושר ולא במשפט יוער שאמנם לא הוכח מהו שווי הזכייה של הנתבעת שלא כדין עקב משלוח ההודעה שלא כדין, אך משלוח ההודעה נתן לנתבעת יתרון שלא כדין ביחס למסעדות אחרות שכיבדו את הדין. לכן, יש להביא לעניין קביעת הפיצוי והרתעת מפרי החוק, את העובדה שמפרי החוק זוכים ליתרון שלא כדין ביחס למתחרים שומרי חוק. לכל אלה יש להוסיף שאמנם התובעת קיבלה הודעה אחת בלבד, אך כפי שצוין קודם לכן התברר שהנתבעת שלחה לקבוצה 49 הודעות שונות מעת לעת.

האם נגרם נזק לתובעת ולחברי הקבוצה? ואם כן, מהו סכום הפיצוי לחבר בקבוצה?

24. התובעת טענה בבקשת האישור שנגרם לה, וליתר חברי הקבוצה, נזק, בין היתר, שאינו ממוני גרידא וכי משלוח ההודעה גרם לה לתחושות שליליות, רגשות כעס, פגיעה באוטונומיה, עוגמת נפש, זלזול ואובדן אמון כלפי הנתבעת. זאת ועוד, טענה, קבלת ההודעה גרמה לה לבזבוז זמן, טרחה וטרדה רבה. עוד טענה, שבסופו של דבר, נגרם לה נזק לא ממוני כתוצאה ממעשי ומחדלי הנתבעת, ומהפרותיה את הוראות החוק כמפורט לעיל. היא העריכה נזק זה, לדבריה, בהערכה סבירה וזהירה, בסכום של 100 ₪ לכל הודעה מפרה.

25. הנתבעת טענה בתשובה לבקשת האישור שלנתבעת לא נגרם נזק- לא ממוני ולא אחר וכי הודעה אחת שלה שמספרת על תפריט חורף ויינות של מסעדה בתל אביב, שבה התובעת סעדה עם בן זוגה ונהנתה, לא באמת גורמת לה את "הנזק" הפומפוזי שהיא מתארת.

26. התובעת טענה בסעיף 51 לסיכומיה שיש לפסוק פיצוי בסך של 100 ₪ תוך הפניה לת"צ

(מחוזי חי') 44664-03-15 זילברג נ' Mega Advanced Mathematical System

Ltd (נבו 19.1.2023) (להלן: "עניין זילברג").



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 29602-05-22 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

27. הנתבעת טענה מסעיף 7 לסיכומיה כי התובעת אינה תמת לב שכן היא תובעת סדרתית ולא נגרם לה נזק שכן היא צדה הודעות פסולות ולכן לא נגרם לה נזק, אלא שמחה צרופה. ביהמ"ש קובע שטענה זו הייתה אמורה להתברר בטרם ביהמ"ש קיבל בקשת האישור, אך הנתבעת הסכימה שהבקשה תאושר. מכיוון שהנתבעת הייתה ערה לקושי זה, היא ביקשה בסיכומיה לבטל בדיעבד את אישורה של התובעת כתובעת ייצוגית. ביהמ"ש לא מצא שיש לכך הצדקה שכן לכאורה מדובר בבקשה לשנות החלטה חלוטה ללא הצבעה על נתון שלא היה ברשות הנתבעת לבדוק או לברר בטרם נתנה הסכמתה לאישור הבקשה.

28. גם לגופה אין בבקשה ממש שכן לפי הפסיקה הגשת תביעות מרובות אינה בהכרח חוסר תום לב. ברע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276 (2001) (להלן: "עניין רייכרט") נקבע כי שיקולים תועלתניים וכספיים, שהניעו את התובע הייצוגי להגיש את תביעתו אין בהם כדי לשלול את תום לבו ולהכשיל את אישורה של התובעת כייצוגית. וכך נפסק בהקשר זה שם:

"עצם העובדה שהתובע יפיק רווח לעצמו כתוצאה מהיותו התובע המייצג אין בה – כשלעצמה – לשלול את תום-לבו. לעניין זה מקובלים עליי דבריה של השופטת קמא, כי: 'אילו רצה המחוקק לאפשר את התביעה רק לתובעים המבקשים לייצג את הקבוצה משיקולים אלטרואיסטיים לא היה קובע תמריץ כלכלי... משנקבע בחוק כי בית המשפט רשאי לפסוק תגמול מיוחד לתובע ייצוגי, אין מקום לטעון לחוסר תום ליבו רק משום שנענה לקריאת המחוקק'" (עמ' 296).

29. גם בעת חקירת התובעת בפעם השנייה (היא נחקרה לראשונה עובר לאישור התובענה כייצוגית), לא עלה כי היא לוקה בחוסר תום לב כגון, ציד הודעות ע"י הטמנת מכמורות לדברי דואר באמצעות שימוש בכתובות רבות או שונות, או במתן מצג שווא, בהליך זה, או בהליך אחר כגון בהליכים הנזכרים מסעיף 7 לסיכומיה של הנתבעת. זאת, במיוחד, כאשר במי מההליכים הנזכרים בסיכומי הנתבעת בהם התובעת פעלה כביכול עם אחרים בדרכי מרמה (כגון מסעיף 19 לסיכומיה), אין החלטה המאשרת טענת הנתבעת בעניין זה ביחס לתובעת. להפך, לפי סיכומי הנתבעת, בתי משפט נתנו תוקף של פסק דין להסדר פשרה בהליכים בהם התובעת הייתה מבקשת או תובעת. מסיכומי הנתבעת עולה שהיא מצפה שביהמ"ש יקבע בהליך זה שהחלטות ופסקי דין של מותבים אחרים, לרבות מותב זה בהליך אחר, מבוססים על מרמה, זאת בין היתר בהתבסס, על העובדה שהתובעת אישרה בחקירתה כי היא מכירה תובעים אחרים בהליכים אחרים וכי הם חברים שלה. ביהמ"ש קובע שאין לקבל ציפייה זו. עוד טענה הנתבעת שהתובעת שונה מהקבוצה (סעיף 27 לסיכומיה). הנתבעת לא הסבירה קביעה זו, אך ככל שהיא מתבססת על הטענה בסעיף 26 לסיכומיה שהתובעת פועלת באופן אקטיבי כדי לקבל הודעות פרסומת, היא לא הוכיחה טענה זו. בהליך זה, התובעת הזמינה מקום במסעדה בבעלות הנתבעת ואף סעדה בה לאחר





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 29602-05-22 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

מכן ולא הונחה תשתית ראייתית לפיה התובעת פעלה בהליך זה באופן אקטיבי על מנת לקבל הודעת פרסומת מהנתבעת.

30. לעניין דוגמאות להתנהלות פסולה שעלולה להביא לקביעה שהמבקש אינו ראוי להיות תובע ייצוגי ולהחלטה בה ביהמ"ש קבע שהמבקש אינו ראוי להיות תובע ייצוגי, ראו בת"צ 6481-03-24 **רז המאושר נ' שרייבר שמעון בע"מ ואח'** (פורסם בנבו). ביהמ"ש לא ידון בטענה נוספת של הנתבעת מסעיף 15 לסיכומיה המכוונת דווקא אל ב"כ התובעת ביחס לאיגוד תובעים בהליכים אחרים שכן בהליך זה יש תובעת אחת. אולם, גם אם בהליך זה היו מספר תובעים, אין לכאורה פסול בכך שעורך דין מאגד מספר תובעים לכלל הליך אחד. הדברים יפים גם לגבי הטענה שעלתה לראשונה בסעיף 29 לסיכומי הנתבעת הנוגע לב"כ התובעת ולא לתובעת. גם הטענה שאת מכתבי הדרישה, לפני הגשת בקשת האישור, שלח בן זוגה של התובעת, ללא ציון עובדה זו בפנייה אל הנתבעת, אינה מצדיקה קביעה שהתובעת אינה ראויה להיות תובעת ייצוגית ולבטח לא בדיעבד.

31. לענייננו, התובעת חזרה בחקירותיה, הן הראשונה, לפני קבלת בקשת האישור והן בעת שמיעת הראיות, על האמור בסעיף 25 לבקשת האישור לפיו **"קבלת ההודעה הטרידה אותה"** ו**"גרמה לה לרגשות שליליים, טרדה, ועוגמת נפש רבה"** ולשיטת הנתבעת עצמה בסיכומיה, התובעת חזרה על עמדה זו בהליכים אחרים הנזכרים בסיכומי הנתבעת. אם תתקבל הצעת הנתבעת לפיה מי שנפגע מקבלת הודעה פסולה, זכאי להגיש רק פעם בקשה לאישור תובענה ייצוגית, יהיה בכך בבחינת גורם מצנן שיסייע למפירי החוק, ללא עיגון בחוק להסדר זה, כגון המגבלה החלה על מגיש תביעה קטנה. ביהמ"ש דוחה גם את טענת הנתבעת בסעיף 31 לסיכומיה כי התובעת לא הייתה **"חייבת"** לפתוח את הודעת הדואר שקיבלה. אשר על כן, ביהמ"ש קובע שהתובעת עמדה בדרישת סעיף 4(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות.

32. לעניין גובה הפיצוי, בתצ (ת"א) 37133-06-19 **נוי בן פורת נ' אליעזר הירשמן** (14.11.24) (פורסם בנבו) (להלן: **"עניין בן פורת"**), ביהמ"ש המחוזי הפנה לסעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות תשס"ו – 2006 (להלן: **"חוק תובענות ייצוגיות"**) שקובע כי **"בית המשפט לא יפסוק בתובענה ייצוגית פיצויים לדוגמה, וכן לא יפסוק פיצויים בלא הוכחת נזק, למעט בתביעה כמפורט בפרט 9 בתוספת השניה, ואולם אין באמור כדי למנוע פסיקת פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון"** וכי נזק בלתי ממוני **"אינו טעון הוכחה של ממש, ובית המשפט יכול להסיק מהנסיבות ולפסוק לפי שיקול דעתו"**. ביהמ"ש המחוזי הוסיף והפנה לסעיף 30א(ג) לחוק התקשורת, לפיו, אדם יכול לתבוע בגין משלוח דבר פרסומת בניגוד לחוק התקשורת, ללא הוכחת נזק, על הסך של 1,000 ₪ לכל דבר פרסומת בנפרד, אך הוסיף וקבע שנוכח הוראת סעיף 20(ה) לחוק התובענות הייצוגיות, בית המשפט אינו מוסמך לפסוק



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 29602-05-22 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

פיצויים ללא הוכחת נזק, למעט במקרים חריגים שחוק התקשורת לא נמנה עמם. ביהמ"ש המחוזי ציין כי הופנה ע"י התובעים לפסק הדין בעניין זילברג, שם לפי הטענה נפסק פיצוי בסך של 100 ₪ לכל הודעה פסולה מקוונת שנשלחה וסכום מופחת בגין שליחת מסרונים פסולה. ביהמ"ש המחוזי ציין כי על פסק הדין בעניין זילברג תלויים ועומדים ערעורים. ביהמ"ש המחוזי סקר את הנימוקים בעניין זילברג לאומדן הנזק והעמדתו על השיעור האמור בגין כל הודעה מפרה:

"אני מקבל את בקשת התובעים לפסוק פיצוי של 100 ₪ לכל הודעת דוא"ל שהתקבלה ללא הסכמה, כאומדן של הנזק הלא ממוני בשל פגיעה בפרטיות, הטרדה ואבדן זמן ומשאבים, בהתחשב במטרת התובענה הייצוגית לאכיפת הוראות החוק ולפיצוי הניזוקים, ומעמיד את הפיצוי להודעת SMS שהתקבלה ללא הסכמה בסך 50 ₪, בהנחה שהיא מטרידה וגוזלת משאבים פחות מהודעת דוא"ל. שקלתי האם קבלת מספר רב של הודעות מפחיתה את הפיצוי משום שהנמען מתרגל לקבל את ההודעות, או מגדילה את הפיצוי משום שהנמען מתעצבן יותר לקבל אותן הודעות שוב ושוב ובסופו של דבר הגעתי למסקנה שיש לנקוב פיצוי אחיד לכל הודעה, בין אם זו הראשונה או החמישית או העשירית."

33. ביהמ"ש המחוזי הוסיף וציין בעניין בן פורת שעיון בפסיקה הנוהגת מגלה כי רבים מפסקי הדין הניתנים בתחום זה של משלוח הודעות פרסומת בניגוד לחוק התקשורת, עניינם אישור הסדרי פשרה, ואולם שיעור הפיצוי או ההטבה המאושרים בגדרם משתנים ממקרה למקרה ועל פי נסיבות העניין וקבע שיש לזכור כי שעה שבית המשפט בוחן האם לאשר הסדר פשרה, עליו לשקול, בין היתר, את הפער בין הסעד המוצע בהסדר הפשרה ובין הסעד שחברי הקבוצה היו עשויים לקבל אילו היה בית המשפט מכריע בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה, וכן את הסיכונים והסיכויים שבהמשך ניהול התובענה הייצוגית אל מול חסרונותיו של הסדר הפשרה (ביהמ"ש המחוזי הפנה לסעיף 19(ג)(2) לחוק תובענות ייצוגיות). עוד קבע ביהמ"ש המחוזי בעניין בן פורת שהסדר פשרה המובא לאישור בית המשפט אינו מבטיח לחברי הקבוצה פיצוי בשיעור המרבי שהיה נפסק לטובתם אם התובענה הייצוגית הייתה מתקבלת במלואה. בעניין בן פורת לא הוגש כתב הגנה ולא הובאו ראיות וביהמ"ש המחוזי הזכיר כי מוטל הנטל על חברי הקבוצה להוכיח כי נגרם להם נזק, אך התובעים המייצגים לא הגישו כל חוות דעת מומחה, סקר או ראיה כלשהיא אשר יהא בה לתמוך ולבסס את טענתם לנזק בשיעור של 100 ש"ח עבור כל מסרון מפר שנשלח על ידי הנתבעים שם.

34. ביהמ"ש המחוזי קבע בעניין בן פורת שנוק בלתי ממוני נפסק לפי שיקול דעתו של בית המשפט, והדרך לפסוק את הפיצוי כאמור היא על דרך האומדנה, המבוססת על עוגנים מתאימים המצויים בחומר הראיות המונח לפני בית המשפט ומכלול נסיבות העניין. זאת, לצד היעזרות באמצעים נוספים ובהם ניסיון החיים, מבחנים של שכל ישר ומדיניות



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 29602-05-22 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

שיפוטית ראויה. ביהמ"ש המחוזי הפנה בעניין זה לקביעת כבוד השופטת חיות (כתוארה אז) בע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח ראבי, פס' 53 (נבו 4.12.2011): "האינטרסים שביסוד התובענה הייצוגית אותם סקרנו לעיל מוליכים אל המסקנה כי כאשר נפסק סעד לטובת הקבוצה או לטובת הציבור על פי סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, יש לשאוף לכך שהסך הכולל של החיוב יהא תואם לסכום המצטבר של הנזקים שיצר הנתבע. לצורך קביעתו של סכום זה אין מניעה לנקוט בדרך האומדנה שהיא דרך מוכרת ומבוססת בשיטתנו המשפטית לכימות נזק באותם המקרים אשר בהם אין אפשרות לחשב במדויק את הנזק שנגרם לתובע אינדיבידואלי. עמד על כך בית המשפט בע"א 355/80 אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה (2) 800 (1981) בצינו כי:

"באותם המקרים, בהם - לאור טבעו ואופיו של הנזק - ניתן להביא נתונים מדויקים, על הנפגע- התובע לעשות כן, ומשנכשל בנטל זה, לא יפסק לו פיצוי. לעומת זאת, באותם מקרים אשר בהם - לאור טבעו ואופיו של הנזק - קשה להוכיח בדיקנות ובוודאות את מידת הנזק ושיעור הפיצויים, אין בכך כדי להכשיל את תביעתו של הנפגע, ודי לו שיביא אותם נתונים, אשר ניתן באופן סביר להביאם, תוך מתן שיקול-דעת מתאים לבית המשפט לעריכת אומדן להשלמת החסר" (עמ' 809). עוד נקבע כי במקרים מתאימים ניתן להיעזר לצורך קביעת גובה הנזק בנתונים סטטיסטיים (ראו ריבלין ושני, 507-506) ובחוות דעת של מומחים. על כן ובבחינת קל וחומר ניתן להעריך את הנזק בדרך זו כאשר מדובר בקבוצה. יחד עם זאת חשוב להדגיש כי הערכת נזק על דרך האומדנה אין משמעותה קביעת סכום שרירותי הנראה כניחוש גרידא ועל בית המשפט אשר לו נתון שיקול הדעת בעניין זה לבסס את הסכום שיקבע תוך היזקקות לעוגנים מתאימים כלשהם המאפשרים הערכה של הנזק על דרך האומדנה כאמור. עוגנים אלה ימצאו לו לבית המשפט בחומר הראיות שיוצג בפניו ובמכלול נסיבות העניין. כמו כן יוכל בית המשפט להיעזר באמצעים נוספים ובהם ניסיון החיים, מבחנים של שכל ישר ומדיניות שיפוטית ראויה, שמקובל להיעזר בהם בהערכות נזק על דרך האומדנה (ראו: עניין דעקה, 583 ברק-ארז, 277)." כמו כן, ביהמ"ש המחוזי הפנה לעניין זילברג, פס' 153 ומצא להעמיד את הנזק, בהתאם לראיות המעטות שהובאו לפניו, על סך של 5 ₪ לכל מסרון, דהיינו, עשירית מהסכום שפסק ביהמ"ש בעניין זילברג לגבי כל מסרון מפר.

35. בשונה מעניין בן פורת, בהליך זה התקבל מידע לפיו שיעור זניח מ 49 הודעות ששלחה הנתבעת, מעת לעת, סומן כזבל. באותם שני מועדים בהם התקבל מידע לגבי בקשות הסרה של הנמענים, התברר שמתוך 9,251 נמענים, 548 ביקשו הסרה, שישה אחוזים ומתוך 185 נמענים, 2 ביקשו הסרה, אחוז אחד בלבד. כמו כן, ובשונה מעניין בן פורת, לפני ביהמ"ש בהליך זה, חוות דעת סותרות לעניין הנזק.

36. מומחה התובעת, פרופ' כץ קבע:

"רוב (76%) המשיבים נוהגים לבקר במסעדות שונות, בתדירות רבה יחסית של פעם פעמיים בשבוע ופעם בשבועיים-שלושה.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 29602-05-22 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

- רוב המשיבים (55%) קיבלו במהלך החודשים האחרונים הודעות שיווקיות באמצעות מסרונים (SMS) ממסעדות בהן הזמינו מקום או ביקרו.
- כשליש (35%) מקרב אלו שקיבל הודעות שיווקיות ב-SMS ממסעדות, חשו תחושות שליליות בשל קבלתן.
- קרוב למחצית (43%) מקרב מי שלא קיבלו הודעות שיווקיות ב-SMS ממסעדות, היו חשים תחושות שליליות בשל קבלתן, אילו היו מקבלים הודעות כאלו.
- רבע מהמשיבים (25%) קיבלו במהלך החודשים האחרונים הודעות שיווקיות באמצעות דוא"ל ממסעדות בהן הזמינו מקום או ביקרו.
- כשליש (37%) מקרב מי שקיבלו הודעות שיווקיות בדוא"ל ממסעדות, חשו תחושות שליליות בשל קבלתן.
- קרוב למחצית (43%) מקרב מי שלא קיבלו או שלא זוכרים אם קיבלו הודעות שיווקיות בדוא"ל ממסעדות, היו חשים תחושות שליליות בשל קבלתן, אילו היו מקבלים הודעות כאלו.
- רוב המשיבים (72%) מוטרדים או מוטרדים מאוד בדרך כלל מקבלת הודעות שיווקיות ממסעדות, במסרונים או בדוא"ל.
- רוב המשיבים (91%) מקבלים מדי פעם הודעות SMS לטלפון הנייד, או בדוא"ל, מגורמים שאינם מוכרים.
- מקרב המשיבים המקבלים מדי פעם הודעות SMS, הרוב (96%) מוטרד או מוטרד מאוד מקבלתן.

37. מומחה הנתבעת מר לירון פלדמן קבע:

"כדי לבחון את ההשפעה של ההודעה על הלקוחות שסעדו במסעדה נבחנו מספר פרמטרים:

- יצירת תחושות שליליות: 6% מלקוחות אנימאר ציינו כי קבלת ההודעה מהמסעדה עוררה אצלם תחושות שליליות. אולם בקרב מי שזכרו כי קיבלו את ההודעה בפועל, אף אחד מהלקוחות (0%) לא ציין כי הדבר גרם לו לתחושות שליליות.
- תוכן פוגעני: פחות מ-1% מלקוחות אנימאר תופסים את ההודעה שנשלחה על ידי המסעדה, כהודעה בעלת תוכן פוגעני. אולם בקרב מי שזכרו כי קיבלו את ההודעה בפועל, אף אחד מהלקוחות (0%) לא ציין כי הוא תופס את ההודעה כבעלת תוכן פוגעני.
- אי נעימות: כ-4% מלקוחות אנימאר ציינו כי קבלת ההודעה שנשלחה על ידי המסעדה, היתה גורמת להם אי נעימות. אולם בקרב מי שזכרו כי קיבלו את ההודעה בפועל, אף אחד מהלקוחות (0%) לא ציין כי נגרמה לו אי נעימות.
- פגיעה בפרטיות: כ-12% מלקוחות אנימאר ציינו כי קבלת ההודעה שנשלחה על ידי המסעדה, היתה גורמת להם לפגיעה בפרטיות. אולם בקרב מי שזכרו כי קיבלו את ההודעה בפועל, אף אחד מהלקוחות (0%) לא ציין כי נגרמה לו פגיעה בפרטיות.





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 29602-05-22 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

- גרימת נזק: פחות מ- 2% מלקוחות אנימאר ציינו כי קבלת ההודעה שנשלחה על ידי המסעדה, היתה גורמת להם לנזק. אולם בקרב מי שזכרו כי קיבלו את ההודעה בפועל, אף אחד מהלקוחות (0%) לא ציין כי נגרם לו נזק.

הממצאים הללו מעלים את המסקנות הבאות:

- שיעור זעום של פחות מ- 3% מקרב לקוחות אנימאר אליהם נשלחה הודעה ב- 18.10.2021 זוכרים שקיבלו אותה, ומכאן שההשפעה של ההודעה הזו זניחה.
- באשר לאפשרות שההודעה הזו גרמה ל: תחושות שליליות, אי נעימות, פגיעה בפרטיות, נזק או נתפסת כבעלת תוכן פוגעני, אף אחד ממי שקיבל את ההודעה, לא ציין שההודעה גרמה לו לתחושות הנ"ל.
- בקרב הלקוחות האחרים, שלא קיבלו או לא זכרו אם קיבלו את ההודעה, שיעור נמוך מאד עד זניח טוענים שלו היו מקבלים את ההודעה היא היתה גורמת להם לתחושות שליליות, אי נעימות, נזק או נתפסת כבעלת תוכן פוגעני.

38. שני המומחים נחקרו. מומחה התובעת הסביר בעדותו שעשה שימוש בפנל במרשתת שמונה כחמשת אלפים נסקרים בכח וכי יש במרשתת ארבעה, חמישה, פנלים שמונים יחדיו כעשרים אלף נסקרים בכח שנתנו הסכמתם להשתתף בסקרים ומתוגמלים בהתאם. עוד הסביר שמתוך חמשת אלפים נסקרים בכח בפנל, אליהם פנה אקראית, לאחר סינון, עקב העדר זמינות וסיבות נוספות וכן מענה שלילי לשאלה אם הנסקר נוהג לסעוד במסעדות, השיבו 501. הוא אישר שמספר זה הינו רף תחתון הכרחי לצורך תקפות התוצאות וכי היה ממשיך ופונה לנסקרים בכח עד אשר היה סוקר חמש מאות נסקרים. מומחה התובעת אישר שלא דגם מי שסעדו במסעדת אנימאר, אך טען שהנסקרים נשאלו אם נוהגים בדרך כלל לסעוד במסעדה ותוצאות הסקר מתייחסות רק למי שענה בחיוב. הוא אישר שלא אבחן בין מסעדות יוקרה למסעדות עממיות וכי אינו ער לשוני בתחושות הלקוחות בהתאם לאיכות המסעדה. מומחה התובעת נשאל מדוע לא דגם מי שסעדו במסעדת אנימאר כפי שעשה מומחה הנתבעת וענה שדגם כפי שצריך ציבור ישראלי בגוש דן הנוהג לבקר במסעדות. עוד הסביר שביקש רשימת כתובות אליהם נשלחה ההודעה ונמסר לו מב"כ התובעת שאין רשימה.

39. הנתבעת הטיחה במומחה התובעת כי כל השאלות שלו, למעט שאלות 9 ו- 11 שמופיעות בעמודים 12 ו- 13 לחוות הדעת, הן שאלות פתוחות, כאשר שאלות 9 ו- 11 הן שאלות מוטות כי הוא נותן אפשרות להשתמש רק במונח מטריד או לא. המומחה הופנה לדברים שכתב באתר שלו כאשר התריע מפני ניסוח שאלות מוטות והנתבעת הטיחה בו שניסח שאלות באופן שנוגד את דבריו בדבר ניסוח מוטה של שאלות.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 29602-05-22 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

40. להלן נוסח השאלות:

- שאלה 9 "עד כמה קבלת הודעות שיווקיות ממסעדות במסרונים או דואר מטרידות או לא בד"כ?"
- שאלה 11 "עד כמה הודעות כאלה מטרידות או לא".

41. מומחה התובעת הכחיש הטענה שהשאלות מוטות והסביר שהשאלה אינה מוטית שכן הנסקר נשאל האם "מטריד או לא" וגם התשובות משרטטות שיש מי שענו שההודעות כלל לא מטרידות ועוד.

42. מומחה התובעת נשאל מדוע סכם בסעיף 9 בעמוד 10 לחוות הדעת, לצד אלו שענו "מטריד" ו"מטריד מאד" 31% גם אלה שענו "ככה ככה", ועל כך ענה שהתשובות המוצגות מתארות כל הקטגוריות וכל אחד יכול להתרשם. המומחה נשאל אם יש לראות בתשובה "ככה ככה" תשובה לפיה הנסקר מצא ההודעה מטרידה ועל כך ענה שלדעתו צריך לראות גם מי שענה שמטריד "ככה ככה" כמי שחוה מידה מסוימת של הטרדה.

43. מומחה הנתבעת העיד שהתבסס על שיחות טלפוניות עם 300 משיבים. הוא נשאל אם לא היה אמור לסקור לפחות 500 נסקרים ולכך השיב שהסקר מתייחס לקהל המטרה והסביר שקיימת רמת בטחון של 95% שכן כששאל את הנתבעת מה היקף האוכלוסייה, אותו קהל שקיבל הדואר, נאמר לו 5,000 לקוחות ולכן העיד "עשינו הערכות" לפי כמות הנסקרים שגם יעמוד בסטנדרטים מקובלים, עם טווח בטחון גבוה. המומחה מטעם הנתבעת נשאל אם קיימת אפשרות שקיבל מהנתבעת רשימה שהיא רצתה שהוא יתקשר אליה, למשל חברים ומשפחה ועל כך ענה שאין לו דרך לשלול זאת, למעט שהנתבעת התחייבה שהרשימה משקפת. המומחה אישר שהיו שענו שלא אכלו במסעדה. המומחה הופנה לכך שבחוות הדעת צוין ששיעור של 21% מהנשאלים ציינו שלא קיבלו ההודעה ולכן זה לא רלוונטי ועל כך ענה ששיעור של 2.7 אחוז אמרו בוודאות שקיבלו ההודעה וכי ההודעה הייתה חסרת משמעות מבחינתם.

44. התובעת טענה בסיכומיה שחוות הדעת שהוגשה ע"י הנתבעת בעניין הנזק, שגויה מן היסוד והצביעה על כשלים שונים בחוות הדעת. הנתבעת העלתה טענה דומה בסיכומיה לגבי חוות הדעת מטעם התובעת ולכן ביקשה להסתמך על חוות דעתה אותה כינתה "חוות דעת מטעם קבוצת גיאוקרטוגרפיה".

45. מחקירת מומחה הנתבעת עלה שהוא הגדיר כמי שלא הוטרדו גם מי שהעידו שהוטרדו ברמה בינונית (מי שהשיבו כי הוטרדו "ככה ככה"), כלומר ההתפלגות היא קוטבית



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 29602-05-22 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

וביהמ"ש לא מצא מענה מניח הדעת בתשובת מומחה הנתבעת לשאלה מדוע אין בחוות דעתו התפלגות שמשקפת רמה בינונית של מוטרדות. כמו כן, על פניה, חוות הדעת אינה נכונה שכן מומחה הנתבעת דגם על פי הנתונים שסיפקה לו הנתבעת 300 נדגמים בלבד, על יסוד ההנחה, שאינה נכונה, כפי שיפורט בהמשך בעת הדיון בהיקף הקבוצה, לפיה מדובר בקבוצה מצומצמת באופן משמעותי מהיקף הקבוצה שקבע ביהמ"ש. המומחה נערך לדבריו לדגום קבוצה בהיקף של 5,000 מקבלי הודעה, שעה שהתברר שהקבוצה מונה מעל לעשרת אלפים, יותר מפי שניים.

46. ניתוח הממצאים וחקירות המומחים מעלה שלכל אחת מחוות הדעת יתרונות וחסרונות. כפי שטענה הנתבעת בסיכומיה, לסקר שערך המומחה מטעמה יתרון שכן הוא סקר את לקוחות המסעדה. אולם, כפי שטענה התובעת בסיכומיה, הסקר שערך מומחה הנתבעת מתבסס על רשימה שהנתבעת סיפקה לו, ואין לדעת, והמומחה גם לא בדק, האם קיבל רשימה מגמתית ומוטית, וכאמור לעיל, רשימה זו קטנה בהיקפה מהיקף הקבוצה הנכון באופן משמעותי, ולכן מספר הנדגמים נמוך באופן משמעותי מהתקן. לעומת זאת, הרשימה של הנסקרים על ידי התובעת לא סופקה למומחה ע"י התובעת והיא מתאימה לרף הנמוך הנדרש לצורך עריכת סקר תקף, 500 נסקרים. ביהמ"ש דוחה טענת הנתבעת בסיכומיה לפיה מומחה התובעת ערך הסקר על פי רשימה "עלומה" במרשתת. מומחה התובעת הסביר בפרוטרוט כיצד נבנתה רשימת הנדגמים וביהמ"ש לא מצא שבחקירתו נסדקה גרסה זו. הנתבעת טענה בסיכומיה שהתובעת הייתה אמורה לבדוק את הנדגמים על פי רשימת אונטופו שלפיה המומחה מטעמה דגם. אולם, המומחה מטעם הנתבעת קיבל את הרשימה מהנתבעת ולא מאונטופו. הנתבעת טענה בסעיף 42 לסיכומיה שאייל העביר למומחה הנתבעת את הרשימה שהוציא עובד של מומחה ביהמ"ש "מהמחשב של המסעדה", אך זו גרסה של אייל, ואילו המומחה עצמו העיד שאין לו ידע אישי מי הפיק את הרשימה, העובד שלו, או אייל, או מי מטעמו של אייל. כאן המקום לציין, שאייל נקלע בהליך זה לריבוי גרסאות בתחומים שונים, תוך כדי הצגת גרסאות מתפתחות. לעניין זה ביהמ"ש מזכיר את הטענה בתשובה לבקשהת האישור בדבר שליחת הודעה יחידה, שעה שהתברר שהנתבעת שלחה 49 הודעות מעת לעת, הטענה הכבושה בדבר לקוחות שפנו ישירות אל הנתבעת, ולריבוי הגרסאות בדבר היקף הקבוצה כפי שיעלה בעת הדיון בעניין זה. לכן, בנסיבות אלה, לא היה די בכך שאייל הצהיר שהוא העביר למומחה מטעם הנתבעת הרשימה שקיבל מאונטופו.

47. ביהמ"ש לא מצא כטענת הנתבעת מסעיף 44 לסיכומיה ששאלות מומחה התובעת היו מוטות באופן ששולל מהימנות הסקר, ולראיה התוצאות היו מתונות. לעומת זאת, התוצאות הקוטביות של חוות הדעת מטעם הנתבעת אינן תואמות מנעד של רגשות בין מוטרדות להעד מוטרדות. כמו כן, יש להביא בחשבון מי שלא חשו מוטרדות כי לא עיינו



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 29602-05-22 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

כלל בהודעה שקיבלו מהנתבעת ונחשפו לכותרת בלבד. לכן, כאשר על ביהמ"ש לשקול האם הוא מעדיף חוות דעת קוטבית שמתבססת על רשימה שסיפקה הנתבעת למומחה מטעמה ואשר רוב מוחלט שלה אינו מוטרד כביכול מהודעת הנתבעת, או שמא עליו להעדיף חוות דעת שאינה מתייחסת ללקוחות המסעדה, אך מהימנותה רבה יותר מבחינת מקור המידע לקביעת זהות הנשאלים, שמצביעה על רמת מוטרדות מתונה שנעה בין שליש ובין חצי מהנשאלים, הכף נוטה לטובת חוות דעת התובעת. בשים לב לעובדה שלפחות לגבי אחד ממשלוחי הדואר, שישה אחוזים טרחו לבקש הסרה, מכאן שהיה ציבור גדול יותר שהוטרד מהדואר, כפי שהניח ביהמ"ש בעניין בן פורת, אך לא מצא לטרוח ולבקש הסרה. יצוין שהנתבעת טענה בסעיף 51 לסיכומיה שמי מהנמענים לא ביקש הסרה, אך כאמור לעיל, טענה זו אינה תואמת הנתונים בדו"ח וויקס.

48. מהנתונים שסיפקה וויקס, כפי שיפורט בהמשך, עולה שחלק מחברי הקבוצה קיבלו יותר מהודעה אחת, בשים לב שוויקס שלחה כמאה ושלושים אלף הודעות ב 49 משלוחים שונים. בעניין זילברג ביהמ"ש בחר שלא להביא בחשבון מספר ההודעות בין לקולא ובין לחומרה. ביהמ"ש קובע שהפיצוי הממוצע שיקבע יכלול בגדרו גם את העובדה שחלק מחברי הקבוצה קיבלו יותר מהודעה אחת.

49. הנתבעת טענה מסעיף 53 לסיכומיה שאין נזק לקבוצה שכן מרבית הנטענים "כלל לא פותחים דוא"ל". אולם, המומחה מטעמה שהגיש חוות הדעת בעניין זה, מר רועי גפן, לא העיד בהליך זה. הנתבעת ביקשה לאחר מתן הצו להגשת סיכומים לעיין מחדש בהחלטה שביהמ"ש נתן בעניין חוות דעת זו כשנה קודם לכן. ביהמ"ש קבע כלהלן:

1. המבקשת הגישה בחלוף כשנה ממועד מתן ההחלטה, בקשה לעיון מחדש בהחלטה שלטענתה נתן ביהמ"ש בתאריך 22.9.24 בעניין זימון מומחה מטעמה. המבקשת טוענת שלאחר שהעיד עד מטעם חברת ויקס התברר שאותו עד לא התייחס לכמות המכתבים המקוונים שהגיעו ללקוחות ולא נפתחו וכי אם לא יעיד המומחה מטעמה ייגרם לה נזק ולכן יש להעיד את המומחה מטעמה.

2. די בשיהוי הרב בהגשת הבקשה כדי לדחותה על הסף. ככל שסברה הנתבעת שביהמ"ש מנע ממנה בתאריך 22.9.24 להעיד עד נדרש, היה עליה לנקוט הליך ערעורי. ביהמ"ש נעתר לבקשת הנתבעת, לאחר סיום שמיעת הראיות בתאריך 24.3.25, המועד בו נחקר העד מטעם חברת ויקס, לקבל נתונים מחברת ויקס. המבקשת שטוענת בבקשה זו שמחקירת העד מטעם ויקס בתאריך 24.3.25 עלה שאין בפיו נתונים נדרשים, הייתה אמורה להגיש בקשה זו לכל המאוחר מיד לאחר חקירת העד מטעם ויקס בחודש מרץ. לאחר שויקס העבירה נתונים לבקשת הנתבעת, ביהמ"ש הורה לצדדים בתאריך 4.6.25 להודיע אם יש מניעה ליתן צו להגשת סיכומים. הנתבעת הודיעה בתאריך 11.6.25 שאין מניעה ולכן ביהמ"ש נתן באותו יום צו להגשת סיכומים. התובעת



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 29602-05-22 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

הייתה אמורה להגיש סיכומיה עד לתאריך 25.6, אך עקב מצב החרום, ביהמ"ש האריך המועד האחרון להגשת סיכומיה עד לתאריך 10.7. אתמול, 1.7.25, הנתבעת הואילה להגיש בקשה שהיא מהותית ערעור על ההחלטה מתאריך 22.9.24 וכן ניסיון לסיבוב פרסה לגבי הסכמתה להגיש סיכומים.

3. בנוסף לכל אלה, ביהמ"ש עיין בחוות הדעת. לדברי המומחה מר גפן, חוות הדעת מתבססת על ניסיון מקצועי ו"אתרים מקצועיים מוכרים בתחום". ביהמ"ש מסכים עם התובעת שלגבי חלק מהערכות המומחה בחוות דעת, ממילא התקבלו נתונים עובדתיים מחברת ויקס שביצעה שליחת המכתבים המקוונים. מכאן שהנתון היחידי שעשוי להועיל לנתבעת, לטענתה, הוא הנתון, שלטענת המומחה מתבסס על פרסום באתר במרשתת, ולא על מחקר מדעי, לפיו רק עשרים אחוז ממקבלי הדואר המקוון פותחים אותו. גם אם נניח שהנתון נכון, השאלה אם חוק התקשורת מחייב "פתיחת המייל" ועיון בתוכנו, כדי להקים חובת פיצוי, היא שאלה משפטית, שתתכבד הנתבעת ותתייחס אליה בסיכומיה.

4. לכן, אין מקום להחזיר הגלגל לאחור לשלב שמיעת הראיות שהסתיים בחודש מרץ שנה זו, בשים לב שגם הנתבעת עצמה הייתה בדעה שהסתיימה שמיעת הראיות ונתנה הסכמתה להגשת סיכומים.

5. לכן, ביהמ"ש דוחה הבקשה ל"עיון מחדש" בהחלטה שביהמ"ש נתן לפני כשנה."

50. מכאן שיש לדחות הטענה לפיה הנתבעת הוכיחה בחוות הדעת של מר גפן שמרבית הנמענים אינם קוראים תוכנה של הודעה מקוונת, על הסף, משום שביהמ"ש כבר דחה אותה מהנימוקים שפורטו. במחשבה נוספת, לאחר קריאת טענות הנתבעת בסיכומיה לעניין הפגמים הנטענים בחוות דעת מומחה התובעת, עולה טעם נוסף לדחיית הטענה לגבי הישענות הנתבעת על חוות הדעת של מר גפן. אם אין להידרש, אלא לסקר ביחס למי שקיבלו ההודעות, כטענת הנתבעת בסיכומיה, מדוע יש להסתמך על ידע כללי בסוגיה של מומחה נוסף, הוא מר גפן, ולא על תשובות הנמענים לשאלות שהפנה לנאגמים מומחה הנתבעת, מר פלדמן? לנתבעת פתרונים.

51. לנוכח כל האמור לעיל, ביהמ"ש אומד את הפיצוי הממוצע בסך של 50 ₪ לכל חבר בקבוצה.

היקף הקבוצה

52. על מנת לקבוע גובה הפיצוי הכולל על ביהמ"ש להמשיך ולבדוק את היקף הקבוצה. התובעת העריכה בבקשת האישור, לצורך אותו שלב ראשוני, את היקף הקבוצה ככזו המונה לכל הפחות 10,000 חברים והסבירה שהערכה זו מבוססת, בין היתר, על העובדה כי



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 29602-05-22 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

הנתבעת מפעילה מסעדה מוכרת וותיקה, לה פעילות ענפה. לאור האמור, היא העריכה היקף הפיצוי במסגרת התובענה הייצוגית בסכום של 1,000,000 ₪ לפי החישוב שלהלן – 100 ₪ (פיצוי עבור כל הודעה שנשלחה בניגוד לחוק) X 10,000 נמענים, תוך שהיא מציינת שבהחלט ייתכן כי חברי הקבוצה קיבלו יותר מהודעה מפרה אחת.

53. הנתבעת טענה בתשובה לבקשת האישור שמאחר שאייל שלח את ההודעה הנ"ל, הוא ידע שהוא שלח אותה פעם אחת בלבד רק ללקוחות שפרטיהם התקבלו מאתר אונטופו והרשימה מאתר אונטופו כוללת 2,876 נמענים לכל היותר והיא לא שלחה הודעות נוספות כאלה.

54. התובעת טענה בתגובה לתשובת הנתבעת לבקשת האישור כי הנתבעת מודעת כי לא עומדת לה כל טענת הגנה מפני בקשת האישור, ולכן מנסה לצמצם עד כמה שניתן את היקף הקבוצה שתהא זכאית לפיצוי כספי בסיומו של הליך זה, אלא שהיא כלל לא טרחה לצרף ראיות בעניין מספר הנמענים הנטען.

55. ביהמ"ש קבע, כאשר אישר בקשת האישור, שהקבוצה תוגדר כדלקמן: **"כל האנשים שקיבלו מהמשיבה, בשבע השנים האחרונות, דברי פרסומת, ללא שנתנו את הסכמתם המפורשת לכך ו/או שלא עמדו בדרישות הצורניות, הקבועות בסעיף 30 א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982 וכתוצאה מכך נגרם להם נזק"**.

56. לאחר קבלת בקשת האישור, הנתבעת העלתה מספר גרסאות שונות לגבי היקף הקבוצה ואף הגישה כתב הגנה מתוקן, על מנת לנסות להסביר את שינויי הגרסה בעניין זה. אייל הצהיר שוויקס סירבה תחילה ליתן לו מידע בטענה שהאתר של הנתבעת נמחק ואף צרף לתצהירו מכתב מוויקס בעניין זה. לאחר שוויקס הודיעה כי נשלחו מעל למאה אלף הודעות, הנתבעת העלתה טענות שונות לגבי הפער הניכר בין הנתון שאייל כלל בתצהירו הראשון בו תמך בתשובה לבקשת האישור לגבי כשלושת אלפים הודעות ובין הנתון שסיפקה וויקס, שליחת מעל מאה אלף הודעות ב 49 משלוחים למעל עשרת אלפים נמענים.

57. בעניין בן פורת, ביהמ"ש המחוזי קבע כי נשלחו 40 מיליון מסרונים. הנתבעים שם טענו ש"מתוך ה-40 מיליון של מסרונים, עשרות מיליונים לא הגיעו, נכשלו בשליחה. זה כתוב בדוחות [...] לשאלת ביהמ"ש כמה הודעות בכל זאת הגיעו – אני משיב שמתוך ה-40 מיליון הודעות אולי הגיעו 10 מיליון, סדר גודל". בעניין בן פורת, ביהמ"ש המחוזי קבע שהוכח לפניו באופן מספק על פי מאזן ההסתברויות במשפט האזרחי, כי הנתבעים שיגרו כארבעים מיליון מסרונים, אך מצא להדגיש כי אין מדובר ב-40 מיליון נמענים, והניח כי בהיקף כה נרחב של מסרונים, לרוב, אם לא לכל הנמענים – שוגרה יותר מהודעה מפרה



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 29602-05-22 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

אחת. כמו כן, ביהמ"ש המחוזי הביא בחשבון ש"בהיקף כה נרחב של שיגור מסרונים ודאי חלק מהנמענים לא קיבלו את המסרונים המפרים (למשל, אם מדובר במספר שאינו פעיל עוד) ומשכך לא נגרם להם בהכרח נזק בלתי ממוני; חלק מהנמענים אשר קיבלו את המסרונים המפרים כלל לא פתחו אותם או התייחסו אליהם וגם משכך לא בהכרח נגרם להם נזק בלתי ממוני; וחלק מהנמענים אשר קראו את המסרונים המפרים – הרי שלפחות ניתן להעריך לגבי חלקם כי הדבר לא הפריע להם, וגם משכך לא נגרם להם נזק בלתי ממוני. עוד יש לקחת בחשבון, שייתכן שחלק מהנמענים אכן ביקשו לקבל המידע הפרסומי (ולכל הפחות לא הוכח לפניי אחרת)". עוד קבע ביהמ"ש המחוזי ש"לכל פחות כ-436,665 פתחו את המסרון המפר שנשלח אליהם על ידי הנתבעים וביקשו להסיר את עצמם מרשימת התפוצה, באופן אקטיבי, במידה שיש בה ללמד כי קבלת המסרונים המפרים היוותה עבורם מטרד עד כדי שנקטו בפעולה יזומה לשם הסרתו". יחד עם זאת, ביהמ"ש המחוזי הביא בחשבון ש"בהיקף כה גדול של מסרונים מפרים שנשלחו (.... לכל הפחות 10 מיליון מסרונים נתקבלו אצל הנמענים), ניתן להניח כי קיימים נמענים אשר קיבלו את המסרונים המפרים ללא הסכמה ואולם בחרו שלא ללחוץ על קישורית ה"הסר" (ככל שהייתה כזו)". ביהמ"ש המחוזי מצא להעריך את כמות המסרונים בהיקף של 1,000,000 מסרונים, עשרה אחוז ממספר המסרונים שהנתבעים הודו שהתקבלו אצל הנמענים.

58. לענייננו, ביהמ"ש מינה מומחה מטעמו על מנת לבדוק היקף הקבוצה. המומחה הגיש דיווח על תוצאות בדיקה ראשונית לפיה קיבל מהנתבעת שני קבצים של רשימות. בקובץ הראשון רשימה של 2,876 הלקוחות שביקרו במסעדה פעם אחת ממועד פתיחתה המיוחדת בשנת 21 ועד מועד שליחת ההודעה ובקובץ השני רשימה של 5,039 לקוחות שהזמינו מקום במסעדה באמצעות אונטופו מיום פתיחת המסעדה בשנת 2019 ועד יום שליחת ההודעה. המומחה סיכם הדיווח בכך שהוא כולל את הנתונים הנדרשים על מנת לקבוע את גודל הקבוצה.

59. התובעת לא השלימה עם ממצאי המומחה וזימנה אותו לחקירה נגדית. מומחה ביהמ"ש אישר בחקירתו כי ביצע בדיקות אצל הנתבעת ללא נוכחות התובעת וזאת בנימוק שנוכחות התובעת הייתה מסרבלת הבדיקה. עוד התברר שמי מטעמו, ה"ה שי מדינה ובת חן פשר (להלן: "שי ובת חן"), מומחית לביקורת במערכות ממוחשבות, אותם כינה "אנשי", ביצעו הבדיקות באמצעות קבלת שני קבצים מהנתבעת, וכי אין לו ידיעה אישית לגבי הממצאים. הוא טען שלא ניתן היה לקבל נתונים לגבי הודעות ששלחה הנתבעת לגבי מסעדות נוספות ששמן קלואליס, הכשרה, הולה, ודריה וכי בחומרים שהנתבעת מסרה "לנו", לא "מצאנו" מסעדה נוספת. המומחה הפנה ל-2,877 הודעות לקבוצה שהוגדרה כמי שביקרה פעם אחת במסעדת אנימאר והנתבעת הודיעה להם על הפתיחה מחדש לאחר הקורונה ו-5,039, כלל



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 29602-05-22 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

הלקוחות של אנימאר שהזמינו מקום במסעדה דרך אונטופו מתאריך הפתיחה 19.12.19 ועד לתאריך 18.11.21. הוא אישר שאינו יודע אם הנכללים ברשימה רק הזמינו או ביקרו בפועל וכי הוא יודע להגיד שהם חלק מבאי המסעדה וככל שיוחלט לגבי הקבוצה צריך לקחת בחשבון. המומחה נשאל מדוע לא העתיק הקבצים שקיבלו "אנשיו" להחסנים והשיב שהוא מניח שאייל לא חיבל במסמך ששלח לשי בדואר מקוון. המומחה העיד שהוא סומך על שי שההודעה נשלחה ל 2,877 נמענים. הוצג בפני המומחה תצהיר של אייל מתאריך 18.10.21 לפיו ההודעה נשלחה ל 9,400 נמענים ועל כך ענה שרפרף בתצהיר ואינו מוצא שהוא צריך להסביר וכי מדובר היה בבדיקה ראשונית שהוקצו לה עשרים שעות עבודה. הוא נשאל לגבי נתון שהתקבל מוויקס לפיו ההודעה נשלחה ללמעלה ממאה אלף נמענים ועל כך ענה ש"יש מה שהוצג" וכי אם הנתון היה מובא לידיעתו יכול להיות שהיה מבקש הסבר. הוא אישר שלא ידע שהנתבעת שלחה הודעה באמצעות וויקס. הוא אישר שלא ביקש מהנתבעת חשבוניות וכי לא ערך בדיקה חקירתית בדבר המידע שקיבל מהנתבעת. כמו כן, אישר שלא הוצגה לפניו הסכמת הנמענים לקבלת ההודעה.

60. מכיוון שמי שביצעו הבדיקה בפועל, שי ובת חן לא העידו, והמומחה לא ידע להסביר מה עשה שי בבדיקה, עדותו של המומחה הינה עדות מפי השמועה שאין לייחס לה משקל רב וממילא התברר שהנתונים שקיבלו "אנשיו" מהנתבעת אינם מלאים בלשון המעטה. לכן, אין בחוות הדעת של מומחה ביהמ"ש כדי לסייע, מעבר לעובדה שלא הוצגה לפניו הסכמת הנמענים והעובדה שהנתבעת העבירה אל המומחה מידע חלקי ביוזעין או על דרך היתממות.

61. לכן, התשובה לשאלת היקף הקבוצה, התבררה, לבקשת התובעת, ישירות מול וויקס, שדיווחה כי שלחה בשם הנתבעת 132,675 הודעות. ממצאי וויקס הוגשו באמצעות העדת מר סלנה, חוקר ומפתח של צוות הודעות מקוונות בוויקס. הוא העיד שוויקס שלחה עבור הנתבעת ב 49 קמפיינים, בממוצע כשלושת אלפים הודעות, בכל קמפיין, 132,675 הודעות ל 12,959 נמענים. נציג וויקס העיד שאין ברשותו רישום מי לא קיבל ההודעה וכי באפשרותו להכין דו"ח חדש. לאחר חקירת העד, הנתבעת ביקשה מידע נוסף וויקס הגישה בתאריך 4.6.25 טבלה המפרטת התפלגות לפי 49 תאריכי משלוח ההודעות, בין מספר ההודעות שלא הגיעו לנמען, מספר ההודעות שהגיעו לנמען, ומספר ההודעות שהנמען סימן כזבל. לגבי העמודה הנוגעת לכמות ההודעות לגביהן הנמען לחץ על הסרתו מרשימת התפוצה לאחר קבלת ההודעה, ביהמ"ש התייחס כאשר דן בפיצוי הממוצע לכל חבר בקבוצה.

62. דומה שחלק מהטענות של הנתבעת ביחס לגובה הפיצוי הכולל יוצר הפחתה כפולה, פעם אחת לעניין גובה הפיצוי הממוצע לחבר בקבוצה ופעם שניה לעניין היקף הקבוצה. לכן,



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 29602-05-22 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

ביהמ"ש יתייחס בדיון לגבי היקף הקבוצה למספר הנמענים בלבד שקיבלו ההודעה ללא קיום דיון נוסף וכפול בשאלה מי מאותם נמענים שקיבלו את ההודעה חש מוטריד כאשר קיבל ההודעה, בין אם עיין בה ובין אם לא עיין בה, ובין אם קרא מלוא התוכן או חלקו, ובין אם לא. לא זו אף זו, לעניין עצם קבלת ההודעה, מבדיקת הטבלה שהגישה וויקס שכוללת התפלגות בין מי שקיבל ובין מי שלא קיבל, עולה שלמעט משלוחים חריגים כגון בתאריך 5.10.20 בו כעשרים אחוז לא קיבלו ההודעה, במרבית המשלוחים, רוב מוחלט, למעט אחוזים בודדים קיבלו ההודעות.

63. הנתבעת טענה מסעיף 56 לסיכומיה שיש להבחין בין קבוצת אונטופו ובין קבוצה נוספת אותה כינתה "**קבוצת אוכל מוכן**" שכוללת כביכול מי שפנו לוויקס בבקשה לקבל מהנתבעת דיוור. אולם, ביהמ"ש כבר דחה במהלך הדיון בשאלה האם מי מחברי הקבוצה נתן הסכמה מפורשת לקבלת ההודעות, הטענה הכבושה לפיה חלק מחברי הקבוצה פנו כביכול מיוזמתם לאתר הנתבעת או לדף שלה ברשת החברתית פייסבוק ולכן ביהמ"ש שב ודוחה, מאותם טעמים, את הטענה בעניין "**קבוצת אוכל מוכן**". זו טענה כבושה ושעלתה ללא תשתית ראייתית.

64. טענה נוספת שעלתה בתצהיר אייל מטעם הנתבעת היא שיש לקבוע שהקבוצה הינה רק הקבוצה שקיבלה ההודעה שקיבלה הנתבעת, דהיינו, כתשעת אלפים וחמש מאות הודעות. אולם, הטענה לא עלתה בסיכומי הנתבעת. גם אם הייתה עולה לא היה בה כדי לסייע לנתבעת. זאת, מכיוון שאין מדובר בתביעה אישית של התובעת, אלא בתובענה ייצוגית בה התובעת קיבלה עליה לייצג כל מי שקיבל הודעה ללא הסכמה שבע שנים עובר לפני מועד הגשת בקשת האישור. ביהמ"ש העליון חזר בפסק הדין בע"א 7115/14 **בר-ניר נ' סלקום** (פורסם בנבו) על קביעתו בע"א 8037/06 **ברזילי נ' פרי-ניר** (פורסם בנבו) וקבע: "**כבר נפסק כי תובע ייצוגי רשאי לייצג את מי שתביעתם מעוררת את אותן השאלות המהותיות המתעוררות בתביעתו האישית גם אם תביעתו אינה זהה בכל רכיב מרכיביה לתביעתם כך למשל נפסק כי מי שתובע חברה שהטעתה את לקוחותיה לחשוב כי מוצריה כשרים לפסח רשאי לייצג תובעים שרכשו מוצרים שונים מזה שרכש התובע אם אותם תובעים הוטעו על ידי החברה באותו האופן שבו הוטעו**".

65. לנוכח כל האמור לעיל, ביהמ"ש קובע על פי עדות נציג וויקס שגודל הקבוצה הינו 13,000 נמענים. אולם, התובעת העריכה בבקשת האישור את מספר חברי הקבוצה בעשרת אלפים בלבד ומכיוון שלא ביקשה לתקן כתב התביעה, היא מחויבת למספר חברי הקבוצה על פי בקשת האישור, דהיינו, עשרת אלפים וכך קובע.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 29602-05-22 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

ביהמ"ש דוחה הטענה בדבר הכללת מקבלי מסרונים בקבוצה

66. התובענה טענה בסעיף 45 לסיכומיה כי יש לקבוע שגודל הקבוצה הינו רב ממספר חברי הקבוצה על פי הנתונים שסיפקה וויקס ביחס להודעות מקוונות ששלחה הנתבעת, שכן היא שלחה בנוסף להודעות המקוונות, גם מסרונים והפנתה בעניין זה לנספח 14 לתצהיר התובעת ולעדות אייל. אולם, בעניין שליחת המסרונים, התובעת לא הביאה ראיות כנדרש, ואף לא ביקשה סעדים מתאימים כפי שביקשה בהליכים המקדמיים ביחס לאיתור מספר ההודעות המקוונות שנשלחו, ולכן אין מקום לקבוע ממצאים בעניין זה, על יסוד אומדנא, כבקשת התובעת בסיכומיה.

הנתבעת מושתקת מהעלאת טענה בדבר ההודעות הנוספות שהסתירה קיומן

67. ביהמ"ש ער לכך שהוא אישר תובענה ייצוגית ביחס להודעה אחת ובמהלך שמיעת ההליך, התברר שהנתבעת הסתירה העובדה ששלחה 49 פעמים, מעת לעת, הודעות נוספות, שה"כ מעל מאה אלף הודעות ליותר מעשרת אלפים נמענים. לפני ביהמ"ש תוכן ההודעה היחידה שקיבלה התובעת. בנסיבות אלה, ביהמ"ש קובע שהנתבעת מושתקת מהעלאת טענה בדבר תוכן של 48 ההודעות הנוספות ששלחה לעניין היותן פרסומת ואי עמידתן בדרישות הצורניות.

קביעת גובה הפיצוי לקבוצה

68. מכאן שלצורך קביעת סכום הפיצוי הכולל יש להכפיל הסך של 50 ₪ בעשרת אלפים חברי קבוצה, שה"כ 500,000 ₪. נוכח הפסיקה שהובאה לעיל, בשים לב לתכליות העומדות בבסיס סעיף 30 לחוק התקשורת, ובראי המדיניות השיפוטית הראויה בנסיבות העניין, יש בסך הפיצוי המתקבל מאומדן זה להגשים את מטרות החוק הקבועות בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, לרבות אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו, וכן ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות. לכן, ביהמ"ש מחייב הנתבעת לפצות את חברי הקבוצה בסך של 500,000 ₪.

האם יש להורות על פיצוי פרטני לכל חבר בקבוצה?

69. בעניין בן פורת, ביהמ"ש המחוזי מצא בהתאם להוראת סעיף 20(ג)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, כי בנסיבות העניין פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה. לכן, הורה על העברת כספי הפיצוי לקרן שהוקמה מכוח סעיף 27 לחוק תובענות ייצוגיות. ביהמ"ש המחוזי הורה כי הסכומים שייגבו יועדו למטרות הגנה על משתמשי המרשתת והטלפון, וכן למטרות הגנה על הפרטיות וכי ככל שהסכום לא ייגבה, תהא רשאית הקרן לפעול לגבייתו, וזאת בנוסף לפעולות שיינקטו על ידי ב"כ המייצגים לטובת הקבוצה. גם בהליך זה, לא ניתן לאתר חברי הקבוצה באופן קל ומהיר, וממילא ביהמ"ש מביא בחשבון ההבדלים בין חברי הקבוצה ולכן קבע פיצוי ממוצע. לכן, ביהמ"ש קובע שלנוכח הדימיון בנסיבות, ביחס לעניין בן פורת,



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 29602-05-22 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

הפיצוי ישולם לקרן וישמשו לאותן מטרות, הגנה על משתמשי המרשתת והטלפון, וכן למטרות הגנה על הפרטיות.

האם יש להקל על הנתבעת בתשלום פיצוי עקב מצבה הכלכלי?

70. הנתבעת טענה בתצהיר אייל למצב כלכלי קשה אליו נקלעה עקב תקופת הקורונה וחזרה על הטענה מסעיף 82 לסיכומיה. אולם, היא הגישה באמצעות תצהיר רואה החשבון דו"ח כספי חלקי. לרואה החשבון לא היה הסבר בחקירתו מדוע הוגש באמצעותו חלק מהדו"ח הכספי. רואה החשבון העיד שבמשך שנתיים, בשתי השנים, יש הפסד רב, אך אישר שאין לו עמו את החומר בעניין זה. לא רק שהנתבעת לא הוכיחה את מצבה הכלכלי כדבעי, אלא שעל ביהמ"ש להביא בחשבון שמסעדות רבות נוספות נקלעו לקשיים עקב מגפת הקורונה, אך לא הפרו את החוק. לכן, אין מקום ללכת לקראת הנתבעת בעניין טענה זו לקושי כלכלי, שעה שניסתה לקבל יתרון ניכר על פני מסעדות אחרות ע"י שליחה בהיקף נרחב של הודעות מפרות, תוך שהיא טוענת בתחילת ההליך ששלחה רק כשלושת אלפים הודעות. כאן המקום לציין שהנתבעת שילמה עבור שליחת 49 המשלוחים שכללו כמאה ושלוחים אלף הודעות. מכאן שמצופה היה שאייל יכלול כבר בתשובה לבקשת האישור את הנתון המדויק. ביהמ"ש ער לכך שאייל הפנה למכתב של וויקס לפיו היא טענה שאין לה אפשרות לשחזר האתר שהוסר. אולם, לא היה צורך בשחזור האתר, די היה בכך שאייל היה מצהיר בהתאם לחשבוניות של וויקס שהנתבעת שילמה עבורן בזמן אמת. תחת זאת, אייל טען תחילה שהנתבעת שלחה כביכול רק כשלושת אלפים הודעות, והנתבעת העלתה גרסאות שונות לגבי מספרים נוספים כגון חמשת אלפים, ואייל העלה בחקירתו גרסאות כבושות שונות כגון שחלק מהדואר היה מענה ללקוחות שביקשו תפריטים. לכן, ביהמ"ש שב וקובע שבנסיבות אלה הוא לא האמין לאייל גם בעניין מצבה הכלכלי של הנתבעת.

הצעת החוק

71. הנתבעת טענה מסעיף 67 לסיכומיה כי על פי הצעת החוק לחוק התקשורת אין מקום לפסוק פיצוי לטובת התובעת. ספק אם פרשנות הנתבעת את התיקון נכונה ומיישמת באופן הולם נסיבות הליך זה, אך ממילא, ביהמ"ש פוסק לפי הדין הקיים.

גמול ושכר טרחת בא כוח המייצגת

72. באשר לגמול ולשכר טרחת בא כוח המייצגת- בקביעת שיעור הגמול לתובעת המייצגת ביהמ"ש מביא בחשבון השיקולים המנויים בסעיף 22(ב) לחוק, ובכלל זה הטרחה שטרחה התובעת המייצגת, לצד הסיכון שנטלה על עצמה בעצם הגשת התובענה הייצוגית. כמו כן, ביהמ"ש מביא בחשבון הפער בין סכום התביעה ובין הסכום שפסק, וכן מידת התועלת המסוימת שהביאה התובענה הייצוגית ומידת חשיבותה הציבורית של התובענה הייצוגית בנסיבות המקרה.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 29602-05-22 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

73. בקביעת שיעור שכר הטרחה לב"כ המייצגת ביהמ"ש שוקל את השיקולים המנויים בסעיף 23(ב) לחוק, לרבות מורכבות ההליך, הטרחה שטרחה לאורך כל ההליך כולל תשעה דיונים וכן הסיכון שנטלו על עצמם בעצם הגשת התובענה וניהולה, וכן האופן הראוי שבו נוהל ההליך על ידי באי הכוח המייצגים.

74. בעניין בן פורת, ביהמ"ש המחוזי הפנה לרע"א 2957/17 **סופרגז חברה ישראלית להפצת גז נ' שוורצמן**, (נבו 17.3.2024) (להלן: "**עניין סופרגז**") בו בית המשפט העליון הדגיש (בפס' 50) כי "**שיטת האחוזים**" נוגעת לעניין במקרים שבהם נפסק סעד כספי או כאשר ניתן לכמת את הסעד שנפסק. כמו כן, צוין כי אף על פי ששיטת האחוזים היא שיטה מקובלת בהליכי תובענות ייצוגיות, בית המשפט אינו מחויב לפעול על פיה. בעניין בן פורת, ביהמ"ש פסק לטובת התובעים, בשים לב שלא הוגש כתב הגנה והתקיימו שלושה דיונים, 15,000 ₪ לכל אחד, ושכר טרחה לבאי הכוח המייצגים בסך של 150,000 ₪ כולל מע"מ כדון. לענייננו, אין סיבה לסטות משיטת האחוזים ולכן לנוכח התארכות ההליך, כפי שפורט בהרחבה במבוא לפסק הדין, ביהמ"ש פוסק בהתאם לסמכותו לפי סעיפים 22 ו-23 לחוק תובענות ייצוגיות גמול כולל של 110,000 ₪ מתוכו, פוסק לטובת התובעת הסך של 10,000 ₪ ולבאי כוח התובעת הסך של 100,000 ₪ כולל מע"מ. לעניין ההוצאות בהן נשאה התובעת, ביהמ"ש מאשר מלוא ההוצאות המנויות בסעיף 62 לסיכומי התובעת בסך של 42,643 ₪.

75. ביהמ"ש מוצא לאמץ אבני דרך שקבע ביהמ"ש המחוזי בעניין בן פורת לגבי אופן תשלום הגמול ושכר הטרחה כלהלן:

- שליש מהגמול ומשכר הטרחה ישולם בתוך 30 יום מהיום; שליש נוסף ישולם לאחר קבלת אישור בית המשפט שיינתן לאחר קבלת הודעת ב"כ המייצגת בדבר העברת רבע מהסעד שנפסק לקרן בצירוף אסמכתאות; שליש אחרון ישולם לאחר קבלת אישור בית המשפט שיינתן לאחר קבלת הודעת ב"כ המייצגת בדבר העברת מלוא הסעד לקרן בצירוף אסמכתאות.

הוראות לב"כ התובעת

76. ב"כ המייצגת ידאגו לפרסם הודעה בדבר פסק דין זה, בשני עיתונים יומיים הנפוצים בתפוצה רחבה. הנתבעת תישא בעלויות פרסום המודעה. ב"כ המייצגת יגישו נוסח הודעה לאישור בית המשפט וזאת עד לתאריך 15.9.25. באי כוח המייצגת יהיו רשאי לעתור להשבת ההוצאות בהן יישאו בקשר לפרסום המודעה.

סוף דבר

77. ביהמ"ש מחייב את הנתבעת לשלם לקרן הסך של 500,000 ₪.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 29602-05-22 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

78. כמו כן, ביהמ"ש נותן צווים כדלקמן:

- צו מניעה המורה לנתבעת להימנע מהמשך שיגור דברי פרסומת בניגוד להוראות סעיף 30 לחוק התקשורת.
- צו עשה המורה לנתבעת לתקן את דרכה, לשגר דברי פרסומת רק לנמענים אשר נתנו הסכמתם המפורשת ומראש לכך, ולציין בהודעות עצמן את כל הפרטים הנדרשים בהתאם להוראות סעיף 30 א לחוק.

79. הנתבעת תשלם לתובעת המייצגת גמול בסך של 10,000 ₪ ושכר טרחה לב"כ המייצגת בסך של 100,000 ₪ כולל מע"מ. בנוסף, הנתבעת תשלם לתובעת ההוצאות בהן נשאה התובעת בסך של 42,643 ₪.

80. המזכירות תשלח העתק פסק הדין לב"כ המייצגת, לב"כ הנתבעת ותעביר העתק הימנו לפנקס תובענות ייצוגיות.



ניתן היום, בט' אלול תשפ"ה, ב20 ספטמבר 2025, בהעדר הצדדים.

עדי הדר, שופט



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 29602-05-22 כחלון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ

