



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

רע"א 57134-09-24

לפני: כבוד השופט עופר גרוסקופף

המבקשת: הוט מובייל בע"מ

נגד

המשיבים: 1. טל קוסטנטין לדרמן
2. צביקה בלינזון

בקשת רשות ערעור על החלטה שניתנה בבית המשפט המחוזי
מרכז בלוד ביום 7.6.2024 בת"צ 47795-11-17 על ידי כבוד
השופטת העמיתה שושנה אלמגור

בשם המבקשת: עו"ד אורית מלכא ; עו"ד לירון קופרשטיין-לביא

בשם המשיבים: עו"ד נדב אפלכאום

החלטה

לפניי בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז בלוד (כב'
השופטת העמיתה שושנה אלמגור) בת"צ 47795-11-17 מיום 7.6.2024, במסגרתה אושר
ניהולה של תובענה כייצוגית נגד המבקשת.

רקע והשתלשלות העניינים

1. ביום 21.11.2017 הגישו המשיבים (להלן: התובעים המייצגים) תובענה (להלן:
כתב התביעה) ובקשה לאישור תובענה כייצוגית נגד המבקשת, הוט מובייל בע"מ (להלן:
הוט או החברה), וזאת לפי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-
2006: "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין
אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו" (להלן: בקשת האישור). עניינה של בקשת האישור
בשיחות טלפון רבות אשר נטען כי הוט יזמה, בין היתר באמצעות משווקים חיצוניים,
עם לקוחות פוטנציאליים ובכללם התובעים המייצגים. בבקשה נטען כי במשך תקופה
של כשנה וחצי, קיבלו התובעים המייצגים עשרות שיחות מהוט ומשווקיה, על אף
שביקשו פעמים רבות כי הם יחדלו מכך, במסגרתן הוצעו להם שירותיה של החברה

והתבקשו פרטיהם (להלן: השיחות). התובעים המייצגים טענו כי השיחות החוזרות והנשנות פגעו בשלוות רוחם וגרמו להם לנזקים שונים, וכי בהתנהלותה התרשלה הוט וכן הפרה, בין היתר, את איסור השפעה בלתי הוגנת לפי סעיף 3(ב)(4) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 האוסר "ביצן]ע פניות חוזרות ונשנות לצרכן [...] כדי לקשור עסקה, אף שהביעו, במפורש או במשתמע, את רצונם כי יחדל מכך" (להלן: איסור השפעה בלתי הוגנת); ואת איסור פגיעה בפרטיות לפי סעיף 2(1) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: איסור פגיעה בפרטיות).

2. בתגובת החברה לבקשת האישור, שהוגשה ביום 3.5.2018 (להלן: התגובה לבקשת האישור), היא התנגדה לבקשת האישור בשני מישורים עיקריים: ראשית, נטען כי מי שיצרו קשר עם התובעים המייצגים הם משווקים חיצוניים הפועלים כקבלנים עצמאיים (להלן: המשווקים), כך שגם אם ייקבע כי הללו אכן ביצעו עוולה נזיקית, אין החברה חבה בגינה (בכפוף להוראת סעיף 15 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין)); שנית, נטען כי התובעים המייצגים לא העמידו תשתית עובדתית מספקת לבקשת האישור, בפרט כזו המבססת קיומה של קבוצה. ביום 19.7.2018 הגישו התובעים המייצגים את תשובתם לתגובה לבקשת האישור (להלן: התשובה לתגובה לבקשת האישור), בה עמדו על כך שמי שיצר איתם קשר הוא לא אחר מאשר הוט עצמה. לחלופין, נטען כי גם אם אכן מדובר במשווקים חיצוניים, אזי הם מהווים שלוחים של החברה כך שהיא חבה על העוולות שהם ביצעו.

3. לאחר שנים אחדות במהלכם נערכו הליכי גילוי, צורפו ראיות והתקיימו מספר דיונים, החליט בית המשפט קמא ביום 7.6.2024 לקבל את בקשת האישור (להלן: ההחלטה). תחילה נקבע, על בסיס החוזה שנכרת בין החברה לבין משווקיה (נספח 1 לתגובה לבקשת האישור. להלן: החוזה), כי מתקיימים יחסי שליחות ביניהם – כך שהחברה חבה על עוולות משווקיה, ככל שבוצעו כאלו. בין יתר התניות החוזיות עליהן הסתמך בית המשפט קמא, הוא הפנה לסעיף 4.5 לחוזה, ממנו משתמע כי המשווקים מחתימים את הלקוחות על הזמנות והסכמים מול הוט, ולסעיף 6.2 לחוזה המציג איסור התקשרות של המשווקים עם חברות מתחרות אחרות. כמו כן, בית המשפט קמא קבע כי עומדות לכאורה לתובעים המייצגים מספר עילות תביעה נגד הוט, ובהן הפרת איסור הפגיעה בפרטיות, הפרת איסור השפעה בלתי הוגנת ורשלנות.

4. בבקשת רשות הערעור, מלינה הוט על מספר רכיבים בהחלטה. ראשית, נטען כי שגה בית המשפט קמא בקביעתו כי קיימים יחסי שליחות בינה לבין המשווקים. מבחינה עובדתית, נטען כי יש להבחין בין השירותים עצמם – אשר הוט מספקת ואת תוכנם היא קובעת, לבין אופן השיווק – שבו מתמחים המשווקים, והוט לא מתערבת בו כלל. לפיכך, כך נטען, המשווקים פועלים באופן עצמאי לחלוטין בתחום השיווק, כך שבמסגרתו לא מתקיימים יחסי שליחות בין הוט לבינם. עוד טוענת הוט כי גם מהחווה לא עולים יחסי שליחות. כך, למשל, לטענתם סעיף 6.2 לחווה עליו הסתמך בית המשפט קמא מתייחס רק לנציגים המסוימים, אשר משווקים את ענייני הוט, ולא לכלל העובדים בחברות השיווק החיצוניות. מבחינה משפטית, נטען כי פסיקות קודמות של בית משפט זה קבעו כי מערכות עסקיות וחוזיות הדומות לזו שבענייננו הן יחסים שבין מזמין לקבלן עצמאי ולא יחסי שליחות. שנית, הוט טוענת כי התובעים המייצגים לא הוכיחו קיומה של קבוצה, שכן לא הוכח שמדובר ב"שיטה" או "תופעה" באמצעות ניתוח מקצועי שיעיד כי מספר התלונות חורג מהסטנדרט ביחס לכמות הלקוחות של הוט. שלישית, ולבסוף, נטען כי ניהול התובענה כייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת, שכן מראשית שנת 2023 נכנס לשימוש מאגר "אל תתקשר אליי" המונע קבלת שיחות שיווקיות, ומפני שהתובענה דורשת שאלות פרטניות עבור חברי הקבוצה השונים – אשר התובעים לא הציגו כל מנגנון מעשי לאיתורם.

דיון והכרעה

5. לאחר עיון בבקשת רשות הערעור הגעתי למסקנה כי דינה להידחות, אף מבלי להידרש לתשובת התובעים המייצגים.

6. כידוע, כאשר בית המשפט בוחן בקשת רשות ערעור על החלטה המאשרת ניהול תובענה כייצוגית, עליו לאזן בין מספר שיקולים תוך התחשבות בנסיבות המקרה שלפניו. בפרט, על בית המשפט לבחון את המשמעות הכלכלית של אישור ניהול התובענה כייצוגית מבחינת הנתבע; את משקל השאלות המשפטיות והעובדתיות העולות בבקשת רשות הערעור ביחס לשאלות שנוותר לדון בהן בגדרי התובענה הייצוגית; ובמקרי קצה, בהם החלטת האישור מעלה קשיים בולטים או היעדר קשיים שכאלו, יישקלו גם סיכויי הערעור להתקבל (ראו: רע"א 8761/09 סלקום ישראל בע"מ נ' פתאל, פסקה 5 (6.5.2010); רע"א 9171/10 חברת בזק בינלאומי בע"מ נ' MYRNA MANDAP, פסקה 4

(19.9.2012); רע"א 4193/22 מעדני מניה רשתות מסחר בע"מ נ' גנקין, פסקה 9 (14.8.2022)). על רקע שיקולים אלו, סבורני כי נסיבות המקרה שלפניי אינן מצדיקות מתן רשות ערעור.

7. אשר לשיקול הראשון (המשמעות הכלכלית) בבקשת רשות הערעור אומנם נטען כי אישור ניהול התובענה כייצוגית צפוי להסב להוט נזק כלכלי משמעותי, אך זאת ללא כל ביסוס ראיתי כדבעי (ראו: רע"א 4421/23 גוליבר תיירות בע"מ נ' מעטוק, פסקה 8 (12.3.2024); בר"מ 426/24 עיריית רחובות נ' עזר, פסקה 12 (30.4.2024)). המסקנה המתבקשת היא שהוט לא עמדה בנטל להוכיח כי שיקול זה פועל לטובת מתן רשות ערעור במקרה זה.

8. אשר לשיקול השני (היעילות הדיונית) הרי שגם אם אניח כי הוא מתקיים ביחס לעילות התביעה המייחסות להוט אחריות למעשי המשווקים מכוח סעיף 14 לפקודת הנזיקין ("חבותו של שולח"), אין הוא מתקיים ביחס למכלול העילות שנטענו בבקשת האישור, ושאושר לנהל תובענה ייצוגית בגינם במסגרת ההחלטה. כך, שכן בהחלטה נקבע שיש אפשרות סבירה שתתקבל הטענה שהוט התרשלה בעצמה בתפעול מערכותיה שאמורות היו למנוע הטרדת הלקוחות (פסקאות י"ח-כ"ה להחלטה). ודוק, לא נעלם מעיני כי ההחלטה בוחנת גם סוגיה זו מתוך הנחת מוצא כי במערכת היחסים מול המשווקים הוט היא בגדר "שולח". ואולם נראה כי עילת תביעה זו עומדת כנגד הוט במישרין, ולפיכך היא אינה תלויה באפיון מערכת היחסים בינה לבין המשווקים. בצד זאת, יש להעמיד גם את האפשרות (אשר נטענה בבקשת האישור, ושכית המשפט קמא נמנע מלהתייחס אליה לאור עמדתו שמדובר ביחסי שליחות), שיקבע כי פעולותיה של הוט עולות לכדי הסכמה לפעולות המשווקים (בגדר "הרשה או אישור"), וגם במצב דברים זה היא נושאת באחריות אף אם יקבע כי המשווקים הם קבלנים עצמאיים (ראו סעיף 15(3) לפקודת הנזיקין. כן רע"א 1621/16 MEGA ADVANCED MATHEMATICAL SYSTEM LTD נ' זילברג, פסקה 11 (14.6.2016); רע"א 1326/18 סמארט קלאב אחזקות בע"מ נ' כהן, פסקה 14 (31.12.2020)). לאור האמור, על פניו אין די בסווגה של הוט כ"מזמין", בנסיבות המקרה, כדי לשחרר אותה מאחריות לרשלנות מהסוג המיוחס לה בהחלטה. המסקנה המתבקשת היא שגם מבחינת יעילות דיונית אין טעם במתן רשות ערעור, שכן גם אם טענתה המרכזית של הוט בבקשת רשות הערעור תתקבל, עדיין לא יהיה בכך כדי ליתר את המשך הדיון בתובענה הייצוגית.

9. לבסוף, בחינת טענות הוט לגופן, במסגרת השיקול השלישי (סיכויי הערעור), מביאה למסקנה כי גם בחינה של הטענות שמועלות בבקשת רשות הערעור נגד ההחלטה לגופן אינה מצדיקה מתן רשות ערעור.

10. לוז טענתה של הוט בבקשת רשות הערעור הוא כי היה מקום לסווג את המשווקים כקבלנים עצמאיים, ועל כן היא אינה נושאת באחריות לעוולות שביצעו בהתאם לסעיף 15 לפקודת הנזיקין. במכלול נסיבות המקרה, לא השתכנעתי כי קביעתו של בית המשפט קמא, לפיה יש אפשרות סבירה שטענה זו תידחה, ותחת זאת יקבע שהמשווקים הם בגדר שלוחיה של הוט לעניין נשיאה באחריות נזיקית לפעולותיהם, מצדיקה התערבות. אבהיר בקצרה.

11. המקור הנורמטיבי הרלוונטי לניתוח היחסים בין הוט למשווקיה, לשיטת בית המשפט קמא, הוא סעיף 14 לפקודת הנזיקין, לפיו "המעסיק שלוח, שאיננו עובדו, בעשיית מעשה או סוג של מעשים למענו, יהא חב על כל דבר שיעשה השלוח בביצוע אותו מעשה או סוג מעשים ועל הדרך שבה הוא מבצע אותם" (ראו בעניין זה פסקאות ו-ז להחלטה). ודוק, הגדרת שליחות לפי פקודת הנזיקין רחבה מהגדרה זו לפי סעיף 1(א) לחוק השליחות, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק השליחות), כאשר בעוד האחרונה דנה בשליחות לפעולה משפטית בלבד, הראשונה אינה מוגבלת לכך (ראו והשוו ע"א 502/78 מדינת ישראל נ' ניסים, פ"ד לה(4) 748, 754-756 (1981) (להלן: עניין ניסים); רע"א 5765/02 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' זילברשלאג, פסקה 14 (26.8.2009); עמוס הרמן דיני נזיקין 219-218 (מהדורה שנייה 2020) (להלן: הרמן)). המבחן המרכזי לזיהוי גורם כשלוח בענייננו, כך נקבע בפסיקה, הוא האם הוא פעל כ"ידו הארוכה" של השולח, בבחינת ממלא מקומו (אז הוא ייחשב שלוח), או אך כ"מורשה מטעמו" (אז הוא ייחשב לכל היותר לקבלן עצמאי) (ראו ע"א 404/54 גורדן נ' פילרסקי, פ"ד ט 1429, 1435 (1955); עניין ניסים, בעמ' 754-757; ע"א 190/81 פלג נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 57, 67 (1984); הרמן, בעמ' 217-219). כן הוזכר בפסיקה מבחן עזר למבחן "היד הארוכה": ככל שפעילות הגורם הנוסף היא "חלק פנימי ואינטגרלי לפעולתו העסקית של אלמוני" – הוא ייחשב כשלוח, וככל שמדובר ב"שירות חיצוני" – הוא ייחשב כקבלן עצמאי (עניין ניסים, בעמ' 757).

12. על רקע זה, החלטת בית המשפט קמא שלפיה נסיבות העניין מלמדות, ברמה הנדרשת לצורך אישור ניהול תובענה ייצוגית, כי המשווקים הם שלוחי הוט לעניין הטלת אחריות בנזיקין לפעולותיהם, אינה מגלה פגם המצדיק מתן רשות ערעור. אכן, לכאורה,

עיצוב יחסי העבודה בין הוט לבין המשווקים בחוזה שביניהם עשוי ללמד על כך שהאחרונים פועלים בשמה של הוט וכידה הארוכה: כך, למשל, מסעיף 4.5 לחוזה עולה כי המשווקים מחתימים את לקוחותיה הפוטנציאליים של הוט על הזמנות והסכמים אל מולה (גם אם כ"בלדר" בלבד (ראו סעיף 4.5 לחוזה)). ראוי להזכיר, בהקשר זה, כי המשווקים הזדהו מספר פעמים כלפי התובעים המייצגים, לטענתם, כאנשי הוט ממש – ולא כגורמים עצמאיים (ראו סעיף 10 לתשובה לתגובה לבקשת האישור). בהמשך לכך, טענת הוט כי היא אינה מתערבת באופן השיווק של המשווקים אינה עולה בקנה אחד עם התחייבות עובדי המשווקים לעבור הדרכה על-ידי הוט בטרם תחילת העסקתם (ראו סעיף 5.3 לחוזה) ועם התחייבותם לקיים את פניותיהם ללקוחות "אך ורק על פי תסריטי שיחה שאושרו על ידי [הוט]" (ראו סעיף 4 ל"התחייבות המשווק" (נספח 2 לתגובה לבקשת האישור); סעיף 2 ל"התחייבות משווק משנה" (נספח 4 לתגובה לבקשת האישור)). שני אלו מעידים באופן ברור כי הוט מעצבת ומתערבת באופן השיווק של המשווקים, כך שלא ניתן לראות בשירות שהם מספקים כ"שירות חיצוני" לפעילותה העסקית. עוד יש להזכיר את הוראת החוזה המקנה להוט את הזכות לדרוש מהמשווקים "הפסקת עבודתו של עובד" (סעיף 5.2 לחוזה) – הוראה שמעידה גם היא על השתלבות המשווקים כחלק פנימי במערך פעילותה של הוט. חיזוק נוסף לכך הוא סעיף 6.2 לחוזה, האוסר על המשווקים לספק שירות לחברות מתחרות. אגב כך, יובהר כי בניגוד לטענת הוט, מפשט הסעיף עולה כי הוא מתייחס לגוף המשווק בכללו, ולא רק לעובדים מסוימים בגוף זה (ראו הגדרת "משווק" בעמ' 1 לחוזה), וכי אף אם תתקבל טענת הוט בעניין זה, אין בכך כדי לשנות ממהות הסעיף – הענקת בלעדיות להוט ביחס לשירות הניתן לה.

13. למען השלמת נקודה זו, יובהר כי בניגוד לעמדת הוט, פסיקה קודמת של בית משפט זה אינה מסייעת לה. עיקר הפסיקה אליה מפנה הוט עוסקת בחברות פרסום אשר שלחו הודעות ספאם בשמן של חברות אחרות, וקבעה כי מערכת היחסים ביניהן היא של מזמין-קבלן ולא של שולח-שלוח (רע"א 2059/16 א.א. קליניקות כרמל בע"מ נ' כהן, פסקה 9 (27.7.2016); רע"א 7608/16 סמארט קלאב אחזקות בע"מ נ' כהן, פסקה 6 (14.2.2017)). אפס, ענייננו אינו בחברות פרסום כאמור, אלא בחברות העוסקות בשיווק טלפוני (יצוין כי בע"א 4688/19 בן סימון נ' פלאפון תקשורת בע"מ (24.6.2020), שעסק במקרה קרוב יותר לענייננו, חזרה בה המערערת בהמלצת בית המשפט, כאשר עיון בפרוטוקול הדיון מלמד כי הטעם להמלצה זו לא היה קשור לסיווג מערכת היחסים בין הצדדים, אלא להעדר ראיות לקיומה של קבוצת נפגעים). כמו כן, זיהוי גורם כשלוח או כקבלן עצמאי תלוי גם כך בנסיבותיו הפרטניות של המקרה (כפי שמשקף, בין השאר,

בחווה בין הצדדים). לפיכך, בהיעדר נימוקים מיוחדים להקיש מהפסיקה הנדונה למקרה דנן, הגזירה שמבצעת הוט אינה משכנעת.

14. טענה מרכזית נוספת של הוט, כזכור, היא כי התובעים המייצגים לא הוכיחו קיומה של קבוצה, בעיקר בהתבסס על החובה להוכיח "מדיניות מפרה" וזאת בשונה מ"תקלות נקודתיות" (ראו: ע"א 2112/17 גרסט נ' נטוויז'ן בע"מ, פסקה 29-30 (2.9.2018); רע"א 3608/18 יפאורה תבורי בע"מ נ' שוקרון, פסקה 11 (1.7.2019)). אכן, ניתן לטעון כי הצבעה על כעשרה מקרים נוספים מלבד המקרה הפרטני של התובעים המייצגים אינה מספקת כדי לגבש קיומה של קבוצה. עם זאת, בנסיבות העניין אני סבור כי עלה בידם של התובעים המייצגים להוכיח את קיומה של קבוצה באופן מספק בשלב זה, בשל שני נדבכים מרכזיים: כמות השיחות שקיבלו התובעים המייצגים; ואופיין של שיחות אלו. אשר לכמות השיחות, מדובר בכמות חריגה של כ-40 שיחות שהתקיימו עם התובעים המייצגים בתקופה של כשנה וחצי. לאור כמות חריגה זו, טענת הוט כי מדובר בטעות נקודתית היא לכל הפחות מוקשית. ודוק, בשונה מעצם קיומה של הקבוצה, סוגיית גודלה של קבוצה זו, וכחלק מכך תיחומה במישור הזמן, תידון ותיקבע במסגרת ניהול התובענה גופה (ראו רע"א 7934/23 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' סמוחה, פסקה 14 (30.5.2024); רע"א 5223/24 חב' אלקטרה השקעות (1998) בע"מ נ' מלכה, פסקה 11 (19.9.2024)). הנדבך השני, והחשוב יותר, הוא אופי השיחות. ההתבטאויות החריגות, ואף המטרידות, של המשווקים במהלך חלק מהשיחות שנערכו עם התובעים המייצגים לא משאירות מקום לספק כי מדובר במדיניות של ממש:

המשיב 1: [...] בבקשה לא להתקשר יותר.
נציג (דוד): [...] נו אז תחכה לשיחה הבאה.
(שיחה מיום 27.4.2016, מסומנת 3.4 בנספח 3 לכתב התביעה)

המשיב 2: אני אומר לך ברוסית להפסיק להתקשר אלי.
זה ברור?
נציג (דמיטרי): [...] אחרי זה יתקשרו אליך לא משנה מה.
(שיחה מיום 20.5.2016, מסומנת 4.2 בנספח 4 לכתב התביעה)

המשיב 2: אני פשוט ביקשתי מכם לא להתקשר אלי כבר
עשרות פעמים [...]
נציג (ארטיום): בשביל זה אתה צריך לעבור לחברה שלנו
כדי שלא יתקשרו אליך יותר [...]
(שיחה מיום 20.9.2016, מסומנת 4.11 בנספח 4 לכתב התביעה).

תוכן השיחות מעלה כי אין מדובר בטעויות נקודתיות גרידא, אלא במדיניות אותה מיישמים נציגי המשווקים. עוד ראוי להצביע על כך שאין מדובר בנציג בודד וסורר, אלא במספר נציגים שונים. גם בכך יש כדי לחזק את הטענה כי מדובר במדיניות מפרה. משכך, לא מצאתי מקום להתערב בקביעת בית המשפט קמא כי התובעים המייצגים הצליחו להוכיח קיומה של קבוצה.

15. לסיום, יצוין כי לא מצאתי ממש בטענות הוט לגבי יעילות והוגנות ניהול התובענה כייצוגית. אשר למאגר "אל תתקשר אליי", הרי שזה לא היה בשימוש במועד הגשת בקשת האישור. כמו כן, לא השתכנעתי כי התובענה אכן תחייב בדיקה פרטנית של כל אחד ואחת מחברי הקבוצה, כפי שטוענים התובעים המייצגים.

16. סוף דבר: דין בקשת רשות הערעור להידחות. בהתחשב בכך שלא נתבקשה תשובה, יועמדו ההוצאות לטובת המשיבים על 5,000 ש"ח בלבד.

ניתנה היום, י"ט אדר תשפ"ה (19 מרץ 2025).



עופר גרוסקופף
שופט