

בתי המשפט

א 002446/06 א 002447/06 בש"א 23305/06 בש"א 23323/06		בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו	
תאריך: 16/03/2009		כב' השופטת ענת ברון	
לפני			

בעניין:
 1. עומרי רוטשילד
 2. ניב רון
 3. אלכס ברקמן

המבקשים
 (התובעים)

נ ג ד

1. פרטנר תקשורת בע"מ
2. סלקום ישראל בע"מ
3. נ. ד. יישום פתרונות פרקטיים בע"מ
4. דוד שטרנברג
5. ניסים כהן

המשיבים
 (הנתבעים)

להחלטה במחוזי (2008-03-09): [בשא 3180/07](#) פרטנר תקשורת בע"מ נ' עמרי רוטשילד שופטים: ענת ברון
 להחלטה במחוזי (2009-06-28): [בשא 8974/09](#) סיני ליבל נ' עמרי רוטשילד שופטים: ענת ברון
 להחלטה בעליון (2009-09-13): [עא 3022/08](#) סיני ליבל נ' נ.ד. יישום פתרונות פרקטיים בע"מ שופטים: ח' מלצר,
 עו"ד: דרור כהן אורגד
 להחלטה בעליון (2009-11-04): [עא 3022/08](#) סיני ליבל נ' נ.ד. יישום פתרונות פרקטיים בע"מ שופטים: גאולה
 לויז, עו"ד: בקשה להורות, ל' 5 להגיש את סיכומיו בנפרד מ' 6

חקיקה שאוזכרה:

[חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006](#): סעי' 1, [בתוספת השנייה](#), 3(א), 4(א), 8(א), 14(א), 14(ב), 20(א), 25(ז), 1

[חוק המחשבים, תשנ"ה-1995: סע' 2, 5, 5](#)

[חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981](#)

מיני-רציו:

* אושרה הגשת תובענה ייצוגית נגד פרטנר, סלקום, אתר ההכריות ברשת "פופיק" ומנהליו. עניינה של התובענה טענות הטעיה ומרמה בגין צירוף לקוחות פרטנר וסלקום, ללא הסכמתם, לאתר של פופיק, וחיוכם על ידן בגין מסרונים ששלח להם האתר בסכום של 5 ₪ למסרון.

* דיון אזרחי – תובענה ייצוגית – התנאים לאישורה

* דיון אזרחי – תובענה ייצוגית – תנאים לאישורה

* דיון אזרחי – תובענה ייצוגית – תכליתה

* דיון אזרחי – תובענה ייצוגית – לפי [חוק תובענות ייצוגיות](#)

* דיון אזרחי – תובענה ייצוגית – בקשה לאשר תובענה ייצוגית

* ראיות – נטל ההוכחה – עובדה שלילית

שתי בקשות לאישור ניהול תובענות כייצוגיות שעניינן רישום לקוחותיהן של משיבות 1-2 (להלן: פרטנר, סלקום) לאתר היכריות ברשת האינטרנט בשם "פופיק" (משיבה 3 ומנהליה, משיבים 4-5). לפי הנטען בבקשת האישור, עשרות אלפי לקוחות של פרטנר וסלקום צורפו לאתר שלא כדין ומבלי שהביעו את הסכמתם לכך; וחמור מכך, לאחר רישומם לאתר נשלחו לאותם לקוחות, על בסיס יומיומי, מסרונים מהאתר המעדכנים אותם לכאורה במצב החשבון שלהם באתר, כאשר בגין כל מסרון חויבו הלקוחות בסכום של 5 ₪.

בית המשפט המחוזי אישר את הבקשה לנהל את התובענות כתובענות ייצוגיות ופסק כי:

למבקשים עומדת עילת תביעה אישית נגד האתר פופיק ומנהליו. הציר המרכזי עליו נסבה התביעה נגדם היא סוגיית הסכמת המבקשים להירשם כחברים באתר ולקבל מסרונים מפופיק. במחלוקת שהתגלעה בעניין זה יש להעדיף בשלב זה את גרסת המבקשים. אף כי טענות המבקשים בדבר העדר הסכמה להרשמה

לחברות באתר היא טענה עובדתית בעלת יסוד שלילי, שעל התובים להוכיחה, מידת ההוכחה הדרושה נופלת באופן משמעותי מזו הדרושה ליסוד חיובי. מאחר שטרם הוברר עיקרה של המסכת העובדתית, די בכך שהמבקשים הוכיחו לכאורה את היסוד השלילי בדבר העדר ההסכמה, ע"מ לקבוע כי עומדת להם לכאורה עילת תביעה אישית נגד פופיק בעילות הנטענות על ידן שעיקרן הטעיה ומרמה, כאשר היסודות החיוביים של עילות אלה יתבררו בדיון גופו. מאותו טעם נמצא כי עומדת למבקשים עילת תביעה אישית נגד פרטנר וסלקום.

המבקשים אף עמדו בתנאי הסף שבס' 8 (א) לחוק. מדובר באותה שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לחברי הקבוצה, ואין צורך כי תהא זהות מוחלטת בכל השאלות הטעונות הכרעה במסגרת הדיון בתובענה. מאחר שהמבקשים הוכיחו לכאורה כי קיימת להם עילת תביעה אישית נגד המשיבים, ומכיוון שיש יסוד להניח כי כך אירע גם בעניינם של שאר חברי הקבוצה התובעת, יש אפשרות סבירה כי השאלות המשותפות תוכרענה בתובענה לטובת הקבוצה.

כן נמצא כי התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה בעניינם של חברי הקבוצה. ניהול התובענה כייצוגית חשובה ע"מ להרתיע ספקי תוכן מניצול לרעה של המנגנון בו נוהגות החברות הסלולאריות לספק את שירותי התוכן ללקוחותיהן. בנוסף, אין קושי לברר את אחת הסוגיות המרכזיות המשותפות לחברי הקבוצה בדבר שאלת ההסכמה לשירות ולכן הדיון בעניינם של חברי הקבוצה בתובענה ייצוגית יביא לניהול יעיל וממצה של תביעותיהם, לחסכון במשאבים ולאחידות בפסיקה. כ"כ, מתקיימת ההנחה לפיה לכל אחד מלקוחות החברות הסלולאריות בפני עצמו אין תמריץ להגשת תביעה פרטית בנושא. בנוסף, נמצא כי עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת ובתום לב וכי המבקשים ראויים לשמש כתובעים מייצגים.

החלטה

פתח דבר

1. עסקינן בשתי בקשות (בש"א 23305/06 ובש"א 23323/06) שהוגשו מכוח [חוק תובענות ייצוגיות](#), התשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות") - לאישור ניהולן של התובענות נושא [ת.א. 2446/06](#) ות.א. 2447/06 כייצוגיות; על פי החלטת בית משפט (כבוד השופט נ' ישעיה) מיום 11/6/07 אוחד הדיון בשתי הבקשות הללו (ראו: בש"א 4646/07) (שתי הבקשות יחדיו יכוננו להלן: "בקשת האישור").

עניינה של בקשת האישור הוא ברישום לקוחותיהן של שתיים מהחברות המובילות בארץ בתחום אספקת שירותים סלולאריים - המשיבה מס' 1, פרטנר תקשורת בע"מ (להלן: "פרטנר") והמשיבה מס' 2, סלקום ישראל בע"מ (להלן: "סלקום"); פרטנר וסלקום יחדיו יכוננו להלן: "החברות הסלולאריות") - לאתר היכריות ברשת האינטרנט בשם "פופיק" (להלן: "האתר"). האתר הופעל על ידי המשיבה מספר 3, נ.ד. יישום פתרונות פרקטיים

בע"מ (להלן: "פופיק"); המשיב מס' 4, דוד שטרנברג (להלן: "שטרנברג") והמשיב מס' 5, ניסים כהן (להלן: "כהן") הם הבעלים והמנהלים של פופיק.

על פי הנטען בבקשת האישור, עשרות אלפי לקוחות של פרטנר ושל סלקום צורפו לאתר שלא כדין ומבלי שהביעו את הסכמתם לכך; וחמור מכך, לאחר רישומם לאתר נשלחו לאותם לקוחות, על בסיס יומימי, מסרונים ("הודעות טקסט", "SMS") מאת האתר המעדכנים אותם לכאורה במצב החשבון שלהם באתר – כאשר בגין כל מסרון שנשלח להם חויבו הלקוחות על ידי החברות הסלולאריות בסכום של ₪5.

הרקע העובדתי

2. החברות הסלולאריות פועלות על פי רישיון שניתן להן מאת משרד התקשורת לאספקת שירותי רדיו טלפון נייד, הידוע בכינויו "טלפון סלולארי" (להלן: "הרישיון" וכן - "טלפון סלולארי" בהתאמה). הרישיון מחייב את פרטנר ואת סלקום לספק ללקוחותיהן, מעבר לשירותים הבסיסיים שעיקרם העברת שיחות, גם מגוון של "שירותי ערך מוסף" כלשונו – כגון גישה לספק אינטרנט, העברת דואר אלקטרוני, העברת תצלומים, העברת וידאו חי וכיוצ"ב (הקטעים הרלוונטיים מתוך רישיונות אלה צורפו כנספחים לסיכומי הטיעונים מטעמן של החברות הסלולאריות). עם שירותי הערך המוסף האמורים נמנים גם "שירותי מידע ותוכן", המתוארים בתוספת הראשונה לרישיון של פרטנר כדלקמן:

"גישה למגוון רחב של שירותי מידע באמצעות מסרים כתובים או דיבור (לדוגמה, מידע פיננסי, דיווחי תנועה, חדשות ספורט בידור ותחזית מזג האוויר)". (להלן: "שירותי התוכן") (ראו פריט 10 בסעיף 2.3 לתוספת הראשונה לרישיון של פרטנר).

הוראה דומה מופיעה גם ברישיון של סלקום.

במסגרת התחייבותן לספק ללקוחותיהן גישה למגוון של שירותי תוכן – הן פרטנר והן סלקום התקשרו בהסכמים עם חברות שעיסוקן בריכוז שירותי תוכן מספקי תוכן שונים והעברתם ללקוחות החברות הסלולאריות (להלן: "חברות התוכן"). ההתקשרות עם חברות התוכן יצרה הסדר, שלפיו לקוחות החברות הסלולאריות רוכשים את שירותי התוכן באופן ישיר מחברות התוכן או מספקי תוכן הפועלים מטעמן, והשירותים ניתנים ללקוחות החברות הסלולאריות על ידי חברות התוכן באמצעות החברות הסלולאריות.

התמורה בגין שירותי התוכן נגבית על ידי החברות הסלולאריות במסגרת החשבון החדשי של לקוחותיהן ומועברת על ידן לחברות התוכן. יצוין בהקשר זה כי הן פרטנר והן סלקום לא הכחישו כי הן אינן מעבירות את מלוא התמורה הנגבית על ידן מן המנויים לחברות התוכן, וכי חלק ממנה נותר בידן – כאשר חלק התמורה שנותר בידן נקבע כפי הנראה על פי הוראות ההסכם הספציפי שבו התקשרו עם חברת תוכן מסוימת.

3. פרטנר התקשרה עם חברות התוכן טלכלל בע"מ (להלן: "טלכלל") וסלקט בע"מ (להלן: "סלקט") בהסכמים שלפיהם חברות התוכן התחייבו לספק לפרטנר שירות של העברת מסרונים - המכילים אינפורמציה בפורמט של טקסט, גרפיקה, אודיו, וידיאו או כל שילוב של אלה - בין לקוחות פרטנר לבין מגוון של ספקי תוכן (להלן: "הסכם פרטנר-טלכלל" ו-"הסכם פרטנר-סלקט") (ההסכמים צורפו כנספחים א-ב לתצהירו של מר ציון גינת, המשמש כסמנכ"ל לקוחות בפרטנר, להלן: "תצהיר סמנכ"ל לקוחות פרטנר"; חלקים מן ההסכמים הושחרו על ידי פרטנר, מאחר שלטענתה הם מהווים סודות מסחריים). הסכמים אלה מורים כי חברות התוכן יספקו שירותי תוכן ויחייבו בגינם אך ורק לקוחות שהביעו את הסכמתם המפורשת לכך, וכן יחזיקו ברשותן תיעוד של קבלת ההסכמה כאמור.

ראו למשל הדברים שנקבעו בהסכם פרטנר-טלכלל:

4.1" הספק (חברות התוכן- ע.ב.) מתחייב בזאת כי לא ישלח הודעות SMS (הודעות טקסט- ע.ב.) / MMS (הודעות מולטימדיה- ע.ב.) למשתמשים אשר לא הביעו את הסכמתם המפורשת, בכתב או במענה קולי, לקבלתן מהספק. 'הסכמה מפורשת בכתב' לעניין סעיף זה: לרבות משלוח הודעת MMS/SMS ע"י משתמש לספק לאחר שהספק פרסם הזמנה להצטרף לשירות כלשהו. 'הזמנה' לעניין סעיף זה: בכל אמצעי שהוא לרבות ומבלי למעט פרסום מודעה, אתר אינטרנט וכיו"ב, אך למעט הזמנה בדרך של משלוח הודעת MMS/SMS למשתמש.

4.2 הספק מתחייב לשמור תיעוד של הסכמתם המפורשת של המשתמשים לקבלת הודעות MMS/SMS ממנו.

4.3 הספק מתחייב בזאת כי הודעות ה MMS/SMS שישלח לא יהוו באופן כלשהו 'דואר זבל' ("SPAM"), שלא ישלח הודעות MMS/SMS שלא על פי הסכמתם המפורשת של המשתמשים, ושלא ישלח הודעות MMS/SMS במסגרת נוהגי שיווק לא מקובלים לדעתה הסבירה של פרטנר, ובתנאי שפרטנר תודיע לספק על כך."

(ההדגשות שלי- ע.ב.) (ראו: סעיף 4 לנספח א (סוג 4) לתיקון להסכם פרטנר-טלכלל מיום 19/1/06, נספח א לתצהיר סמנכ"ל לקוחות פרטנר; כן ראו: סעיף 3 להסכם פרטנר-סלקט מיום 25/8/02, נספח ב לתצהיר סמנכ"ל לקוחות פרטנר).

סלקום התקשרה בהסכמים בעלי תכלית ואופי דומה הן עם סלקט והן עם חברת התוכן טלמסר בע"מ (להלן: "טלמסר") (להלן: "הסכם סלקום-סלקט" ו- "הסכם סלקום-טלמסר") (ההסכמים צורפו כנספחים ב ו- ג לתצהירו של מר עדי כהן, המשמש כסמנכ"ל שיווק בסלקום, להלן: "תצהיר סמנכ"ל שיווק סלקום"; חלקים מן ההסכמים הושחרו על ידי סלקום, מאחר שלטענתה הם מהווים סודות מסחריים).
וכך נקבע בהסכם סלקום-טלמסר:

"4. הצהרות והתחייבויות החברה (טלמסר- ע.ב.):

...
4.3. כי תשלח הודעות אך ורק לצידוד קצה (מכשירי טלפון סלולריים- ע.ב.) (שבעליו או מי מטעמו נתנו הסכמה אקטיבית מראש (למעט שירותים מזדמנים), לקבלת השירותים של החברה) ממנו אל צג צידוד הקצה שלהם, והכל בהתאם לבקשתם.

...
4.9 כי היא האחראית לניהול ולתיעוד ההרשמה של לקוחות סלקום לשירות החברה אשר בהם נדרשת הרשמה ע"י הלקוח. ההרשמה תהיה כזו בה יידרש הלקוח לאשר את תקנון השירותים בצורה אקטיבית כתנאי לקבלת השירותים של החברה. ... (ראו סעיף 4 להסכם סלקום-טלמסר מיום 8/4/03, נספח ג לתצהיר סמנכ"ל שיווק סלקום; כן ראו: סעיף 4 להסכם סלקום-סלקט מחודש יוני 2002, נספח ב לתצהיר סמנכ"ל שיווק סלקום).

4. פופיק הפעילה במועדים הרלוונטיים לבקשת האישור אתר אינטרנט המספק שירותי "dating on line" (שירותי היכרויות מקוונים): כל אחד מהנרשמים לאתר יכול היה לפתוח מעין "חשבון אישי" שאליו הוא הזין פרטים אישיים, ופופיק עדכנה אותו באופן יומיומי בדבר מצב החשבון שלו - ובעיקר במספר הצפיות של חברים אחרים בחשבון שלו ובהודעות שנמסרו לו על ידם. עדכון זה נעשה באמצעות שליחת מסרונים לטלפון הסלולארי של החבר באתר, שמחירו היה 5 עבור כל מסרון. הן פרטנר והן סלקום אפשרו ללקוחותיהם גישה לשירותי האתר באמצעות חברות התוכן, כולן או מקצתן.

לגרסתה של פופיק, ניתן היה להירשם לחברות באתר ולקבלת שירותיו בשתי דרכים חלופיות: הדרך האחת - פופיק פרסמה באתר הזמנה להרשמה כאמור בדרך של שליחת מסרון עם המילה "פופיק" למספר מסוים. הרישום התחיל אפוא בשליחת המסרון, והמשיך בקבלת מסרון תשובה מאת פופיק שבו מופיע קוד אותו היה על הנמען להזין באתר על מנת להשלים את ההרשמה. הדרך השנייה - פופיק נהגה לשלוח **מיוזמתה** מסרונים לבעלי טלפונים סלולאריים, שבהם הזמנה להירשם לאתר. אם החליט מקבל ההזמנה להיענות לה, היה עליו לגלול את המסרון אל קישור המופיע בו – וללחוץ עליו. גם כאן הרישום המשיך בקבלת מסרון תשובה מאת פופיק, שבו הופיע קוד אותו היה על הנמען להזין באתר על מנת להשלים את ההרשמה. פופיק מדגישה כי בכל מקרה ההזמנה להירשם לחברות באתר ציינה גם את תקנון החברות באתר, שכלל הסכמה לקבלת שירותי שליחת המסרונים ולעלויותיהם. עוד נטען על ידי פופיק כי ללא קשר לאופן בו נעשתה ההרשמה לאתר, בכל מקרה ניתן היה לבטלה ולהפסיק את החברות באתר בכל עת וללא תנאי – על ידי משלוח מסרון או באמצעות שיחה עם נציגי השירות של האתר, 24 שעות ביממה 7 ימים בשבוע.

5. המבקש מס' 1, מר עומרי רוטשילד (להלן: "**רוטשילד**") והמבקש מס' 2, מר ניב רון (להלן: "**רון**") הם לקוחות של פרטנר; המבקש מס' 3, מר אלכס ברקמן (להלן: "**ברקמן**") הוא לקוח של סלקום (שלושת המבקשים יחדיו יכוננו להלן: "**המבקשים**"). לגרסתם של המבקשים, כל אחד מהם נרשם לכאורה לאתר מבלי שחפץ בכך, מבלי שעשה פעולה כלשהי לשם כך וממילא מבלי שהביע הסכמתו לכך; ומשכך הם חויבו שלא כדין על ידי פופיק, באמצעות החברות הסלולאריות, עבור מסרונים שנשלחו להם מאת פופיק.

רוטשילד הוא הבעלים במכשיר טלפון סלולארי שרכש מפרטנר, וכן בקו טלפון של פרטנר שמספרו 6693016-054; ואולם בפועל בנו של רוטשילד, שקד, הוא שמחזיק במכשיר ועושה שימוש בקו (ראו סעיף 11 לתצהיר רוטשילד מיום 9/11/06, להלן: "**תצהיר רוטשילד**"). יוער כי בתגובה לבקשת האישור טענה פרטנר כי רוטשילד אינו נמנה עם ציבור לקוחותיה, מאחר שהמכשיר והקו אינם בבעלותו אלא בבעלות הקיבוץ שבו הוא חבר. ואולם דומה כי אין לטענה זו מקום, שכן רוטשילד הבהיר בתצהיר מיום 12/6/07 (להלן: "**התצהיר המשלים של רוטשילד**") כי הגם שהקיבוץ הגיע עם פרטנר להסדר בדבר רכישת טלפונים סלולאריים עבור חבריו - רוטשילד הוא זה שרכש את הטלפון

הסלולארי, והוא זה ששילם לפרטנר מידי חודש את חשבונות הטלפון ובהם חיוב בגין מסרונים מאת פופיק (ראו סעיפים 1-2 לתצהיר המשלים של רוטשילד). לגרסתו של רוטשילד, למרות שהוא או בנו מעולם לא פעלו לרישום באתר של פופיק - ביום 24/5/06 בשעה 13:14 התקבל בטלפון הסלולארי של רוטשילד מסרון שבו נאמר כי הוא נרשם לאתר, כי הקוד שלו הוא 56332, וכי במידה שהוא ישלים את הרשמתו לאתר הוא יזכה ליהנות משירותי האתר ללא תשלום במשך חודש שלם. מסרונים דומים נשלחו על ידי פופיק לטלפון הסלולארי של רוטשילד גם בימים 28/5/06, 19/6/06, 26/6/06 ו- 6/7/06, ואולם רוטשילד או בנו לא שעו לאמור בהם ומעולם לא נכנסו לאתר להשלמת ההרשמה (ראו סעיפים 12-15 לתצהיר רוטשילד). אף על פי כן, ביום 16/8/06 בשעה 18:55 התקבל בטלפון הסלולארי של רוטשילד מסרון שלשונו היתה כדלקמן:

"עדכון מאתר פופיק: צפו בך: 0 הודעות: 0 נשיות: 0 www.poopic.com שירות לקוחות 33-50-70-1700".

בגין מסרון זה ובגין מסרונים זהים שנשלחו לטלפון הסלולארי של רוטשילד לאחר מכן, כמעט מדי יום ביומו במהלך החודשים אוגוסט וספטמבר 2006 – חיוב רוטשילד על ידי פרטנר בסכום של 5 ש"ח עבור כל מסרון (ראו סעיפים 16-21 לתצהיר רוטשילד; רשימה מאת פופיק המפרטת את המסרונים שנשלחו על ידה לטלפון הסלולארי של רוטשילד צורפה כנספח ב לתצהיר רוטשילד). לאחר שפנה בנו של רוטשילד אל פופיק בנדון, ניאוה האחרונה להפסיק את שליחת המסרונים כאמור ואולם סירבה להשיב את הסכומים שגבתה מרוטשילד באמצעות פרטנר בגין המסרונים הללו (ראו סעיפים 22-25 לתצהיר רוטשילד).

6. אין מחלוקת כי גם רון הוא בעלים בטלפון סלולארי שרכש מפרטנר וכן בקו טלפון של פרטנר – הגם שמספרו של קו זה לא הוברר על ידי מי מהצדדים. במהלך חודש יוני 2006 החל גם רון לקבל מסרונים מאת פופיק לטלפון הסלולארי שבבעלותו, על בסיס יומיומי – וזאת למרות שלטענתו הוא מעולם לא פעל לצורך רישום לאתר או לקבלת שירותיו, ואף לא הביע הסכמתו לביצוע הרשמה כאמור. רון אינו זוכר את המועדים המדויקים שבהם נשלחו אליו מסרונים אלה, ואף לא את תוכנם המדויק, אך לטענתו עיקרם היה "צפו בך הכנס לאתר" - והוא מצידו מחק אותם מיד לאחר קבלתם, מאחר

שלא גילה בהם כל עניין (ראו סעיפים 11-15 לתצהיר רון מיום 9/11/06, להלן: "תצהיר רון"; כן ראו: סעיפים 1-3 לתצהיר רון מיום 12/6/07, להלן: "התצהיר המשלים של רון"). בגין המסרונים שנשלחו לו חויב רון על ידי פופיק, באמצעות פרטנר, בסכום של ₪108 בתוספת מע"מ בחודש יולי 2006 (חשבון לתשלום צורף כנספח ב לתצהיר רון), ובסכום של ₪88.70 בתוספת מע"מ בחודש אוגוסט 2006 (חשבון לתשלום צורף כנספח ג לתצהיר רון).

כעבור חודשיים מעת שהחל לקבל את המסרונים פנתה רעיתו של רון לנציגי השירות של פופיק, ודרשה כי יחדלו לשלוח מסרונים לטלפון הסלולארי שלו – שאז אמנם הפסיקה פופיק את שליחתם (ראו סעיף 16 לתצהיר רון); במהלך חודש נובמבר 2006 פנה רון לפרטנר בעניין חיוביו בגין המסרונים – ופרטנר מצידה הסכימה לזכותו בסכום שבו חויב בחודש אוגוסט 2006 בלבד (ראו סעיפים 18-19 לתצהיר רון).

7. ברקמן הוא הבעלים במכשיר טלפון סלולארי שרכש מסלקום, וכן בקו טלפון של סלקום שספרו 2434616-052. גם ברקמן לטענתו מעולם לא נרשם לחברות באתר ולקבלת שירותיו, או הביע הסכמתו להרשמה כאמור - ולמרות זאת למן יום 23/3/06 הוא קיבל מסרונים שונים מהאתר, על בסיס יומיומי. הוא מוסיף כי בדרך כלל הוא נהג להתעלם מן המסרונים ולמחוק אותם מן הטלפון הסלולארי שלו, ואולם מספר פעמים הוא ניסה להתקשר למספר המצוין בהודעה או אף להשיב למסרונים שקיבל תוך דרישה להפסיק את שליחתם – אך ללא הועיל (ראו סעיפים 12-16 לתצהירו של ברקמן מיום 9/11/06, להלן: "תצהיר ברקמן").

לטענתו של ברקמן, רק בחודש אוגוסט 2006 הוא שם לב לראשונה כי סלקום נוהגת מזה מספר חודשים לחייב אותו עבור שירותי תוכן – ולאחר בירור עימה התברר כי החיוב הוא בגין מסרונים שקיבל מפופיק. פופיק מצידה סירבה לפנייתו להשבת הכספים שגבתה ממנו סלקום עבור המסרונים, ולאחר שפנה בנושא לסלקום – הודיעה לו האחרונה כי היא מוכנה, באופן חד פעמי ולפנים משורת הדין, להשיב לו סכומים שנגבו ממנו עבור חודש אחד בלבד (ראו סעיפים 17-21 לתצהיר ברקמן). על רקע דברים אלה, והתחושה כי נעשה לו עוול – פנה ברקמן אל צוות תכנית התחקירים "שומר מסך עם אמנון לוי" ששודרה בערוץ 10, והתלונן על הגביה שלא כדין של תשלום עבור המסרונים שנשלחו לו על ידי פופיק. לגרסתו של ברקמן מאות פניות דומות התקבלו אצל צוות התכנית – ומשכך ביום 7/11/06 שודרה תכנית שעסקה בהתנהלותה של פופיק, תוך הפניית אצבע מאשימה נגדה בביצוע מעשי תרמית והונאה (להלן: "התוכנית שומר

מסך). יצוין כי בעקבות שידור התכנית שומר מסך הגישה פופיק תביעה אישית נגד ברקמן בגין לשון הרע, בסכום של ₪5,000,000 (ראו סעיף 22 לתצהיר ברקמן, וכן ראו סעיף 75 לתצהירו מיום 8/10/07, להלן: "**התצהיר המשלים של ברקמן**").

טענות הצדדים בבקשת האישור

8. ביסודה של בקשת האישור עומדת טענתם של המבקשים שלפיה הם ולקוחות רבים אחרים של החברות הסלולאריות נפלו קורבן למעשה תרמית מצידה של פופיק – שבמסגרתו שלחה פופיק את ידה אל כיסם, כאשר מבלי לקבל את הסכמתם חייבה אותם באמצעות החברות הסלולאריות בסכומים של מאות שקלים עבור מסרונים ששלחה לטלפונים הסלולאריים שלהם.

לגרסתם של המבקשים עומדת להם **עילת תביעה אישית** הן נגד החברות הסלולאריות והן נגד פופיק והבעלים בה:

באשר לחברות הסלולאריות – הללו הפרו לטענת המבקשים את ההסכמים בין לבין המבקשים, ואף התרשלו כלפי המבקשים, מאחר שלא נקטו בפעולות הדרושות כדי למנוע את הגבייה הבלתי חוקית שנעשתה על ידי פופיק; ועוד נטען כי הן ביצעו עוולת גזל והתעשרו שלא כדין על חשבונם של המבקשים.

העילה העיקרית הנטענת נגד פופיק היא עוולת התרמית; ובנוסף מצוינות בבקשת האישור עוולות רשלנות, גזל והפרת חובה חקוקה של סעיפים [2-5 לחוק המחשבים](#), התשנ"ה-1995, וכן עשיית עושר ולא במשפט והטעייה צרכנית. לבסוף, המבקשים טוענים כי שטרנברג וכהן נושאים באחריות אישית לנזקיהם – ראשית משום שלנוכח מעשי התרמית שביצעו יש להרים את מסך ההתאגדות בינם לבין פופיק, ושנית מכוח אחריותם לנזקים כנושאי משרות הנהלה בכירות בפופיק לנזקים שנגרמו על ידה.

המבקשים מוסיפים וטוענים כי מדובר במעשה תרמית שביצעה פופיק נגד עשרות אלפי לקוחות אחרים של החברות הסלולאריות מלבדם – והם מבקשים לייצג את כל אותם לקוחות של פרטנר ושל סלקום שקבלת השירותים של האתר נכפתה עליהם על ידי פופיק ללא הסכמתם, מתוך כוונה ליטול מכיסם כספים שלא כדין. להערכתם של המבקשים מדובר בקבוצה המונה כ- 20,000 חברים: 10,000 מקרב לקוחות פרטנר ו-

10,000 נוספים מקרב לקוחות סלקום. המבקשים עותרים בשם הקבוצה לשני סעדים: הסעד האחד הוא השבה של כל הסכומים שנגבו על ידי פופיק באמצעות החברות הסולולאריות שלא כדין. בהנחה כי המסרונים נשלחו לכל אחד מחברי הקבוצה שלא כדין באופן יומיומי במשך כשנה, סכום ההשבה מוערך על ידי המבקשים בסך של ₪36,000,000 (על פי חישוב של ₪5 ליום כפול 30 ימים בחודש כפול 12 חודשים בשנה כפול 20,000 חברי הקבוצה). הסעד הנוסף הוא פיצוי בגין עוגמת הנפש שנגרמה לחברי הקבוצה עקב מעשה התרמית, בסכום של ₪1,000 לכל אחד – ובסך הכל בסכום של ₪20,000,000.

9. הטענה המרכזית שבפי פרטנר וסלקום היא שהן אינן צד לסכסוך נושא בקשת האישור, וכי מדובר במחלוקת שבין המבקשים לבין פופיק בלבד. כך לגרסתן, משום שהחברות הסולולאריות הן לא אלה שסיפקו את שירותי פופיק לציבור לקוחותיהן, אלא שימשו כפלטפורמה בלבד להעברת שירותים אלה מחברות התוכן אל הלקוחות ולגביית התמורה בגינם. משכך גם אין להן לטענתן כל ידיעה בנוגע לפרטי התקשרותם של המבקשים עם פופיק, וכל הידוע להן בנושא מתמצה למעשה במידע המועבר אליהן מחברות התוכן – קרי: עצם העובדה שהמבקשים רכשו את שירותי התוכן של פופיק, ושיעור התמורה שהיה על החברות הסולולאריות לגבות בגין שירותים אלה. פרטנר מוסיפה בהקשר זה כי היא אינה חבה חובת זהירות כלפי לקוחותיה בעניין חיובם על ידי חברות התוכן – וזאת משום שאין זה ראוי כעניין של מדיניות שיפוטית, ואף לא ניתן מבחינה טכנית, לחייב אותה לוודא בנוגע לכל חיוב וחיוב שמוצג לה על ידי חברות התוכן כי הוא נעשה בגין שירות שהלקוח אמנם ביקש לקבלו. יחד עם זאת, הן סלקום והן פרטנר סבורות כי אין ממש בטענה שלפיה הן לא נקטו באמצעי זהירות סבירים למניעת גבייה בלתי חוקית מלקוחותיהן עבור שירותי תוכן. לגרסתן, ההיפך הוא הנכון: ראשית, במסגרת התקשרותן עם חברות התוכן, החברות הסולולאריות התנו את אספקת שירותי התוכן בהסכמה מפורשת מצידו של הלקוח. שנית, החברות הסולולאריות הבטיחו במסגרת ההסכמים עם חברות התוכן כי לקוחותיהן יהיו רשאים להפסיק את התקשרותם עם ספקי התוכן בכל עת ומכל סיבה שהיא. כמו כן, פירוט החיובים בגין שירותי התוכן מופיע בתיבה נפרדת בחשבון החודשי הנשלח ללקוחות – וזאת על מנת להבטיח כי הלקוח יבחין בנקל בחיובים אלה (חשבונות שנשלחו לברקמן עבור החודשים מרץ 2006 עד אוגוסט 2006 צורפו כנספחים ד2-1 לתצהיר סמנכ"ל שיווק סלקום).

סלקום מוסיפה עוד כי אין יסוד לטענה שלפיה היא הפרה חובות חוזיות בהן היא חבה כלפי ברקמן. לגרסתה, הסכם ההתקשרות של סלקום עם לקוחותיה כולל מסמך המכונה "תנאים כלליים להתחברות לרשת סלקום" – אשר מסדיר באופן כללי את היחסים בין הצדדים, והוא נמסר לכל לקוח בעת ההתקשרות הראשונית עם סלקום וכן בכל פעם שהלקוח משדרג את מכשירו או מצטרף לתוכנית מנויים חדשה. הסכם זה מתייחס באופן ברור לשירותי התוכן המסופקים ללקוחותיה של סלקום על ידי ספקי תוכן חיצוניים - וקובע כי החיוב בגין שירותים אלה ייעשה באמצעות חשבון הטלפון הסלולארי ועל פי מידע שנמסר לסלקום מאת ספקי התוכן (הסכם עליו חתם ברקמן ביום 2/2/04 צורף כנספח א לתצהיר סמנכ"ל שיווק סלקום). משכך, ומאחר שברקמן הסכים באופן מפורש כי היא תגבה ממנו תמורה עבור שירותי תוכן בהתאם למידע שיועבר לה מאת ספקי התוכן – סלקום סבורה כי אין יסוד לעילת תביעה אישית נגדה.

10. פופיק, שטרנברג וכהן, טוענים כי אין יסוד לטענת התרמית שהמבקשים מפנים כלפיהם. לגרסתם, **כל אחד מן המבקשים נרשם מרצונו לחברות באתר ואף הביע את הסכמתו לתנאי החברות בו – ובתוך כך גם לשליחת מסרונים וגביית תשלום בגינם** (תקנון השימוש צורף כנספח א לתצהיר שטרנברג שניתן בתמיכה לתגובת פופיק בבש"א 23305/06, להלן: "**תצהיר שטרנברג הראשון**"; וכן כנספח א לתצהיר שטרנברג שניתן בתמיכה לתגובת פופיק בבש"א 23323/06, להלן: "**תצהיר שטרנברג השני**"). פופיק מוסיפה וטוענת כי גם אם היה בטענת התרמית ממש, ממילא אין מקום לבררה בדרך של תובענה ייצוגית - שכן ההנחה העומדת בבסיסה של טענת התרמית היא שבין הצדדים לא נקשר מעולם הסכם למתן שירותים. מכך למדה פופיק כי לגרסתם של המבקשים עצמם כלל לא מתקיימים בינם לבין פופיק יחסי "עוסק" ו- "לקוח", קרי לא מתקיים התנאי הקבוע **בסעיף 1** לתוספת השנייה **לחוק תובענות ייצוגיות** - ועסקינן בעילת תביעה שלא ניתן לבררה כייצוגית. בנוגע לעילות התביעה הנוספות – לגישתה של פופיק הן נטענו על ידי המבקשים בעלמא וללא פירוט כדבעי, ועל כן אין באפשרותה להתייחס אליהן. לא זו אף זו, הטענה כי שטרנברג וכהן נושאים באחריות אישית בגין נזקיהם הנטענים של המבקשים ושל הקבוצה בכללותה היא טענה סתמית ולאקונית שלא הונח לה כל יסוד בדין ובראיות, ולו לכאורה.

עוד יצוין, כי הן החברות הסלולאריות והן פופיק, שטרנברג וכהן (יחדיו יכוננו להלן: "המשיבים") סבורים כי המבקשים אינם ראויים לשמש כתובעים ייצוגיים. ראשית דבר, המבקשים הסתירו מבית המשפט את העובדה שהם זוכו על ידי החברות הסלולאריות ביחס למרבית החיובים שבהם חויבו, ומשכך "ניפחו" שלא כדין את הנזק האישי שנגרם להם לטענתם. התנהלות זו מעידה לשיטתם של המשיבים על חוסר תום לב מצידם של המבקשים – ודי בכך על מנת לדחות את בקשת האישור שהגישו. שנית, נטען כי בקשת האישור נסמכת רובה ככולה על ההד התקשורת שנוצר בעקבות שידורה של התוכנית שומר מסך, ופרט לכך אין בה ולו ראשית ראייה לטענות החמורות המועלות נגד המשיבים.

עוד טוענים המשיבים, כי הסוגיה המרכזית שמעורר הדיון בבקשת האישור אינה מתאימה לבירור במסגרת של תובענה ייצוגית. לגרסתם, השאלה העיקרית שבמחלוקת היא: האם המבקשים הסכימו לקבלת שירותים מאת פופיק באופן שנקשר בין הצדדים חוזה מחייב, אם לאו. הנה כי כן, מדובר בשאלה עובדתית, הדורשת בירור פרטני ואינדיבידואלי ביחס לכל אחד ואחד מחברי הקבוצה הנטענת – ועל כן לא ניתן לדון בה בדרך של תובענה ייצוגית.

דין

11. מטעם המבקשים הוגשו תצהיר רוטשילד, התצהיר המשלים של רוטשילד, תצהיר רון, התצהיר המשלים של רון, תצהיר ברקמן והתצהיר המשלים של ברקמן; מטעם פרטנר הוגש תצהיר סמנכ"ל לקוחות פרטנר; מטעם סלקום הוגש תצהיר סמנכ"ל שיווק סלקום; מטעם פופיק, שטרנברג וכהן הוגשו התצהיר הראשון של שטרנברג והתצהיר השני של שטרנברג.

ביום 16/4/08 הגישו הצדדים לתיק בית המשפט הודעה בדבר הסכמה דיונית שאליה הגיעו – שלפיה הם מוותרים על חקירת המצהירים מטעמם, ומבקשים מבית המשפט להכריע בבקשת האישור על סמך החומר שבתיק וסיכומי טיעונים שיוגשו על ידם. הסכמה זו קיבלה תוקף של החלטה, שבמסגרתה אף קצבתי לצדדים מועדים להגשת הסיכומים כאמור (ראו החלטה מיום 17/4/08) – ואלה אמנם הוגשו.

12. כחודש וחצי לאחר הגשתה של בקשת האישור (שהוגשה בראשיתה בשתי בקשות נפרדות אשר הדין בהן אוחד כאמור בהחלטת בית משפט מיום 11/6/07), הגישו גם גב' אתי ליבל ומר סיני ליבל (יחדיו יכוננו להלן: "ליבל") תובענה ובקשה לאישורה כייצוגית - נגד פרטנר, פופיק, טלכלל וסלקט (ת.א. 2720/06, בש"א 27069/06). עניינה של הבקשה שהגישו ליבל היתה, בדומה לבקשת האישור שהיא נושא הדין שבפניי, בחיובם של לקוחות פרטנר בגין מסרונים שקיבלו מפופיק ללא ידיעתם וללא הסכמתם. בנסיבות אלה הגישה פרטנר ביום 29/1/07 בקשה למחיקה על הסף של אחת משתי הבקשות לאישור תובענה כייצוגית שהוגשו נגדה - בטענה שלפיה לא יתכן כי היא תידרש להתגונן מפני שתי בקשות שהוגשו בשם אותה קבוצת תובעים מיוצגים ובגין אותה עילה (בש"א 3180/07; להלן: "בקשת המחיקה"). לאחר שבקשת האישור בה עסקינן הועברה לטיפולו בשלהי שנת 2007, ביום 20/1/08 התקיים בפניי דיון בבקשת המחיקה - ובהחלטה מנומקת מיום 9/3/08 הוריתי על מחיקתן של התובענה והבקשה לאישורה כייצוגית שהוגשו על ידי ליבל.

המסגרת הנורמטיבית

13. הצעת [חוק תובענות ייצוגיות](#) הרחיבה בעניין תכליתו של מוסד התובענה הייצוגית:

"**התובענה הייצוגית היא כלי חשוב להגברת האכיפה של זכויות, שלגביהן התביעה הפרטנית אינה הליך יעיל ומעשי, ובכלל זה תביעות שסכומן זניח לעומת עלות התביעה, או תביעות הסובלות ממחסומי תביעה אחרים. התובענה הייצוגית היא כלי חשוב לתביעת זכויות של ציבור גדול הנפגע ממעשה של גורם אחד המרכז בידו כוח רב. היא מיועדת להביא בצד אכיפת הזכויות גם להרתעת אותם גורמים מפגיעה בזכויות של רבים. לתובענה ייצוגית נודע תפקיד חשוב בתחום הצרכנות לסוגיו, בתחום איכות הסביבה, בתחום הביטחון הסוציאלי וכן בתחום ניירות הערך. בנוסף, לתובענה הייצוגית יתרון גם בחיסכון הרב למערכת בניהול הליכים דומים, הקלת העומס על בתי המשפט וכן בהימנעות מפסיקה סותרת. בצד יתרונותיה של התובענה הייצוגית לוקה היא גם בחסרונות, שעיקרם נובע מכל שחברי הקבוצה שבשמה מנוהלת התובענה לא יפז את כוחו של מי שמנהל אותה לייצגם.**

...

התפיסה הכללית שאותה ביקש החוק המוצע לקדם היא שיש לעודד תובענות ייצוגיות ראויות ולהסיר מחסומים דינוניים מעל דרכן. בצד זאת, יש להתמודד כראוי עם סיכונים לניצול המכשיר לעשיית רווח בלא השגת תועלת לציבור. בנוסף, **ההליך הייצוגי נחזה לאו דווקא כהסדר**

דיוני של ניהול תביעות, אלא בראש ובראשונה ככלי לקידום אינטרסים ציבוריים. " (ההדגשות שלי- ע.ב.). [ה"ח 234, עמ' 256-257 (26/1/06)].

על מנת לקדם שימוש מושכל במוסד התובענה הייצוגית, נודעת חשיבות יתרה לדיון בבקשה לאישורה של תובענה כייצוגית:

"אכן, אין להתייחס אל התובענה הייצוגית כאל בן חורג. יש לראות בה אמצעי חשוב להגשמת זכות הפרט והכלל. עם זאת, יש לשמור בפני ניצול האמצעי הזה לרעה. מכאן חשיבותו הרבה של השלב הראשון בתובענה הייצוגית, שעניינו אישור (מלא או מותנה) של בית המשפט לתובענה הייצוגית. זהו הפרוזדור באמצעותו ניתן להיכנס לטרקלין, הוא הדיון במשפט גופו. אין להפוך את הפרוזדור למשכן קבע. הליך האישור צריך להיות רציני ויעיל. אסור לו, להליך זה, להוות גורם המצנן תובעים ראויים מלהגיש תביעה ייצוגית. עם זאת, ראוי לו להיות גורם השולל מתובעים בלתי ראויים את המשך התביעה הייצוגית." (ההדגשה שלי- ע.ב.). [רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 787-788 (1996)].

14. דברים אלה נאמרו על ידי בית המשפט העליון (כבוד הנשיא דאז א' ברק) עובר לחקיקתו של [חוק תובענות ייצוגיות](#), ואולם הם מקבלים משנה תוקף לאחר חקיקתו – משקבע המחוקק שורה של תנאים מצטברים מחמירים לאישורה של תובענה כייצוגית: כך, [סעיף 3\(א\) לחוק תובענות ייצוגיות](#) מגביל את עילות התביעה שבעטיין ניתן להגיש בקשה לאישור תובענה כייצוגית, לרשימת העילות המפורטת [בתוספת השנייה](#) לחוק; [סעיף 4\(א\)](#) לחוק תובענות ייצוגיות מורה כי ככל שעסקינן בבקשה לאישור תובענה כייצוגית שהוגשה על ידי אדם פרטי, רק מי שהוא בעל עילת תביעה אישית יכול לשמש כתובע ייצוגי:

"אלה רשאים להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית כמפורט להלן:
(1) אדם שיש לו עילה בתביעה או בעניין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם - בשם אותה קבוצה;
..."

קרי, על המבקש לקבל מעמד של תובע ייצוגי לשכנע את בית המשפט, הן מבחינה משפטית והן מבחינה ראייתית, כי אמנם קמה לו לכאורה עילת תביעה אישית בגין

הפגיעה הנטענת [ראו: ע"א 3955/04 ריזל נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, [פורסם בנבו].

כמו כן, סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות מקנה שיקול דעת לבית משפט אם לאשר ניהולה של תובענה כייצוגית – וזאת רק אם מצא שהתקיימו בה התנאים המצטברים הבאים:

- "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 עניינם של כלל חברי הקבוצה יוצג וינהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בעניין זה;
 - (4) קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה יוצג וינהל בתום לב."

ומן הכלל אל הפרט.

האם עומדת למבקשים עילת תביעה אישית נגד פופיק, שטרנברג וכהן?

15. המבקשים מעלים נגד פופיק טענות בדבר תרמית, גזל, רשלנות, הפרת חובה חקוקה, הטעיה צרכנית וכן עשיית עושר ולא במשפט – כאשר ביסודן של כל עילות התביעה הללו ניצבת הטענה שלפיה המבקשים צורפו לחברות באתר ללא הסכמתם, ועל כן נגבו מהם כספים שלא כדין עבור המסרונים שפופיק שלחה להם. פופיק מצידה טוענת כי לא היו דברים מעולם, וכי כל אחד מהמבקשים פעל באופן אקטיבי להרשמה באתר:

"לפי המידע המצוי אצל המשיבה (פופיק- ע.ב.), המבקש 1 (רוטשילד- ע.ב.) נרשם לשירותי האתר באמצעות WAP (באמצעות אינטרנט סלולארי, כלומר בדרך של לחיצה על קישור במסרון שנשלח לו על ידי פופיק- ע.ב.) ביום 20 במאי 2006 בשעה 16:16:12 ואף הקליד את הקוד שקיבל באתר ביום 20 במאי 2006 בשעה 16:18:12. יתרה מזאת, המבקש 1 ניסה להירשם שלוש פעמים נוספות באמצעות שליחת מסרון עם המילה 'פופיק' (ביום 28 באוגוסט 2006 בשעות 22:02:00 ו- 22:02:32 וביום 4 בספטמבר 2006 בשעה 19:35:36). כמו כן, גלש פעם אחרונה לשדות עריכת הפרופיל (לשדות שבחשבו

האישי באתר- ע.ב.) ביום 16 באוגוסט 2006 בשעה 12:59:32 ובשדה של תאריך הלידה הוקלד 21 במאי 1986. " (ראו סעיף 9.1.1. לתצהיר הראשון של שטרנברג).

וכן -

"לפי המידע המצוי אצל המשיבה, המבקש 2 (רון- ע.ב.) נרשם לשירותי האתר באמצעות משלוח מסרון עם המילה 'פופיק' למספר 1315 ביום 2 במרץ 2006 בשעה 12:47:04, הקליד את הקוד שקיבל באתר ביום 2 במרץ 2006 בשעה (לא צוין איזו- ע.ב.) וקיבל חודש כניסה לאתר מתנה (עד ליום 1 באפריל 2006 בשעה 23:59:59). כמו כן, גלש פעם אחרונה לשדות עריכת פרופיל ביום 10 ביולי 2006 בשעה 02:18:06 וגלש פעם אחרונה לאתר ביום 1 בספטמבר 2006 בשעה 12:28:38." (ראו סעיף 9.2.1. לתצהיר הראשון של שטרנברג).

ולבסוף –

"לפי המידע המצוי אצל המשיבה, המבקש (ברקמן- ע.ב.) נרשם לשירותי האתר באמצעות WAP ביום 23 במרץ 2006 בשעה 20:16:54 ואחר כך אף הקליד את הקוד שקיבל באתר ביום 24 במרץ 2006 בשעה 12:00:55 וקיבל שבוע כניסה לאתר מתנה (עד ליום 1 באפריל 2006 בשעה 23:59:59). כמו כן, המבקש גלש פעם אחרונה לאתר ביום 29 באוגוסט 2006 בשעה 11:08:50. בשדה לרישום תאריך הלידה הוקלד 22 ביולי 1983." (ראו סעיף 9.1. לתצהיר השני של שטרנברג).

הנה כי כן, הציר המרכזי עליו נסבה התביעה נגד פופיק היא סוגיית הסכמתם של המבקשים להירשם לחברות באתר ולקבל מסרונים מאת פופיק. אומר מיד כי במחלוקת שהתגלעה בין הצדדים בעניין זה מצאתי כי יש להעדיף בשלב זה את גרסתם של המבקשים על פני גרסתה של פופיק; ואבאר.

16. על פי גרסתה של פופיק עצמה, ההרשמה לחברות באתר – שטומנת בחובה גם הסכמה לקבלת מסרונים המחויבים בסכום של 5 לכל מסרון – כרוכה בפעולה אקטיבית מצידו של המעוניין ברישום: בין אם תהליך ההרשמה החל בקיבול ההזמנה שפורסמה באינטרנט בדרך של שליחת מסרון ובו המילה "פופיק", ובין אם התהליך החל בקיבול ההזמנה שנשלחה במסרון בדרך של לחיצה על קישור המופיע בו – בכל מקרה סיום ההרשמה כרוך בהקלדה של קוד לאתר האינטרנט. מאחר שהמבקשים טוענים כי

הרשמתם לחברות באתר נעשתה שלא על דעתם וממילא שלא בהסכמתם – הנטל עובר לפתחה של פופיק להוכיח כי המבקשים אמנם ביצעו פעולה אקטיבית שמעידה על הסכמה כאמור, ולטענתה – פעולה של הזנת קוד.

ודוק: טענת המבקשים בדבר היעדר הסכמה להרשמה לחברות באתר היא טענה עובדתית בעלת יסוד שלילי. לעניין חובת ההוכחה – נטל השכנוע של יסוד שלילי הוא כנטל השכנוע של יסוד חיובי מבחינה זו שהוא רובץ לפתחם של המבקשים בהתאם לכלל שלפיו "המוציא מחברו עליו הראיה". יחד עם זאת, מידת ההוכחה הדרושה בנוגע ליסוד שלילי נופלת באופן משמעותי מזו הדרושה ליסוד חיובי:

"הלכה פסוקה היא, שכמות ההוכחה הנדרשת מן התביעה על מנת לצאת ידי חובת הראיה של יסוד שלילי הינה 'זעירה למדי'; ומשמעדה התביעה בחובת הראיה והנאשם לא הביא מטעמו ראיות לסתור – עשויה אותה מידה 'זעירה' של הוכחה לבסס עמידה בנטל השכנוע לגבי אותו יסוד. זאת, משום שלא זו בלבד שעקרונית הוכחת השלילה הינה משימה קשה, אלא שהוכחת היפוכה – קרי: הוכחת החיוב – הינה משימה פשוטה ביותר (אם אכן זוהי האמת)... [ראו: יעקב קדמי על הראיות חלק שלישי 1492-1494 (2003); להלן: "קדמי"]."

יוער כי הדברים נאמרו בהקשר של המשפט הפלילי, אך יפים הם – בשינויים המחויבים – גם בנוגע למשפט האזרחי (ראו: קדמי, שם, בעמ' 1576).

17. כפי שכבר צוין, המבקשים הבהירו בתצהירים מטעמם כי הם לא נרשמו לחברות באתר, וכי ככל שהרשמה כאמור התבצעה הרי שהדבר נעשה ללא הסכמתם. בנסיבות שבהן המשיבים ויתרו על חקירת המבקשים על תצהיריהם, די בזאת על מנת לקבוע כי המבקשים עמדו בנטל הראיה של גרסתם כנדרש בשלב זה של הדיון. יוער בהקשר זה כי המשיבים מוצאים שלל רב בעובדה שלפיה בעוד שרוטשילד הצהיר כי הוא לא נרשם לאתר - למעשה בנו הוא שעשה שימוש בטלפון הסלולארי שבבעלותו של רוטשילד, ועל כן לא מן הנמנע כי היה זה הבן שנרשם לחברות באתר. ואולם אין בטענה זו ממש - שכן לא רק שרוטשילד הצהיר כי גם בנו לא ביצע הרשמה כאמור (ראו סעיפים 13-14 לתצהיר רוטשילד), אלא שלתצהירו אף צורפו תכתובות אלקטרוניות שנשלחו לפופיק מאת בנו של רוטשילד, ובהן מלין הבן על צירופו לאתר ללא הסכמתו (ראו נספח ד לתצהיר רוטשילד); ויוזכר שוב כי המשיבים ויתרו על חקירתו של רוטשילד, ובכך קיבלו

עליהם את גרסתו בנדון. גם ניסיונם של המשיבים להפריך את גרסתם של המבקשים באמצעות הפניה לאמור בתצהירים המשלימים מאת המבקשים נדון לכישלון: גם אם המבקשים לא התייחסו בתצהירים המשלימים לכל תו ותג בגרסתה של פופיק בנוגע לרישום הנטען לחברות באתר, ניכר כי גם בתצהירים המשלימים הם דבקו בגרסתם שלפיה איש מהם לא נרשם לחברות באתר, וככל שהרשמה כאמור בוצעה בדרך כלשהי הרי שהדבר נעשה ללא הסכמתם. מאידך גיסא, גרסתה של פופיק אינה נתמכת בכל אסמכתא שהיא בכתב לפעולה אקטיבית מצד מי מהמבקשים – פעולה שהיא תנאי להירשם כחבר באתר.

לא זו אף זו.

פופיק מצידה לא הביאה כל ראייה שיש בה כדי לסתור את גרסתם של המבקשים. אמנם לתצהיר הראשון ולתצהיר השני של שטרנברג צורפו "שאליות מתוך בסיס הנתונים של פופיק", כלשונו של שטרנברג, שנטען כי הן מתעדות את הליך הרישום של כל אחד מן המבקשים לחברות באתר (נספחים ג ו-ד לתצהיר שטרנברג הראשון וכן נספח ג לתצהיר שטרנברג השני) – ואולם אין במסמכים אלה את שמתיימרת פופיק למצוא בהם. בראש ובראשונה, כל אחת "מהאסמכתאות" האמורות נחזית כפלט של תוכנת מחשב כלשהי, ואולם פופיק ביכרה שלא לבאר מהי אותה תוכנה ומה טיבם של הנתונים המופיעים בה. שנית, הגם שבמסמכים אלה מופיעים חלק מן המועדים שנטען על ידי פופיק כי בהם התבצעה ההרשמה – כלל לא ברור איזו פעולה במסגרת תהליך ההרשמה מייצג כל אחד ואחד מן המועדים הללו. **ואולם חשוב מכל, אין כל זכר במסמכים האמורים למועדים שבהם נטען כי כל אחד מן המבקשים ביצע את הפעולה האקטיבית של הזנת הקוד האישי לאתר והשלמת ההרשמה בדרך זו.** ודוק: מאחר שפופיק טוענת כי כל אחד מהמבקשים נרשם באופן אקטיבי לאתר ובכך הביע הסכמתו לקבלת המסרונים ולחיוב בגינם – ההנחה היא כי אילו היו בידיה ראיות שייתמכו בגרסה זו, היא בוודאי היתה מציגה אותן לתיק בית המשפט; משנמנעה פופיק מלעשות כן – חזקה היא שהאסמכתאות שהיא טוענת שיש בידיה, אילו הוצגו היו פועלות לחובת גרסתה [ראו: **קדמי**, שם, בעמ' 1245; כן ראו: [ע"א 465/88 הבנק למימון ולסחר בע"מ נ' מתתיהו, פ"ד מה \(4\) 651, 658-659 \(1991\)](#)].

יפים לעניין זה דברים שנאמרו ב"ע"א 7303/01 עסאף נ' מינהל מקרקעי ישראל [פורסם
בנבו]:

"אמת נכון הדבר, כי נטל השכנוע ביחס לטענתו, כי הוא לא חתם על יפוי הכוח הנוטריוני, רבץ על המערער. כך מתחייב מן הכלל שלפיו נושא תובע בנטל השכנוע לגבי כל הטענות העובדתיות המרכיבות את עילתו, לרבות עובדות הנושאות אופי שלילי (ע"א 296/82 נבנצאל נ' ג'רסי ניוקליאר - אבקו איזוטופוס אינק., פ"ד מ(3) 281, 301). ... משמעות הדבר היא, כי על המערער הוטל לשכנע את בית המשפט - ברמה הנדרשת לפי מאזן ההסתברויות - כי החתימה המופיעה על יפוי הכוח והנחזית כחתימתו, לא נכתבה על-ידו אלא זויפה בידי אחר. כלום עמד המערער בנטל השכנוע שרבץ עליו? לשאלה זו יש, לדעתי, להשיב בחיוב. יש לזכור כי ענייננו בהוכחת עובדה בעלת יסוד שלילי, שלגבי הוכחתה כדי הרמת נטל הבאת הראיות, לשם העברתו אל הצד שכנגד, ניתן, ככלל, להסתפק בכמות פחותה של ראיות (ע"א 414/66 פישבין נ' פול על-ידי מזרח שירות לביטוח, פ"ד כא (2) 453, 461-462; ופרשת נבנצאל, ע"א 296/82 הנ"ל, שם). בתצהירו, שהיווה עדות ראשית מטעמו, העיד המערער, כי מעולם לא חתם על ההסכם או על יפוי הכוח וכי מעולם לא קיבל כל תמורה עבור זכויותיו במקרקעין. בהגשת תצהירו יצא המערער ידי חובת נטל הבאת הראיות שרבץ עליו, ומשבחרה המשיבה שלא לחקרו על האמור בתצהירו, התחייבה המסקנה כי האמור בתצהירו מהווה - לפחות לכאורה - ראיה בעלת משקל לביסוס גרסתו. בכך הועבר נטל הבאת הראיות אל שכמה של המשיבה, אלא שהמשיבה לא הביאה כל ראיה שמטרתה לסתור את גרסת המערער." (ההדגשה שלי- ע.ב.).

ובענייננו - משנמנעה פופיק לחקור את המצהירים על תצהיריהם ולא הציגה מצידה ראיות לסתור את גרסתם - המסקנה היא שהמבקשים עמדו בנטל השכנוע לכאורה כי לא נרשמו מיזמתם לחברות באתר ולכן אף לא הביעו הסכמתם לגביית תשלום עבור המסרונים שנשלחו להם על ידי פופיק.

18. כאן המקום להוסיף ולהתייחס לטענתה של פופיק כי עילות התביעה נגדה נטענו על ידי המבקשים ללא פירוט כדבעי, כאשר הן נסמכות על טענות עובדתיות חלופיות. יאמר מיד כי בניגוד לנטען, המבקשים לא הציגו גרסה עובדתית כלשהי בנוגע לאופן שבו הם צורפו בניגוד להסכמתם לחברות באתר - וכפי שכבר הוברר לעיל, גרסתם של המבקשים בנדון התמצתה בטענה שלפיה הם לא ביצעו את ההרשמה כאמור, ועל כן ברי שהיא נעשתה ללא הסכמתם. מתצהיריהם של המבקשים ניכר כי אין להם כל ידיעה באשר

לאופן שבו הם צורפו לכאורה לחברות באתר; ועל רקע הדברים הללו ברור כי ממילא אין בידי המבקשים אפשרות לפרט את היסודות החיוביים העומדים בבסיסן של עילות התביעה הנטענות, מעבר ליסוד השלילי בדבר העדר הסכמתם לרישום לחברות באתר - שכאמור הוכח על ידם לכאורה. ואולם להבדיל מן המבקשים, פופיק מצידה טוענת כי יש בידה מידע הנוגע לאופן ההרשמה לאתר - ועל כן אין לה להלין אלא על עצמה, על כך שלא חשפה את המסכת העובדתית הרלוונטית לגישה כבר בשלב הדיון בבקשת האישור.

הנה כי כן, בשלב זה של הדיון טרם הוברר עיקרה של המסכת העובדתית שהובילה לחיוב שלא כדין של המבקשים לטענתם בגין מסרונים ששלחה להם פופיק ללא הסכמתם. בנסיבות ייחודיות אלה, די בכך שהמבקשים הוכיחו לכאורה את היסוד השלילי בדבר העדר ההסכמה, על מנת לקבוע כי עומדת להם לכאורה עילת תביעה אישית נגד פופיק בעילות הנטענות על ידן - כאשר היסודות החיוביים של עילות אלה יתבררו במהלך הדיון בתובענה הייצוגית לגופה.

דברים אלה יפים גם לעניינה של עילת התביעה האישית הנטענת נגד שטרנברג וכהן: בנסיבות שבהן מחד גיסא פופיק היא "שמחזיקה את כל הקלפים" בנוגע לאופן שבו צורפו המבקשים לאתר, ומאידך גיסא המבקשים הוכיחו לכאורה את העדר הסכמתם לרישום לאתר ולחיוב בגין המסרונים - שטרנברג וכהן אינם יכולים להישמע בשלב זה בטענה שלפיה לא הובררו היסודות החיוביים הדרושים להרמת מסך ההתאגדות בינם לבין פופיק, או לחיובם בנזקים שגרמה האחרונה מכוח אחריותם כנושאי משרה בה.

יש לדחות גם את טענתה של פופיק שלפיה על פי [התוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות](#) לא ניתן לנהל תובענה ייצוגית בעילות התביעה הנטענות נגדה. מדובר בניסיון חסר תום לב מצידה של פופיק לאחוז בחבל בשני קצותיו: מצד אחד טוענת פופיק כי עילות התביעה אינן מקיימות את התנאי בדבר יחסי "עוסק" ו- "לקוח" הקבוע [בסעיף הראשון](#) לתוספת השנייה לחוק; ובאותה נשימה נטען על ידה כי המבקשים הם שנרשמו לחברות באתר, כאשר מטענה זו משתמע כי בין הצדדים אכן מתקיימים יחסי "עוסק ו- "לקוח". נוסף על כך, [הסעיף הראשון](#) לתוספת השנייה לחוק קובע כי ניתן להגיש בקשה לאישורה כייצוגית של כל "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו [בחוק הגנת הצרכן](#), בקשר לעניין

שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו. נמצאנו למדים אפוא כי יחסי "עוסק" ו- "לקוח" יכול שיתקיימו גם בלא שנקשרה ביניהם עסקה – ובעניינו די בכך שפופיק פרסמה הזמנה למבקשים להירשם לחברות באתר על מנת למלא אחר תנאי זה.

האם עומדת למבקשים עילת תביעה אישית נגד פרטנר וסלקום?

19. גם נגד החברות הסלולאריות מעלים המבקשים שורה של טענות – ובהן הפרת הסכם, רשלנות, גזל והתעשרות שלא כדין. קו ההגנה העיקרי בו נקטו פרטנר וסלקום נגד עילות תביעות אלה, הוא "גלגול" האחריות לנזקיהן הנטענים של המבקשים לפתחן של חברות התוכן – בטענה שלפיה החברות הסלולאריות שימשו אך ורק כצינור להעברת שירותי התוכן מחברות התוכן (ופופיק מטעמן) אל המבקשים מצד אחד, ולהעברת התמורה בגין שירותים אלה מן המבקשים אל חברות התוכן (והלאה אל פופיק) מצד שני. על פי גרסתן, גם אם יש ממש בטענתם של המבקשים כי הם צורפו לאתר ללא הסכמתם ועל כן חיובם עבור המסרונים נעשה שלא כדין – הרי שמאחר שחברות התוכן, או ספקי התוכן הפועלים מטעמן של חברות התוכן, הם שביצעו את הרישום והחיוב כאמור, החברות הסלולאריות אינן נושאות באחריות לרישום וחיוב שנעשו שלא כדין. עמדתן זו סומכות החברות הסלולאריות על ההסכמים שבהם הן התקשרו עם חברות התוכן – ובמיוחד על הסעיפים מתוך הסכמים אלה הכוללים הוראות שיפוי גורפות של החברות הסלולאריות על ידי חברות התוכן בכל מקרה של תביעה אם תוגש נגד החברות הסלולאריות בקשר עם שירותי התוכן (ראו סעיף 8.4 להסכם פרטנר-טלכלל, נספח א לתצהיר סמנכ"ל לקוחות פרטנר; סעיף 11 להסכם פרטנר-סלקט, נספח ב לתצהיר סמנכ"ל לקוחות פרטנר; סעיף 13 להסכם סלקום-סלקט, נספח ב לתצהיר סמנכ"ל שיווק סלקום; סעיף 7 להסכם סלקום-טלמסר, נספח ג לתצהיר סמנכ"ל שיווק סלקום). ואולם, דווקא הסכמים אלה מעידים על כך שפרטנר וסלקום נושאות לכאורה באחריות לנזקיהן הנטענים של המבקשים, אשר נגרמו להם לטענתם כתוצאה מחיובם שלא כדין בגין המסרונים שנשלחו להם על ידי פופיק.

ובמה דברים אמורים?

אין חולק כי החובה לספק גישה לשירותי תוכן היא חובה שעל פי הרישיונות שניתנו להן מאת משרד התקשורת מוטלת על החברות הסלולאריות, ולא על חברות התוכן. אמנם הן פרטנר והן סלקום מצאו לנכון להתקשר עם חברות תוכן שונות על מנת לעמוד בחובה זו - ואולם אין בכך להסיר מעליהן את האחריות לביצועה כדבעי ולשביעות רצונם של לקוחותיהן. ואמנם, נראה כי גם החברות הסלולאריות עצמן הכירו באחריות כאמור המוטלת עליהן – שכן כפי שפורט לעיל הן ראו לנכון להבטיח בהסכמים עם חברות התוכן כי שירותי התוכן יסופקו אך ורק לאלה מבין לקוחותיהן אשר הביעו הסכמה אקטיבית ומפורשת לקבלם, וזאת תוך תיעוד הולם של מתן ההסכמה כאמור. זאת ועוד, עצם קיומן של הוראות השיפוי בהסכמים עם חברות התוכן מעיד על כך שגם לחברות הסלולאריות ברור כי הן "הכתובת" של לקוחותיהן בכל טענה הקשורה עם אספקת שירותי התוכן או החיוב בגינם; והדברים מקבלים משנה תוקף במקרה כבענייננו – שבו לקוחות חויבו על ידי פרטנר וסלקום בגין שירותי תוכן שלטענתם של המבקשים מעולם לא הסכימו לקבל.

20. סלקום תולה את עיקר יהבה בנושא האחריות לנזקיו של ברקמן בעובדה שלפיה בהסכם שבו היא התקשרה עם ברקמן נקבע כי החיוב בגין שירותי תוכן ייעשה באמצעות חשבון הטלפון הסלולארי שלו, על פי מידע שיימסר לסלקום מאת חברות התוכן:

"חיובי הלקוח בגין שירותים ו/או מוצרים של ספק מוסדר יהיו עפ"י נתוני ו/או תעריפי הספק המוסדר שיימסרו על ידו. נתוני הספק המוסדר, לרבות רישומים של מפעילים בחו"ל, מועברים לסלקום באופן בלתי רציף, במהלך חודשים רבים לאחר מתן השירות, מבלי שתהיה לסלקום כל שליטה על כך. הלקוח נותן את הסכמתו לגביית כל חיוביו על פי רישומים אלו והסכמי ההתקשרות, לרבות הסכם זה, בכל עת, וזאת אף אם הפסיק להיות לקוח של סלקום." (ראו סעיף 5.3 למסמך "תנאים כלליים להתחברות לרשת סלקום", נספח א לתצהיר סמנכ"ל שיווק סלקום).

אלא מאי? ההסכמה שהביע ברקמן לגביית תשלום בגין שירותי תוכן באמצעות חשבון הטלפון, על פניו אינה משחררת את סלקום מן החובה למנוע חיובים פיקטיביים של לקוחותיה, כנטען. ההיפך הוא הנכון: עצם קביעת מנגנון שלפיו החיוב נעשה על ידי סלקום אך ורק על פי הוראתו של צד שלישי, היא זו שעשויה להקים את החובה לוודא כי מדובר בחיוב שנעשה כדין; והדברים נכונים שבעתיים מקום שאין חולק כי סלקום עצמה

שילשלה לכיסה חלק מתוך התמורה שנגבתה על ידה מלקוחותיה ובהם ברקמן, עבור חברות התוכן ופופיק מטעמן.

אין לשעות גם לטענתה של פרטנר שלפיה היא אינה נושאת בחובת זהירות כלפי המבקשים בקשר עם גביית התשלום עבור שירותיה של פופיק. נראה כי עצם העובדה שלקוחותיהן של החברות הסלולאריות מפקידות בידן אמצעים לחיוב חשבון הבנק או כרטיס האשראי שלהם, מקימה חובת זהירות מצידן של החברות הסלולאריות כלפי הלקוחות כי ינקטו אמצעי זהירות סבירים למניעת גביה שלא כדין; וכפי שצוין בעניינה של סלקום, כך גם בעניינה של פרטנר - הדברים נכונים שבעתיים שעה שאין חולק כי פרטנר עצמה שילשלה לכיסה חלק מתוך התמורה שנגבתה על ידה מלקוחותיה שלא כדין לכאורה.

21. הן פרטנר והן סלקום טוענות כי אין יסוד לטענות נגדן גם מאחר שהן בכל מקרה עמדו בחובות הזהירות ובחובות החוזיות שבהן הן חבות כלפי המבקשים לטענתם. ואולם, אין לטענה זו כל משמעות בשלב זה משלא הובררה המסכת העובדתית שבמסגרתה צרפו המבקשים לחברות באתר ללא הסכמתם ועל כן חויבו שלא כדין בגין המסרונים שנשלחו להם על ידי פופיק. במצב דברים זה לא ניתן לקבוע מהם אמצעי הזהירות הסבירים שהיה על החברות הסלולאריות לנקוט על מנת למנוע את חיובם של המבקשים שנעשה לכאורה שלא כדין. כפי שכבר הוברר, את העובדה שרב הנסתר על הגלוי בכל הנוגע להרשמתם של המבקשים לאתר וחיובם בגין המסרונים שנשלחו להם על ידי פופיק, יש לזקוף בראש ובראשונה לחובתה של פופיק – אך גם לחובתן של החברות הסלולאריות. כך משום שבניגוד למבקשים, פרטנר וסלקום הן בעלות המידע בנוגע לתהליכי הגבייה שהן מבצעות עבור חברות התוכן, ופופיק מטעמן; וכן משום שעל פי ההסכמים שבהן הן התקשרו עם חברות התוכן – יש בכוחן של החברות הסלולאריות לדרוש מחברות התוכן להציג להן כל מידע הנוגע לנסיבות התקשרותה לכאורה של פופיק עם המבקשים.

המסקנה העולה מן האמור עד כאן, היא שהמבקשים הוכיחו במידת הסבירות הראויה כי קיימת להם לכאורה עילת תביעה אישית נגד המשיבים. משכך, יש להמשיך ולבחון אם עמדו המבקשים בתנאי הסף לאישורה של תובענה כייצוגית הקבועים [בסעיף 8\(א\) לחוק תובענות ייצוגיות](#).

שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לחברי הקבוצה

22. המשיבים טוענים טענה מקדמית שלפיה המבקשים כשלו להוכיח כי קיימים לקוחות נוספים של פרטנר או סלקום מלבדם, שצורפו לחברות באתר ללא הסכמתם ועל כן חויבו בגין המסרונים שנשלחו להם על ידי פופיק שלא כדין; לשון אחר, לא הוכח לטענתם של המשיבים כי קיימת קבוצה כלשהי של תובעים בעלי עילת תביעה משותפת נגדם. ראשית יאמר כי מדובר בטענה בלתי הוגנת – מכיוון שמטבע הדברים סביר להניח כי המשיבים, ולא המבקשים, הם שאוחזים במידע הרלוונטי לעניין זה. לכל הפחות ברור כי חברות הסלולאריות מידע בדבר מספר הלקוחות שפנו אליהן בטענה כי חויבו שלא כדין בגין שירותי תוכן, שכן הן עצמן טוענות כי השיבו ללקוחות נוספים מלבד המבקשים כספים שבהם חויבו אותם לקוחות עבור "שירותי" פופיק (ראו: סעיף 7 לתצהיר סמנכ"ל לקוחות פרטנר, סעיף 35 לתצהיר סמנכ"ל שיווק סלקום); והעובדה כי הן ביכרו שלא למסור מידע זה פועלת בהקשר זה לחובתם. יתרה מכך, המבקשים הציגו שורה של ראיות נסיבתיות, שהצטברותן יחד מעידה לכאורה על כך שקיימת קבוצה לא מבוטלת של לקוחות של החברות הסלולאריות, שלטענתם צורפו לאתר ללא הסכמתם ועל כן חויבו שלא כדין בגין מסרונים שקיבלו מפופיק. בין הראיות הללו ניתן למנות את עצם העובדה שבקשה דומה לבקשת המבקשים לאישור תובענה כייצוגית הוגשה גם על ידי ליבל; את התוכנית שומר מסך ששודרה עקב תלונות רבות שנטען שהתקבלו אצל צוות התוכנית בגין חיובים שלא כדין שנגבו על ידי החברות הסלולאריות לטובת פופיק; וכן את העובדה שאין מחלוקת כי בסמוך לאחר שידורה של התוכנית שומר מסך, הורו החברות הסלולאריות לחברות התוכן להפסיק באופן מיידי את התקשרותן עם פופיק.

עוד נטען, כי גם אם קיימת קבוצה של תובעים שלהם עילת תביעה דומה נגד המשיבים, הרי שלא מדובר בקבוצה הומוגנית המצדיקה דיון בעניינם של חבריה בדרך של תובענה ייצוגית – וזאת משום ששאלת ההסכמה להרשמה לאתר ולקבלת מסרונים מאת פופיק היא שאלה אינדיבידואלית, המחייבת ברור פרטני ביחס לכל אחד ואחד מחברי הקבוצה. אכן, ניתן לומר כי טענות מסוג "הטעיה" ו-"מרמה" נסמכות דרך כלל על מערכת של עובדות פרטניות הנוגעות ליחסים הספציפיים שהתנהלו בין כל "לקוח" ל-"עוסק" – ואולם לא זה המקרה בענייננו. כפי שהוברר באריכות לעיל, לגרסתה של פופיק עצמה השלמת הרישום לאתר נעשתה תמיד באופן אקטיבי, על ידי הלקוחות של החברות

הסלולאריות, בדרך של הזנת קוד לאתר – ועל כן נראה על פניו כי סוגיית ההסכמה להרשמה לאתר ולקבלת מסרונים מאת פופיק נחתכת בקלות יחסית, בהתאם לשאלה אם בוצעה השלמת ההרשמה כאמור אם לאו. ודוק: על פי ההלכה הנוהגת גם לאחר חקיקתו של [חוק תובענות ייצוגיות](#), הדרישה לקיומן של שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לחברי הקבוצה אין משמעותה זהות מוחלטת בכל השאלות הטעונות הכרעה במסגרת הדין בתובענה:

"אין לפרש את הדרישה לקיומן של שאלות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה כדרישה לזהות מלאה בכל השאלות הטעונות הכרעה לגבי כל קבוצת התובעים. דרישה של זהות מוחלטת בכל השאלות הטעונות הכרעה, עובדתיות כמשפטיות, תסכל את תכלית התובענה הייצוגית ותהפוך את השימוש בה למשימה בלתי אפשרית. לפיכך, יש לאמץ גישה לפיה די בכך שהשאלות העיקריות, העומדות במוקד הדין, תהיינה משותפות לחברי הקבוצה, ואין נפקא מינא אם מתקיים שוני בשאלה משנית זו או אחרת. יפים לענייננו דבריו של הנשיא א' ברק לפיהם: 'לעניין דרישה זו, אין כל צורך שכל השאלות המתעוררות ביחס לקבוצה תהיינה משותפות. די בכך שהיסוד המשותף מהווה מרכיב מהותי בהתדיינות' (פרשת טצת, בעמ' 788) וכן דברי סגן הנשיא, השופט י' לויט: '... המבחן שיש להחיל בענין זה... הוא מבחן העיקר והטפל. על בית המשפט לבחון, האם רב המשותף על השונה, בין השאלות העובדתיות והמשפטיות המתעוררות במקרה מסוים' ([ת"א \(ת"א\) 117/92](#) המ' 948/92 138/92 זת חברה ליעוץ בע"מ נ' טבע תעשיות פרמצבטיות (טרם פורסם) [פורסם בנבו])." (ההדגשות שלי- ע.ב.). [[רע"א 8332/96 שמש נ' רייכרט, פ"ד נה\(5\) 276, 298-299 \(2001\)](#)].

בענייננו, המחלוקת בעיקרה היא בשתי שאלות שמשותפות לחברי הקבוצה כולם. האחת, אם לקוחות החברות הסלולאריות הביעו הסכמתם להרשמה לאתר באמצעות פעולה אקטיבית של הזנת קוד לאתר האינטרנט המופעל על ידי פופיק, אם לאו; השנייה, אם בהיעדר הסכמה כאמור חויבו אותם לקוחות שלא כדין על ידי החברות הסלולאריות בגין המסרונים ששלחה להם פופיק. יצוין בהקשר זה כי מאחר שהמבקשים הוכיחו לכאורה כי קיימת להם עילת תביעה אישית נגד המשיבים, ומכיוון שהוברר כי יש יסוד להניח כי כך אירע גם בעניינם של שאר חברי הקבוצה התובעת – הרי שקיימת אפשרות סבירה כי השאלות המשותפות תוכרענה בתובענה לטובת הקבוצה.

23. המשיבים מוסיפים וטוענים כי גם הנזקים הנתבעים על ידי המבקשים בשם הקבוצה אינם הומוגניים – ובמיוחד הדרישה לפיצוי בגין עוגמת הנפש שנגרמה לכל אחד מחברי הקבוצה עקב צירופם לחברות באתר ללא הסכמתם. ואולם דומני כי גם לטענה זו אין מקום: הנזק הממוני הנטען הוא עניין אריתמטי שניתן לכאורה לחישוב בנקל; ובטענות המשיבים בנוגע לנזק הבלתי ממוני הנטען אין כל רבותא - שכן המחוקק "צייד" את בית המשפט במגוון פתרונות למצבים כגון דא, במסגרת הוראת [סעיף 20\(א\) לחוק תובענות ייצוגיות](#):

"הכריע בית המשפט בתובענה הייצוגית, כולה או חלקה, לטובת הקבוצה שבשמה נוהלה התובענה הייצוגית, כולה או חלקה, רשאי הוא במסגרת החלטתו על מתן פיצוי כספי או סעד אחר לחברי הקבוצה להורות, בין השאר, הוראה כמפורט להלן, לפי העניין, ובלבד שלא יהיה בכך כדי להכביד במידה העולה על הנדרש על חברי הקבוצה או על בעלי הדין:

(1) על תשלום פיצוי כספי או על מתן סעד אחר, בשיעור ובאופן שיקבע, לכל אחד מחברי הקבוצה שהוכחה זכאותו לפיצוי או לסעד כאמור;

(2) על כך שכל חבר קבוצה יוכיח את זכאותו לפיצוי כספי או לסעד אחר;

(3) על תשלום פיצוי כספי בסכום כולל ועל אופן חישוב חלקו של כל חבר קבוצה, ובלבד שסכום הפיצוי הכולל ניתן לחישוב מדויק על יסוד הראיות שבפני בית המשפט; הורה בית המשפט על תשלום פיצוי כספי בסכום כולל כאמור, רשאי הוא להורות בדבר חלוקה בין חברי הקבוצה, באופן יחסי לנזקייהם, של יתרת הסכום שתיוותר אם חבר קבוצה, אחד או יותר, לא דרש את חלקו, לא הוכיח את זכאותו לפיצוי או לסעד, לא אותר או שלא ניתן לחלק לו את חלקו מסיבה אחרת, ובלבד שחבר קבוצה לא יקבל פיצוי כספי או סעד אחר מעבר למלוא הפיצוי או הסעד המגיע לו; נותרה יתרת סכום לאחר החלוקה לחברי הקבוצה כאמור, יורה בית המשפט על העברתה לאוצר המדינה."

הנה כי כן, בנסיבות המקרה הנדון אין מקום ואין צורך להכריע בענין הסעדים בשלב הלכאורי של הדיון בהתאמתן של התובענות להידון כתובענה ייצוגית; ויש להותיר נושא זה לשלב ניהול התובענות הללו לגופן [ראו גם: [בש"א \(מחוזי ת"א\) 24655/06 פרחן נ' מולטילוק בע"מ](#), [פורסם בנבו]].

תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה בעניינם של חברי הקבוצה

24. בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות ניתן ביטוי למטרתו של החוק, ובתוך כך הוא מתייחס גם למטרותיו העיקריות של מוסד התובענה הייצוגית:

"מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לעניין 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".

ניהולן של התובענות שהוגשו על ידי המבקשים כייצוגיות עשוי לקדם את רובן ככולן של מטרות אלה; ואבאר.

עניינה של בקשת האישור הוא בטענת מרמה הנטענת על ידי לקוחותיהן של פרטנר וסלקום – שהן שתיים מהחברות הסלולאריות המובילות בארץ, ואף מן החברות המובילות במשק הישראלי בכללותו. כיום השימוש בטלפונים סלולאריים הוא דבר מקובל ויומיומי, ובעת האחרונה גם השימוש בשירותי תוכן המסופקים ללקוחות באמצעות החברות הסלולאריות הולך וצובר תאוצה – עם חדירתם לשוק של טלפונים סלולאריים מתקדמים שמאפשרים גלישה באינטרנט ומגוון רחב של פעולות נוספות. בנסיבות אלה, נודעת חשיבות לניהולן של התובענות שהוגשו על ידי המבקשים כייצוגיות – וזאת על מנת להרתיע ספקי תוכן שונים מניצול לרעה של המנגנון שבו נוהגות החברות הסלולאריות לספק את שירותי התוכן ללקוחותיהן, ואכיפת הדין על אלה מביניהם המשתמשים במנגנון זה להתעשרות שלא כדין.

נוסף על כך, מאחר שנטען על ידי פופיק עצמה כי בכל מקרה ההרשמה לחברות באתר מותנית בביצוע פעולה אקטיבית של הזנת קוד לאתר – הרי שעל פניו לא צריך להיות קושי לברר את אחת הסוגיות המרכזיות המשותפות לחברי הקבוצה: האם לקוחות החברות הסלולאריות נתנו הסכמתם לצירופם לחברות באתר אם לא, שכן בירורה של סוגיה זו נעוץ בשאלה אם הלקוחות נקטו פעולה אקטיבית של הזנת הקוד באתר, פעולה שאמורה לקבל ביטוי בכתב, והדברים נדונו בהרחבה לעיל. במצב דברים זה, נראה כי הדין בעניינם של חברי הקבוצה במסגרת של תובענה ייצוגית יביא לניהול יעיל וממצה של תביעותיהם, לחסכון במשאבים ולאחידות בפסיקה.

זאת ועוד, גם בענייננו מתקיימת ההנחה שלפיה לכל אחד מלקוחותיהן של החברות הסלולאריות בפני עצמו אין תמריץ להגשת תביעה פרטית בנוגע לחיובים שבהם חויב לכאורה שלא כדין בגין מסרונים שנשלחו לו על ידי פופיק – הגם שהנזק האישי הממוני של כל אחד מחברי קבוצת התובעים מוערך על ידי המבקשים בסכום של עשרות ואולי מאות שקלים. במצב דברים זה יש חשיבות לאישורן של תובעות המבקשים כייצוגיות – הן לשם מימוש הגישה לערכאות של אותם לקוחות, והן על מנת להבטיח כי הללו יזכו לסעד הולם בגין העוול שנגרם להם, במידה שיוכח.

מן המקובץ עולה, כי תובענה ייצוגית היא אכן הדרך היעילה וההוגנת להכרעה בעניינם של חברי הקבוצה.

עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת ובתום לב

25. לא מצאתי יסוד בטענתם של המשיבים, שלפיה המבקשים אינם ראויים לשמש כתובעים מייצגים:

המשיבים טוענים כי המבקשים הסתירו במתכוון מבית המשפט את העובדה כי הם זוכו על ידי החברות הסלולאריות בסכומים שונים מתוך חיובים שחויבו בגין המסרונים שנשלחו להם על ידי פופיק – וזאת במטרה "לנפח" את הנזק האישי שנגרם להם לטענתם. אין בטענה זו ממש, שכן בתצהירי המבקשים נאמר במפורש כי זיכויים כאמור ניתנו להם - גם אם המבקשים לא עמדו על סכומם המדויק של הזיכויים.

עוד לטענתם של המשיבים, רוטשילד וברקמן הסתירו במתכוון מבית המשפט את חשבונות הטלפון הסלולארי שלהם למועדים הרלוונטיים לתובעות – וגם זאת מתוך מטרה להציג היצג כוזב בנוגע להיקף הנזק האישי שנגרם להם. אלא שגם לטענה זו אין יסוד: העובדה כי גם פרטנר, בדומה לרוטשילד, בחרה שלא להציג את חשבונות הטלפון של האחרון, מעידה לכאורה על כך שאין בהם מאומה כדי לסתור את גרסתו בדבר הנזק האישי שנגרם לו; ובאשר לברקמן – חשבונות הטלפון שלו אמנם הוצגו על ידי סלקום, אך אין בהם לסתור את גרסתו בנוגע לחיוביו.

לבסוף, בניגוד לנטען על ידי המשיבים, סמיכות הזמנים בין שידורה של התכנית שומר מסך לבין הגשת התובעות, אינה מלמדת כשלעצמה על חוסר תום לב מצידם של המבקשים בהגשתן; ודומה כי דווקא ההיפך הוא הנכון. גם הפנייה לצוות התוכנית שומר

מסך וגם הגשתה של תובענה ייצוגית הן פעולות שבהן נקט ברקמן לצורך תיקון העוול שהוא חש שנגרם לו ולרבים כמותו – כאשר לצוות התוכנית פנו לקוחות נוספים של החברות הסלולאריות, ולהגשת התביעות הייצוגיות חברו לברקמן גם רוטשילד ורון.

במצב דברים זה, קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה יוצג וינהל בדרך הולמת ובתום לב.

סוף דבר

26. המבקשים עומדים בתנאים הקבועים ב**חוק תובענות ייצוגיות** לאישורן של התביעות שהוגשו על ידם נגד פרטנר, סלקום, פופיק, שטרנברג וכהן, כייצוגיות – ועל כן התוצאה היא שבקשת האישור מתקבלת.

הקבוצה התובעת כוללת את כל לקוחות פרטנר וסלקום שצורפו ללא הסכמתם לאתר האינטרנט שהופעל על ידי פופיק, וחויבו על ידי החברות הסלולאריות שלא כדין בגין מסרונים ששלחה להם פופיק.

התובעים המייצגים הם רוטשילד, רון וברקמן; באי הכוח המייצגים הם עו"ד מיכאל בך ועו"ד עידן איידן.

עילות התובענות הייצוגיות הן כמפורט בסעיף 8 להחלטה.

שתי השאלות העיקריות של עובדה ומשפט המשותפות לחברי הקבוצה התובעת הן אם לקוחות החברות הסלולאריות הביעו הסכמתם להרשמה לאתר באמצעות פעולה אקטיבית של הזנת קוד לאתר האינטרנט המופעל על ידי פופיק, אם לא; ואם בהיעדר הסכמה כאמור חויבו אותם לקוחות שלא כדין על ידי החברות הסלולאריות בגין המסרונים ששלחה להם פופיק.

הסעדים הנתבעים הם שניים: השבה של הסכומים שנגבו מחברי הקבוצה שלא כדין בגין מסרונים ששלחה להם פופיק, ופיצוי בגין עוגמת הנפש שנגרמה להם עקב צירופם לחברות באתר ללא הסכמתם.

המבקשים יגישו לבית המשפט בתוך 14 יום נוסח הודעה בדבר אישורן של התובענות כייצוגיות. ההודעה תכלול את כל הפרטים המנויים ב**סעיף 14(א) לחוק תובענות ייצוגיות**, ולאחר אישורה בידי בית המשפט היא תפורסם על ידי המבקשים בעיתונים "ידיעות

אחרונות" ו- "מעריב"; המשיבים, יחד ולחוד, ישאו בהוצאות הפרסום. לאחר פרסומה ישלחו המבקשים עותק של ההודעה למנהל בתי המשפט, לשם רישומה בפנקס תובענות ייצוגיות – כמצוות [סעיף 25\(r\)](#) [לחוק תובענות ייצוגיות](#).

המשיבים יגישו כתב הגנה בתוך 45 יום.

אני קובעת את התיקים לקדם משפט בתובענות הייצוגיות ליום **16/9/09** שעה **09:00**.

המזכירות תשלח עותק החלטה זו למנהל בתי המשפט, לשם רישומה בפנקס תובענות ייצוגיות - כמצוות [סעיף 14\(ב\)](#) [לחוק תובענות ייצוגיות](#).

ניתנה והודעה היום, 16/3/2009, במעמד

ענת ברון 54678313-23305/06

ענת ברון, שופטת

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה