



בבית המשפט העליון

רע"א 2059/16
רע"א 2091/16

לפני: כבוד השופטת א' חיות

המבקשים ברע"א 2059/16
והמשיבים 5-4 ברע"א
: 2091/16
א.א. קליניקות כרמל בע"מ
אליהו אלקיים

המבקשים ברע"א 2091/16
והמשיבים 5-4 ברע"א
: 2059/16
מנדרין אחזקות בע"מ
דני פינסקי

נ ג ד

המשיבים 3-1 ברע"א 2091/16
וברע"א 2059/16

מור כהן
ענת דיאמנט
ערן דיאמנט

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בחיפה
בת"צ 66747-12-14 שניתנה ביום 11.02.2016 על ידי כב'
השופט ד"ר מ' רניאל

בשם המבקשים ברע"א
: 2059/16
בשם המבקשים ברע"א
: 2091/16
בשם המשיבים 3-1 ברע"א
: 2059/16 וברע"א 2091/16
עו"ד לירון פרמינגר
עו"ד יעקב בטש
עו"ד רם גורודיסקי

פסק דין

שתי בקשות רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בחיפה (כב'
השופט ד"ר מ' רניאל) מיום 11.2.2016 בת"צ 66747-12-14 אשר התיר למשיבים 3-1
ברע"א 2095/16 וברע"א 2091/16 (להלן: המשיבים) לנהל תובענה ייצוגית נגד
המבקשים בשתי הבקשות האמורות (להלן: המבקשים).

1. המבקשת 1 ברע"א 2095/16 (להלן: כרמל) והמבקשת 1 ברע"א 2091/16 (להלן: מנדרין) הן חברות פרטיות המפעילות מרפאות לטיפול בפטרת הציפורניים. המבקש 2 ברע"א 2059/16 (להלן: אלקיים) הוא בעל המניות והדירקטור היחיד בכרמל והמבקש 2 ברע"א 2091/16 (להלן: פינסקי) הוא בעל המניות והדירקטור היחיד במנדרין. ביום 31.12.2014 הגישו המשיבים בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד המבקשים בטענה כי שיגרו דברי פרסומת בניגוד להוראות סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושירותים), התשמ"ב-1982 (להלן: חוק התקשורת או החוק).

2. בית המשפט קמא קיבל את בקשת האישור והתיר למשיבים לנהל תובענה ייצוגית נגד המבקשים. בהחלטתו קבע בית המשפט קמא כי הוכח לכאורה שהמשיבים קיבלו למכשירי הטלפון הניידים שלהם דברי פרסומת הנוגעים לעסקי המבקשים מבלי שהמשיבים נתנו לכך את הסכמתם, וכי ישנה אפשרות סבירה שייקבע כי המבקשים אחראים בנוזיקין לשיגור דברי פרסומת בדרך זו. בית המשפט קמא דחה את טענת המבקשים לפיה אין להטיל עליהם אחריות בגין משלוח דברי הפרסומת שקיבלו המשיבים מן הטעם ששוגרו על ידי חברות פרסום שעמן התקשרו מנדרין וכרמל. טעמו של בית המשפט קמא לדחיית הטענה האמורה היה שמהראיות בתיק עולה לכאורה כי המבקשים הרשו לחברות הפרסום שעמן התקשרו מנדרין וכרמל לבצע עוולה ולפיכך לא עומד להם הפטור הקבוע בסעיף 15 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין או הפקודה) לפיו מי שהתקשר עם קבלן עצמאי לא יישא באחריות לעוולות שבוצעו על ידו אלא בהתקיים החריגים המנויים בסעיף.

3. באשר לכרמל ואלקיים קבע בית המשפט קמא כי הם התקשרו עם חברה בשם או.אמ.אס. שיווק מקוון בע"מ (להלן: או.אמ.אס) במטרה לקבל שירותי פרסום משותפות של חברות פרסום בשם "קליק און" המנוהלת על ידה (להלן: קליק און). בית המשפט קמא הוסיף וקבע כי מהראיות בתיק עולה לכאורה כי כל המשתמשים בשירותיה של קליק און הם גם שותפים בקליק און ומכאן שאין באפשרותם של כרמל ואלקיים לטעון כי הם אינם קשורים לחברות הפרסום שפעלו עבורם. בנוסף על כך קבע בית המשפט קמא כי כרמל ואלקיים היו מודעים ולמצער עצמו עיניהם מלראות כי או.אמ.אס והשותפים בקליק און עוברים על הוראות חוק התקשורת ולפיכך ישנו סיכוי סביר שייקבע כי חל בעניינם החריג הקבוע בסעיף 15(3) לפקודה לפיו מי שהרשה לקבלן שעמו התקשר לבצע עוולה יישא באחריות לנזקים שנגרמו מביצועה. את מסקנתו האמורה ביסס בית המשפט קמא על העובדה שבשנת 2012 הוגשה נגד כרמל

תביעה קטנה (ת"ק 22163-09-12) בגין משלוח אסור של דברי פרסומת אשר שוגרו לכאורה על ידי חברת פרסום אחרת שפעלה בשמה באותה העת (אי מייליון בע"מ – להלן: אי מייליון). עובדה זו, כך נקבע, יש בה כדי ללמד כי עוד בשנת 2012 היו כרמל ואלקיים מודעים לכך שישנה אפשרות של ממש כי משוגרים מטעמם דברי פרסומת בניגוד לחוק ואף על פי כן לא עשו דבר כדי לפקח על עבודתן של חברות הפרסום שעמן התקשרה כרמל.

4. בית המשפט קמא דחה את טענתם של כרמל ואלקיים כי העובדה שאו.אמ.אס התחייבה בפניהם כי השותפים בקליק און פועלים כחוק וישפו אותם במקרה שיתבעו בשל משלוח אסור של דברי פרסומת, יש בה כדי להוכיח כי לא היו מודעים לעוולות שבוצעו על ידם. בית המשפט קמא קבע כי התחייבות זו ניתנה לכרמל ואלקיים בעקבות פסק הדין שניתן בתביעה הקטנה שהוגשה נגד כרמל בשנת 2012 ועל כן לגישתו יש בה כדי לחזק את המסקנה ההפוכה. לפיכך קבע בית המשפט קמא כי אין בכוחה של ההתחייבות שניתנה לכרמל ואלקיים מאו.אמ.אס ושותפיה כדי לפטור אותם מאחריות לעוולות שבוצעו על ידם אלא רק לזכות אותם בשיפוי במקרה שיתבעו בשל אותן עוולות. ואכן, כך קבע בית המשפט קמא, בעדותו של אלקיים התברר כי או.אמ.אס היא זו שמשלמת את שכר טרחתם של עורכי הדין המייצגים אותו ואת כרמל בהליכים דנן ואף שילמה את הפיצוי שנפסק לחובתה של כרמל בתובענה ייצוגית קודמת שהוגשה נגדה. מטעמים אלו קבע בית המשפט קמא כי ישנו סיכוי סביר שייקבע כי כרמל ואלקיים הרשו לאו.אמ.אס ולשותפים בקליק און לעבור על החוק ולפיכך נושאים באחריות לעוולות שבוצעו על ידם. לכך הוסיף בית המשפט קמא כי בחקירתו של אלקיים התברר כי פרט לאו.אמ.אס התקשרה כרמל עם חברות פרסום נוספות אותן לא ציינה בתשובתה לבקשת האישור וכי אלקיים ניסה להסתיר עובדה זו. מכאן, כך נקבע, ניתן להניח כי אילו היו נחשפים ההסכמים שנכרתו בין כרמל לאותן חברות היה מתגלה כי הוא הרשה גם להן לעבור על החוק.

5. באשר למנדרין קבע בית המשפט קמא כי גם היא הייתה שותפה בקליק און ועל כן גם היא מנועה מלטעון לריחוק בינה ובין חברות הפרסום שפעלו בשמה. עוד קבע בית המשפט קמא כי נוכח העובדה שמנדרין ופינסקי לא פיקחו על עבודתן של חברות הפרסום שעמן התקשרה מנדרין ישנו סיכוי סביר שייקבע כי הם כמו כרמל ואלקיים אינם זכאים לפטור הקבוע בסעיף 15 לפקודת הנזיקין. חיזוק למסקנה זו מצא בית המשפט קמא בכך שבחוזים שנכרתו בין מנדרין וחברות הפרסום שעמן התקשרה נקבע בניגוד לחוק כי בדברי פרסומת שישלחו באמצעות הדואר האלקטרוני לא יצוין שמו של המפרסם. כמו כן, דחה בית המשפט קמא את טענתם של מנדרין ופינסקי לפיה הם

אינם אחראים לעוולות שבוצעו לכאורה על ידי חברות הפרסום שעמן התקשרה מנדרין מן הטעם שבחוזים שכרתה עמן נקבע כי עליהן לפעול כחוק ולשפות אותה במקרה שתתבע בשל משלוח אסור של דברי פרסומת. בית המשפט קבע כי מנדרין ופינסקי אינם רשאים להסתמך על ההתחייבות האמורה אם לא פיקחו על עבודתן של חברות הפרסום שפעלו בשמם.

מטעמים אלו התיר בית המשפט קמא למשיבים לנהל תובענה ייצוגית נגד המבקשים בשם מי שקיבלו דברי פרסומת הנוגעים למבקשים, בקבעו כי ישנה אפשרות סבירה שייקבע כי המבקשים נושאים באחריות נזיקית הנובעת מכך. כמו כן פסק בית המשפט לטובת המשיבים כבר בשלב זה הוצאות משפט בסך 117,000 ש"ח וגמול בסך 40,000 ש"ח.

טענות המבקשים

6. בבקשות רשות הערעור שהגישו המבקשים נטען כי שגה בית המשפט קמא בקבעו כי קיימת אפשרות סבירה שתוטל עליהם אחריות נזיקית בגין דברי הפרסומת ששיגרו חברות הפרסום שעמן התקשרו מנדרין וכרמל. לטענתם, לא הוכח כי הם היו מודעים לכך שחברות אלו משגרות דברי פרסומת בניגוד לחוק וכי גם אם היו מוצגות ראיות לביסוס טענה זו לא היה מקום להטיל עליהם אחריות למעשיהן של חברות הפרסום האמורות מן הטעם שלא הוכח כי הרשו להן לפעול בניגוד לחוק. כמו כן, טוענים המבקשים כי הם אינם עונים להגדרה של "מפרסם" שבחוק התקשורת ועוד הם טוענים כי לא הוכח שנגרם למשיבים נזק בר פיצוי כתוצאה ממשלוח דברי הפרסומת נושא בקשת האישור. בנוסף נטען כי לא היה מקום לאפשר למשיבים לנהל תובענה ייצוגית נגד אלקיים ופינסקי אישית שכן לא מתקיימים בענייננו התנאים להרמת מסך בינם לבין החברות שבבעלותם. כמו כן נטען כי המשיבים לא עמדו בנטל להוכיח קיומה של קבוצת אנשים שלהם עילת תביעה אישית נגד פינסקי ומנדרין ואף אם היו עומדים בנטל להוכיח קיומה של קבוצה כאמור לא היה מקום לקבל את בקשת האישור נוכח קיומה של שונות גדולה בין חבריה. עוד נטען כי ניהול התובענה הייצוגית במקרה דנן אינו מטיב עם חברי הקבוצה, ולבסוף נטען כי סכום ההוצאות והגמול שפסק בית המשפט קמא לטובת המשיבים מופרז.

7. במענה לבקשות רשות הערעור טוענים המשיבים כי המבקשים לא ביקשו לצרף את חברות הפרסום שעמן התקשרו מנדרין וכרמל להליך ולפיכך לא עמדו בנטל להוכיח כי דברי הפרסומת נושא בקשת האישור שוגרו על ידי אותן חברות ולא על ידם. מכל מקום, כך נטען, נוכח העובדה שהמבקשים נמנעו מלפקח על עבודתן של חברות הפרסום שעמן התקשרו מנדרין וכרמל ולא טרחו לברר כיצד הן פועלות כדי לקדם את עסקיהם, אין מקום לאפשר למנדרין וכרמל ולמנהליהן להתנער מאחריות לעוולות שבוצעו לכאורה על ידי אותן חברות. בנוסף טוענים המשיבים כי פינסקי ואלקיים הם הדירקטורים ובעלי המניות היחידים במנדרין וכרמל ועל כן בדין קבע בית המשפט קמא כי יש סיכוי סביר שייקבע כי הם אחראים באופן אישי לעוולות שבוצעו על ידי החברות שבבעלותם. נוסף על כך חולקים המשיבים על טענת המבקשים כי לא הוכיחו שנגרם להם וליתר חברי הקבוצה נזק בר פיצוי, כמו גם על הטענה לפיה ההליך הייצוגי אינו מטיב עם הקבוצה ואינו הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בין הצדדים.

דיון

8. האם אמנם עלה בידי המשיבים להראות כי קיימת אפשרות סבירה שייקבע כי המבקשים נושאים באחריות לעוולות על פי חוק התקשרות שביצעו, לכאורה, חברות הפרסום שעמן התקשרו מנדרין וכרמל?

מערכת היחסים בין חברות הפרסום למנדרין וכרמל מבוססת על חוזים לפיהם מתחייבת חברת הפרסום ליתן שירותי פרסום כ"קבלן עצמאי" לכרמל או מנדרין כ"מזמין". בהקשר זה אציין כבר עתה כי לא מצאתי תימוכין לקביעתו של בית המשפט קמא לפיה מנדרין או כרמל היו שותפות בקליק און או לכך "שכל המשתמשים בשירותי רשת השותפים [קליק און], הם השותפים ברשת השותפים" (פסקה 89 להחלטה המאשרת). בית המשפט קמא קבע כי מסקנה זו "מסתברנת] מן המסמכים" (שם) אך לא פירט באילו מסמכים מדובר ולא מצאתי בחומר שהוצג ביסוס למסקנה זו. טענה זו אף לא הועלתה על ידי המשיבים וכל שטענו הוא כי יש לראות בחברות הפרסום שעמן התקשרו מנדרין וכרמל כשלוחות שלהן (ראו: סעיפים 18-19 לסיכומי המשיבים בבית המשפט קמא אשר צורפו כנספח 10 לבקשת רשות הערעור שהגישו פינסקי ומנדרין).

9. הנה כי כן, בכל הנוגע לשירותי הפרסום שניתנו לכרמל ומנדרין עניין לנו במערכת יחסים חוזית בין "מזמין" (כרמל ומנדרין) ל"קבלן עצמאי" (חברות הפרסום).

במערכת יחסים מסוג זה הכלל הקבוע בסעיף 15 לפקודת הנזיקין הוא כי המזמין אינו חב על עוולה הצומחת ממעשיו של הקבלן להוציא חריגים המנויים באותו סעיף. בצדק קבע, אפוא, בית המשפט קמא כי על מנת שתקום אפשרות סבירה להטלת אחריות בנזיקין על כרמל ומנדרין בשל פרסומים שביצעו כאמור חברות הפרסום, על המשיבים להראות כי קיימת אפשרות סבירה לתחולתו של אחד החריגים הקבועים בסעיף 15 לפקודת הנזיקין אליו מפנה סעיף 30א(ט) לחוק התקשורת. החריג הרלבנטי לענייננו הוא זה הקבוע בסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין ובשל חשיבותו להמשך הדיון נביאו כלשונו:

חבותו של בעל חוזה

15. לענין פקודה זו, העושה חוזה עם אדם אחר, שאיננו עובדו או שלוחו, על מנת שיעשה למענו מעשה פלוני, לא יהא חב על עוולה שתצמח תוך כדי עשיית אותו מעשה; הוראה זו לא תחול באחת מאלה:

(1) ...

(2) ...

(3) הוא הרשה או אישרר את המעשה שגרם לפגיעה או לנזק;

(4) ...

(5) ...

10. בית המשפט קמא סבר כי היה על המבקשים לפקח על פעולותיהן של חברות הפרסום וכי הם לא היו רשאים להסתפק בהתחייבות מאת חברות הפרסום כי תפעלנה בהתאם לחוק ותשפנה אותן על כל הנובע מהפרת התחייבותן זו. עוד קבע בית המשפט כי לכאורה עולה מן הראיות שהוצגו בפניו כי המבקשים היו מודעים לפעולותיהן האסורות של חברות הפרסום ולמצער עצמו עיניהם מלראותן ולא פיקחו על פעולות אלה. על כן, כך עולה מהחלטתו של בית המשפט קמא, יש אפשרות סבירה שייקבע כי מתקיים בענייננו החריג הקבוע בסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין.

דעתי שונה.

ברע"א Mega Advanced Mathematical System LTD 1621/16 נ' זילברג, בפסקה 11 (14.6.2016) (להלן: עניין זילברג) נפסק בהתבסס על הלכות קודמות של בית משפט זה, כי מי שהתקשר עם קבלן עצמאי בחוזה לביצוע עבודה אינו נדרש לפקח על עבודתו וכי העובדה שלא פיקח על עבודתו אינה מפעילה איזה מן החריגים הקבועים בסעיף 15 לפקודת הנזיקין (ראו: ע"א 1051/14 עדן בריאות טבע מרקט בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, בפסקאות 25-31 (30.8.2015)). על כן, שגה בית המשפט קמא

בקבעו כי ניתן ולו לכאורה לראות במבקשים כמי שהרשו או אשררו את פעולותיהן האסורות של חברות הפרסום אך בשל כך שלא פיקחו עליהן.

11. שאלה אחרת היא השאלה האם הוכח לכאורה כי המבקשים ידעו שחברות הפרסום שעמן התקשרו מנדרין וכרמל נוקטות בדרכי פרסום האסורות על פי חוק התקשורת, האם העובדה שלא נקטו מהלך להפסקת פעולות אלו מהווה הסכמה שבשתיקה מצדן לאותן פעולות, והאם הסכמה שבשתיקה שקולה כנגד הרשאה או אשרור הנדרשים לצורך הפעלת החריג שבסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין. ככלל אין לראות בהסכמה שבשתיקה משום הרשאה או אשרור לעניין סעיף 15(3) לפקודה (ראו: ע"א 804/77 נימ"ד נ' דיאב, פ"ד לד(2) 729 (1980) (להלן: עניין דיאב)). עם זאת, בעבר היו מקרים שבהם נכון היה בית המשפט לראות בהסכמה שבשתיקה משום היתר לביצוע עוולה וזאת בהתקיים נסיבות מיוחדות שהצדיקו הטלת אחריות מוגברת על המזמין (ראו: ע"א 131/55 י. פרידמן ובניו בע"מ נ' לוי, פ"ד י"א 145 (1957); עוד ראו: עניין דיאב, בעמ' 731-732).

חוק התקשורת אוסר בסעיף 30א על "מפרסם", בין היתר, לשגר "דבר פרסומת" באמצעות "פקטימיליה, מערכת חיוג אוטומטי, הודעה אלקטרונית או הודעת מסר קצר, בלא קבלת הסכמה מפורשת מראש של הנמען, בכתב, לרבות בהודעה אלקטרונית או בשיחה מוקלטת". הפרתו של איסור זה מהווה עבירה פלילית (ראו: סעיף 30א(1)) וכן עוולה נזיקית (ראו: סעיף 30א(ט)) בגינה מוסמך בית המשפט לפסוק, בין היתר, פיצויים ללא הוכחת נזק (ראו: סעיף 30א(י)). בעניין זילברג עמדתי על תכליתו של סעיף 30א לחוק התקשורת שנועד להיאבק בתופעה הכלל עולמית המטרידה המכונה "ספאם", הפוגעת בפרטיותו של המשתמש ברשת ויוצרת בעיות במישורים שונים ובהם בעיות של אבטחת מידע וחדירה למחשבים בלא היתר (שם, בפסקה 10). על מנת להיאבק באופן אפקטיבי בתופעה זו הגדיר המחוקק את המונח "מפרסם" בסעיף 30א לחוק התקשורת באופן רחב המקיף לא רק את מי שעיסוקו בפרסום והוא משמש כמען להתקשרות לשם רכישת נושא דבר הפרסומת אלא גם את מי שתוכנו של דבר הפרסומת עשוי לפרסם את עסקיו או לקדם את מטרותיו, או מי שמשווק את נושא דבר הפרסומת בעבור אחר". על כן, ניתן לראות בכרמל ובמנדרין כ"מפרסמות" אך על מנת שתוטל עליהן אחריות נזיקית מכוח סעיף 30א לחוק התקשורת בשל שיגור דבר פרסומת בניגוד לחוק, יש להוכיח כי מתקיים בנסיבות העניין החריג שבסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין לפיו התירו או אשררו לחברת הפרסום שפעלה עבורן כקבלן עצמאי לבצע את השיגור האמור.

12. האם עלה בידי המשיבים להראות ולו ברמה הנדרשת בשלב זה של בקשת האישור כי המבקשים היו מודעים לאופן הפסול שבו התנהלו לכאורה חברות הפרסום בשיגור דברי פרסומת הנוגעים לכרמל ולמנדרין? בניגוד לעניין זילברג, בענייננו לא הונחו בפני בית המשפט קמא ראיות ישירות המעידות, לכאורה, על מודעותם של המבקשים באשר לאופן הפסול שבו לכאורה התנהלו חברות הפרסום. למרות זאת הגיע בית המשפט קמא למסקנה כי המבקשים ידעו על כך והסיק זאת מתוך טיעונים ומוצגים שונים שהובאו בפניו. כפי שיפורט להלן, שגה בית המשפט קמא בחלק מן הקביעות הללו ועל כן אין באותן הקביעות כדי להוביל אל המסקנה שאליה הגיע. כך, לא מצאתי תימוכין לקביעתו של בית המשפט קמא לפיה מעדותו של אלקיים עולה כי או.אמ.אס שילמה פיצוי שנפסק לחובתה של כרמל בתובענה ייצוגית קודמת שהוגשה נגדה. עיון בפרוטוקול הדיון שהתקיים בבקשת האישור מעלה כי בניגוד לקביעתו של בית המשפט קמא הדברים לא נאמרו על ידי אלקיים בעדותו וכי בעמ' 32 לפרוטוקול שאליו הפנה בית המשפט קמא לעניין זה, מדבר אלקיים על התביעה הקטנה שהוגשה נגד כרמל. ראייה אחרת לתובענה ייצוגית קודמת שהוגשה נגד כרמל לא הוצגה. עוד קובע בית המשפט קמא כי במסגרת התביעה הקטנה שהוגשה נגדה הסכימה כרמל לשלם פיצויים בגין עוולות שבוצעו לכאורה על ידי אי מייליון, בעוד אשר מפסק הדין שניתן בתביעה הקטנה עולה כי היא לא הסכימה לכך. גם קביעתו של בית המשפט קמא לפיה אלקיים ניסה להסתיר את העובדה שפרט לאו.אמ.אס התקשרה כרמל גם עם חברות פרסום נוספות מעוררת קושי בהינתן העובדה שאלקיים בעדותו מסר את הדברים מיוזמתו (ראו: עמ' 34 ש' 28-23 לפרוטוקול הדיון מיום 11.11.2015).

13. בנוסף על כך, ובניגוד לעמדתו של בית המשפט קמא, נראה לי כי העובדה שבשנת 2012 הוגשה נגד כרמל תביעה קטנה בשל עוולות שבוצעו לכאורה על ידי חברת פרסום אשר כלל לא נטען כי היא קשורה בדרך כלשהי לקליק און או לאו.אמ.אס, אינה מבססת את המסקנה כי כרמל ואלקיים היו מודעים לכך שאו.אמ.אס והשותפים בקליק און אשר עמם התקשרו לאחר הגשת אותה התביעה, עוברים על החוק. לא למותר לציין בהקשר זה כי גם בפסק הדין שניתן בתביעה הקטנה המדוברת לא נקבע כי כרמל הייתה מודעת לכך שחברת אי מייליון שעליה דובר באותה פרשה עברה על החוק, וטענתה של כרמל לפיה היא אינה נושאת באחריות לעוולות שבוצעו על ידי חברת זו נדחתה מטעמים אחרים (ראו: ת"ק (ת"א) 22163-09-12 מזן נ' אי מייליון בע"מ, בפסקה 7 (13.3.2013)). לפיכך, איני רואה כיצד התביעה הקטנה שהוגשה נגד כרמל בשנת 2012 משליכה על ענייננו.

14. לבסוף אציין כי אין מקובלת עלי קביעתו של בית המשפט קמא לפיה העובדה שאו.אמ.אס התחייבה בפני אלקיים וכרמל כי השותפים בקליק און פועלים כחוק וישפו אותם במקרה שיתבעו בגין משלוח אסור של דברי פרסומת, מלמדת כי הם היו מודעים לכך שאו.אמ.אס ושותפיה עוברים לכאורה על החוק. דרישה מקבלן כי יפעל כחוק ויישא בתוצאות שייגרמו במקרה שלא יעשה כן, היא דרישה ראויה וסבירה במערכת היחסים שבין קבלן למזמין ואין סיבה כי היא תיזקף לחובתו של מי שהעלה אותה. עם זאת, בהינתן תכליתו של סעיף 30א לחוק התקשורת אשר ביקש, כאמור, להרתיע לא רק את חברות הפרסום אלא גם אם מזמיני שירות הפרסום משיגור דבר פרסומת באיזו מן הדרכים הפסולות המפורטות בסעיף, נראה כי המזמין אינו יכול לצאת ידי חובתו בכך שיכלול בהתקשרות עם חברת הפרסום התחייבות לפעול על פי החוק ואין לשלול את האפשרות כי ייקבע שלצורך העוולה הקבועה בסעיף 30א לחוק התקשורת ולצורך תחולתו של החריג שבסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין, די להראות כי הייתה מצד המזמין הסכמה שבשתיקה להתנהלותה הפסולה של חברת הפרסום. זאת מטעמים של מדיניות משפטית המצדיקים הטלת אחריות על מזמיני פרסום היודעים ושותקים.

ואולם, בענייננו בשונה מעניין זילברג, לא הוצגה בשלב בקשת האישור ראייה ממשית כלשהי ולו ברמה הנדרשת בשלב זה, המוכיחה כי המבקשים ידעו על האופן העוולתי שבו התנהלו לכאורה חברות הפרסום. על כן הגעתי למסקנה כי יש לקבל את בקשות רשות הערעור, לדון בהן כבערעור, לקבל את הערעורים ולבטל את החלטתו של בית המשפט קמא המאשרת את בקשתם של המשיבים לנהל תובענה ייצוגית נגד המבקשים.

בשולי הדברים אשוב ואציין את שכבר צוין בעניין זילברג (ראו: שם, בפסקה 15) כי גם מקום שבו מחליט בית המשפט להיענות לבקשה לאישור תובענה ייצוגית אין לפסוק למבקש גמול באותו שלב כהחלטת בית המשפט קמא (שם, בפסקה 130).

15. בקשות רשות הערעור מתקבלות, אפוא, הערעורים מתקבלים והחלטתו של בית המשפט קמא מיום 11.2.2016 – מבוטלת. המשיבים ישלמו למבקשים בכל אחת מבקשות רשות הערעור הוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין בסך 20,000 ש"ח.

ניתן היום, כ"א בתמוז התשע"ו (27.7.2016).

ש ו פ ט ת