



בית-המשפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

7 באוגוסט 2020

ת"ק 25226-03-20 עו"ד איידלסון נ' איזובר בתי קפה בע"מ

לפני: כבוד השופט גיא הימן

התובע: עו"ד שי איידלסון

נגד

הנתבעת: איזובר בתי קפה ישראל 15 בע"מ, 515365427

בשם הנתבעת: עו"ד שגיא וקסלמן; גב' קרין שרון מוסצ'ו;
מר אמיר גנץ

פסק-דין

1. סעיף 30א(ג) לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 קובע חריג לכלל, האוסר על שיגורם של דברי-פרסומת בלא שבאה על כך הסכמתו מראש של הנמען. הוראתו קובעת:

30"א. שיגור (א) ...

דבר פרסומת (ב) לא ישגר מפרסם דבר פרסומת באמצעות
באמצעות פקסימיליה, מערכת חיוג אוטומטי, הודעה
מיתקן בזק אלקטרונית או הודעת מסר קצר, בלא קבלת
הסכמה מפורשת מראש של הנמען, בכתב, לרבות
בהודעה אלקטרונית או בשיחה מוקלטת...

[...]

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

(1) הנמען מסר את פרטיו למפרסם
במהלך רכישה של מוצר או שירות, או
במהלך משא ומתן לרכישה כאמור,
והמפרסם הודיע לו כי הפרטים שמסר



בית-המשפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

7 באוגוסט 2020

ת"ק 25226-03-20 עו"ד איידלסון נ' איזובר בתי קפה בע"מ

ישמשו לצורך משלוח דבר פרסומת מטעמו, באחת הדרכים האמורות בסעיף קטן (ב);

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

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

למפרסם מותר לשלוח דברי-פרסומת, שאחרת היו נחשבים ל"ספאם" ואסורים בהתאם, גם למי שלא הביע מראש הסכמה לקבלם, בהתקיים ארבעה תנאים מצטברים: [א] פרטי-ההתקשרות עם הנמען נמסרו למפרסם בידי הנמען; [ב] במהלכה של עסקה קודמת בין השניים, זהה או דומה לזו שבה עוסקת הפרסומת; [ג] המפרסם הודיע לנמען, לפני ששלח לו דבר-פרסומת, כי הפרטים הללו ישמשו לשליחתם של דברי-פרסומת ו-[ד] הנמען לא הודיע למפרסם, לאחר שניתנה לו הזדמנות לעשות כן, כי הוא מסרב לקבל ממנו דברי-פרסומת.

2. הוראות אלו הוכנסו אל החוק כבר בתיקון ה-40 לו משנת 2008, כחלק מן ההסדר הכולל בעניין של הודעות-"זבל". דברי-ההסבר לתיקון, שמוספר תחילה 33, פתחו והצהירו על "צורך [ב]מיגור תופעת ה-spam" (הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 33), התשס"ה-2005, ה"ח הממשלה 182). בדיוניהן של ועדת-הכלכלה של הכנסת ובהמשך של הוועדה המשותפת לוועדת-הכלכלה ולוועדת-המדע והטכנולוגיה הוטעמו הרציונאלים לקביעתו של ה"סדר, המגביל את שליחתם של דברי-פרסומת ללא הסכמה. בראש אלה הוכרו החשש מפגיעה בפרטיותם של הנמענים ובאוטונומיה של הרצון החופשי שלהם; העמסה ממשית על תשתיות-התקשורת וייקורו, בעקבות כך, של המחיר למשתמשים בהן (בנדון ראו גם, יחסית מן העת האחרונה, את פסק-דינו של בית-המשפט העליון בע"א 534/17 עו"ד לפיד נ' סלקום ישראל בע"מ, בפסקות 7 ו-11 לפסק-דינו של כבוד השופט עופר גרוסקופף (פורסם באתר הרשות השופטת, 6.3.2019)). הוסבר גם הבסיס לקביעתה של שליחה אסורה של דברי-פרסומת כעוולה מן המשפט האזרחי וההחלטה לייחד לאזרח, הנפגע מהפרת-החוק, תפקיד באכיפתו. בשורש-



בית-המשפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

7 באוגוסט 2020

ת"ק 25226-03-20 עו"ד איידלסון נ' איזובר בתי קפה בע"מ

הדברים עמדה ההבנה כי המדינה – בייחוד באמצעותו של המשפט הפלילי אך גם בדרך של החזקת-מאגר אמין של נמענים, המבקשים שלא יישלחו אליהם דברי-פרסומת, ממאנת ליטול עליה את מלאכת-האכיפה.

בד בבד ניתן משקל, לאחר שמיעה של עוסקים מתחומים שונים ושל נציגיהם, לענינם הנגדי של הללו בהפעלתם היעילה של בתי-עסק. דובר, אפילו, ביתרון שבפתיחתו של שוק-הפרסום לתחרות (דברי ח"כ אופיר פינס-פז; פרוטוקול מס' 2 משיבת הוועדה המשותפת 31.1.2007, בעמ' 8. https://fs.knesset.gov.il/17/Committees/17_ptv_133809.doc).

3. רעיונות אלה הוליכו את המחוקק לקבוע סייגים מספר לאיסור הגורף על שליחתם של דברי-פרסומת. אחד מן הסייגים, הוא נושא-דיונונו, ביקש להכיר באפשרות לקשר מתמשך בין לקוח לבין עוסק, שראשיתו באינטראקציה אשר הלקוח רצה בה והוא לא הודיע כי שוב אינו חפץ בקשר הזה. "מוצע לסייג את האיסור", הוסיפה הצעת-החוק ופירטה, "ולהתיר שיגור דבר פרסומת אף אם לא התקבלה הסכמת הנמען (בתנאים הקבועים בסעיף המוצע), זאת כאשר קיימים יחסי מסחר קודמים בין המפרסם לנמען (במסגרת רכישה של מוצר או שירות, או משא ומתן לרכישה כאמור), בנסיבות שבהן הנמען הוא שמסר למפרסם את פרטיו" (ה"ח הממשלה 182; הסוגריים הם במקור). במלים רשמיות פחות הוסבר בישיבתה של הוועדה המשותפת לאמור:

"[זהו] חריג שנועד גם להקל על עסקים במקרה של התקשרות קודמת בין צרכן לבין עוסק, שבמסגרתו לצרכן ניתנת האפשרות לסרב לקבלת דברי פרסומת. הצרכן בכל מקרה נותן את הפרטים שלו לעוסק, כשמאפשרים לעוסק לשלוח לו מסר במקרים עתידיים, כאשר מדובר במקרה דומה, של מוצר או שירות דומה למה שכבר נרכש" (פרוטוקול הוועדה המשותפת לעיל, בעמ' 2).

מבלי למעט מרצון זה להקל עם העוסקים לא התעלם המחוקק מיתרון אפשרי, הצומח גם לנמען מידיעתו על אפשרויות של התקשרות חוזרת עם בית-העסק. ההנחה היתה כי עצם מסירתם של פרטים לכתחילה וייחודה של הפרסומת להתקשרות מסוג דומה, יאפשרו מפגש של רצונות אשר ישלול מן הפרסום את יסוד-ההטרדה שבו. כך, למצער, כל עוד לא הודיע הנמען אחרת. בלשון-הנציגה של מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד-המשפטים, עורכת-הדין נגה



בית-המשפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

7 באוגוסט 2020

ת"ק 25226-03-20 עו"ד איידלסון נ' איזובר בתי קפה בע"מ

דובינשטיין, בדיון הראשון בוועדה הכלכלה של הכנסת: "יש כאן חברה שמשווקת, שהיא סוכן. רכשתי מהחברה הזאת נעליים, והיה לי ניסיון טוב אתם. לכן הייתי שמחה לקבל ידיעות על מוצרים אחרים שנמצאים שם... אל תמנע מהצרכן את האפשרות לומר 'כן' לחברה, שטוב לו לעבוד אתה" (פרוטוקול מס' 420 משיבתה של ועדת-הכלכלה של הכנסת השש עשרה; 6.6.2005, בעמ' 29. https://fs.knesset.gov.il/16/Committees/16_ptv_501073.docx).

4. הדיון בשאלה הטכנית מהי אסמכתה הולמת לביטוי רצונו של נמען שלא לקבל דברי-פרסומת – אם על פה, למשל בשיחת-טלפון, או בכתב – הוליד עיסוק בשאלה כלום על המענה להיעשות באותה דרך שבה נשלחה ההודעה בדבר כוונה לשגר דברי-פרסומת אם לאו. ברם הדיון לא ייחד את עצמו לכוחה של האסמכתה. נדונה גם שאלת-ההכבדה האפשרית על נמען, המוצא עצמו נדרש למאמץ בהודעה על סירוב לקבל דברי-פרסומת. החשש שהועלה הוא כי הכבדה, שאיננה סבירה, תשחק לידיהם של מפרסמים משום שהיא תמנע את שליחתן של הודעות-סירוב אפילו בידי נמען, שאינו חפץ בקבלתן של פרסומות. זאת, מחמת שהאמצעי לסירוב הוא מסובך או משום שעלות-נקיטתו היא גבוהה ביחס לעלות-שליחתם של דברי-הפרסומת. עמדה זו הוביל עורך-הדין חיים רביה בשמו של איגוד האינטרנט הישראלי:

"הודעת סירוב צריכה להינתן באותו אמצעי בו קיבלתי את הפרסומת כי אחרת יתחילו להיווצר קשיים בלתי סבירים. אם המודעה מגיעה בדואר אלקטרוני, הסירוב יהיה בדואר אלקטרוני. ב-SMS אותו כנ"ל. הכוונה היא לייצר מנגנון שהוא קל ופשוט. אם אנחנו ניצור קשיים ולדוגמה נדרוש הודעה בכתב או יהיו מפרסמים שיתחכמו וידרשו את ההודעה בדואר רשום, אנחנו ניצור סייגים בלתי סבירים ואנשים לא יממשו את הזכות שלהם [לסרב]. אנחנו רוצים לאפשר לאנשים לממש את הזכות שלהם בקלות ובמהירות. צריך למנוע העמדת קשיים בלתי סבירים והדבר הראשוני שחשבתי עליו הוא בהקשר הזה, שבאמת הודעת הסירוב צריכה להינתן באותם אמצעים שהפרסומת התקבלה. זה מאוד יקל. אם כל מה שאני צריך זה לעשות reply לדואר אלקטרוני ולומר 'הסר', זה מאוד יקל על המקבל" (פרוטוקול מס' 4 משיבת הוועדה





בית-המשפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 25226-03-20 עו"ד איידלסון נ' איזובר בתי קפה בע"מ 7 באוגוסט 2020

המשותפת; 25.12.2007, מעמ' 3 ואילך.
[.https://fs.knesset.gov.il/17/Committees/17_ptv_135112.doc](https://fs.knesset.gov.il/17/Committees/17_ptv_135112.doc)

באחת הפרשות כתב על כך גם בית-משפט זה, מפיו של כבוד השופט טל חבקין:

"[החשש הוא] ש[נמענים] רבים יעדיפו שלא להשקיע את המשאבים הכרוכים בהסרתם מרשימת התפוצה (להתקשר טלפונית או לשלוח מכתב) עקב הטרחה הכרוכה בכך, ויעדיפו לספוג את אותן הודעות פרסומת ולאפשר להן להמשיך להישלח. התנהגות כזו עלולה להיות לא רציונלית והיא מנוגדת לתכליות החוק" (ת"ק (תביעות קטנות תל אביב-יפו) 14-08-30204 הולנדד נ' דונה גיי בע"מ, בפסקה הששית לפסק-דינו (פורסם במאגרים, 5.7.2015). הסוגריים העגולים הם במקור).

בסופו של יום הותיר הנוסח, כפי שהתקבל בוועדה ואושר אחר כך בקריאות השנייה והשלישית לחוק, את הברירה בידי של הנמען: "הודעת הסירוב תינתן בכתב או בדרך שבה שוגר דבר הפרסומת, לפי בחירת הנמען" (סעיף 30א(ד)(1) לחוק). נהיר כי בקובעו כן התכוון המחוקק לתן עדיפות לענינו של הנמען על פני זה של העוסק ובעיקר להבטיח כי אותה "הזדמנות להודיע כי הוא מסרב לקבל דברי פרסומת" תשקף אפשרות ממשית של הודעה במאמץ סביר, ולא תשחק לידי של מי, שמבקש לשלוח הודעות אפילו שאין הן רצויות. על הצורך להקל עם המודיע עמד גם בית-המשפט המחוזי בבאר-שבע:

"מסעיף 30א(ד) לחוק התקשורת אנו למדים כי לא רק שקמה לנמען זכות לשלוח הודעת סירוב בכל עת, אלא שהמחוקק מצא לנכון להקל על הנמען בדרך משלוח הודעת הסירוב. הקלה זו מתבטאת הן בכך שהודעת הסירוב לא תהא כרוכה בתשלום, והן בכך שניתנה לנמען הבחירה ביחס לאופן בו תשלח הודעת הסירוב" (רת"ק (מחוזי באר-שבע) 16-01-49131 קושרובסקי נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ, בפסקה 12 לפסק-דינה של כבוד השופטת יעל רז-לוי (פורסם במאגרים, 5.5.2016)).



בית-המשפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

7 באוגוסט 2020

ת"ק 25226-03-20 עו"ד איידלסון נ' איזובר בתי קפה בע"מ

בהתאם, הוסף ונקבע באותה פרשה, להודעה בדבר משלוח עתידי של דברי-פרסומת, המשוגרת לנמען בהודעת-טקסט, יש לאפשר מענה של סירוב בדרך של שליחת מסרון-תשובה אל המפרסם:

"לאור הוראתו הברורה של סעיף 30א(ד) לחוק התקשורת הרי, גם כאשר מדובר בהודעת מסר קצר, יש לאפשר לנמען אפשרות של משלוח הודעת הסירוב כאמור בחוק: 'בדרך בה שוגר דבר הפרסומת', דהיינו באמצעות הודעת מסר קצר בחזרה" (שם, בפסקה 20 לפסק-הדין).

בפרשה נוספת הטעימה כבוד השופטת תמר בר-אשר לאמור:

"נקבע, כי הודעת הסירוב תינתן בכתב או בדרך שבה שוגר דבר הפרסומת, לפי בחירת הנמען. המשמעות היא אפוא, כי אם דבר הפרסומת שוגר באמצעות מסרון, כי אז על המפרסם לאפשר לנמען להודיע על סירובו באמצעות משלוח מסרון בחזרה אל המפרסם (בפעולה של 'השב')... האפשרות של משלוח מסרון תשובה הכולל מילים בודדות בדבר בקשה להפסקת משלוח דברי הפרסומת, העונה על הדרישה של משלוח הודעת סירוב 'בדרך שבה שוגר דבר הפרסומת', היא ללא ספק בגדר הזדמנות מספקת העונה על דרישת החוק. כך במיוחד לנוכח העובדה שמדובר באמצעי קל, נוח, פשוט ונגיש, שאף אינו מצריך כל תחכום, טרחה או בזבוז זמן" (ע"א (מחוזי ירושלים) 2526-12-17 קסטרו מודל בע"מ נ' דגב, בפסקה 15 לפסק-דינה (פורסם במאגריס, 8.4.2018)).

5. נהיר הדבר בעיני כי מתן אפשרות להפעיל, בהודעת-הטקסט ששלח המפרסם, קישור אשר משמיע סירוב, לא יוכל להיחשב "סירוב בדרך שבה שוגר דבר הפרסומת" – לשון-החוק. לחיצה על קישור היא, בעולם-האינטרנט והדבר כה ברור עד כי, להשקפתי, מצוי הוא בידיעה



בית-המשפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

7 באוגוסט 2020

ת"ק 25226-03-20 עו"ד איידלסון נ' איזובר בתי קפה בע"מ

שיפוטית (ראו גם ת"צ (מחוזי חיפה) 30181-12-16 טינטה בר בע"מ נ' גלסברג, בפסקה 15 לפסק-דינה של כבוד השופטת בטינה טאובר (פורסם במאגרים, 15.10.2017)), פעולה שונה לחלוטין מכתבתה של הודעת-טקסט ושליחתה אל נמען ידוע. הקישור כמוהו כשער בין יקומים: אינך יודע מה תמצא מעברו האחר – חתול, מפלצת או ילדה יפה (כתב ושר: רמי פורטיס) – עד שהגעת לשם. הלחיצה עלולה להזיק. שכרה עלול לצאת בהפסדה. בבית-המשפט העליון כתב על כך כבוד השופט עוזי פוגלמן:

"דואר הזבל אף משמש להפצת וירוסים באמצעות תכנים מניפולטיביים. דרך נפוצה היא קישורית המנוסחת בסגנון: 'אם ברצונך להסיר את עצמך מרשימת תפוצה זו, לחץ כאן'. אלא שלחיצה עלולה להפיץ וירוס שיזיק למחשב ועלול לגרום לאובדן של מידע יקר ערך, לעלויות הכרוכות בניסיון לשקמו ולעגמת נפש" (רע"א 1954/14 חזני נ' הנגבי (סיתונית מועדון דאיה ורחיפה במצנחים), בפסקה השנייה לפסק-דינו (פורסם באתר הרשות השופטת, 4.8.2014)).

אך מובן כי אינני מבקש לייחס לנתבעת או למי מטעמה כוונה לטמון פח לתובע או להזיק לו. מוכן אני לקבל את גרסתה כי לחיצה על הקישור מקשרת הייתה את התובע למערכת-אלקטרונית ומאפשרת לנתבעת לדעת, כל צורכה, על סירובו לקבל ממנה פרסומות בעתיד. ברם נהיר כי אין לחיצה על קישור ככתבתה של הודעת-טקסט. זאת, לא רק משום ההבדל הטכני בין השתיים אלא, בייחוד, לנוכח הסיכון אשר טבוע בלחיצה על קישוריות – בין שהוא מעוגן במציאות ובין שהוא נחלת-מחשבתם של רבים (וראו ע"א (מחוזי תל אביב) 2207-10-18 שופמינד בע"מ נ' אברהם, בפסקה 12(ד)(3) לפסק-דינה של כבוד השופטת אביגיל כהן (פורסם במאגרים, 23.1.2019)). בהתחשב בתכליתו של ההסדר שבסעיף 30א(ד)(1) לחוק התקשורת אין זו, אפוא, ה"דרך שבה שוגר דבר הפרסומת" ואין לקבלה כמשקפת בחירה רצונית של הנמען.

6. נציגיה המלומדים של הנתבעת, לרבות מי שעוסק במשלוח של הודעות-פרסום מטעמה, הטעימו באוזניו של בית-המשפט כי הם מקפידים להתנהל על-פי הוראתו של הדין. צר לי אך לדאבוני נשמטה, כפי הנראה, מידיעתם של אלה פסיקה חוזרת ונשנית של בתי-המשפט ואינה מתיישבת, כל עיקר, עם עמדתם: ת"ק 30204-08-14 הולנדר הנ"ל, בפסקה הששית לפסק-דינו



בית-המשפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

7 באוגוסט 2020

ת"ק 25226-03-20 עו"ד איידלסון נ' איזובר בתי קפה בע"מ

של כבוד השופט חבקין; ת"ק (תביעות קטנות תל אביב-יפו) 8336-12-14 ריכטמן נ' טרוולייק בע"מ, בפסקאות 26-27 לפסק-דינה של כבוד השופטת אפרת בוסני (פורסם במאגרים, 19.4.2016); ת"ק (תביעות קטנות באר-שבוע) 6008-06-16 חזוב נ' לכיש טורס בע"מ, בפסקה 36 לפסק-דינו של כבוד הרשם הבכיר אורי הדר (פורסם במאגרים, 4.11.2016); ע"א (מחוזי חיפה) 58406-01-17 טואיטו נ' "תיאטרון הצפון" מרכז אומנויות הבמה (בית העם) בע"מ, בפסקה השמינית לפסק-דינו של כבוד השופט אמיר טובי (פורסם במאגרים, 30.3.2017); תא"מ (שלום פתח-תקווה) 35061-07-16 זילברג נ' טריפל סי מחשוב ענן בע"מ, פסק-דינו של כבוד השופט אריאל ברגנר (פורסם במאגרים, 4.8.2017); ת"ק (תביעות קטנות נתניה) 10308-10-18 אבן נ' סמיאן, בפסקאות 10 ו-12 לפסק-דינה של כבוד הרשמת הבכירה אפרת רחלי מאירי (פורסם במאגרים, 4.5.2019) ות"ק (שלום חיפה) 208-04-19 אבן נ' עזריאלי אי קומרס בע"מ, בפסקאות 7-8 לפסק-דינה של כבוד הרשמת הבכירה יפעת שקדי כץ (פורסם במאגרים, 18.11.2019).

עמדה הפוכה הייתה, אמנם, בסיס לשלילתם של אחריות ושל פיצוי בתא"מ (שלום פתח-תקווה) 57923-04-18 הרשון נ' עזריאלי אי קומרס בע"מ (פורסם מאגרים, 30.10.2019), אך ערעור על פסק-הדין הזה הסתיים בחיובה, בפסק-דין לפי סעיף 79א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, של שולחת-ההודעה בפיצוי ממשי לנמען (ע"א (מחוזי מרכז) 33331-12-19 הרשון נ' עזריאלי אי קומרס בע"מ, פסק-דינו של כבוד השופט רמי אמיר (פורסם במאגרים, 24.6.2020)). ואילו ברת"ק (מחוזי תל אביב) 51774-07-20 רז המאושר נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (פורסם במאגרים, 30.7.2020) הבחינה כבוד השופטת אביגיל כהן בין קישור, הנשלח מ"גוף עסקי ממנו המבקש צורך שירות מזה שנים" (בפסקה 11), לבין קישור שאינו כזה ועל כן עלול להיחשד בהיותו קישור פוגעני. על העובדה, שלא התקיים קשר קבוע ורציף בין התובע שלפני לבין הנתבעת עוד אדבר להלן אך סבורני כי הדבר קולע את המקרה הזה אל הנסיבות, שבהן דיברה כבוד השופטת כהן בפסק-דינה ושוללות חיוב בלחיצה על קישור.

7. חד הוא, בתוך כך, אם הסרה באמצעות קישור היא אפשרות נוחה יותר, מבחינה טכנית או אחרת, לשולח-ההודעות ואם חלופה, למשל של הסרה באמצעות מענה בהודעת-טקסט, מערימה קשיים בדרכה של השולחת לנטר את הודעות-הסירוב. הנטל הוא על השולחת ולא על הנמען. משגרת של הודעות, המבקשת לשלוח את ידה בפעולה מן הסוג הזה, תידרש להשקיע את





בית-המשפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

7 באוגוסט 2020

ת"ק 25226-03-20 עו"ד איידלסון נ' איזובר בתי קפה בע"מ

הנדרש בהבטחתה של אפשרות טכנית לקיים את הוראות-החוק. בלשונו של בית-משפט זה, מפיה של כבוד השופטת מי-טל אל-עד קרביט בדברים אשר יפים, אך מובן, גם למסרוני-טקסט:

"משנשלחה הודעת פרסומת מכתובת דוא"ל מסוימת, אין זה מופרך כי מקבלה יחזיר בהודעה משלו באמצעות 'השב'. אם תיבת הדוא"ל שאצל הנתבעת איננה ערוכה או מסוגלת לקבל את הודעת הנמען, המוטרד – על הנתבעת למצוא לכך פתרון מחשובי מתאים חלף הטלת האחריות על הנמען. בפרט ובמיוחד כאשר באף לא אחת מהודעות הפרסומת נאמר כי הכתובת ממנה נשלחה איננה כתובת גם להחזרת הודעות" (ת"ק (תביעות קטנות תל אביב-יפו) 40520-03-12 טולומון נ' גלובס פבלישר עתונות (1983) בע"מ, בפסקה החמישית לפסק-דינה (פורסם במאגרים, 22.7.2012)).

8. ההסדר החקיקתי שבסעיף 30א לחוק התקשורת העדיף, ככלל, גישה של opt in ("היכללות פוזיטיבית"). שיגורם של דברי-פרסומת הותר, לפי דרך-המלך שבחוק אך למי, שבפעולה פוזיטיבית ביקש להיכלל ברשימת-נמענים של הודעות כאלו. בכך צעד המחוקק, לפי הצהרתו, אחר המודל האירופי להתמודדות עם מסרי-"זבל". הוא ביכר זאת על פניו של מודל שונה ואומץ בארצות-הברית ובה הוקם, במידה זו או אחרת של הצלחה, מאגר של נמענים-נמנעים, המבקשים שלא יישלחו אליהם דברי-פרסומת (ה"ח הממשלה הנ"ל, בעמ' 887; ע"א 534/17 עו"ד לפיד הנ"ל, בפסקה השמינית). לעומת זאת, מודל-ההסרה שבסעיף 30א(ד)(1) לחוק התקשורת עיגן יסודות של opt in ושל opt out במשולב: ראשיתו במסירתם, הפוזיטיבית, של פרטים מאת הנמען ואחריתו באפשרות להודיע, באורח נגיבי, על רצון שלא לקבל הודעות-פרסומת. רעיון ה-opt out הוא חריג לכלים הדומיננטיים שאימץ החוק ממש כשם, שהסדר-ההסרה אשר בסעיף 30א(ד) הוא חריג לתכליתו העיקרית – מיגור תופעת ה-spam. המחוקק הסכים להכלילו בחוק אך היה מודע היטב לחיסרון הטבוע ברעיון הזה. היטיב לבטאו, בדיונה של הוועדה בכנסת, עורך-הדין אייל שגיא והופיע כנציגה של חברת מיקרוסופט ישראל:

"אני בטוח שאנשים מסוימים יהללו פה את המודל האמריקני, שאומר: 'עד שלא תגיד להפסיק [לשלוח דברי-פרסומת], מותר'. אני רוצה שיהיה ברור, שלמרות שנחקק בארצות הברית מודל של



בית-המשפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

7 באוגוסט 2020

ת"ק 25226-03-20 עו"ד איידלסון נ' איזובר בתי קפה בע"מ

opt-out, אחד הגופים הרגולטוריים שאמור היה להכין את המערך הרגולטורי הספציפי כדי לקיים את זה, שלח לקונגרס דוח עבה, ואמר: 'לא נעשה את זה, זה מסוכן', כי זה ייצור מאגר מידע יקר וחשוב של כתובות אי-מייל חוקיות של כל האזרחים בארצות הברית, טרוריסטים ירצו את זה ומפרסמים ירצו את זה, וזה רק יגרום לנזק רב ויגדיל את דואר הזבל" (פרוטוקול הוועדה המשותפת לעיל, בעמ' 3).

בבית-המשפט העליון הוסיף וכתב על כך כבוד השופט גרוסקופף:

"מפרסם פוגעני עושה שימוש בהודעה באופן אינסטרומנטלי כשער כניסה להחדרת נוזקה או כלי לפרסום הונאה. פעמים רבות, גם אם הודעתו של מפרסם פוגעני כוללת מנגנון יציאה מרשימת התפוצה, הרי שמדובר במראית עין בלבד, ולא זו בלבד ששימוש במנגנון זה כאשר עסקינן במפרסם פוגעני לא תביא לתוצאה המיוחלת אלא היא אף עשויה להביא לתוצאה הפוכה, שכן היא מאשררת כי מדובר ביעד משלוח פעיל, ובכך עשויה להגביר את הפגיעה וההטרדה של הנמען" (ע"א 534/17 עו"ד לפיד הנ"ל, בפסקה 18)).

אמת, הרעיון של הסרה נגטיבית מרשימות-תפוצה סובל מנחיתות טבועה, בהניחו סיכון ממשי לפתחם של נמענים החפצים בהסרה ולפתחו של עצם-הרעיון של התמודדות עם spam. נדרש אפוא להחיל את הרעיון הזה, ככל הניתן, בצמצום ולייחדו למקרים חריגים. תובנה זו מצדדת באי-השלמה עם חיובו, שלא מצדד, של נמען להשתמש בקישור אשר נשלח לו לשם הסרת-שמו מרשימת-נמעניהן של הודעות-פרסומת.

9. כל זאת, ולהשקפתי לא קלעה פעולתה של הנתבעת אשר לפני להוראותיו של חוק התקשורת מסיבה נוספת. יסוד בהוראתו של החריג הנדון, כבר כתבתי, הוא הכוח המיטיב לכאורה עם הצדדים שניהם, השולח והנמען, לקיים בינם קשר המשכי. זו הסיבה שבגינה מצא המחוקק מקום להגביל את החריג הזה לשני התנאים שהוטעמו: מסירתם של פרטים בידי הנמען וקיומה



בית-המשפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

7 באוגוסט 2020

ת"ק 25226-03-20 עו"ד איידלסון נ' איזובר בתי קפה בע"מ

של זיקה בין העסקאות – זו שנעשתה וזו המוצעת. יסוד אחרון זה מחייב את קיומו של קשר רציונאלי בין שתי העסקאות הללו וזהו, לדעתי, המבחן המהותי אשר לאורו יש לפרש את הוראתו זו של חוק התקשורת.

רשימת-מאפייניו של קשר רציונאלי שכזה איננה רשימה סגורה ואף אינה רשימה בת מאפיינים הכרחיים. ביטוי מובהק, והוא גם חלק מן הדרישות שבחוק, לקשר רציונאלי מצוי בתנאי, המאפשר משלוח רק בקשר ל"מוצר או שירות מסוג דומה" (לפירושה, הנדמה מרחיב מעבר לכוונתו ה"היסטורית" של המחוקק, של הוראה זו ראו את ע"א 534/17 עו"ד לפיד הנ"ל, מפסקה 31 ואילך; והשוו לדיון בוועדת-הכלכלה של הכנסת השש עשרה, 6.6.2005, לעיל מעמ' 29 ואילך). ביטוי אחר לזיקה המדוברת עשוי להיות פרק-הזמן, שחלף בין המועד ובו מסר הנמען את פרטיו לשולח לבין המועד, שבו ניתנה לו הזדמנות להודיע על סירוב.

בענין עו"ד לפיד הנ"ל עסק בית-המשפט העליון באחד מפניה של סוגיה זו – השאלה כלום על השולח לתן את הזדמנות-הסירוב כבר במועד מסירתם של הפרטים או מיד לאחריה ושמה מאוחר יותר. במקובץ להלן נפסק:

"מבחינת לשון החוק, הרי שבשונה מההסדר שנקבע בדירקטיבה האירופית, אין למצוא בה עיגון לדרישה שההודעה תימסר עובר למסירת פרטי הקשר. מבחינת תכלית החוק, אם הודע[ת-הסירוב] היא פעולה משפטית חד-צדדית, המיועדת לאפשר ללקוח לממש את זכות היציאה, אין הכרח כי תימסר דווקא במעמד מסירת הפרטים, ולא במועד מאוחר יותר. תכלית החריג שנקבע בסעיף 30א(ג) לחוק התקשורת, כפי שהובהר לעיל, היא לאפשר חיי מסחר תקינים, וזאת מתוך הכרה במערכת היחסית הייחודית שבין עוסק לקהל לקוחותיו (להבדיל מעוסק לכלל הצרכנים). הצבת דרישה נוקשה כי ההודעה ללקוח תימסר בעיתוי מסוים דווקא, והמונעת תיקון ליקויים באמצעות מסירת הודעה בעיתוי מאוחר יותר, עומדת בניגוד לתכלית זו. אין הצדקה לקרוא לתוך סעיף 30א(ג) לחוק התקשורת דרישה שאינה כתובה בו, לפיה על ההודעה בדבר הכוונה לעשות שימוש בפרטי הלקוח תימסר



בית-המשפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

7 באוגוסט 2020

ת"ק 25226-03-20 עו"ד איידלסון נ' איזובר בתי קפה בע"מ

ללקוח עובר למסירת הפרטים לעוסק" (ע"א 534/17 עו"ד לפ"ד
הנ"ל, בפסקאות 27-29 לפסק-הדין).

דרישת הקשר הרציונאלי מסבירה מדוע אין זה מתחייב, בכל תנאי ולפי כל נסיבה, לאפשר סירוב כבר במועד-מסירתם של פרטי-הנמען או בסמוך למועד הזה. שכן, לשאלת-העיתוי עשויות להיות פנים שונות, כנגזר מנסיבותיו המסוימות של המקרה. במקרה אחד עשויה סמיכות-זמנים להיתפש מרכיב הכרחי בהוכחתו של קשר רציונאלי. כך עשוי להיות, לדוגמה, בסוג של שירות או מוצר, המסופקים לעתים תכופות ובתדירות גבוהה. ברם תיתכן דוגמה הפוכה, שבה הזמן אשר חלף בין מסירתם של הפרטים לבין הכוונה להציע עסקה חדשה, איננו העיקר. הדעת נותנת, למשל, כי יבואן של כלי-רכב, המביא אל השוק דגם חדש אחת לשבע שנים, יודיע על כוונתו לשגר הודעת-פרסומת ללקוח, אשר קנה את המכונית שנים קודם לכן, אך עם יציאתו של הדגם החדש. שולח כזה עשוי להיחשב – וזו דוגמה היפותטית שאיני קובע בה מסמרות – מי שקיים את דרישתו של קשר רציונאלי לפי הוראתו של סעיף 30א(ג) לחוק התקשורת חרף הזמן הרב שחלף מן היום שבו נמסרו לו פרטי-הנמען.

10. במקרה שלפני השולחת היא בית-אוכל והמוצר או השירות הם משלוחו של אוכל לכתובת, שמסר הנמען בפעם הקודמת ובה הוא הזמין משלוח מן המסעדה. מאפיין זה גוזר, לשיטתי, דרישה לקיומה של סמיכות-זמנים יחסית בין מועד מסירתם של הפרטים בפעם הקודמת לבין המועד, שבו נשלחה הודעה על כוונה לשגר דברי-פרסומת עתידיים. קשר מתמשך בין מסעדה לבין סועד, שהמחוקק ראהו בעין יפה, נדרש לפי טיבו לקלוע למסגרת-זמנים צרה באופן יחסי. אחרת, יסוד ההמשכיות שבו ניתן ועמו פג הרציונאל לחריג שבחוק התקשורת. בדיון, שהתקיים בבית-המשפט נשאלה נציגתה של הנתבעת: "מתי ובאילו נסיבות מסר התובע את פרטיו?" והכוונה היא למספר-הטלפון שאליו שיגרה הנתבעת, ביום 29.5.2019, הודעת-טקסט בדבר-כוונתה העתידית לשלוח הודעות-פרסומת. מילא, שהתובע לא הכיר כלל את הכתובת, שאליה שוגר המשלוח בפעם הקודמת ולא יכל לאשר כי היא קשורה אליו. עיקר מצוי בתשובתה של הנתבעת לאמור:

"התובע הזמין משלוח ב-10.2.2013. הוא מסר את פרטיו לרבות מספר הטלפון" (פרוטוקול מיום 27.7.2020. ההדגש ההוספה).



בית-המשפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

7 באוגוסט 2020

ת"ק 25226-03-20 עו"ד איידלסון נ' איזובר בתי קפה בע"מ

בכתב-ההגנה כתבה אמנם הנתבעת כי מאז הזמין ממנה התובע משלוחים נוספים ברם שום אסמכתה לכך לא הוצגה לבית-המשפט והדברים נותרו בעלמא. אין לך מנוס מן המסקנה כי אותו קשר מתמשך, שראה המחוקק להתיר, נמצא לנתבעת בהמתנה בת למעלה משש שנים בין המועד, שבו כנטען נמסרו לה פרטיו של התובע, לבין המועד שבו היא ביקשה לשגר אליו הודעות-פרסומת. במקום, שבו מדובר במשלוחי-אוכל – שירות תכוף ותדיר לפי טיבו – לא אוכל להכיר בהתקיימותו של יסוד הרציפות וההמשכיות. עם שמיטתו של יסוד זה נשמטת הקרקע גם מתחת לרעיון הקשר הרציונאלי אשר בתכליתו של ההסדר שבחוק. במלים פשוטות, חלוף-הזמן ניתק, במקרה הזה, את הקשר שבין מסירתם של הפרטים, בפעולה המבטאת רצון לקשר מתמשך עם המסעדה, לבין שיגורן של הודעות-פרסומת חדשות. החריג שבחוק התקשורת איננו ולא יכל להיות, אפוא, תקף בקשר שבין הנתבעת לבין התובע. בהיעדרו, מה שנותר הם יסודות-ההטרדה, הפגיעה בפרטיות והנזק לאינטרס הציבורי – אותן שלוש רעות חולות ומפניהן בא סעיף 30 לחוק התקשורת להגן.

11. קביעתי היא, אפוא, כי הנתבעת פעלה שלא כדין בשולחה לתובע את הודעות-הפרסומת ששלחה, מבלי שבאה על כך הסכמתו, בלא שניתנה לו הזדמנות להודיע על סירוב ובלי שנתקיים קשר רציונאלי בין הפרטים שמסר לבין שיגורן של הודעות-הפרסומת. ההודעות הללו היו, אפוא, spam ואת זאת ציווה עלינו המחוקק של חוק התקשורת, בלשונו המפורשת, למגר. התגובה המשפטית לזאת היא הפעלתה של הוראת הפיצוי שבסעיף 30א(י) לחוק.

12. על שיעורו של הפיצוי הראוי, בהתחשב בנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה ובמטרותיו של החוק, נכתבו דברים הרבה. מצה, בהלכה פסוקה, כבוד השופט אליקים רובינשטיין וכתב:

“בפסיקת פיצוי יש ליתן ביטוי חזק ומוחשי לכך שהמחוקק רואה בו כלי אכיפה מרכזי של סעיף 30א(א) ואמצעי אפקטיבי להרתעת הרבים; הדברים אינם יכולים להיות ברמה ההצהרתית. בבואם לפסוק פיצוי לדוגמה לפי סעיף 30א(י) לחוק התקשורת, על בתי המשפט לראות ברף העליון שהציב המחוקק – 1,000 ש"ח – נקודת מוצא, ממנה כמובן ניתן להפחית, במקרים המתאימים” (רע"א 2904/14 עו"ד גלסברג נ' קלאב



בית-המשפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

7 באוגוסט 2020

ת"ק 25226-03-20 עו"ד איידלסון נ' איזובר בתי קפה בע"מ

רמון בע"מ, בפסקה י"ב לפסק-דינו (פורסם באתר הרשות השופטת, 27.7.2014). ראו גם את דבריו של כבוד השופט פוגלמן ברע"א 1954/14 חזני הנ"ל, בפסקה העשירית לפסק-דינו).

במקרה שלפני ראיתי, מחד גיסא, טעמים לזכותה של הנתבעת. הנתבעת לא נחפזה לשגר הודעות-פרסומת אלא הקדימה ושיגרה הודעת-התראה לשם מתן-הזדמנות לסירוב. שנית, ההסדר החרגי שבחוק הוא מורכב באופן יחסי ועובדה היא כי נדרשו מלים הרבה לבתי-המשפט לפרשו, להסבירו וליישמו בפסיקה. שלישית, הנתבעת לא הסתתרה מאחורי כיסוי, המאפיין לא אחת שולחים של הודעות spam. היא מסרה את פרטיה באותן הודעות באופן, שהקל על זיהויה ואף על תביעתה למשפט. רביעית, הנתבעת סברה באמת ובתמים כי היא פועלת כדין, לפי האופן שבו, לשיטתה, עליה ליישם את הוראותיו של חוק התקשורת. חמישית, דומה כי יש ממש בטענתה של הנתבעת כי היא לא פעלה כאותם עוסקים, הרוכשים רשימות-תפוצה מאחרים ומפליאים מכותיהם בשוכניהן-מבלי-דעת של אותן רשימות. היא קיבלה לידיה את פרטיו של התובע בנסיבות כשרות, כך נחזה. שישית, הנתבעת חדלה לשגר לתובע הודעות לאחר שנודע לה על סירובו לקבלן.

13. מן העבר האחר כשלה הנתבעת כשל, מכוער ומקומם למדי המאפיין, לדאבוני לא אחת, מתגוננים מפניהן של תביעות מסוג זה: היא בחרה לתקוף, אישית, את התובע, את התנהלותו ואת מניעיו בהגשתה של התביעה. "התובע בחר 'להתחכם' נכתב והודגש במקור בפסקה 17 לכתב-ההגנה, בהתייחס לשיגורה של הודעת-טקסט: "הסר" תחת לחיצה על הקישור. "ניסיון ההתחכמות של התובע" (פסקה 18); "ההתחכמות שלו לא עבדה" (פסקה 19); "התובע בחר להתחכם" (פסקה 26 ושוב בפסקה 35), "ניסיון ההתחכמות נכשל" (פסקה 35) – חזרו שוב ושוב בניסיון לקעקע את שמו של התובע ואת מניעיו. מסקנה מכפישה, נטולת ביסוס לחלוטין, לא איחרה לבוא: "בחירתו של התובע מהווה חוסר תום לב ומלמדת על רצון של התובע לצבור הודעות פרסומת על מנת שיוכל להגיש תביעה בסכומים גבוהים יותר" (פסקה 38 לכתב-ההגנה). אזכיר: בסך הכול הלין התובע על שתי הודעות ותו לא.

מסר תקיף וחד נדרש לצאת לפניהם של בתי-המשפט: התנהלות שכזו – חזקה עליה כי תעלה לנתבעים בכיסם. היא נסיבה להחמיר עמם באורח ממשי. אין זו אך משום שהדעת אינה



בית-המשפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

7 באוגוסט 2020

ת"ק 25226-03-20 עו"ד איידלסון נ' איזובר בתי קפה בע"מ

סובלת האשמה חסרת-בסיס ונטולת תימוכין, היורדת לגופו של אדם במקום לגופן של טענותיו. אלא, חוק התקשורת, והדבר נכתב כבר לעיל, ראה בתובעים מסוגו של התובע דנן – אזרחים, הפונים לסיועו של המשפט האזרחי וזאת כתחליף לאכיפה בידי-המדינה – את סוכניו, היחידים כמעט, של רעיון-המיגור של הודעות spam. סוכנים שכאלה נדרשים להגנתו של הדין בעצם שימור-כוחם, וזכותם המשפטית, להביא את ענינן של "הודעות-זבל" לפניו של הערכאות. אחר – לא יעשה זאת. המדינה זה מכבר ויתרה על עיקרו של כוחה האוכף בנדון. סוכן ראוי שכזה – חלילה כי ימצא עצמו נכשל בבית-המשפט לא משום, שתביעתו איננה טובה, אלא משום שהוא חושש למוניטין שלו ולתחושותיו נוכח מנהגם של נתבעים להשתלח בו, להאשימו בבצע-כסף ולהשחיר את פניו שלא בצדק.

14. בשקלולו של המכלול, החלטתי לחייב את הנתבעת בסך של 700 שקלים בגין כל אחת משתי הודעות-הפרסומת שהיא שיגרה לנתבע שלא בהסכמתו. נדרשת, עוד, הסוגיה של הוצאות-המשפט וגם בנדון ראוי להעמיק מעט את ההתייחסות. מחד גיסא נהיר כי התובע, שהוא עורך-דין, נדרש לזמן, לטורח ולכסף בפתיחתו של ההליך ובניהולו. מאידך גיסא, אין אלה ימים רגילים לעסקי-המסעדנות בישראל ולעוסקים בכלל. אין להתעלם ממצוקתם ואין להתכחש למצבם ההולך ומחמיר. הטעמתי זאת לאחרונה ואשוב ואביא מדברי, המתאימים גם לעניננו זה:

"[יש לתן] את הדעת למשבר הכלכלי העמוק, שכה רבים מתושביה של ישראל נתונים בו בעת קשה זו. אכן, ית צרה היא ליעקב. דבר זה חייב, להשקפתי, להישקל בעת פסיקתן של הוצאות בערכאות-המשפט. יש לתן לו משקל, שלא ניתן בימים אחרים. ערכאות-המשפט הן בשר מבשרה של החברה הישראלית. הן ממלאות, כפי שהטעימה בשעתו נשיאת בית-המשפט העליון, כבוד השופטת דורית ביניש, תפקיד מרכזי בזירה החברתית. תובנה יסודית זו לא תוכל לפסוח על השלב החותם את ההליך השיפוטי, הוא שלב פסיקתן של הוצאות-ההליך" (ת"ק (תביעות קטנות תל אביב-יפו) 68461-12-19 פלוני נ' דר' עמרמי, בפסקה 14 (פורסם במאגרים, 26.7.2020)).



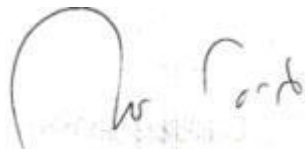
בית-המשפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 25226-03-20 עו"ד איידלסון נ' איזובר בתי קפה בע"מ 7 באוגוסט 2020

15. אני מחייב את הנתבעת בהוצאות-המשפט של התובע בסך של 500 ש"ח. בסך הכל תשלם הנתבעת לתובע 1,900 ש"ח בגין עילת-התביעה והוצאות-המשפט גם יחד. זאת עליה לעשות בתוך 15 ימים מיום, שקיבלה לידיה פסק-דין זה (ימיה של פגרת-הקיץ של בתי-המשפט באים במנין-הימים). אם לא כן ייתוספו, אם ערכם חיובי, הפרשי-הצמדה ורביית לפי חוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961 מיום-החיוב כאמור ועד למועד-התשלום בפועל.

כקבוע בתקנה 16 לתקנות שיפוט בתביעות קטנות (סדרי דין), התשל"ז-1976 רשאי כל אחד מהצדדים לפנות לבית-המשפט המחוזי, בתוך 15 ימים מיום שקיבל לידיו פסק-דין זה (כאן אין הפגרה נמנית), בבקשה להרשות ערעור על פסק-הדין.

ניתן היום, י"ז באב התש"ף, 7 באוגוסט 2020, שלא במעמד-הצדדים.


גיא הימן, שופט

