



בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 15-09-3318 ברקוביץ נ' תלבושת טי פור יו בע"מ

לפני כבוד השופט משה תדמור-ברנשטיין

התובע: ד"ר ליאור ברקוביץ, ת.ז. XXXXXXXXXX

נגד

הנתבעת: תלבושת טי פור יו בע"מ, ח.פ. 514762103

פסק דין

לפניי תביעה על סך של 33,800 ₪, בה נתבעים פיצויים לדוגמה (פיצויים שאינם תלויים בנזק) בגין 95 דברי פרסומת ששיגרה הנתבעת לתיבת הדואר האלקטרוני של התובע באמצעות מתקן בזק בין יוני 2013 לבין אוגוסט 2015; זאת - על פי הנטען, בלא שניתנה הסכמתו לכך, בניגוד להוראת סעיף 30 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן - "החוק").

הסוגיות המרכזיות שבמחלוקת הן:

א. מהו הנטל הראייתי שנדרש מהנתבעת כ"מפרסם", בנסיבות עניינינו, לצורך הוכחת טענתה כי התובע, "הנמען" של "דבר הפרסומת", כהגדרתו בחוק, נתן "הסכמתו המפורשת מראש" לקבל מהמפרסם דבר פרסומת, כאמור בהוראת סעיף 30א(ב) לחוק; זאת - מקום בו טוען המפרסם, שהדרך היחידה, שמענו של התובע יכול להצטרף לרשימת הנמענים שאליהם נשלחים דברי פרסומת של החברה, היא על ידי פעולה אקטיבית של התובע באתר של המפרסם באינטרנט, בהכנסת כתובת דואר אלקטרוני אישית ובביצוע אישור אלקטרוני לקבלת דברי פרסומת?

ב. מה משמעות העובדה, שהתובע בעניינינו לא פתח את הודעות הדואר האלקטרוני שקיבל מאת הנתבעת לתיבת הדואר שלו - משך למעלה משנתיים, אף שידע לפי הכותרת של דבר הדואר כי מדובר בדברי פרסומת שתמיד הגיעו מ-Tilboshot. ומה נפקותה ומשקלה של טענתו העובדתית של התובע בחקירתו בבית המשפט לראשונה (טענה שלא נטענה בכתב ההגנה), כי, בעצם, מצא להגיש את התביעה בספטמבר 2015 [ולשתמש בלמעלה מ-90 הודעות שנאספו במשך למעלה משנתיים מקופלות סגורות בתיבת הדואר שלו, כאמור], הואיל ולמד לראשונה על קיומו של החוק (חוק הספאם) - באוגוסט 2015, כחודש טרם הגשת התביעה?



בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 15-09-3318 ברקוביץ נ' תלבושת טי פור יו בע"מ

ג. ובהתאם - האם ניתן בנסיבות ענייננו, **לסתור** בענייננו את החזקה שמקים החוק, שמקום בו נתקבל דבר פרסומת אצל הנמען הפרטי, נעשה הדבר "ביודעין" מצד המפרסם?

ד. מה השפעתן של התשובות לשאלות אלה - על שיעור "הפצויים לדוגמה" [פיצויים שאינם תלויים בנזק], **שראוי** לפסוק בענייננו.

העובדות

1. הנתבעת היא חברה בעירבון מוגבל, שעוסקת מאז 2012 "**ביצור שיווק ומכירת תלבושת אחידה ומוצרים נלווים לילדים בבית הספר וגם להורים**". [ש' 6-5 בעמ' 4 לפרוטוקול הדיון (להלן: "**הפרו**")]. הנתבעת מפעילה אתר אינטרנט, שהוא חנות מקוונת בשם "**תלבושות**" (TILBOSHOT), שבה ניתן לבחור להזמין ולרכוש "אינטרנטית" את המוצרים המפורסמים באתר (להלן: "**האתר**").

2. **אין מחלוקת** כי ביום 17.6.13 החלה הנתבעת לשלוח לתיבת הדואר האלקטרוני של התובע הודעות דואר אלקטרוני (להלן: "**מייילים**"), שהן גם "דבר פרסומת" כהגדרתו בחוק (להלן: "**הודעות**"); לטענת התובע - **מבלי** שמעולם ניתנה הסכמתו לקבלתן. התובע מציג ראיות לקבלת 95 הודעות לתיבת הדואר שלו (האחרונה שבהן – מיום 18.8.15) - במהלך של **למעלה משנתיים**, החל מיום 17.6.13 ועד למועד הגשת התביעה (2.9.15). התובע מאשר בעדותו (מה שבחר שלא לפרט בכתב התביעה), **שבמשך השנים לא פתח את המיילים** בהם מקופלות ההודעות, ועשה זאת – **באוגוסט 2015, לצורך הגשת תביעתו** (עד אז, רק אסף אותן סגורות בתיבת הדואר האלקטרוני שלו) [ש' 16-22 בעמ' 3 לפרו']. אם כן, לפי טענה חדשה שהעלה רק בחקירתו בבית המשפט, טענה שהפתיעה בה את הנתבעת, בגלל שלמד על קיומו של "חוק הספאם" – **לראשונה** – רק באוגוסט 2015, מצא לפתוח את המיילים אז לצורך הגשת התביעה [ש' 6-4 ו-17-16 בעמ' 3 לפרו'].

3. התובע הוא רופא במקצועו. הוא העיד כי מאז 2008 ועד ליוני 2014 למד רפואה בחו"ל (וחזר לארץ באוקטובר 2014), כי מעולם לא רכש מוצר מאת הנתבעת, וכי גם אין כל סיכוי שזקק באותם זמנים לשירותיה של הנתבעת, באשר בכל אותם זמנים גם לא היו לו ולאשתו, ששהתה עמו בחו"ל, ילדים [ש' 8-9, 21-23 ו-26-28 בעמ' 2 ו-ש' 24-28 בעמ' 3 לפרו'].

4. לשאלת בית המשפט, **מאשר** התובע כי ידע ב"זמן אמת" שניתן לסלק כל הודעה שקיבל ב"דליט", אך לא עשה זאת, כי איננו איש מחשבים המכיר הרבה אופציות; בחקירתו נשאל והשיב כדלקמן [ש' 18-22 בעמ' 3 לפרו']:



בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 15-09-3318 ברקוביץ נ' תלבושת טי פור יו בע"מ

"ש. לא ביטלת את דברי הדואר שהגיעו אליך וזרקת אותם לזבל במהלך השנים?

ת. לא

ש. מדוע.

ת. כי יש לי המון הודעות זבל ודורש ממני הרבה

זמן, אינני איש מחשבים ואינני מכיר הרבה אופציות, לא התעסקתי עם זה. אני עובר על

חמישים מיילים."

5. אין מחלוקת שהתובע לא ביקש מעולם להסיר את ההודעות. אמנם התובע מעלה בכתב התביעה גם טענות לגבי מנגנון ההסרה שקיים בהודעות שקיבל, אך מנגנון זה לא עיכב בעדו, באשר לא פתח את המיילים "בזמן אמת". בחקירתו על ידי בית המשפט נשאל והשיב (אישר את טענת הנתבעת ב-ס' 16 לכתב ההגנה), כי רק חלק מהמיילים נפתחו, וגם הם – רק באוגוסט 2015:

"ש. הנתבעת טוענת שהיו מיילים שכן פתחת וכדי לעצור את השטף כאדם שלא מכיר את

חוק הספאם היה סביר שתשלח להם הודעה "רדו ממני".

ת. באוגוסט '15 פתחתי את המייל, אפשר לראות מסמכים שהנתבעת

הגישה, זה הזמן שהגשתי את התביעה, כי הגשתי תביעה פתחתי אותם."

6. התובע מייחס בכתב התביעה לנתבעת תחכום יתר זדוני - בעצם העובדה שחקר לצורך התביעה ומצא כי ההודעות נשלחו אליו במשך השנים, בעצם, מ-8 כתובות מייל שונות (ולא אחת), וכי ההודעות נושאות בתחתיתן כתובות הרשמה השונות מהכתובות שמצויות ב"רשומות הרשמיות". הנתבעת טוענת בכתב הגנתה, כי יש לדחות את ניסיונו של התובע להכפישה בכתב התביעה. היא מבהירה כי היא עושה שימוש במערכות החוקיות והנפוצות בארץ להנגשת תוכן והסרה אוטומטית מרשימת לקוחות הנתבעת (ס' 21 לכתב ההגנה); וכן - כי מדובר בהתפתחות הטבעית של החברה, כך שכתובות משתנות של הנתבעת ומענה, הן תוצר טבעי של התפתחותה – מאז 2012 (ס' 22 לכתב ההגנה).

7. **התובע איננו חולק כי על כל ההודעות קיים כפתור "להסרה מרשימת התפוצה" (ר' ס' 2.10 לכתב התביעה; נספח ה' לכתב התביעה). הנתבעת טוענת כי בנסיבות ענייננו יש לזקוף לחובת התובע, שלא מצא – משך תקופה כה ארוכה - לבקש בכל אופן שהוא – את הסרתו מרשימת התפוצה שלה. התובע טוען, שלפי החוק איננו מחויב לבקש להסיר, ולו – הודעה אחת ("זו חוצפה לבקש ממני לעבור על כל הודע ולשאול מדוע שלחו לי הודעות" [ש' 11-12 בעמ' 3 לפרו]). כמו כן, טוען התובע לכך, שמנגנון ההסרה בהודעות בענייננו, איננו עומד ברשימת הדרישות של הדין, בכך שאיננו מאפשר משלוח הודעת הסירוב "בכתב או בדרך בה שוגר דבר הפרסומת, לפי בחירת הנמען" (כדרישת - ס' 1ד' לחוק). התובע מציין את הסיכון שבלחצן הסרה שאיננו עומד בדרישות החוק (כזה**



בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 3318-09-15 ברקוביץ נ' תלבושת טי פור יו בע"מ

שמצא, לטענתו, באוגוסט 2015 - בענייננו), בענין וירוס מזיק למחשב, כפי שעולה גם מדברי כבוד הש' עוזי פוגלמן בענין רע"א 1954/14 חזני נ' הנגבי (4.8.2014) (מותב שלושה) (להלן: "ענין חזני").

8. לתובע גם טענות לגבי היעדר הכותרת "פרסומת" - בראש כל הודעה, בניגוד - לדרישת החוק. נזכיר, כי התובע מעלה דרישה הקיימת בחוק לקביעת כותרת "פרסומת" בראש ההודעה, אף שהוא אישית ידע, מבלי לפתוח את ההודעות - משך למעלה משנתיים, כי הודעות אלה נושאות דבר פרסומת; זאת - כפי שעולה מהתנהלותו לגביהן משך השנים (לצבור אותן כמיילים שאיננו נוגע בהם), וכפי שניתן גם לראות - על פניו - מכותרות ההודעות כפי שהן מופיעות בקיפולן (טרם פתיחתן) בריכוזים שמוצגים כנספחים י"ג עד י"ז לכתב התביעה (למשל - בנספח י"ג, בהודעה מיום 9.8.15: "WWW.Tilboshot.co.il ים של תלבושות ברחבי הארץ - בואו למדוד").

9. עיקר המחלוקת העובדתית בענייננו היא, כאמור, בשאלה: האם התובע הסכים לקבל הודעות שבהן דבר פרסומת? כאמור, התובע טוען - מעולם לא! הנתבעת טוענת, שאין דרך אחרת להצטרף לרשימות התפוצה שלה, אלא בהרשמה לאתר - בהכנסה יזומה לתוך תוכנת ההרשמה - של כתובת המייל של הפונה; מה שגם, לטענתה, אירע בענייננו, מעט לפני יום 17.6.2013 [ש' 28-32 בעמ' 4 לפרו']. נציג הנתבעת הבהיר בעדותו, כי הנתבעת עובדת עם מערכת חיצונית בשם "אקטיב טרייל" - היא מספקת שירותי דיוור מקבלת מאיתנו רשימת לקוחות. לא רצינו לקחת סיכון ולכן לקחנו מערכת חיצונית. המועד שיש לי הוא המועד בו נשלח המייל הראשון אל הלקוח." [ש' 20-23 בעמ' 4 לפרו'].

10. אין מחלוקת כי אין בידי הנתבעת בענייננו, מסמך אישור הסכמה מפורשת לקבלת דבר פרסומת בדיוור אלקטרוני "בכתב, לרבות בהודעה אלקטרונית או בשיחה מוקלטת", כדרישת ס' 30א(ב) לחוק. הנתבעת טוענת כי בנסיבות, די בכך שהיא טוענת כי הרישום האקטיבי של הלקוח לאתר (בהכנסת כתובת מייל אישית) הוא האופן הבלעדי להצטרף לרשימת התפוצה שלה, כדי להעביר נטל לתובע להוכיח שהוא לא הכניס את המייל שלו לאתר (ומכאן - לא הסכים). אעיר עוד, כי התובע הציג כנספחים י"ח עד כ' לכתב התביעה מסמכים (מיום 22.8.15), שנחזים להיות ניסיון של התובע לבחון האם המייל שלו מופיע ברשימת המנויים של הנתבעת; ניסיון שמעלה - לכאורה - כי כתובת המייל שלו איננה ברשימה! הנתבעת לא הביאה ראיות לסתור טענה זו.

11. מאידך, טוען נציג הנתבעת בתום הדיון, כי "הרשמה לדיוור פרסומי באשר יהיה", היא כזאת שמאפשרת לכל אחד להכניס לאתר של החנות המקוונת מייל שהוא בוחר להכניס, "לסמן וי ובכך להירשם", והוא מביא כדוגמה לכך את אתר המותג קסטרו. ואז, מי שהרישום נוגד את רצונו (אם משום שנרשם והתחרט, ואם משום שאחר רשם אותו, בלי הסכמתו), יכול - לטענת נציג הנתבעת - "לשלוח במייל חוזר בקשה לא לשלוח אליו מיילים" [ש' 3-7 בעמ' 6 לפרו'].



בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 15-09-3318 ברקוביץ נ' תלבושת טי פור יו בע"מ

12. מכל מקום, הנתבעת טוענת כי זו **התביעה היחידה שהוגשה נגדה** בהקשר לספאם (לא הובאו ראיות לסתור טענה זו), וכי מדובר בתביעה תמוהה וחסרת תום לב, באשר התובע משך למעלה משנתיים – מעולם לא ביקש להסיר, ולו הודעה אחת (לעומת רבים אחרים שביקשו להסיר, וכתובתם הוסרה [ש' 9-11 בעמ' 5 לפרו']). הנתבעת טוענת כי מדובר בתובע ש"התעורר" רק כשנתיים לאחר שהוא מקבל הודעות שהוא לא פותח אותן, ופנה לראשונה לנתבעת באמצעות כתב התביעה עצמו! [ש' 20-22 בעמ' 5 לפרו']. התובעת טוענת כי מתברר שמדובר - כלשונה - ב"תובע סדרתי" [ש' 7 בעמ' 6 לפרו'], ואילו התובע מצדו טוען: "הקדשתי המון זמן ומאמץ ללמוד את הנושא. הגעתי לבית משפט. אני אדם עסוק מאוד. אני מקבל ספאם גם מחברות אחרות." [ש' 28-29 בעמ' 2 לפרו']; אם כי, הוא גם מאשר שהגיש תביעות מסוג זה נגד גופים אחרים [ש' 28-29 בעמ' 3 לפרו'].

13. הנתבעת הינה חברה שבשנים הרלוונטיות הפעילה חנות מקוונת, העסיקה "3 עובדים בשכר ועוד עובדי חוץ", והמחזור שלה היה "2 מליון שקלים בשנה" [ש' 7-11 בעמ' 4 לפרו'].

דיון – טענת התובע נגד חזקת ידיעת הדין

14. נשאלת השאלה מה משמעות טענתו של התובע, לענייננו, שהיא בבחינת "עדות כבושה" שניתנה במסגרת "עדות בעל דין יחידה", כי הגיש את תביעתו בספטמבר 2015, כי "לא הכרתי את חוק הספאם לפני אוגוסט 2015" [ש' 6 בעמ' 3 לפרו']. משלא טען התובע בכתב התביעה דבר נגד התקיימותה של חזקת ידיעת הדין בענייננו [ר' הוראת תקנה 81 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984], בהחלט הציג התובע בכתב התביעה מצג של מי שפעל כל השנים מתוך ידיעת הדין; ואולי בהתחשב בחלוף השנים, ניתן לטעון כי בנסיבות ענייננו - "יישן על זכויותיו", או – לחילופין - המתין בשיהוי שנעדר תום לב להצטברות של 95 הודעות במשך למעלה משנתיים (!), ואז הגיש את תביעתו. עקרונית, אמנם, בענין חזקת ידיעת הדין, מדובר בחזקה הניתנת לכאורה לסתירה, אבל הנסיבות והאופן בהם מנסה התובע "להיחלץ" ממנה בענייננו - מעלות תהיות.

15. אם כן, מה הנפקות שיש לייחס לניסיונו של התובע בענייננו, למצוא צידוק לשיהוי העצום בהגשת תביעתו, במטרה להצדיק את היקף התביעה המוגשת בספטמבר 2015 – בגין 95 הודעות מפירות, שהתקבלו במשך שנתיים וחודשיים – בטענה המובאת ב"עדות בעל דין יחידה", "בעדות כבושה" שלא בא זכרה בכתב התביעה?! יש לזכור, שבענייננו מוחזק התובע כ"שגריר" הציבור, שבא לשרת את האינטרס הציבורי בהגשת התביעה על ידו. בהיות הפיצוי שנקבע בתביעות מעין אלה גם תמריץ להגשת "תביעות יעילות", ומעין 'גמול מיוחד' לתובע המייצג [חזני, בפסקה העשירית], יש לבחון בענייננו עד כמה – בנסיבות ענייננו - זכאי התובע לדרוש פיצוי בגין כל אחת מההודעות המפרות שהוא מציג לבית המשפט. עולה מהנחיית בית משפט העליון בענין רע"א 2904/14 גלסברג נ' קלאב רמון בע"מ (27.7.2014) (דן יחיד) (להלן: "ענין גלסברג"), כי אף שהמחוקק לא הטיל על



בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 15-09-3318 ברקוביץ נ' תלבושת טי פור יו בע"מ

הנפגע מהודעות מפירות חובה שבדין להקטין את נזקו, הרי ש"אין באמור כדי להפחית מחובתו של נפגע, ככל בעל דין בכל ענין משפטי, לנהוג בתום לב" (ס' יג' לפסק הדין) (ההדגשה הוספה).

16. בענין חובת תום הלב בעמידה על זכות בערכאות, קבע כב' הש' אהרון ברק (כתוארו אז) בענין בר"ע 305/80 רפאל שילה ו-2 אח' נ' שלמה רצקובסקי וא, פ"ד לה(3) 449, 462:

"חובתו זו של בעל דין להפעיל את כוחותיו המשפטיים-דיוניים "בדרך מקובלת ובתום לב", מטילה עליו את החובה לפעול, כפי שבעל דין הגון וסביר היה פועל במקומו. המבחן לפעולתו זו אינו מבחן סובייקטיבי, ואינו מותנה בגישתו האינדיבידואלית של בעל הדין באשר לנכון ולראוי (בג"צ 59/80; ע"א 701/79 הנ"ל). המבחן הראוי הוא זה, הלוקח בחשבון את נסיבותיו המיוחדות של המקרה, אך מעביר נסיבות אלה בכור ההיתוך של ההתנהגות ההגונה והסבירה. במסגרת זו יש לדרוש, כי בעלי דין לא יהיו זאבים זה לזה, אם כי אין לדרוש, שיהיו מלאכים זה לזה. יש לעמוד על כך כי יתנהגו זה כלפי זה כבני אדם הגונים וסבירים. אי-קיומה של חובה זו עשוי להביא, בנסיבות מתאימות, לכך כי הפעולה המשפטית לא תשתכלל". (ההדגשות הוספו).

17. מבלי לקבוע מסמרות בענין טענות התובע שהושמעו לראשונה בעדותו בבית המשפט, כי רק באוגוסט 2015 הכיר את חוק הספאם, וכי עד אז התנהג כמי שאינו מבין כלל בענין הודעות, מחיקתן ו/או הסרתן, כמפורט לעיל, ורק 'אחסן' אותן (מבלי לפתוח אותן) בתיבת המייל שלו, הרי שאני קובע, כי מבחינה אובייקטיבית של חובת תום הלב, היה על התובע, התובע בגין 95 הודעות (!!) שהתקבלו מאז יוני 2013 ועד אוגוסט 2015 (במשך למעלה משנתיים (!)), להבהיר עובדות אלה כבר בכתב התביעה, בטרם מצא להתעמק בהוראות החוק השונות ובפרשנותן בפסיקה, כפי שבחר לעשות. היה עליו להצביע על הקושי המובנה בנסיבות, לזכותו בפיצוי בגין הצטברות של 95 הודעות מפירות.

18. אכן התובע נראה חדור משימה להוכיח את ההפרות השונות שהוא מייחס לנתבעת. אך האם בנסיבות ענייננו [בהן לא פתח את המיילים, אלא אך מספר שבועות טרם מועד הגשת התביעה (ומכאן – כלל לא נזקק לכפתור ההסרה)] – ראוי שיעלה את הטענה שעצם קיומו של כפתור הסרה שאינו עומד בדרישות הדין – לכאורה, מזכה אותו ביגמול מיוחד?! או, האם, למשל, ראוי - בנסיבות – שהתובע יעלה את הטענה, כי הוא זכאי לפיצוי אך בשל כך שבראש כל הודעה לא נרשמה אזהרה בנוסח "פרסומת", כאשר משך שנים בחר לא לפתוח את הודעות, ולא הוטעה בשל היעדר כותרת כאמור, משום שזיהה למרחוק את הפרסומות (על פי כותרתן המקופלת) ואגר אותן, סתם כך, מחוסר ידע או זמן לעסוק בזה?!



בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 15-09-3318 ברקוביץ נ' תלבושת טי פור יו בע"מ

19. גם על פי גרסתו המאוחרת של התובע, נשאלת השאלה, האם תביעה זו "יעילה", בכל הקשור לכמות ההודעות המפירות שבגינן הוא זכאי לטענתו כתובע "ייצוגי" לפיצויים לדוגמה. האם על בית המשפט לקבל את גרסת התובע כי לא עלה על דעתו שניתן לתבוע בגין ההודעות המפירות עד לאוגוסט 2015, כשגרסה זו "נסחטת" מפיו בעדות כבושה, שלא בא זכרה בכתב ההגנה?! התובע תובע בגין 95 הודעות מפירות, שהוא איננו יודע למפות באלו מועדים נשלחו, ובעת חקירתו "שולח" את בית המשפט, לעיין במועדים של הודעות מקופלות, שלא טרח להציגן פרושות לבית המשפט [שי 1-3 בעמ' 3 לפרוין]. עיון בנספחי כתב התביעה מעלה, כי מיום 1.8.15, שהוא - לכאורה - היום המוקדם ביותר שבו "התעורר" התובע ולמד לראשונה על קיומן של הוראות חוק הספאס, ועד למועד הגשת התביעה (2.9.15), קיבל מהנתבעת 9 הודעות בלבד, מימים: 3, 4, 6 (פעמיים), 9, 13, 14, 17 ו-18 לחודש אוגוסט 2015.

20. גם אם, לצורך הדיון, נקבל את גרסת התובע כפי שניתנה בבית המשפט, הייתי מצפה מהתובע שבשלב ראשוני – בכתב התביעה - יציג לבית המשפט את העובדה, שההצטרבות של 95 הודעות מפירות ב"מגרה" שלו במשך למעלה משנתיים, יש לה סיבה! היינו, שבעצם בהתנהלותו אכן קיים סוג של "שינה על זכויותיו". באמירה כזאת, היה גילוי של ההגינות המינימלית הנדרשת מול הנתבעת. בהיעדר מידע זה, חוזרת ושואלת הנתבעת בכתב ההגנה - בחוסר אימון, למול שנתיים ויותר של "שתיקה" מצד התובע, מדוע לא ביקש התובע להסיר?! **אני מוצא כי גרסת התובע כפי שנמסרה בבית המשפט, המבקשת להסתמך על "חוסר מודעות משפטית זמנית", נחזית להיות הסבר שהוא מבקש ליתן לשיהוי מציודו; הסבר שאולי "נוח" לתובע – במיוחד, כאשר הוא מובא לאחר שקיבל את כתב ההגנה, ונמסרת בתשובה לשאלת בית המשפט, לראשונה.** מכל מקום, טענה חדשה זו, חושפת את תחושתו של התובע, שאולי מוצדקת בנסיבות, כי השיהוי במועד הגשת תביעתו לגבי מרבית ההודעות שקיבל מהנתבעת מעלה קושי בדרישת פיצוי בגינן.

21. אעיר, כי קיים הגיון מסוים, בטענת הנתבעת, שמי שמקבל וממשיך לקבל ממנה משך למעלה משנתיים - עשרות מיילים, ולא קובל על כך או מגיש תביעה במהלכו, יכול להיות נחזה – בנסיבות מסוימות (לטענתה – במקרה של הרשמה אקטיבית לחנות מקוונת) כמי שמסכים להמשיך לקבלן. אמנם זה אולי לא הוראת החוק פשיטא, אך כאן מדובר בתקופה ארוכה מאוד ובריבוי הודעות חריג; כך לשיטת הנתבעת. מכל מקום, בנסיבות אלה היאחזות התובע ב"מחרוזת" ארוכה של הודעות שתחילתה לפני למעלה משנתיים, יש בה – על פי הנסיבות כפי שהן מתוארות על ידי התובע - משום ניצול ציני של המצב.

22. **סיכום ביניים**, בנסיבות שתוארו לעיל, בהן התובע – בוודאי בהיותו תובע 'ציבורי' - מנהל את תביעתו באופן האמור לעיל, כשהוא איננו מפרט בכתב התביעה טענות עובדתיות הרלוונטיות לתביעה שהוא מגיש, באופן שיכול ויש בו משום הפעלת כוחותיו המשפטיים דיונים, שלא "בדרך



בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 15-09-3318 ברקוביץ נ' תלבושת טי פור יו בע"מ

מקובלת ובתום לב" (על פי המבחן האובייקטיבי), כאמור, קמה לבית המשפט הסמכות להפעיל – ולו מסיבה זו – שיקול דעת באשר לעצם מתן הסעד הנתבע על ידי התובע בגין קבלת ההודעות, ובאשר להיקפו. ודוק, המשקפיים לבחינת התקיימות דרישת תום הלב בענייננו הם משקפי "המבחן האובייקטיבי". בהחלט יתכן שהתובע מרגיש, סבור ואף בטוח – שניהל את תביעתו ללא מתום. אך לא זו השאלה. השאלה הנשאלת היא ביחס שלו מול הנתבעת, ובהבנה הנדרשת מהתובע, שהוא כתובע ציבורי אמור לעמוד במבחן של הוגנות מול ספק שהוא מנהל הליכי "הרתעה" מולו, לרבות – חשיפה של השיהוי שבבסיס תביעתו, וסיבתו.

דיון – האם יש לקבל בענייננו את טענת הנתבעת בענין ההסכמה המפורשת

23. מאידך, אינני מקבל – גם בנסיבות ענייננו – את טענת הנתבעת, כי יש להחזיק את התובע כמי שהסכים לקבל "דברי פרסומת" ממנה, אף שאני מקבל את הטענה – שלא נסתרה – כי זו התביעה היחידה שהוגשה נגדה בענין זה.

24. כאמור, הנתבעת איננה מציגה מסמך אישור הסכמה מפורשת לקבלת דבר פרסומת בדיוור אלקטרוני "בכתב, לרבות בהודעה אלקטרונית או בשיחה מוקלטת", כדרישת ס' 30א(ב) לחוק. כתחליף – היא מבקשת להפנות לכך, שבפועל, בדיוור ישיר, בחנות מקוונת, לטענתה – מתנהגים אחרת. מה שקורה, הוא שהלקוח מכניס כתובת מייל לאתר – וזו ההסכמה, ואם יש בעיה – הוא מבקש, ומיד מסירים. אינני מקבל כי מבנה הסכמה נטען זה מקבל גיבוי מלשון החוק וממטרתו. העברת הנטל לתובע להוכיח שלא נרשם לאתר, כפי שהנתבעת מבקשת, מפקיעה את תכלית החוק, הבא להגן על הנמענים.

25. אעיר, כי גם טכנית – גרסת הנתבעת לא הוכחה. לא הוצג לבית המשפט קיומו המלא של המנגנון של ההרשמה באתר ו/או הוכחה כי מדובר באופן בלעדי להכנסת כתובות לרשימת התפוצה של הנתבעת. מה שהוצג לבית המשפט בענין אתר קסטרו היה מסך הרשמה, שמאפשרת לכל אחד להכניס לאתר של החנות המקוונת מייל שהוא בוחר להכניס, "לסמן וי ובכך להירשם". עיון באתר קסטרו מלמד, שאכן קיים "וי" (בנוסף לחלון המיועד להכניס כתובת מייל, ולידו; המדובר ב-"וי" שמצביע על הסכמה מפורשת לקבלת דבר פרסומת; שלרצון הלקוח – הוא מוחק אותו טרם הכנסת כתובת המייל האישית). קיומו של "וי" זה – לא הוכח בבית המשפט באתר הנתבעת. לפי העדויות, על מנת להירשם לאתר הנתבעת, אין סימון ב"וי"; די בהכנסת כתובת מייל. והטענה של הנתבעת היא, שבעצם הכנסת כתובת המייל, יש אישור לאמור בתקנון, שלגבי קיומו מתריע האתר, ומאפשר גישה לענין בו. אינני מוצא כי בהכנסת המייל לאתר הנתבעת – באופן שהוצג, יש משום אישור מפורש לאמור בתקנון; וכן, אעיר, כי לאחר עיון בתקנון, אני בספק אם אכן הכתוב בו מלמד על הסכמה מפורשת של הלקוח לקבלת "דבר פרסומת" בשוטף.



בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 3318-09-15 ברקוביץ נ' תלבושת טי פור יו בע"מ

26. אבל הקושי של הנתבעת הוא יותר בהוכחה של קיומה של הסכמה מפורשת של התובע. אין ספק, שבמעט יצירתיות ניתן היה לנתבעת בענייננו ליצור מנגנון יעיל יותר להבטיח הסכמה, שתוצג בבית המשפט כמפורשת. למשל, באמצעות משלוח מסרון לטלפון האישי, שנשלח אוטומטית כתוצאה מפעולת ההכנסה האקטיבית של המייל האישי על ידי הלקוח לאתר; או - משלוח מייל חוזר - לכתובת המייל שהכניס הלקוח, שבו מבקשים ממי שמקבל את המסרון / המייל (אם באמצעות העברת מספר חסוי, ואם במסרון/ מייל חוזר) – לאשר שאכן הסכים לקבלת ההודעות. יכול להיות שמנגנון (כפול) מסוג זה, כדוגמא, מסורבל מסחרית ועלול להרתיע לקוחות פוטנציאליים; אך, כאמור, על פי החוק - האינטרס המסחרי מקבל עדיפות משנית, לעומת אכיפת החובה על המפרסם להציג הסכמה מפורשת ומראש – של הלקוח. החוק מקדם את האינטרסים של הלקוח שלא להיטרד מהודעות מפירות, ומטיל על הספק להיות ערוך עם אמצעי הוכחה, שאכן קיבל את הסכמתו המפורשת של הלקוח. מה שלא נעשה בענייננו.

27. עוד אעיר, כי לא נעלמו מעיני טענות התובע ב"בבקשה למתן פסק דין בהיעדר הגנה והוספת פרסומות חדשות", כי הנתבעת לא חסמה את מסירת ההודעות למייל התובע אחרי הגשת התביעה - עד למועד בו הגישה כתב הגנה בפועל ב-10.4.16; ובכך לא עצרה משלוח של עוד כ-15 הודעות, אל הדואר האלקטרוני של התובע לאחר מועד הגשת התביעה; הודעות - שאינני רואה אותן חלק מתביעה זו. עם זאת, מדובר בהתנהגות, שיהיה נכון לזכור אותה בעת קביעת שיעור הפיצוי בענייננו.

28. **סיכום ביניים**. אין מחלוקת שהנתבעת שלחה לתובע 95 הודעות; ושהתובע לא ביקש להסיר את עצמו מרשימת התפוצה מעולם. הנתבעת לא הוכיחה, שהתובע נרשם למאגר, ושאישר לה לשלוח לו דברי פרסומת. כדי לעמוד בנטל, היה על הנתבעת להביא עדות מדויקת וישירה לכך. למשל, לפעול להביא לעדות את מי שמטפל עבור הנתבעת בענין ההרשמה – להוכחת הבלעדיות של התהליך, ולמציאת האישור הפרטני מטעם התובע. לא די בהפניה בכתב ההגנה לכך שעניינה מטופלים על ידי בעל מקצוע חיצוני ומקצועי, וכי מוצאים על ידה כספים רבים להבטחת שיווק חוקי ונכון.

29. עיון בענין ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 22190-09-12 מזן נ' לוג טק תקשורת בע"מ (6.4.2014), מלמד אלו ראיות יכולה היתה הנתבעת לשקול להביא בענייננו [סי' 9 לפסה"ד]:

"היה אפוא על הנתבעת להבטיח התייצבות של עד רלבנטי מטעמה – מומחה למחשבים או הגורם האחראי על תפעול ואבטחת אתר האינטרנט של הנתבעת. הנתבעת הציגה מסמך שהוגדר על ידה "אישור טכני / לתפעול מערכת", ערוך על ידי הגב' דידי זהבי. לבית המשפט לתביעות קטנות נתונה הסמכות לסטות מדיני הראיות (סעיף 62(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984), אולם לא ניתן להתעלם מעצם ההכרח בשמיעת עדות של גורם מקצועי בבית המשפט. ה"אישור" שהוצג על ידי הגב' זהבי – ללא שהתאפשרה עדותה – אינו מספק.



בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 15-09-3318 ברקוביץ נ' תלבושת טי פור יו בע"מ

החשיבות של שמיעת עדות בעל מקצוע – על פני הסתמכות על "אישור" בלבד – מתעצמת, כאשר מדובר בעדות בתחומי טכנולוגיה, מחשבים, תכנות ואינטרנט. עדותה של הגב' זהבי אמורה הייתה להוות חוליה מקשרת בין הזירה הטכנולוגית לזירה המשפטית, ליתן הסבר הן על הראיות שהוצגו (המתייחסות לרישום המקוון הנטען של התובעת באתר האינטרנט DIRECT RSS) והן על האופן בו הן הושגו.

30. האם בנסיבות ענייננו הפרה הנתבעת את הוראות החוק "ביודעין"? נדון בכך, משום שזוהי היא דרישת ס' 30א(ג) לחוק – על מנת לזכות את התובע בפיצוי מול המפרסם. מכוח הוראת ס' 30א(ג) עומדת החזקה הבאה נגד הנתבעת: "חזקה על מפרסם ששיגר דבר פרסומת בניגוד להוראות סעיף זה, שעה כד ביודעין כאמור בפסקה". לא די בכך, שהנתבעת טוענת כי הוטעתה בענייננו לסבור כי אדם שנמצא ברשימת הלקוחות שלה פעל אקטיבית כדי להיכנס אליה, ומכאן – הסכמתו, ומששנים לא דרש הסרת הודעות, נחזה להיות מסכים – כדי לחלצה מקיומה של החזקה – נגדה. זאת, משום שלפי הוראת ס' 31א(ג)5(ב) – לא תהיה למפרסם הגנה - אם "המפרסם שיגר בעבר דבר פרסומת לנמען בניגוד להוראות סעיף זה, אף אם לא ביודעין". כך שהגם שהתרשמתי, כי ברמה הסובייקטיבית, הנתבעת לא היתה מודעת כלל להפרה המתמשכת משך שנתיים וחודשיים, מול התובע, הרי היא מוחזקת כפי שהפרה את החוק "ביודעין".

הדין ויישומו

31. סעיף 30א(ב) לחוק אוסר על "מפרסם" כהגדרתו בסעיף 30א(א) לחוק לשגר דברי פרסומת באמצעות מתקן בזק בלא שניתנה הסכמתו של הנמען לשליחתן קודם לכן. מפרסם המשגר דברי פרסומת בניגוד להוראות הסעיף, מבצע עוולה אזרחית המזכה בפיצוי בגין נזק שנגרם כאמור בסעיף 30א(ט) לחוק, או בפיצוי ללא הוכחת נזק כאמור בסעיף 30א(ג) לחוק. אמת המידה לפסיקת פיצוי ללא הוכחת נזק התוותה בשני פסקי דין שניתנו בבית המשפט העליון, בענין גלסברג ובענין חזני, המוזכרים לעיל.

32. בענין חזני קבע בית המשפט העליון, כי בבואו לקבוע את סכום הפיצוי כאמור, על בית המשפט לשים לנגד עיניו את תכליות החוק: אכיפה, הרתעה, ועידוד הגשת תובענות יעילות - מצד אחד; ולהקפיד שהפיצוי יהיה מידתי ולא מעבר לנדרש לשם השגת אותן תכליות - מצד שני. הפיצוי נועד להכווין את התנהגות המפרסם באופן שפרסום עתידי במתכונת זו יהיה בלתי כדאי עבורו.

33. לשם כך, על בית המשפט בבואו לפסוק בתביעה בגין סעד, כאמור, לשקול שני סוגי שיקולים: הסוג הראשון - מתמקד בנסיבות ביצוע ההפרה, וכולל, בין היתר, את תוכן הפרסום (אם הוא פוגעני אם לאו); את התנהגות הנתבע; את הרווח הצפוי לו מן הפרסום (ככל שניתן להעריכו);



בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 15-09-3318 ברקוביץ נ' תלבושת טי פור יו בע"מ

את מספר דברי הפרסומת ששלח לתובע, וכמה הודעות נשלחו לכל כתובת (אם מדובר במשלוח בודד לכל כתובת או בהפרה חוזרת ונשנית). בית המשפט הדגיש, כי כמות ההודעות שנשלחה לתובע גודרת את תקרת הסכום שניתן לפסוק (לא ניתן לפסוק פיצוי העולה על 1,000 ש"ח בגין כל הפרה ללא הוכחת נזק), אך מעבר לכך - היא אך שיקול אחד מבין מכלול השיקולים האמורים. **הודגם כי אפשר שייפסק פיצוי בסכום זהה לאדם שנשלחו לו 100 הודעות ולאדם שנשלחו לו 1,000 הודעות, ובלבד שהפיצוי השיג את תכליות החוק: אכיפה והרתעה אפקטיבית ומידתית.** נקודת המוצא היא, שתביעה בגין הפרה בודדת תזכה את התובע במלוא הסכום (1,000 ש"ח) כדי שתושג התכלית ההרתעתית. ככל שמספר ההפרות עולה, כך גדלה התקרה שבית המשפט רשאי לפסוק, **אולם עליו להיעצר בסכום המשקף הרתעה יעילה בנסיבות העניין, ולא מעבר לכך.**

34. **סוג שני של שיקולים שנדרש בית המשפט לשקול, עניינו בשאיפה לעודד הגשת תביעות יעילות שמטרתן להגשים את תכליות החוק.** לשם כך, יש לשקול את עלויות ניהול ההליך ביחס לתועלת שתופק ממנו. נקבע כי יש לפסוק שכר טרחה והוצאות בסכום שבמכלול יהפוך את הגשתה לכדאית. כך למשל, אף שתביעה בגין הפרה בודדת תזכה את התובע לכל היותר בפיצוי של 1,000 ש"ח, ניתן לפסוק בגינה שכר טרחה והוצאות העולים על סכום זה כדי שיהיה כדאי להגישה, ובלבד שהסכום הכולל שנפסק יהיה סביר ומידתי בשים לב לשיקולים המנחים את בית המשפט בפסיקת שכר טרחה והוצאות משפט (עניין **חזני**, פסקה 10). השופט (כתארו אז) רובינשטיין הדגיש בעניין **חזני** כי לבית המשפט יש שיקול דעת לקבוע את סכום הפיצוי בהתאם למכלול נסיבות העניין. כך אעשה להלן.

35. הנתבעת לא הוכיחה שהתובע הסכים לקבל הודעות מלכתחילה; אין חולק שהיא אחראית למשלוח ההודעות, וכי סך הכל שלחה לתובע 95 הודעות פרסומיות. אך כאמור, בנסיבות, יש לבחון את התנהלות התובע בענייננו, שבעצם "ישן על זכויותיו", לא פתח את המיילים, ולא פעל לבלימת שטף המיילים ו/או להגשת "תביעה יעילה" משך למעלה משנתיים. גם אם נקבל את גרסתו כי לא היה מודע לקיומו של חוק הספאם עד אוגוסט 2015, הרי שנשאלת השאלה, מדוע יש לאחוז נגד הנתבעת שרשרת של 95 הודעות – שהתארכה רק בשל נסיבות אקראיות ב"ההיסטוריה האישית" של התובע. מכל מקום, בשל סמיכות הזמנים בין המועד בו "למד" התובע את ההודעות והחוק, לבין המועד בו בחר להגיש את התביעה, **אינני מוצא כי התובע הוכיח כי הוא זכאי לפיצוי ללא הוכחת נזק** בגין ההפרות שנוגעות לצורת ההודעה, הכתובות שעליה ומגוון ההסרה שלה; ככל שמדובר בהפרות החוק, הוא אישית לא נפגע מהן "בזמן אמת", כאמור; וזאת – עדיין תביעות הוא.

36. באופן דומה, בשל התנהלותו של התובע, בשיהוי חריג, כאמור, אינני מוצא כי קיימת הצדקה לאחוז מול הנתבעת "שרשרת הודעות מפירות" בת 95 פריטים. מאידך, כאמור, מתברר ש"בתקופת מודעותו" קיבל התובע בחודש אוגוסט 2015 - 9 הודעות מפירות (ועוד 14 הודעות



בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 15-09-3318 ברקוביץ נ' תלבושת טי פור יו בע"מ

מפירות לאחר הגשת כתב התביעה). אני כן מוצא, שיש לחייב את הנתבעת בפיצוי בגין אותן הודעות שבכתב התביעה נטען כי נשלחו אל התובע לאחר 1.8.15, וכן לייחס תוספת גלובלית של פיצוי בגין קבלת הודעות לתקופה שטרם יום 1.8.15; אך, וודאי לא – פיצוי בגין 95 הודעות מפירות.

37. בעניין חזני קבע בית משפט העליון, שהתכלית העיקרית של הפיצוי לדוגמה היא הרתעה (פסקה 10 סיפא לפסק הדין). פיצוי מסוג זה הוא יוצא דופן במשפט האזרחי, שכן אין מטרתו להשיב את המצב לקדמותו. הוא מתמקד בנתבע ובתמריץ השלילי להימנע מפעילות מזיקה. הוא אינו מתמקד בתובע, שכן הנחת המוצא היא שהנזק שנגרם לו-עצמו ממשלוח "דואל זבל" הוא עניין של מה בכך. על כן, בית המשפט נדרש להישמר שלא לעבור את הקו - הדק, המטושטש והקשה לזיהוי - בין פיצוי מרתיע לבין פיצוי עונשי.

38. כאמור, לא הוכח כי בעניינו הנתבעת הינה מפירה סדרתית. נתונה הכלכליים של הנתבעת, כמות העובדים והיקף המחזור, מלמדים כי מדובר בחנות מקוונת קטנה יחסית בהיקפה, ויש לכוון לפסוק פיצוי, שמיחד - ירתיע את הנתבעת ויגרום לה להדק את אופן הבטחת קבלת הסכמת הלקוחות; ומאידך, לא יעניש את הנתבעת בגין השיהוי העצום בו פעל התובע, בייחוס של קרוב ל-100 הודעות מפירות; אלא באופן בו מייחסים, כאמור, 9 הודעות מפירות בלבד, תוך התחשבות בריבוי ההודעות המפירות בעבר, כאמור.

סוף דבר

על רקע דברים אלה, אני מוצא לקבל את התביעה בחלקה.

הנתבעת תשלם לתובע בגין פיצויים לדוגמה, כהגדרתם בחוק, סך של 9,000 ש"ח. כמו כן, תישא הנתבעת בהוצאות המשפט של התובע - בסך כולל של 500 ש"ח. הסכומים ישולמו תוך 30 יום, שאם לא כן, יישאו הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום פסק הדין ועד התשלום בפועל.

ניתן להגיש בקשת רשות ערעור לבית משפט המחוזי תוך 15 יום ממועד קבלת פסק הדין.

המזכירות תשלח את פסק הדין לצדדים בדואר רשום עם אישור מסירה.

ניתן היום, ז' סיוון תשע"ו, 13 יוני 2016, בהעדר הצדדים.



בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 15-09-3318 ברקוביץ נ' תלבושת טי פור יו בע"מ

משה תדמור ברנשטיין, שופט