



## בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 16-03-8559 איציקובסקי נ' אשת - ארגון שרותי תיירות בע"מ

לפני כבוד השופט משה תדמור ברנשטיין

התובע: חיים איציקובסקי, עו"ד, ת.ז. xxxxxxxxx

נגד

הנתבעת: אשת - ארגון שרותי תיירות בע"מ, ח.פ. 511177065

### פסק דין

לפני תביעה על סך של 14,000 ₪, בה נתבעים פיצויים לדוגמה ("פיצויים שאינם תלויים בנזק") בגין 14 דברי פרסומת ששיגרה הנתבעת בצורה של הודעות דואר אלקטרוני (להלן: "מיילים") לתיבת הדואר האלקטרוני של התובע באמצעות מתקן בזק בין 19.11.15 ל-18.1.16; זאת - על פי הנטען, בלא שניתנה הסכמתו לכך, בניגוד להוראת סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: "החוק").

#### הסוגיות המרכזיות שבמחלוקת הן:

א. מהו הנטל הראייתי שנדרש מהנתבעת להרים כ"מפרסם", בנסיבות ענייננו, 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 למשלוח דברי פרסומת שמנהלת עבורו אקטיב טרייל, חברת דיוור שנותנת שירותים להרבה חברות במשק הישראלי (להלן: "חברת הדיוור"), היא על ידי פעולה אקטיבית באתר של המפרסם באינטרנט, בהכנסת כתובת דואר אלקטרוני אישית של התובע ובביצוע אישור אלקטרוני לקבלת דברי פרסומת?

ב. ובהתאם - האם בנסיבות ענייננו, נסתרת בענייננו החזקה שמקים החוק, שמקום בו נתקבל דבר פרסומת אצל הנמען הפרטי, נעשה הדבר "ביודעין" מצד המפרסם?

ג. האם הטענה של הנתבעת כי חברת הדיוור היא גוף מקצועי אשר מטפל עבורה בכל שירותי הדיוור, לרבות הסרת נמענים שמודיעים על סירוב לקבל דבר דואר, מהווה הגנה לנתבעת או שיקול בשיעור הפיצוי שיש לקבוע בנסיבות?



## בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 16-03-8559 איציקובסקי נ' אשת - ארגון שרותי תיירות בע"מ

ד. האם בנסיבות ענייננו, בהן בחר התובע לפנות בהודעת סירוב לנתבעת - להסרת דברי הפרסומת דווקא "בדרך שבה שוגר דבר הפרסומת" (ולא באמצעות לחיצה על לחצן ה"הסר"), וקיבל אינדיקציה על כך שהמייל ששלח **כשל** מלהגיע ליעדו, מטיל על התובע, על מנת להוכיח את תביעתו, נטל להשלים את מסירת הודעת הסירוב (אם בצורה של לחיצה על לחצן "הסר", ואם בדרך אחרת) או מהווה שיקול בשיעור הפיצוי שיש לקבוע בנסיבות?

ה. האם קיימת משמעות לעובדה, שהתובע בענייננו השיב כי איננו שולל את האפשרות של **פתח** את הודעות הדואר האלקטרוני שקיבל מאת הנתבעת לתיבת הדואר שלו – אלא בסמוך ליום 10.1.16 - לצורך עריכת ומשלוח מכתב ההתראה ששלח לנתבעת [אף שיכול ועל פי הכותרת של הודעת הדואר בקיפולה ידע כי מדובר בדברי פרסומת שתמיד הגיעו מ"אשת"]?

ו. מה השפעתן של התשובות לשאלות אלה - על שיעור "הפיצויים לדוגמה" [פיצויים שאינם תלויים בנזק], שיש לפסוק בענייננו?

### העובדות והמחלוקות

1. הנתבעת, חברה בעירבון מוגבל, הנה חברת תיירות העוסקת, בין השאר, במתן שירותי נסיעות ללקוחותיה. שירותי הנסיעות הניתנים על ידי הנתבעת הנם שירותי תיווך בין הלקוח לבין החברה הסיטונאית ו/או חברת התעופה ו/או בית המלון [ס' 2 לכתב ההגנה]. **לחברה הנתבעת למעלה מעשרה סניפים פעילים ו-522 עובדים** [ש' 30 בעמ' 2 ו-ש' 10 בעמ' 3 לפרוטוקול הדיון (להלן: "הפרו")]. הנתבעת מפעילה אתר אינטרנט לפרסום ומכירת החבילות והשירותים, כאמור (להלן: "האתר").

2. **אין מחלוקת** כי ביום 19.11.15 החלה הנתבעת לשלוח לתיבת הדואר האלקטרוני של התובע הודעות דואר אלקטרוני (להלן: "מיילים"), שהן גם "דבר פרסומת" כהגדרתו בחוק (להלן: "הודעות"); לטענת התובע - **מבלי** שמעולם ניתנה הסכמתו לקבלתן. התובע מציג ראיות לקבלת 14 הודעות לתיבת הדואר שלו (האחרונה שבהן – מיום 18.1.16) - במהלך של **כחודשיים ימים**. כאמור, התובע מאשר בעדותו (מה שבחר שלא לפרט בכתב התביעה), **שיכול ולא פתח את המיילים** בהם מקופלות ההודעות, ועשה זאת – **בינואר 2016, לצורך עריכת ומשלוח מכתב ההתראה לנתבעת** (עד אז, יכול ורק אסף אותן סגורות בתיבת הדואר האלקטרוני שלו – מקופלות, כדוגמת הכותרות בנספח נ'1 לכתב התביעה) [ש' 16-17 בעמ' 1 לפרו].

3. התובע מציג העתק מייל ממנו עולה, כי לאחר שקיבל את ההודעה הראשונה מיום 19.11.15 במייל לתיבת הדואר שלו [כאמור, שלשונה: "תודה רבה על פנייתך, ניצור עמך קשר ב-24 שעות הקרובות"], ושנושאת עליה פרסומת ומספר טלפון להזמנות אצל הנתבעת], שלח מייל חוזר לאותה



## בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 8559-03-16 איציקובסקי נ' אשת - ארגון שרותי תיירות בע"מ

כתובת מייל ממנה קיבל את הודעות הפרסומת, בו כתב: "מעולם לא פניתי לאשת טורס" [נספח נ' 3 לכתב התביעה].

4. הנתבעת טוענת כי "לא ידעה ולא היתה יכולה לדעת על שליחת המייל החוזר של התובע מיום 19.11.15, שכן הכתובת ממנה נשלחים דואר פרסומי הינה כתובת של הודעות יוצאות בלבד! ובשביל כך קיים מנגנון הסרה למקרה ואדם המעוניין להסיר עצמו מרשימת התפוצה יוכל לעשות כן באמצעות מנגנון ההסרה" - המובא לדוגמא בתחתית ההודעה המצורפת כנספח ג' לכתב ההגנה. התובע איננו מכחיש כי היה מודע לכך שפנייתו בבקשה להסרה לא התקבלה, באשר בעקבות משלוח המייל החוזר על ידיו, התקבלה אצלו בתיבת הדואר האלקטרוני הודעת שגיאה.

5. אחרי קבלת שני דברי פרסומת נוספים שקיבל מאת הנתבעת בימים 23.11.15 ו-27.11.15, שלח התובע, שוב, במייל חוזר (נספח נ' 6 לכתב התביעה) הודעה בלשון: "שלום, אני מבקש שלא לשלוח אליי פרסומות ולהסיר את פרטיי מרשימות התפוצה שלכם. תודה. עו"ד חיים איציקובסקי". שוב התקבלה אצלו הודעת שגיאה, המודיעה לו שהמייל לא הגיע ליעדו.

6. בשבועות הבאים קיבל התובע 11 דברי פרסומת נוספים (8 מהן בדצמבר 2015 ו-3 בדצמבר 2016). התובע מציג בריכוז מיילים (נספח נ' 7 לכתב התביעה) - 13 מיילים שהוא טוען כי קיבל מאת הנתבעת, אך בוחר להציג אותן בקיפולן, ולהציג מתוכן - שתי דוגמאות של הודעות פרסום בלבד (נספחים נ' 7-9 לכתב התביעה). כך, שאין ראייה חלוטה שאכן פתח את כל ההודעות שקיבל.

7. התובע מציג מכתב התראה, שנשלח לנתבעת, לטענתו - כבר ביום 10.1.16, בדואר רשום, בו פנה לנתבעת ושטח את תלונותיו בגין ההודעות המפירות שהוא קיבל ומקבל מהם. הנתבעת מאשרת את קבלת המכתב הזה ביום 20.1.16. כך אירע, ששני דברי פרסומת נוספים הגיעו אל התובע מאת הנתבעת בין הימים 10.1.16 ל-20.1.16, בימים 12.1.16 ו-18.1.16. התובע טוען כי הנתבעת לא טרחה להגיב למכתב זה.

8. התובע הנו עורך דין במקצועו, ואין מחלוקת כי הוא משמש "שגריר הציבור" בהגשת תביעות ספאם נגד גורמים שונים, שלטענתו - נמצא כי מטרידים אותו במשלוח הודעות שהן הודעות מפירות את החוק.

9. הנתבעת טוענת כי "החשבון אצל התובע נוצר בתאריך 19.11.15" (היום הוא קיבל את המייל הראשון, שיצוין כי כתוב בו בכיתוב שהוא אולי אוטומטי "פנייתך מאתר אשת טורס התקבלה" - נספח נ' 3 לכתב התביעה). עוד טוענת הנתבעת, כי הסבירות מלמד שהתובע הוא זה שנכנס לאתר ויצר את החשבון באותו יום. בלשונה של נציגת הנתבעת בעדות: "לא נכנסת כתובת מייל למערכת שלנו באופן ידני, אלא כאשר האדם מזין אותה בעצמו דרך האתר. אינני יודעת לשלול שמישהו טעה, אך הסיכוי לכך קטן. אני מפנה לשם המקורי של האי מייל של התובע שהוא "תביעה



## בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 16-03-8559 איציקובסקי נ' אשת - ארגון שרותי תיירות בע"מ

**קטנה**." [ש' 16-18 בעמ' 2 לפרו']. הנתבעת מציגה כנספח א' לכתב התביעה דו"ח סטטוס חשבון של התובע אצל הנתבעת, כפי שנטען כי ניפקה חברת הדיוור, אקטיב טרייל [שהיא, חברת דיוור שלטענת הנתבעת נותנת שירותים להרבה חברות במשק הישראלי], לפיו - נוצר החשבון ב-19.11.15 ופעולה אחרונה בו (לאחר שב-20.1.16 נעשה עדכון סטטוס) נעשתה ביום 23.2.16.

10. הנתבעת מצרפת גם מסמך "העתק טבלת ריכוז אימיילים" (נספח ב' לכתב ההגנה) שגם אותו - סיפקה חברת הדיוור כ"דו"ח הקמפיינים שנשלחו" אל התובע, ובמייל (שצורף כנספח א' לכתב ההגנה) מציינת חברת הדיוור כי "ניתן לראות בדו"ח שהנמען לא לחץ להסרה באחד הדיוורים שנשלחו אליו".

11. הנתבעת טוענת כי עיון במסמכים אלה "מראה שהתובע נכנס דרך האתר. אם הכתובת מייל של התובע מגיע מאקטיב טרייל במסך כזה, זה רק דרך הזנה באתר, לקוחות שמבצעי המנה ורוכשים מוצר דרך טלפונית אשת, כתובת האי-מייל מוזנת במערכת אחרת" [ש' 19-22 בעמ' 2 לפרו']. לשון אחר, הנתבעת איננה חולקת כי התובע לא רכש ממוצריה, אך טוענת כי מהנתונים עולה שמאן שהוא נכנס לאתר דרך כתובת המייל של התובע ואישר קבלת דבר פרסומת (ולא סביר שזה לא התובע עצמו).

12. הנתבעת תוהה, "אין לי כל סיבה לשלוח מייל בנוסח אצור אתך קשר אם אין התקשרות ממנו, אם לא בקשו ממני סוג של התקשרות עתידית." [ש' 24-25 בעמ' 2 לפרו].

13. התובע טוען עוד, כי על פי הוראות החוק (ס' 30א(א) לחוק), די בכך ששמה ומוצריה של הנתבעת מגיעים למענו על גבי דבר בפרסומת כדי שהנתבעת תחשב כ"מפרסם", וכי היא אינה יכולה להסתתר מאחורי הטענה ששיגרה את דבר הפרסומת באמצעות חברה חיצונית, לרבות חברת הדיוור.

14. **התובע איננו חולק** כי על ההודעות קיים כפתור להסרה מרשימת התפוצה. כאמור, הנתבעת טוענת כי בנסיבות ענייננו יש לזקוף לחובת התובע, את העובדה ששלח מיילים בבקשת הסרה, שחזרו אליו, במקום, פשוט, לבקש את הסרתו מרשימת התפוצה שלה בלחיצה על כפתור ההסרה. הנתבעת טוענת, ש"מאמצי ההסרה" של התובע באמצעות משלוח מיילים שחוזרים אליו והוא מודע לכך - אינם נעשים בתום לב; "יכול ללחוץ הסרה, ובחר שלא אולי לא בתום לב." [ש' 25-26 בעמ' 2 לפרו].

15. התובע טוען, כי לפי החוק איננו מחויב לבקש להסיר, ולו – הודעה אחת. כמו כן, טוען התובע כי פעל במשלוח המיילים להסרה בדרך שהחוק מתווה - "בכתב או בדרך בה שוגר דבר הפרסומת, לפי בחירת הנמען" (כדרישת - ס' 1ד' לחוק). התובע גם מפנה בכתב התשובה מטעמו לדברי כבוד השי' עוזי פוגלמן בענין רע"א 1954/14 חזני נ' הנגבי (4.8.2014) (מותב שלושה) (להלן:



## בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 8559-03-16 איציקובסקי נ' אשת - ארגון שרותי תיירות בע"מ

"ענין חזני", המתארים את הסיכון שבלחצן הסרה, בענין וירוס מזיק למחשב. הנתבעת דוחה את טענת התובע העולה מפסיקה שהביא, שאין עליו החובה להודיע על סירוב בלחיצה על כפתור הסירוב; "זה שהתובע לא לחץ הסר יש לייחס לרעתו, כי אנחנו לא חברה שמפיצה וירוסים." [ש' 28 בעמ' 2 לפרו'].

16. אם כן, עיקר המחלוקת העובדתית בענייננו היא 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 של כתובת המייל של הפונה אל תוך תוכנת ההרשמה.

17. אין מחלוקת כי אין בידי הנתבעת בענייננו, מסמך אישור הסכמה מפורשת של התובע 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 אישי) הוא האופן הבלעדי להצטרף לרשימת התפוצה שלה, כדי להעביר נטל לתובע להוכיח, שהוא לא הכניס את המייל שלו לאתר (ומכאן - לא הסכים).

דיון - האם יש לקבל בענייננו את טענת הנתבעת בענין קיומה של הסכמה מפורשת בענייננו?

18. אינני מקבל, בנסיבות ענייננו, את טענת הנתבעת, כי יש להחזיק את התובע כמי שהסכים לקבל "דברי פרסומת" ממנה. 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, מה שסביר מאוד שקרה, הוא שהלקוח הכניס כתובת מייל לאתר - וזו ההסכמה. 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.

19. אעיר, כי גם ברמה המקצועית / 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, כאמור, היו מסמכים שלכאורה עולה מהם מועד כניסה לאתר, אך אלו לא גובו בעדות המבהירה כי זו הדרך היחידה של הכללת כתובת המייל של התובע ברשימת התפוצה של הנתבעת. לא הוכח גם, שבעצם הכניסה לאתר של הנתבעת יש אישור מפורש לקבלת דברי פרסומת.

20. הקושי של הנתבעת הוא בהוכחה של קיומה של הסכמה מפורשת של התובע. אין ספק, שבמעט יצירתיות (אולי בסיוע חברת הדיוור) ניתן היה לנתבעת בענייננו ליצור מנגנון יעיל יותר להבטיח הסכמה, שתוצג בבית המשפט כמפורשת. למשל, באמצעות משלוח אוטומטי של מסרון



## בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 8559-03-16 איציקובסקי נ' אשת - ארגון שרותי תיירות בע"מ

לטלפון האישי, שישלח 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 הוא הסכים לקבלת ההודעות**. יכול להיות שמנגנון (כפול) מסוג זה, כדוגמא, מסורבל מסחרית ועלול להרתיע לקוחות פוטנציאליים; אך, כאמור, על פי החוק – הדין הוא שהאינטרס 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 מתאים, לפיו אכן קיבל את הסכמתו המפורשת של הלקוח. **מה שלא נעשה בענייננו.**

21. **סיכום ביניים.** אין מחלוקת שהנתבעת שלחה לתובע 14 הודעות. הנתבעת לא הוכיחה, שהתובע נרשם לאתר, וגם לא שאישר 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 בעניין ההרשמה – להוכחת הבלעדיות של התהליך של ההצטרפות למאגר הכתובות של נמעני הנתבעת, ולמציאת האישור הפרטני מטעם התובע. לא די בהפניה בכתב ההגנה לכך שענייניה מטופלים על ידי בעל מקצוע חיצוני ומקצועי, ובטענה כי כך הדברים נעשים.

22. עיון בעניין ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 22190-09-12 מזן נ' לוג טק תקשורת בע"מ (6.4.2014), מלמד אלו ראיות יכולה הייתה הנתבעת לשקול להביא בענייננו (ס' 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.

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."



## בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 16-03-8559 איציקובסקי נ' אשת - ארגון שרותי תיירות בע"מ

23. **האם בנסיבות ענייננו הפרה הנתבעת את הוראות החוק "ביוזעין"? "ביוזעין" - היא דרישת ס' 30א(י) לחוק - על מנת לזכות את התובע בפיצויי שאינם תלויים בנזק מאת המפרסם. מכוח הוראת ס' 30א(י) (5) עומדת החזקה הבאה נגד הנתבעת: "חזקה על מפרסם ששיגר דבר פרסומת בניגוד להוראות סעיף זה, שעה כך ביוזעין כאמור בפסקה". לא די בכך, שהנתבעת טוענת כי הוטעתה בענייננו לסבור כי אדם שנמצא ברשימת הלקוחות שלה פעל אקטיבית כדי להיכנס אליה, ומכאן - הסכמתו, ומשלא דרש הסרת הודעות, נחזה להיות מסכים - כדי לחלצה מקיומה של החזקה - נגדה. זאת, (לפחות לגבי 13 ההודעות האחרונות) משום שלפי הוראת ס' 31א(י) (5) (ב) - לא תהיה למפרסם הגנה - אם "המפרסם שיגר בעבר דבר פרסומת לנמען בניגוד להוראות סעיף זה, אף אם לא ביוזעין".**

### תום הלב של התובע

24. נפנה עתה לדיון **בשאלה הרביעית** שהצגנו בפתיח לפסק הדין: האם בנסיבות ענייננו, בהן בחר התובע לפנות בהודעת סירוב לנתבעת - להסרת דברי הפרסומת דווקא "בדרך שבה שוגר דבר הפרסומת" (ולא באמצעות לחיצה על לחצן "הסר"), וקיבל אינדיקציה על כך שהמייל ששלח **כשל** מלהגיע ליעדו, מטיל על התובע, על מנת להוכיח את תביעתו, נטל להשלים את מסירת הודעת הסירוב (אם בצורה של לחיצה על לחצן "הסר", ואם בדרך אחרת "בכתב") או מהווה שיקול בשיעור הפיצוי שיש לקבוע בנסיבות?

25. אני מוצא כי בהיות התובע סוג של "עותר ציבורי", שהחוק מקים לו זכות להיפרע פיצויים מהנתבעת בנסיבות של הפרתו של החוק כלפיו, פיצויים שאינם תלויים בנזק, קיימת משמעות למעשיו ב"זמן אמת" ולאופן הגשת התביעה, כפי שהוא בוחר לעשותם. בענייננו, מרגע שהתובע מוצא כי יש להשיב לפניית הנתבעת ולהבהיר לה כי לא פנה אליה, או מבקש שלא לשלוח אליו עוד פרסומות (ב-2 המיילים), למעשה [אף אם מבחינה טכנית הוא רואה שהמסר שהוא שולח אינו עובר ובכך הסתפק], **גילה דעתו כי יש בנסיבות ענייננו ליתן הזדמנות לנתבעת, ולידעה על כך שהוא מסרב.** לרשות התובע על מנת ליידע את הנתבעת כי איננו מעוניין בקבלת מיילים נוספים, מסרב, עמד אמצעי פשוט של לחיצה על לחצן "הסר" או יכול היה להקדים לשלוח את מכתב ההתראה. הנתבעת טוענת שהיא חברה מספיק גדולה ומבוססת מכדי שהתובע יטען שיש חשש בשימוש באמצעי זה (שאינן אצלה וירוסים). איננו יודעים צפונות נפשו של אדם, אך יכול ובענייננו, בנסיבות, מצא התובע, שנכון להזהיר את הנתבעת כבר מיד לאחר קבלת ההודעה הראשונה, שהם שוגים בפנייתם אליו, אולי באשר הייתה לו כבר בעבר אינטראקציה עם הנתבעת. התובע מאשר כי הוא כעו"ד - פנה במכתב התראה אל הנתבעת, כבא-כוח - מטעם לקוח שלו, בתחילת 2015 [כפי שכתב ב- ס' 2 לכתב התביעה, "למען הסר ספק"]. עוד, יש להפנות לכך שכתובת המייל של התובע [tviaktana@gmail.com](mailto:tviaktana@gmail.com) נקראת כך (תביעה קטנה), כי כחלק מעבודתו נוהג התובע לסייע משפטית לאנשים בתביעות קטנות, ומן הסתם - משתמש בכתובת זאת גם לצורך תכתובות מול



## בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 16-03-8559 איציקובסקי נ' אשת - ארגון שרותי תיירות בע"מ

עמיתים או צדדים בתיקים. הקשר זה לא הוכח, אך מעלה תהיות. מכל מקום, אני מוצא כי כפי שמצא התובע לפנות במכתב רשום אל הנתבעת ביום 10.1.16, יכול היה להקדים פנייה זו, בייחוד - משמצא שהמיילים שבהם ביקש להזהיר את הנתבעת, כאמור, חוזרים באופן מיידי לאחר שליחתם – כבר בנובמבר 2015.

26. כפי שאפרט להלן, משום חובת תום הלב שחלה על התובע, יש בנסיבות עניינינו להחזיק לחובתו בעת פסיקת הפיצויים, את העובדה שהתובע מצא לבקש לחדול לשלוח לו מיילים (לסרב) מאת הנתבעת - באופן שכבר "בזמן אמת" ידע שבקשתו אינה מגיעה לידי הנתבעת, אך לא טרח להשלים את הודעת הסירוב באופן אחר; לחיצה על לחצן הסר או "בכתב" כדרישת החוק. בחירתו לנהוג בתוואי הפורמלי שהחוק מאפשר לו במקרה שבו הסכים לקבל דברי פרסומת ושינה דעתו (ס' 30א(ד) לחוק), גורמת בעניינינו להעלאת תהייה, מדוע עלינו לקבל את המועד השרירותי בו בחר התובע לשלוח את מכתב ההתראה לנתבעת (10.1.16) - כמועד שראוי היה בנסיבות לעשות כן.

27. יש לזכור, שבעניינינו 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 [חזנן, בפסקה העשירית], יש לבחון בעניינינו מהי זכאות התובע – בנסיבות עניינינו - לדרוש פיצוי בגין ההודעות שהוא מציג לבית המשפט כמפרות. 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 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).

28. 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 ואח', 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).





## בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 16-03-8559 איציקובסקי נ' אשת - ארגון שרותי תיירות בע"מ

29. **סיכום ביניים**, בנסיבות שתוארו לעיל, בהן התובע – בוודאי בהיותו תובע 'ציבורי' - מתנהל מול הנתבעת טרם התביעה באופן שהוא מסתפק באזהרה פורמלית לנתבעת (הודעת סירוב) הנשלחת לחלל העולם וחוזרת אליו, והוא מודע לכך, ואינו טורח להשלים הודעת סירוב שנמסרת לנתבעת, כאמור, אני מוצא כי שיש בתביעתו – כפי שהוגשה - לזכאות לפיצוי לדוגמה **מלא** כדרישות החוק, דרישה שיש בה משום הפעלת כוחותיו המשפטיים דיונים, שלא "בדרך מקובלת ובתום לב" (על פי **המבחן האובייקטיבי**).

30. ודוק, המשקפיים לבחינת התקיימות דרישת תום הלב בענייננו הם משקפי "המבחן האובייקטיבי". אבהיר, כי **אינני** מוצא שהתובע פעל **בניגוד** להוראות הפורמליות של החוק. 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 מפרסם (שהוא גם חברה פעילה המעסיקה עובדים ותורמת לרווחת הציבור) שהוא מקדם מטעם הציבור את אכיפת ה"הרתעה" שבדין – מולו. כך, יכול והיה עליו לשקול הודעה בכתב התביעה כי הוא מצמצם תביעתו באופן שישקף את העובדה שמצא כי בנסיבות יש להודיע לנתבעת כי שגתה (מייל ראשון ואף מייל שני).

31. במציאות של היום בה מתרבות תביעות מסוג זה, והיקף הפיצויים שפוסקים בתי המשפט השונים כפיצויים שאינם תלויים בנזק - הוא שונה ומגוון, הרי שאף, שעל כל מקרה להיבחן לגופו, אני מוצא כי יש להתחיל לנסות להתוות אמות מידה גם לחובתו של התובע לגלות תום לב ומה משמעותה. מיחד, החוק קובע שאחת ממטרותיו היא עידודו של הנמען לממש זכויותיו, ומאידך הדין קובע כי חלה על התובע חובת תום הלב, כאמור (מובהר בענין **גלסברג**); אני מוצא כי בשל הכוונת הפסיקה לנהוג **במידתיות (חזני, פסקה 10)**, ובשל היקש מחובות של עותרים ציבוריים בתחומים אחרים, יש לראות בחובת תום הלב **חובה מוגברת** בענייננו, בהיות התובע, כאמור, שגריר, ומי שנהנה מהבאת האינטרס הציבורי לבית המשפט, בצורה של רווח אישי.

32. למותר לציין כי, לבית המשפט הסמכות להפעיל שיקול דעת באשר לעצם מתן הסעד הנתבע על ידי התובע בגין קבלת ההודעות, ובאשר להיקפו, וקביעה זו בעניין היעדר תום הלב באופן הצגת הדרישה בכתב התביעה, כאמור, ישמש בין שיקוליו בענייננו. ודוק. אין לערב את חובת הקטנת הנזק לחובת התובע לגלות תום לב, אם ב"זמן אמת" ואם בהגשת התביעה. איננו "מענישים" את התובע על אי-הקטנת נזק, אנו טוענים כי ההתנהלות בענייננו, דורשת כי נתחשב ביישום כי הפיצויי שיקבע ישקף את הספק שמעוררת התנהלות בה, מיחד התובע ממהר להודיע לנתבעת – באופן פורמלי ולא יעיל (שהוא מודע לו), ומאידך ממתין לעוד 12 הודעות בטרם הוא מוציא מכתב התראה למעלה מחודש לאחר מכן.

**הדין ויישומו**



## בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 16-03-8559 איציקובסקי נ' אשת - ארגון שרותי תיירות בע"מ

33. 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(ו) לחוק. אמת המידה לפסיקת פיצוי ללא הוכחת נזק התוותה בשני פסקי דין שניתנו בבית המשפט העליון, בענין גלסברג ובענין חזני, המוזכרים לעיל.

34. בעניין 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.

35. 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); 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.

36. 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.**



## בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 16-03-8559 איציקובסקי נ' אשת - ארגון שרותי תיירות בע"מ

37. הנתבעת לא הוכיחה שהתובע הסכים לקבל הודעות מלכתחילה; אין חולק שהיא אחראית למשלוח ההודעות, וכי סך הכל שלחה לתובע 14 הודעות פרסומיות. אך כאמור, בנסיבות, יש לבחון את התנהלות התובע בענייננו, שמאשר שיכול ולא פתח את המיילים אלא לצורך הגשת התביעה, ולא פעל ליידוע הנתבעת על טעות, שמצא שיש להזהירה מפניה.

38. בעניין **חזני** קבע בית משפט העליון, שהתכלית ה**עיקרית** של הפיצוי לדוגמה היא ה**רתעה** (פסקה 10 סיפא לפסק הדין). פיצוי מסוג זה הוא יוצא דופן במשפט האזרחי הנוהג, 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, ובמיוחד לנוכח הנחיית הפסיקה בדבר המידתיות הנדרשת בקביעת שיעור הפיצוי, בית המשפט נדרש להישמר שלא לעבור את הקו - הדק, המטושטש והקשה לזיהוי - בין פיצוי מרתיע לבין פיצוי עונשי.

39. נציגת הנתבעת העידה: **"אין נגדי תביעות ספאם אחרות. 3 פניות שקיימות ועומדות הם מטעם התובע."** [ש' 31 בעמ' 2 לפרו']. אם כן, לא נטען, ולא הוכח בענייננו כי הנתבעת הינה מפירה סדרתית של החוק. נתונה הכלכליים של הנתבעת, כמות העובדים והיקף המחזור, מלמדים כי מדובר בעסק שהוא בינוני בהיקפו, ויש לכוון לפסוק פיצוי, שמיחד - ירתיע את הנתבעת ויגרום לה להדק את אופן הבטחת קבלת הסכמת הלקוחות; ומאידך, לא יעניש את הנתבעת על רקע תפיסת התובע שהיה נכון להזהיר את הנתבעת בנסיבות, כאמור; יש להתחשב בפסיקה בהיעדר תום לב אובייקטיבי מטעם התובע בענייננו בהתנהלות מול הנתבעת בזמן אמת ובהצגת הטענות בכתבי טענותיו – בכל הקשור לבקשת ההסרה, כאמור.

40. כאמור, מצאתי כי יש לשכלל בקביעת שיעור הפיצויים שאינם תלויים בהוכחת נזק, גם את משמעות חריגת התובע מחובת תום הלב בענייננו. כאמור, התנהלות התובע בענייננו, מעלה ספק האם עומדת לו בגין כל הודעה שקיבל לאחר משלוח המייל השני ועד למועד משלוח מכתב ההתראה - זכות לתבוע פיצויים מלאים, והיה עליו להציג בתביעה שהגיש התייחסות לנקודה זו. בעצם, מדובר בספק לגבי השאלה, מה היתה תמונת הנזק שהוא בר פיצויי - **אילו שלח התובע את המכתב מיד לאחר שני המיילים** (או, בכל מקרה, מוקדם למועד בו שלח אותו); ספק שמעוררת **בחירתו** לשלוח סירוב בכתב רק לאחר קבלת עוד 10 הודעות לאחר המייל השני, ולא בסמוך לכך שחזרו שני המיילים שהוציא. ודוק. מבחן המעשה בענייננו מצביע על כך, שקבלת המכתב בפועל על ידי הנתבעת, הובילה לסיום מסכת משלוח ההודעות לתובע. אני מוצא כי, בנסיבות, בחירת התובע במשלוח המכתב ביום 10.1.16 היא שרירותית, על פי בחירה, שמתעלמת מתחושתו שהיה עליו ליידע את הנתבעת על סירובו להמשיך ולקבל הודעות.



## בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 16-03-8559 איציקובסקי נ' אשת - ארגון שרותי תיירות בע"מ

41. דעתי היא שאין לאפשר ניהול תביעות אלה כתביעות של "צ'ק ליסט"; היינו, רשימת עמידה בדרישות ושובר בצידה. בניהול כל תביעה ותביעה כזאת, ובהכרעה בה, יש להתייחס בין היתר ל: מי התובע, מי הנתבעת ומהי עולה ממסכת האירועים. לא די בקיום פורמלי של דרישות החוק או אי-עמידה לכאורית בהן. הואיל ומדובר בהרתעה, וכדי שתיה מידתית והוגנת, ולא כזאת שבסופו של יום תחמיץ את מטרת החוק להכווין את דרכי המפרסמים מבלי לפגוע באורחות המסחר והתנהלות חיי המסחר, יש לתת לה מידות על פי המקרה הפרטני ומה שניתן ללמוד ממנו. כך עשיתי.

41. לקראת סיום, אעיר, כי בתביעות מסוג זה בהן הסעד הנתבע הינו **פיצויים שאינם תלויים בנזק**, אני בדעה [בניגוד למה שנהגתי בעבר] כי, להוציא מקרים חריגים, יש לכלול את ההתחשבות בהוצאות המגיעות לעותר הציבורי על פי חוק התקשורת - **בתוך קביעת שיעור הפיצויים לדוגמה**, ולא להוסיף על הפיצויים לדוגמה קביעת הוצאות משפט. הואיל והפיצוי מסוג זה שניתן על פי החוק בענייננו, מגלם את האינטרס הציבורי, בקיומו של מבנה משפטי שבו "שגריר" מהציבור "גובה" מהחברות המפרסמות "מחיר" על מנת להכווין את התנהגותן, חלק מכספי הגבייה אמורים לשמש כהחזר הוצאותיו. הדבר נכון גם בענייננו, בו גם לא הוכח כי גרם לתובע נזק ממשי ממשלוח ההודעות, וכל מעייניה של התביעה הוא תביעת פיצויים שאינם תלויים בנזק.

### סוף דבר

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

**הנתבעת תשלם לתובע בגין פיצויים לדוגמה, כהגדרתם בחוק, סך כולל של 4,800 ש"ח.**

סכום זה ישולם תוך 30 יום, שאם לא כן, יישא הפרשי הצמדה וריבית כדין, מיום פסק הדין ועד למועד התשלום בפועל.

**ניתן להגיש בקשת רשות ערעור לבית משפט המחוזי על פסק דין זה - תוך 15 יום ממועד קבלת פסק הדין.**

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

ניתן היום, ד' אלול תשע"ו, 07 ספטמבר 2016, בהעדר הצדדים.



## בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 8559-03-16 איציקובסקי נ' אשת - ארגון שרותי תיירות בע"מ

משה תדמור ברנשטיין, שופט