

**בית המשפט העליון**

רע"א 1954/14

לפני: כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית

המבקש: אילן חזני

נגד

המשיב: שמעון הנגבי (סיתונית מועדון דאיה ורחיפה
במצנחים)

בקשת רשות ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי
בתל אביב-יפו (כב' השופטת ר' לבהר שרון) בתיק ע"א
030225-04-13 מיום 23.01.2014

בשם המבקש: בעצמו

בשם המשיב: עו"ד שי ארז

פסק-דין

השופט ע' פוגלמן:

1. הבקשה שלפנינו נסבה על אמת המידה לפסיקת פיצוי ללא הוכחת נזק בגין שיגור דבר פרסומת באמצעות מתקן בזק לפי סעיף 30א(י)(1) לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: חוק התקשורת). לשאלה זו נודעת חשיבות כללית החורגת מעניינם של הצדדים הישירים למחלוקת (ר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982)), ולכן החלטנו לדון בה כאילו ניתנה רשות והוגש ערעור לפי הרשות שניתנה. יוער כבר עתה כי ביום 27.7.2014 ניתן פסק דינו המקיף של חברי, השופט א' רובינשטיין, ברע"א 2904/14 גלסברג נ' קלאב רמון בע"מ (27.7.2014) (להלן: עניין גלסברג), העורך אף הוא דיון עקרוני בשאלה זו. פסק דינו של חברי ניתן כמותב יחיד משום שנסב על פסק דין של בית המשפט לתביעות

קטנות. הואיל ובענייננו החל ההליך בבית משפט השלום, הסמכות לדון בערעור בערכאה זו מסורה למותב שלושה ומכאן הצורך בהכרעתנו. נפתח בהצגת התשתית הנורמטיבית הצריכה לעניין, ולאחר מכן נפנה לנסיבות המקרה שלפנינו.

תופעת ה-"Spam" והאמצעים למיגורה

2. ההתפתחויות הטכנולוגיות והשימוש ההולך וגובר בתקשורת האלקטרונית הוליד את התופעה הידועה כ"דואר זבל" (UCM – Unsolicited Commercial Message או "Spam") – הפצה המונית של הודעות פרסומת בלתי רצויות ובהם הודעות דואר אלקטרוני, הודעות טלפוניות מוקלטות, SMS ("מסרונים"), מכתבי פקסימיליה וכיוצא באלה. הספאם מהווה מטריד ציבורי הגורם לנזקים רחבי היקף. כאשר הוא נשלח באמצעות הודעות דואר אלקטרוני הוא גורם לבעיות מכמה סוגים: הסוג הראשון נוגע לתוכן של הודעות הפרסומת – תדיר שהן מכילות מידע שקרי או פוגעני שמגיע לנמען אשר אינו חפץ בו. דוגמאות שכיחות הן פרסומים של אתרי הימורים, פורנוגרפיה, דרכים מהירות להתעשרות או מכירת מוצרים או שירותים שונים שהנמען לא הביע עניין ברכישתם. הבעיה מחמירה כשקטינים נחשפים להודעות ונפגעים מתוכן. 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. סוג שני של בעיות נוגע לפגיעה בפרטיות של הנמען, שכתובת הדואר אלקטרוני שלו הועברה לשולח ונעשה בה שימוש בלא הסכמתו. סוג שלישי של בעיות נוגע לשימוש בדואר האלקטרוני כאמצעי תקשורת. קלות ההפעלה ועלותו הנמוכה של הדואר האלקטרוני הפכה אותו לאמצעי תקשורת נפוץ ויעיל. עסקים רבים משתמשים בו כאמצעי תקשורת מרכזי. תופעת הספאם פוגעת ביעילות ובתועלת שהעסקים מפיקים ממנו ופוגמת במסחר. הסוג הרביעי והמשמעותי מכולן נוגע להעברת העלויות הכרוכות בשימוש בדואר האלקטרוני מן המפרסם אל הנמען וספקי התקשורת. דואר הזבל כופה על הנמענים, בעל כורחם, לבצע פעולות רבות ותדירות של מיון דואר אלקטרוני. זמן רב מבוזבז על סינון והפרדה בין ההודעות הרצויות לבין כלל ההודעות המתקבלות. מעבר על כל ההודעות הוא פעולה שצורכת זמן, והסינון האמור – שנעשה על בסיס יומיומי – מצטבר לכדי פרקי זמן ממושכים. מחקרים מצאו שהזמן המבוזבז לטיפול בדואר זבל בארצות הברית בלבד הסב נזקים המגיעים כדי 20 מיליארד דולר בשנה בגין אובדן פריון בעבודה (ראו Justin M. Rao & David H. Reiley, *The Economics of Spam*, 26 J. ECON. PERSP. 87, 87-89 (2012)). הספאם מטיל עלויות

משמעותיות גם על ספקי התקשורת. ההערכה היא שכ-20% מהתשלום החודשי לספקי הרשת מיוחס לעלויות הטיפול בדואר הזבל, שכן כל דואר כזה שמועבר לנמען עובר דרך ספק הרשת שלו. בעוד שהמפרסם נושא בעלות מזערית בלבד עבור הפרסום (בעלות פחותה ממאה דולרים אפשר לשלוח הודעת פרסומת למיליון איש), יתר העלויות מגולגלות אל כתפיהם של הנמענים ושל ספקי הרשת. בין היתר נושאים הנמענים בעלויות של זמן, תשלום עבור קו הטלפון, אי-נוחות ואיבוד דואר רצוי; ואילו הספקים נושאים בעלויות של רכישת אמצעי הגנה (תוכנות וכוח אדם), ציוד חדיש וקווי תקשורת רחבים יותר. לבסוף, דואר זבל פוגע גם בצדדים שלישיים שאינם במעגל התקשורת בין המפרסם לנמען: פגיעה במוניטין של גופים שכתובות הדואר שלהם משמשות מסווה למפרסמים (ראו אלעד נ' שרף "דואר-זבל בישראל – סקירת הדין המצוי והדין הרצוי" משפט ועסקים ג 425, 431-438 (2005) (להלן: שרף); יהודה טרואן חקיקה למניעת הפצה של דואר זבל (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2007); עניין גלסברג, בפסקה ח).

3. מדינות רבות ביקשו להתמודד עם התופעה באמצעות אימוץ חקיקה אסדרתית שאוסרת הפצת דברי פרסומת בניגוד להוראות שנקבעו, מסמיכה להטיל סנקציות מינהליות ויוצרת עילות תביעה אזרחיות (לסקירה ראו Evangelos Moustakas et al., *E-mail Marketing at the Crossroads: A Stakeholder Analysis of Unsolicited E-mail Marketing* 443-449 (2006) INTERNET RES. 38, 49; שרף, בעמ' 443-438). הסדרי החקיקה שאומצו במדינות שונות ביקשו לאזן בין הגבלת זכותו של המפרסם לשלוח דבר פרסומת בדרך הנראית בעיניו, לבין זכותו של הנמען שלא להיות מוטרד מפרסומת לא רצויה, תוך הקניית משקל לכך שיש נמענים החפצים לקבל דברי פרסומת בדרך זו. האיזון בין האינטרסים האמורים מושג, במידה משתנה, באמצעות שני מודלים חלופיים – מודל ה-opt-in ומודל ה-opt-out. וכך נכתב בהקשר זה בדברי ההסבר להצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 33), התשס"ה-2005, ה"ח הממשלה 886 (להלן: הצעת החוק):

"בעולם קיימים כיום שני מודלים עיקריים להתמודדות

עם תופעת ה-spam:

מודל Opt-in, הקיים באיחוד האירופי, ולפיו חל איסור על משלוח הודעות פרסומת בשיווק ישיר, אלא אם כן התקבלה מראש הסכמת הנמען. לכלל זה נקבע חריג ולפיו במקרה של התקשרות קודמת בין ספק לצרכן, רשאי הספק לעשות שימוש בפרטי ההתקשרות של הצרכן לשם משלוח הצעה לענין מוצר או שירות דומה. בכל מקרה, ניתנת לנמען האפשרות להודיע לשולח, בכל שלב, כי הוא מסרב לקבל הודעות כאמור.

מודל Opt-out, הקיים בארה"ב, ולפיו ניתן לשלוח הודעות פרסומת בשיווק ישיר, אלא אם כן הודיע הנמען כי הוא מסרב לקבל הודעות כאמור. לשם הגברת יעילותו של מודל זה, נקבע בארה"ב כי על הרשות המסדירה (FTC) להקים 'מרשם סירוב', שבו יוכל להירשם כל מי שאינו מעוניין לקבל הודעות כאמור, ובמקביל נקבע איסור על משלוח הודעות אל כל נמען שנרשם במרשם זה. (בפועל, הקמתו של מרשם סירוב לענין הודעות דואר כאמור טרם הושלמה בארה"ב).

4. שני המודלים נבדלים זה מזה בהיותם קובעים כלל שונה של ברירת מחדל (default rule). כלל מסוג זה מניח שמוקנית לפרט זכות בחירה בין שני מצבים (או יותר), וקובע מה תהיה התוצאה אם יימנע מלבצע בחירה פוזיטיבית. מחקרים במדעי ההתנהגות מצאו כי בנסיבות מסוימות נוטים רוב האנשים להימנע מביצוע פעולה אקטיבית המשנה מהמצב הקיים, אף כשעלות השינוי נמוכה והתועלת הטמונה בו גבוהה, וכפועל יוצא מקבלים החלטות לא רציונאליות (ראו למשל David Gal, *A Psychological Law of Inertia and the Illusion of loss Aversion*, 1 JUDGMENT & DECISION MAKING 23 (2006); George A. Akerlof, *Procrastination and Obedience*, *Richard T. Ely Lecture*, 81 AM. ECON. REV. 1 (1991)). בנסיבות מעין אלו, לכלל של ברירת מחדל עשויות להיות השלכות ציבוריות וחברתיות משמעותיות: הכלל שיאומץ למעשה יקבע את התוצאה עבור רוב הפרטים, אף במצבים שבהם הם חפצים בתוצאה שונה. כללי ברירת מחדל הם אפוא כלי רב ערך בידיו של המחוקק מתווה המדיניות, המבקש לאזן בין כיבוד חופש הבחירה של הפרט מזה וקידום אינטרסים אחרים מזה (ראו למשל Cass R. Sunstein, *Nudges.gov: Behavioral Economics and Regulation*, in OXFORD HANDBOOK OF BEHAVIORAL ECONOMICS AND THE LAW (Eyal Zamir & Doron Teichman eds. Forthcoming 2014); Cass R. Sunstein, *The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism*, 122 YALE L.J. 1826 (2013)). דוגמאות מוכרות לשימוש מושכל שכזה הן שינוי של ברירת המחדל בדבר הצטרפות לתכניות פרישה לעובדים והסכמה לתרומת איברים: אימוץ של כלל מסוג opt-in (שלפיו נדרשת פעולה פוזיטיבית כדי להצטרף לתכנית פרישה או להסכמה לתרום אברים) לעומת כלל מסוג opt-out (צירוף של הפרט לתכנית פרישה או ראייתו כמי שמסכים לתרום איברים עד שיוודיע אחרת) שימש כהסבר מובהק לעליות חדות בשיעור המצטרפים לתכניות הפרישה ובשיעור המסכימים לתרום איברים – מטרות שחשיבותן הציבורית רבה (ראו Eric Johnson & Daniel Goldstein, *Defaults and Donation Decisions*, 78 TRANSPLANTATION 1713 (2004); William G. Gale et al., *Retirement Savings for Middle- and Lower-Income Households: The Pension Protection Act of 2006 and the Unfinished Agenda*, in AUTOMATIC: CHANGING THE WAY AMERICA SAVES 11 (William G. Gale et al.

eds., 2009); DUNCAN J. WATTS, EVERYTHING IS OBVIOUS: ONCE YOU KNOW THE
 .(ANSWER 30-31 (2011))

5. מטרה נוספת של כלל ברירת מחדל היא לקדם יעילות. בבסיס יצירתו של כלל כזה עומדת ההנחה שרוב הפרטים יימנעו מלשנות את הבחירה שנבחרה בעבורם. אם הנחה זו אינה נכונה, ובפועל רוב הציבור יפעל לשינוי ברירת המחדל, הכלל אינו יעיל. במצב כזה נוצרות עלויות מיותרות – הן לפרטים, הנדרשים לבצע פעולה פוזיטיבית של opt-out (פעולות בודדות רבות המצטרפות יחדיו לזמן רב שמבוזבז); הן למערכת הרלוונטית, הנדרשת לעבד את בקשות הפרטים ולבצע את השינוי בפועל (ראו Cass R. Sunstein, *Active Choosing or Default Rules? The Policymaker's Dilemma* 6 (May 14, 2014) (unpublished essay); N. Craig Smith et al., *Smart Defaults: From Hidden Persuaders to Adaptive Helpers* 15–16 (INSEAD Bus. Sch., Working Paper No. 2009/03/ISIC, 2009)). זולת ארצות הברית, שאימצה בחקיקה פדראלית את מודל ה-opt-out, המודל הרווח בעולם למיגור תופעת הספאם הוא מודל ה-opt-in (ראו Farooq Ahmad Mir & Mohamad Tariq Banday, *Control of Spam: a Comparative Approach with Special Reference to India*, 19 INFO. & COMM. TECH. L. 27 (2010); Erin Elizabeth Marks, Note, *Spammers Clog In-Boxes Everywhere: Will the CAN-SPAM Act of 2003 Halt the Invasion?*, 54 CASE W. RES. L. REV. 943, 953-54 (2004)). על רקע דברים אלה נעבור להסדר שאומץ בישראל.

חוק הספאם

6. ביום 1.12.2008 נכנס לתוקף חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 40), התשס"ח-2008, ס"ח 518 הידוע בכינויו "חוק הספאם". החוק אימץ את מודל ה-opt-in, לאחר שנשקלו גם חלופות אחרות. בהצעת החוק נכתב בהקשר זה:

"בהצעת חוק זה מוצע לאמץ את מודל ה-Opt-in הקיים באיחוד האירופי כמודל המספק מענה אפקטיבי לבעיית spam ומשקף איזון ראוי בין ההגנה על פרטיות המשתמש לבין שימוש מסחרי לגיטימי במיתקן בזק לצורך שיווק ישיר" (דברי ההסבר, שם; ראו גם עניין גלסברג, בפסקה ז').

החוק קובע כלל ברירת מחדל שלפיו חל על "מפרסם" איסור לשלוח "דבר פרסומת" (כהגדרתם בסעיף 30א(א) לחוק) לנמען שלא נתן הסכמתו לכך קודם לכן,

בכפוף לחריגים המפורטים בסעיף 30א(ג) לחוק. גם במצבים שבהם נתן הנמען את הסכמתו, החוק מקנה לו זכות להודיע בכל עת על ביטול ההסכמה שנתן, שאז האיסור לשלוח דברי פרסומת ישוב על כנו. סעיף 30א(ב) לחוק קובע את האיסור האמור, וזו לשונו:

30א. [...] (ב) לא ישגר מפרסם דבר פרסומת באמצעות פקסימיליה, מערכת חיוג אוטומטי, הודעה אלקטרונית או הודעת מסר קצר, בלא קבלת הסכמה מפורשת מראש של הנמען, בכתב, לרבות בהודעה אלקטרונית או בשיחה מוקלטת; פנייה חד-פעמית מטעם מפרסם לנמען שהוא בית עסק, באחת הדרכים האמורות בסעיף קטן זה, המהווה הצעה להסכים לקבל דברי פרסומת מטעמו, לא תיחשב הפרה של הוראות סעיף זה.

שיגור דבר
פרסומת
באמצעות מיתקן
בזק

ס"ק (ו) לחוק קובע כי מפרסם המשגר דבר פרסומת בניגוד להוראות המנויות בסעיף 30א עובר עבירה פלילית שהעונש בגינה הוא קנס; ס"ק (ט) קובע כי הפרת הוראות הסעיף היא עוולה אזרחית; וס"ק (י), הרלוונטי לענייננו, קובע:

30א. [...] (י) (1) שוגר דבר פרסומת ביוזעין בניגוד להוראות סעיף זה, רשאי בית המשפט לפסוק בשל הפרה זו פיצויים שאינם תלויים בנוזק (בסעיף זה – פיצויים לדוגמה), בסכום שלא יעלה על 1,000 שקלים חדשים בשל כל דבר פרסומת שקיבל הנמען בניגוד להוראות סעיף זה;

שיגור דבר
פרסומת
באמצעות מיתקן
בזק

(2) בבואו לקבוע את גובה הפיצויים לדוגמה, רשאי בית המשפט להתחשב בכך שאותו מפרסם הורשע, בשל אותו מעשה, בעבירה לפי סעיף קטן (ו);

(3) בבואו לקבוע את גובה הפיצויים לדוגמה, יתחשב בית המשפט, בין השאר, בשיקולים המפורטים להלן, ולא יתחשב בגובה הנזק שנגרם לנמען כתוצאה מביצוע ההפרה:

(א) אכיפת החוק והרתעה מפני הפרתו;

(ב) עידוד הנמען למימוש זכויותיו;

(ג) היקף ההפרה;

(4) אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לגרוע מזכותו של הנמען לפיצויים לפי סעיף

קטן (ט) או לכל סעד אחר, בשל אותה הפרה;

(5) חזקה על מפרסם ששיגר דבר פרסומת בניגוד להוראות סעיף זה, שעשה כך ביודעין כאמור בפסקה (1), אלא אם כן הוכיח אחרת; לעניין זה, לא תהיה למפרסם הגנה במקרים המפורטים להלן:

(א) שיגור דבר הפרסומת נעשה לאחר שניתנה למפרסם הודעת סירוב מאת הנמען כאמור בסעיף קטן (ד);

(ב) המפרסם שיגר בעבר דבר פרסומת לנמען בניגוד להוראות סעיף זה, אף אם לא ביודעין;

(ג) דבר הפרסומת שוגר לנמען לפי רשימה של מענים או מספרי טלפון, לפי העניין, שהורכבו בהתאם לרצף אקראי של אותיות, ספרות או סימנים אחרים, או שילוב שלהם, כולם או חלקם.

7. סעיף 30א(י)(1) לחוק קובע כי בית המשפט רשאי לפסוק לנמען פיצוי ללא הוכחת נזק בסכום שלא יעלה על 1,000 ש"ח בגין כל דבר פרסומת שקיבל בניגוד להוראות סעיף 30א. לשם קביעת סכום הפיצוי ישקול בית המשפט בין היתר את השיקולים הבאים: (1) אכיפת החוק והרתעה מפני הפרתו; (2) עידוד הנמען למימוש זכויותיו ו-(3) היקף ההפרה. כמו כן נקבע בו כי אין להביא בחשבון את גובה הנזק שנגרם מההפרה. יצוין כי חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 קובע כי ניתן לנהל תובענה ייצוגית בעילה זו (פרט 12 לתוספת השנייה לחוק זה), אולם שאלה היא אם בית המשפט רשאי לפסוק בה פיצוי ללא הוכחת נזק (ראו סעיף 20(ה) לחוק זה).

8. שיקולי המדיניות שבבסיס סעיף 30א(י) משיקים לאלה המונחים בבסיס מוסד התובענה הייצוגית. מטרתם של שני ההסדרים היא לעודד הגשת תביעות בעלות "ערך שלילי": תביעות שהעלות הכרוכה בניהולן בידי תובע בודד עולה על התועלת הצפויה מהן ועל כן הגשתן אינה כדאית. שניהם נועדו "למנוע עשיית עושר ולא במשפט על-ידי אותם גופים המתעשרים שלא כדין על חשבון היחידים, המצטרפים לציבור גדול" (ראו סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות; רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נד(3) 220, 237 (2003); רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 784 (1996)). בתביעות מסוג זה מוקנה משקל ניכר לתכלית של הרתעה יעילה. עמדה על כך השופטת א' חיות בקובעה:

"האינטרס הדומיננטי מבין האינטרסים העומדים ביסוד ההליך והתכלית העיקרית שאותה אנו שואפים להגשים מתמקדים בהשגת הרתעה יעילה ואפקטיבית מפני הפרת החוק וזכויות הצרכנים על ידי העוסק [...]. שאם לא כן, יצאו נשכרים מזיקים שהם גופים גדולים הנותנים שירותים למספר עצום של לקוחות ועל כן מפזרים את הנזק על פני מספר גדול של ניזוקים שזהותם לא ידועה, והרווחים שהפיקו כתוצאה מן העוולה שביצעו (ill-gotten gains), יוותרו בידיהם. הטבת נזקו של הניזוק האינדיבידואלי לעומת זאת הוא אינטרס דומיננטי פחות בתובענות ייצוגיות מסוג זה, בהינתן העובדה כי בדרך כלל הנזק הנגרם לצרכן הבודד בהקשר זה הוא מינורי יחסית" (ע"א 10085/08 תנובה - מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון ראבי, פסקה 50 (לא פורסם, 4.12.2011); ראו גם רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, פסקה 18 (5.7.2012)).

9. נקודת המוצא שבבסיס סעיף 30א(י) לחוק היא שנמען של דבר פרסומת שנשלח בהפרה של החוק לא יטרח להגיש תובענה לפיצוי בגינה משום שהנזק האישי שנגרם לו נמוך מן העלות הכרוכה בניהולה. בשל כך נקבע בחוק פיצוי בסך של עד 1,000 ש"ח להפרה ללא הוכחת נזק. סעיף זה קובע כי בקביעת שיעור הפיצוי אין להידרש לשיעור הנזק שנגרם לתובע בגין ההפרה. הסעיף מניח אפוא שאפשר שהנזק שנגרם לתובע בודד הוא זניח, ושאדם בר דעת לא היה בא בתביעה בגינו (סעיף 4 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]), ואף על פי כן מסמיך את בית המשפט לפסוק פיצוי בסכום לא מבוטל בגין כל הפרה. מטרת הפיצוי אינה להשיב את מצבו של התובע לקדמותו (שהרי אין להתחשב בשיעור הנזק שנגרם לו), כי אם לאכוף את החוק, להרתיע את הנתבע ולתמרץ הגשת תביעות יעילות. זהו אפוא פיצוי לדוגמה (ראו עניין גלטברג, בפסקאות ט'-י').

10. להשקפתי, בבואו לקבוע את סכום הפיצוי מכוח סעיף 30א(י) לחוק, שומה על בית המשפט לשים לנגד עיניו את השיקולים המנויים בחוק שמטרתם להשיג את תכליותיו האמורות (אכיפה, הרתעה ועידוד הגשת תובענות יעילות), מצד אחד; ולוודא שהפיצוי לא יהיה מעבר לנדרש לצורך השגתן, מצד שני. הפיצוי נועד להכווין את התנהגות הנתבע באופן שפרסום עתידי במתכונת זו יהיה בלתי כדאי עבורו. לשם כך נדרש בית המשפט לשקול שני סוגים של שיקולים: הסוג הראשון מתמקד בנטיבות ביצוע ההפרה וכולל, בין היתר, את תוכן הפרסום (אם הוא פוגעני); את התנהגות הנתבע; את הרווח הצפוי לו מן הפרסום (ככל שניתן להעריכו); את מספר דברי הפרסומת ששלח לתובע (ואותן בלבד) וכמה הודעות נשלחו לכל כתובת (אם מדובר במשלוח בודד לכל כתובת או בהפרה חוזרת ונשנית). חשוב להדגיש כי כמות ההודעות

שנשלחה לתובע גודרת את תקרת הסכום שבית המשפט רשאי לפסוק (בית המשפט אינו רשאי לפסוק פיצוי העולה על 1,000 ש"ח בגין כל הפרה ללא הוכחת נזק), אך מעבר לכך היא אינה שיקול אחד מבין מכלול השיקולים שנמנו לעיל. כך למשל 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 לפסוק מעבר לכך.

סוג שני של שיקולים עניינו בשאיפה לעודד הגשת תביעות יעילות שמטרתן להגשים את תכליות החוק. לשם כך יש לשקול את עלויות ניהול ההליך ביחס לתועלת שתופק ממנו. עמדנו על כך שכשמדובר בתובענה ייצוגית, המטרה של תמרוץ הגשת תובענות בעלות "ערך שלילי" מושגת באמצעות פסיקת גמול מיוחד לתובע הייצוגי ושכר טרחת עורך דין לבא כוחו (ראו סעיפים 22-23 לחוק תובענות ייצוגיות; ראו למשל ע"א 1834/07 קרן נ' פקיד שומה גוש דן, פסקאות 19-27 (12.8.2012); ע"א 7094/09 בורוזובסקי הובלות בע"מ נ' איתוראן איתור ושליטה בע"מ, פסקה 14 (14.12.2010)). בהליך ייצוגי מבחין בית המשפט בין הסעד שנפסק לקבוצה, המותנה ככלל בהוכחת נזק (ראו סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות), לבין פסיקת גמול לתובע ושכר טרחה לבא כוחו, שמטרתם לתמרץ הגשת הליכים ייצוגיים יעילים. הואיל ותובענה ייצוגית נסבה ברגיל על נזקים קטנים המצטברים לכדי נזק הגורר פיצוי בסכום ניכר, ההנחה היא שהגמול ושכר הטרחה הנגזרים ממנו מהווים תמריץ מספיק להגיש תובענות יעילות. לעומת זאת, כשמדובר בתביעה אישית לפי סעיף 30א(י) לחוק, סכום הפיצוי שייפסק אינו קשור בנזק שנגרם בפועל, אלא נועד כשלעצמו לתמרץ הגשת תביעות יעילות. במובן זה יש לראות בפיצוי מעין "גמול מיוחד" לתובע המייצג. נזכיר כי תביעה אישית כאמור יכולה להיות מוגשת בגין הפרות אחדות שהפיצוי המרבי שניתן לפסוק בגינן אינו עולה על אלפים בודדים של שקלים. אשר על כן, ואף שככלל עלויות ניהול ההליך צריכות להיות סבירות ומידתיות בהתחשב בשווי הסכום (ראו למשל רע"א 1133/14 IATA INTERNATIONAL AIR TRANSPORT נ' שוורץ (24.4.2014); רע"א 646/14 אשטרום חברת קבלנות בע"מ נ' ניו קופל בע"מ, פסקה 7 (8.5.2014)), הרי שתכליותיה המיוחדות של תביעה לפי חוק הספאם מוליכות למסקנה כי יש לפסוק שכר טרחה והוצאות בסכום שבמכלול יהפוך את הגשתה לכדאית. לשון אחר: סכום שכר הטרחה וההוצאות שייפסק בתביעה כזו קשור בקשר הדוק בסכום שייפסק כפיצוי בגין הפרות, ויש לראות בהם מכלול אחד (ובלבד שלא יפסק לתובע

סכום גבוה מזה שסביר ומידתי להוציא לשם ניהול ההליך). 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. כך, למשל, בתביעה בגין הפרה בודדת המתבררת בישיבה אחת בבית המשפט לתביעות קטנות, אפשר שדי בסכום הפיצוי כשלעצמו (או מעט מעבר לכך) כדי להגשים את תכליות החוק.

תשתית נורמטיבית זו צריכה יישום בענייננו.

ההליך שלפנינו

11. המערער הוא כלכלן ועורך דין ובשימושו 13 כתובות דואר אלקטרוני. הוא הגיש נגד המשיב, המפעיל בית ספר לרחיפה במצנחים, תובענה כספית לפיצוי בסך של 30,000 ש"ח בטענה שהאחרון אחראי למשלוח 27 הודעות דואר אלקטרוני המכילות "דבר פרסומת" כהגדרתו בסעיף 30 לחוק לתיבות הדואר האלקטרוני שבשימושו. המערער טען כי לא מסר למשיב את כתובות הדואר שבשימושו; כי לא נתן את הסכמתו למשלוח דבר פרסומת אליהן; ועתר לחייב את המשיב לפצותו בסך של 1,000 ש"ח בגין כל דבר פרסומת, ללא הוכחת נזק, וכן לפיצוי בסך 3,000 ש"ח בגין הטרדה, פגיעה בפרטיות ועגמת נפש.

12. בית משפט השלום בהרצליה (כב' השופטת ח' קלוגמן) מצא כי המערער מחזיק ב-13 כתובות דואר אלקטרוני; כי ל-12 מתוכן נשלחו שתי הודעות דואר אלקטרוני, זולת כתובת אחת שאליה נשלחו שלוש (ובסך הכל 27 הודעות); כי בכותרת ההודעות נכתב "הזמנה להתנסות בחוויית רחיפה – חינם (פרסומת)"; וכי ההודעות באות בגדר "דבר פרסומת" כהגדרתו בסעיף 30 לחוק. המשיב לא הכחיש כי שלח הודעות מסוג זה באמצעות חברה ששירותיה נשכרו לשם כך, אך טען כי את ההודעות הקונקרטיות מושא התביעה המערער שלח לעצמו באמצעות תוכנה פלונית. המערער מצידו הכחיש זאת, ובית המשפט מינה מומחה מטעמו כדי לבחון את הטענה. המומחה אימץ את גרסתו של המערער, ובית המשפט קבע כי המשיב אחראי למשלוח ההודעות אליו.

בתחתית כל אחת מהודעות הפרסומת הופיע הכיתוב: "המייל נשלח על פי החוק החדש לרשימה עסקית באופן חד פעמי. אם קיבלתם מייל זה בטעות אתכם הסליחה, במידה ואינך מעוניין להמשיך ולקבל מחברתנו או מטעמה דברי פרסומת, נא

הקלק על הקישור". המערער העיד כי לא "הקליק על הקישור" כדי למנוע הישנות של משלוח הודעות נוספות לכתובות דואר אלקטרוני שבשימושו, וכי אין בכוונתו לעשות כן בעתיד כשמדובר ברשימות תפוצה שלא ביקש להשתייך אליהן מלכתחילה. על רקע תשתית עובדתית זו קבע בית משפט השלום כי "השכל הישר מלמדנו כי ככל שלאדם יהיו יותר כתובות אלקטרוניות, כך הוא יגדיל את סיכוייו לקבל יותר דואר פרסומי או ספאם. למעשה, מבחינת היקף ההפרה דין 27 מיילים לכתובת מייל בודדת אינו כדין 27 מיילים שנתקבלו ב-13 כתובות מייל שונות". בית המשפט ציין כי המערער הגיש בעבר בין 6 ל-7 תביעות דומות, ובסופו של דבר קבע:

"[המערער] קיבל 27 דברי פרסומת ל-13 כתובות מייל שבבעלותו אשר תוכנן זהה כמשמעותם בחוק הספאם. אמנם התרשמתי מעדות הנתבע כי פעל בתום לב, אך בפועל הנתבעים שיגרו את הודעת המייל דרך חברה המתמחה בכך, ולא עמדו בנטל להוכיח את טענת ההגנה כקבוע בחוק. התובע מצידו יכול היה למנוע את קבלת רוב ההודעות על ידי מתן הוראה להסרה מרשימת התפוצה וזאת בלחיצת מקש אחת, אך בחר שלא לעשות זאת. בנסיבות אלו אני קובעת כי סכום הפיצוי יעמוד על סך של 1,000 ש"ח. לאור התוצאה איני עושה צו להוצאות".

13. המערער ערער על פסק הדין. בית המשפט המחוזי (כב' השופטת ר' לבהר-שרון) דחה את הערעור, ללא צו להוצאות, בקובעו כי נימוקיו של בית משפט השלום מקובלים עליו, אך הוסיף וציין:

"בעת הדיון בערעור, כאשר הפניתי למערער את השאלה הפשוטה כיצד לא דאג להסרת המיילים אם אכן הדבר הפריע לו, כאשר ב'קליק' אחד ניתן היה לעשות זאת ללא כל קושי, בוודאי כאשר מדובר באדם המנהל אתרי אינטרנט ובקי ברזי המחשוב, השיב כי הואיל והיו לו 13 כתובות, הוא היה צריך להקליק 13 פעמים. האם זו תשובה ראויה?! האם לא מחובתו של כל נפגע, גם בהנחה שהמערער אכן נפגע, להקטין את נזקיו, בוודאי כאשר ניתן לעשות זאת בדרך כה פשוטה ויעילה?!"

14. מכאן הבקשה שלפנינו שבגדרה טוען המערער, בתמצית, כי לא היה מקום להטיל עליו נטל להקטין את הנזק בנסיבות דנן ועל כן יש מקום להתערב בפסק הדין של הערכאות הקודמות. המשיב טוען כי דין הבקשה להידחות מהטעם שאין עילה למתן רשות ערעור ב"גלגול שלישי" לפי אמת המידה הנוהגת. הוא לא טען בתשובתו טענות לגוף העניין.

15. הבקשה שלפנינו נסבה על שתי שאלות עיקריות: האחת, אם מן הדין להטיל על המערער נטל להקטין את נזקיו באמצעות שליחת בקשה למפרסם להסיר את כתובות הדואר האלקטרוני שלו מרשימת תפוצה שכתובתו נכללה בה בלא שביקש זאת; והשנייה, מהי אמת המידה לפסיקת פיצוי מכוח סעיף 30א(י) לחוק. אדון בהן לפי סדרן.

16. כעולה מן הסקירה הנורמטיבית שפורטה לעיל, תופעת הספאם גורמת לבזבז זמן רב המוקדש למיון של הודעות דואר הזבל, סינון ומחיקתן. מודל ה-opt-in שעוגן בחוק נותן מענה לכך באמצעות הטלת איסור כללי לשלוח דברי פרסומת לנמען שלא נתן את הסכמתו לכך קודם לכן (זולת חריגים שאינם רלוונטיים לענייננו). איסור זה מייתר את הטרחה והעלויות הכרוכות במחיקת הודעות דואר זבל לא רצויות. נקודת המוצא שבבסיסו היא שחל איסור לשלוח הודעות פרסומת למי שלא קיבל הסכמה על כך, ועל כן השולח מפר את הוראות החוק החל מהפרסומת הראשונה. אומנם סעיף 30א(ב) סיפה לחוק קובע כי "פנייה חד-פעמית מטעם מפרסם לנמען שהוא בית עסק, באחת הדרכים האמורות בסעיף קטן זה, המהווה הצעה להסכים לקבל דברי פרסומת מטעמו, לא תיחשב הפרה של הוראות סעיף זה" (במאמר מוסגר אציין כי השאלה מהו ייחשב לבית עסק לצורך כך לא נדונה בערכאות הקודמות, ולצורך הדיון אניח כי כתובות המייל של המערער נחשבות לבית עסק), ברם פנייה הכוללת כשלעצמה דבר פרסומת אינה יכולה להיחשב פנייה מהסוג המותר בסעיף. אם לא נאמר כך, נימצא מאפשרים לכל מפרסם לשלוח הודעת פרסומת אחת שמשולבת בה גם הצעה לקבל דברי פרסומת בעתיד. פרשנות זו עומדת בניגוד לתכלית החוק. ההצעה שסעיף 30א(ב) סיפה מדבר בה היא הצעה "ניטראלית" שלא כרוכה בה פרסומת של המוצר או השירות שהשולח מבקש לפרסם. המסקנה היא שהמשיב הפר את החוק ביחס לכל דבר פרסומת ששלח למשיב.

17. מכאן לשאלה הראשונה: האם היה מקום להטיל על המשיב נטל להסיר את עצמו מרשימת התפוצה? בעניין גלסברג השיב חברי השופט א' רובינשטיין לשאלה זו בשלילה בכל הנוגע לעצם החבות, אך קבע כי ניתן להתחשב בעובדה שהשולח כלל בהודעות ששלח אפשרות להסיר את כתובתו של הנמען מרשימת התפוצה כשיקול להפחתת סכום הפיצוי (שם, בפסקה י"ג). אני שותף לעמדת חברי שאין מקום להכיר בנטל הקטנת נזק לעניין עצם החבות בפיצוי, אולם לטעמי העובדה שהשולח כלל

בהודעה אפשרות כאמור אינה צריכה להוות שיקול להפחתת סכום הפיצוי. משמעותה האפשרית של קביעה אחרת היא תמרוץ משלוח דברי פרסומת בניגוד לחוק: מצד אחד, השולח ידע ששיעור הפיצוי שייפסק לחובתו יופחת מראש משום שכלל "אפשרות הסרה", והדבר עשוי להפוך את משלוח הודעות הפרסומת למשתלם עבורו; ומצד שני, הסכום המופחת עלול לגרום לכך שהגשת תביעה בגין הודעות בודדות תהא לא כדאית משום שהפיצוי שייפסק בגינה יהיה מלכתחילה מופחת. אין אף מקום לתמרוץ את הנמענים לבצע opt-out ולשאת בעלויות הכרוכות בכך, משנדחה מודל זה על ידי המחוקק. לכך יש להוסיף כי במצב כזה הנמען אינו יודע אם ההודעה שנשלחה לו היא ממקור אמין ובטוח, ואם יסיר את עצמו הוא עלול לחשוף את עצמו לסיכון של הידבקות בוורוס ולנזק נוסף. בצד האמור, אין צריך לומר, כי שיקול הדעת של בית המשפט בשאלת הפחתת הפיצוי יופעל בכל מקרה לפי נסיבותיו.

18. מכאן לשאלה השנייה: סכום הפיצוי שיש לפסוק למערער. נקודת המוצא היא שכל אחד מ"דברי הפרסומת" שנשלחו למערער – 27 במספר – היווה הפרה עצמאית של סעיף 30 לחוק, המזכה את הנמען בפיצוי ללא הוכחת נזק בסכום שלא יעלה על סך של 1,000 ש"ח להפרה. תקרת הפיצוי היא אפוא 27,000 ש"ח. אשר לשיקולי אכיפה והרתעה, מצד אחד עסקינן בפרסום מסחרי שאינו פוגעני, ולא נשללה טענת הנתבע שלפיה פעל בתום לב והניח שפרסום בדרך זו הוא מותר לפי החוק. מצד שני, המדובר בהפרה חוזרת ונשנית – לכל תיבה נשלחו שתי הודעות ולתיבה אחת נשלחו שלוש הודעות. משלא הובאו נתונים באשר לרווח הצפוי מן ההפרה, אני סבור כי פיצוי בסך של 10,000 ש"ח הולם את הנסיבות האמורות ודי בו כדי להשיג את תכליות האכיפה וההרתעה. אשר לשיקולי עידוד הגשה של תביעות יעילות, הרי שנסיבות המקרה שלפנינו הן מיוחדות. בהקשר זה יש ליתן משקל לכך שהמשיב פרס יריעת הגנה רחבה: אף שלא הייתה מחלוקת שההודעות נשלחו לבקשתו על ידי חברה שמתמחה בכך, טען המשיב כי המערער שלח את ההודעות לעצמו. לשם כך נדרש בית המשפט למנות מומחה מטעמו והדיון בהליך התאריך ועלויותיו האמירו. לכך יש להוסיף כי המערער ניהל את ההליך כדבעי בשלוש ערכאות השיפוט, בלא שנפסקו לזכותו הוצאות ושכר טרחת עורך דין באיזו מהן. בנסיבות אלו, אני סבור כי יש לפסוק למערער את הוצאות המשפט וכן שכר טרחת עורך דין בסך של 15,000 ש"ח.

סוף דבר

19. אם תישמע דעתי, נקבל את הערעור במובן זה שפסק הדין של בית המשפט המחוזי יבוטל, התביעה תתקבל והמשיב יחויב לפצות את המערער בסך של 10,000

ש"ח. לסכום זה ייתוספו הוצאות המשפט וכן שכר טרחת עורך דין בסך של 15,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

מצטרף אני לחוות דעתו של חברי השופט פוגלמן, בכפוף לאמור להלן, הנדרש לפסקה 17 לחוות דעתו, נושא שלגביו יש בינינו ניואנס מסוים אשר חשוב לי להטעימו. בפסק דיני ברע"א 2904/14 גלסברג נ' קלאב רמון (27.7.2004) ציינתי (פסקה י"ג) לעניין הפיצויים על פי סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982, כי "בפיצויים מעין אלה לא הטיל המחוקק על הנפגע חובה שבדין להקטין את נזקו (ואין באמור, כמובן, כדי להפחית מחובתו של הנפגע, ככל בעל דין בכל עניין משפטי, לנהוג בתום לב)... (הדגשות במקור – א"ר). ולהלן הוספתי "עם זאת, אין בדברים אלה כדי למנוע מבתי המשפט, בקביעות גובה הפיצויים שיש לשלם על הפרת סעיף 30א לחוק, לשקלל בין יתר הגורמים גם את העובדה שהמעוול איפשר להסיר את שמו של הניזוק מרשימת תפוצת דברי הפרסומת בקלות יחסית, וכל העושה כן הרי זה משובח וייפטר מן המטרד במהרה ... אם כן, חובת הקטנת הנזק כשלעצמה – אין בדין, בנתון לאמור מעלה בדבר תום הלב, בין השאר ... (ההדגשה במקור – א"ר).

חברי השופט פוגלמן מסכים (פסקה 17) ש"אין מקום להכיר בנטל הקטנת נזק לעניין עצם החבות בפיצוי", אך מוסיף "אולם לטעמי העובדה שהשולח כלל בהודעה אפשרות כאמור (להסיר את הכתובת מרשימת התפוצה – א"ר) אינה צריכה להוות שיקול להפחתת סכום הפיצוי ... בצד האמור אין צריך לומר כי שיקול הדעת של בית המשפט בשאלת הפחתת הפיצוי יופעל בכל מקרה לפי נסיבותיו".

אבקש להטעים, כי בסופו של יום הניואנס שבין חברי לביני מתבטא בשאלה האם האפשרות להסיר הכתובת מן התפוצה היא שיקול בקביעת הפיצוי או שמא יש להותיר את עניין הפיצוי (כאמור בסיפת דברי חברי) למערך שיקולים רחב כללי לעניין ההפחתה, שיופעל בכל מקרה לפי נסיבותיו. דומני שההבדל בינינו הוא בסופו של יום "הצהרתי" יותר מאשר מעשי, שכן שיקול הדעת קיים ועומד ובית המשפט יפעל לפיו, ובכך דעותינו דומות. אדגים רק, כי בטוחני שחברי יסכים כי – אם ניטול מקרה קיצוני – שאם פלוני יקבל יום אחר יום הודעות במשך שנה (ויכול היה להסיר), אין פירוש

הדבר שייפסקו לו 360,000 ₪ פיצויים, ואף לא בקירוב לכך. עצם תוצאת ענייננו הנוכחי מול פרשת גלסברג באשר לפיצוי (אמנם לא באשר לשכר הטרחה) יוכיח.

סוף דבר, שנינו מסכימים כי אין חובה להקטנת נזק, שנינו מסכימים כי לבית המשפט שיקול הדעת באשר לפיצוי, ודומני שאין מחלוקת כי תום הלב הוא שיקול, ובאשר להבחנה הדקה האמורה ישקול כל בית משפט וישקלל לגוף מקרהו. חשוב היה לי לציין זאת, גם לשם הרמוניה בין שני פסקי דין היוצאים בתוך ימים ספורים מתחת ידו של בית המשפט, והרי בית משפט הוא ולא "בית שופטים".

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים לפסק דינו של חברי השופט פוגלמן ולהערתו של השופט רובינשטיין.

1. בהיקש לנושא שלפנינו, אפנה לפסק דיני בעע"מ 7744/10 המוסד לביטוח לאומי נ' עו"ד יפית מנגל (15.11.2012), שם הבעתי דעתי כי ברירת המחדל בפנייה אל פרטים בעקבות בקשה לגילוי מידע שהוגשה על פי חוק חופש המידע התשנ"ח-1998, צריכה להיות בדרך של Opt-in ולא במנגנון של Opt-out:

"דרישה לפעולה אקטיבית של נמעני הפנייה מהווה פגיעה גדולה יותר בפרטיותם, בציפיה שלהם לא להיות מוטרדים (ברוח הביטוי "the right to be left alone"), מהווה פגיעה באוטונומיה שלהם, ותהא זו הכבדה לא הוגנת להטיל על כתפי הנמנעים נטל אקטיבי להודיע על התנגדותם" (שם, פסקה 18).

2. גישתו של חברי, השופט פוגלמן, לפיה אין להפחית את סכום הפיצוי אך בשל כך שבעל הדין אינו פועל אקטיבית להסיר עצמו מרשימת התפוצה, אינה סותרת את גישתו של חברי, השופט רובינשטיין, בעניין גלסברג, שם נקבע כי רשאי בית המשפט "לשקלל בין יתר הגורמים גם את העובדה שהמעוול איפשר להסיר את שמו של הניזוק מרשימת תפוצת דברי הפרסומת בקלות יחסית" (שם, פסקה י"ג). לכן, אני מצטרף להערת ההבהרה של השופט רובינשטיין כי ספק אם להבדלי הניואנסים יש נפקות מעשית. בשורה התחתונה, מתן האפשרות להסרה מרשימת התפוצה, היא כשלעצמה,

אינה מחייבת הקטנת הפיצוי, אך רשאי בית המשפט להתחשב בעובדה זו במכלול השיקולים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט ע' פוגלמן, בכפוף להערתו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, ח' באב התשע"ד (4.8.2014).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט