

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו  
 פלל ו' טריידנט קפיטל מרקטס בע"מ  
 ת"צ 11-09-24223  
 סוג עניין: תובענה ייצוגית  
 תאריך פתיחה: 12 ספטמבר 2011  
 רמת חיסיון: פתוח לציבור

## בבית משפט המחוזי

### תל אביב

בעניין: **חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006**  
 ובעניין: **סעיף 30 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982**  
 ובעניין: **חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981**  
 ובעניין: **פקודת הנזיקין [נוסח חדש]**  
 (להלן: "חוק ה"צ")  
 (להלן: "חוק הסמאס")  
 (להלן: "חוק הגנת הפרטיות")  
 (להלן: "פקנ"ז")

**המבקש:** ליאור פפל, ת.ז. 027328780  
**התובע:** באמצעות עוה"ד אילן חזני  
 מגדל המוזיאון, י.ד. ברקוביץ 4, ת.ד. 18167 ת"א 61181  
 טל: 03/5252441, פקס: 03/6910189

- נ ג ד -

**המשיבים:** 1. טריידנט קפיטל מרקטס בע"מ, ח.פ. 513627489  
**הנתבעים:** מרחוב האגוז 10 קיסריה 30889  
 2. מאיר ברק, ת.ז. 057959256  
 מרחוב סמטת הרדוף 116 קיסריה 30889

**סכום התביעה:** 21,000,000 ₪ (על דרך האומדן ועל הצד הנמוך).

**סכום התביעה האישית:** 630 ₪.

**מהות התביעה:** ייצוגית.

**הסעד המבקש:** צווים ופיצויים.

## בקשה לאישור תובענה כיצוגית

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לעשות שימוש בסמכותו ולהורות כדלקמן:

- לאשר בקשת אישור זו ולראות בתובענה הייצוגית המצורפת כתובענה ייצוגית לפי פרט 12 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות תשס"ו-2006.
- להגדיר הקבוצה המיוצגת לצרכי התובענה.
- לקבוע כי המבקש באמצעות בא כוחו יהיה התובע המייצג, וליתן הסעדים המבוקשים.
- לפסוק לטובת המבקש במעמדו כתובע ייצוגי גמול הולם ולפסוק לבכ"ט שכ"ט ראוי, והחזר הוצאות ההליך.

### תמצית הבקשה

1. עניינה של הבקשה ושל התובענה הינה הפצת פרסומות בתפוצה רחבה לנמענים רבים תוך הפרה בוטה של הוראות סעיף 30א' לחוק התקשורת (בזק ושידורים) התשמ"ב 1982 (להלן: "**חוק הספאם**") וגרימת עוולות נוספות, ע"י המשיבים ו/או מי מטעמם, וזאת באמצעות דואר אלקטרוני, פרסומים הידועים בכינוי "**ספאם**".
2. כל הטענות הנטענות בבקשה זאת, הינן מצטברות ו/או חלופיות ו/או משלימות אלה את אלה לפי הדבק הדברים והקשרם ההגיוני.
3. **מדובר בענייננו מדובר בהפרה בוטה של חוק התקשורת, תוך התנהגות בחוסר תום לב ובניסיון מכוון לעקוף את הוראות חוק הספאם ולחמוק מאחריות בגין עוולות אלו ועולות אחרות שבוצעו.**
4. סעיף 30א' לחוק הספאם מטיל על המפרסם בניגוד להוראות הסעיף, **אחריות פלילית ואזרחית**, בהסמיכו את בית המשפט לפסוק לנמען עד 1,000 ש"ח פיצוי לדוגמה ללא הוכחת נזק בגין כל דבר פרסומת, וזאת בנוסף לפיצוי נזיקי כפי שנתבע בתביעה זו (לרבות בגין נזק לא ממוני), וכן להטיל קנס על התאגיד המפרסם או התאגיד שבאמצעותו נעשה הפרסום, ובמקרים מסוימים מוטלת **אחריות גם על מנהלי התאגיד ועל נושאי המשרה** בתאגיד האחראים על השיווק [ראו: ת"צ 1674/09 איילת חיות (ת.א. 1586/09) נ' טלרן מסרים מיידיים בע"מ, תק-מח' 2011, 54, 68 (2011)].
5. הסעיף אוסר על מפרסם לשלוח דבר פרסומת, אשר הוגדר בחוק כמסר המופץ באופן מסחרי, **שמטרתו** לעודד רכישת מוצר או שירות או לעודד הוצאת כספים בדרך אחרת, **באמצעות**, פקסי, דואר אלקטרוני, מערכת חיוג אוטומטי או מסרון (SMS), **ללא הסכמה מראש ובכתב** של הנמען – הדרושה להסכמה מראש ובכתב מביאה לידי ביטוי כי **נדרשת הסכמה מודעת** להצטרפות לאותה רשימת תפוצה, ולא בהסכמה שהוצאה מהנמען בדרך לא דרך.
6. סעיף זה גם מחייב את המפרסם **לציין את פרטיו** בדבר הפרסום, ובכותרת ההודעה את המילה "**פרסומת**", באופן גלוי וברור המונע הטעיה, כאשר המפרסם הוא מי שתוכן דבר הפרסומת **מפרסם את עסקיו ו/או עשוי לקדם את מטרותיו**.
7. כבר עתה יצויין כי המבקש **מעולם לא** מסר למשיבים את כתובת המייל אליה נשלחו הפרסומות, **ומעולם לא** נתן למשיבים הרשאה כלשהי לשלוח אליו מייל כלשהו מטעמם.

## הצדדים לבקשה

### תיאור המבקש

8. המבקש, ליאור פפל, הנפגע מהעוולות של המשיבים הינו אזרח מן הישוב, אשר אין לו הכרות מראש עם המשיבים, מעולם לא נתן למשיבים הסכמתו בכתב ומראש לקבל מהם פרסומות, לא הזמין שירות ו/או מוצר כלשהו מהמשיבים, ואשר במהלך ביצוע העוולות הוא המחזיק בכתובת הדואר אלקטרוני (להלן: "מייל") [plior2002@yahoo.com](mailto:plior2002@yahoo.com), בה התקבלו הודעות המייל נשוא התביעה.

### תיאור המשיבים

#### 9. משיבה 1 טריידנט קפיטל מרקטס בע"מ:

א. מתדפיס רשם החברות עולה כי בעלת המניות היחידה במשיבה 1 הינה חברת colmex trading limited שהינה חברת חוץ הממוקמת בקפריסין ואשר מבנה הבעלות בה לא ידוע למבקש, ועוד עולה מתדפיס רשם החברות כי הדירקטור היחיד של החברה הוא משיב 2 (מאיר בריק).  
(מצ"ב תדפיס רשם החברות - מסומן כנספח א')

ב. משיבה 1 רשומה כבעלת כתובת האינטרנט (להלן: "דומיין") <http://www.tradenet.co.il>, אשר בין היתר דרך אותו אתר האינטרנט היא מציעה את מוצריה ושירותיה.  
(מצ"ב תדפיס פרטי רישום הדומיין - מסומן כנספח ב')

ג. מאתר האינטרנט של משיבה 1 עולה כי היא מספקת שירותים שונים בתשלום, כגון:  
1. קורסים בשוק ההון.  
2. פתיחת חשבונות מסחר בשוק ההון.  
3. שרותי תמיכה וליווי לסוחרים בשוק ההון.  
(מצ"ב הדף הרלוונטי מאתר האינטרנט של משיבה 1 - מסומן כנספח ג')

ד. עוד עולה מאתר האינטרנט כי לבעלת השליטה במשיבה 1 מרכזי הכשרה נוספים גם בלונדון ובפריז.

ה. עוד עולה מאתר האינטרנט ומדף הפייסבוק של משיבה 1 עולה כי יש לה כיתות לימוד בת"א, ראשל"צ, חיפה, ב"ש, ירושלים.  
(מצ"ב דף הפייסבוק הרלוונטי - מסומן כנספח ד')

ו. משיבה 1 היא מי ששמה מופיע בדף האינטרנט אליו מוביל הקישור אשר מגיעים אליו כאשר מקישים על הכפתור "להרשמה לחץ כאן" אשר מופיע בתוכן הודעת המייל, ומי ששמה וקישור לאתר שלה מופיעים בדף האינטרנט שמופיע לאחר שממלאים את הפרטים בטופס ההרשמה בדף אליו מוביל הפרסום במייל.

(מצ"ב דף האינטרנט אליו מוביל הפרסום במייל – מסומן כנספח ד'1)

(מצ"ב דף האינטרנט המופיע לאחר מילוי הטופס בדף אליו הוביל המייל – מסומן כנספח ד'2)

ז. אחריות משיבה 1 קמה בין היתר מכח העובדה שהפרסום עשוי לפרסם את עסקיה או לקדם את מטרותיה.

ח. לחלף ציטוט ובו תיאור משיבה 1 מתוך אתר האינטרנט שלה:

"טריידנט מספקת תחת קורת גג אחת קורסים למתחילים ומתקדמים, פתיחת חשבונות מסחר במניות, אופציות, חוזים עתידיים ומט"ח באמצעות ברוקרים שונים ושירותי תמיכה וליווי של סוחרים באמצעות אנליסטים מקצועיים, דו"חות איתותים וחדרי מסחר הפועלים בזמן אמת. טריידנט מחזיקה מרכזי הדרכה בתל אביב, חיפה, ירושלים וראשון לציון.

טריידנט שייכת לקבוצת TGL העולמית (טריידנט גלובל לימיטד) המפעילה מרכזי הכשרה גם בלונדון ובבודפשט."

(מצ"ב הדף הרלוונטי – ראו כנספח ג' לעיל)

10. משיב 2 מאיר ברק:

א. משיב 2 הינו מי ששמו ותמונתו מופיעים בפרסומת ואחריותו ישירה.

ב. מתדפיס רשם החברות עולה כי הדירקטור היחיד של משיבה 1, ומאתר האינטרנט שלה עולה כי הוא מייסד החברה.

ג. לחלף תיאור משיב 2 מתוך אתר האינטרנט של משיבה 1:

"טריידנט נוסדה ע"י מאיר ברק, סוחר מקצועי והאנליסט הראשי של טריידנט. מאיר הוא אנליסט כלכלי ידוע בערוצי האינטרנט והעיתונות בישראל ואחד האנליסטים הקבועים של תוכנית הטלוויזיה הפיננסית "לילה כלכלי" בערוץ 10. לאחר שמאיר

פרש מתעשיית ההייטק והגשים את חלומו לעבוד מביתו כסוחר מניות עצמאי, הוא התפנה לעסוק באהבתו ללמד אחרים...במשך שנות פעילותו הכשיר מאיר אלפי

סוחר' בורסה מקצועיים"

(מצ"ב הדף הרלוונטי - מסומן כנספח ה')

ד. אחריות משיב 2 קמה הן מכת אחריותו הישירה והן מכת אחריותו בהיותו **דירקטור** יחיד במשיבה 1, וכפי שכבר נקבע בבש"א (מחוזי ירו') 7933/07 עו"ד שלמה גן צבי נ' מעדניות האחים בכבוד (94) בע"מ, תק-מח 3722, 3724 (2008), לא רק שניתן להגיש תובענה ייצוגית גם נגד מנהלי החברה אלא אף **הטלת אחריות אישית מתיישבת עם תכלית חוק תובענות ייצוגיות:**

"...סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות מלמדנו, כי מטרתו של החוק הן, בין היתר, לקדם את אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו, לקדם מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין, ולקדם ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות. רואים אנו, כי תכליותיה של הטלת אחריות אישית מתיישבות יפה עם תכליותיו של חוק תובענות ייצוגיות..."

11. באופן שיטתי, את פעולותיהם השונות ומוצריהם השונים מציעים המשיבים לנמענים באמצעות פרסומות הנשלחות אל כמות גדולה של מיילים, **מבלי לקבל את הסכמתם מראש ובכתב, תוך הטעיית הנמענים** (אשר כלל לא נתנו הסכמתם לקבל פרסומות מהמשיבים) בכך שמציגים בשם השולח שם בדוי ובכך שמצרפים כביכול הערה לפיה מדובר בהפצה המונית לנמענים **שכביכול נרשמו** וכי כביכול מדובר **בהצעה חנימית**, וזה מה שהופך אותה לשיטתם לפרסומת מותרת עפ"י חוק, תוך התעלמות מהוראותיו הברורות של החוק **האוסרות משלוח הודעה על מנת לקדם את מטרתיהם.**

### פנייה טרם נקיטת הליכים משפטיים

12. לפני משורת הדין, טרם הגשת התביעה, פנה המבקש ביום 14/07/2011 אל המשיבים בפנייה טרם נקיטת הליכים, בה התבקשו להמציא פרטים אודות המקור ממנו קיבלו את כתובת המייל של המבקש, דרישה לחדול ממשלוח ההודעות, דרישה שלא להעביר המייל לאחרים, ודרישה לתשלום פיצוי כספי.  
(מצ"ב העתק הפניה למשיבים – מסומן כנספח ו')

13. המבקש לא קיבל התייחסות ישירה מהמשיבים, וביום 14/07/2011 קיבל המבקש פנייה במייל מצד ג' כלשהו בשם "עופר האפרתי" (עם חתימה בשם "אימיליון בע"מ – אפיק פרסום") אשר אישר את משלוח המיילים וטען כי הוא מבצע את הדיוורים עבור משיבה 1, תוך שהוא מעלה טענות שונות על כך שמדובר בהודעה שנשלחה בהתאם להוראות החוק, ותוך העלאת טענה משוללת יסוד לפיה המבקש הצטרף לרשימת תפוצה כלשהי שלו, דבר שלא היה ולא נברא.  
(מצ"ב העתק המייל שקיבל המבקש – מסומן כנספח ז')

14. ביום 15/07/2011 השיב המבקש אינטואיטיבית לאותו המייל, תוך שהוא דוחה את האמור בו שהינו פרי עטו של השולח במטרה לחמוק מאחריות – תגובה שלא זכתה להתייחסות השולח.  
(מצ"ב העתק תשובת המבקש במייל לצד ג' – מסומן כנספח ח')

15. בהיעדר תשובה ישירה מהמשיבים, ביום 21/07/2011 נשלחה תזכורת למשיבים.  
(מצ"ב העתק התזכורת שנשלחה למשיבים – מסומן כנספח ט')

16. רק ביום 24/07/2011 השיבו המשיבים ישירות בתגובה אשר במהותה הם מנסים להסיר מעצמם אחריות ישירה וולגלגל האחריות הלאה, בטענה שאינם אחראים כלפי המבקש. בין היתר טענו כי משלוח ההודעות נעשה כדין, על בסיס רשימות שסופקו למשיבים ע"י צד ג' – מבלי לציין במפורש את שמו ופרטיו של אותו צד ג' ותוך התחכמות ושימוש בביטוי "הידוע למרשך", ולאור זאת טענו המשיבים בכללניות כי יש לפנות ישירות לצד ג', מבלי לציין את שמו ואת פרטי ההתקשרות שלו ומבלי לציין את מערכת ההתקשרות שלהם עם אותו צד ג'. עוד טענו כי מאחר ומדובר בהזמנה לכנס אשר הכניסה אליו כביכול הינם והעלו טענה תמוהה כי מסיבה זו לא מדובר במשלוח הודעות פרסומת ותוך העלאת טענה תמוהה לפיה אין בכך לקדם את עסקיהם של המשיבים (כאילו אין זו דרך לגייס לקוחות פוטנציאלים לרכישת קורסים מביה"ס שלהם).  
(מצ"ב העתק תגובת המשיבים – מסומן כנספח י')

17. ביום 26/07/2011 נשלחה תשובה למשיבים, לפיה נידחות טענותיהם אשר אינן עולות בקנה אחד עם הוראות החוק, ובנסיבות אלו שלא ישאו באחריות ולא יעותרו לדרישה לא יהיה מוצא מנקיטת הליכים משפטיים – בהמשך הבקשה יטען בהרחבה לעניין הפרות החוק ע"י המשיבים.  
(מצ"ב העתק תשובת המבקש למשיבים – מסומן כנספח יא')

18. על אף ניסיון המבקש להביא ליישוב המחלוקות מחוץ לכותלי בית משפט, עד ליום זה המשיבים בחרו שלא להיענות לאמור בפניית המבקש, ועל כן מוגשת תביעה זו.

19. במאמר מוסגר יצויין כי המשיבים לא ציינו במפורש את שמו ופרטיו של אותו צד ג', ולא המציאו ולו אסמכתא אחת (כגון הסכם התקשרות וחשבונית על תשלום לאותו צד ג' בגין משלוח אותן פרסומות) לעניין אופי ההתקשרות שלהם עם אותו צד ג'. המבקש יטען כי אף אם המעשה בוצע בפועל ע"י צד ג', הרי אותו צד ג' ביצע הפעולה כידם הארוכה של המשיבים וביצע את הפעולה בשמם, לכל הפחות תוך כדי עצימת עיניים של המשיבים, כפי שיפורט בהמשך.

20. משכך, יש למבקש עילה אישית, ולמשיבים אחריות ישירה, ואו לחילופין ואו במצטבר המשיבים מעולים יחד ובמשותף ואו לחילופין ואו במצטבר ואו אחריותם נובעת מיחסי שלוח ושולח (הן מכח חוק השליחות תשכ"ה-1965 והן מכח סעיף 14 לפקודת הנויקין), ומשכך חבים הם באופן ישיר כלפי המבקש והנמענים האחרים ביחד ולחוד.

21. במקום זה ראוי לציין מספר פרטים אודות צד ג' (ככל שניתן להסיק מרמזות המשיבים כי זה אכן עופר האפרתי וחברת אימיליון בע"מ אשר פנו במייל), אשר כבר מעורב במספר תביעות בגין הפרת חוק הספאם:

א. מהאסמכתאות שיצורפו להלן עולה כי עופר האפרתי הינו הבעלים והמנהל של חברת אימיליון בע"מ, ומי שנילחם בנגד חקיקת חוק הספאם כפי שנוחק בסופו של יום, ובוחר להתעלם באופן שיטתי ומגמתי מההגבלות המוטלות עליו תוך שהוא מפיק בכך רווחים ממפרסמים שונים המשתמשים בשירותיו ומשלמים לו על כך:

1. בכתבה שפורסמה באתר האינטרנט של ידיעות אחרונות (Ynet) הוצג כמי ש"עוסק בשיווק המוני בדואר אלקטרוני" ואשר עצומה אותה ערך לצורך עצירת החוק הופנה באופן אירוני בחתימות ספאם, מה שמעיד על חוסר האמפתיה מצד הציבור על מחאתו על עצם חקיקת החוק.  
(מצ"ב העתק הכתבה הרלוונטית – מסומן כנספח יב')

2. בכתבה אחרת שפורסמה באתר האינטרנט של ידיעות אחרונות (Ynet) הוצג כבעל חברת אימיליון שמשווקת חבילות פרסום במייל וכמי שהקים בשיתוף עם אחרים עמותה בשם "דואלי – דואר אלקטרוני ישראלי", שמטרתה להיאבק בחוק הספאם.  
(מצ"ב העתק הכתבה הרלוונטית – מסומן כנספח יג')

3. מחשבוניות שונות אותן המציאו מפרסמים אחרים שעשו שימוש בשירותיו, ניתן לראות את ההכנסות הגבוהות אותם מניב אותו צד ג'. כך לדוגמא:

- (א) תמורת משלוח של **50 מיליון** מיילים שולם לו 6,700 ₪ + מע"מ.  
(מצ"ב העתק החשבונית הרלוונטית – מסומן כנספח יד'1)
- (ב) תמורת משלוח של **30 מיליון** מיילים שולם לו 3,500 ₪ + מע"מ.  
(מצ"ב העתק החשבונית הרלוונטית – מסומן כנספח יד'2)
- (ג) תמורת משלוח של **3 מיליון** מיילים שולם לו 4,000 ₪ + מע"מ.  
(מצ"ב העתק החשבונית הרלוונטית – מסומן כנספח יד'3)
- (ד) תמורת משלוח של **3 מיליון** מיילים שולם לו 3,000 ₪ + מע"מ.  
(מצ"ב העתק החשבונית הרלוונטית – מסומן כנספח יד'4)
- (ה) תמורת משלוח של **1/2 מיליון** מיילים שולם לו 2,500 ₪ + מע"מ.  
(מצ"ב העתק החשבונית הרלוונטית – מסומן כנספח יד'5)

4. ממחירון המופיע באתרי האינטרנט של עולה כי המחירים אותם גובה צד ג' גבוהים, ועלות משלוח הודעות בכמויות אלו גבוהה בהרבה, כך שעלות משלוח של **מיליון מיילים** בחודש עומדת על סכום של כ- 8,800 ₪ + מע"מ.  
(מצ"ב העתק המחירון מאתר האינטרנט – מסומן כנספח טו')

ב. מהאסמכתאות שיצורפו להלן עולה כי **חברת אימייליון בע"מ** הינה קבוצה הידועה במספר שמות **מותג**: "אימייליון", "אפיק לפרסום", "דואלי", "אפיק המתנות", "מגיע ליי", "C-U":  
(מצ"ב העתק מאתר האינטרנט – מסומן כנספח טז')

1. מהתיאור באתר האינטרנט שלה שכתובתו <http://www.emailion.net/> עולה כי מדובר בחברה המספקת שרותים שונים בתשלום, ומתמחה בהפצת פרסומות במייל אל מיליוני נמענים עבור מפרסמים שונים השוכרים את שרותיה, משכירה שרתי דיור אלקטרוני לצורך פרסומות במייל לקבוצה גדולה של נמענים, מבצעת דיור פרסומות במייל עבור אחרים, ומתפארת בכך שיש לה מערכת שמשוגלת לחדור מנגנוני סינון של שרתי דואר הבאים לסנן דואר זבל, כך עולה גם מהדף הראשי של אתר האינטרנט שלה בו ניתן למצוא התפארות בהתגברות על חסימות דואר זבל:

"...יכולת עבירות – הטכנולוגיה המתקדמת מצמצמת את כמות החסימות המבוצעות

על ידי שרתים, תוכנות מייל - ואתה מרוויח מקסימום חשיפה.

(מצ"ב העתק הקטעים הרלוונטים מאתר האינטרנט של חברת אימייליון – מסומן כנספח יז')

## 2. בדף פנימי אחד ניתן למצוא תיאור על החברה:

"...דואלי, מקבוצת אימייליון, פועלת בעולם הדיוור האלקטרוני ומספקת מענה מקיף ואיכותי לחברות ועסקים. החל משנת 2004 אנו חוקרים, לומדים ובוחנים את עולם השיווק באינטרנט, במטרה לגלות מהי הדרך היעילה ביותר עבורכם, בעלי העסקים, לחשוף את עסקיכם ולהגדיל את רווחיותכם. גילינו, כי ככל שרשימת התפוצה ממוקדת יותר וככל שהדואר הנשלח אישי יותר, כך הסיכוי להצלחת המכירה הולך וגדל. מאז ועד היום, קבוצת אימייליון משכירה שרתי דיוור, מפתחת מערכות לשליחת דואר אלקטרוני ומנהלת מערכי דיוור למאות עסקים, בארץ ובעולם. מוצר הדגל שלנו, דואלי, זכה להצלחה רבה בקרב לקוחותינו והביא לקידום ושגשוגם של עסקים רבים..."

(מצ"ב העתק הקטעים הרלוונטיים מאתר האינטרנט של חברת אימייליון – מסומן כנספח יח')

## 3. בדף פנימי אחר ניתן למצוא טיפים לחמוק ממסנני דואר זבל:

"עבירות מיילים – איך לא להיזרק לספאם סוגיית מסנני הספאם, המונעים הגעתו של דואר זבל לתיבת ה inbox-שלכם, מעסיקה לא רק את מפיצי הספאם למיניהם, אלא גם בעלי עסקים רבים - המנסים לשלוח דוא"ל לגיטימי ושגרתי ומוצאים עצמם עוסקים בבעיות עבירות, ברשימות שחורות, במיילים חוזרים ועוד. במאמרי זה אציג בפניכם מספר טיפים יעילים ומוכחים לאישור המיילים, להגברת עבירותם ולקבלה מיטבית שלהם ב inbox-של לקוחותיכם..."

(מצ"ב העתק הקטעים הרלוונטיים מאתר האינטרנט של חברת אימייליון – מסומן כנספח יט')

## הפרסום נשוא התביעה

22. השימוש בדואר אלקטרוני כדי לקדם מטרותיהם ועסקיהם של המשיבים הוא זול יחסית, מהיר, ובכמות עצומה, מאפשר לשלוח מאות הודעות בדקה אחת, מה שחופך אותו לזול וכדאי כלכלית לעסקים, אולם זאת על גבם של הנמענים אשר לא מעוניינים לקבל את הפרסומות וצריכים להתמודד עם הודעות מייל מסוג זה, המגיעים אליהם כל פעם ממפרסם אחר, ולא מעט פעמים מאותו מפרסם.

23. בין התאריכים 12/05/2011 ועד 06/07/2011 קיבל המבקש בניגוד לרצונו 3 הודעות spam זהות בתוכן

ובמהותן, כאשר ההודעות התקבלו במייל של המבקש בכתובת plior2002@yahoo.com במועדים הבאים, תוך שימוש בשורת נושא אטרקטיבית, ותוך ציון שמות פרטיים של בנות כשולח ההודעה:

א. ביום 12/05/2011 מייל ובו שורת הנושא "עבודה מהבית, מתאים לכל אחד" מאת שולח הנחזה לשם "רינה".

ב. ביום 12/06/2011 מייל ובו שורת הנושא "עבודה מהבית, מתאים לכל אחד" מאת שולח הנחזה לשם "ורד".

ג. ביום 06/07/2011 מייל ובו שורת הנושא "עבודה מהבית, מתאים לכל אחד" מאת שולח הנחזה לשם שם "גילה".

(מצ"ב העתק הודעות המייל שקיבל המבקש – מסומן כ'1-3')

24. מי שאינו רואה המייל כשורה יכול לחקיש על קישור המופיע במייל ולהגיע לדף אינטרנט שכתובתו <http://safedeli.co.il/display.php?M=2339098&C=82e46f983867da0656c1e0468fc0124c&S=274&L=73&N=132>

ובו פרסום הזהה לפרסום שבתוכן הפרסומות שהתקבלה במייל.

(מצ"ב ההודעה כפי שמגיעים אליה אם מקישים על הקישור שבו לא רואים התוכן שלה – מסומן כא')

25. דף הפרסום אליו מוביל המייל הינו תחת שם המתחם safedeli.co.il אשר רשום על שם יוסי האפרתי מחברת אימייליון בע"מ.

(מצ"ב תדפיס פרטי רישום הדומיין – מסומן כנספח כב')

26. באותן הודעות דואר אלקטרוני מופיעים שמו ותמונתו של משיב 2 ובו הזמנה לכנס מסויים, כאשר בהקשה על הביטוי "להרשמה לחץ כאן" אשר מופיע בתוכן הודעת המייל, מגיעים לדף אינטרנט ובו טופס רישום אשר מופיעה בו תמונתו של משיב 2, ושמה של משיב 1 בכך שמי שממלא את אותו טופס יכול לתת הסכמתו לקבל ממשיבה 1 פרסומות. לאחר מילוי הפרטים מגיעים לדף אינטרנט בו מופיעים שמה של משיבה 1 וקישור אל אתר האינטרנט שלה ואל דף הפייסבוק שלה.

(מצ"ב דף האינטרנט אליו מובילים במיילים – נספח ד' לעיל)

(מצ"ב דף האינטרנט המופיע לאחר מילוי הטופס בדף אליו הוביל המייל – מסומן כנספח ד' לעיל)

27. יובהר – על המשיבים היה אסור לשלוח אל המבקש אף הודעה, גם לא הודעה אחת בניגוד לחוק.

### עילות התביעה

28. המבקש יטען להפרת חוק הספאם, הטרדה ופגיעה בפרטיות, רשלנות ומצג שווא רשלני, חוסר תום לב והטעייה.

29. המבקש יטען כי יש לו **עילה אישית** ולמשיבים אחריות ישירה, ואו לחילופין ואו במצטבר, **המשיבים מעולים יחד ובמשותף** ואו לחילופין ואו במצטבר ואו אחריותם נובעת **מיחסי שלוח ושולח** (הן מכת חוק השליחות תשכ"ה-1965 והן מכת סעיף 14 לפקודת הנויקין), ומשכך חבים ביחד ולחוד כלפי המבקש וכלפי כלל הנמענים.

### הפרת הוראות חוק הספאם

30. ביום 01/06/2008 פורסם ברשומות בס"ח ילקוט 2153 תיקון לחוק התקשורת (בזק ושירותים), תשמ"ב-1982 (להלן: "**חוק הספאם**"), לפיו תחילתו של החוק 6 חודשים מיום פרסומו, דהיינו **מיום 01/12/2008**, לפיו נאסר בין היתר **משלוח הודעות spam**.

31. בדברי החסבר להצעת חוק הספאם (ח"ח 182 (תיקון מס' 33), התשמ"ה-2005 מיום 20/06/2005) נאמר:

"תופעת ההפצה ההמונית של הודעות פרסומת בלתי רצויות באמצעות רשתות תקשורת (לרבות באמצעות דואר אלקטרוני, הודעות SMS ופקסימיליה), המכונה "spam", הפכה בשנים האחרונות למטרד ציבורי כלל-עולמי, והיקפה מצוי במגמת עליה חדה. יודגש כי התופעה והיקפה מצויים במגמת עליה חדה (לפי נתונים שפרסמה נציבות האיחוד האירופי, בשנת 2003 עלה נפח הודעות ה-spam המופצות באמצעות דואר אלקטרוני על 50% מכלל התעבורה העולמית של הודעות דואר אלקטרוני).

תופעת ה-spam מעוררת בעיות במישורים שונים, ובהן- בעיות של אבטחת מידע, חדירה למחשבים ללא היתר והפצת וירוסים, פגיעה בפרטיותו של המשתמש ברשת והטרדתו, פגיעה בהתפתחותו של המסחר האלקטרוני, פגיעה בעסקים בשל אובדן זמן והשקעת משאבים. תופעה זו מעמיסה עלויות מיותרות על הציבור, ובכלל כך על מפעילי תקשורת (בעלי התשתיות, ספקי האינטרנט וכו'), עסקים, משתמשי אינטרנט פרטיים ורשויות העוסקות באכיפה".

32. עוד נאמר בדברי החסבר להצעת החוק:

"...תופעת ה spam מעוררת בעיות במישורים שונים, ובהן - בעיות של אבטחת מידע, חדירה למחשבים ללא היתר והפצת וירוסים, פגיעה בפרטיותו של המשתמש ברשת והטרדתו, פגיעה בהתפתחותו של המסחר האלקטרוני, פגיעה בעסקים בשל אובדן זמן והשקעת משאבים. תופעה זו מעמיסה עלויות מיותרות על הציבור, ובכללן כך על מפעילי תקשורת (בעלי התשתיות, ספקי האינטרנט וכו'), עסקים, משתמשי אינטרנט פרטיים ורשויות העוסקות באכיפה..."

"...נוכח ריבוי הפרסומים המגיעים ישירות לבתים פרטיים, באמצעות פקס, הודעות SMS והודעות דואר אלקטרוני, מצד משווקים ומפרסמים המבקשים להציע מוצריהם, גובר הצורך להגן על פרטיותם של האזרחים מפני שיטפון פרסומי זה, שעל פי רוב, הם אינם מעוניינים בו.

בהקשר זה יש לציין, כי בדרך כלל החברות מגיעות אל הצרכנים הפוטנציאליים בלא היכרות קודמת, דרך מאגרי שמות עליהם הניחו את ידן, למורת רוחו של האדם שאינו מעוניין בכך, כאמור, ושלא נתן לכך אישור מראש.

הצעת חוק זו באה להסדיר את ההתקשרות הזו ולאסור עליה בהעדר הסכמת הנמען, כך שמתור יהיה להתקשר לצורך שיווק או פרסום של מוצר או שירות רק לאחר קבלת הסכמה מראש..."

33. המשיבים הפרו את הוראות החוק בצורה בוטה, והמבקש סבור כי על בית המשפט הנכבד להעביר בזה מסר חד משמעי למשיבים ודומיהם כי עליהם להימנע ממשלוח דואר ספאם בניגוד להוראות החוק וכי עליהם לנקוט את כל הצעדים הדרושים על מנת להימנע מהפרת החוק.

34. חוק הספאם מגדיר כללים למשלוח הודעות פרסום לרשימת תפוצה, ומגדיר גם מהן הסנקציות אשר יוטלו על המפר של אותו חוק, לרבות קביעה כי מדובר בעבירה פלילית מעבר לעוולה האזרחית, תוך דגש על כך שהנמען לא צריך להסיר עצמו מרשימת תפוצה שלא ביקש להצטרף אליה ולא צריך התנגד אקטיבית לקבלת ההודעה אלא די בכך שלא נתן הסכמתו מראש.

35. מטרת חוק הספאם הייתה לשרש ולהוקיע את התופעה של משלוח הודעות ספאם באופן שהחוק קבע הן סנקציה פלילית והן חובת תשלום פיצויים כספיים למי שקיבל "דואר זבל" שלא על פי בקשתו, וזאת אף ללא הוכחת כל נזק ומבלי לגרוע מהזכות לפיצוי בגין עוולות אזרחיות.

36. קיימים בעולם שני מודלים עיקריים להסדרה רגולטיבית של המלחמה בתופעה:

א. מודל אחד, מודל opt-out, שאומץ בארה"ב ואינו רלוונטי לישראל, ולפיו השולח רשאי לשלוח הודעות פרסומת בשיווק ישיר, אלא אם הודיע הנמען כי הוא מסרב לקבל הודעות כאמור.

ב. המודל השני הוא המודל אשר אומץ בישראל כמודל לפיו נאסרה תופעת הספאם בסעיף 30 לחוק, מודל ה-opt-in, הקיים באיחוד האירופי ורלוונטי לישראל, ולפיו חל איסור על משלוח הודעות פרסומת בשיווק ישיר, אלא אם התקבלה מראש הסכמת הנמען.  
לכלל זה נקבע חריג לפיו במקרה של הסכמה מראש ובכתב ו/או תקשורת קודמת בין ספק לצרכן, רשאי הספק בנסיבות מסויימות לעשות שימוש בפרטי ההתקשרות של הצרכן לשם משלוח הצעה לעניין מוצר או שירות דומה, כאשר בנסיבות אלו בכל מקרה, ניתנת לנמען האפשרות להודיע לשולח בכל שלב כי הוא מסרב לקבל הודעות כאמור.

37. סעיף 30 לחוק הספאם אוסר על הפצת הודעות פרסומת, בין היתר באמצעות דואר אלקטרוני, אלא בכפוף להתקיימותם של תנאים ספציפיים ברורים, מפורשים ומצטברים.

38. סעיף ההגדרות 30א(א) קובע מהן "הודעה אלקטרונית", "הודעת מסר קצר", "מערכת חיוג אוטומטי" אשר המשלוח שלהם אסור.

39. בענייננו ההגדרה הרלוונטית היא "הודעה אלקטרונית", כדלקמן:

"הודעה אלקטרונית" – מסר בזק מקודד המועבר ברשת האינטרנט אל נמען או קבוצה של נמענים, וניתן לשמירה ולאחזור בדרך ממוחשבת;

40. סעיף ההגדרות 30א(א) קובע מהו "דבר פרסומת", כדלקמן:

"דבר פרסומת" - מסר המופץ באופן מסחרי, שמטרתו לעודד רכישת מוצר או שירות או לעודד הוצאת כספים בדרך אחרת;

41. כלומר, לעניין חוק זה די בכך שהמסר הופץ לקבוצת נמענים, **ומטרתו היא אחת מן** החלופות הבאות אשר מתקיימות בענייננו:

- א. לעודד רכישת מוצר – **מתקיים**, שכן הוא מוביל בסופו של יום לרכישת מוצרים שהם קורסים בשוק ההון.
- ב. לעודד רכישת שירות – **מתקיים**, שכן הוא מוביל בסופו של יום לרכישת שירותים שונים אותם מספקים המשיבים שהם שרותי תמיכה וליווי לסוחרים בשוק ההון ופתיחת חשבונות מסחר בשוק ההון.
- ג. לעודד הוצאת כספים בכל דרך – **מתקיים**, שכן מטרתו של כנס כזה או אחר המשיבים מגדילים את קהל הלקוחות הפוטנציאלים שלהם ו/או משיבים את המוניטין שלהם ו/או חוזרים לתודעת הציבור, כך שבסופו של יום יפכו ללקוחות ויצרכו מהם מוצר ו/או שירות.

42. המשיבים מספקים כאמור שירותים/מוצרים כגון **קורסים** בשוק ההון, **פתיחת חשבונות** מסחר באינטרנט, **שרותי תמיכה וליווי** לסוחרים בשוק ההון, ואין חולק כי הפצת **מייל לקבוצת נמענים גדולה** מבלי לקבל את הסכמתם מראש, **יש בה כדי לקדם את מטרתיהם** של משיבים 1,2 ובסופו של יום להשיג **מס' תוצאות, בניהן:**

- א. להתפרסם.
- ב. לחזור לתודעת הציבור ולהשיב את המוניטין.
- ג. להרחיב את מאגר הלקוחות הפוטנציאלים.
- ד. לגייס לקוחות אשר בסופו של יום יוציאו כספים בדרך של רכישת שירותים ו/או מוצרים.

43. "**כנס מבוא**" אליו המשיבים מזמינים את הנמענים **מתקיים במרכזי ההדרכה שלהם**, אשר מי שרוכש מהם בסופו של יום מוצר ו/או שירות מקבל שם את השירות, ובידי המבקש **ראיות טובות ומידע נוסף** המעיד על כך, המבקש נמנע בשלב זה מלפרט ראיות אלה, מסיבות מובנות.

44. סעיף ההגדרות 30א(א) קובע מיהו "**מפרסם**" כדלהלן:

"**מפרסם**" - מי ששמו או מענו מופיעים בדבר הפרסומת כמען להתקשרות לשם רכישתו של נושא דבר הפרסומת, מי שתוכנו של דבר הפרסומת עשוי לפרסם את עסקיו או לקדם את מטרתיו, או מי שמשווק את נושא דבר הפרסומת בעבור אחר; לעניין זה, לא יראו כמפרסם מי שביצע, בעבור אחר, פעולת שיוגר של דבר פרסומת כשירות בזק לפי רישיון כללי, רישיון מיוחד או מכוח היתר כללי, שניתנו לפי חוק זה".

45. כלומר, "מפרסים" לעניין חוק זה, הינו מי שנכנס (באופן ישיר ו/או עקיף) לאחת החלופות הבאות:

- א. מי ששמו או מענו מופיעים בפרסומת כמען לרכישת נושא הפרסומת – שמו של משיב 2 מופיע בפרסומת, כאשר בניגוד להוראות סעיף 30א(ה) השמיטו המשיבים מהפרסומת את מלוא הפרטים הנדרשים.
1. בשם התצוגה של שולח ההודעה, משתמשים המשיבים בכל פעם בשם שולח אחר, על מנת להטעות את המבקש שיחשוב כאילו ההודעה נשלחה מגורם המוכר לו, תוך התחזות לשולחים בעלי שמות פופולאריים, כאשר פעם עשו שימוש בשם "גילה", במייל אחר בשם "ורד" ופעם אחרת בשם "דינת".
2. בהודעה הופיעה בנוסף לשמו גם תמונתו של משיב 2, בניסיון לחמוק מכניסתו להגדרת "מפרסים" אם יציין את שמו ו/או מענו.
- ב. מי שתוכן דבר הפרסומת עשוי לפרסם את עסקיו – מתקיים – דבר הפרסומת עשוי לקדם את עסקיהם של המשיבים ולשרת את האינטרס העיסקי שלהם.
- ג. מי שתוכן דבר הפרסומת עשוי לקדם את מטרותיו – מתקיים – דבר הפרסומת עשוי לקדם את מטרותיהם של המשיבים.
- ד. מי שמשווק את הפרסומת בעבור אחר.

46. היעדר שמה של משיבה 2 ומענם של המשיבים והופעת שמו ותמונתו של משיב 2, וההזמנה כביכול לכנס מטעם המשיבים בו נטען כי ילמדו דברים שונים, והתחזות לשולח בשם בדוי, נועדו לעקוף את הוראות סעיף 30א' לחוק התקשורת, כאשר התוצאה הלא רצויה של הטרדת הפרט וחדירה לפרטיותו נעשית בדרך מתחכמת יותר ואף מטרידה יותר.

47. מדובר במניפולציה ובנסיון התחכמות שקוף לעקוף את הוראות החוק, וכפי שהתבטאה כבי' השופטת ש' נתניהו בניסיון אחר לעקוף את החוק בנסיבות אחרות: "התכסיס כה שקוף הוא, עד כי ילד יבחין בו... זאת אין לאפשר לו". [ראו: החלטה מיום 25/07/1982 בע"א 341/82 ע"א 818/82 ע"א 289/83 מרדכי בר דרור נ' עו"ד מ' כסיף, פ"ד לז(3), 729, 739-741 (1983)].

48. יפים לעניין זה הם גם דבריה של כבי' השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן בהחלטתה מיום 05/04/2011 עת אישרה תובענה ייצוגית בעניין הציתוק (צלצלול-ניתוק) ובעניין הזמנה להשתתף בחידון נושא פרסים [ראו: ת"צ 1674/09 איילת חיות (ת.א. 1586/09) נ' טלרן מסרים מיידיים בע"מ, תק-מח 2011(2), 54, 68 (2011)], במסגרתו על מנת לקבל פרס נדרש הנמען למסור את פרטי ההתקשרות אתו, המשמשים את המפרסם בהמשך לצורך חשיפת הנמען לפרסומות, עת קבעה כי הפצת פרסומת באמצעות שיטות כאלו ואחרות, מנוגדת לרוחו ותכליתו של חוק הספאם, ולא נועדה אלא כדי לעקוף את הוראותיו בצורה בוטה, וכלשונה:

"...מדובר בעניינינו בהפרה בוטה של חוק התקשורת, בניסיון מכון לעקוף את הוראות החוק, ותוך הפרה של שתיים מהוראות החוק – ההוראה האוסרת על פרסום ללא הסכמת הנמען וההוראה המחייבת בפרסום פרטי המפרסם על מנת לאפשר לנמען לשלוח הודעת סירוב. מדובר גם בהפרה בהיקף נרחב - שימוש בשיטות הצלתוק והחידון בתפוצה רחבה וארצית של נמענים, כפי שמוצג בגאווה על ידי טלרן באתר האינטרנט של החברה. אילו היה מדובר בפיצוי לדוגמה לפי סעיף 30א(י) לחוק התקשורת, היה ראוי לפסוק פיצוי בסכום המקסימלי על מנת להרתיע מפרסמים משימוש בשיטות פתלתלות וחמקמקות להפרת החוק...."

49. לא רק שמבוצע פרסום ללא הסכמת הנמען, אלא הנמען לא ביקש, לא הסכים וככלל אינו מעוניין בפרסום, מקבל הודעות בניגוד לרצונו מוטד במספר מישורים: בשל עצם קבלת המייל והצורך לבחון את תוכנו, בשל אובדן דברי דואר חשובים ורצויים בגלל סינון שגוי או סתימה של תיבת המייל, בשל הפגיעה באוטונומיה והחדירה למרחב הפרטי שלו, כי הוא נאלץ לבצע פעולת מחיקת המייל או העברתו לספריית דואר זבל, כי הוא נאלץ לאבד את האמון במערכות הדואר האלקטרוני, ובחקטנת השימוש בהן כדי להימנע מתופעות טורדניות אלה, בשל כך שעליו לשלוח הודעה על מנת שיסירו את כתובת המייל, כי הוא נאלץ לבזבז זמן עבודה רב על מנת לסנן את ההודעות שהוא אינו חפץ בהן מתוך הדוא"ל האמיתי, כי הוא נאלץ להתמודד עם תסכול וזעם הנמשכים גם לאחר מחיקת המייל או העברתו לספריה אחרת, כי הוא נאלץ לשלם עבור זמן החיבור לאינטרנט לצורך הורדת דוא"ל שכלל אינו רוצה בו;

50. ניתן ללמוד גם מאתר איגוד האינטרנט הישראלי על הדרכים הפתלתלות של מפיצי דואר זבל להגיע בכל דרך לנמען לא רצוני, באמצעות שימוש בכתובות מזוייפות ובשורת נושא מטעה וכיוצא ב:

"...מפיצי דוא"ר נוקטים בדרכים פתלתלות כדי להתגבר על מערכות הסינון השונות שהותקנו במטרה למנוע את הגעתן אל המשתמש, שאינו מעוניין בהן: כתובות המקור שלהן מזויפות כמעט תמיד, שורת הנושא לעיתים קרובות אינה מרמזת על התוכן, וגם בתוכן עצמו מושקע מאמץ גדול כדי להטעות את מערכות הסינון שהתקינו המשתמשים, הארגונים או ספקי הגישה לאינטרנט...."

#### **די בכך שהמשיבים הפרו את סעיף 30א(ה) כדי להטיל עליהם אחריות:**

51. סעיף 30א(ה) נועד לאפשר לנמען לזהות כי מדובר בפרסומת ממפרסם ספציפי ולאפשר למנגנוני סינון דואר זבל לאתר כי מדובר בפרסומת, ולמנוע הטעייה של הנמען כי אין מדובר בפרסומת. המשיבים הפרו את התנאים לפיהם על כל פרסומת שנשלחת לעמוד בתנאים המצטברים המופיעים בסעיף 30א(ה) – וזי

בכך על מנת להטיל עליהם אחריות (בין אם הנמענים ביקשו להצטרף לרשימת התפוצה שלהם ובין אם לאו).

52. סעיף 30א(ה) קובע כדלקמן:

"(ה) (1) מפרסם המשגר דבר פרסומת בהתאם להוראות סעיף זה יציין בו את הפרטים האלה באופן בולט וברור, שאין בו כדי להטעות:

(א) היותו דבר פרסומת; המילה "פרסומת" תופיע בתחילת דבר הפרסומת, ואם דבר הפרסומת משוגר באמצעות הודעה אלקטרונית – בכותרת ההודעה;

(ב) שמו של המפרסם, כתובתו ודרכי יצירת הקשר עמו;

(ג) זכותו של הנמען לשלוח, בכל עת, הודעת סירוב כאמור בסעיף קטן

(ד), ודרך אפשרית למשלוח הודעה כאמור שהיא פשוטה וסבירה בניסיונות

העניין, ואם דבר הפרסומת משוגר באמצעות הודעה אלקטרונית – כתובת

תקפה של המפרסם ברשת האינטרנט לצורך מתן הודעת סירוב."

53. **כלומר**, בהתאם לסעיף 30א(ה) נדרשים **תנאים מצטברים** אותם היה על המשיבים לציין בצורה ברורה בהודעה אלקטרונית אותה הוא שולח, כדלקמן:

א. היות ההודעה דבר פרסומת – לא מתקיים – במקרה דנן אין איזכור לכך שמדובר במילה פרסומת, כנראה כדי להתגבר על מנגנוני סינון דואר זבל המאתרים בין היתר פרסומות באמצעות המילה "פרסומת".

ב. המילה "פרסומת" צריכה להופיע בכותרת ההודעה – לא מתקיים – במקרה דנן אין איזכור למילה פרסומת בכותרת ההודעה, גם כאן כנראה כדי להתגבר על מנגנוני סינון דואר זבל המאתרים בין היתר פרסומות באמצעות המילה "פרסומת".

ג. שם המפרסם – לא מתקיים במלואו – במקרה דנן יש איזכור לשמו של משיב 2 אין איזכור בפרסומת עצמה לשמה של משיב 1.

ד. כתובת המפרסם – לא מתקיים – במקרה דנן אין איזכור בפרסומת עצמה לכתובת המפרסם.

ה. דרכי יצירת קשר עם המפרסם – לא מתקיים – במקרה דנן אין איזכור בפרסומת עצמה לדרכי יצירת קשר עם המפרסם.

ו. זכות הנמען לשלוח בכל עת הודעת סירוב, כאשר ציון זכות הנמען צריכה לעמוד גם היא בתנאים של סעיף 30א(ד) ובנוסף בתנאים הבאים:

1. הדרך למשלוח הודעת הסירוב צריכה להיות אפשרית.

2. הדרך למשלוח הודעת הסירוב צריכה להיות פשוטה וסבירה.

3. הדרך למשלוח הודעת הסירוב צריכה להיות לכתובת תקפה של המפרסם ברשת האינטרנט.

54. המשיבים **הפרו גם את הכלל** בסעיף 30א(ב) לחוק הספאס, לפיו חל עליהם איסור להפיץ דבר פרסומת אל המבקש, כדלקמן:

"לא ישגר מפרסם דבר פרסומת באמצעות פקסימיליה, מערכת חיוג אוטומטי, הודעה אלקטרונית או הודעת מסר קצר, ... לרבות בהודעה אלקטרונית או בשיחה מוקלטת..."

55. במאמר מוסגר יצויין כי ככל שהנמען היה בית עסק, אזי בהתאם עדיין אסור לשלוח אליו פרסומת, אולם היה ניתן לשלוח אליו פניה אחת בלבד ובה הצעה להסכים לקבל פרסומות בהתאם לסעיף 30א(ב) סיפא. בכל מקרה, הנמען במקרה זה אינו בית עסק, ולא מדובר בהצעה להסכים לקבל פרסומות, אזי במקרה זה אסור היה לשלוח אל הנמען פניה כלשהי, לא הצעה להסכים לקבל פרסומת, ובוודאי שלא את הפרסומת עצמה.

**די באי העמידה באף אחד מהחריגים כדי להטיל אחריות על המשיבים:**

56. ניתן למצוא בחוק **שני חריגים** המופיעים בסעיף 30א(ב) ובסעיף 30א(ג) כאשר אם הם מתקיימים במלואם, מותר לשלוח הפרסומת, כאשר המשיבים אינם נכנסים לאף אחד מהם, כאשר נזכר את הכלל המשפטי לפיו הטוען לחריג עליו נטל ההוכחה.

57. לשם הנוחות ולצורך חידון יכוננו החריגים כדלקמן:

א. "חריג ההסכמה מראש".

ב. "חריג ההתקשרות בין הצדדים".

58. המאפיין של חריגים אלו הינם נקודת מוצא ובה רצון מוכח ואקטיבי ומודעות של הנמען לקבל דבר פרסומת מן המפרסם הספציפי ששלח אליו את הודעת הפרסומת.

59. יובהר, חריגים אלו עדיין אינם מקנים כשלעצמם אפשרות לשלוח את הפרסומת ואינן מעקרים מתוכן את סעיף 30א(ה), אלא על ההודעה לעמוד בכל מקרה גם בתנאים המופיעים בסעיף 30א(ה), ורק אז יהיה משלוח ההודעה בהתאם לחוק.

60. **החריג הראשון** (להלן: "**חריג ההסכמה מראש**") מופיע כאמור באמצע של סעיף 30א(ב) –

לא מתקיים – כפי שיפורט להלן:

"... בלא קבלת הסכמה מפורשת מראש של הנמען, בכתב..."

- א. **כלומר, מכלל לאו ניתן ללמוד הן**, ובהתקיים 4 תנאים מצטברים ניתן להיכנס לחריג ההסכמה מראש ולשלוח פרסומת העומדת בתנאים של סעיף 30א(ה), כלדקמן:
1. הנמען נתן הסכמתו – **לא מתקיים** – הנמען לא נתן הסכמתו.
  2. על ההסכמה להיות מפורשת – **לא מתקיים** – הנמען כלל לא נתן הסכמתו, בוודאי שלא בצורה מפורשת.
  3. על ההסכמה להיות מראש – **לא מתקיים** – הנמען כלל לא נתן הסכמתו, בוודאי שלא מראש.
  4. על ההסכמה לחינתו בכתב – **לא מתקיים** – הנמען כלל לא נתן הסכמתו, בוודאי שלא בכתב.
  5. די בכך שאחד התנאים אינו מתקיים כדי שלא יחול החריג, ומאחר בענייננו מספר תנאים אינם מתקיימים, החריג דגן אינו חל.

ב. **המשיבים אינם נכנסים לחריג זה.**

- ג. יודגש כי הדרישה להסכמה מראש ובכתב מביאה לידי ביטוי כי **נדרשת בהסכמה מודעת**, ולא בהסכמה שהוצאה מהנמען בדרך עקיפה.
- ד. המשיבים **מעולם לא** קיבלו, לא בכתב ולא בע"פ, כל רשות ואו הרשאה ואו היתר ואו הסכמה מהמבקש ואו מי מטעמו לעשות שימוש בכתובת המייל אליה נשלחו הפרסומות, ואו בחלקים או בקטעים מהן, בין באופן מסחרי, ובין באופן שאינו מסחרי, **ובוודאי שלא** קיבלו כל רשות להפיץ כמות הודעות כל כך גדולה של הודעות ספאם, כאשר למשיבים היה יסוד נאמן ואיתן והם ידעו גם ידעו היטב כי הם פועלים בניגוד לחוק.

61. **החריג השני** (להלן: "**חריג ההתקשרות בין הצדדים**") מופיע בסעיף 30א(ג) – **לא מתקיים** – כפי שיפורט להלן:

- (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 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).

א. **משמע, כל תנאי הסעיף צריכים להתקיים** על מנת לשלוח פרסומת לנמען אשר לא נתן הסכמה מראש ובכתב, דהיינו הסכמה אקטיבית.

- ב. נדרשים 3 תנאים מצטברים על מנת להיכנס לחריג ההתקשרות בין הצדדים, כלדקמן:
1. הנמען מסר פרטיו למפרסם במהלך רכישת מוצר או שירות – לא מתקיים.
  2. המפרסם הודיע לו כי פרטיו ישמשו לצורך הפצת דברי פרסומת אודות מוצרים נשוא ההתקשרות – לא מתקיים.
  3. ניתנה הזדמנות לנמען להסיר את פרטיו מרשימת התפוצה – לא מתקיים.

ג. **המשיבים אינם נכנסים גם לחריג זה.**

ד. בהתאם להוראות סעיף 30א(ד), במידה וההודעה עומדת בתנאים מצטברים אלו, **עדיין רשאי הנמען, בכל עת, להודיע למפרסם על סירובו לקבל דברי פרסומת, ולחזור מההסכמה ככל שניתנה.**

62. **המשיבים הפרו את הכלל ולא עומדים באף אחד מהחריגים במלואו.**

63. יתרה מכך, בהתאם להוראות סעיף 30א(ד), אם היתה כניסה לאחד החריגים, עדיין רשאי הנמען בכל עת, להודיע למפרסם על סירובו לקבל דברי פרסומת, ולחזור מההסכמה ככל שניתנה, כאשר דרך מתן ההודעה מפורט בסעיף כדלקמן, אולם בענייננו מאחר וכלל לא ניתנה ההסכמה אזי אין רלוונטיות לאופן ההודעה על הסירוב לקבל דברי פרסומת:

(ד) הסכים הנמען לקבל דברי פרסומת לפי הוראות סעיף קטן (ב) או לא הודיע על סירובו לקבלם לפי הוראות סעיף קטן (ג). רשאי הוא, בכל עת, להודיע למפרסם על סירובו לקבל דברי פרסומת, דרך כלל או מסוג מסוים, ולחזור בו מהסכמתו, ככל שניתנה (בסעיף זה – הודעת סירוב); הודעת הסירוב לא תהיה כרוכה בתשלום, למעט עלות משלוח ההודעה; הודעת הסירוב תינתן בכתב או בדרך שבה שוגר דבר הפרסומת, לפי בחירת הנמען.

**אחריות פלילית אישית ישירה של המפרסם ושל בעלי תפקיד:**

64. ביטוי לעמדת המחוקק, לפיה הוא מכיר בחומרת המעשה ניתן למצוא בסעיף 30א(ו) לחוק, שכן לפי סעיף זה המחוקק בחר להכיר במפר האיסור בדבר שיגור דבר פרסומת באמצעות מיתקן בוק, כמי שמבצע עבירה פלילית.

"... (1) (1) מפרסם המשגר דבר פרסומת בניגוד להוראות סעיפים קטנים (ב) או (ג), דינו – קנס כאמור בסעיף 61א(4) לחוק העונשין;  
 (2) מפרסם המשגר דבר פרסומת שלא צוינו בו הפרטים האמורים בסעיף קטן (ה) באופן בולט וברור, או שיש בפרטים שצוינו כדי להטעות, בניגוד להוראות אותו סעיף קטן, דינו – קנס כאמור בסעיף 61א(3) לחוק העונשין...."

65. בענייננו, חלים על המשיבים שני תתי הסעיף, הן סעיף קטן (1) והן סעיף קטן (2)

66. סעיף 30א(ח) לחוק קובע כדלקמן:

"... (ח) מנהל של תאגיד וכן מי שאחראי לתחומי השיווק או הפרסום בתאגיד (בסעיף זה - נושא משרה בתאגיד) חייב לפקח ולעשות כל שניתן למניעת עבירה לפי סעיף קטן (ו) בידי התאגיד או בידי עובד מעובדיו; המפר הוראה זו, דינו - קנס כאמור בסעיף 61א(3) לחוק העונשין; נעברה עבירה בידי התאגיד או בידי עובד מעובדיו, חזקה היא כי נושא משרה בתאגיד הפר את חובתו לפי סעיף קטן זה, אלא אם כן עשה כל שניתן כדי למלא את חובתו...."

67. משמע, המחוקק החיל אחריות פלילית ישירה. לא רק על המפרסמים אלא גם על בעלי התפקיד חבאים אשר לא עשו כל שניתן למנוע העבירה:

א. של מנהל התאגיד.

ב. של מי שאחראי לתחומי השיווק או הפרסום.

**משלוח הפרסומת בכוונה /או בידועין:**

68. המחוקק קבע נסיבות בהם לא תהיה למפרסם הגנה במקרה בו קיימת חזקה על המפרסם כי עשה זאת בידועין. המבקש יטען, לחילופין ובמצטבר, כי למשיבים היה יסוד נאמן ואיתן והם ידעו גם ידעו היטב (ולכל הפחות היה עליהם לדעת) כי הם פועלים בניגוד לחוק, וזאת לפחות מהטעמים שיפורטו להלן:

א. הטעם הראשון, מקורו בסעיף 30א(ג)(5) לחוק הספאס, הקובע חזקה לגבי הידיעה:

"... (5) חזקה על מפרסם ששיגר דבר פרסומת בניגוד להוראות סעיף זה, שעשה כך בידועין כאמור בפסקה (1), אלא אם כן הוכיח אחרת; ..."

ב. המשיבים ניסו להסיר מעצמם אחריות ולגלגל האחריות לצד ג'.

ג. המשיבים השתמשו בכל פעם בשמות שולחים אחרים ובדו"ח נפוצים: "רינה", "ורד", "גילה", על מנת לפתות את המבקש להתייחס להודעה אותה קיבל מבחורה כלשהי, ולעיין בתוכנה, ומתוך מטרה להטעות את הנמען כאילו נשלחה אליו בכל פעם הודעה מנמען אחר, ותוך ניסיון להקשות את סינון ההודעות.

ד. המשיבים לא נעזרו לפנייה טרם נקיטת הליכים.

ה. המשיבים לא רשמו את המילה "פרסומת" בכותרת ההודעה כמצוות סעיף 30א(ה) לחוק הספאס.

ו. המשיבים השתמשו בכותרת אטרקטיבית "עבודה מהבית, מתאים לכל אחד" על מנת לפתות את המבקש להתייחס להודעה ולעיין בתוכנה.

ז. המשיבים פרסמו בתוכן ההודעה טקסט מטעה לפיו ההודעה נשלחה כביכול בהתאם לחוק, תוך ירייה באפילה בעצם השימוש בביטוי "לנמענים שנרשמו או הצעה חינמית", בעוד המבקש מעולם לא נרשם לרשימת תפוצה של המשיבים, ואף אם הייתה הודעה חינמית כלשהי אין זה נכנס לאחד החריגים המאפשרים את משלוח ההודעה, על אחת כמה וכמה כאשר ברור כי יש בכך לקדם את מטרותיהם של המשיבים. שימוש בביטויים אלו נעשה על מנת לזרות מלח בעיני נמענים תמימים אשר סובלים מאותם מיילים ואינם תובעים את המפרסמים מתוך תנחה כי האמור הוא נכון.

### הטרדה ופגיעה בפרטיות

69. המבקש סובל מזה זמן רב ממטרדים שונים באמצעות המייל, לרבות המשיבים, אשר שולחים אליו פרסומות בניגוד לרצונו ובניגוד לדין.

70. כאמור, לא רק שמבוצע פרסום ללא הסכמת המבקש, אלא המבקש אשר כלל לא ביקש, לא הסכים וככלל אינו מעוניין בפרסום, מקבל הודעות בניגוד לרצונו מוטרד ופרטיותו נפגעת במספר מישורים:

- א. פעם אחת, בשל עצם קבלת המייל והצורך לבחון את תוכנו.
- ב. פעם שניה, בשל אובדן דברי דואר חשובים ורצויים בגלל סינון שגוי או סתימה של תיבת המייל.
- ג. פעם שלישית, בשל הפגיעה באוטונומיה והתדירה למרחב הפרטי שלו.
- ד. פעם רביעית, כי הוא נאלץ לבצע פעולות מחיקת המייל או העברתו לספריית דואר זבל.
- ה. פעם חמישית, כי הוא נאלץ לאבד את האמון במערכות הדואר האלקטרוני, ובהקטנת השימוש בהן כדי להימנע מתופעות טורדניות אלה.
- ו. פעם שישית, בשל כך שעליו לשלוח הודעה על מנת שיסירו את כתובת המייל.
- ז. פעם שביעית, כי הוא נאלץ לבזבז זמן עבודה רב על מנת לסנן את ההודעות שהוא אינו חפץ בהן מתוך הדוא"ל האמיתי.
- ח. פעם שמינית, כי הוא נאלץ להתמודד עם תסכול וזעם הנמשכים גם לאחר מחיקת המייל או העברתו לספרייה אחרת.
- ט. פעם תשיעית, כי הוא נאלץ לשלם עבור זמן החיבור לאינטרנט לצורך חודרת דוא"ל שכלל אינו רוצה בו.

71. הטרדה זו מפריעה למבקש להליך התקין של המרחב הפרטי שלו ופוגע באוטונומיה שלו. תיבות הדואר האלקטרונית הינן אישיות והמבקש אינו מעוניין כי גורמים כגון המשיבים יפלוש אליה בדרכים עקלקלות שונות, על מנת לקדם אינטרסים שונים שלהם.

72. בדברי החסבר להצעת החוק, אף המחוקק ניסח את תופעת ה spam כמטרד ציבורי כלל עולמי:

"... תופעת ההפצה ההמונית של הודעות פרסומת בלתי רצויות באמצעות רשתות תקשורת (לרבות באמצעות דור אלקטרוני, הודעות SMS ופקסימיליה), המכונה "spam", הפכה בשנים האחרונות למטרד ציבורי כלל-עולמי, והיקפה מצוי במגמת עלייה חדה..."

73. סעיף 30 לחוק הספאם קובע סנקציה פלילית בגין הטרדה באופן שיש בה כדי להטריד שלא כדין:

### הטרדה

30. המשתמש במיתקן בזק באופן שיש בו כדי לפגוע, להפחיד, להטרד, ליצור חרדה או להרגיז שלא כדין, דינו - מאסר שלוש שנים.

74. סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 קובע איסור על פגיעה בפרטיות:

#### איסור הפגיעה בפרטיות

1. לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו.

75. סעיף 2(1) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 קובע כי הטרדה היא פגיעה בפרטיות:

#### פגיעה בפרטיות מהי

2. פגיעה בפרטיות היא אחת מאלה:

(1) בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרידו, או הטרדה אחרת;

76. סעיף 29א(ג) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 קובע פיצויים סטטוטוריים אף בלא הוכחת נזק בנסיבות אלו, מה שמלמד על החומרה בה רואה המחוקק התנהלות זו.

#### פיצוי בלא הוכחת נזק

א.29

(ב) (1) במשפט בשל עוולה אזרחית לפי סעיף 4, רשאי בית המשפט לחייב את הנתבע לשלם לנפגע פיצוי שלא יעלה על 50,000 שקלים חדשים, בלא הוכחת נזק.  
(2) במשפט כאמור בפסקה (1) שבו הוכח כי הפגיעה בפרטיות נעשתה בכוונה לפגוע, רשאי בית המשפט לחייב את הנתבע לשלם לנפגע פיצוי שלא יעלה על כפל הסכום כאמור באותה פסקה, בלא הוכחת נזק.

77. סעיף 4 וסעיף 31 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 קובעים כי מעשים אלו מהווים עוולה אזרחית ונזיקית:

#### פגיעה בפרטיות עוולה אזרחית

4. פגיעה בפרטיות היא עוולה אזרחית, והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש], יחולו עליה בכפוף להוראות חוק זה.

#### עוולה בנזיקין

31ב. מעשה או מחדל בניגוד להוראות פרקים ב' או ד' או בניגוד לתקנות שהותקנו לפי חוק זה יהווה עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש].

78. המשיבים כאמור פגעו בפרטיות המבקש, פגעו באוטונומיה שלו והטרידו אותו עת קיבל את הפרסומות.

#### הפרת חובה חקוקה

79. מעשי המשיבים מהווים הפרת חובה חקוקה מכח סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] הקובע:

#### הפרת חובה חקוקה

63. (א) מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על פי כל חיקוק - למעט פקודה זו - והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר, וההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק; אולם אין האדם האחר זכאי בשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו, אם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו.

(ב) לענין סעיף זה רואים חיקוק כאילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני, אם לפי פירושו הנכון הוא נועד לטובתו או להגנתו של אותו פלוני או לטובתם או להגנתם של בני-אדם בכלל או של בני-אדם מסוג או הגדר שעמם נמנה אותו פלוני.

80. סעיף 30(א)(ט) לחוק הספאם קובע תחולה של פקודת הנזיקין על הוראות הסעיף:

"... (ט) הפרת הוראות סעיף זה היא עוולה אזרחית והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש], יחולו עליה, בכפוף להוראות סעיף זה...."

81. המשיבים הפרו את הוראות חוק הספאם כפי שתואר לעיל.

82. המשיבים הפרו את סעיף 7 לחוק המחשבים בכך שהפריעו למבקש שלא כדין בשימוש במחשב, עת קיבל בניגוד לחוק הספאם את ההודעות נשוא התביעה בזמן השימוש במחשב:

#### עוולה בניזקין

7. מעשה מן המעשים המנויים להלן הוא עוולה על פי פקודת הנזיקין [נוסח חדש], והוראותיה של פקודה זו יחולו עליו –

(1) הפרעה שלא כדין לשימוש במחשב או בחומר מחשב, בכל דרך שהיא, לרבות על ידי גזילת דבר המגלם חומר מחשב;

(2) מחיקת חומר מחשב, גרימת שינוי בו או שיבושו בכל דרך אחרת, שלא כדין.

83. מבדיקה שערך בא כוחי אצל רשם מאגרי המידע, עולה כי המשיבים אינם מחזיקים מאגר הרשום בפנקס מאגרי המידע ובו מופיע מהיכן הגיע לידיהם כתובות המייל, בניגוד לסימן בי לחוק הגנת הפרטיות לרבות סעיפים 17ד, 17ה, אשר קובעים חובת רישום המאגר וציון מקור קבלת הפרטים, כדלקמן:

#### דיוור ישיר

17ד. לא ינהל אדם ולא יחזיק מאגר מידע המשמש לשירותי דיוור ישיר, אלא אם כן הוא רשום בפנקס ואחת ממטרותיו הרשומות היא שירותי דיוור.

#### ציון מקור המידע

17ה. לא ינהל אדם ולא יחזיק מאגר מידע המשמש לשירותי דיוור ישיר, אלא אם כן יש בידו רישום המציין את המקור שממנו קיבל כל אוסף נתונים המשמש לצורך מאגר המידע ומועד קבלתו, וכן למי מסר כל אוסף נתונים כאמור.

84. המשיבים הפרו כאמור הוראות חוק מפורשות, לרבות סעיפים 1, 17ד, 17ה לחוק הגנת הפרטיות, ואת הוראות חוק הספאם כפי שתואר בבקשה זו, ואת הוראות סעיף 7 לחוק המחשבים.

#### רשלנות ומצג שווא רשלני

85. מעשי המשיבים מהווים רשלנות בהתאם לסעיף 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

86. סעיפים 35-36 לפקודת הנזיקין קובעים:

### רשלנות

35. עשה אדם מעשה שאדם סביר ובבון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ובבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ובבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות - הרי זו התרשלות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות, והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה.

### חובה כלפי כל אדם

36. החובה האמורה בסעיף 35 מוטלת כלפי כל אדם וכלפי בעל כל נכס, כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן נסיבות לראות מראש שהם עלולים במהלכם הרגיל של דברים להיפגע ממעשה או ממחדל המפורשים באותו סעיף.

87. סעיף 30(א)(ט) לחוק הספאם קובע תחולה של פקודת הנויקין על הוראות הסעיף:

"... (ט) הפרת הוראות סעיף זה היא עוולה אזרחית והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש], יחולו עליה, בכפוף להוראות סעיף זה...."

88. המשיבים התרשלו והפרו את החובה המוטלת עליהם מכח סעיף 30א(ב) לחוק הספאם שלא לשלוח דבר פרסומת, והגדילו לעשות בכך ששלחו אל המבקש את דבר הפרסומת בניגוד להוראות סעיף 30א(ה).

89. המשיבים התרשלו והפרו את החובה המוטלת עליהם מכח סעיף 30א(ב) לחוק הספאם שלא לשלוח דבר פרסומת, והגדילו לעשות בכך ששלחו את דבר הפרסומת למבקש אשר לא נתן להם הסכמתו מראש ואשר לא הייתה לו התקשרות קודמת איתם.

90. המשיבים התרשלו והפרו את החובה המוטלת עליהם בכך שאף טענו כי לא עשו שימוש ברשימת מיילים פרטית שלהם, אלא טענו כי רכשו רשימת תפוצה מצד ג' כלשהו ולא וידאו כי מדובר בנמענים אשר נתנו לאותו צד ג' הסכמתם לקבל ספציפית מהמשיבים את הפרסומות - בעוד בנסיבות אלו חזקה שבעובדה היא כי ברגע שהפרסום לא נשלח לרשימת תפוצה פרטית אלא לרשימת תפוצה של צד ג', אזי אותם נמענים לא נתנו להם ספציפית את הסכמתם (מראש ובכתב) לקבל מהם פרסומות אלו וברור כי לא היתה התקשרות קודמת איתם.

91. בהנחה ששימוש ברשימת התפוצה של צד ג' לא הייתה מהווה הפרת חובה כלשהי, הרי ככל שעשו המשיבים שימוש ברשימת תפוצה של צד ג', הרי המשיבים התרשלו והפרו את החובה המוטלת עליהם בכך שהזמינו

תפוצה לכמות מסחרית של נמענים, בעוד חוקה שבעובדה היא כמות גדולה כ"כ של נמענים לא נתנו הסכמתם מראש ובכתב לקבלת הפרסומות.

92. בהנחה ששימוש ברשימת התפוצה של צד ג' לא הייתה מהווה הפרת חובה כלשהי, הרי ככל שעשו המשיבים שימוש ברשימת תפוצה של צד ג', הרי המשיבים **התרשלו והפרו את החובה** המוטלת עליהם בכך שלא וידאו כי אותם צד ג' שהם טוענים כי רכשו מהם את רשימות התפוצה פועלים עפ"י חוק, בעוד צד ג' אשר איתו טוענים המשיבים כי התקשרו ידועים כמי שנכשלו במאבקם בחקיקת החוק, כמי שעוסקת בשיווק המוני בדואר אלקטרוני, וכמי שכבר מעורבים במספר תביעות בגין הפרת החוק, ובעוד הם מפרסמים באתרם מאמרים כגון **כיצד לעקוף מסנני דואר זבל**.

93. בהנחה ששימוש ברשימת התפוצה של צד ג' לא הייתה מהווה הפרת חובה כלשהי, הרי ככל שעשו המשיבים שימוש ברשימת תפוצה של צד ג', הרי המשיבים **התרשלו והפרו את החובה** המוטלת עליהם בכך שלא הקפידו וידאו כי כתובות הנמענים אינן כתובות פיקטיביות ואכן הגיעו אל צד ג', וככל שהגיעו אל צד ג' היה עליהם לוודא את המקור ממנו הגיעו אותם מיילים לאותו צד ג', ולוודא כי הגיעו אכן בדרך חוקית ולגיטימית ולא בתכסיסים ובדרכים עקיפות ופסולות כגון:

- א. "פשינג" שמשמעותו דייג של מיילים המופיעים בדרכים שונות ברשת האינטרנט, בין היתר באתרי אינטרנט, בקבוצות דיון, בפורומים שונים, בהעתקי מיילים שגוגלו אליהם, בפרטי רישום הבעלויות של הדומיינים וכיוצ"ב, וזאת באמצעות מנועים רובוטיים של מפיצי ספאם.
- ב. "פרסום מטעה" שימוש במנגנון הביטוי "הסרה מרשימת תפוצה" עבור מפרסם אחד, על מנת לוודא כי המייל תקף ושימוש בו בהמשך עבור מפרסמים אחרים.
- ג. "הזרקת דואר אלקטרוני" שמשמעותו פריצה לאתר ושימוש ברשימת התפוצה שלו כאשר הספאם מופץ תחת מסווה של אתר תמים.
- ד. וכיוצ"ב.

94. בהנחה ששימוש ברשימת התפוצה של צד ג' לא הייתה מהווה הפרת חובה כלשהי, הרי ככל שעשו המשיבים שימוש ברשימת תפוצה של צד ג', הרי המשיבים **התרשלו והפרו את החובה** המוטלת עליהם בכך שלא וידאו והקפידו כי כל אחד מהמיילים הנמענים הינו רצוני ובר-זיהוי באופן מלא וכי כל נמען אישר אקטיבית את הרישום לאותה רשימת תפוצה, בדיקות אותן ניתן לבצע בקלות באמצעות מנגנונים פשוטים בדרכים הבאות:

- א. לוודא כי בעל רשימת התפוצה יכול להוכיח כי לגבי כל נמען קיימת רשומה (שאינה ניתנת לעריכה ע"י בעל הרשימה) ובה פרטים מזהים כגון תאריך מדויק, שעה מדויקת, כתובת IP בעת הרישום, או כל פרט מזהה ואמין אחר.
- ב. לוודא כי בעל רשימת התפוצה יכול להוכיח כי לא הזין בעצמו את המיילים לרשימת התפוצה שלו על מנת לנפח אותה ואו על מנת לוודא שלא הזין אותו מייל באופן פיקטיבי לאותה רשימת תפוצה, וזו בדרך פשוטה וידועה של שליחת הודעת וידוא validation לאותו מייל שנטען כי נרשם לאותה רשימת

תפוצה, וקבלת אישור אקטיבי מאותו נמען, תוך שמירת פרטי זהו הנמען בדרך שאינה ניתנת לעריכה, פרטים הקיימים בכל הודעת מייל.

ג. לוודא כי בעל רשימת התפוצה יכול להוכיח כי לגבי כל נמען ניתנה הסכמה מדעת, וכי קיים אישור מראש ובכתב לקבל את הפרסומות של המשיבים.

95. המשיבים נהגו תוך מצג שואו רשלני בכך שהפרו החובה המוטלת עליהם לא רק שלא לתת מידע רשלני אלא לתת מידע עובדתי מדויק אודות הפרסומות אותן שלחו למבקש, בעוד המצג העובדתי אותו הציגו הינו מצג לא מהימן, ולא רק שלא מנעו באמצעים סבירים את גרימת הנזק אשר היה עליהם לצפות כי יגרם למבקש אלא אף עשו הכל כדי לעקוף את הוראות החוק כדי להטעות הנמען ולחמוק מאחריות:

א. המשיבים השתמשו בכל פעם בשמות שולחים אחרים ובדו"ח אף נפוצים: "רינה", "ורד", "גילה", על מנת לפתות את המבקש להתייחס להודעה אותה קיבל מבחורה כלשהי, ולעיין בתוכנה, ומתוך מטרה להטעות את הנמען כאילו נשלחת אליו בכל פעם הודעה מנמען אחר, ותוך ניסיון להקשות את סינון ההודעות.

ב. המשיבים לא רשמו את המילה "פרסומת" בכותרית ההודעה כמצוות סעיף 30א(ה) לחוק הספאס.

ג. המשיבים השתמשו בכותרית אטרקטיבית "עבודה מהבית, מתאים לכל אחד" על מנת לפתות את המבקש להתייחס להודעה ולעיין בתוכנה.

ד. המשיבים פרסמו בתוכן ההודעה טקסט לפיו ההודעה נשלחה כביכול בהתאם לחוק, תוך ירייה באפילה בעצם השימוש בביטוי "לנמענים שנרשמו או הצעה חינמית", בעוד המבקש מעולם לא נרשם לרשימת תפוצה של המשיבים, ואף אם הייתה הודעה חינמית כלשהי אין זה נכנס לאחד החריגים המאפשרים את משלוח ההודעה, על אחת כמה וכמה כאשר ברור כי יש בכך לקדם את מטרתיהם של המשיבים. שימוש בביטויים אלו נעשה על מנת לזרות מלח בעיני נמענים תמימים אשר סובלים מאותם מיילים ואינם תובעים את המפרסמים מתוך הנחה כי האמור הוא נכון.

96. המבקש סבור כי הורם הנטל בכל הקשור למעשי המשיבים ולאחריות המשיבים בגין רשלנותם ומצג השווא הרשלני, אולם בכל מקרה בנסיבות אלו בהן המידע כולו לעניין העוולות מצוי בשליטה מלאה של המשיבים, ועולה כי המשיבים לא נקטו בזהירות סבירה, אזי נטל הראיה לסתור זאת הינו על כתפי המשיבים מכח סעיף 41 לפקודת הנויקין

97. רשלנות המשיבים /או המצג שואו, כלפי המבקש, גרמו למבקש נזקים כפי שיפורט בהרחבה בהמשך.

#### חוסר תום לב והטעייה

98. תום הלב הוא עקרון יסוד של המשפט, המבטא ערכים מוסריים, חברתיים, סולידריות, וכד', וחלים על כל פעולה משפטית, לרבות במקרה דנן. יודגש כי הפרת החוק נעשתה ע"י המשיבים בחוסר תום לב ותוך הטעיית הנמען, כאשר ביטוי לכך ניתן למצוא במספר מישורים.

**99. המשיבים מנסים להתשמש בשיטות פתלתלות וחמקמקות להפרת החוק.**

100. המשיבים הטעו את המבקש ואת הנמענים האחרים בכך שציינו כי ההודעה נשלחת כביכול בהתאם להוראות החוק, שכן:

א. המבקש מעולם לא נרשם לרשימת תפוצה של המשיבים.

ב. אף אם הייתה הודעה חינוכית כלשהי אין זה כשלעצמו נכנס לאחד החריגים המאפשרים את משלוח ההודעה, על אחת כמה וכמה כאשר ברור כי יש בכך בסופו של יום לקדם את מטרותיהם של המשיבים.

101. המשיבים השתמשו בכותרת אטרקטיבית "עבודה מהבית, מתאים לכל אחד" על מנת לפתות את המבקש להתייחס להודעה ולעיון בתוכנה.

102. המשיבים לא רשמו את המילה "פרסומת" בכותרת ההודעה כמצוות סעיף 30א(ה) לחוק הספאם.

103. המשיבים כאמור הסתתרו ושמום לא הופיע כשולח ההודעה אלא השתמשו בכל פעם בשמות שולחים אחרים ובדויים אך נפוצים: "רינה", "ורד", "גילה", על מנת לפתות את המבקש להתייחס להודעה אותה קיבל מבחורה כלשהי, ולעיון בתוכנה, ומתוך מטרה להטעות את הנמען כאילו נשלחת אליו בכל פעם הודעה מנמען אחר, ותוך ניסיון להקשות את סינון ההודעות.

104. המשיבים פרסמו בתוכן ההודעה טקסט לפיו ההודעה נשלחה כביכול בהתאם לחוק, תוך ירייה באפילה בנסיון כושל למצוא עילה המצדיקה את המשלוח, בעצם השימוש בביטוי "לנמענים שנרשמו או הצעה חינוכית".

105. המשיבים זרו מלח בעיני הנמענים, והטעייה זו כנראה הצליחה כנגד נמענים תמימים אשר סובלים מאותן עוולות ואינם תובעים את המפרסמים מתוך הנחה כי האמור בתוכן ההודעה הוא נכון.

106. חוסר תום הלב של המשיבים מקבל משנה תוקף בכך שהתעלמו מהדרישות בפניותיו המקדימות של המבקש טרם הגשת התביעה, ולא המציאו אסמכתאות כלשהם.

## הנזקים

107. התנהלות המשיבים גרמה למבקש נזקים שונים, בין היתר בזבוז זמן, פגיעה באוטונומיה, נזק לא ממוני, ופגיעה בנחיות.

108. בת"צ 1674/09 ת"א (מחוזי ת"א) 1586/09 איילת חיות (ת.א. 1586/09) נ' טלון מסרים מייזים בע"מ, תק-מח 2011(2), 54, 68 (2011) נקבע כי ביהמ"ש מוסמך לפסוק למקבלי הפרסומות פיצוי בגין נזק שאינו ממוני:

"... על פי חוק תובענות ייצוגיות, מוסמך בית המשפט לפסוק לטובת מקבלי הפרסומות בניגוד לסעיף 30א' לחוק התקשורת, פיצוי בגין נזק שאינו ממוני. סעיף 20(ה') לחוק תובענות ייצוגיות קובע במפורש שמכות זו. סעיף 30א'(ט) לחוק התקשורת מטיל אחריות אזרחית בנזיקין על מפרסם המפר את הוראות החוק, וקובע כי: "הפרת הוראות סעיף זה היא עוולה אזרחית והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש]2, יחולו עליה, בכפוף להוראות סעיף זה"; וסעיף 30א'(י) (4) לחוק קובע כי פסיקת פיצוי סטטוטורי לנמען אינה גורעת מזכות הנמען לקבלת פיצוי בגין הנזק שנגרם לו או כל סעד אחר. ..."

109. השימוש בדואר אלקטרוני כדי לקדם עסקיהם של המשיבים הוא זול יחסית, מהיר, ובכמות עצומה, מאפשר לשלוח מאות הודעות בדקה אחת, מה שהופך אותו לכדאי כלכלית לעסקים, אולם זאת על גבו של הנמען אשר לא מעוניין לקבל את הפרסומות וצריך להתמודד עם הודעות מייל מסוג זה, המגיעים אליו כל פעם ממפרסם אחר, ולא מעט פעמים מאותו מפרסם גורמות למספר נזקים, כאשר הן מכבידות על התקשורת, וממלאות את תיבת הדואר האלקטרוני של הנמען, מה שגורם ל:

- א. בזבוז זמן עבודה רב על מנת לבחון את תוכן המייל.
- ב. לבזבוז זמן עבודה רב על מנת לסנן את ההודעות שהוא אינו חפץ בהן מתוך הדוא"ל האמיתי.
- ג. אובדן דברי דואר חשובים ורצויים בגלל סינון שגוי או סתימה של תיבת המייל.
- ד. אובדן האמון במערכות הדואר האלקטרוני, ובחקטנת השימוש בהן כדי להימנע מתופעות טורדניות אלה;
- ה. תשלום עבור זמן החיבור לאינטרנט (במקרים הרלוונטיים) לצורך תורדת דוא"ל שכלל אינו רוצה בו;
- ו. אילוץ לבצע פעולת מחיקת המיילים או העברתם לספריית דואר זבל.
- ז. הצורך לשלוח הודעה על מנת שיסירו את כתובת המייל.
- ח. פגיעה באוטונומיה והחדירה למרחב הפרטי שלו.
- ט. התמודדות עם תסכול וזעם הנמשכים גם לאחר מחיקת המייל או העברתו לספריה אחרת.

110. לעניין פיצוי בגין נזק לא ממוני לרבות פגיעה באוטונומיה בתובענה ייצוגית, אומדן הפיצוי המושת על המעורלים, ובחינת חומרת הפגיעה מנקוד מבטה של הקבוצה כולה ולא רק מנקודת המבט של הפרט, נקבע בבסיקה בפרשת הסייליקון, בת.א. (מחוזי ת"א) 1372/95 יורשי המנוח תופיק ראבי ז"ל (המבקשים) נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, תק-מח 2008(4), 531, 614 (2008):

כאשר התובענה הייצוגית מקיפה מאות אלפי חברים, אין מנוס מקביעת פיצוי אחיד וממוצע בגין נזק לא-ממוני, אשר ממילא מחייב אומדנה. אין מקום בעניין זה לדיוק מושלם בקביעת סכום הפיצוי הכולל לקבוצה, אלא על קביעת הסכום בקירוב. במקרה דנא, פגיעה באוטונומיה של הפרט או תחושות שליליות הם ממילא נזקים לא-ממוניים שקביעת שיעורם מחייבת הערכה, ומעצם טבעם הם אינם יכולים להיות מדויקים.

111. בעא 243/83 עיריית ירושלים נ' אלי גורדון לט (1) 113, עמוד 139, קבע ביהמ"ש כי נזק הוא נזק באשר הוא, וכי גם פגיעה בנחות היא נזק:

"... 32. יסוד "הנזק" בעולות הרשלנות מוגדר בסעיף 2 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] בזו הלשון: "נזק" - אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה".

הגדרה זו רחבה היא הן לעניין הפגיעות הנזכרות ברישא והן לעניין אלה הנזכרות בסיפא (ראה המ' 106/54 [25], בעמ' 1334). היא כוללת את כל סוגי הנזק, בין פיסי ובין שאינו פיסי, בין ממוני ובין שאינו ממוני. ביסוד ההגדרה עומדת המציאות המוחשית. היא משתרעת הן על נזק פיסי והן על נזק כספי; הן על פגיעה בתחושות גופניות ונוחות, שיש להן ביטוי פיסי, לא היה מקום, על-כן, מבחינת היקפו של המושג "נזק", שלא לכלול בחובו שלילת נוחות גופנית, סבל נפשי ופחד, שאין להם ביטוי פיסי. על גישתו של בית המשפט בע"א 4/57 [24] נמתחה, על-כן, ביקורת קשה (י' אנגלרד, "יסודות האחריות בנזיקין" דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית ("ל מאגנס, ג' טדסקי עורך, מהדורה 2, תשל"ז) 119, 163; ... "

112. על הנזקים הכבדים שגורמת תופעת הדואר זבל (להלן: "דואר זבל") לנמענים ספציפיים, ניתן ללמוד גם מאתר איגוד האינטרנט הישראלי:

"...דוא"ז מסב נזקים כבדים ליחידים ולעסקים. לדוא"ז יש השפעות כלכליות ותפעוליות רחבות היקף העולות כדי איום ממשי על עצם קיומה של מערכת העברת המסרים באינטרנט.

דוא"ז משתמש באופן טפילי במשאבי האינטרנט של המשתמשים ושל ספקיות האינטרנט, שכן העלויות הנוצרות כתוצאה ממשלוח מאסיבי של הודעות דוא"ל מגולגלות במלואן על המשתמשים ועל ספקיות האינטרנט ולא על המפיץ. ייחודו של דואר הזבל באינטרנט, בשונה, למשל, מדואר זבל פיסוי (כדוגמת עלונים בתיבות דואר) הוא כי מבחינתו של מפיץ הדוא"ז, הפרש העלויות בין משלוח הדוא"ל לעשרות אלפים או לעשרות מיליוני נמענים, הוא אפסי. זאת, לעומת עלויות הפרסום בשיטות ה"ישנות" (כגון: טלמרקטינג, עלונים בדואר, פקס, מעבר מזלית לדלת), בהן העלות המוטלת על המפרסם עולה ככל שהוא פונה ליותר נמענים. במילים אחרות, העלות השולית למשלוח דבר דואר אלקטרוני נוסף, היא, למעשה, אפס.

כאמור, העלויות וההכבדה בגין דואר הזבל, מפלות על ציבור משתמשי האינטרנט, החווים נזקים רבים. הנזקים הישירים כוללים, בין היתר:

- ❖ בזבוז זמן עבודה יקר לצורך סינון דוא"ל מתוך הדוא"ל האמיתי;
- ❖ אבדן דברי דואר חשובים בשל סינון שגוי;
- ❖ אובדן האמון במערכות הדואר האלקטרוני, ובהקטנת השימוש בהן כדי להימנע מתופעות טורדניות אלה;
- ❖ תשלום עבור זמן החיבור לאינטרנט (במקרים הרלוונטיים) לצורך הורדת דוא"ל שהמשתמש כלל אינו רוצה בו;
- ❖ לעיתים, צורך בהגדלה מלאכותית של תיבת הדוא"ל כדי שיוותר בה מקום גם לדוא"ל הלגיטימי המיועד להגיע למשתמש. ..."

113. באיגוד האינטרנט הישראלי תיארו אף את הנזק המצטבר לכלל משתמשי האינטרנט, בצורה שעוברת בסופו של יום למשתמש הפרטי ומייקרת את עלויות השימוש שלו ברשת האינטרנט:

"...כאשר מחשבים את הנזק המצטבר של כלל משתמשי הרשת, מדובר בסכומים משמעותיים ביותר. כך, לדוגמא, בארגונים גדולים בארה"ב, המעסיקים אלפי עובדים, מעריכים כי בכל יום מתבזבזות כ-500 שעות עבודה על ניפוי דוא"ל. האו"ם אמד את הנזקים לכלכלת העולם מדוא"ל ב- 25 מיליארד דולר לשנה. לעיתים, מתמודד המשתמש גם עם בעיית התוכן, המפוקפק במקרים רבים, שנושא איתו דוא"ל.

מבחינת ספקיות האינטרנט, הכמות העצומה של דוא"ר יוצרת בעיה כלכלית וטכנולוגית. דרך מערכות הדואר שלהן עוברת, מלבד המסר המקורי שנשלח לעשרות אלפי עד עשרות מיליוני כתובות, כל תנועת הדוא"ר הנלווית להודעות דוא"ר: הודעות אי-מסירה, הודעות על טעויות בכתובות, הודעות נאצה, תגובות ובקשות להסרה מרשימות התפוצה ועוד.

על מנת להתמודד עם כמויות אלה של דוא"ר, הספקיות נאלצות, למשל:

- ❖ להצטייד בשרתים חזקים;
- ❖ להגדיל את נפח החיבור שלהם לרשת האינטרנט;
- ❖ להשקיע בטכנולוגיה מתקדמת שאמורה לסנן ולעצור דוא"ר.
- ❖ להוסיף כוח אדם – נציגי שירות לקוחות יעודיים לנושא (Abuse), טכנאים לטיפול בתקלות וכד'.

מטבע הדברים, עלויות אלה מועברות בסופו של דבר לצרכן ומייקרות את העלויות המושתות עליו.

כאמור, אחת מתוצאות הלוואי המדאיגות של תופעת הדוא"ר הנה ערעור תחושת הביטחון שחשים המשתמשים כלפי רשת האינטרנט ושירותי הדואר האלקטרוני, תחושה אשר הינה תנאי הכרחי להתפתחותם של קהיליית המידע והמסחר האלקטרוני. 22% מהנשאלים בסקר שנערך בארה"ב באפריל 2005 דיווחו כי הפחיתו את השימוש בדואר אלקטרוני בעקבות התופעה (מתוך מחקר שנערך ע"י American Life Project & The Pew Internet [קובץ PDF] - מכון מחקר שלא למטרות רווח הבוחן את ההשלכות החברתיות של האינטרנט).

(מצ"ב הדף הרלוונטי מאתר איגוד האינטרנט הישראלי – מסומן כנספח כג')

(מצ"ב נייר העמדה איגוד האינטרנט הישראלי טרם חקיקת החוק – מסומן כנספח כד')

114. יפים לעניין זה הם גם דבריה של כבי השופטת די"ר מיכל אגמון-גונן בחלטתה מיום 05/04/2011, במקרה בו על מנת לקבל פרס נדרש הנמען למסור את פרטי ההתקשרות אתו, המשמשים את המפרסם בהמשך לצורך חשיפת הנמען לפרסומות, עת קבעה לעניין הסעד הראוי, כי השיקולים בקביעת הנוק הלא ממוני בנסיבות אלו נגזרים מתכליתו ומטרתו של חוק תובענות ייצוגיות וכי יש להרתיע את המפרסמים **המשתמשים בשיטות פתלתלות וחמקמקות** להפרת החוק [ראו: ת"צ 1674/09 י"א (מחוזי ת"א) 1586/09 איילת חיות (ת.א. 1586/09) נ' טלרן מסרים מיידיים בע"מ, תק-מח 2011(2), 54, 68 (2011), וכלשונה:

"...הסעד הראוי במקרה זה הינו פיצוי בגין הנזק שאינו ממוני, כאשר שיקולים בבסיס קביעת גובה הפיצוי בגין נזק לא ממוני, אינם השיקולים המפורטים בסעיף 30א(י) לחוק התקשורת, שכן סעיף זה נועד לעודד הגשת תביעות אישיות על פי החוק.

השיקולים לקביעת גובה הפיצוי בגין נזק לא ממוני, במקרה זה, נגזרים מתכליתו ומטרתו של חוק תובענות ייצוגיות, כאשר אילו היה מדובר בפיצוי לדוגמה לפי סעיף 30א' (י) לחוק התקשורת, היה ראוי לפסוק פיצוי בסכום המקסימלי על מנת להרתיע מפרסמים משימוש בשיטות פתלתלות וחמקמקות להפרת החוק...."

115. כמו כן מסעיף 30א' (י) (3) (ב) ניתן ללמוד כי המחוקק ראה לנכון לעודד תביעות מסוג זה לצורך מימוש זכות במקרים בהם נשלח אל נמען דואר ובל ממפרסמים שונים, בדרך של פיצוי סטטוטורי בנפרד ובנוסף לפיצוי הנזיקי, כארשר בין השיקולים למתן פיצוי סטטוטורי ניתן למצוא: אכיפת החוק והרתעה מפני הפרתו, (ב) עידוד הנמען למימוש זכויותיו, חיקף ההפרה. יחד עם זאת מאחר ולא ניתן לתבוע פיצוי סטטוטורי בתובענה ייצוגית, התמקדה התובענה בפיצוי בגין הנזקים.

### אישור התובענה לייצוגית

116. המטרה המקורית של יצירת תובענות ייצוגיות בארץ מתאימה בדיוק למקרה זה, שכן הינה לאפשר סעד במקרים שבהם נזק לקבוצה גדולה של אנשים, אולם לכל חבר בקבוצה לחוד נגרם נזק מזערי בלבד אשר אינו מצדיק הגשת תביעה פרטנית מבחינתו לאור המורכבות של ההליך ולאור הפיזיו הנמוך, ויש לאחד את האינטרס של כלל הנפגעים, ויש צורך להגיש את התובענה הייצוגית כדי לזכות בסעד המבוקש.

117. אחת ממטרותיו המובהקות של מוסד התובענה הייצוגית היא התגברות על הכשל הטמון במצב בו ישנם ניזוקים רבים אשר נזקו של כל אחד מהם קטן מכדי שיחיה זה כדאי עבורו לפעול למימוש זכויותיו [ראו: סעיף 1(1) לחוק תובענות ייצוגיות; רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 784 (1996); רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220, 237 (2003)].

118. פרט 12 לתוספת השניה מחווה את הבסיס לכך שניתן להגיש בקשה לאישור התביעה כתובענה ייצוגית:

#### תוספת שניה

(סעיף 3(א) – תביעה שניתן להגיש בה בקשה לאישור תובענה ייצוגית)

12. תביעה נגד מפרסם כהגדרתו בסעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, בעילה לפי הסעיף האמור.

119. במקרה זנן בו נשלחת פרסומת אחת למספר רב של נמענים שונים כאשר כל אחד מהנמענים קיבל מייל אחד בכל נקודת זמן מה שהופך את התביעה של הפרט ללא כלכלית לו. בסיבות זנן, אין ספק, כי הדרך העדיפה לבירור המחלוקות בענייננו הינה במסגרת של תובענה ייצוגית, מספר חברי הקבוצה שניזקו מהעוולה שביצעו כלפיהם המשיבים גדול ופיזורים רב.

120. כך שמתעוררת לכל הנמענים שאלה עובדתית ומשפטית משותפת, והתובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת, כנדרש בסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות, בעיקר נוכח החשיבות הציבורית של התובענה והאינטרס שבהרתעת מפרסמים מהפרות בוטות של חוק התקשורת ובמיגור התופעה, במיוחד לגבי מפרסמים המנסים לעקוף את החוק בהתחמקויות כאלו ואחרות, בשל מספר הנמענים הגדול, ובשל העובדה שכל נמען כפרט מקבל הודעה בודדת ואו הודעות בודדות, אין כדאיות בהגשת תובענות נפרדות ובודדות שיוגשו (אם יוגשו), לא ישיגו את ההרתעה הדרושה.

121. הדבר מקבל משנה תוקף לאור העובדה כי המשיבים ממשיכים בדרכם זו.

122. התובענה מעוררת כאמור **שאלות משותפות של עובדה ו/או משפט** הזחות לכלל חברי הקבוצה אשר קיבלו את הפרסומות, וקיימת סבירות גבוהה שתוכרע לטובת הקבוצה לאור ההפרה של חוק הספאם.

123. בנסיבות אלו, **הסיכום** המגיע לכ"א מחברי הקבוצה נמוך יחסית והופך את הגשת תביעה הפרטנית ללא כלכלית, ולפיכך קיימת **סבירות גבוהה כי לא יגישו בנפרד תביעה רגילה** נגד המשיבים הכרוכה באגרות, הוצאות ובשכ"ט עו"ד העולים על גובה הפיצוי הנפרד לכ"א מיחיד הקבוצה, ובאם היה כ"א מגיש תביעה אישית בערכאות נמוכות לבתימ"ש שונים, היה הדבר סותם את עורקיה של מערכת המשפט, ועלול להוביל להחלטות סותרות.

124. התביעה כנגד המשיבים **כשרה ומתאימה** לחתברר כתובענה ייצוגית בשם הקבוצה בין היתר בשל כל אחת מהסיבות שפורטו בבקשה לבדה ועל אחת כמה וכמה **בשל הצטברותן** של סיבות אלו ו/או חלק מהן. העילות המשותפות לחברי הקבוצה כנגד המשיבים יוכרעו בהליך אחד, בכדי שבתי המשפט לא ידרשו לדון באותם עניינים מספר פעמים רב, התלוי במספר חברי הקבוצה שיגישו תביעות נפרדות כנגד המשיבים.

125. תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין שכן קיים **אינטרס ציבורי** באישור התובענה כייצוגית, מדובר בעניין הרלוונטי **לקהל רחב של נמענים** ומדובר בפעולה פסולה המתבצעת גם ע"י מפרסמים אחרים, מצב שיגביר את מודעות הציבור ויצמצם פעולות מסוג זה בהן נפגע האזרח הקטן.

126. למבקש לא ידוע על תובענה קודמת כנגד המשיבים שהוגשה כתובענה ייצוגית, וזאת לאחר בדיקה בפנקס המבקשות הייצוגיות.

127. בנסיבות אלו **הקבוצה הרלוונטית** הינה כלל הנמענים אשר קיבלו באמצעות דואר אלקטרוני דבר פרסומת מן המשיבים, בניגוד להוראות סעיף 30א' לחוק התקשורת (בזק ושידורים) התשמ"ב-1982 (להלן: "חוק התקשורת") מאז 01/12/2008 ועד ליום 07/07/2011.

128. למבקש לא ידוע בודאות מספר חברי הקבוצה (מה כמות הנמענים הכוללת אליה נשלחו הפרסומות), שכן **המשיבים סרבו לשתף פעולה ולהמציא אסמכתאות לכך** בפנייה טרם הגשת התובענה, אולם ניתן להגיע לנתון זה באמצעות בדיקת שרתי הדואר מהם נשלחו ההודעות.

129. כמו כן, **במסגרת תביעות פרטניות אחרות** אשר בהן היה מעורב צד ג' שהמשיבים טוענים כי השתמשו ברשימות התפוצה שלו, כפי שניתן ללמוד מהאמור בסעיף 21 לעיל ומהנספחים המצורפים, קיימת לו רשימת תפוצה של מיליוני נמענים, בעוד קיימים מפרסמים עבורם הפיץ כ- 30 מליון מיילים בטווח זמן קצר, כאשר הראיה על כך תוצג לביהמ"ש ברגע שתהיה בשליטתו של המבקש.

130. בנסיבות אלו חישוב הפיצוי הכספי הכולל לקבוצה הינו על דרך האומדן ולפנים משורת הדין על הצד הנמוך, כאשר ידרש פיצוי של 210 ₪ לכל הודעה עבור שווי משוער בכמות מינימאלית של 100,000 הודעות לכתובות מייל שונות וסה"כ 21,000,000 ₪.

131. המבקש הוא בעל עילה אישית אמיתית בתובענה המוגשת כמי שקיבל את הודעות הספאם נשוא התובענה, ולא קיים ניגוד עניינים כלשהו בין המבקש לשאר חברי הקבוצה, ונהפוך הוא, קיים אינטרס משותף.

132. המבקש נמנע אמיתי מתופעת הספאם אשר קצו כל הקיצים מבחינתו בכל הקשור להודעות הספאם המתקבלות אצלו, בין אם ממשיבים אלו ובין אם ממפרסמים אחרים. המבקש נוטל על עצמו את הסיכון שבניהול תביעה מסוג זה, והמבקש מביע הסכמה מלאה להשקיע את מלוא מרצו על מנת לייצג את אינטרס חברי הקבוצה שיתכן שאין להם כדאיות כלכלית ושחסרים להם המשאבים הפיזיים והנפשיים לצורך עמידה על זכויותיהם.

133. בכי המבקש בקיא יחסית בתחום האינטרנט, הינו בעלים ומנהל של מספר אתרי אינטרנט, כלכלן ובעל השכלה רחבה במשפטים, והגיש כבר מספר תביעות בתחום הספאם.

134. המבקש ובא כוחו השקיעו מאמצים באיסוף המידע ואיתור מירב החומר והנתונים העובדתיים, ככל שניתן היה בנסיבות העניין. כמו כן הובאו בפני בית המשפט מלוא העובדות האפשריות בשלב זה, תוך ניסיון לפשט ולהקל את מלאכת בית המשפט. הפירוט הרב והמדויק מדבר בעד עצמו ומעיד על כך שחברי הקבוצה ייוצגו בדרך הולמת, ועניינם ינוהל בדרך הולמת. יסודיות הטענות המועלות בבקשה זאת, ורמת ההוכחה הגבוהה על כל הראיות המוצגות, יש גם בהן כדי להעיד על הלימות הייצוג.

135. לאור האמור קיים יסוד סביר כי המבקש כתובע מייצג ובכי התובע המייצג יפעלו בתום לב, במקצועיות, במסירות ובנאמנות בשם הקבוצה, ועניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצגו וינוהל בתום לב ובדרך הולמת, ואף לאור העובדה כי הייתה אל המשיבים פנייה טרם נקיטת הליכים, אולם הם בחרו לחמוק מאחריות ולשמור קלפים צמודים לחזה.

136. המבקש מאמין בתום לב ובכנות בעניינה של התובענה ובסיכוייה הגבוהים להתקבל.

### הסעדים המבוקשים

137. סעיף 30א(ט) לחוק הספאם קובע כי הפרת הוראות החוק הינה עוולה אזרחית אשר הוראות פקודת הנויקין יחולו עליה:

(ט) הפרת הוראות סעיף זה היא עוולה אזרחית והוראות פקודת הנויקין [נוסח חדש], יחולו עליה, בכפוף להוראות סעיף זה.

138. סעיף 30א(ג)(4) לחוק הספאם קובע כי אין בהוראות המאפשרות לנמען לקבל פיצוי סטטוטורי, לגרוע מזכות הפיצויים לפי פקודת הנויקין או מכל סעד אחר:

(4) אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לגרוע מזכותו של הנמען לפיצויים לפי סעיף קטן (ט) או לכל סעד אחר, בשל אותה הפרה.

139. כך ניתן למצוא בפסיקות השונות של בתיהמ"ש השונים מתן פיצוי בנסיבות פחות חמורות (בהן המבקש נתן מראש הסכמתו להצטרף לאותה רשימת תפוצה ורק אחייכ ביקש הסרתו):

א. בהחלטה מיום 19/08/2010 ת"ק 19-03-36975-10 גיא מור נ' אוניברסיטת תל אביב, בביהמ"ש לתביעות קטנות בת"א – נפסק פיצוי של 2000 ₪ בגין משלוח 2 הודעות, על בסיס הפיצוי הסטטוטורי בלבד, בעוד לא נתבעו עוולות נוספות ופיצויים נוספים ודובר במייל רצוני, להבדיל במקרה שלנו החמור יותר ובו מדובר במייל לא רצוני.

ב. בהחלטה מיום 25/07/2010 ת"ק 25-02-15988-10 בוריס גייל נ' סלקום בע"מ, בביהמ"ש לתביעות קטנות תל-אביב – נפסק פיצוי של 9,000 ₪ בגין משלוח 9 הודעות, על בסיס הפיצוי הסטטוטורי בלבד, כאשר גם כאן לא נתבעו עוולות נוספות ופיצויים נוספים ודובר במייל רצוני, להבדיל במקרה שלנו החמור יותר ובו מדובר במייל לא רצוני.

ג. בהחלטה מיום 21/04/2010 ת"צ 21-04-6788-09 ניסן נ' סלקום בע"מ ואח', בביהמ"ש המחוזי מרכז – תביעה ייצוגית שהסתיימה בפשרה לפיה המשיבים יתרמו 600,000 ₪, בנוסף ישלמו לתובעת 50,000 ₪ ולעורכי דינה סכום נוסף של 150,000 ₪ + מע"מ.

140. לאור כל האמור לעיל, יתבקש בית משפט נכבד זה לצוות על הסעדים הבאים:

א. מתן צווים שיודו למשיבים כדלקמן:

1. **צו שיורה** למשיבים למסור מה המקור קבלת המייל של המבקש, בצירוף אסמכתאות אמינות ותומכות.
2. **צו שיורה** למשיבים למסור נתונים מדוייקים אודות מספר הנמענים אליהם נשלחו פרסומות מטעמם מיום כניסת החוק לתוקף ועד 07/07/2011, בצירוף אסמכתאות אמינות ותומכות.
3. **צו שיורה** למשיבים למחוק לחלוטין מרשימות התפוצה שלהם כתובות מייל אשר אין ביכולתם להוכיח כי הינן של נמען אשר נתן באופן מודע את הסכמתו לכך בכתב ומראש.
4. **צו שיורה** למשיבים לחדול ממשלוח הודעות לתובע, הן בשמם והן בשם אחרים אשר המבקש לא נתן להם באופן מודע הסכמתו מראש ובכתב.

**ב. לצוות על המשיבים לשלם פיצויים לתובע המייצג וליחיד הקבוצה כדלהלן:**

1. פיצויים בסכום של 21,000,000 ₪ **לכלל חברי הקבוצה** בגין הנוקים השונים, לרבות נזק לא ממוני, עגמת נפש, ופגיעה בנוחות.
  2. מעבר לפיצוי הכספי האישי, כבוד ביהמ"ש מתבקש לקבוע **לתובע כתובע מייצג, גמול הולם** בשיעור 7.5% מסכום התובענה ולחילופין סכום בהתאם לשק"ד ביהמ"ש, בהתאם לסעיף 23 לחוק תובענות ייצוגיות, אשר איתר את הפעולה האסורה של המשיבים, השקיע שעות רבות באיסוף ראיות ועובדות רלוונטיות וטרח להגיש הבקשה לאישור התובענה ולנהל הליך מורכב תוך נטילת הסיכונים הכרוכים בכך על עצמו.
  3. לחייב את המשיבים בהוצאות משפט, ובשכר טרחת עו"ד בתוספת מע"מ **לכב' התובע המייצג**, בשיעור 15% מסכום התובענה ולחילופין סכום בהתאם לשק"ד ביהמ"ש, בהתאם לסעיף 23 לחוק תובענות ייצוגיות, כחוק בגובה אחוז מסויים מסכום התובענה בהתאם לשק"ד ביהמ"ש.
- ג. לחייב את המשיבים במלוא הוצאות המשפט.
- ד. **בנוסף ו/או לחילופי חילופין**, ליתן לתובע כל סעד אחר ו/או סעד נוסף שבית המשפט הנכבד ימצא לנכון.

**141. שמירת זכויות:**

המבקש שומר לעצמו את הזכות להוסיף משיבים ו/או לשנות את הסעדים ו/או את סכומם, לתבוע את המשיבים תביעות נוספות, במידת הצורך, ככל שימצאו לנכון, יהיה מספרן ככל שיהיה, בגין עוולות נוספות ואחרות מצד המשיבים, וככל שיגיע לידיו לאחר הגשת התובענה מידע שלא ידע עליו.

סמכות ביהמ"ש:

142. לבית משפט נכבד זה הסמכות העניינית והמקומית לרון בתובענה ובבקשה זו.
143. סמכות עניינית לאור הסעד המבוקש.
144. סמכות מקומית לאור מקום שלוחותיה של משיבה 1, והן לאור מקום ביצוע העוולות ברשת האינטרנט (במייל), בכל אתר ואתר (תפוצת האינטרנט לכל משתמש בכל מקום) [ראו: בשי"א (מחוזי ירי) 2841/03 רעות אלקטרוניקה ורכיבים בע"מ נ' מראות אימאג' בע"מ, תק-מח 2003(4), 1445, 1452 (2003); בשי"א (שלום ק"ג) 884/02 גיל לנדאו נ' בני חסון, תק-של 2002(2), 850, 851 (2002), מאמרה של נ. כהן-צוריאל, "סמכות השיפוט באינטרנט", שערי משפט, כרך א', חוברת 2, עמ' 227].
145. לבקשה זו מצורף תצהיר המבקש התומך בתובענה ובבקשה ומהווה חלק בלתי נפרד ממנה.
146. אשר על כן, מתבקש כבוד בית המשפט להורות כאמור ברישא של הבקשה.
147. מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשה.

עו"ד אילן חזני  
בכ/ המבקש