

ספאם בישראל: עבר, הווה ועתיד

אור מורג*

"קיומן של תביעות רבות בגין הודעות ספאם אינו מעלה חשש להרתעת יתר אלא תקווה לאכיפה אפקטיבית".

(השופט מני מזוז ברע"א 7064/17 ארד נ' מנקס אונליין טריידינג בע"מ (11.12.2018))

פתח דבר ועל תרומתו של השופט מזוז להתמודדות עם תופעת הספאם
הקדמה

א. ספאם בישראל – החקיקה בתחום הספאם

1. תיקון מס' 40 לחוק התקשורת, התשס"ח-2008
2. תיקון מס' 63 לחוק התקשורת, התשע"ו-2016
3. תיקון מס' 66 לחוק התקשורת, התשע"ח-2018
4. תיקון מס' 72 לחוק התקשורת, התשע"ח-2018

ב. הפסיקה בתחום הספאם

1. פרשנות המונח "דבר פרסומת" והאמצעים לשליחתו
2. מפרסם ויחסי מזמין-קבלן
3. דרישות הדין המרכזיות
 - 3.1 דרישת ההסכמה והחזרה ממנה
 - 3.2 החריג לדרישת ההסכמה
 - 3.3 דרישות צורניות
4. חובת הקטנת הנזק ותום ליבו של התובע
5. תובענות ייצוגיות

* בוגר תואר ראשון במשפטים (LL.B.) ותואר שני במנהל עסקים (M.B.A.); תלמיד לתואר שני במשפטים (LL.M.) (במסלול המחקרי), בית ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן. אני מבקש להודות לקוראת האנונימית על הערותיה וכן לחברי מערכת כתב העת הפרקליט על הערותיהם הטובות ועל עבודת עריכה מעולה. תודה מיוחדת לרון מורג על ההערות המעולות ועל הסיוע במחקר. אשמח לקבל הערות והארות בכתובת Or.Morag@post.runi.ac.il. האמור במאמר מבטא את עמדתי האישית, והאחריות לכל טעות שנפלה בו מוטלת, כמובן, עליי.

ג. פסק דינו של השופט מזוז בעניין ארד

1. הרקע להליך
 2. ההכרעה השיפוטית
 3. דיון בפסיקה ובהשלכותיה
 - ד. עתיד דיני הספאם בישראל
 1. הצעה להרחבת החריג שבתיקון מס' 63 לחוק התקשורת
 2. מאגר "אל תתקשרו אליי"
 3. הצעה להגביל פרסום באמצעות חיוג ידני
 4. הצעה לאחריות פלטפורמות הדיור
 5. ספאם בעידן הרשתות החברתיות והבינה המלאכותית
- סוף דבר

פתח דבר ועל תרומתו של השופט מזוז להתמודדות עם תופעת הספאם

בשלהי שנת 2018 ניתן פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין ארד נ' מנקס טריידינג אונליין בע"מ.¹ פסק דין זה נסב סביב שאלות מהותיות ושנויות במחלוקת בתחום דיני הספאם והוא אבן דרך חשובה בתחום. את חוות הדעת המרכזית בפסק הדין כתב השופט מזוז.² כפי שיבואר בהמשך המאמר, לפסיקה זו של השופט מזוז חשיבות רבה, בין היתר מאחר שהיא פתרה חלק מחוסר האחידות הפסיקתית בדיני הספאם וכן כי היא הבהירה בצורה חד-משמעית מהי תכלית מנגנון האכיפה הפרטית שקיים בהסדר וכיצד יש לעצב אותו, מה שכנראה היה שנוי במחלוקת. לעניות דעתי מדובר באחד מפסקי הדין החשובים ביותר שניתנו בידי השופט מזוז, בייחוד בתחום שהעיסוק האקדמי-משפטי בו דל באופן יחסי.³ פסיקתו זו של השופט מזוז הייתה והיא עדיין תרומה משמעותית

1 רע"א 7064/17 ארד נ' מנקס אונליין טריידינג בע"מ (נבו) (11.12.2018).

2 ראו גם התייחסות בתקשורת: אלה לוי-וינריב "ביהמ"ש העליון במסר מעודד לצרכנים הסובלים מריבוי הודעות ספאם" גלובס (12.12.2018) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001264492>; שגיאה כהן "העליון נותן אור ירוק להגשת תביעות ספאם בסיוע חברות" TheMarker (12.12.2018) <https://bit.ly/3OqSmOi>.

3 כמו כן פסק הדין בעניין ארד, לעיל ה"ש 1, נבחר בידי שופטות ושופטי בית המשפט העליון כאחד מפסקי הדין המרכזיים שניתנו בבית המשפט העליון בשנת המשפט התשע"ט. ראו פרסום הדוברות של מערכת בתי המשפט בקישור: <https://bit.ly/3ueo3n3>.

להתמודדות עם תופעת הספאם. מאמר זה מבקש להביא את הדיון בנושא אל קדמת הבמה. לצד דברים אלה, מאמר זה טוען ומראה כי מאז חקיקתו של חוק הספאם בשנת 2008 השתפרו היכולות הטכנולוגיות של מפיצי הספאם, באופן שמאפשר להם, למשל, להסתתר מאחורי זהויות פיקטיביות ולנצל שטחים משפטיים שהחוק הקיים לא מכסה. באופן זה תופעת הספאם לובשת צורות חדשות שהדינים הקיימים מחמיצים את הטיפול בהן.

על רקע דברים אלה מאמר זה חושף את הקורא אל תחום דיני הספאם בישראל – בעבר, בהווה ובעתיד. המאמר סוקר את החקיקה בתחום הספאם ואת והפסיקה המרכזית בו. עוד מראה המאמר כי על אף פסק הדין החשוב בעניין ארד, הפסיקה בתחום – אשר ניתנת בעיקר בערכאות נמוכות ובכלל זה בהליכי תביעות קטנות – עדיין אינה אחידה, באופן שחוטא לתכליות דיני הספאם ונתון לביקורת. מטרת המאמר אפוא היא כפולה: ברובד הראשון, המאמר מרכז במקום אחד את החקיקה ואת הפסיקה המרכזיות בתחום, ומציג את יחסי הגומלין בין החקיקה הקיימת לבין יישומה בפועל בבתי המשפט. בכך המאמר מאפשר לקוראיו להיחשף אל דיני הספאם ולהבין את ההתפתחויות העיקריות בנושא; ברובד השני, המאמר נוקט עמדה, לעיתים ביקורתית, ומצביע על מצבים שבהם החקיקה הקיימת לא מטפלת. באופן זה המאמר מציע הצעות להשלמת החסר. בכך המאמר מחדש ותורם לשיח האקדמי בתחום דיני הספאם, אשר עד כה נעדר מהספרות כמעט לחלוטין. אם כן, המאמר עשוי לסייע בפתרון חוסר האחידות בפסיקה ולפיתוח הדין, שכן מעבר לכך שהוא סוקר את ההלכות המרכזיות בתחום, הוא מציג תמונה נרחבת של הפסיקה תוך מתן התייחסות – לעיתים ביקורתית – לגופם של הדברים.

נוסף על חלק מבואי זה, המאמר כולל הקדמה כללית ונחלק לארבעה פרקים מרכזיים. פרק א סוקר את ההסדר החקיקתי בישראל אשר נועד לטפל בתופעת הספאם. כמו כן, פרק זה בוחן את התמורות שחלו באותו הסדר במרוצת השנים ועומד על התכליות המרכזיות שלו. פרק ב עובר לבחינת יישום הדין בפועל בבתי המשפט, ויעמוד על ההלכות המרכזיות בפסיקה, כמו גם על חוסר האחידות ביישום הלכות אלה בפסיקת ערכאות הדיון. פרק ג יתמקד בפסק דינו של השופט מזוז בעניין ארד, ויעמוד על תרומתו ועל השפעותיו בתחום. פרק ד יציע מבט לעתיד, יציג את הצעות החוק המרכזיות הקיימות בתחום ויעמוד על ההתפתחויות הטכנולוגיות ועל השפעותיהן בתחום הספאם. זאת תוך הבעת עמדה והצעת הצעות להשלמת החסרים הקיימים. לאחר כל אלה, המאמר יסתיים בסיכום.

הקדמה

עם ההתפתחויות הטכנולוגיות בעשורים האחרונים, התפתחו גם אמצעי התקשורת שבאמצעותם אפשר להעביר מידע. מלבד השימוש הפרטי באמצעי התקשורת הללו, שמוכר לכולנו – בטלפון, באפליקציות המסרים ובדואר האלקטרוני – גם עסקים ונותני שירותים ניצלו את ההתפתחויות הטכנולוגיות לטובת קידום וקידום שירותיהם. כיום קיימות מערכות מחשוב אוטומטיות המאפשרות לשגר הודעות פרסומיות בעלות זניחה ובתפוצה נרחבת.⁴ אומנם התפתחויות אלה מאפשרות לעסקים רבים לפרסם את עסקיהם או את השירות שהם מציעים בקלות רבה, אך, עם זאת, הן מאפשרות למפרסמים רבים להפיץ הודעות – לעיתים ללא כל הבחנה וללא הסכמת הנמען לכך מראש – שבהן טמונות סכנות רבות. תופעה זו זכתה לכינוי הידוע: "ספאם" (Spam).⁵

מבחינה היסטורית, כנראה הספאם הראשון שהופץ היה בשנת 1978 באמצעות הודעת דואר אלקטרוני, אם כי תחילת שנות התשעים של המאה

4 לדיון נרחב ראו מיכאל בירנהק ומיקי זר המלחמה בדואר זבל (ספאם): דוח מדיניות (2024); עוד ראו, למשל, אלעד נ' שרף "דואר-זבל בישראל – סקירת הדין המצוי והדין הרצוי" משפט ועסקים ג 425 (2005); יובל קרניאל "חוק המחשבים ודואר זבל – טיפול מקומי בתופעה גלובלית" שערי משפט ד(2) 467 (2006); Lily Zhang, *The CAN-SPAM Act: An Unsuccessful Response to the Growing Spam Problem*, 20 BERKELEY TECH. (2005) 301, 303–304; L.J. 301, 303–304; וכן את ההתייחסות בפסיקה, למשל, ברע"א 1326/18 סמארט קלאב אחזקות בע"מ נ' כהן, פס' 15 לפסק הדין של השופטת ברון (נבו) 31.12.2020 (להלן: עניין סמארט קלאב).

5 מקור המונח מעורפל למדי, אך הדעה הרווחת היא שמקור המונח הוא בתוכנית הטלוויזיה "מונטי פייתון" (Monty Python), שבה קבוצת ויקינגים (Vikings) צעקו שוב ושוב "ספאם, ספאם, ספאם" לאחר שהמלצרית בבית הקפה הקריאה את התפריט כאשר כל פריט כלל את המצרף "ספאם", שהוא הלחם בסיסים של Spiced Ham. ראו OXFORD, DICTONARY OF THE INTERNET (Darrel Ince ed., 4th ed. 2019); ראו גם התייחסותה של השופטת שלומית בן יצחק בת"ק (תביעות קטנות ת"א) 26210-04-16 בוקובה נ' מנקס אונליין טריידינג, פס' 4 לפסק הדין של השופטת בן יצחק (נבו) 30.4.2017: "ספאם, מותג שימורי בשר חזיר מתובל, נתפס כמאכל זול, בלתי מזין ונפוץ. במערכון מפורסם של "מונטי פייתון", הממוקם במסעדה המציעה ללקוחותיה תפריט המורכב כולו מספאם, קוראת חבורת ויקינגים, בקול רם וללא הרף: 'ספאם, ספאם, ספאם' ואינה מאפשרת לכל שיח אחר להישמע. השילוב שהוצג במערכון זה, בין איכות מאכל זה ובין שכיחותו, הוביל לשימוש הנרחב בביטוי 'ספאם' כשם נרדף להפצה המונית של 'דואר זבל'"; ראו גם דברי השופט גרוסקופף בע"א 534/17 לפיד נ' סלקים ישראל בע"מ, פס' 6 לפסק הדין של השופט גרוסקופף (נבו) 6.3.2019, אשר הבחין בין "דואר זבל" לבין "ספאם".

הקודמת הייתה התקופה שבה תופעת הספאם החלה להיות נפוצה מאוד. זאת בעיקר בשימוש בתיבות דואר אלקטרוני, שימוש שהלך והתרחב באותה תקופה.⁶ עם ההתקדמות הטכנולוגית והירידה בעלויות משלוח הודעות על רשת האינטרנט, החלה תופעת הספאם להתפשט גם לאמצעי תקשורת נוספים, כמו משלוח הודעות SMS – מסרונים, בעברית.⁷ כיום, הפצה של ספאם קיימת גם במשלוח הודעות בפלטפורמות נוספות, כמו הודעות וואטסאפ (WhatsApp) וב"צ'אטים" של רשתות חברתיות כדוגמת פייסבוק (Facebook) ואחרות (מה שמכונה כ־Social Spam).⁸

באופן כללי אפשר לייחס להפצת הודעות ספאם שתי מטרות עיקריות: תרמית ופרסום.⁹ כשמייחסים להפצת הספאם תכלית של תרמית, הכוונה היא שהגורם שמפיץ את הספאם עושה זאת למטרות הונאה או "פישנינג"

6 Finn Brunton, *Spam: A Shadow History of the Internet* (2013). ברונטון כותב על שלוש תקופות עיקריות שלגביהן אפשר להתייחס להתפתחות התופעה: התקופה הראשונה היא מתחילת שנות השבעים של המאה הקודמת ועד אמצע שנות התשעים, כאשר בתקופה זו החל השיח לגבי תקשורת מקוונת, שהגיע לשיאו עם תחילת השימוש המסחרי ברשת האינטרנט. התקופה השנייה היא בין השנים 1995–2003, שבהן התגברה התופעה והחלו הניסיונות להתמודד עימה. התקופה השלישית היא משנת 2003 עד היום, שבה החלה מעין מלחמה בין המספיימים (the spammers) לבין אלה המנסים להגן מכך, על רקע השימוש הגובר באלגוריתמים.

7 Eleni Kosta, Peggy Valcke & David Stevens, *Spam, Spam, Spam, Spam Lovely*. *Spam: Why is Bluespam Different*, 23 INT'L REV. L. COMPUTERS & TECH. 89 (2009). אפשר לייחס את הסטייה של התופעה למסרונים להתרחבות השימוש בטלפונים חכמים. ראו עניין לפיד, לעיל ה"ש 5, בפס' 7 לפסק הדין של השופט גרוסקופף. סיבה נוספת לכך שהתופעה התרחבה לכיוון של מסרונים, היא כי התפתחו אמצעי הגנה אפקטיביים למדי, אשר יודעים להפריד בין הודעות ספאם לבין הודעות אמיתיות. ראו להלן.

8 Manajit Chakraborty, Sukomal Pal, Rahul Pramanik & C. Ravindranath Chowdary, *Recent Developments in Social Spam Detection and Combating Techniques: A Survey*, 52 INFO. PROCESSING & MGMT. 1053 (2016). השאלה אם הודעות בפלטפורמות אלה יש משום הפרה של חוקי הספאם עדיין נתונה לדיון, וראו גם דיון להלן בפרק ד להלן. ראו, למשל, Rebecca I. Yergin, *Consent in the Age of Facebook: Applying the Telephone Consumer Protection Act to Text Messages from Social Media Platforms*, 116 COLUM. L. REV. ONLINE 81 (2016); לדיון נוסף בהתפתחות ההיסטורית של הספאם ראו Emilio Errara, *The History of Digital Spam*, 62 COMMUNICATIONS OF THE ACM 82 (2019), וכן בעמ' 90.

9 שם, בעמ' 85.

10 (“phishing”), ובעברית – דיוג, כמו גְּנֵבַת זְהוּיּוֹת, גְּנֵבַת פְּרִטִים פִּינַנְסִיִּים ועוד.¹⁰ משכך קל להבין מדוע המטרה של תרמית אינה לגיטימית, שכן בדרך כלל מדובר בפעילות עבריינית, אשר לאחרונה אף גברה על רקע משבר הקורונה.¹¹ אולם כאשר מדובר בפרסום של מוצר, של שירות או של תוכן מסוים, ההבנה שהדבר לא לגיטימי עשויה להיות מעט קשה יותר, מאחר שפרסום הוא דבר שאנחנו נחשפים אליו כמעט בכל רגע ביום ובדרך כלל הוא לגיטימי.

אנחנו נחשפים לפרסום כשאנחנו צופים בטלוויזיה, כשאנחנו קוראים עיתון, כשאנחנו גולשים באינטרנט ואפילו כשאנחנו נוסעים בדרכים. אמת הדבר שבמרבית הפעמים הפרסום כלל לא רלוונטי אלינו, ולעיתים קרובות אף גורם למועקה. עם זאת, קל לטעון כי אנו מסכימים לכך שהפרסום שאנו נחשפים אליו במהלך צריכת השירות או התוכן (כמו צפייה בטלוויזיה או גלישה באינטרנט) הוא למעשה ה”מחיר” שאנו משלמים עבור צריכת אותו שירות או תוכן.¹² למעשה, מרבית הגופים שמספקים לנו את אותו תוכן או שירות, מתבססים על הצגת פרסומות כמודל העסקי המרכזי שלהם.¹³ בניגוד לפרסום כאמור, משלוח “דבר פרסומת”¹⁴ ללא הסכמת הנמען, קרי משלוח של ספאם, הוא החצנה שלילית קיצונית. זאת מכיוון שמי שנושא בעלויות תעבורת הספאם הם ספקי התקשורת, מה שכמובן מתגלגל אל הצרכנים, בעוד העלויות עבור מפיצי הספאם שוליות.¹⁵ לזאת מתווספת העובדה כי הספאם נשלח באופן כופה וללא

10 ראו, למשל, “כיצד תוכלו לזהות במהירות הודעות דיוג? מערך הסייבר הלאומי <https://bit.ly/3SF4a20> (1.9.2020).

11 ראו, למשל, התייחסות לשיחות טלפוניות בדיונים בכנסת בפרוטוקול ישיבה 77 של הכנסת ה-23, 71 (14.9.2020): “בתקופה הקשה הזאת אנחנו רואים עלייה ניכרת בתיקי החקירה על מקרה עושק ועוקץ באמצעות שיחות טלפוניות, נוכח הניסיונות של גורמים עבריינים לנצל את המצוקה של האזרחים הוותיקים והאוכלוסיות המוחלשות אפילו בעת הזאת.” ראו גם Drew Smith, *Robocalls Have Been Blocked, but Business Can-Spam Emails with Little Regulation*, 99 WASH. U. L. REV. 1753, 1765 (2022).

12 Justin M. Rao & David H. Reiley, *The Economics of Spam*, 26 J. ECON. PERSP. 87 (2012).

13 ודוק, איני מתיימר לטעון כאן שכל פרקטיקות הפרסום בהקשר זה הן לגיטימיות. השוו למשל לת”צ (מחוזי מר’) 1862-11-12 טויסטר נ’ Google Inc (נבו) (18.9.2014), שם נקבע כי פרקטיקה של remarketing, שבה גולש באתרי אינטרנט נתקל בפרסומות של אתרים אחרים שבהם ביקר בעבר, אינה ספאם.

14 לעיתים לאורך המאמר, כדי לתאר משלוח ספאם, אשתמש במונח “דבר פרסומת”. דבר פרסומת הוא המונח שבו נוקט חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ”ב-1982 אעמוד על הגדרה זו בהמשך.

15 ראו בהקשר זה שרף “דואר-זבל בישראל”, לעיל ה”ש 4, בעמ’ 438; מעניין לציין כי הדוגמה הנפוצה לתיאור החצנות שליליות בתחום הכלכלה היא הדוגמה של מפעל מזהם.

מתן הזדמנות להתנגד לפרסום או לבקר את ההיחשפות אליו.¹⁶ על ההשפעות השליליות של תופעת הספאם היטיב לעמוד השופט מזוז בפסק דינו בעניין ארד:

”תופעת הודעות הספאם – משלוח הודעות פרסומיות המוניות באמצעות רשתות תקשורת – מעוררת בעיות חמורות של הטרדת המשתמשים, פגיעה בפרטיות, בעיות אבטחת מידע וכן עלויות כלכליות בשל אבדן זמן והשקעת משאבים בסינון הודעות אלה [...] [...] [...] הנוקים הכלכליים של תופעת הספאם, הוערכו בארצות הברית לבדה בסך של כ-20 מיליארד דולר בשנה [...]”¹⁷.

זאת ועוד, בלא מעט פעמים השימוש בספאם – כאמצעי לפרסום – הוא כלי לפרסום פעילות עבריינית או מפוקפקת, כמו מכירת סמים,¹⁸ הצעות ללקיחת הלוואות שחוקיותן מוטלת בספק,¹⁹ פרסום אתרי הימורים, הפצת תוכן פורנוגרפי ועוד.²⁰ על רקע דברים אלה, אין ספק כי תופעת הספאם היא “מטרד ציבורי הגורם לנזקים רחבי היקף”, כפי שעמד על כך בית המשפט העליון.²¹ כדי

ראו, למשל, אבי שמחון “פרק א: הקדמה כללית” הגישה הכלכלית למשפט 39, 49 (2012). לצד זאת, בהשוואה לתופעות אחרות בתחום – כמו זיהום אוויר מרכב ממונע – ספאם גורם להחצנות שליליות משמעותיות יותר. ראו לעניין זה Rao & Reiley, לעיל ה”ש 12, בעמ’ 103–104.

זאת בניגוד לאופן הפרסום שעליו עמדתי לעיל, אשר לגביו מלכתחילה אפשר לבחור שלא לצרוך את התוכן או השירות. כך, למשל, כדי לא להיחשף לפרסומות בטלוויזיה אפשר להימנע מראש מצפייה בטלוויזיה.

עניין ארד, לעיל ה”ש 1, בפס’ 17 לפסק הדין של השופט מזוז; ראו גם את סקירתו של שרף “דואר-זבל בישראל”, לעיל ה”ש 4, בעמ’ 433–436.

ראו בהקשר זה מאיה בניטה “ללא אכיפה או פיקוח: מכירת קנאביס בהודעות ספאם” Mako (28.3.2022) <https://bit.ly/3OnUN42>; ינון בן שושן “קנאביס רפואי, הימורים והצעות להלוואה: אף אחד לא עוצר את הודעות הספאם שמציפות את ישראל” וואלה <https://tech.walla.co.il/item/3501795> (21.4.2022).

ראו, למשל, ת”ק (קריית) 23742-11-14 חונידיא נ’ אור הקסים בע”מ (נבו 15.6.2015); שרון קנובליך “מציעים לכם סיוע במתן הלוואה בנקאית: זה עלול לעלות לכם ביוקר” <https://bit.ly/3HMIQQd> (10.6.2021) N12.

ראו גם התייחסות השופט פוגלמן ברע”א 1954/14 חזני נ’ שמעון הנגבי (סיתונית מועדון דאיה ורחיפה במצנחנים), פס’ 2 לפסק הדין של השופט פוגלמן (נבו 4.8.2014).

עניין חזני, שם; ראו גם את הנוקים שעליהם עומד השופט פוגלמן בפסק דינו, שם; ראו גם דבריו של משה כחלון בפרוטוקול ישיבה 237 של הכנסת ה-17, 26 (27.5.2008) (להלן: פרוקטול 237); השוו ל-Adam Mossoff, *Spam – Oy, What a Nuisance*, 19 BERKELEY TECH. L.J. 625, 628 (2004).

להמחיש את גודל התופעה, וזאת רק באשר למשלוח ספאם באמצעות דואר אלקטרוני, אפשר לאמוד את נפח משלוח הספאם בעולם על כ-122 מיליארד הודעות ביום, שהן לא פחות מכ-85% מסך כל הודעות הדואר האלקטרוני שנשלחות בכל יום.²²

מטבע הדברים, כתגובה לתופעת הספאם התפתחו מנגנונים שנועדו להתמודד עימה. התגובה הטכנולוגית הראשונה למשלוח הספאם כללה פיתוח מסננים (filters) שנועדו להפריד בין הודעות ספאם לבין הודעות רגילות, על בסיס זיהוי מאפיינים שכיחים בהודעות ספאם.²³ כתגובה לפיתוחים אלה מפיצי הספאם שכללו את שיטותיהם כדי "להתחמק" מהמסננים הקיימים.²⁴ זהו מעין "מרוץ חימוש אינסופי".²⁵ האמצעים כיום להפצת הודעות ספאם משוכללים מאוד וכוללים אלגוריתמים מבוססי למידת מכונה. בד-בבד, כתגובה לכך התפתחו באופן דומה אמצעים להתמודדות עם התופעה, הכוללים גם שימוש בבינה מלאכותית.²⁶ בכל מקרה, חשוב לציין שאין השימוש במסננים מושלם,

22 ראו Nikolina Cveticanin, *What's on the Other Side of Your Inbox – 20 SPAM Statistics for 2022* DATAPROT (April 17, 2023), <https://dataprot.net/statistics/spam-statistics/>

23 ראו, למשל, Alexy Bhowmick & Shyamanta M. Hazarika, *E-Mail Spam Filtering: A Review of Techniques and Trends*, in *ADVANCES IN ELECTRONICS, COMMUNICATION AND COMPUTING* 583 (Akthar Kalam, Swagatam Das & Kalpana Sharma eds., Sarah Jane Delany, Mark Buckley & Derek Greene, *SMS Spam Filtering: Methods and Data*, 39 EXPERT SYSTEMS WITH APPLICATIONS 9899 (2012). הסינון יכול להתבצע הן על סמך "מקור" והן על סמך "תוכן", והוא יכול להתבצע הן במכשירו של הנמען והן בשרתי הספק או נותן השירותים. ראו בירנהק וור, לעיל ה"ש 4, בעמ' 68.

24 ראו דיון כללי אצל Jáñez-Martino, Rocío Alaiz-Rodríguez, Víctor González-Castro, Eduardo Fidalgo & Enrique Alegre, *A Review of Spam Email Detection: Analysis of Spammer Strategies and the Dataset Shift Problem*, 56 AI REV. 1145 (2023).

25 בירנהק וור, לעיל ה"ש 4, בעמ' 65.

26 ראו בפרק ד.5. להלן. לשם המחשה, בעבר כדי להימנע מזיהוי של ההודעה כספאם עקב השימוש במונח "free", מפיצי הספאם השתמשו במונח "fr33". לדיון נרחב בספרות המקצועית ראו Thiago S.Guzella & Waldir M. Caminhas, *A Review of Machine Learning Approaches to Spam Filtering*, 36 EXPERT SYSTEMS WITH APPLICATIONS 10206 (2009); Bing Zhou, Yiyu Yao & Jigang Luo, *Cost-Sensitive Three-Way Email Spam Filtering*, 42 J. INTELL. INF. SYST. 19 (2014). כיום, הספאם יכול להתבסס על מערכות מתקדמות אשר מבוססות בינה מלאכותית, מה שמאפשר, למשל, לזייף כלפי הנמען התקשרות מול גורם אנושי, כאשר למעשה מדובר במכונה (באמצעות Deepfake, למשל); ראו Errara, לעיל ה"ש 8.

והוא גם לא מונע את הנזקים שנגרמים מהעמסה על הרשת ואת הפגיעה בספקי התקשורת – אשר מתגלגלים אל הצרכן – שכן מדובר בפתרון שהשימוש בו נעשה לאחר שהספאם כבר הופץ.²⁷

תגובות נוספות בעולם לתופעה כללו, בעיקר, גיבוש הסדרי חקיקה אשר קבעו מנגנונים שונים לאסדרת התופעה.²⁸ גם בישראל נקבעה אסדרה בתחום, אך מעט במאוחר. בשלהי שנת 2008 נחקק תיקון מס' 40 לחוק התקשורת, אשר עיגן את האסדרה המרכזית בתחום הספאם. בתיקון נקבעו כמה מנגנונים שנועדו לטפל בתופעת הספאם – פליליים ואזרחיים גם יחד.²⁹ במישור האזרחי, לצד השימוש בכלי התובענה הייצוגית, קבע המחוקק מודל אכיפה פרטית שבאמצעותו יכולים נפגעי הספאם לתבוע פיצויים ללא הוכחת נזק. באימוץ מודל זה ביקש המחוקק ליצור תמריץ לנפגעי הספאם להגיש תביעות – בעלויות נמוכות וללא הצורך בהוכחת נזקיהם – ובכך להרתיע גופים המפירים את החוק ולצמצם את התופעה ואת נזקיה.

במרוצת השנים חוק התקשורת עבר תיקונים נוספים, וכן בחלוף עשור וחצי גם הפסיקה בתחום התפתחה. אולם, כפי שיובא במהלך המאמר, גם שיטות הפצת הספאם התפתחו, באופן שמצריך את עדכון החקיקה ואת החלתם של הסדרים נוספים וחדשים.³⁰

27 ראו גם Bogdan Hoanca, *How Good are our Weapons in the Spam Wars?*, 25 IEEE TECH. AND SOC. MAG. 22, 25 (2006); השוו לשורף "דואר-זבל בישראל", לעיל ה"ש 4, בעמ' 436; פרוטוקול 237, לעיל ה"ש 21.

28 לסקירה בדין המשווה ראו דן חי תורת המסר – בין דיור ישיר ל'ספאם' פרק רביעי (2012); ראו גם התייחסות בפסיקה: עניין לפיד, לעיל ה"ש 5, בפס' 8 לפסק הדין של השופט גרוסקופף; החקיקה העולמית בתחום הספאם לא אחידה, וקיימות מדינות שאף כלל לא הסדירו זאת. ראו דיון כללי אצל Guido Schryen, *Anti-Spam Legislation: An Analysis of Laws and Their Effectiveness*, 16 INFORMATION & COMMUNICATION TECH. L. 17 (2007).

29 ס' 30 לחוק התקשורת.

30 ראו גם Roderic Broadhurst & Mamoun Alazab, *Spam and Crime*, in REGULATORY THEORY, FOUNDATIONS AND APPLICATIONS 517, 527 (Peter Drahos, ed., 2017) (In short, fighting spam requires a combination of technology and relevant, up-to-date laws and policies as well as the constant reformulation of crime prevention practices to keep abreast of the evolution of spam-malware techniques).

א. ספאם בישראל – החקיקה בתחום הספאם

1. תיקון מס' 40 לחוק התקשורת, התשס"ח-2008

"מדינת ישראל היא שיאנית דואר הזבל. הגענו לשיא בדבר אחד, בדואר הזבל". כך בחר משה כחלון, יושב ראש הוועדה המשותפת לכלכלה ומדע בכנסת, לפתוח את אחד מדיוני הוועדה בעניין הצעת החוק שנועדה להתמודד עם תופעת הספאם בישראל.³¹ עד שנת 2008 לא הייתה בישראל חקיקה ספציפית ומרכזית שהסדירה את תופעת הספאם ואת הטיפול בה. היו מי שסברו כי החקיקה שהייתה עוד לפני כן יכלה לתת מענה מסוים לתופעת הספאם, כמו דיני הגנת הצרכן או עוולות מסוימות שבפקודת הנזיקין [נוסח חדש],³² ולמעשה, בתי המשפט הצליחו, לעיתים, לתת מענה מסוים באמצעות הכלים החקיקתיים הקיימים.³³ מכל מקום, לאחר דיונים של כשנה וחצי, הצעת החוק שנועדה להתמודד עם תופעת הספאם בישראל, באופן ספציפי, עברה לאישור במליאת הכנסת. במאי שנת 2008 קיבלה הכנסת הסדר חקיקתי כללי שנועד להתמודד עם תופעת הספאם במגוון פלטפורמות. הסדר זה החליף את ההסדר שקדם לו, אשר דן בשיגור דברי פרסומות באמצעות פקסימיליה.³⁴ לאחר כחצי שנה, בתחילת חודש דצמבר של שנת 2008, נכנס ההסדר לתוקף כחלק מתיקון מס' 40 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשס"ח-2008, מה שיכונה להלן "חוק הספאם".

סעיף 30א(א) לחוק התקשורת קובע את הכלל המרכזי בחוק הספאם, ולפיו "לא ישגר מפרסם דבר פרסומת [...] בלא קבלת הסכמה מפורשת מראש של הנמען". לכלל זה יש חריגים,³⁵ אך חשוב לציין שבבחירת כלל זה נתן המחוקק את דעתו לגבי האיזון הנדרש בין האינטרסים של המפרסמים לבין זכויות הצרכנים.³⁶ בהקשר זה קיימים בעולם שני מודלים עיקריים להתמודדות עם

31 פרוטוקול ישיבה 2 של הוועדה המשותפת לכלכלה ומדע, הכנסת ה-17, 2 (31.1.2007).

32 ראו שרף "דואר-זבל בישראל", לעיל ה"ש 4, בעמ' 444 ואילך.

33 כמו, למשל, באמצעות דיני החוזים, כפי שנקבע בת"ק (תביעות קטנות פ"ת) 2115/07 בר-זיו נ' פלד (נבו) (28.10.2007).

34 ראו בדברי ההסבר להצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 33), התשס"ח-2005, ה"ח 182 (להלן: הצעת החוק).

35 כמו "פניה חד-פעמית מטעם מפרסם לנמען שהוא בית עסק [...] המהווה הצעה להסכם לקבלת דברי פרסומת מטעמו", ס' 30א(א) לחוק התקשורת; או כמו במצבים המפורטים בס' 30א(ב) לחוק התקשורת; ראו דיון בטקסט הסמוך לה"ש 43 להלן.

36 לבחירת הכלל – שהוא בבחינת כלל "ברירת המחלף" – יש השלכות נוספות ככלי שהמחוקק עושה בו כדי להתוות את המדיניות שהוא מעוניין לקדם. להרחבה בעניין ראו עניין חזני, לעיל ה"ש 20, בפס' 4-5 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

תופעת הספאם, וכל אחד מהם מבטא איזון שונה:37 האחד, מודל ה-Opt-out, שלפיו מפרסם רשאי לשלוח לנמען הודעות פרסומת בדיוור ישיר, אלא אם הנמען הודיע מראש כי הוא לא מסכים לכך; והאחר, מודל ה-Opt-in, שלפיו מפרסם לא רשאי לשלוח הודעות פרסומת בדיוור ישיר, אלא אם הנמען נתן לכך את הסכמתו מראש. מודל ה-Opt-in הוא המודל שאימץ המחוקק הישראלי, וזאת בדומה למודל הקיים באיחוד האירופי.³⁸ גישה זו נתפסת כמחמירה יותר לטיפול בספאם,³⁹ בייחוד כאשר ההסכמה הנדרשת היא הסכמה מפורשת.⁴⁰ עוד יש לציין כי אף אם נמען נתן את הסכמתו לקבל הודעות פרסומת בדיוור ישיר, הוא רשאי לחזור ממנה בכל עת.⁴¹

לצד דברים אלה, חוק הספאם קובע חריגים לכלל ברירת המחדל, ולפיהם בתנאים מסוימים מפרסם יהיה רשאי לפנות לנמען אף אם הלה לא נתן את הסכמתו לכך. במתכונתו הראשונה, חוק הספאם התייחס לפנייה חד-פעמית "לנמען שהוא בית עסק" בהצעה לקבל דברי פרסומת מטעמו⁴² וכן למקרים

37 שרף "דואר זבל בישראל", לעיל ה"ש 4, בעמ' 438-443; ראו גם את הסקירה אצל יהודה טרואן חקיקה למניעת הפצה של דואר זבל: סוגיות מרכזיות (הכנסת, מרכז מחקר ומידע (2007).

38 ראו גם הצעת החוק, לעיל ה"ש 34, בעמ' 886. במהלך הדיונים בוועדות עלו טענות והצעות שביקשו לאמץ מודל ה-Opt-out, תוך שימוש במאגר שבו יוכלו צרכנים להירשם כמי שלא מעוניינים שיפנו אליהם. הצעות וטענות אלה נדחו, תוך שהמתנגדים לכך מפנים לביקורת הרבה שספג מנגנון ה-Opt-out בארצות הברית. ראו בהקשר זה ביקורת שהועלתה בזמנו: FTC, NATIONAL DO NOT EMAIL REGISTRY: A FEDERAL TRADE COMMISSION REPORT TO CONGRESS (June 2004), <https://bit.ly/490Lboo> (דו"ח של ועדת הסחר הפדרלית האמריקאית שלפיו הקמת מאגר שכזה עלולה ליצור סכנה של פגיעה בפרטיות הנרשמים); Elizabeth A. Alongi, *Has the U.S. Canned Spam*, 46 *Zhang*; ARIZ. L. REV. 263 (2004), לעיל ה"ש 4, בעמ' 320; Sameh I. Mobarek, *The CAN-SPAM Act of 2003: Was Congress Actually Trying to Solve the Problem or Add to it*, 16 LOY. CONSUMER L. REV. 247 (2004). לדיון והשוואה בין השיטות השונות ראו בירנהק וור, לעיל ה"ש 4, בעמ' 54-59.

39 עניין ארד, לעיל ה"ש 1, בפס' 18 לפסק הדין של השופט מזוז: "החוק בישראל נקט בגישה המחמירה יותר לטיפול בתופעת הספאם וזאת [בכמה היבטים כשאחד מהם הוא] אימוץ המודל האירופי אשר דורש הסכמה מוקדמת של הנמען לקבלת הודעות מסחריות (opt in), בשונה מהמודל האמריקאי שאינו מחייב הסכמה מראש אלא מסתפק במתן אפשרות לנמען שלא לקבל הודעות מסחריות (opt out)".

40 ראו גם רע"א 3599/18 שפירא נ' עופרי, פס' 12 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז (נבו) (30.5.2018).

41 ס' 30א(ד)(1) לחוק התקשורת.

42 ס' 30א(ב) לחוק התקשורת.

שבהם התקיימה מערכת יחסים מסחרית קודמת בין הצדדים, למשל אם הנמען נמנה עם לקוחותיו של המפרסם, והמפרסם הודיע לנמען כי הוא מתכוון להשתמש בפרטיו עבור דיוור ישיר, והתקיימו שאר התנאים הקבועים בחוק.⁴³ מטרת חריגים אלה היא "לאזן בין העלויות והנזקים העלולים להיגרם לנמען מהפרקטיקה של משלוח דברי פרסומת ללא קבלת הסכמת הנמען, לבין התועלות החברתיות והצרכניות העשויות להיות לשימוש באמצעי הפצה אלקטרוניים בהקשרים בהם הוגדרו החריגים".⁴⁴

המחוקק הגדיר בחוק הספאם "דבר פרסומת" כ"מסר המופץ באופן מסחרי, שמטרתו לעודד רכישת מוצר או שירות או לעודד הוצעת כספים בדרך אחרת",⁴⁵ וקבע איסור משלוח דבר פרסומת שכזה ללא הסכמה מפורשת של נמען מראש, ולגבי ארבעה אמצעי תקשורת: הודעה אלקטרונית (כמו, דואר אלקטרוני); הודעת מסר קצר (כמו, מסרון); מערכת חיוג אוטומטית ופקסימיליה, אמצעי התקשורת שעוגן בחוק אשר קדם לתיקון.⁴⁶ המונח "מפרסם" הוגדר בין היתר כ"מי ששמו או מענו מופיעים בדבר הפרסומת כמען להתקשרות לשם רכישתו של נושא דבר הפרסומת [או] מי שתוכנו של דבר הפרסומת עשוי לפרסם את עסקיו או לקדם את מטרותיו".⁴⁷

עוד קובע חוק הספאם דרישות צורניות שעל המפרסם לעמוד בהן, כמו ציון המונח "פרסומת" בכותרת ההודעה וציון פרטיו.⁴⁸ דרישות אלה נועדו, בין השאר, למנוע את הטעיית הנמען וליידע אותו כי מדובר בפרסומת.⁴⁹ כמו כן, ציון המונח "פרסומת" בכותרת ההודעה מאפשר לסווג את ההודעה כהודעת פרסומת ובכך ליצור פעולת סינון באופן פשוט.⁵⁰ זאת בין אם "באמצעות סריקה מהירה בעין הנמען, ובין אם באמצעות כלי סינון טכנולוגיים פשוטים".⁵¹ נוסף על האמור, אף אם הנמען נתן את הסכמתו לקבל דברי פרסומת ממפרסם מסוים,

43 ס' 30א(ג) לחוק התקשורת. לחריג הנוסף שהתווסף לחוק הספאם בהמשך ראו דיון בטקסט הסמוך לה"ש 71 להלן.
 44 עניין לפיד, לעיל ה"ש 5, בפס' 15 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.
 45 ס' 30א(א) לחוק התקשורת.
 46 ס' 30א(ב) לחוק התקשורת.
 47 ס' 30א(א) לחוק התקשורת.
 48 ס' 30א(ה)(1) לחוק התקשורת.
 49 כך עולה גם מלשון ס' 30א(ה)(1) לחוק התקשורת: "[...] שאין בו כדי להטעות".
 50 על זאת ועוד ראו ת"צ (מחוזי מר') 36086-07-11 חרסט נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה), פס' 33 לפסק הדין של השופט גרוסקופף (נבו 19.9.2012).
 51 שם; ראו גם ת"צ (מחוזי חי') 24822-02-20 לב נ' דאבלטק בע"מ, פס' 73 להחלטת השופט רניאל (נבו 24.2.2021).

עדיין קיימים טעמים המצדיקים את יידועו כי ההודעה שנשלחה אליו היא דבר פרסומת.⁵²

זאת ועוד, חוק הספאם קובע הסדרים להתמודדות עם תופעת הספאם בשני מישורים – פלילי ואזרחי. במישור הפלילי הפרת הוראות חוק הספאם היא משום עבירה פלילית, אשר הסנקציה הקבועה לצידה היא קנס.⁵³ במישור האזרחי, מעבר לכך שהפרת הוראות חוק הספאם היא עוולה אזרחית,⁵⁴ היא גם עילה שאפשר להגיש בגינה תובענה ייצוגית⁵⁵ וכן להגשת תביעה אישית לפיצויים עד 1,000 שקלים חדשים ללא הוכחת נזק, בגין כל דבר פרסומת.⁵⁶ מעניין לציין שבמקור הצעת החוק לא כללה הסדר בדבר הגשת תביעה לפיצויים ללא הוכחת נזק, אלא שההצעה הועלתה במהלך הדיונים בוועדות הכנסת. זאת "על רקע החשש מהיעדר אכיפה במישור הפלילי ועל רקע הקושי הניצב בפני הפרט להוכיח נזק בשל הפרת החוק".⁵⁷ ואכן, כבר בדיונים הראשונים בוועדות הכנסת, עוד בשנת 2006, התייחסו המשתתפים לצורך במודל אכיפה פרטית המתבסס בין השאר על פסיקת פיצויים ללא הוכחת נזק, מה שמתעצם נוכח אכיפה פלילית שאינה מספקת:

"ההערכה שלנו היא שבעתיד הנראה לעין, לצערנו, משטרת ישראל לא תתפנה מהלוחמה בטרור ומהלוחמה בפשיעה החמורה ותרדוף את אותו 'ספמר' ששלח הודעות SMS או דואר זבל. בקרב עמנו אנחנו חיים ואנחנו לא חושבים שהנושא הזה יעלה לראש סדר העדיפויות של משטרת ישראל. אשר על כן, חשבנו, במשך התקשורת, שצריך וראוי יהיה לקבוע מנגנון של פיצוי ללא הוכחת נזק [...] יהיה קשה מאוד להוכיח נזק מוחשי לאדם שקיבל כמה הודעות SMS או שקיבל דואר זבל [...]. זה נותן מוטיבציה לתובעים להגיש תביעה".⁵⁸

52 עניין חרטט, לעיל ה"ש 50, בפס' 33 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

53 ראו ס' 30א(ו)–(ח) לחוק התקשורת.

54 ס' 30א(ט) לחוק התקשורת.

55 ראו פרט 12 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006.

56 ס' 30א(י) לחוק התקשורת. ראו גם עניין חזני, לעיל ה"ש 20, בפס' 9 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

57 רע"א 2904/14 גלסברג נ' קלאב רמון בע"מ, פס' ט לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו) 27.7.2014 (להלן: עניין גלסברג).

58 פרוטוקול ישיבה 1 של ישיבת הוועדה המשותפת כלכלה ומדע, הכנסת ה-17, 6–7 (20.11.2006).

מכל מקום, סעיף 30א(י)(3) מפרט את השיקולים שעל בית המשפט לשקול בבואו לפסוק לתובע פיצוי ללא הוכחת נזק,⁵⁹ כאשר אלה מבטאים את תכלית ההסדר, והיא לעודד הגשת תביעות שעלותן עולה על התועלת הצפויה מהן.⁶⁰ מטרת פיצויים אלה אינה להשיב את מצב נפגע הספאם לקדמותו, אלא לתמרץ אותו לאכוף את החוק ולהרתיע מפני הפרתו.⁶¹ במילים אחרות מנגנון הפיצויים לדוגמה נועד מחד גיסא להרתיע את מפר החוק, ומאידך גיסא לתמרץ את נפגע הספאם להגיש תביעות כנגד אותו מפר.⁶² להשלמת התמונה, כדי להבין את תכלית מנגנון זה, כפי שמשקף מהליך חקיקתו, אין טוב מלקרוא את מילותיו של השופט מזוז בחוות דעתו בעניין ארד:

”הנה כי כן, המחוקק ביקש להתמודד עם תופעת הספאם באמצעות אימוץ מודל של אכיפה פרטית בדרך של יצירת תמריץ לנפגע לתבוע, בעלויות נמוכות וללא שמוטל עליו הנטל להוכיח את נזקו. כלים אלו, כך קיווה המחוקק, יגרמו לנפגעי הודעות הספאם לתבוע את החברות המפרות, ירתיעו את שולחי הודעות הספאם מפני הפרות עתידיות ובכך תיבלם, או לכל הפחות תפחת, תופעת הספאם.”⁶³

2. תיקון מס' 63 לחוק התקשורת, התשע"ו–2016

כפי שעולה מהסקירה שלעיל, חוק הספאם בנוסחו הראשוני לא כלל התייחסות למסרים אלקטרוניים שמפיצים עמותות וגופים ללא כוונת רווח, כאלה המבקשים לגייס תרומות או להשפיע על עמדות או התנהגויות (תעמולה).⁶⁴ מאז שנחקק חוק הספאם בשנת 2008, התופעה שלפיה גופים אלה מפיצים את מסריהם באמצעי התקשורת – הן בצורה כתובה והן בצורה מוקלטת – הפכה

59 ואלה הם:

” (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;”

60 עניין חזני, לעיל ה"ש 20, בפס' 8 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

61 השוו, שם, בפס' 9 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

62 ראו גם טל חבקין ויגאל נמרודי **התביעה הקטנה** 162 (2017).

63 עניין ארד, לעיל ה"ש 1, בפס' 22 לפסק הדין של השופט מזוז.

64 ראו טקסט הסמוך ה"ש 45 לעיל.

נפוצה מאוד.⁶⁵ על רקע זאת בתחילת שנת 2014 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק שנועדה לטפל בהטרדות גם מהיבט זה.⁶⁶ במקור עלתה הצעה שהצעת החוק תכלול גם התייחסות למסרים פוליטיים, אך זו נדחתה לבקשת הממשלה, מה שספג ביקורת לא מעטה.⁶⁷ בשולי הדברים יש מקום לציין כי הספאם הפוליטי היה ועדיין הוא פעילות אשר יש הרואים בה מטרד. אין ספק כי הספאם הפוליטי נתון לביקורת.⁶⁸ מכל מקום, הצעת החוק האמורה התייחסה ל"מסר המופץ לציבור הרחב שמטרתו בקשת תרומה או הפצת תעמולה, למעט תעמולה שיש בה מסר פוליטי, ובכלל זה תעמולת בחירות".⁶⁹

במהלך הדיונים בוועדת הכלכלה קיבלו הגורמים הנוגעים להליך החקיקה פניות רבות מעמותות שונות, שלפיהן הצעת החוק עלולה לפגוע בהן.⁷⁰ לפיכך

65 ראו התייחסות בתקשורת אצל מיה אבידן "להתראות קבר רחל, שלום למייל" **הארץ** (31.5.2014) <https://www.haaretz.co.il/magazine/the-edge/.premium-1.2333827>; עידן קינן "אמי היקרה, תניחי לי" **הארץ** (9.11.2012) <https://www.haaretz.co.il/magazine/1.1859966>.

66 הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 61) (החלת האיסור על משלוח פרסומת לשם קבלת תרומות או לתעמולה), התשע"ה-2014, ה"ח 70 (להלן: הצעת החוק – תיקון מס' 61).

67 ראו, למשל, דברי חברת הכנסת עדי קול בפרוטוקול ישיבה 188 של הכנסת ה-19, 81 (9.12.2014); בדברי חבר הכנסת יעקב פרי ובדברי חבר הכנסת מיקי רוזנטל בפרוטוקול ישיבה 250 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-20 (13.6.2016); מיכל רז-חיימוביץ' "בקרוּב: הסוף להודעות טקסט טורדניות מקברי צדיקים?" **גלובס** (2.2.2016) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001099875>.

68 ראו, למשל, יסמין יבלונקו "זהירות, תעמולה טובענית: עד כמה מבול הסמסים הפוליטיים שמציף אותנו באמת חוקי?" **גלובס** (21.3.2019) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001278966>; "הלו, זה ביבי? שיחות מפוליטיקאים לא כלולות בחוק הספאם" **גלובס** (8.1.2013) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000812720>; "רק לפוליטיקאי מותר לשלוח ספאם" **גלובס** (13.11.2008) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000397231>.

69 הצעת החוק – תיקון מס' 61, לעיל ה"ש 66; עוד יש לציין כי תופעת הספאם הפוליטי – על מגוון דרכיה – עשויה להיחשב כהפרה של דיני הגנת הפרטיות. להתייחסות ראו, למשל, ניצן שפיר "לראשונה: מפלגה תשלם פיצוי לאזרח בגין משלוח הודעות ספאם במהלך בחירות" **גלובס** (26.7.2021) <https://bit.ly/4b1s5e8>.

70 ראו, למשל, דבריו של חבר הכנסת מיקי רוזנטל בפרוטוקול ישיבה 250 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-20 (13.6.2016); דבריו של יושב ראש ועדת הכלכלה איתן כבל בפרוטוקול ישיבה 155 של הכנסת ה-20, 473 (3.8.2016) (להלן: דברי יושב ראש ועדת הכלכלה איתן כבל); דבריו של חבר הכנסת דב חנין בפרוטוקול ישיבה 269 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-20 (28.6.2016).

הוחלט כי הודעות, שהן "דבר פרסומת", מטעם גורמים אלה בדואר אלקטרוני (בלבד) יוחרגו מהחוק, באופן שיחל לגביהן מנגנון Opt-out. כלומר, כל עוד הנמען לא הודיע על סירובו, אין מניעה לפנות אליו בדואר אלקטרוני.⁷¹ בהקשר זה חשוב לציין שבמהלך הדיונים בוועדה עלתה הצעה – אשר נדחתה – להשתמש במינוח "הודעה אלקטרונית" ולא "דואר אלקטרוני", כדי שהחריג יכלול גם "כל מיני מנגנונים של הודעה אלקטרונית שהיום קיימים, למשל וואטסאפ".⁷²

בשונה מפניות של עמותות וגופים כאמור באמצעות דואר אלקטרוני, לגבי אמצעי התקשורת האחרים (כמו שיחות טלפון מוקלטות או מסרונים), נקבע כי יחל מנגנון Opt-in.⁷³ הסיבה לכך היא שהמחוקק סבר כי "דואר אלקטרוני שונה מקבלת שיחת טלפון או מסרון שלהם נדרשת התייחסות מיידית", מה שנתפס כמטריד הרבה יותר.⁷⁴ עוד נקבע כי גם אם נמען מסוים הסכים לקבל מגורמים אלה את המסרים האמורים באמצעות מערכת חיוג אוטומטית (כמו שיחה מוקלטת), אזי על אותו גורם להודיע בתחילת המסר הקולי כי הנמען רשאי להסיר את עצמו מהתפוצה וכן לאפשר לו להסיר את עצמו באמצעות לחיצה על חייגן.⁷⁵

3. תיקון מס' 66 לחוק התקשורת, התשע"ח-2018

עוד במהלך הדיונים בעניין תיקון מס' 63, הונחו על שולחן הכנסת כמה הצעות חוק נוספות שביקשו לתקן את חוק הספאם. הצעות אלה ביקשו להוסיף לחוק חזקה שלפיה אם אדם ביקש להפסיק את ההתקשרות עם עסק מסוים, אזי יש לראותו כמי שביקש גם להפסיק לקבל דיוור מאותו עסק. ההצעות מזוגו,⁷⁶ ובפברואר 2018 התקבל בכנסת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 66), התשע"ח-2018.

71 ס' 30א(ב) לחוק התקשורת.

72 דבריו של חבר הכנסת דב חנין בפרוטוקול ישיבה 294 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-20, 3.7.2016.

73 בדיונים במליאת הכנסת צוין כי חלק מאותן עמותות ביקשו להחיל את מנגנון ה-Opt-out גם על שאר אמצעי התקשורת אולם בקשות אלה נדחו, בין היתר כדי לצמצם עד כמה שניתן את האפשרות ללחיצה על קישור או מקש כלשהו, מה שעלול לגרום לתקיפת סייבר. דברי יושב ראש ועדת הכלכלה איתן כבל, לעיל ה"ש 70, בעמ' 474.

74 שם, בעמ' 473. ראו גם דיון בפסיקה ברת"ק (מחוזי ת"א) 1523-08-20 גרוניס נ' חזקו חיוק ועידוד (ע"ר) (נבו 6.9.2020).

75 ס' 30א(ה)(1)(ג)(2) לחוק התקשורת.

76 ראו פרוטוקול ישיבה 446 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-20 (20.2.2017).

לדבריו של חבר הכנסת אורי מקלב, אחד מיוזמי הצעת החוק, הסיבה המרכזית שהובילה לקידום הצעת החוק היא שאנו "מוצפים בדברי פרסומת, מוצפים בהודעות שאנחנו לא מעוניינים בהן. יש יותר מדי הודעות ואנחנו לא יודעים באמת להבדיל ולדלות את החשובות לנו מהלא-חשובות לנו"⁷⁷ וכן כי לעיתים הטשטוש בין פרסום לצרכן לבין הבאה לכדי חיובו בתשלומים הולך וגדל במערכות יחסים אלה.⁷⁸ לפיכך הוחלט לקבוע כי "בעסקה בין מפרסם ובין נמען לרכישה של טובין או שירותים באופן מתמשך, יראו את הנמען כמי שנתן הודעת סירוב במועד סיום ההתקשרות, לרבות אם ההתקשרות הסתיימה בשל הודעת ביטול שנמסרה כדין"⁷⁹.

4. תיקון מס' 72 לחוק התקשורת, התשע"ח-2018

לקראת סוף שנת 2016 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק נוספת שביקשה לתקן את חוק הספאם. הצעה זו ביקשה להתייחס לשתי תופעות מרכזיות: האחת, שיחות טלפון ממערכת חיוג אוטומטית שנועדו לגרום לנמען לחייג אל מספר מסוים;⁸⁰ השנייה, תופעת ה"צנתוקים", כלומר חיוג של מפרסם לנמען וניתוק השיחה טרם המענה כדי לגרום לנמען לחייג בחזרה ולהשמיע לו את דבר הפרסומת.⁸¹ פרקטיקות אלה הפכו שכיחות לאחר חקיקתו של חוק הספאם, שכן מפרסמים רבים חיפשו דרכים לעקוף את ההגבלות הקיימות בחוק, ועל כן מצאו לעשות כן באמצעות חיוג טלפוני.⁸² לפיכך הצעת החוק ביקשה להרחיב את האיסור על שיגור דברי פרסומת, באופן שיסייע למגר את תופעות אלה, תוך

77 פרוטוקול ישיבה 219 של הכנסת ה-20, 91 (21.3.2017).

78 שם.

79 ס' 30א(ד)(2) לחוק התקשורת.

80 ראו גם דבריו של איתן כבל, יושב ראש ועדת הכלכלה, במליאת הכנסת המובאים בפרוטוקול ישיבה 334 של הכנסת ה-20, 44-45 (21.5.2018): "התיקון המוצע נועד להתמודד עם תופעה רווחת של משלוח מסרים לציבור הרחב, ובהם מסרים חדשתיים או תוכן רכילותי, שניתנים בהם פרטי מידע חלקיים, מתוך מטרה לגרום לנמען להתקשר למספר שמצוין באותם מסרים".

81 זאת אף על פי שעמדת משרד התקשורת היא כי הפרקטיקה אסורה אף בנוסחו הנוכחי של החוק. ראו שם וכן התייחסות בפסיקה בת"א (מחוזי ת"א) 1586/09 חיות נ' טלרן מסרים מיידיים בע"מ (נבו 5.4.2011); לעניין תופעת הצנתוקים, ראו, למשל, דברי ההסבר להצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 67) (הרחבת האיסור על שיגור דבר פרסומת), התשע"ז-2017, ה"ח 280; ראו גם את דבריו של חבר הכנסת אורי מקלב בפרוטוקול ישיבה 561 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-20, 2 (19.7.2017).

82 ראו עניין ארד, לעיל ה"ש 1, בפס' 17 לפסק הדין של השופט מזוז.

החרגת מסרים מאת המדינה ומוסדותיה, שהם בדרך כלל מסרים שיש להם חשיבות ציבורית.⁸³

ב. הפסיקה בתחום הספאם

לאחר סקירת החקיקה המרכזית בתחום הספאם בישראל, פרק זה יבחן כעת את יישום הדין בפועל בבתי המשפט. לפיכך פרק זה יתמקד בפסיקה בתחום דיני הספאם. כפי שיובא להלן, אף על פי שקיימים כמה פסקי דין של בית המשפט העליון אשר נדרשו לסוגיות השונות בדיני הספאם, וכן אף על פי שהחוק מנוסח בצורה שמקנה ודאות משפטית גבוהה באופן יחסי, הפסיקה בתחום הספאם מגוונת ולא אחידה.

כחלק מהליכים אזוריים "רגילים" תביעות ספאם מוגשות בדרך כלל לבתי המשפט לתביעות קטנות. על פי מחקר שביצע איגוד האינטרנט הישראלי, בין השנים 2016 ל-2022 הוגשו יותר מ-13 אלף "תביעות ספאם", רובן המכריע (93%) הוגשו בהליך תביעה קטנה.⁸⁴ היקפן הכספי הנמוך של תביעות אלה, עלויות ההליך הנמוכות באופן יחסי, הגמשת דיני הראיות ועוד,⁸⁵ הופכים את הליך התביעה הקטנה להליך המתאים להגשת תביעות ספאם. מוסד התביעה הקטנה מספק לנפגעי הספאם הליך פשוט, יעיל וזול. כמו כן, הליך של תביעה קטנה מתאים לתביעות ספאם מאחר שהמטרייה המשפטית שלהן פשוטה יחסית.⁸⁶ לפיכך עילת הספאם היא עילת תביעה נפוצה בבתי המשפט לתביעות קטנות.⁸⁷ לצד דברים אלה, היות הפסיקה העיקרית בתחום תוצר של בתי המשפט לתביעות קטנות, שם כאמור ההליך גמיש ובית המשפט לא כבול לסדרי הדין הרגילים,⁸⁸ הוא מצב אשר יוצר, לעיתים, פסיקה סותרת ומגוונת, מה שמביא לחוסר ודאות משפטית דווקא בתחום פשוט באופן יחסי.

פרק זה ידון בפסיקה מגוונת זו, ויתחלק לחמישה תתי-פרקים, אשר מסודרים בסדר דומה לבחינת השאלות המשפטיות שיש להשיב עליהן כדי לבסס תביעה בעילה של הפרת חוק הספאם: (1) האם בהודעה שנשלחה יש משום "דבר

83 ראו פרוטוקול ישיבה 738 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-20, 3 (7.5.2018).

84 איגוד האינטרנט הישראלי ניתוח נתוני-עתק של תביעות דואר זבל אלקטרוני (ספאם) בישראל (2023): www.isoc.org.il/research/spam-data-analysis.

85 על מאפייניה המיוחדים של התביעה הקטנה מאמר זה מרחיב בהמשך. ראו טקסט הסמון לה"ש 316 להלן.

86 ראו עניין בוקובה, לעיל ה"ש 5, בפס' 104 לפסק הדין של השופטת בן יצחק.

87 חבקין ונמרודי, לעיל ה"ש 62, בעמ' 161.

88 ראו ס' 62 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

פרסומת?" (2) האם דבר הפרסומת נשלח באמצעות אחד האמצעים שהאיסור בחוק חל עליהם? (3) האם הנתבע עונה להגדרת "מפרסם" שבחוק? (4) האם המפרסם לא עמד בדרישות הדין (צורנית או מהותית)? (5) אם העילה לא מבוססת על מנגנון הפיזיים לדוגמה – מה היקף הנזק שנגרם?⁸⁹

בהתאם לזאת, תת-הפרק הראשון ידון בפרשנות המונח "דבר פרסומת" ובפרשנות האמצעים לשליחתו שהאיסור בחוק חל עליהם; תת-הפרק השני יבחן מיהו מפרסם וכיצד הפסיקה התייחסה למצבים שבהם קיימת מערכת יחסים מסוג מזמין-קבלן; תת-הפרק השלישי יבחן את דרישות הדין המרכזיות וכיצד אלה פורשו בפסיקה; תת-הפרק הרביעי ידון בחובת הקטנת הנזק ובשאלת תום ליבו של התובע. לסיום, תת-הפרק החמישי יתייחס לתחום התובענות הייצוגיות, ויתמקד ברכיב ה"נזק".

1. פרשנות המונח "דבר פרסומת" והאמצעים לשליחתו

אחת השאלות המקדמיות והמרכזיות שבתי המשפט נוהגים לבחון בבואם לפסוק בתיקי ספאם היא אם ההודעה שנשלחה היא בגדר "דבר פרסומת". כפי שעמד על כך בית המשפט העליון בעניין בן-עמי, לשון החוק בהקשר הזה ברורה.⁹⁰ כדבריו של השופט סולברג, "ככל שההודעה נשלחה בתפוצה מסחרית, וככל שנועדה לגרום לנמענים השונים להוציא כספים – הרי לך 'דבר פרסומת'".⁹¹ עם זאת, הלכה למעשה נראה שהפסיקה לא אחידה ביחסה לסוגים שונים של הודעות מסוימות. באופן כללי, ההלכה המנחה בנושא נקבעה בעניין פסגות,⁹² ולפיה כדי להשיב על השאלה אם הודעה מסוימת היא בגדר "דבר פרסומת" יש לבחון את אופן הפצתה ואת המטרה שלשמה הופצה. כך, התשובה לשאלה אם הודעה מסוימת היא "דבר פרסומת" תלויה במטרה שאותה היא באה להגשים ולא בהכרח באופן שבו נמען סביר היה מבין אותה.⁹³ באופן זה יש לבחון את "מבחן המטרה". אם לפי מבחן זה ההודעה היא פרסומית, אזי יחולו הוראות חוק הספאם, ואם היא שירותית, אזי הן לא יחולו.⁹⁴ בספרות צוין כי המחוקק התכוון

89 כפי שיובא להלן, נדמה כי הנחת המוצא בתחום הספאם בישראל היא כי משלוח ספאם בהכרח גורם לנזק. השאלה היא אפוא מהו היקפו.

90 רע"א 4704/20 בן-עמי נ' Facebook Ireland LTD, פס' 11 לפסק הדין של השופט סולברג (נבו 9.2.2021); ראו גם לעיל ה"ש 45.

91 שם.

92 רע"א 4806/17 פסגות בית השקעות בע"מ נ' גלסברג (נבו 25.10.2017).

93 שם, בפס' 5 לפסק הדין של השופטת.

94 רע"א 1154/18 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' זינגר (נבו 6.6.2019) (להלן: עניין בזק).

להגדיר את המונח "דבר פרסומת" בהרחבה ועל כן "יש ליתן פרשנות מרחיבה להגדרה זו באופן שכל דבר פרסומת [אשר נשלח באופן מסחרי], והוא מיועד או יכול לקדם את עסקיו או מטרותיו של המפרסם, צריך להיכלל באיסור הקבוע בו".⁹⁵

למעשה, עוד לפני מתן פסק הדין בעניין פסגות, בית המשפט העליון קבע כי ההגדרה של "דבר פרסומת" על פי חוק הספאם "חלה גם על הודעות פרסומיות המציעות הטבות שונות במטרה למשוך את מי ששוגרו אליהם להתקשר עם מי שאת עסקיו הן גועדו לקדם",⁹⁶ וכן כי כך עולה גם מהדיונים בהליך חקיקת חוק הספאם.⁹⁷ דברים אלה "מיושמים בשטח", ועל בסיס זאת נקבע כי הודעות מסוג איחולי חג שמחה⁹⁸ ושנה טובה⁹⁹ עשויות להיות בגדר "דבר פרסומת", אם עולה כך מבחינת מטרותיהן.¹⁰⁰ עוד נקבע כי הודעות מסוג מתן הטבה או מידע "בחינם" וכדומה הן בגדר דברי פרסומת. נקבע שהודעות הכוללות מידע על אודות פעילות של עסק בתקופת הקורונה,¹⁰¹ הודעות הכוללות סרטוני הדרכה,¹⁰² הצאות "חינמיות"¹⁰³ ואפילו הודעות על חידוש פוליסת ביטוח¹⁰⁴ הן בגדר "דבר פרסומת". יתר על כן, גם אם ההודעה "נתפרה" למידותיו של הנמען, כמו ציון שמו ופנייה "אישית" אליו, היא עשויה להיחשב "דבר פרסומת" אם נוסחה באופן כללי והאמור בה נשלח למספר רב של אנשים.¹⁰⁵ כן נקבע כי הודעה שנוסף על

-
- 95 אביאל פלינט וחגי ויניצקי תובענות ייצוגיות 589 (2017).
- 96 רע"א Mega Advanced Mathematical System LTD 1621/16 נ' זילברג, פס' 13 לפסק הדין של השופטת חיות (נבו 14.6.2016) (להלן: עניין מגה).
- 97 שם; ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 14-09-3468 רודד נ' בי. אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ (נבו 25.6.2019).
- 98 ת"ק (תביעות קטנות י-ם) 57796-12-20 שטראוסר נ' אמין הנדסת אש בע"מ (נבו 29.9.2021).
- 99 ת"ק (תביעות קטנות י-ם) 57901-12-20 שטראוסר נ' טראוב (10.05.2021).
- 100 ת"ק (תביעות קטנות ראשל"צ) 47590-06-18 קינן נ' פלג נופש בע"מ (נבו 21.10.2018).
- 101 תא"ם (שלום ב"י) 35192-05-20 לדרמן נ' אופטיקה הלפרין בע"מ (נבו 21.7.2021).
- 102 ראו, בהתאמה, ת"ק (תביעות קטנות ב"י) 47859-03-20 אייזנשטט נ' אופטיקה הלפרין בע"מ (נבו 15.10.2020); רת"ק (מחוזי חי') 19-09-17694 אבן נ' אף. איקס. פיתוח תוכנה בע"מ (נבו 10.11.2019).
- 103 ת"ק (תביעות קטנות חי') 1222-11-20 פוארטי נ' אי. בי. אי. בית השקעות בע"מ (נבו 3.6.2021).
- 104 ראו, למשל, תא"ם (שלום ב"י) 64255-11-20 אבן נ' איי אי ג'י ישראל חברה לביטוח בע"מ (נבו 3.3.2022).
- 105 עניין בן-עמי, לעיל ה"ש 90.

מידע פרסומי כוללת גם מידע שירותי, תיחשב כ"דבר פרסומי",¹⁰⁶ וכך גם הודעה שמעודדת את הצרכן להוציא כספים באופן "עקיף".¹⁰⁷ עם זאת, כפי שצוין בפתח הדברים, אין בנושא זה אחידות פסיקתית. כך, למשל, באשר להודעות על חידוש פוליסת ביטוח, יש מי שקבע כי אין הן בגדר דברי פרסומי.¹⁰⁸ אחד הנימוקים לכך הוא שקיימות הוראות מטעם המפקח על הביטוח בעניין הודעה על תום תקופת הביטוח ועל כן קיימת הצדקה לשלוח אותן.¹⁰⁹ אולם, בפסיקה מאוחרת יותר טענה זו נדחתה.¹¹⁰ באופן דומה גם באשר להודעות שעניינן פעילות בית עסק בתקופת הקורונה קיימים פסקי דין שבהם נקבע כי הודעה הכוללת מידע על אודות פעילות של עסק בתקופת הקורונה אינה "דבר פרסומי".¹¹¹ כך גם לגבי הודעה אשר מיידעת כי העסק מקיים את הנחיות הקורונה.¹¹² עוד נקבע כי הודעה המיידעת על מעבר של העסק אינה

- 106 ת"צ (מחוזי מר') 36426-05-21 קרוננברג נ' סלופארק טכנולוגיות בע"מ, פס' 39 להחלטת השופטת קיציס (נבו 19.3.2023).
- 107 אם כי נקבע שהדבר עשוי להיות שיקול בקביעת שיעור הפיצוי. ראו: ת"ק (תביעות קטנות ראשל"צ) 54963-01-16 רונן לוי נ' 012 סמייל טלקום בע"מ (נבו 5.9.2016); ת"ק (תביעות קטנות י-ם) 39522-08-16 כהן נ' הוט מובייל בע"מ (נבו 8.11.2016).
- 108 ראו, למשל, ת"ק (תביעות קטנות נת') 12684-09-20 בירן נ' איי אי ג'י ישראל חברה לביטוח בע"מ (נבו 7.10.2021).
- 109 ראו, למשל, ת"ק (תביעות קטנות נת') 26090-02-19 שריד נ' איי אי ג'י ישראל חברה לביטוח בע"מ (נבו 3.7.2019).
- 110 עניין אבן, לעיל ה"ש 104, בפס' 22 לפסק הדין של השופט לכנר: "אכן, הנחיות המפקחת מטילות חובה על הנתבעת לשלוח הודעה 30 ימים לפני תום תקופת הביטוח, ומטרת סעיף זה היא שלא ינהג ברכבו ללא כיסוי ביטוחי. האם פירוש הנחיה זו היא שליחת 5 הודעות SMS, 4 הודעות דוא"ל וביצוע 4 שיחות טלפון? כמדומני שהתשובה לכך היא שלילית. שאלה זו מקבלת משנה תוקף נוכח הבהרתו המפורשת של התובע כי הוא מיודע ואינו מעוניין בהודעות נוספות אודות חידוש הביטוח".
- 111 כך, למשל, בתאד"ם (שלום ב"י) 12030-07-21 לדרמן נ' יסמן, פס' 17 לפסק הדין של השופט לכנר (נבו 30.3.2022) נקבע כי "גם אם בסופו של יום, התוצאה הסופית משרתת את האינטרסים של הנתבע, סבורני כי מסרונים אלו נועדו ליתן תרופה ולו במעט לעמימות ואי הוודאות שאפפו בימי הסגר ומגבלות הקורונה ומשכך, הרי שאינטרסים אלו נבלעים בתוך המרכיב אינפורמטיבי במסרונים אלו". ראו גם לאחרונה בת"צ (מחוזי י-ם) 44416-09-21 עזרא נ' אלקטרה מוצרי צריכה (1951) בע"מ (נבו 15.2.2023) (לערעור על החלטה זו ראו: ע"א 3156/23 עזרא נ' אלקטרה מוצרי צריכה (1951) בע"מ).
- 112 ת"צ (מחוזי ת"א) 10726-06-21 בכר נ' שופרסל בע"מ (נבו 6.9.2023): "[...] התרשמתי כי מטרת ההודעה אינה עידוד המכירות או שיווק של מוצר, מבצע או הטבה, אלא דווקא יחס מתחייב של העוסק ללקוחותיו, שבבסיסו בהחלט מתיישב עם רצונו להעביר את המסר כי המשבה מיישמת את הנחיות משרד הבריאות הנוגעות להתנהלות הציבור

"דבר פרסומת"¹¹³

מכל מקום אפשר להצביע על סוגים נוספים של הודעות שלגביהן נקבע כי אין הן בגדר דברי פרסומת. כך לגבי הודעות מצד מועדון צרכנות שמטרתן להודיע לנמען על הטבות מסוימות,¹¹⁴ או לגבי הודעות על הטבות שנכללות בתוכנית מועדון הלקוחות ועל תוקפן.¹¹⁵ עוד נקבע כי הודעות ששולח עסק ללקוחותיו בעת המתנתם על קו הטלפון במטרה ליידעם על קבלת השירותים בערוץ אחר, אינן "דבר פרסומת".¹¹⁶

לאחר הבחינה אם הודעה מסוימת היא "דבר פרסומת", יש לבחון את אופן שליחתה – אם הוא חוסה תחת הוראות החוק או לא. החוק מפרט ארבע דרכים לשליחת דברי פרסומת.¹¹⁷ יש מי שסבורים, מחד גיסא, כי אלה הן הדרכים היחידות למשלוח הודעות (פרשנות מצמצמת) ויש מי שסבורים, מאידך גיסא, כי אפשר לקרוא אל תוך הגדרות אלה אמצעים נוספים למשלוח הודעות (פרשנות מרחיבה). כך, למשל, במקרים מסוימים נקבע כי הודעה פרסומית שנשלחה לתיבתו הפרטית של משתמש בפלטפורמת רשת חברתית חוסה תחת חוק הספאם, משהיא "הודעה אלקטרונית".¹¹⁸ כך נקבע גם לגבי פלטפורמות נוספות.¹¹⁹ אולם, בהתאם להתייחסות בית המשפט העליון בעניין – אשר נמנע

-
- בתקופת המגפה וכי היא מקפידה למלא כלשונן את ההנחיות הללו לרווחת לקוחותיה ולספק להם סביבה בטוח". שם, בפס' 37 לפסק הדין של השופטת נחליאלי חיאט.
- 113 ת"צ (מחוזי ת"א) 61007-12-17 דניאלי נ' פרופורציה פי. א.ם. סי. בע"מ (נבו) 21.8.2022.
- 114 ת"ק (תביעות קטנות י-ם) 43793-09-21 וייס נ' חברה למפעלי כלכלה ותרבות לעובדי המדינה בע"מ (נבו) 13.3.2022.
- 115 עניין בכר, לעיל ה"ש 112, בפס' 35 לפסק הדין של השופטת נחליאלי חיאט: "התרשמתי כי תוכן הודעות המופנה לחברי מועדון הלקוחות, בתוך התקופה שבטרם שינוי התנאים, מתיישב עם המטרה שאותה באו להגשים [...] קרי, עדכון הלקוחות, החברים במועדון הלקוחות, אשר להטבות הקיימות בתוכנית מועדון הלקוחות של שופרסל ביניהן מנגנון צבירה ומימוש נקודות וגם על המועד בו יפקעו ההטבות, שהרי לשם קבלת הטבות ומידע על קיומן ומימושן, נרשמו הלקוחות להיות חברים במועדון הלקוחות".
- 116 נקבע שאלו הודעות שירותיות. ראו עניין בזק, לעיל ה"ש 94.
- 117 ראו טקסט הסמוך לה"ש 46 לעיל.
- 118 ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 32611-12-15 רדזינר נ' סלקום ישראל בע"מ (נבו) 24.7.2016; תא"ם (שלום הרצ') 15909-04-16 לב נ' ממון (נבו) 29.9.2017; בהקשר של שליחת הודעה ברשת לינקדאין (LinkedIn) ראו תא"ם (שלום רח') 32289-06-19 ריטרסקי נ' קוד גדל"ן בע"מ (נבו) 14.7.2020.
- 119 כמו הוואטסאפ (Whatsapp), כפי שנקבע בת"ק (תביעות קטנות חי') 42531-12-18 פרייפלד נ' עמותת עטרת עובדיה – לזכרון של הגאון הגר"ע יוסף זצק"ל (נבו) 21.6.2020.

מהכרעה מפורשת בנושא – אפשר לחשוב אחרת.¹²⁰ ואכן, קיימת ביקורת לגבי פרשנות מרחיבה של חוק הספאם והחלתו על אמצעי דיוור נוספים.¹²¹ בהקשר זה נקבע, למשל, כי חוק הספאם לא חל לגבי הודעות מתפרצות ובאנרים.¹²² זה המקום לציין, כפי שצוין בפתח המאמר, שכיום הודעות פרסומיות רבות נשלחות במגוון דרכים ובמגוון פלטפורמות או רשתות חברתיות. בהחלט, קיים קושי "בהסדרה משפטית של מציאות טכנולוגית המשתנה במהירות הולכת וגוברת".¹²³ אולם, לתפיסתי, אין מניעה לקבוע כי הודעות אשר נשלחות באמצעות פלטפורמה שאחת ממטרותיה העיקריות היא משלוח מסרים,¹²⁴ חלות תחת חוק הספאם. יש לכך שני טעמים עיקריים – האחד פורמלי והאחר מהותי: מבחינה פורמלית קשה לטעמי לחלוק על כך שהודעות אשר נשלחות בפלטפורמת מסרים לא עונות להגדרה של "הודעה אלקטרונית", שכן, למשל, מדובר במסרים המועברים באמצעות רשת האינטרנט אשר ניתנים לאחזור ולשמירה;¹²⁵ מבחינה מהותית, חוק הספאם נועד לתת מענה לתופעת הספאם. מטבע הדברים האמצעים הטכנולוגיים מתפתחים וכיום יש יותר כלים שבאמצעותם אפשר להפיץ ספאם. לפיכך פרשנות בהתאם לתכלית החוק תוביל למסקנה כי אף כלים אלה חוסים תחת חוק הספאם.¹²⁶

בהקשר זה אציין כי אני סבור ש"פוש" שיווקי מטעם אפליקציה כלשהי המותקנת בנייד (push notification) לא חוסה תחת חוק הספאם. בדרך כלל כאשר משתמש מתקין אפליקציה מסוימת, הוא מאשר כי זו "תקפיץ" לו הודעות עדכון. בהחלט יש מקום לתהות אם באישור שכזה יש משום הסכמה מפורשת לשלוח מסרים שיווקיים, להבדיל מהודעות שירותיות או כלליות. אולי, יש מקום לדרוש מבעלי אפליקציות לקבל הסכמה מפורשת כפולה: הסכמה למשלוח הודעות שירותיות או פונקציונליות; והסכמה למשלוח הודעות קידום או פרסום.¹²⁷ דיון בעניין חורג מהיקף מאמר זה, ובכל מקרה, לטעמי, הודעות מעין

120 עניין שפירא, לעיל ה"ש 40, פס' 14 להחלטה של השופטת ברק-ארז.

121 ראו, למשל, בעניין רודד, לעיל ה"ש 97.

122 ת"ק (תביעות קטנות עכו) 61666-02-19 עשת נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (נבו) (15.1.2020).

123 דבריו של השופט גרוסקופף בעניין טויסטר, לעיל ה"ש 13, בפס' 16 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

124 כגון: וואטסאפ, טלגרם וכדומה; וכן גם רשתות חברתיות שמטבען נועדו לקשר בין המשתמשים.

125 ראו גם את נימוקי שני פסקי הדין הנזכרים בה"ש 118 לעיל.

126 אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט (2003).

127 אם כי בהקשר זה סביר להניח כי השימוש באפליקציה יותנה בהסכמה לקבלת פרסומות. הרי זה "המחיר" שאנחנו משלמים עבור שימוש באפליקציה או בתוכן שלה. ראו בהקשר

אלה לא חוסות תחת אחת מהחלופות האחרות לאמצעי שליחת דברי פרסומת. החלופה שעשויה להיות רלוונטית היא "הודעה אלקטרונית", אשר מועברת באמצעות האינטרנט. אולם, ההגדרה בחוק דורשת כי ההודעה תהיה ניתנת "לשמירה ולאחזור בדרך ממוחשבת". להבנתי, ובהינתן הטכנולוגיה הקיימת (דבר אשר עשוי להשתנות בעתיד), הודעות "פוש" המופיעות על צג המכשיר הנייד לא ניתנות לשמירה ולאחזור. להשלמת התמונה, אציין כי לשיטתי יש להבחין בין מצב שבו הודעת ה"פוש" מופיעה באפליקציה במעין "תיבת הודעות" (ששם, למשל, אפשר לנהל שיח עם משתמשים אחרים או לקבל הודעות)¹²⁸ לבין מצב שבו ההודעה מופיעה ברשימת ה"פוש" הכללית של המכשיר הנייד. באשר לאפשרות הראשונה, הרי ששם ההודעה עונה להגדרה הפורמלית שבחוק; בעוד האפשרות האחרונה – לא.

2. מפרסם ויחסי מזמין-קבלן

לאחר שקבענו כי ההודעה שנשלחה היא "דבר פרסומת" ונשלחה באחד האמצעים המוגדרים בחוק, יש לבחון את הגדרת ה"מפרסם", אשר מוגדר בסעיף 30א(א) לחוק התקשורת. הגדרת ה"מפרסם" היא הגדרה רחבה אשר כוללת, בין היתר, הן את מי שעשוי ליהנות מהפרסום והן את מי שעיסוקו בפרסום ובשיווק.¹²⁹ בדרך כלל כאשר אדם או חברה מעוניינים להפיץ דברי פרסומת בפרט או לשווק את עסקיהם בכלל (בחלק זה: המזמין), הם מתקשרים עם גורם שבידו האמצעים לעשות כן. בהקשר זה יש להבחין בין שני סוגי "קבלנים" עיקריים בתחום: הקבלן האחד הוא "פלטפורמת דיוור" שבאמצעותה המזמין מפיץ את דברי הפרסומת שלו לקהל התפוצה שלו. הקבלן, בהקשר זה, משמש אך כספק של מערכת טכנולוגית להפצה ולשיווק, שבה המזמין משתמש. כלומר הלכה למעשה מי שמזין את פרטיהם של הנמענים ואת פרטי ההודעה הוא המזמין. על פי ההלכה הפסוקה, קבלן מסוג זה לא נכלל בגדר ההגדרה של "מפרסם".¹³⁰ לצד זאת, מעניין לציין שקיימת קביעה בפסיקה שלפיה פלטפורמת דיוור הכושלת בהבאת ראיות אשר תומכות באי-התערבותה בהליך הפרסום

זה תקסט הסמך לה"ש 12 לעיל. ככל שהוסכם בין הצדדים (למשל בתנאי השימוש של האפליקציה) כי בעל האפליקציה לא רשאי לשלוח הודעות פרסומת למשתמש, הרי שיתכן כי עומדת למשתמש עילה שמקורה בהפרת הסכם.

השוו לעניין רווד, לעיל ה"ש 97.

¹²⁹ עניין סמארט קלאב, לעיל ה"ש 4, בפס' 15 לפסק הדין של השופטת ברון.

¹³⁰ ראו רת"ק (מחוזי ת"א) 70225-05-19 פולסים בע"מ נ' היים (נבו 3.11.2019), וכן התייחסות גם בת"ק (תביעות קטנות נת') 47072-01-20 ברק נ' קבוצת גולף א.ק. בע"מ (נבו 16.7.2020).

ומרוויחה מהפעילות המפירה, תוחזק כמי שעונה להגדרה של "מפרסם"¹³¹. הקבלן השני הוא ה"משווק", אשר פועל כדי להשיג "לידים" (lead) עבור המזמין.¹³² כלומר, לפרסם ולקדם את שירותיו או מוצריו של מזמין השירות לשם התקשרות עם לקוחות פוטנציאליים.¹³³ לעיתים המשווק מספק למזמין השירות מידע שנאסף בצורה לגיטימית וחוקית, ולעיתים אותו משווק פועל בצורה בלתי חוקית המפירה את חוק הספאם. דהיינו, מפיץ הודעות פרסומיות לנמענים שלא נתנו את הסכמתם לכך, וזאת לשם קידום עסקיו של המזמין. ברור אפוא כי הקבלן במקרה זה יוחזק כ"מפרסם" לעניין תחולת הוראות חוק הספאם, אך בהקשר זה עלתה בפסיקה שאלה בעניין דינו של המזמין. זאת מאחר שהמזמין טוען להגנתו כי לא הוא זה שהפיץ את ההודעות.¹³⁴

אם כן במקרה הראשון ברור כי המזמין אשר מזין את פרטי הנמענים ואת פרטי ההודעה, עונה להגדרה של "מפרסם". אולם, במקרה השני אין הדבר כל כך אינטואיטיבי. שאלה זו נידונה בהרחבה בבית המשפט העליון בפסקי הדין בעניין סמארט קלאב,¹³⁵ והיא עוסקת בממשק שבין דיני הספאם לבין דיני הנוזיקין. ראשית כול, הנטל להוכיח כי ההודעות שוגרו בידי הקבלן ולא בידי המזמין שפרטיו מופיעים – וצריכים להופיע – בדבר הפרסומת, הוא על המזמין.¹³⁶ כמו כן, באופן כללי, מכיוון שמדובר ביחסי מזמין-קבלן, סעיף 15 לפקודת הנוזיקין קובע כי גורם שהתקשר עם קבלן עצמאי לא יישא באחריות לעוולות שבוצעו בידי אותו קבלן, אלא בהתקיים החריגים המנויים באותו סעיף. בבסיס סעיף זה עומדת ההנחה כי המזמין לא שולט בפעילות הקבלן שעזמו התקשר.¹³⁷

בהקשר זה נקבע בבית המשפט העליון בעניין קליניקות כרמל,¹³⁸ כי גם אם

131 תא"ם (שלום י-ם) 19158-02-18 קופרברג נ' חברת השקמה אן.ג'י.אן תקשורת בין לאומית 015 בע"מ (נבו 2.1.2021).

132 אלה הם, בדרך כלל, פרטי מידע על לקוחות פוטנציאליים.

133 אפשר לכנות גורם זה כ"מסייע לפני הפצה", ואפשר למנות בקטגוריה זו גם את בעלי מאגרי המידע אשר מוכרים את המידע שהם מחזיקים לגוף שמעוניין להשתמש במידע כדי לפרסם את עסקיו. לעיתים ספק הלידים הוא גם בעל מאגר המידע. ראו אצל בירנהק וור, לעיל ה"ש 4, בעמ' 29.

134 ראו, למשל, בתא"ם (שלום ת"א) 61100-03-16 תמיר נ' הולמס פלייס אינטרנשיונל בע"מ, פס' 6 לפסק הדין של השופט צימרמן (נבו 22.1.2019).

135 רע"א 7608/16 סמארט קלאב אחזקות בע"מ נ' כהן (נבו 14.2.2017); עניין סמארט קלאב, לעיל ה"ש 4.

136 עניין סמארט קלאב, לעיל ה"ש 4, בפס' 11 לפסק הדין של השופטת ברון.

137 שם, בפס' 12 לפסק הדין של השופטת ברון.

138 רע"א 2059/16 א.א. קליניקות כרמל בע"מ נ' כהן (נבו 27.7.2016) (להלן: עניין קליניקות כרמל).

מזמין קבע בהסכם ההתקשרות שכרת עם המשווק תניה שלפיה על המשווק לפעול על פי החוק, אין זה אומר כי הוא יצא ידי חובתו, וזאת בשל תכלית חוק הספאם. לפיכך נקבע כי לצורך תחולת החריג שבסעיף 15(3) לפקודת הניקיון מספיק להראות שהייתה מצד המזמין "הסכמה שבשתיקה" להתנהלות הבלתי חוקית של המשווק.¹³⁹ הסכמה זו יכולה להתבטא באמצעות מודעות של המזמין – בפועל או על ידי עצימת עיניים, שהקבלן מפר את החוק בעת עשיית המעשה שלשמו נשכרו שירותיו.¹⁴⁰ הנטל להוכיח מודעות זו מוטל על התובע.¹⁴¹ אולם, כשנסיבות אלה לא מתקיימות, אין להטיל על המזמין אחריות מאחר שלא הוא זה ש"לחץ על ההדק".¹⁴² במקרה אחד נקבע כי המזמין לא נדרש "להתנהל כמשרד חקירות".¹⁴³

3. דרישות הדין המרכזיות

3.1 דרישת ההסכמה והחזרה ממנה

לאחר שהגענו למסקנה כי במקרה מסוים הנתבע עונה להגדרת ה"מפרסם" שבחוק הספאם, וכי הנמען קיבל "דבר פרסומת", באחד האמצעים המנויים בחוק, יש לבחון אם פעילות המפרסם נוגדת את החוק. כידוע, "המוציא מחברו עליו הראיה".¹⁴⁴ לפיכך נמען-תובע אשר טוען להפרת חוק הספאם הוא זה שנושא בנטל ההוכחה. בהקשר זה קבעה הפסיקה כי בשל כללי ריכוך דיני הראיות בבתי המשפט לתביעות קטנות, אין מניעה שתובע בהליך זה יוכיח את תביעתו על בסיס תדפיסים המעידים על דבר הפרסומת ולא על בסיס הצגת ההודעה המקורית.¹⁴⁵ לצד כלל זה, בהיבטים מסוימים בתביעות ספאם נטל ההוכחה מוטל על הנתבע. כך, למשל, כאשר הנמען מצהיר כי למיטב ידיעתו לא

139 שם, בפס' 11 ו-14 לפסק הדין של השופטת חיות; ראו גם בעניין סמארט קלאב, לעיל ה"ש 4, בפס' 14 לפסק הדין של השופטת ברון.

140 עניין סמארט קלאב, לעיל ה"ש 4, בפס' 17 לפסק הדין של השופטת ברון.
141 שם.

142 וראו גם את ההתייחסות בעניין סמארט קלאב, לעיל ה"ש 4, בפס' 11 לפסק הדין של השופטת ברון.

143 ת"צ (מחוזי חי') 58457-07-22 תל ורד נ' ביאי פתרונות פיננסים א.ב.ע.א בע"מ, פס' 43 לפסק הדין של השופט באומגרט (נבו) 19.4.2023. בנסיבות העניין נקבע שם, בפס' 45: "הטלת חובה על עסק קטן לבחון לעומק שמה של כל חברה עמה הוא מתקשר, לרבות אודות בעליה וחיפוש במאגרי מידע משפטיים, תהא שגויה ותטיל חובת זהירות נרחבת בסוג התקשרויות כגון דא, דבר אשר איננו ראוי ככלל ובנסיבות העניין בפרט".

144 בבלי, בבא קמא לה, א.

145 ראו, למשל, רת"ק (מחוזי י-ם) 35139-11-20 כהן נ' פלאפון תקשורת בע"מ (נבו) 4.2.2021.

מסר את הסכמתו לקבל דברי פרסומת, עובר הנטל אל הנתבע אשר יידרש להוכיח כי קיבל את הסכמתו המפורשת של הנמען.¹⁴⁶ בהקשר זה נקבע כי אם נתבע מסוים לא מסוגל להוכיח שניתנה לו הסכמה עקב מכשול טכני מסוים, אזי הדבר לא יעמוד כטענת הגנה עבורו.¹⁴⁷ עוד נקבע כי במקרים מסוימים גם אם המפרסם שלח את דבר הפרסומת אל התובע "בטעות", אין בכך טענת הגנה עבורו.¹⁴⁸ נפסק גם כי תקלה נקודתית יכולה אולי להיות הסבר להפרת החוק, אך היא "אינה מורידה מעצם העובדה שהתקיימה הפרה".¹⁴⁹

כמבואר לעיל, הסכמת הנמען לקבלת דברי פרסומת ממפרסם צריכה להיות מפורשת ובכתב.¹⁵⁰ נראה כי שאלת ההסכמה היא שאלה "עובדתית", ועל כן נקבע כי אף מי שמסר למפרסם פרטים אך כדי לחשוף את זהות המפרסם, ייחשב כמי שנתן את הסכמתו.¹⁵¹ לא פעם נידונה בפסיקה הסכמתו של נמען להצטרף למועדון לקוחות או הסכמתו הכללית לתקנון מסוים, שכללו התייחסות בעניין הסכמתו של הנמען לקבל דברי פרסומת מהמפרסם, אם הסכמה שכזו יש משום "הסכמה מפורשת" או לא.¹⁵² לעמדתי, אין בעצם הצטרפותו של אדם למועדון לקוחות כדי לבסס הסכמה מפורשת לקבלת דברי פרסומת.¹⁵³ זאת מכיוון שאף אם בתקנון נקבעה הוראה מסוימת בעניין, עליה להיות מפורשת ולהבהיר ללקוח כי הוא נותן את הסכמתו לקבלת דברי פרסומת. הוראה כללית כי ישלחו אל

-
- 146 רע"א 1231/17 רז נ' אימפרשן מדיה בע"מ (נבו 20.4.2017); עניין מגה, לעיל ה"ש 96; ראו גם עניין בן-עמי, לעיל ה"ש 90, בפס' 13 לפסק הדין של השופט סולברג.
147 עניין רז, שם.
148 ראו, למשל, ת"ק (תביעות קטנות ראשל"צ) 70680-12-18 עידן נ' הוט – מערכות תקשורת בע"מ (נבו 11.8.2019); ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 46804-02-19 כהן נ' ג'יטי גטאקסי סיסטמס בע"מ (נבו 23.7.2019).
149 ת"צ (מחוזי ת"א) 11356-12-16 בליט נ' סי. סמדר אליאסף בע"מ, פס' 25 לפסק הדין של השופטת היאט (נבו 6.3.2020).
150 ס' 30א(ב) לחוק התקשורת.
151 רע"א 9162/16 עזרא נ' הזנק להצלחה בע"מ (נבו 5.1.2017).
152 ראו: ת"צ (שלום ת"א) 39200-04-17 גרי נ' א.ס.בי.אן. הלבשה בע"מ, פס' 15 לפסק הדין של השופט חיימוביץ והאסמכתאות שם (נבו 29.1.2019); תאד"ם (שלום ראשל"צ) 9414-07-21 מיטניצקי נ' מודרני סחר ב.י. בע"מ, פס' 8 לפסק הדין של השופטת עבדיאן (נבו 12.2.2023). השוו גם לת"צ (שלום ת"א) 52119-04-22 שוורץ נ' חברת מועדון הכדורסל מכבי תל-אביב (1995) בע"מ, פס' 8 להחלטה של השופט הדר (נבו 18.4.2023).
153 השוו לת"צ (מחוזי חי') 16989-09-20 סימנדוייב נ' פרימה מלונות תיירות ישראל 1977 בע"מ, פס' 67 להחלטתו של השופט רניאל (9.11.2021).

הלקוח "דואר אלקטרוני" או "הודעות שונות", אינה מפורשת מספיק לטעמי כדי לזכות בהסכמתו המפורשת של הלקוח לקבל דברי פרסומת.¹⁵⁴ לעיתים קרובות הנמען נתן את הסכמתו למשלוח הודעות פרסומיות, אולם חזר בו. כמבואר לעיל, חוק הספאם קובע כי נמען רשאי לחזור בו מהסכמתו בכל עת.¹⁵⁵ לצד זאת, הפסיקה מתחבטת בשאלה כיצד עליו לחזור בו מהסכמתו. בהקשר זה חוק הספאם מציין כי "הודעת הסיורב תינתן בכתב או בדרך שבה שוגר דבר הפרסומת". לפיכך חשוב לציין, בראש ובראשונה, כי האפשרויות של משלוח הודעה בכתב ושל משלוח הודעה בדרך שבה שוגר דבר הפרסומת הן אפשרויות חלופיות ונבדלות, אשר נתונות לבחירתו של הנמען. על כך, כאמור, קשה לחלוק.¹⁵⁶

אחת הדרכים הנפוצות ביותר שבהן מפרסמים משתמשים כדי לאפשר לנמען להסיר עצמו מרשימת תפוצה היא באמצעות קישור הסרה. בעניין גלסברג¹⁵⁷ בית המשפט העליון התייחס לאפשרות של משלוח הודעת סיורב באמצעות קישור. בהקשר זה דובר בתובע שהוכיח כי נשלחו אליו הודעות ללא הסכמתו מראש, אלא שבערכאת הדיון בעת פסיקת שיעור הפיצויים בגין ההפרה, הובאה בחשבון לרעת התובע הקביעה כי פעל בחוסר תום לב משלא פעל להסרתו משירות הדיוור באמצעות קישור ההסרה.¹⁵⁸ בבית המשפט העליון ציין השופט רובינשטיין כי מדובר באפשרות הסרה פשוטה יחסית, וסבר כי אם נמען לא השתמש בה אזי אין זה אומר שיש לשלול ממנו את הפיצוי כליל, אך אפשר יהיה להפחית את סכום הפיצויים שלו הוא זכאי.¹⁵⁹

אלא, שבפסיקה מעט מאוחרת יותר, לאחר כשבוע בלבד, עמד בית המשפט העליון בעניין חזני על כך שקיים קושי בהסרה באמצעות קישור, שכן הנמען לא יודע אם ההודעה נשלחה אליו ממקור אמין ובטוח, ואם ילחץ על הקישור הוא עלול להיחשף לוורוסים ולנזקים אחרים.¹⁶⁰ בהתאם בערכאות הדיון ישנן קביעות שלפיהן אם דבר הפרסומת נשלח ממקור המוכר לנמען, אזי קשה להלום כי לחיצה על קישורית ההסרה עלולה להוביל לנזקים שכאלה.¹⁶¹ יש אף קביעות

154 שם, בפס' 92 ו-94 להחלטתו של השופט רניאל.

155 ס' 30א(ד)(1) לחוק התקשורת.

156 עניין בן-עמי, לעיל ה"ש 90, בפס' 22 לפסק הדין של השופט סולברג; ראו גם ת"ק (תביעות קטנות ראשל"צ) 57811-04-18 גמבורג נ' לאדילה בע"מ (נבו) 21.3.2019.

157 עניין גלסברג, לעיל ה"ש 57.

158 ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 12-01-20987 רז נ' לוג טק תקשורת בע"מ (נבו) 20.1.2014.

159 עניין גלסברג, לעיל ה"ש 57, בפס' 17 לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

160 עניין חזני, לעיל ה"ש 20, בפס' 17 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

161 רת"ק (מחוזי ת"א) 20-07-51774 רז המאושר נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (נבו) 30.7.2020; ע"א (מחוזי ת"א) 19-10-51122 אוציקובסקי נ' אל על נתיבי אויר

שלפיהן הסרה באמצעות קישור תואמת את הוראות החוק,¹⁶² וכי תובע שלא לחץ על קישור כדי להסיר עצמו לא זכאי לפיצויים.¹⁶³ מנגד, ישנן קביעות שלפיהן אף על פי שאפשר להבחין בין קישור שנשלח מגורם מוכר לבין קישור שנשלח מגורם שאינו מוכר, אין להתחשב בכך משום שממילא לחיצה על קישור נוגדת את לשון החוק.¹⁶⁴ בלא מעט מקרים נקבע כי השימוש בקישור הסרה אינו בין דרכי ההסרה המסוימות שנקבעו בחוק.¹⁶⁵ באופן דומה, נקבע כי אפשרות למשלוח הודעת סירוב בשיחה טלפונית לא עומדת בתנאי החוק בנוגע למשלוח דבר פרסומת באמצעות מסרון – לא "בכתב" ולא "בדרך בה שוגר דבר הפרסומת".¹⁶⁶ נוסף על כך, מעבר לנימוק הפורמלי-לשוני, בית המשפט העליון והפסיקה בעקבותיו הכירו בכך שטמונות סכנות רבות בלחיצה על קישורים כמו היחשפות לוורוסים, גנבת פרטים מזהים, נזק למכשיר ועוד.¹⁶⁷ עקב כך קבע בית משפט כי "הקישור כמוהו כשער בין יקומים: אינך יודע מה תמצא מעברו האחר – התול, מפלצת, או ילדה יפה", ועל כן אינו משום דרך הסרה ראויה ולגיטימית.¹⁶⁸ עוד נקבע, בהליך ייצוגי, כי יידוע נמענים בדבר הסדר פשרה שהם נכללים בו וזכאים להטבות הניתנות במסגרתו, באמצעות מסרון הכולל קישור לחיץ, הוא לא דבר רצוי.¹⁶⁹ מכל מקום, בפברואר 2021 ניתן בבית המשפט העליון פסק הדין בעניין בן-עמי.¹⁷⁰ השופט סולברג, שכתב את פסק הדין, ציין כי העובדה שניתנה לנמען מסוים האפשרות לשלוח הודעת סירוב באמצעות לחיצה על קישור לא גורעת

לישראל בע"מ (נבו 23.11.2020).

- 162 ראו, למשל, ת"צ (מחוזי מר') 3523-03-17 אקשטיין נ' פרופורציה פי. אס. סי. בע"מ (נבו 29.1.2021); ת"ק (תביעות קטנות רח') 10025-06-21 חזוב נ' אמ. ג'י. אס. ספורט טרדינג בע"מ (נבו 17.8.2021).
- 163 תא"ם (שלום פ"ת) 57923-04-18 הרשון נ' עזריאלי אי קומרס בע"מ (נבו 30.10.2019).
- 164 ע"א (מחוזי מר') 16321-03-20 עקיבא נ' טרוולייק בע"מ (נבו 20.9.2020).
- 165 ראו, למשל, עניין עקיבא, שם; ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 8336-12-14 ריכטמן נ' טרוולייק בע"מ (נבו 19.4.2016); ת"ק (תביעות קטנות חי') 208-04-19 אבן נ' עזריאלי אי קומרס בע"מ (נבו 18.11.2019); ת"ק (תביעות קטנות ראשל"צ) 57811-04-18 גמבורג נ' לאדילה בע"מ (נבו 21.3.2019); תאד"ם (שלום ב"י) 2284-06-21 רוטנשטיין נ' ברופי בע"מ (נבו 4.9.2023).
- 166 ראו, למשל, רת"ק 49131-01-16 קושרובסקי נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ (נבו 5.5.2016).
- 167 השוו לעניין חזני, לעיל ה"ש 20, בפס' 2 לפסק הדין של השופט פוגלמן.
- 168 ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 25226-03-20 איידלסון נ' איוובר בתי קפה ישראל 15 בע"מ, פס' 5 לפסק הדין של השופט הימן (נבו 7.8.2020).
- 169 ת"צ (מחוזי ת"א) 27018-07-17 פרמינגר נ' כלמוביל בע"מ (נבו 28.4.2022).
- 170 עניין בן-עמי, לעיל ה"ש 90.

מזכותו לשלוח את הודעת הסירוב בדרך שבה נשלחה אליו ההודעה, או בכתב, בהתאם לרצונו.¹⁷¹ בציינו כן, הדגיש השופט סולברג כי הוא לא מתכוון לקבוע מסמרות באשר ללגיטימיות הפרקטיקה של משלוח דברי פרסומת עם קישורי הסרה.¹⁷²

אם נסכם את הדברים, נדמה שמפסקי הדין אשר ניתנו בבית המשפט העליון לא ניתן לזקק הלכה ברורה וחד-משמעית בעניין השימוש בקישורי הסרה. עוד אפשר לטעון כי אין מקום להסיק מהקביעות של בית המשפט העליון בעניין באופן גורף לכל המקרים בנושא, מאחר שהכרעה זו מבוססת על הנסיבות המיוחדות ויוצאות הדופן בעניין בן-עמי, שבהן התובע היה בקשר עסקי עם הנתבעת וניהל עימה שיח רב באשר להסרתו.¹⁷³ על כל פנים, כשלעצמי, נדמה לי כי השופט סולברג הבהיר בעניין בן-עמי כי שימוש בקישור הסרה כ"אופציה יחידה", לא מקיים את הוראות החוק:

"ככלל, שמורה לו, לנמען, הזכות לשלוח הודעת סירוב בדרך שבה קיבל את דברי הפרסומת; או בכתב, כטוב בעיניו. לחיצה על לחצן 'הסר' כאופציה יחידה, לא רק שאפשר שאינה מוכרת ופשוטה לחלק מהנמענים, הרי שממילא איננה יכולה לאיין את זכותם-זו. הדבר מתחייב מלשון חוק 'הספאם', ומתכליתו כהסדר המבקש להפחית את המטרד, ולהוריד 'כאב ראש' מן הנמען" (ההדגשות הוספו).

בכל מקרה, על רקע עניין בן-עמי ובהינתן ההכרעה בו, יש מי שיצא מנקודת הנחה כי אי-לחיצה על קישור הסרה מחייבת מתן הסבר משכנע.¹⁷⁴ במילים אחרות, משתמע מכך כי אי אפשר להניח מראש שבקישורי ההסרה טמונות סכנות רבות כמו הפצת וירוסים, והדבר אף מתמרץ נמענים ללחוץ על הקישורים, כדי שלא יופחת סכום הפיצוי המגיע להם.¹⁷⁵ באופן כללי, אפשר

171 שם, בפס' 22 לפסק הדין של השופט סולברג.

172 שם, בפס' 24 לפסק הדין של השופט סולברג. שם דובר בהודעות מסוג "no-reply".

173 השוו לנאמר בתא"ם (שלום ראשל"צ) 69379-06-20 אביטל נ' סמסונג אלקטרוניקס ישראל בע"מ (נבו) 13.2.2022.

174 ראו, למשל, תא"ם (שלום ראשל"צ) 19284-12-19 פורת נ' איל מקיאג' קוסמטיקה (2013) בע"מ (נבו) 12.10.2021.

175 תא"ם (שלום ראשל"צ) 54890-08-20 מלכנר נ' מודרני סחר ב.י. בע"מ (23.6.2021): "התובעת קיבלה מאת הנתבעת דברי פרסומת לתיבת הדואר האלקטרוני שלה, ובשלב מסוים שלחה הודעה לנתבעת, בה היא מבקשת להסירה מרשימת התפוצה. ההודעה הנ"ל לא נשלחה בדרך הרגילה והמקובלת, דהיינו תוך לחיצה על כפתור 'הסר', אלא בדרך של

לטעון כי לגיטימי לבקש מתובע להצביע על כך שלחיצה על קישור מסוים עלולה להזיק לו, כאשר מדובר בהודעה שנשלחה אליו ממקור אמין ובטוח. אולם, לטעמי, ראוי לדחות את טענה זו, שכן כיום גורמים רבים מתחזים לאותם גורמים אמינים. לשם המחשה, לאחרונה גורמים עברייניים הפיצו קישורים זדוניים תוך התחזות לחברת החשמל ולדואר ישראל. נמענים שלחצו על קישורים אלה ספגו נזקים רבים כמו גנבת פרטים רגישים ופרטי כרטיס האשראי שלהם.¹⁷⁶ עוד יש לזכור כי לחיצה על קישור עשויה לאשר למפרסם כי מדובר בנמען "פעיל", מה שעלול להיות מנוצל לרעה.¹⁷⁷

לפיכך, אני סבור כי ההנחה שלפיה אין בלחיצה על קישורים משום סכנות ועל כן אין מניעה של ממש ללחוץ עליהם – ככלל או במסגרת מערכת יחסים עם גורם מוכר, אמין ובטוח – מוטעית. לנמען כיום אין אפשרות ודאית לדעת אם הקישור שנשלח אליו הוא בטוח ואם ככלל ההודעה שנשלחה אליו היא מאותו גורם אמין שהוא מכיר. בהחלט, השימוש בקישורים אלה פשוט, הן לנמען והן לשולח, אולם בראייה רחבה יותר אני סבור כי הסכנות הטמונות בכך עולות על היתרונות בשימוש זה, בייחוד כשמבחינה טכנולוגית אפשר לנהל את רשומות הנמענים אף בצורה אחרת.¹⁷⁸ זאת ועוד, לחיצה על קישור לא נגישה לכל

176 משלוח הודעת דואר אלקטרוני לשירות הלקוחות של הנתבעת" (ההדגשות הוספו). ראו, למשל, "אזהרה: ניסיונות התחזות לדואר ישראל ב-SMS" משטרת ישראל (7.12.2021) <https://bit.ly/3HEo2Me>; גלעד מורג "אישום בפרשת הודעות הפייסינג מהדואר: בן 21 התחזה וגרף למעלה מ-200 אלף ש"י" [ynet](https://www.ynet.co.il/economy/article/rjgk38xht) (3.1.2022) <https://www.ynet.co.il/economy/article/rjgk38xht>; "קיבלתם הודעה על חוב לחברת החשמל? ייתכן שנפלתם קורבן לעוקץ" N12 (9.9.2021) <https://bit.ly/3UisjMY>; היאילי יעקביי-הנדלסמן "זהירות, הונאה: נוכלים מתחזים לדואר ישראל" ישראל היום (20.1.2021) <https://www.israelhayom.co.il/tech/tech-news/article/7065017>; אסף גולן "קיבלתם הודעה על חשבון חשמל שלא שולם? תיזהרו, מדובר בהונאה" ישראל היום (14.6.2021) <https://www.israelhayom.co.il/tech/tech-news/article/2163540>.

177 השוו ל-Schryen, לעיל ה"ש 28, בעמ' 20.

178 כמו, למשל, השבת המספר "0" או "1" או את המילה "הסר" למספר מסוים או לתיבה מסוימת, אשר מסירים את הנמען באופן אוטומטי; מטבע הדברים אפשרות זו, כמו גם אפשרויות דומות, לא מושלמת, שכן נמען עלול בטעות להשיב למשל את המילה "נסר", מה שלא ייקרא בתוכנת המחשב כפעולת הסרה. ובכל זאת, אני סבור כי אפשר להתגבר על כך ולהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. אפשר אף להרחיק לכת ולטעון כי "אם הסרה באמצעות קישור היא אפשרות נוחה יותר, מבחינה טכנית או אחרת, לשולח-ההודעות ואם חלופה, למשל של הסרה באמצעות מענה בהודעת-טקסט, מערימה קשיים בדרכה של השולחת לנטר את הודעות-הסירוב. הנטל הוא על השולחת ולא על הנמען. משגרת של הודעות, המבקשת לשלוח את ידה בפעולה מן הסוג הזה, תידרש להשקיע את הנדרש בהבטחתה של אפשרות טכנית לקיים את הוראות-החוק"; עניין

הנמענים, כמו אנשים המשתמשים בטלפונים שאינם חכמים או אנשים שאין בקרבתם חיבור זמין לרשת האינטרנט.¹⁷⁹ בכל מקרה, בדומה לעמדת שלעיל, קיימת פסיקה שהסיקה כי הלכות בית המשפט העליון מביאות למסקנה שהאפשרות של הסרה באמצעות קישור "אינה עומדת בדרישות החוק".¹⁸⁰ להשלמת התמונה יש לציין כי לעיתים מתעוררת שאלה אם מפרסם רשאי לדרוש כי את הודעת הסירוב ישלח הנמען לתיבה אחרת, או למספר אחר. בהקשר זה במקרה אחד נקבע כי המילים "בדרך שבה שוגר דבר הפרסומת" מתייחסות "לאופן משלוח ההודעה ולא לכתובת אליה יש לשלוח את ההודעה".¹⁸¹ כלומר מפרסם באמצעות דואר אלקטרוני יכול לציין כי את הודעת הסירוב יש לשלוח לכתובת מייל אחרת מזו שממנה נשלח המייל, ובאופן דומה, כך נראה, גם מפרסם באמצעות מסרונים יכול לציין כי את הודעת הסירוב יש לשלוח למספר אחר מזה שממנו נשלחה ההודעה. פעולות אלה, על פי מקרים אלה, לא תיחשבנה הפרה של חוק הספאם.¹⁸² מצד שני, קיים מקרה שבו נקבע כי מפרסם שלא אפשר לנמען להסיר את עצמו באמצעות משלוח מסרון לאותו מספר טלפון שממנו נשלח דבר הפרסומת, הפר את חוק הספאם.¹⁸³ אציין כי גישה שלפיה מפרסם רשאי להעמיד לנמען אפשרות הסרה במספר שונה או בתיבת דואר אלקטרוני שונה מאלה אשר מהם נשלח דבר הפרסומת, לא חפה מקשיים. שליחת הודעת סירוב למספר אחר או לתיבת דואר אלקטרוני אחרת עלולה להקשות על מקבל ההודעה לעשות כן (to Opt-out). לשם המחשה, כשמדובר במשלוח של הודעת סירוב למספר טלפון אחר, הדבר עשוי

איידלסון, לעיל ה"ש 168, בפס' 7 לפסק הדין של השופט הימן.

179 ראו דבריה של השופטת נד"ב בעניין אקשטיין, לעיל ה"ש 162, בפס' 29 לפסק הדין של השופטת נד"ב.

180 עניין אביטל, לעיל ה"ש 173, בפס' 6 לפסק הדין של השופטת בן אליעזר.

181 ת"ק (תביעות קטנות רמ') 19-09-46961 חיון נ' הודיס בע"מ (נבו 17.2.2020).

182 לדוגמה נוספת בהקשר של דואר אלקטרוני ראו עניין עקיבא, לעיל ה"ש 164, בפס' 53 לפסק הדין של השופטת שמולביץ; בהקשר של מסרונים השוו לת"צ (מחוזי ת"א) 14-07-29751 לפיד נ' סלקום ישראל בע"מ, פס' 39 להחלטתה של השופטת צפת (נבו 18.12.2016).

183 ת"ק (תביעות קטנות ב"י) 23-01-7247 שחר נ' טאור אוף בראנדס (2020), פס' 6 לפסק הדין של הרשם הבכיר שמפל (נבו 23.4.2023): "[...] היה על הנתבעת לאפשר לתובע להיות מוסר מרשימת הדיוור בדיוק באותה הדרך בה הוא קיבל את הודעות הספאם, היינו על דרך מתן אפשרות לתובע להשיב בדיוק לאותו מספר טלפון ממנו נשלחה הודעת הספאם ולא על דרך הפנייתו לשלוח בקשת הסרה למספר טלפון אחר לגמרי, כפי שאירע במקרה דנן". בקשת רשות ערעור על פסק הדין נדחתה בר"ק (מחוזי ת"א) 23-05-15824 טאור אוף בראנדס (2020) נ' שחר (נבו 26.6.2023).

להיות כרוך בפעולת הוספת אותו מספר ל"אנשי הקשר" (לעיתים אף באופן ידני) וכן בעלות כספית גבוהה יחסית עבור משלוח הודעת הסירוב (למשל, כאשר יש לשלוח את הודעת הסירוב למספר טלפון קווי).¹⁸⁴

עוד יש לציין בהקשר זה כי לעיתים קרובות הודעות בדואר אלקטרוני נשלחות מתיבה שלא מנוטרת בידי המפרסם, וכן לעיתים אף מצוין כך מטעם המפרסם באמצעות ציון הכותרת "do not reply" וכדומה. בהקשר זה נקבע כי אי אפשר לצפות כי תתקבל הודעת סירוב שנשלחה לתיבות אלה, משהן לא מנוטרות בידי המפרסם.¹⁸⁵ אולם, אין בכך כדי לגרוע מחובתו של המפרסם לספק לנמען אפשרות לסרב למשלוח ההודעות הפרסומיות כדין. בהקשר זה נקבע לא פעם כי תובע אשר שולח את הודעת הסירוב שלו לתיבה שלא מנוטרת בידי המפרסם, במודע, פועל בחוסר תום לב.¹⁸⁶

3.2 החריג לדרישת ההסכמה

כאמור לעיל בפרק א, לכלל ברירת המחדל שלפיו מפרסם רשאי לשלוח לנמען דברי פרסומת רק אם הלה נתן את הסכמתו לכך יש חריגים.¹⁸⁷ כך, למשל, בנסיבות מסוימות כאשר התקיימה בין הצדדים מערכת יחסים קודמת, סעיף 30א(ג) לחוק התקשורת מאפשר למפרסם לשלוח לנמען דבר פרסומת, אף אם הנמען לא נתן את הסכמתו המפורשת לכך. על תכלית חריג זה עמד בית המשפט העליון בעניין בן-עמי על בסיס הנאמר בעניין לפיד:

"ביסוד החריג ניצבת ההנחה שדבר פרסומת, שנשלח בהמשך למערכת היחסים שבין עסק לציבור לקוחותיו, איננו בהכרח מטרד, וכי מנגנוני השוק יש בהם כדי להניא עסק מפרסם מלשלוח דברי פרסומת שציבור לקוחותיו אינו מעוניין בהם."¹⁸⁸

חריג זה כולל ארבעה תנאים מצטברים: (1) הנמען מסר מרצונו את פרטיו למפרסם במסגרת התקשורת לרכישת מוצר או שירות; (2) המפרסם הודיע לנמען כי פרטיו ישמשו לשם משלוח דברי פרסומת, באחד האמצעים המותרים

184 אמיתי זיו "עוקץ ההסרה: ביקשתם שיסירו אתכם מרשימת תפוצה ב-SMS? זה עשוי לעלות כסף" *TheMarker* (21.1.2015). <https://www.themarker.com/technation/1>. 2545213.

185 ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 9571-01-20 אשר נ' טרווליסט בע"מ (נבו 6.8.2020).

186 השוו לרע"א 6215/20 רז המאושר נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (נבו 21.10.2020) (להלן: עניין רז המאושר); ראו גם עניין אוציקובסקי, לעיל ה"ש 161.

187 ראו דיון בטקסט הסמוך לה"ש 43 לעיל.

188 עניין בן-עמי, לעיל ה"ש 90, בפס' 16 לפסק הדין של השופט סולברג.

לשיגור דברי פרסומת; (3) לנמען ניתנה הזדמנות, שלא נוצלה, לסרב לכך; (4) דבר הפרסומת שנשלח מתייחס למוצר או לשירות דומה לזה שלגביו נמסרו פרטי הנמען.¹⁸⁹ טענה לתחולת החריג היא טענת הגנה שטוען המפרסם, והנטל להוכחת כל התנאים הללו מוטל עליו.¹⁹⁰

באשר לתנאי הראשון, במקרה אחד נקבע שאין לבחון מהי המטרה שלשמה מסר הנמען את פרטיו למפרסם. כלומר, די בכך שהנמען מסר למפרסם את פרטיו מרצונו, במהלך רכישה או משא ומתן לרכישה, כעניין עובדתי, כדי לקבוע שתנאי זה התקיים.¹⁹¹ בהקשר זה אציין כי לטעמי אין לדרוש ממפרסם לבדוק את כוונתו הסובייקטיבית של הנמען, עת מסר למפרסם את פרטיו – שכן הוא לא יכול ולא צריך לעשות זאת. אולם, אין בכך לגרוע מחובתו של המפרסם לפעול לכך שהנמען יהיה מודע לכך שפרטיו ישמשו לשם משלוח דברי פרסומת, כפי שאפרט בפסקאות הבאות. לצד זאת, אם הנמען יודע כי פרטיו ישמשו לשם משלוח דברי פרסומת, אזי עליו להימנע מלמסור אותם, או לסרב לקבל את דברי פרסומת.¹⁹² עוד בעניין התנאי הראשון, נקבע במקרה אחד כי יש לפרש את המונח "רכישה" ככזה אשר כולל גם התקשרות חנימית.¹⁹³

בעניין לפיד נידונו בהרחבה התנאי השני והתנאי הרביעי. בתמצית, בית המשפט העליון קבע כי באשר לתנאי השני הודעת המפרסם על כוונתו להשתמש בפרטי הנמען לשם משלוח דברי פרסומת יכולה להינתן אף לאחר המועד שבו הנמען מסר את פרטיו, ובלבד שתימסר לפני שנשלח דבר הפרסומת.¹⁹⁴ לגבי התנאי הרביעי, והוא תנאי "הדמיון", נקבע כי אין לפרשו באופן דווקני כך שדבר הפרסומת יידרש להתייחס לאותו מוצר או שירות בדיוק. הדרישה אינה למוצר זהה, אלא למוצר דומה. לכן, ככלל, יש לאפשר לעוסק לשלוח דברי פרסומת ללקוחותיו הנוגעים לתחום עיסוקו, ובלבד שאלה "נמכרים על ידו במסגרת

189 להרחבה על אודות תכליות תנאים אלה ראו עניין לפיד, לעיל ה"ש 5, בפס' 21 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

190 ראו, למשל, עניין בן-עמי, לעיל ה"ש 90, בפס' 17 לפסק הדין של השופט סולברג; ראו גם ת"צ (מחוזי חי') 20-24822-02 לב נ' דאבלטק בע"מ (נבו) 24.2.2021; תא"ם (שלום פ"ת) 18-05-43971 מאירי נ' ברנע (נבו) 16.2.2021.

191 השוו לע"א (מחוזי י-ם) 17-12-2526 קסטרו מודל בע"מ נ' רגב, פס' 14 לפסק הדין של בר-אשר (נבו) 8.4.2018. בקשת רשות ערעור על פסק דין זה נדחתה ברע"א 3690/18 בר נ' קסטרו מודל בע"מ (נבו) 16.8.2018.

192 השוו לעניין עזרא, לעיל ה"ש 151. ראו גם ס' א30(ג)(2) לחוק התקשורת.

193 ת"צ (שלום ת"א) 19-09-16620 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ, פס' 27-28 להחלטתו של השופט חבקין (נבו) 20.12.2020. (להלן: בן פורת "הכרעה בבקשת האישור").

194 עניין לפיד, לעיל ה"ש 5, בפס' 26-29 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

עסקיו הרגילים", ושלא מדובר ב"תחומי עיסוק נבדלים, הן מבחינה עניינית והן מבחינה ארגונית".¹⁹⁵

עוד יש לציין כי התנאי השני, והוא "תנאי ההודעה", פורש בפסיקה ככולל שני תנאי משנה: יידוע הלקוח כי פרטיו ישמשו לשם משלוח דברי פרסומת; ויידוע כאמור באחד האמצעים המנויים בסעיף קטן (ב) לחוק הספאם.¹⁹⁶ בהקשר זה נקבע כי קישור המפנה לתנאי שימוש, שבהם צוין כי המפרסם מתכוון להשתמש בפרטיו של הלקוח לשם משלוח דברי פרסומת, לא מקיים את תנאי זה ועל כן במצב שכזה לא יחול החריג לדרישת ההסכמה.¹⁹⁷ מאידך גיסא, במקרה אחר ובהתעלם משאלת האמצעי שבאמצעותו הודיע המפרסם לנמען כי ישתמש בפרטיו לשם משלוח דברי פרסומת, נקבע שחזקה על אדם המתקשר בהסכם מקוון כי קרא את תנאיו והסכים להם, וכי גם כאשר לא כל התנאים גלויים בפניו וכדי לראותם עליו ללחוץ על קישור, "החזקה האמורה עדיין תחול זאת בתנאי שמדובר בקישור ברור שקל להגיע אליו ולהיחשף לתנאיו".¹⁹⁸

בלי שאתייחס לשאלה אם כדי להודיע לנמען כי פרטיו ישמשו לשם משלוח דברי פרסומת, יש צורך לעשות כן באמצעות אחד האמצעים המנויים בסעיף קטן (ב) בחוק הספאם (אז מתעוררות שאלות אם שליחת מייל ובתוכו קובץ, או קישור לתנאים מסוימים, מקיים תנאי זה),¹⁹⁹ נדמה לי כי עניין מרכזי העולה ממחלוקת זו היא הסכמתו הפוזיטיבית של הנמען באשר לתנאי השימוש או התקנון, אם היא ניתנה או לא. כלומר, כאשר מפרסם כולל בתנאי שימוש הודעה המיידעת את הלקוח כי פרטיו ישמשו לשם משלוח דברי פרסומת, אך הנמען לא נדרש לתת את הסכמתו הפוזיטיבית לתקנון (למשל, על ידי סימון תיבת V), אזי הדבר לא יקיים את התנאי, ולהפך.

מחלוקת זו התעוררה במהלך הדיונים בהליך חקיקתו של חוק הספאם. במהלך הדיונים על אודות החריג עלתה הצעה שלפיה יש לדרוש כי הודעת המפרסם תימסר בטופס נפרד וחתום בידי הנמען. זאת מאחר שיש חשש כי

195 להרחבה ראו שם, בפס' 32 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

196 עניין בן פורת "הכרעה בבקשת האישור", לעיל ה"ש 193, בפס' 30 להחלטתו של השופט חבקין.

197 שם, בפס' 33 להחלטתו של השופט חבקין; ראו גם את ההתייחסות בעניין מיטניצקי, לעיל ה"ש 152.

198 ת"צ (מחוזי ת"א) 18-02-64880-02 הראל נ' פאנקו גרופ בע"מ, פס' 85-86 לפסק הדין של השופט חסדאי (נבו 25.7.2021).

199 שכן אז הטקסט לא מופיע באופן ישיר, אלא נדרשת פעולה נוספת מהנמען כדי להיחשף להודעת המפרסם כי זה מתכוון להשתמש בפרטיו לשם משלוח דברי פרסומת. ראו גם טקסט הסמוך לה"ש 209 להלן.

מפרסמים יסתירו הודעות שכאלה באותיות קטנות ובחוזים עבי כרס. 200 זו לא בעיה ייחודית בתחום הספאם והיא בעיה מוכרת בעולם הצרכנות. 201 בכל מקרה הצעה זו נדחתה, ונראה כי הנימוק לכך הוא שדרישה שכזאת תאיין את החריג לדרישת ההסכמה. זאת מכיוון שאם מפרסם יידרש לקבל הסכמה פוזיטיבית של הלקוח, למעשה אנו דורשים ממנו לקבל מהלקוח הסכמה מפורשת, כנדרש כברירת המחדל.

בהינתן דברים אלה אפשר לראות כי החשש האמור היה בידיעתו של המחוקק, וזה בחר שלא לדרוש ממפרסם לקבל מנמען את הסכמתו הפוזיטיבית כי הוא מודע לכך שהמפרסם מבקש להשתמש בפרטיו לשם משלוח דברי פרסומת. לפיכך אך מטעם זה אין לקבל עמדה הדורשת ממפרסם להציג הסכמה פוזיטיבית על תקנון כזה או אחר. עם זאת, לעמדתו, יש לבחון כל מקרה ואת נסיבותיו שלו, ואין לקבל – כברירת מחדל – עמדה שלפיה הודעה כזו או אחרת בתקנון מסוים מקיימת את תנאי החריג, אף ללא הסכמת הנמען לתקנון. זאת מכיוון שיש בהודעה חד-צדדית מטעם מפרסם, אשר "מוחבאת" בהסכמים רבי מלל ובאותיות קטנות, כדי לייתר את דרישת ההסכמה, קרי את כלל ברירת המחדל, מלכתחילה. דרישת ההסכמה היא "מטרת-העל" של חוק הספאם, היא הכלל. קבלת עמדה שכזו תסכל את מטרת החוק ויש להיזהר מפני הפיכת החריג אל הכלל. החריג לדרישת ההסכמה נועד "לרכך" את דרישת ההסכמה, אך לא לייתרה או להחליפה. 202

ודוק, תכלית תנאי ההודעה היא להבטיח את מודעות הנמען "לכך ששמו כלול ברשימת התפוצה של העסק", 203 והמפרסם נדרש להבהיר זאת ללקוח. 204 לשיטתי, אין המפרסם יוצא ידי חובתו עת הוא "מודיע" לנמען מסוים כי ישתמש בפרטיו לשם משלוח דברי פרסומת, אלא עליו להבטיח את מודעות הנמען לכך באופן מספק. אזכיר כי הלכה היא שנמען אשר משתמש בזכותו לסרב לקבלת

200 פרוטוקול ישיבה 3 של ישיבת הוועדה המשותפת לוועדת הכלכלה, ועדת המדע והטכנולוגיה להצעת חוק הגבלת הפצת פרסומות ברשתות תקשורת, הכנסת ה-17 (27.11.2007).

201 השוו לת"צ (מחוזי ת"א) 16-09-69315 לוי נ' כריטי אשראי לישראל בע"מ, פס' 11 לפסק הדין של השופטת אסתר נחליאלי חיאט (נבו 20.5.2021); ת"צ (מחוזי ת"א) 16-02-56325 שרף נ' לאומי קארד בע"מ (נבו 20.3.2018). ראו דיון אצל שמואל בכר "תוכן קונקרטי לדוקטרינות עמומות: ניתוח התנהגותי של חוזים צרכניים" עיוני משפט לג 277 (2010).

202 עניין לפיד, לעיל ה"ש 5, בפס' 17 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

203 שם, בפס' 21 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

204 עניין בן-עמי, לעיל ה"ש 90, בפס' 17 לפסק הדין של השופט סולברג.

דברי פרסומת, נדרש להפעיל את זכות זו בתום לב.²⁰⁵ בדומה, לשיטתי, מפרסם אשר מבקש להשתמש בזכותו להודיע לנמען שעזמו שרר קשר מסחרי קודם כי הוא מתכוון לשלוח אליו דברי פרסומת, נדרש לעשות זאת בתום לב. יתר על כן, בהינתן יחסים קודמים, העשויים להיות חוזיים, אפשר להגיע לתוצאה דומה מכוח סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. מכוח חובה זו, בין היתר, קמות חובות גילוי ויידוע אשר מקבלות משנה תוקף במערכות יחסים מסוימות (יש שיכנו זאת חובות "מוגברות"), ובכלל זה במערכות יחסים צרכניות שבהן קיימים פערי כוחות ומידע בין הצדדים, כמו גם בסיס הסכמי שנשען על חוזה אחיד.²⁰⁶

זאת ועוד, תנאי ההודעה קשור בטבורו לתנאי השלישי, שהרי אם הנמען לא מודע לכך שהמפרסם מתכוון לשלוח אליו דברי פרסומת בהיעדר הסכמתו המפורשת לכך, ודאי שהוא לא יוכל לסרב לכך (התנאי השלישי), בשל חוסר מודעותו.²⁰⁷ על כן, לטעמי, מכוח חובת תום הלב, ומכוח לשון ותכלית תנאי ההודעה והחריג לדרישת ההסכמה כולו, עולה כי כדי להבטיח את מודעות הנמען לכך שהמפרסם מתכוון להשתמש בפרטיו לשם משלוח דברי פרסומת, יש לבחון את תוכן ההודעה, ואת האופן שבו היא נשלחה.

באשר לאופן שליחת ההודעה, יש להבטיח כי אופן זה יבטיח את מודעות הנמען. על עניין זה אפשר ללמוד גם מתנאי המשנה השני, שלפיו הודעת היידוע נדרשת להימסר באחד האמצעים המנויים בחוק. תנאי משנה זה פורש בפסיקה באופן שיש בו כדי "להקל על זיהוי ההודעה, ולהגביר את הסיכוי שהלקוח ישים לב אליה ותתגבש אצלו מודעות לכך שהוא הולך לקבל מסרים פרסומיים".²⁰⁸ לפיכך, לשיטתי, כאשר נמען נדרש לבצע פעולה אקטיבית נוספת, מעבר להחיצה על ההודעה שנשלחה אליו כדי שזו תוצג בפניו, כמו לחיצה על קישור או על מסמך שצורף להודעה, אין תנאי זה מתקיים.²⁰⁹ יתר על כן, אף אם נפרש תנאי

205 שם, בפס' 23 לפסק הדין של השופט סולברג.

206 ראו ה"ש 201 לעיל, וכן ת"צ (מחוזי ת"א) 40614-04-19 מרכז רפואי קרית ספיר בע"מ נ' ישראלכרט בע"מ, פס' 34-36 לפסק הדין של השופטת נחליאלי חיאט (נבו 6.1.2023); ת"צ (מחוזי ת"א) 8300-05-18 סיבוני נ' הוט טלקום, פס' 27 להחלטתה של השופטת נחליאלי חיאט (נבו 20.7.2022).

207 עניין בן פורת "הכרעה בבקשת האישור", לעיל ה"ש 193, בפס' 37 להחלטתו של השופט חבקין: "מובן כי תנאי לכך שתינתן הזדמנות להודיע על רצון שלא לקבל דברי פרסומת הוא קיומו של תנאי ההודעה (התנאי הקודם שנדון). זאת משום שאם הלקוח אינו יודע (או מוחזק כיודע, לאחר שנמסרה לו הודעה העומדת בתנאי הסעיף), שהוא צפוי לקבל דברי פרסומת, מדוע שיוודע שהוא אינו מעוניין לקבלם?".

208 שם, בפס' 32 להחלטתו של השופט חבקין.

209 ראו גם טקסט הסמוך לה"ש 197-198 לעיל.

משנה זה בהרחבה, באופן מקל, ונקבל כי מסמך שבו נמצאת הודעת היידוע צורף להודעה (להבדיל ממצב שבו הודעת היידוע קיימת בהודעה שנשלחה באופן ישיר), יש לבחון אם המסמך עצמו, שהוא חלק עיקרי מהאופן שבה נשלחה הודעת היידוע, מבטיח את מודעות הנמען להודעת היידוע. כאן, אזכיר כי לעמדתי יש לבחון כל מקרה בהתאם לנסיבותיו – שכן ייתכן שבמסמך אחד ההודעה תהיה בולטת, ובמסמך אחר לא.²¹⁰

באשר לתוכן ההודעה, תוכן הודעת היידוע נדרש ליידע את הנמען באופן בהיר ולהבטיח את מודעותו לכך שהמפרסם מתכוון להשתמש בפרטיו לשם משלוח דברי פרסומת אליו. כלומר, יש חשיבות רבה למילים ולפרשנות העולה מהן. הרי הודעת היידוע עשויה להיות מפורשת יותר, מפורשת פחות או כלל לא מפורשת. בהקשר זה, כאשר הודעת היידוע היא חלק מחווה (למשל, תקנון מסוים), יש להחיל את "כלל הפרשנות נגד המנסח",²¹¹ כך שאם מתעוררת מחלוקת פרשנית לגבי תוכן ההודעה, אם יש בו כדי להבטיח את מודעות הנמען או לא, יש להעדיף את הפרשנות נגד המפרסם (שהוא בדרך כלל מנסח החווה).

מהי אפוא הרמה שבה נדרש מפרסם להוכיח כי תוכן ההודעה והאופן שבה היא נשלחה, יש בהם כדי להבטיח את מודעות הנמען? לעמדתי, אין לדרוש ממפרסם להראות מודעות של נמען מסוים בפועל, שכן נטל זה כנראה כמעט בלתי אפשרי להוכחה. אלא, שעל המפרסם להוכיח כי קרוב לוודאי שנמען סביר בנעליו של הנמען היה מודע להודעה ולאמור בה. במילים אחרות, איני סבור כי יש לדרוש ממפרסם להוכיח מודעות סובייקטיבית של הנמען, אלא שעליו להוכיח כי באופן אובייקטיבי ובנסיבות העניין קרוב לוודאי שהנמען הסביר היה מבין מתוכן ההודעה כי המפרסם מתכוון להשתמש בפרטיו לשם משלוח דברי פרסומת, וכי קרוב לוודאי שהאופן שבו נשלחה ההודעה יבטיח את מודעותו לכך. נטל זה יהיה ניתן להפרכה בידי הנמען, וממילא, תמיד עומדת לנמען זכותו לדרוש מהמפרסם כי זה יפסיק את משלוח דברי הפרסומת.²¹² בכך, לדעתי, יישמר האיזון בין דרישת ההסכמה לבין החריג לה והרציונליים העומדים בבסיסו, וכן יבטח כי החריג לדרישת ההסכמה לא ינוצל לרעה.²¹³

210 ראו ה"ש 202.

211 ס' 25(ב1) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

212 ס' 30א(ד1) לחוק התקשורת.

213 עניין לפיד, לעיל ה"ש 5, בפס' 20 לפסק הדין של השופט גרוסקופף: "ההכרה בקיומו של חריג להחלת מודל ה-in-Opt, דהיינו באפשרות של עסק לשלוח דברי פרסום לרשימת לקוחותיו ללא שקיבל את הסכמתם לכך, מחייבת לתחם את החריג בתנאים, על מנת להבטיח שהחריג לא ינוצל לרעה".

3.3 דרישות צורניות

סעיף 30א(ה) לחוק התקשורת מעגן את הדרישות הצורניות שעל מפרסם לעמוד בהן. כחלק מדרישות אלה על המפרסם לציין פרטים מסוימים "באופן בולט וברור, שאין בו כדי להטעות". דרישה מרכזית מבין דרישות אלה היא הדרישה לציין את היות ההודעה דבר פרסומת. כלומר, לציין בתחילת ההודעה את המילים "פרסומת", "תעמולה", "בקשת תרומה" – לפי העניין.²¹⁴ כפי שהסברתי לעיל בפרק א, דרישה זו נועדה, בין השאר, למנוע את הטעיית הנמען וליידע אותו כי מדובר בפרסומת, וכן לאפשר את סיווג ההודעה כהודעת פרסומת ואת סינונה באופן פשוט.²¹⁵ בפסיקה צוין, בקשר להודעות דואר אלקטרוני, כי את היות ההודעה "פרסומת" יש לציין כבר בכותרת ההודעה, דהיינו ב"נושא" הדואר האלקטרוני, "ואין די בכך שתופיע בגוף ההודעה".²¹⁶

נוסף על דרישה זו, על המפרסם לציין את שמו, כתובתו ודרכי יצירת הקשר עימו, אלא אם דבר הפרסומת נשלח באמצעות הודעת מסר קצר, אז המפרסם נדרש לציין רק את שמו ואת דרכי יצירת הקשר עימו לשם מתן הודעת סירוב.²¹⁷ עוד נדרש המפרסם לציין את זכותו של הנמען להודיע על סירוב למשלוח דבר הפרסומת וכן להעמיד לרשות הנמען מנגנון הסרה פשוט, סביר ואפקטיבי.²¹⁸ בהקשר זה נקבע בפסיקה שאת זכותו של הנמען לסרב למשלוח דבר הפרסומת יש לציין בשפה העברית, זאת מאחר ש"אין לדרוש מכל צרכן ישראלי לשלוח בלעז, לרבות אנגלית",²¹⁹ בדומה לכללים החלים בדניי הגנת הצרכן.²²⁰ באשר לציין המילה "פרסומת" בכותרת ההודעה, בדומה לשאר הפסיקה בתחום, גם כאן אין אחידות בפסיקה. מחד גיסא, יש מי שסברו כי אי-עמידה בדרישות הצורניות, כמו ציון המילה "פרסומת" וציון פרטי המפרסם, כנדרש בחוק, היא הפרה של החוק אשר מקנה פיצוי.²²¹ מאידך גיסא, יש מי שסברו כי אי-ציון המילה "פרסומת" אינו משום הפרה "ברף הגבוה" וכי בית המשפט לא

214 ס' 30א(ה)(1)(א) לחוק התקשורת.

215 ראו טקסט הסמוך לה"ש 49-52 לעיל.

216 עניין חרסט, לעיל ה"ש 50, בפס' 34-35 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

217 ס' 30א(ה)(2) לחוק התקשורת.

218 עניין לפיד, לעיל ה"ש 5, בפס' 35 לפסק הדין של השופט גרוסקופף; על אפשרות ההסרה באמצעות קישור הרחבתי לעיל, בתת-פרק 3(א).

219 תא"ם (שלום ב"י) 18-10-65990 רז נ' מועלם (קליקה בסטורס), פס' 17 לפסק הדין של השופט חסדיאל (נבו) 14.1.2021.

220 השוו לס' 14 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

221 ראו, למשל, ת"צ (מחוזי חי') 19-10-57094 רווה נ' ש. שסטוביץ בע"מ (נבו) 18.8.2020;

תא"ם (שלום חי') 20-12-28128 גלסברג נ' איי. טי. אי. – אדואנס תיניקינג אינג'ניאירי בע"מ (נבו) 23.3.2022.

מחויב לפסוק פיצוי בגין הפרה שכזו.²²² מחלוקת זו באה לידי ביטוי לא פעם בהליכים ייצוגיים, כפי שיובא בהמשך המאמר.²²³

4. חובת הקטנת הנזק ותום ליבו של התובע²²⁴

עד כה המיקוד היה בשאלות המשפטיות שמתעוררות באשר להתנהגות המפרסם-נתבע. ואכן, כנקודת מוצא, עמדת הפסיקה כפי שהובעה בבית המשפט העליון היא כי עולה מתכלית החוק שיש להתמקד בהתנהגות המפרסם ולא בחובותיו של הנמען.²²⁵ כך, בין היתר, על בית המשפט לבחון את נסיבות ביצוע הפרת החוק כמו התנהגות המפרסם, תוכן דבר הפרסומת, מספר דברי הפרסומת שנשלחו ועוד.²²⁶ לצד דברים אלה, אף על פי שחוק הספאם מתמקד באיסורים החלים על מפרסם ועל כן לרוב לא נדרש להתנהגות הנמען במפורש,²²⁷ בתי המשפט נדרשו לדון גם בהתנהגות הנמען-התובע, וזאת בטענות הגנה שמפרסמים-נתבעים נוטים לטעון להגנתם.

בעניין גלסברג קבע בית המשפט העליון כי לא חלה על נמען, שלא נתן הסכמתו מראש, חובה להקטין את נזקו, אולם בקביעת גובה הפיצוי אפשר להתייחס לעובדה שהמפרסם אפשר לנמען להסיר את עצמו בקלות יחסית.²²⁸ עמדה זו זכתה לביקורת מסוימת בפסק הדין בעניין חזני. כך, למשל, צוין כי הדבר עלול לתמרץ משלוח דברי פרסומת בניגוד לחוק.²²⁹ מכל מקום בסופו של יום נקבע כי "מתן האפשרות להסרה מרשימת התפוצה, היא כשלעצמה, אינה מחייבת הקטנת הפיצוי, אך רשאי בית המשפט להתחשב בעובדה זו במכלול השיקולים".²³⁰ אומנם אלה קביעות המתמקדות בהתנהגות המפרסם, אולם

222 רת"ק (מחוזי ת"א) 17-07-71598 רז נ' לוי (נבו 2.8.2017); תא"ם (שלום קר) 18-10-11135 לדרמן נ' אדר בעמקים בע"מ (נבו 8.3.2021).

223 ראו, למשל, טקסט הסמוך לה"ש 252-253 להלן.

224 תת-פרק זה ידון בשיקולים הפרקטיים שבתי המשפט נוהגים לשקול בכואם לפסוק פיצוי לפי חוק הספאם, כפי שנקבעו בפסיקה ולא במישרין בשיקולים המנויים בס' 30א(י) לחוק התקשורת. זאת ועוד, חלק עיקרי מהדיון יובא בהמשך, בדיון על השלכות הפסיקה בעניין ארד.

225 ראו, למשל, עניין גלסברג, לעיל ה"ש 57, בפס' יג לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

226 עניין חזני, לעיל ה"ש 20, בפס' 10 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

227 המצבים שבהם חוק הספאם מתייחס להתנהגות הנמען הם משלוח הודעת סירוב כמו, למשל, בס' 30א(ב) ו-30א(ד)(1) לחוק התקשורת או במצבים של החרג לדרישת ההסכמה, שם יש לבחון אם הנמען הביע התנגדות להודעת המפרסם כי זה ישלח אליו דברי פרסומת, לפי ס' 30א(ג)(2) לחוק התקשורת.

228 עניין גלסברג, לעיל ה"ש 57.

229 עניין חזני, לעיל ה"ש 20, בפס' 17 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

230 כפי שסיכם זאת השופט עמית בפסק דינו שם.

כפועל יוצא מכך הן מביאות לבחינת התנהגות הנמען, אם השתמש באפשרות ההסרה, או לא. באופן זה, למשל, נקבע כי לא מוטלת על תובע החובה להסיר את עצמו מדיוור שהוא לא מעוניין בו, אך אי-הסרה שכזאת עשויה להפחית את שיעור הפיצויים שלו יהיה זכאי.

באופן כללי, על תובע בתביעת ספאם – "ככל בעל דין בכל עניין משפטי" – מוטלת החובה לנהוג בתום לב.²³¹ השאלה אם בפעילות מסוימת של התובע יש משום חוסר תום לב תלויה בכל מקרה ובנסיבותיו.²³² בכל מקרה, ועל כך אין מחלוקת, לסוגיית תום הלב יש השלכות בנוגע לגובה הפיצוי שייפסק, אם כי יש אי-אחידות בנוגע לשאלה אם חוסר תום לב יכול לשלול מתובע פיצויים לחלוטין.²³³

מטבע הדברים פעילות בחוסר תום לב יכולה ללבוש צורות רבות ומגוונות. בית המשפט העליון קבע כי באשר לזכותו של נמען "לבחור את אופן משלוח הודעת הסיורוב", יש לממש זכות זו בתום לב, ככל זכות משפטית.²³⁴ עוד נקבע כי צבירה של דברי פרסומת באופן מכוון ומודע כדי לנפח את סכום התביעה היא פעילות בחוסר תום לב.²³⁵ בערכאות הדיון נפסק לא פעם כי תובע אשר שולח את הודעת הסיורוב שלו, במודע, לתיבה שהמפרסם לא מגטר, פועל בחוסר תום לב.²³⁶ עוד נקבע כי נמען המוחזק כמי שיודע, עובדתית, כי לחיצה על קישור הסרה תביא להסרתו מרשימת התפוצה ולא עשה כן, פועל בחוסר תום לב.²³⁷ גם השתהות במשלוח הודעת הסיורוב עלולה להיתפס כפעולה (למעשה, אי-פעולה) שלא בתום לב.²³⁸

-
- 231 עניין גלסברג, לעיל ה"ש 57, בפס' יג לפסק הדין של השופט רובינשטיין.
- 232 רע"א 1868/16 רז נ' האפרתי, פס' טז לפסק הדין של השופט רובינשטיין (להלן: עניין רז נ' האפרתי).
- 233 לעמדה שכזאת ראו תא"ם (שלום הרצ') 17-01-11104-01 הראל נ' סיטי לייף סטייל בע"מ, פס' 28 לפסק הדין (נבו 16.9.2018) (להלן: עניין הראל נ' סיטי לייף). ראו גם תא"ם (שלום רח') 20-09-23640-09 ריטרסקי נ' פלוס תקשורת (ע.א.) בע"מ (נבו 14.10.2023), שם נדחתה תביעתו של תובע, בין השאר, משום שהתובע בחר שלא לשלוח את הודעת הסיורוב בדרך שבה קיבל את דבר הפרסומת.
- 234 עניין בן-עמי, לעיל ה"ש 90, בפס' 23 לפסק הדין של השופט סולברג.
- 235 עניין רז נ' האפרתי, לעיל ה"ש 232, בפס' ג לפסק הדין של השופט רובינשטיין.
- 236 עניין רז המאושר, לעיל ה"ש 186; ע"א (מחוזי ת"א) 20-05-41702-05 מאירי נ' וי. אר אינטראקטיב בע"מ (נבו 10.8.2020).
- 237 עניין הראל נ' סיטי לייף, לעיל ה"ש 233.
- 238 ראו, למשל, ע"א (מחוזי ת"א) 18-10-2207-10 שופמינד בע"מ נ' אברהם (נבו 23.1.2019).

5. ספאם בתובענות ייצוגיות

טרם המאמר יעמיק בפסק דינו של השופט מזוז בעניין ארד, חשוב להתייחס אל אחד ממישורי האכיפה האזרחיים החשובים ביותר בתחום הספאם ובכלל, והוא המסלול של ניהול הליך ייצוגי. סעיף 12 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, מעגן את עילת הפרת הוראות חוק הספאם כעילה שאפשר להגיש בגינה תובענה ייצוגית לפי סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות. באופן כללי נהוג לייחס למכשיר התובענה הייצוגית תכלית דואלית: מימוש אינטרס הפרט ומימוש האינטרס הציבורי.²³⁹ על רקע זה מתמזגת התובענה הייצוגית עם מוסד התביעה הקטנה, עם תכלית חוק הספאם ועם מנגנון האכיפה הפרטית שקבוע בו.

במובן האחד, כפי ציין השופט מזוז בעניין ארד, מוסד התביעה הקטנה ומוסד התובענה הייצוגית חולקים תכלית משותפת של "מתן מענה למקרים בהם שוויו של הסכסוך אינו מצדיק הגשת תביעה 'רגילה'".²⁴⁰ זהו מימוש אינטרס הפרט;²⁴¹ ובמובן האחר, מנגנון הפיצויים לדוגמה הקבוע בחוק הספאם נועד לקדם אכיפה אפקטיבית של הדין והרתעה מפני הפרתו, בדומה לתכלית התובענה הייצוגית, וזהו מימוש האינטרס הציבורי.²⁴² לעמדתו, דברים אלה מקבלים משנה תוקף נוכח כך שבתביעות ספאם קיימת תועלת ציבורית אינהרנטית, בדומה לתביעות ייצוגיות צרכניות, ועל כן יש להעניק משקל מוגבר למימוש האינטרס הציבורי ולתכלית של הרתעה מפני הפרות של הדין.²⁴³

מכל מקום, להליך הייצוגי מאפיינים ייחודים והוא שונה מהליך של תביעה "רגילה".²⁴⁴ לענייננו חשוב להתייחס לכך באשר לאופן פסיקת הפיצוי. סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי ככלל בית משפט לא יפסוק בתובענה ייצוגית פיצויים ללא הוכחת נזק.²⁴⁵ בית המשפט העליון בהחיר בעניין קול ברמה

239 דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פס' 144 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר (נבו 4.7.2021) ראו גם עלי בוקשפן "תובענות ייצוגיות, תכלית החברה ותפיסת בעלי העניין בעידן התאגידי המודרני – הקרן למימון תובענות ייצוגיות כזכויות מגדלת" משפט ועסקים כד 111, 120 (2021).

240 עניין ארד, לעיל ה"ש 1, בפס' 5 לפסק הדין של השופט מזוז.

241 ראו ע"א 3613/97 אזוב נ' עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 801, 787 (2002).

242 עניין ארד, לעיל ה"ש 1, בפס' 29 לפסק הדין של השופט מזוז; ראו גם ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, 323 (1997).

243 השוו לפרשת זליגמן, לעיל ה"ש 239, בפס' 147-149 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר; ראו גם בוקשפן, לעיל ה"ש 239, בעמ' 121.

244 השוו לפליגט וויניצקי, לעיל ה"ש 95, בעמ' 21-22.

245 זאת למעט חריגים, כמפורט בפרט 9 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.

כי אין לפסוק בתובענה ייצוגית פיצויים ללא הוכחת נזק, וזאת גם אם החוק שמכוחו הוגשה התובענה מאפשר זאת.²⁴⁶ כך נאמר גם באשר לחוק הספאם בשולי הדברים בעניין מגה.²⁴⁷ לפיכך בבואו לפסוק פיצוי בהליך ייצוגי או לאמוד את הפיצוי המוצע בהסדר הפשרה, על בית המשפט להביא בחשבון שאין לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק, הגם שמדובר בסעד שהוא, הלכה למעשה, הסעד המרכזי בתיבעות הספאם ה"רגילות". דהיינו, יש לבחון את הנזק שנגרם לקבוצה בפועל, ובכלל זה את הנזק הבלתי־ממוני שנגרם לה.²⁴⁸

הדרישה בהליך ייצוגי לבסס נזק בגין הפרת חוק הספאם מעוררת קושי. זאת מאחר שנראה שיש מקום לטענה כי אם הודעה מסוימת, לצורך העניין שאין בה תוכן פוגעני, גורמת לנזק מסוים, הרי שזהו "מעשה של מה בכך".²⁴⁹ אף על פי כן הפסיקה די ברורה בהקשר הזה. כך, למשל, השופטת חיות ציינה בעניין מגה כי בשלב ניהול בקשת האישור די בכך שיוכיחו המבקשים "כי אכן שוגרו אליהם דברי פרסומת בניגוד לחוק כדי לבסס אפשרות סבירה שייקבע כי נגרם להם וליתר חברי הקבוצה נזק שיש לפצות עליו".²⁵⁰ עוד נקבע בערכאות הדין כי גם אם מדובר בהפרה צורנית בלבד, עדיין קיימת הצדקה לנהל הליך ייצוגי.²⁵¹ זאת בין השאר מהנימוק כי אין מקום להבחין בין חשיבות הדרישה הפורמלית לבין זו המהותית.²⁵² לדוגמה, נקבע בהקשר זה כי די בכך שהמילה "פרסומת" לא צוינה בכותרת ההודעה, כדי לקבוע שנגרם נזק. באופן זה יש לפסוק פיצויים עבור הנזק, "גם אם הוא קטן ביותר".²⁵³ במילים אחרות, הפרת חוק הספאם,

246 רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות (נבו 9.12.2015), שם נידונה האפשרות לפסוק בהליך ייצוגי פיצויים ללא הוכחת נזק לפי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000.

247 עניין מגה, לעיל ה"ש 96, בפס' 10 לפסק הדין של השופטת חיות.

248 ראו סיפת ס' 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות: "[...] ואולם אין באמור כדי למנוע פסיקת פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון". לעמדתי יש לבחון כל מקרה לגופו, אך למען שלמות התמונה אציין כי יש מי שרואה בפיצוי בסכום של 100 ש"ח להודעת מסרון ובפיצוי של 10 ש"ח להודעת דואר אלקטרוני פיצוי ראוי; ראו בהקשר זה: בת"צ (מחוזי חי') 14-12-66747 כהן נ' א.א. קליניקות כרמל בע"מ (נבו 11.2.2016); ת"צ (מחוזי חי') 16-08-14022 גלסברג נ' מידע כנסים בע"מ (נבו 10.12.2019); ת"צ (שלום ת"א) 21-07-61653 ליכטנשטיין נ' שטראוס קפה ביו (נבו 5.8.2022).

249 השוו לעניין בן פורת "הכרעה בבקשת האישור", לעיל ה"ש 193, בפס' 55 להחלטה של השופט חבקין.

250 עניין מגה, לעיל ה"ש 96, בפס' 10 לפסק הדין של השופטת חיות.

251 ת"צ (מחוזי חי') 19-10-57094 רווה נ' ש. שסטוביץ בע"מ (נבו 18.8.2020).

252 שם, בפס' 90 להחלטת השופט רניאל.

253 בן פורת "הכרעה בבקשת האישור", לעיל ה"ש 193, בפס' 63 להחלטה של השופט חבקין.

תהא אשר תהא, מבססת בהכרח רכיב של נזק. לשיטתי, יש לזכור כי בהפצת הודעות ספאם יש משום החצנה שלילית והיא פעולה אשר גורמת לנזקים ציבוריים. אשר על כן, הלכה למעשה, כל אחד מאיתנו ניזוק ממנה, במודע או שלא במודע.²⁵⁴

בכל זאת, טענה שעולה לעיתים מצד נתבעים (או משיבים) בהליכי ספאם היא כי אם נגרם נזק, הרי שהוא בגדר "זוטי דברים" (*de minimis*).²⁵⁵ לכן אין לנהל את ההליך נגדם.²⁵⁶ בהליך ייצוגי טענה מעין זו מעוררת קושי, שכן תפקידה העיקרי של התובענה הייצוגית הוא להתגבר על מצבים שבהם הנזק עבור ניזוק יחיד אינו רב, ועל כן אותו ניזוק יימנע מלהביא את עניינו בפני בית המשפט, מה שיפגע באכיפת הדין ובהרתעה מפני הפרתו.²⁵⁷ ואכן, בית המשפט העליון הבהיר בעניין משה כי מי ששוגר אליו דבר פרסומת ללא הסכמתו חווה נזקים, שאינם בבחינת "זוטי דברים", כמו טרדה, פגיעה בפרטיות ואי-נוחות.²⁵⁸ נזקים אלה מצריכים פסיקת פיצוי,²⁵⁹ והרי עצם האפשרות להגיש תובענה ייצוגית בעילה של הפרת חוק הספאם מעידה כי לעמדת המחוקק נזקי הספאם אינם דבר של מה בכך.²⁶⁰

לצד דברים אלה, אפשר לטעון כי בהינתן ההכרה במעין "מדרג" של הפרות חוק הספאם, אם ההפרה היא מהותית וחמורה יותר (משלוח ללא הסכמה מראש) או צורנית וחמורה פחות (למשל, אי-ציון המילה "פרסומת" בכותרת), אזי ייתכן כי "הנזק שנגרם לנמען מהודעת ספאם בודדת, כמו גם ממספר הודעות ששלחתן פרוסה לאורך תקופה ארוכה ושאינן תדירות, בא בגדר 'זוטי דברים'".²⁶¹ הדבר יהיה תלוי נסיבות – הרי הנזק שנגרם בפועל לנמען שההודעה

254 ראו ה"ש 15 לעיל ואת המקורות שם. טיעון זה משמעותי יותר כאשר מדובר בהפרה מהותית, קרי בלי שניתנה הסכמה מראש למשלוח ההודעה.

255 הגנה זו קבועה בס' 4 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] ויש לה ביטוי נוסף בחקיקים נוספים, ובהקשר שלנו בס' 6 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

256 עניין חרסט, לעיל ה"ש 50, בפס' 39 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

257 ס' 1 לחוק תובענות ייצוגיות; דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385, 447 (2003).

258 עניין משה, לעיל ה"ש 96, בפס' 10 לפסק הדין של השופטת חיות; ראו גם עניין לב, לעיל ה"ש 51, בפס' 84-85 לפסק הדין של השופט רניאל.

259 ראו גם ת"צ (מחוזי ת"א) 15-12-34900 כהן נ' התיאטרון הלאומי הבימה בע"מ (נבו 10.10.2018); ת"צ (שלום ת"א) 19-07-47735 עינבר נ' לאדילה אונליין בע"מ, פס' 20 לפסק הדין של השופט חבקין (נבו 18.07.2021).

260 השוו לעניין חרסט, לעיל ה"ש 50, בפס' 47 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

261 ת"צ (שלום ת"א) 19-09-16620 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ, פס' 30 לפסק הדין של השופט חבקין (נבו 2.6.2022) (להלן: בן פורת "אישור הסדר

שנשלחה אליו נבלעה בתיבת "דואר זבל", אשר אליה כלל לא נחשף, לא דומה לנזק בפועל שנגרם לנמען שהודעה שנשלחה אליו הסיחה את דעתו ודרשה ממנו התעסקות ונקיטת פעולות הסרה.²⁶² כך גם באשר לנמען שנשלחה אליו הודעת פרסומת המציעה הטבה מסוימת, שאותה בסופו של דבר מימש.²⁶³ מכל מקום, נראה כי עם מתן פסק הדין בדיון נוסף זליגמן בחודש יולי 2021, הידוע בעיקר בשל התייחסותו למשקל עמדת המאסדר,²⁶⁴ ממילא כבר לא עומדת לנתבעים בהליכים ייצוגיים טענת הגנה של "זוטי דברים",²⁶⁵ והדבר כבר נאמר בשולי הדברים ביחס לתביעה ייצוגית בעילה של ספאם.²⁶⁶ כך או כך, נדמה שדרך המלך להעלאת טענה בהליך ייצוגי אשר לפיה הנזק שנגרם לחברי הקבוצה הוא זניח ועל כן אין מקום לנהל את ההליך, היא שימוש במנגנונים שבחוק תובענות ייצוגיות.²⁶⁷ כך, למשל, מפרסם עשוי לטעון כי בהינתן נסיבות מסוימות אין התובענה הייצוגית הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת.²⁶⁸ בהחלט, ייתכנו מקרים שבהם ניהול ההליך הייצוגי מתחילתו ועד סופו לא מוצדק ואינו הולם את תכליות חוק הספאם והתובענה הייצוגית. בשונה מהליך "רגיל", בהליך ייצוגי יש לבחון שיקולים נוספים וייחודיים להליך הייצוגי.²⁶⁹ כפי שציין המשנה לנשיאה (בדימוס) מלצר בפרשת זליגמן:

הפשרה").

- 262 שם; אבהיר כי לעמדתי בשני המקרים נגרם נזק, בין היתר, בגין ההעמסה על התעבורה שלבסוף מתגלגלת אל הציבור כולו.
- 263 ראו, למשל, ברע"א 335/23 דאבלטק בע"מ נ' לב, פס' 19 לפסק הדין של השופטת ברון (נבו 27.7.2023).
- 264 אבישי גרינצייג "בית המשפט העליון: פרשנות הרגולטור להנחיותיו איננה מחייבת את בית המשפט" גלובס (4.7.2021) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001376890>.
- 265 פרשת זליגמן, לעיל ה"ש 239, בפס' 141 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימוס) מלצר. ויובהר – איני מתיימר לציין כי זו ההלכה שנקבעה שם, בהינתן זה שהייתה הסכמה בקרב השופטים כי הדיון בנושא לא היה מחויב בנסיבות העניין, וכן עקב הסתייגותם של השופטים ברק-ארז ופוגלמן, אף על פי שככלל הצטרפו אל חוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימוס) מלצר. ראו בהקשר זה את פסק הדין של השופט פוגלמן ואת פס' 24, 27–29 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.
- 266 עניין בן פורת "אישור הסדר הפשרה", לעיל ה"ש 261.
- 267 פרשת זליגמן, לעיל ה"ש 239.
- 268 ס' 8(2) לחוק תובענות ייצוגיות; פרשת זליגמן, לעיל ה"ש 239, בפס' 155–156 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימוס) מלצר.
- 269 פרשת זליגמן, לעיל ה"ש 239, בפס' 157 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימוס) מלצר.

”שיקולים נוספים שניתן להתחשב בהם בהקשר זה הם: האם ההפרה הנובעת היא חד פעמית, או שיטתית? האם היא נמשכת לאורך זמן? האם היא מכוונת, או שמא נעשתה ברשלנות? האם היא גרמה נזק למספר רב של פרטים? האם לפעולה יש השפעות על האינטרס הציבורי? ... ככל שהתשובות לשאלות אלו הן חיוביות – הרי שלרוב, תצמח תועלת חברתית בקיום בירור משפטי [...]”²⁷⁰.

דהיינו, עצם קיומו של נזק לא מחייב בהכרח ניהול הליך ייצוגי. באותו אופן הפסיקה קבעה, ובצדק לטעמי, כי גם תקלה נקודתית שאינה שיטתית עשויה להצדיק ניהול תובענה ייצוגית בהינתן קבוצה גדולה של נפגעים.²⁷¹ כפי שצינתי לעיל, תקלה נקודתית אולי עשויה להסביר את הפרת החוק, אך אין היא ”מורידה מעצם העובדה שהתקיימה הפרה”²⁷². אולם בהינתן המסגרת הייחודית של ההליך הייצוגי יש לבחון כל מקרה לגופו, ועל כן אף במקרה שבו הוכחה הפרה נקודתית ואף הוכח נזק לקבוצה, ייתכן כי אין מקום לנהל הליך ייצוגי.²⁷³ זאת, למשל, אם המפרסם הוכיח כי מדובר בתקלת אנוש נקודתית, ללא כוונת זדון, אם הוא לא נוהג בפרקטיקה מפירה, נוקט אמצעי זהירות ומפעיל מדיניות שנועדה למנוע מהפרות שכאלה להתרחש, או אם המפרסם תיקן את ההפרה מייד עם התרחשותה, הפיק לקחים ויישם אותם.²⁷⁴ זאת, כמובן, נוסף על בחינת נסיבות הקשורות להתנהלות התובע הייצוגי, כמתחייב מעקרונות ההליך הייצוגי.²⁷⁵ בהתקיים נסיבות מעין אלה לצד נסיבות נוספות הקשורות לתנאים לניהול ההליך הייצוגי, ייתכן כי ניהול ההליך הייצוגי מתחילתו ועד לסופו לא יהיה הדרך

270 שם, בפס' 158 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר.

271 ת”צ (מחוזי י-ם) 50447-06-15 אביב נ' פלאפון תקשורת בע”מ (נבו 3.7.2017).

272 עניין בליט, לעיל ה”ש 149. במישור הראייתי, אם נתבע בהליך ייצוגי טוען כי חלה ”טעות נקודתית”, מוצדק להעביר אליו את נטל הראיה. ראו לעניין זה ע”א 7187/12 צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל (נבו 17.8.2014).

273 השוו לת”צ (מחוזי ת”א) 30202-10-21 תמיר נ' סאני תקשורת סלולרית בע”מ (נבו 28.2.2023), שם נדחתה בקשה לאישור תובענה כייצוגית, בין היתר בנימוק כי מדובר בטעויות נקודתיות שאינן מצדיקות ניהול הליך ייצוגי.

274 השוו לת”צ (שלום ת”א) 58015-05-20 ברששת נ' היפרטוי בע”מ (נבו 18.1.2022).

275 ראו, למשל, ס’ 8(א)-(3)-(4) לחוק תובענות ייצוגיות. כך, למשל, בת”צ (מחוזי חי’) 39317-02-17 לב נ' אלקובי (נבו 31.03.2020), נדחתה על הסף בקשה לאישור תובענה כייצוגית בנימוק כי הגשת בקשת האישור נגועה בהיעדר תום לב. ראו גם את דיון שנערך בת”צ (מחוזי ת”א) 4382-12-20 ויספלד נ' מנירב (נבו 22.8.2023).

היעילה וההוגנת להכריע בעניין.²⁷⁶ דברים אלה מתיישבים גם עם העמדה, ולעמדתי ראוי להסתייג ממנה וראו בפרק להלן, שלפיה בהליך ייצוגי ובהינתן העומס על בתי המשפט, אין הצדקה להקדיש זמן שיפוטי לתובענות הנוגעות להפרת חוק הספאם.²⁷⁷

להשלמת התמונה, חשוב לציין שכימות הנזק בתובענות ספאם, אשר בדרך כלל מתבססות על נזק בלתי-ממוני, מעורר קושי לא מבוטל.²⁷⁸ בהקשר זה בבחינת היקף הנזק שנגרם לחברי הקבוצה יש להביא בחשבון את חברי הקבוצה שעשויים להיחשב כמי שלא נגרם להם נזק, וכן את השונות ביניהם. זאת, לדוגמה, במקרים שבהם נמען מסוים היה מעוניין בפרסום שנשלח אליו ואף השתמש בהטבות שהוצעו שם (ככל שדבר הפרסומת התייחס לכך),²⁷⁹ או במצבים שבהם הנמען כלל לא פתח את ההודעה ולא שם לב אליה. ויודגש – איני מתעלם מעמדת שלפיה במשלוח ספאם יש משום החזנה שלילית על הציבור ועל כן גורם לו לנזקים.²⁸⁰ נזקים אלה צריכים להיות ברי-פיצוי כדי להגשים את התכלית ההרתעתית ואת מתן הסעד לנפגעי הפרות הדין.²⁸¹ לצד נזקים אלה, קיים רכיב הנזק הקונקרטי שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה עקב הפגיעה בפרטיות, הטרדה וכיוצא בזה.²⁸² כך או כך, ייתכן כאמור כי חלק מחברי הקבוצה לא סבלו נזק, ברמתם שלהם, ויש להביא זאת בחשבון בחישוב הנזק הכולל שנגרם לקבוצה.²⁸³

276 ראו, למשל, ת"צ (מחוזי חי') 16-01-40072 רפול נ' קבוצת אורמוש בע"מ (נבו 3.1.2017), שם נקבע כי בהינתן המספר הקטן של חברי הקבוצה, תיקון ההפרה מייד לאחר הגשת הבקשה ונסיבות נוספות, ניהול התובענה הייצוגית אינו הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת.

277 ת"צ (מחוזי ת"א) 19-01-25766 בשן נ' הוט מובייל בע"מ, פס' 28-29 לפסק הדין של השופטת היאט (נבו 9.2.2022); ראו גם ע"א 2398/22 שולץ נ' הוט מובייל בע"מ (נבו 30.11.2022).

278 רע"א 2292/22 ש. שסטוביץ בע"מ נ' רוה, פס' 21 לפסק הדין של השופטת ברון (נבו 12.2.2023).

279 עניין דאבלטק בע"מ נ' לב, לעיל ה"ש 263.

280 לעיל ה"ש 254 והטקסט לה.

281 עמדה זו לא חפה מקשיים. אפשר לתהות כיצד יש לחשב את רכיב נזק זה, בייחוד על רקע זאת שחברי הקבוצה הם רק חלק מהציבור, על פי הגדרתם, קרי חלק מהציבור שקיבל את הודעת הספאם ולא הציבור בכללותו, שסבל ממשלוח הספאם בדרכים עקיפות.
ראו לעיל ה"ש 258.

282 ת"א (מחוזי ת"א) 1437/09 פלד נ' אול יו ניד בע"מ (נבו 11.6.2012). כן עולה שאלה דבר יכולתו של התובע הייצוגי להצביע על מגוון שיש ביכולתו להבחין בין אלה שהחליטו לממש את ההטבה או הפרסומת שקיבלו (ללא הסכמתם), לבין אלה שלא, קרי

ג. פסק דינו של השופט מזוז בעניין ארד

לאחר סקירת הפסיקה המרכזית בתחום הספאם, יוצג כעת אחד מפסקי הדין החשובים ביותר שניתנו בתחום. ביום 11.12.2018 ניתן בבית המשפט העליון פסק הדין בעניין ארד נ' מנקס אונליין טריידינג בע"מ. את חוות הדעת המרכזית בפסק זה כתב השופט מזוז. פסק הדין בחן כמה מעמודי התווך המרכזיים בתחום הספאם, ולעמדתי, המובאת כאן במאמר, קביעותיו השתרשו בפסיקה וסייעו בהתמודדות עם תופעת הספאם. פרק זה יחולק לשלושה חלקים: בחלק הראשון יוצג הרקע להליך, בחלק השני תוצג ההכרעה השיפוטית ובחלק האחרון תידונה השלכותיו של פסק הדין והשפעתו בפסיקת ערכאות הדיון.

1. הרקע להליך

מאז ניתנו פסקי הדין בעניין חזני ובעניין גלסברג, "מים רבים עברו בנהר"²⁸⁴. קביעותיו החדשות של בית המשפט העליון הניעו, ככל הנראה, תובעים רבים להגיש תביעות ספאם,²⁸⁵ מה שבלא מעט מקרים נתפס בערכאות הדיון כבעייתי. בלא מעט פסקי דין נכתבו התבטאויות המבקרות את הגשות תביעות הספאם המרובות. כך, למשל, בין היתר נכתב כי מדובר ב"מבול" של תביעות,²⁸⁶ כי הן לעיתים תביעות אלה מוגשות כדי לקדם את רווחו האישי של התובע,²⁸⁷ כי הן מבזבזות זמן שיפוטי²⁸⁸ וכי הן מעלות חשש ל"הצפת בתי המשפט".²⁸⁹

להגדיר את חברי הקבוצה. דיון בהקשר זה חורג מהיקף מאמר זה, אך די לציין כי מדובר בעניין שאין להידרש לו בשלב הבקשה, אלא בשלב ניהול ההליך; ראו לעניין זה ת"צ (שלום רח') 18-05-15462 שדה נ' טרייד מוביל בע"מ, פס' 20 להחלטת סגנית הנשיאה הירש (נבו 31.7.2022).

284 ת"א"ם (שלום ת"א) 16-08-26873 אברהמי נ' ישראלי, פס' 3 לפסק הדין של השופט חבקין (נבו 25.12.2016).

285 ראו גם שם: "בעיקר לתביעות קטנות, החלו מתמודדים עם שטף הולך וגובר של תביעות ספאם. אף שלא הוצגו נתונים כמותיים במסגרת תיק זה, דומה שהגידול במספרן הוא מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה".

286 ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 14-12-67741 ורדי נ' פורת, פס' 10 לפסק הדין של השופט יריב (נבו 11.12.2015).

287 רת"ק (מחוזי ת"א) 16-11-43995 צוויק נ' לאומי קארד בע"מ, פס' 11 לפסק הדין של השופטת כהן (נבו 20.11.2016).

288 שם.

289 ת"ק (תביעות קטנות הרצ') 16-08-12286 שוורץ נ' שופרסל בע"מ, פס' 29 לפסק הדין של השופט וינצבליט (נבו 31.1.2017).

שטף התביעות הלך וגדל עם תחילת פעילותה של חברה המסייעת לתובעים בהגשת תביעות ספאם,²⁹⁰ אשר על פי הערכות סייעה בהגשה של כ-3,000 תביעות בפרק זמן של פחות משנה.²⁹¹ בשנת 2015 החלה לפעול חברה פרטית בשם "ספאם אופ טכנולוגיות בע"מ" (SpamOff), ששמה לה למטרה "להילחם בתופעת הספאם הסלולרי והלא חוקי".²⁹² ספאם אופ הציעה שירותי סיוע לנמעני הודעות אלקטרוניות שקיבלו מסרים בלי שנתנו לכך את הסכמתם המפורשת מראש. כלומר, החברה נתנה שירותי "סיוע" לנפגעי הספאם כדי שאלה יממשו את זכויותיהם. החברה סייעה ללקוחותיה, בין השאר, באמצעות איתור שולחי הספאם, הכנת כתב התביעה ועוד, והכול תמורת חלק מהפיצוי שייפסק לטובת התובע.²⁹³

פעילותה של ספאם אופ זכתה לביקורת לא מעטה, ונטען שהיא עלולה להביא ל"הרתעת יתר" ו"אף לתוצאות הרסניות".²⁹⁴ בפסיקת בתי המשפט החלו להתגבש עמדות שלפיהן מעורבותה של ספאם אופ בתביעות הספאם בעייתית מכמה היבטים.²⁹⁵ בהקשר זה יש מי שסברו, מחד גיסא, כי מעורבותה של ספאם

290 עניין אברהמי, לעיל ה"ש 284.

291 ראו עניין בוקובזה, לעיל ה"ש 5, בפס' 96 לפסק הדין של השופטת בן יצחק.

292 כך על פי שגיא כהן "נסגר הסטארט-אפ של מייסד וויזו שנלחם בספאם" Ynet (15.11.2017) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5043142,00.html>.

293 ראו גם בעניין בוקובזה, לעיל ה"ש 5, בפס' 97 לפסק הדין של השופטת בן יצחק.

294 ת"ק (תביעות קטנות כפ"ס) 2809-05-16 פנחס נ' טוטוקרד 5 בע"מ, פס' 31 לפסק הדין של השופטת בן אליעזר (נבו 15.8.2016); ראו גם ת"ק (תביעות קטנות ב"ש) 47628-11-16 השאש נ' טוטוקרד 5 בע"מ (נבו 14.2.2017): "לטעמי, יש פגם בכך שספאם אופ פועלת בלהיטות יתר על מנת לקדם תביעות ספאם כנגד הנתבעת וכנגד חברות אחרות המפירות לכאורה את חוק התקשורת. אילו הדבר היה נעשה בתום לב ובשקידה סבירה הרי שהיה ניתן לומר שפעולותיה של ספאם אופ רצויות. אולם, לצערי לא כך הדבר ועולה חשש ממשי כי שיתוף הפעולה בין ספאם אופ לבין תובעים המקבלים הודעות ספאם, נהפך לעסק של ממש". עוד נטען כי חלק מהתובעים שהשתמשו בשירותי ספאם אופ הגיעו לא מוכנים לדיון בתביעה באופן שלא אפשר להוכיח את תביעתם; ראו לעניין זה עניין בוקובזה, לעיל ה"ש 5, בפס' 113-120 לפסק הדין של השופטת בן יצחק.

295 כך, למשל, יש מי שראו את מעורבותה של ספאם אופ כ"תובעת" בהליך ובהקשר זה נטען כי בבית משפט לתביעות קטנות רק יחיד רשאי להגיש תביעה, ולא חברה. עוד נטען כי חלקה של ספאם אופ בפיצוי (קרי התשלום שהיא גובה עבור שירותיה) הוא החמאה של זכות התביעה בניגוד לדין; ראו בהקשר זה את פסקי הדין המובאים בסקירתה של השופטת בן יצחק בעניין בוקובזה, לעיל ה"ש 5, בפס' 99-102 לפסק הדין של השופטת בן יצחק; נוסף על כך, יש שסברו כי מעורבותה של ספאם אופ עוקפת את מגבלת חמש התביעות בשנה הקבועה בס' 60(ב) לחוק בתי המשפט. ראו בהקשר זה עניין בוקובזה, שם, בפס' 106-110 לפסק הדין של השופטת בן יצחק; עוד נטען כי פעילותה של ספאם

אוף מצדיקה את מחיקת התביעות או את דחייתן על הסף, ויש מי שסברו, מאידך גיסא, כי אפשר לדון בתביעות אלה, אם כי יש למעורבות ספאם אוף משקל בקביעת גובה הפיצוי.²⁹⁶ מכל מקום, נראה כי העמדה הכללית שלפיה מעורבות ספאם אוף מעוררת קשיים הייתה העמדה הרווחת בפסיקת ערכאות הדין.²⁹⁷ הדיון בנושא הגיע לשיאו בדיון בשישים תיקים אשר נידונו במאוחד בפני מותב אחד בבית המשפט לתביעות קטנות בתל-אביב-יפו. הרקע להליך זה הוא במגוון הודעות ספאם שהפיצה חברת מנקס אונליין טריידינג בע"מ, חברה שעסקה בסחר באופציות בינאריות.²⁹⁸ עקב כך הוגשו נגד החברה עשרות תביעות, ונשיא בית משפט השלום בתל-אביב-יפו החליט כי יש לאחד את התיקים שהוגשו כנגד החברה, מאחר ש"הם מעוררים שאלות דומות של עובדה או משפט".²⁹⁹ תיקים אלו נידונו בפני השופטת שלומית בן יצחק, אשר קבעה, כבר בתחילת מתן פסק הדין, כי "כל ההודעות מושא התביעות הן דבר פרסומת שנשלח בניגוד לדרישות החוק".³⁰⁰ כמו כן קבעה השופטת בן יצחק כי "לגבי כל אחת ואחת מההודעות שנשלחו, [אלה] נועדו לפרסם את שירותי הנתבעת"³⁰¹ וכי הנתבעת "הייתה מודעת לכך ששליחת ההודעות נעשית בניגוד להוראות החוק".³⁰²

אף על פי שלא הייתה מחלוקת כי החברה הנתבעת אחראית למשלוח הספאם, בית המשפט קבע כי קיימים קשיים בלתי מבוטלים בפעילותה של ספאם אוף, באופן שמצדיק את דחיית התביעות שהוגשו בסיועה:

"[...] מערך השיקולים, לרבות שיקולי מדיניות כלליים, מחייב הכרה במציאות המשפטית המשתנה עקב פעילות ספאם אוף ולא ניתן להתעלם ממעורבותה, הפוגעת בהליך התביעה הקטנה וביתר

אוף מעוררת קשיים מהיבט הסגת גבול בייחוד פעולות מקצוע עריכת הדין, בהתאם לס' 20 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961. עניין זה לא הוכרע בפסק הדין; ראו שם, בפס' 139-146 לפסק הדין של השופטת בן יצחק.

296 שם.

297 שם; לעמדה שלפיה פעילות ספאם אוף לא מעוררת קשיים מן ההיבט הזה, ראו ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 53765-08-16 סער נ' א.ג.ש ייעוץ פיננסי בע"מ (נבו) 25.1.2017.

298 ראו עניין בוקובזה, לעיל ה"ש 5. כך, למשל, המסרים כללו תכנים כמו "רוצה להרוויח עוד 1,000 ₪ ביום, כל יום, מהבית, בזמן הפנוי?"; ראו שם בטבלת הנתונים המצורפת לפסק הדין.

299 שם, בפס' 6 לפסק הדין של השופטת בן יצחק.

300 שם, בפס' 26 לפסק הדין של השופטת בן יצחק.

301 שם, בפס' 31 לפסק הדין של השופטת בן יצחק.

302 שם, בפס' 39 לפסק הדין של השופטת בן יצחק.

המתדיינים המבקשים לעשות בו שימוש. [מסקנת בית המשפט – המחבר] היא כי תביעות בסיועה אינן יעילות, אינן ממלאות אחר מטרת החוק, מובילות להרתעת יתר, לעומס דיונים, ולהפחתת סכום הפיצוי שייקבע לתובעים האחרים. לפיכך, אין לעודד הגשת תביעות אלו בדרך של קביעת פיצוי, אף לא בשיעור נמוך, ודינן להדחות".³⁰³

עוד צוין בהקשר זה:

"פעילות ספאם אוף מובילה לניצול בלתי יעיל של משאבי הזמן השיפוטי, ובצורה בלתי שוויונית, הפוגעת בציבור בכללותו. במסגרת קביעת מדיניות שיפוטית ראויה לא ניתן להתעלם מהאינטרסים המערכתיים הכרוכים בכך".³⁰⁴

אחד מהתובעים שהסתייע בשירותי ספאם אוף, אשר היה גם עובד בחברת ספאם אוף, הגיש בקשת רשות ערעור לבית המשפט המחוזי על פסק דין זה.³⁰⁵ המבקש, מר ארד, טען, בין היתר, כי בית משפט קמא שגה משדחה את תביעתו אך משום כך שהגיש את תביעתו בסיוע חברת ספאם אוף. בית המשפט דן בבקשת הערעור כבערעור, אולם דחה את הערעור לגופו. מטבע הדברים, הדיון בבקשה התמקד בהשלכות מעורבותה של חברת ספאם אוף.³⁰⁶ בית המשפט המחוזי לא מצא כי יש הצדקה להתערב בקביעותיו של בית משפט קמא, ועל כן דחה את הערעור, תוך שהדגיש כי פסיקת פיצוי ללא הוכחת נזק לפי חוק הספאם היא עניין שמסור לשיקול דעת בית המשפט.³⁰⁷ עוד הדגיש בית המשפט כי רשימת השיקולים שמנויים בסעיף 30א(י)(3) לחוק התקשורת אינה רשימה סגורה, ועל כן אפשר להתחשב בשיקולים כמו העומס השיפוטי שנוצר עקב ריבוי התביעות שהוגשו.³⁰⁸

מר ארד לא השלים עם קביעות בית המשפט המחוזי והגיש בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון. הוחלט כי הבקשה תידון בפני הרכב של שלושה

303 שם, בפס' 150 לפסק הדין של השופטת בן יצחק.

304 שם, בפס' 134 לפסק הדין של השופטת בן יצחק.

305 רת"ק (מחוזי ת"א) 31506-05-17 ארד נ' מנקס אונליין טריידינג בע"מ (נבו) (23.7.2017) (להלן: עניין ארד מחוזי); יצוין כי הערעור על פסק דין של בית משפט לתביעות קטנות הוא ברשות ולא בזכות. ראו ס' 64 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

306 עניין ארד מחוזי, שם, בפס' 10 לפסק הדין של השופטת כהן.

307 ראו, למשל, שם, בפס' 13 לפסק הדין של השופטת כהן.

308 שם.

שופטים, 309 אשר קבעו כי ידונו בבקשה כאילו הוגש ערעור.³¹⁰ המערער טען, בין היתר, כי בית המשפט לתביעות קטנות חרג מסמכותו משדחה את התביעות על בסיס שיקולי מדיניות כמו העומס הדיוני וכן טען כי מעורבותה של ספאם אף לא פוגעת בתכלית התביעה הקטנה, אלא דווקא מגשימה אותה.³¹¹ מכאן, בהובלת השופט מזוז, עבר בית המשפט להכרעתו השיפוטית.

2. ההכרעה השיפוטית

עוד בפתח חוות דעתו התייחס השופט מזוז לשאלה המרכזית אשר עמדה בלב פסק הדין:

"הבקשה לרשות ערעור שבפנינו מעוררת שאלה הנוגעת לסמכותו ולגדרי שיקול דעתו של בית המשפט לדחות תביעה לפי סעיף 30א לחוק התקשורת [...] לפסיקת פיצוי ללא הוכחת נזק בגין שיגור דבר פרסומת (ספאם) באמצעות מתקן בזק, וזאת בשל הסתייעות התובע בחברה שמתמחה בכך ונהנית מפירות התביעה".

בשלב הראשון להכרעה עמד השופט מזוז על תכלית התביעה הקטנה. לדבריו, הרציונל להקמת בתי המשפט לתביעות קטנות "מבוסס על הקשיים העומדים בפני 'האזרח הקטן' למצות את זכויותיו בהליכים משפטיים רגילים". קשיים אלה הם, בין היתר, חוסר הידע והניסיון שלו, עלויות הייצוג, עלויות ההליך וגם הימשכות הליכים, מה שמאפיין את ההליכים ה"רגילים". לפיכך "הליך התביעה הקטנה עוצב כהליך פשוט, קצר וזול מתוך מטרה להקל על אזרחים ללא הכשרה משפטית". בהקשר זה השופט מזוז ראה לנכון להדגיש, ובצדק לטעמי, את ההבחנה בין פישוט הליכים וקיצור זמן הדיינות לבין "פתיחת שערי בית המשפט לאזרח הקטן למיצוי זכויותיו"³¹². כך, לדבריו, פישוט הליכים וקיצור זמן הדיינות אינם "מטרות בפני עצמן", אלא האמצעים להגשמת "התכלית המרכזית והראשונה במעלה" – והיא התכלית של מיצוי זכויות האזרח.³¹³ תכלית זו, ציין השופט מזוז, רגישה במיוחד להליכים שעלותם גבוהה לגרום לתובע, או כדבריו של השופט מזוז – "האזרח הקטן", לוותר על תביעתו.³¹⁴ לפיכך הליך

309 רע"א 7064/17 ארד נ' מנקס אונליין טריידינג בע"מ (נבו 24.12.2017).

310 עניין ארד, לעיל ה"ש 1, בפס' 2 לפסק הדין של השופט מזוז.

311 שם, בפס' 6 לפסק הדין של השופט מזוז.

312 שם, בפס' 12 לפסק הדין של השופט מזוז.

313 שם.

314 שם.

התביעה הקטנה מקנה כלי משפטי מהיר, זול וזמין לניהול תביעות שכאלה, ובכך מסייע לאזרח הקטן להתגבר על מכשולים מסוג זה. ככזה, הליך התביעה הקטנה חולק תכלית משותפת עם מוסד התובענה הייצוגית, שגם הוא נועד לתת "מענה למקרים בהם שוויו של הסכסוך אינו מצדיק הגשת תביעה 'רגילה' על המשמעויות הכלכליות שנלוות לכך".³¹⁵

השופט מזוז עמד גם על המאפיינים הייחודיים של מוסד התביעה הקטנה, אשר נועדו לסייע בהגשמת תכליתו: ריכוך סדרי הדין והראיות; הגבלת השווי הכספי של המחלוקת שניתן לדון בה; אגרה נמוכה; הדיינות מהירה ועוד.³¹⁶ בהקשר זה השופט מזוז הדגיש כי אחד המאפיינים המרכזיים של מוסד התביעה הקטנה הוא האיסור על ייצוג משפטי. אולם, לדבריו של השופט מזוז, לצד איסור זה המחוקק ראה לנכון ליתן אפשרות ייצוג, ברשות בית המשפט, על ידי "ארגון שקבע לעניין זה שר המשפטים".³¹⁷ ובמילים אחרות, באופן כללי קיימת פרקטיקה מסוימת שלפיה גופים מסוימים מסייעים לתובעים בהליך הגשת תביעה קטנה, ואפשרות זו נועדה לסייע להם להתגבר על הקשיים האמורים ולהגשים את תכלית התביעה הקטנה.³¹⁸

לאחר שעמד על תכלית התביעה הקטנה והמאפיינים הייחודיים לה, בחן השופט מזוז את תכליות חוק הספאם. נקודת המוצא, כפי שציין השופט מזוז, היא שחוק הספאם נועד לתת מענה לתופעת הספאם, אשר מחצינה בעיות וסכנות רבות כמו פגיעה בפרטיות, הטרדה, בעיות אבטחת מידע ועלויות כלכליות.³¹⁹ עוד הסביר השופט מזוז כי "החוק בישראל נקט בגישה המחמירה יותר לטיפול בתופעת הספאם", באמצעות אימוץ מודל ה-Opt-in ובאמצעות אימוץ הגישה שלפיה הסכמה של הנמען לקבל דברי פרסומות צריכה להיות מפורשת ובכתב.³²⁰ השופט מזוז ציין גם את הסנקציות הקיימות בגין הפרת הוראות חוק הספאם, והדגיש כי המנגנון של פיצוי ללא הוכחת נזק נועד לתמרץ את נפגעי הספאם להגיש תביעות:

"חששו של המחוקק, כפי שעולה מהדיונים בהצעת החוק, היה שיצירת עילת תביעה גרידא לא תוביל לבלימת תופעת הספאם

315 שם, בפס' 15 לפסק הדין של השופט מזוז; ס' 63 (א) לחוק בתי המשפט.
 316 שם, בפס' 12 לפסק הדין של השופט מזוז; להרחבה ראו חבקין ונמרודי, לעיל ה"ש 62, בעמ' 27 ואילך.
 317 שם, בפס' 14 לפסק הדין של השופט מזוז; ס' 63 (א) לחוק בתי המשפט.
 318 ראו גם שם, בפס' 16 לפסק הדין של השופט מזוז.
 319 שם, בפס' 17 לפסק הדין של השופט מזוז; ראו גם טקסט הסמוך לה"ש 17 לעיל.
 320 שם, בפס' 18 לפסק הדין של השופט מזוז.

שכן אם יצטרך הנפגע להוכיח את נזקו בדרך הרגילה, הוא יירתע
מהגשת תביעה ותכלית החוק תסוכל".³²¹

בנקודה זו חזר השופט מזוז על ההלכות המרכזיות בדיני הספאם, אשר נקבעו בעניין חזני ובעניין גלסברג, שהתייחסו לכך שיש לתמרץ את התובע להגיש תביעות יעילות מחד גיסא ולהרתיע את הגופים המפירים מאידך גיסא. כך, השופט מזוז ציין כי על התובע פיצויים לדוגמה לא חלה חובה להקטין את נזקו, וכי באופן כללי אפשר לפסוק לתובע הוצאות משפט ושכר טרחה, אשר יחד עם הפיצוי שנפסק לו עולים על 1,000 ש"ח (סכום הפיצוי המקסימלי בחוק הספאם). עוד ציין השופט מזוז כי על בתי המשפט לראות בסכום הפיצוי המקסימלי נקודת מוצא שממנה אפשר לסטות, במקרים המתאימים, בבואם לפסוק פיצויים לתובע.³²²

לסיכום דבריו בנקודה זו הדגיש השופט מזוז כי מודל האכיפה הפרטית שבחוק הספאם נועד לתמרץ את נפגעי הספאם לתבוע ובכך להרתיע מפני הפרת החוק, באופן שעשוי בלבום, או למצער להפחית, את תופעת הספאם. באופן זה תכליות חוק הספאם משתלבות עם תכליות התביעה הקטנה, שכן בדרך כלל תביעות אלה מוגשות לבתי המשפט לתביעות קטנות. תכליות אלה, כך כתב השופט מזוז, משתלבות "לכדי סינרגיה (אגבור) של המאבק בתופעת הודעות הספאם. הליך התביעה הקטנה, כאמצעי זול ויעיל, משרת את תכלית חוק התקשורת לעודד הגשת תביעות ספאם בהעמידו לרשות נפגעי תופעת הספאם הליך תביעה מהיר, זול ויעיל לבירור תביעותיהם עם אפשרות לקבלת פיצוי ללא צורך בהוכחת נזק".³²³

על רקע דברים אלה, ולאחר שהניח את התשתית לדיון, עבר השופט מזוז לבחון את פעילות חברת ספאם אוף ואת קביעות הערכאות הקודמות ונימוקיהם. כאמור לעיל, השאלה המרכזית בענייננו היא אם לבית המשפט נתונה הסמכות לדחות תביעה לפיצויים ללא הוכחת נזק בגין הפרת חוק הספאם, אך בשל הסתייעות התובע בחברה המתמחה בתביעות מעין אלה ומרוויחה מהן. נקודת המוצא המשפטית לדיון היא סעיף 30א(י)(1) לחוק התקשורת הקובע כי "שוגר דבר פרסומת ביודעין בניגוד להוראות סעיף זה, רשאי בית המשפט לפסוק בשל הפרה זו פיצויים שאינם תלויים בנזק".³²⁴

321 שם, בפס' 20 לפסק הדין של השופט מזוז.

322 שם, בפס' 21 לפסק הדין של השופט מזוז.

323 שם, בפס' 23 לפסק הדין של השופט מזוז.

324 ההדגשות הוספו.

הערכאות הקודמות פירשו את סעיף זה כמקנה לבית המשפט את הסמכות שלא לפסוק פיצויים כלל. אולם, בחוות דעתו ציין השופט מזוז כי "בהעדר צורך בהוכחת נזק קשה לחשוב על נסיבות העשויות להצדיק שלילה מוחלטת של פיצויים".³²⁵ לעמדתו, תוצאה שכזו לא הולמת את תכלית החוק והיא סותרת את ההלכה כי בפסיקת פיצוי ללא הוכחת נזק יש להתייחס לרף העליון כנקודת מוצא. במילותיו של השופט מזוז:

"מי שהוכיח את תביעתו זכאי, כנקודת מוצא, לפיצוי בשיעור הקבוע בחוק, בכפוף לשיקול דעת בית המשפט להפחית משיעור זה בהתאם לשיקולים הקבועים בחוק או שיקולים אחרים בדומה לאלה המגשימים את תכלית החוק".³²⁶

עם זאת, השופט מזוז סבר כי "אין לשלול לחלוטין אפשרות קיומן של נסיבות חריגות ונדירות העשויות להצדיק הימנעות מפסיקת פיצוי לתובע שהוכיח את תביעתו", אולם אלה לא התקיימו באותו המקרה.³²⁷ זאת מאחר שלעמדת השופט מזוז פעילותם של גופים המסייעים לתובעים במימוש זכויותיהם מגשימה את תכליות החוק:

"תכליות החוק הן הרתעת עבריינים ואכיפה אפקטיבית על ידי עידוד נפגעים להגיש תביעות. אני סבור כי פעילות של גופים המסייעים לתובעים במימוש זכויותיהם עולה בקנה אחד עם תכליות החוק ומסייעת להגשמתן, ועל כן אין הצדקה בשלילת פיצוי לתביעות שמוגשות בסיוע גופים כאלה".³²⁸

עוד הדגיש השופט מזוז את הקשיים העומדים בפני נפגעי הספאם לממש את זכויותיהם, כמו הקושי הרב באיתור השולח והתועלת הכספית הנמוכה, אשר ממילא מתווספים לקשיים העומדים בפני האזרח הקטן בהגשת תביעה קטנה. ללא ספק קשיים אלה עלולים להרתיע נפגעים מלהגיש תביעות, ועל כן "בנסיבות אלה ברורה החשיבות של גופים אשר מסייעים – בהתנדבות או בתמורה – לנפגעי הודעות ספאם", מה שמסייע לתובעים לדגל מעל המשוכות המוצבות בפניהם.³²⁹ במילים אחרות, פעילות גופים מעין אלה "מסייעת להגשים

325 עניין ארד, לעיל ה"ש 1, בפס' 27 לפסק הדין של השופט מזוז.

326 שם.

327 שם, בפס' 28 לפסק הדין של השופט מזוז.

328 שם, בפס' 29 לפסק הדין של השופט מזוז.

329 שם, בפס' 31 לפסק הדין של השופט מזוז.

את התכלית ההרתעתית שבבסיסו של חוק התקשורת על ידי עידוד הגשת תביעות וטיובן³³⁰.

בהקשר זה הדגיש השופט מזוז כי פעילותה של ספאם אוף לא גורמת ל"הרתעת יתר" כפי שסברו הערכאות הקודמות, שכן בבחינת ההרתעה היעילה שבבסיס חוק הספאם יש להביא בחשבון הן את מידת ההרתעה הכללית, המתבטאת בהיקף התופעה ברגע נתון, והן את מידת ההרתעה הספציפית כלפי הנתבע המסוים. התחשבות שכזו יכולה להיות רלוונטית לקביעת גובה הפיצוי שיידרש לשלם המפר, אך לא כעילה לשלילת פיצוי מן התובע. זאת בייחוד כשהרף העליון לפיצויים הוא נמוך באופן יחסי, ועל כן אין להניח כי נפגעי הספאם ימהרו להגיש תביעות בגין הפרת החוק.³³¹ לפיכך, סיכס השופט מזוז:

"אני סבור כי דחיה של תביעות ספאם שהוכחו מתיישבת עם תכלית ההרתעה או מקדמת את יעילות האכיפה. [...] קיומן של תביעות רבות בגין הודעות ספאם אינו מעלה חשש להרתעת יתר אלא תקווה לאכיפה אפקטיבית" (ההדגשות במקור).³³²

באשר לפעילות חברת ספאם אוף, דחה השופט מזוז את מסקנות הערכאות הקודמות, וקבע כי פעילות החברה לא נוגדת את תכליות מוסד התביעה הקטנה, אלא דווקא מסייעת בהגשמתה:

"כל עוד פעילות ספאם אוף נעשית בצורה ראויה, אני סבור כי אין בכך כל סתירה לתכליות הליך התביעה הקטנה. אדרבה, תכלית מרכזית של הליך התביעה הקטנה הוא להתגבר על בעיית 'הערך השלילי' של תביעות, היינו תביעות שהתועלת הכספית הצפויה מהן במקרה של זכיה אינה מספיקה בכדי לתמרץ את התובע להגישן".³³³

באשר לשיקולים הנוספים שניתן לשקול לפי סעיף 30א(י)(3) לחוק התקשורת, קבע השופט מזוז כי אי אפשר לשקול בגדרם שיקולים כמו עומס על בתי המשפט, אלא רק שיקולים "המגשימים את תכלית החוק".³³⁴ זאת בשונה מדברי חקיקה אחרים שלגביהם עומס שיפוטי עשוי להיות שיקול ממין העניין, כאשר

330 שם, בפס' 32 לפסק הדין של השופט מזוז.

331 שם, בפס' 33 לפסק הדין של השופט מזוז.

332 שם, בפס' 32 לפסק הדין של השופט מזוז.

333 שם, בפס' 34 לפסק הדין של השופט מזוז.

334 שם, בפס' 35 לפסק הדין של השופט מזוז.

תכלית אותם דברי חקיקה כרוכה בכך. בענייננו, נכתב לגבי חוק הספאם כי "הקלה בעומס השיפוטי אינה אחת ממטרות חוק התקשורת ועל כן אין להביאה בחשבון במסגרת קביעת פיצויים בגין הפרת הוראות החוק". זאת מאחר שמטרתו "אינה להפחית את מספר התביעות שיוגשו אלא להפחית את מספר הפרות החוק שיבוצעו" (ההדגשות במקור).³³⁵ בסיכומו של דבר, השופט מזוז קבע כי דין הערעור להתקבל, ואל החלטתו הצטרפו גם השופטים וילנר ופוגלמן.

3. דיון בפסיקה ובהשלכותיה

קשה לחלוק על כך שהמילים שבהן בחר השופט מזוז להשתמש נתפסות "כקילורין לעיניים".³³⁶ בראש ובראשונה – פסיקתו של השופט מזוז העבירה מסר ברור וחד-משמעי שעד מתן פסק הדין ערכאות הדיון התחבטו לגבי: עומס שיפוטי אינו רלוונטי בעת קביעת פיצויים בגין הפרת חוק הספאם. מטרת חוק הספאם היא לא להפחית את מספר תביעות הספאם, אלא להפחית את מספר הפרותיו. דווקא בהקשר זה פסיקת פיצויים מרתיעה היא זו שתסייע בהגשמת מטרות החוק.³³⁷ בעוד ערכאות הדיון סברו כי הגידול במספר תביעות הספאם מצריך "חשיבה מחודשת והתאמה של אמת המידה לפסיקת פיצוי ללא הוכחת נזק לנסיבות החדשות שנוצרו", באופן ש"נוצר חשש (אם לא למעלה מכך) לקיומה של הרתעת יתר בתחום זה",³³⁸ השופט מזוז שלח מסר חד-משמעי – ריבוי תביעות הוא דבר אשר מסייע בהגשמת מטרות החוק, ואינו מעלה חשש להרתעת יתר.³³⁹

335 שם, בפס' 36 לפסק הדין של השופט מזוז.

336 ראו התייחסותו של השופט חסדיאל בפסק הדין בעניין רז, לעיל ה"ש 219, בפס' 22. בלשון חז"ל, קילורין היא משחה או תחבושת לטיפול במחלות עיניים (בבלי, שבת י"ח, ע"א).

337 עניין ארד, לעיל ה"ש 1, בפס' 36 לפסק הדין של השופט מזוז.

338 עניין אברהמי, לעיל ה"ש 284.

339 השוו ללוי-וינריב, לעיל ה"ש 2; ראו התבטאות דומה בע"א (מחוזי חי') 65448-05-21 גלסברג נ' הברמן, פס' 27 לפסק הדין של השופט רניאל (נבו 15.7.2021): "לא מובן מדוע סבר בית המשפט קמא שקיומם של פסקי דין קודמים שבהם חויב [הנתבע] בפיצוי בשל הפרת סעיף 33א לחוק התקשורת [...] הוא נימוק המצדיק אי חיובו כעת בפיצוי בשל ההפרה [...] לא מדובר בכפל פיצוי, אלא בפיצוי שיש אולי להכפיל אותו בשל כך [שהנתבע] לא לומד דבר מהתוצאות של ההתנהלות הקודמת שלו. העובדה [שהנתבע] מפר שוב ושוב את החוק אינה נימוק לדחיית התביעה נגדו אלא לקבלת התביעה נגדו ופסיקת פיצוי הולם".

לצד דברים אלה קביעותיו של השופט מזוז בעניין ארד הביאו לתמורות נוספות בפסיקה, באופן שסייע בהתמודדות עם חלק מחוסר האחידות שהיא מאופיינת בו. כך, למשל, הגם שיש בתי משפט שלא הלכו בדרך זו,³⁴⁰ נדמה כי קביעתו של השופט מזוז, שלפיה כנקודת מוצא תובע אשר הוכיח את תביעתו זכאי לפיצוי, השתרשה היטב.³⁴¹ גם במקרים שבהם הוכחה הפרה של חוק הספאם אך נקבע כי התובע פעל בחוסר תום לב קיצוני, הפיצויים לא נשללו מהתובע לחלוטין.³⁴² קביעה נוספת שערכאות הדיון נוטות כיום להתייחס אליה היא קביעתו של השופט מזוז שלפיה סכום הפיצוי המקסימלי הקבוע בחוק הוא נקודת מוצא, שממנה "ניתן לסטות במקרים המתאימים".³⁴³

אולם, בכל הכבוד ועם כל הצער שבדבר, קיימת פסיקה שבה בתי משפט לא מיישמים זאת, כמו ההתייחסות לכך ש"תקרת פיצוי כמשמעה כן היא. לא מתחילים ממנה אלא מסיימים בה במקרים הבוטים ביותר".³⁴⁴ לעמדת קביעה זו סותרת את קביעת בית המשפט העליון בעניין ארד. בכל מקרה, נראה כי מקרים אלה הם בגדר "החריג", ועל כן דומה כי קביעה זו של השופט מזוז סייעה בהתוויית דרכן של ערכאות הדיון בפסיקת פיצויים בגין הפרת חוק הספאם. לצד דברים אלה, אחד הנושאים המדוברים ביותר בפסיקה בתחום הספאם, שאלת תום ליבו של התובע, נותר נושא השנוי במחלוקת. אומנם, עניין ארד לא

340 ראו, למשל, ת"ק (תביעות קטנות קר') 19-06-50 לב נ' דיצי (נבו 24.6.2020), שבו קבע בית המשפט כי יש לדחות את תביעתו של התובע, הגם שהנתבעת הפרה את החוק. חשוב לציין כי על פסק דין זה הוגשה בקשת רשות ערעור, אשר התקבלה, ובה נקבע כי בהתאם להלכת ארד "קשה לחשוב על נסיבות העשויות להצדיק שלילה מוחלטת של הפיצויים"; ראו רת"ק (מחוזי חי') 20-07-18036 לב נ' דיצי (נבו 14.10.2020) (להלן: רת"ק לב).

341 ראו, למשל, ע"א (מחוזי ת"א) 21-03-34379 מועלם (קליקה בסטורס) נ' רז (נבו 27.6.2021); ע"א (מחוזי חי') 21-06-59153 אבן נ' נינה שיווק בע"מ (נבו 8.7.2021); רת"ק לב, שם.

342 ראו, למשל, תא"ם (שלום רמ') 20-09-28019 מאירי נ' איזובר בתי קפה בע"מ (נבו 10.1.2022), שבו אף על פי שנקבע שהתובע פעל בחוסר תום לב, בית המשפט הפחית את הפיצויים לסכום מינימלי, אך לא שלל מהתובע את הפיצוי; בהקשר לטענת "תובע סדרתי" ראו גם תא"ם (שלום ב"י) 20-07-42433 לב נ' סברסוב (נבו 23.4.2021).

343 ראו, למשל, רת"ק (מחוזי ת"א) 20-10-59877 ראיגרודסקי נ' מומנטום פתרונות מימון מתקדמים בע"מ (נבו 3.11.2020); רת"ק (מחוזי חי') 20-07-63784 אבן נ' המקפצה לעסקים בע"מ (נבו 29.7.2020); רת"ק (מחוזי ת"א) 20-07-69533 ראיגרודסקי נ' מומנטום פתרונות מימון מתקדמים בע"מ (נבו 9.9.2020); ת"ק (תביעות קטנות קר') 17-09-22831 גלסברג נ' ג'פסו עבודות עץ בע"מ (נבו 9.5.2019).

344 רת"ק (מחוזי ת"א) 21-05-35613 רבינוביץ נ' י.ב. קידוח ופרויקטים בע"מ, פס' 17 לפסק הדין של השופטת וולצקי (נבו 5.6.2021).

התייחס לנושא זה במישרין, אך יש מי שראו בקביעות פסק הדין בעניין ארד, אלה המתייחסות לשיקולים שרשאי לשקול בית המשפט בבואו לפסוק פיצוי לתובע ולכך שתובע שהוכיח את תביעתו זכאי כנקודת מוצא לפיצוי, מקור אשר מבסס את המסקנה כי שאלת תום ליבו של התובע "אינה משליכה על עצם החבות", אם כי היא יכולה להשפיע על גובה סכום הפיצוי.³⁴⁵ מצד שני, יש גם מי שסברו כי חוסר תום לב מצד התובע מצדיק את דחיית תביעתו, תוך מתן דגש כי בעניין ארד הדברים לא נבחנו במישרין בקשר לנושא תום ליבו של התובע.³⁴⁶

הצורך בחידוד האכיפה הפרטית האפקטיבית – שעליו עמד השופט מזוז בפסק דינו בעניין ארד – חלחל בפסיקה לא רק באשר להליכים של תביעה קטנה. כך, למשל, במקרה אחד נכתב כי בעיית "הערך השלילי" שבתביעות, מה שעומד בבסיס תכלית התביעה הקטנה,³⁴⁷ עשויה להיות רלוונטית בתביעות ספאם "אף מחוץ לגבולותיה של התביעה הקטנה, אם יושמו אזיקים על ידיהם של 'תובעים סדרתיים'".³⁴⁸ ואכן, הפסיקה נוטה להכיר בפעילותם של ה"תובעים הסדרתיים",³⁴⁹ ויש מי שסבור כי אולי אפילו יש מקום לעודד אותם.³⁵⁰ אולם גם אם אין בעובדה כי תובע הוא "סדרתי" כדי לשלול ממנו פיצוי, יש מי שסברו כי יש בכך כדי להשפיע על גובה הפיצוי "ברוח הלכת גלסברג".³⁵¹

- 345 עניין עקיבא, לעיל ה"ש 164, בפס' 45-46 לפסק הדין של השופטת שמולביץ; ראו גם ת"ק (תביעות קטנות י-ם) 19-02-7608 גילה נ' מכשירי חשמל אריה, פס' 19-22 לפסק הדין של השופט בן סימון (נבו 16.2.2020); ת"ק (תביעות קטנות עכו) 18-12-52300 פלונית נ' כל בו אחים סמארה ש. בע"מ (נבו 4.1.2020).
- 346 ראו, למשל, תא"ם (שלום ב"י) 20-09-49869 מאירי נ' עמאר (נבו 2.5.2021); ערעור על פסק הדין נדחה: ע"א (מחוזי ת"א) 21-07-72 מאירי נ' עמאר (נבו 14.7.2021); ראו גם ע"א (מחוזי ת"א) 22-01-16429 רז נ' דהן (נבו 22.11.2022).
- 347 עניין ארד, לעיל ה"ש 1, בפס' 34 לפסק הדין של השופט מזוז.
- 348 עניין רז, לעיל ה"ש 219, בפס' 23 לפסק הדין של השופט חסדיאל; ראו גם בהקשר של תובענות ייצוגיות ת"צ (שלום ת"א) 17-03-61900 מעין – התנועה להגברת האכיפה האזרחית נ' המרכז הישראלי ל.ע. ברשת בע"מ (נבו 2.9.2019); ה"פ (שלום פ"ת) 19-01-13201 בלאנצ'רד (ישראל בע"מ) נ' מאירי (נבו 24.8.2019).
- 349 ת"ק (תביעות קטנות ב"י) 21-06-59084 בן-דוד נ' יובל סיגלר תקשורת בע"מ (נבו 6.10.2021).
- 350 תא"ם (שלום ב"י) 20-07-42433 עו"ד לב נ' סברסוב (נבו 23.4.2021): "[...] עפ"י פסיקת ביהמ"ש העליון אין לגנות את תופעת 'התובעים הסדרתיים' בתחום הספאם, ואולי אף יש מקום לעודדה, כתופעת נגד שנועדה ללחום בתופעה הנפוצה והמזיקה של הספאם".
- 351 תא"ם (שלום פ"ת) 18-05-43971 מאירי נ' ברנע, פס' 20 לפסק הדין של הרשמת בר (נבו 16.2.2021).

ההכרה ב"תובעים הסדרתיים" השתרשה גם באשר לתובענות ייצוגיות. למשל, במקרה אחד צוין כי "הגשת מספר תביעות ייצוגיות בענייני 'דואר זבל' על ידי המבקש ובאי כוחו אינה מצביעה בהכרח על העדר תום-לב מצידם, אלא עשויה להיות תוצר של הפרות חוק מרובות שהמבקש סובל מהן".³⁵² למעשה אפשר לומר בהקשר זה שדווקא "תובעים סדרתיים" הם בעלי ניסיון בניהול הליכי ספאם, מה שעשוי להועיל לחברי הקבוצה המיוצגת.³⁵³ דברים דומים נכתבו גם במקרים אחרים,³⁵⁴ והפסיקה עמדה על כך שעל "הטוען לחוסר תום-לב מוטל הנטל להראות חוסר תום-לב קונקרטי בכל בקשת אישור המוגשת".³⁵⁵ להשלמת התמונה, גם אמירותיו של השופט מזוז באשר לתכלית מוסד התביעה הקטנה והסתייעות בגופים חיצוניים השתרשו.³⁵⁶ במקרה אחד, שלא עסק בספאם, נתבעה חברה המפעילה קווי אוטובוס ציבוריים בטענה כי היא לא עמדה בתנאי הרישיון שלה. (נטען שנסיעותיה לא יצאו כלל או יצאו באיחור). במקרה זה נעזרו התובעים בארגון שעל פי הנטען קיבל תמורה בעד הסיוע בתביעה. החברה טענה כי יש לדחות את התביעה מאחר שהתובעים הסתייעו בארגון זה, אולם בית המשפט דחה את הטענה תוך שהוא מתבסס על פסק הדין בעניין ארד, וקבע כי "הלכה זו יפה גם לענייננו שלנו, ואף ביתר שאת בהתחשב בכך שלפיצוי הנפסק בגין התנהלות חברה המפעילה תחבורה ציבורית קיים רכיב נזיקי".³⁵⁷

נוסף על כל אלה, כמבואר לעיל, עובר לפסק הדין בעניין ארד נדחו תביעות בטענה שהן "לא יעילות". כך, למשל, במקרה אחד נדחתה תביעה בגין משלוח של הודעת ספאם אחת, שנשלחה אל התובע בטעות. בית המשפט גרס במקרה זה כי "אין המדובר בתובענה יעילה שראוי לעודדה בדרך של פסיקת פיצוי לתובע. הקדשת משאבים שיפוטיים לביורר תובענה שעילתה הודעה אחת בלבד, משהוצע מלכתחילה פיצוי בן כמה מאות שקלים, אינה מידתית או ראויה".³⁵⁸ גם

352 עניין סימנדוייב, לעיל ה"ש 153, בפס' 120 להחלטתו של השופט רניאל.

353 שם.

354 ראו, למשל, ת"צ (מחוזי חי') 47554-07-20 ביטון נ' לנצי'נר, פס' לב לפסק הדין (נבו 3.8.2021); ת"צ (שלום ת"א) 51663-05-20 זרוצ'ינסקי נ' ג'יי. אל. פיתוח ויזמות בע"מ (נבו 7.10.2021).

355 ת"צ (שלום ת"א) 20617-04-20 ביטון נ' ר.ר. רהיט לכל בע"מ, פס' 20 לפסק הדין של השופט יריב (נבו 6.10.2021).

356 ראו, למשל, בהקשר מוסד התביעה הקטנה רת"ק (מחוזי י-ם) 35139-11-20 כהן נ' פלאפון תקשורת בע"מ (נבו 4.2.2021).

357 ת"ק (תביעות קטנות י-ם) 54158-02-18 פולק נ' אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ, פס' 2 פסק הדין של השופטת בנמלך (נבו 21.12.2018).

358 ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 54420-09-17 סטולר נ' לווייה, פס' 19 לפסק הדין של

מהיבט זה נראה שעניין ארד הביא לשינוי, משהעמיד את מונח ה"יעילות" במקומו, ובהתאם יש בתי משפט שקיבלו תביעות בגין ספאם אשר נשלח בטעות.³⁵⁹

ד. עתיד דיני הספאם בישראל

חקיקתו של חוק הספאם הייתה אבן דרך משמעותית בהתמודדות עם תופעת הספאם, אך הצורך בעדכון החוק ובהתאמתו אל ההתפתחויות הטכנולוגיות לא תם, שכן גם הפיתוחים הטכנולוגיים, כאמור, לא נותרו במקומם. תופעת הספאם כפי שהתבטאה בעבר, לא מתבטאת כך כיום, ונראה שלא תתבטא כך גם בעתיד. כדי לעקוף את הדין אל מול כל תמורה שחלה בחוק או בפסיקה, אשר נועדה להתמודד עם תופעת הספאם, פעלו מפיצי הספאם בדרכים חדשות ומתוחכמות יותר. כפועל יוצא מכך במרוצת השנים הונחו על שולחן הכנסת הצעות חוק נוספות שביקשו לבצע שינויים בחוק הספאם. פרק זה יעסוק בכמה מההצעות המרכזיות בנושא, תוך התייחסות לגופם של דברים.³⁶⁰ נוסף על כך, פרק זה ינסה להציע מבט אל העתיד באשר להתפתחות האמצעים להפצת ספאם, ובכלל זה התפתחות הבינה המלאכותית ותופעת הספאם בעולם הרשתות החברתיות.

1. הצעה להרחבת החריג שבתיקון מס' 63 לחוק התקשורת כמבואר בפרק א, בשנת 2016 קיבלה הכנסת את תיקון מס' 63 לחוק התקשורת, אשר הרחיב בין היתר את המונח "דבר פרסומי" כך שיכלול גם הודעות שמופצות לציבור, אשר מטרתן תעמולה או גיוס תרומות. במהלך הליך החקיקה של תיקון זה נתקבלו פניות מגופים שעשויים להיפגע מהחוק, ועל כן, כחלק מהאיוון בין האינטרסים שלהם לבין זכויות האזרחים שלא להיות מוטרדים, הוחלט כי פניות בדואר אלקטרוני בלבד תוחרגנה מחוק הספאם. ביולי 2021 יזמה חברת הכנסת מירב בן ארי הצעת חוק שמטרתה להרחיב את אותו חריג גם לפניות באמצעות מסרונים. כפי שנכתב בדברי ההסבר להצעת החוק שהונחה על שולחן הכנסת לדיון מוקדם, הבסיס לכך הוא כי:

השופטת בן יצחק (נבו 15.5.2018).

³⁵⁹ ראו דיון בטקסט הסמוך לה"ש 148 לעיל. ראוי לציין שבדוגמה דלעיל הוצע לתובע פיצוי מסוים, מה שאכן משליך לטעמי על "יעילות" תביעתו.

³⁶⁰ אם כי יודגש שבמאמר זה לא אתיימר לדון בכל ההיבטים הרלוונטיים של הצעות אלה, מה שדורש התייחסות נרחבת יותר, ועל כן אביא את הדברים כפי שהם תוך הבעת עמדה והתייחסות מצומצמת באופן יחסי.

"[תיקון מס' 63] הוביל לפגיעה קשה ביכולתן של עמותות וחברות לתועלת הציבור לגייס תרומות לצורך סיוע לאוכלוסיות נזקקות, פגיעה המוערכת בעשרות מיליוני שקלים חדשים בשנה. הפגיעה האמורה משמעותית אף יותר נוכח מגפת הקורונה והמשבר הכלכלי שנגרם בעטייה, אשר פגע כלכלית במשפחות רבות שנוזקות לסיוע".³⁶¹

בהחלט, מתן אפשרות לעמותות ולחברות לתועלת הציבור לגייס תרומות באמצעות מסרונים עשוי לסייע למצבן הכלכלי וכתוצאה מכך גם לסייע בהגשמת המטרות החברתיות שהן מעוניינות לקדם. עם זאת, וכפי שעולה גם מהדיונים בוועדת הכלכלה דאז, אחת הסיבות המרכזיות שבגינן הוחלט שלא להרחיב את החריג, היא כי קיימים הרבה "מתחזים" וגופים שמונעים ממטרות שאינן חברתיות, ומנצלים את האפשרות לגייס תרומות באמצעות מישורים אלה. יתרה מכך, בדיוור באמצעות מסרונים יש משום פגיעה קשה מאוד בפרטיות, שהיא כשלעצמה הצדיקה או את ההסדר שנקבע בתיקון מס' 63 לחוק התקשורת (מנגנון Opt-in). גם אם הנחת יוזמת הצעת החוק נכונה, ולפיה יכולתן של עמותות וחברות לתועלת הציבור לגייס תרומות נפגעה מאוד, ספק אם אפשר להצדיק את מניעת פגיעה זו על ידי פגיעה כה קשה בפרטיות, כמו גם ביצירת סיכונים רבים הכרוכים במשלוח ספאם באמצעות מסרונים.³⁶² מתן אפשרות לעמותות ולחברות לתועלת הציבור לגייס תרומות באמצעות מסרונים עשוי ליצור פתח לתרמיות הונאה או פשינג. כאשר הפרקטיקה של גיוס תרומות או הפצת תעמולה באמצעות מסרונים חוקית, הרבה יותר קל להאמין כי מסרון מהסוג הזה, המתיימר להיראות מהימן, הוא "אותנטי" (שכן הפרקטיקה חוקית), ועל כן "ליפול בפח" ולהיפגע.

יתרה מזאת, אם הפגיעה בעמותות ובחברות לתועלת הציבור שמצדיקה את שינוי האיזון הקבוע בחוק הספאם נוגעת להיבט כלכלי בלבד, נחלשת הלגיטימיות לאפשר שינוי שכזה – כפי שמבקשת הצעת החוק – גם באשר למסרי תעמולה. אם כן הצעת החוק הזו, ללא כל ספק, נתונה לביקורת רבה.³⁶³

³⁶¹ הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון) – התרת משלוח דבר פרסומת באמצעות הודעת מסר קצר לשם קבלת תרומה או תעמולה על ידי מפרסם שהוא עמותה או חברה לתועלת הציבור), התשפ"א-2021, פ/1779/24.

³⁶² כמו פעילות עבריינית. ראו דיון סמוך לה"ש 10 לעיל; ראו גם "הפצת מידע ופרסומים באמצעות מסרונים (SMS) – המלצות ליישום" מערך הסייבר הלאומי (18.5.2021). www.gov.il/he/departments/general/smsbp

³⁶³ השוו לניר גונטז' "החוק שלך יאפשר לקבר רחל לשלוח לנו ספאם. רוצה שאפרסם את הטלפון שלך? 'אני חושבת שזה מיותר'" הארץ (14.7.2021) www.haaretz.co.il/

2. מאגר "אל התקשרו אליי"

בשנים האחרונות אנו עדים לשיחות טלפון שיווקיות ממגוון גורמים – מחברות מסחריות כמו חברות תקשורת ועד לעמותות וחברות לתועלת הציבור – על בסיס יום-יומי. שיחות אלה מטרידות, ובלא מעט פעמים אף על פי שאנו מבקשים כי יחדלו מלהתקשר אלינו, זה לא מסייע.³⁶⁴ לעיתים קרובות שיחות אלה נועדו למכור לנו מוצר או שירות, והן מתבצעות תוך שימוש באסטרטגיית שיווק אגרסיבית,³⁶⁵ לא פעם הפניות הן לאוכלוסיות חלשות כמו קשישים.³⁶⁶ יתר על כן, שיחות אלה כוללות, לעיתים, גם פעילות בלתי חוקית.³⁶⁷ יפים בהקשר זה דבריה של השרה לשעבר לשוויון חברתי ומיעוטים מירב כהן, אשר ציינה באחד מהדיונים בכנסת את הדברים הבאים:

"בישראל התפתחה בשנים האחרונות פרקטיקה של שיווק אגרסיבי ומטעה באמצעות הטלפון, והאוכלוסייה שנפגעת ביותר היא האוכלוסייה החלשה, ובראשה אוכלוסיית הקשישים. אני מכירה וטיפלתי באופן אישי באין-ספור מקרים של קשישים שנוצלו ניצול ציני וקר על ידי משווקים שרימו אותם בטלפון בכל מיני עסקאות שקריות. לנוכלים יש מגוון של שיטות: גברתי, זכית בהגדרה; גברתי, את חברת מועדון ומגיעה לך מתנה; גברתי, אנחנו ממשרד האוצר; גברתי, יש לך כסף אבוד, ועוד ועוד הבטחות שווא. הקשישים שאני פגשתי נעשקו בעשרות אלפי שקלים, לפעמים במאות אלפי שקלים, ולצדדי, לפעמים זה אפילו

[.magazine/premium.HIGHLIGHT-1.10000040](https://www.magazine/premium.HIGHLIGHT-1.10000040)

364 ראו, למשל, בת"ק (תביעות קטנות חי') 54957-07-17 גוריון נ' פלאפון תקשורת בע"מ (נבו 4.2.2018), שם התובע קיבל שבע שיחות שיווק מטרידות לאחר שביקש מהנתבעת להפסיק להתקשר אליו.

365 כך, למשל, כאשר מדובר בביצוע "פניות חוזרות ונשנות לצרכן או לבני משפחתו כדי לקשור עסקה, אף שהביעו, במפורש או במשתמע, את רצונם כי יחדל מכך", מה שעשוי לגרום להשפעה בלתי הוגנת בניגוד לס' 4(3) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

366 להרחבה בהקשר זה ראו הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן סיכום דוח הערכת השפעת הרגולציה (RIA) 4 (2017) (להלן: דוח הרשות להגנת הצרכן); ראו גם Matthea Ross, *Why are You Calling Me: The Importance of the Do-Not-Call Registry in Protecting the Elderly from Financial Abuse*, 6 ALB. GOV'T L. REV. 663 (2013).

367 כמו, למשל, מכירה של הלוואות בשוק האפור; השוו לאפרת נומברג יונגר "הפשיטה שחשפה את השיטה" *Mako* (21.3.2019) www.mako.co.il/finances-weekend/Article-46335f3b3ef9961006.htm.

מגיע למיליוני שקלים. חשוב לי להבהיר: הפגיעה בקשישים היא לא רק כספית – היא פגיעה בכבוד העצמי. זו פגיעה שגורמת להם תחושת השפלה, פחד מאנשים זרים וריחוק".³⁶⁸

על רקע דברים אלה הועלו הצעות להסדיר את נושא שיחות השיווק בחקיקה.³⁶⁹ אגב כך הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן בחנה את הבעיות שמתעוררות אגב אותן שיחות, והגיעה למסקנה כי "הפתרון המתאים הוא הקמת מאגר 'מותר להתקשר אליי'".³⁷⁰ הרשות להגנת הצרכן בחנה שלוש חלופות: השארת המצב הקיים על כנו; הקמת מאגר "אל תתקשרו אליי"; הקמת מאגר "מותר להתקשר אליי". אם כן ההבחנה העיקרית בין חלופות אלה היא בכלל ברירת המחדל. כפי שכבר ציינתי, וכפי שציינה הרשות להגנת הצרכן בדוח שפרסמה, הבחירה בכלל ברירת המחדל היא משמעותית ביותר, מאחר שכרוכות בכך השפעות פסיכולוגיות משמעותיות. מחקרים הראו כי "עיצוב ברירת המחדל מגדיר כיצד צרכנים בסופו של דבר מחליטים על שירות, מוצר או מדיניות".³⁷¹ באופן זה בחירת החלופה מאגר "מותר להתקשר אליי" תביא לכך שכלל ברירת המחדל הוא שחל איסור גורף על שיחות טלפון שיווקיות, אלא אם הצרכן ביקש באופן פעיל (נרשם למאגר) להתיר את שיחות אלה. בניגוד לכך, בחירת החלופה מאגר "אל תתקשרו אליי" תביא לכך שכלל ברירת המחדל הוא שכלל אפשר לבצע שיחות טלפון שיווקיות, אלא אם הצרכן סירב לכך באמצעות רישום למאגר. כאמור לעיל, מסקנתה של הרשות להגנת הצרכן הייתה כי הפתרון המתאים הוא בחירת החלופה מאגר "מותר להתקשר אליי". עם זאת לאחר בדיקות נוספות הוחלט להמליץ לבחור בחלופה מאגר "אל תתקשרו אליי", עקב

368 פרוטוקול ישיבה 77 של הכנסת ה-23, 70 (14.9.2020).

369 ראו, למשל, הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון – איסור על שיווק טלפוני למספר הרשום במאגר "אל תתקשרו אליי"), התשע"ח-2017, פ/4699/20; הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון – איסור על שיווק טלפוני למספר הרשום במאגר "אל תתקשרו אליי"), התשע"ח-2017, פ/4631/20; הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון – איסור על שיווק טלפוני למספר הרשום במאגר "אל תתקשרו אליי"), התש"ף-2019, פ/739/22; הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון – איסור על שיווק טלפוני למספר הרשום במאגר "אל תתקשרו אליי"), התש"ף-2019, פ/737/22; הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון – מאגר צרכנים להגבלת שיחות שיווק מרחוק), התש"ף-2019, פ/289/22; הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון – איסור על שיווק טלפוני למספר הרשום במאגר "אל תתקשרו אליי"), התש"ף-2020, פ/2039/23; הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון – מאגר צרכנים להגבלת שיחות שיווק מרחוק), התש"ף-2020, פ/566/23.

370 דוח הרשות להגנת הצרכן, לעיל ה"ש 366.

371 שם, בעמ' 10.

הפגיעה הצפויה בהתנהלות המשק מצד המשווקים, דבר אשר נראה כי הכריע את הכף.³⁷²

בהתאם לזאת ולאחר הדיונים בוועדת הכלכלה בנושא, ביום 23.11.2020 נתקבל בכנסת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 61), התשפ"א-2020, אשר עיגן את הסדר מאגר "אל תתקשרו אליי" בחוק הגנת הצרכן.³⁷³ ההסדר שנקבע מעניק לרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן את הסמכות להקים ולנהל מאגר שבו יירשמו הצרכנים שלא מעוניינים לקבל שיחות שיווק.³⁷⁴ לפיכך עוסק שמעוניין לפנות לצרכן מסוים באמצעות שיחת טלפון, יידרש לוודא כי מספר הטלפון של אותו צרכן לא רשום במאגר.³⁷⁵ כמו כן בהסדר קבועים כמה חריגים, אשר נוספו להסדר שהתגבש במהלך הדיונים בוועדת הכלכלה, ואלה מתייחסים למצבים שבהם אף על פי שצרכן מסוים רשום במאגר "אל תתקשרו אליי", אפשר יהיה, בנסיבות מסוימות, לפנות אליו בשיחות טלפון שיווקיות.³⁷⁶ זאת ועוד, ההסדר החדש מעניק לממונה על הגנת הצרכן והסחר ההוגן בתנאים מסוימים את הסמכות להטיל עיצומים כספיים על עוסק ש"פנה בפנייה שיווקית למספר טלפון הרשום במאגר", בניגוד להוראות החוק.³⁷⁷

חשוב לציין כי מאמר זה דן ב"דיני ספאם", אולם ההסדר בעניין "מאגר אל תתקשרו אליי" רלוונטי אך למערכת היחסים המרכזית שבחוק הגנת הצרכן, קרי מערכת היחסים שבין עוסק לצרכן. הסדר זה לא חל באשר למערכת היחסים המרכזית שבחוק הספאם, קרי מערכת היחסים שבין מפרסם לנמען. כמו כן, כפי שיבואר להלן, כיום, אין שיחות השיווק האנושיות חוסות תחת חוק הספאם, ועל כן ההסדר שלעיל הוא ההסדר המרכזי בהסדרת אפיק זה.³⁷⁸

³⁷² שם, בעמ' 12.

³⁷³ ראו בתקשורת לעניין תחולתו: "הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן מודיעה על פתיחת ההרשמה למאגר אל תתקשרו אליי" הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן (12.12.2022) <https://www.gov.il/he/departments/news/altitkasher>; סיון חילאי "מאגר 'אל תתקשרו אליי' החל לפעול: כך תוכלו להירשם" Ynet (12.12.2022) <https://www.ynet.co.il/economy/article/s117yundo>.

³⁷⁴ ס' 16ב(ב) לחוק הגנת הצרכן.

³⁷⁵ ס' 16ג(ג) לחוק הגנת הצרכן.

³⁷⁶ ראו בהקשר זה ס' 16ג(4) וכן את התוספת השישית לחוק הגנת הצרכן.

³⁷⁷ ס' 222(ב)(16) לחוק הגנת הצרכן.

³⁷⁸ ראו גם דבריו של חבר הכנסת יעקב מרגי, יושב ראש ועדת הכלכלה, בפרוטוקול ישיבה 104 של הכנסת ה-23, 94 (23.11.2020): "יודגש כי ההסדר המוצע יחול רק לגבי פניות שיווקיות באמצעות שיחה. ההגבלות על דרכי התקשורת אחרות עם צרכנים, שלא באמצעות שיחה, דוגמת הודעות סמ"ס, דואר אלקטרוני או הודעות מוקלטות, כולל צנתוקים, מוסדרות היום בס' 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982,

בהקשר זה דעתי היא כי אם המחוקק ביקש ליצור הסדר משלים להסדר שמעוגן בחוק הספאם, כפי שמשמע מדברי ההסבר להצעת החוק בעניין, 379 אזי הוא החמיץ. נוסף על כך שההסדר לא חל על כל "מפרסם", כהגדרתו בחוק הספאם, הוא גם חסר "שיניים" משהוא חסר מנגנון של אכיפה פרטית המבוססת על פיצויים ללא הוכחת נזק, כפי שקיים בחוק הספאם. 380 כמו כן, קיים חשש מפני דליפת מידע מן המאגר או מפני שימוש לרעה בו. 381 יתרה מכך, בהחלט אפשר לטעון כי עדיף היה לו המחוקק היה מחוקק את ההסדר המקביל, קרי מאגר מסוג "מותר להתקשר אליי". זאת מאחר שהיתרונות הגלומים בהקמת מאגר שכזה, שהוא בבחינת מודל Opt-in, עולים על אלה של מאגר "אל תתקשרו אליי" במגוון מישורים. 382 אמת, ההסדר שהעביר המחוקק חשוף ללא מעט ביקורת, 383 אך נדמה כי הוא עדיף על מצב אי-האסדרה שקדם לו, וימים יגידו מה תהייה השלכותיו.

3. הצעה להגביל פרסום באמצעות חיוג ידני

כמבואר לעיל בפרק א, חוק הספאם במתכונתו הנוכחית לא מגביל פרסום באמצעות שיחות שיווק אנושיות, קרי שיחה בין נציג אנושי לבין נמען טלפוני, אלא מגביל פרסום באמצעות מערכות חיוג אוטומטיות, המעבירות מסר קולי מוקלט. 384 בינואר 2022 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק שביקשה להרחיב את תחולת חוק הספאם גם לשיחות אנושיות. כלומר גם שיחת טלפון לנמען מנציג אנושי בקשר להתקשרות בעסקה תהיה משום הפרה של חוק הספאם, אלא אם הנמען נתן את הסכמתו המפורשת לכך מראש:

הידוע בכינויו 'חוק הספאם'."

379 הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 62) (מאגר צרכנים להגבלת שיחות שיווק מרחוק), התש"ף-2020, ה"ח 1362, 702.

380 מה שמהווה את החלק העיקרי בהצלחתו של חוק הספאם; השוו בהקשר זה למנגנון הפיצויים לדוגמה הקבוע בס' 31 בחוק הגנת הצרכן.

381 לזאת ולביקורות נוספות ראו בירנהק וזר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 73-74.

382 ראו בנייר העמדה בנושא ביחס להצעת חוק "מאגר אל תתקשרו אליי" של עמותת אל-ספאם, מיום 7.10.2020, בעמ' 4.

383 ראו שם; ראו גם רן בר-זיק "רוצים להירשם מאגר 'אל תתקשרו אליי'? כדאי שתחשבו פעמיים" *TheMarker* (13.12.2022) <https://bit.ly/48WX5Q3>.

384 ראו בהקשר זה את הגדרת המונח "מערכת חיוג אוטומטי" שבס' 30א(א) לחוק התקשורת: "מיתקן בוק המשמש לחיוג או לניתוב אוטומטיים של רצף שיחות לקבוצה של נמענים לשם העברת מסר קולי מוקלט אל אותם נמענים"; כן ראו, למשל, בפסיקה ברת"ק (מחוזי י-ם) 17-03-31757 כהן נ' מכבי שירותי בריאות (נבו) 6.6.2017; מנגד, ראו פסיקה שבה החילו את חוק הספאם על שיחות אנושיות בת"ק (תביעות קטנות ב"ש) 55155-05-15 חימי נ' הוט מערכות תקשורת בע"מ (נבו) 22.3.2016.

"מוצע להשוות פרסומת באמצעות חיוג ידני ליתר האמצעים בסעיף 30א, כך שפנייה טלפונית של מפרסם לצורך התקשרות בעסקה תהיה מותנית בהסכמתו של הנמען באמצעות שיגור הודעה אלקטרונית אליו, שבה הוא מתבקש לאשר את הסכמתו לפנייה הטלפונית, וכך שהפרה של הוראה זו, דינה יהיה כדין הקבוע כיום בחוק על מפרסם המשגר דברי פרסומת בדרכים אחרות בניגוד להוראות החוק".³⁸⁵

לתפיסתי, טוב יעשה המחוקק אם יעביר חקיקה בהקשר הזה. בתת-הפרק הקודם הצגנו כיצד בשנים האחרונות התופעה של שיחות טלפון אנושיות מטרידות הפכה נפוצה יותר ויותר. אומנם המחוקק הגיב לתופעה הזאת באמצעות הקמת מאגר "אל תתקשרו אליי", אך תגובתו חלה רק במערכת היחסים שבין עוסק לצרכן ולא במערכת היחסים שבין מפרסם לנמען. כלומר, תחולתו של הסדר מאגר "אל תתקשרו אליי" מצומצמת יותר.³⁸⁶ לדעתי נדרשת אסדרה גם בהקשר זה, כשמדובר בשיחות טלפון אנושיות שבבחינת מטרתן עולה מטרה עסקית (בהתאם להגדרת "דבר פרסומת"). כמו כן, הסדר שכזה יסייע בהשלמת החסר בחוק הגנת הצרכן בקשר למאגר "אל תתקשרו אליי", קרי השלמת מנגנון האכיפה הפרטית, מה שסייע בהרתעת מפירי החוק.

זאת ועוד, המצב בפועל הוא שלעיתים שיחות כאלה מוכרות כהטרדה במובנה הנורמטיבי, כלומר כעילה לפסיקת פיצוי מכוח דיני הגנת הפרטיות³⁸⁷ או מכוח חוק התקשורת שהוראותיו לא נכללות בהסדר הספאם.³⁸⁸ יתרה מכך,

385 הצעת חוק התקשורת (בוק ושידורים) (תיקון – פנייה טלפונית של עוסק), התשפ"ב – 2022, פ/24/2902.

386 ראו ס' 39 לחוק הגנת הצרכן, בעניין אי-תחולתו על נותני שירותים מסוימים כגון בנקים או חברות ביטוח.

387 בהקשר דיני הגנת הפרטיות הטענה מתבססת לרוב על ס' 12(1) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; ראו, למשל, ת"ק (תביעות קטנות חי') 37618-05-17 אמיר נ' אופטימל סוכנות לביטוח פנסיוני (2014) בע"מ (נבו 9.11.2017); ת"ק (תביעות קטנות נת') 61516-11-17 יעקובוב נ' הוט מובייל בע"מ (נבו 27.5.2018); ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 63328-02-20 קפון נ' ג'רוזלם פוסט בע"מ (נבו 30.12.2020); עניין גוריון, לעיל ה"ש 364. חשוב לציין כי אפשר לראות שקיימת רתיעה בפסיקה להחיל את ההסדר שבחוק הגנת הפרטיות, מאחר שאפשר לראותו כהסדר שנועד לטפל במצבים חמורים יותר של פגיעה בפרטיות; ראו, למשל, בת"ק (תביעות קטנות חי') 33234-06-19 איצקובסקי נ' פלאפון תקשורת בע"מ, פס' 19 לפסק הדין של הרשמת הבכירה שקדי שץ (נבו 24.12.2019); מכל מקום, התייחסות נוספת לעניין זה חורגת מהיקף מאמר זה.

388 בהקשר של חוק התקשורת, העילה הנפוצה בהקשר זה היא הטרדה, כאמור בס' 30 לחוק התקשורת, באמצעות השימוש בעוולת הפרת חובה חקוקה, קרי ס' 63 לפקודת הנויקין

קיימות פסיקות שאף הקישו מהסדר הפיזיכיים שבחוק הספאם, דהיינו קבעו פיזיו של 1,000 ש"ח בגין כל שיחה מטרידה.³⁸⁹ המצב הנוכחי שבו בתי המשפט קובעים אם להחיל את הדינים הקיימים או לא, ואם כן, באופן לא אחיד, הוא לא מצב רצוי, מאחר שהוא יוצר חוסר אחידות בפסיקה ואי-ודאות משפטית. ההסדרים הקיימים לא נועדו לקיים ולקדם את האיזון הנדרש בדיני הספאם.³⁹⁰ לשם כך נדרש הסדר ספציפי המגלם את האינטרסים של המפרסמים מחד גיסא ואת זכויותיו של הפרט מאידך גיסא, בדומה לאיזון העומד בבסיס חוק הספאם בכללותו. בשל האמור טוב יעשה המחוקק אם יסדיר את הנושא ויקבע כי חוק הספאם יחול גם על שיחות שיווק אנושיות.³⁹¹

4. הצעה לאחריות פלטפורמות הדיבור

כפי שתואר במאמר, לעיתים מפרסמים משתמשים בשירותיו של קבלן חיזוני-עצמאי לשם הפצת הודעותיהם.³⁹² חלק מהמפרסמים, בעשותם כן, מפיצים הודעות בלתי חוקיות – הן מבחינת חוק הספאם והן מבחינת פעילות עבריינית אחרת כמו פרסום אתרי הימורים, סמים וכדומה. לרוב מפרסמים מפירי חוק אלו מסתתרים מאחורי זהויות בדויות, וכמעט בלתי אפשרי לאתרם.³⁹³ במצבים שכאלה, כדי לאתר את שולח הספאם, נמען נמרץ יפנה לחברת הדיבור, בבקשה שזו תמסור לו את פרטי השולח.³⁹⁴ החברה עשויה להתנגד לכך, ועל כן הנמען יצטרך לפנות לערכאה שיפוטית כדי לקבל צו שיוורה

[נוסח חדש]; ראו, למשל, ת"ק (תביעות קטנות י-ם) 15-01-30594 כהן נ' הוט מובייל בע"מ (נבו 4.8.2015); ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 15-11-53368 נטע נ' פלאפון תקשורת בע"מ (נבו 15.4.2016); ת"ק (תביעות קטנות קריות) 16-03-35652 שבצוב נ' הוט מובייל בע"מ (נבו 23.8.2016).

389 ראו, למשל, ת"ק (תביעות קטנות דימונה) 20-09-6105 שורדקר נ' הוט – מערכות תקשורת בע"מ (נבו 22.10.2021).

390 השוו, למשל, לת"ק (תביעות קטנות פ"ת) 18-02-48985 כהן נ' פלאפון תקשורת בע"מ, פס' 12 לפסק הדין של הרשם הבכיר רגב (נבו 13.5.2018): "לא כל שיחת טלמרקטינג, שהנמען לא הסכים לה מראש, מהווה הטרדה. כך לדוגמא שיחה חד פעמית לנמען, אשר לאחר שסירב לקבל שיחות מסוג זה לא בוצעו אליו שיחות נוספות, לא תהווה פגיעה בפרטיות, גם אם גרמה לאי-נוחות מסוימת. במצב דברים שבו התבצעה שיחת טלפון אחת או שתיים, קשה לטעון כי המדובר בנוק המזכה בפיזיו מכוח חוק הגנת הפרטיות".

391 וכך, בין היתר, יוחל גם הסדר הפיזיו ללא הוכחת נוק.

392 ראו פרק ב.2. לעיל.

393 השוו לעניין סמארט קלאב, לעיל ה"ש 4, בפס' 11 לפסק הדין של השופטת ברון.

394 הכוונה כאן ב"חברת הדיבור" או ב"פלטפורמת הדיבור" היא, בהתאם להצעת החוק בעניין: "גורם שביצע בעבור אחר פעולת שיגור של דבר פרסומת כשירות בוק לפי רישיון כללי, רישיון מיוחד או מכוח היתר כללי", ה"ש 398 להלן.

לחברה למסור את פרטי המפרסם.³⁹⁵ אולם, ספק אם הנמען הסביר, שאינו אותו נמען נמרץ, יפנה לערכאה שיפוטית אך ורק כדי לקבל צו שיפוטי שכזה. מדובר במשוכה גבוהה מדי עבורו – הן מבחינת הידע המקצועי והן מבחינת המשאבים הכרוכים בכך. יתרה מזאת, כשמדובר במפרסם ששכר את שירותיהן של כמה פלטפורמות דיוור, הדבר מסתבך שכן יידרשו צווים נוספים.³⁹⁶

על רקע דברים אלה הוגשו בשנים האחרונות כמה הצעות חוק שעניינן חיוב פלטפורמות הדיוור להעביר לנמען המבקש זאת את פרטי המפרסם.³⁹⁷ אחת מהצעות אלה הונחה בסוף חודש פברואר 2022 על שולחן הכנסת לדיון מוקדם.³⁹⁸ לפי הצעה זו, נמען יהיה רשאי לפנות לפלטפורמת הדיוור בבקשה לקבל את פרטי השולח של דבר הפרסומת שנשלח אליו, תוך צירוף העתק של דבר הפרסומת שלגביו מתייחסת פנייתו. ההצעה מציעה כי אם הגורם שאליו פנה הנמען לא מסר את פרטי שולח דבר הפרסומת, יראו אותו כ"מפרסם" כאמור בהגדרות חוק הספאם. כלומר, יחולו עליו הוראות חוק הספאם והוא יוחזק כאחראי למשלוח הספאם.

לעמדת, טוב יעשה המחוקק אם יעביר את התיקון, ולמעשה נראה לי כי הדבר הכרחי. אפשר לומר שכיום אחת הדרכים היחידות להתמודד עם תופעת הספאם, לצערנו יש לציין, היא באמצעות מודל האכיפה הפרטית. המנגנון המתבסס על אכיפה פלילית ריק מתוכן ולא מסייע בהגשמת תכליות החוק. לשם המחשה, בין השנים 2016–2019 הוגשו לערכאות הדיוניות כ-10,000 תביעות ספאם, בעוד בתקופה זו לא הוגש אף כתב אישום בגין הפרת חוק הספאם.³⁹⁹ נזכיר כי תנאי מקדים להגשמתו של מנגנון האכיפה הפרטית הוא זיהוי המפרסם, ושמאי אפשר לזהות את המפרסם, נפגעת היכולת להגשים את תכליות החוק.

³⁹⁵ ראו, למשל, ת"ק (תביעות קטנות טב') 16448-03-19 דהרי נ' כושר פיננסיים (נבו) 6.10.2019.

³⁹⁶ ראו התייחסות לכך בדברי ההסבר להצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון – חובת מסירת פרטים של שולח פרסומת בניגוד לחוק), התשפ"ב–2022, פ/3368/24.

³⁹⁷ ראו, למשל, את הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון – חובת מסירת פרטים של שולח פרסומת בניגוד לחוק), התשע"ט–2018, פ/5716/20; הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון – חובת מסירת פרטים של שולח פרסומת בניגוד לחוק), התש"ף–2020, פ/1374/23.

³⁹⁸ הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון – חובת מסירת פרטים של שולח פרסומת בניגוד לחוק), התשפ"ב–2022, פ/3368/24.

³⁹⁹ בהתאם לבקשות לפי חוק חופש המידע שהגישה עמותת "אל-ספאם" (ע"ר 580607182) לעיל המובאות בנייר עמדה ביחס להצעת חוק "מאגר אל תקשרו אליי" (7.10.2020), לעיל ה"ש 382.

למעשה, אפשר להניח כי פלטפורמות הדיוור נהנות ומרוויחות ממשלוח הספאם, שכן, מחד גיסא הן מרוויחות מהשירות שהן נותנות למפרסמים, ומאידך גיסא הן לא מפנימות את העלויות שהשירות שהן נותנות יוצר. באופן זה הטלת אחריות משפטית על פלטפורמות הדיוור תסייע בהכוונת התנהגותן, שכן כך הן עשויות להפנים את העלויות שהן מחצינות כלפי הסביבה.⁴⁰⁰

לצד דברים אלה, ובלי להיכנס לעומק הדברים, חשוב להבין כי מול הגשמת תכליות חוק הספאם עומדים זכותו של המפרסם לפרטיות (ולאנונימיות) וכן אינטרסים נוספים. באופן זה יש לוודא כי הפגיעה בפרטיות המפרסם תצומצם ככל האפשר, דהיינו לקבוע כי פלטפורמת הדיוור תידרש לבחון את חוקיות דבר הפרסומת עם הגורם המפרסם, בלי שחשפה קודם את פרטיו. אומנם יש בכך כדי לייצר עלויות לפלטפורמת הדיוור, אך בסופו של דבר עלויות אלה יתגלגלו – כנראה – אל מי שמבקש להשתמש בשירותיה, והדבר כשלעצמו יהיה חסם נוסף בפני מי שמבקש להפיץ ספאם בצורה בלתי חוקית. זאת ועוד, כאשר מדובר במפרסם אנונימי או כזה המשתמש בזהות בדויה, ממילא לא יהיו בדברי הפרסומת פרטיו. בעניין זה כשלעצמו יש משום הפרה של חוק הספאם, מה שעשוי לייתר את הצורך בפנייה אליו.⁴⁰¹ יתרה מכך, פלטפורמת הדיוור יכולה להגן על עצמה באמצעות תניות חוזיות שתיקבענה בהסכמיה עם המפרסמים. כמו כן, גם אם תתרחש פגיעה בפרטיותו של מפרסם כזה או אחר אשר הפר את החוק, ייתכן כי יש להחיל את ההגנות הקבועות בחוק עבור הגורם שחשף את פרטי המפרסם,⁴⁰² מה שגם מעיד על עמדת הדין באשר לאיזון בין פגיעה בפרטיות מחד גיסא, לבין אינטרסים ציבוריים מאידך גיסא.

להשלמת התמונה יצוין כי על רקע הגידול בתופעת מסרוני הספאם הכוללים ניסיונות הונאה ומכירה של סמים, לקראת סיום כתיבת שורות אלה, הודיע משרד התקשורת על רפורמה ברישיונות התקשורת של חברות הסלולר. רפורמה זו תחייב חברות אלה לבצע אימות לשולחי המסרונים בתפוצה רחבה, אשר תכלול בין השאר אימות של זהות השולח וכן אימות של אמצעי התשלום.⁴⁰³

400 ראו בהקשר זה GUIDO CALABRESI, THE COST OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS (1970); Guido Calabresi & Jon T. Hirschoff, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, 81 YALE L.J. 1055 (1972); Richard A. Posner, *A Theory of Negligence*, 1 J. LEGAL STUD. 29 (1972).

401 ראו דיון בטקסט הסמוך לה"ש 221 לעיל.

402 השו, למשל, לס' 18(ב) לחוק הגנת הפרטיות.

403 ראו: "רפורמת מסרוני הקנאביס: שר התקשורת יעז הנדל קבע רגולציה למיגור מסרוני הפישניג והקנאביס" משרד התקשורת (24.10.2022) https://www.gov.il/he/departments/news/24102022_2; רפאלה גויכמן "הסוף למסרוני פישניג וקנאביס? משרד התקשורת יאלץ את השולחים להזדהות" TheMarker (24.10.2022)

בהמשך לאמור, יש בכך כדי לסייע בהתמודדות עם התופעה, אולם בעולם שבו כמעט כל ההתמודדות עם התופעה מגיעה מצידו של האזרח, ספק אם הגבלות שכאלה תסייענה בלי שיש לציידן מנגנון אכיפה פרטית משמעותי כלשהו. הנחיות אלו נכנסו לתוקף באפריל 2023.⁴⁰⁴

5. ספאם בעידן הרשתות החברתיות והבינה המלאכותית

כאמור בתחילת הפרק, נראה כי הצורך בעדכון חקיקת הספאם, כמו כל דבר חקיקה, ישאר איתנו לעד.⁴⁰⁵ הפיתוחים הטכנולוגיים לא נותרים במקומם והם ממשיכים להשתכלל, דבר שכמובן לא נעדר מתחום הספאם. כפי שצוין בפרק המבוא, עם ההתקדמות הטכנולוגית והירידה בעלויות משלוח הודעות באינטרנט, החלה תופעת הספאם להתפשט אל פלטפורמות נוספות, ובכלל זה אל רשתות חברתיות כדוגמת פייסבוק או לינקאדין.⁴⁰⁶ התרחבות זו של התופעה אל הרשתות החברתיות מכונה "ספאם חברתי" (social spam).⁴⁰⁷ חשוב להבין כי ההתפתחות הטכנולוגית חלה בד-בבד עם השינויים בדרך שבה אנו צורכים מוצרים, שירותים, מידע ובכלל – מתקשרים זה עם זה. כיום חלק ניכר מהפעילות שלנו (אם לא רובה) נעשית במרחב המקוון. נוכחותנו ושהייתנו במרחב המקוון הן בלתי נתפסות,⁴⁰⁸ ובהתאם משתנה גם התנהגותנו כצרכנים,

⁴⁰⁴ <https://bit.ly/3Sk4QZi>; ראו בתיקונים לרישיונות חברות הסלולר, המופיעים באתר משרד התקשורת: <https://bit.ly/3HM83M0>.

⁴⁰⁴ הוראת מינהל של משרד התקשורת "שירות שליחת מסר קצר (מסרון)" (14.2.2023): www.gov.il/he/departments/policies/14022023_1; לדיון ראו בירנהק וור, לעיל ה"ש 4, בעמ' 53–54.

⁴⁰⁵ השוו לדבריו של השופט חשין בתב"ם 16/01 סיעת ש"ס – התאחדות הספרדים העולמית שומרי תורה נ' חבר-הכנסת אופיר פינס-פז, סגן יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נה(3) 159, 165 (2001): "כלי-המשפט התולים על קיר חדר המלאכה שלנו – סדורים שורות שורות, אלה ליד אלה – נתקשה לעתים למצוא בהם כלי המתאים לעידן הטכנולוגי החדש. והקושי יתגבר וילך עם הזמן".

⁴⁰⁶ Eleni Kosta, Peggy Valcke & David Stevens, *Spam, Spam, Spam, Spam Lovely* (2009) 89, *Spam: Why is Bluespam Different*, 23 INT'L REV. L. COMPUTERS & TECH.

אפשר לייחס את הסטייה של התופעה למסרונים להתרחבות השימוש בטלפונים חכמים; ראו עניין לפיד, לעיל ה"ש 5, בפס' 7 לפסק הדין של השופט גרוסקופף; סיבה נוספת לכך שהתופעה התרחבה לכיוון של מסרונים, היא כי התפתחו אמצעי הגנה די אפקטיביים, אשר יודעים להפריד בין הודעות ספאם לבין הודעות אמיתיות; ראו טקסט להלן.

⁴⁰⁷ ה"ש 8 לעיל; ראו גם Sanjeev Rao, Anil Kumar Verma & Tarunpreet Bhatia, *A Review on Social Spam Detection: Challenges, Open Issues, and Future Directions*, 186 EXPERT SYSTEMS WITH APPLICATIONS 1 (2021).

⁴⁰⁸ ראו רועי האן "זה הדבר הראשון ש-50% מהישראלים עושים בבוקר" *Ynet* (27.1.2022).

שצורכים יותר ויותר מוצרים ושירותים בעולם המקוון. אנו חיים בעידן שבו העולם המקוון מזמן לבני האדם מגוון רב ואין-סופי של הזדמנויות לצרוך מידע, להשתתף, להשפיע, להתבטא ואפילו למצוא זוגיות ואהבה. עוד מעניין לציין כי התקשורת במרחב המקוון היא לא רק בין בני האדם לבין עצמם, אלא גם בין האדם לבין מערכות מחשב טכנולוגיות.⁴⁰⁹

מכל מקום, בשל האמור, לא בכדי מפרסמים רבים הבינו כי עליהם להתאים את אמצעי הפרסום והשיווק שלהם להתפתחויות אלה, ללמוד את התנהגות הצרכנים במרחב המקוון, ובהתאם לכך למקד את הפרסום שלהם במרחב זה.⁴¹⁰ השהות שלנו במרחב המקוון מאפשרת למפרסמים רבים להגיע אלינו בצורה קלה יותר ויעילה יותר.⁴¹¹ דווקא החשיפה המרובה שלנו לפרסומות במהלך היום היא מה שדורש ממפרסמים רבים לשכלל את שיטות הפרסום שלהם,⁴¹² בין אם בשיטות לגיטימיות, ובין אם לא, כמו שיטות של הפצת הספאם.

"ישראלים מבליים 12 שעות ביום מול מסכים".

- 409 לדיון כללי ראו David E. Kieras, *An Overview of Human-Computer Interaction*, 80 J. WASH. ACAD. SCI. 39 (1990); דוגמה שכיחה וידועה בהקשר הזה הוא השיח בין בני האדם לבין עוזר דיגיטלי (virtual assistant), מה שמעורר סוגיות משפטיות ואתיות לא מעטות. ראו בהקשר זה: Ria Kuruvilla, *Between You, Me, and Alexa: On the Legality of Virtual Assistant Devices in Two-Party Consent States*, 94 WASH. L. REV. 2029 (2019); Judith Donath, *Ethical Issues in our Relationship with Artificial Entities*, in THE OXFORD HANDBOOK OF ETHICS OF AI. 53 (Markus D. Dubber, Frank Pasquale, & Sunit Das eds., 2020).
- 410 לדיון כללי ראו: Yubo Chen, Scott Fay & Qi Wang, *The Role of Marketing in Social Media: How Online Consumer Reviews Evolve*, 25 JOURNAL OF INTERACTIVE MARKETING 85 (2011); Gil Appel, Lauren Grewal, Rhonda Hadi & Andrew T. Stephen, *The Future of Social Media in Marketing*, 48 JOURNAL OF THE ACADEMY OF MARKETING SCIENCE 79 (2020).
- 411 כך, למשל, באמצעות שיטות "טרגוט" (targeted marketing) כאלה או אחרות; ראו Simona Vinerean, Iuliana Cetina, Luigi Dumitrescu & Mihai Tichindelean, *The Effects of Social Media Marketing on Online Consumer Behavior*, 8 INT'L J. BUSS. & MANAGEMENT 66 (2013); Monireh Hosseini, Zohreh Tammimy & Elnaz Galavi, *Social Media Target Marketing: Use of Social Networks Data to Target Marketing*, 9 J. OF INDUSTRIAL ENGINEERING & MANAGEMENT STUD. 28 (2022).
- 412 ראו Elizabeth Wright, Nile M. Khanfar, Catherine Harrington & Lee E. Kizer, *The Lasting Effects of Social Media Trends on Advertising*, 8 J. OF BUSS. & ECON. RESEARCH 73 (2010).

נוסף על כל אלה, אין זה סוד שאנו חיים בעידן שבו מערכות מבוססות בינה מלאכותית נמצאות בכל מקום.⁴¹³ פיתוחים טכנולוגיים אלה מאפשרים קיומן של פלטפורמות מקוונות מגוונות, ובכלל זה את פלטפורמת המטאוורס (metaverse), שצפויה לבטא את פסגת התפתחויות העולם המקוון.⁴¹⁴ לתפיסת התפתחויות אלה באות לידי ביטוי בתחום הספאם בשני מישורים עיקריים: הראשון – ריבוי הפלטפורמות במרחב המקוון והשהות הרבה שלנו בהן מאפשרים הזדמנויות רבות לאתר נמענים ולדוור אותם; השני – התפתחות האמצעים הטכנולוגיים מאפשרת שכלול וייעול האמצעים לשליחת הספאם. במילים אחרות, מפרסמים יכולים כיום להפיץ ספאם באופן נרחב יותר ומשוכלל יותר.⁴¹⁵

לשם המחשה דוגמה מרכזית לשכלול אמצעי הפצת הספאם היא תופעה מטרידה שאנו עדים לה בתקופה האחרונה. בזמן האחרון אנו מקבלים שיחות טלפון כשבצד השני מזדהה אדם. אולם, לא מדובר באדם "בשר ודם", אלא במחשב מבוסס מערכות בינה מלאכותית. מערכות אלה יודעות לדמות שיחה שיוצרת אצל הנמען את ההרגשה שהוא משוחח עם גורם אנושי "אמיתי".⁴¹⁶ לעמדת, שיחות אלה הן וצריכות להיות הפרה של חוק הספאם. זאת, בעיקר, מאחר שאחת הסיבות המרכזיות להחרגת הגורם האנושי מחוק הספאם מלכתחילה נבעה מההנחה כי העלות של טלפון אנושי גבוהה מאוד – להבדיל משיחה מוקלטת. בהחלט אפשר לבקר זאת, שכן בפועל עדיין קיימות שיחות

⁴¹³ בינה מלאכותית הוא מושג רחב. לסקירה נרחבת ראו: Harry Surden, *Artificial Intelligence and Law: An Overview*, 35 GEORGIA ST. U. L. REV. 1305 (2019); Ryan Calo, *Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap*, 51 U.C DAVIS L. REV. (2017) 399, 401–402; בקשר לשימוש במערכות בינה מלאכותית במסגרת פעילויות השלטון הציבורי ראו אור מורג "השימוש באלגוריתמים לקבלת החלטות ציבוריות – אתגרים לרשות ולביקורת" *ICON-S-IL-Blog* (30.3.2021) <https://bit.ly/49151dH>; ראו גם אור מורג "התפתחות המסחר האלגוריתמי והשפעותיו על חובת האמון שחב מנהל תיקי השקעות" *אתר משפט ועסקים* (13.4.2021) <https://runilawreview.org/2021/04/13/morag>.

⁴¹⁴ ראו השלכות בהקשר שלנו אצל Kevin Giang Barrera & Denish Shah, *Marketing in the Metaverse: Conceptual Understanding, Framework, and Research Agenda*, 155 JOURNAL OF BUSINESS RESEARCH 1 (2023).

⁴¹⁵ ראו גם טקסט הסמוך לה"ש 26 לעיל.

⁴¹⁶ ראו התייחסות כבר לפני עשור, בשימוש באמצעים טכנולוגיים מפותחים פחות מהאמצעים שקיימים היום, אצל יוסי גורביץ "רובו-טלמרקטינג: הפתרון הטכנולוגי שיטריד אתכם בטלפון" *כלכליסט* (22.12.2013) www.calcalist.co.il/internet/articles/0,7340,L-3619956,00.html.

אנושיות מטרידות, מה שמעיד כנראה כי הדבר יעיל לאותם מפרסמים. אך הנקודה היא כי הדגש בהקשר זה הוא על עלויות הפרסום ולא על האנושיות שבו. יתרה מכך, בעיניי אותה שיחה רבוטית היא למעשה שיחה מוקלטת, או לכל הפחות שקולה לכך, ועל כן חוסה תחת הוראות חוק הספאם.

על כל פנים, שהותנו במרחב המקוון מעלה שאלות לגבי אחריות הפלטפורמות המקוונות שבהן מתבצעות הפרות דיני הספאם. למעשה, אין שאלות אלה ייחודיות להפרות של חוק הספאם, אלא לכל פעילות מנוגדת לדין אשר מבצעים משתמשים בפלטפורמה, וזאת מאז תחילת התפתחות האינטרנט.⁴¹⁷ עם זאת, בחלק זה איני מבקש לדון באחריות של פלטפורמות אלה באופן כללי, כמו האפשרות לתבוע אותן באופן ישיר, אלא להתייחס בפרט אל האפשרות כי פלטפורמות אלה תגלינה את פרטיו של מפרסם ספאם, על פי דרישה של הנמען-נפגע, כאשר מפרסם הספאם עושה זאת באנונימיות.⁴¹⁸ אם כן, תת-פרק זה ידון באחריות הפלטפורמות המקוונות והרשתות החברתיות לפעילות ספאם המבוצעת במסגרתן, להבדיל מתת-הפרק הקודם, שדן באחריות פלטפורמות הדיוור.

במצב רגיל שבו א' שולח ספאם אל ב', למשל בצ'אט של רשת חברתית, וב' יודע את זהותו של א', הרי שבפני ב' לא עומד קושי בזיהוי המעוול, והוא יכול לפתוח בהליך תביעת ספאם נגדו, אם ירצה בכך. אולם, במצב אחר, שבו ב' לא יודע את זהותו של א', שכן ההודעה נשלחה תחת כינוי שלא מאפשר את זיהוי השולח, ב' מבקש לפנות אל הפלטפורמה בבקשה שזו תספק לו את פרטי השולח. האם על בית המשפט להורות לפלטפורמה לגלות לב' את פרטיו של א'?⁴¹⁹

חשוב להבין תחילה כי הצורך לנקוט אכיפה כלפי מפיצי ספאם בפלטפורמות המקוונות והרשתות החברתיות, לצד הקושי באיתור זהותם, הופך את ההתמודדות עם תופעת הספאם במישור זה באמצעות אכיפה פרטית לדבר

⁴¹⁷ כמו, למשל, הפרת זכויות יוצרים או לשון הרע. ראו בהקשר זה, בהתאמה, ת"א (מחוזי מר') 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ נ' רוטרנט בע"מ (נבו 8.8.2011) וע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בוק בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) 664 (2010); ראו גם ניבה אלקין-קורן "המתווכים החדשים" בכיכר השוק' הווירטואלית" משפט וממשל ו 381 (2003).

⁴¹⁸ חשוב לזכור, שלא מדובר ב"פתרון קסם", ובפני נפגע שמעוניין לחשוף את זהות מפיץ הספאם מוצבות משוכות רבות; ראו, למשל, אצל Ronen Perry & Tal Z. Zarsky, *Who Should be Liable for Online Anonymous Defamation?*, 82 U. CHI. L. REV. DIALOGUE 162 (2015).

⁴¹⁹ השוו למיכאל בירנהק [מרחב פרטי] הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה פרקים יג-יד (2011).

מורכב וכמעט בלתי אפשרי. אין צורך להכביר על אודות הסכנות והחששות שעולות כפועל יוצא מכך. לפיכך התייחסות לאחריות הפלטפורמות בהקשר הזה, כמעין "גורמי תיווך", היא דבר מתבקש.⁴²⁰ הפלטפורמות המקוונות הן "שומרי הסף" במרחב המקוון, ויש בכוחן לעצב את תחלופת המידע בפלטפורמה.⁴²¹ אולם, אם נבקש להטיל אחריות מסוימת על הפלטפורמות המקוונות, הדבר עלול ליצור "אפקט מצנן" על העברת המידע בפלטפורמות ועל חופש הביטוי של משתמשי הפלטפורמה. זאת בעיקר מאחר שהפלטפורמות עשויות לבקש להגביל את תעבורת המידע ואת המסרים שאפשר להעביר באמצעות השירות שלהן, כדי להימנע מחשיפה לסיכון משפטי.⁴²²

בדומה למצבים שבהם משתמש מבקש לחשוף את פרטיו של משתמש אחר אשר פרסם כנגדו לשון הרע, חשיפת מפרסם ספאם במרחב המקוון מביאה להתנגשות בין זכויות. בפרסום לשון רע, מדובר בזכות המשתמש שנפגע לכבוד ולשם טוב, לעומת זכות המפרסם לפרטיות ולחופש ביטוי.⁴²³ בספאם, התנגשות הזכויות המרכזית היא בין זכויותיהם של המשתמשים שלא להיות מוטרדים, לבין זכות המפרסם לפרטיות.⁴²⁴ למעשה, הזכות שלא להיות מוטרד, גם היא חלק מהזכות לפרטיות, שכן "הזכות להיעזב לנפשך" ("the right to be let alone"), היא כנראה אחד המופעים המוכרים ביותר של הזכות לפרטיות.⁴²⁵ זכותו של מי לפרטיות גוברת?

ההלכה המרכזית בעניין חשיפת פרטי גולש אנונימי באינטרנט נקבעה בעניין מור.⁴²⁶ במקרה זה אדם ביקש צו שיורה לספקית אינטרנט לחשוף פרטים של

420 אין זה ייחודי לדיני ספאם; ראו בקשר לדיני זכויות יוצרים אצל שרון בר-זיו וניבה אלקין-קורן "בין שתי זירות: אכיפת זכויות יוצרים באינטרנט" משפטים מח 411, 418 (2019).

421 מיכל לביא "הוצאה מהקשר: על אחריות מתווכים מקוונים להפצה משנית ולהשפעה על זמינות מידע" מחקרי משפט לא 491, 493-494 (2018).

422 אלקין-קורן, לעיל ה"ש 417, בעמ' 392; בר-זיו ואלקין-קורן, לעיל ה"ש 420, בעמ' 419; ראו גם עניין אליס, לעיל ה"ש 417.

423 ראו דיון כללי בנוגע לחופש הביטוי האנונימי במרחב המקוון אצל ענת ליאור "הגבול שבין חופש הביטוי לבין בריונות רשת – האם יש לנו זכות חוקתית להיות בריונים?" משפט ועסקים כג 283, 315 (2020).

424 בהחלט אפשר לומר כי נפגעי הספאם חווים גם פגיעה בכבודם ובאוטונומיה שלהם, ומצד שני גם כי מפיצי הספאם מגשימים את חופש הביטוי שלהם בהפצת ספאם.

425 Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890).

426 עניין מור, לעיל ה"ש 417; עוד ראו בג"ץ 589/17 פלוגית נ' הכנסת (נבו 26.1.2017) שבו נדחתה עתירה שביקשה מבית המשפט העליון כי יורה על ביטול הלכת מור.

גולש אנונימי (המפרסם, בהקשר זה) שפרסם נגדו תגובות אנונימיות במרשתת. זאת כדי שיוכל לתבוע את אותו גולש אנונימי בגין לשון הרע. בית המשפט קבע כי בהיעדר חקיקה ספציפית ובהינתן השיקולים התומכים בשמירה על אנונימיות הגולשים בעולם המקוון, אי אפשר להורות על חשיפת זהות הגולש האנונימי.⁴²⁷ בכך העדיף בית המשפט העליון את חופש הביטוי של המפרסם על הגנת שמו הטוב של המבקש, ואפשר למפרסם להישאר אנונימי בשם ההגנה על חופש הביטוי.⁴²⁸

כפי שעמד על כך שם בית המשפט העליון, "האנונימיות באינטרנט נשענת אפוא על זכויות יסוד חשובות".⁴²⁹ דווקא האנונימיות היא זו שמאפשרת את חופש הביטוי, והיא חלק חשוב מהזכות לפרטיות.⁴³⁰ בהקשר של הפצת ספאם, נקבע במקרה אחד, עניין דהרי, כי הלכת מור לא חלה מקום שבו נמען מעוניין להגיש תביעה בגין הפרת חוק הספאם ובתוך כך לחייב חברת סלולר או ספקית אינטרנט למסור את פרטיו של המפרסם.⁴³¹ בית המשפט נימק קביעתו בכך שבעניין מור בית המשפט העליון נשען על ההגנת חופש הביטוי, בעוד הפצת ספאם לא נשענת על ערך שכזה, אלא על מטרה של "עשיית רווח כספי".⁴³² עוד צוין באותו עניין כי אי אפשר לומר על מפרסם שמבקש לקדם את עסקיו כי הוא מבקש להישאר אנונימי. הרי עצם הזיהוי שלו מאפשר רכישת מוצרים ממנו. לפיכך, נקבע שחזקה על מפרסם "כי אינו מעוניין להישאר אנונימי, זולת אם השימוש באנונימיות נועד להכשיל תביעות לפי חוק הספאם או תביעות בגין

427 עניין מור, לעיל ה"ש 417, בפס' 22 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.
428 לביקורת ראו ליאור, לעיל ה"ש 423, בעמ' 320; חשוב לציין כי בעניין מור דובר במצב שבו מבוקש לחשוף פרטים טרם פתיחת הליך משפטי כלשהו בנושא, ועל כן אין בהכרח להקיש ממנו למצב שבו כבר קיים הליך משפטי, שאליו ניתן לזמן עד שיעיד בדבר פרטי המפרסם. על הבחנה זו ראו ת"א (כלכלית ת"א) 39265-04-16 דראל נ' קרימן (נבו 15.2.2018); ת"א (שלום חי') 22956-09-13 לנקרי נ' חדד (נבו 10.8.2016).

429 עניין מור, לעיל ה"ש 417, בפס' 17 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.
430 שם, בפס' 11-13 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין; יש לציין כי אומנם עניין מור עסק בספקית אינטרנט, אך הוא רלוונטי ויושם בפועל גם כלפי פלטפורמות נוספות, ובכלל זה רשתות חברתיות. ראו, למשל, ע"א (מחוזי ת"א) 8720-06-22 כהן נ' ווינד תל-אביב (בייקי) בע"מ (נבו 2.11.2022). באשר לזכות לפרטיות, יצוין כי בדין הישראלי מעמדה באשר לתאגיד לא בהיר לגמרי. ראו: רע"א 6624/20 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' גולובינסקי, פס' 29 להחלטה של השופט גרוסקופף (נבו 19.1.2021); בירנהק, לעיל ה"ש 419, בעמ' 126-127. יש מי שטוען כי "אין מקום להכיר בפרטיות של תאגידים". ראו אצל מיכאל בירנהק פרטיות חוקתית 274 (2023). בהינתן האמור, המסקנה היא שדין בעניין במקרה שבו המפרסם הוא תאגיד, יצטרך להביא בחשבון דברים אלה.

431 עניין דהרי, לעיל ה"ש 395.

432 שם, בפס' 10-11 להחלטה של הרשם הבכיר חליאלה.

עוולות אחרות – וברי כי זהו שימוש לרעה ובחוסר תום לב בזכות לפרטיות".⁴³³ ועוד, לאחרונה ממש, בעניין בי. בי. סי נדל"ן בע"מ ניתן צו המורה לפלטפורמת דיוור לחשוף פרטים של שולח ספאם, אשר נחזה להיות התובעת. גם במקרה זה בית המשפט הבחין בין הרציונליים העומדים בבסיס הלכת מור לבין הרציונליים העומדים במקרה של הפצת ספאם.⁴³⁴

בתחומי לשון הרע וזכויות יוצרים כבר חלחלה ההבנה כי נדרשת אסדרה ספציפית לפגיעות מצד גורמים אנונימיים בעולם המקוון. בשנת 2019 נוסף לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007, פרק ח'1 שמסדיר את חשיפתו של מי שעושה פעולות המפירות זכויות יוצרים ברשת האינטרנט. בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב מפורשות כי אומנם רשת האינטרנט מאפשרת לבצע פעולות באופן אנונימי, אך אין לראות בה "עיר מקלט", שבה יכול אדם לבצע הפרות של זכויות בלי לתת על כך את הדין".⁴³⁵ באשר ללשון הרע, במהלך השנים הוגשו הצעות חוק שביקשו לייצר אסדרה דומה. בהצעה האחרונה שהונחה על שולחן הכנסת הוצע כי אדם שטוען כי תוכן מסוים ברשת האינטרנט מהווה כלפיו עוולה לפי חוק איסור לשון הרע, יהיה רשאי לפנות לבית המשפט בבקשה לחייב את ספק שירות האינטרנט לחשוף את פרטי המפרסם. גם לפי הצעה זו, "אין לראות באינטרנט עיר מקלט המאשרת ביצוע מעשי עוולה או הפרת זכויות בלי לתת על כך את הדין".⁴³⁶

להשלמת התמונה יש להתייחס לדרך נוספת לצמצום נזקיהם של מי שנפגעו מלשון הרע או מהפרת זכויות יוצרים, והיא באמצעות הסרת התוכן מהרשת. בדרך כלל כשמופץ בפלטפורמות תוכן מפר או פוגעני, נהוג לאמץ את מנגנון "הודעה והסרה" ("notice and takedown"). לפי נוהל זה אדם הרואה עצמו נפגע מתוכן שהופץ בפלטפורמה יכול לפנות אל הפלטפורמה ולדרוש ממנה להסיר את התוכן הפוגעני. מנגנון זה אומץ בפסיקת ערכאות הדיון בישראל בהקשרים של לשון הרע ושל זכויות יוצרים.⁴³⁷ מנגנון זה פועל בדיעבד, דהיינו, הוא לא מבקש מהפלטפורמה לנטר פרסומים פוגעניים מראש, אלא מאפשר לה לפעול בדיעבד

433 שם.

434 יש לציין כי שם גם היה ממד של התחזות והתייחסויות נוספות שעל בסיסן נתקבלה ההחלטה ליתן את הצו. ראו ת"א (שלום ראשל"צ) 7461-01-23 בי. בי. סי נדל"ן בע"מ נ' ביטאיט בע"מ (נבו) 28.11.2023. בתחום לשון הרע ראו, למשל, את ההחלטה בת"א (שלום פ"ת) 48690-01-23 כהן נ' טלזר 019 שרותי תיקשורת בינלאומיים בע"מ (נבו) 21.5.2023.

435 הצעת חוק זכות יוצרים (תיקון מס' 5), התשע"ח-2017, 32, 39.

436 הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון) – חשיפת פרטי מידע של מגוי ברשת תקשורת אלקטרונית), התשפ"ג-2022, פ/301/25.

437 עניין אליס, לעיל ה"ש 417; ראו גם בר-זיו ואלקין-קורן, לעיל ה"ש 420, בעמ' 425-426.

באמצעות הסרת התוכן הפוגעני ובכך לזכות בהגנה משפטית בשל תגובתה להודעת הנפגע.⁴³⁸

ומה בתחום הספאם? לשיטתי, אימוץ מנגנון שכזה בתחום הספאם מעורר קושי. הרי הנזק בהפצת הספאם הוא בעיקר בעצם הפצתו, ולעיתים קרובות הדבר מתרחש בצ'אטים כאלה או אחרים שממילא לא חשופים לכלל הציבור ברשת. לפיכך פעולה שכזאת בדיעבד, לאחר שנוקי הספאם כבר התממשו, לא מסייעת לנפגעי הספאם באופן ממשי. עוד יש להצר על כך שבתחום הספאם אין התפתחות חקיקתית דומה להתפתחויות בדיני לשון הרע ובדיני זכויות יוצרים. יש לזכור שבשונה ממקרים שכיחים של הפרת זכויות יוצרים או של הפצת לשון הרע, מקום שבו מדובר בהפצת ספאם, התמריצים המופעלים על הנמען לפעול, להגן על עצמו ולממש את זכויותיו חלשים יותר. תביעה בגין הפרת זכות יוצרים מעמידה לנפגע סעד של פיצויים ללא הוכחת נזק בסכום מקסימלי של 100,000 שקלים חדשים,⁴³⁹ ובאופן דומה עילה לפי חוק איסור לשון הרע קובעת סכום של 50,000 שקלים חדשים.⁴⁴⁰ זאת בעוד, כזכור, חוק הספאם קובע סכום מקסימלי נמוך באופן יחסי בגובה 1,000 שקלים חדשים בלבד.⁴⁴¹ אומנם, יש מקום לטענה כי הנזקים שנגרמים עקב הפצת לשון הרע או הפרה של זכויות יוצרים חמורים יותר מהנזקים שנגרמים לנפגע ספאם. אולם יש לזכור כי תביעת ספאם ללא הוכחת נזק משרתת תכלית הרתעתית, ולא נועדה להשיב את מצב הנפגע לקדמותו. על כן רצוי בעיניי לספק לנפגעי ספאם תמריצים ראויים להגשת תביעות, ברוח פסיקת השופט מזוז בעניין ארד.

כפועל יוצא מכך, אף אם יהיה מנגנון אסדרתי כלשהו שבאמצעותו יוכל נפגע ספאם לפנות לבית המשפט בבקשה שזה יורה לספק שירות או לרשת חברתית לחשוף את פרטי המפרסם, טרם הגשת תביעה, הרי שאין לנפגעי הספאם תמריץ מספק לפתוח בהליך שכזה. מכאן, שכדי להתגבר על קושי זה אפשר לחשוב על מנגנון שלפיו הנמען יפנה לפלטפורמה (במקום לבית המשפט) בבקשה שזו תמסור לו את פרטי המפרסם. אין לכחד שמנגנון שכזה מעורר קשיים של ממש. זאת, בין היתר, בשל השיקולים התומכים באי-הכפפת הפלטפורמה, שהיא אך

438 כיום יש הצעות חקיקה המבקשות ליצור אסדרה בעניין הזה. ראו לאחרונה הצעת חוק הרשתות החברתיות, התשפ"ג-2023, פ/1969/25.

439 ס' 56(א) לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007.

440 ס' 7א לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965.

441 ראו גם בירנהק וזר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 61: "[...] סכום הפיצוי בתביעה קטנה (1000 ₪) נותר כשהיה במהלך חמש עשרה השנים האחרונות, ולא הוצמד למדד המחירים. הדבר מביא להתרעת חסר של שולחי הספאם, ביחס למה שסבר המחוקק כהרתעה יעילה בעת החקיקה".

"גורם מתווך" לחובות מסוימות או לאחריות, ובשל זכויותיו של המפרסם להישאר אנונימי. לכך יש להוסיף את הקושי הפרשני-משפטי בשאלות אם הודעה מסוימת היא "דבר פרסומת" ואם נשלחה בניגוד לחוק. לצד דברים אלה, ייתכן כי אפשר להתגבר על הקשיים הללו. אפשר, למשל, שנפגע הספאם יצרף לפנייתו אל הפלטפורמה העתק מדבר הפרסומת. באופן זה עשוי להתייטר הצורך, שהוא הקושי העיקרי בהקשר הזה, לבדוק אם הנמען נתן הסכמתו מראש או לא (או אם חל החריג לכך). זאת מכיוון שעצם היות המפרסם אנונימי, הוא דבר המפר את חוק הספאם.⁴⁴² לזאת מתווספות דרישות צורניות נוספות שעל המפרסם לעמוד בהן, ובדיקת דרישות אלה היא דבר פשוט באופן יחסי, בוודאי אם מסתייעים בכך באמצעי בינה מלאכותית.⁴⁴³ כלומר, פלטפורמות תוכלנה לדעת אם משתמש ביצע פעולות בלתי-חוקיות (הפצת ספאם) בפלטפורמה, באמצעות התמקדות בדרישות הצורניות. לפיכך אי-עמידה בדרישות אלה, דבר אשר יש בו משום הפרה של החוק ואף עבירה פלילית,⁴⁴⁴ הוא גם הפרה של תנאי השימוש בפלטפורמה ועשוי להצדיק את מסירת פרטיו לנפגע. עוד יש לזכור כי ההצדקות שעמדו בבסיס עניין מור אשר תמכו באי-מסירת פרטי המפרסם, לא יכולות לעמוד באותה עוצמה כשמדובר בהפצת ספאם, כפי שצוין בעניין דהרי ולאחרונה בעניין בי. בי. סי נדל"ן בע"מ.

לצד דברים אלה, דבר פרסומת, כזכור, עשוי להיות "מסר המופץ לציבור הרחב שמטרתו [...] תעמולה". במקרה שכזה, איני סבור שיש להקיש מההנמקות שצוינו בעניין דהרי. כאשר מטרת הספאם היא הפצת תעמולה, אני סבור כי חופש הביטוי מקבל משקל משמעותי יותר, הראוי להגנה חזקה יותר מאשר מקרה שבו הפצת הספאם נועדה לעשיית רווחים כספיים גרידא. לפיכך, ייתכן כי יש להחריג מסרים אלה מהמנגנון המוצע כאן. עוד יש לזכור כי טרם בחינת הדרישות הצורניות של ההודעה, יש לבחון אם בכלל מדובר ב"דבר פרסומת". אומנם מדובר בשאלה פרשנית-משפטית, וכפי שהובא במאמר זה הפסיקה לא בהכרח אחידה לגביה. אולם אף על פי כן מדובר בשאלה פשוטה באופן יחסי. במצבים שבהם קיימת מחלוקת פרשנית משמעותית, אפשר לדחות את הפנייה מנימוק זה, וממילא מצב שכזה עדיף יהיה על המצב הנוכחי שבו אין אסדרה כלל. עוד ניתן להיעזר באמצעים המבוססים בינה מלאכותית כדי לבחון

442 נזכיר כי מפרסם נדרש לפרסם את "שמו ואת דרכי יצירת הקשר עמו".

443 ראו, לדוגמה, התייחסות לשימוש שכזה באמצעות אמצעים טכנולוגיים אצל Shagun Jhaver, Iris Birman, Eric Gilbert, Amy Bruckman, *Human-Machine Collaboration for Content Regulation: The Case of Reddit Automoderator*, 26 ACM TRANSACTIONS ON COMPUTER-HUMAN INTERACTION 1, 12 (2019).

444 ס' 30א(1)(2) לחוק התקשורת.

אם ההודעה היא "דבר פרסומת", אם לאו. זאת בדומה, למשל, לאופן שבו נעשים "סינונים" של הודעות (spam filtering). נוסף על כל אלה, אפשר לדרוש "הצהרה" מהנמען, אשר לפיה למיטב ידיעתו ההודעה שנשלחה אליו היא "דבר פרסומת", ונשלחה אליו באופן הנוגד את החוק. בהמשך לכך, אפשר לקבוע כי הפלטפורמה תידרש להעביר את פניית הנמען למפרסם, ולבקש את התייחסותו. לאחר מכן, תקבל הפלטפורמה החלטה אם למסור את פרטי המפרסם או לא, והכול בהתאם לבדיקותיה ולמדיניות שהיא מפעילה, בהתאם לחוק. כאמצעי משלים, או חלופי, יש לאפשר למי שרואה עצמו נפגע מהחלטת הפלטפורמה לפנות אל בית המשפט, בדומה להסדר הקבוע בדיני זכויות יוצרים, או להסדר המוצע בדיני לשון הרע. מנגנון שכזה, לדעתי, עשוי להיות פתרון ראוי לבעיה.⁴⁴⁵

סוף דבר

אף על פי שהנושא מטריד כמעט כל אחד מאיתנו ברמה היום-יומית, השיח האקדמי בדיני ספאם בישראל לא זכה לבמה הראויה לו. עד כה נעדרה מהכתיבה האקדמית התייחסות מעמיקה לפסיקת בתי המשפט ולחקיקה בנושא. מאמר זה ביקש למלא את הריק בנושא באמצעות התייחסות לדיני ספאם בעבר, בהווה ובעתיד. ההתפתחויות הטכנולוגיות בעשורים האחרונים העמידו בפני דיני הספאם אתגרים חדשים, שעם חלקם עולם המשפט לא מתמודד. חוק הספאם בישראל לא נותן מענה מספק לאתגרים החדשים האלה, הכוללים בין השאר שימוש במערכות מחשוב מבוססות בינה מלאכותית, את התפשטות התופעה אל עבר עולם האינטרנט ואת דרכיהם של מפיצי הספאם להקשות על זיהויים ועל אכיפת החוק כנגדם. על אתגרים אלה עמד המאמר, והציע פתרונות אפשריים.

כפי שהוסבר בפתח המאמר, תופעת הספאם היא תופעה מטרידה, אשר פוגעת בפרטיות, יוצרת בעיות של אבטחת מידע ולא פעם נקשרת לפעילות עבריינית מזיקה. הספאם הוא מטריד ציבורי ויוצר עלויות כלכליות לא מבוטלות. זאת לא רק בשל אובדן הזמן והשקעת המשאבים בסינון הודעות הספאם, אלא גם מכיוון שהמפרסם הלכה למעשה מחציץ עלויות על ספקי התקשורת וכפועל יוצא מכך על הצרכנים. כפי שנטען לאורך המאמר, אומנם ההסדרים הנורמטיביים שנועדו להתמודד עם סכנות אלה ועם תופעת הספאם מגלמים איזון בין האינטרסים של המפרסמים לבין זכויות הנמענים שלא להיות מוטרדים ובין הסכנות הטמונות בכך, אולם איזון זה חסר. לשיטתי, אחת הסיבות המרכזיות

⁴⁴⁵ כמובן, יש לקבוע בחוק מועדים מתאימים ומגבלות לגבי היקף המידע שהפלטפורמה רשאית למסור. עוד ראוי לקבוע מהי אחריות הפלטפורמה ואם תקום לה אחריות אישית בנסיבות מסוימות. דיון נוסף בעניין זה חורג מהיקף שורות המאמר.

לכך שאיזון זה אינו מיטבי, היא חוסר האחידות הפסיקתית שנדונה במאמר. כמבואר בפרק הראשון, בשנת 2008 מדינת ישראל בחרה לאמץ כבירית מחדל את מנגנון ה-Opt-in ואת הדרישה לקבל הסכמה מפורשת ובכתב. זאת תוך קביעת חריגים לכך ודרישות צורניות שהמפרסם נדרש לעמוד בהן. מתוך הבנה כי האכיפה הפלילית כלפי מפרי חוק הספאם לא תהיה יעילה, וכי קיימים חסמים משמעותיים אשר ימנעו מנפגעי ספאם לתבוע את נזיקהם במישור האזרחי, קבע המחוקק מנגנון פיצויים ללא הוכחת נזק. מנגנון זה נועד לתמרץ נפגעי ספאם להגיש תביעות כדי להרתיע מפני הפרת החוק ולסייע בהתמודדות עם התופעה. על חשיבות מנגנון זה עמד השופט מזוז בעניין ארד, אולם כפי שהוסבר בפרק האחרון של המאמר, עולם הספאם עבר ועודו עובר שינויים אשר מציבים משוכות גבוהות בפני אלה המבקשים לממש את זכויותיהם. כאמור, גם ביישום הדין הקיים ישנם קשיים בלתי מבוטלים, אשר נוגעים לחוסר האחידות הפסיקתית בתחום. דומה כי פסיקתו של השופט מזוז בעניין ארד סייעה בכך, אולם עדיין קיימות שאלות בתחום שהתשובות עליהן עמומות ויישומן שנוי במחלוקת. יש לקוות כי מאמר זה יסייע בפתירת חוסר האחידות הפסיקתית, ייצור ודאות משפטית בתחום, וכפועל יוצא מכך – יסייע בהתמודדות עם תופעת הספאם ועם הסכנות והנזקים הנלווים לה.