



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

תא"מ 16-12-58303-הראל נ' בארבי - בית ליוצרי מוזיקה ישראל בע"מ

לפני כבוד השופט נמרוד אשכול

התובע: עודד הראל

באמצעות ב"כ עוה"ד עמית זילברג
ו/או עוה"ד חיים איציקובסקי

נגד

הנתבעת: בארבי - בית ליוצרי מוזיקה ישראל בע"מ

באמצעות ב"כ עוה"ד יהודה גרף ואח'

פסק דין

המחלוקת בין הצדדים

1. התובע הגיש כנגד הנתבעת תביעה בסדר דין מהיר, שעיקרה משלוח 24 הודעות דוא"ל הכוללות דברי פרסומת לתובע ללא הסכמתו המפורשת גם לאחר "הודעות סירוב שנשלחו כדין" בניגוד לסעיף 30(א) לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: "**חוק הספאם ו/או החוק**"). לפיכך, מבקש התובע פיצוי בסך כולל של 24,000 ₪. הנתבעת טוענת כי התובע, במהלך רכישת כרטיסים אלקטרוניים להופעה אצל הנתבעת, מסר לה את פרטיו ובחר שלא לסמן את החלופה המובנית בדף האינטרנט לסירוב לקבל דברי פרסומת של הנתבעת. כן טוענת הנתבעת שהתובע לא הודיע לה להפסיק לשלוח לו דברי פרסומת, אלא בחר לשלוח הודעות לתיבת דואר עליה מצוין במפורש "no_reply".

עמדות הצדדים

2. התובע אינו מכחיש כי רכש מהנתבעת כרטיסים אלקטרוניים להופעה אצל הנתבעת. התובע טוען כי לא נתן לנתבעת הסכמתו לשלוח דברי פרסומת וכן כי כאשר קיבל ממנה דברי דוא"ל, שלח לה הודעת סירוב לכתובת הדוא"ל ממנה התקבלו דברי הפרסומת no_reply@barby.co.il. התובע מציין כי נכתב במענה להודעת הסירוב ששלח לכתובת הדוא"ל ממנה התקבלו דברי הפרסומת: "**התקבלה הודעת שגיאה**".



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

תא"מ 58303-12-16 הראל נ' בארבי - בית ליוצרי מוזיקה ישראל בע"מ

טענת התובע היא כי: **"שלה הודעת סירוב בדרך שקובע החוק (בדרך שבה שוגר דבר הפרסומת), שלאחריה התקבלה הודעת שגיאה"** (סעיף 4 לסיכומים). כן הוסיף התובע שהנתבעת אינה מאפשרת לתן הודעת סירוב בכתב או לכתובת דוא"ל בניגוד להוראות החוק. לעמדת התובע: **"משהחוק קובע מהם דרכי ההסרה המותרים על פי דין ומשבית המשפט העליון ובית משפט מחוזי אוסרים על לחיצה על קישור הסרה, בוודאי כאשר הנתבע לא נתן הסכמתו מלכתחילה, הנתבעת אינה יכולה לחייב את התובע ללחוץ על קישורי הסרה ו/או להתקשר טלפונית עם הנתבעת לצורך מתן הודעת סירוב"** (סעיף 26 לסיכומים).

3. התובע טוען כי הנתבעת לא עמדה בנטל המוטל עליה לעניין הסכמתו המפורשת של התובע לקבל דברי פרסומת, כפי שנקבע בע"א 58406-01-17 **טואיטו נ' תיאטרון הצפון** ובפסיקה נוספת אותה הביא בסיכומים מטעמו. לדבריו של התובע לא מוטלת עליו כתובת חובה להקטנת הנזק וזאת בשים לב להלכות בית המשפט העליון בעניין רע"א 1954/14 **חזני נ' שמעון הנגבי** ורע"א 2904/14 **גלסברג נ' קלאב רמון**, ומאחר שמדובר בפיצוי לדוגמא יש לפסוק סך של 1,000 ₪ לכל הודעה.

4. הנתבעת טענה כי מדובר בתובע סדרתי, חסר תום לב, המנסה להתעשר על חשבונה שלא כדין. מדובר בתובע אשר כבר הגיש מספר לא מועט של תביעות בתחום הספאם. עוד מוסיפה הנתבעת כי: **"הינו 'תובע סדרתי' שכל מטרתו היא התעשרות אישית באצטלה של' לוחם ספאם בשירות העם"** (סעיף 16 לסיכומי הנתבעת). כן הוסיפה הנתבעת כי מדובר בפרסום המיועד ללקוחות המנויים על הדיור מטעמה והפרסום נוגע רק לשירות ו/או למוצר שבו עוסקת הנתבעת.

5. לטענתה לתובע ניתנה אפשרות קלה ופשוטה, במהלך ביצוע הזמנת הכרטיסים באתר הנתבעת, לסמן האם פרטיו ישמשו למשלוח דבר פרסומת. הנטל על התובע להוכיח כי לא נתן את הסכמתו. אמנם מדובר בנטל הוכחה ברמה נמוכה (ראו רע"א 296/11 **מוחמד נג'אר נ' שאוקי חמדאן עליאן**), אך התובע לא עמד בנטל זה. בנוסף, בהתבסס על עדותו של מר וייסמן, אשר כתב את התוכנה: **"אם הוא לחץ על הכפתור אין סיכוי שיקבל דואר"** (עמ' 16, שורות 20-23 לפרוטוקול). לעמדת הנתבעת, התובע לא עמד בנטל ההוכחה המוטל עליו בנושא זה ולחילופין הנתבעת עמדה בנטל המוטל עליה בחוק כקבוע בסעיף 30א(ג)(1).

6. הנתבעת אף מציינת כי התובע ידע שמדובר בדברי פרסומת, ולא השתמש באופן ההסרה הפשוט המובנה בדף האינטרנט. התובע המתין עד שיצטברו מספר רב של הודעות בתיבת הדואר על מנת להגדיל את סכום התביעה. כן טענה שהתובע לא מיצה את האפשרויות הפשוטות לגרום לכך שלא יקבל יותר פרסומת מהנתבעת. על כן, יש לדחות את התביעה ולחייב



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

תא"מ 58303-12-16 הראל נ' בארבי - בית ליוצרי מוזיקה ישראל בע"מ

את התובע בהוצאות. לחילופין, בשים לב להתנהגות התובע שלא בתום לב, לפסוק פיצוי בתחום הנמוך ביותר.

דיון והכרעה

7. טענת הנתבעת היא כי מדובר בתובע סדרתי, הבא להתעשר על חשבונה. לעמדתה של הנתבעת, התובע הגיש ומגיש מספר רב של תביעות שלא בתום לב. יובהר כי בהתאם לפסיקה, העובדה שמדובר בתובע סדרתי, המתמחה בתביעות מסוג זה, איננה פועלת בהכרח לרעתו ומחייבת את בית משפט לבדוק כל מקרה לגופו. בעניין זה ראו ע"א (ת"א) 2434-12-13 **זורון תמיר נ' ישר אובוז נכסים ואחזקות בע"מ**, לפיו, בשים לב לפסיקת בית המשפט העליון, "המונח 'תובע סדרתי' אינו צריך לעורר הקשר שלילי אינטואיטיבי". לפיכך, תבחן התביעה על יסוד כתבי הטענות, הראיות הרלוונטיות והדין הנוהג במקרה שלפניי.

8. הבסיס הנורמטיבי לדיון הוא סעיף 30א(ג)(1) לחוק הקובע כדלקמן:

(ג) על אף הוראות סעיף קטן (ב), רשאי מפרסם לשגר דבר פרסומת כאמור באותו סעיף קטן אף אם לא התקבלה הסכמת הנמען, בהתקיים כל אלה:

(1) הנמען מסר את פרטיו למפרסם במהלך רכישה של מוצר או שירות, או במהלך משא ומתן לרכישה כאמור, והמפרסם הודיע לו כי הפרטים שמסר ישמשו לצורך משלוח דבר פרסומת מטעמו, באחת הדרכים האמורות בסעיף קטן (ב).

9. כעולה מהחוק שצוין לעיל, על הנתבעת להוכיח קיומם של שלושת הרכיבים הבאים:

א. הנמען מסר פרטיו למפרסם במהלך רכישה מוצר או שירות, כקבוע בסעיף קטן (ג)(1) לעיל.

ב. המפרסם נתן לנמען הזדמנות להודיע כי הוא מסרב לקבל דברי פרסומת והנמען לא עשה כן, סעיף קטן (ג)(2).

ג. דבר הפרסומת מתייחס למוצר או לשירות מסוג דומה למוצר או לשירות שצוינו בסעיף קטן (ג)(1).

נטל ההוכחה לעניין זה בעיקרו הוא על הנתבעת. להלן יבחן האם עמדה הנתבעת בנטל המוטל עליה.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

תא"מ 58303-12-16 הראל נ' בארבי - בית ליוצרי מוזיקה ישראל בע"מ

10. אין מחלוקת כי פרטי התובע נמסרו לנתבעת במהלך רכישת מוצר ו/או הזמנת שירות על ידו. בעניין זה ראו סעיף 3 לכתב התביעה, לפיו ביום 15.09.2015 רכש התובע כרטיסים אלקטרוניים להופעה אצל הנתבעת. בהקשר זה, טען וטוען התובע כי: **"התובע לא נתן לנתבעת את הסכמתו ו/או אישורו לשגר לתיבת הדוא"ל הפרטית שלו דברי פרסומת"** (סעיף 4 לכתב התביעה).

11. המסמכים שצורפו על ידי התובע, במסגרת צירוף מסמכים לתביעה (נספח 12 לרשימת גילוי מסמכים), עניינם פרסומים של הופעות המתקיימות אצל הנתבעת במועדים מסוימים. פרסומים אלו עונים להגדרה הקבועה בסעיף קטן (ג)(3) לחוק.

12. בכל הנוגע להסכמתו או אי הסכמתו של התובע למשלוח דברי פרסומת במסגרת הליך רכישת המוצרים (כרטיסים), נשמעה עדותו של מר אבי וייסמן, כותב התוכנה למכירת כרטיסים של התובעת. להלן עדותו (עמ' 15, שורות 27-32 לפרוטוקול מיום 21.12.2017):

"ש. מה תפקיד החברה שלך בנושא של ברבי?

ת. אני כתבתי את התוכנה שלהם שמוכרת כרטיסים להופעות שלהם. אני ערכתי את הצורה הכללית של הניוז לייטר שהם שולחים.

ש. תסכים איתי שהדרך היחידה שמתאפשרת במייל להסיר את עצמך היא על ידי לחצן הסר?

ת. ממש לא, יש 4 דרכים בדוקות לא לקבל את מייל דוור מברבי. האחת, בזמן כשאתה רושם את עצמך בתור משתמש יש שם ציק בוקס שלוחצים עליו ואתה אומר שאני לא רוצה לקבל דיוור. מלכתחילה לא תקבל שום דבר. נניח שקבלת מייל אחד יש שלושה דרכים להסיר את עצמך. האחת זה דרך ההסר שעמית דיבר עליו והשנייה היא לעמוד על שורת ה מייל עצמו ולכתוב שהוא דואר זבל ואז הוא שואל אם אתה רוצה לחסום אותו תמיד והשלישית היא להתקשר לברבי למשרד ולהגיד להם להסיר אותי מהרשימה".

כן ראו בנושא זה עדותו של מר שאול מזרחי, מנהל ומבעלי הנתבעת, בחקירה נגדית (עמ' 9, שורות 21-31 לפרוטוקול):

"ש. אני מנהל את המקום בפועל.

ש. האם אתה יכול להציג את ההסכמה המפורשת שניתנה לך לכאורה לטענתך על ידי התובע?

ת. אם אני יכול? אולי אני אסביר איך המערכת עובדת. מה זה אתה יכול להציג לי? אתה צריך להבין את התהליך. אנחנו מתעסקים בשירות לקוחות מעל 23 שנים. אני יודע מה צריך לעשות אנו יורדים לכל נקודה באשר היא. באתר





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

תא"מ 58303-12-16 הראל נ' בארבי - בית ליוצרי מוזיקה ישראל בע"מ

האינטרנט לא ניתן לקבל מייל אלא אם סימנת. אנו מחוייבים לכך מבחינה חוקית ואנו עומדים בכך. יתירה מזאת לקוח מקבל את הכרטיסים לפון ולמייל. כשהוא מגיע למקום הוא פותח את הכרטיס האלקטרוני מהפלאפון הוא נסרק ונכנס. אם אתה עושה הזמנה דרך הפלאפון אתה לא נרשם באתר. אם אתה עושה זאת דרך המחשב אז אתה נרשם. אני רואה את ההסכמה רק אם אתה מעביר את הסמן ורשום לך בגדול".

13. התובע נחקר בעניין זה והעיד כדלקמן (עמ' 7, שורות 24-31 לפרוטוקול):

- ש"ש.** **האם אתה זוכר את תהליך רכישת הכרטיסים שביצעת באתר הברבי?**
- ת.** לפני כ-3 שנים זוכר פחות או יותר.
- ש.** **אתה מסכים שהכנסת פרטים שלך?**
- ת.** אחרת לא הייתי מקבל כרטיס. שם פרטי, שם משפחה, מספר טלפון נייד וכתובת המייל שלי.
- ש.** **אני אומר לך שבכל עמוד רכישה יש את הסימון מתחת לפרטים שאומר האם אתה מאשר את קבלת הדואר הפרסומי או לאו. זוכר דבר כזה?**
- ת.** היכן שמסומן אני מבקש לא לקבל. אם מסומן לקבל אני מסיר.
- ש.** **אם היה מצב שהיה דבר כזה בוודאות אתה זוכר שאתה מבקש להסיר?**
- ת.** בוודאות".

14. הוכח כי התובע מסר את פרטיו לנתבעת במהלך רכישת הכרטיסים. כעולה מעדויות עדים מטעם הנתבעת, שצוינו לעיל, המערכת עצמה איננה מאפשרת להתקדם בהליך הרכישה, אלא לאחר סימון המזמין האם הוא מעוניין או איננו מעוניין לקבל דיוור.

15. בנסיבות העניין, על התובע מוטל הנטל להוכיח העדר הסכמתו. מדובר בהוכחת יסוד שלילי ולגביו הלכה פסוקה היא שכמות ההוכחה של יסוד שלילי הינה זעירה למדי (ראו קדמי, על הראיות, חלק רביעי [מהדורת 2009], עמ' 1707). כן ראו בעניין זה רע"א 2157/07 מנחם אדאטו נ' אמיל רנתיסי (פורסם בנבו, 02.08.2007): "כל השפעתו של היסוד השלילי היא הורדת הרף לעמידה בנטל הבאת הראיות, אך לא העברתו באופן אוטומטי מכל וכל...: "גם כאשר מדובר בהוכחת היסוד השלילי, שומה עלינו לשמור על העיקרון הבסיסי בדיני הראיות, כי נטל השכנוע רובץ על בעל הדין, אשר טוען טענה המהווה חלק מעילתו... בין אם זו טענה בעלת אופי חיובי ובין אם זו טענה בעלת אופי שלילי... עם זאת, לעובדה בעלת אופי שלילי יש השפעה על הרמת הנטל המשני הוא נטל הבאת הראיות. ... בית המשפט לא יתעלם מן העובדה, כי אם עוסקים אנו אמנם ביסוד עובדתי שלילי, קשה יותר על הטוען להוכיחו, ועל-כן יסתפק, בדרך כלל, בכמות פחותה של ראיות להרמת נטל הבאת הראיות והעברתו אל הצד שכנגד" (עניין נבנצאל הנזכר, בע' 301, השופט ד' לוי, וראו



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

תא"מ 16-12-58303-12-16 הראל נ' בארבי - בית ליוצרי מוזיקה ישראל בע"מ

האסמכתאות דשם; ראו גם אליהו הרנון דיני ראיות (חלק ראשון) 203-204 (תש"ל); יעקב קדמי על הראיות (חלק שלישי) 1492-1494 (2003)).

16. התובע נחקר בעניין תהליך רכישת הכרטיסים שביצע באתר הנתבעת (ראו עמ' 7 ו-8 לפרוטוקול הדיון מיום 21.12.2017). בעדותו של התובע הוא ציין כי: **"היכן שמסומן אני מבקש לא לקבל. אם מסומן לקבל אני מסיר"** (שורה 3, עמ' 8 לפרוטוקול). כן העיד התובע (בעמ' 8, שורות 4-5): **"ש. אם היה מצב שהיה דבר כזה בוודאות אתה זוכר שאתה מבקש להסיר? ת. בוודאות"**.

התובע, בעדותו לעניין תהליך רכישת הכרטיסים שביצע באתר הנתבעת, העיד: **"לפני כ-3 שנים זוכר פחות או יותר"** (עמ' 7, שורה 25). עדותו לעיל איננה מבוססת על זיכרון התהליך שהתרחש במקרה הספציפי, אלא עדות כללית ועקרונית. בנושא זה אני מעדיף את עדות העדים מטעם הנתבעת, לרבות העד המקצועי שזימנה.

17. הנתבעת באמצעות העדים שהובאו על ידה, לרבות אותו עד אשר כתב ומפעיל את התוכנה הרלוונטית, עמדה בנטל המוטל עליה ע"פ סעיף 30א(ג) לחוק, תוך שהוכיחה את שלושת רכיבי הסעיף, לרבות הסכמת התובע העולה מהתנהגותו, במהלך רכישת הכרטיסים, כאשר לא סמן, למרות האפשרות הקיימת בהליך, כי אינו מעוניין בדיוור מהנתבעת. התובע לא עמד בנטל המוטל עליו, כאמור לעיל. לאור התוצאה כאמור לעיל, אין מקום לדון בשאר הטענות אותן הביאו הצדדים להכרעה בפני בית משפט.

18. אשר על כן, אני דוחה את התביעה כנגד הנתבעת ומטיל על התובע תשלום הוצאות ושכ"ט עו"ד בסך כולל של 3,000 ₪.

ניתן היום, ה' ניסן תשע"ח, 21 מרץ 2018, בהעדר הצדדים.

נמרוד אשכול, שופט



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

תא"מ 58303-12-16 הראל נ' בארבי - בית ליוצרי מוזיקה ישראל בע"מ

