



בבית המשפט העליון

רע"א 4704/20

לפני: כבוד השופט נ' סולברג

המבקש: יונתן בן-עמי

נגד

המשיבות: 1. FACEBOOK IRELAND LTD.
2. FACEBOOK INC.

בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 8.6.2020 ברת"ק 6701-06-20 שניתנה על ידי כבוד השופט ר' שפירא - נשיא

בשם המבקש: עו"ד ליעד ורצהיזר

בשם המשיבות: עו"ד שי כגן; עו"ד שירה ליפשיץ

פסק-דין

1. בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 8.6.2020, ברת"ק 6701-06-20 (הנשיא ר' שפירא). על הפרק, תובענה לפיצוי כספי בגין משלוח הודעת 'ספאם', מכוח סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: החוק או חוק התקשורת).

רקע והליכים קודמים

2. המבקש, יונתן בן-עמי, הצטרף לשירותי המשיבות – פייסבוק – בשנת 2007, ומאז הקים כ-15 'דפים' ברשת החברתית. בשלב כלשהו, הצטרף לשירות העסקי שמספקת פייסבוק, והחל לשלם עבור קידום ממומן של רשומות ('פוסטים') שהעלה. בעקבות הצטרפותו לשירות העסקי, החל יונתן לקבל מעת לעת הודעות דואר-אלקטרוני מפייסבוק. בהודעות הוצעו לו קופונים, מבצעים וכיוצא באלו דברים; רובם ככולם בקשר לשירותי הקידום הממומן של פייסבוק. בחלק מן ההצעות הללו – עשה יונתן שימוש; חלקן האחר – היה עליו לטורח.

3. לבסוף, קצה נפשו של יונתן מההודעות שנשלחו אליו; וביום 21.10.2017 דרש מפייסבוק להסירו מרשימת התפוצה. דרישתו-זו נשלחה לכתובתה של פייסבוק, המיועדת למשלוח כתבי בית-דין ומכתבים לעניינים משפטיים. בתגובה לדרישתו קיבל יונתן מענה מפורט מפייסבוק, שבו הוסבר לו כי לשם הסרתו מרשימת התפוצה עליו לחוץ על לחצן ה'הסר' (unsubscribe), המופיע בהודעות; יונתן סירב. חלף לחיצה על לחצן ה'הסר', בחר יונתן לחזור על דרישתו באמצעות שליחת הודעת דואר-אלקטרוני 'חוזר' להודעות שנשלחו אליו, וזאת הגם שצוין בהן במפורש כי לא ניתן להשיב עליהן (no-reply). משלא הועיל הדבר, הגיש יונתן תביעה לבית המשפט לתביעות קטנות בקריות (ת"ק 75223-01-19), בדרישה לסעדים כספיים בגין הפרות מרובות של סעיף 30א לחוק התקשורת, בסך כולל של 29,000 ₪.

4. בית המשפט לתביעות קטנות (הרשמת הבכירה 'הברפלד-אברהם) – דחה את התובענה. ראשית, נקבע כי למרות שלא הובאה ראיה לכך שיונתן הסכים לקבל הודעות כאשר הצטרף לפייסבוק בשנת 2007, הרי שחזקה עליו שקיבל על עצמו "את כללי המקום כחבר, לרבות קבלת הודעות". מכאן שהנטל להוכחת אי-הסכמתו מונח על כתפיו, ובו – לא עמד. עוד קבע בית המשפט לתביעות קטנות, כי משבחר יונתן להמשיך ולהשתמש בפייסבוק, ובפרט כאשר הוסיף לעשות שימוש בשירותי הקידום הממומן, נתן מחדש את הסכמתו לתנאי השימוש בה, לרבות לגבי קבלת ההודעות. בית המשפט לתביעות קטנות הוסיף וקבע, כי בעניין דנן כלל לא נצרכה הסכמה מצדו של יונתן, שכן ההודעות שנשלחו אליו אינן "דבר פרסומי" כמשמעו בסעיף 30א(א) לחוק התקשורת, אלא הודעות 'שירותיות' שנועדו להועיל לו. כמו כן הוטעם, כי אף בהנחה שבדבר פרסומי עסקינן, גם אם יונתן לא הסכים לקבל את ההודעות, הרי שבכל מקרה חל בענייננו החריג שנקבע בסעיף 30א(ג) לחוק, המאפשר למפרסם לשלוח ללקוחותיו דברי פרסומי גם ללא הסכמתם. בקשר לכך נקבע גם כי לא ניתן לראות בבקשותיו של יונתן להסרתו מרשימת התפוצה משום 'הודעת סירוב' לקבלת דברי פרסומי. זאת נוכח עמידתו הדווקנית על סירובו להשתמש בלחצן ה'הסר', אשר אינה עולה בקנה אחד עם תכלית סעיף 30א לחוק, ואיננה בתום-לב. בהמשך להתנהלותו-זו, נקבע גם, כי ממילא אין מקום לפסוק לטובתו פיצויים לדוגמא.

5. בקשת רשות ערעור שהגיש יונתן לבית המשפט המחוזי – נדחתה אף היא. בית המשפט המחוזי עמד על כך שפסק הדין מושתת על קביעות עובדתיות באשר להסכמתו של יונתן, וכי לא נפלו בו פגמים במישור המשפטי, אשר יש בהם כדי להצדיק את התערבותו.

מכאן הבקשה שלפני.

טענות הצדדים

6. יונתן טוען כי פסק הדין של בית המשפט לתביעות קטנות שגוי, וממילא מוטעית גם החלטתו של בית המשפט המחוזי. לשיטתו, ההודעות ששלחה לו פייסבוק נועדו לעודדו להוציא כספים, ומכאן שב"דבר פרסומת" עסקינן. עוד נטען, כי הנטל להוכחת הסכמתו המפורשת לקבלת ההודעות, מוטל על פייסבוק; לא עליו. פייסבוק לא הביאה אסמכתא כלשהי לגבי מתן הסכמתו בעת שהצטרף לרשת החברתית, ומשכך נשלחו הודעותיה בניגוד לדין. יונתן מדגיש, כי גם המשך שימוש בשירותי פייסבוק, אינו מעיד על הסכמה. כמו כן, פייסבוק הפרה את הדרישות הצורניות למשלוח הודעה, שכן היה עליה לציין בתוכן ההודעות כי מדובר בפרסומת, כנדרש בחוק.

מעבר לאמור, טוען יונתן, כי אפילו אם משלוח ההודעה הראשונה נעשה כדין, הרי שיש לראות בהודעות ששלח משום 'הודעות סירוב'. יונתן מדגיש, כי על-פי החוק, זכותו לשלוח הודעות סירוב "בכתב או בדרך שבה שוגר דבר הפרסומת, לפי בחירת הנמען" (סעיף 30א(ד)(1) לחוק התקשורת), ומכאן שאין לזקוף לחובתו את סירובו ללחוץ על לחצן 'הסר'.

נוכח האמור, לשיטתו, ברי כי אין יסוד לקביעה שהתנהגותו היתה שלא בתום-לב. לפיכך יש ליתן לו רשות ערעור, לקבלו, ולחייב את פייסבוק בפיצויים כספיים לדוגמא לטובתו.

7. פייסבוק טוענת כי יש לדחות את הבקשה, שכן איננה עומדת בדרישות לקיים דיון ב'גלגול שלישי'. ממילא, היא סבורה שיש לדחות את הערעור גם לגופו, וסומכת ידיה על פסק הדין של בית המשפט לתביעות קטנות ועל החלטת בית המשפט המחוזי. לשיטתה, הקביעה כי יונתן נתן ואישר את הסכמתו לקבל הודעות ממנה, לא רק שנקבעה בדין, אלא שהיא קביעה עובדתית, שאין יסוד להתערב בה במסגרת של ערעור. מכאן, בהינתן ההסכמה, הרי שאין בסיס לעילת תביעה מכוח סעיף 30א לחוק התקשורת. עוד טוענת פייסבוק, כי בדין נקבע שההודעות ששלחה אינן "דבר פרסומת", ומכאן שאיננה "מפרטם". לדבריה, מדובר בהודעות 'שירותיות', אשר הותאמו באופן פרטני לפרופיל המשתמש של יונתן. מכאן גם שלא הפרה את הדרישות הצורניות למשלוח הודעה, המעוגנות בחוק התקשורת. עוד נטען, כי גם אילו היה מדובר ב"דבר פרסומת", הרי שבכל מקרה חל החריג הקבוע בסעיף 30א(ג) לחוק, שמכוחו מותר לה, לפייסבוק, לשלוח הודעות גם בהעדר הסכמה מפורשת. למעלה מכך, אפילו תמצא לומר שאכן הופר הדין,

ברי כי התנהלותו של יונתן – בשים לב לסירובו ללחוץ על לחצן ה'הסר' – איננה בתום-לב, ולו מטעם זה אין מקום לפסוק לזכותו פיצוי כספי.

דיון והכרעה

8. לאחר שעיינתי בבקשת רשות הערעור ובתשובת המשיבות לבקשה, מזה ומזה, החלטתי לעשות שימוש בסמכותי שלפי תקנה 410 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, לקבל את הבקשה, ולדון בה כבערעור. שגיאות שנפלו באופן הנמקת ההכרעה – מצריכות תיקון והבהרה, לבל יהיו לכך השלכות רוחב, שמוטב למנען כבר עתה. עם זאת, כפי שיובהר להלן, גם לאחר חידוד ודיוק, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערעור להידחות לגופו.

נדון בדברים כסדרם; ראשון-ראשון, אחרון-אחרון.

סעיף 30א(ב) לחוק – האיסור הבסיסי על שליחת דברי פרסומת ללא הסכמה

9. תיקון מס' 40 לחוק התקשורת, הנודע כ'חוק הספאם', חוקק במטרה למנוע את המטרד שבהפצת הודעות פרסומת בלתי רצויות, באמצעות רשתות תקשורת (spam) (דברי ההסבר להצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 33), התשס"ה-2005, ה"ח הממשלה 182, 886 (להלן: דברי ההסבר); רע"א 1326/18 סמארט קלאב אחזקות בע"מ נ' כהן, פסקה 15 (31.12.2020)). סעיף 30א(ב) לחוק קובע את האיסור הבסיסי:

"לא ישגר מפרסם דבר פרסומת באמצעות פקסימיליה, מערכת חיוג אוטומטי, הודעה אלקטרונית או הודעת מסר קצר, בלא קבלת הסכמה מפורשת מראש של הנמען, בכתב, לרבות בהודעה אלקטרונית או בשיחה מוקלטת... (הדגשים אינם במקור – נ' ס')".

10. הכלל הבסיסי אוסר אפוא על מפרסם לשלוח דבר פרסומת לנמען, מבלי שהלה נתן הסכמה מפורשת לכך, בכתב. "דבר פרסומת" הוגדר בחוק התקשורת, בין היתר, כ-"מסר המופץ באופן מסחרי, שמטרתו לעודד רכישת מוצר או שירות או לעודד הוצאת כספים בדרך אחרת"; ו-"מפרסם" הוא "מי ששמו או מענו מופיעים בדבר הפרסומת כמען להתקשרות לשם רכישתו של נושא דבר הפרסומת, מי שתוכנו של דבר הפרסומת עשוי לפרסם את עסקיו או לקדם את מטרותיו [...] או מי שמשווק את נושא דבר הפרסומת בעבור אחר" (סעיף 30א(א) לחוק התקשורת).

11. נוכח הגדרתם הרחבה של שני המושגים הללו – 'דבר פרסומת' ו-'מפרסם' – קשה להלום טענות, שלפיהן ההודעות שנשלחו ליונתן אינן בגדר דבר פרסומת, אלא 'הודעות שירותיות' שנועדו להועיל לו; וכי פייסבוק אינה עונה להגדרת מפרסם. בחינת ההודעה – אם פרסומת היא, אם לאו – אינה תלויה בשאלה אם יש בה תועלת לנמען. נדרש לבחון את אופן הפצתה, וכן את המטרה שלשמה נשלחה (רע"א 4806/17 פסגות בית השקעות בע"מ נ' גלסברג, פסקה 5 (25.10.2017)). לשון החוק ברורה: ככל שההודעה נשלחה בתפוצה מסחרית, וככל שנועדה לגרום לנמענים השונים להוציא כספים – הרי לך 'דבר פרסומת'. הטענה, שלפיה שלחה פייסבוק את ההודעות כחלק ממבצע 'מחויט', שנתפר למידותיו של יונתן, ולא כחלק מפעולה מסחרית-שיווקית רחבת היקף – איננה מתיישבת עם נוסח ההודעות בענייננו. אמנם, לכאורה הן פונות ליונתן באופן 'אישי', תוך ציון שמו, אולם עיון בהן מעלה כי הן נוסחו באופן כללי, אחיד ובלתי מסוים, כאשר ההטבות המוצעות בהן נשלחו למספר רב של אנשים, בתפוצה רחבה. כמו כן, מלשון ההודעות עולה בבירור כי הן נועדו לגרום לנמענים להגביר את השימוש בשירות העסקי של פייסבוק, שאינו ניתן חינם אין כסף. ברי אפוא, כי ב'דבר פרסומת' עסקינן (רע"א 1621/16 MEGA ADVANCED MATHEMATICAL SYSTEM LTD נ' זילברג, פסקה 13 (14.6.2016)); ומשההודעות שנשלחו על-ידי פייסבוק, נועדו לקדם את עסקיה – הריהי בגדר 'מפרסם'.

סעיף 30א(ג) לחוק – החריג לאיסור על שליחת דברי פרסומת ללא הסכמה

12. משאמרנו זאת, מתעוררת השאלה: האם בשלב כלשהו הסכים יונתן לקבל דברי פרסומת מפייסבוק? בית המשפט לתביעות קטנות קבע כי הצטרפותו של יונתן לקהילת פייסבוק בשנת 2007, כמשתמש 'רגיל' שאינו משלם עבור שירותיה, מקימה חזקה כי הסכים לתנאי השימוש בשירותיה, לרבות שליחת דברי פרסומת. ודוק: נקבע כי הצטרפותו מקימה חזקה כי נתן הסכמה מפורשת, בכתב, לקבלת דברי פרסומת. קביעה זו – אין בידי לקבל. אבהיר את הדין בהקשר זה.

13. נקודת המוצא, לעניין נטל ההוכחה, הריהי כי המוציא מחברו עליו הראיה (בבלי, בבא קמא לה, א). על כן, הנמען-התובע, הטוען להפרת סעיף 30א(ב) לחוק, הוא אשר נושא בנטל להוכיח את תביעתו; עליו נטל השכנוע, עליו חובת הראיה (ע"א 78/04 המגן חברה לביטוח בע"מ נ' שלום גרשון הובלות בע"מ, פ"ד סא(3) 18, 36 (2006) (להלן: עניין המגן)). אולם, בהצהרת הנמען כי למיטב ידיעתו לא נתן הסכמה למשלוח דברי הפרסומת, עוברת חובת הראיה אל כתפי המפרסם-הנתבע. זהו המצב ברובם המוחלט של המקרים בתביעות לפי סעיף 30א לחוק התקשורת, ומכאן שהלכה למעשה, כדרך קבע, מוטלת חובת הראיה בכגון דא על המפרסם (רע"א 1231/17 רז נ' אימפרשן מדיה בע"מ, פסקה ח')

(20.4.2017). כך, אם אין בידי המפרסם ראיה להסכמה ראשונית, ובהתקיים יתר התנאים המצוינים בחוק התקשורת, ככלל תתקבל תביעת הנמען (ע"א 2144/13 עזבון המנוח עמית עמוס מנטין ז"ל נ' הרשות הפלסטינאית, פסקה 71 (6.12.2017); ע"א 73/86 שטרנברג נ' עיריית בני-ברק פ"ד מג(3) 343, 348-347 (1989)). בענייננו, אין חולק כי פייסבוק לא הביאה אסמכתא לכך שבעת הצטרפות יונתן כמשתמש בשנת 2007, הוא הביע הסכמה לקבל דברי פרסומת. בהינתן זאת, הרי שלא היה מקום לקבוע חזקה כפי שנקבעה, ולהעביר את נטל חובת הראיה חזרה לכתפיו של יונתן, על מנת שיביא ראיות לאי-הסכמתו.

14. דא עקא, הלכה למעשה, מהלך זה כלל לא היה דרוש, משני טעמים: ראשית, ההודעות שנשלחו ליונתן, רובן ככולן, לא נשלחו לו ב'כובעו' כמשתמש מן המניין בפייסבוק. אלא, הן נשלחו אליו בעקבות התקשרותו עמה לשם קידום תכנים בתשלום, ב'כובעו' כלקוח המשלם עבור שירות מוסף. מכאן, שהשאלה אם יונתן נתן את הסכמתו לקבלת דברי פרסומת עוד בשנת 2007, אם לאו – איננה רלבנטית, ולכאורה יש לשאול האם ניתנה הסכמה מצדו כאשר אישר את תנאי שירות הקידום הממומן בשעה שהחליט לקדם את רשומותיו בתשלום.

15. שנית, ובהמשך לכך, משנמצא שענייננו במערכת היחסים שבין פייסבוק לבין מי שנקשר עמה בקשר עסקי, ממילא מתעוררת שאלת תחולתו של סעיף 30א(ג) לחוק, הקובע חריג לאיסור שבסעיף 30א(ב):

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

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

(2) המפרסם נתן לנמען הזדמנות להודיע לו כי הוא מסרב לקבל דברי פרסומת כאמור, דרך כלל או מסוג מסוים, והנמען לא עשה כן;

(3) דבר הפרסומת מתייחס למוצר או לשירות מסוג דומה למוצר או לשירות האמורים בפסקה (1)".

16. עינינו הרואות, כי כאשר התקיימו בין הצדדים יחסי מסחר קודמים, מתיר החוק למפרסם לשלוח דבר פרסומת לנמען, אף אם לא ניתנה הסכמתו המפורשת בכתב (ראו: דברי ההסבר, בעמוד 887; ע"א 534/17 לפיד נ' סלקום ישראל בע"מ, פסקאות 16-21 (6.3.2019) (להלן: עניין 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 (עניין לפיד, פסקה 19). על כן, קובע סעיף 30א(ג) לחוק מספר תנאים מצטברים, שבהתקיימם רשאי העסק לשלוח פרסומות לציבור לקוחותיו, אף אם לא נתנו את הסכמתם המפורשת לכך בכתב.

17. ודוק: טענה לתחולת החריג הקבוע בסעיף 30א(ג), להבדיל מטענה להפרת סעיף 30א(ב) לחוק, הריהי טענת הגנה שמעלה המפרסם-הנתבע, והנטל להוכחתה רובץ לפתחו (עניין המגן, בעמוד 37). עליו להוכיח כי התקיים מכלול התנאים, שבגינם הותר לו לשלוח לנמען-התובע דבר פרסומת, גם ללא הסכמה מפורשת בכתב מצדו. כלומר, למרות שאיננו נדרש להביא ראיה להסכמה, הרי שעליו להראות כי הלקוח הנדון מסר לו מרצונו את פרטי התקשרות; כי הובהר ללקוח שבכוונת העסק לכלול ברשימת תפוצה; כי ניתנה ללקוח הזדמנות לסרב להיכלל ברשימת התפוצה; כי הלקוח לא הביע התנגדות לכך; וכי דבר הפרסומת מקדם מוצר הדומה למוצר שלגביו הביע הלקוח עניין (עניין לפיד, פסקה 21).

18. בענייננו, קבע בית המשפט לתביעות קטנות, כי לא ניתן לעשות שימוש בשירותי-הקידום הממומן של פייסבוק מבלעדי מתן הסכמה לתנאיו של שירות זה, וכי התנאים הללו כוללים, לכל הפחות, הודעה מצד פייסבוק על כך שתעשה שימוש בפרטי ההתקשרות של הלקוח לשם משלוח דברי פרסומת. בקביעה עובדתית עסקינן, המעוגנת בחומר הראיות, והמסקנה הנגזרת ממנה אינה אלא זו: משבחר יונתן לעשות שימוש בשירות העסקי של פייסבוק, כשאינן חולק כי ההודעות נשלחו אליו בהמשך לפעולתו זו, ובהינתן שלא נטען כי יונתן הודיע על אי-הסכמתו לקבלת דברי פרסומת, למצער עד למועד הודעת הסירוב הראשונה ששלח, הרי שהתקיימו תנאיו של סעיף 30א(ג).

19. הנה כי כן, בית המשפט לתביעות קטנות קבע כי חזקה על יונתן שנתן את הסכמתו המפורשת, בכתב, לקבלת דברי פרסומת, כאשר הצטרף לפייסבוק בשנת 2007 – ובכך, אמנם, שגה. עם זאת, פייסבוק הוכיחה כי לא נדרשת הסכמה כאמור לשליחת דברי פרסומת מצדה. מכאן שההודעות, או למצער ההודעה הראשונה, בהתקיים שאר התנאים – נשלחו כדין.

סעיף 30א(ד) לחוק – הודעת הסירוב

20. כך או אחרת, בין אם ניתנה הסכמה לקבלת דברי פרסומת, לפי ההסדר שבסעיף 30א(ב) לחוק, בין אם לא הובעה אי-הסכמה, לפי החרוג שבסעיף 30א(ג) לחוק, קובע החוק כי רשאי הנמען, בכל עת, לשלוח למפרסם "הודעת סירוב"; היינו, "להודיע [...] על סירובו לקבל דברי פרסומת, דרך כלל או מסוג מסוים, ולחזור בו מהסכמתו, ככל שניתנה" (סעיף 30א(ד)(1) לחוק). ככל שנשלחה הודעת סירוב, המפרסם שוב אינו רשאי לשלוח דברי פרסומת; הפה שהסכים – הוא הפה שיכול לסרב (עניין לפיד, פסקה 28).

21. אין מחלוקת בין הצדדים על כך שבאוקטובר 2017 הביע יונתן את אי-הסכמתו להמשך קבלת דברי הפרסומת, וכי פייסבוק היתה מודעת לרצונו. גדר המחלוקת נוגע לאופן משלוח 'הודעות הסירוב', ובפרט להתעקשותו של יונתן שלא ללחוץ על לחצן ה'הסר'.

22. סעיף 30א(ד)(1) קובע, כי "הודעת הסירוב תינתן בכתב או בדרך שבה שוגר דבר הפרסומת, לפי בחירת הנמען", וסעיף 30א(ה)(ג)(1) לחוק מחייב את המפרסם לציין בדבר הפרסומת גם את "זכותו של הנמען לשלוח, בכל עת, הודעת סירוב כאמור בסעיף קטן (ד), ודרך אפשרית למשלוח הודעה כאמור שהיא פשוטה וסבירה בנסיבות העניין..." (הדגשים אינם במקור – נ' ס'). הווה אומר, בידי הנמען הברירה אם לשלוח את הודעות הסירוב "בכתב", או באופן שבו קיבל אותן. המפרסם נדרש אמנם להעמיד דרך "פשוטה וסבירה" למשלוח הודעות סירוב, אך זאת מבלי לגרוע מזכותו של הנמען לשלוח את ההודעה בדרך המתאימה לו. העובדה שניתנה בידי יונתן האפשרות לשלוח הודעת סירוב באמצעות לחיצה על לחצן ה'הסר', איננה גורעת אפוא מזכותו לשלוחה באמצעות דואר-אלקטרוני, כפי שנשלחה אליו, או בכתב, כרצונו.

23. דא עקא, הגם שנתונה לנמען הזכות לבחור את אופן משלוח הודעת הסירוב, ברי כי השימוש בזכות זו – כשימוש בכל זכות משפטית – צריך להעשות בתום-לב (סעיפים 39 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973; ע"א 8553/19 אלכסנדר אורן בע"מ נ' כהן, פסקה 31 (17.11.2020); ע"א 3190/18 תומר מרקוביץ' נ' ועד בית הכנסת "נחלת יצחק", פסקה 21 (7.6.2020)). פייסבוק לא התעלמה ממכתביו של יונתן. כל שביקשה ממנו היה לעשות שימוש בלחצן ה'הסר'. אפילו אם בקשה זו נובעת משיקולי נוחות שלה – מערכתיים, טכנולוגיים או אחרים – ודאי שאינה מטילה על יונתן מעמסה של ממש, אם בכלל. ניתנה בידיו אפשרות פשוטה, 'בלחיצת כפתור', לקבל את מבוקשו. בית המשפט לתביעות קטנות לא מצא את הסבריו בעניין זה כמשכנעים, בלשון המעטה, ובצדק נקבע כי עמידתו הדווקנית על זכותו שלא להשתמש בלחצן ה'הסר' איננה בתום-לב.

24. בהקשר זה אדגיש, כי איני מבקש לטעת מסמרות בקשר ללגיטימיות של הפרקטיקה – הנפוצה – של שליחת הודעות no-reply, עם לחצני 'הסר'. הצדדים לא העלו טענות בעניין זה, ולא הוברר די הצורך מה הסיבה לדרך פעולה זו. על כל פנים, יש לבחון כל מקרה בהתאם לנסיבותיו ופרטיו. 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.

25. ברם, בנסיבות דנא, מקובלת עלי הקביעה כי דווקנותו של יונתן שלא לשלוח באמצעות לחצן 'הסר' עולה כדי חוסר תום-לב. בעקבות זאת, היתה פייסבוק רשאית להתעלם מהודעותיו, כך שהוא נושא באחריות להודעות ששוגרו לאחר משלוח 'הודעות הסירוב' מטעמו.

סעיף 30א(ה) לחוק – הפרת הדרישה הצורנית

26. יונתן אינו זכאי, אם כן, לפיצויים בגין הפרה של סעיף 30א(ב) לחוק. ברם, משנמצא כי ההודעות שנשלחו לו הן בבחינת 'דבר פרסומת', הרי שהיה על פייסבוק לציין דבר זה בתוכנו (סעיף 30א(ה)(1)(א) לחוק). בית המשפט לתביעות קטנות, ובעקבותיו בית המשפט המחוזי, לא נדרש לטענה זו, נוכח מסקנתו שההודעות לא היו 'דבר פרסומת'; על כן מונח הדבר לפתחנו כעת.

27. מן האמור עולה שפייסבוק הפרה את הוראות סעיף 30א(ה) לחוק. דא עקא, כידוע, התנהגות שלא בתום-לב מצדו של נמען, עשויה להשליך גם על היקף הפיצוי המגיע לו (רע"א 2904/14 גלסברג נ' קלאב רמון בע"מ, פסקה י"ג (27.7.2014); רע"א 1954/14 חזני נ' שמעון הנגבי (סיתונית מועדון דאיה ורחיפה במצנחים), פסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (4.8.2014) (להלן: עניין חזני)). כך בפרט לגבי תביעות ספאם, כאשר הסמכות לפסיקת פיצויים לדוגמא, ממילא נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט (סעיף 30א(י)(1) לחוק; עניין חזני, פסקה 7). בעניין זה, הן הסירוב הבלתי-לגיטימי להשתמש בלחצן 'הסר' (רע"א 1868/16 דו נ' האפרתי, פסקה ט"ז (19.6.2016)), הן היקף ההפרה הקטן עד מאוד (סעיף 30א(י)(3)(ג) לחוק), מובילים לכלל מסקנה כי אפילו שהופר החוק, בנסיבות, אין מקום לפסוק ליונתן פיצוי כספי כלשהו.

28. אשר על כן, משהועמדו דברים על מכונם, ומשנמצא כי אין מקום לחייב את פייסבוק בתשלום פיצויים, לא בגין הפרת הוראות סעיף 30א(ב) לחוק ולא בגין הפרת הדרישה הצורנית – נדחה הערעור בזאת.

בנסיבות, לא אעשה צו להוצאות.

ניתן היום, כ"ז בשבט התשפ"א (9.2.2021).

ש ו פ ט