



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1862-11-12 טויסטר נ' Google Inc. ואח'

לפני כב' השופט פרופ' עופר גרוסקופף

יוסף טויסטר

המבקש:

ע"י ב"כ עו"ד ליאור להב ועו"ד קרן אלדר

נגד

Google Inc. .1

המשיבות:

Google Ireland Ltd. .2

ע"י ב"כ עו"ד ברק טל, עו"ד רות לובן
ועו"ד יונת אפריאט-מנה

פסק דין

(דחיית בקשה לאישור תובענה כייצוגית)

1 ההסדר שבחוק התקשורת לעניין "דואר זבל" (spam) אוסר, בין השאר, על שיגור דבר פרסומת
 2 באמצעות "הודעה אלקטרונית" בלא קבלת הסכמה מפורשת בכתב מראש של הנמען. מה משמעות
 3 המונח "הודעה אלקטרונית" לעניין הסדר זה? האם היא כוללת גם דבר פרסומת המוצב באתר תוכן
 4 בו מבקר הגולש ברשת האינטרנט? האם העובדה שהמפרסם משתמש בתוכנה מיוחדת על מנת
 5 לגרום לכך שהגולש יתקל בפרסומות של אתרים בהם ביקר בעבר מביאה להחלת ההסדר בעניין
 6 "דואר זבל"? שאלות אלו הן העומדות ביסוד התובענה שלפני.

7 רקע - שרות ה- Remarketing של גוגל

8 1. המשיבה 1, Google Inc. (להלן: "גוגל ארה"ב") היא תאגיד המאוגד על פי חוקי מדינת דלאוור,
 9 ארה"ב. גוגל ארה"ב מספקת מגוון שירותים מקוונים, ובכללם את מנוע החיפוש הפופולארי
 10 "גוגל". המשיבה 2, Google Ireland Ltd. (להלן: "גוגל אירלנד"), היא תאגיד המאוגד על פי
 11 דיני מדינת אירלנד, והיא המופקדת על ההתקשרות עם מפרסמים במספר מדינות, ובכללן
 12 ישראל, מטעם קבוצת גוגל (להלן יכוננו גוגל ארה"ב וגוגל אירלנד יחדיו, "גוגל").



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1862-11-12 טויסטר נ' Google Inc. ואח'

2. בין מגוון פעילותיה של קבוצת גוגל, היא עוסקת גם במתן שירותי פרסום אינטרנטיים למפרסמים. עניינה של התובענה שלפני בסוג אחד של שירותי פרסום אינטרנטיים אותה מציעה גוגל ללקוחותיה, אשר מתבצע באמצעות תוכנה המכונה ע"י גוגל "Remarketing" (להלן: "תוכנת ה-Remarketing"). להלן יכונה שירות פרסום זה, העומד כאמור בלב התובענה שלפני, "שירות ה-Remarketing".
3. הרעיון הבסיסי מאחורי שירות ה-Remarketing הוא לאפשר למפרסם לכוון את הפרסומות לאותם משתמשי רשת אשר גלשו בעבר באתר האינטרנט של המפרסם (או בדפים מסוימים באותו אתר). הנחת המוצא היא שגולשים אלו הם לקוחות פוטנציאליים אשר יש להם עניין במוצרים או בשירותים שמציע המפרסם, וכי פניה ממוקדת אליהם היא בעלת סיכויי הצלחה גבוהים יותר מאשר פניה לגולש אקראי (כך, למשל, אם אדם גלש באתר האינטרנט של חברה המתמחה בארגון טיולים למזרח הרחוק יש להניח כי קיים סיכוי גבוה יחסית שהוא מתעניין באפשרות של ביקור במזרח הרחוק, ועל כן מהווה מטרה טובה יותר לניסיונות שיווק חוזרים של אותה חברה מאשר הגולש הממוצע).
4. הטכניקה באמצעותה פועלת תוכנת ה-Remarketing, לפי הסברי גוגל, היא השתלת מזהה עוגייה אנונימי (cookie identifier) בדפדפן של גולש המבקר באתר האינטרנט של המפרסם, באופן המאפשר לגוגל ליצור "רשימת לקוחות" המורכבת מאותם גולשים שביקרו באתר המפרסם. גוגל מדגישה כי "רשימת לקוחות" זו איננה שמית, ואינה כוללת נתונים אישיים של המשתמש, אלא מורכבת רק ממספר מזהה שניתן על ידי גוגל, המאפשר לאתר את דפדפן האינטרנט ממנו בוצעה גלישה לאתר המפרסם. כן מציינת גוגל כי תוכנת ה-Remarketing פועלת ללא קשר לדרך בה הגיע הגולש לאתר המפרסם, וממילא אין קשר הכרחי בין פעולתה לבין שימוש במנוע החיפוש "גוגל" (דהיינו בין אם המשתמש הגיע לאתר המפרסם באמצעות מנוע החיפוש "גוגל", ובין אם לאו, הוא יסומן באמצעות מזהה העוגייה האנונימי, וייכלל ב"רשימת הלקוחות" שתרכיב גוגל).
5. מרגע שגולש נכלל ב"רשימת הלקוחות" של מפרסם נתון דואגת גוגל לכך שפרסומות של המפרסם יכוונו לאותו גולש. האמצעי המרכזי בו היא עושה שימוש כיום על מנת להשיג מטרה זו הוא רכישת שטחי פרסום אצל ספקי תוכן שונים באינטרנט, שחלקם בשליטת קבוצת גוגל (כגון YouTube) וחלקם אינם בשליטתה (כגון אתרי The Marker ו-גלובס), וניתוב הפרסומות לאותם שטחי פרסום באופן המאבחן בין הגולשים בהתאם ל"רשימת הלקוחות" בהן הם מופיעים. כתוצאה מכך, גולש אשר ביקר בעבר באתר אינטרנט של מפרסם אשר מנוי על לקוחות שירות ה-Remarketing צפוי להיתקל בפרסומות של אותו מפרסם כשהוא גולש באתרי התוכן אשר השכירו שטחי פרסום לגוגל.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1862-11-12 טויסטר נ' Google Inc. ואח'

6. התוצאה המתקבלת בעקבות השימוש בשיטת השיווק האמורה (אשר לדברי גוגל מופעלת גם על ידי מספר מתחרים הפועלים בתחום זה) היא ששני גולשים הצופים בו זמנית באותו אתר תוכן (לדוגמא שני גולשים המבקרים באותה נקודת זמן באתר The Marker וצופים בדף "שוק ההון") עשויים להיתקל בפרסומות שונות, וזאת בהתאם לאתרים אליהם גלשו בעבר (כך, למשל, לגולש אשר ביקר בעבר באתר של סוכנות נסיעות המתמחה בארגון נסיעות למזרח הרחוק תוצג באתר The Marker, בשטח שנשכר על ידי גוגל, פרסומת של סוכנות הנסיעות בעניין טיול לסיין, בעוד שלגולש האחר, שלא ביקר באתר זה, תוצג פרסומת מטעמה של חברת המזון שבאתר האינטרנט שלה הוא מבצע את קניותיו).
7. המבקש בתיק שלפני סבור כי שירות ה-Remarketing של גוגל מבוסס על שיטת שיווק פגומה. לטעמו הוא מביא לפגיעה בפרטיותו של הגולש, מאחר שהוא גורם לכך שהוא "נרדף" על ידי פרסומות המשקפות את היסטוריית הגלישה שלו. בנוסף, סבור המבקש כי שירות ה-Remarketing גורם להטעיית הלקוחות (ככל שאינם מודעים לקיומו), מאחר שהוא יוצר אשליה לפיה המפרסם הינו גורם רציני, המשקיע בפרסום הרבה מעבר להשקעתו האמתית (הגולש עשוי לסבור כי המפרסם הספציפי רכש שטחי פרסום באתרי תוכן רבים ויוקרתיים, שעה שלמעשה גוגל היא שרכשה את שטחי הפרסום, ופיצלה אותם בין מפרסמים רבים). טיעונים אלו ודומיהם מעוררים סוגיות מעניינות, ואולם לא זהו המקום לדון בהן. הטעם לכך הוא שהתובענה שלפני הוגשה על בסיס עילה משפטית אחרת, הפרת הוראת סעיף 30א. לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב – 1982 (להלן: "חוק התקשורת"), הידוע גם בכינויו "חוק דואר זבל" או "חוק הספאם" (להלן: "ההסדר בעניין דואר זבל"). מכאן שגורלה של בקשת האישור שלפני יקום או יפול בהתאם לשאלה האם עלה בידי המבקש להוכיח כי קיימת אפשרות סבירה שיקבע כי שירות ה-Remarketing שמציעה גוגל מפר את הוראות ההסדר בעניין דואר זבל.
8. ויובהר, הגבלת התובענה שלפני לעילה של הפרת ההסדר בעניין דואר זבל נובעת, כך ניתן להניח, מהעובדה שניתן להגיש בקשה להכרה בתובענה כייצוגית בגין הפרה של ההסדר בעניין דואר זבל, וזאת בהתאם לפריט 12 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. לעומת זאת הגשת תביעה במסגרת חוק תובענות ייצוגיות בגין העילות האחרות מעוררת במקרה שלפני קשיים לא מבוטלים. מכאן שצמצום הדיון לשאלת ההפרה של ההסדר בעניין דואר הזבל איננה רק תוצאה של עילות התביעה שנטענו על ידי המבקש ובא כוחו, אלא גם של המסגרת הדיונית שנבחרה על ידם.

30

31



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1862-11-12 טויסטר נ' Google Inc. ואח'

1 הטענה כי שירות ה- Remarketing של גוגל מפר את ההסדר בעניין דואר זבל

2 9. תכליתו של ההסדר בעניין דואר זבל מוסברת בדברי ההסבר להצעת החוק שהוגשה מטעם
3 הממשלה (הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 33), התשס"ה – 2005), באופן
4 הבא:

5 "תופעת ההפצה ההמונית של הודעות פרסומת בלתי רצויות באמצעות
6 רשתות תקשורת (לרבות באמצעות דואר אלקטרוני, הודעות SMS
7 ופקסימילה), המכונה "spam" הפכה בשנים האחרונות למטרד ציבורי
8 כלל-עולמי, והיקפה מצוי במגמת עליה חדה.

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

16 מוצע על כן לקבוע בחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב – 1982
17 הסדר חקיקתי שיסייע להתמודד עם תופעת ה- spam ויציע פתרונות
18 אכיפה כדי למגר תופעה זו, וזאת בשילוב עם פיתוח פתרונות טכנולוגיים
19 והסדרה עצמית מצד גורמי התעשייה."

20 10. טענת המבקש לפיה שיטת ה- Remarketing מפרה את הוראת ההסדר בעניין דואר זבל מחייבת
21 דיון בשאלה המקדמית מהו "דואר זבל"? את המענה על שאלה זו, בהקשר הישראלי, יש לתת
22 בשים לב להגדרות שקבע המחוקק בחוק התקשורת.

23 סעיף 30א.ב) לחוק התקשורת היא ההוראה המגדירה את האיסור שקובע החוק על משלוח
24 דואר זבל. וזו לשון הסעיף:

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



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1862-11-12 טויסטר נ' Google Inc. ואח'

- 1 מהוראה זו נלמד כי המחוקק אסר על שליחת דבר פרסומת בלא קבלת הסכמת הנמען
2 באמצעות אחת מארבע דרכים:
- 3 (א) פקסימליה;
- 4 (ב) מערכת חיוג אוטומטי;
- 5 (ג) הודעה אלקטרונית;
- 6 (ד) הודעת מסר קצר.
- 7 ודוק, דבר פרסומת (כהגדרת מונח זה בסעיף 30א.א) לחוק התקשורת) יכול להיות משוגר גם
8 במגוון דרכים אחרות (לדוגמא, באמצעות הצגתו על לוח פרסום חוצות, חלוקתו לעוברים
9 ולשבים או שלשולו לתיבת הדואר הפיסית של הנמען), ואולם בהסדר בעניין דואר זבל בחר
10 המחוקק לאסור רק על שיוגר פרסומת באחת מארבע הדרכים המנויות לעיל. המסקנה
11 המתבקשת היא ששיוגר דבר פרסומת בדרך שונה, שאינה נופלת לאחת מארבע הקטגוריות
12 שמנה המחוקק, איננה אסורה לפי ההסדר בעניין דואר זבל, וממילא לא יכולה לשמש בסיס
13 להגשת תובענה ייצוגית על פי פריט 12 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות.
- 14 11. מבין ארבע החלופות הנזכרות בסעיף 30א.א (ב) לחוק התקשורת רק אחת עשויה להיות
15 רלוואנטית לשיטת ה- Remarketing, והיא חלופה ג', "הודעה אלקטרונית". חלופה זו הוגדרה
16 בסעיף 30א.א (א) לחוק התקשורת באופן הבא:
- 17 **"הודעה אלקטרונית" – מסר בזק מקודד המועבר ברשת האינטרנט אל**
18 **נמען או קבוצה של נמענים, וניתן לשמירה ולאחזור בדרך ממוחשבת."**
- 19 להשלמת התמונה אצטט גם את ההגדרה של חלופה ד', "הודעת מסר קצר" באותו סעיף,
20 למרות שאין חולק כי אין היא חלה בענייננו:
- 21 **"הודעת מסר קצר" – מסר בזק הכולל כתב, לרבות אותות או סימנים,**
22 **או מסר בזק הכולל חוזי או שמע, ומועבר באמצעות רשת בזק ציבורית**
23 **אל ציוד קצה של נמען או קבוצה של נמענים"**
- 24 12. עיון בהגדרת "הודעה אלקטרונית" מלמד כי היא כוללת ארבעה רכיבים:
- 25 (א) "מסר בזק מקודד";
- 26 (ב) "המועבר ברשת האינטרנט";
- 27 (ג) "אל נמען או קבוצה של נמענים";
- 28 (ד) "[ו]ניתן לשמירה ולאחזור בדרך ממוחשבת".



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1862-11-12 טויסטר נ' Google Inc. ואח'

- 1 לצורכי השוואה מעניין לציין שהגדרת "הודעת מסר קצר" כוללת רק שלושה רכיבים,
2 המקבילים לרכיבים (א) – (ג) בהגדרת "הודעה אלקטרונית": (א) מסר בזק הכולל כתב, חוזי או
3 שמע; (ב) המועבר באמצעות רשת בזק ציבורית; (ג) אל ציוד קצה. רכיב (ד) בהגדרת "הודעה
4 אלקטרונית", היות המסר ניתן לשמירה, איננו מופיע בהגדרת "הודעת מסר קצר".
- 5 קשה לחלוק על כך שגוגל, בהפעלה את שיטת ה-Remarketing, היא מפרסם המשגר מסר בזק
6 מקודד, שהוא בגדר דבר פרסומי, המועבר ברשת האינטרנט (קרי שמתקיימים רכיבים א' ו-ב'
7 בהגדרת "הודעה אלקטרונית"). השאלה הנשאלת היא האם מסר זה עומד גם בשני התנאים
8 המצטברים הנוספים בהגדרת "הודעה אלקטרונית" (רכיבים ג' ו-ד'), דהיינו האם המסר
9 מועבר "אל נמען או קבוצה של נמענים", והאם הוא "ניתן לשמירה ולאחזור בדרך ממוחשבת".
- 10 13. בא הכוח המייצג סבור שיש לענות על שאלה זו בחיוב. לעניין רכיב ג', הוא מציין כי בשונה
11 מפרסומות רגילה המוצבת באתר תוכן, המופנית לכולי עלמא, דהיינו לכל גולש שימצא עצמו
12 באותו דף באתר, הרי שפרסומת הנשלחת בשיטת ה-Remarketing מיועדת לקבוצה מוגדרת
13 של נמענים, אותם גולשים הכלולים ב"רשימת הלקוחות" שנוצרה באמצעות תוכנת ה-
14 Remarketing. לעניין רכיב ד', הוא טוען כי למיטב ידיעתו למשתמש קיימת האפשרות לשמור
15 ולאחזר את הפרסומת שנשלחה אליו, למצער באמצעות פונקציות כלליות הקיימות במחשב
16 (כגון כפתור ה-"print screen"). משתקיימו כל דרישות ההגדרה יש, לשיטתו, לראות
17 בפרסומות שמציבה גוגל בעבור המפרסם בשטחי הפרסום שהיא רוכשת משום "הודעה
18 אלקטרונית", ולחייב את גוגל בקבלת הסכמת הנמען לשליחת דבר הפרסומת – הסכמה שגוגל
19 איננה טורחת לבקש, וממילא איננה טוענת שקיבלה.
- 20 14. באי כוח גוגל כופרים בהתקיימות שני הרכיבים האמורים בהגדרת "הודעה אלקטרונית".
21 לשיטתם שיטת ה-Remarketing אינה מביאה לשליחת הפרסומות "אל נמען או קבוצה של
22 נמענים", וזאת מהטעם שלגוגל אין כל מידע ביחס לזהותם של הנמענים בהם מדובר; זאת ועוד,
23 הפרסומות ששולחת גוגל אינן "ניתנות לשמירה ולאחזור בדרך ממוחשבת", שכן הן "אינן
24 קיימות ואינן מוצגות במרחב האלקטרוני של הפרט" (פסקה 97 לתשובת המשיבות).
- 25 מעבר לאמור, טוענים באי כוח גוגל כי המחוקק לא התכוון לאסור על פרסומות המוצגות באתרי
26 תוכן. כראיה לכך הם מצטטים חלופי דברים בין הה"כ גלעד ארדן לבין עו"ד חיים גרון ממשרד
27 התקשורת בישיבה המשותפת של ועדת הכלכלה וועדת המדע של הכנסת בעניין הצעת חוק
28 התקשורת שהתקיימה ביום 1.4.2008 (להלן: "פרוטוקול הדיון בהצעת חוק התקשורת"):
29 "הי"ר ארדן: אבל החוק לא חל אם אני כרגע גולש ב-YNET, ויש הודעה מתפרצת.
30 עו"ד גרון: על באנרים וכאלה זה לא חל."
31 (עמוד 48 לפרוטוקול הדיון בהצעת חוק התקשורת).



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1862-11-12 טויסטר נ' Google Inc. ואח'

1 זאת ועוד, לשיטתם יש מקום לאבחן בין פרסומות הנשלחות לרשות היחיד של הגולש, אל
2 ה"מתחם האלקטרוני הפרטי של הפרט", לבין פרסומת בהן נתקל הגולש שעה שהוא משוטט
3 ב"מרחב האלקטרוני הציבורי ולא הפרטי" (פסקאות 82 – 84 לתשובת המשיבות). ההסדר
4 בעניין דואר זבל מיועד להתמודד רק עם פרסומות מהסוג הראשון (דהיינו כאלו הנשלחות
5 ל"מתחם האלקטרוני הפרטי"), ואין להחילו ביחס לפרסומות מהסוג השני (דהיינו פרסומות
6 המופיעות ב"מרחב האלקטרוני הציבורי").

7 15. בא הכוח המייצג אינו מקבל את ההבחנה המוצעת בין "מתחם אלקטרוני פרטי" לבין "מרחב
8 אלקטרוני ציבורי". לדבריו, לאבחנה זו אין כל בסיס לא בפסיקה ולא בספרות המשפטית,
9 ובוודאי שלא בהסדר לעניין דואר זבל. אדם הגולש במחשב הפרטי שלו ברשת האינטרנט פועל
10 ברשות הפרט, וממילא כל פרסומת הנשלחת למחשבו באחת מארבע הדרכים שקבע המחוקק
11 היא בגדר דואר זבל. ודוק, בא הכוח המייצג מסכים כי פרסומת המוצבת באתר תוכן איננה
12 מהווה, כשלעצמה, דואר זבל. ואולם, לטענתו, הדבר נובע מכך שלפרסומת שכזו אין נמען, אלא
13 היא מוצגת לכולי עלמא, ולא בשל כך שהגלישה באתר התוכן היא פעולה המבוצעת במרחב
14 אלקטרוני ציבורי. מכאן שפרסומת הנשלחת לקבוצה מוגדרת של נמענים (אלו המופיעים
15 ב"רשימת הלקוחות" שנוצרה באמצעות תוכנת ה- Remarketing) נכנסת לגדר "הודעה
16 אלקטרונית", וכפופה להסדר בעניין דואר זבל.

17 דין והכרעה

18 16. המקרה שלפני מלמד, פעם נוספת, על הקושי הקיים בהסדרה משפטית של מציאות טכנולוגית
19 המשתנה במהירות הולכת וגוברת. בדנ"א 6407/01 ערוצי זהב ושות' נ' TELE EVENT Ltd.,
20 פ"ד נח(6) 6, 22 (2004) הלין השופט מישאל חשין על כך שבית המשפט נדרש להתמודד עם
21 המציאות הטכנולוגית של ראשית המאה ה- 21 באמצעות הסדרי חקיקה שנוצרו בתחילת
22 המאה ה- 20:

23 "משימה לא-קלה הונחה לפיתחנו: הוטל עלינו ליטול לידינו את חוק
24 הקופירייט האנגלי - חוק שנחקק בשנת 1911, לפני כמעט מאה שנים - ולחפור
25 בו למציאת פיתרון לסוגיה שנטוטה בימינו, ימי הטלוויזיה והטלוויזיה
26 בכבלים, ימי הלוויין, המחשב והאינטרנט. נותנים בידינו כלי-מלאכה שהיו
27 בשימוש (מועיל) בעידן רחוק, לפני כמאה שנים - כלי-חוק שנוצרו שנים רבות
28 לפני היות הטלוויזיה ושנים רבות מאוד לפני היות הלוויין והמחשב - ומבקשים
29 מאיתנו לפתור בהם בעיות שיוצרי הכלים אף לא חלמו עליהן. על דרך ההפלגה
30 ניתן לומר, כי הנה זה נתנו בידי של רופא מנתח כלי-ניתוח שהיו בשימוש לפני
31 מאה שנים, ומבקשים אנו אותן לבצע ניתוח הנערך בימינו באמצעות משקפי-
32 מיקרוסקופ."



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1862-11-12 טויסטר נ' Google Inc. ואח'

- 1 והנה, במקרה שלפני, מתעוררת שאלה שנוצרה במציאות של אמצע העשור הנוכחי, אשר הכלים
2 המשפטיים שנוצרו בשלהי העשור הקודם להסדרתה נראים מיושנים, ובלתי מתאימים לטפל
3 בה. אכן, כדברי המשורר, "העגלה נוסעת אין עצור/ קפצת ממנה היום/
4 חלפו שעתיים/ והנה נשארת מאחור" (מאיר אריאל, "נשל הנחש").
- 5 17. מהי "הודעה אלקטרונית"? המחוקק ביקש להשיב על עניין זה באמצעות הגדרה פשוטה,
6 הכוללת ארבעה יסודות מצטברים. ואולם, המציאות הטכנולוגית של היום הופכת כמעט כל
7 פרסומת המוצגת על מסך המחשב או צג הטלפון הנייד של כל אחד מאתנו ל"הודעה
8 אלקטרונית", אם נפרש את יסודות ההגדרה כפשוטם. טלו, למשל, מודעת פרסומת המופיעה על
9 מסך המחשב או צג הטלפון הנייד בטרם מתאפשרת הכניסה לאתר אינטרנט מסוים (למשל,
10 YNET). מודעה כזו היא מסר בזק מקודד, המועבר באמצעות רשת האינטרנט לנמען מסוים
11 (משתמש המעוניין להיכנס לאתר המדובר) והיא ניתנת לשמירה על המחשב או מכשיר הטלפון
12 הנייד (וזאת באמצעות לחיצת כפתור המאפשרת למשתמש לצלם את המסך או הצג, לשמור את
13 התמונה בזיכרון ולאחזר אותה במועד מאוחר יותר). האם הדין הישראלי דרוש קבלת הסכמה
14 מפורשת בכתב מראש למשלוח דבר פרסומת בדרך זו? ניתן לומר כי התשובה על כך חיובית,
15 ואולם אם יקבע כך, הדבר עלול להביא לקריסתם של חלק משמעותי מהמודלים העסקיים
16 הקיימים כיום באינטרנט, המבוססים על הכנסות מפרסום מסוג זה (או לחילופין להפיכת
17 ההסדר בעניין דואר זבל, או דרישת ההסכמה שבו, לפלסטר). מטעם זה הזדו ע"ד גירון
18 להרגיע את חה"כ ארדן כי החוק אינו חל "על באנרים וכאלה", ואף בא הכוח המייצג במקרה
19 שלפני, מיהר להבהיר כי אין הוא סבור שפרשנותו לחוק התקשורת מחייבת לראות בכל מודעת
20 פרסומת המוצגת באתר תוכן משום "הודעה אלקטרונית" הכפופה להסדר בעניין דואר זבל.
21 איש מאתנו אינו מעוניין "לשפוך את המים עם התינוק", במיוחד לא כשהתינוק הוא כבר היום
22 "ילד הזהב" של הכלכלה הישראלית והעולמית.
- 23 18. מקובל עלינו, אם כך, שאת ההגדרה שנתן המחוקק למונח "הודעה אלקטרונית" אין לפרש
24 כפשוטה. ואולם כיצד עלינו לפרשה? תשובתו הכמעט אינסטינקטיבית של משפטן ישראלי
25 מודרני לשאלה זו היא "לפי תכלית החוק". ואולם, כיצד נעשה כן במקרה שלפני? תכלית
26 ההסדר בעניין דואר זבל הייתה למנוע "פגיעה בפרטיותו של המשתמש ברשת והטרדתו", והרי
27 ניתן לטעון כי כל דבר פרסומת המופיע על מסך המחשב או צג הטלפון הנייד מטריד את
28 המשתמש (מי ממשתמשי הרשת לא היה מעוניין לגלוש ברחבי האינטרנט ללא פרסומות?).
29 התשובה לכך היא שתכלית החוק לא הייתה להגן על משתמשי האינטרנט מפני כל דבר פרסומת,
30 אלא רק לחסוך מהם את הטרדה הכרוכה בטיפול בדבר פרסומת הנשלח באחת מארבע הדרכים
31 הקבועות בחוק. מכאן, שעל מנת לפרש את החוק לפי תכליתו עלינו לבחון מהם המאפיינים של
32 הדרכים הפסולות שקבע המחוקק,

33



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1862-11-12 טויסטר נ' Google Inc. ואח'

19. פרשנויות הצדדים למונח "הודעה אלקטרונית" מבקשות לצמצמו בדרך זו או אחרת.
- 1 פרשנות בא הכוח המייצג מנסה לצמצם את המונח באמצעות יצירת אבחנה בין מסרים
2 הנשלחים ברשת האינטרנט באופן אקראי (דהיינו, למשתמש מזדמן), לבין מסרים הנשלחים
3 באופן מושכל (דהיינו, למשתמש מאופייין). הצעה זו מפרשת בצמצום את רכיב ג' בהגדרת המונח
4 "דואר אלקטרוני" – "אל נמען או קבוצה של נמענים" – וגורסת כי היא מתייחסת רק לנמען
5 מסוים או קבוצה מסוימת של נמענים (להבדיל מנמען אקראי). ואולם, כפי שצינו באי כוח
6 המשיבות, מפרסמים רבים באינטרנט מכוונים את המודעות שלהם למשתמשי רשת בעלי
7 מאפיין מסוים. כך, למשל, אתרי תוכן עשויים להציג פרסומת שונה למשתמש מישראל,
8 ולמשתמש מאנגליה. האם די בעובדה זו כדי להפוך את הפרסומת ל"הודעה אלקטרונית", אשר
9 שליחתה מצריכה קבלת הסכמת המשתמש? זאת ועוד, כלל לא ברור כי ההטרדה ממסר אשר
10 נשלח לגולש ברשת באופן אקראי חמורה פחות מההטרדה ממסר הנשלח אליו באופן מושכל.
11 כך, למשל, נניח כי מפרסם מסוים שולח הודעות פרסומת לתיבות הדואר האלקטרוני של
12 משתמשים אקראיים, באמצעות תוכנה המנסה ליצור צירופי אותיות של כתובות דואר. האם
13 הודעות פרסום אלו אינן מטרידות את בעלי תיבות הדואר האלקטרוני? האם לא נראה בהן
14 "הודעה אלקטרונית" לעניין ההסדר בעניין דואר זבל? סבורני שהתשובה השלילית על שאלות
15 אלו מתבקשות. אם כך הרי שיש לדחות את הטענה כי האבחנה בין דבר פרסומת שנשלח
16 למשתמש אקראי, לדבר פרסומת שנשלח למשתמש באופן מושכל רלוואנטית לעניין ההגדרה של
17 "הודעה אלקטרונית" בהסדר בעניין דואר זבל.
- 19 פרשנות באי כוח המשיבות מבקשת אף היא לצמצם את לשון החוק, וזאת באמצעות קריאת
20 תנאי נוסף לתוך ההגדרה שקבע המחוקק. לשיטתם על מנת שמשלוח דבר פרסומת יהיה
21 "הודעה אלקטרונית" עליה להיות מועברת לרשות היחיד של המשתמש (בלשונם), "המתחם
22 האלקטרוני הפרטי", ואין להחיל ביחס לפרסומות המוצגות ברשות הרבים (בלשונם), ב"מרחב
23 האלקטרוני הציבורי". זוהי הצעה יצירתית מאד, הסובלת משלושה חסרונות בולטים: ראשית,
24 לא ניתן למצוא לה עיגון לשוני בהגדרה שקבע המחוקק למונח "הודעה אלקטרונית"; שנית,
25 היא מעוררת שאלה עקרונית מרתקת, שטרם נבחנה למיטב ידיעתי בפסיקה (ואף אינני מכיר
26 דיון בה בספרות המשפטית) - האם יש להעתיק את האבחנה המשפטית בין "רשות הרבים" ל-
27 "רשות היחיד", הרלוואנטית לעניינים מסוימים בעולם הממשי (ראו, למשל, סעיף 32) לחוק
28 הגנת הפרטיות, התשמ"א - 1981 וסעיף 18) לחוק האזנת סתר, תשל"ט - 1979) גם לעולם
29 הווירטואלי; שלישית, ספק אם ההבחנה האמורה, גם אם תיושם בעולם הווירטואלי,
30 רלוואנטית כאשר מדובר בהסדר שעניינו דואר זבל (והשוו *Facebook, Inc. v. Maxbounty*,
31 *Inc., Case no. CV-10-4712-JF (ND CA, 2011)* בו נקבע כי יש להחיל את ההסדר
32 האמריקאי המקביל להסדר בעניין דואר זבל גם על פרסומות שנשלחו באמצעות יצירת דפי
33 פייסבוק, שאליהם נכנסו משתמשי פייסבוק).



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1862-11-12 טויסטר נ' Google Inc. ואח'

20. העמדה, המשתקפת בטיעוני שני הצדדים, לפיה ראוי לפרש בצמצום את ההגדרה של המונח "הודעה אלקטרונית", כך שלא תחול על כל דבר פרסומת המוצג באתר תוכן, מקובלת גם עלי. לכך שני טעמים: הראשון, אשר כבר נזכר לעיל, הוא הטעם הפרקטי לפיו פרשנות שכזו עלולה "לשפוך את המים עם התינוק", במובן זה שתפגע במודלים עסקיים מקובלים, הרצויים לציבור משתמשי הרשת, או, לחילופין, שתהפוך את הוראות ההסדר בעניין דואר זבל לפלסטר; השני, הוא הזהירות הרבה בה מחויבים בתי המשפט בבואם לעצב כללים משפטיים העשויים להשפיע על כיוון התפתחותה של רשת האינטרנט. אין אנו מצוידים ביכולות ובניסיון המאפשרים לנו לחזות את כיווני ההתפתחות של העולם הווירטואלי, ובמידה רבה אנו משולים לאדם הפוסע בחשכה כמעט מוחלטת על גבי אדמה בלתי נודעת. במצב דברים זה, מוטב לנו להיזהר מקביעה נמהרת של מגבלות משפטיות - מגבלות העלולות לכבול שלא לצורך את התפתחותם של היצירתיות והדמיון האנושיים.

21. מהי, אם כן, הדרך הראויה לפרש בצמצום את המונח "הודעה אלקטרונית"? לצורך מתן מענה על שאלה זו סבורני שעלינו לפנות לגרעין המושג, כפי שהוא נתפס בציבור הישראלי (ואם מדובר במונח מקצועי, כפי שהוא מובן על ידי קבוצת העוסקים בתחום), ולנסות ללמוד ממנה על הדרך הראויה לפירוש הגדרת המחוקק (האבחנה שבין מקרים הנופלים ל"גרעין" (core) ההגדרה של מושג, לבין מקרים הנופלים ל"שוליים" (penumbra) מבוססת כמובן על משנתו של H.L.A. Hart). המקרה הגרעיני אליו אנו מכוונים בשעת השימוש במונח "דואר אלקטרוני" הוא לתיאור מסרים המוחלפים באמצעות רשת האינטרנט, והנשלחים ומתקבלים באמצעות תוכנה המיועדת לקבלה, לשליחה ולניהול של מסרים מסוג זה על פי רצון המשתמש (להלן: "מערכת דואר אלקטרוני"). כשם שבעולם הממשי, המקרה הגרעיני שנופל תחת המשמעות המקובלת של "דבר דואר" מתייחס למסמך או חפץ אשר נשלח ומתקבל באמצעות מערכת המיועדת להעברה שיטתית של מסמכים וחפצים ממשיים ממקום אחד למקום אחר לפי רצון המשתמש, בעולם הווירטואלי, המונח "דואר אלקטרוני" מתייחס במקרה השגרתי למסרים אשר נשלחים ומתקבלים באמצעות מערכת הכוללת יכולות לקבלה, לשליחה ולניהול של מסרים (בין אם כתכונה יחידה ובין אם כאחת מתכונותיה). ודוק, בשונה מהעולם הממשי, בעולם הווירטואלי מערכת ה"דואר" אינה עוסקת רק בהעברתו של "דבר הדואר" ממקום אחד לשני, אלא גם בניהולו אצל המשתמש לפי העדפותיו (ובכלל זה מתן אפשרות למשתמש לסווג, לשמור ולאחזר את המידע כרצונו).

22. מהו הטעם לאיסור על העברת פרסומות המיועדות דווקא למערכת דואר אלקטרוני? הודעת פרסומת הנשלחת באמצעות מערכת דואר אלקטרוני מטילה על המשתמש עלות מיוחדת, מאחר שהיא לא רק חושפת את המשתמש לפרסומת בניגוד לרצונו (ובכך אינה שונה מכל דבר פרסומת הנשלח אליו שלא על פי בקשתו), אלא שבנוסף היא מטילה על המשתמש את העלות של טיפול



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1862-11-12 טויסטר נ' Google Inc. ואח'

1 בדבר הפרסומת כחלק מניהול מערכת הדואר האלקטרוני שלו. על כן, בשונה מפרסומת בה
2 נתקל משתמש באתר תוכן, אשר נעלמת מעולמו מיד כשהוא עוזב את האתר או גלש לדף אחר,
3 פרסומת הנשלחת למערכת דואר אלקטרוני מטילה על המשתמש את הנטל לקבל החלטה מה
4 יעשה בה (כשברירת המחדל היא שתשמר במערכת הדואר האלקטרוני שלו יחד עם מסרים שיש
5 להם חשיבות מבחינתו). מניעת הכבדה נוספת זו היא שמצדיקה, מבחינת תכלית ההסדר בעניין
6 דואר זבל, את האיסור על העברת פרסומת באמצעות דואר אלקטרוני ללא קבלת הסכמת
7 המשתמש.

8 23. עיגון לכך שהגדרת **"דואר אלקטרוני"** כוללת בחובה את שליחתו וקבלתו באמצעות מערכת
9 דואר אלקטרוני, ניתן למצוא ברכיב הרביעי של הגדרת **"דואר אלקטרוני"** – **"ניתן לשמירה
10 ולאחזור בדרך ממוחשבת"**. אכן, מבחינת ההיסטוריה החקיקתית נראה שתנאי זה הוסף על ידי
11 הנסח מטעמים אחרים (ראו עמוד 48 לפרוטוקול הדיון בהצעת חוק התקשורת, ממנו עולה כי
12 הדרישה הוספה על ידי נסח החוק משיקולים ראייתיים, וזאת בעקבות הדרישות המופיעות
13 בהגדרת **"מסמך אלקטרוני"** בסעיף 2 להצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ח - 2008). ואולם,
14 ההיסטוריה החקיקתית שהביאה לניסוח החוק בדרך זו או אחרת איננה מהווה שיקול מכריע
15 בהליך הפרשנות (השוו בג"צ 142/89 **עוף העמק, אגודה שיתפוית רשומה נ' המועצה המקומית
16 רמת-ישי, פ"ד מ(1) 113, 143 – 144 (1986)**). לפיכך סבורני שניתן לקרוא תנאי זה כמציב דרישה
17 לכך שידובר בדבר פרסומת אשר נשלח, התקבל ונשמר באמצעות מערכת דואר אלקטרוני. ודוק,
18 כמובהר לעיל כמעט כל מסר המופיע על מסך המחשב או צג הטלפון הנייד ניתן לשמירה
19 אלקטרונית, ואולם רק בחלק מהמקרים המסר הועבר למערכת דואר אלקטרוני, דהיינו
20 באמצעות תוכנה המיועדת לקבלה, לשליחה ולניהול של מסרים מסוג זה על פי רצון המשתמש.

21 24. יישום הפרשנות שהוצגה לעיל על המקרה שלפני מלמד כי לא ניתן לראות בפעולותיה של גוגל
22 במסגרת שירות ה- Remarketing משום שיגור **"דואר אלקטרוני"**. מודעות הפרסומת שגוגל
23 מציבה באתרי התוכן השונים אינן מועברות לגולש באמצעות תוכנה המיועדת לקבלה, לשליחה
24 ולניהול של מסרים מסוג זה על פי רצון המשתמש. כתוצאה מכך אין הפרסומות הללו מטילות
25 על המשתמש את הנטל לטפל בהן לאחר שיעזב את אתר התוכן אליו גלש – הן נעלמות מעולמו
26 באופן אוטומטי, וללא שהמשתמש נדרש לעשות פעולה מצדו על מנת שלא יתקל בהן בעתיד
27 במערכת הדואר האלקטרוני בה הוא משתמש. מכאן ששירות ה- Remarketing איננו מביא
28 ליצירת ההכבדה שההסדר בעניין דואר זבל ביקש למנוע. ממילא אין הצעת שירות זה בגדר
29 הפרה של הוראות חוק התקשורת.

30

31



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1862-11-12 טויסטר נ' Google Inc. ואח'

1

סוף דבר

2 25. לאור האמור לעיל, אינני סבור כי לעמדה המשפטית שמציג המבקש, לפיה שרות ה-
3 Remarketing של גוגל מהווה הפרה של הוראות הדין בעניין דואר זבל יש סיכוי של ממש
4 להתקבל. מטעם זה אין הבקשה עומדת בדרישות סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, ודינה
5 להידחות.

6 26. בשים לב לחדשנותה של הסוגיה שתובענה זו מעלה, אינני עושה צו להוצאות.

7 27. המזכירות תעביר עותק של החלטה זו למנהל בתי המשפט על מנת שיעדכן את פנקס
8 התובענות הייצוגיות.

9 ניתן היום, כ"ג אלול תשע"ד, 18 ספטמבר 2014, בהעדר הצדדים.

10

11

12

פרופ' עופר גרוסקופף, שופט

13

14

15

16