



בית משפט לתביעות קטנות בירושלים

ת"ק 16-09-31746 כהן נ' חברת "הוט"

תיק חיצוני:

בפני כבוד הרשמת בכירה אפרת רחלי מאירי מרקוביץ

צפורה כהן

תובעים

נגד

חברת "הוט"

נתבעים

פסק דין

1

2 1. מונחת לפניי תביעה על סך של 28,000 ש"ח שעילתה פיצוי ללא הוכחת נזק בגין משלוח 28
3 דברי פרסומת לתיבת הדואר האלקטרוני של התובעת במהלך חודשים אוגוסט-ספטמבר
4 2016. אשר על כן, טוענת התובעת, יש לחייב את התובעת בעבור משלוח של דברי פרסומת
5 בניגוד לסעיף 30 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב - 1982 (המכונה "חוק
6 הספאם". להלן: "חוק התקשורת").

7

8

העובדות הצריכות לעניין

9 2. הנתבעת, חברת הוט, חברה בעלת רשיון כללי לשידורי טלוויזיה בכבלים בהתאם לחוק
10 התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב - 1982, שלחה לטענת התובעת דברי פרסומת לתיבת
11 הדוא"ל שלה המשמש אותה לצורכי עבודתה, כאשר אלה כללו מסר המופץ באופן מסחרי
12 שמטרתו לעודד אותה לרכוש מוצר או שירות והוצאות כספים. היא מעולם לא מסרה לנתבעת
13 את כתובת הדוא"ל שלה ולא נתנה הסכמה מפורשת למשלוח הפרסומות.
14 3. הנתבעת מנגד, מבקשת לדחות את התביעה. הודעות הספאם שנשלחו לתובעת אינן מהוות
15 הודעות האסורות לפי חוק הספאם אלא פרסומות (באנר) המובנה בתיבת הדואר האלקטרוני
16 של התובעת ומוצג בדמות הודעת דואר, תחת סימון "פרסומת" ו/או מודעה ועל כן לא קמה
17 לתובעת כל עילת תביעה כנגד הנתבעת. המודעות הללו מובנות בתוך הדואר האלקטרוני של
18 המשתמש בשירותים של חברת גוגל. הן אינן דיוור של הנתבעת. אלו הן מודעות פרסום
19 שמוצגות אך ורק תת תיקיית promotion/קידומי מכירות בגימייל של התובעת והכניסה
20 לתיקייה זו נעשית באופן יזום על ידי המשתמש. ליד כל מודעה כתוב את המילה AD/
21 מודעה/פרסומת. המודעות הן כלי פרסום של גוגל שנקרא GSP - Gmail Sponsored
22 Promotion. בכל מודעה שצורפה, כתובת המייל איננה של הנתבעת אלא של גוגל - mail-



בית משפט לתביעות קטנות בירושלים

ת"ק 16-09-31746 כהן נ' חברת "הוט"

תיק חיצוני:

1 noreply@google.com. הנתבעת לא שלחה לתובעת מיילים. הופעת הבאנרים תלויה
2 בהגדרות הגימייל של התובעת ועל כן אין הנתבעת אחראית על כך. לנתבעת אין את
3 האפשרות הטכנית להוציא את כתובות המייל מהאפשרות לצפות בבאנרים. אופציה זו תלויה
4 אך ורק בתובעת עצמה ולכן אין עילת תביעה נגדה. יתר על כן: מבדיקה במערכות הנתבעת,
5 כתובת הדואר האלקטרוני של התובעת כלל אינה נמצאת ברשומות הנתבעת ומשכך לא יכלה
6 לשלוח בעצמה הודעות לכתובת המייל של התובעת. בהתאם להסכם השירות של גוגל,
7 לקוחות גוגל מאשרים קבלת פרסומות. הפרסומות הן בעיקר בהתאם לאיסוף המידע שאסף
8 גוגל על הלקוח. בעניין זה הדגישה הנתבעת, כי רכיב הפרסומות באתרי האינטרנט השונים
9 הוא פונקציה מאוד חשובה אשר למעשה מאפשרת לאתרים הללו להתקיים. כוונת המחוקק
10 בחוק התקשורת לא הייתה להטיל סנקציות על אתרי אינטרנט או ערוצי טלוויזיה או
11 אפליקציות שמתקיימות מפרסומות.

דיון

12
13
14 4. מטרת סעיף 30א (י) (3) לחוק התקשורת היא לעקור תופעה של שיגור מסרונים ללא הסכמת
15 הנמענים שאינה אלא בגדר הטרדה, וזו מכונה "דואר זבל". הספאם מהווה מטרד ציבורי
16 והמחוקק ביקש למגר את התופעה באמצעות הטלת אחריות מלאה על מפרסם בדמות פיצוי
17 לדוגמה שאיננו דורש הוכחת נזק. הכלל שאימץ המחוקק הוא אפוא מודל opt in ולא opt
18 out. אמור מעתה; חל איסור על משלוח דבר פרסומת בשיווק ישיר אלא אם כן נתקבלה
19 מראש הסכמת הנמען. זאת, למעט במצב בו חלה התקשורת קודמת בין המפרסם לצרכן, או
20 אז האחריות מועברת לצרכן לבקש להסיר עצמו מרשימת התפוצה (וראו לעניין זה דברי
21 ההסבר להצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 40), התשס"ח-2008 ס"ח 518;
22 רע"א 3545/14 גלסברג נ' קלאב רמון בע"מ (27.7.2014). להלן: "גלסברג"; רע"א 1954/14
23 חזני נ' הנגבי (סיתונית מועדון דאיה ורחיפה במצנחים) (4.8.2014). להלן: "חזני").

24
25 5. סעיף 30א(ב) לחוק התקשורת קובע בזו הלשון:
26 "... (ב) לא ישגר מפרסם דבר פרסומת באמצעות פקסימיליה, מערכת חיוג
27 אוטומטי, הודעה אלקטרונית או הודעת מסר קצר, בלא קבלת הסכמה מפורשת
28 מראש של הנמען, בכתב, לרבות בהודעה אלקטרונית או בשיחה מוקלטת; פנייה
29 חד-פעמית מטעם מפרסם לנמען שהוא בית עסק, באחת הדרכים האמורות בסעיף
30 קטן זה, המהווה הצעה להסכים לקבל דברי פרסומת מטעמו, לא תיחשב הפרה של
31 הוראות סעיף זה".



בית משפט לתביעות קטנות בירושלים

ת"ק 16-09-31746 כהן נ' חברת "הוט"

תיק חיצוני:

- 1 בסעיף זה, "דבר פרסומת" מוגדר כ"מסר המופץ באופן מסחרי, שמטרתו לעודד רכישת מוצר
2 או שירות או לעודד הוצאת כספים בדרך אחרת". לעניין זה, ייחשב בין היתר "מפרסם" -
3 "מי שתוכנו של דבר הפרסומת עשוי לפרסם את עסקיו או לקדם את מטרותיו, או מי
4 שמשווק את נושא דבר הפרסומת בעבור אחר".
- 5 6. ודוק; חזקה על מפרסם ששיגר דבר פרסומת בניגוד להוראות סעיף 30א שעשה כך ביודעין.
6 הנטל להוכיח כי הדבר נעשה שלא ביודעין, מוטל על המפרסם. מקום בו ניתנה הודעת סירוב
7 למפרסם - טענה לפיה לא עשה זאת ביודעין לא תעמוד לו. כך, גם מקום בו שיגר המפרסם
8 בעבר דבר פרסומת לנמען, לא יוכל הוא לטעון להגנתו כי לא עשה זאת ביודעין, אפילו תמצי
9 לומר כי בעבר דבר הפרסומת נשלח שלא ביודעין. עוד קובע הסעיף, כי דבר פרסומת ששוגר
10 לנמען לפי רשימה של מענים או מספרי טלפון לא יהווה הגנה למפרסם (ראו והשוו לפסק דיני
11 ת"ק 16-06-30270 איתי בן חיים נ' החברה לפיתוח גני תקווה (24.8.2016)).
12
- 13 7. גם הגברת החשיפה למותג כאשר יישומה של ההמלצה אינו כרוך באופן ישיר בהוצאת כספים
14 תיחשב דבר פרסומת (ראו ת"ק 14-10-21384 לוי נ' קרדן רכב בע"מ (24.9.2015)), ולשאלה
15 אם מדובר בעידוד ישיר ומפורש להוצאת כספים או בעידוד עקיף עשויה להיות חשיבות
16 כשיקול אך לעניין שיעור הפיצוי (תק 16-01-54963 רונן לוי נ' 012 סמייל טלקום בע"מ
17 (5.9.2016)). כך, גם הצעת מתנות או שירותים חנימיים על ידי בית העסק יכולה להיחשב כדבר
18 פרסומת (ראו עניין בן חיים, רונן לוי ולוי דלעיל). אמור מעתה; הפסיקה הרחיבה את
19 משמעות המונח "פרסומת" לפי חוק התקשורת האסור לשיגור ללא הסכמת הנמען, כאשר
20 הדגש אינו בעצם הפרסום אלא באי מתן ההסכמה לקבלתו.
21
- 22 8. על מנת לקבוע האם הנתבעת הפרה את סעיף 30א לחוק התקשורת, יש לענות על שתי שאלות.
23 האחת, האם ניתן לראות בבאנר כדבר פרסומת האסור בפרסום לפי חוק התקשורת. האחרת,
24 האם שיווקה של הנתבעת על ידי חברת גוגל ללא שליטה מצידה, קושר אותה לעוולה בדבר
25 הפרת הוראה חקוקה בדמות איסור משלוח דבר פרסומת.
26
- 27 9. אין חולק כי הנתבעת התקשרה עם חברת גוגל העולמית בכדי לפרסם את שירותיה באמצעות
28 השירותים שזו מציעה. אין חולק כי כאשר פתחה התובעת תיבת דוא"ל בחברת גוגל היא
29 נדרשה ליתן הסכמתה לתנאים והגבלות של חשבון הדואר האלקטרוני לרבות קבלת
30 פרסומות, אם כי אין סיווג לסוג מסוים של הודעות אלא הסכמה כללית. אולם כאן השאלה
31 היא האם היריבה הנכונה היא חברת גוגל שעושה שירות כצד ג' עבור הנתבעת בכך שביקשה
32 הסכמה כללית ולא הסכמה לקבלת פרסומות מהסוג של הנתבעת. על מנת לדון בשאלה זו,
33 יש להידרש תחילה לשאלה האם הבאנר מהווה "דבר פרסומת".



בית משפט לתביעות קטנות בירושלים

ת"ק 16-09-31746 כהן נ' חברת "הוט"

תיק חיצוני:

- 1
- 2 10. סעיף 30א לחוק התקשורת מונה את דרך הפרסום האסורה על פיו לצורך תחולתו –
- 3 **"באמצעות פקסימיליה, מערכת חיוג אוטומטי, הודעה אלקטרונית או הודעת מסר קצר...**
- 4 **בכתב, לרבות בהודעה אלקטרונית או בשיחה מוקלטת".**
- 5
- 6 **"הודעה אלקטרונית" לפי סעיף 30א (ב) לחוק התקשורת מוגדרת באופן הבא – "מסר בזק**
- 7 **מקודד המועבר ברשת האינטרנט אל נמען או קבוצה של נמענים, וניתן לשמירה ולאחזור**
- 8 **בדרך ממוחשבת".** לטענת הנתבעת, שמירת הפרסומת אפשרית במקרה דנן רק על ידי שליחת
- 9 הפרסומת לתיבת הדוא"ל הנכנסת. לולא כן, היא לא תישמר. על כן, על מנת לפתוח את
- 10 ההודעה ולשמרה, על התובעת לפעול באופן יזום ואקטיבי להעביר את ההודעה לתיבת הדואר
- 11 הנכנס שלה. זהו משמעותו של הבאנר. התובעת הסבירה כי נאלצה, הלכה למעשה, באופן
- 12 אקטיבי לשמור את הפרסומת באמצעות שליחתה לתוך תיבת המייל כד להוכיח. לולא כן,
- 13 אין ביכולתה להוכיח כי נשלח אליה דבר פרסומת. ההודעה אינה נמצאת בתיבת הדואר
- 14 הנכנס אלא מחוצה לו, אולם נחזית לעין עם פתיחת תיבת המייל.
- 15
- 16 11. דומה כי משלוח הבאנרים לתיבת הדואר האלקטרוני אינו אלא פיקציה ודרך להתיר משלוח
- 17 הודעות באותו אופן ולאותה מטרה אולם בדרך העוקפת את הוראות החוק, עת היא זרה לרוח
- 18 החוק ותכליתו, ורוח חכמים אינה נוחה הימנו, אפילו יאמר כי בדין מותר להיעשותם.
- 19
- 20 הלכה היא כי החוק בא להתמודד עם תופעת דואר הזבל, שהוא הפצה המונית של הודעות
- 21 פרסומת בלתי רצויות באמצעות רשתות תקשורת (ראו לעניין זה רע"א 1954/14 חזני נ' הנגבי
- 22 דלעיל וכן רע"א 2904/14 גלסברג נ' קלאב רמון בע"מ דלעיל). רוצה לומר, אפילו ואין
- 23 הפרסומת תופסת נפח בתיבת המיילים והיא מופרדת בבירור ומכותרת כפרסומת וזו נעלמת
- 24 לאחר זמן קצר, הרי שאין מדובר בשליחת הודעה בודדת אלא בהפצה מסחרית אף ללא יכולת
- 25 של המקבל לצאת מרשימת התפוצה אלא להמתין כי הבאנר יואיל בטובו להיעלם מעצמו.
- 26 הבאנר אינו אלא הודעה בדף אתר האינטרנט המשמשת לפרסום ותוכן ההודעות שצורפו
- 27 עניין פרסום מובהק של תכני הנתבעת ועידוד לקבלת שירות חנימי שסופו בהיקשרות
- 28 בתשלום עם הנתבעת גופה. מטרתה של ההודעה הוא ברור באופן שאינו משתמע לשני פנים –
- 29 למשוך את הנחשף להודעה אל המפרסם, היינו אל הנתבעת. עצם המיקום של הבאנר תחת
- 30 תיקיית "קידומי מכירות" בנפרד ולא תחת תיקיית ה"ספאם" או תיקיית "דואר נכנס" אין
- 31 בה כדי להפחית ממשמעותה כפרסומת. ההיפך הוא הנכון, היא אינה מופיעה בתיק חבוי שיש
- 32 להיכנס אליו כתיקיית הספאם אלא היא בולטת מעל ההודעות הנכנסות לתיקיית דואר נכנס.



בית משפט לתביעות קטנות בירושלים

ת"ק 16-09-31746 כהן נ' חברת "הוט"

תיק חיצוני:

- 1 הגם שיכולתו של המקבל שלא להיכנס להודעה, ועל מנת להפיקה כפלט עליו להעביר אותה
2 באופן אקטיבי לתיקיית דואר נכנס, הרי שאין בזאת אלא ניסיון לעקוף את החוק בבחינת
3 "מעוול ברשות התורה" – שכן, אין אפשרות גם באותה מידה למחוק את ההודעה והמקבל
4 נותר שבוי תחת פרסומת אותה הוא לא מבקש לקבל, אפילו ולא נכנס לתוכנה, הוא נחשף
5 לכותרתה ובזאת מבקש המפרסם למשוך את עינו של המקבל למותג של הפרסום בין אם על
6 מנת לגרום לו להיכנס אליה ובין אם אך לצורך "שימורה" בתיקיית התת-מודע במוחו.
7
- 8 12. ודוק; אין המדובר בבאנר שקופץ עת נעשה שימוש באתרי אינטרנט שונים שהם המרחב
9 הציבורי לכל משתמש בשירותיו, אלא הוא מופיע חזותית כהודעה, כשזו פולשת למרחב
10 הפרטי של המקבל בדמות תיבת הדואר האישית שלו. זאת, כאשר אין חולק שהנתבעת
11 מקבלת גמול מהפרסומים ולשם כך נקשרה עם חברה צד ג' המפרסמת אותה.
12 עסקינן בשיטת פרסום שבה מסרים פרסומיים משולבים בתיבת הדואר של המשתמש,
13 תמורת תשלום ויש בה החדרה מכוונת של מותגים אל תוך התוכן המערכת. המטרה הסמויה
14 היא להשפיע על המקבל לרכוש את המוצר ולמצער לפתח העדפה לא מודעת למוצר. שם
15 המוצר מוקרן למשך זמן קצר והוא ייקלט בתת המודע של הצופה. זוהי מטרת הפרסומת
16 החוסה בצילו של החוק, אפילו אם היא אפילו היא צולחת את מבחני החוק בכל הנוגע
17 להכשרתה "למראית עין" – תרתי משמע.
18
- 19 13. טענה כי לבנארים מוקצה מקום משלהם המיועד להם אין בה להפחית מתחושת הטרדה.
20 העובדה כי בסופו של יום דבר הפרסום אינו נשמר ונעלם לאחר תקופה (התובעת בפעולה
21 מכוונת פתחה את דבר הפרסומת והעבירה אותו לתיבת דואר הנכנס שלה תוך לחיצה על
22 כפתור "שמור בתיבת הדואר הנכנס" כאשר הפרסומת נשמרת בתיבת הדואר מקבלת תצורה
23 של פרסומת כאילו מדובר במייל שנשלח מ-mail-noreply@google.com - אין בה אלא
24 להכשיר את הפעולה תחת חסות החוק כשהמטרה היא זהה – שיגור דבר פרסומת המהווה
25 מסר המופץ באופן מסחרי שמטרתו לעודד רכישת מוצר או שירות או לעודד הוצאת כספים
26 בדרך אחרת, כאשר אלה מופצים בכמות מסחרית לרשימת תפוצה שיצר המפרסם, ללא
27 יכולת של הצד המקבל לשלוט על קבלת תוכן. משאלו נקלטו, הוא מוצא עצמו "שבוי" (ראו
28 והשוו לפסק דיני תק 16-08-39585 אופיר כהן נ' מכבי שירותי בריאות (10.3.2017).
29
- 30 14. לא נעלם מעיני פסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין יוסף טויסטר נ' גוגל (ת"צ 11-1862-
31 12 יוסף טויסטר נ' גוגל (18.9.2014). להלן: "עניין גוגל"), אליו מפנה הנתבעת, אולם דומני
32 כי אין הנדון דומה לראיה, כפי שיבואר. איני נכנסת לשיטת הפרסום המכונה Behavioral



בית משפט לתביעות קטנות בירושלים

ת"ק 16-09-31746 כהן נ' חברת "הוט"

תיק חיצוני:

1 Retageting ומשמעותה בכל הנוגע להצגת פרסומות התואמות לדפוסי התנהגותו של
2 המשתמש ברשת. ההנחה היא שאם הפרסומת תתבסס על פרופיל רב מידע של הגולש
3 שהצטבר במהלך גלישותיו באתרים שונים, הפרסומת תגדיל סיכויים לרכישות עסקיות.

4
5 עיקרו של תיקון 40 לחוק התקשורת הוא למנוע הפצת דברי פרסומת לא רצויים וזאת, בין
6 היתר, באמצעות "הודעה אלקטרונית". בעניין גוגל בית המשפט בחן את השאלה מהי "הודעה
7 אלקטרונית" ועל כך השיב:

8
9 "המחוקק ביקש להשיב על עניין זה באמצעות הגדרה פשוטה,
10 הכוללת ארבעה יסודות מצטברים. ואולם, המציאות הטכנולוגית
11 של היום הופכת כמעט כל פרסומת המוצגת על מסך המחשב או צג
12 הטלפון הנייד של כל אחד מאתנו ל"הודעה אלקטרונית", אם נפרש
13 את יסודות ההגדרה כפשוטם. טלו, למשל, מודעת פרסומת
14 המופיעה על מסך המחשב או צג הטלפון הנייד בטרם מתאפשרת
15 הכניסה לאתר אינטרנט מסוים (למשל, YNET). מודעה כזו היא
16 מסר בזק מקודד, המועבר באמצעות רשת האינטרנט לנמען מסוים
17 (משתמש המעוניין להיכנס לאתר המדובר) והיא ניתנת לשמירה על
18 המחשב או מכשיר הטלפון הנייד (וזאת באמצעות לחיצת כפתור
19 המאפשרת למשתמש לצלם את המסך או הצג, לשמור את התמונה
20 בזיכרון ולאחזר אותה במועד מאוחר יותר). האם הדין הישראלי
21 דרוש קבלת הסכמה מפורשת בכתב מראש למשלוח דבר פרסומת
22 בדרך זו? ניתן לומר כי התשובה על כך חיובית, ואולם אם יקבע כך,
23 הדבר עלול להביא לקריסתם של חלק משמעותי מהמודלים
24 העסקיים הקיימים כיום באינטרנט, המבוססים על הכנסות
25 מפרסום מסוג זה (או לחילופין להפיכת ההסדר בעניין דואר זבל, או
26 דרישת ההסכמה שבו, לפלסטר). מטעם זה הזדרז עו"ד גירון
27 להרגיע את חה"כ ארדן כי החוק אינו חל "על באנרים וכאלה", ואף
28 בא הכוח המייצג במקרה שלפני, מיהר להבהיר כי אין הוא סבור
29 שפרשנותו לחוק התקשורת מחייבת לראות בכל מודעת פרסומת
30 המוצגת באתר תוכן משום "הודעה אלקטרונית" הכפופה להסדר
31 בעניין דואר זבל. איש מאתנו אינו מעוניין "לשפוך את המים עם
32 התינוק", במיוחד לא כשהתינוק הוא כבר היום "ילד הזהב" של
33 הכלכלה הישראלית והעולמית" (שם, פסקה 17).

34
35 באותו מקרה המשיבות ביקשו לאבחן בין פרסומות הנשלחות לרשות היחיד של הגולש, אל
36 ה"מתחם האלקטרוני הפרטי של הפרט", לבין פרסומת בהן נתקל הגולש שעה שהוא משוטט
37 ב"מרחב האלקטרוני הציבורי ולא הפרטי". כך נטען, כי ההסדר בעניין דואר זבל מיועד
38 להתמודד רק עם פרסומות מהסוג הראשון (דהיינו כאלו הנשלחות ל"מתחם האלקטרוני
39 הפרטי"), ואין להחילו ביחס לפרסומות מהסוג השני (דהיינו פרסומות המופיעות ב"מרחב
40 האלקטרוני הציבורי"). באותו עניין יש לומר, הפרסומות נשלחו לגולשים תוך כדי שיטוט
41 באתרים שונים. בית המשפט השאיר שאלה זו בצ"ע.



בית משפט לתביעות קטנות בירושלים

ת"ק 16-09-31746 כהן נ' חברת "הוט"

תיק חיצוני:

15. בענייננו, סבורה אני כי לא ניתן לומר כי הבאנר איננו "הודעה אלקטרונית". הפרסומת המשוגרת על ידי גוגל באמצעות שירות הרמרקטינג הוא לטעמי בגדר הודעה אלקטרונית כמשמעותה בחוק. אין חולק כי מדובר במסר בזק מקודד, אין חולק כי המסר מועבר באמצעות האינטרנט. לשיטתי השירות גורם לשליחת הפרסומות אל נמען או קבוצה של נמענים. זאת, מן הטעם שיש נמען. המידע נשלח לכתובת IP כלשהי ומכאן שמי שעומד מאחורי הכתובת הזו הוא הנמען. ייתכן והכוונה היא שאין "רשימת תפוצה" אולם אין חולק כי שיטת הפרסום מבוססת על טעמיו האישיים של מקבל הפרסומת. כך או אחרת, החוק אינו דורש נמען "מזוהה". בכל הנוגע לטענה כי הפרסומת "איננה ניתנת לשמירה ולאחזור בדרך ממוחשבת", דרישה רביעית המצטברת לשם הכנסת הפרסומת תחת הגדרת "הודעה אלקטרונית" האסורה לפי החוק עם הפצתה ללא הסכמה מפורשת – איני רואה כל הבחנה בין שמירה באמצעות "צילום מסך" בנייד של הודעה או "צילום מסך" במחשב של ההודעה מתיבת הדואר האלקטרוני וכך לשמור את הפרסומת ולאחזר את המידע מבלי לשנותו ולהפיק ממנו פלט. זאת, מבלי לבצע פעולה יזומה של שליחת ההודעה לתיבת הדואר הנכנס.
16. התרשמתי כי אין כל שוני מהותי בין הודעה אלקטרונית מסוג באנר המופיע בתיקיית קידומי מכירות ואף בריבוע עליון בנפרד ויכול להתערבב עם מיילים אחרים שעניינם "קידומי מכירות" ולא מהנתבעת למעט הבדל טכני-סמנטי לבין הודעה המופיעה בתיקית "הספאם" או בתיבת "דואר נכנס". העובדה שההודעה ממיינת את עצמה ולא ממיינים אותה אין בה להעלות או להוריד כאשר מתקבלת הודעה באופן מסחרי ללא שאתה חפץ בקיומה ובמסגרת הדואר הפרטי שלך. הדגש להבחנה בין שיטות הפרסום על מנת לטעון כי זו אינה באה בגדרו של החוק הוא לא סמנטי-טכני אלא מהותי. כך, הפצה מסחרית של הודעות מעין אלו אינה כרוכה בהפעלת משאבי אדם בניגוד למענה אנושי שהוא אף סוג אחר של התקשרות אשר לכך המחוקק בוודאי לא התכוון (ראו והשוו לפסק דיני סתק 16-08-39585 **אופיר כהן נ' מכבי שירותי בריאות** (16.3.2017)). יושם-אל-לב, כי מדובר באותה שיטת פרסום של הפצה המונית מסחרית המשוגרת באמצעות דואר אלקטרוני ללא אפשרות מצד הצד המקבל אשר אליו כנמען ההודעה נשלחת באופן ספציפי למנוע קבלתו, כאמור. זאת, בשונה מפרסומות המוצגות באתרי תוכן.
17. נחזור לעיקרי התיקון לחוק. התיקון נועד להגן מפני הטרדות ופגיעה בפרטיותו של הנמען ללא רשותו באמצעות חדירה למרחב הפרטי שלו. צא וראה, כי אחת מהמטרות שביקש החוק למנוע בגין תופעת הספאם הוא פגיעה בפרטיותו של המשתמש ברשת והטרדתו. הפרסומת מוצגת במרחב האלקטרוני של הפרט בתיבת הדואר הפרטית שלו, גם אם איננה נכנסת דווקא לתוך תיבת הדואר הנכנס.



בית משפט לתביעות קטנות בירושלים

ת"ק 16-09-31746 כהן נ' חברת "הוט"

תיק חיצוני:

- 1 בשים לב לתכלית הוראות סעיף 30א לחוק התקשורת המעניקה להן גוון בעל אופי צרכני
2 מובהק וכי מדובר בהוראות קוגנטיות, על כל הכרוך והמשתמע מכך – לא התרשמתי כי
3 מדובר מהותית בשיגור דבר פרסומת בדרך שאינה מנויה בחוק ושוכנעתי כי היא נופלת בגדר
4 "הודעה אלקטרונית". המחוקק לא בחר להגביל הודעה אלקטרונית רק לדואר אלקטרוני.
5 דומה כי הדבר נופל גם ב"הודעת מסר קצר" – **"מסר בזק הכולל כתב, לרבות אותות או**
6 **סימנים, או מסר בזק הכולל חוזי או שמע, ומועבר באמצעות רשת בזק ציבורית אל ציוד קצה**
7 **של נמען או קבוצה של נמענים"**.
8
9 18. אכן, קיימת דעות שונות לבחינת כוונת המחוקק כפי שהועלתה בעניין גוגל לפיו היא שהתיקון
10 לחוק לא יחול על באנרים (ראו למשל תק 16-11-5415 צפורה כהן נ' חברת פרטנר תקשורת
11 (1.6.2017); תק 16-11-5369, 16-11-5444 ציפורה כהן נ' בית דפוס "דפוס סדר צלם",
12 ציפורה כהן נ' סחר במט"ח ריל פורקס שנידון במאוחד (24.5.2017)).
13
14 ברם, בחינת האמור בפרוטוקול מס' 5 של הוועדה משותפת לוועדת הכלכלה וועדת המדע
15 להצעת חוק הגבלת פרסומת ברשתות תקשורת מיום 25.3.2008 בעניין התיקון לחוק
16 התקשורת האמור שצוטט בפסקי הדין דלעיל (עמ' 48), מגלה כי אמירתו המצוטטת של עו"ד
17 חיים גרון (סמנכ"ל בכיר אגף הנדסה ורישוי, משרד התקשורת) כי החוק לא חל על באנרים,
18 נאמרו בהקשר הכולל של הדברים בהתייחס לדבריו של היו"ר גלעד ארזן באשר לגלישה
19 באתר תוכן (למשל YNET) ויש הודעה מתפרצת, שלא מן עניינינו. כן מצוין כי עניין אחזור
20 ושמירה נועדה לו תכלית ראייתית והוא מפנה בהקשר זה להצעת חוק המסחר האלקטרוני,
21 התשס"א-2011 (פ/18/3418), שם מוגדרת התיבה "ניתן לאחזור" – **"ניתן לשמירה**
22 **אלקטרונית באופן שאינו משנה את המידע הכלול בו, וניתן להפקה כפלט"**. מעבר לצילום
23 מסך שניתן באמצעותו לשמור את ההודעה ודרושה פעולה אקטיבית כדי לבצע את השמירה,
24 לא הוכח כי הבנארים המופיעים ב"קידומי מכירות" במייל נעלמים באופן אוטומטי מתיבת
25 הדואר הפרטי במערכת שפלטו אליה ואינם ניתנים לאחזור, במובחן מהודעות פרסומת
26 מתפרצות באתר תוכן הנעלמות לאחר מספר שניות. יצוין שאין מחלוקת כי ניתן להפיק כפלט
27 את ההודעה הגם שהדבר מצריך פעולה אקטיבית.
28
29 19. נציגת הנתבעת העידה כי ההודעה ממוינת בתיקיית "קידומי מכירות". אפילו ותאמר
30 שהתיקייה נעלמת או ההודעה תחת קידומי מכירות נעלמת, הרי שהמקבל צריך להתחבט אם
31 להיכנס להודעה ולראות תוכנה או להתעלם ממנה ללא יכולת לדעת אם תיעלם או לא – וכיצד
32 מוטלת עליו ההבחנה לשים ליבו לכך שאין מדובר בהודעה נשמרת או לא כשחזותה במהותה
33 דומה? והאם חיפוש של פרסומת ספציפית לאחר "היעלמותה" תאתר את המודעה ותאפשר



בית משפט לתביעות קטנות בירושלים

ת"ק 16-09-31746 כהן נ' חברת "הוט"

תיק חיצוני:

1 כניסה אליה? האם היא שמורה בדואר האלקטרוני של המקבל? עצם האפשרות לשמור את
2 ההודעה אפילו באמצעות שליחתה לתיבת הודאר הנכנס מטילה על המשתמש כאמור את
3 הנטל לקבל החלטה מה יעשה בה מעבר לאי רצונו מלכתחילה להיחשף לה בעל כורחו. היא
4 מאלצת אותו לשקול אם עליו לשמור את ההודעה על מנת שיכול לצפות בה או להתעלם ממנה
5 ולקוות כדברי הנתבעת שהיא תעלם בשלב מסוים. עצם זה שעל המשתמש להיכנס פיזית
6 ל"קידומי מכירות" כדברי הנתבעת ולברור מה מעוניין והסכים לקבל ומה לא, יוצרת נטל.
7 הנתבעת לא סתרה את העובדה שקיים נטל בעצם כניסה למודעה והקושי להתעלם ממנה
8 אלא שכדי להדפיס את ההודעה צריך לבצע פעולה אקטיבית – ללחוץ על כוכבית ואז נרשם
9 כי ההודעה נשמרה כטיוטה, ולאחר מכן נכנסים למודעה, שולחים אותה לדואר הנכנס
10 ומדפיסים אותה.

11

12 20. על כן, אני קובעת כי הבאנר בדואר האלקטרוני של התובעת מהווה "דבר פרסומת" האסורה
13 על פי החוק. בענייננו, חברת גוגל אינה משווקת של מוצר מסוים או שירות מסוים אלא
14 מפרסמת מוצרים ושירותים שמסופקים על ידי חברות אחרות המשלמות לה על כך. לכאורה
15 פעילותה מנוגדת להוראות סעיף 30א לחוק התקשורת. הגם התובעת נתנה הסכמה כללית
16 לקבלת "דבר פרסומת" על מנת שתוכל לקבל שירות מחברת גוגל באמצעות יצירת תיבת דואר
17 בגימייל ובדרך זו גוגל מממנת את עצמה באופן עקיף, הרי שההסכמה היא כללית ולא למתן
18 סוג מסוים של שירות או מוצר, כפי שדורש החוק בתנאי ההסכמה. לשון אחר; אין משמעות
19 לעובדה לפיה התובעת נתנה הסכמתה שיישלחו אליה פרסומים שונים. אין בהסכמה כאמור
20 כדי להתנות על הוראות סעיף 30א לחוק התקשורת, לפיהן שיגור "דבר פרסומת" אפשרי –
21 אם ניתנה הסכמת הנמען – אך ביחס ל"דבר פרסומת המתייחס למוצר או השירות מסוג
22 **דומה למוצר או השירות האמורים בפסקה (1)**". כלומר, בהתאם להוראות הדין רשאית
23 הייתה חברת גוגל לשלוח לתובעת פרסומים רק ביחס לאותו "מוצר או שירות" שנרכש או
24 שהנמען והמפרסם ניהלו משא ומתן לרכישתו.

25

26 21. ברם, חברת גוגל איננה נתבעת בתובענה דנן. בדיקת ההודעות שצורפו מעלה בבירור פרסום
27 של חברת הוט, שכותרתה "מבצעי אינטרנט מהיר ב-HOT" או "3 חודשים חינם באתר
28 HOTnet" או "טריפל מורחב ב-249 ש"ח לחודש" וכיוצ"ב, כאשר לא ניתן להשיב למייל.
29 במענה לשאלה בית המשפט, "האם יש לך יכולת שליטה, האם את יכולה לפנות לגוגל ולהגיד
30 להם אני לא רוצה שיפרסמו אותי כמו כל אתר אחר וגם ערוץ 10" (עמ' 2, שורות 28-29),
31 השיבה נציגת הנתבעת כי זו משלמת לגוגל עבור הפרסום – "אנחנו בוודאי משלמים
32 לפרסומות ולא רק אנחנו גם חברות אחרות. הנושא הזה של הפרסומות זה מקור החיים של



בית משפט לתביעות קטנות בירושלים

ת"ק 16-09-31746 כהן נ' חברת "הוט"

תיק חיצוני:

- 1 ערוצי האינטרנט" (עמ' 3, שורות 23-24). האם ניתן להטיל את האחריות על הנתבעת באשר
2 מוצריה הם אלו שמשווקים באמצעות גוגל?
3
4 22. האחריות בגין פרסום המנוגד לדין מוטלת על "מפרסם". המחוקק בחר בהגדרה רחבה,
5 הכוללת הן את הגורם המשווק את דבר הפרסומת והן את הגורם אשר עשוי ליהנות מעצם
6 הפרסום (ספק המוצרים או השירותים). חיוב כספי מוטל בגין שיגור דבר פרסומת "ביודעין
7 בניגוד להוראות סעיף זה" (ראו סעיף 30א(1) לחוק התקשורת), כאשר המחוקק קבע חזקה
8 לפיה הפרסום נעשה ביודעין והעביר את הנטל להוכיח אחרת על "המפרסם" הטוען לכך (ראו
9 סעיף 30א(5) לחוק התקשורת).
10
11 משהנתבעת נקשרה באופן חוזי עם חברת גוגל אשר שיגרו את דברי הפרסומת, יש מקום
12 לבחון האם עומדת לה הפטור הקבוע בסעיף 15 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] לפיו מי
13 שהתקשר עם קבלן עצמאי לא יישא באחריות לעוולות שבוצעו על ידו אלא בהתקיים
14 החריגים המנויים בסעיף אליו מפנה סעיף 30א (ט) לחוק התקשורת. לא הוכח לפניי, כפי
15 שצוין בפרוטוקול הדיון, כי חברת גוגל עימה נקשרה חברת הוט בהסכם איננה מהווה קבלן
16 עצמאי. הנתבעת הודתה בקיום של הסכם עם חברת גוגל לצרכי פרסום. מכל מקום, בהקשר
17 זה נקבע כי מי שהתקשר עם קבלן עצמאי בחוזה לביצוע עבודה אינו נדרש לפקח על עבודתו
18 וכי העובדה שלא פיקח על עבודתו אינה מפעילה איזה מן החריגים הקבועים בסעיף 15
19 לפקודת הנזיקין ומשכך לא ניתן לראות במזמין, ולו לכאורה, כמי שהרשה או אשרר את
20 הפעולות האסורות של חברות הפרסום אך בשל כך שלא פיקחו עליהן (ראו רע"א 1621/16
21 דלעיל וכן רע"א 2059/16 א.א. קליניקות כרמל בע"מ ואח' נ' מור כהן ואח' (27.7.2016)). רוצה
22 לומר, אפילו היה מוכח כי המזמין ידע שחברת הפרסום עמה התקשר נוקטת בדרכי פרסום
23 האסורות על פי חוק התקשורת, אין בעובדה שלא נקט מהלך להפסקת פעולות אלו הסכמה
24 שבשתיקה לצורך הפעלת החריג שבסעיף 15 (3) לפקודה והטלת אחריות נזיקית מכוח סעיף
25 30א לחוק התקשורת בשל שיגור דבר פרסומת בניגוד לחוק. ומקרים שהכיר בית המשפט
26 בהסכמה שבשתיקה משום היתר לביצוע עוולה היו בהתקיים נסיבות מיוחדות שהצדיקו
27 הטלת אחריות מוגברת על המזמין. זאת, גם לו ניתן לראות בנתבעת כמפרסם, על מנת שתוטל
28 עליה אחריות נזיקית מכוח סעיף 30א לחוק התקשורת בשל שיגור דבר פרסומת בניגוד לחוק
29 יש להוכיח כי מתקיים בנסיבות העניין החריג הקבוע בסעיף 15 (3) לפקודת הנזיקין לפיו
30 כאמור התיר או אשרר לחברת הפרסום שפעל עבורו קבלן עצמאי לבצע את השיגור האמור
31 (שם).
32
33 23. אכן, הנתבעת משלמת עבור הפרסום ומודעת לאופן הפרסום. בענייננו לא הונחו ראיות
34 ישירות המעידות על מודעותה של הנתבעת באשר לאופן הפסול שבו לכאורה התנהלה חברת



בית משפט לתביעות קטנות בירושלים

ת"ק 16-09-31746 כהן נ' חברת "הוט"

תיק חיצוני:

1 גוגל בשל המחלוקת המדוברת בנוגע להגדרת הבאנר תחת משלוח דבר פרסומת אסור, כל שכן
2 קיימת מחלוקת בפסיקה והונחה פרשנות מסוימת לפסק דינו המנחה של בית המשפט המחוזי
3 מרכז-לוד אשר בקשת רשות הערעור עליו נמשכה ללא צו להוצאות שלדידי יש לאבחנו
4 מהמקרה דנן, וכל שכן מדובר בתופעה חדשה שלא קיבלה כל התייחסות פסיקתית וספרותית.
5 משכך, קיים קושי רב לצפות ממנה לפקח ולטעון כי אשררה את הפעולה ביודעין שהדבר
6 בניגוד להוראות סעיף 30א (ז) (1) לחוק התקשורת, ומשכך שיגור הפרסומות לא מטיל עליה
7 חבות מכוח החוק.

8
9 אשר על כן, ולנוכח האמור לעיל, התביעה נדחית.
10 בנסיבות העניין, אין צו להוצאות.

11
12
13
14 בקשת רשות ערעור לביתה משפט המחוזי תוך 15 יום.
15 המזכירות תמציא העתק מפסק הדין לצדדים.

16
17
18
19
20
21 ניתן היום, כ"ה אב תשע"ז, 17 אוגוסט 2017, בהעדר הצדדים.
22



אפרת רחלי מאירי מרקוביץ, רשמת בכירה

23
24
25
26