



## בבית המשפט העליון

רע"א 3599/18

לפני: כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המבקש: דניאל שפירא

נגד

המשיב: לירון עופרי

בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד מיום 22.4.2018 ברת"ק 14198-12-17 שניתן על-ידי כבוד השופטת ורדה פלאוט

בשם המבקש: עו"ד אייל אבידן

### החלטה

1. בפני בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד מיום 22.4.2018 (רת"ק 14198-12-17, השופטת ו' פלאוט). בית המשפט המחוזי דחה שתי בקשות רשות ערעור שהוגשו על פסק דינו של בית המשפט לתביעות קטנות בפתח תקווה מיום 22.11.2017 (ת"ק 23364-04-17, הרשם הבכיר א' רגב). בתמצית, הבקשה נסבה על יישומו של ההסדר המכונה "חוק הספאם" בנסיבות של הודעות שנשלחו ברשת החברתית "פייסבוק".

רקע והליכים קודמים

2. מקורה של הבקשה בתביעה קטנה שהגיש המבקש כנגד המשיב לפי סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: חוק התקשורת או החוק). זאת לאחר שהמשיב, אשר עובד כיחצ"ן מסיבות, שלח למבקש דרך רשת הפייסבוק למעלה מעשרים הודעות פרטיות שעניינן פרסום של מסיבות ואירועים.

3. בכתב התביעה טען המבקש כי על אף ששלח למשיב הודעות שבהן ביקש שיחדול ממשלוח ההודעות אליו, המשיך המשיב לשלוח לו כשתי הודעות בשבוע. מנגד, המשיב טען כי המבקש הוא שפנה אליו לראשונה כאשר צירף אותו כחבר ברשת הפייסבוק, וכי אם היה המבקש מוטרד מן ההודעות היה ביכולתו להסיר את המשיב מרשימת החברים או לחסום אותו בלחיצת כפתור. להשלמת התמונה יצוין כי התביעה הוגשה גם נגד אחד המועדונים אשר המשיב פעל לפרסום המסיבות המתקיימות בו – לייט האוס 23 בע"מ (להלן: המועדון).

4. בית המשפט לתביעות קטנות קיבל את התביעה באופן חלקי. ראשית, בית המשפט לתביעות קטנות קבע כי ההודעות ששלח המשיב למבקש הן אכן הודעות פרסומת כהגדרתן בחוק. בהמשך לכך, נדרש בית המשפט לתביעות קטנות לשאלה האם המבקש הסכים לקבל את ההודעות כאשר צירף את המשיב כחבר ברשת הפייסבוק, והאם היה יכול למנוע את קבלתן באמצעות חסימת חשבוננו של המשיב. בהקשר זה קבע בית המשפט לתביעות קטנות כי יש להפריד בין ההודעות שנשלחו עד לתאריך 2.3.2017 – עת שלח המבקש למשיב הודעה שבה ביקש כי יחדול משליחת הודעות אליו – לבין ההודעות שנשלחו החל מאותו מועד. כך, בית המשפט לתביעות קטנות קבע כי יש לראות בצירופו של המשיב לרשימת חבריו של המבקש ברשת הפייסבוק משום הסכמה לקבלת הודעות ועדכונים מהמשיב, אך זאת רק עד למועד שבו המשיב התבקש להפסיק את משלוח הפרסומים. באותו מועד, כך נקבע, היה על המשיב לחדול מכך. בית המשפט לתביעות קטנות הוסיף בעניין זה כי המבקש והמשיב אינם נמנים על אותו מעגל חברתי ואין ביניהם היכרות אישית, כך שניתן להבין כי צירופו של המשיב לרשימת החברים של המבקש נועדה לאפשר לאחרון לקבל עדכונים אודות פעילותו המסחרית. עוד קבע בית המשפט לתביעות קטנות כי אמנם המבקש יכול היה לחסום את המשיב או להסירו מרשימת חבריו, אולם אין בעובדה זו כדי לפטור את המשיב מאחריות. בסיכומו של דבר, נקבע כי על המשיב לפצות את המבקש בגין עשרים ההודעות שנשלחו אליו לאחר יום 2.3.2017, בסך כולל של 3,000 שקלים.

5. בהמשך לכך, בחן בית המשפט לתביעות קטנות את שאלת חיובו של המועדון בפיצוי כלפי המבקש. בעניין זה נקבע כי היחסים בין המועדון למשיב היו כשל מזמין וקבלן עצמאי, כאשר לא מתקיימים החריגים הקבועים בסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], המאפשרים הטלת אחריות על המזמין למעשה הפרסום שבוצע על-ידי הקבלן העצמאי (בהפניה לרע"א 7608/16 סמארט קלאב אחזקות בע"מ נ' כהן (14.2.2017)). על כן, נקבע כי דין התביעה כנגד המועדון להידחות.

6. הן המבקש והן המשיב הגישו לבית המשפט המחוזי בקשות רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט לתביעות קטנות. בית המשפט המחוזי דחה את שתי הבקשות בקבעו כי פסק דינו של בית המשפט לתביעות קטנות הוא מאוזן, מידתי ומנומק היטב. בית המשפט המחוזי הוסיף כי אף לשיטתו לא היה מקום לפצות את המבקש בגין ההודעות שנשלחו בטרם ביקש מהמשיב לחדול משליחת הודעות אליו. בהקשר זה צוין כי המשיב יכול היה לסבור מלכתחילה שיש בבקשת החברות לשלח לו המבקש משום הסכמה לקבלת מסרים שונים, לרבות פרסומות, אולם מצב דברים זה השתנה כאשר המבקש ביקש באופן מפורש להפסיק לשלוח אליו הודעות. נוסף על כך, בית המשפט המחוזי דחה טענות שהעלה המבקש בעניין גובה הפיצוי שנפסק לו, בצינו כי לערכאה הדיונית שיקול דעת רחב בקביעת סכום הפיצוי וכי לא נמצא טעם להתערב בעניין זה.

בקשת רשות הערעור

7. הבקשה דנן מכוונת נגד פסק דינו של בית המשפט המחוזי. המבקש טוען כי הבקשה מעוררת סוגיה בעלת חשיבות כללית הנוגעת לתחולתו של סעיף 30א לחוק התקשורת על פרסומות שנשלחות ברשתות חברתיות, ובפרט בפייסבוק. לטענת המבקש, הקביעה לפיה בצירוף חבר ברשת הפייסבוק יש משום הסכמה לקבלת הודעות פרסומת ממנו היא קביעה תקדימית שעשויה להשליך על מקרים רבים אחרים, בהתחשב בשימוש הנרחב בקרב הציבור ברשתות חברתיות.

8. לגופם של דברים, המבקש טוען כי הקביעה בדבר צירוף חבר בפייסבוק כהסכמה מנוגדת ללשון החוק. לטענתו, לפי סעיף 30א לחוק התקשורת נמען הפרסומת צריך לתת למפרסם הסכמה מפורשת בכתב מראש לקבלת פרסומים. המבקש מוסיף וטוען כי הקביעה האמורה חוטאת לתכליתו של סעיף 30א לחוק התקשורת, שנועד להגן על הפרט מפני הודעות שיווק ופרסומים מטרידים, להרתיע מפרסמים ואף להגן על הזכות לפרטיות.

דיון והכרעה

9. אקדים ואומר כי לאחר שעיינתי בבקשה הגעתי לכלל מסקנה שיש לדחותה מבלי להידרש לתשובה. אמנם, הבקשה נוגעת בשאלות פרשניות שטרם ניתן להן מענה בהקשר להיקף פריסתו של סעיף 30א לחוק התקשורת. אולם, כפי שאסביר, בענייננו אין הצדקה להעניק רשות ערעור – הן מבחינת היריעה המוגבלת שנפרסה בפני הערכאות הקודמות והן בשל הנסיבות הקונקרטיות של המקרה דנן.

10. אפתח בהצגה קצרה של השאלות הפרשניות שמעורר סעיף 30א לחוק התקשורת, שעשויות אף לשפוך אור על הצורך בהבהרה חקיקתית באשר להיקף תחולתו. וכך קובע סעיף 30א(ב) לחוק התקשורת:

“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; פנייה חד-פעמית מטעם מפרסם לנמען שהוא בית עסק או לנמען לשם קבלת תרומה או תעמולה, באחת הדרכים האמורות בסעיף קטן זה, המהווה הצעה להסכים לקבל דברי פרסומת מטעמו, לא תיחשב הפרה של הוראות סעיף זה.”

11. כידוע, חקיקתו של סעיף 30א לחוק נועדה לתת מענה לבעיית ה"ספאם" – בעיה חברתית שהתחדדה בשנים שקדמו לחקיקה – משלוח הודעות מסחריות רבות לאנשים לאחר שצורפו לרשימות תפוצה אלקטרוניות, מבלי שנתנו הסכמתם לכך (ראו: רע"א 1621/16 MEGA ADVANCED MATHEMATICAL SYSTEM LTD נ' זילברג, פסקה 10 (14.6.2016)). אכן, גם בעבר נשלחו דברי פרסומת לאנשים, למשל באמצעות הדואר, אך משלוח זה היה כרוך בעלויות של ממש, כך שמחיר הדיוור והטרחה הכרוכה בו פעלו כמשקל נגד מרסן לתפוצה ללא אישור.

12. קבלתו של התיקון לחוק התקשורת נעשתה במקביל לדברי חקיקה דומים במדינות רבות אחרות, וביניהן אוסטרליה (Spam Act 2003), ארצות הברית (Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography And Marketing Act of 2003) גרמניה (Gesetz gegen Unlauteren (Wettbewerb) משנת 2004), ניו-זילנד (Unsolicited Electronic Messages Act 2007) וקנדה (Fighting Internet and Privacy Wireless Spam Act, 2010). בנוסף לכך קיימת בעניין דירקטיבה אירופית (and Electronic Communications Directive, 2002 (PECD, 2002/58/EC)). ההסדרים בתחום זה חולקים מאפיינים דומים, אך גם נבדלים לעתים בחלק מן הפרטים, הבדלים שיש להם משמעות. כך למשל, ידועה ההבחנה בין המודל של opt out הנוהג בארצות הברית, שאינו מחייב הסכמה מוקדמת למשלוח של דברי דואר מסחריים אך מקנה לנמען זכות לדרוש שלא לקבל אותם, לבין מודל של opt in, שמשקף את הגישה האירופית אשר התקבלה גם בישראל. לפי מודל זה משלוח של הודעות מסחריות שעליהן חל החוק חייב להיות מבוסס על הסכמה מראש, ולא רק על האפשרות לדרוש הסרה מרשימת התפוצה (ראו גם: דברי הסבר להצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים)

(תיקון מס' 33), התשס"ה-2005, ה"ח 886; רע"א 1954/14 חזני נ' הנגבי (סיתונות מועדון דאיה ורחיפה במצנחים), פסקאות 6 ו-16 (4.8.2014). הבחנה נוספת נוגעת לשאלה האם ההסכמה יכולה להינתן גם במשתמע או חייבת להיות מפורשת (ראו: Laura Weinrib & Alice Tseng, *Canada's New Anti-Spam Legislation*, 52 CAN. Bus. L.J. 123, 126 (2011)). גם בעניין זה קיבלה החקיקה הישראלית את הגישה המחמירה, בקבעה כי משלוח דבר פרסומת באמצעים המנויים בסעיף 30א לחוק חייב להיות מבוסס על הסכמה מפורשת.

13. על כן, במישור העקרוני, סעיף 30א לחוק התקשורת מעורר שתי שאלות: האם הודעה הנשלחת ברשת החברתית נמנית עם סוגי ההודעות שעליהן חל ההסדר החקיקתי? שנית, ורק אם התשובה לשאלה הראשונה היא חיובית, האם המשמעות של "הסכמה מפורשת" עשויה להשתנות בהתאם לסוג התקשורת שמדובר בה? המבקש מיקד את טיעונו בשאלה השנייה, אך לאמיתו של דבר, קשה להגיע לשאלה זו מבלי להתייחס אף לשאלה הראשונה.

14. השאלה שנסבה על תחולתו של החוק על הודעה שנשלחה באמצעות רשת הפייסבוק – על יסוד התייחסות אליה כ"הודעה אלקטרונית" – זכתה כבר להתייחסות בפסיקתן של הערכאות הדיוניות (ראו למשל: ת"ק 32611-12-15 רדזינר נ' סלקום ישראל בע"מ, פסקה 9 (24.7.2016); תא"ם 15909-04-16 לב נ' ממון (29.9.2017)). עם זאת, דומה שהדיון בה טרם מוצה. אכן, קיימת מגמה מתמדת של התרחקות מחקיקה "קזואיסטית" לעבר חקיקה הקובעת סטנדרטים. לצד זאת, חשוב לשים לב שכבר במועד חקיקתו של סעיף 30א לחוק התקשורת ניכרה בו תשומת לב חקיקתית להבחנות אפשריות בין מתכונות תקשורת שונות, בשים לב למאפיינים הטכנולוגיים והחברתיים שלהן. כך למשל, הסעיף מבחין בין "הודעה אלקטרונית" לבין "הודעת מסר קצר" (SMS).

15. השאלה השנייה נוגעת כאמור לפרשנות המונח "הסכמה מפורשת" בכל הנוגע לפעילות ברשת הפייסבוק. בהקשר זה חשוב להידרש למאפייניה של הרשת החברתית, אשר אינם זהים בהכרח לשימוש שנעשה באמצעים אלקטרוניים אחרים שעליהם חל החוק. כך למשל, כתובת הדואר האלקטרוני של אדם עשויה להיות חלק מרשימת דיוור מבלי שאותו אדם נתן כל הסכמה לקבלת הודעות מן השולח. לעומת זאת, כאשר מדובר ברשת חברתית, עצם יצירתם של קשרי החברות כרוכים בהסכמה, ולו מסוימת, לקבלת הודעות כלשהן. יתר על כן, עשויים להיות מצבים רבים שבהם הקשר בין השולח לנמען מתחיל כקשר חברתי, ורק בהמשך החברות ביניהם מקבלת גם ממד מסחרי. זאת

ועוד, הקשרים ברשת החברתית הם דיאלוגיים ומאפשרים משלוח הודעות באופן דו-צדדי (בה בשעה שלא תמיד אלה הם פני הדברים כאשר מדובר במספרי טלפון מסחריים, למשל). אף האפשרות להפסיק את החברות ברשת החברתית באופן קל ומידי עשויה להיות בעלת משמעות. כל אלה הם הבדלים שעשויים להיות רלוונטיים במישור של עיצוב המציאות המשפטית. לצד זאת, על שאלת ההסכמה עשויים להשליך נתונים נוספים הקשורים לפעילות בפייסבוק, ובכלל זאת תנאי השימוש של פייסבוק, שלהם מסכים כל משתמש ברשת החברתית עם הצטרפותו אליה.

16. למעשה, שתי השאלות שהוצגו קשורות זו בזו. פרשנות הגורסת כי החוק אינו חל כלל על הודעות בפייסבוק עלולה להוביל לתוצאה הבלתי רצויה לפיה גם התעלמות מבקשה מפורשת לחדול משליחת הודעות פרסומיות לא תהיה כפופה להסדרים הקבועים בו. לעומת זאת, על מנת להימנע מתוצאה בלתי רצויה בכיוון ההפוך – דומה כי הקביעה איזו הסכמה לקבלת מסרים ברשת הפייסבוק תיחשב למפורשת צריכה להיות מושפעת ממאפייניה של הרשת, כפי שהוצגו לעיל.

17. במבט רחב יותר, ברקע הדברים נמצאת שאלת התאמתה של החקיקה להתפתחויות טכנולוגיות או לשינויים במציאות הטכנולוגית (ראו למשל: שי לביא "הקדמה: משפט אל מול מדע וטכנולוגיה" טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה 9 (שי לביא עורך, 2003); מיכאל בירנהק מרחב פרטי – הזכות לפרטיות בין משפט וטכנולוגיה 43-48 (2010); ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק "הקדמה: משפט וטכנולוגיות מידע" רשת משפטית: משפט וטכנולוגיות מידע 11 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011)). לעתים, נודע יתרון לחקיקה שהיא "ניטרלית" מבחינה טכנולוגית, באופן שאינו מחייב עדכונים חוזרים ונשנים שלה לשינויים שחיים בחיי המעשה. אולם, במקרים אחרים, נודעת דווקא חשיבות לכך שהחקיקה תכלול מנגנוני התאמה למצבים טכנולוגיים שונים, וכאשר היא נעדרת מנגנוני התאמה כאלה היא עלולה להוביל לתוצאות שאינן רצויות. על רקע זה, לא למותר לציין כי שאלת היישום של חקיקת הספאם בהקשרן של רשתות חברתיות התעוררה גם מחוץ לישראל. אולם, התשובה שראוי לתת לה עודנה מעוררת מחלוקת (ראו: 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)).

18. לנוכח השאלות שהוצגו, לא יכול להיות ספק באשר לכך שהיריעה המשפטית והעובדתית לא נפרסה בפני במלואה, ואף לא בפני הערכאות הקודמות. אינני סבורה

אפוא שהבקשה דנן יכולה להוות בסיס להכרעה בכלל השאלות האמורות. בהקשר זה ראוי לציין כי מעיון בתיק במערכת "נט המשפט" עולה כי לבקשת רשות הערעור שהגיש המשיב לבית המשפט המחוזי הוא צרף תיעוד לכך שהמבקש הוא שפנה אליו לראשונה בהודעה פרטית, בבקשה לשמור עבורו מקומות באחד האירועים שהמשיב שימש בהם יחצ"ן. על רקע זה, אני סבורה כי לא נפל בפסק הדין של בית המשפט המחוזי פגם המצדיק התערבות בגלגול שלישי, וזאת בהתחשב באמת המידה המחמירה לבחינתן של בקשות מן הסוג של הבקשה דנן (ראו: רע"א 8190/14 רוזנברג נ' בזק בינלאומי, פסקה 29 (3.6.2015); רע"א 6779/15 אבו ליל נ' האגודה לתרבות הדיוור – סניף אילת, פסקה 6 (21.12.2015)). עוד ראוי להוסיף, כי דומה שלפחות חלק מהשאלות האמורות הן עניין למחוקק להידרש אליו.

19. סוף דבר: הבקשה לרשות ערעור נדחית. בנסיבות העניין ומשלא התבקשה תשובה, אין צו להוצאות.

ניתנה היום, ט"ז בסיון התשע"ח (30.5.2018).

ש ו פ ט ת