



בבית המשפט העליון

רע"א 1326/18

לפני :
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט י' אלרון
כבוד השופטת י' וילנר

המבקשות :
1. סמארט קלאב אחזקות בע"מ
2. לוטוקרד בע"מ
3. טוטוקרד 5 בע"מ

נ ג ד

המשיבים :
1. בתיה כהן
2. אימייליון בע"מ

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז-
לוד מיום 11.1.2018 (כבוד השופטת א' שטמאר) ב-ת"צ
39234-09-12

בשם המבקשות :
עו"ד עמית חדד ; עו"ד שמואל הקר ;
עו"ד נועה מילשטיין
עו"ד אורי קידר ; עו"ד גלינה רונקין
עו"ד שי ארז
בשם המשיבה 1 :
בשם המשיבה 2 :

פסק-דין

השופטת ע' ברון:

1. גורם מסחרי רוכש שירותי שיווק ופרסום מחברה המתמחה בכך, ובמסגרת מהלכי השיווק משוגרות על ידי האחרונה הודעות פרסום אסורות על פי דין (להלן: ספאם או דואר זבל). האם אותו גורם מסחרי חב באחריות נזיקית בגין משלוח הספאם ובאלו נסיבות – זו השאלה שבמוקד בקשת רשות הערעור שלפנינו.

סוגיה זו התעוררה במסגרת דיון בבקשה לאישור תובענה כייצוגית שהוגשה נגד המבקשות בגין משלוח ספאם (ת"צ 39234-09-12); כאשר בשלב זה, הדיון בבקשת האישור מתמצה בשאלה אם יש להטיל על המבקשות אחריות בגין משלוח ספאם למרות שהן לא שיגרו את ההודעות בעצמן – וזאת מכוח החריג שבסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין או הפקודה) שלפיו ניתן להטיל אחריות על "מזמין" בגין עוולות שבוצעו על ידי "קבלן עצמאי", מקום שהמזמין אישר או הרשה את המעשה שגרם לפגיעה או לנזק.

2. המבקשות, סמארט קלאב אחזקות בע"מ, לוטוקרד בע"מ וטוטוקרד 5 בע"מ, הן חברות פרטיות המספקות שירותים שונים בנוגע למשחקים והגרלות שעורכים מפעל הפיס והמועצה להסדר ההימורים בספורט (להלן: סמארט קלאב, לוטוקרד ו-טוטוקרד; וביחד: החברות). בשנת 2011 החברות התקשרו בהסכם למתן שירותי פרסום עם חברת או.אם.אס שיווק מקוון בע"מ, שמפעילה רשת של שותפים המכונה "קליק און". יצוין כי מתיאור הדברים נראה כי ב"רשת שותפים" הכוונה לפלטפורמה המקשרת בין השותפים (Affiliates), שהם חברות וגורמים שעוסקים בקידום ופרסום במגוון זירות טכנולוגיות, ובין מפרסמים המעוניינים לפרסם את עסקיהם. השותפים בקליק און או חלקם יכוננו: קליק און או השותפים בקליק און, לפי ההקשר.

לא חלף זמן רב ובחודש ספטמבר 2012 בתיה כהן (המשיבה 1, להלן: כהן) הגישה בקשה לאישור תובענה כייצוגית נגד החברות, בטענה כי אלה שיגרו לתיבת הדואר האלקטרוני שלה חמש הודעות פרסומת שהזמינו אותה להשתתף בהגרלות לוטו וטוטו ללא עלות; ולדבריה משלוח ההודעות נעשה בניגוד להוראות סעיף 30א לחוק התקשורת, התשמ"ב-1982 (להלן: בקשת האישור, ההודעות ו-חוק התקשורת או החוק). כהן טענה כי לא יכול להיות חולק שכל אחת מהחברות היא בגדר "מפרסם" כהגדרתו בחוק התקשורת. כך, משום ששמן של החברות הופיע בגוף ההודעות ובהינתן שלחיצה על הקישורית שצורפה להודעות הובילה לאתר של סמארט קלאב המפרסם את לוטוקרד וטוטוקרד. בקשת האישור הוגשה גם נגד חברת אימייליון בע"מ, שנמנית עם השותפים בקליק און, מאחר שלפי הנטען חלק מההודעות נשלחו באמצעותה (להלן: אימייליון); ויצוין כי יתר ההודעות נשלחו על ידי מדוורות אחרות שלא צורפו לבקשת האישור.

במענה לבקשת האישור, החברות טענו כי ההודעות לא שוגרו על ידן אלא על ידי קליק און שעימה התקשרו בהסכם לקבלת שירותי פרסום בתחום האינטרנט – ולכן אין מקום להטיל עליהן אחריות בנושא. עוד לטענתן, החברות התקשרו עם קליק און רק לאחר שווידאו שהיא פועלת כדין, ולכל אורך ההתקשרות אף הבהירו שאין לשלוח ספאם מטעמן. ויודגש כי קליק און איננה צד לבקשת האישור. אימייליון מצידה טענה כי כהן נרשמה לרשימות תפוצה שונות, ומאחר שהיא מעולם לא ביקשה להפסיק לקבל הודעות שנשלחו לרשימות התפוצה הללו – הדבר מעיד על הסכמתה לקבל הודעות פרסומת. מכאן, לטענת אימייליון, שלא עומדת לכהן עילת תביעה אישית והיא אינה יכולה לייצג את הקבוצה שבשמה היא מתימרת לפעול. עוד נטען כי ההודעות אינן נחשבות לספאם שכן מדובר בהצעה לשירות חינם, ובכל מקרה הן נשלחו בהתאם להוראות הדין.

3. בית המשפט המחוזי קיבל את בקשת האישור בהחלטה מיום 23.6.2016, וקבע כי מתקיימים התנאים לאישור תובענה כייצוגית נגד החברות ואימייליון בגין הפרת סעיפים מחוק התקשורת (להלן: החלטת האישור הראשונה). נקבע כי כהן הוכיחה ברמה הלכאורית הנדרשת כי נשלחו אליה דברי פרסומת באופן המנוגד לסעיפים 30א(ב) ו-30א(ג) לחוק התקשורת – ובהקשר זה הודגש כי ההודעות עודדו הוצאת כספים מהמכותבים; כי אין חולק שכהן לא ביקשה כי יישלחו לה הודעות בעניין מועדוני לקוחות של טוטו או לוטו; כי היא לא רכשה מוצר או שירותים רלוונטיים; ואף לא הובהר לה שפרטים שמסרה ישמשו לצורך משלוח פרסומות אליה. בנקודה זו צוין כי אף אם כהן מסרה את פרטיה על מנת לקבל מידע ספציפי בנוגע לחיפוש עבודה או לימודים, כטענת אימייליון – הדבר איננו מאפשר לשלוח לה הודעות פרסומת בנושאים שאינם קשורים לכך. עוד נקבע כי הואיל וההודעות שנשלחו לכהן אינן נושאות את פרטי החברות כנדרש, על פניו נראה כי מדובר גם בהפרה של סעיף 30א(ה)(1) לחוק התקשורת, המפרט את המידע שנדרש לכלול בדבר פרסומת.

בית המשפט הוסיף ודחה את טענת החברות כי אין להטיל עליהן אחריות בגין משלוח ההודעות, משום שהן לא נשלחו על ידן בפועל. נקבע כי מאחר שהחברות באות בגדרי ההגדרה "מפרסם" שבחוק התקשורת ("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, ובכלל זה לקדם קבלת תרומות או תעמולה, או מי שמשווק את נושא דבר הפרסומת בעבור אחר [...]"), אין בניסיון להגביל את אחריותן בהסכם עם קליק און או בכך שהורו לה לכאורה שלא לפרסם את שירותיהן בניגוד לחוק, כדי לפטור אותן מאחריות בגין משלוח הספאם. בהתאם, נקבע כי לא עומדת לחברות ההגנה שבסעיף 15 לפקודת הנזיקין שלפיה מי שהתקשר בחוזה עם אחר על מנת שיבצע עבורו עבודה כלשהי, פטור מאחריות בגין נזקים שאירעו במהלך ביצוע אותה עבודה – שכן, לפי חוק התקשורת ניתן להטיל אחריות על מפרסם שהפר את הוראות החוק גם אם פעל באמצעות שלוח; וממילא לפי סעיף 30א(י)(5) לחוק התקשורת, חזקה על מי ששיגר דבר פרסומת בניגוד לחוק כי עשה כן ביודעין (להלן: חזקת הידיעה).

4. החברות מיאנו להשלים עם החלטת האישור הראשונה, והגישו בקשת רשות ערעור בטענה כי לא היה מקום להשית עליהן אחריות בגין הודעות שכלל לא שוגרו על ידן, אלא על ידי השותפים בקליק און שעזימה התקשרו במטרה לקבל שירותי פרסום. בקשת רשות הערעור נדונה כערעור, והערעור התקבל בהחלטה מיום 14.2.2017 (השופטת (כתוארה אז) א' חיות; רע"א 7608/16 סמארט קלאב אחזקות בע"מ נ' כהן, להלן: עניין סמארט קלאב). נקבע כי "שיגור" של דבר פרסומת הוא יסוד מיסודות העוולה

הקבועה בסעיף 30א לחוק התקשורת, ובהתאם ככלל לא ניתן להטיל אחריות אזרחית מכוחו של סעיף זה על מי שלא ביצע בעצמו פעולה של "שיגור". לצד זאת, נאמר כי ישנם מקרים שבהם ניתן לייחס לאחד אחריות לפעולות "השיגור" שביצע האחר. למשל, כאשר מי ששיגר את דבר הפרסומת פעל כשלוחו או כעובדו של מי שדבר הפרסומת שוגר למענו (ואף שהדבר לא צוין בהחלטה, נראה כי הכוונה לסעיפים 14 ו-13 לפקודת הנזיקין, בהתאמה), או בהתקיים אחד החריגים שמאפשרים הטלת אחריות על מזמין בגין עוולה שבוצעה על ידי קבלן עצמאי (סעיף 15 לפקודת הנזיקין).

לגופם של דברים, נקבע כי לפי המבחנים הנקוטים בפסיקה יש לסווג את היחסים שבין החברות וקליק און כיחסים של "מזמין" ו"קבלן עצמאי", ולא כיחסי שליחות כפי שצוין בהחלטת האישור הראשונה; ולכן על מנת להשית חבות על החברות בגין עוולות שבוצעו על ידי השותפים בקליק און נדרש להראות כי מתקיים איזה מהחריגים הקבועים בסעיף 15 לפקודת הנזיקין, שכותרתו "חבותו של בעל חוזה" – כאשר הצדדים מיקדו את טענותיהם בחריג שבס"ק (3) שזו לשונו:

לענין פקודה זו, העושה חוזה עם אדם אחר, שאיננו עובדו או שלוחו, על מנת שיעשה למענו מעשה פלוני, לא יהא חב על עוולה שתצמח תוך כדי עשיית אותו מעשה; הוראה זו לא תחול באחת מאלה:

- (1) [...];
- (2) [...];
- (3) הוא הרשה או אישר את המעשה שגרם לפגיעה או לנזק;
- (4) [...];
- (5) [...].

בהתאם נקבע בעניין סמארט קלאב, כי יש להוסיף ולברר את השאלה אם החברות התירו לקליק און לשגר דברי פרסומת בניגוד לחוק, או למצער התירו זאת בשתיקה; ובהקשר זה נאמר כי חזקת הידיעה שבחוק התקשורת מתייחסת למי ששיגר דברי פרסומת, ולכן לא היה מקום להסתמך עליה לצורך ייחוס מודעות – ובהתאם, גם אחריות – למזמין שבשמו שוגרו דברי הפרסומת. הדיון הוחזר אפוא לבית המשפט המחוזי על מנת לברר את שאלת תחולת החריג שבסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין, תוך שהודגש כי אין בכך משום היתר לדון מחדש באישור התובענה כייצוגית נגד אימייליון, שלא הגישה בקשת רשות ערעור על החלטת האישור הראשונה.

5. בהחלטה מיום 11.1.2018 בית המשפט המחוזי אישר פעם נוספת לנהל תובענה ייצוגית נגד החברות, וקבע כי בנסיבות העניין מתקיים החריג שבסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין המאפשר הטלת אחריות על המזמין בגין עוולות שבוצעו על ידי קבלן עצמאי (להלן: החלטת האישור השנייה); והחלטה זו היא נושא ההליך שלפנינו. בית המשפט

המחוזי פתח בכך שלמרות שאופן מתן "ההרשאה או האשרור" (שבסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין) לא נקבע בפקודת הנזיקין, ניתן ללמוד מן הפסיקה כי כאשר הוכחה מודעות של מזמין העבודה למעשה שגרם לפגיעה או לנזק, תהיה תחולה לחריג המטיל אחריות על מזמין העבודה נוסף על מי שביצע אותה. בהקשר זה הובהר, כי חזקת הידיעה שבחוק התקשורת איננה חלה בנסיבות המקרה (בהתאם לקביעה בעניין סמאדט קלאב), ולכן יש לבחון אם כהן הוכיחה שהחברות הרשו או אישרו את משלוח ההודעות; ובהיעדר הוכחה לאישור מפורש מראש או בדיעבד מצד החברות, הדגש הושם על השאלה אם ניתן להסיק אישור מכללל, בדרך של הסכמה בשתיקה או אחרת.

נקבע כי מאחר שחוק התקשורת נועד למגר תופעה מטרידה של משלוח הודעות ספאם – "אין להרשות כי עצם השימוש בצד ג' לביצוע הדיוור, אולי אף בלוויית סעיף אזהרה בהסכם, יהווה הגנה מפני החובה הבסיסית לעמוד בהוראות החוק"; וכי בהינתן שסביר שחברות מסחריות לא יעניקו הסכמה מפורשת למשלוח דואר זבל, יש להגמיש את הדרישות להוכחת הסכמת המזמין כך שזו תילמד מנסיבות העניין – לרבות שתיקה של המזמין, היעדר פיקוח, או נסיבות אחרות שמצביעות על כך שהמזמין הבין שהקבלן "המשגר" פועל בניגוד לחוק. במילים אחרות, נקבע כי מקום שמדובר במשלוח הודעות ספאם יש לפרש את החריג שבסעיף 15(3) לפקודה באופן רחב, כך שיחול גם על המזמין – "המפרסם בפועל" כלשון ההחלטה – שבחר את הקבלן המבצע ועצם את עיניו לנוכח דרכי הפעולות האסורות שבהן נקט אותו קבלן; תוך שצוין כי "המזמין המשלם לפי מספר הדיוורים מודע לאפשרות של שימוש לרעה באפשרויות הדיוור, וככל שלא הוכח כי נקט פעולות ממשיות למניעת ההפרה – יש להחזיקו כמי שידע והרשה את המעשה". ובנקודה זו הודגש כי אמנם המזמין איננו נדרש לפקח על הפעילות של חברת הפרסום, אולם הוא אינו יוצא ידי חובתו בכך שהוא כולל בהתקשרות עימה התחייבות לפעול כדין.

6. בהתייחס לנסיבות המקרה, נקבע כי אף שישנם מסמכים וראיות שמעידים לכאורה על כך שהחברות ביקשו להימנע ממשלוח דואר זבל, בפועל החברות התירו דיוור אלקטרוני וידעו שקליק און פועלת באמצעות רשת של שותפים – והעובדה שהן לא בדקו את השותפים בקליק און ולא ביקשו לחקור ולוודא כי אלה פועלים בהתאם לדין, מלמדת על עצימת עיניים מצד החברות בנוגע לדרכי הפעולה הפסולות של קליק און. זאת במיוחד בהינתן ששיטת התגמול שעליה הסכימו הצדדים, המבוססת על מספר ה"לידים" (lead) שקליק און מספקת (פרטי מידע על לקוחות פוטנציאליים), מתמרצת את קליק און להרחיב את מעגל מקבלי הדיוור – כך שעל המזמין להיות מודע לסכנה "ולקדם פני הרעה שתתרחש בשמו ובעבורו". בית המשפט המחוזי ציין בהקשר זה כי טענת החברות שלפיה הן התכוונו שיישלחו הודעות רק לנמענים שביקשו לקבל פרסומת בעניין הגרלות, היא מוקשית – זאת משעה שהחברות לא בדקו כיצד ניתן בכלל לקבל רשימת

נמענים מעין זו. בנוסף, בית המשפט הפנה לכך שהגם שבמסמך המדיניות של החברות נכתב כי "אין להשתמש בהצעות מתמרצות (כגון פרסום, בונוסים, כסף וירטואלי או תשלום עבור ביצוע פעולה של הזנת ליד)" – ברי כי זו בדיוק הייתה דרך הפעולה שננקטה על ידי החברות באמצעות קליק און; ואין זאת אלא שמדובר ב"מעין קריצת עין" מצד החברות. עוד נאמר, כי החברות אף לא הציגו את החוזה שבו התקשרו עם קליק און – וראיה זו בולטת בהיעדרה, והדבר פועל לחובתן של החברות. בהתבסס על האמור, ובשים לב לפרשנות הרחבה שנקבע שיש ליתן לחריג שבסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין "לצורך חוק הספאס", נקבע כי החברות אינן זכאיות ליהנות מן ההגנה שמוענקת לבעל חוזה, וניתן אישור נוסף לנהל גם נגדן את התובענה הייצוגית.

מכאן בקשת רשות הערעור שלפנינו.

טענות הצדדים

7. החברות טוענות כי החלטת האישור השנייה קובעת ברירת מחדל שלפיה כל מי שהתקשר עם קבלן במטרה לקבל ממנו שירותי דיוור, חזקה עליו כי הרשה או אישר את ביצוען של העוולות שצמחו ממעשי הקבלן – אלא אם כן הוא הוכיח שנקט בפעולות ממשיות למניעת ההפרות. לדבריהן, הדבר מנוגד לפסיקה העקבית של בית משפט זה שלפיה יש להוכיח מודעות בפועל של המזמין "למעשה שגרם לפגיעה או לנזק" כתנאי לתחולת החריג שבסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין – ולשיטתן "ללא הוכחת מודעות של ממש לביצוע מעשי עוולה, כלל לא ניתן לדבר על הרשאה או אשרור – לא במפורש ולא בשתיקה". בהתאם, נטען כי קביעת בית המשפט המחוזי שלפיה החברות היו צריכות להיות מודעות לכך שקיימת אפשרות "אמורפית ותיאורטית" כי השותפים בקליק און עלולים להפר את הוראות הדין, אינה עונה על תנאי הסף הדורש ידיעה פוזיטיבית; והיא מרוקנת מתוכן את הוראות סעיף 15 לפקודת הנזיקין, שכן היא מחזיקה כל קבלן כ"חשוד" בהפרת הוראות החוק ומטילה על המזמין חובת פיקוח אקטיבית על מעשיו. על יסוד האמור, נטען כי החלטת האישור השנייה מטילה אחריות מוגברת על כל מזמין, בניגוד לעקרונות הבסיסיים של דיני הנזיקין ולמדיניות שיפוטית ראויה; זאת בפרט בהינתן קביעת בית המשפט המחוזי כי היעדר פיקוח מצד המזמין די בו כדי ללמד שזה אישר את מעשי העוולה שבוצעו על ידי הקבלן.

החברות מוסיפות, כי אף אם הייתה מוכחת מודעות מצידן לפעולות אסורות שביצעה קליק און, בנסיבות העניין לא ניתן לקבוע שהן הסכימו בשתיקה למשלוח ספאס – שכן הן עשו כל שביכולתן על מנת להימנע ממצב שבו יישלחו מטעמן הודעות אסורות. בתוך כך, החברות טוענות כי הן ערכו בירור מעמיק טרם שהתקשרו עם קליק און,

והתקשרו עימה רק לאחר שקיבלו המלצות חיוביות ביחס אליה; כי הן וידאו באופן יזום כי קליק און והשותפים בה פועלים כדין; ואף לאחר ההתקשרות וערב ביצוע הדיוור האלקטרוני בפועל, החברות חזרו והדגישו את דרישתן שלא יישלח מטעמן דבר פרסומת אסור. בהתאם, נטען כי בית המשפט המחוזי שגה בכך שלא נתן משקל ראוי לכל אותן הפעולות שבוצעו על ידן; ולדברים נודע משנה חשיבות לטענתן משעה שכהן לא הציגה ראיה ממשית כלשהי שמצביעה ולו לכאורה על כך שהחברות אמנם הרשו או אישרו דיוור בניגוד לדין. מכל מקום, נטען כי ברי שלא מדובר במקרה חריג וקיצוני שמאפשר לראות הסכמה שבשתיקה כשקולה להרשאה או אשרור לצורך תחולת החריג שבסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין; וכי קביעת בית המשפט המחוזי שהחברות לא הוכיחו שהן נקטו בפעולות ממשיות למניעת ההפרה, הופכת באופן מובהק את נטל ההוכחה שמתחייב מסעיף 15 לפקודה והחריגים המנויים במסגרתו.

8. כהן עומדת על כך שהחלטת האישור השנייה נסמכת על קביעות עובדתיות חד-משמעיות של בית המשפט המחוזי והתרשמות בלתי אמצעית וישירה מהעדויות, והלכה היא שערכאת הערעור איננה מתערבת בקביעות מעין אלה. לדברי כהן, בשונה מאופן הצגת הדברים בבקשת רשות הערעור, בית המשפט המחוזי קבע – לאחר שניתח את העדויות והראיות שהובאו לפניו – כי החברות היו מודעות לדרך הפעולה הפסולה של קליק און; בין היתר מאחר שסוג העבודה שהוזמנה על ידן והתגמול שנקבע עבורה מתמרץ הפרה של הדין. לגישת כהן, די בכך כדי לדחות את טענת החברות כי לא הוכח שהן היו מודעות לפעולה הפסולה; ולשיטתה, מהתמונה שמצטיירת עולה כי החברות ביקשו להשיג כמה שיותר "לידים", כלומר לקוחות פוטנציאליים שמעוניינים להשתתף בהגרלות, ולא עניין אותן כיצד קליק און מגיעה אליהם.

כהן מוסיפה וטוענת כי בנסיבות שבהן נקבע שהחברות היו מודעות לדרכי הפעולה הפסולות של קליק און, ובהינתן שהן לא הציגו ולו בדל ראיה לכך שנקטו צעדים כלשהם למניעת משלוח ספאם, צדק בית המשפט בקובעו כי יש לראות בהתנהלות החברות כ"הסכמה שבשתיקה" למעשי העוולה של קליק און, השקולה להרשאה או אשרור של מעשי השותפים בקליק און. וכנגזרת מכך, בדין נקבע שאין תחולה לחריג שבסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין בנסיבות המקרה. לעומת כהן, אין בקביעה זו משום היפוך נטל ההוכחה כטענת החברות; בפרט, לנוכח האינדיקציות השונות שעליהן הצביע בית המשפט המחוזי לעניין טיב ההתקשרות שבין הצדדים, המצדיקות להטיל על החברות אחריות מוגברת. לדברי כהן, כל פרשנות אחרת לסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין תרוקן מתוכן את האיסורים שנקבעו בחוק התקשורת לעניין משלוח ספאם, ותוביל למצב שבו מזמינים יסתתרו מאחורי גבן של החברות המדוורות. בכל מקרה, לטענת כהן, מכלול

הראיות מלמד כי הוכח ברמה הנדרשת שהחברות הרשו לקליק און לשלוח דברי פרסומת בניגוד לחוק; ובהקשר זה צוין כי לא בכדי החברות נמנעו מלהציג לבית המשפט המחוזי את ההסכם שלטענתן נכרת בינן ובין קליק און – ולשיטת כהן יש לזקוף זאת לחובתן.

9. אימייליון מצידה לא הגישה תשובה לבקשת רשות הערעור, ואף הודיעה כי היא אינה נוקטת עמדה בשאלה המשפטית נושא הליך זה. בנסיבות אלה ולבקשת אימייליון, ניתן לה פטור מהתייצבות לדיון.

דיון והכרעה

10. כפי שכבר צוין, בליבת הדיון ניצבת השאלה אם מי שהתקשר עם חברת פרסום בהסכם למתן שירותי פרסום, יש לראותו כאחראי למשלוח הודעות ספאם – אף שאלה לא שוגרו בפועל על ידו אלא על ידי חברת הפרסום (ויאמר כי השימוש במונח "חברת פרסום" הוא למען הנוחות בלבד, והכוונה היא לכל גורם שמספק שירותי קידום, שיווק או פרסום). המדובר בסוגיה עקרונית המצויה במפגש שבין דיני הספאם (spam) ובין דיני הנזיקין, שיכול שתתעורר הן בהליכים ייצוגיים הן בהליכים "רגילים" – ובתור שכזו היא בעלת חשיבות החורגת מעניינם של הצדדים לדיון.

משאלה פני הדברים, במהלך הדיון שהתקיים לפנינו ובהסכמת כהן (המשיבה 1), הוחלט ליתן רשות ערעור ולדון בבקשה כאילו הוגש ערעור לפי הרשות שניתנה. לאחר שקילת טיעוני הצדדים, בכתב ובעל פה, אציע לחבריי לדחות את הערעור; והמשמעות היא שהתובענה הייצוגית תוסיף להתנהל גם נגד החברות.

11. כפי שתואר, הדיון בבקשת האישור עבר מספר גלגולים – ובשלב זה עיקר המחלוקת מתמצה בשאלת תחולתו של סעיף 15(3) לפקודת הנזיקין בעניינן של החברות. טרם שאדרש לסוגיה זו, אתייחס בקצרה לשתי קביעות נורמטיביות שקיבלו ביטוי בעניין סמארט קלאב (רע"א 7608/16 סמארט קלאב אחזקות בע"מ נ' כהן (14.2.2017)) וגידרו את הדיון לשאלה האמורה – האחת, שלמרות שהחברות נכללות בהגדרה הרחבה שניתנה ל"מפרסם" בחוק התקשורת, לא ניתן להטיל עליהן אחריות נזיקית מכוח סעיף 30א לחוק התקשורת, שכן הן לא אלה ש"לחצו על ההדק" ושיגרו את הספאם בפועל (עניין סמארט קלאב, פסקה 5; ראו גם: רע"א 2059/16 א.א. קליניקות כרמל בע"מ נ' כהן, פסקה 11 (27.7.2016)), להלן: עניין קליניקות כרמל; אביאל פלינט וחגי ויניצקי תובענות ייצוגיות 592 (2017), להלן: פלינט וויניצקי); השנייה, כי יש לסווג את היחסים שבין החברות וקליק און כיחסי מזמין-קבלן עצמאי ומכאן שעל מנת להשית על החברות אחריות, נדרש

לבחון אם מתקיים איזה מן החריגים שבסעיף 15 לפקודת הנזיקין (עניין סמארט קלאב, פסקאות 6-7).

תחילה לדרישת "השיגור". לפי עניין סמארט קלאב, "שיגור" דבר פרסומת הוא אחד מיסודות העוולה הקבועה בסעיף 30א לחוק התקשורת, ובהתאם מי שנושא באחריות ישירה למשלוח דבר פרסומת הוא ככלל אותו גורם ששיגר את ההודעה. מעבר לכך שדרישת "השיגור" מעוגנת היטב בלשון הוראות חוק התקשורת שמתייחסות למצב שבו המפרסם שיגר דבר פרסומת (ראו: סעיפים 30א(ב)-(ג) לחוק התקשורת וסעיפים 30א(ה)-(ו) לחוק זה), הגיונה של דרישה זו בצידה – שכן היא יוצרת מנגנון מאוזן, שמצד אחד מטיל אחריות ישירה על הגורם שלוחץ על כפתור "השליחה" (send) ומחזיק באמצעי ההפצה ההמוניים, ומצד שני מונע הרתעת יתר והטלת אחריות אוטומטית על כל מזמין, גם אם הדבר נעשה בלא ידיעתו ואף בניגוד לדעתו, ואיזון זה דרוש לקיום חיי מסחר תקינים (ראו והשוו: ע"א 534/17 לפיד נ' סלקום ישראל בע"מ, פסקה 19 (6.3.2019), להלן: עניין לפיד). יבואר בנקודה זו כי תנאי "השיגור" איננו מצמצם את תחולת החוק רק לחברות שיווק או פרסום שבאמצעותן משוגר דואר זבל של גופים מסחריים לנמענים, שכן ישנם לא מעט גורמים מסחריים הנכללים בהגדרה "מפרסם" שמשגרים בעצמם הודעות לנמענים ללא "תיווך"; אולם, הוא מעורר חשש לא מבוטל שגופים מסחריים יעדיפו לפרסם את עסקיהם באמצעות גורם שלישי על מנת לעקוף את הוראות חוק התקשורת – והדבר עלול לרוקן מתוכן את האיסור על משלוח ספאם.

במענה לחשש זה יובהר תחילה, כי מאחר שלא אחת יש קושי לאתר את הגורם ששלח בפועל את ההודעה, הנחת המוצא היא שהודעת פרסום המפרסמת את עסקיו של גורם מסוים – שוגרה על ידי אותו גורם; וככל שזה טוען כי ההודעות שוגרו על ידי חברת פרסום, עליו להוכיח זאת. נוסף על כך, וזה העיקר לענייננו, גם אם הגורם המסחרי הראה שדבר הפרסומת לא שוגר על ידו, עדיין ניתן ואף ראוי בנסיבות מסוימות לייחס לו אחריות בגין מעשה השיגור, קרי: בשל משלוח הספאם – וזאת מכוח הוראות פקודת הנזיקין המטילות אחריות בגין מעשי הזולת על "מעביד" (סעיף 13 לפקודת הנזיקין), "משדל" (סעיף 12 לפקודה), "שולח" (סעיף 14 לפקודה) ואף על "מזמין" בהתקיים חריגים מסוימים (סעיף 15 לפקודה) (להרחבה ראו: עמוס הרמן דיני נזיקין 207-222 (מהדורה שנייה, 2020), להלן: הרמן; אהרן ברק "אחריות למעשי הזולת" דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 435-473 (גד טדסקי עורך, מהדורה שניה, 1976), להלן: ברק "אחריות למעשי הזולת"). בעניין סמארט קלאב, נקבע כי בהתאם לאמות המידה שהותוו בפסיקה, יש לסווג את היחסים שבין החברות לקליק און כיחסי מזמין וקבלן עצמאי – ועניין זה איננו נתון עוד במחלוקת. במצב דברים זה, החברות חוסות לכאורה בצילה של

ההגנה שבסעיף 15 לפקודת הנזיקין, שמעניקה למזמין פטור מאחריות בגין עוולות שבוצעו על ידי הקבלן שפעל למענו; ומכאן שעיקר המחלוקת נסב על השאלה אם בנסיבות העניין מתקיים חריג מן החריגים להגנה הנתונה בסעיף זה, ובענייננו מיקדו הצדדים את טענותיהם בחריג שבסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין. לכך נפנה כעת.

סעיף 15 לפקודת הנזיקין

12. סעיף 15 לפקודת הנזיקין מורה אותנו כי המתקשר בחוזה עם קבלן עצמאי ("אחר") לשם ביצוע עבודה מסוימת, לא יישא באחריות לעוולה שצמחה תוך כדי ביצוע העבודה על ידי הקבלן – למעט במקרים המפורטים בסעיף זה. מפאת מרכזיותה בדיון, נביא את לשון ההוראה במלואה:

לענין פקודה זו, העושה חוזה עם אדם אחר, שאיננו עובדו או שלוחו, על מנת שיעשה למענו מעשה פלוני, לא יהא חב על עוולה שתצמח תוך כדי עשיית אותו מעשה; הוראה זו לא תחול באחת מאלה:

- (1) הוא התרשל בבחירת בעל חוזהו;
- (2) הוא התערב בעבודתו של בעל חוזהו באופן שגרם לפגיעה או לנזק;
- (3) הוא הרשה או אישר את המעשה שגרם לפגיעה או לנזק;
- (4) הוא היה אחראי מכוח חיקוק לעשיית המעשה שביצעו מסר לקבלן עצמאי;
- (5) הדבר שלעשייתו נעשה החוזה היה שלא כדין.

הפטור המעוגן בסעיף 15 לפקודת הנזיקין מבוסס על ההנחה שהמזמין אינו שולט בפעילות הקבלן שעימו התקשר או באופן שבו הוא מבצע את עבודתו (שלעיתים מבוצעת אף על ידי קבלן משנה), ולכן אין הצדקה להטיל על המזמין חבות בנזיקין בגין אופן ביצוע הפעולה; זאת, בין היתר, כדי למנוע "גזירה שאין הוא יכול לעמוד בה" (השופט צ' זילברטל ב-ע"א 3370/12 כהן נ' גדעון (26.1.2014), להלן: עניין כהן; וראו גם: רע"א 1747/20 פלוני נ' משרד החינוך - מדינת ישראל, פסקה 8 (21.7.2020)). כך למשל ביחס לביצוע פעולות בנייה, נקבע כי באופן כללי אין להשית אחריות על מזמין סביר שלא התרשל בבחירת הקבלן (כל עוד לא מתקיים איזה מהחריגים האחרים שבסעיף 15 לפקודת הנזיקין); זאת בהינתן שבמרבית המקרים, המזמין נעדר מומחיות או מיומנות בתחום המקצועי של הקבלן. בהתאם, נקבע כי אין מקום לדרוש מהמזמין לפקח על פעולותיהם של קבלני הביצוע מטעמו (ראו: ע"א 1051/14 עדן בריאות טבע מרקט בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקאות 28-29 (30.8.2015), להלן: עניין עדן טבע); וכי המזמין איננו נדרש לברר מי יבצע את הבנייה, מהן הסכנות הכרוכות בביצועה ואלו אמצעי הגנה ובטיחות יעמיד הקבלן לרשות עובדיו (עניין כהן, חוות דעת השופט צ' זילברטל).

13. אשר לחריגים שבסעיף 15 לפקודת הנזיקין – המשותף להם הוא העיקרון שלפיו "צד אינו רשאי לזכות בפטור מחבות בנזיקין, כאשר הוא תרם ישירות לקרות הנזק" (ע"א 1228/08 מולרס מערכות שינוי והרמה נ' ביטוח חקלאי אגודה שיתופית בע"מ, פסקה 5 (28.6.2011), להלן: עניין מולרס). עיקרון זה מבוסס על אשמו של המזמין ביחס למעשה שגרם לפגיעה או לנזק (ראו והשוו: ע"א 411/73 פרחי נ' אלטמן, פ"ד כח (2) 145, 150 (1974)); ואשם זה נלמד מהנסיבות הפרטניות של המקרה ובתוך כך אופי הפעילות שעל הפרק, וטיב מערכת היחסים שבין הצדדים. בהתקיים חריג מן החריגים שבסעיף 15 לפקודת הנזיקין מוטלת על המזמין אחריות אישית, בשונה מאחריות שילוחית; שכן המעשה או המחדל של המזמין קושרים אותו באופן ישיר למעשה העוולה (ראו: הרמן, בעמ' 215).

במאמר מוסגר יצוין, כי בהינתן אופיים של החריגים, בספרות נשמעה דעה שלפיה החסינות שבסעיף 15 לפקודת הנזיקין היא חסינות "מדומה" וכך גם החריגים שבמסגרתה – המהווים בסך הכל שיקוף לעיקרון מרכזי בדיני הנזיקין, שלפיו "אדם אחראי כלפי ניזוק בשל הפרת חובה שדיני הנזיקין מטילים עליו" (אהרן ברק "האחריות בנזיקין של מעסיק למעשיו של קבלן עצמאי" הפרקליט 355, 384 (1963), להלן: ברק "האחריות למעשיו של קבלן עצמאי"). לפי גישה זו, החריגים משקפים אחריות אישית של המזמין לנזק שאירע על ידי הקבלן – למשל, כאשר המזמין התרשל בבחירת הקבלן והתרשלות זו היא שגרמה לנזק, אזי ניתן יהיה להטיל אחריות על המזמין מכוח סעיף 15(1) לפקודה (שם, בעמ' 359); ומכאן, שדה פקטו אין מדובר בהטלת אחריות בגין מעשי הזולת, כי אם בהטלת אחריות בשל מעשה או מחדל אישי של המזמין.

14. בענייננו הצדדים מיקדו כאמור את טענותיהם בחריג שבסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין שמתייחס למצב שבו המזמין "הרשה או אישר את המעשה שגרם לפגיעה או לנזק". דומה כי ביסוד החריג ההנחה שהקבלן הוא "המוציא לפועל" של רצון המזמין, ולכן אם המזמין הרשה או אישר את פעילות הקבלן שגרמה לנזק – יש להשית גם על המזמין אחריות לפיצוי הניזוק.

מלשון הסעיף והשימוש במילים הפוזיטיביות "הרשה או אישר", ניכר כי נדרשת הסכמה מצד המזמין למעשה הספציפי שגרם לנזק או לפגיעה – ובענייננו המעשה הרלוונטי הוא שיגור ספאם. ההסכמה של המזמין מעידה על ה"אשם" שלו ביחס למעשה שגרם לנזק; ולהסכמה הנדרשת יש ליצוק תוכן בשים לב לטיב הפעילות שבה עסקינן ואופי מערכת היחסים שבין המזמין לקבלן (ראו והשוו: ע"א 804/77 נימר נ' דיאב, פ"ד לד (2) 729, 732-733, 736 (1980); ע"א 131/55 י. פרידמן ובניו בע"מ נ' לוי, פ"ד יא

145, 149 (1957), להלן: עניין לוי). כך למשל ולצורך ההמחשה, אין מערכת היחסים של נוסע אקראי עם נהג מונית שמסיע אותו ליעד מסוים, כמערכת היחסים של אדם עם קבלן המבצע עבודות שריפה בחצריו. במקרה הראשון, ככל שתתרחש תאונה כתוצאה מנהיגה רשלנית של נהג המונית, יהיה קושי לייחס אחריות בגין התאונה לנוסע שישב ברכב וידע כי הנהג נוסע בניגוד לחוק, אלא אם כן יוכח שהנוסע הרשה במפורש לנהג לנהוג בצורה זו – וגם אז לא מובן מאליו שיש לעשות כן (הדוגמה הובאה ב-ע"א 176/62 לב נ' טורד'מן (תורג'מן), טז 2625, 2629 (1962), להלן: עניין לב). במקרה השני, מאחר שהשימוש באש טומן בחובו סכנה גדולה – אף אם לא ימצאו ראיות לאישור מובהק מצד המזמין לביצוע השריפה במתכונת שבה היא נעשתה, עדיין נראה שבנסיבות מסוימות ניתן יהיה להסתפק בכך שהמזמין ידע כי השריפה מתבצעת באופן רשלני על מנת להשית עליו אחריות מכוח החריג שבסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין, היינו כי הוא הסכים למעשה זה בשתיקה, וזאת בין היתר בשל הזהירות המתבקשת מעצם השימוש באש (עניין לוי, בעמ' 149; וראו גם: עניין לב, בעמ' 2632-2637).

אף שהפסיקה בנוגע לסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין איננה רבה, ניכר שעל פי רוב נדרש שההסכמה מצד המזמין למעשה שגרם לפגיעה או לנזק תהיה מפורשת וברורה; זאת כאמור על מנת שלא להטיל נטל בלתי סביר על המזמין שאיננו שולט בפעולות הקבלן העצמאי, ואיננו בעל מומחיות בתחום ההתקשרות. עם זאת, ייתכנו מקרים שבהם ניתן יהיה להסתפק בהסכמה שבשתיקה לצורך החלת החריג שבסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין "וזאת בהתקיים נסיבות מיוחדות שהצדיקו הטלת אחריות מוגברת על המזמין" (עניין קליניקות כרמל, פסקה 11) – וכפי שיפורט להלן, דומה כי אלה הם פני הדברים כאשר מדובר ביחסים שבין גורם המבקש לפרסם את עסקיו באמצעות משלוח הודעות בתפוצה רחבה ובין חברת פרסום שעושה זאת עבורו. כך, בהינתן אופי האיסור שנקבע בחוק התקשורת ובראי התכלית שחקיקה זו נועדה להגשים.

15. סעיף 30א לחוק התקשורת, שתוקן בשנת 2008 (חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 40), התשס"ח-2008) כולל שורה של הוראות שמטרתן, כפי שעולה מדברי ההסבר, ליתן מענה לתופעה הפסולה של הפצה המונית של הודעות פרסומת באמצעים אלקטרוניים לנמענים שלא נתנו את אישורם לכך ואינם חפצים בהן. הוראות אלה מגלמות שאיפה חברתית חדשה יחסית, שנולדה על רקע התפתחויות טכנולוגיות המאפשרות לשגר הודעות פרסומת בתפוצה רחבה ובעלות זניחה. ביסוד הוראות החוק, התפישה שמשלוח ספאם פוגע בפרטיות המשתמש, גורם לו למטרד, יוצר בעיות אבטחת מידע, מסייע להפצת וירוסים וכן מעמיס עלויות כלכליות מיותרות – בשל אובדן זמן והשקעת משאבים לסינון ומניעת הספאם (להרחבה על אודות ההיבטים השליליים הכרוכים

במשלוח ספאם, ראו: רע"א 1954/14 חזני נ' הנגבי, פסקה 2 (4.8.2014); וראו גם: עניין לפיד, פסקאות 6-7; רע"א 7064/17 ארד נ' מנקס אונליין טריידינג בע"מ, פסקה 17 והאסמכתאות שם (11.12.2018), להלן: עניין ארד; רע"א 2904/14 גלסברג נ' קלאב רמון בע"מ, פסקה ח (27.7.2014)).

הנה כי כן, הוראות חוק התקשורת קובעות איסור על שליחת הודעת פרסומת לנמען שלא התיר זאת בכתב ומראש, למעט חריגים הנוגעים למאפייני הפנייה, לזהות השולח והנמען ולטיב מערכת היחסים שביניהם (להרחבה ראו: עניין לפיד, פסקאות 17-15; וכן סעיפים 30א(ג)-(ד) לחוק). המדובר באיסור כללי שחל על כל מי שבא בגדרי ההגדרה הרחבה של "מפרסם" – כאמור, "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, ובכלל זה לקדם קבלת תרומות או תעמולה, או מי שמשווק את נושא דבר הפרסומת בעבור אחר [...]". והגדרה זו כוללת בחובה הן את הגורם שעיסוקו בשיווק ובפרסום הן את הגורם שנהנה מן הפרסום הלכה למעשה; אף שכפי שכבר צוין אחריות נזיקית מכוח הוראות חוק התקשורת ניתן להשית רק על מי ששיגר את ההודעות בפועל. חוק התקשורת כולל מספר מנגנונים שתכליתם לתמרץ אכיפה "אזרחית" של האיסור (לצד סנקציה עונשית שנקבעה בסעיף 30א(ו) לחוק) – ובהם האפשרות לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק מקום שההפרה נעשתה ביודעין, ולחלופין לנהל תובענה ייצוגית נגד המפר (פרט 12 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות); וראו: עניין ארד, פסקאות 20-23). מנגנונים אלה נועדו לעודד הגשת תביעות בתחום הספאם, אף שעל פי רוב מדובר בתביעות בעלות "ערך שלילי" – "תביעות שהעלות הכרוכה בניהולן בידי תובע בודד עולה על התועלת הצפויה מהן ועל כן הגשתן אינה כדאית" (עניין חזני, פסקאות 8-9). ויצוין אגב כך, כי העובדה שבשל היקפה הכספי תביעה לפיצויים ללא הוכחת נזק מוגשת על פי רוב לבית משפט לתביעות קטנות, מקילה על התובעים ותורמת גם היא לאכיפה של הדין (ראו: עניין ארד, פסקאות 12 ו-15).

16. בראי האיסור הכללי על משלוח ספאם והתכלית שבגינה נחקק חוק התקשורת, כאשר עסקינן ביחסים שבין מזמין וקבלן שירותי שיווק ופרסום, יש לצמצם את גדר המקרים שבהם יינתן פטור מאחריות נזיקית למזמין, וזאת על ידי מתן פרשנות רחבה ל"הרשאה או אשרור", כך שיכללו גם הסכמה שבשתיקה (ראו: עניין קליניקות הכרמל, פסקה 11). במובן זה, אני שותפה לעמדת בית המשפט המחוזי כי "לצורך חוק הספאם" יש לפרש את החריג שבסעיף 15(3) לפקודה באופן רחב.

מסקנה זו מתחייבת מן מהתכלית ההרתעתית של החוק והשאיפה למגר את תופעת משלוח הספאם שהלכה וצברה תאוצה בשנים האחרונות, ומהווה מענה לחשש כי מזמינים יתקשרו עם מפרסמים על מנת "לעקוף" את האיסור על משלוח ספאם; ויש בכך גם משום הלימה להגדרה הרחבה שניתנה בחוק למונח "מפרסם". הדבר אף עולה בקנה אחד עם שיקולי צדק והרתעה שעומדים בבסיס דיני הנזיקין. זאת בהיות המזמין הנהנה העיקרי ממשלוח הספאם ולפיכך מן הראוי כי יישא גם בתוצאותיו, במיוחד בהינתן שהדבר יוביל לפיזור הוגן ויעיל יותר של הנזק (ראו והשוו: ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך א' 214-215 (2012); ע"א 8146/13 ד"ר סולימאן ג'ושה נ' בית החולים אלדג'אני (בפירוק), פסקה 3 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל (21.7.2016)); וכן מכיוון שבידי המזמין הכלים למנוע משלוח ספאם, בהיותו מי שרוכש את שירותי הפרסום.

17. הסכמה שבשתיקה עשויה לקבל ביטוי שונה בסיטואציות שונות, ובהכללה מסוימת נראה כי ניתן לראות בשתיקה כהסכמה מקום שהמזמין מודע לכך שנשלח ספאם מטעמו ולא פועל למנוע זאת. מטבע הדברים, במקרה של הסכמה על דרך השתיקה הדגש מוסב על שאלת המודעות – קרי אם המזמין ידע שהקבלן יבצע עוולה תוך כדי עשיית המעשה שלשמו התקשר עימו ולא פעל למנוע זו. ויודגש כי "מודעות" יכולה להיות ידיעה בפועל (ראו והשוו: רע"א 8075/16 אלקטרו קובי בע"מ נ' עו"ד נאטר, פסקה 4 (17.1.2017); רע"א 1621/16 MEGA ADVANCED MATHEMATICAL SYSTEM LTD נ' עו"ד זילברג, פסקה 11 (14.6.2016)); וכן עצימת עיניים – שהרי הלכה היא ש"עצימת עיניים" כמוה כמודעות לקיומה של עובדה או של זכות" (ע"א 7785/99 ארוך נ' פאריינטי, פ"ד נה(3) 85, 92 (2001); ראו והשוו בהקשר של עוולת "גרם הפרת חוזה": הרמן, בעמ' 36, ע"א 8810/08 ברוש נ' יעקב פריצקר ושות' חברה לבנין חיפה בע"מ, פסקה כה והאסמכתאות שם (7.11.2010)).

יובהר בנקודה זו כי אין בדברים כדי להשליך על נטל ההוכחה, כטענת החברות – והנטל להוכחת התקיימות החריג שבסעיף 15 לפקודת הנזיקין עודנו מוטל על התובע. המשמעות היא, שהתובע נדרש להראות כי המזמין הרשה או אישר (גם אם בשתיקה) את משלוח הספאם; ואם לנתבע גרסה סותרת, שומה עליו להוכיחה.

מן הכלל אל הפרט

18. נקודת המוצא, כפי שנקבע בהחלטת האישור השנייה, היא כי לא הוכח שהחברות הרשו או אישרו באופן מפורש לקליק און לשלוח ספאם. משאלה פני הדברים, הדיון מתמקד בשאלה אם ישנה אפשרות סבירה שייקבע כי ניתנה הרשאה

למשלוח ספאם, אף שזו לא ניתנה באופן מפורש – וכפי שכבר צוין, על מנת להשיב על שאלה זו יש לתת את הדעת לסוגית המודעות, קרי: אם החברות היו מודעות לכך שקליק און תשלח ספאם מטעמן.

19. בענייננו, החברות התקשרו עם קליק און בהסכם למתן שירותי פרסום, בין היתר באמצעות דיוור ישיר, שמטרתו הייתה להגדיל את החשיפה של החברות ואת היקף הלקוחות הפוטנציאליים. ואמנם החברות העידו על עצמן ששאיפתן הייתה להגיע לפרסום רחב ככל האפשר (סעיף 6 להחלטת האישור השנייה). "המוקש" העיקרי בהתקשרות מעין זו הוא החשש מפני משלוח ספאם – דהיינו, שחלק מההודעות יישלחו לנמענים שלא הביעו את הסכמתם לכך (ראו והשוו: עניין מולדס, פסקה 5); זאת בפרט בהינתן שיטת התגמול שנקבעה – לפי כמות "לידים", קרי: לקוחות פוטנציאליים, שאותרו על ידי קליק און (ראו: פלינט וויניצקי, בעמ' 593).

הגם שהחשש מפני משלוח ספאם היה ממשי ומסתבר, נראה כי החברות העדיפו לא לדעת הכיצד בכוונתן של השותפות בקליק און להשיג לקוחות חדשים, והסתפקו בהצהרה כללית כי השותפות ינהגו בהתאם לדין. דומה אם כן כי יש לראות בהתנהלותן משום עצימת עיניים כלפי העובדה המסתברת שעתיד להישלח ספאם מטעמן. עצימת העיניים מתחדדת במיוחד מקום שהחברות טענו כי הן ביקשו לשלוח הודעות רק לנמענים שהסכימו לכך, מבלי שהחברות ידעו להסביר אם וכיצד הדבר בכלל אפשרי, ובשים לב להצהרתן כי הן לא סיפקו לקליק און רשימה מעין זו. וייאמר כי גם אם ישנן דרכים לגיטימיות להשגת "לידים" שאינן נחשבות לספאם (ראו למשל: ת"צ (מחוזי מרכז) 1862-11-12 טויוטו נ' Google Inc. (18.9.2014); ערעור על פסק הדין נמחק בהסכמת הצדדים בפסק דין מיום 1.2.2016 (ע"א 7573/14)), החברות לא טענו וממילא לא הוכיחו בשלב זה כי בנסיבות המקרה ניתן היה להשיג את מטרות ההתקשרות מבלי לשלוח ספאם. הנה כי כן, הותרת אופן משלוח ההודעות עמום ועלום, מרמזת על כך שהחברות ידעו כי קליק און משגרת ספאם או עצמו עיניהן כלפי אפשרות זו – ובנסיבות המקרה נראה כי מדובר בהסכמה שבשתיקה למשלוח הספאם. וייאמר בהקשר זה, כי יקשה על החברות להישמע בטענה שהן ניסו למנוע את משלוח הספאם, שכן דומה שדרישתן כי הפרסום ייעשה בהתאם לדין הייתה "על הנייר" בלבד. ויודגש כי בהינתן השלב הדיוני שבו מצויה בקשת האישור, מדובר בקביעות לכאוריות בלבד.

זאת ועוד. העובדה שהחברות לא הציגו את ההסכם שנחתם בינן ובין קליק און אומרת דרשני ופועלת לחובת החברות. הוראות ההסכם יכולות היו ללמד על היחסים שבין החברות וקליק און, ולפזר ערפל בנוגע למהות ההתקשרות ושאלות הנוגעות לאופן ביצועו (ראו והשוו: רע"א 7875/06 זלץ נ' הכשרת היישוב חברה לביטוח בע"מ, פסקה 17

(29.11.2009)). משהסכם זה לא הוצג, לא זו בלבד שהגרסה של החברות כי הן וידאו שקליק און פועלת בהתאם לדין נעדרת תימוכין, אלא שיש בכך כדי לחזק את הרושם כי החברות היו מודעות לדרכי הפעולה האסורות של קליק און והעדיפו להתעלם מכך, על מנת שיוכלו ליהנות מתוצאות הספאם בלא לשאת באחריות למשלוח עצמו.

20. לנוכח כל האמור, הוכח לכאורה כי החברות היו מודעות או למצער עצמו עיניהן כלפי העובדה שקליק און פועלת בניגוד לדין – ומשעה שהן לא ביצעו פעולות של ממש למניעת ההפרה, לא מן הנמנע כי יהא מקום לראותן כמי שהסכימו בשתיקה למעשה העוולה. בהינתן הפרשנות הרחבה שנקבע שיש ליתן לחריג שבסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין כאשר עסקינן במערכת יחסים שבין גורם המבקש לפרסם את עסקיו בתפוצה רחבה ובין חברת פרסום שעושה זאת עבורו, כאשר ברקע הדברים התכלית של הוראות חוק התקשורת בהקשר לספאם – יש יסוד לקביעת בית המשפט המחוזי שלפיה מתקיים לכאורה החריג האמור שעניינו בהרשאה או באשרור המעשה שגרם לפגיעה או לנזק; ומכאן שיש סיכוי סביר שייקבע כי ניתן לראות בחברות כאחראיות למשלוח הספאם. המסקנה היא אפוא, כי קיימת אפשרות סבירה שהתובענה נגד החברות תוכרע לטובת הקבוצה (סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות). ומשנקבע בהחלטת האישור הראשונה כי יתר התנאים לאישור התובענה כייצוגית מתקיימים – ניתן להוסיף לנהל את ההליך הייצוגי גם נגד החברות (ראו: רע"א 9617/16 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' לפינר, פסקה 16 (28.10.2018)).

שאלה שעשויה להתעורר בהקשר זה היא אם די בהתקיימות החריג שבסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין, על מנת לשמש כמקור להטלת אחריות על המזמין (כפי שנקבע ב-עניין לוי בעמ' 150), או שתחולת החריג רק מאיינת את ההגנה שבסעיף 15 לפקודת הנזיקין ויש להוסיף ולהראות כי מתקיימים אצל המזמין יסודות של עוולה נזיקית – למשל, שיש קשר בין המעשה שמנוי בחריג לבין הנזק שנגרם לניזוק (לתיאור הגישה התומכת בעמדה זו ראו: ברק "אחריות למעשי הזולת", בעמ' 467-468; ברק "האחריות למעשיו של קבלן עצמאי", בעמ' 361; וראו גם: עניין עדן טבע, פסקה 30). ואולם, אותיר סוגיה זו לעת מצוא – שכן בשלב זה די בקביעות הלכאוריות לעניין תחולת החריג, כדי להקים אפשרות סבירה שהתובענה תתקבל ביחס לחברות. ייאמר עוד, כי על פניו ניתן היה לבחון את אחריות המזמין בקשר עם משלוח ספאם אף לפי חריגים אחרים המנויים בסעיף 15 לפקודת הנזיקין – אולם בהינתן התוצאה ומאחר שהצדדים כלל לא טענו בנושא, אינני נדרשת לכך.

21. ומשהגענו עד הלום, מספר מילות סיכום. במסגרת התיק נדונה השאלה אימתי תוטל אחריות נזיקית על גורם שנשלחו בשמו הודעות ספאם אסורות, מקום שההודעות לא שוגרו על ידו בפועל אלא על ידי קבלן שעזמו התקשר בהסכם. שאלה זו היא נגזרת ישירה של הקביעה כי "שיגור" הוא יסוד מיסודות העוולה הקבועה בסעיף 30א לחוק התקשורת, ומכאן שהאחריות הישירה בגין משלוח ספאם מוטלת על הגורם המשגר; של הקביעה כי בנסיבות המקרה היחסים בין החברות לקליק און הן של "מזמין-קבלן עצמאי"; וכן של העובדה שלפי סעיף 15 לפקודת הנזיקין מי שהתקשר בחוזה עם קבלן לשם עשיית מעשה כלשהו – "לא יהא חב על עוולה שתצמח תוך כדי עשיית אותו מעשה", אלא בהתקיימות אחד מהחריגים המנויים בסעיף זה.

החריגים לפטור שניתן למי שמתקשר בחוזה עם קבלן עצמאי מבוססים על "אשמו" של המזמין ביחס למעשה שגרם לפגיעה או לנזק – ומטבע הדברים אשם זה משתנה ממקרה למקרה ותלוי באופי הפעילות שעל הפרק וטיב מערכת היחסים שבין הצדדים. בענייננו, עסקינן בהתקשרות בין חברות מסחריות ושותפות שמקשרת בין גורמים שונים שמספקים שירותי פרסום ושיווק – שכל תכליתה הרחבת מעגל הלקוחות של אותן חברות. בנסיבות אלה, נקבע כי יש לפרש את הפטור שבסעיף 15 לפקודת הנזיקין על דרך הצמצום; והמשמעות היא שבמקרים מתאימים ניתן להסתפק בהסכמה שבשתיקה למשלוח ספאם לצורך התקיימות החריג שבסעיף 15(3) לפקודה, ואין הכרח להוכיח "הרשאה או אשרור" מפורשים. בהקשר זה הודגש כי הסכמה שבשתיקה נלמדת ממודעות המזמין לכך שיישלח ספאם מטעמו, כאשר גם עצימת עיניים כלפי אפשרות זו היא בגדר ידיעה. נמצאנו למדים, כי מקום שבו יוכח שמזמין היה מודע לכך שהקבלן שעזמו התקשר לצורך מתן שירותי שיווק ופרסום פועל בניגוד להוראות סעיף 30א לחוק התקשורת ולא ניסה למנוע זאת, לרבות אם "רק" עצם את עיניו – יראו במזמין כמי שהרשה או אישר את מעשיו המזיקים של הקבלן והוא לא יוכל ליהנות עוד מן ההגנה שבסעיף 15 לפקודת הנזיקין. מסקנה זו מתבקשת לנוכח התכליות של סעיף 30א לחוק התקשורת, בראשן השאיפה למגר את התופעה הפסולה של הפצה המונית של הודעות פרסומת בלתי רצויות ומכבידות, ויש בה כדי ליתן מענה לחשש שגורמים מסחריים ינצלו לרעה את "דרישת השיגור" על מנת לעקוף את האיסור על משלוח ספאם.

סוף דבר

22. התוצאה היא שהערעור נדחה. החברות (המבקשות) יישאו בהוצאותיה של כהן (המשיבה 1) בסך של 15,000 ש"ח.

השופט י' אלרון:

אני מסכים לפסק דינה המפורט והמנומק של חברתי השופטת ע' ברון.

ש ו פ ט

השופטת י' וילנר:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ע' ברון.

ניתן היום, ט"ז בטבת התשפ"א (31.12.2020).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת