



בבית המשפט העליון

רע"א 7608/16 - ג'

כבוד השופטת א' חיות

לפני:

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

נגד

- המשיבות:
1. בתיה כהן
 2. אימייליון בע"מ

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז
בת"צ 39234-09-12 שניתנה ביום 23.6.2016 על ידי כב'
השופטת א' שטמר

- בשם המבקשות: עו"ד נתנאל חי; עו"ד שמואל הקר; עו"ד יונתן
יהוסף
בשם המשיבה 1: עו"ד אורי קידר; עו"ד גלינה רונקין
בשם המשיבה 2: עו"ד שי ארז

החלטה

בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (כב'
השופטת א' שטמר) מיום 23.6.2016 בת"צ 39234-09-12 בה התקבלה בקשה לאישור
תובענה ייצוגית שהגישה המשיבה 1 (להלן: המשיבה) נגד המבקשות.

1. המבקשות הן חברות פרטיות המעניקות שירותים שונים בקשר למשחקים
והגרלות שעורכים מפעל הפיס והמועצה להסדר ההימורים בספורט. המשיבה 2 (להלן:
אימייליון) היא חברת פרסום ושותפה ברשת של חברות פרסום בשם "קליק און"
(להלן: קליק און) המנוהלת על ידי חברה בשם או.אמ.אס. שיווק מקוון בע"מ (להלן:
או.אמ.אס). המשיבה הגישה נגד המבקשות ואימייליון בקשה לאישור תובענה ייצוגית
בה נטען כי הן שיגרו לתיבת הדואר האלקטרוני שלה דברי פרסומת בניגוד להוראות
סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושירותים), התשמ"ב-1982 (להלן: חוק התקשורת או

החוק). בתשובה לבקשת האישור טענו המבקשות כי אין להטיל עליהן אחריות בגין שיגור דברי הפרסומת שעליהם מלינה המשיבה משום שהם לא שוגרו על ידן אלא על ידי השותפות בקליק און שעמן התקשרו במטרה לקבל שירותי פרסום.

2. בית המשפט קמא קיבל את בקשת האישור והתיר למשיבה לנהל תובענה ייצוגית נגד המבקשות ואימייליון. בית המשפט קמא קבע כי המשיבה הוכיחה ברמה הלכאורית הנדרשת כי שוגרו אליה דברי פרסומת בניגוד לחוק ודחה את טענת המבקשות לפיה אין להטיל עליהן אחריות בגין שיגור דברי הפרסומת האמורים משום ששוגרו על ידי השותפות בקליק און. לעניין זה קבע בית המשפט קמא כי לא עומדת למבקשות ההגנה הקבועה בסעיף 15 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין או הפקודה) לפיה מי שהתקשר עם קבלן עצמאי לא יישא באחריות לעוולות שבוצעו על ידו אלא בהתקיים החריגים המנויים בסעיף וכי העובדה שדרשו מאו.אמ.אס. שלא לפרסם את שירותיהן בניגוד לחוק אף היא אינה פוטרת אותן מאחריות. זאת, כך נקבע, משום שעל פי הוראות חוק התקשורת ניתן להטיל אחריות על מפרסם שהפר את הוראות החוק גם אם פעל באמצעות שלוח. בנוסף על כך קבע בית המשפט קמא כי לא עלה בידן של המבקשות לסתור את החזקה שבסעיף 30א(י)(5) לחוק התקשורת לפיה רואים במי ששיגר דבר פרסומת בניגוד לחוק כמודע לפסול שבמעשיו.

3. בבקשת רשות הערעור טוענות המבקשות כי שגה בית המשפט קמא משקבע כי היחסים בינן ובין השותפות בקליק און הם יחסי שליחות ולשיטתן מדובר ביחסים של מזמין וקבלן עצמאי. עוד טוענות המבקשות כי לא הוכח שהן הרשו לאו.אמ.אס. או לשותפות בקליק און לשגר בשמן דברי פרסומת בניגוד לחוק. מטעמים אלו סבורות המבקשות כי קביעתו של בית המשפט קמא לפיה לא עומדת להן ההגנה הקבועה בסעיף 15 לפקודת הנזיקין היא שגויה. המבקשות מוסיפות וטוענות כי העובדה שהן עונות להגדרה של "מפרסם" בסעיף 30א לחוק התקשורת אין בה כדי לשנות ממסקנה זו, שכן לא ניתן להטיל אחריות מכוחו של הסעיף על מי שלא שיגר בעצמו דברי פרסומת. במקרה דנן, כך טוענות המבקשות, אין חולק שדברי הפרסומת שהתקבלו בתיבת הדואר האלקטרוני של המשיבה לא שוגרו על ידן אלא על ידי חברות פרסום עצמאיות שעמן התקשרו. לפיכך, טוענות המבקשות כי על אף שניתן לראות בהן כמפרסמות של אותם דברי פרסומת לא ניתן לראות בהן כמי ששיגרו אותם בניגוד לחוק. עוד טוענות המבקשות כי שגה בית המשפט קמא משהסתמך על חזקת הידיעה הקבועה בסעיף 30א(י)(5) לחוק התקשורת על מנת להטיל עליהן אחריות. לטענתן, סעיף זה אמנם מחזיק את מי ששיגר דברי פרסומת בניגוד לחוק כמודע לפסול

שבמעשיו, אך הוא אינו קובע חזקה לפיה מזמין ששוגרו בשמו דברי פרסומת בניגוד לחוק מודע לפסול שבמעשי הקבלן שעמו התקשר.

4. לטענת המשיבה אין בסעיף 15 לפקודת הנזיקין כדי לסייע למבקשות שכן הוכח ברמה הנדרשת כי הן התירו לשותפות בקליק און לשגר בשמן דברי פרסומת בניגוד לחוק ולמצער כי הן ידעו שמשוגרים בשמן דברי פרסומת בניגוד לחוק ולא התנגדו לכך. מסקנה זו, כך לטענת המשיבה, עולה בבירור מעדותו של נציג המבקשות בבית המשפט קמא ממנה עולה כי המבקשות נתנו את אישורן לכל דבר פרסומת שנשלח באמצעות הדואר האלקטרוני. עוד טוענת המשיבה כי המבקשות לא הוכיחו שעשו מאמץ כלשהו למנוע מהשותפות בקליק און לשלוח דברי פרסומת בניגוד לחוק.

אי מייליון טוענת כי לא היה מקום לייחס לה אחריות לדברי פרסומת שנשלחו על ידי שותפות אחרות בקליק און ולטענתה שגה בית המשפט קמא משהתיר למשיבה לנהל נגדה תובענה ייצוגית.

5. לאחר שעיינתי בטענות הצדדים הגעתי למסקנה כי יש לקבל את בקשת רשות הערעור ולדון בה כבערעור. כמו כן, הגעתי למסקנה כי יש לקבל את הערעור.

סעיף 30א(ב) לחוק התקשורת מורה: "לא ישגר מפרסם דבר פרסומת ... בלא קבלת הסכמה מפורשת מראש של הנמען" ואילו סעיף 30א(ה) לחוק קובע תנאים מסוימים שבהם חייב לעמוד "מפרסם המשגר דבר פרסומת". סעיף 30א(ט) לחוק מורה כי "הפרת הוראות סעיף זה היא עוולה אזרחית והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש], יחולו עליה, בכפוף להוראות סעיף זה". מן האמור עולה כי "שיגור" של דבר פרסומת הוא חלק מיסודות העוולה הקבועה בסעיף 30א לחוק התקשורת וכי לא ניתן להטיל אחריות אזרחית מכוחו של סעיף זה על מי שלא ביצע פעולה כאמור. מכאן, שהטלת אחריות מכוחו של סעיף 30א על מי שהתקשר עם אחר על מנת שישגר בעבורו דברי פרסומת מותנית בכך שניתן לייחס לאותו אדם אחריות לפעולות השיגור שביצע האחר. אחריות כאמור תתגבש כאשר מי ששיגר את דברי הפרסומת פעל כשלוחו או כעובדו של האדם שדברי הפרסומת שוגרו בעבורו. עם זאת, כאשר האחר לא פעל כעובדו או כשלוחו של האדם שדברי הפרסומת שוגרו בעבורו אלא כקבלן עצמאי, לא ניתן להטיל על מזמין העבודה אחריות למעשי השיגור של הקבלן אלא בהתקיים אחד התריגים הקבועים בסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין (ראו: רע"א 1621/16 Mega Advanced Mathematical System LTD נ' זילברג, בפסקה 11 (14.6.2016); רע"א 2059/16 א.א. קליניקות כרמל בע"מ נ' כהן, בפסקאות 9-11 (27.7.2016) (להלן: עניין קליניקות כרמל)).

6. במקרה דנן קבע בית המשפט קמא כי ישנה אפשרות סבירה שייקבע כי השותפות בקליק און פעלו כשלוחות של המבקשות. דעתי בעניין זה שונה. אף שהאבחנה בין קבלן עצמאי לשלוח בדיני הנזיקין אינה תמיד פשוטה, נראה כי על פי המבחנים הנקוטים לעניין זה בפסיקה יש לסווג את היחסים בין המבקשות לשותפות בקליק און כיחסים של "מזמין" ו"קבלן עצמי" (וראו לעניין זה: ע"א 502/78 מדינת ישראל נ' ירוחם, פ"ד לה (4) 748, 756-757 (1981); ע"א 273/80 מדינה נ' כהן, פ"ד לז (2) 29, 37-39 (1983); עוד ראו והשוו: עניין קליניקות כרמל, בפסקה 8) ודומה כי גם המשיבה אינה חולקת על כך בשלב זה, אך טוענת כי גם אם השותפות בקליק און פעלו כקבלניות עצמאיות ניתן להטיל על המבקשות אחריות למעשיהן.

7. בהינתן המסקנה שהיחסים בין המבקשות והשותפות בקליק און היו יחסים של מזמין וקבלן עצמאי, יש לבחון האם מתקיים בענייננו אחד החריגים הקבועים בסעיף 15 לפקודת הנזיקין. בית המשפט קמא קבע כי לא עומדת למבקשות ההגנה הקבועה בסעיף 15 לפקודת הנזיקין, בין היתר, משום שלא עלה בידן לסתור את החזקה שבסעיף 30א(י)(5) לחוק התקשורת לפיה רואים במי ששיגר דבר פרסומת בניגוד לחוק כמודע לפסול שבמעשיו. נראה שבכך כיוון בית המשפט קמא לחריג הקבוע בסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין לפיו ניתן להטיל על מזמין אחריות לעוולה שבוצעה על ידי הקבלן העצמאי שעמו התקשר אם הרשה או אישר את ביצוע העוולה. ואולם, בצדק טוענות המבקשות כי סעיף 30א(י)(5) לחוק התקשורת מחזיק את מי ששיגר דבר פרסומת בניגוד לחוק כמודע לפסול שבמעשיו, ולא את המזמין שבשמו שוגרו דברי פרסומת. לפיכך, לא היה מקום לייחס אחריות למבקשות בהסתמך על החזקה הקבועה בסעיף 30א(י)(5) לחוק התקשורת.

8. המשיבה מוסיפה וטוענת בהקשר זה כי הוכח ברמה הלכאורית הנדרשת כי המבקשות התירו לשותפות בקליק און לשגר דברי פרסומת בניגוד לחוק ולמצער כי הסכימו לכך בשתיקה (לעניין האפשרות להטיל אחריות בשל הסכמה שבשתיקה לשיגור דברי פרסומת בניגוד לחוק ראו: עניין קליניקות כרמל, בפסקאות 11 ו-14). לפיכך, סבורה המשיבה כי מתקיים במקרה דנן החריג הקבוע בסעיף 15(3) לפקודה. המבקשות טוענות מנגד כי לא כך הם פני הדברים וכי לא רק שלא הרשו לשותפות בקליק און לשגר בשמן דברי פרסומת בניגוד לחוק, אלא שנקטו באמצעים במטרה למנוע זאת. טענות אלו לא נדונו על ידי בית המשפט קמא והן דורשות בירור עובדתי. לפיכך, יש לקבל את הערעור במובן זה שהתיק יוחזר לבית המשפט קמא על מנת שיכריע בטענות הצדדים בנוגע לתחולתו של החריג הקבוע בסעיף 15(3) לפקודת

הנזיקין על ענייננו. למען הסר ספק, אין באמור לעיל משום היתר לדון מחדש באישור התובענה הייצוגית נגד אימייליון ובהינתן העובדה שלא הוגשה על ידה בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט קמא לא ראיתי מקום להידרש לטענותיה בהקשר זה.

אשר על כן, הערעור מתקבל כמפורט בפסקה 8 לעיל.

אין צו להוצאות.

ניתנה היום, י"ח בשבט התשע"ז (14.2.2017).

ש ו פ ט ת