



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 37133-06-19 בן פורת ואח' נ' הירשמן ואח'

לפני כבוד השופטת מיכל עמית - אניסמן

התובעים
1. נוי בן פורת
2. דוד ביטון
ע"י ב"כ עו"ד אורי אבני ואורית טובים

נגד

הנתבעים
1. אליעזר הירשמן
2. ברכה זייבלד
3. יעקב זייבלד

פסק דין

לפני בקשה לפסוק בתובענה הייצוגית בהעדר הגנה מטעמם של הנתבעים (להלן: "הבקשה" או "הבקשה למתן פסק דין בהעדר הגנה"), זאת לאחר שעל פי החלטה מיום 23.12.2020 אושרה הבקשה לאישור התובענה שבכותרת כתובענה ייצוגית בהעדר תשובה מטעמם של הנתבעים (להלן: "החלטת האישור"), ולאחר החלטת האישור לא הוגש כתב הגנה מטעמם של הנתבעים וזאת חרף הזדמנויות רבות שניתנו להם לעשות כן.

הרקע העובדתי לתביעה ותמצית השתלשלות האירועים בתיק

1. ראשיתו של הליך זה ביום 18.6.2019, עת הגישו התובעים המייצגים תביעה כנגד הנתבעים (וכנגד נתבעת נוספת, גב' יהודית ויסנשטרן (משיבה מס' 4 בבקשת האישור)) ולצידה בקשה לאישור התובענה כייצוגית (להלן: "בקשת האישור").
2. על פי הנטען בכתב התביעה ובבקשת האישור, הנתבעים, ביחד ולחוד, עומדים מאחורי שיווק ופרסום של מדבקות הרזייה המשווקות תחת המותג "פלמינגו", בין היתר באמצעות משלוח מסרונים לנמענים רבים, ביניהם התובעים המייצגים (להלן: "המסרונים"), בניגוד להוראות סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: "חוק התקשורת") ומבלי לקבל מראש את הסכמתם של הנמענים לקבלת דברי פרסומת.
3. לטענת התובעים המייצגים, הנתבעים ניסו להסתיר את זהותם ואת אחריותם למשלוח המסרונים האמורים לעיל, אך בירור שערכו העלה, כי מספר העוסק המורשה של החברה שמכרה את המוצרים המפורסמים במסרונים, חברת "מבטח" (להלן: "מבטח"), זהה למספר תעודת הזהות של הנתבעת 2. כמו כן, מספר הטלפון ליצירת קשר עם "מבטח" הוא מספר הטלפון של הנתבעת 2; כתובת אתר האינטרנט שאליו מפנים המסרונים רשומה על שמם של



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 37133-06-19 בן פורת ואח' נ' הירשמן ואח'

- הנתבעים 1-2; ומספר הטלפון ממנו נשלחו המסרונים דומה עד מאוד למספר הטלפון של הנתבע 1 (למעט הקידומת השונה).
4. עוד ציינו התובעים המייצגים בכתב התביעה ובבקשת האישור, כי מהליכים קודמים שהתנהלו כנגד מי מהנתבעים עולה כי הנתבע 3, בעלה של הנתבעת 2, פעל במשותף עם הנתבע 1 בעסקאות מפוקפקות אחרות והעסקים שלהם מעורבים זה בזה. שמה של המשיבה 4 בבקשת האישור הופיע על הקבלה שהתקבלה לאחר רכישת המוצר שפורסם במסרונים.
5. התובעים המייצגים תמכו טענותיהם באסמכתאות לרבות העתק המסרון שקיבלו, קבלה בגין רכישת המוצר שפורסם במסרונים, תדפיס פרטיה של חברת מבטח ותדפיס בעלי האתר שאליו הפנו המסרונים.
6. בהחלטה מיום **20.8.2019** נקבע כי על המשיבים בבקשת האישור להגיש תשובתם לבקשת האישור תוך 90 יום מיום שתומצא להם הבקשה.
7. ביום **23.1.2020** הגישו התובעים המייצגים (המבקשים בבקשת האישור) בקשה לאישור התובענה הייצוגית בהעדר תשובה לבקשת האישור, שעה שעד למועד זה לא הוגשה תשובה מטעם מי מהמשיבים לבקשת האישור, על אף שבקשת האישור הומצאה להם עוד ביום **28.6.2019**.
8. בהחלטה מיום **13.2.2020** קבעתי כי יש לקבל תחילה את עמדת התובעים המייצגים (המבקשים בבקשת האישור) בשאלה כיצד ניתן יהיה לברר את גודל הקבוצה שעה שהם עצמם טוענים כי הנתונים הנוגעים לעניין מצויים בידי המשיבים בבקשת האישור (הנתבעים), ובשאלה מדוע תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה לבירור התובענה, שעה שבמסגרת תביעה פרטנית יכול וניתן יהיה לקבל פיצוי גבוה בהרבה מזה הנדרש במסגרת בקשת האישור. כן ציינתי כי דומה שבטרם דיון בשאלה האם יש לאשר את ניהול התובענה כייצוגית, אזי יש מקום לקבל את עמדת היועץ המשפטי לממשלה.
9. עוד נתבקשה עמדת היועץ המשפטי לממשלה אשר לשאלה אם יש מקום לאשר התובענה כייצוגית בהעדר תשובת המשיבים בבקשת האישור, זאת נוכח עמדתו העקרונית, אשר הוגשה בהליך אחר וצורפה כנספח 1 להודעת התובעים המייצגים מיום **25.2.2020**.
10. ביום **25.2.2020** הגישו התובעים המייצגים (המבקשים בבקשת האישור) עמדתם באשר לשאלות שהועלו במסגרת ההחלטה מיום **13.2.2020**. משכך, בהחלטה מיום **26.2.2020** נקבע מועד דיון בבקשת האישור. במסגרת החלטה זו נקבע כי התובעים המייצגים (המבקשים בבקשת האישור) יבצעו מסירה אישית של ההזמנה לדיון לידי המשיבים בבקשת האישור.
11. ביום **23.12.2020** התקיים לפני דיון בבקשת האישור, במסגרתו הובהר על ידי ב"כ המייצגים כי בוצעה מסירה אישית של ההזמנה לדיון אך למשיבים 1-3 בבקשת האישור (הנתבעים 1-3), ומכל מקום הנתבעים לא התייצבו לדיון. באותו יום אישרתי בהחלטתי את ניהול התובענה כייצוגית (להלן: "החלטת האישור").



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 37133-06-19 בן פורת ואח' נ' הירשמן ואח'

12. בסופו של יום קבעתי בהחלטת האישור כי יש לאשר את התובענה כייצוגית, וזאת בשים לב לכך שעל פניו יש בבקשת האישור כדי ללמד הן על קיומה של עילת תביעה אישית והן על קיום התנאים לאישור תובענה כייצוגית. משלא הומצא אישור מסירה של ההזמנה לדיון לידי המשיבה 4 בבקשת האישור מצאתי להורות כי התובענה הייצוגית תנוהל אך כנגד הנתבעים (המשיבים בבקשת האישור) 1-3.
13. עוד נקבע כי הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה הייצוגית היא הקבוצה הכוללת כל אדם אשר קיבל דבר פרסומת ששוגר על ידי המשיבים 1-3 בבקשת האישור בניגוד להוראות סעיף 30א לחוק התקשורת ב-7 השנים שקדמו להגשת בקשת האישור, וספג עקב כך נזק.
14. עילת התובענה כפי שנקבעה בהחלטת האישור היא הפרת הוראות סעיף 30א לחוק התקשורת. כן נקבע כי השאלות המשותפות לקבוצה הן האם המשיבים 1-3 בבקשת האישור הפרו את הוראות חוק התקשורת? האם המשיבים 1-3 בבקשת האישור שלחו הודעות פרסומת מבלי לקבל את הסכמת הנמענים לקבלת דברי פרסומת מראש? האם המשיבים 1-3 בבקשת האישור שלחו דברי פרסומת מבלי לציין בהם את שמם המלא? האם כתוצאה מהתנהלות 1-3 המשיבים בבקשת האישור נגרם לחברי הקבוצה נזק? מהו שיעור הנזק שנגרם לחברי הקבוצה, ככל שנגרם?
15. הסעדים הנתבעים במסגרת התובענה הם מתן צו עשה המורה לנתבעים להימנע משיגור דברי פרסומת לנמענים שלא נתנו הסכמתם לכך ובכתב, בהתאם להוראות סעיף 30א לחוק התקשורת; צו עשה המורה לנתבעים לציין בכל דבר פרסומת הנשלח מטעמם באמצעות הודעת מסר קצר את שמם הנכון והמלא; פיצוי חברי הקבוצה בגין הנזקים הבלתי ממוניים שנגרמו להם.
16. במסגרת החלטת האישור הוריתי כי התובעים המייצגים יגישו כתב תביעה מתוקן בהתאם לאמור בהחלטת האישור וכי הנתבעים יגישו כתב הגנה תוך 45 יום ממועד המצאת כתב התביעה המתוקן לידיהם. כן הוריתי על פרסום אישור התובענה כייצוגית בשני עיתונים יומיים בעלי תפוצה רחבה (ראו גם החלטתי מיום 28.2.2021).
17. כתב תביעה מתוקן הוגש ביום 10.1.2021. הודעה על אישור התובענה כייצוגית פורסמה על פי החלטתי ביום 8.3.2021.
18. כתב הגנה לא הוגש מטעם של הנתבעים הגם שהומצא להם כדיון (הודעת התובעים המייצגים מיום 26.4.2021).
19. לאחר מספר ארכות שניתנו לתובעים המייצגים להודיע עמדתם בדבר המשך ניהול ההליך, ולאחר שניסיונותיהם להגיע להסכמות עם מי מהנתבעים לא צלח, קבעתי לדיון נוסף לפניי ליום 3.7.2024. גם לדיון זה לא התייצב מי מהנתבעים ואולם התייצב מי שהציג את עצמו כחתנה של הנתבעת 2, מר חיים הירשמן (להלן: "מר הירשמן"). על אף התנגדותם של ב"כ המייצגים להשמעת טיעוניו בהעדר כל מעמד, נטען על ידו במהלך הדיון כי הוא ניהל את העסק מושא



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 19-06-37133 בן פורת ואח' נ' הירשמן ואח'

- התובענה וכי הוא אחראי לכל פעולה שנעשתה במסגרתו. מר הירשמן עתר לדחייה נוספת במועד הגשת כתב הגנה על מנת לנסות לבוא בדברים עם התובעים המייצגים ולצורך גיוס ייעוץ משפטי שעה ששחרר מהכלא לאחר תקופה של 25 חודשים.
20. בהחלטה בסוף הדיון נעתרתי לבקשה, ואפשרתי לצדדים לבוא בדברים משך תקופה של 30 יום ממועד הדיון והוריתי כי ככל שלא יגיעו להסכמה יוגש כתב הגנה תוך 45 יום. עוד הוריתי למר הירשמן להמציא העתק ההחלטה לנתבעים עצמם והוא התחייב לעשות כן.
21. ביום 6.9.2023 הגישו הנתבעים הודעה לתיק בית המשפט (עליה חתמו רק הנתבעים 2-3) שלפיה המשא ומתן לא צלח (לטענתם בשל התנהלות התובעים המייצגים) ומשכך, עתרו להגשת כתב הגנה תוך 45 יום. לאחר שנתקבלה תשובת הנתבעים, ביום 26.9.2023 אפשרתי לצדדים לשוב ולחזור לשולחן המשא ומתן ועל מנת לאפשר זאת קבעתי כי בד בבד כתב הגנה מטעם הנתבעים יוגש תוך 60 יום.
22. שעה ששוב לא הוגש כתב הגנה מטעם הנתבעים, ביום 31.1.2024, הוגשה הבקשה שלפניי למתן פסק דין בהעדר הגנה כנגד הנתבעים.

תמצית הטענות בבקשה למתן פסק דין בהעדר הגנה

23. התובעים המייצגים טענו כי הנתבעים מודעים היטב להליך, אך מזלזלים בו באופן מופגן תוך ניסיון חסר תום לב למשוך את ההליך, לחמוק מאחריותם לאירועים נשוא ההליך ולדחות את הקץ, תוך השחתת זמן שיפוטי יקר ותקווה כי חוסר ההיענות תוביל למחיקת ההליך, וכי חוטא יצא נשכר. נוכח האמור, נטען כי אין מנוס אלא להביא פרשה זו על סיומה וליתן פסק דין בהעדר הגנה.
24. במסגרת הבקשה טענו התובעים המייצגים כי על פי המידע שנמסר להם על ידי חברת הדיוור (כפי שיפורט להלן), היקף הדיוור אותו ביצעו הנתבעים עומד על כ-40 מיליון מסרונים, באופן המדגיש ביתר שאת את חשיבות מתן פסק הדין כנגד הנתבעים, הפועלים בניגוד לדין והמשקיעים משאבים רבים במשלוח המסרונים הפסולים.
25. התובעים המייצגים מציינים כי במסגרת תביעתם עתרו לסעד כספי נגד הנתבעים שיתבסס על פיצוי בסך של 100 ש"ח לכל הודעה פסולה שנשלחה, ובהתחשב בכמות הקיצונית של המסרונים שנשלחו על ידי הנתבעים, מבוקש לפסוק נגד הנתבעים פיצוי על פי שיקול דעת בית המשפט.
26. כמו כן מבוקש לפסוק כי סכום הפיצוי בנסיבות אלו ישולם לקרן למימון תביעות ייצוגיות או להורות על כל מנגנון אחר לזיהוי הנמענים ופיצויים בגין המסרונים שנשלחו אליהם שלא כדין.

המשך השתלשלות הדברים הדיונית לאחר הגשת הבקשה למתן פסק דין בהעדר הגנה

27. ביום 31.1.2024 הועברה הבקשה לתשובת הנתבעים, וכן הוריתי לתובעים המייצגים להמציא את הבקשה והחלטתי האמורה למר הירשמן, שהתייצב לדיון ביום 3.7.2023 והציג את עצמו כנציג הנתבעים.





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 19-06-37133 בן פורת ואח' נ' הירשמן ואח'

28. ביום **28.2.2024** הודיעו התובעים המייצגים כי המציאו את הבקשה והחלטה באמצעות וואטסאפ וכן במסירה אישית למר הירשמן. בהחלטתי מאותו יום קבעתי כי משלא הוגשה תשובה מטעם מי שהציג עצמו כנציג מטעם הנתבעים, אזי התובעים המייצגים ימציאו את הבקשה לכל אחד מהנתבעים במסירה אישית. כן הוריתי על העברת העתק החלטתי האמורה והבקשה ליועצת המשפטית לממשלה לשם קבלת עמדתה.
29. ביום **20.3.2024** הוגשה תשובה מטעמו של מר הירשמן ולא מטעמם של הנתבעים (ובשם כביכול), במסגרתה נטען בין היתר, כי לנתבעים ולכל הפחות לחלקם אין כל קשר למשלוח המסרונים מושא התובענה וכי מצבם הכלכלי של הנתבעים איננו מאפשר הגשת כתב הגנה (נטען כי הנתבעת 2 היא פושטת רגל ומצבה הבריאותי רופף).
30. הגם שבמסגרת ההודעה האמורה צוטטה ההחלטה שניתנה בסוף הדיון הכוללת הוראה להגשת כתב הגנה תוך 45 יום, כל שנטען הוא שהתובעים המייצגים לא ששו לנהל משא ומתן עם מר הירשמן וכי כל פניותיו אל התובעים המייצגים או באי כוחם לא צלחו. מר הירשמן התנצל בפני בית המשפט על אי הגשת כתב הגנה מטעמם של הנתבעים (פסי' י"ג להודעה זו). יצוין כי במסגרת הודעה זו המתפרשת על 4 עמודים לא נרשמה כל הכחשה לנטען לגופה של התביעה באשר לעצם משלוח מסרונים לנמענים. כן התבקש כי בית המשפט יקיים הליך גישור בין הצדדים. בהחלטתי מאותו היום ציינתי כי בית המשפט אינו יכול לשמש כמגשר בתיק, ומצופה מהצדדים להגיע להסכמות בהינתן הנתונים שנמסרו בדיון האחרון על ידי מר הירשמן, המגיב כביכול בשם של הנתבעים. ביום **7.4.2024** הודיעו התובעים המייצגים, כי לא הצליחו להגיע להסדר הגיוני ההולם ומתאים את עובדות התיק דנא, ולאחר התחשבות ניכרת במצבם של הנתבעים, הם עומדים על בקשתם למתן פסק דין בהעדר הגנה לאחר קבלת עמדת היועצת המשפטית לממשלה.
31. ביום **4.8.2024** הודיעה היועצת המשפטית לממשלה כי בשים לב לכך שהעניין מצוי בלב שיקול דעתו של בית המשפט בהתאם לנסיבות ההליך הספציפי, הרי שהיא לא מצאה לנכון להתייצב להליך ולהביע את עמדתה. בהחלטתי מאותו יום קבעתי את התיק לדיון נוסף ליום **25.9.2024** תוך שהוריתי למזכירות בית המשפט לוודא את קבלת הזימון על ידי הנתבעים בכתובתם על פי הודעתם מיום **20.3.2024**. מזכירות בית המשפט אכן וידאה קיומה של המצאה כאמור, אשר בוצעה לשלושת הנתבעים.
32. אף לדיון זה לא התייצב מי מהנתבעים אלא התייצב מר הירשמן (באיחור של קרוב לשעה) ולא היה בפיו כל טענה או הסבר מדוע חרף העובדה שחלפו שלוש וחצי שנים ממועד הגשת כתב התביעה המתוקן – טרם הוגש כתב הגנה מטעם של הנתבעים. גם לגופה של התובענה למעשה הודה מר הירשמן בפה מלא במשלוח המסרונים, אלא שטען כי כ-10 מיליון מסרונים התקבלו אצל הנמענים מתוך 40 מיליון מסרונים שנשלחו. שוב, מר הירשמן חזר על תיאור מצבם הכלכלי של הנתבעים ושלו (לטענתו הוא הוכרז כמוגבל באמצעים). ב"כ המייצגים שבו ועתרו למתן



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 19-06-37133 בן פורת ואח' נ' הירשמן ואח'

פסק דין בהעדר הגנה, כמו גם שבו וחזרו על העדר מעמדו של מר הירשמן בתביעה לטעון בשם הנתבעים.

33. בהחלטתי מיום 1.10.2024 ביקשתי לקבל את הבהרת התובעים המייצגים בסוגיות הבאות:

א. ככל שיינתן פסק דין בהעדר הגנה כנגד הנתבעים, האם התובעים המייצגים סבורים כי יעלה בידם לאכוף את פסק הדין, וככל שכן – הכיצד, וזאת גם בשים לב למצבם הכלכלי הנתען של הנתבעים כפי שעלה ונטען במהלך ניהולו של הליך זה;

ב. ככל שיינתן פסק דין בהעדר הגנה כנגד הנתבעים לטובת הקבוצה המיוצגת וייפסק בגדרו סעד כספי לטובת חברי הקבוצה, מדוע לא יורה בית המשפט על תשלום הפיצוי הכספי באחד או יותר מהמנגנונים הקבועים בסעיפים 20(א)–(3) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "החוק" או "חוק תובענות ייצוגיות");

ג. בזיקה לאמור בס"ק ב' לעיל, בהינתן כי בבקשה (בפס' 14) התבקש בית המשפט לפסוק כי "יסכום הפיצוי בנסיבות אלו ישולם לקרן למימון תביעות ייצוגיות או להורות על כל מנגנון אחר לזיהוי הנמענים ופיצויים בגין המסרוניים שנשלחו אליהם שלא כדין" [ההדגשה הוספה – מ.ע.א.] – יובהר מהי התועלת שתצמח לקבוצה המיוצגת בנסיבות בהם מבוקש לפסוק את סכום הפיצוי לקרן למימון תובענות ייצוגיות (ולא לקרן שהוקמה מכוח סעיף 27 לחוק), והכיצד אם בכלל ניתן לפסוק סעד כספי לקרן שהוקמה מכוח סעיף 27 לחוק תובענות ייצוגיות וזאת חלף, כאמור, פיצוי ישיר לחברי הקבוצה המיוצגת, ככל שהדבר אפשרי, אשר דומה כי זוהי דרך המלך העדיפה בנסיבות העניין, ובכלל.

34. ביום 28.10.2024 התקבלה הבהרת התובעים המייצגים. בתמצית, נטען בה כי ככל שיינתן פסק דין כנגד הנתבעים, הרי שאין ספק כי זה יהיה אכיף. הנטל להוכיח חוסר יכולת כלכלית לאכוף את פסק הדין הוא על הנתבעים, אשר הצליחו לממן כ-40 מיליון מסרוניים בעלות משוערת של כ-4 מיליון ש"ח (כ-10 אגורות להודעה), ודי בכך כדי ללמד שבידי הנתבעים משאבים ויכולות כלכליות. התובעים המייצגים טוענים כי אין ליתן כל משקל ואין להתייחס לטענות מר הירשמן שאינו עורך דין, אינו מייצג את הנתבעים והוא נעדר כל מעמד, ולו היו הנתבעים מתייצבים בעצמם לדיון, לא היו יכולים לטעון טענות כוזבות, כנטען, כפי שנטענו על ידי מר הירשמן. מעבר לכך, מר הירשמן לא התייחס למצבם הכלכלי של הנתבעים ולא טען שאין באפשרותם לשלם את פסק הדין שיינתן כנגדם, וכל טענתו הייתה כי הנתבעת 2 [בהבהרת התובעים המייצגים נכתב "הנתבעת 1" אבל דומה שהכוונה היא לנתבעת 2] מוגבלת באמצעים ומבלי שהוצגה לכך כל אסמכתא.

35. נטען, כי לנתבעים היו חמש שנים להציג בעצמם או באמצעות מייצג מוסמך מטעמם אסמכתאות ברורות למצבם הכלכלי, ואולם בחרו שלא לעשות כן. גם אם היה ספק לגבי יכולתם הכלכלית, ודאי שאין בכך לפטור את הנתבעים מפסק דין וכדי להכשיר את התנהלותם הקלוקלת והמזיקה לחברי הקבוצה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 37133-06-19 בן פורת ואח' נ' הירשמן ואח'

36. כן הבהירו התובעים המייצגים כי הם סבורים שבנסיבות העניין כאשר זהות חברי הקבוצה לא ידועה באופן ברור, קיים קושי באיתורם, ובהינתן מספרם הרב של חברי הקבוצה והפיצוי המקובל בנסיבות לכל חבר קבוצה אינו גבוה – הרי שמדובר באותם מקרים בהם על מנת למנוע עלויות איתור ואימות, ניתן להעביר את מלוא הפיצוי הכספי לציבור באופן ישיר בדרך של העברתו לקרן שהוקמה מכוח סעיף 27 לחוק תובענות ייצוגיות (ולא לקרן שהוקמה מכוח סעיף 27 לחוק תובענות ייצוגיות).

37. ביום 29.10.2024 הגישו הנתבעים "בקשה להימנע ממתן פסק דין בהעדר הגנה וללא חיוב בפיצוי כספי מכל סוג". במסגרת בקשה זו, שהוגשה על ידי הנתבעים (ולא נתמכה בתצהיר, הגם שאינם מיוצגים) והפנתה לפסקי דין שונים, ביקשו הנתבעים כי לא יינתן כלפיהם פסק דין בהעדר הגנה וכי לא יחויבו בחיוב כספי. נימוקי הבקשה יובאו להלן בתמצית. ראשית, נטען כי הנתבע 1 והנתבע 3 אינם קשורים "לעסק או לניהולו"; שנית, נטען כי הנתבעים נעדרים פעילות עסקית משנת 2019, וכי חדלו לחלוטין מלעסוק בתחום שיווק המוצרים או משלוח מסרונים (SMS), וכי אינם פעילים בתחום זה, וכי לא מדובר במפרים חוזרים אלא בבעלי עסק שסגרו את שעריהם; שלישית, נטען כי החל מחודש יולי 2023 פנו הנתבעים לתובעים המייצגים במטרה להגיע לפשרה, באופן המעיד על כוונה כנה לסיום ההליך, בעוד שסירובם עשוי להעיד על ניסיון להפעיל לחץ כלכלי לא מוצדק; רביעית, נטען כי הנתבעת 2 מצויה בהליכי הוצאה לפועל ומצבה הבריאותי מחייב טיפול רפואי מתמשך, דבר המונע כל אפשרות לגביה ריאלית של פיצוי כספי; חמישית, נטען כי התובע המייצג 2 הינו תובע "סדרתי" המנצל לרעה את המנגנון הייצוגי תוך שהגיש עשרות תביעות ייצוגיות דומות; שישית, נטען כי העברת הפיצוי לקרן שהוקמה מכוח חוק תובענות ייצוגיות תתבצע רק במקרים בהם לא ניתן לאתר את חברי הקבוצה. נטען, כי כאשר אין דרך מעשית לאכוף את הפיצוי או להעבירו לנפגעים, המליץ בית המשפט העליון, כך נטען, לבחון חלופות אחרות ואף לשקול שלא לפסוק פיצוי כלל אם הסעד אינו בר השגה. נטען כי הואיל והקבוצה מזוהה ומוגדרת, הקושי נובע מהמצב הפיננסי של הנתבעים ולא מחוסר בקבוצה רלוונטית ולכן אין זהו מקרה מתאים להעברת הפיצוי לקרן.

38. על אף שבקשת הנתבעים מהווה הלכה למעשה תשובה לבקשה למתן פסק דין בהעדר הגנה, המוגשת לאחר שכבר ניתנו לנתבעים הזדמנויות רבות להשמיע עמדתם (הן בכתובים והן בדיון לפני), והגם שזו הוגשה לאחר קיום דיון בבקשה למתן פסק דין בהעדר הגנה (אליו לא התייצבו הנתבעים) ולאחר שניתנו הבהרות התובעים המייצגים לשאלות בית המשפט – מצאתי להעביר את בקשת הנתבעים מיום 29.10.2024 לתגובת התובעים המייצגים.

39. ביום 5.11.2024 הגישו התובעים המייצגים את תגובתם. בתמצית, נטען כי הנתבעים מגישים מסמך שנחזה להיות חתום על ידם, ללא תצהיר או אסמכתאות ולא ניתן לדעת מי חתום על אותה הבקשה, ימים ספורים לפני מתן פסק הדין, ומבקשים שלא לקבלו, לאחר שבמהלך ההליך ניתנו להם אין ספור הזדמנויות להגיש כתב הגנה, להציג את עמדתם ולהתייצב לדיון



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 37133-06-19 בן פורת ואח' נ' הירשמן ואח'

ואולם הם בחרו שלא לעשות כן. נטען כי הנתבעים מודעים ועוקבים אחר ההליך אך עושים דין לעצמם ובוחרים לאילו בקשות להגיב, לא להתייצב לדיונים ולהגיש מסמכים "רגע" לפני שניתן פסק הדין, משל היה מדובר בתכנית כבקשתם, והכל תוך ניצול לרעה של אורך רוחו של בית המשפט. מעבר לטענות העובדתיות הכוזבות, נטען על ידי התובעים המייצגים כי אף טענותיהם המשפטיות של הנתבעים מבוססות על הטעיות בוטות ושקריות. כן נטען לעניין אותם תקדימים אליהם הפנו הנתבעים, הרי שאין ולו פסק דין אחד קיים מרשימת פסקי הדין שצורפו לבקשת הנתבעים, ונראה כי כולם בדויים. משכך, התבקש לדחות את בקשת הנתבעים.

דיון והכרעה

40. לשון תקנה 130 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: "התקנות"), שכותרתה "פסק דין בהעדר הגנה", מורה כדלקמן:

"נתבע שלא הגיש כתב הגנה בתוך המועד שנקבע לכך או שכתב ההגנה נמחק, **רשאי בית המשפט לדרוש מהתובע הוכחה מספקת של התביעה**, כולה או מקצתה, או לתת פסק דין על יסוד כתב התביעה בלבד".

41. על פי תקנה זו, אם תובע מבקש שיינתן פסק דין בהעדר הגנה נגד נתבע, כי אז בית המשפט **רשאי לדרוש ממנו "הוכחה מספקת של התביעה, כולה או מקצתה" או "לתת פסק דין על יסוד כתב התביעה בלבד"**.

42. תקנה זו חלה גם בהליכים ייצוגיים וזאת מכוחה של תקנה 19(א) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010, לפיה "בכל עניין של סדר דין בבקשה לאישור או בתובענה ייצוגית, יחולו תקנות סדר הדין האזרחי, בשינויים המחויבים, והכל אם אין בחוק או בתקנות אלה הוראה אחרת לעניין הנדון".

43. יצוין כי הוראתה של תקנה זו שונה מהוראת תקנה 97(א) בתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: "התקנות הקודמות"), אשר לפיה לגבי תביעות על סכום קצוב, היה על בית המשפט לתת פסק דין בהעדר הגנה על יסוד כתב התביעה בלבד, ורק אם התביעה הייתה שלא על סכום קצוב, היה בית המשפט רשאי, זאת רק מטעמים מיוחדים שיירשמו, לדרוש מהתובע להוכיח את תביעתו או את מקצתה קודם למתן פסק הדין.

44. השוני בין נוסח תקנה 130 בתקנות החדשות לעומת תקנה 97(א) בתקנות הקודמות, אף הודגש בדברי ההסבר לתקנות. כאמור שם, בעמ' 40 "בהתאם לתקנה 130, במקרה שבו לא הוגש כתב הגנה במועד או שכתב ההגנה נמחק, **רשאי בית המשפט לדרוש מהתובע הוכחה מספקת של התביעה, כולה או מקצתה, או לתת פסק דין על יסוד כתב התביעה בלבד**. יצוין כי בתקנה 97 לתקנות הקודמות נדרשו טעמים מיוחדים על מנת לדרוש מתובע הוכחה מלאה או חלקית של תביעתו בתביעה שאינה לסכום קצוב ואולם, בתקנות אלה לא נדרשים טעמים מיוחדים כאמור" [ההדגשה הוספה – מ.ע.א.].



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 37133-06-19 בן פורת ואח' נ' הירשמן ואח'

45. מלשון תקנה 130 עולה כי סמכות בית המשפט לתת פסק דין בהעדר הגנה אינה סמכות חובה, אלא שזו סמכות רשות, הנתונה לשיקול דעת בית המשפט [דברי כבוד השופט כבוב ברע"א 4749/24 מידן נ' איגמה ניהול ומסחר בע"מ, פס' 10 (נבו 5.8.2024); יששכר רוזן-צבי הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים 167 (S74) (מהדורה שלישית – דיגיטלית 2024)].

46. בפסיקה נקבע לא אחת כי ראוי שצעד זה יישמר רק לאותם מקרים קיצוניים שבהם בעל הדין אשר נמנע מהגשת כתב הגנה, הראה זלזול בוטה והתעלם באופן מודע מההליך המשפטי המתנהל נגדו. כך למשל ברע"א 557/23 פלוני נ' ג'ונסון אנד ג'ונסון אינטרנשיונל, פס' 7 (נבו 8.3.2023) (להלן: "עניין פלוני") נקבע כי:

"בהתאם לתקנה 130 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, בית המשפט רשאי ליתן פסק דין בהעדר הגנה כאשר נתבע לא הגיש כתב הגנה בתוך המועד שנקבע לכך. לפסק דין בהעדר הגנה עשויות להיות השלכות משמעותיות על בעל הדין שפסק הדין ניתן נגדו, בלא שהתובענה התבררה במלואה ומבלי שניתנה לו הזדמנות לטרוח את הגנתו. סנקציה כזו ראוי שתישמר למקרים קיצוניים בהם בעל דין הראה זלזול בוטה והתעלם מדעת מההליך (ראו והשוו רע"א 1957/12 חלה נ' כהן, פסקה 15 [פורסם בנבו] (22.5.2012))" [ההדגשה הוספה – מ.ע.א.].

47. ברע"א 7653/23 קירש נ' יצחק אמר – חברה לבניה והשקעות בע"מ, פס' 10 (נבו 28.1.2024) (להלן: "עניין קירש") ניתנה החלטה הדוחה בקשת רשות ערעור, אשר הוגשה על החלטה הדוחה בקשה למתן פסק דין בהעדר הגנה (באותו עניין, היה זה בשל ספק בדבר המצאת התביעה אל כלל הצדדים הנוגעים בדבר) ונקבע כי:

"סמכותו של בית המשפט ליתן פסק דין בהיעדר הגנה נקבעה בתקנה 130 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 [...] על פי הקבוע בתקנה האמורה, סמכות זו נועדה למצבים שבהם הנתבע לא הגיש כתב הגנה במועד או כאשר כתב ההגנה שהוגש מטעמו נמחק. במקרים אלה רשאי בית המשפט לדרוש מהתובע הוכחה מספקת של התביעה, כולה או מקצתה, או לתת פסק דין על יסוד כתב התביעה בלבד. הפסיקה עמדה על כך כי מתן פסק דין בהיעדר הגנה הוא מהלך דיוני חריג בו מתקבלת הכרעה שיפוטית לגופו של עניין במעמד צד אחד, מבלי שנשמעה עמדתו של הצד השני. לפיכך, ניהול ההליך השיפוטי תוך מתן הזדמנות לשני הצדדים לקבל את יומם ולהציג את טענותיהם לפני בית המשפט, הוא בהכרח המסלול המועדף (רע"א 7173/11 קווי אשראי לישראל, שירותים פיננסיים משלימים בע"מ (בפירוק) נ' United Kingsway Ltd, פסקה 6 [פורסם בנבו] (31.1.2012); רע"א 1473/00 ס.ט.ס. אלקטרוניקה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 19-06-37133 בן פורת ואח' נ' הירשמן ואח'

בינלאומית בע"מ נ' BLOMBERG - WERKE GMBH, פסקה 3(ד)
[פורסם בנבו] (1.8.2000) (להלן: עניין אלקטרוניקה)). עם זאת, מקום בו
ניתנה לבעל הדין שכנגד מלוא ההזדמנות להשתתף בהליך, וזה בחר
שלא להתגונן, 'אין לתת בידו את הכוח להכשיל את ההליך הדיוני' וניתן
לתת פסק דין בהעדרו (עניין אלקטרוניקה, שם) [ההדגשה הוספה –
מ.ע.א.].

48. הנה כי כן, מתן פסק דין בהעדר הגנה הוא מהלך דיוני חריג, שכן במהלכו מתקבלת הכרעה שיפוטית לגופו של עניין במעמד צד אחד, מבלי שנשמעה עמדת הצד השני. משום כך, דרך המלך היא ניהול ההליך תוך מתן הזדמנות לשמיעת טיעוני שני הצדדים, תוך שראוי שהסנקציה של מתן פסק דין בהעדר הגנה תישמר למקרים קיצוניים, בהם בעל הדין הראה זלזול בוטה והתעלם מדעת מן ההליך [ראו: דברי כבוד השופט רונן בעניין פלוני, פס' 7; דברי כבוד השופט גרוסקופף ברע"א 5361/23 סלקום ישראל בע"מ נ' השקמה אן. ג'י. אן. תקשורת בינלאומית 105 בע"מ, פס' 26 (נבו 31.12.2023); רע"א 1957/12 חלה נ' כהן, פס' 15 (נבו 22.5.2012)].
49. הדברים נכונים ביתר שאת בכל הקשור למתן פסק דין בהעדר הגנה בתובענה ייצוגית, שכן כפי שכבר נכתב בעבר "מתן פסק דין בתובענה ייצוגית בהעדר הגנה אינו חזיון נפרץ" [ראו: ת"צ (מחוזי מר') 48007-07-17 ארנפלד נ' אירופלוט – רושיון איירליינס, פס' 17 לפסק דינה של כבוד השופטת שטמר (נבו 24.1.2023)].
50. בהקשר זה מצאתי להפנות לעמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה בת"צ 16-06-22676 ואשר צורפה על ידי התובעים המייצגים במסגרת הודעתם מיום 25.2.2020 (ואשר לא הוגשה על ידי היועצת המשפטית לממשלה בתיק זה, אשר כאמור בהודעתה מיום 4.8.2024 סברה כי הסוגיה מצוי בלב שיקול דעתו של בית המשפט).
51. מעמדת היועץ המשפטי לממשלה עולה, בין היתר, כי, בשונה מתביעה אזרחית "רגילה", תגובתו של הנתבע היא משמעותית יותר מאשר בתיק אזרחי רגיל. בתגובתו יש לסייע לבית המשפט לעתים בבחינת טובת הקבוצה, והנתבע יכול להציג לבית המשפט מידע חשוב בקשר לתובע, שהתובע אינו מציג אותו, וכן היא עשויה להתייחס לגובה הנזק הנטען. תגובתו יכולה לסייע בבחינה האם התובע הוא מייצג ראוי ואם ניהול ההליך הוא אכן לטובת הקבוצה. על בית המשפט להגן על הנתבע מפני ניצול לרעה של הכוח להגיש תובענה ייצוגית, וכן להגן על חברי הקבוצה שנעשות פעולות בשמה ללא מעורבותה בפועל.
- לפיכך, על פי עמדת היועץ המשפטי לממשלה יש להעדיף ניהול של ההליך בנוכחות הנתבע ויש מקום להקפיד הקפדה נוספת בהמצאה ועל בית המשפט לבחון אם מוצו כל הדרכים להמצאת כתב התביעה לנתבע ואם נעשו כל המאמצים האפשריים לאיתורו; יש לברר את התביעה בירור של ממש, ועל התובע להסביר ולשכנע כיצד לדעתו יהא בידו לאכוף את פסק הדין ומה התועלת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 37133-06-19 בן פורת ואח' נ' הירשמן ואח'

שתצמח לקבוצה ממנו. כמו כן, אם אין מוצג על ידי התובע סיכוי כלשהו לאכוף את פסק הדין או להפיק ממנו תועלת לקבוצה, אין מקום לניהול ההליך.

52. אכן, ייחודו של ההליך הייצוגי מחייב את בית המשפט לנקוט במשנה זהירות עת הוא מכריע בבקשה למתן פסק דין בהעדר הגנה בתובענה ייצוגית. משנה זהירות זה מחייב, בין היתר, על הקפדה יתרה כי לנתבע בהליך הייצוגי יומצאו מלוא כתבי בי-דין, החלטות ביניים וכן הזמנות לדיונים בעניינו ויתקיים דיון אליו יוזמן כדין.

מן הכלל אל הפרט

53. מהטעמים שיפורטו להלן החלטתי לקבל את הבקשה למתן פסק דין בהעדר הגנה ובתוך כך את התביעה כנגד חלק מהנתבעים, ולפסוק לטובת התובעים המייצגים והקבוצה שבשמה הוגשה התובענה הייצוגית. ואנמק.

54. מצאתי כי המקרה שלפני נופל בגדר אותם מקרים קיצוניים בהם הנתבעים הראו זלזול בוטה והתעלמות מדעת מההליך, זאת לאחר שניתנו להם מספר הזדמנויות לתקן את מחדליהם והם בחרו שלא לעשות כן, ומשכך התנהלותם זו מצדיקה מתן פסק דין כנגדם בהעדר הגנה. כך, כאמור, הן בשלב בקשת האישור והן בשלב ניהול התובענה הייצוגית – הנתבעים לא התייצבו לאף לא אחד משלושת הדיונים שהתקיימו בעניינם, ונמנעו מלהגיש כתב הגנה, וזאת על אף שהיו מודעים לחובתם לעשות כן, ומודעים היטב אף להזדמנויות הרבות ולארכות שניתנו להם לעשות כן.

55. זה המקום לציין כי מר הירשמן, שהציג את עצמו במהלך ניהול ההליך כנציג הנתבעים, אינו מוסמך לייצג את הנתבעים בהליך ולו מהטעם שאינו עורך דין. יחד עם זאת, משעל פני הדברים גם אם נניח כי הנתבעים הם אלו אשר שלחו את מר הירשמן לייצגם בדיון, הרי שבית המשפט עשה כל שאלל ידו לשם המצאת כתבי הטענות והחלטות בית המשפט לנתבעים באמצעותו, וזאת לצד המצאה במישרין לנתבעים באמצעות ב"כ המייצגים ובאמצעות מזכירות בית המשפט. כמו כן, בית המשפט נתן מספר הזדמנויות לנתבעים אשר לא הגישו כתב הגנה במועד לתקן את המעוות בעניינם, ואף בטרם מתן החלטה בבקשה למתן פסק דין בהעדר הגנה קיים דיון אליו הוזמנו הנתבעים.

56. אין מחלוקת כי כתבי הטענות והחלטות בית המשפט בתיק זה אכן הומצאו לנתבעים, וחובתם של הנתבעים להגיש כתב הגנה להתייצב לדיון בעניינם הייתה ידועה להם, בין אם באמצעות מר הירשמן ובין אם באמצעות ב"כ המייצגים או מזכירות בית המשפט. ברי שכך הם פני הדברים, שאם לא כן – מר הירשמן לא היה מודע לחובה להתייצב לדיון, ולא היה מתייצב לדיון ומבקש לומר את דברו בשםם של הנתבעים. כך דומה, שהנתבעים בחרו לשלוח הודעות בודדות לתיק בית המשפט בלא לקיים את הוראותיו החוזרות ונשנות (כתבי הטענות הבודדים שטרחו להגיש לתיק בית המשפט, הם בין היתר מהימים 6.9.2023, 20.3.2024 ו-29.10.2024, כמפורט לעיל). זאת לא ניתן להתיר.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 37133-06-19 בן פורת ואח' נ' הירשמן ואח'

57. זה המקום לציין כי אף בהודעת הנתבעים מיום 29.10.2024 לא הביעו הנתבעים נכונות להתייצב להליך ולהגיש בו כתב הגנה, אלא שהתבקש "להימנע ממתן פסק דין בהעדר הגנה וללא חיוב כספי" וזאת בשל הנימוקים שפורטו שם כמפורט לעיל. אלא שבנימוקים אלו אין כל הסבר או צידוק למחדל שבאי הגשת כתב הגנה במועד, וממילא אין בהם כל נימוק או טענה (ואף לא כזו שהוכחה) אשר מצדיקה את דחיית הבקשה למתן פסק דין בהעדר הגנה.
58. הנה כי כן, בית המשפט העניק לנתבעים הזדמנויות רבות מספור לתיקון מחדליהם, אלא שהם בחרו להתעלם מקיום החלטות בית המשפט, על כל הכרוך ומשתמע מכך.
59. לאור האמור לעיל, ושעה שהוכח להנחת דעתי כי לנתבעים הומצא כתב התביעה המתוקן, החלטות בית המשפט וזימונים לדיונים, וכן הבקשה למתן פסק דין בהעדר הגנה, ושעה שחלפו שנים ממועד מתן החלטות של בית המשפט המורה על הגשת כתב הגנה, וכעשרה חודשים ממועד הגשת הבקשה למתן פסק דין בהעדר הגנה – ולא הוגש כתב הגנה מטעמים של הנתבעים ואף אין כל התייצבות מצדם לאף אחד משלושת הדיונים שהתקיימו בתיק, הרי שיש מקום למתן פסק דין בהעדר הגנה לטובת התובעים המייצגים והקבוצה שבשמה הוגשה התובענה הייצוגית. כפי שיפורט להלן, מצאתי לקבל את התביעה כלפי חלק מהנתבעים, משזו הוכחה במידה מספקת בעניינם לפי מאזן ההסתברויות, והכל בהתאם לתקנה 130 לתקנות.

חוק "הספאס"

60. סעיף 30 לחוק התקשורת אשר נודע כחוק הספאס "אוסר על "מפרסם" לשלוח "דבר פרסומת" ללא קבלת הסכמה מפורשת ומראש של הנמען. הוראה זו, כפי שעולה גם מדברי ההסבר שקדמו לחקיקתה, מכוונת להתמודד עם התופעה הפסולה של הפצה המונית של הודעות פרסומת הנשלחות לנמען שלא ביקש לקבלן ואינו חפץ בהן, תוך חדירה לפרטיות, גרימת מטרד ונזקים" [ראו: רע"א 1154/18 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' זינגר, פס' 2 (נבו 6.6.2019)].
61. בית המשפט העליון עמד על השלכותיה של תופעת הספאס ברע"א 1954/14 חזני נ' הנגבי, פס' 2 (נבו 4.8.2014):

"ספאס מהווה מטרד ציבורי הגורם לנזקים רחבי היקף. כאשר הוא נשלח באמצעות דואר אלקטרוני הוא גורם לבעיות מכמה סוגים: הסוג הראשון נוגע לתוכן של הודעות הפרסומת – תדיר שהן מכילות מידע שקרי או פוגעני שמגיע לנמען אשר אינו חפץ בו. דוגמאות שכיחות הן פרסומים של אתרי הימורים, פורנוגרפיה, דרכים מהירות להתעשרות או מכירת מוצרים או שירותים שונים שהנמען לא הביע עניין ברכישתם. הבעיה מחמירה כשקטינים נחשפים להודעות ונפגעים מתוכן. דואר הזבל אף משמש להפצת וירוסים באמצעות תכנים מניפולטיביים. דרך נפוצה היא קישורית המנוסחת בסגנון: "אם ברצונך להסיר את עצמך





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 19-06-37133 בן פורת ואח' נ' הירשמן ואח'

מרשימת תפוצה זו, לחץ כאן". אלא שלחיצה עלולה להפיץ וירוס שיזיק למחשב ועלול לגרום לאובדן של מידע יקר ערך, לעלויות הכרוכות בניסיון לשקמו ולעגמת נפש."

ראו גם: ע"א 534/17 לפיד נ' סלקום ישראל בע"מ, פסי 7-8 (נבו 6.3.2019); ת"צ (מחוזי מר') 32280-09-22 פרייפלד נ' מקס סטוק בע"מ, פסי 18 (נבו 23.8.2024).

האם הוכח כי מדובר ב"דבר פרסומת"?

62. סעיף 30א(א) לחוק התקשורת מגדיר "דבר פרסומת" כדלקמן:

"דבר פרסומת" – כל אחד מאלה:

- (1) מסר המופץ באופן מסחרי, שמטרתו לעודד רכישת מוצר או שירות או לעודד הוצאת כספים בדרך אחרת;
- (2) מסר המופץ לציבור הרחב שמטרתו בקשת תרומה או תעמולה;
- (3) מסר שאינו דבר פרסומת כאמור בפסקה (1) או (2), המופץ לציבור הרחב, ונכללת בו הצעה לנמען להתקשר למספר טלפון מסוים לשם קבלת מסר כלשהו; הוראות פסקה זו לא יחולו על מסר כאמור מאת המדינה ומוסדותיה, מסר כאמור שתכליתו העברת מידע ששלח גוף הצלה כהגדרתו בפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, לשם מילוי תפקידו, או מסר כאמור מאת גוף אחר שקבע השר, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, ורשאי השר לקבוע כאמור סוגים שונים של מסרים לגופים שונים שקבע;

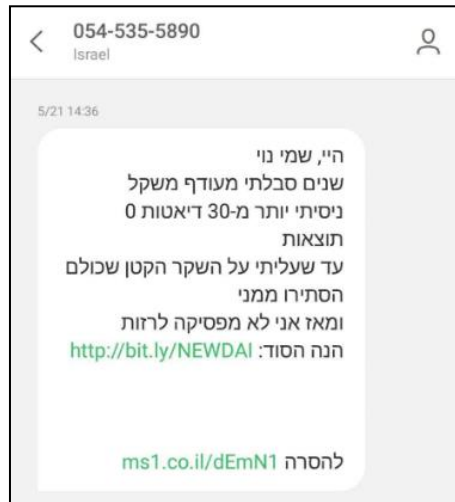
63. בית המשפט העליון עמד על כך כי מלשונה של הגדרה זו עולה כי התשובה לשאלה האם הודעה מסוימת מהווה "דבר פרסומת" תלויה במטרה שאותה היא באה להגשים, ולא בהכרח באופן שבו נמען סביר היה מבין אותה, וכי היא "מסבה עצמה גם על מסרים שנועדו למשוך את הנמען להתקשר עם המפרסם שלא באמצעות מסר מפורש וישיר אלא בדרכים עקיפות." [דברי כבוד השופטת חיות (כתוארה אז) ברע"א 4806/17 פסגות בית השקעות בע"מ נ' גלסברג, פסי 5 (נבו 25.10.2017); ראו גם: רע"א 1621/16 MEGA ADVANCED MATHEMATICAL SYSTEM LTD נ' זילברג, פסי 13 (נבו 14.6.2016)].



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 37133-06-19 בן פורת ואח' נ' הירשמן ואח'

64. בענייננו, נוסח המסרון שהתקבל במכשיר הטלפון הנייד של התובע 2 ולאחר מכן אצל התובעת 1 (כנטען בפסי' 10 לכתב התביעה המתוקן) הוא כדלקמן (נספח 1 לכתב התביעה המתוקן):



65. לפי הטענה בכתב התביעה המתוקן (בפסי' 11) לחיצה על הקישור שבהודעה מובילה לאתר אינטרנט המשווק מדבקות הרזייה תחת המותג "פלמינגו" (להלן צילום מסך מאותו אתר אינטרנט כפי שצורף כנספח 2 לכתב התביעה המתוקן):



66. הנה כי כן, דומה כי לא יכולה להיות מחלוקת של ממש לפיה המסרון שנתקבל אצל התובעים המייצגים עולה כדי מסר קצר שמטרתו לעודד רכישת מוצר – מדבקות הרזייה. אמנם מהות המוצר אינה מפורשת במסרון, ואולם ברי כי מדובר בשיטת שיווק שנועדה למשוך את הנמען, מקבל ההודעה, להתקשר עם המפרסם ולעודד רכישת מוצר ממנו באמצעות לחיצה על קישור. 67. כך, המסרון כולל בתוכו סיפור "אישי" מפי "אישה" אשר "סובלת" מעודף משקל, אשר "עלתה על השקר" שהוסתר ממנה, ומני אז לא הפסיקה להרזות. אותו מסרון אף כולל "פיתוי", שהוא פיתוי שיווקי לכל דבר ועניין, המזמין את הנמען ללחוץ על הקישור שצורף למסרון, וזאת לשם



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 37133-06-19 בן פורת ואח' נ' הירשמן ואח'

גילוי אותו "סוד" מובטח. לחיצה על הקישור מובילה לאתר אינטרנט המציע ומשווק מוצרי מדבקות הרזיה, אשר לפי הטענה "מגדילה במאות אחוזים את הסיכוי להוריד במשקל", תוך שהיא מזמינה את המבקרים באתר להשאיר פרטים ליצירת קשר, ואף מציינת מספר טלפון לביצוע הזמנות.

68. הנה כי כן, הוכח כי המסרונים מושא תובענה זו עולים כדי "דבר פרסומת" כהגדרתו בסעיף 30א(א) לחוק התקשורת.

האם הוכח היקף משלוח דבר הפרסומת?

69. כאמור, סעיף 30א(א) לחוק התקשורת קובע כי דבר פרסומת הוא, בין היתר, "מסר המופץ באופן מסחרי, שמטרתו לעודד רכישת מוצר או שירות או לעודד הוצאת כספים בדרך אחרת". משכך יש לבחון האם הוכח לפניי במידה מספקת כי דבר הפרסומת נשלח באופן ובהיקף מסחרי.

70. במסגרת הדיון שהתקיים לפניי ביום 25.9.2024 נתבקשה ב"כ המייצגת להבהיר טענת התובעים המייצגים כי נשלחו כ-40 מיליון מסרונים.

71. בהקשר זה הפנתה ב"כ המייצגת (ע' 10 ש' 27-33) לצו בית המשפט בתיק זה שניתן כלפי חברת ביטאיט בע"מ (להלן: "ביטאיט") ביום 28.4.2022 לשם קבלת מידע בדבר מספר המסרונים שנשלחו על ידי הנתבעים או מי מטעמם במטרה לפרסם את עסקיהם (כמפורט בצו), וכן לצו בית המשפט שניתן כלפי חברת ימות המשיח בע"מ (להלן: "ימות המשיח") ביום 28.7.2022, והנתונים אשר התקבלו לבסוף על ידי חברת ביטאיט, מוכיחים, לפי הטענה, כי הנתבעים הם אלו אשר עמדו מאחורי משלוח המסרונים נשוא הליך זה (ראו הודעת התובעים המייצגים מיום 6.11.2022 והנספח שצורף לה, בגדרי בקשה מס' 18).

72. מידע זה באשר להיקפם ולתוכנם של המסרונים אשר התובעים המייצגים טוענים כי נשלחו על ידי הנתבעים – לא נסתר לפניי. צווי בית המשפט שניתנו כלפי חברת ביטאיט ביום 28.4.2022 וכלפי חברת ימות המשיח ביום 28.7.2022 נועדו לשם קבלת מידע בדבר המסרונים אשר נשלחו על ידי הנתבעים או מי מטעמם, במטרה לפרסם את עסקיהם וזאת החל מיום 18.6.12 ועד מועד חתימת כל אחד מהצווים, בנוסח שצורף לצו או בנוסחים דומים.

73. מהנתונים שהועברו על ידי ביטאיט עולה כי הנתבעים או מי מהם שלחו כ-40 מיליון מסרונים (39,845,757) בנוסחים שונים (18 נוסחים שונים לפחות, אשר חלקם נועדו לשווק מוצרים אחרים, לרבות הלוואות או תכשירים שנועדו לטפל כביכול בהפרעות קשב וריכוז או במערכת העיכול), וכאשר לפי הנתונים שהודעת התובעים המייצגים מיום 6.11.2022 (פס' 8) מהמידע שהתקבל עולה כי לא פחות מ-436,665 נמענים "לקחו את הסיכון ולחצו על קישוריות ההסרה כדי להסיר מעליהם את המטרד של מסרונים הספאם".

74. בפסיקה נקבע כי יש לבחון את אופן הפצתה של ההודעה ואת המטרה שלשמה נשלחה: "לשון החוק ברורה: ככל שההודעה נשלחה בתפוצה מסחרית, וככל שנועדה לגרום לנמענים השונים להוציא כספים – הרי לך 'דבר פרסומת'" [ראו: רע"א 4704/20 בן-עמי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 37133-06-19 פורת ואח' נ' הירשמן ואח'

נ' **Facebook Ireland LTD**, פסי' 11 לפסק דינו של כבוד השופט סולברג (נבו 9.2.2021) (להלן: "עניין בן-עמי") (ההדגשה הוספה – מ.ע.א.).

75. בענייננו, משהוכח לפניי במידה הנדרשת על פי מאזן ההסתברויות כי דבר הפרסומת (על 18 נוסחיו) נשלח באמצעות מסרונים קרוב ל-40 מיליון פעם [יוער כי חלק מהמסרונים כאמור כללו דברי פרסומת בדבר מוצרים אחרים, ואולם מהנתונים שהוצגו עולה כי למעלה ממחצית המסרונים שנשלחו (על נוסחיהם השונים) נועדו לשווק מוצר או מוצרים שנועדו כביכול לסייע בהורדה במשקל, בנוסח הדומה באופן כזה או אחר למסרונים שנתקבלו בידי התובעים המייצגים], וכי מדובר בהודעה שנועדה לגרום לנמענים השונים להוציא כספים – הרי שלא יכולה להיות מחלוקת של ממש כי מדובר בהודעה שהופצה בהיקף מסחרי, ומשכך מדובר בדבר פרסומת כהגדרתו בחוק התקשורת.

האם הוכחה זהות המפרסם?

76. סעיף 30א(א) לחוק התקשורת מגדיר "מפרסם" כדלקמן:

"מפרסם" – 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; לעניין זה, לא יראו כמפרסם מי שביצע, בעבור אחר, פעולת שיגור של דבר פרסומת כשירות בזק לפי רישיון או תקנות ההיתר הכללי, לפי העניין;"

77. בית המשפט העליון עמד על כך כי על מנת להיאבק באופן אפקטיבי בתופעת ה"ספאם", המחוקק הגדיר את המונח "מפרסם" באופן רחב המקיף לא רק את מי שעיסוקו בפרסום והוא משמש כמען להתקשרות לשם רכישת נושא דבר הפרסומת אלא גם את מי "שתוכנו של דבר הפרסומת עשוי לפרסם את עסקיו או לקדם את מטרותיו, או מי שמשווק את נושא דבר הפרסומת בעבור אחר" [רע"א 2059/16 א.א. קליניקות כרמל בע"מ נ' כהן, פסי' 11 (נבו 27.7.2016)].

78. משלוח מסרונים נופל לגדר הגדרת "הודעת מסר קצר" כהגדרתה בסעיף 30א(א) לחוק התקשורת: "מסר בזק הכולל כתב, לרבות אותות או סימנים, או מסר בזק הכולל חוזי או שמע, ומועבר באמצעות רשת בזק אל ציוד קצה של נמען או קבוצה של נמענים;". בהתאם לסעיף 30א(ה)(2) על מפרסם המשגר דבר פרסומת באמצעות הודעת מסר קצר, לציין בדבר הפרסומת "רק את שמו ואת דרכי יצירת הקשר עמו לצורך מתן הודעת סירוב".

79. אמנם בחלק מנוסחי המסרונים מושא תובענה זו נכתב בסוף המסרון "להסרה השב' הסר", ובחלק מנוסחי המסרונים צורף קישור לאחר המילה "להסרה". גם אם אניח שהדבר עולה בקנה אחד עם הוראות חוק התקשורת לעניין הסרה מרשימת התפוצה לפי סעיף 30א(ה)(2)





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 37133-06-19 בן פורת ואח' נ' הירשמן ואח'

- (והדבר אינו נצרך לענייננו), הרי שדברי הפרסומת מושא התובענה אינם כוללים את שמו של המפרסם. התובעים המייצגים טוענים כי הנתבעים הם אלו העומדים מאחורי הפצת המסרונים. משכך, נפנה לבחון האם טענה זו הוכחה במידת ההוכחה הנדרשת.
80. בתצהיר התובע 2 שצורף להודעת התובעים המייצגים מיום 6.11.2022 נטען כי פרטי השולח שהועברו לו מחברת ימות המשיח מוכיחים כי הנתבעים הם אלו העומדים מאחורי משלוח המסרונים מושא הליך זה, כך ששם המשתמש הוא "hirshman"; איש הקשר הוא "לייזר (אליעזר)", וכי כתובת המייל הינה haim@mivtach.com אשר שייכת ל"מבטח", שהוא לפיה הטענה שם העוסק המורשה של הנתבעת 2 ובעלה הנתבע 3 (פס' 6 לתצהיר התובע 2 שצורף להודעת התובעים המייצגים מיום 6.11.2022). דברים אלו עולים בקנה אחד עם דבריו של מר הירשמן בדיון לפניי מיום 3.7.2023, שם ציין כי "מבטח זו ברכה, אישה כשרה וישרה" (ע' 5 ש' 24).
81. מספר העוסק המורשה המופיע על הקבלה מאת "מבטח" מיום 28.5.2019 שצירפו התובעים המייצגים כנספח 4 לכתב התביעה המתוקן (058456716) זהה לפרטי העוסק במורשה במע"מ על פי תדפיס מאתר רשות המסים שצירפו התובעים המייצגים לכתב התביעה המתוקן (נספח 8 לכתב התביעה המתוקן). בתדפיס האמור נרשם תחת כינוי העסק "גודיס, זיס, מבטח, מוקד". אף בהודעה שהגישו הנתבעים לתיק בית המשפט ביום 29.10.2024 (וכן למשל בהודעת הנתבעת 2 לבית המשפט מיום 1.3.2023) לצד שמה של הנתבעת 2 מופיע אותו מספר תעודת זהות, באופן המאשר כי קיימת זהות בין הנתבעת 2 ובין העוסק המורשה ששמו, בין היתר, "מבטח".
82. התובעים המייצגים הפנו לעמוד פייסבוק בשם "מבטח הלוואות ומשכנתאות", בו צוין מספר הטלפון 02-5899446. מספר טלפון זה זהה למספר טלפון של "זיבלד ברכה" (הנתבעת 2) באתר האינטרנט dun' guide על פי תדפיס שצורף לכתב התביעה המתוקן (נספח 6).
83. זאת ועוד. התובעים המייצגים הפנו לתדפיס מאתר Whois (נספח 7 לכתב התביעה המתוקן) המפרט על פי הטענה את כתובת האתר (הדומיין) שבקישור המופיע במסרון מושא התובענה. מהתדפיס עולה כי על פני הדברים הדומיין רשום על שם Bracha Zeivald (הנתבעת 2) וכן על שם Eliezer Hirshman (הנתבע 1). באשר לאחרון, מצוין כי כתובתו מצויה ברחוב אדמו"רי ויזניץ 6/9, בית"ר עילית – כתובת זו היא אותה הכתובת שצוינה לצד שמו של הנתבע 1, בהודעת הנתבעים לבית המשפט מיום 29.10.2024.
84. די בהצטברות נתונים ראייתיים אלו כדי ללמד שהנתבעים 1–2 הם העומדים מאחורי שיגור המסרונים מושא ההליך. שעה שהדבר לא נסתר לפניי כלל, הרי שמצאתי כי הוכח לפניי במידה הנדרשת במאזן ההסתברויות כי הנתבעים 1–2 הם אלו העומדים מאחורי המשלוח של כ-40 מיליון המסרונים.
85. לצד זאת, קיימות אינדיקציות נוספות המעידות ומלמדות על אחריותם של הנתבעים 1–2 למשלוח המסרונים. מר הירשמן אשר התייצב לדיון בשםם של הנתבעים וטען כי הוא זה אשר



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 19-06-37133 בן פורת ואח' נ' הירשמן ואח'

ניהל את העסק והוא האחראי למעשים (ע' 10 ש' 2) ציין כי 'ההסכם מול החברה שהיא חברת תקשורת, "ימות המשיח". ההסכם מולם הוא שהם משלמים רק על מסרונים שהגיעו. מתוך ה-40 מיליון של מסרונים, עשרות מיליונים לא הגיעו, נכשלו בשליחה. זה כתוב בדוחות [...] לשאלת ביהמ"ש כמה הודעות בכל זאת הגיעו – אני משיב שמתוך ה-40 מיליון הודעות אולי הגיעו 10 מיליון, סדר גודל" (ע' 10 ש' 14-18). הנה כי כן, במלוא הזהירות המתחייבת ולמעלה מן הצורך – לפניי התייצב בשם הנתבעים אדם המזוהה עם הנתבעים, אשר הם בני משפחתו, ומודה בפה מלא כי לפחות 10 מיליון מסרונים נשלחו והגיעו ליעדם (וראו גם ע' 10 ש' 22-23). בהמשך ביקש להציג מר הירשמן בפני בית המשפט מידע לפיו הנתון בדבר המסרונים שהתקבלו הוא 12,800,000 מסרונים, וכי מתוך זה "יש מקטעים ויש חדשות. אם זה חדשות, אנשים ביקשו" (ע' 11 ש' 1-2). בהקשר זה לא נעלמה מעיניי טענת התובעים המייצגים לפיה ברגע שנשלחים מסרונים, אין סיבה שאלו לא יתקבלו ביעדם (ע' 10 ש' 31-32). גם בכך יש לחזק את המסקנה, ולו באופן עקיף, בדבר אחריותם של הנתבעים 1-2 למשלוח דברי הפרסומות.

86. באשר לנתבע 3, הרי שלא מצאתי בחומר הראיות המונח לפניי ראיה הקושרת אותו למשלוח המסרונים מושא ההליך, וזאת על אף הקשר המשפחתי שנטען כי קיים בינו ובין יתר הנתבעים.

האם הוכח כי דבר הפרסומת נשלח בניגוד להוראות חוק התקשורת?

87. סעיף 30א(ב) לחוק התקשורת קובע כדלקמן:

"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; חיוג לנמען באמצעות מערכת חיוג אוטומטי בלא הסכמת הנמען כאמור ייחשב הפרה של הוראות סעיף זה, גם אם החיוג הופסק בטרם נענתה השיחה ובחיוג של הנמען למספר שממנו בוצע החיוג מושמע לו דבר פרסומת; 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."

88. בעניין בן-עמי נקבע (בפס' 13) כי:

"הטוען להפרת סעיף 30א(ב) לחוק, הוא אשר נושא בנטל להוכיח את תביעתו; עליו נטל השכנוע, עליו חובת הראיה (ע"א 78/04 המגן חברה לביטוח בע"מ נ' שלום גרשון הובלות בע"מ, פ"ד סא(3) 18, 36 (2006) (להלן: עניין המגן)). אולם, בהצהרת הנמען כי למיטב ידיעתו לא נתן הסכמה למשלוח דברי הפרסומת, עוברת חובת הראיה אל כתפי





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 19-06-37133 בן פורת ואח' נ' הירשמן ואח'

המפרסם-הנתבע. זהו המצב ברובם המוחלט של המקרים בתביעות לפי סעיף 30 לחוק התקשורת, ומכאן שהלכה למעשה, כדרך קבע, מוטלת חובת הראיה בכגון דא על המפרסם (רע"א 1231/17 רז נ' אימפרשן מדיה בע"מ, [פורסם בבנו] פסקה ח' (20.4.2017)). כך, אם אין בידי המפרסם ראיה להסכמה ראשונית, ובהתקיים יתר התנאים המצויינים בחוק התקשורת, ככלל תתקבל תביעת הנמען (ע"א 2144/13 עזבון המנוח עמית עמוס מנטיץ ז"ל נ' הרשות הפלסטינאית, [פורסם בבנו] פסקה 71 (6.12.2017); ע"א 73/86 שטרנברג נ' עיריית בני-ברק פ"ד מג(3) 343, 347-348 (1989))." [ההדגשה הוספה – מ.ע.א.].

89. התובעים המייצגים טענו בכתב התביעה המתוקן כי לא התעניינו במוצר, לא מסרו את פרטיהם לכל גוף, אדם או גורם העוסק בייצור או שיווק או ייבוא המוצר מושא המסרונים. בכל מקרה נטען, כי התובעים המייצגים לא נתנו את הסכמתם למשלוח דבר הפרסומת לנתבעים. די בכך, כדי להעביר את נטל הראיה לנתבעים. בהעדר הגנה – נטל זה לא הורם.

90. בנסיבות אלו, כאמור מצאתי לקבוע כי הוכח לפניי באופן מספק על פי מאזן ההסתברויות במשפט האזרחי, כי הנתבעים 1-2, ביחד ולחוד, שיגרו 39,845,757 מסרונים באופן המפר את הוראות חוק התקשורת, וזאת מבלי לקבל את הסכמת הנמענים לקבלת דברי פרסומת מראש, ומבלי לציין במסרונים אלו את שמם המלא. כעת, נותר לבחון ולהכריע בשאלת הנזק על בסיס הנתונים שלפני בית המשפט.

הוכחת היקף הנזק וגודל הקבוצה

91. סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "בית המשפט לא יפסוק בתובענה ייצוגית פיצויים לדוגמה, וכן לא יפסוק פיצויים בלא הוכחת נזק, למעט בתביעה כמפורט בפרט 9 בתוספת השניה, ואולם אין באמור כדי למנוע פסיקת פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון". נזק בלתי ממוני ייאנו טעון הוכחה של ממש, ובית המשפט יכול להסיק מהנסיבות ולפסוק לפי שיקול דעתו" [ראו: ע"א 3807/12 מרכז העיר אשדוד ק.א בע"מ נ' שמעון, פס' 74 לפסק דינו של כבוד השופט דנציגר (נבו) 22.1.2015].

92. לפי סעיף 30א(ו) לחוק התקשורת, אדם יכול לתבוע בגין משלוח דבר פרסומת בניגוד לחוק התקשורת, ללא הוכחת נזק, על הסך של 1,000 ש"ח לכל דבר פרסומת בנפרד. אך כאמור, נוכח הוראת סעיף 20(ה) לחוק התובענות הייצוגיות, בית המשפט אינו מוסמך לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק, למעט במקרים חריגים שחוק התקשורת לא נמנה עמם [ראו: ת"א (מחוזי ת"א) 1586/09 חיות נ' טלרן מסרים מיידיים בע"מ (נבו) 5.4.2011]; השוו: רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות, פס' 65 (נבו) 9.12.2015].

93. לעניין הנזק בגין כל הודעה מפרה שנשלחה, מפנים התובעים המייצגים לפסק הדין בעניין זילברג בבית המשפט המחוזי [ת"צ 15-03-44664 זילברג נ' Mega Advanced



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 19-06-37133 בן פורת ואח' נ' הירשמן ואח'

Mathematical System Ltd (נבו 19.1.2023) (להלן: "עניין זילברג"), שם לפי הטענה נפסק פיצוי בסך של 100 ש"ח לכל הודעה פסולה שנשלחה. יצוין כי על פסק הדין בעניין זילברג תלויים ועומדים ערעורים (ע"א 1490; ע"א 2242/23; ע"א 2370/23). בעניין זילברג נקבע, כי בגין הפרות סעיף 30א לחוק התקשורת, הנתבעים שחויבו בכך יחויבו לפצות את נמעני הפרסומות בסך של 100 ש"ח בגין כל הודעת דואר אלקטרוני, ו-50 ש"ח בגין כל הודעת מסרון (SMS) שנשלח ללא הסכמה.

94. בפס' 161 לפסק דינו נימק בית המשפט בעניין זילברג את הנימוקים לאומדן הנזק והעמדתו על בשיעור האמור בגין כל הודעה מפרה:

"אני מקבל את בקשת התובעים לפסוק פיצוי של 100 ₪ לכל הודעת דוא"ל שהתקבלה ללא הסכמה, כאומדן של הנזק הלא ממוני בשל פגיעה בפרטיות, הטרדה ואבדן זמן ומשאבים, בהתחשב במטרת התובענה הייצוגית לאכיפת הוראות החוק ולפיצוי הניזוקים, ומעמיד את הפיצוי להודעת SMS שהתקבלה ללא הסכמה בסך 50 ₪, בהנחה שהיא מטרידה וגוזלת משאבים פחות מהודעת דוא"ל. שקלתי האם קבלת מספר רב של הודעות מפחיתה את הפיצוי משום שהנמען מתרגל לקבל את ההודעות, או מגדילה את הפיצוי משום שהנמען מתעצבן יותר לקבל אותן הודעות שוב ושוב ובסופו של דבר הגעתי למסקנה שיש לנקוב פיצוי אחיד לכל הודעה, בין אם זו הראשונה או החמישית או העשירית." [ההדגשה הוספה – מ.ע.א.].

95. עיון בפסיקה הנוהגת מגלה כי רבים מפסקי הדין הניתנים בתחום זה של משלוח הודעות פרסומת בניגוד לחוק התקשורת, עניינם אישור הסדרי פשרה, ואולם שיעור הפיצוי או ההטבה המאושרים בגדרם משתנים ממקרה למקרה ועל פי נסיבות העניין [ראו למשל: בת"צ (מחוזי ת"א) 46098-06-18 מאור נ' מוגה קמעונאות בע"מ (נבו 21.7.2020); ת"צ (מחוזי ת"א) 23245-09-15 גלסברג נ' הלכות בע"מ (נבו 2.10.2017); ת"צ (מחוזי חי') 17390-04-18 גלסברג נ' תיאטרון עירוני חיפה בע"מ (חל"צ) (נבו 4.12.2019)].

96. לעניין זה, יש לזכור כי שעה שבית המשפט בוחן האם לאשר הסדר פשרה, עליו לשקול, בין היתר, את הפער בין הסעד המוצע בהסדר הפשרה ובין הסעד שחברי הקבוצה היו עשויים לקבל אילו היה בית המשפט מכריע בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה, וכן את הסיכונים והסיכויים שבהמשך ניהול התובענה הייצוגית אל מול חסרונותיו של הסדר הפשרה [ראו: סעיף 19(ג)(2) לחוק]. הסדר פשרה המובא לאישור בית המשפט אינו מבטיח לחברי הקבוצה פיצוי בשיעור המרבי שהיה נפסק לטובתם אם התובענה הייצוגית הייתה מתקבלת במלואה [ראו: ע"א 7122/19 היועץ המשפטי לממשלה נ' ממן, פס' 20 (נבו 11.4.2022); בר"ם 2744/19 עיריית עכו נ' בריל תעשיות נעליים בע"מ, פס' 16 (נבו 10.3.2021)].



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 37133-06-19 בן פורת ואח' נ' הירשמן ואח'

97. בענייננו, כאמור, מדובר בפסק דין בהעדר הגנה בתובענה הייצוגית לגופה במסגרתה נתבע מלוא פיצוי בגין נזק לא ממוני נטען לחברי הקבוצה ויש לזכור כי עדיין מוטל הנטל על חברי הקבוצה **להוכיח** כי נגרם להם נזק. אלא שהתובעים המייצגים **לא הגישו** כל חוות דעת מומחה, סקר או ראיה כלשהיא אשר יהא בה לתמוך ולבסס את טענתם לנזק בשיעור של 100 ש"ח עבור כל מסרון מפר שנשלח על ידי הנתבעים.

98. מהראיות שכן הונחו לפניי על ידי התובעים המייצגים, עולה כי אכן דברי הפרסומת המפרים על נוסחיהם השונים נשלחו כ-40 מיליון פעמים. בנקודה זו יש להדגיש כי אין מדובר ב-40 מיליון נמענים, ויש מקום להניח כי בהיקף כה נרחב של מסרונים, לרוב, אם לא לכל הנמענים – שוגרה יותר מהודעה מפרה אחת. המדובר אפוא לא רק בקושי העומד בפני התובעים המייצגים להוכחת שיעור הנזק הבלתי ממוני שנגרם לכל חבר קבוצה, אלא גם קושי בהוכחת סדר גודלה של הקבוצה הנפגעת.

99. לצד זאת, יש לזכור כי בהיקף כה נרחב של שיגור מסרונים ודאי חלק מהנמענים לא קיבלו את המסרונים המפרים (למשל, אם מדובר במספר שאינו פעיל עוד) ומשכך לא נגרם להם בהכרח נזק בלתי ממוני; חלק מהנמענים אשר קיבלו את המסרונים המפרים כלל לא פתחו אותם או התייחסו אליהם וגם משכך לא בהכרח נגרם להם נזק בלתי ממוני; וחלק מהנמענים אשר קראו את המסרונים המפרים – הרי שלפחות ניתן להעריך לגבי חלקם כי הדבר לא הפריע להם, וגם משכך לא נגרם להם נזק בלתי ממוני. עוד יש לקחת בחשבון, שייתכן שחלק מהנמענים אכן ביקשו לקבל המידע הפרסומי (ולכל הפחות לא הוכח לפניי אחרת).

100. בהתאם להודעת התובעים המייצגים מיום 6.11.2022, ותצהיר התובע 2 שצורף לה, מהמידע שנמסר לתובעים המייצגים מחברת ביטאיט עולה כי **436,665** נמענים **'לקחו את הסיכון ולחצו על קישוריות ההסרה כדי להסיר מעליהם את המטרד של מסרונים הספאם'**. קרי, לכאורה **לכל הפחות** כ-436,665 פתחו את המסרון המפר שנשלח אליהם על ידי הנתבעים וביקשו להסיר את עצמם מרשימת התפוצה, באופן אקטיבי, במידה שיש בה ללמד כי קבלת המסרונים המפרים היוותה עבורם מטרד עד כדי שנקטו בפעולה יזומה לשם הסרתו. יחד עם זאת, אין מדובר בכל חברי הקבוצה הניזוקה, שכן בהיקף כה גדול של מסרונים מפרים שנשלחו (ויוזכר כי מר הירשמן, אשר ביקש לטעון בשמם של הנתבעים, טען כי לכל הפחות 10 מיליון מסרונים נתקבלו אצל הנמענים), ניתן להניח כי קיימים נמענים אשר קיבלו את המסרונים המפרים ללא הסכמה ואולם בחרו שלא ללחוץ על קישורית ה"הסר" (ככל שהייתה כזו).

101. נזק בלתי ממוני נפסק לפי שיקול דעתו של בית המשפט, והדרך לפסוק את הפיצוי כאמור היא על דרך האומדנה, המבוססת על עוגנים מתאימים המצויים החומר הראיות המונח לפני בית המשפט ומכלול נסיבות העניין. זאת לצד היעזרות באמצעים נוספים ובהם ניסיון החיים,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 37133-06-19 בן פורת ואח' נ' הירשמן ואח'

מבחנים של שכל ישר ומדיניות שיפוטית ראויה. עמדה כל כך כבוד השופטת חיות (כתוארה אז)

בע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח ראבי, פס' 53 (נבו 4.12.2011):

"האינטרסים שביסוד התובענה הייצוגית אותם סקרנו לעיל מוליכים אל המסקנה כי כאשר נפסק סעד לטובת הקבוצה או לטובת הציבור על פי סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, יש לשאוף לכך שהסך הכולל של החיוב יהא תואם לסכום המצטבר של הנזקים שיצר הנתבע. לצורך קביעתו של סכום זה אין מניעה לנקוט בדרך האומדנה שהיא דרך מוכרת ומבוססת בשיטתנו המשפטית לכימות נזק באותם המקרים אשר בהם אין אפשרות לחשב במדויק את הנזק שנגרם לתובע אינדיבידואלי. עמד על כך בית המשפט בע"א 355/80 אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה(2) 800 (1981) בציינו כי:

"באותם המקרים, בהם - לאור טבעו ואופיו של הנזק - ניתן להביא נתונים מדויקים, על הנפגע-התובע לעשות כן, ומשנכשל בנטל זה, לא ייפסק לו פיצוי. לעומת זאת, באותם מקרים אשר בהם - לאור טבעו ואופיו של הנזק - קשה להוכיח בדיוק ובוודאות את מידת הנזק ושיעור הפיצויים, אין בכך כדי להכשיל את תביעתו של הנפגע, ודי לו שביא אותם נתונים, אשר ניתן באופן סביר להביאם, תוך מתן שיקול-דעת מתאים לבית המשפט לעריכת אומדן להשלמת החסר" (עמ' 809).

עוד נקבע כי במקרים מתאימים ניתן להיעזר לצורך קביעת גובה הנזק בנתונים סטטיסטיים (ראו ריבלין ושני, 506-507) ובחוות דעת של מומחים. על כן ובבחינת קל וחומר ניתן להעריך את הנזק בדרך זו כאשר מדובר בקבוצה. יחד עם זאת חשוב להדגיש כי הערכת נזק על דרך האומדנה אין משמעותה קביעת סכום שרירותי הנראה כניחוש גרידא ועל בית המשפט אשר לו נתון שיקול הדעת בעניין זה לבסס את הסכום שיקבע תוך היזקקות לעוגנים מתאימים כלשהם המאפשרים הערכה של הנזק על דרך האומדנה כאמור. עוגנים אלה ימצאו לו לבית המשפט בחומר הראיות שיוצג בפניו ובמכלול נסיבות העניין. כמו כן יוכל בית המשפט להיעזר באמצעים נוספים ובהם ניסיון החיים, מבחנים של שכל ישר ומדיניות שיפוטית ראויה, שמקובל להיעזר בהם בהערכות נזק על דרך האומדנה (ראו: עניין דעקה, 583 ברק-ארוז, 277). "[ההדגשה

הוספה – מ.ע.א.].

ראו גם: עניין זילברג, פס' 153.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 37133-06-19 בן פורת ואח' נ' הירשמן ואח'

102. הנה כי כן, בנסיבות העניין, אני סבורה כי על בסיס הנתונים שהונחו לפניי, כמו גם ההנחות המפורטות בפסי' 99–100 לעיל, אין אלא להעריך את שיעור המסרונים המפרים אשר נשלחו והסבו נזק בלתי ממוני עבור הנמענים, כמו גם את שיעור הנזק שנגרם לנמענים אלו, ואשר בגינו יש לחייב את הנתבעים 1–2 בפיצוי עבור שליחתם שלא כדין.

103. **בנסיבותיו הקונקרטיות והייחודיות של תיק זה, קרי הכמות העצומה של המסרונים שנשלחו, חומר הראיות שהונח לפניי על ידי התובעים המייצגים והעדר כל תשתית ראייתית מטעמם של הנתבעים, מצאתי להעריך את כמות המסרונים המפרים שנשלחו בהיקף של 1,000,000, ולהעמיד את הפיצוי עבור כל הודעה מפרה שנשלחה על הסך של 5 ש"ח.**

104. נוכח הפסיקה שהובאה לעיל, בשים לב לתכליות העומדות בבסיס סעיף 30א לחוק התקשורת, ובראי המדיניות השיפוטית הראויה בנסיבות העניין, יש בסך הפיצוי המתקבל מאומדן זה להגשים את מטרות החוק הקבועות בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, **לרבות אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו, וכן ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות.**

105. לאור האמור, הנתבעים 1–2 מחויבים ביחד ולחוד לפצות את חברי הקבוצה בסך של 5,000,000 ש"ח.

106. בהתאם להוראת סעיף 20(ג)1 לחוק תובענות ייצוגיות, מצאתי כי בנסיבות העניין פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי זאת משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה. משכך, מצאתי להוראות על העברת כספי הפיצוי לקרן שהוקמה מכוח סעיף 27א לחוק תובענות ייצוגיות. הסכומים שייגבו ייועדו למטרות הגנה על משתמשי האינטרנט והטלפון, וכן למטרות הגנה על הפרטיות.

ככל שהסכום לא ייגבה, תהא רשאיית הקרן לפעול לגבייתו, וזאת בנוסף לפעולות שיינקטו על ידי ב"כ המייצגים לטובת הקבוצה.

107. ב"כ המייצגים ידאגו לפרסם הודעה בדבר פסק דין זה, בשני עיתונים יומיים הנפוצים בתפוצה רחבה. הנתבעים יישאו בעלויות פרסום המודעה. ב"כ המייצגים יגישו נוסח הודעה לאישור בית המשפט וזאת עד ליום 5.12.2024. באי הכוח המייצגים יהיו רשאי לעתור להשבת ההוצאות בהן יישאו בקשר לפרסום המודעה.

108. באשר לגמול ולשכר טרחת בא כוח המייצגים - בקביעת שיעור הגמול לתובעים המייצגים שקלתי את השיקולים המנויים בסעיף 22(ב) לחוק, ובכלל זה הטרחה שטרחו התובעים המייצגים, לצד הסיכון שנטלו על עצמם בעצם הגשת התובענה הייצוגית אותו מצאתי כנמוך יחסית, וכן מידת התועלת המסוימת שהביאה התובענה הייצוגית ומידת חשיבותה הציבורית של התובענה הייצוגית בנסיבות המקרה.

109. בקביעת שיעור שכר הטרחה לב"כ המייצגים שקלתי את השיקולים המנויים בסעיף 23(ב) לחוק, לרבות מורכבות ההליך, הטרחה שטרחו לאורך כל ההליך כולל שלושה דיונים וכן



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 19-06-37133 בן פורת ואח' נ' הירשמן ואח'

הסיכון שנטלו על עצמו בעצם הגשת התובענה וניהולה, וכן האופן הראוי שבו נוהל ההליך על ידי באי הכוח המייצגים.

110. ברע"א 2957/17 סופרגז חברה ישראלית להפצת גז נ' שוורצמן, (נבו 17.3.2024) (להלן: "עניין סופרגז") שניתן לאחרונה על ידי בית המשפט העליון, הודגש (בפס' 50) כי "שיטת האחוזים" רלוונטית במקרים שבהם נפסק סעד כספי או כאשר ניתן לכמת את הסעד שנפסק. כמו כן, צוין כי אף על פי ששיטת האחוזים הוא שיטה מקובלת בהליכי תובענות ייצוגיות, בית המשפט אינו מחויב לפעול על פיה.

על כן, בהתאם לסמכותי לפי סעיפים 22 ו-23 לחוק תובענות ייצוגיות הריני לפסוק לתובעים המייצגים גמול בסך של 15,000 ש"ח כל אחד, ושכר טרחה לבאי הכוח המייצגים בסך של 150,000 ש"ח כולל מע"מ כדין.

111. שליש מהגמול ומשכר הטרחה ישולם בתוך 30 יום מהיום; שליש נוסף ישולם לאחר קבלת אישור בית המשפט שיינתן לאחר קבלת הודעת ב"כ המייצגים בדבר העברת רבע מהסעד שנפסק לקרן בצירוף אסמכתאות; שליש אחרון ישולם לאחר קבלת אישור בית המשפט שיינתן לאחר קבלת הודעת ב"כ המייצגים בדבר העברת מלוא הסעד לקרן בצירוף אסמכתאות.

סוף דבר

112. בהעדר הגנה ובהעדר התייצבות התביעה מתקבלת. הריני לחייב את הנתבעים 1-2 לפצות את חברי הקבוצה, כמפורט לעיל.

113. ניתן בזאת צו שלפיו הנתבעים 1-2 ימנעו ממשלוח שיגור דברי פרסומת לנמענים שלא נתנו את הסכמתם לכך ובכתב, בהתאם להוראות סעיף 30א לחוק התקשורת. ככל שיישלחו דברי פרסומת על ידי הנתבעים 1-2 באמצעות הודעת מסר קצר, הרי שאלו יעמדו בהוראות חוק התקשורת, ובכלל זה יכללו את שמם הנכון והמלא.

114. הנתבעים 1-2 מחויבים בתשלום גמול לתובעים המייצגים ושכר טרחה לב"כ המייצגים כאמור בפס' 110 לעיל.

115. התביעה כנגד הנתבע 3 נדחית.

116. המזכירות תואיל לשלוח העתק פסק הדין לב"כ המייצגים, לנתבעים ולהעביר העתק הימנו לקרן לניהול ולחלוקת כספים שנפסקו כסעד שהוקמה מכוח סעיף 27א לחוק. תזפ ליום 8.12.2024.

ניתן היום, י"ג חשוון תשפ"ה, 14 נובמבר 2024, בהעדר הצדדים.

מיכל עמית - אניסמן, שופטת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 37133-06-19 בן פורת ואח' נ' הירשמן ואח'

