



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

לפני כבוד השופט טל חבקין, סגן נשיא

התובעים:

1. נוי בן פורת
 2. ד"ר דוד ביטון
- על ידי עו"ד לירון פרמינגר

נגד

הנתבעים:

רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ
על ידי עו"ד שרון קלינמן

המתנגדת להסדר הפשרה:

היועצת המשפטית לממשלה
על ידי עו"ד מיכל פליגלר (שטיין)

פסק דין

לפניי בקשה לאישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית שעילתה הפרה של סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 ("חוק התקשורת"). הבקשה מוגשת לאחר החלטה (מיום 20.12.2020) שאישרה את ניהול התובענה כייצוגית ("החלטת האישור"), ובעוד שבקשת רשות ערעור על החלטת האישור תלויה ועומדת (רע"א 40542-02-21).

הרקע להגשת הבקשה כפי שפורט בבקשה דנא לאישור הסדר פשרה

1. ביום 8.9.2020 הגישו התובעים כתב תביעה ובקשה לאשר את ניהול התובענה במתכונת ייצוגית. בבקשת האישור (שתוקנה סמוך לאחר הגשתה) נטען כי הנתבעת הפרה את חוק התקשורת בכך ששלחה דברי פרסומת למשתמשים שנרשמו באמצעות חשבון הפייסבוק שלהם לשירותים שהנתבעת מספקת באמצעות אתר אינטרנט ויישומון שהיא מפעילה ("שירותי הדיגיטל") מבלי לקבל את הסכמתם המפורשת לקבלת דברי פרסומת כנדרש בסעיף 30א(ב) לחוק התקשורת; בכך ששלחה להם דברי פרסומת שאינם עומדים בדרישה הצורנית הקבועה בסעיף 30א(ה)(1)(א) לחוק התקשורת שלפיה המילה "פרסומת" תופיע בכותרת דבר פרסומת שנשלח באמצעות הדוא"ל; ובכך ששלחה לתובעת 1 ("התובעת") דבר פרסומת לאחר הודעת הסרה שנמסרה לנתבעת. התובעים טענו כי לנוכח ההפרות הנטענות נגרמו להם ולחברי הקבוצה (שאותם הם מבקשים לייצג נזקים) לא ממוניים שיש לפצות בגינם.

2. ביום 10.3.2020 הגישה הנתבעת תשובה לבקשת האישור. היא טענה שאין לתובעים עילה אישית; שהם לא הצביעו על עילה קבוצתית; ושהתובענה אינה ראויה להתברר במתכונת ייצוגית.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

בין היתר נטען כי שלחה הודעות דוא"ל כדין בהתאם להוראות סעיף 30א(ג) לחוק התקשורת; כי העילות בדבר אי עמידה בדרישה צורנית לפי סעיף 30א(ה)(1)(א) לחוק התקשורת ומשלוח הודעה לאחר סירוב לא גרמו את הנזק הנטען, והן מתייחסות למקרים נקודתיים שאינם מצדיקים בירור ייצוגי; כי בקשת האישור אינה מצביעה על נזק לתובעים או לקבוצה; כי בקשת האישור אינה מעוררת שאלות משותפות של עובדה או משפט; וכי בקשת האישור אינה הדרך היעילה וההוגנת לבירור המחלוקות בין הצדדים. הנתבעת הבהירה כי כבר בחודש אוקטובר 2019 היא שינתה את הליך הרישום לשירותי הדיגיטל באמצעות הפייסבוק (לעמדתה למעלה מן הצורך) באופן שכיום כל משתמש נדרש לאשר באופן מפורש קבלת דיוור פרסומי במהלך ההרשמה לשירותי הדיגיטל. לכן, טענה הנתבעת, אין עוד תועלת בבירור בקשת האישור, והתובענה הייצוגית מיצתה את עצמה.

3. ביום 3.5.2020 הגישו התובעים תגובה לתשובה לבקשת האישור ודחו את טענות הנתבעת.

4. ביום 2.6.2020 התקיים דיון מקדמי במסגרתו הביע בית המשפט דעתו הלכאורית כי הדרך הנכונה לסיים את ההתדיינות היא לגבש הסדר פשרה שיכלול פיצוי לקבוצה שישולם לקרן תובענות ייצוגיות ותשלום גמול ושכר טרחה לב"כ התובעים. זאת בסכומים מידתיים שדי בהם כדי לשרת את תכלית ההרתעה בנסיבות העניין ובשים לב שהתדיינות לגוף העניין עשויה להיות בלתי מידתית ביחס למאפייני המחלוקת ושוויה. לא גובשה הסכמה להצעת בית המשפט, אך הוסכם לוותר על חקירת מצהירים ונקבעו מועדים להגשת סיכומים.

5. ביום 20.12.2020, לאחר שהצדדים הגישו סיכומים, ניתנה החלטת האישור שקיבלה את בקשת האישור חלקית. בית המשפט קיבל את טענת התובעים בעניין הפרת סעיף 30א(ב) לחוק התקשורת, וקבע כי לא התקיימו תנאי החריג הקבוע בסעיף 30א(ג), המאפשר משלוח דיוור פרסומי גם ללא הסכמה מפורשת של הנמען. זאת לנוכח קביעתו כי מתן הודעה לנמען על כוונה לשלוח דיוור פרסומי ועל האפשרות לסרב לכך (כנדרש לפי סעיפים 30א(ג)(1) ו-30א(ג)(2) לחוק התקשורת) לא יכולה להתבצע באמצעות מסמך תנאי שימוש מקוון שיש לפתוח באמצעות לחיצה על קישורית. כמו כן קיבל בית המשפט את הטענה בעניין אי עמידה בדרישה הצורנית הקבועה בסעיף 30א(ה)(1)(א) לחוק התקשורת הנוגעת להיעדר המילה "פרסומית" בחלק מההודעות. בית המשפט דחה את הטענה הנוגעת למשלוח דיוור פרסומי לאחר מתן הודעת הסרה, ולא אישר לתובעים לנהל תובענה ייצוגית בעניין זה. נקבע כי הנזק נחזה להיות קטן מאוד; וכי ספק אם קבלת הודעת דואר אלקטרוני שאינו כולל תוכן פוגעני גורם נזק שאינו עניין של מה בכך. עוד נקבע כי הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה הייצוגית תוגדר באופן הבא: "מי שנרשם לשירותי הדיגיטל שמפעילה הנתבעת באמצעות חשבון הפייסבוק שלו במהלך שבע השנים שקדמו להגשת בקשת האישור, קיבל ממנה דברי פרסומית בדואר אלקטרוני תוך הפרה של סעיפים 30א(ב) ו-30א(ה)(1) לחוק התקשורת, וספג כתוצאה מכך נזק המזכה בפיצוי".



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

6. ביום 18.2.2021 הגישה הנתבעת בקשת רשות ערעור על החלטת האישור (רע"א 40542-02-21). היא טענה בין היתר כי בית המשפט שגה כאשר קבע כי מתן הודעה לנמען על כוונה למשלוח דיוור פרסומי ואפשרות לסרב לכך (כנדרש לפי סעיפים 30א(ג)(1) ו-30א(ג)(2) לחוק התקשורת) לא יכולה להתבצע באמצעות מסמך תנאי שימוש מקוון שיש לפתוח באמצעות קישורית. הנתבעת טענה כי קביעה זו אינה מתיישבת עם לשון החוק, עם תכליתו של החוק כפי שהיא נלמדת מדיוני הוועדה הרלוונטית בכנסת שדנה בהצעת החוק ועם פסיקת בית המשפט העליון בע"א 4704/20 בן-עמי נ' Facebook Ireland Ltd. (9.2.2021) (שניתנה לאחר החלטת בית המשפט בבקשת האישור). כמו כן הצביעה הנתבעת על פסיקה זרה שלפיה תנאים הנכללים בקישורים למסמכים אחרים הם חלק אינטגרלי מהסכם מקוון, וכן על פסיקה זרה שבה נקבע כי על משתמש סמארטפון סביר לדעת כי קישורים מודגשים לתנאי שימוש כוללים תנאים נוספים שמחייבים את המשתמש ביישומון מסוים. כמו כן נטען כי התובעים לא הצביעו על נזק ספציפי שנגרם להם, וכן נטענו טענות נוספות ביחס לאי התקיימות התנאים הקבועים בחוק לאישור תובענה ייצוגית. ביום 18.4.2021 הגישו התובעים תשובה לבקשת רשות הערעור ודחו את כל טענות הנתבעת.

7. ביום 25.4.2021 ניתנה החלטת בית המשפט של ערעור (כב' סגנית הנשיא אביגיל כהן) שבמסגרתה הוצע לצדדים להידבר במטרה להגיע להסכמה כוללת בתובענה הייצוגית, לרבות בהתחשב בטענת הנתבעת שמחודש אוקטובר 2019 שונו, למען הזהירות, דרכי רישום באמצעות הפייסבוק לשירותי הדיגיטל. ביום 20.7.2021 התקיים דיון בבקשת רשות הערעור. בעקבות המלצת בית המשפט המחוזי הגיעו הצדדים למתווה מוסכם לפתרון כל המחלוקות ביניהם. הצדדים הציגו לבית המשפט המחוזי את המתווה המוסכם וביקשו כי יאשר הסכם פשרה בין הצדדים שיוגש על סמך מתווה מוסכם זה. ביום 21.7.2021 קבעה ערכאת הערעור כי למרות שהסכם הפשרה על פניו ראוי והוגן, אין מקום לבצע קיצור דרך ולאשרו בערכת הערעור ולא בערכאה הדיונית.

8. בנסיבות אלו הגישו הצדדים בקשה את הבקשה דנא לאישור הסדר הפשרה. הצדדים מבהירים כי הגיעו להסדר מבלי לגרוע מעמדותיהם ומבלי שצד כלשהו הודה בטענה מטענות משנהו או בחבות כלשהי בכל הקשור, במישרין או בעקיפין, לתובענה ולבקשת האישור.

הסדר הפשרה שמבוקש לאשרו ונימוקיו

9. בהתאם להסדר הפשרה וכפוף לאישורו בפסק דין חלוט, הנתבעת הסכימה להעניק לכל מי שנרשם לשירותי הדיגיטל באמצעות חשבון הפייסבוק שלו עד ליום הגשת בקשת האישור (למעט חברי קבוצה שפרשו או יבקשו לפרוש מהקבוצה בהתאם למנגנונים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות), הטבה בדמות 60 רשימות השמעה (פלייליסטים) ללא פרסומות כלשהן, שיוענקו באופן מדורג ("ההטבה"). מטעמי יעילות (ומבלי שהדבר יגבש הודאה או ויתור של הנתבעת) – הנתבעת תעניק את ההטבה לכל מי שנרשם לשירותי הדיגיטל באמצעות חשבון הפייסבוק שלו עד ליום הגשת בקשת האישור (למעט חברי קבוצה פורשים כאמור). מדובר בקבוצת משתמשים רחבה מזו שבית



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

המשפט הגדיר בהחלטה בבקשת האישור, שכן בית המשפט הגדיר את חברי הקבוצה המיוצגת באופן צר יותר כאמור. הצדדים הסכימו לוותר על הבירור מי מבין המשתמשים שנרשמו לשירותי הדיגיטל של הנתבעת באמצעות חשבון פייסבוק קיבל בפועל "דברי פרסומת בדואר אלקטרוני תוך הפרה של סעיפים 30א(ב) ו-30א(ה)(1) לחוק התקשורת", וכן לוותר על הבירור מי מבין המשתמשים "ספג כתוצאה מכך נזק המזכה בפיצוי", בשים לב לכך שעלויות הבירורים יעלו על התועלת שבעריכתן.

10. הצדדים הסכימו כי לצורך הענקת ההטבה הנתבעת תיחזר על חשבונה באתר האינטרנט וביישומון אותם היא מפעילה "אזור פרימיום" שהגישה אליו תתפאשר רק למי שזכאי להטבה על פי הסדר הפרשה, וזאת למשך 24 חודשים לפחות ממועד העלאת אזור הפרימיום לאחר וליישומון ("תקופת מתן ההטבה"). במועד העלאת אזור הפרימיום הוא יכול לל 30 רשימות השמעה אשר יהיו זמינות למשך כל תקופת מתן ההטבה. לאחר 6 חודשים ממועד העלאת אזור הפרימיום הנתבעת תוסיף 30 רשימות השמעה נוספות אשר יהיו זמינות עד לתום תקופת מתן ההטבה. כמו כן הסכימה הנתבעת לשאת בעלויות פרסום ההודעות לחברי הקבוצה בדבר הגשת בקשה זו ובדבר אישור הסדר הפרשה (ככל שיאושר); לשלם לתובעים ולבא כולם גמול ושכר טרחה בהתאם לקביעת בית המשפט; וכן לשפות את התובעים בגין האגרה ששילמו עם פתיחת הליך בקשת האישור ולשאת בכל תשלום אגרה נוסף (ככל שיוטל). עוד הוסכם כי פסק הדין הנותן תוקף להסדר הפרשה ייצור מעשה בית דין לגבי כל אחד מחברי הקבוצה, למעט חברי קבוצה שביקשו או יבקשו לפרוש מהקבוצה בהתאם למנגנונים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות ("חברי הקבוצה המאושרת"). יראו את כל חברי הקבוצה המאושרת כמוותרים על כל טענה, תביעה או סעד בכל הקשור לעניינים נושא ההליך, לרבות כלפי הנתבעת, כל מי הקשור אליה, או מי מטעמה, ולא תעמוד לחברי הקבוצה המאושרת זכות, מכל מין וסוג שהוא, לרבות לפיצוי נוסף כלשהו בקשר עם העניינים נושא ההליך. פסק הדין כאמור יגבש מיצוי סופי ומוחלט של כלל טענות התובעים וחברי הקבוצה המאושרת, ועם נתינתו יתגבש אוטומטית ביחס לכל אחד ואחד מחברי הקבוצה המאושרת ויתור וסילוק ביחס לכל העניינים נושא ההליך (כהגדרתם בהסדר הפרשה). בהתאם להסדר הפרשה, חברי קבוצה שביקשו או יבקשו לפרוש מן הקבוצה ובקשתם תאושר לא יהיו זכאים להטבה על פי הסדר הפרשה, לא יחול ביחס אליהם מעשה בית דין והנתבעת שומרת על כל טענותיה והיא תהיה רשאית להעלותן בכל הליך שינוהל נגדה על ידי מי שאינו נמנה עם הקבוצה המאושרת.

11. בהתאם להסדר הפרשה, ככל ש-30 חברי קבוצה או יותר יפרשו מהקבוצה מכוח המנגנונים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות, הנתבעת תהיה זכאית להודיע (לפי שקול דעתה) על ביטול הסדר הפרשה, וזאת תוך 30 ימים ממועד הפרישה של חבר הקבוצה השלושים ואילך (לפי המאוחר). במקרה שבו ההליך המשפטי ימשך עקב אי אישור הסדר הפרשה או עקב ביטולו הסכם הפרשה וכל מה שקשור להליך המשפט ומתן לגיבושו או לאישורו בבית המשפט, מבוטלים ובטלים מעיקרם וחסרי תוקף משפטי לכל דבר ועניין. ככל שההליך המשפטי ימשך עקב אי אישור הסדר הפרשה או





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

עקב ביטולו, הנתבעת תהיה רשאית להמשיך בהליך בקשת רשות הערעור או לבקש למחקו ללא צו להוצאות תוך שמירת מלוא טענותיה ביחס להחלטה בבקשת האישור.

12. הצדדים טוענים כי סיום ההליך בהסדר הפשרה הוא הדרך היעילה, ההוגנת והראויה להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין. ראשית, ההטבה שתינתן לחברי הקבוצה המאושרת מגבשת פיצוי הולם בנסיבות העניין. בפסיקה טרם נדונה הדרך שבה יש לכמת את הנזק שנגרם בגין משלוח דיוור פרסומי. פסק הדין היחיד שבו הנושא נדון, ת"צ (מחוזי חי') 14022-08-16 **גלסברג נ' מידע כנסים בע"מ** (10.12.2019) בוטל לאחר הגשת בקשת האישור בפסק דין של בית המשפט העליון (ע"א 8511/19 **מידע כנסים בע"מ נ' גלסברג** (4.3.2021)). בענייננו ההליך אינו עוסק במשלוח הודעות פרסומת "פוגעניות" שעניינן "החדרת נוזקה או כלי פרסום להונאה", אלא בניזולטרים שנשלחו על ידי הנתבעת למשתמשים שנרשמו ביוזמתם לשירותי הדיגיטל של הנתבעת. שהם שירותי חינמי שהנתבעת מספקת להנאת הציבור. לפיכך לא מדובר בהפרות במדרג החמור והנזק החברתי שנגרם מהן מוגבל. נטען כי ההטבה שתוצע לחברי הקבוצה המאושרת היא הולמת ונותנת מענה לנזק הנטען בבקשת האישור, שכן היא תאפשר לחברי הקבוצה המאושרת – הרואים בפרסומות מטרד – לקבל מהנתבעת תכנים מוזיקליים נקיים לחלוטין מפרסומות, וזאת למשך תקופה ממושכת של 24 חודשים. הצדדים סבורים כי מדובר בתועלת שירותית לחברי הקבוצה המאושרת, אשר עולה על הנזק הנטען לכל אחד מחברי הקבוצה. הצדדים מדגישים כי הנתבעת עצמה אינה מוכרת לציבור שירות מסוג זה, כך שקיים קושי לכמת את ערכה הכלכלי של ההטבה לציבור. עם זאת ההכנסה ממכירת פרסומות ביחס לפלייליסטים שיכללו בהטבה, אשר תימנע מהנתבעת, מוערכת בכ-70,000 ש"ח. זאת ועוד: שירות האזנה או צפייה בתכנים ללא פרסומות הוא שירות הנמכר לציבור על ידי חברות שונות כגון YouTube, Apple Music, Spotify, תמורת תשלום כך שההטבה עצמה שוות ערך כספי, ומדובר בהטבה שיש לה ערך כלכלי בלתי מבוטל לחברי הקבוצה. כמו כן, מטעמי יעילות, הצדדים הסכימו כי ההטבה תינתן לכל מי שנרשם לשירותי הדיגיטל של הנתבעת באמצעות חשבון פייסבוק עד למועד הגשת בקשת האישור, כך שהסדר הפשרה מטיב עם קבוצה רחבה יותר של משתמשים שיפיקו תועלת כתוצאה מהסדר הפשרה, הכוללת עשרות אלפי משתמשים.

13. שנית, הסדר הפשרה משרת את תכלית ההרתעה שבבסיס סעיף 30א לחוק התקשורת, ומשקף איזון ראוי ביחס להפרה הנטענת. הנתבעת סבורה כי התכלית העיקרית של סעיף 30א לחוק התקשורת היא הרתעה יעילה כלפי מפרסמים ממשלוח דואר זבל והדברים אף צוינו במפורש על ידי בית המשפט בהחלטה בבקשת האישור. תכלית ההרתעה הושגה: כבר בחודש אוקטובר 2019 (בסמוך לאחר הגשת בקשת האישור) הנתבעת הוסיפה להליך הרישום לשירותי הדיגיטל באמצעות הפייסבוק בקשה לאישור קבלת דיוור פרסומי מהנתבעת, כך שכיום כל משתמש שנרשם לשירותי הנתבעת נדרש לאשר במפורש את הסכמתו לקבלת דיוור פרסומי. הסדר הפשרה צפוי להשית על הנתבעת עלויות בסך של עשרות אלפי שקלים (בגין פיתוח אזור הפרימיום שבאמצעותו תוענק ההטבה; התשומות הדרושות ליצירת פלייליסטים ותפעול שוטף של אזור הפרימיום; תשלום גמול



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

ושכר טרחה לתובעים ובא כוחם; עלויות פרסום הודעות לחברי הקבוצה; ותשלום אגרה). עלויות אלה יצטרפו לסכומים ניכרים שהנתבעת כבר הוציאה בגין ייצוגה בהליך (בערכאה זו ובבית משפט של ערעור) ולסכום של 15,000 ש"ח שהנתבעת שילמה לתובעים ולבא כוחם בעקבות ההחלטה בבקשת האישור. העלויות שבהן הנתבעת נשאה ותישא והפסד ההכנסה שייגרם לנתבעת כתוצאה מהענקת ההטבה מצטברים לסכום שהוא בבירור מרתיע מבחינת הנתבעת, כך בפרט בשים לב לכך ששירותי הדיגיטל כשלעצמם הם שירות חיוני לציבור, ולכך שהשירות ששווק במסגרת הניוולטרים נושא בקשת האישור (מכירת כרטיסים להופעות) אינו פעיל מזה חודשים רבים בשל משבר הקורונה העולמי.

14. שלישית, נטען כי הסדר הפרשה הוא הדרך היעילה וההוגנת לסיום ההתדיינות גם מהטעם שהתועלת בניהול ההליך הייצוגי עד תומו נמוכה באופן משמעותי מהעלויות שידרשו להמשך ניהול ההליך. כך בפרט לנוכח הקושי והמורכבות בזיהוי הנפגעים וכימות הנזק הלא ממוני. בהקשר זה מזכירים הצדדים כי לא קיים תקדים משפטי לאופן כימות הנזק שנגרם כתוצאה מקבלת דיוור פרסומי (בשים לב לביטול פסק הדין בעניין מידע וכנסים בערכאת ערעור). עלול גם להיות קושי ממשי בזיהוי משתמשי שירותי הדיגיטל שקיבלו דיוור פרסומי בפועל והוטרדו מכך, בשים לב לכך שבין משתמשי שירותי הדיגיטל שנרשמו באמצעות חשבון הפייסבוק קיימים גם משתמשים שהחליפו כתובת דוא"ל, משתמשים שאינם משתמשים בכתובת הדוא"ל ששימשה לפתיחת חשבון הפייסבוק שלהם, משתמשים שתיבת הדוא"ל שלהם סיננה את הדיוור הפרסומי מהנתבעת ומשתמשים שמצאו בניוולטרים של הנתבעת תועלת ולא מטרד. בית המשפט אומנם קבע כי ניתן יהיה להיעזר לשם כך באמצעים סטטיסטיים, ואולם ברור כי הדבר יחייב חוות דעת מומחה שעלותן מכבידה וצפויה להפוך את ההתדיינות לבלתי מידתית ביחס למאפייני המחלוקת. מטעם זה הסכימה הנתבעת כאמור להעניק את ההטבה לקבוצת משתמשים רחבה מהקבוצה שהוגדרה בהחלטה בבקשת האישור.

15. רביעית, טענו הצדדים, הסדר הפרשה הוא ראוי והוגן גם לנוכח הסיכויים והסיכונים הטמונים בהמשך ההתדיינות. בענייננו מדובר אומנם בתובענה ייצוגית שכבר אושרה, אך הנתבעת הגישה בקשת רשות ערעור שעודנה תלויה ועומדת, והנתבעת סבורה כי עומדות לה טענות כבדות משקל ביחס להחלטה בבקשת האישור, ובפרט ביחס לקביעות בדבר אי התקיימות תנאי החריג הקבוע בסעיף 30א(ג) לחוק התקשורת. בהקשר זה מציינים הצדדים כי לאחר מתן ההחלטה בבקשת האישור ניתן פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין **בן עמי** ופסק דינו של בית המשפט המחוזי בת"צ (מחוזי ת"א) 64880-02-18 **הראל נ' פאנקו גרופ בע"מ** (25.7.2021), כאשר לעמדת הנתבעת פסקי דין אלה תומכים בטענתה כי מסמך תנאי שימוש מקוון מקיים את תנאי ההודעה הקבוע בסעיף 30א(ג). על כן הנתבעת סבורה כי ניהול ההליך עד תום (לרבות בערכת ערעור) היה מוביל לדחיית התובענה הייצוגית. התובעים חלוקים על עמדה משפטית זו והבהירו כי בפסקי הדין הנ"ל המבקשים שם אישרו פוזיטיבית את תנאי השימוש וזאת בשונה מענייננו. עם זאת הם סוברים כי



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

הסכם הפשרה מטיב עם חברי הקבוצה ועונה על תכלית החוק ומשכך הכרעה שיפוטית בעניין המחלוקת המשפטיות שבין הצדדים תגרום להוצאות שאינן דרושות בנסיבות ההליך דנן.

16. חמישית, העובדה שמדובר בהסדר פשרה ראוי והוגן בנסיבות העניין נתמכת גם בהמלצת בית משפט זה לצדדים לסיום ההליך בסכומים מידתיים שיש בהם כדי לשרת את תכלית ההרתעה.

17. הצדדים סבורים כי לנוכח טיבו של הסדר הפשרה אין צורך במינוי בודק. הנתבעת הסכימה להעניק את ההטבה לכל מי שנרשם לשירותי הדיגיטל באמצעות חשבון פייסבוק שלו בתקופה שקדמה להגשת בקשת האישור (מבלי להידרש לשאלה האם קיבל בפועל דיוור פרסומי והאם סבל נזק כתוצאה מכך). אין קושי באיתור הזכאים להטבה, שכן רישומי הנתבעת משקפים מי מבין הנרשמים לשירותי הדיגיטל נרשם באמצעות חשבון פייסבוק. גם מימוש ההטבה לא צפוי לעורר קשיים, שכן המימוש יתאפשר באופן אחיד לכל הזכאים להטבה בהתאם להסדר הפשרה, ללא קשר לשאלה אם קיבלו הודעות דיוור פרסומי בפועל ומה מספר ההודעות שקיבלו. בנסיבות אלה, אין צורך בשימוש במנגנונים סבוכים או חישובים פרטניים וייחודיים ביחס לכל אחד מחברי הקבוצה. נטען כי אין צורך בבדוק גם לצורך אימות הנתונים בעניין חלוקת ההטבה, שכן כבר נקבע בנסיבות דומות של תובענה ייצוגית מכוח סעיף 30א לחוק התקשורת כי כאשר מדובר בנזק שאינו ממוני, הנוגע למטרד שחשו חברי הקבוצה די בקבלת דיווח על ביצוע ההסדר. אין הצדקה למנות בודק גם מהטעם שמדובר בעניין שצפוי לסרב את ההליך ולהשית הוצאות נוספות על הצדדים באופן שאינו מידתי ביחס להיקף ומהות המחלוקת.

18. הצדדים עותרים לפטור מחלקה השני של האגרה. לטענתם, במסגרת בחינת בקשה למתן פטור מתשלום חלקה השני של האגרה יש לבחון בין היתר את אופן סיום ההליך; אם ההליך הסתיים בהסדר פשרה או בהסתלקות; השלב שבו הסתיים ההליך; מספר הדיונים שהתקיימו בהליך ומהותם; כתבי הטענות שהוגשו; והליך גישורי אם התקיים, אשר סייע בגיבוש הסדר הפשרה שאושר על ידי בית המשפט. הצדדים מפנים לפסיקות שונות של בתי המשפט שבהן התקבלו בקשות הצדדים במסגרת בקשה לאישור הסדר פשרה למתן פטור מתשלום חלקה השני של האגרה. הצדדים מפני לפסיקה נוספת שדנה בסוגיה. הצדדים סבורים כי מתקיימים הטעמים המיוחדים שהוכרו בפסיקה כמצדיקים מתן פטור מתשלום המחצית השנייה של האגרה. בשלב הדיון בבקשת האישור הצדדים הסכימו שלא לקיים הליך הוכחות וההחלטה בבקשת האישור התקבלה לאחר דיון מקדמי אחד קצר והגשת סיכומים מטעם הצדדי, באופן שקיצר וחסך באופן משמעותי משאבים וזמן שיפוטי; בקשת רשות הערעור לא נדונה לגופה (וממילא הנתבעת שילמה אגרה נפרדת ומלאה בגין הגשתה); שלב בירור התובענה הייצוגית צפוי להתייתר לחלוטין באופן שיחסוך קיום הליכים מקדמיים, הגשת תצהירים וחוות דעת, קיום דיוני הוכחות, הגשת סיכומים והכרעה בהליך. מעבר לכך, הסדר הפשרה התקבל בשל הידברות ממושכת של הצדדים ובאי כוחם מחוץ לכותלי בית המשפט, ומבלי שנדרשת מעורבותו של בית המשפט בפרטי הסדר הפשרה, תוך חיסכון של משאבים



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

וזמן שיפוטי יקר. הצדדים מזכירים כי אחת המטרות העיקריות בהליך הנוגעת לאופן שבו נדרש מפרסם לקיים את התנאים הקבועים בסעיף 30א(ג)(1) ו-30א(ג)(2), ובפרט האם הצגת קישורית לתנאי השימוש הכוללים מתן הודעה על משלוח דיוור פרסומי עונה על דרישת הדין היא שאלה תקדימית וחדשנית שלא נדונה ולא הוכרעה עד למועד ההחלטה בבקשת האישור.

19. בהתאם לסעיף 25א(א) לחוק תובענות ייצוגיות, מבוקש להורות לפרסם לקבוצה הודעה על הגשת בקשה לאישור הסדר פשרה והודעה על אישור הסדר פשרה. הצדדים מבקשים כי פרסום הודעות אלה ייעשה על ידי הנתבעת ועל חשבונה, באמצעות משלוח הודעת דוא"ל לכל מי שנרשם לשירותי הדיגיטל באמצעות חשבון פייסבוק (ובכלל זה לכל חברי הקבוצה). הצדדים סבורים כי פרסום ההודעות לקבוצה באמצעות משלוח הודעות דוא"ל כאמור צפוי להיות יעיל יותר מפרסום באמצעים אחרים, שכן מדובר בפרסום ממוקד שישלח לכל חברי הקבוצה (ולמעשה לכל מי שנרשם לשירותי הדיגיטל באמצעות פייסבוק ועשוי להיכלל בקבוצה), כך שפרסום באופן זה מגביר את האפשרות שחברי הקבוצה ייחשפו אליו. כמו כן, ביחס להודעה על הגשת הבקשה לאישור הסדר פשרה – התבקש לאשר את נוסח הפרסום שהוסכם על הצדדים.

20. על פי הוראות סעיף 18(ז)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, הצדדים רשאים להגיש לבית המשפט המלצה מוסכמת לעניין תשלום גמול לתובעים ושכר טרחה לבאי כוחו, לרבות שיעור ותנאיו. הצדדים הסכימו להמליץ לבית המשפט לפסוק לתובעים ולבא כוחם סכום גלובלי כולל (במאוחד) כגמול מיוחד ושכר טרחה בטווח שבין 20,000 ש"ח לבין 50,000 ש"ח שישולמו בנוסף לסכום ההוצאות שכבר נפסק לטובת התובעים במסגרת ההחלטה בבקשת האישור (15,000 ש"ח). מבוקש לקבוע בנוסף אם הסכום שיפסק (כולו או חלקו) כולל מע"מ או שיש להוסיף עליו מע"מ. הצדדים סבורים כי הטווח המומלץ יאפשר לבית המשפט לפסוק גמול ושכר טרחה בסכום מידתי וסביר המביא לידי ביטוי בין היתר את השיקולים הבאים: היקף וטיב המחלוקת; זהות הנתבעת ופעילותה; טענות הנתבעת בעניין התנהלות התובעים; התועלת שהביאו ההליך והסדר הפשרה לציבור; היקף העבודה שהושקעה על ידי בא כוח התובעים בהליך זה (לרבות במסגרת הליך בקשת רשות הערעור והמשא ומתן לצורך הסדר פשרה); העובדה שהסכום שייפסק מתווסף לסכום ההוצאות שנפסק במסגרת בקשת האישור. לבקשת התובעים ובא כוחם (שהנתבעת מסכימה לה), מבוקש לפסוק את הסכום לתובעים ולבא כוחם כסכום גלובלי כולל. זאת בשים לב לכך שהצדדים הסכימו על טווח הכולל גבול תחתון וגבול עליון ביחס לסכום הכולל שישולם.

21. הבקשה נתמכה בתצהירי הצדדים ובאי כוחם, כנדרש בסעיף 18(ב) לחוק תובענות ייצוגיות ובתקנה 12(ב) לתקנות תובעות ייצוגיות, התשי"ע-2010.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

ההתדיינות בבקשה דנא

22. לאחר הגשת הבקשה דנא ביקש בית המשפט הבהרות הנוגעות לגודל הקבוצה, לדרך יידוע חבריה ולטכניקה הנוגעת לביצוע ההטבה (החלטות מיום 8.11.2021 ומיום 5.12.2021). בעקבות זאת הוגשו הבהרות, ובקשה לאישור הסדר פשרה מתוקן הכולל שינויים בדבר הרחבת דרך יידוע הקבוצה (באמצעות "הודעת דחיפה" ופרסום באתר האינטרנט של הנתבעת כמפורט בסעיף 17 להסדר). כמו כן נוספה הבהרה בעניין הטכניקה להשמעת השירים (סעיף 9.1 להסדר הפשרה).

23. ביום 2.1.2022 אישר בית המשפט לפרסם את הסדר הפשרה המתוקן לציבור לפי סעיף 25 לחוק תובענות ייצוגיות. לאחר מכן הודיע אחד מחברי הקבוצה על יציאתו ממנה, והיועצת המשפטית לממשלה הביעה עמדתה מכוח סעיף 18(ד) לחוק ביחס להסכם הפשרה. עמדה זו כללה התנגדות לבקשת הצדדים לפטור מחלקה השני של האגרה בלא הסתייגות מהסדר הפשרה עצמו.

24. משחלף המועד להגיש התנגדויות עתרו הצדדים למתן הכרעה בבקשה. הצדדים צירפו אסמכתאות על ביצוע הפרסומים כנדרש, והתייחסו לעמדת היועצת המשפטית לממשלה בנושא פטור מהמחצית השנייה של האגרה. משבשלה עת ההכרעה, ניתנת החלטה זו.

דיון והכרעה

אישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית – המסגרת הנורמטיבית

25. כידוע, במסגרת ההליך הייצוגי מבקשים תובע מייצג ובא כוחו לייצג קבוצה בלתי מסוימת של תובעים בכוח שלא הגישו בעצמם תובענה לבית המשפט, בשאלה עובדתית ומשפטית המשותפת לכל חברי הקבוצה. הואיל וקולם של חברי הקבוצה עצמם לא נשמע במסגרת ההליך אלא באמצעות אלה המבקשים לייצגם, בית המשפט נדרש לוודא שהאינטרס של חברי הקבוצה ייוצג נאמנה ולא יקופח, ושכלליות ההליך הייצוגי – המנויות בסעיף 1 לחוק – תוגשמה. פיקוח זה חשוב במיוחד כאשר מונח על הפרק הסדר פשרה, שאז האינטרס של התובע המייצג ושל בא כוחו לסיים את ההליך בהקדם ולזכות בגמול מיוחד ובשכר טרחה עלול לבוא על חשבון האינטרס של חברי הקבוצה לזכות בסעד הולם, ועל חשבון האינטרס הציבורי למגר את ההתנהגות הפסולה שבגינה הוגשה בקשת האישור. לנוכח ניגוד אינטרסים פוטנציאלי זה, המוכר כ"בעיית הנציג", סיום הליך ייצוגי על דרך הפשרה מותנה בפיקוח ובאישור מוקדם של בית המשפט, בהתאם למנגנון הקבוע בסעיפים 18-19 לחוק (לדיון בבעיית הנציג ראו אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה ייצוגית" **משפטים** 6 (2011)). סעיפים אלה מגדירים כיצד יש להגיש בקשה לאישור הסדר פשרה, מתווים את מהלך הדיון בה (לרבות פרסום הודעה לציבור ומתן אפשרות להתנגד להסדר שגובש), ומפרטים את השיקולים שיש לשקול טרם אישור ההסדר המוצע. בכלל זה נדרש בית המשפט לוודא כי הסדר הפשרה הוא הדרך ההוגנת, הסבירה והיעילה לסיום המחלוקת בעניינם של חברי הקבוצה (סעיף 19(א) לחוק); וכי סיום ההליך בדרך של פשרה מגשים את תכליות ההליך הייצוגי (רע"א 3832/17 **ליון נ' פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ**, פסקה 12 (4.7.2017)).



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

26. בגדר החלטתו בבקשה לאישור הסדר פשרה, ישקול בית המשפט בין היתר את הפער בין הסעד המוצע ובין הסעד שחברי הקבוצה היו עשויים לקבל לו בית המשפט היה מכריע בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה; התנגדויות שהוגשו לבקשה לאישור הסדר הפשרה; השלב שבו נמצא ההליך; חוות דעת בודק (ככל שהחליט שאין מקום לפטור ממנה); הסיכונים והסיכויים שבהמשך ניהול התובענה הייצוגית אל מול יתרונותיו וחסרונותיו של הסדר הפשרה; והעילות והסעדים שיגבשו מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה שעליהם חל הסדר הפשרה (סעיף 19(ג)(2) לחוק). הסדר פשרה ראוי הוא כזה שמציע לקבוצה הטבה או פיצוי המשקפים נאמנה את הסיכויים והסיכונים הגלומים בהליך. הסדר פשרה מעצם טיבו וטבעו נועד לקניית סיכון, ועל כן גם כאשר מדובר בהליך ייצוגי – אין ככלל הצדקה לדחייתו של הסדר מוצע רק משום שאינו מבטיח לחברי הקבוצה פיצוי בשיעור המרבי שהיה נפסק לטובתם אם התובענה הייצוגית הייתה מתקבלת במלואה. שומה על בית המשפט לתת דעתו לסיכויים ולסיכונים הגלומים בהמשך ניהול ההליך, כפי שהוא מעריך אותם – ובאספקלריה זו לבחון אם ההסדר המוצע ראוי, הוגן וסביר (בר"ם 2744/19 עיריית עכו נ' בריל – תעשיות נעליים בע"מ, פסקות 14-16 (10.3.2021)).

מן הכלל אל הפרט

27. אקדים מסקנה לדיון ואומר כי הסדר הפשרה מעניק לחברי הקבוצה הטבה הנותנת מענה סביר לנזק שנגרם לחבריה בפועל. מבחינה זו הוא הוגן וראוי ומצאתי מקום לאשרו. לא אכחד כי התלבטתי תוך כדי כתיבת ההחלטה אם לא עדיף פיצוי כספי לקרן תובענות ייצוגיות, אך בסופו של דבר, משלא מיקדתי את העניין באפשרות זו מלכתחילה, ומאחר שההטבה ניתנת בכל זאת לכל אחד מחברי הקבוצה ולא לציבור (וראו נוסח סעיף 20(ג)(2) לחוק תובענות ייצוגיות), החלטתי שאין מקום להכביד על הצדדים בעת הזו ולהגדיל את המשאבים המוקדשים להתדיינות זו. עם זאת, ביחס לחלק מהשיקולים שיש לשקול, ובייחוד שווי ההטבה לקבוצה ביחס לסכום שהיה נפסק לטובתה לו הייתה התובענה מתבררת, הסכם הפשרה טומן בחובות מידה גדולה של חוסר ודאות ומעורר שאלות לא פשוטות המשליכות בעיקר על שכר הטרחה ועל הגמול המיוחד שיש לפסוק. אפרט:

28. כידוע, סעיף 31 לחוק התקשורת, הידוע בשם "חוק הספאם", נועד למגר את תופעת "דואר הזבל" אשר גורמת נזק מצרפי גדול לציבור (רע"א 1954/14 חזני נ' הנגבי, פסקה 2 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן (4.8.2014)). עם זאת נפסק כי לא כל הודעות הספאם עשויות עור אחד וזהות בחומרתן, וכי אופי ההרתעה הדרושה למיגור שליחתן משתנה לפי סוגן, מאפייניהן ונסיבות שליחתן (ע"א 534/17 לפיד נ' סלקום ישראל בע"מ, פסקות 17-19 (6.3.2019)). יש להבחין בין הודעות ספאם לא מבוקרות שנשלחות בלא שהנמען יצר קשר כלשהו עם השולח או הביע עניין בשירות או במוצר, הודעות שאי-מיגורן עלול להוביל להצפת תיבות הדואר האלקטרוני של הציבור בהודעות לא-רצויות, להסיח את דעתו, ולצרוך משאבים לא מבוטלים לטיפול בהן, לבין דברי פרסומת שנשלחו לאדם שמסר את פרטיו לשולח במהלך רכישת מוצר או שירות או ניהול משא



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

ומתן לרכישתו; קיבל הודעה על כך שיישלחו לו הודעות; והתאפשר לו, יחסית בקלות, להודיע על רצונו להפסיק לקבלן בכל עת. ענייננו נופל לסוג השני, הפחות חמור, המוסדר בסעיף 30א(ג) לחוק ולהפרותיו של תנאי סעיף זה.

29. מחדלה של הנתבעת מתבטא בכך שלא נתנה לחברי הקבוצה הודעה על אפשרות שלא לקבל דברי פרסומת באחת הדרכים המנויות בחוק (דואר רגיל, מסרון או דואר אלקטרוני), אלא הסתפקה בהפניה לתנאי השירות המופיעים באתר באמצעות קישורית, בלא לדרוש מחברי הקבוצה לאשר פוזיטיבית שקראו והסכימו להם. היא גם לא נתנה לחברי הקבוצה הזדמנות להודיע שאינם מעוניינים בדברי פרסומת לפני שדבר הפרסומת הראשון נשלח. לבסוף, היא שלחה דברי פרסומת אחדים בלא ציון המילה "פרסומת" בכותרת. אלו אומנם הפרות של החוק, ואין להקל בהן ראש, אך הן אינן ברף החמור בהשוואה לסוג הראשון (החמור יותר) שצוין לעיל. הן נעשו כלפי נמענים שביקשו לקבל שירות חינמי; תוכן אינו פוגעני; חברי הקבוצה יכולים להסיר את עצמם יחסית בקלות מרשימת התפוצה באמצעות מנגנון הסרה פשוט; ואלמלא הפגם הצורני המתבטא באי-ציון המילה "פרסומת", אפשר שהתובעים כלל לא היו מבחינים במשלוח ההודעות מאחר שהן היו מסוננות כולן על ידי תיבת דואר הזבל. הסרה מרשימת התפוצה בנסיבות אלו שונה מהסרה במקרה שבו הנמען אינו מכיר את שולח ההודעה, חושש מנוזקה שעלולה להילוות לבקשת הסרה, ולכן נמנע מלהשתמש במנגנון ההסרה הפשוט. נראה כי הנזק האישי והציבורי המצטבר שנגרם מהודעות מהסוג השני קטן בהרבה מהנזק שנגרם מהודעות מהסוג הראשון.

30. עוד נזכיר כי הנזק שנגרם לנמען מהודעת ספאם בודדת, כמו גם ממספר הודעות ששליחתן פרוסה לאורך תקופה ארוכה ושאינן תדירות, בא בגדר "זוטי דברים" כהגדרת מונח זה בסעיף 4 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. אין לומר ששליחת הודעות בנסיבות האמורות באה בגדר עוולת מטרד ליחיד או פוגעת פגיעה בפרטיות במידה המצדיקה לפסוק פיצוי בגינה. לו הייתה מוגשת תביעת ספאם בנסיבות האמורות לפני חקיקת סעיף 30א לחוק תקשורת, שלא במסגרת תובענה ייצוגית (שהרי בתובענה ייצוגית הגנה "זוטי דברים" אינה חלה לנוכח דעת הרוב בדנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (4.7.2021)), סביר שהיא הייתה מסולקת על הסף בהיעדר עילה. שונה המצב כשמדובר בנזק מצטבר לציבור או במקרה שמדובר בהודעות רבות ותכופות שהגיעו לתעודתן והפריעו לפעילות הנמען (וזאת להבדיל מהודעות שנבלעו בתיבת "דואר הזבל", בלא שהנמען הרגיש שנשלחו לו, בלא שהסחיו את דעתו או הצריכו פעולה כלשהי להסרתן). חוק הספאם נועד למנוע את הנזק המצטבר לציבור. הוא אינו מתמקד בנזק שנגרם ליחיד. לשם כך החוק מאפשר לפסוק לנמען פיצוי ללא הוכחת נזק בסך של עד 1,000 ש"ח לדבר פרסומת שנשלח שלא כדין (סעיף 30א(1) לחוק התקשורת). הניסיון בבתי המשפט לתביעות קטנות מלמד שסעיף זה הוא אמצעי יעיל למדי לטיפול בתופעה כשמדובר במפרסמים שאינם מבקשים להסוות את זהותם.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

31. כידוע, סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות שולל פסיקת פיצויים לדוגמה ופיצויים ללא הוכחת נזק בתובענה ייצוגית. אף על פי כן ראה המחוקק לאפשר הגשת תובענה ייצוגית שעילתה משלוח דברי פרסומת שלא כדין (רע"א 1621/16 Mega Advanced Mathematical System Ltd נ' זילברג, פסקה 10 (14.6.2016)). הדרך שבה יש לחשב פיצוי בגין משלוח דברי פרסומת שלא כדין לחברי הקבוצה, שאינו פיצוי ללא הוכחת נזק או פיצוי לדוגמה, לא התבררה למיטב הידיעה בפסיקה, זולת פסק דין אחד של בית המשפט המחוזי אשר בוטל בערעור. המתח בין האיסור לפסוק פיצוי ללא הוכחת נזק או פיצוי לדוגמה, המגביל לכאורה את הפיצוי שיש לפסוק לנזק שנגרם בפועל לפיצוי נזיקי המשיב את המצב לקדמותו (וראו סעיף 30א(ט) לחוק התקשורת אשר קובע: "הפרת הוראות סעיף זה היא עוולה אזרחית והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש], יחולו עליה, בכפוף להוראות סעיף זה"), לא יותר מכך ולא פחות (לדיון בתכלית זו של הפיצוי הנזיקי ראו ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, 776-772 (1982); ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13, 25 (2005); אהרן ברק "פיצויים" דיני נזיקין: תורת הנזיקין הכללית 571-574 (מהדורה שנייה, ג'ד טדסקי עורך 1976)), ובין התכלית העיקרית של חוק הספאם: למגר את התופעה לנוכח הנזק המצטבר שהיא גורמת לציבור בדרך של הרתעה יעילה, מעורר אתגר לא פשוט בדבר אופן הערכת הנזק וקביעת הפיצוי שנגרם לחברי הקבוצה בתביעות ייצוגיות שעילתן הפרת חוק הספאם. אם ייפסק בהן פיצוי אך ורק בגין הנזק הממשי שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה כתוצאה ממשלוח דברי פרסומת שלא כדין, התמריץ להגיש תובענות ייצוגיות שעילתן הפרת חוק הספאם יפחת, למעט כשמדובר בהפרות חמורות או בקבוצות גדולות של נמענים. בהינתן האפשרות לפסוק פיצוי ללא הוכחת נזק בסך של עד 1,000 ש"ח עבור כל הודעה בתביעה אזרחית, לרבות בתביעה קטנה (אך לא בתובענה ייצוגית), אין זה מרחיק לכת לסבור שתוצאה זו ראויה היא, ושיש לתמרץ תובעים להימנע מלהגיש תובענות ייצוגיות שעילתן משלוח ספאם בגין הפרות לא חמורות וקבוצות קטנות. ספק אם יעיל שבית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון יכלו את זמנם היקר עד מאוד – הלוא הוא זמנו של הציבור – על תובענות מסוג זה. כל זאת כשיש אמצעי אחר, יעיל יותר, להשיג את אותה מטרה, וכידוע היטב לעוסקים במלאכה, אכן נעשה באמצעי זה שימוש תדיר.

32. מבלי לקבוע מסמרות, דרך אפשרית ליישב את הקושי היא לפסוק לחברי הקבוצה פיצוי בגין נזק לא ממוני בסכומים המבטאים את הנזק בפועל – נזק לא ממוני קטן, שברגיל היה בא בגדר "זוטי דברים" ולכן לא היה מזכה בפיצוי כלל – אך בכל זאת יש לפסוק אותו לקבוצה מאחר שטענת זוטי דברים אינה חלה במישור הייצוגי. פיצוי זה יכול לנוע, בהערכה גסה, בין שקלים אחדים לכל אחד מחברי הקבוצה בנסיבות הפרה קלות (למשל, שקל אחד בנסיבות הקלות ביותר); סכום מעט גבוה יותר, אך עדיין חד-ספרתי, בנסיבות חמורות יותר; וסכום גבוה מכך, אך לא בהרבה, בנסיבות חמורות במיוחד. ככל שמספר חברי הקבוצה קטן יותר, מספר ההודעות קטן יותר, תוכן ההודעות אינו פוגעני, נסיבות ההפרה פחות חמורות, דרך ההסרה קלה, משלוח ההודעות נפרש על תקופה ארוכה, ההודעות אינן תכופות, וכשההודעות נותבו לתיבת "דואר זבל" כך שהתובע הייצוגי לא הבחין בהן כשהתקבלו בזמן אמת – כך פוחת הפיצוי שייפסק לכל אחד מחברי הקבוצה בגין נזק לא ממוני ונוטה לרף הנמוך. בה במידה, ככל שמספר חברי הקבוצה גדול יותר, מספר ההודעות גדול



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

יותר, תוכן ההודעות פוגעני או מטריד, ההודעות תכופות יותר, וההודעות בענייניו של התובע הייצוגי לא נותבו לתיבת דואר הזבל והפריעו לו בפועל – כך יגדל הפיצוי שייפסק לכל אחד מחברי הקבוצה בגין נזק לא ממוני ונוטה לרף הגבוה. נראה שפסיקת פיצוי גבוה משקלים אחדים לכל חבר בקבוצה בגין כלל הודעות דוא"ל שנשלחו אליו (וכשמדובר בנזק בפועל אין לפסוק פיצוי נפרד בגין כל הודעה), כשהן אינן תדירות מדי ואינן כוללות מסר פוגעני, תבוא בגדר פיצוי לדוגמה ללא הוכחת נזק. כך במיוחד כשמדובר בספאם מהסוג השני, הפחות חמור. יש להישמר מפסיקת פיצוי כזה כדי שלא לעשות את סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות לפלסטר. המסקנה היא שפיצוי בגין נזק לא ממוני בפועל יעמוד, ככלל, על שקלים בודדים לכל אחד מחברי הקבוצה בגין כלל ההודעות שקיבל.

33. שכר הטרחה שראוי שייפסק בגין ניהול תובענה כזו, לרבות במקרה של הסדר פשרה, צריך שיהיה מידתי ביחס למכלול הנסיבות, וביחס ישר להיקף המשאבים שמידתי להשקיע בהתדיינות לנוכח כלל מאפייניה וסכום הפיצוי בראשם.

34. יישום עקרונות אלו בעניינינו מטה את הכף לפסוק שכר הטרחה וגמול מיוחד על הצד הנמוך. מאפייני ההודעות; קלות ההסרה; העובדה שאין מדובר בהפרות חמורות (במיוחד אם תובא בחשבון הפסיקה בעניין **בן-עמי**, שהחילה את חובת תום-הלב על מימוש אפשרות ההסרה); מספר ההודעות שהתובעת קיבלה (24); פרק הזמן הארוך שבמהלכו הן נשלחו (שנתיים); העובדה שזולת אדם אחד (שהודיע על יציאה מהקבוצה כדי לנהל תביעה אישית) לא הוגשו תביעות "רגילות" נגד הנתבעת בעילה זו; והעובדה שזולת הודעה אחת (או שתיים) יתר ההודעות שנשלחו לתובעת סוננו לתיבת "דואר הזבל" והיא לא הבחינה בהן כשהתקבלו – מוליכים למסקנה שהנזק שנגרם לחברי הקבוצה בפועל הוא קטן ביותר ועומד, כנראה, על שקלים בודדים לכל אחד מחבריה. נזכיר כי התובע נרשם לשירות כדי לקבל הודעות, ולכן כנראה לא נגרם לו נזק.

35. מנגד, יש בנמצא שיקולים לא מעטים המטים את הכף להגדיל את שכר הטרחה והגמול המיוחד. הראשון שבהם הוא גודלה המוערך של הקבוצה. בירור נתון זה, לטענת הנתבעת, הוא סבוך ויקר, ולכן לא נערך. עם זאת הנתבעת מסרה, לבקשת בית המשפט, נתון בדבר גודל הקבוצה שתקבל את ההטבה, הגדולה מזו שהתובענה אושרה בעניינה (אם כי לא ברור בכמה היא גדולה והמנעד די גדול). על נתון זה הוטל חיסיון בהיותו סוד מסחרי של הנתבעת לטענתה, ומאחר שהוא לא דרוש במישרין להכרעה. מבלי לחשוף את הנתון, די לציין כי יש אפשרות לא מבוטלת שמדובר בקבוצה גדולה למדי, אשר גם בהנחה שיש לפסוק לזכותה פיצוי בסך שקלים בודדים לכל אחד מחבריה, עשוי להתקבל סכום שהצדיק לנהל את התובענה במתכונת ייצוגית. לעניין זה יש לזכור שביורור פרטני של נזק שנגרם בפועל, אף אם ייעשה באמצעים סטטיסטיים, הוא מעצם טבעו לא מדויק, סבוך ויקר. לתובעת עצמה יש נסיבות המטות את הכף לפסוק לה פיצוי נמוך על הנזק שנגרם לה. אולם ייתכן שיש חברי קבוצה שההודעות לא סוננו בעניינם, שקיבלו יותר הודעות ועל פני תקופה ארוכה יותר. גם בעניינם של אלה, נקודת המוצא היא שנסיונות משלוח ההודעות והנזק שנגרם להם



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

הוא ברף הנמוך. בשים לב לחוסר הוודאות הרב, בהערכה גסה ובלתי מחייבת, במידת הזהירות הראויה, לצורך הכרעה בבקשה זו בלבד, וכדי שלא לחשוף את הנתון שמסרה הנתבעת, מדובר בפיצוי שאני מעריכו כנע בין 30,000 ש"ח ל-150,000 ש"ח לכל חברי הקבוצה. אכן מנעד רחב.

36. נתון נוסף שיש לשקול הוא שווי ההטבה לכל אחד מחברי הקבוצה. בעניין זה לא הובאו נתונים, אך רשימה של 30 רשימות השמעה נטולות פרסומות לחצי שנה, ו-60 רשימות לשנה וחצי נוספות, נחזית להיות הטבה סבירה ביחס לפיצוי שיש לפסוק בגין הנזק הממשי שנגרם לחברי הקבוצה, שהוא קטן למדי וברף הנמוך.

37. יש לציין גם כי התובעים הגישו את התביעה בלא שידעו את מספר חברי הקבוצה, מספר שעד כה אינו ידוע. הם ייצגו את הקבוצה נאמנה, והשיגו עבורה הישג הוגן. יש ליתן משקל גם לעובדה שהדיון בסוגיית הערכת הנזק, שנערך בעיקר לצורך הכרעה בסוגיית שכר הטרחה והגמול, הוא תקדימי באופיו, וטומן בחובו מידה רבה של חוסר ודאות במישור המשפטי.

38. לבסוף, אף שמלכתחילה סברתי שההתדיינות בתיק זה והצורך להכריע בבקשה האישור לגופה, כמו גם ההתדיינות בגינה בערכאת הערעור, אינה מידתית ביחס למאפייני המחלוקת, ובראשם הנזק שנגרם בפועל לחברי הקבוצה לנוכח מכלול הנסיבות, הייתה זו הנתבעת שעמדה על התדיינות לגופה של הבקשה והכרעה בה במקום לאשר, לצורך הדיון, שהתקיימו התנאים לניהול תובענה ייצוגית. הסכמה להתקדם לדיון בתובענה עצמה בהיבט הנזק, בלא להידרש להכרעה בבקשת האישור ומבלי להודות בכל טענה, הייתה מטה את הכף לפסוק שכר טרחה וגמול נמוכים ומידתיים יותר. ברם מעת שנדרשה הכרעה לגוף העניין, זכאים התובעים ובאי כוחם לשכר טרחה וגמול הולמים בגין המכלול.

39. לא ראיתי לפסוק שכר טרחה וגמול בסכום אחד. המדובר בסכומים המשולמים לגורמים שונים, הנשלטים על ידי סעיפי חוק שונים, התמריצים בעניינם שונים, ויש מקום לפסוק אותם בנפרד. אפשר גם שאחד מהם חב במע"מ והאחר לא. במכלול שיקולים, ראיתי להעמיד את שכר הטרחה על סך כולל של 24,000 ש"ח ומע"מ, ואת הגמול על סך של 6,000 ש"ח (ואין להוסיף עליו מע"מ). זאת בנוסף לסכום שנפסק בשלב אישור ניהול התובענה כייצוגית.

40. אשר לחלקה השני של האגרה: תקנה 7א(3) לתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ו-מאפשרת לבית המשפט לפטור מחלקה השני של האגרה מטעמים מיוחדים שיירשמו. לא שוכנעתי שיש בנמצא טעמים כאלה. משהשקיע בית המשפט משאבים ניכרים בהתדיינות זו ביחס לשווה היחסי; ובהינתן שהזמן שבית המשפט מקדיש לתיק זה בא בהכרח על חשבון תיקים אחרים הממתינים בתור, אין מקום לפטור מאגרה המבטאת השתתפות של הצדדים בעלות הציבורית של



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

ההתדיינות. היה מקום לשקול לפטור מהחלק השני של האגרה לו היה מוגש הסדר פשרה בלא שנדרשת הכרעה בבקשת האישור. הדבר נכון במיוחד שעה שהייתה זו הנתבעת שעמדה על בירור אשר ספק אם הוא מידתי. מן הראוי שתישא בעלות הציבורית הכרוכה בכך.

41. לא מצאתי מקום למנות בודק. ראשית, משום שהסדר הפשרה חל על קבוצה גדולה יותר מזו שהתובענה אושרה בעניינה ונחזה להיות מיטיב ביחס לנוק שנגרם לחברי הקבוצה בפועל. שנית, משום שההוצאות הכרוכות בתשלום שכר טרחת הבודק יגדילו את עלות ההתדיינות שגם ככה ספק אם היא מידתית, ואין לכך הצדקה. שלישית, ספק אם תרומתו של בודק להערכת הוגנות הפשרה תהיה משמעותית בתיק מסוג זה.

סוף דבר

42. הבקשה לאישור הסדר הפשרה המתוקן מתקבלת. ניתן תוקף של פסק דין להסדר הפשרה המתוקן. ניתנות הנחיות כדלקמן:

א. **הגדרת הקבוצה שהסדר הפשרה חל עליה:** מי שנרשם לשירותי הדיגיטל שמפעילה הנתבעת באמצעות חשבון הפייסבוק שלו במהלך שבע השנים שקדמו להגשת בקשת האישור, קיבל ממנה דברי פרסומת בדואר אלקטרוני תוך הפרה של סעיפים 30א(ב) ו-30א(ה)(1) לחוק התקשורת, וספג כתוצאה מכך נזק המזכה בפיצוי, למעט מי שהודיע על יציאה מהקבוצה כדין.

ב. **התובעים המייצגים:** נוי בן פורת, ד"ר דוד ביטון; **בא כוח מייצג:** עו"ד לירון פרמינגר.

ג. **עילת התובענה שלגביה יקום מעשה בי-דין:** זכאות חברי הקבוצה לפיצוי מהנתבעת בגין הודאות דוא"ל שנשלחו אליה תוך הפרה של סעיפים 30א(ב) ו-30א(ה)(1) לחוק התקשורת.

ד. **גמול מיוחד לתובעים ושכר טרחה לבא כוח מייצג:** הנתבעת תשלם לתובעים גמול מיוחד בסך של 6,000 ש"ח ושכר טרחה לבאי כוחם בסך של 28,080 ש"ח (סכום זה מגלם מע"מ). סכומים אלה נוספים על הסכום שנפסק בגין אישור ניהול התובענה כייצוגית. מחצית הסכום תשולם תוך 30 יום שאם לא כן תישא ריבית פיגורים מיום פסק הדין ועד התשלום בפועל. המחצית השנייה של הגמול ושכר הטרחה תשולם לאחר שהתובעים ובאי כוחם יוודאו שהנתבעת קיימה את הסדר הפשרה ויגישו בקשה המעידה על כך. ככל שהנתבעת לא תקיים את הסדר הפשרה, עליהם לנקוט הליכים לאכיפתו.

ה. הנתבעת תפרסם הודעה על אישור הסדר הפשרה שבה יפורטו הפרטים המנויים בסעיף 19(ג)(1) ו-2 לחוק תובענות ייצוגיות בשינויים המחויבים. ההודעה תפורסם בשני עיתונים יומיים תוך 30 יום.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ

ו. באי כוח הצדדים יגישו לאישור, תוך 14 יום, את נוסח ההודעות ואופן הפרסום הנדרשים לפי סעיף 25(ד) לחוק. הנתבעת תשלח עותק מההודעה למנהל בתי המשפט לשם רישומה בפנקס.

ז. הנתבעת תישא במחצית השנייה של האגרה ותשפה את התובעת בגין המחצית הראשונה כאמור בתקנה 7א(א)(3) לתקנות האגרות. כאמור, אין מקום לפטור מן המחצית השנייה של האגרה.

המזכירות תמציא את פסק הדין לצדדים, וכן תשלח העתק ממנו למנהל בתי המשפט וליועצת המשפטית לממשלה באמצעות פרקליטות מחוז תל אביב (אזרח).

זכות ערעור לבית המשפט המחוזי בתל אביב יפו תוך 60 יום.

ניתן היום, ג' בסיוון התשפ"ב, 2 ביוני 2022, בהעדר הצדדים.

טל חבקין, שופט, סגן הנשיא

