



בבית המשפט העליון

רע"א 335/23

לפני: כבוד השופטת ע' ברון

המבקשת: דאבלטק בע"מ

נגד

המשיבים: 1. יובל לב
2. צביקה בלינזון

בקשה למתן רשות ערעור על החלטות בית המשפט המחוזי
בחיפה (כב' השופט מ' דניאל) מימים 30.11.2022 ו-
13.12.2022 ב-ת"צ 24822-02-20

בשם המבקשת: עו"ד איתן ברוש; עו"ד שרון פיאלקוב
בשם המשיבים: עו"ד אוהד רוזן; עו"ד קרין תורן-היבלר

פסק-דין

1. במוקד ההליך שלפניי ניצבות שתי בקשות לאישור הסדרי פשרה, שהושגו בין צדדים לתובענה ייצוגית שעניינה בטענה למשלוח הודעות "ספאם". בית המשפט המחוזי בחיפה (השופט מ' דניאל) דחה את הבקשות בהחלטות מימים 30.11.2022 ו-13.12.2022 (ת"צ 24822-02-20). מכאן הבקשה למתן רשות ערעור שהגישה המבקשת, דאבלטק בע"מ, היא הנתבעת בהליך הייצוגי (להלן: דאבלטק); ויובהר כבר עתה כי המשיבים בהליך זה, הם התובעים בהליך הייצוגי (להלן: התובעים), הודיעו כי הם מסכימים למתן הסעד המבוקש בה, שהוא מתן תוקף של פסק דין להסכמות שהושגו בין הצדדים.

רקע

2. התובעים, יובל לב וצביקה בלינזון, נרשמו לפני שנים רבות, בשנים 2006 ו-2008, כמשתמשים באתר ההיכרויות "בליינד דייט" (להלן: האתר). האתר נרכש על ידי

דאבלטק בשנת 2019; וסמוך לאחר מכן זו שלחה למשתמשים הרשומים, ובהם התובעים, מספר הודעות דואר אלקטרוני שבהן ביקשה לעדכן אותם בדבר "שדרוגים" שנעשו באתר, ולהציע להם הטבה בדמות מינוי ללא תשלום לאתר למשך שבעה ימים (להלן: ההודעות ו-ההטבה, בהתאמה).

ביום 10.2.2020 הגישו התובעים בקשה לאישור תובענה כייצוגית נגד דאבלטק בטענה למשלוח הודעות פרסומת אסורות (ספאם) (להלן: בקשת האישור). בבקשת האישור טענו התובעים כי דאבלטק שלחה להם את ההודעות מבלי לקבל את הסכמתם לכך, וכי ההודעות לא עמדו בדרישות הצורניות המחייבות בהודעות מסוג זה: לא צוין בכותרת ההודעה כי מדובר בפרסומת, לא צורפו להודעות פרטיה המזהים של דאבלטק, ולא הייתה בהודעות אפשרות להסרה מרשימת התפוצה; כל זאת בניגוד להוראות סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושירותים), התשמ"ב-1982 (להלן: חוק התקשורת). נוסף על כך טענו התובעים כי משלוח ההודעות מהווה הטרדה העולה כדי פגיעה בפרטיות לפי סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות); וכן כי דאבלטק הפרה את סעיף 8 לחוק הגנת הפרטיות בכך שלא רשמה את מאגר המשתמשים באתר בפנקס מאגרי המידע.

3. התובעים הגדירו את הקבוצה המיוצגת ככוללת "כל אדם אשר קיבל דבר פרסומת או הודעה אחרת המעודד שימוש באתר ההיכרויות של [דאבלטק] באמצעות הודעה אלקטרונית". נטען כי הנזקים שנגרמו לתובעים ולחברי הקבוצה הם פגיעה באוטונומיה, כעס, טרדה ועוגמת נפש, הוצאות ובזבוז זמן, פגיעה בפרטיות בשל האופי החודרני של ההודעות, ואי-נוחות שמקורה בנושא ההודעות וחשש מפני חשיפתן לבני זוג. התובעים טענו כי כל אחד מהם קיבל 3 הודעות, והעריכו כי נזקם עומד על 100 ש"ח לכל הודעה.

בתשובה לבקשת האישור טענה דאבלטק כי ההודעות אינן מהוות "דבר פרסומת" כהגדרתו בחוק התקשורת, אלא עדכון אינפורמטיבי בלבד, כך שההוראות שבסעיף 30א כלל לא חלות לגביהן. ממילא, טענה דאבלטק, משתמשי האתר נתנו הסכמתם לקבלת מסרים פרסומיים בעת ההרשמה לאתר. דאבלטק הוסיפה כי התובעים לא הוכיחו שנגרם להם נזק, כי מדובר לכל היותר בזוטי דברים, וכי הם לא פעלו כדי להפסיק את קבלת ההודעות ולהקטין את הנזק הנטען; ותחת זאת העדיפו להמתין לקבלת הודעות נוספות כדי להגדיל את סכום התביעה, בהיותם תובעים סדרתיים. נוסף על כך נטען כי הקבוצה כפי שהוגדרה בבקשת האישור רחבה מדי, שכן היא כוללת גם משתמשים ששמחו לקבל את ההודעות ובחרו לנצל את ההטבה, שלא ניתן לטעון כי נגרם להם נזק.

4. בית המשפט המחוזי קיבל את בקשת האישור בהחלטה מיום 24.2.2021, תוך שקבע כי ישנה אפשרות סבירה שבמסגרת הדיון בתובענה הייצוגית יוכח כי דאבלטק שלחה לחברי הקבוצה הודעות שמהוות "דבר פרסומת" ללא הסכמתם; זאת בניגוד להוראות חוק התקשורת, וכאשר הודעות אלה לא עמדו בדרישות הצורניות שנקבעו בחוק התקשורת (להלן: החלטת האישור). עוד נקבע בהחלטת האישור כי התובעים הוכיחו לכאורה את קיומה של עילת תביעה מכוח חוק הגנת הפרטיות, הן ביחס לטענה כי משלוח ההודעות עולה כדי הטרדה, הן ביחס לטענה כי דאבלטק הפרה את חובתה לרשום את מאגר המשתמשים הרשומים באתר כמאגר מידע. בית המשפט אף הוסיף ואישר את הקבוצה כפי שהוגדרה בבקשת האישור.

במישור הנזק נקבע בהחלטת האישור כי קיומו של נזק בלתי ממוני "אינו טעון הוכחה של ממש", ובענייננו נזקם של התובעים ויתר חברי הקבוצה התגבש מ"עצם שליחת דבר פרסומת לתיבות הדואר האלקטרוני שלהם בלי לקבל את הסכמתם, שהיא חדירה למרחב הפרטי שלהם ופוגעת באוטונומיה שלהם", לשון החלטת האישור. עוד ציין בית המשפט כי נזקם של התובעים הוכח לכאורה בתצהירים שצירפו לבקשת האישור, שבהם הצהירו כי בעקבות קבלת ההודעות נגרמה להם פגיעה באוטונומיה, ונוצרו אצלם תחושות שליליות של כעס, טרדה, עוגמת נפש ואי-נוחות.

הסדרי הפשרה וההליכים שהתנהלו בקשר אליהם

5. לאחר מתן החלטת האישור החל בית המשפט המחוזי בבירור התובענה הייצוגית גופה, ובמסגרת זו הוגשו כתבי טענות וחוות דעת מומחים, והתקיימו מספר דיונים. בהמשך, לפני המועד שנקבע להגשת סיכומים בכתב, הודיעו הצדדים כי מתנהל ביניהם משא ומתן, שבעקבותיו הגישו ביום 18.5.2022 בקשה לאישור הסדר פשרה (להלן: ההסדר המקורי).

במסגרת ההסדר המקורי הסכימו הצדדים על הסדרה עתידית של משלוח הודעות ועל מתן פיצוי לחברי הקבוצה. בגדרי ההסדרה העתידית הוסכם כי דאבלטק תימנע משליחת הודעות פרסומיות לנמענים שלא נתנו את אישורם לכך בעת ההרשמה לאתר, באמצעות תיבת סימון ("צ'ק בוקס") ייעודית. נוסף על כך, דאבלטק התחייבה שכל ההודעות הפרסומיות שישלחו על ידה בעתיד יעמדו בדרישות הצורניות המפורטות בחוק התקשורת, וכן הצהירה שרשמה את מאגר המידע שברשותה בפנקס מאגרי המידע.

6. לעניין הפיצוי הוסכם בהסדר המקורי על מנגנון פיצוי שבמסגרתו כל אחד מהזכאים יוכל לבחור באחת משתי חלופות: האחת, קבלת מנוי חודשי לאתר ששוויו

הנטען הוא 129 ש"ח; והשנייה, קבלת מתנה מתוך רשימה סגורה, הכוללת בין היתר ספר, אביזרי מטבח שונים, מגבת פנים וקפה ומאפה, בשווי נטען של עד 90 ש"ח (להלן: שוברי המתנה). עוד הוסכם בהסדר המקורי כי ההודעה בדבר הזכאות לפיצוי תישלח לחברי הקבוצה בדואר אלקטרוני, וכי שוברי המתנה שלא ימומשו לאחר תקופה מסוימת יועברו לשורה של עמותות הפועלות למטרות ציבוריות שונות.

הצדדים צירפו להסדר המקורי חוות דעת מומחה שנועדה להעריך את היקף חברי הקבוצה הזכאים לפיצוי. המומחה מסר שבדיקות שערך העלו כי על אף שדאבלטק שלחה למשתמשי האתר מאות אלפי הודעות, ישנה אינדיקציה לכך שמרבית ההודעות חזרו לשולח מבלי שהגיעו ליעד כלשהו, כך שמספר ההודעות שהגיעו ליעדן הוא לכל היותר 52,154 הודעות, שהתקבלו אצל 22,847 משתמשים. ממספר הנמנעים המרבי שקיבלו הודעות, הצדדים הסכימו להפחית 9,367 משתמשים שמימשו את ההטבה, כך שבסך הכל מספר הזכאים לפיצוי על פי ההסדר המקורי הועמד על 13,480 איש.

7. הצדדים כללו בהסדר הפשרה המקורי המלצה לעניין הגמול ושכר הטרחה שייפסקו לטובת התובעים. כך הומלץ כי דאבלטק תשלם גמול בסך 20,000 ש"ח לכל אחד מהתובעים; סך של 12,000 ש"ח כהחזר עבור הוצאות שהתובעים נשאו בהן לצורך הגשת בקשת האישור; ושכר טרחה לבאי הכוח המייצגים בסך 230,000 ש"ח. נוסף על כך, בית המשפט המחוזי התבקש להורות כי דאבלטק תהא פטורה מתשלום יתרת אגרת בית המשפט שטרם שולמה.

בית המשפט המחוזי קבע בהחלטה מיום 1.6.2022 כי איננו מוצא טעם לדחות את הבקשה לאישור ההסדר המקורי על הסף, והורה על פרסום הודעה בעניין בעיתונות וכן על משלוח ההודעה לגורמים המנויים בסעיף 18(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ובהם היועצת המשפטית לממשלה (להלן: חוק תובענות ייצוגיות ו- היועמ"ש, בהתאמה). ביום 11.9.2022 מסרה היועמ"ש כי לא מצאה לנכון להביע עמדה לעניין הבקשה לאישור ההסדר המקורי, לחיוב או לשלילה. לצד זאת נמסר מטעם מדינת ישראל כי היא מתנגדת לבקשה לפטור את דאבלטק מתשלום יתרת אגרת בית המשפט. למען שלמות התמונה יצוין כי לא הוגשו התנגדויות להסדר המקורי, ולא התבקשה חוות דעת בודק.

8. ביום 27.10.2022 התקיים דיון בהסדר המקורי, שבמסגרתו העלה המותב השגות שונות ביחס להסכמות שאליהן הגיעו הצדדים. לעמדת בית המשפט כפי שהשתקפה בדיון, הקושי העיקרי בהסדר המקורי היה שהפיצוי לחברי הקבוצה ניתן באמצעות מנוי חודשי לאתר או שוברי המתנה, ולא כפיצוי כספי. עוד ציין בית המשפט כי המוצרים

שניתן לרכוש באמצעות שוברי המתנה הם איזוטריים, וכי שווי המוצרים כפי שצוין בהסדר המקורי הוא מנופח ואינו משקף את מחירם בשוק. בית המשפט אף העיר על כך שמנגנון הפיצוי אינו לוקח בחשבון את כמות ההודעות שקיבל כל אחד מחברי הקבוצה, אלא קובע פיצוי אחיד לכל חבר. זאת ועוד. בית המשפט ציין כי שכר הטרחה שעליו המליצו הצדדים גבוה באופן שאינו עולה בקנה אחד עם התועלת המצומצמת שצפויה לחברי הקבוצה. על בסיס הערות אלה שבו הצדדים לשולחן המשא ומתן.

בחלוף חודש ימים, ביום 27.11.2022 הגישו הצדדים בקשה לאישור הסדר פשרה מתוקן, שנועד לתת מענה לקשיים שתוארו לעיל (להלן: ההסדר המתוקן). השינוי המרכזי שנעשה בהסדר המתוקן בהשוואה להסדר המקורי התבטא בהרחבת מגוון המוצרים שנכללו בשוברי המתנה, כך שנוספו בין היתר כרטיסים לסרט, תכשיטים, אוזניות ומוצרי מזון שונים, ושווים המרבי של המוצרים עלה ל-138 ש"ח. כן צוין בהסדר המתוקן כי דאבלטק תישא בתשלום יתרת אגרת בית המשפט.

החלטות בית המשפט המחוזי

9. בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה לאישור ההסדר המתוקן על הסף, בהחלטה קצרה מיום 30.11.2022 (להלן: ההחלטה הראשונה). בהחלטה הראשונה נקבע כי אין בהסדר המתוקן מענה מספק לקשיים שהועלו בדיון, ובלשונו של בית המשפט המחוזי: "מעיון בשובר המתנה שהצדדים מבקשים שישמש פיצוי לחברי הקבוצה, עולה שאמנם הוא שונה במקצת משובר המתנה שנכלל בהסדר הפשרה הקודם, אך עדיין נותן לחברי הקבוצה אפשרויות מצומצמות אשר רובן מוערכות ביותר מהמחיר שבו ניתן להשיגן בדרכים אחרות". עוד נכתב בהחלטה הראשונה כי ניתן לצדדים פרק זמן של שבועיים על מנת להגיע להסדר פשרה אחר.

בחלוף שבועיים, ומשהצדדים לא הגישו כל בקשה המעידה על כוונתם לתקן את ההסדר המקורי בשנית, נתן בית המשפט החלטה נוספת שבה דחה את ההסדר המקורי (החלטה מיום 13.12.2022, להלן: ההחלטה השנייה).

10. בפתח ההחלטה השנייה עמד בית המשפט על השיקולים שנדרש בית משפט לשקול בבואו להכריע בבקשה לאישור הסדר פשרה, לפי סעיף 19(ג)(2) לחוק תובענות ייצוגיות; והתמקד בשיקול שעניינו הפער בין הסעד המוצע בהסדר הפשרה ובין הסעד שעשוי היה להיפסק אילו התובענה הייצוגית הייתה מוכרעת לטובת חברי הקבוצה. בהקשר זה נקבע בהחלטה השנייה כי קיים פער בלתי סביר, של קרוב ל-4.5 מיליון ש"ח,

בין הפיצוי הנמוך שהוצע במסגרת ההסכם המקורי, ובין הסעד שנתבע בגדרי התובענה הייצוגית.

בית המשפט ציין תחילה כי התובעים דרשו במסגרת התובענה הייצוגית פיצוי של 100 ש"ח בגין כל הודעה שהתקבלה אצל חברי הקבוצה, כך שאם התובענה הייצוגית הייתה מתקבלת, שווי הפיצוי הכולל צפוי היה לעמוד על 5,215,400 ש"ח (תוצאת המכפלה של 52,154 הודעות ב-100 ש"ח). לעומת זאת, ההסדר המקורי קבע מנגנון פיצויי אחד, שאיננו מותנה בכמות ההודעות שקיבל כל חבר בקבוצה; ואף הוציא מגדר הזכאים לפיצוי משתמשים שבחרו לנצל את ההטבה, על סמך טענה בלתי מבוססת שלא נגרם להם נזק. בית המשפט קבע כי שווי הפיצוי הכולל לפי ההסדר המקורי הוא 734,660 ש"ח, וזאת על בסיס מכפלה של 13,480 חברי קבוצה בפיצוי של 54.5 ש"ח לכל חבר.

11. שווי הפיצוי הוערך על ידי בית המשפט על בסיס שתי הנחות – האחת, כי האפשרות של קבלת מנוי חודשי לאתר איננה רלוונטית עבור מי שנרשמו לאתר לפני שנים רבות, ש"הצליחו למצוא בינתיים את המיועדים להם ואינם זקוקים להיכרויות נוספות"; והשנייה, כי יש לאמוד את ערכם של שוברי המתנה לפי השווי החציוני של המוצרים שנכללו בהם. נוסף על כך ציין בית המשפט כי שווי המוצרים הוערך ביתר, כך ששווי האמיתי של הפיצוי נמוך אף יותר, וממילא מדובר במוצרים שכלל לא ברור אם חברי הקבוצה זקוקים להם.

נימוק נוסף שבגיננו נדחתה הבקשה לאישור ההסדר המקורי היה הקושי שמעוררת הסכמת הצדדים שלפיה שוברי המתנה שלא ימומשו יועברו לעמותות. בהחלטה השנייה צוין כי "באי כח הצדדים אמרו שהשובר יימסר לעובדים או לאחרים, אך לא ברור אם עמותות רשאיות לחלק שוברי מתנה לעובדים ולאחרים ולפי איזה קריטריונים". בית המשפט הוסיף כי פיצוי על בסיס חלוקת שוברים לעמותות מנוגד לתנאים למתן סעד לטובת הציבור הקבועים בסעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, שלפיהם סעד כאמור יינתן בדרך של העברת כספים לקרן למימון תובענות ייצוגיות. לבסוף קבע בית המשפט כי הסעד המוצע בהסדר המקורי אינו נותן מענה ראוי לסיכונים ולסיכויים שבהמשך ניהול ההליך הייצוגי, והוסיף כי "לא ניתן טעם מספיק לשיעור הגבוה של שכר הטרחה המוצע, בהתייחס לתועלת לחברי הקבוצה ולפער בין הסעדים", לשון ההחלטה השנייה. ומכאן הבקשה למתן רשות ערעור.

12. הבקשה למתן רשות ערעור (להלן: הבקשה) מופנית נגד ההחלטה הראשונה שבה נדחתה הבקשה לאישור ההסדר המתוקן, ונגד ההחלטה השנייה שבה נדחתה הבקשה לאישור ההסדר המקורי. וכפי שכבר צוין, הבקשה הוגשה על ידי דאבלטק על דעתם של התובעים, שמסרו כי הם מסכימים לסעדים שהתבקשו בה "הגם שהם חלוקים על חלק מהטעמים והטענות שביסוד הבקשה", כלשונם. לצד הבקשה הגישה דאבלטק גם בקשה לעיכוב ההליכים בבית המשפט המחוזי, וזו התקבלה בהחלטתי מיום 11.1.2023.

טענתה המרכזית של דאבלטק היא כי בית המשפט המחוזי שגה בכך שדחה על הסף את הבקשה לאישור ההסדר המתוקן במסגרת ההחלטה הראשונה, וקיים דיון לגופו של עניין בהסדר המקורי בלבד. לטענת דאבלטק, שגיאה זו בולטת במיוחד לנוכח העובדה שהקשיים העיקריים בהסדר המקורי שעליהם הצביע בית המשפט קיבלו מענה בהסדר המתוקן. כך, השווי החציוני של המוצרים בהסדר המתוקן עומד על 91.5 ש"ח במקום 54.5 ש"ח בהסדר המקורי; בהתאם, על פי דרך החישוב שבה נקט בית המשפט, שווי הפיצוי הכולל בהסדר המתוקן עומד על 1,233,420 ש"ח. נוסף על כך, בהסדר המתוקן שוברי המתנה כוללים מגוון של 50 מוצרים שונים, במקום 18 שהיו בהסדר המקורי. לשיטת דאבלטק, בחינת התנאים המשופרים שהוצעו בהסדר המתוקן הייתה מובילה את בית המשפט למסקנה כי הפער בין הסעד המוסכם ובין הסעד המרבי שעשוי היה להיפסק לטובת הקבוצה במקרה שבו התובענה הייצוגית הייתה מתקבלת, הצטמצם באופן ניכר.

13. אשר להחלטה השנייה, דאבלטק טוענת כי בית המשפט לא שקל כראוי את הסיכויים והסיכונים הטמונים בהמשך ניהול ההליך מנקודת מבטה של הקבוצה. בפרט נטען כי הצדדים חלוקים בשאלת קיומה של עילת תביעה, מכיוון שלטענת דאבלטק לא הייתה מניעה חוקית לשלוח את ההודעות למשתמשי האתר. זאת ועוד. דאבלטק סבורה כי הפיצוי המרבי של 5,215,400 ש"ח, שאותו קבע בית המשפט כנקודת ייחוס לעריכת השוואה מול הפיצוי שהוצע בהסדרי הפשרה, הוא חסר היתכנות ממשית בנסיבת העניין, וגבוה בהרבה מסכומי הפיצוי שנפסקו במקרים דומים.

לשיטת דאבלטק, הקבוצה שהוגדרה על ידי בית המשפט כוללת משתמשים רבים שספק אם ניתן להוכיח שנגרם להם נזק בר-פיצוי. כך, לפי חוות הדעת שצורפה להסדר המקורי, ישנם 6,711 נמענים שאין לגביהם אינדיקציה לכך שקיבלו את ההודעות, ועוד 2,618 נמענים שהמשיכו להשתמש באתר לאחר שההודעות נשלחו. לטענת דאבלטק, משתמשים אלה יהיו זכאים לקבל פיצוי במסגרת הסדרי הפשרה, אך סביר שלא יקבלו

פיצוי אם ההליך הייצוגי יתנהל עד תום. דאבלטק מוסיפה וטוענת כי בית המשפט שגה בכך שקבע כי יש לפסוק פיצוי בגין כל הודעה שנשלחה ולא לפי מספר הנמענים. לטענתה, הצדדים אינם חלוקים על כך שכל משתמש קיבל 3 הודעות לכל היותר, ו-2 הודעות בממוצע. מדובר במספר הודעות נמוך ובהבדל זניח בין חברי הקבוצה. ממילא, נטען, בתי המשפט אישרו הסדרי פשרה רבים שבהם ניתן פיצוי לפי מספר הנמענים ולא לפי מספר ההודעות.

14. דאבלטק עומדת על כך שההסכמה שלפיה יתרת שוברי המתנה שלא ימומשו תועבר לעמותות, איננה מעוררת קושי. בראש ובראשונה משום שמדובר בסעד שיורי שנוגע רק לשוברי המתנה שלא ימומשו, וכן משום שהעברת פיצוי לעמותות לרבות על דרך של מתן שוברים, היא פרקטיקה מקובלת בתחום התובענות הייצוגיות. לטענת דאבלטק, סעיף 20(ג)(1) לחוק תובענות ייצוגיות איננו מחייב שהסעד לטובת הציבור יהיה בהכרח פיצוי כספי, להבדיל מפיצוי שווה-כסף, והחובה להעביר פיצוי לקרן למימון תובענות ייצוגיות חלה רק כאשר מדובר בפיצוי כספי.

לבסוף נטען בבקשה כי ראוי לאשר את ההסדר המתוקן בהתחשב בכך שתנאיו משופרים בהשוואה להסדר המקורי; זאת בשים לב לכך שהיועמ"ש לא התנגדה להסדר המקורי, שלא הוגשו לו התנגדויות, ושהתנגדות המדינה לעניין הבקשה לפטור מתשלום יתרת האגרה קיבלה מענה במסגרת ההסדר המתוקן. אשר להמלצה בדבר גמול ושכר טרחה, דאבלטק טוענת כי הפיצוי המוגדל בהסדר המתוקן והתועלת הצפויה לקבוצה עומדים ביחס סביר לסכומים שהומלץ לפסוק לטובת התובעים ובאי-כוחם.

דיון והכרעה

15. לאחר עיון בבקשה על נספחיה – ויוזכר שהתובעים הודיעו שהם מסכימים לסעדים שהתבקשו במסגרתה – הגעתי לכלל מסקנה כי יש ליתן רשות ערעור על שתי ההחלטות שבמוקד הבקשה, לדון בבקשה כבערעור, ולקבל את הערעור במובן זה שהסדר הפשרה המתוקן שהציגו הצדדים יאושר ויקבל תוקף של פסק דין. ואבאר.

נקודת המוצא לדיוננו היא כי לסיום ההליך הייצוגי על דרך הפשרה ישנם יתרונות משמעותיים. חשיבותה של התובענה הייצוגית טמונה בהיותה מכשיר דיוני שמאפשר ליחיד לנהל תביעה בשם קבוצת נפגעים, במקרים שבהם אין לחברי הקבוצה תמריץ כספי או אחר לממש את עילת התביעה הנתונה להם. בכך מסייעת התובענה הייצוגית בהגנה על זכויות, בקידום אכיפת הדין ובהרתעה מפני הפרתו. לצד זאת ובדומה לכל הליך משפטי אחר, תוצאות ההליך הייצוגי אינן מובטחות, וגם תובענה המבוססת

על עילה טובה עשויה להידחות – בין בשל קשיי הוכחה, בין מטעמים אחרים. הסדר פשרה בהליך ייצוגי מאפשר לחברי הקבוצה "לקנות" את הסיכון בהליך, ולקבל סעד ודאי ומהיר. נוסף על כך, סיום הליך בפשרה טומן בחובו חיסכון ניכר בעלויות ההליך, שבהליכים ייצוגיים נוטות להיות משמעותיות במיוחד (ראו: ע"א 2398/22 שולק נ' הוט מובייל בע"מ, פסקה 6 לחוות דעתי (30.11.2022) (להלן: עניין שולק); בר"מ 2744/19 עיריית עכו נ' בריל תעשיות נעליים בע"מ, פסקה 16 (10.3.2021) (להלן: עניין בריל)).

לצד היתרונות המתוארים, הסדר פשרה בתובענה ייצוגית מעורר ביתר שאת את "בעיית הנציג" המאפיינת את ההליך הייצוגי כולו. בעת עיצוב הסדר הפשרה גובר ניגוד העניינים המובנה של התובע המייצג ובא-כוחו, כאשר יחד עם הנתבע הם שואפים לסיים את ההליך באופן מהיר ומתגמל. בנקודה זו מתעורר חשש כי התובע והנתבע יגיעו לפשרה המיטיבה עמם, על חשבון האינטרס של חברי הקבוצה שאינם לוקחים חלק פעיל בעיצוב ההסדר (ראו עניין בריל, פסקה 14).

16. על רקע זה ניכרת חשיבותם של הביקורת השיפוטית והפיקוח האקטיבי של הערכאה הדיונית על הסדרי פשרה בהליכים ייצוגיים. המחוקק מסר בידי בית המשפט ארגז כלים, שעליו לעשות בו שימוש לפי מיטב שיקול דעתו על מנת להבטיח שהסדר פשרה יאושר רק אם הוא "ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בענינם של חברי הקבוצה" (סעיף 19(א) לחוק תובענות ייצוגיות). כלים אלה מעוגנים בסעיפים 18 ו-19 לחוק תובענות ייצוגיות וכוללים את עדכון היועץ המשפטי לממשלה בדבר ההסדר המוצע כדי שיבחן אם ברצונו להגיש עמדה בנושא; מינוי בודק; פרסום פומבי של ההסדר והאפשרות הנתונה בידי גורמים שונים להגיש התנגדויות (ראו: רע"א 8080/21 הפורום להסדר הוגן נ' ויטברוד, פסקה 20 (27.11.2022)).

נוסף על כך, סעיף 19(ג)(2) לחוק תובענות ייצוגיות מתווה את שיקול דעתו של בית המשפט בבחינת הסדר הפשרה, ומונה שורה של שיקולים שעליו לשקול בבואו להכריע אם לאשר את ההסדר אם לאו. כך, על בית המשפט לבחון את הפער בין הסעד המוצע בהסדר הפשרה ובין הסעד שהקבוצה עשויה הייתה לקבל אם התובענה הייתה מוכרעת לטובתה; הסיכונים והסיכויים שבהמשך ניהול ההליך; השלב שבו מצוי ההליך; ושיקולים נוספים שאינם רלוונטיים לצורך הדיון כאן.

17. בענייננו, ההסדר המתוקן נדחה על הסף בהחלטה הראשונה, ובהחלטה השנייה נקבע לגופו של עניין כי ההסדר המקורי איננו ראוי, הוגן וסביר. זאת בעיקר על רקע הפער בין הסעד שהוצע בו ובין השווי הפוטנציאלי של התובענה הייצוגית; דהיינו, הסעד שהקבוצה צפויה הייתה לקבל אילו התובענה הייצוגית הייתה מתבררת עד תום

ומוכרעת לטובתה. כאמור לעיל, בית המשפט המחוזי העריך את שוויה הפוטנציאלי של התובענה הייצוגית ב-5,215,400 ש"ח, והעמיד מול סכום זה את שוויו המצומצם של הסעד שהוצע בהסדר המקורי, שאותו העריך ב-734,660 ש"ח. אלא שלטעמי השוואה זו לוקה בכשל כפול – הן מן הצד התחתון של המשוואה בשל הבחירה בשווי ההסדר המקורי כנקודת ייחוס; הן מצידה העליון בשל הערכה מופרזת של השווי הפוטנציאלי של התובענה, תוך התעלמות מהסיכונים המשמעותיים הכרוכים בניהולה עד תום. כשלים אלה גרמו להערכת טיבו של הסדר הפשרה בחסר.

תחילה לשווי ההסדר. ההסדר המתוקן שיפר באופן משמעותי את הסעד שתקבל הקבוצה, וזאת מבלי שנגרעו ממנו איזה מההתחייבויות שדאבלטק קיבלה על עצמה. מגוון המוצרים שניתן לקבל באמצעות שוברי המתנה הורחב, והשווי החציוני של המוצרים עלה בעשרות שקלים בהשוואה להסדר המקורי, כך שעל פי החישוב שערך בית המשפט המחוזי השווי הכולל של שוברי המתנה גבוה בכחצי מיליון ש"ח. נוסף על כך, הושמטה מההסדר המתוקן הבקשה לפטור את דאבלטק מתשלום יתרת האגרה, שעוררה את התנגדות המדינה. משכך, אינני מוצאת טעם לבחון את שווי הסדר הפשרה בראי ההסדר המקורי, וההסדר המתוקן "יבוא בנעליו". לצורך הדיון כאן, ניתן להניח כי שווי ההסדר המתוקן עומד על 1,233,420 ש"ח.

18. ביחס לצידה השני של המשוואה, הוא השווי הפוטנציאלי של התובענה הייצוגית, דומה כי הסכום של 5,215,400 ש"ח לוקה בהערכת יתר קיצונית, שנובעת בעיקרה מכך שלא הובאו בחשבון המשוכות שניצבות בפני התובעים בדרכם להוכיח את התובענה. השווי הפוטנציאלי של התובענה אינו שם נרדף לסכום התביעה הנקוב בתובענה הייצוגית, ולא ניתן לאמוד אותו במנותק מהסיכונים הכרוכים בה מנקודת מבטם של חברי הקבוצה.

בנסיבות המקרה, הקשיים העומדים בפני התובעים אינם מבוטלים, ואם ימשיכו בניהול ההליך עד תום – אין כל ערובה כי התובענה הייצוגית תוכרע לטובת חברי הקבוצה, לא כל שכן לטובת כלל חברי הקבוצה. גם בהינתן הקביעות הלכאוריות בהחלטת האישור, שלפיהן דאבלטק הפרה את הוראות חוק התקשורת וחוק הגנת הפרטיות, פסיקת פיצוי בגין הנזק הלא-ממוני שנטען כי נגרם לקבוצה הייתה כפופה להוכחה ולכימות של הנזק שנגרם לכל אחד ואחד מחבריה. אינני שותפת לעמדת בית המשפט המחוזי כי הנזק הנטען על ידי התובעים "אינו טעון הוכחה של ממש", ויוזכר כי בהליך ייצוגי לא ניתן לפסוק פיצוי ללא הוכחת נזק מכוח חוק התקשורת (סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות; ראו והשוו לעניין שולק, סעיף 12 לחוות דעתי).

19. בפרט ביחס להיקף חברי הקבוצה הזכאים לפיצוי – מקובלת עליי טענת דאבלטק שלפיה ישנו קושי בלתי מבוטל להוכיח את הנזק שנגרם לאותם חברי קבוצה שמימשו את ההטבה שהוצעה בהודעות, כמו גם למי שהמשיכו להשתמש באתר לאחר משלוח ההודעות, באופן שמעורר ספק אם יש ממש בטענה כי ההודעות גרמו להם לתחושות סבל וכעס. נוסף על כך, מחוות הדעת של המומחה שצורפה בהסכמה לבקשה לאישור ההסדר המקורי, עולה כי הקבוצה שהוגדרה בהחלטת האישור כוללת אלפי חברים שאין לגביהם אינדיקציה כי קיבלו את ההודעות; וממילא לא הונחה בשלב זה תשתית לטענה כי משלוח ההודעות גרם להם לנזק.

לסיכום נקודה זו, בעת בחינת הסדר הפשרה יש להביא בחשבון את הסיכונים העומדים בפני התובעים בהמשך ניהול ההליך, ובהם קשיי ההוכחה של התובענה. הסיכונים משתקפים באופן טבעי בפער בין סכום הפיצוי הנקוב בתובענה הייצוגית, ובין הפיצוי שנקבע בהסדר הפשרה; זאת לצד העובדה שהגעה לפשרה מבטיחה לקבוצה סעד ודאי ומוקדם, תוך חיסכון בעלויות ניהול ההליך. בהינתן כל אלה, דעתי היא כי בענייננו ההסדר המתוקן הוא ראוי, הוגן וסביר, ויש לאשרו.

20. עם זאת, אין לכחד כי השימוש בשוברי המתנה בהסדרי הפשרה חלף פיצוי כספי, כמו גם תרומת יתרת השוברים לעמותות, נושאים עימם חסרונות מהותיים הן בהיבט של חברי הקבוצה, הן מבחינת הציבור כולו. כך, ניתן להניח כי חלק ניכר מחברי הקבוצה שיבחרו לממש את שוברי המתנה לא היו רוכשים את המוצרים המוצעים אלמלא השובר, וכבר משום כך ניתן לומר כי השווי הריאלי של הפיצוי נמוך משווים המוצהר של השוברים. עוד יש להניח, כפי שהדגיש בית המשפט המחוזי, כי שווים של המוצרים כפי שנקבע בהסדר המתוקן אינו בהכרח משקף את מחירם בשוק. ולבסוף, מנגנון של פיצוי "שווה כסף" חלף פיצוי כספי, על אף שלא אחת נעשה בו שימוש, עלול להקשות על הערכת שוויו של הסדר הפשרה ומשקלו ההרתעתי (להרחבה בנושא הערכת שווים של הסדרי פשרה המבוססים על מתן קופונים והנחות, ראו: אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים מא 5, 25-27 (2011)).

זאת ועוד. כפי שצינתי בעבר, דרך המלך לחלוקת יתרת פיצוי שלא מומשה איננה באמצעות תרומה לעמותות, כי אם באמצעות העברת הכספים שנפסקו כסעד לידי הקרן לניהול ולחלוקת כספים שקמה מכוח סעיף 27א לחוק תובענות ייצוגיות (ראו: רע"א 2292/22 ש. שטטוביץ בע"מ נ' רוה, פסקה 22 (12.2.2023)). ואולם, בנסיבות המקרה לא מצאתי כי חסרונות אלה עולים על יתרונותיו של ההסדר המתוקן באופן המצדיק את דחייתו.

21. בסעיף 18(ז)(2) לחוק תובענות ייצוגיות נקבע כי הצדדים לא יכללו בהסדר הפשרה "הוראה בדבר תשלום גמול למבקש או לתובע המייצג, או שכר טרחה לבא כוח מייצג", ואולם הובהר כי הם רשאים להציג המלצה מוסכמת בעניין זה. הוראות סעיפים 22 ו-23 לחוק תובענות ייצוגיות מפרטות את השיקולים המנחים את בית המשפט בבואו לבחון את המלצת הצדדים, ובהם הטרחה והסיכון שהיו כרוכים בהגשת התובענה ובניהולה; התועלת שהביאה התובענה לחברי הקבוצה; חשיבותה הציבורית של התובענה; ועוד.

בענייננו, הצדדים המליצו לפסוק לתובעים גמול בסך של 20,000 ש"ח לכל אחד מהם בתוספת מע"מ ככל שיידרש; לקבוע כי ישולם לתובעים החזר הוצאות בסך של 12,000 ש"ח בתוספת מע"מ; ולהעמיד את שכר הטרחה לבאי הכוח המייצגים על סך של 230,000 ש"ח בתוספת מע"מ. שיעור הגמול והחזר ההוצאות שהתבקשו מקובלים עליי, אך דומני כי ההמלצה בדבר שכר טרחה חורגת מהסכום הראוי בנסיבות המקרה. ואנמק.

22. באי הכוח המייצגים השקיעו זמן ומשאבים בניהול בקשת האישור, שהובילו בסופו של יום לאישורה. בהמשך, הושקעו מאמצים בהגעה להסדר פשרה, שהשיג סעד ודאי וראוי עבור הקבוצה, הגם שמדובר בתועלת מוגבלת בשים לב לאופיו של הפיצוי. כך או אחרת, סכום התביעה שננקב בבקשת האישור היה מופרז, והטענה לנזק בלתי ממוני לא הייתה מבוססת דיה לגבי משתמשים רבים שנכללו בקבוצה המיוצגת. אף הערך שבהסדרה העתידית, כפי שהוסכמה בהסדר המתקן, איננו מצדיק בנסיבות העניין קביעת שכר טרחה על הצד הגבוה. כפי שציין בית המשפט המחוזי, ההסדרה העתידית כללה התחייבות של דאבלטק להימנע משליחת הודעות פרסומת שחורגות מהוראות חוק התקשורת, ולרשום את מאגר המידע שברשותה כנדרש בחוק הגנת הפרטיות. מדובר למעשה בהתחייבות של דאבלטק לפעול בהתאם לדין, שלא ניתן לייחס לה בנסיבות המקרה תועלת משמעותית עבור הקבוצה או הציבור בכללותו. לנוכח כל האמור אני סבורה כי יש להעמיד את שכר הטרחה לבאי-הכוח המייצגים על סך של 150,000 ש"ח בתוספת מע"מ.

הגמול והחזר ההוצאות ישולמו תוך 30 יום ממועד פסק דין זה. שכר הטרחה ישולם מחציתו תוך 30 יום ממועד פסק דין זה, ומחציתו לאחר שיושלם ביצועו של הסדר הפשרה ויוגש דוח בנדון לבית המשפט המחוזי.

23. התוצאה היא שהבקשה למתן רשות ערעור מתקבלת, והערעור שנדון לפי הרשות מתקבל אף הוא, באופן שהסדר הפשרה המתוקן בין הצדדים מאושר וניתן לו תוקף של פסק דין. ביצוע ההסדר המתוקן יפוקח על ידי בית המשפט המחוזי. הגמול, החזר ההוצאות ושכר הטרחה ישולמו כפי שנקבע לעיל.

בנסיבות שבהן התובעים הסכימו לסעדים שהתבקשו בבקשה למתן רשות ערעור, אין צו להוצאות.

ניתן היום, ט' באב התשפ"ג (27.7.2023).

ש ו פ ט ת