



בבית המשפט העליון

ע"א 894/22

לפני: כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופטת י' וילנר

המערער: יגאל רוז

נגד

המשיבים: 1. ניר פרייפלד
2. רועי זרוצינסקי
3. דודי יחזקאל

ערעור על פסק דינו המשלים של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כבוד השופטת ל' ביבי) מיום 8.12.2021 ב-ת"צ 17597-04-20

בשם המערער: עו"ד איתי אנשל; עו"ד איתי רוט

פסק-דין

השופטת ע' ברון:

1. לפנינו ערעור על פסק דין משלים מיום 8.12.2021 שניתן על ידי בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (השופטת ל' ביבי) ב-ת"צ 17597-04-20 (להלן: פסק הדין המשלים). בפסק הדין המשלים חייב בית המשפט את המערער, יגאל רוז, להעביר לקרן לניהול וחלוקת כספים הנפסקים כסעד, הפועלת מכוח סעיף 27א לחוק תובענות ייצוגיות התשס"ו-2006, סכום של 317,200 ש"ח (להלן: רוז, הקרן ו-חוק תובענות ייצוגיות, בהתאמה). חיוב זה הושת על רוז בהמשך להסדר פשרה שבו התקשרו הצדדים ושאושר על ידי בית המשפט בפסק דין מיום 12.4.2021.

רקע

2. רוז פועל בין היתר כעוסק מורשה בשם "רוז טריידינג", והוא מעביר קורסים ומעניק ליווי אישי וקבוצתי בנושא מסחר אלקטרוני. ביום 19.4.2020 הוגשה נגדו בקשה

לאישור תובענה כייצוגית על ידי ניר פרייפלד, רועי זרוצינסקי ודודי יחזקאל, בגין שליחת מסרונים בניגוד להוראות סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: בקשת האישור, התובעים המייצגים ו-חוק התקשורת, בהתאמה). על פי הנטען בבקשת האישור, רז שיגר מסרונים ובהם "דבר פרסומת" למכשירי טלפון נייד של ציבור רחב של אנשים, ללא הסכמתם לקבלת המסרונים ומבלי שניתנה להם אפשרות למסור הודעת סירוב, ואף ללא ציון שמו של רז ודרכי יצירת קשר עימו. הוצע להגדיר את הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה ככוללת כל אדם שקיבל דבר פרסומת ששוגר על ידי רז בניגוד להוראות סעיף 30א לחוק התקשורת, בתקופה שקדמה להגשת בקשת האישור ובמהלך ניהולה, ושספג נזק בשל כך; ועל פי בקשת האישור הקבוצה מונה לא פחות מ-60,000 נמענים וכפי הנראה אף הרבה יותר מכך. הסעד העיקרי שנתבקש הוא פיצוי לחברי הקבוצה בגין הנזק הלא ממוני שנגרם להם המוערך בסך של כ-100 ש"ח לכל מסרון.

3. טרם שהוגשה תשובה לבקשת האישור, ביום 5.1.2021 הגישו הצדדים לבית המשפט בקשה לאישור הסדר פשרה שאליו הגיעו בסיוע מגשר. במסגרת הסדר הפשרה התחייב רז להימנע בעתיד מהפרת הוראות חוק התקשורת בנוגע לשליחת דברי פרסומת, ובנוסף להעניק לחברי הקבוצה הטבה בשווי של 400,000 ש"ח לכל הפחות (להלן: שווי ההטבה הכולל). בהקשר זה הובהר כי הצדדים מינו מומחה שבדק את המערכת הממוחשבת שבה עשה רז שימוש לצורך משלוח המסרונים, וקבע את היקף הקבוצה ואת מספר המסרונים שנשלחו לחבריה. בהתאם לממצאים שנמצאו, ביקשו הצדדים לצמצם את הגדרת הקבוצה כפי שהופיעה בבקשת האישור – כך שתכלול את כל מי שספג נזק בשל קבלת דבר פרסומת במסרון ששוגר על ידי רז בניגוד לסעיף 30א לחוק התקשורת (מזהה השולח הוא 055-9172255 או "Amazon"), זאת החל מיום 1.1.2020 ועד יום 31.1.2020. הובהר כי לחברי הקבוצה נשלחו סך הכל 10,672 מסרונים, וכי שווי ההטבה נקבע על יסוד הערכת נזק של כ-40 ש"ח בגין כל מסרון.

עוד על פי הסדר הפשרה, כל אחד מחברי הקבוצה יוכל לבחור הטבה אחת למימוש מתוך מבחר שיוצע על ידי רז. אפשרות אחת היא קבלת גישה ללא עלות לקורס דיגיטלי מקוון אחד ללימוד תוכנת Word, Excel או PowerPoint ולצפייה בזמן החופשי. ביחס להטבה זו הובהר כי הקורסים מועברים על ידי מרצים שאינם קשורים אל רז ולעסקיו הרגילים; וכי המחיר לצרכן של כל קורס הוא 899 ש"ח, אך לצורך הסדר הפשרה שווי המימוש של כל קורס יעמוד על 299 ש"ח בלבד. אפשרות שנייה היא קבלת גישה ללא עלות לשני קורסים מסדרת הקורסים של רז: קורס "היכרות עם אמזון (Amazon) והבנת האלגוריתם" וקורס "שימוש בכלים, תוכנות ותוספים לסוחר

באמזון"; עוד צוין כי העלות לצרכן של שני קורסים אלה היא 6,840 ש"ח, ואולם לצורך הסדר הפשרה שווי המימוש שלהם יעמוד על 690 ש"ח בלבד. רז יודיע לחברי הקבוצה על זכאותם למימוש הטבה באמצעות שיגור מסרון למספרי הטלפון הנייד שלהם, בנוסח שיאושר על ידי בית המשפט, כאשר במסרון יופיע קישור ("לינק") שיפנה לדף אינטרנט ובו פירוט ההטבות ואפשרות למימוש הטבה אחת מתוכן (להלן: מסרוני היידוע).

בהסדר הפשרה הוסכם כי ההטבות יוצעו לחברי הקבוצה למשך חודשיים לכל היותר (להלן: תקופת המימוש). ככל שבתום תקופת המימוש, שווי ההטבה הכולל (400,000 ש"ח) לא ימומש במלואו על ידי חברי הקבוצה – רז יעביר לקרן תשלום בגובה ההפרש שנותר. בלא לגרוע מהאמור, ככל שבתום תקופת המימוש יוותרו חברי קבוצה שלא בחרו באף אחת מן ההטבות – הוסכם כי כל אחד מהם יוכל לקבל גישה ללא עלות לקורס Word.

4. הבקשה לאישור הסדר הפשרה פורסמה והועברה לעיון היועץ המשפטי לממשלה, שלא מצא לנכון להביע עמדה לחיוב או לשלילה (למעט הערות בנוגע לפטור מאגרה שנתבקש ולכך שחסר בהסדר המוצע מנגנון למעקב אחר ביצועו).

בית המשפט המחוזי אישר את הסדר הפשרה בפסק דין מיום 12.4.2021, לאחר שמצא כי מדובר בהסדר "ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה". נוסף על הוראות הסדר הפשרה, בית המשפט חייב את הצדדים להגיש דיווח מפורט בנוגע למימוש ההטבה על ידי חברי הקבוצה ובנוגע לגובה היתרה שיש להעביר לקרן ככל שלא ימומש שווי ההטבה הכולל במלואו (לעיל ולהלן: פסק הדין). בית המשפט הבהיר בפסק הדין כי אין צורך בנסיבות המקרה במינוי בודק, שעה שהסדר הפשרה נסמך על חוות דעת מומחה בנוגע למספר המסרונים שנשלחו לחברי הקבוצה. לבסוף, בית המשפט אימץ את המלצת הצדדים בנוגע לסכומי הגמול ושכר הטרחה, ופסק לתובעים המייצגים גמול בסכום כולל של 32,500 ש"ח בתוספת מע"מ, ולבאי הכוח המייצגים נפסק שכר טרחה בסך 97,500 ש"ח בתוספת מע"מ.

5. כחודש לאחר שניתן פסק הדין, ביום 10.5.2021 פנו התובעים המייצגים לבית המשפט המחוזי וביקשו כי יורה לרז למסור נתונים בנוגע להיקף שליחת מסרוני היידוע וזהות הנמענים, וכן בנוגע להיקף מימוש ההטבות על ידי חברי הקבוצה ותיעוד של ביצוע המימוש. לדברי התובעים המייצגים, מסרוני היידוע נשלחו על ידי רז לא רק לחברי הקבוצה אלא לרבים נוספים, תוך הפרה של הוראות הסדר הפשרה. רז השיב כי הוא פועל בהתאם להוראות פסק הדין – ובכלל זה שלח לחברי הקבוצה את מסרוני

היידוע באופן ובנוסח שנקבע על ידי בית המשפט, והעניק את ההטבות כפי שהתחייב. רז הוסיף והבהיר כי ההטבות מומשו במלואן תוך זמן קצר, כפי שצפוי היה, מאחר ש"מדובר בהטבה אמיתית חנימית שאינה מאלצת את המממש לצאת מהבית או להוציא כספים נוספים כתנאי ליהנות מההטבה". נוסף לזאת נטען על ידי רז, כי התובעים המייצגים נוהגים בחוסר תום לב בכך שהם מנסים לאסוף "כדלי טענות" מהציבור על מנת להוכיח שאינו מיישם את ההסדר שנקבע בפסק הדין – אך ללא הצלחה. עוד לדבריו, התובעים המייצגים ניסו באופן מקומם לרמוז לכך שהוא זייף את מימוש ההטבות על ידי חברי הקבוצה, ואולם מדובר בטענות סרק חסרות שחר.

ביום 8.7.2021 נערך דיון במעמד הצדדים, שבמהלכו הגיעו להסכמה כי תיערך בדיקה מדגמית של 100 איש שייבחרו על ידי בית המשפט מתוך רשימת מממשי ההטבות (להלן: ה"נדגמים") – שמנתה לדברי רז 703 איש. עוד הוסכם, כי הבדיקה תיערך על ידי חברת סקרים שתיבחר אף היא על ידי בית המשפט, מתוך ארבע מועמדות שיציעו הצדדים; וחברת הסקרים תפנה אל ה"נדגמים" על מנת לברר עימם אם מימשו אחת מן ההטבות ואם המימוש נעשה במכוון או מתוך טעות. הסכמות הצדדים בנדון קיבלו תוקף של החלטה. לבקשת רז, בהחלטה מיום 27.7.2021 הורה בית המשפט על הגדלת מספר ה"נדגמים" שאליהם תפנה חברת הסקרים מ-100 ל-200.

6. ביום 5.11.2021 הוגשה לבית המשפט המחוזי חוות דעת מאת חברת "מאגר המוחות" שנבחרה מבין ארבע חברות הסקרים. לפי חוות הדעת, מתוך 200 שמות שנמסרו לה רואיינו על ידה 59 איש – בהתאם להחלטת בית המשפט שלפיה ניתן יהיה לערוך שני ניסיונות התקשרות בלבד עם כל אחד מה"נדגמים". מתוך המרואיינים, 49 מסרו כי לא מימשו אף הטבה (;) 83% שמונה מסרו כי מימשו אחת מההטבות (;) 14% ושניים סירבו להשיב או לא זכרו () 3% (להלן: ה"סקר ו-תוצאות ה"סקר לפי העניין).

בשים לב לתוצאות ה"סקר, טענו התובעים המייצגים כי היקף מימוש ההטבות הנטען על ידי רז אינו אמין; וכי לצורך הסדר הפשרה יש לקבוע ש-14% בלבד מתוך רשימת חברי הקבוצה שמסר רז אמנם מימשו את אחת ההטבות שהוצעו לקבוצה; קרי: 14% מתוך 703 שהם כ-98 איש. עוד נטען על ידי התובעים המייצגים כי הם מוכנים להניח לטובת רז שכל ההטבות שמומשו הן בשווי המקסימלי (690 ש"ח), ולגרסתם לפי חישוב זה השווי הכולל של ההטבות שמומשו עומד על כ-67,000 ש"ח ועל כן יש להורות לרז להעביר לקרן סך של כ-333,000 ש"ח.

רוז התנגד להעברת כספים לקרן בסכום האמור. לגרסתו, לא ניתן ללמוד מאום מתוצאות הסקר בכל הנוגע לשיעור המימוש של ההטבות על ידי חברי הקבוצה – זאת לנוכח המחלוקת שהתגלעה בין הצדדים בשאלה מהו "מימוש". לדבריו, לצורך ביצוע הסדר הפשרה נכתבה תוכנת מחשב ייעודית, שמטרתה למנות את מספר המימושים של ההטבות ואת שוים (להלן: התוכנה). עוד לדברי רוז, כל לחיצה על קישור שנשלח לחברי הקבוצה במסרון היידוע מאפשר חיבור לקורסים הדיגיטליים שהוצעו כהטבה – ועל כן התוכנה תוכננה כך שהיא מונה כל לחיצה על הקישור כמימוש של הטבה. ואולם הוא מוסיף וטוען, כי "לא ניתן בצורה דיגיטלית, לוודא כי מי שלחץ על הלינק, ונכנס לדף הקורס המוצע, אכן ישב בביתו והקשיב מתחילה ועד סוף לכל השיעורים והתכנים של הקורס, וגם לא ניתן באמצעות מערכת דיגיטלית לאמוד יסוד נפשי של 'כוונה'". בהמשך לדברים הללו, ביקש רוז כי בית המשפט יאפשר לפנות לכל חברי הקבוצה (למעט אלה המופיעים ברשימה כמי שמימשו אחת ההטבות) בפנייה טלפונית, שבמהלכה יוצע להם לממש את אחת ההטבות; למי מבין חברי הקבוצה שיהיו מעוניינים במימוש יישלח קישור למימוש, ורק הם יימנו כמי שמימשו הטבה.

פסק הדין המשלים

7. בפסק הדין המשלים מיום 8.12.2021 חייב בית המשפט המחוזי את רוז להעביר לקרן סך של 317,200 ש"ח. בית המשפט הבהיר כי קביעה זו מבוססת על תוצאות הסקר שנערך בהתאם להסכמות הצדדים וכן על התחייבותו של רוז בהסדר הפשרה להעביר לידי הקרן את ההפרש שבין שווי ההטבה הכולל (400,000 ש"ח) לבין היקף מימוש ההטבות בפועל. בהקשר זה הדגיש בית המשפט כי חזקה שההסכמות השונות שאליהן הגיעו הצדדים בהסדר הפשרה ולאחריו הסדירו את כל המחלוקות שהתגלעו ביניהם – ומשכך נקבע כי אין לשעות לטענות שונות שמשמיע רוז בנוגע ליעילות הסקר או לאופן שבו הוא נערך.

בית המשפט המחוזי הוסיף והבהיר כי בנסיבות שבהן הליך ייצוגי עוסק בהפרה של הוראות סעיף 30א לחוק התקשורת, מן הראוי להימנע מפניות חוזרות ונשנות לחברי הקבוצה בקשר עם הסדר הפשרה (כפי שמציע רוז). לגישתו של בית המשפט, המנגנון שנקבע בהסדר הפשרה ובהסכמות המאוחרות לו השיג איזון ראוי בין מספר הפניות לקבוצה ובין הרצון לחלק הטבות לחבריה וכן לבחון את היקף המימוש של הטבות אלה; ונקבע כי אין מקום להפר איזון זה ולאפשר פנייה נוספת לחברי הקבוצה, שעלולה להיתפס כהטרדה על ידי מי שאינו מעוניין בה. עוד ציין בית המשפט כי רוז הוא שהודיע מיוזמתו כי מומשו ההטבות בגובה שווי ההטבה הכולל, ואין לו אלא להלין על עצמו שעשה כן טרם שחלפה תקופת המימוש ואף על פי שלא זה היה המצב.

בבואו לחשב את הסכום שנדרש רז להעביר לידי הקרן, בית המשפט הניח שתי הנחות לטובתו של רז. האחת, כי גם חברי הקבוצה שציינו בסקר כי אינם זוכרים אם מימשו את ההטבה ייחשבו כמי שמימשו אותה, כך שאחוז המימוש יעמוד על 17% (חלף 14% השנייה, כי שווי כל מימוש יהיה בשיעור המרבי של 690 ש"ח (זאת גם כשמדובר בהטבה שלפי הסדר הפשרה שוויה עומד על 290 ש"ח בלבד). בהתאם להנחות אלה, נמצא כי היקף מימוש ההטבות עומד על 82,800 ש"ח – והמשמעות היא שעל רז להעביר לקרן סכום של 317,200 ש"ח (ההפרש מ-400,000 ש"ח). עוד הובהר בפסק הדין המשלים, כי הקרן תעשה שימוש בכספים לטובת הפחתת היקפי "דואר זבל" בישראל, לרבות סיוע משפטי בהליכים לפי סעיף 30א לחוק התקשורת. לבסוף, בית המשפט חייב את רז בהוצאות באי הכוח המייצגים בסך של 10,000 ש"ח.

הערעור

8. רז טוען כי בפסק הדין המשלים נפלו מספר טעויות מהותיות. ראשית, נטען כי בית המשפט שגה בכך ששלל ממנו את האפשרות לפעול לביצוע הסדר הפשרה תוך פנייה טלפונית לכלל חברי הקבוצה והפניית תשומת ליבם לכך שהם זכאים למימוש אחת ההטבות. על פי הנטען, העיקרון שנקבע בהסדר הפשרה ושעוגן בפסק הדין הוא שהפיצוי העיקרי לקבוצה יהיה מתן גישה לקורסים מקוונים ללא עלות; ואילו העברת כספים מכיסו של רז לקרן היא פיצוי חלופי בלבד, שנועד רק למקרה שבו חברי הקבוצה לא יממשו את הפיצוי העיקרי. על כן, לגישתו של רז, יש לאפשר לו להמשיך להעניק את הפיצוי העיקרי לקבוצה; וזו אף התוצאה הצודקת והמתבקשת בנסיבות המקרה, שאז האמת בנוגע לשיעור מימוש ההטבות תצא לאור ולא תוטח "בשל הטיות שבבדיקה דיגיטלית או כשלים אשר הצדדים לא חשבו עליהם בעת שניסחו את הסדר הפשרה".

עוד לדברי רז, רק לאחר שהחל לבצע את הסדר הפשרה התברר כי יש קושי ממשי אובייקטיבי לנטר את כמות ההטבות שמומשו על ידי חברי הקבוצה – ועל הרקע הזה הוא נתן הסכמתו לביצוע הסקר. אלא שלפי הנטען שגה בית המשפט בקבעו שהסכמת הצדדים בנוגע לעריכת הסקר הסדירה את כל המחלוקות ביניהם, שכן מדובר היה ב"הסדר ביניים", ובפרוטוקול הדיון נכתב באופן מפורש כי לאחר שיתקבלו תוצאות הסקר כל אחד מהצדדים יהיה רשאי להגיש בקשה ולטעון טענות בקשר עם ביצוע הסדר הפשרה. לנוכח האמור, רז סבור כי לא היה מקום לקבוע בפסק הדין המשלים שהוא מושתק מלהלין על תוצאות הסקר ואופן עריכתו, וכי לא היה מקום לדחות מטעם זה את בקשתו להמשיך ולהציע את ההטבות לחברי הקבוצה.

רו מוסיף ומדגיש כי לא היה מקום לגזור מתוצאות הסקר את הסכום שעליו להעביר לקרן. לגישתו של רו הדבר מנוגד להבנות בין הצדדים כפי שקיבלו ביטוי בפרוטוקול הדיון; והוא עומד על כך שכל תכלית עריכת הסקר היתה לאמוד את אחוז מימוש ההטבות, על מנת שפנייה נוספת לחברי הקבוצה לצורך מימוש ההטבות תהיה מדויקת יותר ותחסוך הטרדה לשווא של חברי הקבוצה כולה. נוסף על כך נטען כי אף על פי שבפסק הדין נקבע כי לא ימונה בודק להסדר הפשרה, בפסק הדין המשלים התייחס בית המשפט לחברה שערכה את הסקר כאל "בודק" – ומדובר בשגיאה מהותית נוספת, שהביאה את בית המשפט לייחס לתוצאות הסקר משקל גדול מן הראוי להן. זאת ועוד. נטען כי בית המשפט שגה גם בכך שייחס משקל לעובדה שבעת מתן פסק הדין המשלים, כבר הגיעה לקיצה תקופת המימוש (כהגדרתה לעיל) שנקבעה בהסדר הפשרה. כך, משום שהתובעים המייצגים הם שעמדו על כך שיערך הסקר לצורך בירור שיעור המימוש של ההטבות, ועד לקבלת התוצאות הסתיימה תקופת ההטבה. מכל מקום, רו טוען כי הסכים לעריכת הסקר רק משום שסבר כי לאחר מכן תינתן לו האפשרות לחזור ולהציע את ההטבות לקבוצה.

דיון והכרעה

9. לאחר עיון בערעור על נספחיו, ומכוח הסמכות הנתונה לנו לפי תקנה 138(א)(1) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, מצאנו כי יש לדחות את הערעור על יסוד האמור בו ובלא צורך בתשובת המשיבים.

על פי הסדר הפשרה שאושר בפסק הדין, שווי ההטבה הכולל לקבוצה לא יפחת מ-400,000 ש"ח; וככל שבתום תקופת המימוש היקף מימוש ההטבות על ידי חברי הקבוצה לא יגיע לסכום זה – הוסכם כי רו יעביר לקרן תשלום בגובה הפרש שנותר. בהמשך לקביעות אלה, בפסק הדין המשלים קבע בית המשפט המחוזי כי היקף מימוש ההטבות על ידי הקבוצה הגיע לסך של 82,800 ש"ח בלבד; ועל כן חייב בית המשפט את רו להעביר לקרן סכום של 317,200 ש"ח נוספים. הוראה זו ניתנה על ידי בית המשפט בהתאם למתווה שנקבע על ידי הצדדים ושאושר בפסק הדין, ומדובר אפוא בהחלטה דיונית הקשורה ביישום של הסדר הפשרה.

כלל ידוע הוא שערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בהחלטות דיוניות שנוגעות לאופן ניהול ההליך, וזאת לנוכח שיקול הדעת הרחב שנתון לערכאה המבררת בהחלטות מסוג זה. התערבותה של ערכאת הערעור מוגבלת למקרים חריגים בלבד שבהם ההחלטה גורמת למי מהצדדים עיוות דין או מנוגדת לדין. דברים אלה נכונים ביתר שאת בהליך ייצוגי – שאז לערכאה הדיונית נודע תפקיד משמעותי בניהול ההתדיינות, תוך קידום

תכליות ההליך הייצוגי והגנה על האינטרסים של חברי הקבוצה (ע"א 7413/21 חפ"נ נ' **Facebook Ireland Limited**, פסקה 6 (17.5.2022); רע"א 3920/21 המועצה הישראלית לצרכנות נ' לוטוקרד בע"מ, פסקה 5 (29.8.2021)).

10. תפקיד הפיקוח האקטיבי הנתון לערכאה הדיונית בהליך ייצוגי, בא לידי ביטוי ביתר שאת כשעל הפרק עומדים הליכי פשרה. הליכים אלה מתאפיינים בין היתר בחשש מפני "בעיית הנציג", העלולה להוביל לפשרות המיטיבות בעיקר עם התובע המייצג ובאי כוחו, על חשבונם של חברי הקבוצה. מאחר שחברי הקבוצה הם בגדר "נוכחים נפקדים" בהליך, החשש הוא שבמסגרת הפשרה יעדיפו מייצגי הקבוצה את טובתם האישית "וימכרו בזול" את עניינם של חבריה. על מנת להתגבר על חשש זה, המחוקק קבע בחוק תובענות ייצוגיות מנגנוני בקרה הדוקים לסיום ההליך בדרך של פשרה – ובתוך כך בית המשפט נדרש לפקח על הליכי הפשרה ולאשר את ההסדר המוצע רק לאחר ששוכנע כי הוא "ראוי, הוגן וטביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה" (סעיף 19(א) לחוק) (ראו: ע"א 2398/22 שולץ נ' הוט מובייל בע"מ, פסקאות 6-7 לפסק דיני (30.11.2022); רע"א 8411/21 פרידמן נ' ניו לינאו סינמה (2006) בע"מ, פסקה 7 (19.7.2022); דנ"מ 5519/15 יונס נ' מי הגליל תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ, פסקה 45 (17.12.2019)).

יבואר, כי תפקידו של בית המשפט כמפקח על הסדר הפשרה אינו מסתיים עם אישור הסדר הפשרה – אלא נמשך על פני שלב המימוש והיישום של ההסדר (סעיף 19(ד) לחוק תובענות ייצוגיות). גם בהקשר זה נתון לערכאה הדיונית שיקול דעת רחב, ולא בנקל תתערב ערכאת הערעור בהחלטות הנוגעות ליישום הסדר הפשרה ולפיקוח עליו (רע"א 5678/20 חברת פרטנר תקשורת בע"מ נ' רשף, פסקה 5 (5.1.2021)).

11. המקרה שלפנינו אינו נמנה עם אותם מקרים חריגים שבהם נדרשת התערבות מצד ערכאת הערעור בהחלטה דיונית שניתנה על ידי הערכאה המבררת.

ראשית, פסק הדין המשלים עולה בקנה אחד עם העקרונות לפיצוי הקבוצה שנקבעו בהסדר הפשרה. רז טוען אמנם כי הפיצוי העיקרי לפי הסדר הפשרה הוא ההטבה בדמות גישה לקורסים מקוונים, בעוד התשלום הכספי לקרן הוא סעד חלופי ומשני, ומשכך יש לאפשר לו תקופה נוספת למימוש הקורסים המקוונים; ואולם לא מצאנו בטענה זו ממש. הסעד שעליו הסכימו הצדדים הוא סעד דו-שלבי, המשלב בין הטבה בדמות גישה לקורסים מקוונים הניתנת לחברי הקבוצה באופן אישי, ובין פיצוי כספי המשולם לקרן לתועלת ציבורית (ולא לחברי הקבוצה באופן אישי). על פי המנגנון

שנקבע ושאושר, הפיצוי הלא-כספי בדמות קורסים מקוונים התאפשר למשך תקופה בת חודשיים בלבד, שלאחר מכן על רז לשלם פיצוי כספי לקרן בגובה יתרת שווי ההטבה.

ויובהר: מנגנון הפיצוי הדו-שלבי שנקבע בהסדר הפשרה משקף נקודת איזון מוסכמת בין מידת התועלת הצומחת לחברי הקבוצה מההסדר, לתועלת הציבורית הגלומה בו, ולעלות שבה נדרש רז לשאת לשם כך. יש לציין כי כל אחד מהסעדים שנקבעו בהסדר הפשרה אף מגשים באופן שונה את תכליות ההליך הייצוגי. ככלל, התכלית של מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין (סעיף 1(3) לחוק תובענות ייצוגיות) מוגשמת באופן מיטבי על ידי מתן פיצוי אישי, להבדיל ממתן פיצוי לטובת הציבור, שכן במקרה של פיצוי אישי קיים מתאם בין "מעגל הניזוקים" ל"מעגל המפוצים" (השוו: ע"א 10085/08 תנובה - מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל, פסקה 50 (4.12.2011)). בענייננו תכלית זו מתבטאת בעיקר בהטבה בדמות הקורסים המקוונים. לעומת זאת, הגשמת התכלית של אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו (סעיף 1(2) לחוק תובענות ייצוגיות) מושפעת במידה רבה מעלות הפיצוי עבור הנתבע; וכאשר מדובר בסעד לא-כספי, עלות הפיצוי לנתבע לרוב נמוכה משווי השוק שלה, או מ"תג המחיר" שניתן לה לצורך הסדר הפשרה (אלון קלמנט "הפער בין שוויו הנחזה לשוויו הממומש של הסדר פשרה בתובענה ייצוגית" משפט ועסקים כ 1 (2017)). בענייננו ברור כי מבחינתו של רז, עלות הקורסים המקוונים נמוכה באופן משמעותי מעלות הפיצוי הכספי לקרן.

הנה כי כן, הסעד הדו-שלבי ופרק הזמן שנקבע למימוש הקורסים המקוונים, משקפים נקודת איזון שעליה הסכימו הצדדים ושאושרה על ידי בית המשפט בשים לב להגשמת תכליותיו השונות של ההליך הייצוגי לצד התועלות והעלויות עבור הצדדים. מתן תקופת מימוש נוספת מעבר לתקופת המימוש בת החודשיים שנקבעה בפסק הדין חותר תחת האיזון העומד ביסוד הסדר הפשרה ולכן אין לו מקום.

12. עוד יבואר כי בניגוד לנטען בערעור, פסק הדין המשלים עולה בקנה אחד אף עם ההסכמה שהושגה בין הצדדים לאחר שהחלו בביצועו של הסדר הפשרה. בהתאם להסכמה זו, שקיבלה תוקף של החלטה, שיעור המימוש בפועל של ההטבות על ידי חברי הקבוצה ייבדק באמצעות הסקר. מפרוטוקול הדיון שנערך במעמד הצדדים עולה, כי במהלך הדיון הצדדים אמנם הביעו נכונות לכך שלאחר עריכת הסקר ניתן יהיה לשוב ולהציע את ההטבות לקבוצה – ואולם אין כל עדות לכך שעניין זה התגבש לידי הסכמה מחייבת; ובהחלטה שניתנה על ידי בית המשפט בתום אותו דיון אף נקבע באופן מפורש כי באותו שלב ייקבע רק המנגנון לבדיקת היקף מימוש ההטבות. לאחר שהתקבלו תוצאות הסקר היה כל אחד מהצדדים רשאי להגיש כל בקשה בהתאם לתוצאותיו – ובעוד

התובעים המייצגים עתרו להעברת יתרת שווי ההטבה לידי הקרן, רז מצידו ביקש שיתאפשר לו לשוב ולהציע את הקורסים המקוונים לחברי הקבוצה. בית המשפט המחוזי מצא לדחות את בקשתו של רז ולהיעתר לבקשת התובעים המייצגים, ואיננו רואים טעם מבורר לשנות מקביעתו.

ראוי לחזור ולהזכיר בהקשר זה, כי עניין לנו בהליך ייצוגי שביסודו טענה להפרת הוראות סעיף 30א לחוק התקשורת בשל משלוח מסרוני פרסומת לחברי הקבוצה ללא הסכמתם. ככלל יש להימנע ממנגנוני פשרה שכוללים פניות חוזרות ונשנות לחברי הקבוצה, והדברים מקבלים משנה תוקף בהליכים ייצוגיים מסוג זה שבו עסקינן. בהתאם להסדר הפשרה נשלחו לחברי הקבוצה כולם מסרוני היידוע, ולאחר מכן אף נעשתה פנייה טלפונית ל-200 מתוכם על מנת לברר אם מימשו את ההטבה שהוצעה להם באותם מסרונים. בנסיבות אלה, הצדק עם בית המשפט המחוזי כי אין מקום לאפשר פנייה נוספת לחברי הקבוצה לצורך הארכת תקופת המימוש; מה גם שמדובר כאמור בסטייה מהעקרונות שנקבעו בהסדר הפשרה ובפסק הדין.

13. זאת ועוד. במסגרת הסדר הפשרה התחייב רז לנהל רישום מסודר ומפורט של כמות ההטבות שמומשו על ידי חברי הקבוצה ושוויין. אלא שבדיעבד התברר כי התוכנה שיצר לשם כך אינה עונה על הנדרש ממנה. בשל מחדלו של רז לנהל רישום אמין, בתום תקופת המימוש התעוררו ספקות בנוגע להיקף מימוש ההטבות – שאז קם הצורך בעריכת הסקר; ותוצאות הסקר לימדו כי רק אחוז קטן מחברי הקבוצה שרז טען לגביהם כי מימשו את אחת ההטבות אכן עשו כן בפועל. משאלה פני הדברים אין לרוז להלין אלא על עצמו על כך שלא עמד בהתחייבותו לתעד את מימוש ההטבות, וברי כי מחדלו אינו מצדיק לאפשר לו מקצה שיפורים בביצוע הסדר הפשרה.

טרם סיום יוער כי בית המשפט המחוזי צעד כבדת דרך לטובת רז, בקבעו (בהסכמת התובעים המייצגים) כי היקף מימוש ההטבות כולן יחושב לפי הסכום הגבוה של 690 ש"ח (זאת גם כשמדובר בהטבה שלפי הסדר הפשרה שוויה עומד על 290 ש"ח בלבד). נוסף על כך, בית המשפט הניח לטובת רז כי בהמשך לתוצאות הסקר, גם מי מבין חברי הקבוצה שלא זכר אם מימש את ההטבה ייחשב כמי שמימש אותה. בהתאם לאמור, בפסק הדין המשלים נקבע כי שווי ההטבות שמומש יעמוד על 82,800 ש"ח וכי על רז להעביר לקרן סכום של 317,200 ש"ח. כפי שפורט באריכות לעיל, אין מקום להתערבותנו בקביעה זו.

14. התוצאה היא שהערעור נדחה, בלא צורך בתשובה מאת המשיבים (התובעים המייצגים). משלא נתבקשה תשובה ובשים לב למתכונת הדיונית שבה ניתנה ההכרעה – אין צו להוצאות.

ניתן היום, כ"ג באדר התשפ"ג (16.3.2023).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת