



בבית המשפט העליון

רע"א 2292/22

לפני: כבוד השופטת ע' ברון

המבקשת: ש. שסטוביץ בע"מ

נגד

המשיבה: חן רוח

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בחיפה
מיום 15.3.2022 (כבוד השופט מ' דניאל) ב-ת"צ 57094-10-19

בשם המבקשת: עו"ד הלל איש שלום; עו"ד טל רובינוב

בשם המשיבה: עו"ד עמנואל סולומונוב; עו"ד עידו סולומונוב

פסק-דין

1. עניין לנו בבקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 15.3.2022 (השופט מ' דניאל) ב-ת"צ 57094-10-19, שבמסגרתה נדחתה בקשה לאישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית. בקשת רשות הערעור הוגשה על ידי הנתבעת בתובענה הייצוגית (להלן: שסטוביץ) בהסכמת התובעת המייצגת (להלן: רוח).

רקע דרוש לעניין, בקשת האישור והחלטת האישור

2. שסטוביץ היא חברה העוסקת בייבוא, שיווק והפצת מוצרי צריכה של מותגים בינלאומיים שונים, ובכלל זה של מותג הקוסמטיקה והאיפור הבינלאומי Revlon (להלן: מותגי שסטוביץ ו-רבולון, בהתאמה). כחלק מפעילות השיווק של שסטוביץ, מדי פעם בפעם נשלחות על ידה הודעות דיוור פרסומי באמצעות דואר אלקטרוני לרשימת תפוצה של "חברי מועדון" שנתנו את הסכמתם לכך.

3. בחודש אוקטובר 2019 הגישה רוח בקשה לאישור תובענה כייצוגית נגד שסטוביץ (להלן: בקשת האישור), שבה נטען כי שסטוביץ שלחה לחברי המועדון הודעות

דיוור פרסומי שלא עמדו בתנאים הקבועים בסעיף 30א(ה) לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: חוק התקשורת) למשלוח הודעות מסוג זה:

(1) מפרסם המשגר דבר פרסומת בהתאם להוראות סעיף זה יציין בו את הפרטים האלה באופן בולט וברור, שאין בו כדי להטעות:

(א) היותו דבר פרסומת; המילים "פרסומת", "בקשת תרומה" או "תעמולה", לפי העניין, יופיעו בתחילת דבר הפרסומת, ואם דבר הפרסומת משוגר באמצעות הודעה אלקטרונית – בכותרת ההודעה;

(ב) שמו של המפרסם, כתובתו ודרכי יצירת הקשר עמו;

(ג) (1) זכותו של הנמען לשלוח, בכל עת, הודעת סירוב כאמור בסעיף קטן (ד), ודרך אפשרית למשלוח הודעה כאמור שהיא פשוטה וסבירה בנסיבות העניין, ואם דבר הפרסומת משוגר באמצעות הודעה אלקטרונית – כתובת תקפה של המפרסם ברשת האינטרנט לצורך מתן הודעת סירוב;

(2) ...

על פי הנטען בבקשת האישור, שסטוביץ לא ציינה בכותרת ההודעות את העובדה שמדובר בהודעות פרסומת (להלן: דרישת הגילוי בכותרת); לא ציינה בגוף ההודעות את שמה, את כתובתה ואת דרכי יצירת הקשר עימה (להלן: דרישת ציון פרטי השולח); והגם שכללה בהודעות קישור להסרה מרשימת הדיוור – שסטוביץ לא ציינה במפורש את זכותם של חברי המועדון לשלוח "הודעת סירוב" לקבלת דבר פרסומת, ולא ציינה "כתובת תקפה" לשם כך (להלן: דרישת ציון זכות הסירוב).

הקבוצה הוגדרה על ידי רוח ככוללת את כל הנמענים שנשלחה אליהם הודעת דיוור פרסומי מאת שסטוביץ שאינה עומדת בתנאים הקבועים בחוק התקשורת (להלן: הודעות הדוא"ל או ההודעות). רוח הניחה כי הקבוצה מונה כ-100,000 חברים, וכי לכל אחד מהם נגרם נזק ממוני בסך 180 ש"ח – בשל המאמצים והזמן שנאלצו להשקיע על מנת לאתר את פרטי השולח לצורך הסרה מרשימת הדיוור; וכן נזק בלתי ממוני בסך 100 ש"ח בגין פגיעה באוטונומיה שנגרמה עם קבלת ההודעות. עילות התביעה שנטענו הן רשלנות, חוסר תום לב, פגיעה באוטונומיה, הפרת חובה חקוקה והטעיה צרכנית. יוער כי רוח ציינה בבקשת האישור כי למיטב זיכרונה היא לא נתנה את הסכמתה לקבלת דיוור פרסומי מאת שסטוביץ, אך עניין זה לא בא לידי ביטוי בהגדרת הקבוצה או בסעדים שנתבקשו בבקשת האישור – וההליך נסב כאמור על הפרת הדרישות הצורניות של הודעות הדוא"ל.

4. בתשובתה לבקשת האישור טענה שסטוביץ כי מדובר בטעות נקודתית שהתרחשה בשם הודעות פרסומת בלבד שנשלחו אך ורק לחברי מועדון רבלון. בהקשר זה הבהירה שסטוביץ כי היא מנהלת רשימת "חברי מועדון" נפרדת לכל אחד מהמותגים שהיא משווקת, וכך גם רשימת תפוצה ייעודית נפרדת, וכי התקלה ארעה רק ביחס לתפוצת מועדון רבלון.

לגבי הפרת דרישת הגילוי בכותרת, ציינה שסטוביץ כי מדובר בהודעות שהיו חלק מקמפיין ממוקד של מותג רבלון, שנשלחו מכתובת דואר אלקטרוני ייעודית לקמפיין זה ולא מכתובת הדואר האלקטרוני הרגילה שממנה נשלחות ההודעות מטעם המותג – ואך מחמת טעות טכנית נקודתית לא צוינה המילה "פרסומת" בכותרתן. עוד נטען כי ממילא לא היה באי ציון המילה "פרסומת" בכותרת ההודעות כדי לפגוע בתכליתה של דרישת הגילוי שבחוק התקשורת, שכן מדובר בהודעות שברור על פניהן כי הן הודעות פרסומת גם מבלי שהדבר צוין במפורש בכותרתן. אשר להפרתה של דרישת ציון פרטי השולח, טענה שסטוביץ כי זהותה כשולחת ההודעות הייתה יכולה להתברר בקלות לנמענים, משום שבהודעות נכללו צלמיות ("אייקונים") שלחיצה עליהן הפנתה את הנמענים לעמודים של רבלון ברשתות החברתיות. בעמודים אלה מצוין כי הם מנוהלים על ידי שסטוביץ וכי היא שמשווקת את מותג רבלון בישראל. בהתייחס להפרה של דרישת ציון זכות הסירוב, טענה שסטוביץ כי בכל ההודעות הופיע קישור "הסר" שמאפשר לכל נמען להסיר את עצמו בקלות מרשימת התפוצה. לפיכך, גם אם ההודעות לא מילאו אחר הדרישה הפורמלית לציון זכות הסירוב בגוף ההודעה, ממילא הוגשמו התכליות העומדות ביסוד הדרישה. לבסוף, שסטוביץ הכחישה קיומו של נזק ממוני ובלתי ממוני למי מחברי הקבוצה.

5. ביום 18.8.2020 קיבל בית המשפט המחוזי את בקשת האישור והתיר לנהל את התובענה כייצוגית (להלן: החלטת האישור). בהחלטה נקבע כי מהודעות הדוא"ל שצורפו לבקשת האישור עולה כי שסטוביץ לא ציינה את המילה "פרסומת" בכותרתן, ובכך הפרה לכאורה את דרישת הגילוי בכותרת הקבועה בחוק התקשורת. בהקשר זה, בית המשפט המחוזי דחה את טענתה של שסטוביץ כי חזקה על הנמענים, כמי שהסכימו להימנות על רשימת הדיוור, כי ידעו שמדובר בפרסומת; וכן נדחתה הטענה כי מדובר בטעות נקודתית של שסטוביץ, שכן נטל הבאת הראיה בהקשר זה רובץ לפתחה של האחרונה והיא לא עמדה בו. עוד נקבע בהחלטת האישור כי שסטוביץ לא עמדה לכאורה אף בדרישת ציון פרטי השולח ובדרישת ציון זכות הסירוב, ובתוך כך הובהר כי העובדה שבהודעות היה קישור להסרת הרישום לדיוור אינה מחליפה את חובותיה של שסטוביץ בנדון.

עוד בהחלטת האישור, נדונה טענתה של רוח שלפיה היא לא הסכימה להימנות על רשימת הדיוור של שסטוביץ. בית המשפט קבע כי שסטוביץ לא הרימה את הנטל המוטל עליה להוכיח כי רוח נתנה הסכמה מראש ובכתב לקבלת דברי פרסומת – זאת בניגוד לסעיף 30א(ב) לחוק התקשורת. עם זאת, מאחר שעילות התביעה והסעדים המבוקשים בבקשת האישור לא כללו התייחסות להפרה מסוג זה של חוק התקשורת – נקבע כי התובענה תנוהל כייצוגית אך ורק ביחס להפרת סעיף 30א(ה) לחוק. כן נקבע כי התובענה הייצוגית תתנהל בעילת הפרת חובה חקוקה בלבד, מאחר שיתר העילות נטענו באופן סתמי וללא תשתית ראייתית מתאימה. לבסוף, נקבע כי יש אפשרות סבירה שבמסגרת הדיון בתובענה הייצוגית יוכח כי לחברי הקבוצה נגרם נזק בלתי ממוני בשל קבלת הודעות הפרסומת; ולעומת זאת נדחתה הטענה לקיומו של נזק ממוני למי מחברי הקבוצה. אשר להיקף הקבוצה וכימות הנזק הבלתי ממוני, נקבע כי סוגיות אלה ילובנו בשלב הדיון בתובענה הייצוגית לגופה.

סופו של דבר, התובענה אושרה כייצוגית והקבוצה הוגדרה כדלקמן:

”נמענים שהמשיבה (שסטוביץ-ע'ב') שלחה אליהם ב-7 השנים האחרונות לפני הגשת הבקשה הודעת דיוור פרסומי בדוא"ל כך שנעדרה המילה 'פרסומת' מכותרת ההודעה או מנושא ההודעה, או שהמשיבה לא ציינה את שמה, כתובתה ודרכי יצירת הקשר עמה בהודעה או לא הבהירה כי זכותם של המבקשת (רוה-ע'ב') וחברי הקבוצה לשלוח הודעת סירוב מלקבל ההודעה או לא הוסיפה כתובת תקפה שלה ברשת האינטרנט לצורך מתן הודעת סירוב, ונגרם להם עקב כך נזק בלתי ממוני.”

6. יצוין כי שסטוביץ לא השלימה עם החלטת האישור, וביום 29.10.2020 הגישה בקשת רשות ערעור על החלטה זו (רע"א 7469/20). סמוך לאחר מכן החלו הצדדים בהליך גישור לצורך גיבוש הסדר פשרה בתובענה הייצוגית, ולבקשתם הוריתי ביום 6.1.2021 על עיכוב ההליכים בבקשה נושא רע"א 7469/20 לצורך מיצוי הליך הגישור, והיא תלויה ועומדת.

הליכי הפשרה

7. ביום 10.3.2021 הגישו הצדדים לבית המשפט המחוזי בקשה לאישור הסדר פשרה, שכלל שני רכיבים עיקריים: התחייבות מצידה של שסטוביץ לפעול לשיפור התנהלותה בכל הנוגע למשלוח הודעות פרסומת, שהוערכה בשווי של 400,000 ש"ח עבור הקבוצה; ומתן הטבה לחברי הקבוצה בדמות הנחה בשיעור 20% על רכישת מוצרי שסטוביץ בהיקף כספי כולל של 1.8 מיליון ש"ח (להלן: הטבת ההנחות). עוד הוסכם כי

ככל שבתום 24 חודשים לא ימוצה מלוא ההיקף הכספי של הטבת ההנחות, תתרום שסטוביץ ממוצריה לעמותות שונות בשווי יתרת הכספים שלא נוצלו; וכן כי בכל מקרה שסטוביץ תתרום מוצרים בשווי של 400,000 ש"ח נוספים. להערכתם של הצדדים, שוויו הכולל של הסדר הפשרה עמד על סך של 2.6 מיליון ש"ח.

עוד במסגרת הסדר הפשרה, הצדדים המליצו לבית המשפט לפסוק לרוה גמול בסך של 130,000 ש"ח; ושכר טרחה לבאי-כוחה בסכום כולל של 520,000 ש"ח. הצדדים ציינו כי שיעור ההטבה לקבוצה כמו גם סכומי הגמול ושכר הטרחה הם סבירים והוגנים בנסיבות העניין, ובפרט על רקע מורכבות התובענה הייצוגית וחשיבותה, המאמצים שהשקיעו המייצגים והסיכונים הכרוכים בהמשך ניהול התובענה הייצוגית.

8. ביום 4.4.2021 קבע בית המשפט המחוזי כי יש צורך במינוי בודק להסדר הפשרה, כפי שמורה סעיף 19(ב) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות). הבודק התבקש לחוות דעתו בשתי סוגיות הנוגעות להסדר הפשרה: הפער בין הסעד המוצע בהסדר הפשרה לבין הסעד שהיו חברי הקבוצה עשויים לקבל אילו התקבלה התובענה הייצוגית; וכן היתרונות והחסרונות הגלומים בהסדר הפשרה מבחינת חברי הקבוצה. הצדדים נתבקשו להציע מועמדים מתאימים לתפקיד, וביום 22.4.2021 מונה עו"ד ניר אמודאי כבודק (לעיל ולהלן: הבודק). חוות דעתו הוגשה לבית המשפט המחוזי ביום 1.8.2021, ובאותו יום הוגשה על ידי הבודק גם הודעה על תיקון של חוות הדעת (שני המסמכים יחדיו יכוננו להלן: חוות הדעת).

9. בחוות הדעת נדרש הבודק תחילה להערכת גודל הקבוצה; ובהקשר זה הובהר על ידו כי הקבוצה אינה כוללת את כל חברי המועדונים של שסטוביץ בעת הרלוונטית – אלא רק את אלה מתוכם שסבלו נזק בלתי ממוני כתוצאה מהודעות הדוא"ל שנשלחו להם. הבודק נסמך על נתונים שנמסרו לו מאת שסטוביץ בנוגע למספר החברים במועדוני הלקוחות השונים שלה נכון לסוף שנת 2019, סמוך למועד הגשת בקשת האישור. לדברי שסטוביץ הנתונים שמסרה מהווים הערכה מקסימלית של מספר חברי המועדון, מאחר שהמערכת הממוחשבת שבה היא עושה שימוש אינה גורעת כפילויות שונות ברישום, כתובות דואר אלקטרוני שאינן פעילות או שהוזנו באופן שגוי, נמענים שהוסרו לבקשתם מרשימות התפוצה וכיוצא באלה. על יסוד נתונים אלה מצא הבודק כי בתקופה הרלוונטית היו במועדון רבולן 11,500 חברים, ובשאר המועדונים 51,500 חברים.

בהמשך לאמור, נדרש הבודק להעריך את מספר חברי המועדון שסבלו נזק בלתי ממוני מהודעות הדוא"ל. הובהר כי בהקשר זה מתעוררת שורה של שאלות עובדתיות

קשות לבירור – ובין היתר, כמה מבין הנמענים פתחו את ההודעות שקיבלו; כמה מתוכם הבינו שמדובר בדבר פרסומת עוד לפני שפתחו את ההודעות; כמה מהם מצאו עניין בדבר הפרסומת; וכמה היו מעוניינים להסיר עצמם מרשימת התפוצה לאחר שקראו את ההודעות. לדברי הבודק, בשים לב לאמור לא ניתן לקבוע את היקף הקבוצה אלא על דרך של אומדנא – וכך עשה בחוות הדעת.

הבודק ציין כי על פי הנטען בבקשת האישור, במהלך שנת 2019 שלחה שסטוביץ 6 הודעות דוא"ל שבכותרתן לא הופיעה המילה "פרסומת" כנדרש בחוק התקשורת, וכן לא התמלאו בהודעות דרישת ציון פרטי השולח ודרישת ציון זכות הסירוב הקבועות בחוק זה. לגרסת שסטוביץ, הודעות דוא"ל אלה נשלחו על ידה לחברי מועדון רבלון בלבד. אשר לחברי יתר המועדונים – שסטוביץ העבירה לידי הבודק העתקים מהודעות דואר אלקטרוני ששלחה להם בעת הרלוונטית, ולדבריו בכל ההודעות הללו צוין בכותרת כי מדובר בפרסומת; עם זאת, גם בהודעות אלה לא הופיע הסבר בנוגע לזכות הסירוב הנתונה ללקוחות, ורק בחלק מההודעות צוינו שמה של שסטוביץ ופרטי ההתקשרות עימה. הבודק הניח כי מבין הנמענים השונים, מי שסבל נזק בלתי ממוני הוא רק מי שלא היה מעוניין בתוכן ההודעה שנשלחה לו ופתח אותה על מנת להסיר את עצמו מהדיוור, ואולם לא הבין מההודעה כיצד לבצע את ההסרה או שחשש לעשות שימוש בקישור שצורף לשם כך להודעה (מחשש ל"וירוסים" או מכל סיבה אחרת).

על רקע הנתונים שהוצגו לו וההנחות שהניח, הבודק העריך כי חברי הקבוצה (שקיבלו את הודעות הדוא"ל וסבלו נזק בלתי ממוני בשל כך) מונים 75% מחברי מועדון רבלון (8,625 איש) ו-35% מחברי שאר מועדוני שסטוביץ (18,025 איש) – ובסך הכל 26,650 חברים.

10. בשלב הבא בחן הבודק את שווי ההטבות שמוצעות לקבוצה על פי הסדר הפשרה. בהתייחס להתחייבותה של שסטוביץ לרענן נהלים ולשפר את המערכות הטכנולוגיות הנוגעות לדיוור פרסומי – הבודק ציין כי הצדדים העריכו את שוויה של הטבה זו בסך 400,000 ש"ח; ואולם מאחר שלא נמסר לו מידע כלשהו בדבר פעולות קונקרטיות שבכוונתה של שסטוביץ לבצע, הבודק סבר כי לא ניתן לקבוע שלהתחייבותה בנדון יש שווי כלשהו מבחינת הקבוצה. אשר להתחייבותה של שסטוביץ להעניק לחברי הקבוצה את הטבת ההנחות בשיעור של 20% על מוצרי שסטוביץ עד לשווי כולל של 1.8 מיליון ש"ח – הבודק הבהיר כי מדובר בהטבה מסוג "הסדר שוברים", המחייבת את חברי הקבוצה לרכוש מוצר של שסטוביץ על מנת ליהנות מההנחה המוצעת, והעריך את שוויה של הטבה זו בשיעור של 65% מסכום ההנחות הכולל; קרי: בסך 1.17 מיליון

ש"ח. עוד עולה מחוות דעת הבודק, כי בעוד לכתחילה הסכימו הצדדים אף על תרומת מוצרי שסטוביץ לעמותות שונות, בעקבות שאלות הבהרה שהפנה להם הבודק הסכימו להמיר רכיב זה של הסדר הפשרה ברכיב של חלוקת מתנות לחברי מועדון רבלון, לפי בחירה מרשימה של מוצרי שסטוביץ. שוויו של רכיב זה עבור הקבוצה הוערך על ידי הצדדים בסכום של 400,000 ש"ח, המהווה 100% מעלות המוצרים לצרכן, והערכה זו נתקבלה על דעת הבודק. סופו של דבר, שוויו הכולל של הסדר הפשרה עבור הקבוצה הוערך על ידי הבודק בסכום כולל של 1.57 מיליון ש"ח.

הבודק הוסיף וביאר כי שווי הסדר הפשרה מהווה כ-58% מהסך של 2.665 מיליון ש"ח – הוא הסכום המרבי שהיה נפסק לטובת הקבוצה במקרה של קבלת התובענה הייצוגית (לפי פיצוי בסך של 100 ש"ח כמבוקש בתובענה הייצוגית לכל אחד מ-26,650 חברי הקבוצה). לגישתו של הבודק, מדובר ביחס הולם בין שווי הפשרה לפוטנציאל התביעה, התואם את הסיכויים והסיכונים הגלומים בתובענה הייצוגית ומשיג הרתעה יעילה של שסטוביץ בכל הנוגע למשלוח דברי פרסומת בהודעות דואר אלקטרוני. הבודק ציין כי יש אמנם קושי בכך שהטבת ההנחות המוצעת בהסדר היא "הטבת שוברים" – שבמסגרתה חברי הקבוצה נדרשים להוציא מכיסם כספים על מנת לזכות בהטבה; ועם זאת הובהר, כי הטבה מסוג זה עשויה להיות סבירה וראויה מקום שבו קיים קושי באיתור חברי הקבוצה וכאשר בהסדר הפשרה נקבעים מנגנונים המבטיחים פשטות במימוש השוברים, תקופה ארוכה מספיק למימושם והרתעה מספקת של הנתבעת. בחוות הדעת נקבע כי בנסיבות המקרה ניתן לעשות שימוש בהטבת ההנחות, ואולם הוצע להאריך את תוקף מימוש ההנחה מ-12 ל-24 חודשים לפחות; להעניק את ההטבה לכלל הציבור ולא רק לחברי הקבוצה; ולצמצם ככל הניתן את "אלמנט עידוד רכישת מוצרים מהנתבעת הכרוך במנגנון מתן ההנחות", למשל בדרך של יידוע חברי הקבוצה בדבר זכאותם להנחה רק במעמד התשלום ולא מראש.

הסדר הפשרה

11. בעקבות חוות דעת הבודק, ביום 28.10.2021 הגישו הצדדים לבית המשפט בקשה לאישור הסדר פשרה מתוקן (למען הנוחות, הסדר זה יכונה להלן: הסדר הפשרה). השינוי המרכזי שחל בבקשה זו ביחס לבקשה הקודמת, הוא בהוספת התחייבות מצד שסטוביץ לחלוקת מוצרים לחברי הקבוצה כמתנה וללא תמורה.

נקבע כי חלוקת המוצרים תבצע לכל 63,000 החברים במועדוני שסטוביץ ב-7 השנים שקדמו להגשת בקשת האישור – בין אם סבלו נזק בלתי ממוני, בין אם לאו. עוד הובהר, כי כל אחד מחברי המועדון יוכל לבחור מוצר אחד של שסטוביץ שמחירו לצרכן

הוא 35 ש"ח, מתוך רשימה מוצעת של מוצרים (להלן: הטבת המתנות). על פי הנטען, היקפה הכספי הכולל של הטבה זו עומד על 2.2 מיליון ש"ח. צוין כי ההטבה תוצע לחברי הקבוצה עד למלוא היקפה או למשך שלושה חודשים (לפי המוקדם). במקרה שבו ההיקף הכספי לא ימומש במלואו בתוך שלושה חודשים, הוצע כי תוענק הטבת ההנחות לכל לקוחות שסטוביץ, וזאת למשך 24 חודשים או עד למימוש שווי ההטבה במלואה (2.2 מיליון ש"ח כאמור); ובתוך כך צוין כי הטבת ההנחות תינתן ללקוחות ללא פרסום מוקדם כלשהו על אודותיה. במקרה שגם הטבת ההנחות לא תמומש במלואה בתוך 24 חודשים, הוצע כי תבוצע תרומת מוצרים בסכום הנותר למימוש.

בהחלטה מיום 11.11.2021 קבע בית המשפט המחוזי כי אינו רואה טעם לדחות את הבקשה לאישור הסדר הפשרה על הסף, והורה על פרסום הודעה בנדון בעיתונות, ועל משלוח הודעה בצירוף הבקשה ליועץ המשפטי לממשלה (להלן: היועמ"ש) ולגופים המנויים בסעיף 18(ג) לחוק תובענות ייצוגיות. ביום 13.2.2022 הודיע היועמ"ש כי לא מצא לנכון להביע עמדה כלשהי ביחס להסדר הפשרה, ולא התקבלה התנגדות להסדר הפשרה מטעם כל גורם אחר.

החלטת בית המשפט המחוזי

12. בהחלטה מיום 15.3.2022 הורה בית המשפט המחוזי על דחיית הבקשה לאישור הסדר הפשרה, זאת לנוכח הפער שמצא בין שוויו של הסדר הפשרה ובין הסעד שהיה נפסק לזכות הקבוצה לו התובענה הייצוגית הייתה מתקבלת (להלן גם: פוטנציאל התובענה הייצוגית). בהחלטה הובהר כי שוויו של הסדר הפשרה הוא 2.4% בלבד מפוטנציאל התובענה הייצוגית, ולא 58% כפי שנקבע בחוות דעת הבודק. בתוך כך דחה בית המשפט המחוזי חלקים בחוות דעת הבודק שעניינם בהערכת מספר הנמענים שקיבלו את הודעות הדוא"ל משסטוביץ, מאחר שלגישתו מדובר בקביעות המבוססות על נתונים חלקיים שנמסרו לבודק ועל "השערות של הבודק וקבלה של חלק מטענות הנתבעת (שסטוביץ-ע'ב')". שסטוביץ מסרה לבודק את מספר חברי המועדונים השונים שלה נכון לסוף שנת 2019, כאשר לטענתה זהו מספר החברים המרבי לאורך כל התקופה הרלוונטית. הבודק אימץ טענה זו, ואולם בית המשפט סבר כי שסטוביץ החסירה מידע בנדון. משכך, נקבע כי יש לראות בנתון שמסרה שסטוביץ כנתון שנתי בלבד, וכי על מנת לאמוד את גודל הקבוצה יש לכפול נתון זה ב-9.5 (שבע שנים שקדמו לבקשת האישור, ושנתיים וחצי שחלפו עד לאישור התובענה כייצוגית). בדרך זו קבע בית המשפט המחוזי כי הקבוצה מונה 598,500 חברים.

זאת ועוד. בית המשפט מצא פסול גם בכך ששטוביץ לא מסרה לבודק נתונים בדבר שיעור הנמענים שכלל לא פתחו את הודעות הדוא"ל שנשלחו על ידה, זאת למרות שנתבקשה לעשות כן. עוד באותו עניין, בית המשפט קבע כי שגה הבודק בכך שלא כלל בקבוצה נמענים שזיהו כי ההודעות הן מסר פרסומי ונמענים שכלל לא פתחו את ההודעות. בתוך כך הבהיר בית המשפט המחוזי כי הוא לא מקבל את קביעתו של הבודק שלפיה לא ניתן לאתר מי מבין חברי הקבוצה סבל נזק בלתי ממוני כתוצאה מקבלת הודעות הדוא"ל; והוסיף כי ניתן לעשות זאת על ידי פנייה לציבור הלקוחות של שטוביץ (גם אם עלותו של בירור מסוג זה עשויה להיות גבוהה). בהינתן האמור נקבע בהחלטה כי אילו התובענה הייצוגית הייתה מתקבלת, היה נפסק לכל אחד מ-598,500 חברי הקבוצה פיצוי בגין נזק בלתי ממוני בסך 100 ש"ח, ועל כן בשונה מקביעת הבודק פוטנציאל התביעה עומד על 59.8 מיליון ש"ח.

13. בהתייחס להערכת שווי הסדר הפשרה – בית המשפט המחוזי אימץ את קביעת הבודק שבהיעדר נתונים לא ניתן לייחס להתחייבות שטוביץ לרענן נהלים ולשפר מערכות שווי כלשהו מבחינת חברי הקבוצה. אשר לשווי המוצרים ששטוביץ התחייבה לחלק כמתנות לקבוצה – צוין כי בבקשה לאישור הסדר הפשרה לא ניתן פירוט כלשהו בנוגע לרשימת המתנות לבחירה, ומשכך לא ניתן להעריך אף את שווייה של הטבה זו. בכל הנוגע להטבת ההנחות – בית המשפט אימץ את קביעת הבודק כי יש להעריך את שווייה בשיעור של 65% מהיקף ההנחה. ולבסוף נקבע, כי לא ניתן להסכים על תרומת מוצרים לעמותות, שכן לפי סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, ניתן לתת תרומה רק בהתאם למנגנון הקבוע בסעיף 27א לחוק זה; קרי: באמצעות הקרן לניהול ולחלוקת כספים הנפסקים כסעד בהליך ייצוגי.

אחר הדברים האלה, מצא בית המשפט המחוזי כי שוויו של הסדר הפשרה עומד על 1.43 מיליון ש"ח, בעוד הסעד לו היו זוכים חברי הקבוצה אם התובענה הייצוגית הייתה מתקבלת עומד על סך של 59.8 מיליון ש"ח. לגישתו של בית המשפט בנסיבות אלה חסרונותיו של הסדר הפשרה עולים על יתרונותיו, ומשכך נקבע כי אין להיעתר לבקשה לאישור הסדר הפשרה.

בקשת רשות הערעור

14. בבקשת רשות הערעור טוענת שטוביץ כי היה על בית המשפט המחוזי להורות על אישור הסדר הפשרה, כאשר לגישתה מספר שגיאות באופן בחינת ההסדר המוצע וביישום הדין הנוהג הן שהובילו את בית המשפט לדחיית הבקשה בנדון.

ראשית, שסטוביץ סבורה כי שגה בית המשפט המחוזי בהערכת גודל הקבוצה. לדבריה, בחוות דעת הבודק הובהר באופן מפורש כי המספר המרבי של חברי המועדון עומד על 63,000 בלבד, כאשר מספר זה כבר מביא בחשבון את כל מי שהיו חברים באחד או יותר ממועדוני שסטוביץ בכל השנים הרלוונטיות שקדמו להגשת בקשת האישור – ולא בשנת 2019 בלבד. לפיכך, לא היה יסוד לקביעתו של בית המשפט המחוזי שלפיה יש לכפול מספר זה ב-9.5; וממילא על פי החלטת האישור התקופה הרלוונטית היא תקופה של שבע שנים בלבד, ולא של תשע וחצי שנים, כך שעצם ההכפלה ב-9.5 ולא ב-7 עולה כדי טעות.

שנית, שסטוביץ טוענת כי בית המשפט המחוזי לא נתן ביטוי כנדרש ממנו לסיכויים ולסיכונים הגלומים בניהול ההליך בכואו להעריך את פוטנציאל התובענה הייצוגית, ובכך סטה מן המדיניות המשפטית הנוהגת ביחס להסדרי פשרה בהליכים ייצוגיים. שסטוביץ מדגישה כי יש אמנם לתת את הדעת לפער שבין הסעד המוצע בהסדר הפשרה לבין הסעד שחברי הקבוצה יכולים היו לזכות בו, כאמור בסעיף 19(ג)(2) לחוק תובענות ייצוגיות וכפי שעשה בית המשפט המחוזי; אך זאת כאמור תוך הידרשות לסיכונים האפשריים בהמשך ניהול ההליך. במקרה דנן המשך ניהול ההליך הייצוגי כרוך בקושי ממשי בהוכחת קיומו של נזק בלתי ממוני לחברי הקבוצה ובהוכחת שיעורו. בנסיבות אלה נטען כי הסדר הפשרה המתוקן הוא הסדר ראוי, הוגן וסביר מבחינת חברי הקבוצה, ומשכך היה על בית המשפט המחוזי לאשרו.

עוד מציינת שסטוביץ כי בית המשפט המחוזי שגה בהערכת שווי הסדר הפשרה, משלא בחן כראוי את רכיביו. לדבריה, בית המשפט המחוזי התעלם בהחלטתו משווי המוצרים שסטוביץ התחייבה לחלק כמתנות לחברי הקבוצה; וזאת אף שהטבת המתנות, ולא הטבת ההנחות, היא ההטבה המרכזית המוצעת לחברי הקבוצה. שסטוביץ סבורה כי יש לאמץ את עמדת הבודק בנוגע לשווי הטבת המתנות, שכאמור העריך הטבה זו בשווי של 100% מעלות המוצרים לצרכן (35 ש"ח לכל מוצר). כן נטען, כי הסדר הפשרה כולל רשימה של שיפורים עתידיים שסטוביץ התחייבה לבצע במערכות ובנהלים שלה, וכי לא היה מקום לקבוע כי התחייבות זו היא חסרת ערך מבחינת הקבוצה. על יסוד כל האמור הובהר בבקשת רשות הערעור כי שווי של הסדר הפשרה עומד על 2.6 מיליון ש"ח, ולא 1.43 מיליון ש"ח כפי שקבע בית המשפט המחוזי.

15. בשולי בקשת רשות הערעור מעלה שסטוביץ טענות נוספות. האחת מופנית כלפי קביעתו של בית המשפט המחוזי כי שסטוביץ לא הציגה לפניו מידע מספק בנוגע לטיב המוצרים שהיא התחייבה לחלק לנמעני הודעות הדוא"ל ללא תמורה, כמו גם ביחס לטיב

הפעולות שתבצע לצורך שיפור השירות ומערכות המידע. לטענת שסטוביץ לא היה מקום לדרוש ממנה מידע נוסף מעבר למידע שנמסר לבודק, שכן לא היה בו צורך על מנת לבחון ולאשר את הסדר הפשרה. עם זאת, שסטוביץ מוסיפה כי בית המשפט יכול היה להורות לצדדים להציג לעיונו את המידע ככל שסבר כי הוא חיוני לדיון, תחת לדחות את הבקשה לאישור הסדר הפשרה מחמת שהמידע לא נמסר לו. טענה נוספת מופנית נגד קביעותיו של בית המשפט המחוזי בעניין תרומת המוצרים, כאשר לגישת שסטוביץ לא היה מקום לשלול הטבה זו בנסיבות העניין. כך מכיוון שמדובר בחלופה שלישית בלבד במסגרת הסדר הפשרה המתוקן, שתמומש רק במקרה שבו תיוותר יתרה כספית שלא תנוצל לאחר חלוקת הטבת המתנות והטבת ההנחות.

כפי שכבר צוין בפתח הדברים, בקשת רשות הערעור הוגשה על ידי שסטוביץ בהסכמתה של רוח.

דיון והכרעה

16. לאחר עיון בבקשת רשות הערעור על נספחיה, החלטתי לדון בבקשה כאילו ניתנה רשות ערעור והוגש ערעור לפי הרשות שניתנה. דין הערעור להתקבל, ומשמע שהסדר הפשרה בין שסטוביץ לרוח יאושר ויינתן לו תוקף של פסק דין.

17. אחד ממאפייניו הייחודיים של ההליך הייצוגי הוא העובדה שהליך זה מנוהל בשם קבוצה של תובעים שהם "נוכחים-נפקדים" בו, ושקולם אינו נשמע אלא באמצעות התובע המייצג ובא-כוחו. החשש בהקשר זה הוא מפני "בעיית הנציג", כלומר מפני ניגוד עניינים בין התובע המייצג ובא-כוחו לבין חברי הקבוצה עצמם, שעלול להוביל לכך שמייצגי הקבוצה יבכרו את האינטרס האישי שלהם על פני זה של חברי הקבוצה. החשש גובר במקרה שבו מתבקש סיום ההליך הייצוגי על דרך הפשרה, שכן חברי הקבוצה אינם לוקחים חלק בעיצוב הסדר הפשרה ומשכך הוא עלול להיטיב עם המייצגים על חשבון חברי הקבוצה (ע"א 2398/22 שולץ נ' הוט מובייל בע"מ, פסקה 6 לחוות דעתי (30.11.2022) (להלן: עניין שולץ); ע"א 2744/19 עיריית עכו נ' בריל תעשיות נעליים בע"מ, פסקה 14 (10.3.2021) (להלן: עניין בריל); דנ"מ 5519/15 יונס נ' מי הגליל תאגיד המים והביוט האזורי בע"מ, פסקה 45 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (17.12.2019)).

פרט לכך, כאשר מדובר בתובענת סרק, קיים אף חשש שהליכי הפשרה ישמשו לסחיטת הגורם הנתבע – שיעדיף "לקנות" את הסיכון הכרוך בהמשך ניהול ההליך מבחינתו, גם אם מדובר בסיכון לא משמעותי לכאורה. הסדרי פשרה בהליכי סרק מעודדים הגשת תביעות סרק נוספות, באופן הפוגע באינטרס הציבורי וחותר תחת

תכליות ההליך הייצוגי (רע"א 2298/19 פינצ'בסקי נ' הנסיך מפעל לייצור טחינה בע"מ, פסקה 19 (4.8.2021) (להלן: עניין טחינת הנסיך); עניין בריל, פסקה 14; ע"א 8114/14 מרקט מוצרי ייבול בע"מ נ' סנוול ישראל בע"מ, פסקה 22 (5.8.2018)).

לצד זאת, סיום הליך ייצוגי על דרך הפשרה טומן בחובו גם יתרונות מובהקים, שעל דרך הכלל יש בהם כדי להפיג את החששות ולגבור על החסרונות האפשריים. כך, לחברי הקבוצה אין כל ערובה כי ההליך הייצוגי יסתיים לטובתם, במיוחד במקרים המעוררים קשיי הוכחה – והסדר הפשרה מבטיח כי למרות זאת יזכו לסעד הולם. יתר על כן, הסדר הפשרה מאפשר סיום של ההתדיינות במהירות ויעילות, ומוביל לחיסכון בזמן ובמשאבים. על כן קיימת תועלת רבה בעידוד הסדרי פשרה בהליכים ייצוגיים; כל עוד מדובר בהסדרים המבטאים פשרה ראויה, שיש בה כדי לשרת נאמנה את האינטרס של חברי הקבוצה, וכי אין מדובר בפשרה שהושגה בהליך סרק (עניין שולץ, פסקה 6 לחוות דעתי; ע"א 7122/19 היועץ המשפטי לממשלה נ' ממון, פסקה 13 (11.4.2022) (להלן: עניין ממון); עניין בריל, פסקה 16).

18. לנוכח המתח האמור בין היתרונות הגלומים בסיום ההליך הייצוגי על דרך הפשרה ובין החששות מפני פשרות בלתי הולמות – נקבעו בסעיפים 18 ו-19 לחוק תובענות ייצוגיות מנגנונים מפורטים ודווקניים לאישור הסדר פשרה בהליך ייצוגי, תוך פירוט השיקולים השונים שנדרש בית המשפט לשקול בבואו להכריע בבקשה לאישור הסדר פשרה. סעיפים אלה מקנים לערכאה הדיונית תפקיד מרכזי בפיקוח והגנה על עניינם של חברי הקבוצה והאינטרס הציבורי, ומעמידים לרשותו שורה של כלים אפקטיביים לצורך זה (עניין ממון, פסקה 13; עניין טחינת הנסיך, פסקה 20).

בתוך כך, סעיף 19(א) לחוק תובענות ייצוגיות מורה כי "בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה אלא אם כן מצא, כי ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה", וסעיף 19(ג) מונה רשימת שיקולים שעל בית המשפט לשקול בהקשר זה – ובהם הפער בין הסעד המוצע בהסדר הפשרה ובין הסעד שעשוי היה להיפסק לטובת הקבוצה לו התובענה הייצוגית הייתה מתקבלת; השלב שבו מצוי ההליך; הסיכונים והסיכויים הכרוכים בהמשך ניהול התובענה הייצוגית למול הסדר הפשרה המוצע; ועוד. על פי סעיף 19(ב) לחוק, ככלל טרם אישור הסדר פשרה יש לקבל חוות דעת מאת בודק שהוא בעל מומחיות בתחום שבו עוסקת התובענה הייצוגית; ואולם יש לציין כי בפועל הפך מינוי בודק מהכלל לחריג, ופעמים רבות בוחרות הערכאות הדיוניות שלא לעשות שימוש בכלי זה כלל (ראו: עניין שולץ, פסקאות 8-9 לחוות דעתי; עניין ממון, פסקאות 14-15).

19. ומן הכלל אל הפרט.

בית המשפט המחוזי מצא כי פוטנציאל התובענה הייצוגית עומד על כ-60 מיליון ש"ח, בעוד שווי הסדר הפשרה עבור חברי הקבוצה עומד על 1.43 מיליון ש"ח בלבד, ועל רקע פער משמעותי זה נקבע כי חסרונותיו של הסדר הפשרה עולים על יתרונותיו ולכן אין מקום לאשרו. אלא שבית המשפט העריך באופן מופרז הן את גודל הקבוצה הן את היקף הפיצוי הכספי שעשוי היה להיפסק לזכות חבריה אם התובענה הייצוגית היתה מתקבלת, תוך שלא נתן ביטוי הולם לסיכונים הכרוכים בהמשך ניהול ההליך מבחינת הקבוצה. ואבאר.

20. הבודק קבע על יסוד מידע שנמסר לו מאת שסטוביץ כי מספר חברי המועדונים שקיבלו את הודעות הדוא"ל עומד על 63,000 איש סך הכל. שסטוביץ אמנם לא פירטה את מספר החברים בכל אחד ממועדוני הלקוחות שלה ביחס לכל אחת מהשנים הרלוונטיות לתובענה הייצוגית, אלא מסרה את מספר חברי המועדון הכולל נכון לסוף שנת 2019; ואולם שסטוביץ הדגישה כי החברות במועדוני הלקוחות היא מתמשכת ואינה מסתיימת בתום שנה אזרחית, וכי מרבית חברי המועדון בשנת 2019 הם מי שהיו חברי המועדון גם בשנת 2018, בשנת 2017 ובכל אחת מ-7 השנים שקדמו להגשת בקשת האישור. שסטוביץ אף הבהירה כי הנתון שמסרה מהווה הערכה מקסימלית של מספר חברי המועדונים, שכן מסיבות טכניות הנוגעות למערכות הממוחשבות שלה אין באפשרותה להפחית ממסד הנתונים את מי שלאורך השנים הוסרו לבקשתם מרשימות התפוצה של דברי הפרסומת, או נרשמו ברישום כפול, וגם לא להפחית כתובות דואר אלקטרוני שאינן פעילות וכד'. מכל מקום, לדברי שסטוביץ בכל שנה ישנם יותר מצטרפים חדשים למועדונים של מותגיה מאשר חברי מועדון שמבקשים להפסיק את חברותם.

חרף האמור, בית המשפט המחוזי סבר כי יש לזקוף לחובתה של שסטוביץ את העובדה שלא מסרה לבודק את מספר חברי המועדון ביחס לכל שנה בנפרד – ועל כן דחה את קביעת הבודק בנוגע להיקף הנמענים של הודעות הדוא"ל. עם זאת, בבואו להעריך את היקף הקבוצה עשה בית המשפט שימוש בנתון זה ממש – אלא שהכפיל את מספר חברי המועדונים שנמסר מאת שסטוביץ במספר שנות התקופה הרלוונטית, ובכך הגדיל את הקבוצה פי 9.5 ביחס לנטען על ידי שסטוביץ. מדובר בהגדלה שרירותית ומשמעותית ביותר של היקף הנמענים, שאין לה בסיס או הסבר מניח את הדעת. שסטוביץ מסרה והבודק אישר כי הסך של 63,000 נמענים כולל את כל חברי המועדונים בכל

התקופה הרלוונטית לתובענה הייצוגית, ובנסיבות אלה ברי כי לא היה מקום להכפלת נתון זה כמעט פי עשרה.

ויבואר: ההגדלה המשמעותית של מספר הנמענים של הודעות הדוא"ל הביאה בתורה לכך שגם פוטנציאל התובענה הייצוגית גדל כמעט פי עשרה ללא כל יסוד.

21. דומה כי במסגרת בחינת הסדר הפשרה בית המשפט אף לא ייחס משקל ראוי לקושי הטמון בהוכחת הנזק הבלתי ממוני הנטען בתובענה הייצוגית. חלף זאת, בית המשפט נתן את הבכורה לפער המשמעותי שמצא בין שווי הסדר הפשרה לבין פוטנציאל התובענה הייצוגית – ואף על פי שמדובר בשיקול רלוונטי, ההתמקדות בשיקול זה, ובו בלבד, הביאה לעיוות התמונה ביחס ליתרונות וחסרונות הסדר הפשרה.

ויובהר: אמת המידה המרכזית שקבע המחוקק בסעיף 19(א) לחוק תובענות ייצוגיות, ושלאורה יש לבחון כל בקשה לאישור הסדר פשרה, היא אם מדובר בהסדר "ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בענינם של חברי הקבוצה". בהקשר זה, הערכאה הדיונית נדרשת לתת דעתה לסיכונים ולסיכויים הגלומים בניהול ההליך הייצוגי, על רקע היכרותה עם ההליך ובשים לב לטענות הצדדים. נזדמן לי בעבר לעמוד על הדברים בנסיבות דומות לענייננו:

"הסדר פשרה ראוי הוא כזה שמציע לקבוצה הטבה או פיצוי המשקפים נאמנה את הסיכויים והסיכונים הגלומים בהליך מבחינת כל אחד מהצדדים. הסדר פשרה מעצם טיבו וטבעו נועד ל'קניית 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 היתה מתקבלת במלואה. לשון אחר: בבואו לבחון בקשה לאישור הסדר פשרה בהליך ייצוגי, שומה על בית משפט לתת דעתו לסיכויים ולסיכונים הגלומים בהמשך ניהול ההליך כפי שהוא מעריך אותם – ובאספקלריה זו לבחון אם ההסדר המוצע הוא 'ראוי, הוגן וסביר'. ויובהר כי זו אמת המידה שעומדת ביסוד מרבית אם לא כלל השיקולים המנויים בתקנה 19(ג)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, ודומה כי הפרמטרים המנויים בסעיף זה הם בבחינת עזרים לניתוח השאלה אם הסדר הפשרה שעל הפרק הולם את סיכויי התובענה והסיכונים הכרוכים בהמשך ניהולה." (עניין בריל, פסקה 16).

פסיקת פיצוי כספי לחברי הקבוצה בתובענה הייצוגית כפופה להוכחה של עצם קרות הנזק הבלתי ממוני ולכימותו – ובנסיבות המקרה מדובר במשימה הכרוכה בקשיי

הוכחה ניכרים. כפי שציין גם הבודק בחוות דעתו, יש להניח כי מבין הנמענים השונים של הודעות הדוא"ל ישנם כאלה שכלל לא פתחו את ההודעות; יש אף מי שהבינו שמדובר בפרסומת, למרות שהדבר לא צוין במפורש בכותרת ההודעה שנשלחה אליהם (בשים לב לזהות השולח ומאחר שמדובר במי שנמנים על רשימת התפוצה של פרסומות מסוג זה); ישנם נמענים שכלל לא חשו תרעומת או כעס לאחר שפתחו את ההודעות והבינו שמדובר בפרסומת, למרות שהדבר לא צוין בכותרת (ויוזכר שענייננו בהודעות שנשלחו לחברי מועדון שמראש הביעו הסכמה לקבלת תוכן שיווקי מאת שסטוביץ); ישנם מי שהמחדל בנוגע לדרישות ציון זכות הסירוב וציון פרטי השולח לא היה משמעותי עבורם כלל, מאחר שבכל מקרה לא היו מעוניינים להסיר עצמם מרשימת הדיוור; וישנם מי שלא התקשו לבצע את ההסרה באמצעות הקישור "הסר" שנכלל בהודעות. הנה כי כן, נראה כי יש ממש בעמדת הבודק כי הנזק הבלתי ממוני ככל שנגרם, אם בכלל, הוא מוגבל ביותר; ובכל מקרה הוכחתו היא משוכה ממשית העומדת בדרכה של התובענה הייצוגית. אף על פי כן, בבקשת האישור לא הובהר כיצד הנזק הנטען ושיעורו ניתנים להוכחה, ולא ניתנה כל התייחסות לשונות הרבה הקיימת בין חברי הקבוצה בהקשר זה. בית המשפט המחוזי לא נדרש אף הוא לשאלת הוכחת הנזק במסגרת החלטתו בבקשה לאישור הסדר הפשרה – חרף מרכזיותה של סוגיה זו להכרעה בנדון.

22. כאשר בוחנים את הסדר הפשרה המוצע על רקע הסיכונים והסיכויים הגלומים בהליך הייצוגי, ובפרט בשים לב לקושי בהוכחת הנזק הבלתי ממוני הנטען כמפורט לעיל, התמונה המצטיירת היא שמדובר בהסדר ראוי, הוגן וסביר.

אכן, הסדר הפשרה אינו חף מחסרונות מבחינת חברי הקבוצה. ההטבה המרכזית המוצעת לקבוצה היא הטבת המתנות הכוללת חלוקת מוצרים של שסטוביץ בשווי של 35 ש"ח למוצר – ועל פני הדברים יש קושי בכך שלא צורפה לבקשה לאישור הסדר פשרה רשימה של המוצרים המוצעים לבחירה. החשש הוא שחלק משמעותי מחברי הקבוצה לא ימצא ערך במתנות המוצעות ולא יממש את ההטבה – בין אם משום שהרשימה אינה מגוונת די הצורך, או מכל טעם אחר. ועוד יצוין, כי מטבע הדברים עלות המתנות עבור שסטוביץ נמוכה מעלותן לצרכן, כך שהבודק העריך הטבה זו ביתר (בחוות הדעת נקבע כאמור כי שווי המתנה הוא 100% מעלותה לצרכן); ויובהר שיש בכך כדי להשליך על מידת ההרתעה הגלומה בהסדר הפשרה מבחינתה של שסטוביץ. ככל שהטבת המתנות לא תמומש על ידי חברי הקבוצה במלואה, על פי הסדר הפשרה תצא לפועל הטבת ההנחות – שכונתה על ידי הבודק, ובצדק, "הסדר שוברים". הקושי העיקרי הוא שהטבה זו מחייבת את לקוחות שסטוביץ לרכוש ממנה מוצרים כתנאי למימוש זכותם לקבלת פיצוי; ומטעם זה שוויה של הטבה זה הוערך על ידי הבודק בשיעור של 65%

בלבד מהיקף ההנחות שיינתנו. ככל שמלוא ההיקף הכספי של ההטבות לא ימומש במלואו גם באמצעות מתן ההנחות – אזי שסטוביץ התחייבה לתרום ממוצריה בשווה הנותר למימוש ל- "ארגון לתת" ול- "בית השנטי". אלא שתרומה לעמותות אינה הטבה לקבוצה כי אם תרומה לציבור – ועל כן דרך המלך היא העברת כספי התרומה ל"קרן לניהול ולחלוקת כספים הנפסקים כסעד" שהוקמה לפי סעיף 27א לחוק תובענות ייצוגיות, כאשר הקרן היא זו שמייצגת את הכספים לתרומה בהתאם לשיקולים המנחים את עבודתה. ואולם יובהר כבר בנקודה זו, כי לנוכח שוויו הכולל של הסדר הפשרה ובשים לב לעובדה שמדובר בתרומת מוצרים (להבדיל מתרומה כספית) שאינה ההטבה המרכזית המוצעת לקבוצה אלא מהווה חלופה שלישית למימוש השווה הכולל של הפשרה, אינני רואה מקום להתערבות במנגנון שעליו הסכימו הצדדים בנדון. אשר להתחייבותה של שסטוביץ לפעול לשיפור המערכות הטכנולוגיות שלה ולשיפור השירות ללקוחותיה – מהפירוט בבקשה לאישור הסדר פשרה נראה כי אותן פעולות ששסטוביץ התחייבה לבצע מקדמות בעיקר את עניינה שלה ולא את עניינם של חברי הקבוצה; ובהקשר זה דעתי כדעתו של בית המשפט המחוזי כי לא ניתן לייחס לרכיב זה בהסדר הפשרה שווה כלשהו מבחינת הקבוצה.

לצד החסרונות, הסדר הפשרה מאפשר לחברי הקבוצה "לקנות" את סיכוני ההליך ולזכות בסעד ודאי – זאת חרף הקושי הממשי בהוכחת נזיקהם וזכאותם לפיצוי כמפורט לעיל. יובהר בנקודה זו, כי שסטוביץ התחייבה להעניק את ההטבות שבהסדר הפשרה לכל הנמענים של הודעות הדוא"ל שנשלחו על ידה – הן אלה שסבלו נזק בלתי ממוני, הן אלה שלא נגרם להם נזק כלל. נוסף על כך, חברי הקבוצה הם מי שנמנים עם לקוחות שסטוביץ וחברים במועדוני הלקוחות השונים שלה – ובנסיבות אלה יש יסוד להניח כי בכל זאת ימצאו ערך במוצרים שיחולקו להם ללא עלות, ולחלופין בהנחות שתציע שסטוביץ ברכישת מוצריה. זאת ועוד, הסדר הפשרה מביא לאכיפה של הדין במבט צופה פני עתיד ולהרתעה הולמת של שסטוביץ מפני הפרה נוספת שלו; זאת גם בהינתן שעלות הטבת המתנות עבור שסטוביץ עומדת על 65% ממחירי המוצרים לצרכן, ולא על 100% כעמדת הבודק. אין זאת אלא שיתרונותיו וחסרונותיו של הסדר הפשרה הולמים את הסיכונים והסיכויים שבהמשך ניהול התובענה הייצוגית, וכך סבר גם הבודק שבחן את ההסדר המוצע ביסודיות. משכך הובהר, התוצאה המתבקשת היא קבלת הבקשה לאישור הסדר הפשרה.

גמול ושכר טרחה

23. סעיף 18(ז)(2) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי הסדר פשרה לא יכלול "הודאה בדבר תשלום גמול למבקש או לתובע המייצג, או שכר טרחה לבא כוח מייצג, ואולם הצדדים

רשאים להגיש לבית המשפט המלצה מוסכמת לענין תשלום גמול ושכר טרחה כאמור, לרבות שיעורו ותנאיו". בבואו לבחון את ההמלצה בדבר שיעורי הגמול ושכר הטרחה, על בית המשפט להידרש לשיקולים המנויים בסעיפים 22 ו-23 לחוק תובענות ייצוגיות וליתן דעתו, בין היתר, לחשיבות הציבורית הטמונה בהליך; לאופן ניהולו של ההליך על ידי התובע המייצג ובאי הכוח המייצגים; למאמץ שהושקע על ידי המייצגים ולסיכון שהם נטלו על עצמם; לתועלת שצמחה לחברי הקבוצה; ועוד. יודגש כי אין מדובר ברשימה סגורה של שיקולים, וכי פסיקת הגמול ושכר הטרחה תלויה בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה ואינה תוצאה של חישוב אריתמטי כזה או אחר (ע"א 689/16 נסאר נ' עיר השעשועים בע"מ, פסקה 13 (7.5.2018); ע"א 7593/21 פיינטוך נ' אלוניאל בע"מ, פסקה 7 (9.6.2022); ע"א 6121/21 כרמי נ' שלמה תחבורה (2007) בע"מ, פסקה 7 ((27.12.2021).

המלצת הצדדים במקרה הנדון הייתה כי ישולם לרוה גמול בסך של 130,000 ש"ח בתוספת מע"מ ככל שיידרש, ולבאי-כוחה ישולם שכר טרחה בסכום של 520,000 ש"ח בתוספת מע"מ. על רקע השיקולים שנקבעו בחוק ובפסיקה, מצאתי כי המלצה זו חורגת מן הסכומים הראויים בנסיבות המקרה. כפי שצוין בהרחבה לעיל, בקשת האישור לא הייתה מבוססת דיה בכל הנוגע לנזק הבלתי ממוני הנטען בה ולשונות הקיימת בעניין זה בין חברי הקבוצה, ומשכך עמדו בפני רוה ובאי-כוחה משוכות לא מבוטלות שספק אם ניתן היה להתגבר עליהן אילו ההליך היה מתנהל עד תום. גודל הקבוצה אף נמצא קטן באופן משמעותי מכפי שהוערך בבקשת האישור. נוסף על כך, אף שההליך השיג תועלת מסוימת לחברי הקבוצה בדמות ההטבות שעליהן הוסכם בהסדר הפשרה – כפי שפורט לעיל שווין של הטבות אלה עבור הקבוצה הוא מוגבל, בפרט בכל האמור להטבת ההנחות המהווה "הסדר שוברים". מן הצד השני, המייצגים השקיעו זמן ומשאבים בניהול בקשת האישור בבית המשפט המחוזי לאורך תקופה לא מבוטלת, קיימו מספר ישיבות וכן הליך הוכחות, ובסופו של דבר התובענה אושרה כייצוגית. יתר על כן, מאמצייהם בניהול ההליך נשאו פרי – שכן הסדר הפשרה השיג סעד ודאי והולם עבור הקבוצה.

בנסיבות המפורטות אני סבורה כי יש להעמיד את הגמול שישולם לרוה על סך 50,000 ש"ח בתוספת מע"מ ככל שיידרש ואת שכר הטרחה לבאי-הכוח המייצגים על סך של 200,000 ש"ח בתוספת מע"מ. הגמול ישולם לרוה תוך 30 יום ממועד פסק דין זה. שכר הטרחה ישולם לבאי הכוח המייצגים בהתאם למנגנון המפורט בסעיף 14.1.2 להסדר הפשרה: 50% משכר הטרחה ישולמו תוך 30 יום ממועד פסק דין זה; 35% נוספים

ישולמו תוך 12 חודשים לאחר מכן; 15% האחרונים ישולמו לאחר שיושלם ביצועו של הסדר הפשרה ויוגש דוח בנדון לבית המשפט המחוזי.

סוף דבר

24. התוצאה היא שבקשת רשות הערעור מתקבלת, הערעור שנדון לפי הרשות שניתנה מתקבל אף הוא, וניתן בזאת תוקף של פסק דין להסדר הפשרה בתובענה הייצוגית. שסטוביץ תשלם גמול לרוה בסך 50,000 ש"ח בתוספת מע"מ ככל שיידרש ושכר טרחה לבאי הכוח המייצגים בסך 200,000 ש"ח בתוספת מע"מ; סכומים אלה ישולמו במועדים כמפורט בסעיף 23 לעיל.

בנסיבות שבהן בקשת רשות הערעור הוגשה על ידי שסטוביץ בהסכמתה של רוה, אין צו להוצאות.

ניתן היום, כ"א בשבט התשפ"ג (12.2.2023).

ש ו פ ט ת