



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 2398/22

לפני :
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט ח' כבוב
כבוד השופטת ר' רונן

המערערים :
1. רומן שולץ
2. יוגב עזרא

נ ג ד

המשיבים :
1. הוט מובייל בע"מ
2. עו"ד מאור בשן
3. היועצת המשפטית לממשלה

ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בתל אביב-
יפו בת"צ 19-01-25766 מיום 9.2.2022, שניתן על ידי כב'
השופטת א' נחליאלי היאט

תאריך הישיבה : ו' בחשון התשפ"ג (31.10.2022)

בשם המערערים : בעצמם

בשם המשיבה 1 : עו"ד אורית מלכא ; עו"ד לירון קופרשטיין-לביא
בשם המשיב 2 : עו"ד יבגני פרחיה ; עו"ד מאור בשן
בשם המשיבה 3 : עו"ד יואב שחם

פסק-דין

השופטת ר' רונן:

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטת
א' נחליאלי-חייט) מיום 9.2.2022 בת"צ 19-01-25766, שבו אושר הסכם פשרה בהליך
של בקשה לאישור תביעה ייצוגית, וזאת חרף התנגדותם של המערערים.

1. ביום 10.1.2019 הגיש המשיב 2 – עו"ד מאור בשן (להלן: המבקש), בקשה לאישור תביעה ייצוגית נגד המשיבה 1 – חברת הוט מובייל בע"מ (להלן: בקשת האישור ו-הוט, בהתאמה). בבקשת האישור טען המבקש כי הוט שלחה הודעות "ספאם" לנמענים, תוך הפרה של האיסור הקבוע בסעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: חוק התקשורת). ביתר פירוט, נטען כי בהתאם לסעיף 30א לחוק התקשורת, נאסר על מפרסם לשלוח דבר פרסומת מבלי לקבל מראש את הסכמתו המפורשת של הנמען. זאת, למעט במצבים בהם מתקיימים תנאי החריג הקבוע בסעיף 30א(ג) לחוק התקשורת, לפיהם נדרש, בין היתר, כי דבר הפרסומת מתייחס למוצר או לשירות מסוג דומה למוצר או לשירות שרכש הנמען או שניהל משא ומתן לרכישתו. במקרה דנן טען המבקש כי הוט שלחה הודעות המכילות תוכן פרסומי מבלי שניתנה מראש הסכמתם המפורשת של הנמענים לקבלן, כאשר תוכן זה לא התייחס למוצר או לשירות מסוג דומה למוצר או לשירות שנרכשו על ידי הנמענים. משכך, היא הפרה את סעיף 30א לחוק התקשורת.

במסגרת בקשת האישור, הגדיר המבקש את חברי הקבוצה המיוצגת כדלקמן:
 "כל מי שקיבל את הודעות הספאם, באמצעות פקסימיליה, הודעה אלקטרונית או הודעת מסר קצר וזאת במהלך 7 השנים אשר קדמו להגשת בקשה זו לאישור תובענה כייצוגית ועד למועד קבלת הבקשה, מבלי שנתן [להוט] הסכמה מפורשת מראש, לרבות בהודעה אלקטרונית או בשיחה מוקלטת, ואשר לא התקיימו לגבי התנאים הנזכרים בסעיף 30א(ג) לחוק התקשורת, באופן מצטבר". המבקש העריך כי מספר הלקוחות אליהם נשלחו הודעות ספאם כאמור עומד לכל הפחות על כ-20,000, וכי הנזק שנגרם לכל אחד מהם (נזק ממוני ולא ממוני) עומד על סך של 550 ש"ח. משכך, העריך המבקש את סך הנזקים שנגרמו לחברי הקבוצה בסכום של 11 מיליון ש"ח.

2. ביום 12.9.2019 השיבה הוט לבקשת האישור וטענה כי יש לדחות אותה. בין היתר, היא טענה כי היא עמדה בהוראות סעיף 30א לחוק התקשורת, ובפרט בתנאי החריג הקבוע בסעיף קטן (ג). זאת, שכן רשימת הנמענים אליהם היא שלחה דברי פרסומת מורכבת רק מלקוחות מנויים אשר מסרו לה את פרטיהם במעמד ההתקשורת, כאשר במסמכי ההתקשורת צוין במפורש כי פרטיהם ישמשו לצורך קבלת דברי פרסומת אלא אם כן הם יבקשו את הסרתם. כן נטען כי ההודעות הפרסומיות שנשלחות על ידי הוט כוללות מידע על שירותים נוספים אותם היא מציעה, שהם בגדר שירותים דומים או זהים

לשירותים אותם הנמענים כבר רכשו ממנה. משכך, הרי שמשלוח הודעות אלה אינו מהווה הפרה של סעיף 30א לחוק התקשורת.

הוט הוסיפה וטענה כי סוג נוסף של הודעות אותן היא שולחת למנוייה – עליהן הלין המבקש בבקשת האישור – הן הודעות המיידעות אותם על הטבות להן הם זכאים בשל היותם מנויים. לשיטתה, הודעות אלה כלל אינן עונות להגדרה של "דבר פרסומת", שכן כל מטרתן היא יידוע הלקוח על ההטבה לה הוא זכאי, כאשר הוט אינה מרוויחה משימוש הלקוח בהטבה ואינה מקבלת כל תשלום מצד שלישי בעבור שליחתן. לצד דברים אלה, העלתה הוט טענות רבות נוספות הצריכות לגישה להביא לדחיית בקשת האישור, ובכלל זאת – כי המבקש נעדר עילת תביעה אישית נגד הוט; וכי הוא לא הציג תשתית ראייתית מספקת לתמיכה בטענותיו.

3. בדיון מקדמי שהתקיים ביום 25.12.2019 המליץ בית משפט קמא לצדדים לנסות להגיע להסכמות אשר ייתרו את המשך ההליך. לאחר שהודיעו הצדדים כי לא הצליחו להגיע להסכמות, התקיים ביום 29.10.2020 דיון הוכחות בבקשת האישור, בו נחקרו המצהירים מטעם הצדדים. בסוף הדיון שב בית המשפט והמליץ לצדדים לשוב ולנסות להגיע להסכמות אשר ייתרו את הכרעה בבקשת האישור לגופה. על כן שבו הצדדים ונדברו ביניהם, ולבסוף הגיעו להסכם פשרה (להלן: הסכם הפשרה). ביום 14.6.2021 הגישו הצדדים את הסכם הפשרה וביקשו מבית המשפט לאשרו.

הסכם הפשרה

4. במסגרת הסכם הפשרה, הסכימה הוט ליטול על עצמה את ההתחייבויות שנקבעו בו ולפצות את חברי הקבוצה הזכאים לפיצוי כפי שהם הוגדרו בהסכם, אך זאת מבלי להודות בטענות שהעלה המבקש בבקשת האישור, כולן או חלקן. בכלל זה, הדגישה הוט כי לא היה בהתנהגות המיוחסת לה בבקשת האישור כדי להפר את התחייבויותיה כלפי לקוחותיה או כדי להקים נגדה עילת תביעה כלשהי ובפרט עילה לתביעה ייצוגית. בכפוף לאמור, הצדדים הסכימו כי חברי הקבוצה הם "כל מי שקיבל דבר פרסומת, כהגדרתו בסעיף 30א לחוק התקשורת, בין היתר, באמצעות פקסימיליה, הודעה אלקטרונית או הודעת מסר קצר בניגוד להוראות סעיף 30א(ג) לחוק התקשורת ומבלי שנתן להוט מובייל הסכמה מפורשת מראש ו/או מבלי שהתקיימו הוראות סעיף 30א(ה) לחוק התקשורת; וזאת במהלך 7 השנים אשר קדמו להגשת הבקשה לאישור ועד למועד מתן פסק הדין בהליך" (להלן: הקבוצה המיוצגת). יחד עם זאת, הוסכם כי בשל קושי לאתר את חברי הקבוצה שאינם נמנים עוד עם לקוחותיה של הוט, הפיצוי מכוח הסכם הפשרה יוענק רק למי מחברי הקבוצה הנמנה

עם לקוחותיה של הוט נכון למועד יישומו של ההסכם (להלן: הלקוחות הזכאים לפיצוי).

כן הוסכם כי הפיצוי יוענק בדרך של מתן אחת משלוש הטבות חלופיות ללקוחות הזכאים לפיצוי, באופן הבא: ללקוחות הזכאים לפיצוי תינתן הטבה של הגדלת חבילת הגלישה אליה הם מנויים ב-4 ג'יגה בייט לחודש ללא תוספת עלות, וזאת למשך חודשיים רצופים (להלן: הטבת הרחבת חבילת הגלישה); ככל שקיימים לקוחות הזכאים לפיצוי אשר הטבת הרחבת חבילת הגלישה אינה רלוונטית ביחס אליהם, תוצע להם הטבה של הרחבת החבילה אליה הם מנויים בשליחה של 125 הודעות מסרון נוספות ו-125 דקות שיחה נוספות בארץ בחודש, ללא תוספת עלות, למשך חודשיים רצופים (להלן: הטבת שליחת הודעות ודקות שיחה); וככל שקיימים לקוחות הזכאים לפיצוי שגם הטבה זו אינה רלוונטית אליהם, תוענק להם הטבה של שירות "מוזיקה בהמתנה" למשך 3 חודשים רצופים ללא עלות (להלן: הטבת מוזיקה בהמתנה).

שווי ההטבות הראשונה והשנייה – הטבת הרחבת חבילת הגלישה והטבת שליחת הודעות ודקות שיחה – הוערך בסך של 50 ש"ח ללקוח; ושווייה של ההטבה השלישית – הטבת מוזיקה בהמתנה – הוערך בסך של 24 ש"ח ללקוח. בהתאם, העריכו הצדדים את סכום הפיצוי הכולל בסך של 8,582,700 ש"ח בתרחיש של מימוש מקסימלי של ההטבות על ידי הלקוחות הזכאים לפיצוי, ובסך של כ-4,291,350 ש"ח בתרחיש מימוש מינימלי. כן נקבע בהסכם הפשרה מנגנון ליידוע הלקוחות בדבר ההטבות, לפיו תפורסם הודעה על ההטבות באתר האינטרנט של הוט, וכן תשלח הודעת דוא"ל או הודעת מסרון ללקוחות הזכאים לפיצוי.

5. הצדדים הסכימו כי הסכם הפשרה יהווה ויתור סופי ומוחלט על כל טענה, דרישה, זכות או עילה הנובעות מהטענות שהועלו בבקשת האישור. כן הוסכם כי אישור הסכם הפשרה יהווה מעשה בית דין כלפי כל חברי הקבוצה המיוצגת (קרי גם אלה שאינם נמנים עם הלקוחות הזכאים לפיצוי ושלא יזכו לכן לכל פיצוי במסגרת הסכם הפשרה). בנוסף, המליצו הצדדים על תשלום גמול למבקש בסך של 95,000 ש"ח, ושכר טרחה לבאי כוחו בסכום של 305,000 ש"ח. לשיטתם, סכומים אלה מביאים בחשבון את מכלול השיקולים הרלוונטיים, לרבות התועלת שתצמח לחברי הקבוצה מהסכם הפשרה; החיסכון בזמן ובמשאבים שיפוטיים כתוצאה מנכונות המבקש ובאי כוחו להגיע להסכמות; המשאבים שהושקעו בניהול ההליך עד כה; ומערך הסיכונים והסיכויים הכרוכים בהמשך ניהול ההליך עד סופו. לבסוף, ביקשו הצדדים כי בית המשפט יפטור אותם מתשלום המחצית השנייה של האגרה בשל החיסכון המשמעותי בזמן שיפוטי.

ההתנגדות להסכם הפשרה ותגובות הצדדים

6. לאחר פרסום הסכם הפשרה, הגישו המערערים בערעור דנן – רומן שולץ ויוגב עזרא (להלן: המתנגדים), ביום 11.10.2021 את התנגדותם. לגישתם, אין מקום לאשר את הסכם הפשרה כפי שהוצע על ידי הצדדים להליך, וזאת ממספר טעמים הנוגעים הן ללקוחות העבר של הוט והן ללקוחות הנוכחיים שלה.

ראשית, נטען כי על אף שבמסגרת הסכם הפשרה הוגדרה הקבוצה המיוצגת ככוללת גם לקוחות עבר של הוט, נקבע במסגרתו כי רק לקוחות פעילים של הוט יזכו לפיצוי. כפועל יוצא, לקוחות עבר – גם אם נפגעו מהתנהלותה הקלוקלת של הוט, לא יהיו זכאים לכל פיצוי שהוא, ולמרות זאת יחול גם נגדם מעשה בית דין שימנע מהם להגיש תביעה נגד הוט בעילות התביעה נושא בקשת האישור. לשיטת המתנגדים, היה מקום לקבוע במסגרת הסכם הפשרה כי על הוט לפצות את כל הלקוחות שקיבלו ממנה דברי פרסומת בניגוד לחוק התקשורת, בין אם הם לקוחות קיימים ובין אם הם לקוחות עבר. המתנגדים הוסיפו כי ככל שקיים קושי לאתר לקוחות עבר, כטענת הוט, הרי שניתן להמיר את הפיצוי שהם זכאים לו בתשלום סכום כסף לקרן לניהול ולחלוקת כספים שנפסקו כסעד, אשר הוקמה מכוח סעיף 27א לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: הקרן לניהול ולחלוקת כספים). לחלופין, נטען כי ישנה אפשרות לשנות את הגדרת הקבוצה המיוצגת באופן שלקוחות עבר של הוט לא יהיו חלק ממנה, וכך לא יחול עליהם מעשה בית דין שימנע מהם אפשרות לתבוע את הוט בעתיד.

שנית, טענו המתנגדים כי הפיצוי המוצע ללקוחות הזכאים לפיצוי במסגרת הסכם הפשרה, אינו כרוך בעלות כלשהי להוט, והם אינם צפויים להפיק ממנו כל תועלת אמיתית. כך, בכל הנוגע להטבת הרחבת חבילת הגלישה והטבת שליחת הודעות ודקות שיחה, נטען כי מרבית הלקוחות כלל אינם צפויים להגיע למצב בו הם חורגים מחבילות הבסיס שלהם ומנצלים את ההרחבות שהוצעו. זאת משום שהיקפן של חבילות הבסיס הוא רחב מאוד באופן שאף אדם סביר אינו מנצל אותן במלואן. באשר להטבת מוזיקה בהמתנה, טוענים המתנגדים כי סביר להניח כי רבים מהלקוחות שזכאים להטבה כלל אינם מעוניינים בשירות זה ויבקשו מהוט להסירו. על רקע זה, סבורים המתנגדים כי מאחר שבפועל עלות הענקת ההטבות עבור הוט היא אפסית והן אינן צפויות להסב ללקוחות תועלת כלשהי, היה מקום לקבוע כי במקומן תעניק הוט לכל לקוחותיה זיכוי אוטומטי חד-פעמי בסך של 25 ש"ח.

שלישית, נטען שלא היה מקום לגזור את גובה הגמול למבקש ושכר הטרחה לבאי כוחו משווי הפיצוי הלכאורי אלא משוויו בפועל. בהקשר זה, טענו המתנגדים כי מאחר ששווין של ההטבות המוצעות לא ימומש ברובו בפועל על ידי הלקוחות והוט לא תישא בכל עלות בגינן, הרי שמן הראוי לגזור את הגמול ואת שכר הטרחה שישולמו משווי ההטבות שינוצלו על ידי הלקוחות בפועל במהלך תקופת הענקתן (תקופה של חודשיים ימים).

7. בתשובתו להתנגדות, טען המבקש כי היא נובעת ממניעים זרים, וכי המתנגדים פועלים מתוך רצון לנקום בהוט ולקבל שכר טרחה בגין תרומתם לכאורה לשיפור הסכם הפשרה. לגישתו, המתנגדים כלל אינם נמנים עם חברי הקבוצה המיוצגת כפי שהיא הוגדרה בהסכם הפשרה, שכן הם לא קיבלו מהוט הודעות מהסוג בו עוסקת התביעה הייצוגית; וממילא הם בעלי אינטרסים שונים מאלה של חברי הקבוצה. לגופו של עניין, טען המבקש כי הסכם הפשרה הוא הסכם ראוי, המאזן בין כל השיקולים שהציג בית משפט קמא במסגרת ניהול ההליך, ואשר במסגרתו צפויים הלקוחות הזכאים לפיצוי לקבל הטבות בשווי של בין 4 ל-8 מיליון ש"ח. אשר על כן, גרס המבקש כי יש לדחות את ההתנגדות.

8. גם הוט מצידה טענה כי יש לדחות את טענות המתנגדים. כמו המבקש, אף היא טענה כי ההתנגדות הוגשה מתוך מניעים זרים, והוסיפה כי המתנגדים נעדרי עילת תביעה אישית ואינם בעלי זכות עמידה להתנגד להסכם הפשרה. כן הדגישה הוט כי ההטבות שהוצעו במסגרת הסכם הפשרה תואמות להערכת הצדדים את הסיכונים והסיכויים שהיו כרוכים בניהול ההליך לגופו, ונובעות מגובה הנזק שנגרם כביכול לחברי הקבוצה המיוצגת ולשלב בו הושגה הפשרה. כן נטען כי אין מניעה עקרונית לכך שרק חלק מחברי הקבוצה יקבלו פיצוי במסגרת הסכם הפשרה. באשר להמלצת הצדדים ביחס לגמול ולשכר טרחה, נטען כי היא גובשה בהתחשב במכלול השיקולים, והיא ראויה וסבירה בנסיבות העניין.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה ותגובות הצדדים לה

9. ביום 9.12.2021 הוגשה עמדת היועץ המשפטי לממשלה (להלן: היועמ"ש) ביחס להסכם הפשרה. היועמ"ש לא מצא לנכון להתנגד להסכם אולם העיר מספר הערות בנוגע אליו. ראשית, צוין כי יש לעמוד על כך שהוט תציג את ההטבות ללקוחותיה בצורה מפורשת כפיצוי במסגרת הליך תביעה ייצוגית, וזאת כדי שלא תזכה למוניטין שהיא אינה זכאית לו. שנית, צוין כי מאחר שייטכן שההטבות לא יהיו רלוונטיות לכל חברי הקבוצה

וחלקם לא יממשו אותן, יש מקום לאפשר לחברי הקבוצה לבחור באופן אקטיבי אם הם מעוניינים בהטבה מסוימת מתוך ההטבות המוצעות, וזאת כדי לבחון את התועלת הממשית של הסכם הפשרה. שלישית, בכל הנוגע לשכר הטרחה, צוין כי יש לקבוע אותו כנגזרת מהתועלת שתוענק בפועל לחברי הקבוצה ולא מהשווי התיאורטי של הפיצוי. לבסוף, צוין כי אין מקום לפטור את הוט מתשלום המחצית השנייה של האגרה, שכן בנסיבות המקרה הנוכחי לא מתקיימות התכליות של פטור כזה.

10. ביום 23.12.2021 השיבו המבקש והוט לעמדת היועמ"ש. הם הודיעו כי אין להם התנגדות להציג את ההטבות בצורה מפורשת כפיצוי שניתן במסגרת הסכם פשרה בתביעה ייצוגית. יחד עם זאת, הם ציינו כי אין מקום לתת ללקוחות הזכאים לפיצוי אפשרות בחירה בין ההטבות, שכן בהתאם למנגנון שנקבע בהסכם הפשרה – לקוחות אשר הטבה מסוימת אינה רלוונטית לגביהם יזכו בהטבה אחרת במקומה. בכל הנוגע לשכר הטרחה, עתרו הצדדים כי בית המשפט יאשר את ההמלצה שלהם חרף עמדת היועמ"ש. לעניין זה, נטען כי עמדת היועמ"ש אינה לוקחת בחשבון מספר שיקולים המצדיקים את שכר הטרחה שהוצע על ידיהם, ובכלל זאת: כי ההטבות שהוצעו מקנות את השירותים הבסיסיים, הנדרשים והפופולריים ביותר שיכולה להציע חברת סלולר; כי לצורך הענקת הטבות אלה הוט נדרשת להקצות מראש משאבים טכנולוגיים לטובת כל אחד מהלקוחות הזכאים לפיצוי, אשר אינם תלויים במימוש בפועל; וכי בא כוח המבקש השקיע משאבים רבים בניהולו ובקידומו של ההליך. לבסוף, ביחס לפטור מהמחצית השנייה של האגרה, נטען כי הסכמות הצדדים יכולות להביא לחיסכון בזמן שיפוטי יקר, ולכן יש הצדקה לפטור אותם מתשלומה.

פסק דינו של בית משפט קמא

11. ביום 9.2.2022 ניתן פסק דינו של בית משפט קמא המאשר את הסכם הפשרה ודוחה את התנגדות המתנגדים. בית המשפט קבע כי "עילת הספאם" היא עילה שנסרקה ב"מסרקות ברזל" על ידי בתי המשפט השונים, וכי לאחר שהדין סביבה צמח והתפתח, שוב אין זה מוצדק להמשיך ולהקדיש זמן שיפוטי יקר לתביעות בעילה זו. זאת, בעיקר מול העומס האדיר ששורר בבתי המשפט ולנוכח ההיקפים האדירים של תביעות ייצוגיות המוגשות אליהם מדי יום. עוד התייחס בית המשפט לעקרון המידתיות שאומץ בתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, עיקרון שלפיו צריכה להיות התאמה סבירה בין המשאבים המקצועיים המוקצים לבירור בעיה לבין שוויה לבעלי הדין והאינטרס הציבורי בבירורה.

לאור כל אלה, היה בית משפט קמא סבור כי מן הראוי לסיים את ההליך נושא בקשת האישור בדרך של פשרה. לעניין זה, ציין בית המשפט כי אחת ממטרות חוק תובענות ייצוגיות היא אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו. על כן, בראייה רחבה, אין זה מוצדק להשקיע משאבים כה רבים בבירור תביעה שהדיון בה מוצה, בין אם במקרה הספציפי ובין אם כאשר הדיון המשפטי הרחב בה מיצה את עצמו.

12. בהמשך לאמור, הבהיר בית המשפט כי לאחר שנתן דעתו למכלול הטענות, לרבות אלה שהועלו בהתנגדות ובעמדת היועמ"ש, הוא הגיע למסקנה כי הסכם הפשרה ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה המיוצגת. בתוך כך, ציין בית המשפט כי אכן חלק מחברי הקבוצה (לקוחות העבר של הוט) אינם עתידים לקבל פיצוי במסגרת הסכם הפשרה. יחד עם זאת, נקבע כי אין בכך כדי לשלול את האפשרות לאשר את ההסכם. לגישת בית המשפט, אין זה רצוי לנהל הליך מלא רק כדי שכל חברי הקבוצה יהיו זכאים לפיצוי בסיום ההליך.

בית המשפט הבהיר בהקשר זה כי ככל שהיה מתנהל ההליך במלואו, היה על המבקש להוכיח כי נגרם נזק כלשהו, ממוני או לא ממוני, לחברי הקבוצה. מאחר שביחס לעילת הספאם הנזק העיקרי הוא נזק לא ממוני, לא מן הנמנע שהוא היה נתקל בקושי להוכיח את הנזק לגבי חלק ניכר מחברי הקבוצה. על כן, העובדה שלא כל חברי הקבוצה מקבלים פיצוי, משקפת בצורה טובה את הסיכויים והסיכונים הכרוכים בהמשך ניהול ההליך. עוד ציין בית משפט קמא כי המידע ביחס לנזק שנגרם לכאורה לחברי הקבוצה מצוי בידיהם, ולכן במקרים אלה מוצדק לעשות שימוש בסמכות בית המשפט מכוח סעיף 19(ד)(1) לחוק תובענות ייצוגיות לקבוע תנאי בדבר יציאה מהסכם הפשרה.

13. ביחס לגמול ולשכר הטרחה, אישר בית משפט קמא את המלצת הצדדים כפי שהוצגה בהסכם הפשרה, בציינו כי המבקש ובאי כוחו השקיעו מאמצים בניהול ההליך, וכי הצדדים הגיעו להסכם הפשרה לאחר שהתקיימה ישיבת הוכחות אחת. כמו כן, באשר לפטור מהמחצית השנייה של האגרה, ציין בית המשפט כי אחד הטעמים שמצדיקים פטור כזה הוא חיסכון בזמן שיפוטי, ולכן נעתר לבקשת הצדדים ופטר אותם מהתשלום. לבסוף, ציין בית המשפט כי הוגשו אליו מספר בקשות של חברי קבוצה אשר אינם מעוניינים להיכלל בהסכם הפשרה, וכי הוא נעתר לבקשות אלה.

על רקע האמור, אישר בית משפט קמא את הסכם הפשרה ונתן לו תוקף של פסק דין. כן נקבע כי פסק הדין יהווה מעשה בית דין כלפי כל חברי הקבוצה המיוצגת, למעט אלה שביקשו לצאת ממנה.

14. במסגרת הערעור הנוכחי, חזרו המתנגדים על הטענות שהעלו בהתנגדותם להסכם הפשרה. בתוך כך, הם התייחסו ללקוחות העבר של הוט – אשר על אף שאינם זכאים לכל פיצוי שהוא במסגרת הסכם הפשרה, נקבע כי הוא ייצור גם לגביהם מעשה בית דין. לגישת המתנגדים, הסיכון של דחיית התביעה הייצוגית אם הדיון בה יתנהל לגופה עשוי אומנם להצדיק מתן פיצוי חלקי לחברי הקבוצה, אך לא שלילת פיצוי לחלוטין. עוד נטען כי הוט שומרת את פרטי לקוחות העבר שלה, והיא יכולה ליצור עמם קשר לצורך מתן פיצוי.

המתנגדים הוסיפו וטענו כי גם אם איתור לקוחות העבר ידרוש הקצאת משאבים בלתי סבירה מצד הוט, הרי שעדיין אין בכך כדי להצדיק שלילה מוחלטת של פיצוי. חלף זאת, ניתן למשל להורות על העברת חלק הפיצוי שהיה מגיע ללקוחות אלה לקרן לניהול ולחלוקת כספים שהוקמה בדיוק לצורך זה. לחלופי חלופין, עתרו המתנגדים כי בית המשפט יקבע כי היקף הקבוצה המיוצגת יצומצם באופן שרק לקוחות קיימים של הוט יכללו בה, וכך לא יחול מעשה בית דין ביחס ללקוחות העבר שלה.

15. זאת ועוד, המתנגדים חזרו על טענותיהם ביחס לפיצוי שהוצע ללקוחות הקיימים של הוט. לגבי לקוחות אלה, נטען כי הפיצוי שנקבע בהסכם הפשרה הוא פיצוי "על הנייר" – הוא אינו מעניק תועלת אמיתית לחברי הקבוצה, והוט אינה נושאת בעלות כלשהי בהענקתו. זאת, שכן לטענת המתנגדים, מרבית לקוחותיה של הוט ממילא אינם מנצלים את כל החבילה החודשית שלהם, ולכן אין להם כל תועלת בהטבת הרחבת חבילת הגלישה ובהטבת שליחת הודעות ודקות שיחה, אשר נקבעו בהסכם הפשרה. כך עולה למשל מחשבונות הטלפון של המתנגדים עצמם. גם באשר להטבת מוזיקה בהמתנה, נטען כי מתן כפוי שלה "רק יעצבן חלק מן הלקוחות", ולכן סביר שרבים מהם יבקשו מהוט להסיר את השירות הזה.

16. לצד דברים אלה, ציינו המתנגדים כי בית המשפט שגה כאשר ביסס את דחיית התנגדותם על שיקולים מערכתיים של עומס העבודה השיפוטית במערכת בתי המשפט. ראשית, נטען כי תביעה ייצוגית דווקא מפחיתה מהעומס מאחר שהיא חוסכת דיון בתביעות פרטניות רבות. מעבר לכך נטען כי בית המשפט העליון כבר קבע כי עומס שיפוטי אינו יכול להיות שיקול בתביעות ספאם.

עוד ציינו המתנגדים כי בית המשפט שגה כאשר התעלם מבקשתם להגיב לתגובות הצדדים להתנגדות, או לחלופין לקבוע דיון בהתנגדות לשם חקירת המצהירים מטעם הצדדים להסכם הפשרה. לגישתם, בית המשפט לא היה רשאי להתעלם מבקשתם והיה עליו להתייחס אליה לגופה. לעניין זה, טענו המתנגדים כי קביעת דיון במעמד הצדדים, המתנגדים והיועמ"ש הייתה נחוצה בין היתר כדי לברר עם הוט כמה מתוך לקוחותיה יכולים לנצל את ההטבות שהוצעו בהסכם הפשרה בפועל. מכל מקום, גרסו המתנגדים כי גם אם ייקבע שהם אינם זכאים לחקור את המצהירים מטעם הצדדים ואין חובה לקיים דיון פרונטלי בהתנגדות, הרי שהיה מקום להורות על מינוי בודק שיבחן את השווי האמיתי של הפיצוי שנקבע, וכן את כל הנתונים האחרים של הסכם הפשרה. זאת מאחר שהוט מסתירה את מספר לקוחות הסולר שלה, את התוכניות אליהן הם משתייכים, ואת מספר הלקוחות שיוכלו לנצל את ההטבה במסגרת הסכם הפשרה.

17. לבסוף, התייחסו המתנגדים לעמדת היועמ"ש. לשיטתם, עמדה זו משקפת התנגדות בלתי פורמלית של היועמ"ש להסכם הפשרה, אשר על פי הנטען בתי המשפט נוטים לקבלה יותר מאשר התנגדות פורמלית.

התשובות לערעור

18. המבקש והוט טענו מצדם כי יש לדחות את הערעור.

לטענת המבקש, המתנגדים אינם נכללים בקבוצה המיוצגת, שכן הם לא קיבלו מהוט הודעות פרסומת מן הסוג בו עוסק הסכם הפשרה, ועל כן הסכם הפשרה כלל לא חל עליהם. כן נטען כי הן ההתנגדות והן הערעור הוגשו ממניעים זרים, ואינם משרתים את טובת הקבוצה המיוצגת.

באשר לטענות המתנגדים ביחס ללקוחות העבר, טען המבקש כי אומנם קיימת דרך לאתר את לקוחות העבר ולפצותם, ואולם יש לשקול את עלויות האיתור אל מול סכום הפיצוי שייגרע מהקבוצה המיוצגת בעקבות זאת. לגישתו, קיימת דרך חלופית בדמות הגעה להסכם פשרה ראוי והולם, המשקף את הסיכויים והסיכונים של הצדדים ומביא לפיצוי בסכום המלא, שיחולק לחלק נכבד מחברי הקבוצה המיוצגת – הם הלקוחות הקיימים של הוט. כן נטען כי הסכם הפשרה גם צפוי להרתיע את הוט ולתקן את התנהלותה בעתיד. המבקש הוסיף כי במקרה דנן, מאחר שמדובר בתביעת ספאם ולא בתביעה להשבת גביית יתר, הרי שבמכלול השיקולים אין מקום לנקוט בפעולות לאיתורם של לקוחות עבר באופן שיביא לפגיעה בסכום הפיצוי הכולל. זאת, בפרט כאשר ככל

שמי מחברי הקבוצה היה מעוניין בכך, הוא יכול היה להגיש בקשה לצאת מהקבוצה ולהגיש תביעה פרטנית נגד הוט.

בכל הנוגע לטענות המתנגדים בדבר שווי הפיצוי הניתן במסגרת הסכם הפשרה, טען המבקש כי בית משפט קמא דן באופן ברור ומנומק בכל הטענות שהעלו המתנגדים, והגיע למסקנה כי הסכם הפשרה הוא ראוי והוגן.

לבסוף, טען המבקש כי אין ממש גם בטענת המתנגדים כי היועמ"ש התנגד לאישור הסכם הפשרה. לטענתו, היועמ"ש הבהיר כי לאחר שנבחנו מכלול הסיכונים והסיכויים וכן טיב ההליך הקונקרטי, הוא מצא כי אין מקום להגיש התנגדות להסכם הפשרה והותיר את ההכרעה לשיקול דעתו של בית המשפט. על כן, גרס המבקש כי טענות המתנגדים בהקשר זה הן מופרכות וברור שיש לדחותן.

19. בדומה, טענה הוט בתשובתה לערעור כי יש לדחות את טענות המתנגדים ביחס להסכם הפשרה – הן לעניין לקוחות העבר והן לעניין הפיצוי שנקבע בו. בכל הנוגע ללקוחות העבר, נטען כי בפסיקה נקבע לא אחת כי במקרים מסוימים הסכמי פשרה הם ראויים והוגנים גם כאשר הם אינם מעניקים פיצוי לכל חברי הקבוצה המיוצגת, וזאת על אף שהסכם הפשרה יוצר מעשה בית דין גם ביחס לחברי הקבוצה שלא זכו לפיצוי מכוחו. כך בפרט, במקרים כמו בענייננו בהם אין מדובר בתביעה ביחס לגביית יתר מלקוחות – בה הנזק שנטען כי נגרם לנפגעים קל לכימות.

בהקשר זה, הוסיפה הוט כי הנחת היסוד של המתנגדים בטענתם היא כי לכלל חברי הקבוצה המיוצגת נגרם נזק עקב קבלת הודעות הפרסומת, ואולם הנחה זו נעדרת בסיס. כן נטען כי גם אם נגרם נזק, הרי שמדובר בנזק לא ממוני אשר מעצם טבעו הוא שונה אצל כל אחד מחברי הקבוצה. על כן, הואיל ואיתור כל חברי הקבוצה ובדיקה של הנזק שנגרם לכל אחד מהם יצריכו השקעת עלויות גבוהות – הסכימו הצדדים כי חלף זאת תעניק הוט פיצוי לאלה מחברי הקבוצה שנמנו עם לקוחותיה במועד מתן הפיצוי. לשיטת הוט, מדובר בהסכמה ראויה והוגנת, המשקפת את מכלול הסיכונים והסיכויים וגלומה בה תועלת רבה מבחינת חברי הקבוצה.

באשר לשווי הפיצוי, טענה הוט כי השירותים המוצעים במסגרת ההטבות נושא הסכם הפשרה הם השירותים הבסיסיים והנצרכים ביותר אותם היא מספקת ללקוחותיה, וכי אין כל בסיס לטענת המתנגדים כי מדובר בהטבות חסרות ערך. כן נטען כי כדי לוודא כי יתאפשר מימוש מלא של ההטבות המוצעות, התחייבה הוט במסגרת הסכם הפשרה

לאפשר ללקוחותיה לממש את ההטבות במשך חודשיים. עוד הוסיפה הוט כי לצורך הענקת ההטבות הללו היא נדרשת להקצות מראש משאבים טכנולוגיים לטובת כל אחד מהלקוחות הזכאים לפיצוי, אשר כלל אינם תלויים במימוש ההטבות בפועל; וכן כי הענקת ההטבות הללו כרוכה בהפסד הכנסות עבודה.

לצד דברים אלה, הדגישה הוט כי בניגוד לטענת המתנגדים, בית משפט קמא לא קבע כי יש לאשר את הסכם הפשרה בשל עומס על המערכת השיפוטית, אלא על בסיס נימוקים אחרים שהביאו אותו למסקנה שמדובר בהסכם הוגן וראוי כפי שפורט בפסק הדין. כן נטען כי אין בסיס לטענת המתנגדים כי היה על בית המשפט לקבוע דיון בהתנגדות או לאפשר את חקירת המצהירים מטעם הצדדים, שכן אין כל חובה כאמור לפי חוק תובענות ייצוגיות. כך גם, נטען כי אין ממש בטענת המתנגדים כי היה צורך במינוי בודק, אשר הועלתה לראשונה במסגרת הערעור.

20. בתשובה שהוגשה מטעם היועמ"ש לערעור, הובהר כי במכלול נסיבות העניין לא נמצא מקום להגיש במסגרת ההליך קמא התנגדות להסכם הפשרה, אלא הוגשו רק מספר הערות ביחס אליו. בנסיבות אלה, לא היה מקום לצרף את היועמ"ש כמשיבה לערעור, והיא מותרת את ההכרעה בו לשיקול דעת בית המשפט.

דיון והכרעה

21. מספר עניינים טעונים דיון במסגרת הערעור הנוכחי. ראשית, יש לבחון האם יש למתנגדים מעמד להעלות את טענותיהם ביחס להסכם הפשרה נושא ההליך. אם התשובה לכך היא בחיוב – יהיה מקום לבחון את טענות המתנגדים ביחס להסכם הפשרה לגופן. בהקשר זה העלו המתנגדים כזכור טענות הן ביחס להעדר הפיצוי ללקוחות העבר של הוט; והן ביחס לפיצוי שנקבע במסגרת הסכם הפשרה ללקוחותיה הנוכחיים. מעבר לכל אלה, יהיה מקום לבחון את סוגיית הגמול ושכר הטרחה שנפסקו לזכות המבקש ובאי כוחו. כל הנושאים הללו יידונו בפירוט להלן.

מעמד המתנגדים

22. בפתח הדברים, יובהר כי המתנגדים אכן היו זכאים להגיש התנגדות לאישור הסכם הפשרה.

כידוע, אחת מהבעיות העיקריות המאפיינות את מכשיר התביעה הייצוגית בשלב הסכם הפשרה היא "בעיית הנציג". בעיה זו מתעוררת בשל הפער שקיים בשלב זה בין האינטרסים הפרטיים של התובע המייצג ועורך הדין המייצג ורצונם להשיא את תועלתם האישית, לבין טובתם של חברי הקבוצה המיוצגת – אשר נעדרים מן ההליך (ראו: אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים מא 5, 10-12 (2011)). בעיית הנציג "מעוררת את החשש כי תביעות ראויות יסתיימו בפשרות שעלותן האמיתית לנתבע היא נמוכה מהרצוי, ושאינן בהנן תועלת ראויה לחברי הקבוצה (להבדיל מהתובע המייצג ובא הכוח המייצג)" (ע"א 1582/20 עו"ד חלפון נ' שמן משאבי נפט וגז בע"מ, פסקה 66 (29.12.2021) (להלן: עניין חלפון)).

כחלק מהמנגנונים שנועדו לצמצם חשש זה, איפשר המחוקק לצדדים חיצוניים להליך להגיש התנגדות להסכמי פשרה (ראו: ע"א 7809/12 ד"ר חזאן נ' קלאב הוטל אינטרנשיונלס (א.ק.ה), פסקה 14 (31.12.2013); רע"א 1644/15 גור נ' דור אלון אנרגיה בישראל (1998) בע"מ, פסקאות 8-9 (27.5.2015); דנ"מ 5519/15 יונס נ' מי הגליל תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ, פסקה 45 (17.12.2019); רע"א 582/20 עו"ד תלרז נ' שופרסל בע"מ, פסקה 8 (25.7.2021) (להלן: עניין תלרז); עניין חלפון, בפסקאות 66-67). התנגדויות כאלה, כאשר הן מוגשות, מאפשרות לבית המשפט לקבל נקודת מבט נוספת לגבי הסכם הפשרה – שאיננה של הצדדים להסכם זה עצמם, המצויים, כפי שהובהר, במצב של ניגוד עניינים מובנה.

כך, נקבע בסעיף 18(ד) לחוק תובענות ייצוגיות כדלקמן:

אדם הנמנה עם הקבוצה שבשמה הוגשה בקשה לאישור הסדר פשרה, אדם הפועל לטובת עניינם של חברי הקבוצה, רשות ציבורית הפועלת לקידום מטרה ציבורית בקשר לענין שבו עוסקת הבקשה לאישור או התובענה הייצוגית, ארגון הפועל לקידום מטרה ציבורית כאמור, וכן היועץ המשפטי לממשלה, רשאים להגיש לבית המשפט, בכתב, בתוך 45 ימים מיום פרסום ההודעה כאמור בסעיף קטן (ג) או בתוך מועד מאוחר יותר שיקבע בית המשפט, התנגדות מנומקת להסדר הפשרה וכן להמלצה המוסכמת בענין גמול ושכר טרחה שהוגשה לפי סעיף קטן (ז)(2).

כפי שניתן לראות, הסעיף אינו מגביל את האפשרות להגיש התנגדות רק לאדם הנמנה עם חברי הקבוצה המיוצגת, אלא מאפשר גם למי שפועל "לטובת עניינם של חברי הקבוצה" לעשות כן (יוער כי האפשרות להגיש התנגדות להסכם פשרה הורחבה במסגרת תיקון מס' 10 לחוק תובענות ייצוגיות משנת 2016; ראו: דברי ההסבר להצעת חוק

תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 10) (הסדרי פשרה והסתלקות), התשע"ו-2016, עמוד 116). משכך, אף אם כפי שטוענים המבקש והוט, המתנגדים אינם נכללים בקבוצה המיוצגת (ואינני מחווה דעה ביחס לנושא זה לגופו), אין בכך כדי למנוע מהם להגיש התנגדות להסכם הפשרה.

23. כמו כן, אינני מקבלת את טענותיהם של המבקש ושל הוט לפיה המתנגדים אינם פועלים לטובת עניינם של חברי הקבוצה המיוצגת. לעניין זה, יובהר כי העובדה שהמתנגדים מעוניינים לקבל שכר בגין התנגדותם – איננה טעם לדחיית ההתנגדות. אם יש בהתנגדות ממש, המתנגד זכאי כמובן לשכר (כפי שמבקש בבקשה לאישור תביעה ייצוגית ובא כוחו זכאים לגמול ולשכר טרחה אם הבקשה מתקבלת. ראו: עניין תלדז, בפסקה 8; ע"א 1439/20 דקל נ' בירנבוים, פסקה 38 (26.7.2022); אביאל פלינט וחגי ויניצקי תובענות ייצוגיות 602 (2017) (להלן: פלינט וויניצקי)); ואם אין ממש בהתנגדות – יש לדחות אותה לגופה. קבלת עמדת הצדדים להסכם הפשרה בהקשר זה תשלול מיניה וביה את התמריץ הכלכלי של מתנגדים פוטנציאליים להגיש התנגדויות ראויות להסכמי פשרה (תמריץ הכרוך בקבלה אפשרית של תגמול), ותותר את ה"זירה" של הדיון בבקשות לאישור הסכמים כאלה לצדדים להסכמים בלבד. גם הטענות לגבי המניעים הנקמניים לכאורה של המתנגדים אינן מצדיקות לטעמי את דחיית ההתנגדות, שכן העיקר צריך להיות בבחינת טענות המתנגדים לגופן. אם יש בהן ממש, אין רלוונטיות ל"מניע" של המתנגדים בהגשת ההתנגדות, מה עוד שספק אם קיומו של מניע זר כזה אכן הוכח.

האם היה מקום לאשר את הסכם הפשרה לגופו?

24. כזכור, המתנגדים העלו טענות נפרדות ביחס לכל אחת משתי תתי-הקבוצות המרכיבות את הקבוצה המיוצגת שהסכם הפשרה נוגע אליה – הלקוחות הקיימים של הוט, הם הלקוחות הזכאים לפיצוי; ולקוחות העבר שלה.

25. מושכלות יסוד הן שכדי לבחון את האפשרות לאשר הסכם פשרה, על בית המשפט לבחון את השאלה מה היה עולה בגורל התביעה אילו היא הייתה נדונה עד תומה. מהסכום המקסימלי שהיו חברי הקבוצה עשויים לקבל אילו היו טענותיהם מתקבלות במלואן, יש "לגזור" את הסיכון כי טענות אלה לא היו מתקבלות. ככלל, סכום הפשרה אמור לשקף את המכפלה של הסכום הכולל בסיכון המשוער לכך שהוא היה מתקבל על כלל רכיביו. כפי שציינה חברתי, השופטת ע' ברון, בעניין אחר:

... הסדר פשרה יכול לשמש ככלי יעיל להשגת מטרות חוק תובענות ייצוגיות רק בתנאי שהוא מאפשר לצדדים 'לקנות' באמצעותו את הסיכון הכרוך עבור כל אחד מהם בהמשך ניהול התובענה. מטבע הדברים ברור שלא תצמח למי מהצדדים תועלת בהסדר פשרה שבמסגרתו הוא נוטל על עצמו באופן חד צדדי את מלוא הסיכון שבהמשך ניהול ההליך. בתוך כך, קניית הסיכון שכל צד נוטל על עצמו יכול שתתייחס לעובדה או לשאלה משפטית השנויה במחלוקת, וכן להתפתחויות עתידיות אפשריות. על כן, העובדה שהסדר פשרה המובא לאישור בית המשפט אינו מבטיח לחברי הקבוצה פיצוי בשיעור המרבי שהיה נפסק לטובתם אם התובענה הייצוגית הייתה מתקבלת במלואה, אין בה כשלעצמה הצדקה לדחות את ההסדר. הסדר פשרה ראוי, הוגן וסביר הוא "כזה שמציע לקבוצה הטבה או פיצוי המשקפים נאמנה את הסיכויים והסיכונים הגלומים בהליך מבחינת כל אחד מהצדדים" (עניין בריל, פסקה 16). (ראו: ע"א 7122/19 היועץ המשפטי לממשלה נ' ממון, פסקה 20 (11.4.2022) (להלן: עניין ממון).

כן יש לתת משקל לכך שהסכם הפשרה טומן בחובו חיסכון ניכר בעלויות ניהול ההליך; וכן לעובדה שהוא מבטיח פיצוי מידי לחברי הקבוצה המיוצגת, מבלי שהם נאלצים להמתין לסיומו של ההליך כולו, שתוצאותיו אינן ידועות (להרחבה, ראו: סעיף 19(ג)(2) לחוק תובענות ייצוגיות; רע"א 4129/14 דור כימיקלים בע"מ נ' גילמן, פסקאות 10-9 (2.4.2015); בר"מ 2744/19 עיריית עכו נ' בריל תעשיות נעליים בע"מ, פסקה 16 (10.3.2021) (להלן: עניין בריל); עניין חלפון, בפסקה 68; ע"א 5858/19 פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ נ' אופיר, פסקה 47 (5.7.2022) (להלן: עניין פסגות); פלינט וויניצקי, בעמודים 605-608).

26. אם כן, כדי לברר האם היה מקום לאשר את הסכם הפשרה דנן, יש מקום לבחון מה הייתה עשויה להיות התוצאה הכוללת של בקשת האישור אילו היא הייתה מתקבלת ואילו היה בית המשפט מקבל גם את התביעה הייצוגית לגופה. כן יש לבחון את הסיכון שהטענות שהועלו בבקשת האישור היו נדחות, כולן או חלקן. בהקשר זה יידונו שני עניינים המצויים במוקד התנגדות המתנגדים להסכם הפשרה: הראשון, השאלה האם ניתן היה לאשר את ההסכם חרף העובדה שרק חלק מחברי הקבוצה המיוצגת יזכו בפיצוי מכוחו; והשני, האם היה מקום לאשר את ההסכם על מכלול תנאיו, ובכלל זה העובדה שהפיצוי לחברי הקבוצה המיוצגת לא ניתן בתשלום כספי אלא בטובות הנאה, כפי שפורט לעיל.

(1) האם ניתן לאשר את ההסכם על אף שחלק מחברי הקבוצה אינם מקבלים פיצוי כלל?

27. כפי שהובהר לעיל, כדי להשיב על שאלה זו, יש לבחון האם במצב בו התביעה הייצוגית הייתה נידונה לגופה ומתקבלת – היה בית המשפט רשאי שלא לפסוק פיצוי לכלל חברי הקבוצה המיוצגת. התשובה לשאלה זו היא בחיוב.

28. כך, קובע סעיף 20(ג)(1) לחוק תובענות ייצוגיות כדלקמן:

מצא בית המשפט כי פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי בנסיבות הענין, בין משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה ובין מסיבה אחרת, רשאי הוא להורות על מתן כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, כפי שימצא לנכון בנסיבות הענין;

כלומר, בנסיבות מסוימות רשאי בית המשפט שלא לפסוק פיצוי לכל חברי הקבוצה המיוצגת גם בתום הדיון בתביעה ייצוגית לגופה. הוא עשוי שלא לפסוק פיצוי ביחס לחלק מחברי הקבוצה מאחר שהפיצוי אינו מעשי, משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה, או מסיבה אחרת. לכן, העובדה שלא כל חברי הקבוצה המיוצגת זכאים לפיצוי במסגרת הסכם הפשרה – איננה מצדיקה כשהיא לעצמה את קבלת ההתנגדות.

29. למותר לציין כי פיצוי של חלק מחברי הקבוצה בלבד, תוך שפסק הדין ניתן ביחס לכולם, צריך להיות חריג ולא הכלל. זאת בעיקר כאשר מדובר בחברי קבוצה אשר מחד גיסא אינם מקבלים פיצוי, ומאידך גיסא פסק הדין מהווה מעשה בית דין המונע מהם (אם לא ביקשו לפרוש מהקבוצה) להגיש תביעה אישית בעילה נושא בקשת האישור. ככלל, בית המשפט אינו צריך לעודד הסדרים מסוג זה, וככל שהדבר אפשרי – מוטב כמובן כי כל הנפגעים יפוצו, כל אחד לפי שיעור הנזק היחסי שנגרם לו. הדברים מקבלים תוקף רב יותר ככל שסכום הפיצוי הפוטנציאלי שחברי הקבוצה עשויים לזכות בו הוא גבוה יותר. יחד עם זאת – במקרים המתאימים אין כאמור מניעה עקרונית מפני פיצוי של חלק מחברי הקבוצה בלבד. אחד המקרים האפשריים לכך הוא כאשר עלות האיתור של חלק מהחברים עולה על הפיצוי הפוטנציאלי שהם היו עשויים לזכות בו.

30. השאלה מתי רשאי בית המשפט להימנע מפסיקת פיצוי לחלק מחברי הקבוצה המיוצגת היא שאלה נכבדה שאין זה המקום לבחון את כל ההיבטים שלה. יצוין בקצירת האומר כי יש לבחון אותה תוך שקילת מטרותיו של חוק תובענות ייצוגיות כפי שהן

פורטו בסעיף 1 לחוק. כך, פסיקת פיצוי רק לחלק מחברי הקבוצה פוגעת כמוכן במטרה של "מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין" (סעיף 1(3) לחוק); אולם היא עשויה לעלות בקנה אחד עם המטרה של "אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו" (סעיף 1(2) לחוק). זאת, אם הפיצוי הכולל שמשלם לחברי הקבוצה יש בו כדי להרתיע את הנתבע בתביעה הייצוגית, כמו גם נתבעים פוטנציאליים אחרים, מפני הפרה של הדין.

במילים אחרות, בבחינת האפשרות של פיצוי חלק מחברי הקבוצה בלבד, תוך "הדרה" של חלק אחר מחברי הקבוצה, צריך להביא בחשבון שני שיקולים מרכזיים: ראשית, יש לבחון האם קיימת הצדקה שלא לפצות חלק מחברי הקבוצה וזאת בשל שיקולים הכרוכים בעיקרם בקושי לפצות את החברים הללו (למשל, במקרים בהם קשה לאתרם או כאשר ישנו קושי מיוחד בהוכחת עילת התביעה ביחס אליהם – בניגוד לחברי קבוצה אחרים), וכאשר אין כדאיות כלכלית לנסות להתגבר על הקושי הזה (לנוכח שיעור הפיצוי ועלות האיתור והתשלום לאותם חברים). שנית, יש לוודא כי חרף העובדה שחלק מחברי הקבוצה אינם זוכים לפיצוי, הסכום הכולל שבו נושא הנתבע די בו כדי להשיג את מטרת ההרתעה מפני הפרת הדין.

31. במקרה דנן טענו הצדדים להסכם הפשרה כי ישנו קושי לאתר את חברי הקבוצה המיוצגת שכבר אינם נמנים עם לקוחותיה של הוט. קושי זה נובע, כך נטען, מכך שפרטי ההתקשרות של חברים אלה אינם עוד בידי הוט, וזאת בניגוד ללקוחותיה הקיימים שעמם אין לה כל קושי ליצור קשר. על כן, על פי הנתען, העלויות שיידרשו כדי לאתר לקוחות אלה ולפצות אותם הן גבוהות, ולכן הסכימו הצדדים כי מוטב יהיה להשקיע כספים אלו בפיצוי הלקוחות הקיימים של הוט.

לא מצאתי כי טענה זו היא משוללת יסוד. יחד עם זאת יובהר כי אינני מקבלת את טענתם של הצדדים להסכם הפשרה ביחס ללקוחות העבר של הוט, לפיה גם לו הייתה התביעה בעניינם נדונה לגופה, היה קושי בהוכחת הנזק שנגרם לכל אחד מהם מאחר שמדובר בנזק לא ממוני אשר מעצם טבעו הוא שונה אצל כל אחד מחברי הקבוצה. ראשית, ככלל מקובל לפסוק פיצוי אחיד בגין הנזק הלא ממוני בתביעות ספאם. יתרה מכך, גם אם הייתה מתקבלת את עמדת הצדדים להסכם הפשרה בהקשר זה, לא היה מקום לשלול דווקא מלקוחות העבר של הוט את הפיצוי, שכן עניינם אינו שונה מבחינה זו מזה של לקוחותיה הנוכחיים של הוט. במילים אחרות – הבעיה של "כימות" הנזק היא זהה ביחס לכלל חברי הקבוצה, ללא קשר לשאלה אם הם עדיין לקוחות של הוט אם לאו.

עם זאת, כאמור, גם בהנחה שתתקבל טענת הצדדים להסכם הפשרה באשר לקושי היחסי באיתורם של לקוחות העבר של הוט המצדיק שלילה של פיצוי מהם, הרי שכדי לבחון את השאלה האם יש לאשר את ההסכם, יש לבחון האם הסכום הכולל של הפיצוי שהוט נדרשת לשלם במסגרתו ללקוחות הקיימים של הוט, יוצר את ההרתעה הנדרשת מפני הפרה עתידית של הדין. לעניין זה נפנה עתה.

(2) האם הפיצוי נושא הסכם הפשרה מרתיע מפני הפרת הדין?

32. כדי לבחון שאלה זו, יש לבחון האם הפיצוי שניתן במסגרת הסכם הפשרה משקף את הסיכון שהוט הייתה ניצבת בפניו אילו היה ההליך נדון עד תום. כפי שהובהר לעיל, פשרה צריכה בדרך כלל להיבחן דרך האספקלריה הזו. פשרה הוגנת היא כזו המשקפת באופן מדויק ככל הניתן את הסיכונים והסיכויים שהצדדים ניצבים בפניהם (ראו: סעיף 19(ג)(2)(ה) לחוק תובענות ייצוגיות; עניין בריל, בפסקה 16; עניין פטגות, פסקאות 48-47). פשרה כזו מביאה את הנתבע להפנמת הסיכון מפני הפרת הדין גם בעתיד.

לכן, יש לבחון מה היה עשוי להיות גורל התביעה הייצוגית דן אילו היה בית המשפט דן בה לגופה. אעיר בראשית הדברים כי בית משפט קמא לא בירר ולא הבהיר בהחלטתו את מכלול הנתונים שיפורטו להלן הנוגעים להיקף הפוטנציאלי של הקבוצה, לנזקים שנגרמו לחבריה וכיו"ב – עניינים אשר לטעמי היה מקום לבחון אותם כדי לברר האם אכן הסכם הפשרה הוא ראוי והוגן.

בהתייחס לשאלה מה היה עשוי להיות סכום הפיצוי שהיה נפסק לקבוצה אילו הייתה התביעה מתבררת לגופה, טענו הצדדים להסכם הפשרה לסיכונים רבים שהמבקש היה נחשף אליהם. כך, במסגרת הדיון שהתקיים לפנינו נטען כי ההודעות נושא בקשת האישור נשלחו לכ-400,000 לקוחות של הוט. אולם, חלק מהלקוחות לא פתחו כלל את ההודעה; חלקם – לא קראו אותה; וחלקם קראו אותה, אולם הדבר לא הפריע להם. לגישתם, כל הלקוחות הללו לא ניזוקו ממשלוח ההודעה. לכן, מבין 400,000 הלקוחות שקיבלו את ההודעות – לא היה נפסק פיצוי לכולם. כאמור, הוט אף הוסיפה וטענה כי הנזק שנטען בבקשת האישור הוא נזק לא ממוני שיש ממילא קושי בהוכחתו.

יתרה מכך, ביחס לגובה הפיצוי, נטען כי גם לו הייתה התביעה הייצוגית נידונה לגופה ומתקבלת, סביר מאוד להניח כי הפיצוי שהיה נפסק לא היה על הצד הגבוה, בהשוואה לתביעות ספאם אחרות. זאת מאחר שאין מדובר בלקוחות שלא הסכימו כלל לכך שישלחו אליהם הודעות או בלקוחות שביקשו שהוט תסיר אותם מרשימת מקבלי

ההודעות. הטענה של חברי הקבוצה היא מצומצמת יותר – מדובר בלקוחות אשר בעת ההתקשרות עם הוט מסרו את פרטיהם ונתנו הסכמה משתמעת שישלחו אליהם הודעות פרסומת בנוגע לשירותים הדומים לשירותים אותם רכשו מהוט כאמור בסעיף 30א(ג) לחוק התקשרות, אלא שההודעות שנשלחו להם בפועל היו לגבי שירותים אחרים. בנסיבות אלה, כך נטען, הנזק הלא ממוני שנגרם הוא נמוך יותר מהנזק שנגרם למי שכלל לא הסכים שישלחו אליו הודעות.

עוד נטען במסגרת הדיון שהתקיים לפנינו כי הנזק שנפסק במקרים אחרים של משלוח הודעות ספאם עומד על סכומים של כ-10-20 ש"ח. מאחר שהנזק לחברי הקבוצה הנוכחית הוא מצומצם יותר, נטען כי הוא צריך לעמוד על סכום נמוך יותר (יוער בהקשר זה כי אף מטעם המתנגדים נמסר במהלך הדיון כי הם היו מוכנים להסתפק בפיצוי של חברי הקבוצה בדרך של זיכוי בסך 5 ש"ח לחשבון החודשי שלהם בהוט). לכן, אני סבורה כי הסכום של 5 ש"ח עשוי לשקף – לצורכי הדיון בשאלת אישורו של הסכם הפשרה, את סכום הפיצוי שהיה נפסק לזכות חברי הקבוצה אילו הייתה התביעה נדונה לגופה. בהתאם, הסכום הכולל של הפיצוי לכלל חברי הקבוצה עומד על 2 מיליון ש"ח לערך (400,000 לקוחות כפול 5 ש"ח) – וזאת במצב בו הייתה התביעה נידונה לגופה ומתקבלת. לצד זאת, יש לתת משקל גם לכך שככל הנראה לא כל הלקוחות היו זוכים בהכרח לפיצוי בהעדר הוכחת נזק שנגרם להם; וכן לנכות מסכום זה את הוודאות בקבלת התשלום, את החיסכון בעלויות, ואת העובדה שהפיצוי ניתן לחברי הקבוצה באופן מיידי ולא רק בתום מכלול הדיונים בתביעה הייצוגית (הכוללים כידוע הכרעה בבקשת האישור, דיון והכרעה בתביעה לגופה ולעיתים גם דיון במסגרת ערכאת הערעור).

כל אלה מביאים אותנו לסכום הנופל באופן משמעותי משווי הפיצוי הכולל אליו התייחסו הצדדים במסגרת בקשתם לאישור הסכם הפשרה, שעומד לטענתם על סך של בין 4 ל-8 מיליון ש"ח. אם אכן זהו סכום ההטבה שניתן מכוח הסכם הפשרה – הרי שמדובר בפיצוי המשקף באופן סביר וראוי את מערך הסיכויים והסיכונים שהיו כרוכים בניהול התביעה הייצוגית לגופה.

מהו שווי ההטבות נושא הסכם הפשרה?

33. השאלה שיש להתייחס אליה בשלב זה היא האם אכן הסכומים בהם העריכו הצדדים את סכום הפשרה, משקפים את שווי ההטבות שהוצעו במסגרת הסכם הפשרה. כזכור, לטענת המתנגדים, שווי ההטבות המוצעות נמוך בהרבה מהשווי שנטען על ידי המבקש והוט, מאחר שרבים מהלקוחות הזכאים לפיצוי לא יפיקו כל תועלת מההטבות

האמורות. זאת, שכן רבים מחברי הקבוצה, כך נטען, ממילא אינם מנצלים את מלוא החבילה הבסיסית שהם רכשו מהוט, ולכן הם כלל לא צפויים לנצל את ההטבות הראשונה והשנייה – קרי את הטבת הרחבת חבילת הגלישה ואת הטבת שליחת הודעות ודקות שיחה – אשר מעניקות תוספת מעבר לחבילה הבסיסית. כך גם, בכל הנוגע להטבה השלישית – הטבת מוזיקה בהמתנה, נטען כי רבים מהלקוחות הזכאים לפיצויי כלל לא מעוניינים בה, וככל הנראה יבקשו מהוט להסירה. כפי שאפרט להלן, לאחר שנתתי דעתי לטענה זו, הגעתי למסקנה כי אין בה כדי להצדיק את קבלת הערעור.

34. הפיצוי שמוענק לחברי הקבוצה המיוצגת במסגרת הסכם הפשרה איננו פיצוי כספי אלא הוא פיצוי הדומה באופיו ובטיבו לפיצוי מסוג "קופונים". פיצוי כזה אומנם אינו שווה ערך לפיצוי כספי, אולם יחד עם זאת אין לשלול את האפשרות כי זה יהיה סוג הפיצוי שיינתן לחברי הקבוצה במקרים המתאימים. ודוק, כדי לבחון האם פיצוי מסוג זה משרת את מטרותיו של חוק תובענות ייצוגיות, יש לברר האם הוא מעניק סעד הולם לנפגעים והאם יש בו כדי לקדם את אכיפת הדין ואת ההרתעה מפני הפרתו. לשם כך יש לתת את הדעת לשווי הפיצוי משתי נקודות מבט, זו של חברי הקבוצה וזו של הנתבע. במילים אחרות, יש מקום לבחון מהי התועלת שיפיקו חברי הקבוצה מהפיצוי; ומהי העלות שישא בה הנתבע במסגרת זו (ראו, למשל: ת"צ (מחוזי מרכז) 5731-08-07 קיכל נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פסקה 16 (31.7.2011)).

אם כן, לכאורה, היה על בית משפט קמא להידרש בפסק דינו לטענות המתנגדים, ולקבוע מהי התועלת שעשויים חברי הקבוצה להפיק מההטבות נושא הסכם הפשרה ומהי העלות שהוט תישא בה במסגרת מימושן. כדי לעשות זאת, היה מקום לכאורה לבחון מהו שיעור חברי הקבוצה שמנצלים את החבילות הבסיסיות שנרכשות על ידיהם במלואן. חברי קבוצה שממילא אינם מנצלים את חבילת הבסיס שלהם – לא ייהנו ככל הנראה מן ההטבות כלל. נתון זה שהיה עשוי לסייע לבית משפט קמא בבחינת הסכם הפשרה – לא הובא בפניו, ולא הובא אף בפנינו.

במאמר מוסגר אעיר לעניין זה, כי אומנם יתכן – כפי שנטען בפנינו בדיון – כי מתן ההטבות כשלעצמו יביא חלק מן הלקוחות הזכאים לפיצוי לנצל את החבילה שלהם במלואה ואז להמשיך ולנצל גם את ההטבות. אולם, הנתון ביחס ללקוחות שעשויים לפעול באופן הזה (אשר עשוי להיגזר למשל ממספר חברי הקבוצה שניצלו בעבר את החבילה כולה או לפחות את רובה) אף הוא אינו ידוע.

35. האם יש מקום לקבל את הערעור מטעם זה, ולאור העדרם של חלק מהנתונים שיכלו לסייע בבחינת הסכם הפשרה? כאמור, אני סבורה כי בנסיבות הכוללות של המקרה דנן, התשובה לכך היא שלילית. כפי שצוין לעיל, הנזק לכל אחד מחברי הקבוצה במקרה דנן הוא נזק נמוך מאוד – שעומד על כ-5 ש"ח בלבד. לכן, השיקול העיקרי שצריך היה לעמוד לנגד עיני בית המשפט הוא שיקול ההרתעה מפני הפרה עתידית של הדין. ודוק, לאור העובדה שסכום הנזק הכולל נמוך משמעותית משווי ההטבות כפי שהוערך על ידי הצדדים להסכם הפשרה (בכ-2 מיליון ש"ח משווי המימוש המינימלי אותו העריכו הצדדים); ולאור העובדה שלא נשללה הטענה לפיה להסכם הפשרה יש עלות מבחינת הוט (הן מאחר שחלק מלקוחותיה ככל הנראה ינצל את ההטבות שניתנו בו והן לאור ההיערכות והמשאבים הנדרשים ממנה לשם הענקת ההטבות ללקוחות) – אני סבורה כי אין מקום לקבל את ערעורם של המתנגדים רק מטעם זה.

יודגש בהקשר זה כי לבירור השאלות שפורטו לעיל יש עלות – ניתן לבררן באמצעות בודק (שבית המשפט החליט שלא למנות) או באמצעות הצגת הנתונים לבית המשפט. כפי שנפסק לא אחת בעבר, אחד השיקולים המצדיקים הימנעות ממינוי בודק הוא כאשר מדובר בהסכם פשרה בסכום לא גבוה, כאשר עלות שכרו של הבודק "תגרע" מסכום הפשרה שחברי הקבוצה יוכלו לקבל (ראו: בש"א (מחוזי תל אביב-יפו) 5590/08 קריטנשטיין נ' מסעדת טווקיז בע"מ, פסקאות 15-16 (30.3.2009); בש"א (מחוזי ת"א) 1184/08 אקר נ' מירס תקשורת בע"מ, פסקה 6 (10.11.2009). ראו גם: עניין חלפון, בפסקה 76; עניין ממן, בפסקה 14). לכן, די במכלול הנתונים שצוינו לעיל כדי לקבוע כי אין מקום להתערב בהחלטתו של בית משפט קמא לאשר את הסכם הפשרה בתנאים שנקבעו על ידי הצדדים לו.

הגמול ושכר הטרחה למבקש ולבאי כוחו

36. חרף האמור לעיל, אני סבורה כי ישנו רכיב אחד של הסכם הפשרה בו יש מקום להתערב, וזהו רכיב הגמול למבקש ושכר הטרחה לבאי כוחו. הלכה היא כי ערכאת הערעור נוטה שלא להתערב בשיקול דעתה של הערכאה הדיונית בקביעת גובה הגמול ושכר הטרחה של התובע הייצוגי ובאי כוחו, וזאת למעט במקרים חריגים. עם זאת, נקבע כי מתחם ההתערבות בעניינים אלה במסגרת הליכי תביעות ייצוגיות רחב יותר לעומת הליכים אזרחיים אחרים (ראו: עניין חלפון, בפסקה 79; ע"א 7593/21 פיינטון נ' אלנויאל בע"מ, פסקה 8 (9.6.2022)). לדעתי, עניין לנו באחד מאותם מקרים חריגים המצדיקים התערבות.

37. בית משפט קמא אימץ את המלצתם של הצדדים לעניין הגמול ושכר הטרחה, וקבע כי המבקש יהיה זכאי לגמול של 95,000 ש"ח וכי באי כוחו יהיו זכאים לשכר טרחה בסכום של 305,000 ש"ח. הסכומים הללו לא הותנו בשאלה מהי התועלת שיפיקו בפועל הלקוחות הזכאים מההטבות נושא הפשרה – קרי מה יהיה שיעור מימוש ההטבות בפועל. אכן, השאלה מהו שוויו האמיתי של הסכם הפשרה בהתאם לשיעור מימוש ההטבות בפועל לא נדונה בפני בית משפט קמא, וכפי שעולה מהאמור לעיל, לא מצאתי כי עניין זה כשלעצמו מצדיק התערבות בהחלטת בית משפט קמא לאשר את הסכם הפשרה.

שונים הם פני הדברים ביחס לקביעתו של בית משפט קמא לעניין הגמול ושכר הטרחה. ביחס לאלה, אני סבורה כי אכן היה מקום לקבוע כי הם ייגזרו באופן ישיר משווי מימוש ההטבות בפועל ולא משווין התיאורטי. כזכור, הצדדים העריכו את שווי ההטבות שניתנו ללקוחות הזכאים לפיצוי בסכום של 50 ש"ח ללקוח ביחס להטבת הרחבת חבילת הגלישה וביחס להטבת שליחת הודעות ודקות שיחה; ובסכום של 24 ש"ח ללקוח ביחס להטבת מוזיקה בהמתנה. בהתאם, העריכו הצדדים את שווי הפיצוי הכולל בסך של כ-4 מיליון ש"ח בתרחיש מימוש מינימלי, ובסך של כ-8 מיליון ש"ח בתרחיש מימוש מקסימלי. סכום הגמול ושכר הטרחה נגזר, לטענתם, מסכומים אלה. ואולם, אם למשל יסתבר בדיעבד כי שווי המימוש בפועל היה נמוך יותר משהעריכו הצדדים, הרי שלטעמי יהיה מקום להפחית את הגמול ואת שכר הטרחה בהתאם.

38. אני סבורה כי תוצאה זו מתיישבת עם האמור בסעיפים 22(ב) ו-23(ב) לחוק תובענות ייצוגיות – סעיפים אלו מורים כי אחד השיקולים אותם על בית המשפט להביא בחשבון בקביעת הגמול לתובע המייצג ושכר הטרחה לעורך הדין המייצג הוא "התועלת שהביאה התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה". כך גם, תוצאה זו עולה בקנה אחד עם קביעותיו של בית משפט זה בע"א 2046/10 עזבון ממנוח משה שמש נ' רייכרט, פ"ד סה(2) 681 (2012). שם, אימץ בית המשפט את שיטת האחוזים כשיטה המובילה לפסיקת שכר טרחה בתביעות ייצוגיות, תוך שהדגיש כי –

שכר טרחתו של עורך הדין ייגזר מהסכום שנגבה בפועל על ידי הקבוצה ולא מהסכום שנפסק. זאת, שכן לעיתים ייתכן פער, ואפילו משמעותי, בין הסכום אותו קובע בית המשפט בפסק דין, או הסכום אליו מגיעים הצדדים בפשרה, לבין הסכום אשר בסופו של דבר מגיע אל חברי הקבוצה. גזירת שכר הטרחה של עורך הדין מהסכום שנגבה בפועל על ידי הקבוצה תיצור לו תמריץ להוסיף ולפעול להוצאתו של פסק הדין או הסכם הפשרה אל הפועל עד סופו, תוך הבטחת האינטרסים של חברי

הקבוצה (ראו, אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים מא 5, 84-87 (התשע"א)).

(שם, בעמוד 686. להרחבה, ראו: אלון קלמנט "הפער בין שוויו הנחזה לשוויו הממומש של הסדר פשרה בתובענה ייצוגית" משפט ועסקים כ 1, 25-31 (2017) (להלן: קלמנט)).

ודוק, כפי שציין פרופ' קלמנט במאמרו הנ"ל, התניית הגמול ושכר הטרחה שייפסקו לתובע הייצוגי ולבאי כוחו בשווי המימוש בפועל של הסכם הפשרה עשויה להביא לצמצום הפער שבין שווי הפיצוי הלכאורי לבין שוויו בעולם המעשה. זאת שכן במצב זה יהיה לתובע הייצוגי, ובפרט לבאי כוחו, תמריץ לפקח על הוצאתו לפועל של הסכם הפשרה לאחר אישורו, ולפעול לטובת מימוש מרבי של הפיצוי שניתן במסגרתו. בנוסף, קשירת סכום התגמול ושכר הטרחה בהיקף המימוש בפועל תתמרץ את התובע הייצוגי ואת בא כוחו לנסות ולפעול מראש – בשלב המשא ומתן לגיבוש הסכם פשרה – להגדיל את המימוש הצפוי של הפיצוי שיוקנה במסגרתו. זאת, למשל, באמצעות קביעת תנאים אשר יקלו על חברי הקבוצה לממש את זכאותם לפיצוי (ראו: קלמנט, בעמודים 26-30).

אשר על כן, אני סבורה כי תוצאה לפיה ייגזרו סכום הגמול ושכר הטרחה הנפסקים למבקש ולבאי כוחו משוויו הממומש של הסכם הפשרה – היא תוצאה ראויה יותר ויש להעדיפה. בתוצאה זו אף יש כדי להעניק מענה מסוים גם לטענות המתנגדים ביחס לשווי ההטבות הניתנות בהסכם הפשרה בפועל.

39. לכך יש להוסיף כי אין הכרח לאפשר לתובע הייצוגי ולבאי כוחו לקבל את הגמול ואת שכר הטרחה על אתר, וככלל אין מניעה להמתין פרק זמן קצר עד לתום ביצועו של הסכם הפשרה, שאז ניתן יהיה לברר מה היה שווי מימוש הסכם הפשרה בפועל.

בענייננו, הסכם הפשרה אליו הגיעו הצדדים אמור להיות מבוצע בתוך פרק זמן של חודשיים. עם סיום המימוש, תוכל הוט להציג נתונים בדבר היקף הניצול בפועל של ההטבות שהוצעו בהסכם הפשרה – ובפרט של הטבת הרחבת חבילת הגלישה ושל הטבת שליחת הודעות ודקות שיחה על ידי הלקוחות הזכאים לפיצוי. בהתאם לנתונים אלה, ניתן יהיה לאמוד את שווי הפיצוי לו זכו חברי הקבוצה המיוצגת בפועל – וממנו לגזור את סכום הגמול ושכר הטרחה למבקש ולבאי כוחו.

יוער כי הפקת נתונים אלה ככל הנראה איננה כרוכה בקושי טכני או במאמץ מיוחד, שכן מטבע הדברים להוט יש כלים המאפשרים לה לעקוב אחר היקף מימוש החבילות על ידי לקוחותיה, וזאת כדי שתוכל לגבות מהם תשלום במקרה של חריגה בניצול החבילה. בכל הנוגע להטבת מוזיקה בהמתנה, תוכל להוט לספק נתונים בדבר מספר הלקוחות שלא עשו שימוש בשירות או שביקשו ממנה להסירו מהם.

40. במסגרת פסק דינו, אישר בית המשפט את המלצת הצדדים לעניין גובה הגמול ושכר הטרחה למבקש ולבאי כוחו. המלצה זו משקפת גמול בשיעור של כ-2.2% משווי המימוש המינימלי של ההטבות כפי שהעריכו אותו הצדדים; וכ-1.1% מהשווי המקסימלי. הממוצע בין הסכומים הללו הוא כ-1.7%. שכר הטרחה שהומלץ משקף שיעור של כ-7.1% מהשווי המינימלי וכ-3.6% מהשווי המקסימלי. הממוצע בין הסכומים הללו הוא כ-5.4%. האחוזים הממוצעים שלעיל (1.7% ו-5.4% ייוותרו על כנם ואולם הם יחושבו כאמור משווי מימוש ההטבות בפועל, וזאת לאחר תום ביצוע הסכם הפשרה.

סוף דבר

41. אם תישמע דעתי, נדחה את הערעור ברובו, למעט לעניין קביעת בית משפט קמא ביחס לגובה הגמול למבקש ושכר הטרחה לבאי כוחו. אלו ייגזרו משווי מימוש ההטבות נושא הסכם הפשרה בפועל.

לצורך כך, הוט תודיע למתנגדים ולמבקש ולבאי כוחו תוך 30 יום לאחר תום תקופת מימוש ההטבות נושא הסכם הפשרה מהו שיעור הניצול של ההטבות – קרי, כמה לקוחות ניצלו אותן ומהו הסכום הכולל שהם "חסכו" במסגרת זו. בהתאם, המבקש יהיה זכאי לגמול בשיעור של 1.7% מסכום זה, ובאי כוחו – לשכר טרחה בשיעור של 5.4% מסכום זה. יחד עם זאת, סכום הגמול לא יפחת מסך של 5,000 ש"ח ושכר הטרחה לא יפחת מסכום של 20,000 ש"ח.

מאחר שהתנגדותם של המתנגדים התקבלה בחלקה, ומאחר שהם הציפו מספר נושאים משמעותיים שהיו לטעמי ראויים לדיון – אציע כי נפסוק להם תגמול בגין כך. לכן, אני סבורה כי יש לחייב את הצדדים להסכם הפשרה – המבקש והוט, יחד ולחוד, בהוצאות המתנגדים ובשכ"ט עו"ד בסכום כולל של 15,000 ש"ח.

השופטת ע' ברון:

1. אני מסכימה עם חברתי השופטת ר' רונן כי בנסיבות המקרה המערערים היו רשאים להגיש התנגדות לאישורו של הסדר הפשרה בבית המשפט המחוזי, וכי עם זאת לגופם של דברים לא היה מקום לשעות להתנגדותם ולהימנע מאישור ההסדר. ואולם לטעמי, אף אין עילה להתערבותנו בסכומי הגמול ושכר הטרחה שפסק בית המשפט המחוזי למבקש בבקשה לאישור תובענה כייצוגית (המשיב 2, להלן: בשן) ולבא כוחו; ועל כן אם תישמע דעתי נורה על דחיית הערעור על כל חלקיו תוך חיוב המערערים בהוצאות.

ההליך הייצוגי, הבקשה לאישור הסדר פשרה ופסק דינו של בית המשפט המחוזי

2. ענייננו בבקשה לאישור תובענה כייצוגית שהגיש בשן נגד הוט מובייל בע"מ בעילה לפי סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, האוסר על שיגור "הודעות ספאם" (להלן: בקשת האישור, הוט מובייל ו-חוק התקשורת, בהתאמה). על פי הנטען בבקשת האישור, בעת הרלוונטית שלחה הוט מובייל ללקוחותיה הודעת פרסומת המודיעה להם על הטבה שהם זכאים לה כמנויים, לרכישת כרטיסים להופעה. לטענת בשן, מדובר בהודעת ספאם שנשלחה בניגוד לסעיף 30א(ב) לחוק התקשורת ושאינה חוסה בגדר החריג שבסעיף 30א(ג), כדלקמן:

(ב) לא ישגר מפרסם דבר פרסומת באמצעות פקסימיליה, מערכת חיוג אוטומטי, הודעה אלקטרונית או הודעת מסר קצר, בלא קבלת הסכמה מפורשת מראש של הנמען, בכתב, לרבות בהודעה אלקטרונית או בשיחה מוקלטת; חיוג לנמען באמצעות מערכת חיוג אוטומטי בלא הסכמת הנמען כאמור ייחשב הפרה של הוראות סעיף זה, גם אם החיוג הופסק בטרם נענתה השיחה ובחיוג של הנמען למספר שממנו בוצע החיוג מושמע לו דבר פרסומת; פנייה חד-פעמית מטעם מפרסם לנמען שהוא בית עסק או לנמען לשם קבלת תרומה או תעמולה, באחת הדרכים האמורות בסעיף קטן זה, המהווה הצעה להסכים לקבל דברי פרסומת מטעמו, לא תיחשב הפרה של הוראות סעיף זה.

(ב1) ...

(ג) על אף הוראות סעיף קטן (ב), רשאי מפרסם לשגר דבר פרסומת כאמור באותו סעיף קטן אף אם לא התקבלה הסכמת הנמען, בהתקיים כל אלה:
 (1) הנמען מסר את פרטיו למפרסם במהלך רכישה של מוצר או שירות, או במהלך משא ומתן לרכישה כאמור, והמפרסם הודיע לו כי הפרטים שמסר ישמשו לצורך משלוח דבר פרסומת מטעמו, באחת הדרכים האמורות בסעיף קטן (ב);

- (2) המפרטס נתן לנמען הזדמנות להודיע לו כי הוא מסרב לקבל דברי פרסומת כאמור, דרך כלל או מסוג מסוים, והנמען לא עשה כן;
- (3) דבר הפרסומת מתייחס למוצר או לשירות מסוג דומה למוצר או לשירות האמורים בפסקה (1).

הוט מובייל מצידה טענה בתשובה לבקשת האישור כי כלל לא מדובר בהודעת פרסומת – אלא בהודעה שרק מיידעת את הלקוחות על הטבה המגיעה להם – ולכן משלוח ההודעה אינו אסור לפי חוק התקשורת. עוד נטען, כי בהסכמי ההתקשרות שלה עם לקוחותיה נקבע באופן מפורש שהוט מובייל רשאית לשלוח ללקוחות תוכן שיווקי, אלא אם כן יודיע לה הלקוח אחרת; וכך גם במקרה דנן. הוט מובייל הוסיפה והבהירה כי לא הובטח לה וממילא היא לא זכתה לרווח כלשהו בגין משלוח ההודעה ללקוחות ואף לא מניצול ההטבה על ידם.

3. כבר בדיון המקדמי שנערך בבקשת האישור ציין בית המשפט המחוזי בפני הצדדים כי יש מקום לסיים את ההתדיינות בתיק זה על דרך הפשרה, ובסופו של דבר הסדר כזה גובש והובא לאישורו של בית המשפט לאחר שנשמעו הוכחות בבקשת האישור. במסגרת ההסדר שהוצע, הוט מובייל הצהירה כי היא אינה שולחת עוד ללקוחותיה הודעות מהסוג הנדון. נוסף על כך, הוט מובייל התחייבה להעניק הטבה לחברי הקבוצה שהם עדיין לקוחות פעילים שלה, הכוללת הרחבה למשך חודשיים של חבילת הגלישה הכלולה במנוי, בשווי כולל של 50 ש"ח. ככל שהטבה זו אינה רלוונטית ללקוח, תינתן לו הרחבה למשך חודשיים של חבילת דקות שיחה ושליחת מסרונים הכלולה במנוי, גם כן בשווי כולל של 50 ש"ח; וככל שאף הטבה זו אינה רלוונטית, יינתן ללקוח שירות "מוזיקה בהמתנה" למשך שלושה חודשים, בשווי כולל של 24 ש"ח. עוד במסגרת הסדר הפשרה, המליצו הצדדים על פסיקת גמול לבשן בסך 95,000 ש"ח, ושכר טרחה לבא כוחו בסך 305,000 ש"ח.

לאחר עיון בבקשה לאישור הסדר פשרה, הורה בית המשפט המחוזי על פרסום הודעה בשני עיתונים יומיים בדבר הגשת הבקשה (כנדרש בסעיף 25 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006; להלן: חוק תובענות ייצוגיות או החוק), וכן על משלוח הבקשה ליועץ המשפטי לממשלה. בית המשפט הוסיף וציין בהחלטתו מיום 18.6.2021 כי לא ראה מקום להורות על מינוי בודק.

4. בעקבות פרסומו של הסדר הפשרה, הוגשה "הודעה לפי סעיף 18(ד) לחוק תובענות ייצוגיות מטעם היועמ"ש" (להלן: היועמ"ש ו-ועמדת היועמ"ש, בהתאמה) וכן התנגדות מטעם המערערים לאישורו של ההסדר המוצע (להלן: ההתנגדות).

היועמ"ש לא התנגד לאישור הסדר הפשרה, ואולם סבר כי יש מקום להעיר מספר הערות ביחס למנגנון ההטבה שנקבע. בתוך כך, נטען כי מן הראוי שההטבה המוצעת לקבוצה בהסדר הפשרה תוצג באופן מפורש כפיצוי שניתן לקבוצה מכוח הסדר הפשרה – להבדיל מהטבה שהוט מובייל מחלקת ללקוחותיה מרצונה החופשי. עוד צוין בעמדת היועמ"ש, כי מן הראוי לאפשר לכל אחד מחברי הקבוצה לבחור באופן אקטיבי אם הוא מעוניין בקבלת ההטבה אם לאו – זאת על מנת לבחון את התועלת הממשית הגלומה בהסדר הפשרה; ובהמשך לכך צוין כי שכר הטרחה ראוי שייגזר מהתועלת שתושג בפועל ולא מהשווי התיאורטי של ההטבה. ואולם את עיקר עמדתו הקדיש היועמ"ש לבקשת הצדדים לפטור את הוט מובייל מתשלום המחצית השנייה של אגרת בית המשפט, כאשר לגישת היועמ"ש לא היה מקום להיעתר למבוקש בעניין זה. לא ארחיב בנדון שכן נושא האגרה לא עלה בערעור.

אשר להתנגדות – חלק משמעותי ממנה הקדישו המערערים לפגמים נטענים בהתקשרותו של המערער 1 עם הוט מובייל, ובכלל זה נטען להטעה בהתקשרות, לכך שהוט מובייל חייבה אותו בחיובים חודשיים מופרזים, וכן טענות לגבי טיב השירות ותקלות בשירותים שסופקו לו. אין חולק כי טענות אלה אינן רלוונטיות לבקשת האישור שעניינה במשלוח "הודעות ספאם", וממילא לא לדיון בבקשה לאישור הסדר הפשרה. ביחס להסדר שהוצע טענו המערערים שלוש טענות עיקריות: כי יש טעם לפגם בכך שרק לקוחות פעילים של הוט מובייל יזכו לפיצוי בגין הנזק שנגרם להם, בעוד מי שכבר אינו לקוח לא יזכה לפיצוי כלל (ובכלל זה המערער מס' 1); כי גם הזכאים להטבה אינם צפויים להפיק ממנה תועלת אמיתית וכי הוט מובייל אינה נושאת בעלות כלשהי בקשר עם מתן ההטבה; ולבסוף, כי לא היה מקום לגזור את גובה הגמול ושכר הטרחה משווי ההטבה כפי שהוא מוצג בהסדר הפשרה, אלא מהשווי שינוצל בפועל.

5. בפסק הדין שבמוקד הערעור פירט בית המשפט המחוזי את ההסדר המוצע, את עמדת היועמ"ש ואת טיעוני ההתנגדות; ומשעשה כן הגיע למסקנה כי יש להיעתר לבקשה לאישור הסדר פשרה, מאחר שמדובר בהסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה. בית המשפט היה ער לכך שעל פי הסדר הפשרה לא כל חברי הקבוצה יזכו לפיצוי בגין הודעות הפרסומת שנשלחו להם – ואולם לא ראה בכך סיבה לדחות את הבקשה לאישור הסדר הפשרה. מפסק הדין עולה כי לעמדת בית המשפט קיים סיכון ממשי שגם אם ההליך יתברר עד תומו, חברי הקבוצה (או מרביתם) לא יזכו לפיצוי; ובתוך כך הובהר כי לפי סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות לא ניתן לפסוק לחברי הקבוצה פיצוי ללא הוכחת נזק, וכי בנסיבות המקרה הוכחת הנזק הלא-ממוני הנטען היא

מוקשית ולא מן הנמנע שהמבקש בבקשת האישור לא יעמוד בנטל המוטל עליו בנדון. משכך, בית המשפט מצא כי הסדר הפשרה שגובש עולה בקנה אחד עם הסיכונים והסיכויים הגלומים בהמשך ההתדיינות בהליך הייצוגי. בהתייחס לפסיקת הגמול ושכר הטרחה, בפסק הדין נקבע כי הסכומים שעליהם המליצו הצדדים הם סבירים וכי יש לאשרם. כך בשים לב למאמץ שהושקע בהליך על ידי בשן ובא כוחו, ובין היתר משהתקיימו הוכחות בבקשת האישור.

המערערים אינם משלימים עם אישורו של הסדר הפשרה, ובמסגרת הערעור הם חוזרים במידה רבה על אותן טענות שנטענו על ידם בהתנגדות שהגישו לבית המשפט המחוזי. ראשית, נטען כי יש פסול בכך שחברי קבוצה שאינם עוד לקוחות של הוט מובייל לא יזכו לפיצוי כלל; שנית, נטען כי ההטבה המוצעת לקבוצה אינה מהווה פיצוי מספק בגין הנזק שנגרם לחבריה; ולבסוף, כי יש לקבוע את הגמול ושכר טרחה בהתאם לניצול בפועל של ההטבה על ידי חברי הקבוצה.

סבורתני כי עמדתם של המערערים לוקה בהסתכלות צרה על הסדר הפשרה, שעה שזה צריך להיבחן כמכלול – על יתרונותיו וחסרונותיו. בתוך כך, עמדתם ביחס להסדר הפשרה אינה מביאה בחשבון את הקצאת הסיכונים והסיכויים הגלומה בהמשך ההתדיינות בבקשת האישור. לעמדתי אין מקום להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי, שלפיה הסדר זה עומד באמות המידה שהתווה המחוקק בסעיפים 18 ו-19 לחוק תובענות ייצוגיות; ולא מצאתי כי נפל פגם בשיקול דעתו בנדון, אף לא בסכומי הגמול ושכר הטרחה שנפסקו על ידו. ואבאר.

המסגרת הנורמטיבית

6. נקודת המוצא לדיון בענייננו, הוא שסיום הליך ייצוגי בדרך של פשרה טומן בחובו יתרונות חשובים. התובענה הייצוגית היא מכשיר דיוני אפקטיבי לשיפור ההגנה על זכויות, לקידום אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו (סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות); ואולם כבכל הליך משפטי, גם בתובענה ייצוגית תוצאת ההליך אינה מובטחת וקיים סיכון שגם אם עומדת ביסודה עילת תביעה טובה, התובענה בכל זאת תידחה – אם משום שאינה מתאימה להתברר כייצוגית, או בשל קשיים בהוכחתה (למשל מחמת פערי מידע), וכיוצא באלה טעמים. הסדר פשרה בהליך ייצוגי מאפשר אפוא לחברי הקבוצה המיוצגת "לקנות" את הסיכון שבהליך, ומבטיח כי יזכו לסעד מהיר וְודאי. מעבר לכך, הסדר פשרה מוביל לחיסכון לא מבוטל במשאבים כספיים עבור הצדדים, ומאפשר לבית המשפט להפנות משאבים שיפוטיים למקורות נדרשים אחרים (ע"א 7122/19 היועץ המשפטי

לממשלה נ' ממון, פסקה 13 (11.4.2022), להליך: עניין ממון; רע"א 8411/21 פרידמן נ' ניר לינאו סינמה (2006) בע"מ, פסקה 7 (19.7.2022).

לצד זאת, הסדר פשרה בהליך ייצוגי מלווה בחשש לפגיעה בטובתם של חברי הקבוצה בשל "בעיית הנציג". הכוונה היא לניגוד עניינים בין האינטרס האישי של מייצגי הקבוצה להביא לסיום מהיר ומתגמל של ההליך, ובין האינטרס של חברי הקבוצה לקבלת פיצוי הולם בגין הנזק שנגרם להם. מאחר שחברי הקבוצה הם בגדר "נוכחים נפקדים" בהליך, החשש הוא שבמסגרת הפשרה יעדיפו מייצגי הקבוצה את טובתם האישית "וימכרו בזול" את עניינם של חבריה (ע"א 1439/20 דקל נ' בירנבוים, פסקה 35 (26.7.2022); דנ"מ 5519/15 יונס נ' מי הגליל תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ, פסקה 45 (17.12.2019)).

7. על רקע מאפייניה הייחודיים של הפשרה הייצוגית, סעיפים 18 ו-19 לחוק תובענות ייצוגיות קובעים מנגנון מפורט לדיון בבקשה לאישור הסדר פשרה. העיקרון המונח ביסודו של מנגנון זה הוא שהסדר הפשרה כפוף לביקורת שיפוטית הדוקה ולפיקוח אקטיבי מצד הערכאה הדיונית (רע"א 2296/16 Tecumseh Products Company נ' זילברברג, פסקה 20 (18.8.2021)). החוק נותן בידי בית המשפט ארגז כלים, שבו עליו לעשות שימוש בהתאם לשיקול דעתו על מנת להבטיח כי הסדר הפשרה המוצע הוא "ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה" (סעיף 19 (א) לחוק).

יבואר כי הסדר פשרה ראוי בהליך ייצוגי, הוא הסדר שבו הקבוצה זוכה לסעד המשקף את הסיכונים והסיכויים הגלומים בהליך אילו היה ממשיך להתנהל עד תומו. בהסדר פשרה הקבוצה לא פעם נדרשת להסתפק בסעד מצומצם מזה שעשוי היה להתקבל אם התובענה הייצוגית היתה מוכרעת בסוף הדרך לטובת הקבוצה; ו"בתמורה" הקבוצה זוכה לוודאות ולקדימות בקבלת הסעד ואינה נושאת בסיכון שבית המשפט יקבע אחרת (בר"מ 2744/19 עיריית עכו נ' בריל תעשיות נעליים בע"מ, פסקה 16 (10.3.2021); עניין ממון, פסקה 13).

8. בסעיף 19(ג) לחוק תובענות ייצוגיות התווה המחוקק רשימת שיקולים מנחים שנועדו לסייע בידי הערכאה הדיונית לבחון אם ההסדר המוצע אמנם משרת את טובת הקבוצה, ואם הוא מייצג יחס ראוי בין הסיכונים והסיכויים הטמונים בהמשך ההתדיינות בין הצדדים. בין היתר, נדרש בית המשפט לתת את הדעת לפער שבין הסעד המוצע בהסדר הפשרה ובין הסעד שעשוי היה להיפסק לטובת הקבוצה אם התובענה היתה

מתקבלת; להתנגדויות להסדר הפשרה, ככל שהוגשו; ולסיכונים והסיכויים שבהמשך ניהול התובענה הייצוגית מול יתרונות וחסרונות הסדר הפשרה.

נוסף על כך, סעיף 18(ג) לחוק מורה כי כל בקשה לאישור הסדר פשרה שלא נדחתה על הסף, תועבר לעיונו של היועץ המשפטי לממשלה. על רקע בעיית הנציג האינהרנטית להליכי פשרה, היועמ"ש הוא גורם אובייקטיבי שנמצא מתאים להשמיע את קולם הנאלם של חברי הקבוצה; ולא פחות חשוב, היועמ"ש אמון על ייצוגו של האינטרס הציבורי בהליכים ועל הגנה על מוסד התובענה הייצוגית. במהלך השנים מאז חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות צבר היועמ"ש ניסיון ומומחיות בבחינת פשרות ייצוגיות, ולעמדתו בנדון נודעת משנה חשיבות. בלא לגרוע מהאמור וכפי שכבר הוברר, לבית המשפט שיקול דעת רחב בנוגע לאישור הסדרי פשרה בהליכים ייצוגיים, ואין הוא מחויב לאמץ את עמדתו של היועמ"ש בנוגע להסדר המוצע (ע"א 5858/19 פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ נ' אופיר, פסקה 32 (5.7.2022), להלן: עניין פסגות; עניין ממון, פסקה 17). בהתאם לעילת התביעה נושא ההליך הייצוגי, ישנם מקרים שבהם בית משפט נדרש להעביר את הבקשה לאישור הסדר פשרה גם לעיונו של הגורם המאסדר הרלוונטי (ראו סעיף 18(ג) לחוק תובענות ייצוגיות ותקנה 12(ד) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010).

9. עוד מורה החוק בסעיף 19(ב), כי על בית משפט למנות בודק בעל מומחיות בתחום שבו עוסק ההליך הייצוגי, על מנת שיבחן את יתרונותיו וחסרונותיו של הסדר הפשרה המוצע. מטרתה של חוות הדעת היא לסייע לבית המשפט להגיע להחלטה מושכלת בנוגע להסדר הפשרה המוצע; ואולם ניתן להימנע ממינוי בודק במקרים שבהם "סבר בית המשפט שחוות הדעת אינה נדרשת, מטעמים מיוחדים שיירשמו" (סעיף 19(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות). יוער כי בפועל מינוי בודק הפך במידה רבה מהכלל לחריג; ומכל מקום מקומו בדיון בבקשה לאישור הסדר פשרה אינו כפי שיועד לו על ידי המחוקק (עניין פסגות, פסקה 32; עניין ממון, פסקה 14; ע"א 1582/20 חלפון נ' שמן משאבי נפט וגז בע"מ, פסקה 76 (29.12.2021), להלן: עניין חלפון).

לבסוף, סעיף 18(ד) לחוק מאפשר הגשת התנגדויות להסדר הפשרה על ידי שורה של גורמים שאינם צד ישיר לו. לאחרונה הרחיב המחוקק את רשימת הזכאים להגיש התנגדות, והיא כוללת לא רק את חברי הקבוצה, אלא אף "אדם הפועל לטובת עניינם של חברי הקבוצה"; "רשות ציבורית הפועלת לקידום מטרה ציבורית בקשר לענין שבו עוסקת הבקשה לאישור או התובענה הייצוגית"; ו-"ארגון הפועל לקידום מטרה ציבורית כאמור". מדובר בגורמים שלא השתתפו בגיבוש הסדר הפשרה; ובגדר ההתנגדויות מצופה מהם

להציג לפני בית המשפט עמדה עצמאית ולהפנות את תשומת ליבו לנקודות תורפה או לפגמים שנפלו בהסדר המוסכם (ככל שהם סבורים שישנם). התנגדות שנמצאה תורמת לדיון בבקשה לאישור הסדר הפשרה עשויה במקרים המתאימים לזכות את המתנגד בגמול כספי, ואם היה מיוצג גם בשכר טרחה לעורך דינו. השיקול המנחה בהקשר זה הוא מידת התועלת ותרומת ההתנגדות לחברי הקבוצה המיוצגת:

”כאשר התנגדות הביאה תועלת כאמור, ראוי לפסוק למתנגדים גמול ושכר טרחה הולם; לצד זאת, בפסיקת שכר הטרחה והגמול למתנגדים, על בתי המשפט להידרש גם לשאלה אם ההתנגדות גרמה לעיכוב וסרבול אישור הסדר הפשרה, ובכך למעשה הזיקה לחברי הקבוצה המיוצגת; ובהתאם ייתכנו מקרים שבהם יהיה מקום לפסוק הוצאות לחובת מתנגדים שהגישו התנגדויות סרק” (רע”א 582/20 תלרז נ’ שופרסל בע”מ, פסקה 9 ((25.7.2021).

10. הנה כי כן, לערכאה הדיונית נתון תפקיד מכריע בפיקוח והגנה על עניינם של חברי הקבוצה ועל האינטרס הציבורי בפשרה ייצוגית, וחוק תובענות ייצוגיות נותן בידה שורה של כלים המסייעים לה בתפקידה. ולאחר שנערכו כל הבדיקות הנחוצות, לבית המשפט נתונה סמכות רחבה שבשיקול דעת לדחות את הסדר הפשרה המובא לפניו, לאשרו, או להתנות את אישורו בשינויים שהוא סבור שנדרש לבצע בהסדר ([סעיף 19\(ד1\) לחוק](#)).

עוד יצוין, כי ככל שההסדר אושר וההליך הייצוגי הסתיים בדרך של פשרה – בית המשפט יפסוק גמול ושכר טרחה למייצגי הקבוצה. בהקשר זה, הלכה היא כי ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בשיקול דעתה של הערכאה הדיונית בנוגע לסכום ההוצאות ושכר הטרחה, והלכה זו כוחה יפה גם בהליכים המוגשים מכוח חוק תובענות ייצוגיות (ראו, למשל, ע”א 6121/21 כרמי נ’ שלמה תחבורה (2007) בע”מ, פסקה 7 (27.12.2021); עניין חלפון, פסקה 79). עם זאת, בהליכים מסוג זה מתחם ההתערבות בפסיקת גמול ושכר טרחה הוא רחב יותר בהשוואה להליכים אזרחיים “רגילים” – בהינתן השלכות הרוחב הנודעות להליכים הייצוגיים; ובשים לב לתמריץ הגלום בגמול ובשכר הטרחה לניהול והגשה של תובענות ייצוגיות ראויות וכאלה שמקדמות אינטרסים ציבוריים חשובים.

מן הכלל אל הפרט

11. הסדר הפשרה אושר על ידי בית המשפט המחוזי לאחר שעמד לביקורת שיפוטית מקיפה, בהתאם למנגנון המפורט שנקבע בחוק תובענות ייצוגיות. בכלל זה ההסדר

פורסם לציבור ועבר תחת עינו הפקוחה של היועמ"ש, שלא מצא מקום להתנגד לו; וכן התקבלה התנגדותם של המערערים, שנדונה ונבחנה לגופה בפסק הדין. בהתאם להיכרותו עם טענות הצדדים בבקשת האישור, ולאחר ששקל את השיקולים הרלוונטיים המנויים בחוק, הגיע בית המשפט המחוזי לידי מסקנה שיש לאשר את הסדר הפשרה שהובא לפניו – וכך הורה.

התנגדות המערערים להסדר הפשרה מתמקדת בחסרונות הגלומים בהסדר זה מבחינת חברי הקבוצה – ואכן חסרונות ישנם. הצדק עם המערערים כי בהתאם להסדר הפשרה שאושר, חלק משמעותי מחברי הקבוצה אינו זכאי להטבה מהוט מובייל (להערכתה של הוט מובייל מדובר בכמחצית מהקבוצה); וייתכן שגם בקרב הזכאים להטבה, יהיו חברי קבוצה שלא ינצלו אותה או שהיא תהיה חסרת ערך מבחינתם. אלא שהתמקדות בחסרונות אלה, ובהם בלבד, חוטאת לתכליתו של מוסד הפשרה בהליך ייצוגי – שכפי שפורט באריכות לעיל נועד לאפשר לחברי הקבוצה "לקנות" את הסיכון הכרוך מבחינתם בהמשך ההתדיינות, תוך קבלת סעד מהיר וודאי.

12. ויבואר: בנסיבות המקרה דנן, הסיכון כי בקשת האישור תידחה מבלי שיינתן סעד כלשהו לטובת הקבוצה הוא ממשי, ועיון בכתבי הטענות מלמד כי משוכות בלתי מבוטלות עומדות בדרכם של חברי הקבוצה לפיצוי המבוקש. ראשית יאמר, כי בניגוד להליכים ייצוגיים רבים אחרים העוסקים בהודעות ספאם – במקרה שלפנינו כלל לא ברור כי מדובר בהפרת הדין מצידה של הוט מובייל. בהתאם להסכמי ההתקשרות בין הצדדים, נראה כי חברי הקבוצה נתנו הסכמתם לקבלת תוכן שיווקי מאת הוט מובייל; ובין הצדדים נטושה מחלוקת אם הודעה המיידעת את הלקוחות על הטבה שהם זכאים לה (מצד שלישי) מהווה "הודעת פרסומת" לפי חוק התקשורת, אם לאו.

זאת ועוד. בניגוד להליך אזרחי "רגיל", בהליך ייצוגי לא ניתן לפסוק פיצוי ללא הוכחת נזק מכוח חוק התקשורת. בבקשת האישור נטען לנזק לא-ממוני, אלא שפסיקת הפיצוי כפופה להוכחה וכימות של הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה – משימה לא פשוטה כלל ועיקר המוטלת לפתחו של מבקש האישור. בתוך כך, לא מן הנמנע שלא ניתן יהיה לפסוק פיצוי אחיד לכל אחד מחברי הקבוצה בדרך של אומדנא – שכן לטענת הוט מובייל מבין חברי הקבוצה יש מטבע הדברים מי שכלל לא פתח את הודעת הפרסומת שנשלחה לו; יש מי שפתח אך לא קרא אותה; יש גם מי שקרא ודווקא מצא בה עניין; וכיוצא באלה מקרים שבהם לא נגרם לחברי הקבוצה נזק כלשהו. יתרה מזאת, לדברי הוט מובייל הודעת ההטבה ללקוחותיה נשלחה על ידה באופן חד פעמי, ובעקבות הגשתה של בקשת האישור היא חדלה לחלוטין מלעשות כן. ועוד לדבריה, בהיבט של הנזק

הנטען יש לייחס משקל ממשי גם לעובדה שחברי הקבוצה הסכימו לקבלת תוכן שיווקי מהוט מובייל.

13. נמצאנו למדים כי הסדר הפשרה מאגד בתוכו יתרונות וגם חסרונות מנקודת מבטם של חברי הקבוצה, כאשר החסרונות שעליהם הצביעו המערערים הולמים את גודל הסיכון עבור הקבוצה הכרוך בהמשך ההתדיינות. זאת המסקנה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי – שיוזכר כי ניהל לא רק הליכים מקדמיים אלא אף דיון הוכחות בבקשת האישור; ואיני רואה טעם מבורר להתערב בשיקול דעתו בנדון. אפילו ניתן היה להשיג הסדר טוב יותר מבחינתם של חברי הקבוצה, אין די בכך כדי להצדיק התערבות מצידה של ערכאת הערעור.

יש להוסיף ולהבהיר כי בבואו של בית משפט לדון בבקשה לאישור הסדר פשרה, ככלל יש חשיבות לבירור ולכימות שוויה של ההטבה המוצעת לקבוצה. בהקשר זה, סעיף 19 לחוק תובענות ייצוגיות מורה כי שומה על בית המשפט לתת דעתו ל- "פער בין הסעד המוצע בהסדר הפשרה לבין הסעד שחברי הקבוצה היו עשויים לקבלו אילו היה בית המשפט מכריע בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה"; ומידע זה מסייע בידי בית המשפט בבואו לבחון אם מדובר בהסדר "ראוי, הוגן וסביר" מבחינתם של חברי הקבוצה. בענייננו, הצדדים העריכו את שווי ההטבה לקבוצה בסכום כולל של 4 עד 8 מיליון ש"ח; ואולם אין למעשה חולק כי מדובר בשווי פוטנציאלי בלבד, שניתן להניח כי לא ינוצל על ידי חברי הקבוצה במלואו – וייתכן שאף לא ברובו. למעשה, הסדר הפשרה אושר מבלי שנתברר שוויה הממשי של ההטבה שהובטחה לקבוצה, וממילא גם לא נתברר הפער שבין שווי ההטבה ובין הפיצוי שהיה נפסק לחברי הקבוצה אם התובענה היתה מתקבלת; והדבר עשוי להצדיק במקרים מסוימים התערבות בפסק הדין שבו אושר ההסדר. אך לא זה המצב במקרה דנן.

בשים לב לקשיי ההוכחה שעליהם עמדתי לעיל, ובפרט בכל הנוגע להוכחת הנזק הנטען, ייאמר בזהירות המתבקשת כי התועלת הגלומה בבקשת האישור מבחינתם של חברי הקבוצה נחזית כמצומצמת – ומתמצה בעיקר באכיפה של הדין במבט צופה פני עתיד. בנסיבות שבהן נראה כי יש אפשרות סבירה שההליך הייצוגי ממילא לא היה מניב פיצוי כספי לחברי הקבוצה, הנתון בדבר שוויה הריאלי של ההטבה הניתנת לקבוצה מאבד במידה רבה מחשיבותו. כפי שציינה חברתי השופטת ר' רונן, בירורן של שאלות עובדתיות מסוג זה כרוך לא פעם בעלויות בלתי מבוטלות ואף עלול לסרב את מנגנון הפשרה המוסכם – למשל בשל הצורך במינוי בודק, או בהשקעת משאבים בביצוע בדיקות מיכוניות שונות. במקרים שבהם לכתחילה התועלת הגלומה בהליך הייצוגי היא

מוגבלת, כבמקרה שלפנינו, ייקור וסרבול הפשרה עלול להפוך אותה לבלתי כדאית עבור הצדדים – וזאת שלא בטובתה של הקבוצה.

14. ומכאן לסכומי הגמול ושכר הטרחה שנקבעו בפסק הדין. בית המשפט המחוזי אישר את המלצת הצדדים בנדון, ופסק למבקש בבקשת האישור גמול בסך 95,000 ש"ח ולבא כוחו שכר טרחה בסך 305,000 ש"ח. כידוע, אחד השיקולים המרכזיים בפסיקת גמול ושכר טרחה הוא מידת התועלת שצמחה לחברי הקבוצה מההליך הייצוגי (ראו סעיף 22(ב)(2) ו-23(ב)(1) לחוק), ובהקשר זה לא פעם נודע משקל משמעותי לשוויה בפועל של ההטבה בהתאם להיקף שבו היא מומשה על ידי הקבוצה. אלא שכאמור לעיל, בענייננו עיקר ההישג של ההליך הייצוגי הוא אכיפת הדין לעתיד – ולא בפיצוי של חברי הקבוצה בגין נזקיהם הנטענים (והמוכחים על ידי הוט מובייל). בנסיבות אלה, אינני מוצאת פגם בכך שבית המשפט המחוזי פסק את הגמול ושכר הטרחה מבלי לקשור אותם להיקף מימוש ההטבה בפועל; ואין לטעמי הצדקה להתערבות בשיקול הדעת הרחב הנתון לערכאה הדיונית בעניינים אלה.

אין אמנם חולק כי כריכת הגמול ושכר הטרחה בשווי ההטבה כפי שתמומש בפועל על ידי הקבוצה, יוצרת תמריץ ממשי למייצגים לקדם את ביצועו המיטבי של הסדר הפשרה ואגב כך את תועלתם של חברי הקבוצה. במקרים מסוימים אף נמצא שיש לגזור את הגמול ושכר הטרחה כאחוז מסוים מהפיצוי שישתלם בפועל לחברי הקבוצה ("שיטת האחוזים"; ראו: ע"א 2046/10 עזבון המנוח משה שמש נ' רייכרט, פ"ד סה(2) 681 (2012), להלן: עניין רייכרט). ואולם שיטה זו אינה מתאימה לשימוש בכל הליך ייצוגי; ומכל מקום נסיבותיו של עניין רייכרט, שבו נקבעה שיטת האחוזים, היו ייחודיות – מבחינת התמשכות ההליכים, היקף הפיצוי שנפסק לטובת הקבוצה ומידת ההשקעה שנדרשה ממיצגי הקבוצה. המקרה שבו אנו עוסקים שונה בתכלית, וכפי שכבר צוין הרכיב הדומיננטי בהסדר הפשרה שאושר אינו פיצוי הקבוצה – אלא אכיפה של הדין והסדרת פעילות לעתיד.

כך או אחרת, פסיקת גמול ושכר טרחה אינה פעולה אריתמטית. היא נתונה לשיקול דעתה של הערכאה הדיונית בהתאם למכלול הנסיבות הקונקרטיות; ומדובר באחד הכלים המרכזיים המשמשים את בית המשפט להכוונת שימוש יעיל וראוי בתובענה הייצוגית (ע"א 7593/21 פיינטוך נ' אלוניאל בע"מ, פסקה 7 (9.6.2022); ע"א 689/16 נסאר נ' עיר השעשועים בע"מ, פסקה 13 (7.5.2018)). הסכומים שנפסקו על ידי בית המשפט המחוזי לבשן ולבא כוחו הם אמנם על הצד הגבוה, ואולם מפסק הדין עולה כי לגישתו סכומים אלה משקפים נאמנה את מידת ההשקעה שנדרשה בהליך ואת התועלת

שבכל זאת צמחה ממנו עבור הקבוצה. כפי שכבר צוין, איני סבורה כי מדובר באחד מאותם מקרים המצדיקים התערבות מצד ערכאת הערעור.

107 דבר

15. בסיכום הדברים יש לשוב ולציין, כי בבואו לדון בבקשה לאישור הסדר פשרה נדרש בית המשפט להשקיף על ההסדר המוצע במבט רחב, תוך שהוא בוחן את היתרונות והחסרונות שבו על רקע חזקותיו וחולשותיו של ההליך הייצוגי שבגדרו הושג ההסדר. התנגדות המערערים, לעומת זאת, מתמקדת אך ורק בחסרונותיו של ההסדר – ובכך חוטאת לתכליתו של מוסד הפשרה. בנסיבות המקרה נמצא כי ההטבה המוצעת לקבוצה הולמת את התועלת המוגבלת הגלומה בבקשת האישור ואת סיכוייה שאינם מן המשופרים, ועל כן אין יסוד לטעמי להתערבות בפסק הדין. ומאחר שעיקר התועלת כאמור היא באכיפת הדין לעתיד, אף איני מוצאת כל פסול בכך שבית המשפט המחוזי נמנע מלקבוע את הגמול ושכר הטרחה כנגזרת של מימוש ההטבה בפועל.

משכך, אם תישמע דעתי נדחה את הערעור ונחייב את המערערים בהוצאות המשיבים 1 ו-2 בסך של 5,000 ש"ח לכל אחד (ובסך הכל 10,000 ש"ח).

ש ו פ ט ת

השופט ח' כבוב:

1. עיינתי בחוות הדעת המפורטת והמנומקת של חברתי השופטת ר' רונן, ואני מסכים עם האמור בה, כמעט לכל אורכה. בתוך כך, מסכים אני למסקנתה הסופית, אליה הצטרפה גם חברתי השופטת ע' ברון, ולפיה – חרף התנגדותם של המערערים, יש להותיר את אישור הסכם הפשרה על כנו. יחד עם זאת, בכל הנוגע לשיעורי הגמול ושכר הטרחה שנפסקו לטובת התובע הייצוגי ובאי כוחו – סבורני כי אין ענייננו באותם מקרים חריגים בהם ראוי לה לערכאת הערעור להתערב בשיקול דעתה של הערכאה הדיונית. על כן, מצאתי לנכון לצרף את קולי לחוות דעתה של השופטת ע' ברון, ולהמליץ גם כן על דחיית הערעור, על כל חלקיו, תוך חיוב המערערים בהוצאות.

2. העניינים הטעונים דיון במסגרת הערעור הנוכחי, כפי שגם גודרו אלו בחוות הדעת של חברותיי, הם שניים עיקריים: ראשון, הוא האם קיים למתנגדים מעמד להעלות טענותיהם ביחס להסכם הפשרה – על כך ענו חברותיי בחיוב, ומסקנתן בנדון מקובלת

כאמור גם עליו; ושני, האם נוכח טענות המתנגדים ביחס להסכם הפשרה, לגופן – יש מקום להתערב בקביעותו של בית משפט קמא. בתוך כך, הסכימו חברותיי כי ראוי ונכון בנסיבות העניין להותיר את אישור הסכם הפשרה על כנו. אך לצד זאת, נחלקה דעתן אשר לשאלה האם יש מקום להתערב ברכיבי הגמול לתובע הייצוגי ושכר הטרחה לבאי כוחו, כפי שאלו נפסקו על-ידי בית משפט קמא.

3. כך, בעוד שהשופטת ע' ברון סבורה כי לא נפל פגם בשיקול דעתו של בית משפט קמא, אף לא בסכומי הגמול ושכר הטרחה שנפסקו על-ידו – כך שאין מקום להתערב בקביעותו בנדון; השופטת ר' דונן סבורה, כי שגה בית משפט קמא בכך שאישר כי שיעורי הגמול ושכר הטרחה לא יותנו בשאלה מהי התועלת אותה יפיקו חברי הקבוצה, בפועל. כאמור, במחלוקת שנפלה בין חברותיי בעניין זה – דעתי כדעת השופטת ע' ברון, ואבאר מדוע.

4. בקצירת האומר – כטעם ראשוני ועיקרי, אין אני סבור שענייננו באותם מקרים חריגים המצדיקים התערבות בשיקול דעתה של הערכאה הדיונית בקביעת גובה הגמול ושכר הטרחה, ואין לי אלא להצטרף למלוא הנימוקים והטעמים אשר פורטו בחוות דעתה המנומקת של השופטת ע' ברון; וכטעם שניוני, אך חשוב לא פחות, סבורני כי גם שיקולים של מדיניות משפטית רצויה, מוליכיני לאותה מסקנה. זאת גם, ובפרט, בהתייחס להסדרי פשרה מסוג "שוברים" (או "קופונים") – וכפי שגיליתי דעתי בנדון, בעבר. אשר לכך, מצאתי להוסיף מספר מילים ביחס לסוגיית פסיקת גמול ושכר טרחה בהסדרי "שוברים", כפי זה נושא הערעור שלפניי.

פסיקת גמול ושכר טרחה – הסדרי "שוברים"

5. בבואנו לבחון את שיעורי הגמול ושכר הטרחה שנפסקו לתובע המייצג ובא כוחו – נקודת המוצא המוסכמת, כאמור, היא כי אין זו מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בשיקול דעתה של הערכאה הדיונית. כוחה של הלכה זו יפה גם בהליכים המוגשים מכוח חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות; וראו, מיני רבים: רע"א 582/20 תלרז נ' שופרסל בע"מ, פסקה 7 (25.07.2021)), אך זאת לצד ההכרה שבמקרים כגון אלה, מתחם ההתערבות יהא רחב יותר בהשוואה להליכים אזרחיים "רגילים" (ראו, מיני רבים: ע"א 689/16 נסאר נ' עיר השעשועים (07.05.2018); ע"א 3640/13 ארגס נ' יוניליוור ישראל מזון בע"מ, פסקה 3 (07.01.2014)).

6. העקרונות לאורם נדרשת הערכאה הדיונית לפסוק גמול ושכר טרחה קבועים בסעיפים 22 ו-23 לחוק תובענות ייצוגיות, כאשר אין מדובר ברשימה ממצה של שיקולים. לאחר עיון בנימוקי פסק דינו של בית משפט קמא – סבור גם אני, כי אין

המקרה שלפנינו מצדיק התערבותו של בית משפט זה. כמפורט בחוות דעתה של השופטת ע' ברון, הכרעתו של בית משפט קמא היא מבוססת ומנומקת, והיא מושתתת על אותם עקרונות ושיקולים המנויים בחוק. בתוך כך, עמד בית משפט קמא, בין היתר, על המאמצים שהושקעו על-ידי התובע הייצוגי ובא כוחו, כמו גם העובדה שהצדדים ניהלו הליך הוכחות, אשר רק לאחריו השכילו להגיע לכדי פשרה. בראי אלה, ובהתאם להתרשמותו הבלתי אמצעית של בית משפט קמא מהתנהלות הצדדים לפניו – נקבעו שיעורי הגמול ושכר הטרחה, כפי שנקבעו על-ידי.

7. אכן, גם מעיני לא נעלמה העובדה שחרף אי-התנגדותו להסדר הפשרה בכללותו, סבור היה היועץ המשפטי לממשלה שישנם מספר רכיבים שראוי היה לשרם. בתוך כך, הצביע היועץ המשפטי לממשלה, בדומה לעמדתו העקבית בנדון, על הקושי הטמון בהסדרי "שוברים", ובפרט – על הקשיים והדגשים הראויים לסוגית פסיקת גמול ושכר טרחה בגדרם. לעניין זה הודגש, כי לאור קשיים אלה, ראוי ככלל "להצמיד" את תשלום הגמול ושכר הטרחה לסכום השוברים אשר ימומשו בפועל (לדיון נרחב בסוגיה זו ראו: אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים מא 5, 10 (2011) (להלן: קלמנט פשרה והסתלקות); אמיר ויצנבליט "ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות" משפטים מג 351, 400 (2013) (להלן: ויצנבליט)). אולם, כאמור, היועץ המשפטי לממשלה הותיר עניין זה לשיקול דעתה של הערכאה הדיונית – וזו שקלה ובחנה, ולאחר דברים, קבעה את שקבעה.

8. ודוק, מבלי לגרוע מן החשיבות הנודעת לשמיעת קולו של היועץ המשפטי לממשלה, הלכה היא כי לבית המשפט שמור שיקול דעת רחב בנוגע לאישור הסדרי פשרה, ואין הוא מחויב לאמץ את עמדתו. אכן, היועץ המשפטי לממשלה הוא מי שאמון על שמירת האינטרס של חברי הקבוצה – בפרט; ועל שמירת האינטרס הציבורי במוסד התובענה הייצוגית, בכלל. נקודת המוצא לעניין זה היא כי עמדתו מסייעת לבית המשפט בהרחבת היריעה ובקבלת מלוא התמונה, טרם הכרעתו בסוגיה אשר עשויה לחרוג מדלת אמותיו של הסכסוך העומד לפניו. משכך, גם מקום בו עמדתו לא תתקבל, עצם שמיעתה מסייעת לבית המשפט בעיסוקו במלאכת השיפוט, בחקר האמת ובעשיית משפט צדק (ראו: חאלד כבוב, רעות אברהם-גדליה ונדב קליין "המאסדר כידידו של בית המשפט – שאלת סמכותו של בית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר" (טרם פורסם), זמין כאן: http://www7.tau.ac.il/blogs/law/tag/%D7%97%D7%90%D7%9C%D7%91-%D7%9B%D7%91%D7%95%D7%91).

9. אומנם, במידה מה, נעדרת מפקס דינו של בית משפט קמא התייחסות, ייחודית, לטיבו של הסדר הפשרה כהסדר "שוברים" – ובפרט, בראי השלכותיו ככזה על סוגית

הגמול ושכר הטרחה, תוך התייחסות לקשיים עליהם הצביע היועץ המשפטי לממשלה. אולם, אין באמור כדי לשנות מכך שאין, גם לטעמי, בנסיבות העניין – הצדקה להתערב בקביעתו זו של בית המשפט. לצד זאת, בשל החסר שנמצא, מצאתי להרחיב קמעה אשר להשלכות טיבו של ההסדר על סוגית הגמול ושכר הטרחה – מטעמים של שיקולי מדיניות רצויה, בכלל; ובנסיבות העניין כאן, בפרט.

10. הנחת היסוד היא, כי "הקטר המניע את רכבת התובענות הייצוגיות" – הוא האינטרס הכלכלי (עע"מ 2978/13 מי הגליל-תאגיד והביוב האזורי בע"מ נ' יונס, פסקה כ (23.07.2015) (להלן: עניין יונס)). הסדרי פשרה המגובשים בגדרם של הליכים אלה, מהווים "קניית" הסיכון הגלום בניהול ההליך המשפטי עד תום, עבור כל אחד מן הצדדים. זאת, ככל פשרה, בכל הליך אזרחי. אולם, הליך התובענה הייצוגית נבדל מן ההליך האזרחי הרגיל, בכל זאת, בכל הנוגע לגיבושן של פשרות כאמור – וזאת, בשל "בעיית הנציג" המובנית בו.

ביטויה, עשוי להימצא בפשרות המבקשות להיטיב עם התובע המייצג ובאי כוחו, על חשבון חברי הקבוצה – וזאת, בין היתר, על דרך של שיפור שיעורי הגמול ושכר הטרחה. במקרה זה, עשויים התובע הייצוגי ובא כוחו להעדיף, הלכה למעשה, את האינטרס האישי שלהם, על-פני האינטרס של חברי הקבוצה – ורצונם לקבל גמול ושכר טרחה, עלול להשפיע אף על דרך עיצוב האינטרסים של הצדדים להסדר, ובכך – על טיבו ואופיו של ההסדר המתגבש, בכללותו (ראו: רע"א 3832/17 לוין נ' פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ, פסקה 12 (04.07.2017)); וכן בר"מ 4303/12 אינסלר נ' המועצה האזורית עמק חפר, פסקה 13 (22.11.2012); עניין יונס, פסקה כ')).

11. "שומר הסף" המופקד על שמירת האינטרס של חברי הקבוצה בפשרות מעין אלו – הוא בית המשפט (סעיף 18(א) לחוק תובענות ייצוגיות; וראו גם: גיל אוריון וזיו שוורץ "מנגנונים לפיקוח על מימושה של הפשרה בהליך הייצוגי" עלי משפט ט 147, 150-160 (2011) (להלן: אוריון ושוורץ); קלמנט פשרה והסתלקות, 10). בתוך כך, המלצת הצדדים אשר לשיעורי הגמול ושכר הטרחה מהווים עבורו המלצה בלבד, ובית המשפט אינו מחויב באימוצה כחלק מאישור תנאי הפשרה (סעיף 18(ז)(2) לחוק תובענות ייצוגיות).

12. כפי שנקבע לא אחת, ארבעת השיקולים המרכזיים אשר מנחים את בית המשפט בבואו לקבוע את שיעור הגמול ושכר הטרחה, הם – איזון בין עידוד הגשת תובענות ייצוגיות ראויות, לבין הצורך למנוע הליכי סרק; התנהלותם של התובע הייצוגי ובא כוחו, במטרה להביא להתנהלות יעילה והוגנת; החשיבות הציבורית שבניהול התובענה; ומידת ההצלחה שנחל התובע המייצג בהליך (ראו: סעיפים 22-23 לחוק תובענות

ייצוגיות; ע"א 2046/10 עזבון המנוח שמש נ' רייכרט, סה(2) 681, פסקה 2 (23.05.2012) (להלן: עניין רייכרט)).

13. בעניין רייכרט נקבעה שיטת האחוזים כדרך האומדן המקובלת והשכיחה למקרים בהם ניתן סעד כספי במסגרת ההליך (עניין רייכרט, פסקאות 10-11; עניין יונס, פסקה מח). אך גם הודגש, בפסיקות מאוחרות יותר, כי שיטת האחוזים היא "נקודת המוצא" בלבד, ובית המשפט אינו מחויב לשיטה זו ככל שקביעתו הולמת את השיקולים המנויים בסעיפים 22-23 לחוק תובענות ייצוגיות.

14. עוד נקבע בעניין רייכרט, כי ראוי לשאוף, עד כמה שניתן, ששיעורי הגמול ושכר הטרחה יחושבו על-פי סכום הפיצוי אשר נגבה על-ידי הקבוצה בפועל, ולא בהתאם לסכום התביעה או הסכום שהוערך על-ידי הצדדים והוסכם בהסדר הפשרה (עניין רייכרט, 8). שכן, קיומה של הלימה כאמור, מגשרת במידה מה על הפער שעשוי להיווצר בין שוויו הנחזה של הסדר הפשרה, לבין שוויו בפועל (ראו: אלון קלמנט "הפער בין שוויו הנחזה לשוויו הממומש של הסדר פשרה בתובענה ייצוגית" משפט ועסקים כ' 1 (2016) (להלן: קלמנט שווי נחזה מול שווי ממומש); D. Brooks Smith, *Class Action and Aggregate Litigation: A Comparative International Analysis*, 124 Penn St. L. Rev. 303, 330 (2020) (להלן: Smith)). דברים אלה מקבלים משנה תוקף בכל הנוגע להסדרי "שוברים", אשר כפי שיפורט להלן, אחד הקשיים המובנים בהם – הוא הקושי באומדן שווי הטבה.

15. ודוק, ברבות השנים התפתחו והתקבעו הסדרי פיצוי שונים במסגרת הליכים של תובענה ייצוגית – ובכלל זאת, הוכרו גם "הסדרי שוברים". כהגדרה רחבה, הסדרי שוברים הם הסדרי פשרה בהם הפיצוי שמוענק לחברי הקבוצה איננו פיצוי כספי ישיר – אלא, פיצוי בדמות הטבה או הנחה חלקית לרכישת שירות או מוצר אותם מספק הנתבע. מטבע הדברים, קבלת אותה הטבה מחייבת על-פי רוב המשך התקשרות עם הנתבע או ביצוע פעולה אקטיבית מצד חברי הקבוצה, לצורך קבלתה.

16. אכן, דרך המלך לקביעת מנגנון פיצוי היא במתן סעד כספי לכלל חברי הקבוצה. אולם, המציאות מלמדת כי קיימים מקרים בהם נסיבות המקרה אינן מאפשרות לעשות כן. כך למשל, במקרים בהם אין יכולת מעשית לאתר את חברי הקבוצה, או כאשר הדבר אפשרי אך כרוך בעלויות גבוהות מידי, אשר כתוצאה מהן יצטמצם פיצוי חברי הקבוצה לסכום זעום בלבד. באותם מקרים, רשאי בית המשפט להורות על כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה או לטובת הציבור – והכל על מנת להגשים את תכלית פיצוי חברי הקבוצה (על מקרים בהם התעורר קושי באיתור חברי הקבוצה, ראו למשל: ת"צ (מחוזי ת"א) 16623-04-12 לוי נ' פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ, פסקה 56

(12.06.2020) (להלן: עניין לוי); ע"א 10085/08 תנובה - מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח ראבי ז"ל, פסקה 46 (04.12.2011); ת"צ (מחוזי חי') 10425-03-16 דהאן נ' אדיר ד.י. סחר בע"מ (05.02.2017); וכן, אביאל פלינט וחגי ויניצקי תובענות ייצוגיות 646 (2017) (להלן: פלינט וויניצקי)).

17. בעניין אחר שהובא לפניי, גיליתי דעתי אשר לטיבם של הסדרי שוברים מעין אלו, אשר הפכו נפוצים יותר ויותר בשנים האחרונות. אני סבור, כי חרף הקשיים הלא מבוטלים המצויים בהסדרים מסוג זה, במקרים מסוימים מדובר בהסדר שהוא כבחינת "רע במיעוטו" (ת"צ (מחוזי ת"א) 24675-10-13 הררי נ' צבאן בכור – תכשיטים בע"מ, פסקה 30 (30.08.2020) (להלן: עניין צבאן)). נקודת המוצא למתן פיצוי כאמור, הוא שהחלופה ליתן פיצוי כספי ישיר לכל אחד מחברי הקבוצה הנפגעת – אינו אפשרי, אינו מעשי או כרוך בעלויות גדולות מידי שאינן הולמות את שווי הפיצוי (וכפי שנטען בענייננו כאן). כן הדגשתי, כי במקרים כגון אלה ראוי שבית המשפט יידרש להסדרים מסוג זה – תחת בחינה מוגברת, תוך שהוא ער, ומתייחס, לבעיות המובנות בהם.

18. ודוק – סוגית פיצוי חברי הקבוצה במסגרת הסדרי "שוברים" זכתה לדיון וביקורת בפסיקה ובספרות המשפטית – הן בישראל, הן במדינות המשפט המקובל (לדיון מורחב, ראו: Smith, 323-333; פלינט וויניצקי, 666-671; קלמנט שווי נחזה מול שווי ממומש, 19-28; ויצנבליט, 394-403; רע"א 9167/10 012 סמייל טלקום בע"מ נ' Mandap, פסקה 11 (26.05.2013) (להלן: עניין טלקום)). וכן ראו את הדיון הער סביב קשיים אלו בבתי המשפט המחוזיים: ת"צ (מחוזי ת"א) 1424/09 אלדד גוטמן נ' נביעות-טבע הגליל בע"מ, פסקה 10 (17.07.2011); ת"צ (מחוזי מר') 17466-12-09 דן גינר נ' מגדל מקפת קרנות פנסיה וקופות גמל בע"מ, פסקה 15 (07.07.2013); ת"צ (מחוזי מר') 42344-12-10 קרשובר נ' מאיר חב למכוניות ומשאיות בע"מ (07.07.2013)).

19. עיקר הביקורת נובע מן העובדה שבמקרים לא מעטים ממומש אך חלק קטן מסכום הפיצוי, כך שהלכה למעשה – הפיצוי שיינתן בפועל, נמוך משמעותית מזה שהוערך ואושר על-ידי בית המשפט, מלכתחילה. בין ההסברים המשויכים להטיה זו – היא העובדה שקבלת ההטבה מחייבת את הנפגע להמשיך ולהתקשר עם הנתבע שלכאורה פגע בו; שלעיתים קבלת ההטבה מותנית בהשקעת משאבים נוספים מטעם הנפגע (כגון במקרה של הנחה על רכישת מוצר נוסף – וראו, לדוגמא: בש"א (מחוזי ת"א) 5590/08 קריטנשטיין נ' מסעדת טורקז בע"מ (30.03.2009)); הצורך במימוש אקטיבי, שבלעדיו לא ניתנת כל הטבה (השוו: עניין טלקום, פסקה 11) – כך שעקב הטיות פסיכולוגיות כגון "הטיית ברירת המחדל" והצורך בפעולה אקטיבית (Opt-In), מימוש ההטבה יופחת (ראו למשל: מיה בר הלל, אוריאל פרוקצ'יה, "פרק ב: כלכלה התנהגותית" הגישה

הכלכלית למשפט 71, 93 (2012); וכן מן הטעם שבניגוד לחברי הקבוצה, לנתבע קיים תמריץ ברור והפוך מחברי הקבוצה – להוביל למימוש מינימאלי של ההטבה.

20. לאור מאפיינים אלה, קיימים קשיים לא מבוטלים בהסדרים מעין אלה – והמרכזיים שבהם, לטעמי, הם הקושי בהערכת שווי ההטבה הניתנת, וכן הקושי לוודא כי ההטבה אכן ממומשת על-ידי חברי הקבוצה (עניין צבאן, פסקאות 59-63). שני קשיים אלה, משפיעים מניה וביה גם על סוגית פסיקת גמול ושכר טרחה, וקביעת שיעורם – והם מוצאים ביטויים גם בהסדר הפשרה שלפנינו.

21. במובן זה, המנגנון המוצע על-ידי השופטת ר' רונן נועד להפחית מעוצמתם של קשיים אלו. כך, הצמדת שיעור הגמול ושכר הטרחה לשווי השוברים אשר ימומשו בפועל על-ידי הקבוצה, מצמצמת את "בעיית הנציג" – הן בעת עיצוב הסדר הפשרה (ex ante), הן בשלב ביצועו ("ex post"). שכן, ככל שניתן להוביל למצב בו לצדדים להליך יהיו אינטרסים מנוגדים, הרי שבפועל, ההליך יקבל שוב מאפיינים של הליך אדברסרי, בו מלאכת השמירה על אינטרס חברי הקבוצה נמצאת על כתפיו של התובע הייצוגי.

כך, בכל הנוגע לשלב ביצוע ההסדר, מציב מנגנון זה לצדדים אינטרסים מנוגדים. שכן, כנגד אינטרס הנתבע למימוש מינימאלי, אינטרס התובע הייצוגי ובא כוחו הוא השאת המימוש. לעניין זה, עומדים לתובע הייצוגי ובא כוחו כלים שונים לפיקוח על קיום ההסדר – הן במישור "ההסכמי", הן במישור "השיפוטי" (להרחבת הדיון בעניין זה ראו: רע"פ 7148/98 עזרא נ' זלזניאק, נג(3) 337, פסקה 5 (1999); רע"א 1837/19 בוכריס נ' המשבב עיבוד שבבי (1994) בע"מ, פסקה 10 (29.08.2019)).

וכך גם מראש, נקיטת מדיניות כאמור – יש בה כדי להכווין את התנהגות הצדדים, ולהשפיע על אופן עיצוב הפשרות עוד בשלב המקדמי. במובן זה, יגבר האינטרס של התובע המייצג ובא כוחו לעמוד על עיגון מנגנון שיבטיח מימוש מקסימאלי של השוברים, או למצער – מנגנון שיאפשר פיקוח אפקטיבי על אופן המימוש, לאחר אישור הפשרה. למעשה, מדיניות זו מפחיתה את האינטרס של התובע ובא כוחו לחבור לנתבע ולפגוע באפשרות מימוש השוברים, במטרה להעלות את סכום הפשרה.

22. בבחינת ההסדר שלפנינו – אף לו הייתי סבור כי עניינו באותם מקרים חריגים המצדיקים התערבותה של ערכאת הערעור, לגופם של דברים – לא השתכנעתי שיש בידי התובע המייצג ובא כוחו אפשרות, מעשית, להפעיל פיקוח אפקטיבי שיוביל למימוש רב יותר של השוברים (ראו: פלינט וויניצקי, עמ' 597-598; אוריון ושוורץ, 167-170; קלמנט פשרה והסתלקות, 87; ויצנבליט, 400). בנסיבות אלה, ולצד העמדה העקרונית, בה

הבעתי תמיכתי גם בעבר, אינני סבור שהמקרה שלפנינו נמנה על אותם מקרים בהם ראוי להתנות את שכר הטרחה בסכום המימוש בפועל.

23. ועוד אציין – כי לו הייתי סבור שיש מקום לשנות את המנגנון המוצע, לגופו, השינוי אותו הייתי מציע הוא דווקא במישור אחר – והוא יצירת מנגנון אשר יבטיח את סכום הפיצוי שישולם על-ידי הנתבעת, כסכום ההטבה הנחזה במסגרת הסדר הפשרה. כך שבתום תקופת המימוש, שווי ההטבה שלא "תנוצל" על-ידי חברי הקבוצה (כפי שזו הוערכה במסגרת הסדר הפשרה), תועבר לקרן לניהול וחלוקת כספים שנפסקו כסעד, אשר הוקמה מכוח סעיף 27א לחוק תובענות ייצוגיות. פיצוי בדרך זו משרת שתי תכליות: הראשונה, כי ניתן פיצוי לחברי הקבוצה באמצעות פעילות הקרן אשר מטיבה עם כלל הציבור; והשנייה, כי ניתן בפשטות לוודא שמלוא שווי ההטבה ניתן, ובאופן זה לשמר את תכלית ההרתעה הקבועה בחוק (אפשרות מתן הפיצוי בדרך זו מעוגנת בסעיף 20(א)(3) לחוק; וראו, למשל, הצעתי בנדון בעניין צבאן, פסקה 69).

24. כך או אחרת, כאמור, אין המקרה שלפנינו מצדיק התערבות של ערכאת הערעור. כפי שציננה השופטת ע' ברון בחוות דעתה, הסכומים שנפסקו על-ידי בית משפט קמא הם אומנם על הצד הגבוה, אולם הם משקפים לעמדתו נאמנה את מידת ההשקעה שנדרשה מטעם התובע הייצוגי ובא כוחו, כמו גם את התועלת שצמחה ממנו עבור הקבוצה. בתוך כך, יש ליתן את הדעת, בפרט, לתועלת הגלומה בהסדרה עתידית לקבוצה – שהיא ממילא, אינה ניתנת לאומדן כספי גרידא (ע"א 7593/21 פיינטוך נ' אלוניאל בע"מ, פסקה 8 (09.06.2022); עניין צבאן, פסקה 80; עניין לוי, פסקה 51).

25. כפי שציננתי בפתח דבריי, גם שיקולים של מדיניות משפטית רצויה, מובילים לטעמי לאותה מסקנה. כאמור, פשרות בכלל – ובהליך התובענה הייצוגית בפרט – הן דרך ראויה לסיומם של הליכים משפטיים, והן טומנות בחובן יתרונות משמעותיים. כך היא קניית הסיכון שבניהול ההליך, והבטחת סעד מהיר וודאי לחברי הקבוצה – מבחינת הצדדים עצמם; וכך הוא החיסכון הבלתי מבוטל במשאבים כספיים עבור הצדדים – ועבור המערכת בכללותה (ע"א 7122/19 היועץ המשפטי לממשלה נ' ממן, פסקה 13 (11.04.2022); פלינט וויניצקי, 597-598). משכך, ולא בכדי, הרי שנכון לעת זו – הדרך העיקרית לסיום הליכים ייצוגיים, היא על דרך הפשרה או ההסתלקות (ראו: קרן וינשל-מרגל ואלון קלמנט "יישום חוק תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" משפטים מה 709, 738 (2016)).

26. בראי כל אלה, בבחינת אישורן של פשרות על-ידי הערכאה הדיונית, כמו גם בחינת מידת התערבותה של ערכאה זו – עלינו לזכור, כי מדיניות נוקשה, מידי, בפסיקת גמול ושכר טרחה, עשויה ליצור "אפקט מצנן" בקרב התובעים הייצוגיים ובאי כוחם

מפני גיבושן של פשרות שראוי לגבש. התערבותה של ערכאה זו במקרים כגון אלה צריך שתעשה במשורה בלבד, ובמקרים חריגים בהם נדמה, על-פני הדברים, כי לא הושגה כל תועלת ממשית בהסדר המוצע או כאשר קיים חוסר הלימה משמעותי בין שיעורי הגמול ושכר הטרחה לבין שוויה הנחזה של ההטבה. כאמור, לא כך הוא המקרה שלפנינו.

27. על כן, כאמור, מצאתי לנכון לצרף את קולי לחוות דעתה של השופטת ע' ברון, ולהמליץ גם כן על דחיית הערעור, על כל חלקיו, תוך חיוב המערערים בהוצאות המשיבים 1 ו-2 בסך של 5,000 ש"ח לכל אחד (ובסך הכל 10,000 ש"ח).

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות של השופטת ע' ברון והשופט ח' כבוב, כנגד דעתה החולקת של השופטת ד' רונן, לדחות את הערעור תוך חיוב המערערים בהוצאות המשיבים 1 ו-2 בסך 5,000 ש"ח לכל אחד (ובסך הכל 10,000 ש"ח).

ניתן היום, ו' בכסלו התשפ"ג (30.11.2022).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת