



## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 19-07-47735 עינבר נ' לאדילה אונליין בע"מ

מספר בקשה: 18

לפני כבוד השופט טל חבקין, סגן נשיא

המבקשת: נאוה עינבר

נגד

המשיבים: 1. לאדילה אונליין בע"מ  
2. אברהם לירן רפי  
3. לאדילה ברקוביץ  
4. מיסן אליחי  
5. ספיר סילב

### פסק דין

בקשה לאישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית שעילתה הפרות של סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 ("חוק התקשורת").

#### בקשת האישור המקורית

1. המבקשת הגישה בקשה לאישור תובענה ייצוגית בטענה שהמשיבה 1 ("המשיבה"), חברה שעסקה במכירת ביגוד באמצעות אתר אינטרנט, שלחה לה ולאחרים כמותה הודעות פרסומת מבלי שהתקיימו התנאים המנויים בסעיף 30א לחוק התקשורת. באופן קונקרטי נטען כי ביום 7.6.2015 רכשה המבקשת סנדלים באתר האינטרנט שמפעילה המשיבה. כחלק מתהליך הרכישה היא נרשמה כלקוחה, מסרה את מספר הטלפון הנייד שלה, ואישרה את התקנון אשר כלל סעיף הקובע שהרשמה מגבשת הסכמה למשלוח דיוור במסרונים ובדואר אלקטרוני. עוד צוין בתקנון כי בכל שלב ניתנת למשתמש אפשרות להסיר את עצמו מרשימת התפוצה באמצעות מנגנון הסרה שנמצא בכל דיוור או מסרון. נכתב כי אם לא מתאפשר למשתמש להסיר את עצמו מרשימות התפוצה מכל סיבה שהיא, יש ליצור קשר בטלפון (שמספרו הופיע) כדי שהמשיבה תסירו מהרשימה. בקשת הסרה תבוצע תוך שבעה ימים.

2. סמוך לאחר ההרשמה החלה המבקשת לקבל הודעות פרסומיות. היא קיבלה 9 הודעות. ביום 15.3.2019 היא ביקשה מהמשיבה להסירה מרשימת הדיוור. לאחר מכן קיבלה מסרונים נוספים ושלחה שלוש הודעות הסרה נוספות, ללא הועיל. היא המשיכה לקבל הודעות פרסומיות



## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 47735-07-19 עינבר נ' לאדילה אונליין בע"מ

לאחר מכן. המבקשת טוענת כי דרך ההסרה (באמצעות קישור) אינו עומדת בהוראות חוק התקשורת; ובאופן כללי משלוח הודעות הפרסומת – למצער לאחר שחלפו שבעה ימים מאז שהמבקשת ביקשה לראשונה להסירה מהרשימה – מנוגדת לחוק ומזכה בפיצוי. המבקשת הגדירה את הקבוצה שביקשה לייצג כך: כל מי שקיבל מאת המשיבה בשבע השנים שלפני הגשת בקשת האישור ובמהלך ניהול ההליך דברי פרסומת כאשר אין בידי המשיבה אישור מפורש למשלוח דברי פרסומת; דבר הפרסומת נשלח על ידי המשיבה לאחר מתן הודעת סירוב מצד הנמען; דבר הפרסומת אינו עומד בדרישות הצורניות הקבועות בסעיף 30א לחוק התקשורת לרבות בקשר לדרך משלוח הודעת סירוב. כסעדים עתרה המבקשת ליתן צו מניעה קבוע האוסר על המשיבה לשגר הודעות המעודדות הוצאת כספים למי שלא אישר זאת במפורש בכתב ומראש; לפסוק פיצוי לטובת חברי הקבוצה, בין בהשבה בין באמצעות מנגנון חלופי; לפסוק גמול לתובע המייצג ושכר טרחה לבא כוחו. ברישה של בקשת האישור נדרש סעד כספי של 200 ש"ח לכל חבר קבוצה; אך בסעיף 84 לבקשת האישור התבקש 250 ש"ח בגין כל דבר פרסומת שנשלח לאחר בקשת הסרה. המבקשים עתרו לשכר טרחה בשיעור של 25% מגובה הפיצוי הכללי ולגמול מיוחד בשיעור של 5% ממנו.

### התשובה לבקשת האישור המקורית

3. בתשובה לבקשת האישור טענה המשיבה כי מאז שהוגשה בקשת האישור פעילותה הופסקה כליל. בעיקרו של דבר נטען כי המבקשת נתנה הסכמה לקבלת דברי פרסומת; כי אין אינדיקציה לכך שזולת המבקשת חברי קבוצה אחרים קיבלו דברי פרסומת לאחר שביקשו הסרה, ולכן התובענה אינה מתאימה לבירור כייצוגיות; כי הדיוור הפרסומי עומד בדרישות החוק; כי לא נגרם למבקשת נזק.

### צירוף המשיבים 5-2

4. בהמשך תוקנה בקשת האישור כך שהיא תופנה גם נגד המשיבים 5-2 ("המשיבים"), מנהלים במשיבה, בטענה לאחריות אישית בגין הפרת חוק התקשורת (החלטה מיום 25.2.2020).

5. ביום 2.12.2020 התקיימה ישיבת תזכורת בבקשת האישור מתוקנת, טרם שהוגשה תשובת המשיבים. בית המשפט (סגנית הנשיא (כתוארה אז) ס' רסלר-זכאי) שוחח עם הצדדים על הסיכונים וסיכויים הנוגעים לניהול בקשת האישור נגד המשיבים. זאת לאחר שנטען כי המשיבה היא חברה ריקה מתוכן שנמצאת בהליך של פירוק מרצון. לאחר מכן הועבר התיק לטיפול.



## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 47735-07-19 עינבר נ' לאדילה אונליין בע"מ

### הבקשה המקורית לאישור הסדר הפשרה

6. ביום 8.3.2021 הגישו הצדדים בקשה לאישור הסדר פשרה. המשיבים טענו כי המשיבה אינה פעילה מעל שנה; הם אינם מועסקים בה (אם כי נותרו בעלי מניות בה). לטענתם, נודע לה כי חברת ביטאיט בע"מ שלחה את דברי הפרסומת עבור המשיבה, וכתוצאה מתקלה טכנית במערכת הדיוור בתקופת פעילותה של המשיבה, נמנעה מעשרות נמעניה האפשרות להסיר את עצמם מרשימת הדיוור. לפי תצהיר ודוח שסיפקה החברה האמורה, נשלחו בטעות 407 מסרונים לחברי הקבוצה וזאת לאחר שביקשו להסיר את עצמם מרשימת התפוצה. אי לכך, לצורך הסכם זה וסיום ההליך בין הצדדים, תוך ששניהם שומרים על טענותיהם (לרבות טענות המשיבים שפעלו כדין), הם הגיעו להסדר פשרה שפרטיו כדלקמן:

א. המשיבים מתחייבים לשלם את הפיצוי המרבי שהתבקש בבקשת האישור – 100 ש"ח לכל אחד מחברי הקבוצה (ולא יותר מ-41,000 ש"ח) שיינתן באמצעות שובר הטבה דיגיטלי, וזאת בתמורה לסילוק סופי ומוחלט של הטענות, הדרישות והתביעות בקשר למשלוח המסרונים. יצוין במאמר מוסגר כבר כאן כי בבקשת האישור התבקש פיצוי מסך של 250 ש"ח למסרון שנתקבל לאחר הסרה, כך שלכאורה הצהרה זו של הצדדים אינה נכונה.

ב. הסכום הכולל שישלמו המשיבים במסגרת הסדר זה, לרבות עבור הטבה כאמור לעיל, שכן טרחה וגמול, לא יעבור את הסכום הכולל של 104,165 ש"ח כולל מע"מ.

ג. במסגרת שובר ההטבה יהיה זכאי כל אחד מחברי הקבוצה להטבה אחת אשר, לצורכי יעילות וניהול ארצי, תינתן באמצעות אתר חברת תפוזנט – פתרונות לשיווק ופרסום בע"מ ("חברת ההטבות") מתוך רשימה הכוללת 15 הטבות שונות מרשתות שיווק שונות ששוויין בשוק החופשי הוערך כדלקמן:

מוצר	איסוף מרשת	מחיר שוק
בקבוק חימום דגם באני	ורדינון	240 ש"ח
שמיכת חורף ליחיד מיקי פייס	ורדינון	240 ש"ח
שתי פיצות משפחתיות, בקבוק שתיה ומשלוח	פיצה האט	150 ש"ח
ארוחה זוגית, צ'יפס ושתיה	אגאדיר	170 ש"ח
סיר סוּטאז' דגם מנהטן	נעמן	399 ש"ח
אלבום שטוח 30/30 כולל משלוח	WOW אלבומים	287 ש"ח
חלוק מגבת לילדים מיקי/מיני	ורדינון	240 ש"ח
מכונת תספורת טיטניום מקצועית	סמיקום	189 ש"ח





## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 19-07-47735 עינבר נ' לאדילה אונליין בע"מ

2 כרטיסים באמצע השבוע	חמי עין גדי	200 ש"ח
טיול סגווי בזכרון יעקב	סגווי segs	180 ש"ח
מארז 2 מגבות פנים ו-2 מגבות ידיים	ורדינון	240 ש"ח
חלב גוף מועשר 200 מ"ל וסובן נוזלי	SABON	170 ש"ח
משקפי שמש מהקולקציה החדשה	אופטיקנה	399 ש"ח
כרית קומפורט רכה	ורדינון	300 ש"ח
2 כרטיסי כניסה למעיינות חמי טבריה ושימוש במתקנים	חמי טבריה	190 ש"ח

ד. אתר ההטבות לא יספק את השובר בלבד, אלא ינהל את משלוח ההטבות באמצעות מערכותיו וכל תפעול עמוד הנחיתה שאליו יופנו חברי הקבוצה. כמו כן, אתר ההטבות יספק שירות ללקוחות חברי הקבוצה, לרבות תמיכה טלפונית, והצדדים לא יהיו אחראים לטיב ההטבה.

ה. כל חבר קבוצה יקבל מסרון שבו קישור לעמוד ייעודי באתר ההטבות עבור חברי הקבוצה, שבו יוכל לבחור אחת מההטבות. ככל שיש חבר קבוצה שזכאי ליותר מהטבה אחת, יישלחו אליו מספר מסרונים המודיעים לו על הטבות נוספות המגיעות לו. יובהר כי מדובר בהטבה, ראשונה, שניה, שלישית וכן הלאה.

ו. המשיבים יישאו בעלות כל הטבה בסך של 100 ש"ח בין אם שובר ההטבה ימומש בין אם לאו. הסכום הכולל הוא סכום הפיצוי לקבוצה (עד 41,000 ש"ח כאמור).

ז. שווי שובר ההטבה הוא כ-240 ש"ח בממוצע. לפיכך, שוויה המצרפי של ההטבה הוא כ-100,000 ש"ח.

ח. ההטבה תהיה ניתנת לניצול במשך שלושה חודשים מהמועד שבו פסק הדין יהפוך לחלוט.

ט. לדעת הצדדים, מדובר בהטבה בשווי גבוה משמעותית ביחס להסדרי פשרה שנעשו בתובענות דומות, ובפרט בהתחשב בכך שההטבה הניתנת לחברי הקבוצה אינה מותנית ברכישת מוצרים או שירותים כלשהם מהמשיבים. הטבה זו היא בשיעור גבוה מזה שאושר בת"צ (מחוזי ת"א) 15-05-10591 גלסברג נ' פסגות השקעות בע"מ (27.3.2019). מאחר שחברי הקבוצה פזורים ברחבי הארץ, הסכימו הצדדים כי מימוש ההטבה ייעשה בפריסה ארצית.





## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 47735-07-19 עינבר נ' לאדילה אונליין בע"מ

י. אשר לאופן מימוש ההטבה: חברת ההטבות תשלח לחברי הקבוצה מסרון בנוסח שיאושר על ידי בית המשפט המודיע להם על אפשרות מימוש ההטבה. ככל שההטבה לא תמומש, יישלח מסרון נוסף תוך חודשיים. כל חבר בקבוצה יוכל להיכנס לאתר ההטבות ולממש את ההטבה. כל עלויות מימוש ההטבה, לרבות משלו המסרונים, יחולו על המשיבים.

7. הצדדים עתרו לפטור מפרסום בעיתונות וממינוי בודק. כמו כן הם עותרים להשבת אגרה ולפטור מהמחצית השנייה של האגרה.

8. הצדדים המליצו שישולם למבקשת גמול מיוחד בסך של 10,000 ש"ח ולבא כוח הקבוצה סך של 45,440 ש"ח ומע"מ. כמו כן המשיבים ישפו את המבקשת בגין המחצית הראשונה של האגרה.

9. הבקשה נתמכה בתצהירים של הצדדים ובאי כוחם שכלל טובות ההנאה שיקבלו במסגרת הסכם הפשרה מפורטים בהסכם.

10. לאחר שעיינתי בהסכם הפשרה, סברתי שאין מקום להורות על פרסומו משום שהוא מעורר קשיים. על כן החלטתי לקיים דיון במעמד הצדדים.

### הדיון בבקשה לאישור הסדר הפשרה המקורי ושינויו בהתאם להמלצת בית המשפט

11. ביום 29.6.2021 התקיים דיון. בית המשפט עמד על קשיים הלכאוריים שהוא רואה בהסדר כדלקמן:

א. בסעיף 15 להסכם הפשרה צוין שהצדדים לא יהיו אחראים לטיב ההטבה שניתנת על ידי חברת צד ג'. כלומר, הצדדים לא אחראים למעשה לביצוע הסכם הפשרה. הדבר עלול ליצור הכבדה והתדיינות במקרה שהוא לא יקוים מסיבה כלשהי.

ב. ככלל, מאחר שידוע מי הם חברי הקבוצה, נראה לבית המשפט שעדיף לפסוק פיצוי כספי שיועבר לחברי הקבוצה. מאחר שהמשיבים התחייבו לשלם 100 ש"ח בגין כל הטבה, פשוט וקל יותר לתת 100 ש"ח לכל חבר בקבוצה במקום לתת שובר מתנה. מאחר שהמשיבים הסכימו לשלם בסך הכל כ-104,000 ש"ח, אפשר לשנות את התמהיל כך שחברי הקבוצה יקבלו פיצוי גדול יותר מזה שהוסכם עליו. בהקשר זה ראוי להזכיר כי סעד כספי לחברי הקבוצה, כשניתן לזהותם ולהעניקו



## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 19-07-47735 עינבר נ' לאדילה אונליין בע"מ

להם, הוא הכלל, וסעד אחר הוא יוצא מן הכלל (סעיף 23(ג)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006). הסדר הפשרה לא נותן לכך ביטוי. הצדדים טענו אומנם ששווי ההטבה גבוה יותר, אך בית המשפט העריך שחברי הקבוצה יעדיפו לקבל כסף (במיוחד אם מדובר בסכום גבוה מ-100 ש"ח להודעה) ולנצלו כראות עיניהם במקום לקבל הטבה ממתחם מוגבל של אפשרויות, הטבה שניצולה כרוך בטרחה, מוגבל בזמן, ושיש חשש מובנה שהיא לא תנוצל בשל כך. אפשר היה לשקול להעדיף הטבה על תשלום אם שוויה היה גדול במידה ניכרת מהסכום בעין, אך מאחר שההטבה ממילא אינה העיקר, אלא הרתעה, אין לכך משמעות.

ג. כדי לאשר את שווי השוק של ההטבות יש מקום כנראה למנות בודק שיבדוק סוגיה זו. בית המשפט לא שוכנע ששווי ההטבות שהציעו הצדדים משקף את שווי השוק שלהן. לשווי השוק יש גם לשקלל את הטרחה הכרוכה במימוש ואת מגבלת הזמן שעליה הסכימו הצדדים.

ד. שכר הטרחה והגמול שהציעו הצדדים לכאורה אינו סביר ואינו מידתי ביחס לשווי התועלת לחברי הקבוצה. את רוב התשלום מקבל בא כוח מייצג, ולא הקבוצה. יושם אל לב שבבקשת האישור התבקש להעמיד את שכר הטרחה על 25% משווי ההטבה ואת הגמול המיוחד על 5%. בפועל הוסכם ששכר הטרחה יהיה מעל 100% מהסכום שהקבוצה מקבלת.

12. לנוכח קשיים אלה, הציע בית המשפט לשקול לשנות את הסדר הפשרה כך שסך של 80,000 ש"ח במזומן יגיע לחברי הקבוצה. היתרה (20,000 ש"ח) תתחלק כשכר טרחה וגמול בין התובעת המייצגת ובא כוחה. שכר הטרחה ישולם לאחר ביצוע ההסדר, וכשתנוח דעתו של בית המשפט שמספיק מחברי הקבוצה קיבלו את הכסף בפועל. בית המשפט הזכיר שלפי הלכת **רייכרט** (ע"א 2046/10 **עזבון שמש נ' רייכרט**, פ"ד סה(2) 681 (2012)) שכר טרחה צריך להיות נגזר מהביצוע ולא מסכום ה"קופון", וכן עמד על שיעורי שכר טרחה מקובלים כפי שנסקרו בהלכה זו. כמו כן הציע בית המשפט שאם יוצג מאמץ סביר להביא את הפשרה לידיעת חברי הקבוצה ועדיין חלק ניכר מהפיצוי לא ישולם, היתרה תועבר לקרן תובענות ייצוגיות, ועם התשלום, או למצער מאמץ סביר של התובעת ובא כוחה לגרום לכך שהסכום יועבר לקרן, תקום זכאות לשכר טרחה. כלומר, תוטל חובת פיקוח על ביצוע ההסדר. בית המשפט הציע שאם תהיה הסכמה להצעה זו, שבית המשפט היה מעורב בגיבושה, היא תאושר לפי הלכת **סבו** (רע"א 8479/02 **סבו נ' רשות שדות התעופה בישראל** (15.12.2008)), ויינתן פטור מחלק מהפרוצדורה הקבועה בסעיפים 18 ו-19 לחוק תובענות ייצוגיות.

13. המשיבים והמשיבה הסכימו להצעה מיד. כמו כן הסכימו שככל שהתשלום שישלמו לא יעלה על 100,000 ש"ח כולל גמול ושכר טרחה, הם מסכימים לשינוי החלוקה הפנימית בין הפיצוי



## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 19-07-47735 עינבר נ' לאדילה אונליין בע"מ

שיינתן לקבוצה ובין הגמול ושכר הטרחה שייפסקו לבא כוח התובעת המייצגת, תוך שהתירו את החלוקה לשיקול דעת בית המשפט.

14. המבקשת, המבקשים ובא כוחם ביקשו שהות לשקול, וכן לטעון לעניין סכום הגמול ושכר הטרחה. זאת מאחר שלשיטתם, הסכום שהציע בית המשפט כגמול ושכר טרחה הוא נמוך מדי בשים לב לתועלת שהושגה לקבוצה.

### הטיעון המשלים מצד המבקשת ובא כוחה

15. המבקשת ובא כוחה הגישו טיעון משלים ובו טענו, בעיקרו של דבר, כי הם סבורים שהסכם הפשרה שהוצג משרת נאמנה את האינטרס של הקבוצה. הוא הושג לאחר משא ומתן ארוך ומפרך שהביא בחשבון שהמשיבה אינה פעילה ונטולת נכסים, ושהמשיבים אינה עובדים בה מעל שנה. היו אלה המבקשת ובא כוחה שהתאמצו להשיג לקבוצה את טובות ההנאה מושא הסדר הפשרה, ולכן לא היה מקום, לשיטתם, לעמוד על הקשיים שנכללו בהסדר הפשרה אשר פוגעים במבקשת ובבא כוחה שלא לצורך. היה ניתן לעשות זאת במסגרת דיון מחוץ לפרוטוקול.

16. אף על פי כן המבקשת ובא כוחה מסכימים להצעת בית המשפט, אך מבקשים לטעון לעניין הגמול וההוצאות. הם מבקשים שהמבקשת תקבל סך של 10,000 ש"ח ובא כוחה יקבל 27,000 ש"ח בתוספת מע"מ כדין. המבקשת טוענת שקיבלה חמש הודעות לאחר משלוח הודעת הסרה כך שאם הייתה מגיעה תביעה אישית, הייתה זוכה לפיצוי בסך של 5,000 ש"ח לפי 1,000 ש"ח להודעה ללא הוכחת נזק. על כן יש מקום לפסוק לה פיצוי שיביא בחשבון את הסיכון שנאה בו. סכום נמוך מכך אינו נותן תמריץ מספיק להגשת תובענה כגון דא. אשר לשכר טרחה, בא כוח המבקשת מפנה להחלטות אחרות שבהן אושרו סכומים, לפי הנטען, גבוהים מהמבוקש כאן: ת"צ (מחוזי ת"א) 18424-02-19 **ברקוביץ נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ** (7.1.2020) (אושר פיצוי בסך של 160,000 ש"ח ושכר טרחה בסך 125,000 ש"ח); ת"צ (מחוזי מ"ר) 51760-03-20 **חאיק נ' אפטר יו בע"מ** (10.6.2021) (אושר פיצוי בסך של 30,000 ש"ח לקבוצה המונה 30,000 חברים, שכר טרחה בסך של 15,000 ש"ח ומע"מ וגמול בסך של 3,000 ש"ח); ת"צ (שלום ת"א) 58293-01-19 **ביטון נ' ווליוקארד בע"מ** (10.3.2020) (ניתנה הטבה בסך של 93,000 ש"ח ואושר שכר טרחה בסך של 32,000 ש"ח ומע"מ); ת"צ (שלום ת"א) 2669-10-16 **זילברג נ' לבנה דני שירותים פיננסיים בע"מ** (29.4.2018) (נפסקה הטבה בהיקף כולל של 250,000 ש"ח ואושר שכר טרחה בסך של 66,000 ש"ח); ת"צ (מחוזי י-ם) 50447-06-15 **אביב נ' פלאפון בע"מ תקשורת בע"מ** (18.6.2018) (אושר פיצוי בסך של 400,000 ש"ח ושכר טרחה בסך של 120,000 ש"ח); ת"צ (מחוזי ת"א) 497-02-11 **פרטנר תקשורת בע"מ** (20.8.2013) (אושרה הטבה בסך של 15 ש"ח ל-600,000 חברי קבוצה, ובית המשפט גמול בסך



## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 19-07-47735 עינבר נ' לאדילה אונליין בע"מ

של 200,000 ש"ח ושכר טרחה בסך של 409,000 ש"ח ללא קשר להיקף מימוש ההטבה וללא דרישת פיקוח).

17. מכאן שהבקשה הנוכחית לאישור הסדר פשרה, לאחר הצעות בית המשפט לתיקונה, היא לפסוק תשלום בפועל לחברי הקבוצה של סכום כספי שיוותר מסך של 100,000 ש"ח, לאחר תשלום אגרה (לרבות המחצית השנייה, שאין מקום לפטור ממנה), ובניכוי הסכום שישולם כגמול ושכר טרחת עורך דין. היתרה שלא תשולם לחברי הקבוצה בפועל תועבר לקרן תובענות ייצוגיות. אפנה אפוא לדון בשאלה אם יש מקום לאשר את הסדר הפשרה, ואם כן – מה הסכום שראוי לפסוק כגמול ושכר טרחה.

### דין והכרעה

18. נפתח בתשתית הנורמטיבית. במסגרת ההליך הייצוגי מבקשים תובע מייצג ובא כוחו לייצג קבוצה בלתי מסוימת של תובעים בכוח שלא הגישו בעצמם תובענה לבית המשפט, בשאלה עובדתית ומשפטית המשותפת לכל חברי הקבוצה. הואיל וקולם של חברי הקבוצה עצמם לא נשמע במסגרת ההליך אלא באמצעות אלה המבקשים לייצגם, מתפקידו של בית המשפט לוודא שהאינטרס של חברי הקבוצה ייוצג נאמנה ולא יקופח, ושתכליות ההליך הייצוגי – המנויות בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות – תוגשמה. פיקוח זה חשוב במיוחד כאשר מונח על הפרק הסדר פשרה, שאז האינטרס של התובע המייצג ושל בא כוחו לסיים את ההליך בהקדם ולזכות בגמול מיוחד ובשכר טרחה גבוהים ככל האפשר עלול לבוא על חשבון האינטרס של חברי הקבוצה לזכות בסעד הולם, ועל חשבון האינטרס הציבורי למגר את ההתנהגות הפסולה שבגינה הוגשה בקשת האישור. לנוכח ניגוד אינטרסים פוטנציאלי זה, המוכר כ"בעיית הנציג", סיום הליך ייצוגי על דרך הפשרה מותנה בפיקוח ובאישור מוקדם של בית המשפט, בהתאם למנגנון הקבוע בסעיפים 18-19 לחוק (לדיון בבעיית הנציג ראו אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה ייצוגית" משפטים 6 (2011)). סעיפים אלה מגדירים כיצד יש להגיש בקשה לאישור הסדר פשרה, מתווים את מהלך הדיון בה (לרבות פרסום הודעה לציבור ומתן אפשרות להתנגד להסדר שגובש), ומפרטים את השיקולים שיש לשקול טרם אישור ההסדר המוצע. בכלל זה נדרש בית המשפט לוודא כי הסדר הפשרה הוא הדרך ההוגנת, הסבירה והיעילה לסיום המחלוקת בעניינם של חברי הקבוצה; וכי סיום ההליך בדרך של פשרה מגשים את תכליות ההליך הייצוגי (סעיף 19(א) לחוק תובענות ייצוגיות; רע"א 3832/17 לוי נ' פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ, פסקה 12 (4.7.2017)). מקום שהסדר הפשרה מוגש לפני שניתן אישור לנהל את התובענה כיייצוגית, בית המשפט נדרש לבחון שהתובענה שהוגשה עומדת לכאורה בתנאים לאישור תובענה ייצוגית הקבועים בסעיפים 3, 4 ו-8(א) לחוק (סעיף 19(א) לחוק). בגדר החלטתו בבקשה לאישור הסדר פשרה, ישקול בית המשפט בין היתר את הפער בין הסעד המוצע







## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 19-07-47735 עינבר נ' לאדילה אונליין בע"מ

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

19. כאמור, סעיפים 8(א)(1) סיפה ו-19(א) לחוק תובענות ייצוגיות מצריכים לבחון אם יש אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות לחברי הקבוצה יוכרעו לטובת הקבוצה. לשם כך יש לבחון את עילת התביעה האישית של המבקשת ולהכריע בשאלה אם יש סיכוי סביר שהיא תוכרע לטובתה. אני סבור שיש להשיב על שאלה זו בחיוב, למצער ככל שמדובר בתביעה נגד המשיבה וביחס להודעות שנשלחו לאחר שחלפו שבעה ימים ממסירת בקשת הסרה. המשיבה אחראית לכאורה למשלוח דברי פרסומת לאחר שהמבקשת ביקשה להפסיק לשלוח אליה הודעות. מאחר שמערכת ההסרה היא אוטומטית, אין סיבה שלא להניח שהאופן שבו היא פעלה כלפי המבקשת, חל גם ביחס לאחרים, ולכן יש בנמצא קבוצה. בדיעבד ידוע שיש קבוצה שנשלחו לחבריה 407 מסרונים לאחר שנשלחה הודעת סירוב. מאחר שאין למעשה חולק שסעיף 30 א דורש הסכמה למשלוח מסרים פרסומיים, ושמסרים כאלה נשלחו לאחר שהמבקשת ביקשה הסרה, הסיכוי שהתובענה הייתה מאושרת נחזה להיות גבוה ביחס לחלק מהפרסומים לפחות. אשר לחיוב אישי של המשיבים, כמנהלים במשיבה, התמונה מורכבת יותר. בהינתן שהמשיבים לא הגישו תשובה לבקשת האישור נגדם, מקובל עלי שיש להניח – לצורך בקשה זו – שהתקיים סיכון סביר שהתובענה נגדם הייתה מאושרת. די בסיכון זה כדי לקבוע, לצורך בקשה זו, שיש אפשרות סבירה שניהול התובענה כייצוגית היה מאושר גם כלפיהם. התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(1) מתקיים אפוא.

20. כעת יש לבחון אם הסדר הפשרה המתקין, לאחר התיקונים שהוכנסו בו בהמלצת בית המשפט, הוא הסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה; אם ואם סיום ההליך בפשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת במחלוקת בנסיבות העניין (סעיף 19(א) לחוק תובענות ייצוגיות).



## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 19-07-47735 עינבר נ' לאדילה אונליין בע"מ

אני סבור שיש להשיב על כך בחיוב. סעיף 30א לחוק התקשורת נועד למגר את תופעת ה"דואר זבל" ("ספאם"). מאחר שהנוק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה מקבלת דואר זבל הוא עניין של מה בכך, תכליתו העיקרית של סעיף 30א לחוק התקשורת היא לתמרץ הגשת תובענות יעילות שמטרתן להרתיע מפני שימוש בדואר זבל, תוך הפנמת הנוק הכלכלי שהוא יוצר כמכלול. הדגש אינו על מתן פיצוי לחברי הקבוצה, אלא על הרתעה יעילה. דרישה זו אומנם מעוררת מתח מסוים עם סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע שלא ייפסק פיצוי ללא הוכחת נזק בתובענה ייצוגית לפי חוק התקשורת, אולם הפסיקה בכל זאת אישרה לפסוק פיצוי בגין הפרת החוק (רע"א 1621/16 Mega Advanced Mathematical System Ltd נ' זילברג, פסקה 10 (14.6.2016)). אני סבור שבשים לב לנסיבות כולן – העובדה שניתנה הסכמה למשלוח הודאות פרסומיות, ושהפרת החוק נובעת מתקלה במערכת הסרת הדיוור האוטומטית – ההפרות אינן במדרג חמור, והנוק החברתי שנגרם מהן הוא מוגבל. בנסיבות אלו, הרתעה באמצעות תשלום סך של 100,000 ש"ח מכיסם הפרטי של מנהלי המשיבה עונה היטב על תכלית סעיף 30א לחוק התקשורת, אם לא למעלה מכך.

21. שאלה שניה שיש לדון בה היא כיצד נכון לחלק את אותם 100,000 ש"ח (פחות סכום האגרה) בין הקבוצה ובין המבקש ובא כוחה. שאלה זו מגלה פנים לכאן ולכאן. מחד גיסא, אין לכחד שההסכם שהושג כאן, מבחינת שיקולי התרעה, הוא הסדר מניח את הדעת בשים לב לכמות ההפרות (שאינה על הצד הגבוה) ואינה במדרג חמור, ואף למעלה מכך. מאידך גיסא, אני סבור שההסדר המקורי שהושג מעורר קשיים ניכרים שעליהם עמדתי לעיל, ואלה מטים את הכף להפחית בגמול ובשכר הטרחה. עסקינן, למעשה, ב"פשרת קופונים" שלפיה כל אחד מחברי הקבוצה היה נדרש להשקיע מאמץ בקבלת הטבה ממגוון הטבות שצד שלישי אחראי לספקן. הערכת שווי ההטבות על ידי הצדדים לא עמדה במבחן, והם ביקשו לפטור עצמם ממינוי בודק ואף מאחריות לביצוע ההסכם. הצדדים הסכימו להמליץ לבית המשפט שרוב הסכום ישולם לשולם לבא כוח המייצג, ולא לקבוצה. הגם שכאשר עסקינן בתביעת ספאם, העיקר הוא בהרתעה ולא בנזק שנגרם לחברי הקבוצה – שיקול המטה את הכף לפסוק סכום גבוה יותר לבאי כוח. ובכל זאת, הסכמה שרוב הכסף יגיע לבא כוח, בלא תלות באחוז המימוש, כשהיא נלווית להסרת אחריות מביצוע ההסכם, וכשיש אפשרות שההטבות לא ימומשו ויפקעו תוך זמן קצר – אינה משרתת באופן מיטבי את האינטרס של חברי הקבוצה. הואיל והמשיבים הסכימו לשלם סך של 100,000 ש"ח בעין, הסכם פשרה המקנה לחברי הקבוצה כסף ממש משרת אותה טוב יותר, ולא ברור מדוע המבקשת ובא כוחה לא התעקשו ללכת בדרך זו מלכתחילה.

22. אכן, דינמיקה של משא ומתן היא כנראה שהובילה להסדר הפשרה שהושג בין הצדדים. עם זאת גם כשבית המשפט עמד על הקשיים בדיון (לאחר שקודם לכן עמד עליהם בכתב. ראו



## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 47735-07-19 עינבר נ' לאדילה אונליין בע"מ

החלטה מיום 8.3.2021, בא כוח המבקשת קבל על כך שבית המשפט ציין את הקשיים בפרוטוקול. אלא שזהו תפקידו של בית המשפט אגב דיון בבקשה לאישור הסדר פשרה בהליך ייצוגי, כשבעיית הנציג עלולה להתגלות במלוא חריפותה. בשלב זה מחויב בית המשפט לשמש פה לחברי הקבוצה הנפקדים מן ההתדיינות כשהוא סבור שאפשר להשיג עבורם הסדר טוב יותר – במידה לא מבוטלת – בנסיבות הקיימות. בית המשפט צריך להתרשם שההסדר הוא הוגן, סביר וראוי עבור חברי הקבוצה בנסיבות עניין. הסדר שתוצאתו עלולה להיות שחברי הקבוצה לא יממשו את ההטבות, הפוטר את הצדדים מאחריות למימושן, המקנה למבקשת ולבא כוחה גמול בשיעור ניכר ביחס לקבוצה בלא להטיל חובת פיקוח, וכששכר הטרחה והגמול (הגבוהים) ישולמו ללא קשר לתוצאות – אינו הוגן וסביר בהשוואה להסדר שהושג בסופו של דבר. על כן היה גם היה מקום לתת פומבי לקשיים הכרוכים בהסדר, בין היתר במטרה להכווין התנהגות לעתיד. יש לקוות שבפעם הבאה ייעשה מאמץ להשיג הסדר טוב יותר, והקבוצה תצא נשכרת.

23. בצד האמור, ומאחר שהעיקר בתביעת ספאם הוא הרתעה וזו הושגה כדבעי; ומאחר שיש מקום לתמרץ הגשת תובענות יעילות, ותובענה זו היא כזו, החלטתי כדלקמן: המשיבים 1-5, ביחד ולחוד, ישלמו סך של 100,000 ש"ח בחלוקה הבאה:

א. ישלמו את המחצית השנייה של האגרה וישפו את המבקשת על המחצית הראשונה.

ב. ישלמו סך של 6,000 ש"ח למבקשת כגמול מיוחד וסך של 22,000 ש"ח (כולל מע"מ) לבא כוחה כשכר טרחה.

ג. היתרה (עד לסך של 100,000 ש"ח) תחולק ב-407 המסרונים שנשלחו, והסכום שיתקבל ישולם לכל אחד מחברי הקבוצה במכפלת מספר המסרונים שקיבל. למשל, חבר קבוצה שקיבל 4 מסרונים, יקבל את הסכום האמור במכפלת 4. חבר קבוצה שקיבל 2 מסרונים יקבל את הפיצוי במכפלת 2, וכן הלאה. טבלה המפרטת את הזכאים ופרטיהם, לרבות הסכום שהתקבל מהחלוקה, מספר המסרונים שנשלח לכל אחד מחברי הקבוצה והסכום הכולל שיכל כל חבר בקבוצה, תוגש לאישור בית המשפט תוך 21 יום ממועד פסק הדין.

ד. המשיבים ידאגו לשלוח מסרונים והודעות דוא"ל (ככל שיש להם את כתובות הודעות הדוא"ל של חברי הקבוצה) על חשבונם בנוסח שיאושר על ידי בית המשפט המודיע לחברי הקבוצה על זכאותם. המסרונים והודעות הדוא"ל יישלחו בשלושה סבבים, בהפרש של שבועיים זה מזה. בהודעות דוא"ל יפורטו פרטי ההליך, פרטי הסכם הפשרה, סכום הזכאות, דרך חישובו, ואיך אפשר



## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 47735-07-19 עינבר נ' לאדילה אונליין בע"מ

לקבלו: באמצעות העברת פרטי חשבון בנק לצורך העברה בנקאית או בצ'ק. במסרונים יופיעו פרטים קצרים יותר וקישור לדף נחיתה שיכלול את המידע, או כל מנגנון דומה שיאושר על ידי בית המשפט.

ה. בחלוף חודש משלושת הסבבים והעברת התשלום בהתאם לדרישות שיתקבלו, יוגש דיווח לבית המשפט, נתמך בתצהיר, הכולל פירוט של התשלומים שבוצעו. או אז יורה בית המשפט על העברת היתרה לקרן תובענות ייצוגיות או יאריך את המועד לביצוע התשלום, כתלות בסכום שישולם בפועל.

ו. מחצית משכר הטרחה ומהגמול המיוחד ישולם עם מתן פסק דין זה. היתרה תשולם לאחר פיקוח של בא כוח המבקשת על ביצוע ההסדר על ידי המשיבים עד להעברת התשלום לקרן תובענות ייצוגיות. בהיעדר שיתוף פעולה מטעם המשיבים, יהיה בא כוח המבקשת אחראי להגיש בקשה מתאימה לבית המשפט.

24. לנוכח אופי התביעה והעובדה שאין מדובר בנזק של ממש אלא בהרתעה, אין צורך במינוי בודק. כמו כן, בשים לב למעורבות של בית המשפט בפרטי ההסדר, שוכנעתי שאין צורך בפרסום, ושניתן לאשרו וליתן לו תוקף של פסק דין מכוח הלכת סבו.

25. מאחר שהפחתתי אך מעט משכר הטרחה ומהגמול שביקשו המבקשת ובא כוחה, לא מצאתי מקום להידרש לפסיקה שהובאה לעיל. עם זאת אציין כי הנסיבות של חלק ניכר מהחלטות שהובאו שונות מעניינינו, ובהחלטה דנן הוקנה משקל מיוחד לקשיים הטמונים ב"פשרת הקופונים" שהוצעה אשר לאו דווקא נדונו בהחלטות האמורות.

### סוף דבר

26. הבקשה לאישור הסדר הפשרה מתקבלת. ניתנות הנחיות כדלקמן:

א. הגדרת הקבוצה שהסדר הפשרה חל עליה: כל מי שקיבל מהמשיבה מסרון פרסומי לאחר שמסר הודעת סירוב בשבע השנים שקדמו להגשת בקשת האישור ועד היום.

ב. התובעת המייצגת: נאוה עינבר;

בא כוח מייצג: עו"ד לירון פרמינגר.





## בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 47735-07-19 עינבר נ' לאדילה אונליין בע"מ

ג. עילת התובענה שלגביה יקום מעשה בי-דין: זכאות חברי הקבוצה לפיצוי מהמשיבים 5-1 בגין הפרות סעיף 30א לחוק התקשורת כלפיהם בתקופה שנמנתה בהגדרת הקבוצה.

ד. פרטי ההסדר, לרבות גמול מיוחד, שכר טרחה והתנאים לתשלומם: כמפורט בסעיף 23 לעיל.

ה. ב"כ הצדדים יגישו לאישורי תוך 21 יום את נוסח המסרון, הודעת הדוא"ל, אופן חישוב הפיצוי הפרטני ורשימת הזכאים.

ו. המשיבים יישאו במחצית השנייה של האגרה וישפו את המבקשת בגין המחצית הראשונה כאמור בתקנה 7(א)(3) לתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007 (במסגרת ה-100,000 ש"ח שנפסקו לחובתם, לא בנוסף). אין מקום לפטור מן המחצית השנייה של האגרה.

ז. המזכירות תמציא את פסק הדין לצדדים, וכן תשלח העתק ממנו למנהל בתי המשפט (לצורך רישומו בפנקס), ליועץ המשפטי לממשלה באמצעות פרקליטות מחוז תל אביב (אזרחי), ולקרן לתובענות ייצוגיות.

זכות ערעור לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו תוך 60 יום ממועד המצאת פסק הדין.

עיון תוך 21 יום למעקב.

ניתן היום, ט' באב התשפ"א, 18 ביולי 2021, בהעדר הצדדים.

טל חבקין, שופט, סגן הנשיא

