ת"צ 60981-07-22 בלום נ' ישרוטל ניהול מלונות (1981) בע"מ

לפני כבוד השופט מוחמד עלי

המבקשים:
1. **אריאל בלום**
ע"י ב"כ עוה"ד מתן ח' פריידין
2. **ערן דוידוביץ**
3. **שירה ציפורה כחלון**
ע"י עוה"ד א' שמילוביץ ו- ע' תום שנפ

נגד

המשיבה:
1. **ישרוטל ניהול מלונות (1981) בע"מ**
2. **ליאור רביב**
ע"י עוה"ד י' גרייבסקי ו-ע' דר

פסק דין

לפניי בקשה לאישור הסדר פשרה שהוגשה במסגרת בקשה לאישור תובענה כייצוגית לפי חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.

רקע ובקשת האישור

1. המשיבה, ישרוטל ניהול מלונות (1981) בע"מ, הנה חברה המפעילה בתי מלון בישראל ושירותים נלווים ומפעילה גם אתר אינטרנט ויישומון באמצעותם ניתן להזמין אירוח בבתי המלון. המבקש 1, וכן המבקשים 2 ו-3 שהם בני זוג, הם אזרחי ישראל שלטענתם ביצעו הזמנות לאירוח בבתי מלון באתר המשיבה. בקשת האישור הוגשה מכוח פרט 12 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: **החוק**), בעילה של הפרת סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: **חוק התקשורת**).

2. יצוין כי בקשת האישור הוגשה תחילה על ידי המבקש 1 בלבד, ובהמשך תוקנה הבקשה וצורפו המבקשים 2 ו-3 (ראו החלטתי מיום 6.10.2022). ההתייחסות תהיה אפוא לבקשת האישור המתוקנת, שמעתה ואילך תיקרא – **בקשת האישור**.

3. בקשת האישור הוגשה גם נגד המשיב 2 ונטען כי הוא אחראי להפרה בהיותו נושא משרה במשיבה. ואולם, בשלביו המוקדמים של ההליך הגישו המבקשים בקשת הסתלקות מבקשת האישור נגד המשיב 2, וביום 7.7.2024 ניתן פסק דין בו אישרתי להסתלק מהבקשה נגד משיב זה. לפיכך, בתיאור ההליכים וסקירת הטענות אתמקד בטענות נגד המשיבה בלבד.

4. במוקד בקשת האישור הטענה כי המשיבה שלחה בתפוצה נרחבת דברי פרסומת אסורים תוך הפרת הוראות סעיפים 30א לחוק התקשורת. לשיטת המבקשים המשיבה שלחה דברי פרסומת

באמצעות מסרונים ודוא"ל לרשימת התפוצה ללא קבלת הסכמתם המפורשת של הנמענים, והסתפקה ב"הסכמה נסתרת בתנאי השימוש" במעמד ביצוע ההזמנה שאינה מהווה, לשיטתם, הסכמה מפורשת כנדרש בחוק. המבקשים הוסיפו וטענו כי במקרים מסוימים המשיבה המשיכה ושלחה פרסומות אף לאחר הודעת סירוב ובקשה להסרה מרשימת התפוצה. בבקשת האישור סקרו המבקשים את ההיסטוריה החקיקתית של חוק התקשורת ואת תכליותיו, זאת במטרה לבסס את טענתם כי התנהלות המשיבה לא עולה בקנה אחד עם מטרות החוק, לרבות המטרה מאחורי הדרישה להסכמה מפורשת לקבלת דברי פרסומת. המבקשים טענו כי קיימת לכל אחד מהם עילת תביעה אישית. לטענתם, כל אחד מהם ביצע הזמנת אירוח באמצעות אתר המשיבה, ולא התבקשו, או לא זכור להם שהתבקשו, לתת הסכמה מפורשת לקבלת דברי פרסומת, וחרף זאת קיבלו הודעות במועדים שונים. המבקשים 1 ו-2 הוסיפו וטענו כי נמנעו מלבקש את הסרת פרטיהם מרשימת התפוצה על ידי לחיצה על קישור בשל חשש מנוזקות. המבקשת 3 טענה כי תחילה קיבלה דברי פרסומת דרך הדוא"ל, בחודש 9/2021 לחצה על קישור להסרתה מרשימת התפוצה, וחרף זאת המשיבה המשיכה לשלוח לה דברי פרסומת בדוא"ל ואף קיבלה מסרונים למספר הטלפון שלה לאחר מועד זה.

5. מלבד ההפרות הנטענות של סעיף 30א לחוק התקשורת, בקשת האישור התבססה על מספר עילות נוספות: הפרת חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין; עוולת הרשלנות לפי סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין והתעשרות שלא כדין לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979.

6. בבקשת האישור הוגדרה הקבוצה כלהלן: "**כל האנשים שקיבלו מהמשיבה, בשבע השנים האחרונות, דבר פרסומת ללא שנתנו את הסכמתם המפורשת לכך ו/או לאחר שהודיעו על סירובם, הכל, בניגוד להוראות סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982, וכתוצאה מכך נגרם להם נזק**".

7. המבקשים עתרו למספר סעדים ובכללם צו מניעה המורה למשיבה להימנע משליחת דברי פרסומת בניגוד להוראות סעיף 30א לחוק התקשורת וצו עשה המורה לה לשלוח דברי פרסומת רק לנמענים שנתנו את הסכמתם המפורשת לכך ולא מסרו הודעת סירוב. נוסף לכך המבקשים עתרו לפיצוי כספי לקבוצה שמספר חבריה הוערך על ידם בכ-125,000 נמענים לפחות, לפי פיצוי של 100 ₪ בגין כל דבר פרסומת. בהתאם לכך סכום הפיצוי הכולל עומד להערכת המבקשים על סך של כ-12,500,000 ₪.

התשובה לבקשת האישור

8. בתשובה לבקשת האישור טענה המשיבה כי דין הבקשה להידחות. ראשית נטען כי כל לקוח שמבצע הזמנה דרך אתר המשיבה מתבקש לאשר באופן פוזיטיבי את תנאי השימוש הכוללים סעיף ברור לפיו המזמין נותן הסכמה מפורשת לקבלת דברי פרסומת, וכי אישור זה מהווה תנאי להמשך

ביצוע ההזמנה. עוד נטען כי ההודעות כוללות אפשרות פשוטה ונוחה להסרה מרשימת התפוצה על ידי לחיצה על קישור. המשיבה הוסיפה וטענה כי דברי הפרסומת כוללים בעיקר מבצעים והנחות, שהם פרסום רצוי לנמענים, וכי מבדיקות שערכה עולה כי רובם המכריע של הלקוחות לא ביקשו להסיר את עצמם מרשימת התפוצה. המשיבה טענה כי בניגוד לגישתם של המבקשים, בקשת האישור לא משרתת את תכליותיו של חוק התקשורת, וכי על פי הפסיקה הסכמה הנכללת בתנאי השימוש מהווה הסכמה מפורשת, במיוחד כשמדובר בהסכם מקוון. נוסף לכך נטען כי מכל מקום חלים החריגים למשלוח דבר פרסומת ללא קבלת הסכמה מפורשת מראש הקבועים בסעיף 30א(ג) לחוק התקשורת. המשיבה גם טענה כי ביצוע ההזמנה נעשה לפי הפרקטיקה המקובלת במסגרת סחר מקוון ברשת, ולחילופין קיימת לה הגנה לפי סעיף 6 לפקודת הנזיקין משהיא פעלה לפי אמונה סבירה ובתום לב לקיומה של הרשאה חוקית לפעול כפי שפעלה. עוד העלתה המשיבה בתשובתה טענות שלדידה יש בהן כדי להפריך כל אחת ואחת מהעילות האישיות שהצביעו עליהן המבקשים, וכן נטען כי לא נגרם נזק למי מחברי הקבוצה ולא נפגעה פרטיותם. אשר לטענה כי המשיבה שלחה דברי פרסומת למי שהודיע על סירוב, השיבה המשיבה כי בבקשה מתואר מקרה יחיד שאינו מוכר לה ולא מתועד במערכותיה, ועל כן סביר כי לא התרחש כלל.

התגובה לתשובה

9. בתגובה לתשובה, טענו המבקשים כי עיקר המחלוקת הוא בשאלה האם סעיף ההסכמה שנכלל בתוך תנאי השימוש מהווה הסכמה מפורשת. לשיטתם, התשובה לשאלה זו היא בשלילה ומדובר בהסכמה כפויה שמסתתרת בתקנון. המבקשים הוסיפו וטענו שלא מתקיימים החריגים לדרישת ההסכמה המפורשת הקבועים בסעיף 30א(ג) לחוק התקשורת.

ההליכים עד כה

10. ביום 29.2.2024 התקיים קדם משפט ראשון במסגרתו הסכימו הצדדים, בהמלצת בית המשפט, לפנות להליכי גישור. בהמשך דיווחו הצדדים כי לא הצליחו להגיע להסכמות במסגרת הליכי הגישור וביקשו לקבוע את הבקשה לבירור, ובהתאם לכך נקבעה הבקשה לשמיעה.

11. עוד לפני בירור הבקשה, ביום 1.4.2025 הגישו הצדדים בקשה לאישור הסדר שהושג בעקבות הליך הגישור בפני המגשרת עו"ד אורית מלכא. יצוין כי ביום 18.2.2026 הגישו הצדדים הסדר פשרה מתוקן שעיקר התיקון בו ביטול ההטבה של הארכת תקופת החברות במועדון ללא תשלום, ובמקומה תתווסף הטבה של מתן נקודות, כפי שיפורט בהמשך. ההתייחסות תהיה אפוא להסדר המתוקן.

12. בהחלטתי מיום 1.4.2026 לא ראיתי לדחות את ההסדר על הסף והוריתי על פרסום מודעה על ההסדר בשני עיתונים יומיים וכן באתר המשיבה, כמו כן הוריתי על המצאת הסדר הפשרה לגורמים הרלוונטיים.

13. בעקבות הפרסומים והמצאת ההסדר, הגורמים המקצועיים במדינה באמצעות פרקליטות מחוז חיפה – אזרחי הגישו עמדתם ביחס להסדר, עליה אעמוד בהמשך.

14. ביום 1.7.2026 קיימתי דיון בהסדר הפשרה בנוכחות הצדדים ונציג הפרקליטות. הצדדים העלו את טענותיהם ומשכך בשלה העת להכריע בבקשה לאישור ההסדר. נפתח אפוא בפירוט ההסדר המוצע על ידי הצדדים.

פרטי הסדר הפשרה

15. הסדר הפשרה המונח לפניי כולל מספר הסכמות בין הצדדים, הן לפיצוי חברי הקבוצה על ידי מתווה שיתואר להלן והן התחייבות להסדרה עתידית (שחלק ממנה כבר בוצע). הצדדים ציינו כי הסדר הפשרה מובא לאישור בית המשפט כמקשה אחת, וכי ככל שבית המשפט לא יאשר את ההסדר במלואו, כל אחד מהצדדים רשאי לבטל את ההסדר.

16. במסגרת ההסדר צוינו הצהרותיה של המשיבה, שעיקרם נסב על **גודל הקבוצה**. המשיבה ציינה כי רשימת התפוצה של המשיבה כוללת 401,274 נמענים, אולם לשיטתה נתון זה לא משקף את מספר חברי הקבוצה, שמספרם נמוך בהרבה ולהערכתה עומד על כמחצית מספר הנמענים. לכך מספר סיבות. צוין כי לאור כך שהפרטים נמסרו על ידי הנמענים בנסיבות של הזמנת אירוח, הסיכוי כי מקבל דברי הפרסומת נפגע הוא נמוך. המשיבה הדגישה כי הנתונים ברשימת התפוצה נמסרו ביוזמת הלקוחות שביצעו הזמנה בעבר והמדובר בשימור נתונים לגיטימי, לכן גם מכך ניתן ללמוד כי הסיכוי שהם נפגעו מהפרסומים הוא מועט. כמו כן לטענתה, קיימים נמענים שלא נחשפו לתוכן השיווקי ונמענים שעשו שימוש יזום במידע או צפו בו מבחירה. זאת ועוד, חלק ניכר מרשימת התפוצה מורכב מחברי המועדון של המשיבה שמונים כ-110 אלף חברים. לגישת המשיבה, ביחס לחברי המועדון לא קיימת אפשרות שנגרם להם נזק, מאחר והם הצטרפו למועדון הלקוחות כדי לנצל הנחות והטבות, ודברי הפרסומת מסייעים להם במימוש זכויותיהם כחברי מועדון. המשיבה הוסיפה וציינה כי הרשימה עשויה לכלול פרטים שיכולים להיות משויכים לאותו אדם עקב הזנת מספר דרכי תקשורת. לעומת המשיבה, המבקשים סבורים כי מניין הקבוצה הוא גדול יותר. עם זאת, הצדדים בדעה אחת כי איתור הנפגעים במדויק אינו מעשי בנסיבות העניין.

17. כעת נעבור לסקור את עיקרי ההסדר.

18. <u>רכיב ההסדרה לעתיד</u>: הסדר הפשרה כולל פעולות הסדרה לעתיד בשני מישורים שמטרתם לדייק את רשימת התפוצה, כך שתכלול אך לקוחות שמסכימים ומודעים לכך שפרטיהם כלולים ברשימת התפוצה. *הפעולה הראשונה* (שכבר בוצעה): במהלך חודש 1/2025 הוסיפה המשיבה למסמך "סיכום עסקה" שנשלח לכל לקוח שמזמין אירוח באמצעות האתר, פסקה מודגשת שמבהירה כי הפרטים שנמסרו על ידו הוכנסו לרשימת התפוצה, וכי באפשרות הלקוח להסיר את פרטיו מהרשימה על ידי לחיצה על קישור שהוא חלק מההודעה.

הפעולה השנייה שהמשיבה מתעתדת לבצע – משלוח הודעת עדכון בנוסח מוסכם לכל הנמענים ברשימת התפוצה, בה תעדכן את הנמענים כי פרטיהם נמצאים ברשימת התפוצה ותאפשר להם להסיר את פרטיהם מהרשימה על ידי לחיצה על קישור. הודעה זו לא תכלול תכנים פרסומיים או שיווקיים, אלא רק מידע לגבי ההסרה. לפי המוסכם, פעולה זו תבוצע לא יאוחר מ 30 יום מהפיכת פסק דין זה לחלוט (להלן: **המועד הקובע**).

19. <u>רכיב הפיצוי</u>: הצדדים הסכימו על פיצוי שלהערכתם שוויו מסתכם ב 4.3 מיליון ₪, אשר חלקו יינתן על ידי חלוקת נקודות לחברי מועדון והיתרה בדמות הנחה בעת הזמנת אירוח באמצעות מכשיר הטלפון, וזאת בהתאם לפירוט שלהלן:

נקודות לחברי המועדון – על פי ההסדר, הוסכם על חלוקת נקודות לחברי המועדון בשווי כולל של 1.4 מיליון ₪ (כשכל נקודה היא בשווי 1 ₪). על פי המוסכם, 30 יום מהמועד הקובע תעניק המשיבה את הנקודות לחברי המועדון ו-7 ימים לאחר מכן תשלח להם הודעות עדכון בנוסח מוסכם על הענקת הנקודות. כל אחד מחברי המועדון, שמונים בעת הגשת הבקשה (המתוקנת) 205,000 חברים, יקבל כ-7 נקודות (בכפוף לשינוי שעשוי להתרחש בשל עדכון מספר חברי המועדון במועד הקובע), ולא תהיה הבחנה בין נקודות שהוענקו בהתאם להסדר לבין נקודות שחבר המועדון רוכש ברגיל (ואף הובהר כי אין דרך מעשית להבחין בין הנקודות). מימוש הנקודות ייעשה בהתאם לתקנון המועדון. כל חבר מועדון זכאי לממש את הנקודות תוך 24 חודשים ממועד מתן הנקודות או ממועד סיום תקופת החברות במועדון, המוקדם ביניהם (הובהר כי לפי תקנון המועדון זו התקופה למימוש הנקודות). עוד הוסכם כי המשיבה רשאית לעגל את הסכום למעלה או למטה כדי לאפשר לכל אחד מחברי המועדון לקבל מספר נקודות שלם. על פי ההסדר, המשיבה לא תציג את חלוקת הנקודות כחלק מפרסום מסחרי או שיווקי, והנקודות לא ישמשו ככיסוי להתחייבות אחרת שלה. הענקת הנקודות בהתאם להסדר תיקרא להלן: **הטבת הנקודות**.

בדיקת המימוש: בהתאם להסדר, מימוש הנקודות יהיה אפשרי ממועד מתן הנקודות, ובהמשך תיערך בדיקה לגבי מימוש נקודות ההסדר. על פי המוסכם, הבדיקה תיערך בתוך 30 ימים מתום 18 חודשים ממועד מתן הנקודות). בדיקת המימוש תיעשה על ידי המשיבה על פי עיקרון LIFO (אחרון נכנס ראשון יוצא), כלומר כי נקודות ההסדר ייחשבו כנקודות שמומשו ראשונות על ידי חברי המועדון.

מנגנון בדיקת המימוש מתייחס גם להסכם פשרה קודם שאושר על ידי בית המשפט במסגרת ת"צ 78849-12-20 **שלם נ' ישרוטל בע"מ** (להלן: **ההסדר הקודם**), שבו אושר מתן פיצוי על דרך הענקת נקודות, בדומה למתווה בהסדר הפשרה הנוכחי, ולחפיפה אפשרית בין שני ההסדרים. צוין כי במסגרת בדיקת המימוש לפי ההסדר הנוכחי, ככל שתהיה חפיפה בין תקופת המימוש של נקודות ההסדר הקודם לתקופת המימוש של נקודות ההסדר הנוכחי, ונקודות ההסדר הקודם טרם מומשו במלואן עד מועד תחילת תקופת המימוש לפי הסדר זה, הרי הנקודות הראשונות שימומשו בתקופת החפיפה, יהיו על חשבון נקודות ההסדר הקודם (עד ל-41 נקודות שהוענק לפי ההסדר הקודם), ולאחר מכן יבואו נקודות ההסדר הנוכחי.

בהתאם למנגנון בדיקת המימוש, ככל שיימצא כי חבר מועדון מימש עד למועד הבדיקה נקודות במספר השווה או העולה על מספר הנקודות שניתנו לפי הסדר זה (בכפוף למנגנון לגבי ההסדר הקודם), יהווה הדבר מימוש נקודות ההסדר. ככל שיימצא כי חבר המועדון מימש מספר נמוך ממספר נקודות ההסדר, תינתן לחבר המועדון ארכה של חצי שנה נוספת לצורך מימוש נקודות ההסדר (להלן: **התקופה הנוספת**).

עוד הוסכם כי תיערך בדיקת מימוש שניה בתום 30 ימים מסיום התקופה הנוספת. במידה ובמועד הבדיקה השנייה יתברר כי קיימת יתרה כלשהי של הנקודות שלא מומשה, השווי הכספי של יתרת נקודות ההסדר ייתרם לקרן לניהול ולחלוקת כספים שנפסקו כסעד, שהוקמה בהתאם לסעיף 27א לחוק (להלן: **הקרן**). בנקודה זו הבהירו הצדדים כי רוב הסיכויים שכל הנקודות ימומשו כך שלהערכתם רוב הסיכויים שלא תיוותר יתרה שתועבר לקרן, או שתישאר יתרה זניחה.

הנחה למזמיני אירוח באמצעות הטלפון הנייד – רכיב נוסף של הפיצוי המוצע, הוא מתן הנחה למזמיני אירוח באמצעות הטלפון הנייד (להבדיל מהאתר). על פי ההסדר, תינתן הנחה בשיעור של 5% בהזמנת חדרים באתר המשיבה, המבוצעת באמצעות טלפון נייד, זאת נוסף לכל הנחה קיימת (להלן: **ההנחה** או **הטבת ההנחה**). הטבה זו תיתן למשך 24 חודשים או עד למועד שבו שווי ההטבה המצטבר יגיע עד לסכום 2.9 מיליון ₪. הובהר כי ההנחה תינתן רק בהזמנות באמצעות הטלפון בנייד בשל מגבלות מחשוב במערכת המשיבה (נטען כי בשל ההנחות הקיימות לא ניתן לתת כפל הנחות בהזמנת אירוח שלא באמצעות הטלפון, ופיתוח אופציה כזו כרוך בעלויות כבדות והתמשכות ההליך). לפי המוסכם, תוך 15 יום מהמועד הקבוע תשלח המשיבה הודעה על ההטבה לנמענים שפרטיהם נמצאים ברשימת התפוצה, בהתאם לנוסח מוסכם. כמו כן, הוסכם כי אם בתום תקופת המימוש של הטבת ההנחה במחיר האירוח לא יגיע סכום מימוש ההטבה עד לסך של 2.9 מיליון ₪, המשיבה תעביר את היתרה לקרן.

20. מנגנון פיקוח: הצדדים מציעים מנגנון פיקוח על חלוקת שתי ההטבות – הטבות הנקודות וההנחה. על פי המוצע, תוך 45 ימי עסקים ממועד בדיקת מימוש הטבת הנקודות וכן מתום התקופה שנקבעה למיצוי הטבת ההנחה, תמציא המשיבה לב"כ המבקשים דוח פירוט אודות מספר הנקודות שמומשו או שווי הכספים שמומשו בהנחה ותצרף אליו תצהיר של מנהל המשיבה. לאחר עיון ב"כ המבקשים, יוגש הדוח לבית המשפט. ככל ומועבר סכום כלשהו לקרן בשל יתרה באחת משתי ההטבות, יצורף לדוח אישור מהקרן על קבלת הכספים.

21. ויתור ומעשה בית-דין: הקבוצה המיוצגת הוגדרה ככוללת את "**כל האנשים שקיבלו דבר פרסומות מהמשיבה בשבע השנים שקדמו להגשת בקשת האישור ועד למועד אישור הסכם הפשרה על ידי בית המשפט הנכבד, ללא שנתנו את הסכמתם המפורשת לכך ו/או לאחר שהודיעו על סירובם לקבלתו, הכל בניגוד להוראות חוק התקשרות, וכתוצאה מכך נגרם להם נזק**". הוסכם כי אישור הסדר הפשרה יוצר מעשה בית דין כלפי כל חברי הקבוצה, למעט אלה שיודיעו על יציאתם מהקבוצה ובקשתם תאושר, כך שלחברי הקבוצה לא תעמוד עוד כל זכות הנוגעות לנושאי התביעה נגד המשיבה וכל מי מטעמה או עבורה.

22. גמול ושכר טרחה: הצדדים המליצו לאשר גמול למבקשים בסכום של 60,000 ₪ בתוספת מע"מ ושכר לבא הכח המייצגים בסכום של 665,000 ₪ בתוספת מע"מ. כן הוצע כי המשיבה תשפה את המבקשים בגין החלק הראשון של האגרה. עוד הוצע על ידי הצדדים כי הגמול במלואו וכן 70% מהשכר ישולמו תוך 30 ימים מהמועד הקובע כמובנו בהסדר, והיתרה תשולם לאחר הגשת דוח לבית המשפט ביחס למימוש ההטבות כפי שתואר לעיל.

עמדת הגורמים המקצועיים במדינה

23. הגורמים המקצועיים במדינה, באמצעות פרקליטות מחוז חיפה – אזרחי, הגישו את עמדתם ביחס להסדר הפשרה המוצע. הגורמים המקצועיים סבורים כי עולים מהסדר הפשרה מספר קשיים שעיקרם גובה הגמול ושכר הטרחה ומועדי תשלומם. כמו כן, המדינה מתנגדת למתן פטור מהחלק השני של האגרה.

24. ראשית, הגורמים המקצועיים טענו כי יש לפסוק גמול ושכר טרחה בשיעור נמוך יותר מהאחוז המוצע על ידי הצדדים. לטענתם גובה הגמול ושכר הטרחה המוצעים מהווים 16.9% מסכום הפיצוי הכולל, שיעור שאינו עולה בקנה מידה עם התועלת המוגבלת של חברי הקבוצה מהסדר הפשרה. לגישתם על פי הפסיקה סוג ההטבה הניתנת משליכה על שיעור הגמול ושכר הטרחה. לגישתם, דרך המלך היא מתן פיצוי כספי לטובת הקבוצה, וכאשר ניתנות הטבות כמו בענייננו ראוי כי הגמול והשכר יהיו נמוכים יותר בהשוואה למקרים בהן ניתן פיצוי כספי ישיר. לטענתם אופי ההטבות לא מצדיק פסיקת גמול ושכר בשיעור המוצע. הקשיים, כך נטען, נעוצים

בשתי ההטבות, ובכלל זאת השיעור המזערי של ההטבה (5%) בהזמנת האירוח. עוד הצביעו הגורמים המקצועיים על כך שההטבה בעת הזמנת האירוח כורכת את מתן ההנחה בביצוע עסקה נוספת דרך אתר המשיבה, ובכך מטיבה בעקיפין עם המשיבה. עוד נטען כי בקשת האישור התבססה על שליחת דברי פרסומת ללא הסכמתם של חברי הקבוצה, בעוד שההטבה שהוסכם עליה בהסדר הפשרה היא "הטבה שיווקית" שנועדה לקדם את מכירותיה של המשיבה.

הגורמים המקצועיים במדינה סבורים כי ראוי להפחית את בסיס חישוב העלות ממנה יש לגזור את שיעורי הגמול והשכר, כך שהבסיס יחושב לפי העלות בפועל של המשיבה ולא העלות לצרכן. בהתאם לאמור, הגורמים המקצועיים מציעים להפחית את בסיס החישוב ממנו גוזרים את אחוז הגמול ושכר הטרחה הראויים. לשיטתם, על בסיס הפסיקה, ראוי לקבוע מקדם מסוים לערך הנחזה של ההטבות לצורך קביעת בסיס החישוב, ובין היתר מפנים לכך שבפסיקות שונות נקבע ערך מקדם בשווי של 75% ו-60% מסכום הפיצוי הכולל.

25. שנית, הגורמים המקצועיים מתנגדים למועדים המוצעים לתשלום הגמול ושכר הטרחה. לעמדתם, יש לקבוע כי תשלום החלק המשמעותי מהסכומים יהא לאחר הגשת דוח הפיקוח והשלמת ביצוע הסדר הפשרה במלואו, בשונה ממה שמוצע על ידי הצדדים.

26. שלישית, הגורמים המקצועיים מתנגדים למתן פטור מהחלק השני של האגרה. לטענתם הכלל הוא כי על הצדדים לשלם את מלוא האגרה, ועצם הגעת הצדדים להסדר פשרה אינו מהווה טעם מיוחד למתן פטור, בפרט לאור התמריץ הגבוה לצדדים להגיע להסדר פשרה, נוכח בעיית הנציג הידועה. עוד נטען כי קבלת הבקשה תרוקן מתוכן את תכלית האגרה, תהפוך את הכלל לחריג, והקופה הציבורית תמצא חסרה ללא הצדקה ובניגוד לכוונת המחוקק. הגורמים המקצועיים הוסיפו כי עצם בחינת הבקשה לאישור הסדר פשרה מחייבת הקדשת משאבים רבים, דבר שמצדיק דחיית הבקשה. לבסוף נטען כי סכום החלק השני של האגרה נמוך יחסית ביחס לתיקים אזרחיים אחרים, והאגרה לא נקבעת באחוזים לפי סכום התביעה אלא לפי סכום סטטוטורי קבוע בתקנות.

דיון והכרעה

אישור הסדר הפשרה

27. לאחר שעיינתי בהסדר הפשרה על נספחיו ובטעמים שהעלו הצדדים לאישורו, ושבתי ועיינתי בבקשת האישור, בתשובה ובתגובה לתשובה – הגעתי למסקנה כי יש מקום לאשר את הסדר הפשרה, בכפוף לשינויים בגובה הגמול והשכר, הכל כפי שיפורט להלן.

28. סעיף 18 לחוק קובע את סדר הפעולות שיש לנקוט עמדי בקשה לאישור הסדר פשרה, ואילו סעיף 19 מתווה את אמות המידה המרכזיות לפיהן על בית המשפט להכריע בבקשה לאישור הסדר

פשרה. סעיף 19(א) לחוק קובע כי "**בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה אלא אם כן מצא, כי ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה, ואם הבקשה לאישור הסדר הפשרה הוגשה לפני שאושרה התובענה הייצוגית – גם כי התובענה שהוגשה עומדת, לכאורה, בתנאים לאישור תובענה ייצוגית הקבועים בסעיפים 3, 4 ו-8(א) וכי סיום ההליך בהסדר פשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין**".

29. בהליכים של תובענות ייצוגיות ככלל, ובהליך אישור הסדר פשרה בפרט, לבית המשפט נועד תפקיד חשוב בהגנה על האינטרסים של חברי הקבוצה, זאת בשל בעיית הנציג המוכרת. לפיכך על בית המשפט לוודא שלא יאושר הסדר שלא מקנה לחברי הקבוצה את הפיצוי המגיע להם או את ההטבה המשקפת כראוי את נזקיהם, זאת בזיקה לסיכויי ההליך והפיצוי שיתקבל בגדרו אם ייתן פסק דין. מנגד, על בית המשפט לוודא שלא יאושרו תביעות סרק שיתמרצו הגשת בקשות לא ראויות (ע"א 8430/99 **אנליסט אי.אמ.אס. ניהול קרנות ונאמנות (1986) בע"מ נ' ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ**, פ"ד נו(2) 247,256 (2001); רע"א 8562/06 **פופיק נ' פזגז 1993 בע"מ** (15.4.2007); רע"א 3832/17 **לוין נ' פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ** (4.7.2017)). עקרונות אלו באו לידי ביטוי בסעיף 19 לחוק, אשר בית המשפט נדרש ליישמו בדיון באישור הסדר הפשרה.

30. במקרה שלפנינו הסדר הפשרה גובש לפני שניתנה הכרעת בית המשפט בבקשת האישור, לפיכך על ההסדר לצלוח שלושה שלבים. בשלב הראשון יש לדון בשאלה אם התובענה שהוגשה עומדת לכאורה בתנאים לאישור תובענה כייצוגית; בשלב השני יש לבחון אם הסדר הפשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין; השלב השלישי עוסק בשאלה אם ההסדר לגופו ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה.

31. אני סבור כי ההסדר צולח את שני השלבים הראשונים. ראשית, נראה כי מתקיימים התנאים הנדרשים לאישור התובענה כייצוגית. המבקשים הצביעו על קיומה של עילת תביעה אישית, וכן על קיומה של קבוצת נפגעים פוטנציאלית שמתעוררות לגביה שאלות מהותיות משותפות של עובדה ומשפט. עניינן של שאלות אלה הפרת החובות המוטלות על המשיבה לפי חוק התקשורת, לשלוח דברי פרסומת רק בהתאם להסכמת הנמענים באחד המסלולים הקבועים בחוק התקשורת, וכן במישור הנזק שנגרם לחברי הקבוצה בעקבות הפרת החובות. זאת ועוד, ניתן לקבוע כי קיימת אפשרות סבירה שהשאלות תוכרענה לטובת הקבוצה (לנקודה זו בהקשר אחר אתייחס בהמשך). ניתן גם לקבוע כי התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת לדון בעניין שכן, המדובר בנזק קטן מאד ולנפגע הבודד אין תמריץ לתבוע את מימוש זכותו בגין הפגיעה. כמו כן ניתן להעריך כי הקבוצה היא הומוגנית. לפיכך ההליך הייצוגי עשוי להיות מכשיר אפקטיבי למימוש זכויותיהם של מי שנפגעו בשל מעשי ומחדלי המשיבה. לבסוף, אין כל סיבה נראית לעין שלא לקבוע כי עניינה של הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת או בתום לב.

32. אשר לשלב הבחינה השני, קרי אם הסדר הפשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין, הגם שההסדרה לעתיד מעוררת שאלות, אני מוצא כי הסדר הפשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעת במחלוקת. הסדר הפשרה כולל הסדרה ביחס לרשימת התפוצה הקיימת שכוללת מספר נמענים רב מאד, וכפי שנסביר בהמשך קיימת מחלוקת בפסיקה לגבי חוקיותה של הדרך בה נוקטת המשיבה. המסקנה לפיה הסדר הפשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת, נובעת גם מניתוח הסיכונים והקשיים שההליך מעורר.

33. השאלה העיקרית שיש להידרש לה – האם ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה.

34. סעיף 19(ג) לחוק כולל רשימה של שיקולים שעל בית המשפט לשקול בבואו לדון בהסדר פשרה: בחינה של הפער בין הסעד המוצע בהסדר הפשרה לבין הסעד שחברי הקבוצה היו עשויים לקבלו אילו היה בית המשפט מכריע בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה; השלב שבו נמצא ההליך; הסיכונים והסיכויים שבהמשך ניהול התובענה הייצוגית אל מול יתרונותיו וחסרונותיו של הסדר הפשרה; והעילות והסעדים שלגביהם מהווה ההחלטה לאשר את הסדר הפשרה מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה שעליהם חל ההסדר.

35. הצדדים סבורים כי על אף שקיים פער בין שווי הפיצוי המוסכם בהסדר הפשרה לעומת הסכום שהמבקשים ציינו בבקשת האישור – הפיצוי המוסכם משקף את הסיכונים והסיכויים של בקשת האישור כפי שהשתקפו בהליך הגישור בנחייתה של המגשרת הנכבדה (כגון: הקושי המעשי להעריך את היקף הקבוצה והעלויות הכבדות הכרוכות בכך; הקושי להעריך את שיעור הנזק; קיומן של פסיקות סותרות ביחס לדרישת "ההסכמה המפורשת"; ועוד), לפיכך הצדדים סבורים כי בעת בחינת הסדר הפשרה אין ליתן משקל משמעותי לפער זה. עוד הוסיפו הצדדים כי יש לבחון את הסדר הפשרה כמכלול ולהתחשב ביתר ההסכמות המשמעותיות שבו לצד רכיב הפיצוי, לרבות פעולות ההסדרה לעתיד.

36. הסדר הפשרה כולל כאמור שני רכיבים: הסדרה לעתיד (שכוללת נקיטה בשתי דרכי פעולה), ופיצוי לעבר שכולל הטבה בדמות הענקת נקודות לחברי מועדון והנחה בשיעור 5% למזמיני אירוח. במסגרת רכיבי ההסדרה לעתיד המשיבה כבר הוסיפה למסמך סיכום העסקה שנשלח לאחר סגירת העסקה פסקה מפורשת לפיה פרטיהם של מזמיני האירוח נשמרים לצורך משלוח דברי פרסומת. כמו כן המשיבה התחייבה לשלוח הודעות לכל הנמענים ברשימת התפוצה ולעדכנם שפרטיהם נכללים ברשימה. זאת על מנת לוודא שכל אחד ואחת ששמו מופיע ברשימת התפוצה אכן מסכים באופן מפורש למשלוח הפרסום, ומודע לאפשרות הסרת פרטיו בצורה פשוטה על ידי לחיצה על קישור. רכיב ההסדרה שמתייחס לרשימת התפוצה הקיימת נועד לדייק את רשימת התפוצה הקיימת, על ידי יידוע לאותם פרטים שלא היו מודעים באופן מלא שפרטיהם נכללים ברשימת התפוצה ולמנוע מצב בו מי מהנמענים ברשימה ימשיך להיכלל בה ולקבל דברי פרסומת מהמשיבה

כשאין רצונו בכך. התחייבות זו מהווה פתרון סביר לאור הסיטואציה שנוצרה ויש בה כדי למנוע המשך הפרה של החוק ובכך להגשים אחת ממטרותיו החשובות של החוק.

37. רכיב נוסף של ההסדרה לעתיד הוא הוספת פסקה מפורשת במסמך סיכום העסקה שנשלח ללקוח לאחר ביצוע ההזמנה, לפיה פרטיו נשמרים לצורך משלוח דברי פרסומת ובה קיימת אפשרות להסרה מרשימת התפוצה על ידי לחיצה על קישור. השאלה אם רכיב זה של ההסדרה, שמתייחס למשתמשים חדשים שפרטיהם לא כלולים ברשימת התפוצה, תואם את הדין?

כפי שהמבקשים ציינו בתגובה, "**השאלה העיקרית (וכמעט היחידה) שבמחלוקת בין הצדדים, היא האם סעיף בודד, שמסתתר בתוך תקנון (שהמשתמשים לא חייבים לקרוא), ללא הדגשה כלשהי, וללא כותרת או תת-כותרת מתאימה, ובמסגרתו נכתב כי המשתמש מסכים לקבל דברי פרסומת מהמשיבה, מהווה 'הסכמה מפורשת' כדרישת חוק התקשורת**". כידוע, תחולת סעיף 30א(ג) לחוק התקשורת מותנית בהתקיימות ארבעה תנאים ובכללם כי ללקוח נמסרה הודעה כי בכוונת העוסק לכלול את פרטיו, שנמסרו בעת ביצוע העסקה, ברשימת התפוצה (בלשון המחוקק: "המפרסם הודיע לו כי הפרטים שמסר ישמשו לצורך משלוח דבר פרסומת מטעמו, באחת הדרכים האמורות בסעיף קטן (ב)"). וכידוע, תכליתו של תנאי זה היא להבטיח את מודעות הלקוח לכך ששמו כלול ברשימת התפוצה של העסק. דרך הפעולה בה נוקטת המשיבה עשויה לעורר את השאלה אם מתקיים להלכה רכיב ההודעה הנדרש לשם תחולת סעיף 30א(ג) לחוק התקשורת. במלים אחרות, האם הפניה לתנאי השימוש, מהווה יידוע כדין. בהחלטה שניתנה על ידי בת"צ (חי') 23787-03-23 **כהן נ' סלקום ישראל בע"מ** (19.12.2024) (להלן: **עניין סלקום**) התייחסתי לסוגיה זו בהרחבה, ובנסיבות אותו מקרה קבעתי כי "**הפניית הלקוחות לאסופת המסמכים, שבאחד מהם מצויה הודעה המיידעת את הלקוח על זכותה של המשיבה לשלוח דברי פרסומת אלא אם הלקוח יבקש לא לעשות כן, לא מקיימת את תנאי ההודעה**" לעמדתי, שהובעה באותו מקרה "**הדין מטיל על המפרסם חובה להודיע באופן אקטיבי לנמען ועל כן אין להסתפק בהפניה פסיבית למסמכים בהן מוכמנת ההודעה. תכלית ההודעה, כשמה, ליידע את הלקוח כי יישלחו לו דברי פרסומת, זאת כדי שיוכל לממש את זכות היציאה. הכמנת ההודעה בתוך אסופה שכוללת מספר מסמכים ובתוך כל אחד מהם מספר סעיפים, לא מקיימת את חובת ההודעה המוטלת על המפרסם**" (לעמדה שונה שצוינה אגב אורחא ראו ת"צ (מחוזי מרכז) 1380-02-22 **שמילוביץ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ** (25.2.2024); ערעור על פסק הדין שהוגש לבית המשפט העליון נמחק, ע"א 3757/24 **שמילוביץ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ** (6.6.2024)). לטעמי דרך המלך למתן הודעה כאמור, היא לא לכרוך את ההסכמה לקבלת דבר פרסומת עם אישור תנאי השימוש. דרך יעילה לעשות כן על ידי סימון אקטיבי ב"רובריקה" ייעודית כי הלקוח מסכים לקבל דברי פרסומת, כפי שנהוג באתרים וביישומים של חברות מסחריות רבות. ואולם, על בסיס הנתונים החלקיים שהוצגו במסגרת הליך אישור ההסדר, לא ניתן לקבוע כי הדרך המוצעת על ידי המשיבה, קרי מתן הודעה מפורשת במסמך סיכום העסקה תוך מתן אפשרות להסרה, בהנחה כי היא ניתנה סמוך להתקשרות, לא עומדת

בדרישות הדין. מכל מקום, הואיל ומדובר ברכיב שמתייחס להסדרה לעתיד שמטבע הדברים נוגע לאנשים שאינם נמנים על הקבוצה, מצאתי לאשר את ההסדר.

38. הסדר הפשרה כולל כאמור גם פיצוי, שניתן בדמות הטבה בת שני רכיבים – הטבת הנקודות במסגרתה יוענקו נקודות לחברי מועדון בשווי כולל של 1.4 מיליון ₪ והנחה בשיעור 5% לכל הזמנת אירוח המתבצעת באתר המשיבה באמצעות הטלפון הנייד בשווי כולל של 2.9 מיליון ₪ (שתינתן לכל מזמין ולאו רק לחברי המועדון).

39. ההסדר המוצע נופל בקבוצת ההסדרים המכונה "הסדר קופונים" או "הסדרי שוברים", בהם הצדדים מסכימים להעניק פיצוי לקבוצה בדרך של הטבה – הענקת מתנה, שובר בעל ערך למימוש, הנחה על מוצרים או שירותים עתידיים (ע"א 2398/22 **שולץ נ' הוט מובייל בע"מ**, פסקה 34 (30.11.2022); פלינט ווניצקי **תובענות ייצוגיות** עמ' 629-630 (2017)). המצב החוקי השורר לא שולל את אפשרות השימוש בהסדרי קופונים זאת "**כאמצעי לגישור בין הרצוי לאפשרי**" (רע"א 1394/24 **אופטיקה הלפרין בע"מ נ' זיס**, פסקה 17 (24.4.2025) (להלן: עניין **זיס**)).

40. הפסיקה והספרות המשפטית עמדו על הקשיים שהסדרי קופונים עשויים לעורר. קושי ראשון נובע מהפער בין השווי הנחזה של ההטבה שניתנת במסגרת הסדר הפשרה, לבין עלותה של ההטבה לנתבע. קושי שני טמון בכך שהסדרי קופונים משקפים לעיתים הטבות שחברות מעניקות גם ללא קיומן של תביעות ייצוגיות, למשל כחלק ממסעות פרסום ולצורך קידום מכירות או כחלק מהטבות שהגוף הנתבע ממילא תכנן לבצע. קיים אפוא חשש כי ההטבה שניתנת ממילא תוחלף על ידי הנתבע בהליך הייצוגי בהטבה שניתנת במסגרת הפשרה ונחזית להיות פיצוי. זהו המקרה הקיצוני. במקרים פחות קיצוניים עלות הגדלת הטבה שכבר ניתנת ללא קשר להליך הייצוגי עשויה להפחית את עלות ההטבה לעוסק בין היתר בשל קיומן של עלויות תקורה שכבר מושקעות. קושי שלישי נובע מטובות הנאה משניות שעשויות לצמוח לגוף הנתבע ממתן הטבה לחברי הקבוצה. לעיתים רבות, הענקת הטבה עשויה להיות כרוכה, בין אם במודע ובין אם לאו, בפרסום או קידום המכירות של גוף מסחרי מסוים או של מוצר מסוים. לבסוף, לעתים קרובות השוברים שמוענקים לחברי הקבוצה לא ממומשים וכך עלול להיווצר הפרש בין ערך ההטבה שהנתבע מתחייב לחלק, לבין העלות שהוא מוציא מכיסו (לגבי הקשיים בהסדרי קופונים ראו: ע"א 1387/23 **גינדי נ' הולמס פלייס אינטרנשיונל בע"מ**, סעיף 8 לפסק דינה של כב' השופטת ר' רונן (18.12.2023); עניין **זיס**, פסקה 17; ת"צ (מחוזי חי') 23810-11-22 **מליוכין נ' סונוביה בע"מ**, פסקה 29 (10.3.2024); ת"צ (מחוזי חי') 19845-09-20 **סבטוב נ' יורו מחלבות אירופה בע"מ** (28.9.2023); ת"צ (מחוזי חי') 58006-01-20 **וולפנר נ' BOIRON Public Limited Company**, פסקה 43 והאסמכתאות המובאות שם (27.8.2023); אלון קלמנט "הפער בין שווי הנחזה לשוויו הממומש של הסדר פשרה בתובענות ייצוגיות" **משפט ועסקים** כ 1,14-15 (2017)).

41. ואולם הסדרי קופונים לא עשויים עור אחד ובין ההסדרים השונים הנכללים תחת קטיגוריה זו עשויה להיות שונות. כך, הסדר הנחה (שלעתים מכונה "הנחה עיוורת") נושא יתרונות רבים על פני שובר שמעניק הטבה בעין. בהחלטה שניתנה על ידי בת"צ (חיפה) 29134-03-21 **אלון נ' פרפיומרי שיווק און ליין בע"מ** (13.6.2022) הבעתי את עמדתי כי הסדר הנחה עדיף על פני הסדר קופונים אחרים, וציינתי דברים אלו:

> **"[...] בהסדר המקורי הוצע להעניק הטבה של בושם חינם לרוכשים עתידיים מהמשיבות. סברתי כי הסדר זה מעורר קושי ולכן לאור הערותיי הסכימו המשיבות כי הפיצוי יינתן בצורת הנחה ולא כהטבה של מוצר חינם. להסדר זה יתרונות בולטים על פני הסדר המתנה. ראשית, בשונה מהסדר המתנה אשר כופה על הצרכן מוצר, הסדר ההנחה מממש בצורה טובה יותר את רצונו של הלקוח, שכן ההנחה ניתנת לגבי מוצרים שהוא רכש לפי בחירתו הרצונית... שנית, המשמעות הכספית האפקטיבית של הסדר ההנחה היא גבוהה יותר מהסדר המתנה. לפי ההסדר המקורי, שווי הפיצוי הוא לפי עלות לצרכן וברור ששוויו מנקודת ראות המשיבות היא פחותה יותר".**

עמדה זו המבכרת את הסדר ההנחה על פני הסדר המתנה תואמת את עמדתם של המלומדים ברק ירקוני, רועי שלם ושרון חנס אשר הובאה במאמר הבא: Barak Yarkoni, Roy Shalem and Sharon Hannes *The best of both Worlds: Compensation VIA Price-Caps for Passed-On Overcharges* Journal of Legal Analysis 2021 v.13, pp.1. עם זאת יוער כי הדיון במאמר האמור הוא בהקשר מעט שונה. המחברים מציינים מספר יתרונות לפיצוי באמצעות הפחתת מחיר, הן מנקודת ראותו של הנתבע והן מנקודות ראותו של התובע ושל הציבור ככלל. ראשית, מנקודות ראותו של הנתבע, זה האחרון נוטה להעדיף את מנגנון ההנחה על פני פיצוי חד פעמי, שכן ההנחה עשויה לעודד עסקאות נוספות המשיאות לו ערך נוסף. נוסף לכך, ההנחה נפרשת על פני זמן ומהווה נטל פיננסי פחות מכביד מפיצוי חד פעמי. שנית, ההנחה מרתיעה את הנתבע מלהפר את הדין שכן עלות ההנחה הכוללת עולה על הרווח הלא חוקי שהפיק. המחקר הנ"ל התייחס לעילות מתחום התחרות וההגבלים העסקיים. שלישית, כשקיימים גורמי ביניים בשרשרת (כגון סיטונאים וקמעונאים) הרוכש הישיר שמקבל הנחה עשוי לגלגל אותה לרוכשים העקיפים, בדיוק כשם שגילם את הפרת המחיר המקורית; זאת בניגוד לפיצוי כספי חד-פעמי שלא משפיע על התמחור השוטף ולכן אינו מגיע לצרכן הקצה. רביעית, בפיצוי על דרך הנחה, העלויות המנהלתיות נמוכות, ובית המשפט אינו נדרש לחישובים כלכליים מורכבים. חמישית, ההנחה עשויה להגדיל את מעגל הרוכשים ולעודד צרכנים שנדחקו מחוץ לשוק בשל המחיר הגבוה, ובכך מושגת רווחה מצרפית לכלל הציבור מעבר לפיצוי. שישית, מכיוון שההנחה ניתנת לכלל הלקוחות, כל צרכן נהנה ממנה אוטומטית בקנייה הבאה דרך מנגנון השוק ללא צורך במאמץ.

42. אמת, הסדר ההנחה טומן בחובו יתרונות רבים שאינם מצויים בשובר לקבלת מוצר בעין. בראש ובראשונה האוטונומיה הנשמרת לצרכן לרכוש מוצר כראות עיניו, לעומת כפיית מוצר שייתכן שאינו מעוניין בו. יתרון נוסף טמון בכך שההנחה ממתנת את הפער בין ערך ההטבה למפוצה לעומת עלותה לעוסק ומפחיתה את החשש למניפולציות באשר לערך השובר. ברם, הסדר ההנחה על כל יתרונותיו לא מבטל לחלוטין את כלל הקשיים הכרוכים בפיצוי שאיננו פיצוי כספי ישיר לחברי הקבוצה. בשונה מרכיב הנקודות, ההנחה לא מוגבלת לחברי המועדון אלא ניתנת לכלל הציבור, אך היא מוגבלת להזמנת חדרים בלבד דרך הטלפון הנייד ולא דרך האתר. מגבלה זו עלולה ליצור שרירותיות במתן ההטבה, בפרט משלא הוצג מידע מה שיעור ההזמנות במכשירי הטלפון לעומת פלטפורמות אחרות, מה מאפייני הקהל שמזמין במכשיר הטלפון לעומת קהלים שמזמינים באמצעים אחרים. יצוין כי על דרך הכלל היתרונות הקיימים בהסדר הנחה ככלל לא מבטלים את הקושי בדבר מיצוי מימוש ההטבה והחשש כי תיוותר יתרה לא ממומשת, שממנה ייהנה הנתבע, אך במקרה שלפנינו ניתן מענה לחשש זה.

43. באשר להטבת הנקודות – הגם שהיא ניתנת לאנשים שניתן להניח כי יהיו מעוניינים במוצרי המשיבה מכוח היותם חברי המועדון, יכולת מימוש הנקודות היא מוגבלת למוצרים מסוימים שניתנים במהלך השהות במקום האירוח. נוסף לכך, מספר הנקודות שמוענק לכל מפוצה הוא קטן, ואולם הנקודות מצורפות לנקודות קיימות כך שערכן המצרפי עשוי להיות גבוה. ביחס לאופן ספירת מימוש הנקודות, מצאתי קושי של ממש בשיטת החישוב המוצעת של הצדדים, שכן היא מעורפלת ועלולה להחמיץ את התמונה באשר לכמות הנקודות שניתנו במסגרת ההסדר אשר מומשו הלכה למעשה. לאמיתו של דבר, בהינתן שחבר מועדון צובר נקודות מספר פעילויות ולא רק מקבלת הטבת ההנחה, ניתן להעריך כי לפי מנגנון הבדיקה שקבעו הצדדים, הנקודות שיוענקו לו בהתאם להסדר, ייחשבו ממומשות.

44. במכלול נתוניו של המקרה שלפנינו ולנוכח קיומם של מספר נתונים מצטברים, ובראשם ההערכה הנגזרת מניתוח הסיכונים – אני רואה לאשר את ההסדר. אפרט.

45. לצד ההסדרה לעתיד, ההסדר כולל פיצוי משמעותי. עיקרו של הסדר הפיצוי במתן הטבה לצרכנים בדמות הנחה ועל יתרונותיו של הסדר מעין זה עמדתי לעיל. על מנת להפיג את החשש הכרוך באי מימוש ההטבה, ההסדר כולל בקרה ופיקוח שנועדו להבטיח כי במידה ומלוא ההטבה לא ימומשו, שווי ההטבה בערכן המלא יועבר לקרן. יש בכך כדי להבטיח כי מלוא שווי ההטבה ינוצל עד תום והמשיבה לא תיהנה מתופעת תת המימוש שאופיינית להסדרי קופונים. כאמור, באשר להטבת הנקודות, המצב שונה.

46. קושי נוסף בהסדר הוא חוסר ההתאמה המלא בין קבוצת הנפגעים כפי שהוגדרו בבקשה לבין הצרכנים שיקבלו את ההטבה בפועל, ונדמה כי קושי זה טבוע במרביתם המכריע של ההסדרים שלא קובעים פיצוי ישיר לחברי הקבוצה. ואולם, הפיצוי ניתן לקבוצה שניתן לומר כי היא בעלת

הזיקה הנסיבתית החזקה ביותר למושא התביעה. ניתן להעריך כי קבוצת הנפגעים חופפת במידה לא מבוטלת את חברי המועדון וכן כי חלק ממי שהשתמש בעבר באתר המשיבה לרכישת שירותי אירוח ישוב וירכוש חדרי אירוח. במיוחד אמורים הדברים ביחס למשיבה שמציעה שירותי אירוח בהיקף רחב בכל רחבי הארץ. זאת ועוד, מקובלת עליי עמדת הצדדים כי קיים קושי מעשי לאתר את חברי הקבוצה, ולמצער הדבר כרוך בעלויות כבדות והימשכות ההליך. משאין אפשרות ליתן פיצוי כספי ישיר או השבה הדבר המצדיק אישור ההטבה. לצד זאת, יש לזכור את האפשרות לתשלום לקרן שהיא בעיקרו של דבר הדרך המותווית בחוק למקרים מעין אלו.

47. אשר לקושי שעניינו ניצול ההטבה למטרות פרסום וקידום מכירותיה של המשיבה, שאף הוא אחד הקשיים הטבועים בהסדרי קופונים, יצוין כי מתן הנחה באופן "עיוור" לא יוצר אפקט פרסומי או שיווקי ישיר. זאת ועוד, נראה כי במסגרת ההסדר ננקטו מגבלות שעשויות למתן את החשש האמור. בכל הקשור להודעות היידוע על מתן ההטבות ועל האפשרות להסרת מרשימת התפוצה, המשיבה התחייבה שלא לכלול בהודעות תוכן פרסומי, אם כי לא ניתן להתעלם מהאפקט הפרסומי הסמוי שבעצם משלוח הודעות היידוע, או בעצם מתן ההנחה.

48. וזה העיקר – על בית המשפט לבחון במסגרת השיקולים לאישור הסדר הפשרה, את הסיכונים והסיכויים שבהמשך ניהול התובענה הייצוגית אל מול יתרונותיו וחסרונותיו של הסדר הפשרה, ולהביט על התמונה הכוללת בזיקה לניתוח הסיכויים והסיכונים. במקרה שלפנינו, לא ניתן להתעלם ממפת הסיכויים והסיכונים שעולה מכתבי הטענות ומטענות הצדדים. מן העבר האחד ניצבת הטענה כי המשיבה שלחה דברי פרסומת לטלפונים או דוא"ל של המבקשים מבלי שקיבלה הסכמתם המפורשת לכך, ומכאן ניתן להסיק כי דברי פרסומת כאלה נשלחו גם לחלק מחברי הקבוצה ללא הסכמתם. ואולם, מן העבר השני, המשיבה העלתה טענה כי המבקשים, וכלל הנעמנים ברשימת התפוצה, הסכימו לקבלת דברי פרסומת עת אישרו את תנאי השימוש של אתר המשיבה, ומסרו את פרטיהם מרצונם. אמנם התייחסתי לדרך פעולה זו בהחלטה בעניין סלקום והדברים הובאו לעיל, אך לא ניתן להתעלם מהמחלוקת בפסיקה בשאלה זו. לזאת יש להוסיף כי מספר לא מבוטל מרשימת התפוצה הם חברי מועדון. לבסוף, לא ניתן להתעלם מטענות המשיבה באשר לגודל הקבוצה, כפי שהדברים הובאו בפירוט לעיל, דבר שעשוי להשליך על גובה הפיצוי.

49. בעת בחינת הסדר הפשרה, על בית המשפט לתת דעתו גם לפער בין הפיצוי המוצע בהסדר הפשרה לבין הסעד שהיו עשויים חברי הקבוצה לקבל אילו הייתה התובענה מוכרעת לטובתם. ודוק: הפער הנבחן אינו בין הפיצוי לבין סכום התביעה הייצוגית, אלא בין הפיצוי לבין תוצאת ההליך המשוערת. כאמור, הפיצוי המוצע בהתאם להסדר הפשרה הוא בשווי כולל של 4.3 מיליון ₪. הצבעתי מקודם על הקשיים שבקשת האישור מעוררת, קשיים שבתורם משליכים על הסעד שהיה ניתן בסופו של דבר. זאת ועוד, בהסדר הפשרה ציינה המשיבה את הנתונים העיקריים שעמדו בבסיס ההסדר ואשר הוצגו בהליך הגישור בפני המגשרת במסגרת הליך הגישור שהתארך חודשים, שכוללים בין היתר את מספר הנמענים ברשימת התפוצה ללא כל סינון או פילוח. בהינתן גודל

הקבוצה המשוער, ובהינתן הקשיים עליהם הצבעתי, מצאתי כי עשוי להתקיים יחס סביר בין הסעד שעשוי להיות נפסק לבין סכום הפשרה.

50. לבסוף, נתתי את דעתי לכך שהסדר הפשרה בא בעקבות הליכי גישור. עם זאת, יש להדגיש כי גיבוש ההסדר במסגרת הליכי גישור אין בו כדי להוות "מסלול ירוק" לאישור הסדרי פשרה ואינו מפחית מהמחויבות של בית המשפט לבחון את ההסדר בקפידה (ע"א 7122/19 **היועץ המשפטי לממשלה נ' ממן** פסקה 16 (11.4.2022); ראו גם: אלון קלמנט, "חובות מגשר בתובענה ייצוגית והשפעתן על אישור הסדר הפשרה" **בלוג הקליניקה לתובענות ייצוגיות באוניברסיטת תל אביב** (21.3.2021)).

מינוי בודק

51. הצדדים סבורים כי אין צורך למנות בודק בהתאם לסעיף 19(ב)(1) לחוק. לשיטתם קיימים מספר טעמים מיוחדים שמצדיקים לא למנות בודק וביניהם: הסדר הפשרה אינו מבוסס על עניינים חשבונאיים מורכבים הדורשים מומחיות מיוחדת; הצדדים ניהלו הליך גישור ממושך בפני מגשרת, אשר נחשפה לנתונים רבים ממערכת המשיבה כדי להגיע לסכום פיצוי מתאים והולם; ומינוי בודק עשוי לייקר, לסרבל ולהאריך את ההליך.

52. לאחר ששקלתי בדבר הגעתי למסקנה כי נסיבות העניין אינן מחייבות מינוי בודק. הסדר הפשרה גובש בהליך של גישור בפני מגשרת לאחר שהוצגו בפניה נתונים שעשויים להיות רלוונטיים לא רק לגובה הפיצוי אלא גם ליישום ההסכם ובכלל זאת הבדיקות באשר למימוש ההטבות בתחנות השונות כפי שפורט בהסדר. ניתן לומר כי בידי בית המשפט נתונים והכלים הדרושים המאפשרים לבדוק את סבירות הסדר הפשרה, בפרט בהינתן מפת הסיכויים והסיכונים הכרוכים בהליך, ומאחר ועיקר המחלוקת הינה בסוגיה משפטית. זאת ועוד, נראה כי בנסיבות המקרה מינוי בודק יטיל עלויות נוספות בלתי מוצדקות על הצדדים.

גמול ושכר טרחה

53. כאמור, הצדדים המליצו על תשלום גמול למבקשים בסכום של 60,000 ₪ בתוספת מע"מ, שכר לבא הכח המייצגים בסכום של 665,000 ₪ בתוספת מע"מ (בסה"כ 725,000 ₪), וכן מוצע כי המשיבה תשפה את המבקשים בגין החלק הראשון של האגרה. עוד הוצע על ידי הצדדים כי הגמול במלואו וכן 70% מהשכר ישולמו תוך 30 ימים מהמועד הקובע, והיתרה תשולם לאחר הגשת דוח לבית המשפט ביחס למימוש ההטבות כפי שתואר לעיל.

54. הצדדים סבורים כי הסכומים מגלמים את חשיבות הסוגיה שהמבקשים עוררו בבקשת האישור, ואת התועלת הממשית שההליך הביא לחברי הקבוצה. נוסף לכך, לטענתם הסכומים

מגלמים את תרומתו של הסדר הפשרה לאכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו. הצדדים הוסיפו וטענו כי המבקשים ובאי כוחם חשפו את עצמם לסיכון ממשי בהגשת הבקשה מפני הטלת הוצאות משמעותיות במקרה בו הבקשה הייתה נדחית. זאת לצד היקף השקעתם בניהול ההליך על ידי שני משרדים וטרחתם בהגשת בקשת האישור וכן בניהול משא ומתן ממושך שהביא תועלת. הגורמים המקצועיים במדינה מסתייגים מהסכומים המוצעים וסבורים כי יש להפחית את בסיס החישוב ואת שיעור האחוזים שיש לפסוק, ועמדתם הובאו לעיל בהרחבה.

55. אמות המידה המנחות לפסיקת גמול לתובע מייצג ושכר טרחה לבא הכוח המייצג קבועות בסעיפים 22 ו-23 לחוק. סעיף 22 לחוק מורה כי בקביעת גמול לתובע המייצג, על בית המשפט לתת את דעתו לטרחתו של התובע המייצג והסיכון שנטל על עצמו בהגשת התובענה וניהולה, התועלת שהביא ההליך לחברי הקבוצה, ומידת החשיבות הציבורית של התובענה. סעיף 23 לחוק מורה כי בקביעת השכר לבא הכוח המייצג יש להתחשב בשיקולים דומים, כמו כן יש להתחשב במורכבות ההליך ובהוצאות שהוציא בא הכוח המייצג, האופן שבו ניהל את ההליך והפער שבין הסעדים שנתבעו בבקשת האישור לבין הסעדים שפסק בית המשפט.

56. בבואי לפסוק גמול ושכר במקרה שלפניי, נתתי את דעתי למספר שיקולים: *ראשית*, הטרחה של המבקשים ובאי הכוח המייצגים, אשר איתרו הפרה של הדין והגישו לבית המשפט בקשה שעוסקת בסוגיה שראוי לבררה, והגשת הבקשה לוותה בנטילת סיכון שנטלו המבקש ובא הכח המייצג. *שנית*, התשומות שהשקיעו באי הכח המייצגים לא היו רבים, המדובר בהליך שכלל סוגיות משפטית לא מורכבות, התיק לא הגיע לשלב הבירור והסתיים בהליך של גישור (שאף הוא כמובן כרוך במאמץ). *שלישית*, הסוגיה מושא ההליך היא בבחינת שדה חרוש ואין המדובר בסוגיה חדשה. עם זאת יודגש, כי העובדה כי הסוגיה נדונה רבות בפסיקה והיא מושא להליכים רבים, אין משמעה כי אין להרפות מלאכוף את הדין לגביה.

57. *רביעית*, יש לשקול את התועלת שהביא ההסדר לחברי הקבוצה ולציבור, בעיקר אמורים הדברים לגבי רכיב ההנחה. שיעור רכיב ההנחה מכלל שווי הפיצוי הכולל הוא משמעותי – בעוד ששווי רכיב ההנחה הוא 2.9 מיליון ₪, שווי רכיב הנקודות הוא 1.4 מיליון ₪. כפי שציינתי לעיל, הסדר הנחה הוא הסדר שנושא יתרונות על פני הסדרי קופונים אחרים. לצד זאת קיימות מגבלות בהסדרים מסוג זה, והדברים פורטו בהרחבה, הן על דרך הכלל והן לגבי ההסדר הפרטני המוצע בהליך זה. כמו כן, מבחינת מדיניות משפטית ראויה, יש לעודד פיצוי על דרך תשלום לקרן, מקום שקיים קושי לפצות את חברי הקבוצה במישרין. לבסוף, לא ניתן להתעלם מההערות באשר להסדרה לעתיד ולהערותיי לעניין זה (ואינני מתעלם מכך שלרוב רכיב ההסדר לא נכלל בחישוב הגמול והשכר, **עניין זיס** פסקאות 27-31).

58. לאחר שנתתי את דעתי לשיקולים האמורים, אני מחליט לפסוק גמול ושכר בשיעור כולל של 500,000 ₪ בתוספת מע"מ. ואלה העקרונות שהנחו אותי בחישוב הסכום, ויודגש כי הסיכומים

עוגלו ולא משקפים חישוב מדוייק. בסיס החישוב: 80% משווי רכיב ההנחה ו-50% מרכיב הנקודות; שיעור האחוזים – 15%; הוסף סכום שמבטא את הגמול והשכר בגין הסכום שיועבר לקרן, בשיעור של כ 18%. חלוקת הסכום הכולל בין הגמול לשכר תהיה בהתאם ליחס שהוצע בהסדר. לפיכך, הגמול יהיה בשיעור של 45,000 ₪ (בעיגול) והשכר בסכום של 455,000 ₪ (ובסה"כ 500,000 ₪) היתרה בסכום של 225,000 ₪ תועבר לקרן.

59. באשר למועד תשלום הגמול ושכר הטרחה, מקובלת עליי הצעת הצדדים באשר למועדי התשלום, זאת בשינוי קל. חלף דחיית 30% מהשכר לשלב מאוחר, אני מעמיד את השיעור על 40%. אני סבור כי דחיית תשלום השכר כאמור, מספקת ליצירת תמריצים כדי לפקח על ביצוע ההסדר, ובמיוחד כדי להבטיח כי ככל שתוותר יתרה לא ממומשת תועבר לקרן.

פטור מתשלום החלק השני של האגרה

60. הצדדים עותרים למתן פטור למשיבה מהחלק השני של האגרה, בנימוק לפיו הליך הגישור הביא את הסכסוך ביניהם לידי סיום עוד בטרם שמיעת ראיות בתיק. עוד הוסיפו כי סיום ההליך בשלב זה חוסך באופן משמעותי מזמנו של בית המשפט וממשאבים ציבוריים, וכן ביקשה המשיבה להתחשב בכך שהיא נטלה על עצמה את עלויות הליך הגישור בכללותן, לרבות שכר טרחתה של המגשרת.

61. לפי תקנה 7א(3) לתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007, במקרה של הסדר פשרה, על המשיבה מוטלת חובה לשלם את החלק השני של האגרה, אך לצד זאת תקנה 7א(3) מקנה סמכות לבית המשפט לפטור מחלקה השני של האגרה (באופן מלא או חלקי) מטעמים מיוחדים שירשמו. יוזכר, כי עמדת הגורמים המקצועיים במדינה היא לא ליתן פטור כפי שהתבקש.

62. בנסיבות תיק זה, לא מצאתי כי מתקיים טעם מיוחד לפטור את המשיבה מהחלק השני של האגרה. ראשית, מלבד השיקולים שנבחנים ברגיל באשר לפטור מאגרה, יש לתת את הדעת לשיקולים הייחודיים הקשורים בהליך התובענה הייצוגית, בשל הייחודיות הכרוכה בתובענה הייצוגית, ובכלל זה המשאבים השיפוטיים שנדרשים לניהול תובענה ייצוגית על כל שלביה הוא גדול יותר, אף בהכרעה בהליכים שבתיקים רגילים נחשבים לא מורכבים, כגון פשרה והסתלקות. שנית, במקרה הנוכחי ההסדר הושג בשלב מתקדם יחסית של ההליך, לאחר שהוגשה תשובה ותגובה לתשובה והתקיימו שני דיונים. שלישית, אמנם ההסדר השיג הטבה לקבוצה ולציבור, אך הוא מעורר מספר קשיים עליהם עמדתי לעיל. לפיכך, אני דוחה את הבקשה לפטור את המשיבה מתשלום החלק השני של האגרה.

התוצאה

63. לאור האמור לעיל, אני מחליט לאשר את הסדר הפשרה.

64. הקבוצה שחל עליה ההסדר היא כלהלן: "**כל האנשים שקיבלו דבר פרסומות מהמשיבה בשבע השנים שקדמו להגשת בקשת האישור ועד למועד אישור הסכם הפשרה על ידי בית המשפט הנכבד, ללא שנתנו את הסכמתם המפורשת לכך ו/או לאחר שהודיעו על סירובם לקבלתו, הכל בניגוד להוראות חוק התקשרות, וכתוצאה מכך נגרם להם נזק**".

65. העילות והסעדים שלגביהם מהווה פסק הדין מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה שעליהם חל ההסדר, הם העילות והסעדים שפורטו בבקשת האישור – עילה של הפרת חובה חקוקה בזיקה לחוק התקשורת; הפרת חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; עוולת הרשלנות לפי סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין והתעשרות שלא כדין לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979. וכן סעדים הכוללים צו מניעה המורה למשיבה להימנע משליחת דברי פרסומת בניגוד להוראות סעיף 30א לחוק התקשורת וצו עשה המורה למשיבה לשלוח דברי פרסומת רק לנמענים שנתנו את הסכמתם המפורשת לכך ולא מסרו הודעת סירוב.

66. אני מאשר גמול למבקשים בסכום של 45,000 ₪ בתוספת מע"מ וכן שכר לבאי הכח המייצגים בסכום של 455,000 ₪ בתוספת מע"מ. הגמול כולו וכן 60% מהשכר ישולמו תוך 30 ימים מהמועד הקובע כהגדרתו בהסכם הפשרה, ואילו יתרת השכר (40%) תשולם 30 ימים לאחר שהמשיבה תגיש את הדיווחים לבית המשפט בהתאם לסעיפים 32 ו- 33 להסדר הפשרה; יתרה הסכום לא תשולם אלא לאחר שתינתן החלטת בית המשפט כי מולאו התנאים המאפשרים זאת. אשר לחלוקת הגמול והשכר בין המבקשים עצמם וכן חלוקת השכר בין באי הכח המייצגים, יישמר היחס שנקבע בהסדר הפשרה, אלא אם המבקשים ובאי הכח המייצגים הסכימו אחרת ביניהם.

67. המשיבה תעביר לקרן לפיו סעיף 27א לחוק את הסך של 225,000 ₪ וזאת תוך 30 ימים מהיום.

68. המשיבה תשיב למבקשת את החלק הראשון של האגרה כפי שהוסכם בין הצדדים. וכן תשלם את החלק השני של האגרה בהתאם לתקנות האגרות.

69. הצדדים יגישו לאישור בית המשפט בתוך 10 ימים מהיום נוסח של ההודעה השניה בהתאם לסעיף 25(א)(4) לחוק אשר תתייחס לפרטים המנויים בסעיף 19(ג)(1)-(2) לחוק. ההודעה תפורסם בשני עיתונים יומיים נפוצים בשפה העברית, והמשיבה תישא בעלות הפרסום.

70. לאחר פרסום ההודעה הצדדים ימציאו עותק מההודעה, פסק הדין והסדר הפשרה למנהל בתי המשפט לשם רישומם בפנקס התובענות הייצוגיות בהתאם לסעיפים 19(ה) ו- 25(ז) לחוק, וכן

ליועץ המשפטי לממשלה ולממונה על הגנת הצרכן בהתאם לתקנה 16 לתקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע- 2010. כמו כן הצדדים ימציאו העתק מפסק הדין לקרן.

71. למען הסר ספק, לצורך ביצוע פסק הדין ימי הפגרה יבואו במניין.

<u>המזכירות תשלח את פסק הדין לצדדים, למנהל בתי המשפט וכן לקרן.</u>

ניתן היום, י"ח אלול תשפ"ו, 31 אוגוסט 2026, בהעדר הצדדים.

מוחמד עלי, שופט