



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 15957-02-16 מדיון נ' תפוז כתום שיווק אופנה בע"מ

לפני כבוד השופט דורון חסדאי

המבקשת

אלה מדיון
ע"י ב"כ עו"ד חן שטיין

נגד

המשיבה

תפוז כתום שיווק אופנה בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד רות קורן

1

פסק דין

2

1. מונחת בפני בקשה מוסכמת להסתלקותה של המבקשת, הגב' אלה מדיון (להלן: **"התובעת"** או **"המבקשת"**) מבקשתה לאישור תובענה כייצוגית כנגד "תפוז כתום שיווק אופנה בע"מ" (להלן: **"המשיבה"**) וזאת בהתאם להוראת סעיף 16 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: **"חוק תובענות ייצוגיות"**).

6

7

רקע עובדתי ועמדות הצדדים בקצירת האומר

8

2. ביום 08.02.2016 הגישה המבקשת כנגד המשיבה, תובענה ייצוגית וכן בקשה לאישור התובענה כייצוגית (להלן: **"בקשת האישור"**).

9

3. כעולה מבקשת האישור המשיבה היתה, במועד הרלוונטי לבקשה, רשת אופנה בפריסה ארצית, המונה

10

9 סניפים במתחמי קניות מרכזיים ברחבי הארץ.

11

4. לטענת המבקשת, המבקשת הצטרפה למועדון הלקוחות של המשיבה בעת ביצוע רכישה באחד

12

מסניפיה, כאשר במעמד ההצטרפות התבקשה למסור את מספר הטלפון שלה. לטענתה, המבקשת לא

13

נתנה את הסכמתה לקבלת מסרונים שיווקים.

14

5. מעת ההצטרפות, החלה המשיבה לשלוח למבקשת מסרונים למכשיר הסלולרי שברשותה בעניין

15

מבצעים שונים ולמטרת עידוד רכישה (להלן: **"המסרונים"**). לאחר קבלת מספר מסרונים מהמשיבה,

16

ביקשה המבקשת להפסיק את קבלתם ושלחה בהודעה חוזרת למספר הטלפון ממנו נשלחו המסרונים,

17

את המשפט **"הסר. נא להסיר אותי"**.

18

6. חרף בקשת המבקשת להסרתה מרשימת התפוצה של המשיבה לקבלת המסרונים, המשיכה המבקשת

19

לקבל מסרונים אלו. משכך, התקשרה המבקשת למספר המופיע במסרון על מנת לבקש את הסרתה,

20

אולם הועברה לנתב שיחות לסניפי המשיבה, ללא אפשרות הסרה מקבלת המסרונים. גם לחיצה על

21

הקישורים הפרסומיים שנכללו במסרונים לא הועילה למבקשת.

22



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 15957-02-16 מדיון נ' תפוז כתום שיווק אופנה בע"מ

7. לטענת המבקשת, במעשיה אלו הפרה המשיבה את הוראות סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים) התשמ"ב-1982 (להלן: "**חוק התקשורת**") האוסר על הפצת דברי פרסומת באמצעות הודעת מסר קצר, לרבות הפרה של סעיף 30א(ד) לחוק התקשורת, המורה כי הודעת סירוב לקבלת דברי פרסומת תישלח בדרך בה שוגר דבר הפרסומת. כמו כן נטען כי המבקשת הפרה את הוראות חוק הגנת הפרטיות תשמ"א – 1981 (להלן: "**חוק הגנת הפרטיות**"), בעניין ניהול מאגרי מידע לצורך שירותי דיוור ואופן הפניה לאדם הרשום במאגר רישום.
8. בבקשת האישור לא הוגדרה באופן ברור הקבוצה הנפגעת מהתנהלות המשיבה, וכן לא הוגדר ניזקה הממוני האישי של המבקשת. נזקם של חברי הקבוצה הועמד על הסך של 1,000 ₪ לכל מסרון, ועל הסך של 280,000,000 ₪ על דרך האומדנה. עם זאת, הוחלט להפחית את סכום התביעה לסך של 40,000,000 ₪.
9. המשיבה בתגובתה דחתה את טענות המבקשת. כעולה מתגובת המשיבה, המבקשת נתנה את **הסכמתה המפורשת** לקבלת דיוור של חומרים פרסומיים, ועל כן לכל היותר ניתן לומר שבקשת האישור נסובה רק על עניין אופן מתן הודעת סירוב, כאשר לגבי האחרון נטען כי מדובר בטענה קנטרנית אשר אינה מתאימה לידון בהליך של תובענה ייצוגית. מכל מקום נטען כי סעיף 30א(ה)(2) לחוק התקשורת קובע כי כאשר מסר פרסומי נשלח באמצעות מסרון, די בציון שם המפרסם ודרכי יצירת הקשר עימו לצורך מתן הודעת סירוב. כמו נטען כי משנת 2011 קיבלה המשיבה כ-360 בקשות הסרה וטענה כי יצירת הקשר הטלפונית לשם הפסקת קבלת המסרונים פועלת היטב. עוד טענה המשיבה כי לא ניתן להעמיד את סכום הנזק על הסך של 1,000 ₪ לכל מסרון, בהתאם לסעיף 30א לחוק התקשורת העוסק בפיצוי ללא הוכחת נזק, שכן בהתאם לסעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות לא ניתן לתבוע פיצויים ללא הוכחת נזק.
10. אשר לטענה בעניין הפרת חוק הגנת הפרטיות, נטען כי לא ניתן להגיש תביעה בעילה זו בהליך של תובענה ייצוגית, שכן חוק זה אינו מנוי בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, וכי ממילא המשיבה אינה מחזיקה במאגר המשמש לשירותי דיוור ישיר, שכן אין המדובר בפניה אישית אדם בהתבסס על שייכותו לקבוצת אוכלוסין, אלא המשיבה פונה ללקוחותיה שלה, אשר נתנו הסכמתם לקבלת דבר פרסומת.
11. בתשובתה לתגובת המשיבה, טענה המבקשת כי פרשנותה של המשיבה לעניין אופן מתן הודעת סירוב לקבל דבר פרסומת שגויה ומטעה, ואף נסתרת בפסיקתו של בית המשפט המחוזי, אשר קבע מפורשת כי גם במשלוח הודעות מסר קצר, אין די באפשרות ליתן הודעת סירוב טלפונית, ויש לאפשר מתן הודעה זו בדרך בה שוגר דבר הפרסומת (ר' רת"ק 16-01-49131 **יורי קושרובסקי נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ**) (להלן: "**יורי קושרובסקי**"). כן נטען כי חתימתה של המבקשת על טופס ההסכמה לקבלת דברי פרסומת נעשתה תחת לחץ של קונים בחנות המשיבה, וללא הבהרה מילולית מצד המוכרת בעניין זה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 15957-02-16 מדיון נ' תפוז כתום שיווק אופנה בע"מ

12. ביום 22.01.2017, הגישו הצדדים הודעה מוסכמת לפיה המבקשת תסתלק מבקשת האישור, וזאת לאור העובדה כי המשיבה מאפשרת כיום ללקוחותיה לשלוח הודעת סירוב לקבלת מסרונים בדרך של שליחת מסרון חוזר של "הסר".
13. כמו כן הושגו הסכמות לגבי מתן הטבה לכלל חברי המועדון של המשיבה בשווי של כ-1,200,000 ₪, כדלקמן:
 - א. כל חברי המועדון של המשיבה יזוכו ב-55 נקודות, בשווי של 1 ₪ לנקודה.
 - ב. הנקודות יוזנו לחברי המועדון הקיימים באופן אוטומטי ללא הבחנה בין חברי המועדון.
 - ג. ניצול הנקודות ייעשה ללא התניית קנייה בסכום מינימום או תנאי אחר.
 - ד. במהלך השנה הקלנדרית 2018 חברי המועדון יהיו רשאים לנצל 30 נקודות בשתי קניות נפרדות (15 נקודות בכל קניה).
 - ה. במהלך השנה הקלנדרית 2019 חברי המועדון יהיו רשאים לנצל 25 נקודות בשתי קניות נפרדות (15 נקודות בקניה ראשונה ו-10 נקודות בקניה השנייה).
- ההטבה לחברי המודעות כמפורט לעיל תכונה מעתה לשם הנוחות גם "ההטבה".
1. ביום 28.01.2018, בעקבות הערת בית המשפט, הודיעה המשיבה כי היא תיידע את חברי המועדון בדבר מתן ההטבה באמצעות שליחת מסרון.
14. לאור האמור ובנסיבות העניין, ניתן ביום 12.02.2018 פסק דין חלקי במסגרתו הוחלט לאשר את בקשת ההסתלקות המוסכמת, כאשר לצדדים ניתנה האפשרות להגיש את טיעוניהם בנפרד לעניין הגמול למבקשת ושכר טרחת בא כוחה.
15. ביום 15.03.2018 הוגשו סיכומי הצדדים בעניין זה.
16. המבקשת בסיכומיה ביקשה לעמוד על הנזק והמטרד שנגרמו לה כתוצאה מקבלת מסרונים שלא לרצונה, בפרט כאשר לא הייתה אפשרות להסרתם, וכן חזרה על הפסיקה המצדדת בעמדתה לעניין החובה להעמיד דרכי הסרה מקבלת מסרון פרסומי בדרך של מסרון חוזר. בנוסף ביקשה המבקשת לעמוד על התועלת הרבה לחברי הקבוצה בעקבות הסכם ההסתלקות, הן במתן ההטבה העומדת על הסך של 1,200,000 ₪ והן בתיקון מחדל המבקשת והתחייבותה שלא לחזור על התנהלותה גם בעתיד. יוער כי בהקשר זה טענה המשיבה כי מתווה ההטבה, לפיו ההטבה תינתן לכל חברי מועדון המשיבה ללא הבחנה ביניהם וללא התנאות תנאים מוקדמים, הינו חריג ויוצא דופן.
17. לצד האמור ביקשה המבקשת להדגיש את הטרחה הרבה שטרחה היא ובא כוחה בהכנת כתב התביעה ובניהול ההליך, אשר הצריך מהם שעות עבודה רבות, לרבות ניהול ארוך של משא ומתן עם המשיבה עד להגעה להסכם ההסתלקות דנן, וכן ביקשה להדגיש את החשיבות הציבורית שהשיגה בקשת האישור במיגור תופעת "דואר זבל".



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 15957-02-16 מדיון נ' תפוז כתום שיווק אופנה בע"מ

18. אשר לגמול למבקשת ושכר טרחת עורך דינה, המבקשת בסיכומיה הפנתה למספר פסקי דין בתחום
התובענות הייצוגיות שעניינן הסתלקות או אישור הסכמי פשרה מתחום הפרת הוראות חוק התקשורת
ומתחומים אחרים, בהם נעו שיעורי הגמול ושכר הטרחה שנפסקו בשיעורים של 25% ועד למעלה מ-
100% משווי ההטבה שניתנה לחברי הקבוצה. כמו כן טענה המבקשת כי בהתאם לת.צ (ת"א) 42526-
03-12 אינטרדייט בע"מ נ' פלאפון תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 2014) (להלן: "עניין אינטרדייט")
הוכרה שיטת חישוב לפיה שיעור הגמול ושכר הטרחה ייגזר מסך השווה ל-175% מסכום ההטבה הסופי
לחברי הקבוצה. זאת, בשל הסדרת התנהלות המשיבה גם בעתיד.
19. משגם בענייננו תיקנה המשיבה את התנהלותה הצופה פני עתיד, וזאת בנוסף למתן ההטבה, סבורה
המבקשת כי יש לאמץ את שיטת החישוב שהוכרה בעניין אינטרדייט, כך שהגמול ושכר הטרחה יגזרו
מסך השווה ל- 175% מסך ההטבה, קרי מהסך של 2,100,000 ₪ ולא מהסך של 1,200,000 ₪. מתוך
סכום יש לדעת המבקשת לגזור 25% בהתאם להלכה שנקבעה בע"א 2046-10 עזבון המנוח שמש ז"ל
נ' רייכרט (פורסם בנבו, 23.05.2012) ועל כן לדידה יש להעמיד את הגמול ושכר הטרחה יחד על הסך
של 525,000 ₪ בתוספת מע"מ (50,000 ₪ כגמול למבקשת ו-475,000 ₪ כשכר טרחה לבא כוחה).
20. מנגד, המשיבה בסיכומיה ביקשה ראשית להביע את עמדתה כי השאלה העומדת במחלוקת בין
הצדדים- האם היה עליה לאפשר הסרה מרשימת התפוצה של משלוח המסרונים בדרך של שליחת
מסרון חוזר- הינה שאלה הנתונה במחלוקת בפסיקה והתשובה לה אינה חד משמעית כפי שמציגה
המבקשת. לתמיכה בפרשנות כי במשלוח מסרון, המכונה הודעת מסר קצר, אין חובה לאפשר הסרה
באמצעות משלוח מסרון חוזר דווקא, מפנה המשיבה למספר פסקי דין, וביניהם ת.צ (ת"א) 29751-07-
14 רונן לפיד נ' סלקום ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 18.12.2016).
21. המשיבה אף הטילה ספק בטענת המבקשת כי אכן ניסתה להסיר את שמה מרשימת התפוצה של
המסרונים ללא הצלחה, וכן הלינה על העדר פניה מוקדמת לתיקון המחדל, טרם הגשת בקשת האישור.
זאת ועוד, נטען כי המבקשת לא עמדה בנטל ההוכחה להראות מהו הנזק שנגרם לה וליתר חברי
הקבוצה, כאשר מנגד, גם לאחר שהמשיבה אפשרה הסרה מרשימת משלוח המסרונים האמצעות
מסרון חוזר, שיעורי ההסרה נותרו זעומים ועומדים על פחות מ-1.5% מכלל חברי המועדון.
22. בכל הנוגע לגובה הגמול ושכר הטרחה שיש לפסוק למשיבה, נטען כי יש לפסוק את אלו על הצד הנמוך.
בעניין זה מפנה המשיבה למספר פסקי דין במסגרתם אושרה הסתלקות מתוגמלת במקרים דומים של
אי מתן אפשרות להסרה מרשימת תפוצה של משלוח מסרונים פרסומים, כמו גם במקרים בהם לא
ניתן היה בכלל לבקש הסרה מרשימות תפוצה אלו, כאשר על אף מתן פיצוי נכבד לחברי הקבוצה,
הגמול שנפסק לתובע הייצוגי נע בין 3,000 ₪ לבין 15,000 ₪ ואילו שכר הטרחה של בא הכוח נע בין
15,000 ₪ לבין 35,000 ₪.
23. עוד נטען כי המשיבה הינה רשת קטנה, המוכרת ביגוד "לאו-קוסט" (Low Cost) למשפחות מהמעמד
הבינוני ומטה, המחזיקה נכון להיום 4 סניפים בלבד וכי יש ליתן על כך את הדעת בפסיקת גובה הגמול



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 15957-02-16 מדיון נ' תפוז כתום שיווק אופנה בע"מ

- 1 ושכר הטרחה. כמו ציינה המשיבה כי מספר חברי המועדון של המשיבה נמצא במגמת ירידה, ועומד
2 כיום על 10,417 חברים, וכי לאור זאת הרי ששווי ההטבה עומד על פחות מ-600,000 ₪.
- 3 24. ביום 18.03.2018, ולאור הודעת המשיבה כי על הירידה במספר חברי המועדון שלה, וכפועל יוצא על
4 ההפחתה בהערכת שווי ההטבה, עד למטה מחצי מהערכת השווי הראשונית, ומשהמבקשת ביססה את
5 בקשתה לגמול ולשכר טרחה כנגזרת משווי ההטבה, ניתנה למבקשת זכות תגובה קצרה נוספת.
- 6 25. ביום 15.04.2018 הוגשה תגובת המבקשת, במסגרתה הטילה המבקשת ספק באמיתות טענת המשיבה
7 בדבר הירידה החדה במספר חברי המועדון, שכן אין זה מתקבל על הדעת שמספר חברי המועדון פחת
8 תוך חודש אחד מ-21,818 חברי מועדון ל-10,909 חברי מועדון. אבסורד זה מתחדד לטענת המבקשת
9 לאור העובדה שבמסגרת כתבי הטענות, טענה המשיבה כי מספר חברי המועדון שביקשו להסיר עצמם
10 מרשימת התפוצה שלה עומד על 1.5% בלבד. זאת ועוד, טענות המשיבה כי היא מחזיקה כיום 4 סניפים
11 בלבד עומדות אף הן בסימן שאלה, שכן באתר ההטבות של חברת אמריקן אקספרס מופיעים סניפים
12 נוספים של המשיבה.
- 13 26. מכל מקום, לדידה של המבקשת, שעה שכבר ניתן פסק דין בהסדר ההסתלקות עצמו, הרי שמשיבה
14 מחויבת לסכום שנקבע בפסק הדין בסך של 1,200,000 ₪ גם אם משמעות הדבר להכפיל את הפיצוי
15 לכל חבר בקבוצה, או לחילופין להעניק את ההטבה לכל אותם 21,818 חברי מועדון המקוריים, לרבות
16 אלו שלכאורה פרשו מהחברות במועדון.
- 17 27. המשיבה בתגובתה טענה כי מספר סניפיה עומד אכן על 4 סניפים בלבד, וכי אתר אמריקן אקספרס לא
18 עודכן, וזאת בשל רשלנות של החברה הנותנת שירותים מעין אלו למשיבה. לתגובה זו צורף תצהירו של
19 מנכ"ל המשיבה, אישור של רואה החשבון של המשיבה והעתק פרסום עדכני מאתר אמריקן אקספרס.
20 עם זאת, לא ניתנה התייחסות באשר לירידה החדה במספר חברי המועדון, ועל כן לבקשת בית המשפט,
21 התבקשה המשיבה ליתן תגובה משלימה לעניין זה.
- 22 28. ביום 17.05.2018 הגישה המשיבה את תגובתה המשלימה. במסגרת התגובה הבהירה המשיבה כי לאחר
23 שערכה בירור מעמיק עם חברת "סטייל", המועסקת על ידי המשיבה לצורך ניהול מועדון הלקוחות
24 שלה, התגלה כי הדיווח בדבר מספר חברי המועדון היה שגוי לאורך כל ההליך, וזאת משום שחברת
25 "סטייל" לא ערכה הבחנה בזמן אמת בין חברי מועדון פעילים, לבין חברי מועדון שחברותם פקעה ולא
26 היו צריכים להיכלל מלכתחילה כחברי מועדון. כך, למעשה, בעת הגשת תשובת המשיבה לבקשת
27 האישור בחודש יוני 2016 מספרם המדויק של חברי המועדון עמד על 19,687 חברים ולא 28,194
28 חברים; במועד הגשת התצהיר המשלים מטעם המשיבה בחודש יולי 2017, תצהיר עליו התבססו
29 הצדדים לצורך הכנת בקשת ההסתלקות המוסכמת, מספר המדויק של חברי המועדון עמד על 13,191
30 חברים ולא 19,412 חברים, ורק במועד הגשת הטענות לגמול ושכר טרחה, חצי שנה לאחר מתן
31 התצהיר המשלים, צוין מספרם המדויק של חברי המועדון – 10,417 חברים.
- 32 29. יודגש, כי לתגובה זו צורף תצהירו של מנכ"ל המשיבה וכן הצעה לקיום דיון ולחקירת המצהיר על
33 תצהירו.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 15957-02-16 מדיון נ' תפוז כתום שיווק אופנה בע"מ

30. המבקשת, בתגובתה המשלימה מיום 12.06.2018 לתגובתה האחרונה של המשיבה, ביקשה לדחות את הנתונים החדשים שהובאו בתגובת המשיבה, וזאת לטענה בשל חוסר אמינות ולאור הסתירות הרבות בין הדיווחים השונים של המשיבה בדבר מסרם של חברי המועדון שלה לאורך ההליך.

31. יחד עם זאת, ולשאלת בית המשפט, הודיעה המבקשת כי היא איננה מעוניינת בקיום דיון ובחקירת המצהיר מטעם המשיבה.

דיון והכרעה

32. בסעיף 16(א) לחוק תובענות ייצוגיות קבע המחוקק תנאים לאישור הסתלקות צדדים מתובענה ייצוגית או מבקשה לאישורה, כהאי ליסנא:

"מבקש, תובע מייצג או בא כוח מייצג, לא יסתלק מבקשה לאישור או מתובענה ייצוגית, אלא באישור בית המשפט, וכן לא יקבל, במישרין או בעקיפין, טובת הנאה מהנתבע או מאדם אחר בקשר להסתלקותו כאמור, אלא באישור בית המשפט; בהחלטתו אם לאשר טובת הנאה כאמור, ישקול בית המשפט את אלה:

(1) אם הבקשה לאישור ההסתלקות הוגשה לפני שאושרה התובענה הייצוגית – האם התובענה הראתה עילת תביעה לכאורה;

(2) התועלת שהביאה הבקשה לאישור או התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה".

33. יוער, כי ס"ק 1 וס"ק 2 הוספו לאחרונה לחוק התובענות הייצוגיות במסגרת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 10), התשע"ו-2016 (להלן: "תיקון 10"), במטרה למנוע תופעות של תביעות סרק "מתוגמלות", שהן למעשה תביעות סרק שלגוף הנתבע מעדיף לסלקן תמורת תשלום שכר טרחה וגמול תובע בהיקפים נמוכים למדי, חלף לנהל הליך שלם, גם כאשר אין ממש בתובענה הייצוגית.

34. כך נכתב בדברי ההסדר להצעת חוק זו (הצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 10) (הסדרי פשרה והסתלקות), התשע"ו-2016, פורסם ברשומות ביום 30.05.2016):

"סעיף 16 לחוק מתנה הסתלקות מתובענה ייצוגית או קבלת טובת הנאה בקשר להסתלקות כאמור באישור בית המשפט. במקרים רבים הנתבע מסכים לתת לתובע טובת הנאה כדי לחסוך מעצמו את ניהול ההליך; בקשות כאלה מטילות עומס על מערכת המשפט, כרוכות בעלויות מיותרות לנתבעים ואינן משרתות את עניינם של חברי הקבוצה המיוצגת ושל הציבור. לפיכך מוצע לקבוע כי בהחלטתו אם לאשר טובת הנאה לתובע המייצג או בא כוחו יידרש בית המשפט לשקול את התועלת שהביאה הבקשה לאישור או התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה. עוד מוצע לקבוע כי אם בקשת ההסתלקות מוגשת לפני שהתובענה אושרה כייצוגית, יבחן בית המשפט, במסגרת שיקוליו אם לאשר טובת הנאה כאמור, גם אם התובענה הראתה עילת תביעה לכאורה"



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 15957-02-16 מדיון נ' תפוז כתום שיווק אופנה בע"מ

35. דומה, כי במסגרת תיקון זה ביקש המחוקק לאמץ את גישתם של בתי המשפט לעניין אי אישור בקשת הסתלקות "מתוגמלת" במצב בו התובענה אינה מגלה עילה ראויה, תוך התווית קריטריונים ברורים שעל בית המשפט לבחון בבקשות אלו. ראו לעניין זה דברי בית המשפט העליון במסגרת ע"א 4714/13 מרון דיאב נ' חברת איי דיגיטל סטור בע"מ (פורסם בנבו, 2013):
- "לעניין זה נפסק, כי 'אף שהחוק מותיר פתח לפסוק גמול לתובע גם אם לא זכה בתובענה, בהתקיים הצדקה מיוחדת לכך, אין מקום לפסוק גמול לתובע מייצג או שכר טרחה לבא כוחו כאשר התביעה שהוגשה אינה ראויה, וכאשר אין לקבוצה או לציבור ענין לעודדה' (עע"ם 2395/07 אכדיה סופטוור סיסטמס בע"מ נ' מדינת ישראל – מנהל המכס ומס בולים, [פורסם בנבו] פסקה 20 (27.12.2010); וראו גם, ע"א 8430/99 אנליסט אי.אמ.אס. ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ, פ"ד נו(2) 247, 259 (2001)). בהקשר זה הובעה הדעה בספרות המשפטית, כי אין מקום לפסוק גמול למבקש להסתלק מבקשה לאישור תובענה ייצוגית (או שכר טרחה לבא-כוחו), כשמדובר בהליך שסיכוייו היו קלושים (ראו, אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים מא 5, 87-89 (תשע"א) (להלן – קלמנט)); כן ראו, ע"א 1384/11 ז'טלני נ' בנק הפועלים בע"מ [פורסם בנבו] (30.1.2013) (להלן – עניין ז'טלני)). זאת, על מנת שלא לתמרץ את הגשתן של בקשות לאישור תובענות ייצוגיות מסוג זה".
36. למעשה, עניין התועלת המתקבלת במסגרת בקשת הסתלקות היוותה עוד קודם לכן אבן בוחן בעת אישור גמול ושכר טרחה בבקשות כגון דא, וראו דבריו של פרופ' א. קלמנט במאמרו בעניין זה כי "כאשר הבקשה הביאה לשינוי בהתנהגות הנפגע ולפיצוי הנפגעים, התובע ועורך-הדין זכאים לגמול ושכר טרחה עבור זמנם, הוצאותיהם והיוזמה לפעולה כנגד הנתבע" (ר' א. קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים מא 5, 88 (תשע"א)). יחד עם זאת נקצב שיעור הגמול ושכר הטרחה בהתאם לשיקול דעת בית המשפט ובהתחשב בתועלת הספציפית המתקבלת בכל מקרה ומקרה [ר' עוד: ת"צ 11784-12-11 דורפמן נ' טיב טעם רשתות בע"מ (פורסם בנבו, 13.06.2012); ת"צ 39068-11-11 דרור אביטל נ' זוגלובק שיווק בע"מ (פורסם בנבו, 24.03.2013); ת"צ 48191-11-13 בירגר נ' מי עדן ייצור (2007) בע"מ ואח' (פורסם בנבו, 17.08.2014); ת"צ 27043-06-14 ברוך חזן נ' יעד חברה לדלק בע"מ (פורסם בנבו, 09.12.2014); ת"צ 15843-01-15 סנקוב נ' ארד הרצל בע"מ (פורסם בנבו, 01.03.2015); ת"צ 13306-06-14 ציון נ' יפאורה - תבורי בע"מ ואח' (פורסם בנבו, 10.03.2015)].
37. בנסיבות המקרה שלפני, בשים לב כי בשלב זה של ההליך- כאשר טרם נערך דיון בבקשה לאישור תובענה כייצוגיות- נדרש בית המשפט לבחון את קיומה של עילה לכאורה בלבד, להבדיל מהרף שיש לעמוד בו בעת בחינת בקשת אישור תובענה ייצוגית לגופה, אז בוחן בית המשפט האם העניינים העולים מהתובענה הייצוגית עומדים ברף של "אפשרות סבירה" כי יוכרעו לטובת הקבוצה (סעיף 8(א)(1) לחוק התובענות הייצוגיות), סבורני כי אין המדובר בתביעת סרק נעדרת כל עילה לחלוטין, אלא שעילות התביעה לוקות לכאורה בבעייתיות מסויימת.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 15957-02-16 מדיון נ' תפוז כתום שיווק אופנה בע"מ

38. יובהר; עילת התביעה העומדת במרכז בקשת האישור, או לכל הפחות עילת התביעה לה ניתן משקל גדול יותר בבקשת האישור, הינה עצם משלוח המסרונים, לטענת המבקשת, ללא הסכמתה. ברם, מתגובת המשיבה עולה כי המבקשת חתמה אף חתמה על הסכמתה לקבלת המסרונים (ר' פסקה 26 לתגובת המשיבה – המסמך בחתימת ידה של המבקשת הוטמע בתוך התגובה ולא צורף כנספח), כאשר טענות המבקשת מנגד כי החתימה הייתה תחת לחץ הקונים לא הוכחו, וממילא תועלתם כנגד המסמך שבכתב מוטלת בספק. מכאן, שעילת התביעה הסבירה שנותרה, הינה אי מתן אפשרות להסרה של המבקשת מרשימת התפוצה באמצעות משלוח מסרון חוזר. נראה כי גם המבקשת מודעת לבעייתיות שבעילת התביעה הראשונה והשיח בין הצדדים התמקד בהמשך ההליך בעילה השנייה בעיקר.
39. דא עקא, מעיון בפסיקה עולה שגם העילה השנייה שנויה במחלוקת, כאשר לעומת פסק הדין **בעניין יורי קושרובסקי**, המשיבה מנגד הפנתה בסיכומיה לפסק דינה של כב' השופטת צ. צפת במסגרת ת.צ. (ת"א) 29751-07-14 **רונן לפיד נ' סלקום ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 18.12.2016), שם נפסק כי בהודעות פרסומיות מסוג מסר קצר (הודעות הנשלחות באמצעות מסרון) אין חובה לאפשר הסרה באמצעות משלוח מסרון חוזר, אלא די להסתפק בשמו של המפרסם ודרכי יצירת קשר עימו, וזאת נוכח המגבלות הטכנולוגיות ביחס למספר התווים האפשריים שניתן לשלוח בפרסום במסרון, כפי שנעשה במקרה דנא (יוער כי על פסק דין זה תלוי ועומד ערעור בבית המשפט העליון).
40. יחד עם זאת, בכל הנוגע לתועלת לחברי הקבוצה שצמחה מההסתלקות דנא, הרי שאין ספק כי קמה לחברי הקבוצה תועלת של ממש, בדמות קבלת ההטבה. כמו כן קמה כמובן גם תועלת הן לחברי הקבוצה והן לציבור מעצם תיקון דרכי ההסרה מקבלת המסרונים, כך שכל מי שכיוון חבר מועדון וכן מי שיצטרף בעתיד, יוכל להסיר עצמו מרשימת התפוצה של המסרונים בצורה מהירה וקלה, על ידי שליחת מסרון חוזר עם בקשת הסרה.
41. נוכח האמור, סבורני כי המבקשת ובא כוחה אכן זכאיים לתגמול בהתאם לסעיף 16(א) לחוק תובענות ייצוגיות, שכן על אף הבעייתיות בעילות התביעה כמפורט לעיל, הרי שעדיין עסקינן בשאלת קיומה של עילה **לכאורה** בלבד, ומשהתועלת לציבור שקמה בעקבות ההסתלקות- קרי מתן ההטבה, הינה תועלת של ממש בנסיבות המקרה דנן. עם זאת, הבעייתיות שבעילות התביעה תילקחנה בחשבון בעת קביעת התגמול.
42. אשר לשאלה האם המשיבה מחויבת בהענקת הטבה בשווי של 1,200,000 ₪ ללא קשר למספר חברי המועדון, סבורני כי התשובה לכך שלילית. בהסכם ההסתלקות נכתב במפורש כי "**הנקודות תזונה לחברי המועדון הקיימים...**" (ההדגשה שלי – n.t.), בעוד שכנגד אין התחייבות של ממש על הסך של 1,200,000 ₪, אלא שסכום זה הוזכר כשווי **מוערך** בלבד של ההטבה. מכאן, שמצאתי לקבוע כי הסכם ההסתלקות אינו כובל את המשיבה ליתן את הסך של 1,200,000 ₪ דווקא במסגרת ההטבה. זאת, כאשר מנגד אין כל עיגון בהסכם ההסתלקות להצעות המבקשת להגדיל את שווי ההטבה לכל חבר מועדון, על מנת לעמוד ביעד של 1,200,000 ₪.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 16-02-15957 מדיון נ' תפוז כתום שיווק אופנה בע"מ

43. יחד עם זאת, מרגע שהסכם ההסתלקות אושר על ידי בית המשפט וקיבל תוקף של פסק דין (וכזכור, במסגרת סעיף 18 לבקשת ההסתלקות התבקש בית המשפט לאשר את ההסתלקות קודם להגשת הטענות לעניין הגמול ושכר הטרחה), הרי שאת מספרם של חברי המועדון יש לחשב על פי מועד פסק הדין, וככל וקיימים חברי מועדון שעזבו מאז מועד מתן פסק הדין, הרי שיש לאתרם ולעדכןם בדבר הזכאות להטבה. אין כל מקום להמתין עד בלי די בעניין זה, בהיעדר מועד מוסכם ליישום ההטבה לאחר אישור הסדר ההסתלקות, ובשים לב כי מספר חברי המועדון נמצא במגמת ירידה מתמדת, ודי לחכימה ברמיזה. לעניין השאלה מהו למעשה מספרם האמיתי של חברי המועדון, צודקת המבקשת בטענתה כי לאורך כל ההליך הוצגו פעם אחר פעם נתונים שגויים בדבר מספר חברי המועדון, עד כי כבר קשה ליתן אמון בנתונים שמציגה המשיבה. עם זאת, לאור ההסבר האחרון, כי מקור הטעויות נבע מחישוב שגוי של החברה המנהלת את מועדון הלקוחות שלה המשיבה, משעל פני הדברים הנתונים החדשים מתיישבים עם השכל הישר מבחינת הירידה במספר חברי המועדון שהתגלתה כמתונה יותר, ומשהדברים נתמכו בדוחות המשיבה ובתצהיר מנכ"ל המשיבה, אותו סירבה המבקשת לחקור, מוצא אני לקבל הסברים אלו. ברם, התנהלות המשיבה בעניין זה, והסתירות הרבות בדיווחיה השונים לאורך ההליך, כפי שעמדה על כך המבקשת, יילקחו גם הם בחשבון לצורך קביעת הגמול למבקשת ושכר טרחת בא כוחה.

אופן חישוב הגמול ושכר הטרחה

44. בע"א 2046/10 עזבון המנוח משה שמש נ' דן רייכרט (פורסם בנבו, 23.05.2012) (להלן: "עניין שמש") דחה בית המשפט העליון את שיטת חישוב הגמול ושכר הטרחה בהתאם לשעות העבודה שהושקעו לה עותרת בין היתר המבקשת, וביכר על פני זאת את שיטת החישוב באחוזים. וכך נכתב:

"לטעמנו, שיטת השעות היא בעלת מספר חסרונות משמעותיים, אשר מטילים את הכף נגד אימוצה. ראשית, שיטת השעות אינה קושרת בין שכר הטרחה לבין התועלת שצמחה לקבוצה. שכר הטרחה בשיטה זו מחושב על פי המאמץ שהשקיע עורך הדין בניהול התובענה. ואולם, אין בהכרח קשר ישיר בין המאמץ שהושקע על ידי עורך הדין לבין התועלת שצומחת לקבוצה. כך, אין לומר כי עורך דין שהשקיע 100 שעות בניסיון להגיע להסכם פשרה בסך מיליון ש"ח, היה משקיע פי 10 שעות עבודה על מנת להגיע להסכם פשרה של 10 מיליון ש"ח. חוסר הקשר בין התגמול לקבוצה לבין שכר הטרחה עלול להעצים בעיות של ניגוד עניינים ולעוות את תמריציו של עורך הדין. כך, עורך דין היודע כי שכרו בסופו של ההליך הייצוגי ייקבע על פי השעות שהשקיע בניהול התיק, יתומרץ להשקיע מספר רב של שעות, אף אם התועלת הצומחת לקבוצה מהשקעה זו הינה נמוכה. במילים אחרות, שיטת השכר לפי שעות עלולה לתמרץ את עורכי הדין לעבודת יתר... יוער, בהקשר זה, כי עבודת יתר של עורך הדין עשויה לפגוע לא רק בקבוצה; היא עלולה להוביל להגשת בקשות מיותרות לבית המשפט ולבזבוז משאבים שיפוטיים יקרי ערך. נוסף על כך, שיטת השעות דורשת בדיקה ופיקוח של בית המשפט על עבודת עורך הדין. ואולם, בפועל,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 15957-02-16 מדיון נ' תפוז כתום שיווק אופנה בע"מ

קשה לבית המשפט להפעיל פיקוח אמיתי על היקף העבודה ולבחון האם מדובר בהשקעה נחוצה אם לאו.

נימוקים אלה מובילים אותנו למסקנה לפיה ככלל, אין לעשות שימוש בשיטת השעות כבסיס לפסיקת שכר טרחה בתובענות ייצוגיות. על כן, סבורים אנו כי יש לאמץ את שיטת האחוזים כשיטה המובילה לפסיקת שכר טרחה. וזאת, בתובענות ייצוגיות בהן הסעד הסופי הינו סעד כספי"

ובהמשך נקבע:

"אימוצה של שיטת האחוזים דורש אף הוא מספר הבהרות. ראשית, יודגש 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" (ההדגשות אינן במקור – נ.ד.).

(ר' גם: ע"א 471/15 אברהמי נחמיה נ' סלקום בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 11.04.2016)).

45. בנסיבות העניין סבורני כי אין מקום לפסוק את הגמול ושכר הטרחה בהתאם לשעות עבודתו ומידת ההשקעה בתיק של בא כוח המבקשת, אלא בהתאם לתוצאותיה האופרטיביות של בקשת ההסתלקות שבפני, כאשר תילקח בחשבון הטרחה שטרם ב"כ המבקשת בגדר כל הנעשה בתיק. ממילא יוער כי בא כוח המבקשת אף לא הביא כל סימוכין לטענתו בדבר שעות העבודה הרבות לטענתו שהושקעו בתיק. אשר על כן, פסק הדין בעניין שמש יהווה את נקודת המוצא לדיון בגמול ובשכר הטרחה.

46. אשר לטענת המבקשת כי **סכום הבסיס** ממנו יש לגזור גמול ושכר הטרחה, **להבדיל מאופן החישוב** של שכר הטרחה והגמול מתוך סכום הבסיס, צריך לעמוד על הסך של 175% משווי ההטבה כולה בהתאם לנפסק **בעניין אינטרדייט**, הרי שאין בידי לקבל טענה זו.

47. אומנם המבקשת אינה מציינת עובדה זו, אולם הסכום שנפסק **בעניין אינטרדייט** (על ידי כב' השופט (בדימוס) י. ענבר) נפסק **בהסכמת הצדדים**, לגביה החליט בית המשפט **שלא להתערב**. בניגוד לאופן בה מנסה המבקשת להציג זאת, ברי לכל בר בי רב כי אין המדובר במתווה מיוחד או הלכה חדשנית שבאה לקבוע כי במקרה בו הסדיר הנתבע את התנהלותו העתיד אולי יש מקום לפסוק גמול ושכר טרחה מתוך 175% מסך ההטבה שניתנה לציבור. יוער, כי מעיון בפסיקה אף לא נמצא שום פסק דין שאימץ גישה זו.

48. האמור לעיל יפה גם ליתר פסקי הדין שעניינם חוק התקשורת אליהם הפנה המבקשת, והעוסקים בגמול ובשכר טרחה שנפסקו **בהסכמת הצדדים**.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 15957-02-16 מדיון נ' תפוז כתום שיווק אופנה בע"מ

49. אשר על כן, לאור מכלול הנסיבות, נוכח הבעייתיות עליה עמדתי בעילות התביעה מחד, ונוכח התועלת שצמחה לקבוצה מבקשת האישור, כפי שנותחה לעיל, מאידך, כאשר לעניין זה נלקחת בחשבון הן התועלת מהוספת אפשרות ההסרה במשלוח מסרון חוזר והן ממתן ההטבה, בשים לב כי שווי ההטבה הגולמי עומד על כ-600,000 ₪, אולם לא ברי איזה חלק מסכום זה ינוצל בפועל על ידי חברי הקבוצה (תשומת הלב לעניין שמש בהקשר זה כפי שהובא לעיל), כך שאין המדובר בהכרח בסכום סופי, כמו גם לעובדה שההטבה ניתנת ללקוחות קיימים בלבד ולא לכלל הלקוחות שנשלחו אליהם מסרונים המשיבה, ולאחר שאף לקחתי בחשבון את התנהלות הבעייתית של המשיבה בהבאת הנתונים בדבר מספר חברי הקבוצה, אני מוצא כי יש לאשר את הגמול לתובעת על הסך של 5000 ₪ בצירוף מע"מ, ולהעמיד את שכר טרחת בא כוחה על הסך של 50,000 ₪ בצירוף מע"מ.

50. בפסק הדין החלקי מיום 12.02.2018 הורתי למשיבה להגיש עדכון לבית המשפט בדבר ביצוע ההטבה בתוך 45 יום. דבר זה טרם נעשה, ועל המשיבה לעשות כן עד ליום 10.07.2018. בנסיבות אלו הגמול לתובעת במלואו ושכר טרחה בסך של 40,000 ₪ בצירוף מע"מ, ישולמו לאחר מתן ההודעה בדבר הוצאת ההטבה מן הכוח אל הפועל. יתרת שכר טרחת בא כוח המבקשת בצירוף מע"מ, תשולם לאחר שהמשיבה תגיש עדכון על סיום ההטבה, בסיום שנת 2019.

סוף דבר

51. הגמול ושכר ט"מ מאושרים כמפורט לעיל.

52. המזכירות תמציא את פסה"ד לב"כ הצדדים וכן למנהל מערכת בתי המשפט לצורך רישומו בפנקס התובענות הייצוגיות.

53. נוסף על העדכון שעל המשיבה להגיש ליום 10.07.2018, יגישו הצדדים אף עדכון על השלמת ההטבה בסיום שנת 2019.

54. מזכירות- תז"פ לעניין הודעות העדכון מטעם המשיבה ליום 12.07.2018 וליום 08.01.2020.

ניתן היום, ח' תמוז תשע"ח, 21 יוני 2018, בהעדר הצדדים.

דורון חסדאי, שופט