

המבקש:

עו"ד רועי בכר, ת.ז. 034720029
ע"י עוה"ד אברהם יהודה
ממשרד יהודה, בכר ושות' - משרד עורכי דין
אחד העם 9, תל אביב, ת.ד. 29557
טל: 03-5100848; פקס: 03-5102419

- נגד -

המשיבה:

אל-שרד בע"מ, ח.פ. 511199291
ע"י ב"כ עוה"ד דן חי ו/או יארא חידר ואח'
ממשרד דן חי ושות' - עורכי דין
דרך אבא הילל סילבר 12 (מגדל ששון חוגי), רמת גן 52506
טל': 03-6005777; פקס: 03-6005888

מועד החתימה על הבקשה: 1.3.2022

בקשה לאישור הסדר פשרה

בהתאם להוראות סעיפים 18 ו-19 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן "חוק תובענות ייצוגיות") ותקנה 12 לתקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע-2010 (להלן "תקנות תובענות ייצוגיות"), מתכבדים בזאת הצדדים להליך, עו"ד רועי בכר (להלן "המבקש") וחברת אל-שרד בע"מ (להלן "המשיבה"), לעדכן את בית המשפט הנכבד כי עלה בידם, בסיועו של המגשר הנכבד מהמשכן לבוררות ופתרון סכסוכים, עו"ד ניר אמודאי (להלן "המגשר"), להגיע להסדר פשרה שיהיה בו כדי ליישב את בקשת האישור והתובענה באופן סופי ומוחלט על דרך הפשרה, כמפורט להלן.

ואלה נימוקי הבקשה:

א. רקע רלוונטי נדרש לצורך ההכרעה בבקשה

1. עניינה של בקשת האישור בטענת המבקש כי המשיבה הפרה את הוראות סעיף 30א' לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן "חוק התקשורת"), עת שיגרה לו מסרונים הנכנסים בגדר הוראות חוק התקשורת למכשיר הנייד שלו, וזאת מבלי שהסירה אותו מרשימת הדיוור השיווקית שלה, על אף שפעל בהתאם להנחיות שניתנו במסרונים שקיבל (שיגור המילה "הסר") – וזאת בשתי הודעות סירוב שנשלחו מועדים שונים, כאשר לאחר כל הודעת סירוב כאמור המשיך המבקש לקבל דברי פרסומת שונים מטעם המשיבה.
 2. בתשובתה לבקשת האישור טענה המשיבה, בין היתר, כי היא מקפידה על קיום הוראות הדין וחוק התקשורת בפרט, ובמסגרת זו מכבדת כל בקשת הסרה המתקבלת אצלה. יחד-עם-זאת, הבהירה המשיבה כי בחודש ספטמבר 2020 התקשרה עם חברת שמיר מערכות ומפעלים בע"מ (להלן "החברה החיצונית") לצורך עשיית שימוש במערכת דיוור ישיר הממוחשבת שלה (להלן "המערכת"), וכי בשל תקלת אנוש של גורם במשיבה, הוצג במסרונים מושא בקשת האישור מספר שסופק על-ידי החברה החיצונית (שמספרו: 052999686; להלן "המספר הגנרי"), אשר משמש ספקים רבים שעושים שימוש במערכת.
- עוד הובהר, כי ספקים אשר עושים שימוש במספר הגנרי, נדרשים לבקש מהנמענים להם הם שולחים דיוור שיווקי במסרון, כי אלו ישיבו ככל והם מעוניינים להיות מוסרים מרשימת הדיוור, ספרות ייחודיות המזוהות

עמן בחברה החיצונית, ולא את המילה "הסר". בדרך זו (של השבת ספרות הייחודיות למספר הגנרי עימם הספק מזוהה במערכות החברה החיצונית) – יודעת מערכת החברה החיצונית להסיר את אותו נמען באופן ספציפי מרשימת הדיוור השיווקי של אותו ספק שעשה שימוש במספר הגנרי.

בענייננו, המשיבה אמנם רכשה כבר במועד ההתקשרות עם החברה החיצונית מספר אשר אמור היה לשמש רק אותה באופן בלעדי (שמספרו: 0529993625; להלן "המספר הייחודי") ומשכך לא היה צורך בהשבת ספרות, אם כי השבה של המילה "הסר" בלבד.

דא עקא, שבשל אותה טעות אנוש כאמור של גורם במשיבה, אשר סבר כי המערכת עברה הטמעה כך שמוזן באופן אוטומטי המספר הייחודי שנרכש על-ידי המשיבה, אזי שבמסרונים ששוגרו ללקוחות המשיבה, התבקש מי שמעוניין להיות מוסר מרשימת הדיוור השיווקית של המשיבה להשיב את המילה "הסר" במסרון חוזר למספר הגנרי ולא למספר הייחודי.

לטענת המשיבה, מיד עם היוודעה של המשיבה לתקלה המתוארת, לאחר שהתקבלו אצל המשיבה מספר פניות מנמענים שניסו להסיר את עצמם מרשימת התפוצה של המשיבה, אך טענו כי הם ממשיכים לקבל מסרונים, ערכה המשיבה ביום 30.11.20 בדיקה למול החברה החיצונית על מנת לנסות להבין את המקור והסיבה לתקלה.

לאחר שזו התבררה, ביקשה המשיבה ביוזמתה לקבל לידיה מהחברה החיצונית רשימה של כלל המספרים ששיגרו למספר הגנרי מסרון חוזר הכולל את הביטוי "הסר" כשרשימה זו כוללת את מספר הנמען וכן את התאריך והשעה בה שוגר על-ידו מסרון הכולל את הביטוי "הסר" (להלן "רשימת הנמענים"), וזאת על אף שהובהר למשיבה כי לא ניתן לדעת אם בקשת ההסרה נשלחה ביחס למסרון ששוגר על-ידי המשיבה או למסרון שנשלח על-ידי ספק אחר (בשים לב לכך שהמספר הגנרי משמש מספר רב של ספקים).

ביום 1.12.20 הסירה המשיבה את כל מי שמצוי היה הן ברשימת הנמענים והן ברשימת מורשי הדיוור השיווקית שלה - וזאת על אף שלא ניתן היה לדעת בוודאות מוחלטת אם בקשת ה"הסר" שהשיב הנמען הינה ביחס למסרון ששיגרה המשיבה או ביחס למסרון ששוגר על-ידי ספק אחר. לטענת המשיבה, היא בחרה לנקוט בקו מחמיר זה, על מנת להבטיח הסרה של כלל הנמענים אשר ניסו להסיר את עצמם מרשימת הדיוור השיווקית שלה במסרון חוזר (שנשלח על-ידם למספר הגנרי), גם אם ייתכן והיא תסיר נמען אשר בקשת ה"הסר" שלו הייתה ביחס לספק אחר (ומצוי גם ברשימת מורשי הדיוור השיווקי של המשיבה).

3. במסגרת תגובת המבקש לתשובה המשיבה, טען המבקש, בין היתר, כי המשיבה הודתה בעובדות המשמשות יסוד לבקשת האישור וכי הודתה שהמסכת העובדתית המתוארת אינה ייחודית למבקש בלבד, אם כי גם ביחס ליתר חברי הקבוצה הנטענים אשר ביקשו את הסרתם ממאגרי המשיבה. על-כן טען המבקש כי יש לאשר את בקשת האישור ולנהל תובענה ייצוגית כנגד המשיבה בעניין.

4. ביום 27.10.21 התקיים דיון קדם משפט, במסגרתו הגיעו הצדדים לכדי הסכמה כי הם מעוניינים בקיום הליך גישור. בהתאם לזאת, התקיים בין הצדדים הליך גישור אצל המגשר, ולאחר מספר ישיבות גישור הגיעו למתווה הפשרה, אותו מתבקש בית המשפט הנכבד לאשר.

5. בשים לב לאמור לעיל, גובש בין המבקש לבין המשיבה הסכם הפשרה שלהלן, על מנת למנוע התדיינות משפטית ומתוך שקלול הסיכונים והסיכויים בניהול ההליך וזאת מבלי להודות בפני בית משפט נכבד זה באיזו מטענה שהועלתה על-ידי מי מהצדדים בכתבי טענותיהם, הגיעו הצדדים להסכם הפשרה המוצע שלהלן.

ב. הסכם הפשרה המוצע

6. הבקשה לאישור התובענה כייצוגית כנגד המשיבה תתקבל, והתביעה תאושר כתביעה ייצוגית לפי סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, לפי פרט 12 לתוספת השניה לחוק.

7. הקבוצה תוגדר באופן הבא:

"כל מי שהיה מצוי ברשימת מורשי הדיוור השיווקי של המשיבה ושלה במהלך החודשים ספטמבר-נובמבר 2020 הודעת הסרה באמצעות מסרון המכיל את הביטוי "הסר" למספר 052999686 [קרי המספר הגנרי, הח"מ] וקיבל לאחר מכן מסרונים שיווקיים מהמשיבה עד ליום 1.12.20".

8. בעקבות הבקשה לאישור התובענה כייצוגית שהוגשה על ידי המבקש, המשיבה ביצעה בדיקות קפדניות ומצאה כי היקף חברי הקבוצה הינה בסך של 973 נמענים בסה"כ, אשר מצויים ברשימת מורשי הדיוור השיווקי שלה ושלחו במהלך החודשים ספטמבר-נובמבר 2020 את הביטוי "הסר" למספר הגנרי וקיבלו לאחר שעשו כן מסרונים שיווקיים מהמשיבה. בסה"כ שיגרה המשיבה כ- 2,516 מסרונים באופן המזכה בפיצוי את חברי הקבוצה, בהתאם למועד הראשון בו שוגר על-ידי כל אחד מהם הביטוי "הסר" למספר הגנרי (כעולה מרשימת הנמענים), וכמות המסרונים השיווקיים שקיבל כל אחד מחברי הקבוצה לאחר נקודת זמן זו ועד אשר הוסר כליל מרשימת מורשי הדיוור השיווקי של המשיבה ביום 1.12.20.

העתק תצהירו של מר דולב רפאל דרי, אשר משמש בתפקיד מנהל שיווק דיגיטלי ודאטה אנליסט במשיבה, התומך בנתונים אלו ומפרט אודות הבדיקות שערך בעניין, בצירוף קובץ המכיל את כלל חברי הקבוצה הזכאים לפיצוי בהתאם להיקף הפיצוי לו הם זכאים מצ"ב להסדר זה ומסומן **כנספח 1**, כחלק בלתי נפרד הימנו.

9. במסגרת הליך הגישור, הוסכם בין הצדדים לצרכי פשרה, כי בגין כל מסרון שקיבל כל חבר קבוצה, לאחר ששלח את הודעת ה"הסר" למספר הגנרי, בהתאם לכמות המסרונים שקיבל לאחר מכן בפרק הזמן המוגדר בקבוצה, תינתן הטבת שובר רכישה דיגיטלי בשווי 70 ₪, בהתאם לזכאותו האישית של כל אחד מחברי הקבוצה, ויוון אוטומטית על-ידי המשיבה במערכתה, כך שניתן יהיה לממשו בחנויות המשיבה המפורטות **בנספח 2** להלן (להלן "הפיצוי") וזאת, ללא כל התניה ו/או תלות ברכישות אחרות ו/או נוספות.

העתק רשימת חנויות המשיבה בהן ניתן יהיה לממש את הפיצוי (להלן "חנויות המשיבה") מצ"ב להסדר זה ומסומן **כנספח 2**, כחלק בלתי נפרד הימנו.

10. **כך למשל**, חבר קבוצה ששלח הודעת "הסר" ביום 22.11.20, וקיבל עד ליום 1.12.20 מסרון אחד בלבד, יהיה זכאי לפיצוי בשווי 70 ₪; חבר קבוצה ששלח הודעת "הסר" ביום 7.11.20 וקיבל עד ליום 1.12.20 שני מסרונים, יהיה זכאי לפיצוי בשווי 140 ₪ וכד'. כל חבר קבוצה בהתאם לסכום הפיצוי לו יהיה זכאי, אשר יוזן באופן אוטומטי כאמור תחת פרטי כרטיס חבר המועדון שלו (בהתאם לקובץ שצורף ל**נספח 1** לעיל).

11. על מנת להבטיח כי לא יהיו גורמים זרים אשר יעשו שימוש במספר הנייד של מי מחברי הקבוצה לצורכיהם האישיים (וללא אישורו של חבר הקבוצה), כל שיידרש חבר הקבוצה על מנת לממש את הפיצוי הוא למסור במעמד הרכישה לקופאית/ת חנות את מספר הנייד שלו וכן להציג אמצעי זיהוי אישי שלו (שכן עם הזנת המספר על-ידי הקופאית, יוצגו בפניו במערכת פרטים של חבר הקבוצה, כמו שם פרטי ושם משפחה, אותם מסר

למשיבה במועד הצטרפותו למועדון המשיבה, כשנבהיר כי כלל חברי הקבוצה בהכרח היו/עודם חברים במועדון הלקוחות של המשיבה), וזאת על מנת להבטיח כי תברה הקבוצה הוא זה שיזכה לממש את הפיצוי.

12. עוד הוסכם בין הצדדים כי הפיצוי שיינתן לכל חבר קבוצה, בהתאם לזכאותו, יינתן **לפרק זמן שאינו מוגבל** (כאמור בהודעת העדכון שתישלח לחברי הקבוצה כמפורט בסעיף 14 להלן). קרי, אין צורך בתהליך בקרה על מימוש היקף הפיצוי על ידי חברי הקבוצה שכן החשש לפיו הפיצוי לא ימומש על-ידי חברי הקבוצה אינו מתקיים, שכן הזכאות לפיצוי של כל אחד מחברי הקבוצה תעמוד לטובתו בכל עת שיחפוץ, מבלי שזו תהיה מוגבלת בפרק זמן כלשהו.

13. יובהר שוב, כי אין כל חובה שחבר קבוצה יידרש להוסיף תשלום כלשהו לצורך מימוש הפיצוי בחנויות המשיבה, שכן המשיבה מציעה מגוון חנויות בהן ניתן לרכוש מגוון פריטים בסך שהינו נמוך מ- 70 ₪, שהינו סכום הפיצוי המינימלי של כל אחד מחברי הקבוצה. מכאן – שמדובר בפיצוי שבהכרח מותנה ברכישת מוצר או שירות כלשהו מהמשיבה ו/או בכלל, שכן שאין ולא קיימת כל חובה כי מי מחברי הקבוצה יידרש להוסיף סכום כסף נוסף על מנת לממש את הפיצוי שיקבל מהמשיבה, גם אם מדובר בפיצוי שיוזן לחבר הקבוצה בסך המינימלי (בגין מסרון אחד – קרי פיצוי בשווי 70 ₪).

העתק דוגמאות להמחשת פריטים אותן ניתן לרכוש בסך שהינו נמוך מ- 70 ₪ מצ"ב להסדר זה ומסומן **כנספח 3**, כחלק בלתי נפרד הימנו.

14. לצורך עדכון חברי הקבוצה בהסדר הפשרה, ישלח לכל אחד מחברי הקבוצה, בכפוף לאישורו של בית המשפט הנכבד, מסרון עדכון בנוסח המוצע להלן:

"במסגרת הסכם פשרה בת.צ. 21-01-20059 בכר נ' אל שרד בע"מ, הנך זכאית לפיצוי בשווי _____¹ ₪ (ישובר דיגיטלי) אותו תוכלי לממש בחנויות המפורטות בקישור הבא: _____², ללא הגבלת זמן, וזאת בכפוף להצגת אמצעי זיהוי בפני הקופאית במעמד הרכישה. יובהר כי מימוש הפיצוי אינו מוגבל בפרק זמן מסוים וכן, אינו מותנה ברכישת מוצר נוסף מחנויות הרשת. הודעה זו נשלחת באישור ועל-פי הנחיית בית משפט השלום בת"א."

15. יובהר כי כל ההוצאות הכרוכות בביצועו של הסכם זה, לרבות עלויות משלוח מסרונים, ישולמו על-ידי המשיבה בלבד. המשיבה תפעל ליישומו של הסכם זה בתוך 30 ימים ממועד מתן ההחלטה בבקשה זו, וככל וזו תאושר, יגישו הצדדים הודעה המלווה בתצהיר המשיבה, לפיו עמדה בהתחייבויותיה לפי הסדר פשרה זה, וזאת בתוך כ- 15 ימים מתום התקופה הקצובה של 90 ימים אשר יתחילו להימנות ממועד מתן ההחלטה בבקשה זו, וככל וזו תאושר.

16. עם אישור הסדר הפשרה על ידי בית המשפט הנכבד יתגבש מעשה בית-דין כלפי כל חברי הקבוצה (למעט כל מי שבית המשפט התיר לו לפרוש מהקבוצה) בכל ענייני בקשת האישור, כך שלחברי הקבוצה המוגדרת בהסדר פשרה זה לא תעמוד עוד כלפי המשיבה ו/או מי מטעמה כל עליה וסעד, כמו גם כל טענה, זכות, דרישה או תביעה בעילות שנכללו במסגרת בקשת האישור ולרבות לא תהא כל טענה ו/או תביעה מכל מן וסוג שהוא כנגד המשיבה ו/או מי מטעמה.

¹ כאן יוזן הסכום לו יהיה זכאי חבר הקבוצה, בהתאם לתוצאת הבדיקה שערכה המשיבה בעניין.
² קישור לעמוד נחיתה ובו פירוט החנויות שבנספח 2, בהן חבר הקבוצה יוכל לממש את הפיצוי, בהתאם לזכאותו.

17. השווי המצרפי של הפיצוי הינו בסך 176,120 ₪ (כמות ההודעה שנשלחו על-ידי המשיבה לאחר שיגור הודעת ה"הסר" על-ידי חברי הקבוצה למספר הגנרי **כפול** סכום הפיצוי שיינתן בגין כל הודעה ששוגרה, בשווי 70 ₪ כאמור לעיל).

18. כמצוות סעיף 18(ז) לחוק תובענות ייצוגיות, הסכם הפשרה אינו כולל הוראות באשר לתשלום גמול התובע הייצוגי ושכר טרחת באי-כוחו. יחד עם זאת, רואים המבקש והמשיבה להגיש לבית המשפט הנכבד המלצה מוסכמת בעניין זה, אשר משקפת בין היתר אף את הפיצוי לציבור שהושג במסגרת הליך זה, הסיכון אשר נטל המבקש והטרחה והמאמץ של באי-כוחו, ולפיה – בכפוף לאישורו של הסדר הפשרה וכניסתו לתוקף:

18.1. המבקש יקבל גמול בסכום סופי וכולל של 7,000 ₪ (בתוספת מע"מ כדין) אשר ישולם בתוך 7 ימים ממועד אישורו של בית המשפט הנכבד את הסדר הפשרה. כנגד קבלת הגמול כאמור יעביר המבקש חשבונית מס כדין למשיבה.

18.2. ב"כ המייצג יקבל שכ"ט עו"ד בסך של 38,000 ₪ (בתוספת מע"מ כדין), כסכום סופי ומוחלט. מחצית משכ"ט ישולם בתוך 15 ימים ממועד אישורו של בית המשפט הנכבד את הסדר הפשרה (וככל ויאושר) וכנגד העברת חשבונית מס כדין כמפורט להלן אישור ניהול ספרים ואישור ניכוי מס במקור למשיבה. המחצית השנייה של שכר הטרחה תשולם בחלוף 7 ימים לאחר שיגישו הצדדים הודעה המלווה בתצהיר מטעם המשיבה, לפיה עמדה בהתחייבויותיה בהתאם להסדר פשרה זה (למעט מימוש השוברים אשר אינם מוגבלים בזמן כמפורט לעיל). כנגד קבלת כל תשלום כאמור של המשיבה, יעביר ב"כ המבקש חשבונית מס כדין בתוך 15 ימים.

18.3. הצדדים סבורים כי הגמול ושכר הטרחה הנם סבירים וראויים במקרה זה בין היתר נוכח היות שכ"ט והגמול למבקשת מצויים בטווח הנהוג והמקובל בפסיקה.

19. במסגרת ההמלצה בעניין הגמול למבקשים ושכר הטרחה לבא כוחם נלקחו בחשבון השיקולים הבאים:

19.1. השווי המצרפי שיינתן לכלל חברי הקבוצה;

19.2. הטרחה של ב"כ המבקש בעבור חברי הקבוצה בהגשת בקשת האישור, בניהול המשא ומתן ובגיבוש ההסכם (לרבות מספר פגישות אשר התקיימו בפני המגשר);

19.3. הסיכון אותו נשא המבקש בהגשת התביעה ובקשת האישור, בשים לב, בין היתר, לחשיפת המבקש לכך שייפסק כנגדו הוצאות במקרה בו הייתה נדחית בקשת האישור;

19.4. נכונות המבקש ובא-כוחו להביא את המחלוקות לכדי סיום בצורה יעילה ובאופן שיחסוך תשומות לצדדים כמו גם זמן שיפוטי יקר;

19.5. הסכומים המומלצים כאמור הינם על דעתו של המגשר הנכבד.

20. בקשה זו נתמכת בתצהירי ב"כ הצדדים, כפי הנדרש בסעי' 18(ב) לחוק תובענות ייצוגיות ובהמלצת המגשר כמפורט להלן.

21. נוכח העובדה שהסכסוך יושב בהסכם פשרה, תשפה המשיבה את המבקש בתשלום המחצית הראשונה של האגרה ששולמה על-ידו בסך 3,024 ₪. בשים לב לשלב המקדמי בו ההליך מצוי, ולכך שנערכה ישיבת קדם משפט אחת בלבד, יתבקש בית המשפט הנכבד נוכח הנימוקים המפורטים בבקשה זו במצטבר, ליתן פטור בגין

תשלום המחצית השנייה של האגרה ו/או חלקה בהתאם לתקנה 7א(3) לתקנות בית המשפט (אגרות), התשס"ז-2007. ככל ולא יינתן פטור מתשלום המחצית השנייה של האגרה, יתבקש בית המשפט הנכבד להורות כי המשיבה תהיה מי שתישא בה.

ג. עיקרי הטעמים לאישור הסכם הפשרה במתכונתו המוצעת

22. תקנה 12(ג) לתקנות תובענות ייצוגיות, תשי"ע-2010 קובעת כך: *"הוגשה בקשה לאישור הסדר פשרה לפני שאושרה התובענה כתובענה ייצוגית יראו הצדדים... כי קיימות לכאורה שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה וכי סיום ההליך בהסדר פשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין"*.

23. הצדדים סבורים כי הסכם הפשרה הינו ראוי, מאוזן ומיטיב עם חברי הקבוצה, וכי הסדר הפשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. זאת, נוכח המפורט להלן:

23.1. קיימת הכרה של המשיבה בטעות האנוש שארעה בעניין. נוכח הסדר זה, כל מי שלכאורה המשיך לקבל מסרונים מהמשיבה, על אף שהביע עמדתו כי אינו עוד מעוניין בכך – בהכרח יפוצה על-ידי המשיבה.

23.2. מדובר בקבוצה מוגדרת המתייחסת לפרק זמן ברור, כאשר ידוע היקף הנמענים שעשויים להיות זכאים לסעד וכן את היקף הסעד וזאת בשים לב לכך שנערכה הבדיקה בעניין כמות הנמענים שקיבל כל חבר קבוצה, לאחר ששוגרה על-ידו הודעת ה'הסר' למספר הגנרי, בהתאם למועד בו זו שוגרה על-ידו לראשונה, ועד אשר הוסר בהכרח באופן סופי מרשימת הדיוור השיווקית של המשיבה ביום 1.12.20.

23.3. ככל ויאושר הסדר זה יהיה בכך כדי שהמשיבה תקבל אחריותה על התקלה שארעה ומשכך אף נכונה לפצות את חברי הקבוצה וזאת מבלי שיהיה צורך בניהול הליך משפטי ארוך ומורכב שיאלץ את הצדדים לתשומות רבות ויצריך זמן שיפוטי יקר.

23.4. חברי הקבוצה הינם או היו חברי מועדון של המשיבה. נוכח זאת, הרי שאין המדובר בפיצוי שהינו 'הטבה' כללית שניתנת, אם כי פיצוי הרלוונטי לחברי הקבוצה.

24. מהאמור והמפורט לעיל עולה, כי בענייננו עלויות המשך ניהולה של בקשת האישור, תהינה, בוודאות קרובה, גבוהות מהתועלת שתצמח ממנה לחברי הקבוצה ולציבור כולו. באופן זה, אישור הסדר הפשרה המוגשת לפני אישור התובענה הייצוגית עומד בתנאיה של תקנה 12(ג) לתקנות תובענות ייצוגיות שהוצגה לעיל.

25. המעשים אשר יוחסו למשיבה תוקנו וכתוצאה מהגשת בקשת האישור חברי הקבוצה – יפוצו במסגרת הסדר פשרה מתוקן זה. נוכח הפיצוי לחברי הקבוצה נראה כי ניהול המשך ההליך יביא רק לכדי הוצאות מיותרות לצדדים ובזבוז זמן שיפוטי יקר. במצב דברים זה, לא תצמח כל תועלת מניהול הליך של תובענה ייצוגית בעניין מעשי העבר, קל וחומר עת המדובר באירוע שהמשיבה הסבירה בכתבי טענותיה כי אינו משקף את מדיניותה.

26. נוכח המפורט לעיל, הצדדים סבורים כי סיום ההליך בהסכם הפשרה המתוקן המוצע יהיה הדרך היעילה להכרעה במחלוקת דנא, וכי הוא מגלם בתוכו איזון ראוי והולם בין הסיכונים והסיכויים הכרוכים בניהול התביעה והוכחתה אל מול ההטבה לחברי הקבוצה המגולמת בהסדר וכן החיסכון הניכר בזמן שיפוטי – ועל כן ראוי הוא להיות מאושר.

ד. העדר צורך במינוי בודק בנסיבות העניין

27. כידוע, סעיף 19(ב)1 לחוק תובענות ייצוגיות מורה כי בית המשפט רשאי לאשר הסדר פשרה מבלי שקיבל חוות דעת מבודק שנתמנה לשם כך, אם סבר כי חוות הדעת האמורה אינה נדרשת, מטעמים מיוחדים שיירשמו.

28. ואכן, בתי המשפט אשר נדרשו לסוגיית מינוי הבודק, פירשו את הוראות הדין הנ"ל בנוגע למינוי בודק בפרשנות תכליתית וקבעו כי מינויי בודק ייעשה רק מקום בו חוות דעתו המקצועית של הבודק הינה הכרחית לשם קביעת סבירותו והגינותו של ההסכם המוצע בנסיבות המקרה.

29. לעומת זאת, בפסיקת בתי המשפט התקבלה הגישה כי מקום בו הסכם הפשרה מיטיב בבירור עם חברי הקבוצה, או במקרים בהם התביעה נשוא הסכם הפשרה אינה עוסקת בחסרון כיס בפועל הרי שאין כל תועלת במינוי בודק, שהרי מומחיותו בהקשר הנבחן אינה עולה על מומחיותו של בית המשפט הנכבד, כך שמתיותר הצורך במינויו. כך נקבע בת.צ. (מרכז) 10-06-1988 **קובובסקי נ' שירביט חברה לביטוח בע"מ**, פסקה 23 (13.8.2013):

"בנסיבות העניין אין מקום למנות בודק להערכת ההסדר. אין יתרון להערכת בודק על פני בית המשפט, כאשר שירביט התחייבה לפנות ישירות לכל חברי הקבוצה ולפצות אותם בהתאם לשווי הרדיו, ככל שתוצג אסמכתא כנדרש, ובמקרה שלא תוצג אסמכתא - לפצות בהתאם לעלות מקובלת של מכשיר רדיו ממותג... "

30. בנסיבות דנן, בהן הסדר הפשרה מבוסס מחלוקות עובדתיות ומשפטיות הגלויות לעין הקורא, והערכתו אינה דורשת מומחיות מלבד זו של בית המשפט, מתייתר הצורך במינוי בודק. כך אף נקבע בת.צ. (מרכז) 09-4713-09 **09 טל נ' שופרסל בע"מ**, פסקה 7 (31.1.2011):

"כבמקרים דומים, אינני סבורה שיש למנות בודק בנסיבות שלפני. הסדר הפשרה איננו הסדר כספי המבוסס על חישובים או כימות. המדובר בהסדר הכורך טעונים עובדתיים גלויים לעין הקורא וטעונים משפטיים, והערכתו אינה דורשת מומחיות מלבד זו של בית המשפט (ת"צ (מחוזי מרכז) 10-02-9237 שלום נ' יפאורה – תבורי בע"מ (לא פורסם, 2.8.2010); ת"צ (מחוזי מרכז) 09-08-1925 רוזנברג נ' אי.פי.אי (תנועה וחניה) (ישראל) בע"מ (לא פורסם, 5.7.2010); בש"א (מחוזי ת"א) 3423/07 סלומון נ' מחלבות גד בע"מ (לא פורסם, 3.9.2009)). משום כך, אין להוסיף ולמנות בודק, ולהכביר הוצאות..."

31. בענייננו, אין המדובר בנזק של חסרון כיס למי מחברי הקבוצה אלא בנזק שאינו ממוני בדמות טרדה ואי נוחות. לעניין זה נקבע בת.צ. (מרכז) 07-12-164 **שלומי שרייר נ' מהדרין בע"מ** (24.2.2009) כדברים הבאים:

"מינוי הבודק מטרתו אם כן לסייע לבית המשפט לבחון את הסדר הפשרה, לפקח עליו כראוי ולהבטיח כי הוא ממלא אחר המטרות הקבועות בחוק דהיינו - שההסדר הוא סביר והוגן בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה וכי סיום ההליך בהסדר הפשרה המוצע הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת.

בענייננו מדובר בנזק לא ממוני שנגרם לתובעים עקב פגיעה באוטונומיה וחשיפה לעשן מזיק. אין מדובר בפיצוי התובעים בגין חסרון כיס בפועל.

כבי' השופטת רונן בת"א (ת"א) 1697/06 גלניק נ' הראל בע"מ-חברה לביטוח (לא פורסם, [פורסם בבנו], ניתן ביום 8.11.07) דנה בבקשה לאשר הסדר פשרה בתובענה ייצוגית וקבעה בין היתר כי יש סוגים שונים של תביעות ייצוגיות ותכליות שונות לתביעות אלה:

"...לתביעה הייצוגית ישנן מספר תכליות עיקריות. התביעה נועדה לפצות את קבוצת הנפגעים על נזק שנגרם להם, תוך מניעת התעשרותו של הגורם המזיק. היא נועדה גם כדי לשמש מכשיר לאכיפת החוק, ועמידה של גופים גדולים בהוראות הדין החלות עליהם. אני סבורה כי השאלה מהי המטרה העיקרית של תביעה ייצוגית, עשויה להשתנות מתביעה אחת לאחרת, והיא תלויה במכלול הנסיבות הרלוונטיות של אותה תביעה" (שם, בפסקה 16 לפסק הדין).

נראה לי כי אכן צודקת כב' השופטת רונן בקביעתה זו וכי יש להבחנה זו השלכות בענייננו. ההסדר המוצע בענייננו תכליתו העיקרית אכיפת החוק למניעת עישון ויצירת הרתעה מפני הפרתו...

לנוכח האמור לעיל התכלית העיקרית של ההסדר שלפני היא אכיפת החוק למניעת עישון, ההסדר אינו מתיימר להתבסס על עניינים חשבונאיים מורכבים או על עניינים הדורשים מומחיות מיוחדת. **בחינת סבירות ההסדר במקרה הנדון היא שאלה משפטית ולא שאלה שבמומחיות אחרת. על כן בנסיבות שלפני אין מקום למינוי בודק שכן אין לו כל עדיפות על בית המשפט. מאחר שמדובר בעשייה שעל המשיבה לבצע, שיש לה עלויות, אך לא בפיצוי ספציפי של חברי הקבוצה.**

לסיכום - הסכמת הצדדים כי אין מקום למנות בודק מקובלת עליי.

[ההדגשות אינן במקור – הח"מ]

32. וכך, אף בעניין ת.צ. (ת"א) 56810-05-12 **אנגור נ' הוט מובייל בע"מ** (17.11.2015) נקבע כי אין כל צורך במינוי בודק לצורך אישור הסכם הפשרה. דברים אלה יפים אף לענייננו שכן הסכם הפשרה דנא אינו מתיימר להתבסס על חישובים חשבונאיים מורכבים או על עניינים הדורשים מומחיות מיוחדת, אלא בפיצוי בגין תקלה שהתרחשה בעבר ותוקנה זה מכבר.

33. הנה כי כן, בחינת הסדר הפשרה המוצע בענייננו אינה דורשת מינוי בודק בעל מומחיות, וכך יתבקש בית המשפט הנכבד להורות. יחד עם זאת, אם יקבע כי יש צורך בבודק הרי שהמשיבה תישא בעלויות שכרו.

ה. סוף דבר

34. לאור כל האמור, יתבקש בית המשפט הנכבד להורות כאמור ברישת בקשה זו, ובמסגרת זו:

35. להורות על משלוח העתק של הבקשה לאישור הסדר הפשרה המתוקן (על נספחיה) ליועמ"ש וכן למנהל בתי המשפט ו/או לכל גורם שיימצא לנכון בית המשפט הנכבד, מכוח סעיף 18(ג) לחוק תובענות ייצוגיות.

36. לאשר לצדדים לפנות לחברי הקבוצה באמצעות מסרון וזאת כתחליף אפקטיבי ממוקד לפרסום בעיתון, בהתאם לסעיף 18 וכן סעיף 25(ה) לחוק תובענות ייצוגיות, במסגרת זו יישלח מסרון אשר יפנה לעמוד נחיתה ייעודי (באמצעות קישור), שם יימסרו הפרטים המוצגים ב**נספח 4** להסדר זה, כשזה יהיה נוסח המסרון:

"במסגרת בקשה לאישור הסכם פשרה בת.צ. 20059-01-21 בכר נ' אל שרד בע"מ, הנך נמנה

בגדר חברי הקבוצה הזכאים לפיצוי. פרטים נוספים ניתן למצוא כאן: _____³.

הודעה זו נשלחת באישור ועל-פי הנחיית בית משפט השלום בת"א."

37. להורות, בהתאם לסעיף 18(ד) לחוק תובענות ייצוגיות, כי כל אדם, רשות או גוף שיש לו זכות להתנגד להסדר הפשרה, יגיש התנגדות מנומקת לבית המשפט (עם העתק לב"כ הצדדים), תוך 45 ימים ממועד הפנייה לחברי הקבוצה בעניין ההסדר.

38. להורות, כי כל חבר קבוצה אשר אינו מעוניין כי הסדר הפשרה יחול לגביו, יבקש מבית המשפט הנכבד (עם העתק לב"כ הצדדים), תוך 45 ימים ממועד שיגור המסרון בעניין, להתיר לו לצאת מהקבוצה שעליה חל ההסדר, בהתאם לסעיף 18(ו) לחוק תובענות ייצוגיות, וככל ולא ייעשה כן, ייחשב כמי שנתן את הסכמתו להיכלל

³ קישור לעמוד נחיתה שבו יוצג תוכן המפורט שב**נספח 4** להסדר זה.

בקבוצה הרלוונטית ולהתקשרותו בהסכם פשרה זה, ובכלל זה ייחשב כמי שהתגבש כלפיו ובעניינו, אוטומטית, ויתור וסילוק.

39. בתאם לתקנה 12(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות בקשה זו נתמכת בתצהירי בעלי הדין. התצהירים מצ"ב להסדר זה ומסומנים כנספח 5, כחלק בלתי נפרד הימנו.

40. לקבוע כי בנסיבות העניין דן אין כל צורך במינוי בודק לצורך אישור הסדר הפשרה המתוקן ;

41. ליתן לצדדים הוראות כיצד הם נדרשים לפעול על מנת להביא לאישורו של הסדר פשרה מתוקן זה.

42. לאשר את הסדר הפשרה המתוקן, בהתאם לסעיפים 18 ו-19 לחוק תובענות ייצוגיות, ובהתאם ליתן לו מעמד ותוקף של פסק דין.

43. במסגרת אישורו של הסדר הפשרה המתוקן, לאשר את ההמלצה המוסכמת אליה הגיעו הצדדים לעניין תשלום גמול למבקש ושכר טרחה לבא כוחו, כמפורט בהסדר הפשרה.

44. ככל שיהיה צורך בתשלום אגרות כלשהן, תישא בהן כאמור המשיבה.



דן חי, עו"ד

ב"כ המשיבה



אברהם יהודה, עו"ד

ב"כ המבקש

חתימת קיום המגשר והתייחסותו להסדר הפשרה :

הצדדים הגיעו להסדר הפשרה, בסיומו של הליך גישור שנערך בפני, ובהמלצתי. הסדר הפשרה הושג לאחר מספר פגישות ביני לבין הצדדים, לרבות הגורמים הטכניים באל שרד. במסגרת הגישור הוצגו בפני חומרים שונים מהם ניתן ללמוד כי מדובר היה בתקלה שנבעה מטעות אנוש ואשר נמשכה חודשים ספורים. בנוסף, הוצגו בפני חומרים שונים המבססים את כמות הנמענים אשר נפגעו מהתקלה (כלומר, נשלחה אליהם הודעה או מספר הודעות, לאחר שביקשו את הסרתם).

בעקבות הפגישות והבדיקות שנערכו במהלך הגישור, ונוכח טענות הצדדים בהליך, אני סבור כי מדובר בהסדר סביר, ראוי והוגן ביחס לחברי הקבוצה כהגדרתה בהסכם. נוכח ההסדר שהושג אני סבור גם כי סכומי הגמול ושכר הטרחה המוסכמים עליהם ממליצים הצדדים, הינם סבירים והוגנים.



ניר אמודאי, עו"ד
מגשר

המשכן לבוררות ופתרון סכסוכים