

מעקב אחר פסיקה לתאריכים 11/6/18-19/6/18

ת"צ (מחוזי י-ם) 50447-06-15 ענת אביב נ' פלאפון תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 18.06.2018), ערכאה: בית המשפט המחוזי בירושלים, מפי השופטת תמר בזק רפפורט:

בית המשפט המחוזי בירושלים, מפי כבוד השופטת תמר בזק רפפורט, אישר הסדר פשרה במסגרת תובענה ייצוגית שהוגשה כנגד חברת "פלאפון תקשורת בע"מ" (להלן: חברת פלאפון). התובענה, שאושרה כתובענה ייצוגית בהחלטה קודמת,¹ התבססה על עילות שמקורן בהפרת סעיפים מחוק התקשורת,² בטענה כי חברת פלאפון הייתה אחראית לשליחת מסרונים פרסומיים (דרך הודעות SMS) אשר נועדו לעודד לקוחות לעבור לרשת פלאפון, בניגוד לדין. חברת פלאפון מצדה טענה כי אין מדובר במסרונים ששלחה היא או שנשלחו מטעמה. בכל הנוגע לשיווק טלפוני ללקוחות פוטנציאלים חדשים, הסתייעה חברת פלאפון בקבלני שיווק חיצוניים המתמחים בכך, וביניהם חברת "וידיומית". טענת החברה הייתה כי קבלנים אלו מוסמכים על ידי פלאפון לבצע עבודה שיווקית, או שיווק "מדלת לדלת" ותו לא. אין הקבלנים מוסמכים ואינם אמורים לבצע שיווק באמצעות מסרונים, ובוודאי שלא מסרונים מפרים. במסגרת החלטת האישור נקבע כי יש לראות את פלאפון כאחראית למשלוח מסרונים פרסומיים מכוח סעיף 14 לפקודת הנזיקין שעניינו חבות מחמת שליחות או מכוח סעיף 15 לפקודת הנזיקין שעניינו חבות מחמת קשר חוזי.³ בהחלטה נקבע כי לא קיים סיכוי סביר שייקבע במסגרת התובענה כי לפלאפון אחריות ישירה לשליחת המסרונים.

במסגרת הסדר הפשרה, הוסכם על מהלך למניעת שיגור עתידי של מסרונים פרסומיים (יש לציין שלאחר הגשת בקשת האישור, ביצעה פלאפון שינוי במערך השיווק הטלפוני שלה, בין השאר באופן שיאפשר לה לשלוט על אופן ביצוע פעולות השיווק הטלפוני, וכך לאפשר פיקוח על כך שהוראות חוק התקשורת אינן מופרות). בנוסף, פלאפון התחייבה במסגרת ההסדר כי בהדרכות הניתנות לקבלני השיווק החיצוניים, יוזכרו במפורש האיסורים על משלוח מסרונים בניגוד לחוק התקשורת, וכן התחייבה כי בהסכמי התקשרות עתידיים עם קבלני שיווק חיצוניים, ייכלל איסור מפורש על משלוח מסרונים פרסומיים בניגוד לחוק. לגבי הסכמים קיימים, התחייבה פלאפון לשלוח הבהרה לקבלני השיווק החיצוניים במסגרתה יובהר כי חל איסור על שליחת מסרונים בניגוד לחוק התקשורת. עוד נקבע כי ההסדר אינו מהווה מעשה בית דין ביחס לבקשות אישור נוספות שהוגשו כנגד חברת פלאפון באותו עניין ועודן תלויות ועומדות.⁴

כמו כן, נוכח הקושי הממשי לאתר את חברי הקבוצה, הוסכם כי פלאפון תעניק תרומה בסך של 400,000 שקלים לקרן לניהול וחלוקת כספים בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות.⁵

עוד יש לציין, שבמסגרת ההחלטה הנוכחית נעתרה השופטת רפפורט לבקשת הצדדים להימנע ממינוי בודק. השופטת סברה כי המסרונים המדוברים נשלחו על ידי קבלנים חיצוניים ולא מפלאפון עצמה, ומשכך הרי שאין במערכות הממוחשבות של פלאפון כל מידע או נתונים באשר לחברי הקבוצה. על כן, הערכת סיכויי התובענה על רקע נתון זה הינה עניין משפטי מובהק, שאינו מצדיק מינוי בודק.

¹ ת"צ 50447-06-15 אביב ואח' נ' פלאפון תקשורת בע"מ (פורסם בנבו 3.7.17). ודוק: יש לשים לב שבהחלטה זו התקבלה הבקשה אך בחלקה. כך למשל, הטענה בדבר כך שפלאפון עשויה לחוב באחריות אף מכוח סעיף 15(1) לפקודת הנזיקין, שעניינה התרשלות בבחירת בעל חוזה, בשל מקרים קודמים בהם לכאורה הפרה וידיומית הוראות אחרות, לא התקבלה.

² סעיף 30א(ב), סעיף 30א(ה)(1)(ב) וסעיף 30א(ה)(1)(ג) לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982.
³ פקודת הנזיקין.

⁴ ראה לעניין זה: ת"צ 3504-03-17 בן דוד נ' פלאפון (פורסם בנבו 2.3.17), ת"צ 64816-01-17 דור לב נ' פלאפון (פורסם בנבו 29.1.17), ת"צ 37976-12-17 שמרית הס נ' פלאפון (פורסם בנבו 19.12.17) ות"צ 4288-10-17 גוהר נ' פלאפון (פורסם בנבו 17.10.17).

⁵ הקרן לניהול וחלוקת כספים אשר הוקמה מכוח סעיף 27 לחוק התובענות הייצוגיות.

הבקשה לאישור הסדר הפשרה עוררה דיון הנוגע לגמול ושכר הטרחה לתובעים המייצגים ולבא כוחם. הצדדים להסכם הפשרה המליצו כי הסכום שממנו ייגזרו שכר הטרחה והגמול, יהיה סכום התרומה לציבור (קרי, 400,000 שקלים) בתוספת 100% מסכום זה (סך כולל של 800,000 שקלים), וזאת לנוכח העובדה שפלאפון התחייבה לבצע פעולות עתידיות המהוות תועלת ממשית לחברי הקבוצה ולציבור בכלל. למעשה, הצדדים להסכם כימתו את הערך הנוסף שייוצר מפעולותיה העתידיות של פלאפון לטובת הציבור בסכום המהווה 100% מסכום הפיצוי לציבור אותו התחייבה חברת פלאפון לשלם במסגרת הסדר הפשרה.

לעניין זה הוגשה התנגדות מטעם באת-כוח היועץ המשפטי לממשלה, שהביעה את העמדה לפיה קיים קושי לבצע כימות כספי של התועלת שתצמח לחברי הקבוצה כתוצאה מן ההסדרה העתידית של נושא התובענה. לפי עמדה זו, הניסיון לבצע חישוב גס על דרך השוואת הפיצוי הכספי עליו הוסכם בין הצדדים לתועלת הצומחת מן ההסדרה העתידית לקבוצה הינו ספקולטיבי, בלתי מבוסס ובלתי מנומק, והוא עלול אף להביא לניפוח "מלאכותי" של הסכום לפיצוי, באופן שאף מעורר חשש שמא מטרתו האמיתית אינה אלא השאת שכר הטרחה לבא הכוח המייצג.

כמענה, הגישו התובעים את תגובתם להערת היועמ"ש, בטענה כי הערה זו אינה עולה בקנה אחד עם העמדה המקובלת בפסיקה לעניין תמריצים שיש לייצר לתובע הייצוגי ובא כוחו. לטענתם, הם השקיעו תשומות משמעותיות ושעות עבודה רבות בניהול הליך שנמשך שנים, ומשכך הרי שבקשתם סבירה.

השיקולים העיקריים לפסיקת גמול ושכר טרחה מנויים בסעיפים 22-23 לחוק תובענות ייצוגיות.⁶ בפסק דינה, ציינה השופטת רפפורט שההלכה הפסוקה קובעת, כי שיקולים אלו אינם בבחינת רשימה סגורה, ובית המשפט רשאי להביא בחשבון גם שיקולים נוספים שאינם מנויים בסעיפים אלה.⁷ בעניין רייכרט,⁸ נקבעה ההלכה העקרונית לפיה ככל שמדובר בתובענות שבהן הסעד הסופי הינו כספי, השיטה המובילה לפסיקת שכר טרחה הינה לפי "שיטת האחוזים", במסגרתה נפסק שכר הטרחה כאחוז מסוים מתוך הסכום הכולל שנפסק לטובת הקבוצה בהסדר הפשרה. עוד ציינה השופטת, כי בפסיקה מהעת האחרונה⁹ קבע בית המשפט העליון כי קיימים מקרים בהם שיטת האחוזים לא תצלח, דוגמת הסדר פשרה בו התועלת הצומחת הינה תועלת בעלת משמעות ציבורית אשר אינה ניתנת לכימות או לאומדן כספי.

במקרה דנן, החליטה השופטת להתערב בהסכמת הצדדים ולצמצם את סכומי הגמול ושכר הטרחה המומלצים. השופטת פסקה כי מדובר בסעד כספי הניתן לציבור וכן בסעד שאינו כספי ועניינו מניעת משלוח תוכן פרסומי לציבור הצרכנים של פלאפון ללא הסכמתם. ברם, השופטת לא מצאה עיגון בנתונים שהוצגו להערכת התובעים לפיה התועלת הציבורית שתצמח לצרכנים כתוצאה מהסדר הפשרה עולה כדי 100%

⁶ [סעיפים 22-23 לחוק תובענות ייצוגיות](#), תשס"ו-2006. סעיף 22 מלמד כי השיקולים אותם ישקול בית המשפט בקביעת שיעור הגמול עבור התובע המייצג הינם: הטרחה שטרם התובע והסיכון שנטל בהגשת התובענה, התועלת שהביאה התובענה לחברי הקבוצה ומידת החשיבות של התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה. סעיף 23 מלמדנו כי השיקולים אותם ישקול בית המשפט בקביעת שכר הטרחה של בא כוח מייצג הינם: התועלת שהביאה התובענה לחברי הקבוצה, מורכבות ההליך והטרחה שטרם בא הכוח המייצג והסיכון שנטל בהגשת התובענה ובניהולה וכן ההוצאות שהוציא לשם כך, מידת החשיבות הציבורית של התובענה, האופן שבו ניהל בא הכוח המייצג את ההליך וכן הפער שבין הסעדים הנתבעים בבקשה לאישור לבין הסעדים שפסק בית המשפט בתובענה הייצוגית.

⁷ לעניין זה ראה: [ע"א 471/15 נחמיה נ' סלקום בישראל בע"מ](#) (פורסם בנבו 11.4.16), שם נקבע שבמניין השיקולים הנוספים שרשאי בית המשפט לשקול בבואו לפסוק גמול ושכר טרחה, נמנים מידת הצורך בהגשת התובענה הייצוגית על מנת לזכות בסעד שנפסק (ראה: [ע"א 2046/10 עזבון המנוח משה שמש נ' רייכרט](#), בפסקה 2), מידת ההצלחה שנחל התובע המייצג בניהול ההליך (ראה: [ע"א 7685/12 גרשט נ' תשובה](#), בפסקה 5) והרצון לעודד הגשת תובענות ייצוגיות ראויות ולהרתיע מפני הגשתן של תובענות סרק (ראה: [ע"א 2046/10 עזבון המנוח משה שמש נ' רייכרט](#), בפסקה 2).

⁸ [ע"א 2046/10 עזבון המנוח משה שמש נ' רייכרט](#) (פורסם בנבו 23.5.12).

⁹ [ע"א 689/16 עבדאלקאדר נסאר נ' עיר השעשועים בע"מ](#), פסקה 17 לפסק דינה של השופטת ע' ברון (פורסם בנבו 07/05/18).

מסכום הפיצוי המוצע. משכך, פסקה השופטת כי שכר הטרחה יעמוד על 120,000 שקלים לשני באי כוח המבקשים, והגמול יעמוד על 20,000 שקלים.

ת"צ (חי') 13865-06-16 נתן נוישטיין נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 12.06.2018), ערכאה : בית המשפט המחוזי בחיפה, מפי השופטת בטינה טאובר :

בית המשפט המחוזי בחיפה, מפי כבוד השופטת בטינה טאובר, החליט לקבל בחלקה את בקשת המבקשים ובא כוחם לתיקון הבקשה לאישור תובענה ייצוגית שהוגשה על ידם כנגד מיקרוסופט ישראל בע"מ (להלן: מייקרוסופט ישראל) ו-Microsoft Corporation (להלן: מייקרוסופט העולמית) (ביחד להלן: המשיבות).

בקשה זו הוגשה במסגרת תובענה ייצוגית שבה נטען כי המשיבות, המהוות ספקיות תוכנה מהגדולות בעולם, השתלטו על מחשבי המשתמשים בתוכנות Windows7 ו-Windows8 והחליפו את התוכנות במערכת ההפעלה של Windows10 מבלי שניתנה לכך הסכמת המשתמשים, וחרף סירובם לביצוע ההחלפה. העילות מכוחן הוגשה בקשת האישור עניינן בהפרת סעיף 7 לחוק המחשבים,¹⁰ הפרת חוזה מכוח סעיפים 2, 3, 10 ו-13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה),¹¹ וכן קיום חוזה שלא בתום לב וניהול משא ומתן שלא בתום לב מכוח סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי).¹²

במסגרת חילופי כתבי הטענות בין הצדדים, לאחר הגשת תגובה לבקשת האישור, הגישו המבקשים תשובה לתגובת המשיבות, אשר כללה תצהירים וראיות נוספות שלא צורפו לבקשת האישור המקורית. בעקבות זאת, הגישות המשיבות בקשה למחוק את כתב התשובה, בטענה כי הוא מהווה הרחבת חזית פסולה. המשיבות טענו שהמבקשים ניצלו את התשובה לתגובה על מנת לערוך "מקצה שיפורים" לטענות שנטענו על ידם בבקשת האישור, בניגוד לדין. בית המשפט, בהחלטה מיום 17.6.30,¹³ החליט לקבל את הבקשה באופן חלקי, לאחר שהתברר כי חלקים נרחבים מתשובת המבקשים לא באו כמענה ישיר לטענות שהועלו על ידי המשיבות, אלא היוו הרחבת חזית אסורה. עם זאת, ניתנה למבקשים אפשרות להגיש תשובה מתוקנת לתגובת המשיבות לבקשת האישור, על מנת לאפשר קיומו של דיון סדור.

חלף הגשת תשובה מתוקנת לתגובת המשיבות לבקשת האישור, הגישו המבקשים בקשה לתיקון בקשת האישור. במסגרת הבקשה העלו המבקשים את טענותיהם באופן כללי וללא פירוט רכיבי התיקון באופן מפורש, ובית המשפט הדגיש לעניין זה כי ראוי היה לנסח את בקשת התיקון באופן שיהיה ניתן להתחקות בצורה פשוטה אחר השינויים. יחד עם זאת, מקריאת בקשת התיקון זיהה בית המשפט שורה של ראיות וטענות שלשיתת המבקשים היו נחוצות לשם בירור המחלוקת (לדוגמא, צירוף דבריו של סמנכ"ל השיווק של Microsoft Corporation שהודה במסגרת ראיון כי מיקרוסופט הציגה למשתמשים הודעות שכפתור האיקס בהן, שאמור לבטל פעולה, עשה בדיוק את הפעולה ההפוכה).

ההסדר הנורמטיבי שחל על אופן הגשתן של בקשות אישור קבוע בתקנה 2 לתקנות תובענות ייצוגיות,¹⁴ המפרטת את כל הנושאים שעל התובע הייצוגי לפרט במסגרת בקשת האישור, לרבות: העובדות המקימות את עילת התביעה האישית לתובע הייצוגי; הוראות הדין המקימות את עילת התביעה לתובע הייצוגי; הוראות הדין המקימות את עילת התביעה לקבוצה; השאלות המהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לחברי הקבוצה והנימוקים שמלמדים כי קיימת אפשרות סבירה שהשאלות כאמור יוכרעו לטובת הקבוצה;

¹⁰ חוק המחשבים, תשנ"ה-1995.

¹¹ חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970.

¹² חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

¹³ ת"צ (חי') 13865-06-16 נתן נוישטיין נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ (פורסם בנבו 17/06/30).

¹⁴ תקנה 2 לתקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע-2010.

הגדרת הקבוצה; הסכום או השווי המוערך של התביעה והאופן שבו חושב סכום זה; וכן הטעמים להתאמת התביעה לדיון כתביעה ייצוגית. השופט טאובר ציינה כי במקרה דנן לא השכילו המבקשים לעצב את בקשת האישור באופן יסודי מלכתחילה, כפי שמתווה תקנה 2.

כללים אלו שונים מהכללים החלים על תביעה אישית "רגילה". בעוד שבתביעה רגילה די שהתובע יציין בכתב התביעה את "העובדות העיקריות המהוות את עילת התביעה",¹⁵ בבקשה לאישור תובענה ייצוגית על התובע הייצוגי "לפרוש את התשתית העובדתית, המשפטית והראייתית כולה".

בפרשת אינסלר,¹⁶ נקבע כי כוחה של תקנה 92 לתקנות סדר הדין האזרחי, המסדירה את האפשרות לתיקון כתבי טענות בהליכים רגילים, יפה גם לתובענות ייצוגיות. תקנה זו מאפשרת לבית המשפט להתיר למי מבעלי הדין לשנות או לתקן את כתבי טענותיו, על מנת שבית המשפט יוכל להכריע בשאלות השנויות במחלוקת בין בעלי הדין. באותו עניין פירט בית המשפט העליון ארבעה שיקולים שיש לשקול בבואו של בית המשפט להכריע בבקשת תובע ייצוגי לתיקון בקשת האישור. האחד, האם התיקון אכן דרוש לשם בירור השאלות האמיתיות השנויות במחלוקת. השני נוגע לאיחור בהעלאת הטענה – סיבתו ומידתו. שיקול שלישי הוא אם התיקון עלול לפגוע בבעל הדין היריב. שאלה רביעית היא האם בקשת התיקון הוגשה בחוסר תום לב. ההחלטה תיגזר מאיזון ראוי בין מכלול השיקולים האמורים. על רקע שיקולים אלה התגבש בפסיקה הכלל שלפיו בעל דין המבקש לתקן את כתב תביעתו בשלב מוקדם של ההליך, כדי שביהמ"ש יוכל להכריע בשאלות השנויות במחלוקת בין בעלי הדין, נעתרים לו ברוחב לב, ומרפאים את הפגיעה ביריב באמצעות פסיקת הוצאות.

אשר לצירוף ראיות לאחר הגשת הבקשה, נקבע בפסיקה כי ככלל, אין להתיר הגשת ראיות אשר ניתן היה לצרפן לבקשת האישור. עם זאת, הפסיקה הוסיפה וקבעה כי אין מדובר בכלל מוחלט, שכן לעיתים נדרש להעלות טענות וראיות חדשות לאחר שאלו נחשפו עם התקדמות ההליכים בבקשת האישור.¹⁷ על רקע זה, החליטה השופטת טאובר כי יישומם של השיקולים שפורטו בפסק דין אינסלר על נסיבות המקרה הנדון, ובפרט על רקע אמות המידה המקלות שהתהווה בית המשפט העליון בפסק דין זה, מחייבים קבלת בקשת התיקון בחלקה.

לסיום, ציינה השופטת טאובר כי היא ערה לכך שהתנהלות המבקשים כפי שתוארה, גרמה נזק למשיבות. עם זאת, כיוון שלא ניתן לקבוע כי מדובר בבקשת אישור שהינה בקשת סרק, ולאור האינטרס שבניהול ההליך, קבעה שאין בכשלים שנפלו בהתנהלות המבקשים ועיתוי הגשת הבקשה כדי להצדיק דחייתה של בקשת התיקון כולה. אולם, מאחר והתיקון שהתבקש נבע כאמור מכשלים שנפלו בבקשה המקורית, שבגינה נגרמו למשיבות הוצאות משמעותיות, חייבה השופטת את המבקשים בתשלום הוצאות המשיבות, כתנאי להגשת בקשת האישור המתוקנת, בסך כולל של 30,000 ₪.

¹⁵ תקנה 9(5) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

¹⁶ בר"מ 4303/12 אינסלר נ' המועצה המקומית עמק חפר, בסוף עמוד 2 (פורסם בנבו 22.11.12) שם מנה בית המשפט את השיקולים שיש לתת עליהם את הדעת בבואו של בית המשפט להכריע בבקשת תובע ייצוגי לתיקון בקשת האישור.

¹⁷ רע"א 1200/15 יוניון מוטורס בע"מ נ' ברליצהיימר (30/03/15).