



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1380-02-22 שמילוביץ ואח' נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ

לפני כבוד השופט גיא שני

המבקשים

1. אוהד שמילוביץ
 2. הילה קפיטניק
- ע"י ב"כ עו"ד תום שנפ

נגד

המשיב

בנק דיסקונט לישראל בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד דרור ורסנו, ברק טל ומילי סמעון

פסק דין

1. לפניי בקשה לאישור תובענה ייצוגית, שעניינה שיגור דברי פרסומת באמצעות מסרונים והודעות דוא"ל, זאת – כך נטען – בניגוד להוראות סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: **חוק התקשורת**).

רקע

2. המבקשים הם לקוחות ותיקים של בנק דיסקונט – המשיב. בבקשת האישור נטען כי הם מעולם לא נתנו הסכמה מפורשת, מראש, לקבלת דברי פרסומת מטעם המשיב (לגבי המבקש אף צוין כי הוא מחזיק בתפיסת עולם ברורה בעניין זה, מקפיד שלא ליתן הסכמה לקבלת פרסומות, והגיש בעבר עשרות תובענות ייצוגיות בתחום הספאם, בין כבעל-דין ובין כבא-כוח). חרף היעדר ההסכמה, כך נטען בבקשת האישור, שיגר המשיב דברי פרסומת למבקשים. כך, ביום 5.10.2021 התקבלה בטלפון הנייד של המבקש הודעה בזה-הנוסח:

שלום, הלוואה שמותאמת לך, מעכשיו גם באפליקציה!
בהתאם להסדר שחשבוך מצורף אליו, ניתן לקבל את
ההלוואה באותם תנאים ייחודיים, בנוחות ישירות מהנייד
מבלי להגיע לסניף.

פרטים נוספים כאן בלינק הזה:

[...]

תמיד לשירותך, דיסקונט.

אי עמידה בפירעון ההלוואה עלול לגרור חיוב בריבית
פיגורים והליכי הוצאה לפועל
להסרה מהחשבון/ות המשוייכים לנייד זה, נא להשיב הסר

בדומה, ביום 27.9.2021 התקבלה בטלפון הנייד של המבקשת הודעה שזו לשונה:



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1380-02-22 שמילוביץ ואח' נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ

שלום, חשוב לנו להזכיר לך שהכי קל ונוח לקחת הלוואה בדיגיטל, 5 קליקים והכסף אצלך בחשבון, עם אפשרות לפירעון ההלוואה בדיגיטל בכל עת וללא עלות. פרטים פה:

[...]

תמיד לשירותך, דיסקונט.
אי עמידה בפירעון ההלוואה עלול לגרום חיוב בריבית פיגורים והליכי הוצאה לפועל להסרה מהחשבון/ות המשוייכים לנייד זה, נא להשיב הסר

3. המבקשים הוסיפו וציינו בבקשת האישור כי נוכח משלוח ההודעות ללא הסכמה, ומכיוון שאפשרות ההסרה נוסחה בלשון לא נהירה, פנו הם (כל אחד בנפרד) במכתב אל המשיב, וטענו כי שיגור ההודעות מהווה הפרה של הוראות חוק התקשורת. המשיב מצדו השיב לפניוניהם, וגרס כי משלוח ההודעות נעשה בהתאם לאמור בסעיף 30א(ג) לחוק התקשורת, המתיר שיגור דברי פרסומת ללקוחות אף ללא הסכמה מראש, בהתקיים תנאים מסוימים.

4. עוד נטען, כי טרם הגשת בקשת האישור בדקה המבקשת ומצאה שביום 6.10.2021 שיגר אליה המשיב דבר פרסומת נוסף, הפעם באמצעות הודעה אלקטרונית; גם בהודעה זו ניסה המשיב לעודד אותה ליטול הלוואה באמצעות האפליקציה.

5. המבקשים טענו כי שיגור ההודעות מהווה הפרה של הוראות חוק התקשורת, ומקים עליות תביעה גם לפי דברי חקיקה נוספים ובהם חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, פקודת הנזיקין [נוסח חדש], וחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979. המבקשים הגדירו את הקבוצה המיוצגת כך: "כלל האנשים אשר קיבלו מן המשיבה, בשבע השנים האחרונות, דברי פרסומת באמצעות מסרונים ו/או הודעות אלקטרוניות, ללא שנתנו את הסכמתם המפורשת לכך, בניגוד להוראות סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982 וכתוצאה מכך נגרם להם נזק". הפיצוי המבוקש בתביעה הייצוגית עומד על סכום של 5,000,000 ₪ (החשוב מושתת על הערכה כי נגרם נזק לא ממוני בסך של 50 ₪ ל-100,000 לקוחות, שהם כ-10% מכלל לקוחות המשיב).

6. המשיב הגיש כתב תשובה וטען כי ההודעות נושא הבקשה כלל לא מהוות דבר פרסומת כהגדרתו בסעיף 30א(א)(1) לחוק התקשורת, שכן מדובר בהודעות שירותיות גרידא. אך גם אם עסקינן בדברי פרסומת – כך לשיטת המשיב – הרי שהמבקשים נתנו את הסכמתם למשלוח ההודעות, זאת במסגרת הסכמתם לחוברת התנאים הכלליים של הבנק, אשר נמסרה להם במעמד פתיחת החשבון. לגבי המבקש, נטען כי הלה אישר פעם נוספת קבלת מסרים שיווקיים מהמשיב, בעת שהצטרף ל"תכנית משפחה". יתרה מכך, אליבא דהמשיב משלוח ההודעות נעשה כדין גם על פי הריג הקבוע בסעיף 30א(ג) לחוק התקשורת. הכיצד? ובכן, בחודש ינואר 2020 שיגר המשיב



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1380-02-22 שמילוביץ ואח' נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ

ללקוחותיו מסמך שכותרתו "עדכון חוברת וחוק שירותי תשלום". המסמך יידע את הלקוחות על עדכון חוברת התנאים הכלליים, ונכתב בו – בין השאר – כי:

במסגרת העדכון האמור ניתנה התייחסות לזכות הבנק לשלוח ללקוחות דברי פרסומת וכן הודעות מותאמות אישית. לקוחות שאינם מעוניינים לקבל דברי פרסומת או הודעות מותאמות אישית בדיוור ישיר, יוכלו להודיע לבנק באמצעות משלוח מספר תעודת הזהות שלהם (ללא פרטים אישיים נוספים) לכתובת [...] וציון המילים 'בקשת הסרה' בכותרת ההודעה, או באמצעות הודעה לבנקאי.

7. המבקשים הגישו תגובה לכתב התשובה, וחלקו על כלל טענותיו של המשיב. בכלל זה, עמדו המבקשים על כך שלא ניתנה במקרה דנן הסכמה מפורשת לשיגור מסרים שיווקיים (ואפילו אם הייתה הסכמה, פג תוקפה לנוכח חלוף הזמן); ועל כך שלא קמה במקרה דנן תחולה להוראת סעיף 30א(ג) לחוק התקשורת.

8. ביום 12.6.2023 התקיימה ישיבת הוכחות, שבה נחקרו המבקשים וכן המצהירה מטעם המשיב. לאחר מכן הגישו הצדדים סיכומים בכתב. שקלתי את טענות הצדדים ובחנתי את מכלול החומר שהוגש, ובאתי לכלל מסקנה כי דין בקשת האישור להידחות.

דיון

(א) כללי

9. דיון בבקשה לאישור תובענה ייצוגית מהווה, כידוע, שלב מקדמי לדיון בתביעה גופה. הנטל בשלב בקשת האישור אינו נטל של מה בכך, אך גם לא נטל כבד ממש. סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: **חוק תובענות ייצוגיות**) קובע כי תובענה ייצוגית יכול שתוגש רק בתביעה הנמנית בתוספת השנייה. התוספת השנייה מתירה הגשת תביעה בעילה לפי סעיף 30א לחוק התקשורת (פרט 12). סעיף 3(ב) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי הגשת תובענה ייצוגית טעונה אישור של בית המשפט. התנאים למתן האישור נקובים בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, והם:

- (1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;
- (2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין;
- (3) קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בעניין זה;
- (4) קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב.





בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1380-02-22 שמילוביץ ואח' נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ

10. ודוק: אף שמדובר בהליך מקדמי, שומה על בית המשפט לבחון בזהירות בקשה לאישור תובענה ייצוגית, ולהיעתר לבקשה כזו רק במקרים מתאימים, שמתקיימים בהם כל התנאים הקבועים בחוק; על בית המשפט להדוף תביעות סרק, או כאלה שאינן ראויות להתברר במסגרת של תובענה ייצוגית (ראו רע"א 6567/97 בזק - החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' עיזבון גת, פ"ד נב(2) 713 (1998); רע"א 9617/16 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' לפינר (28.10.2018)). יתר על כן, אף במקום שבו מתקיימים התנאים לאישור תובענה ייצוגית, עדיין שמור לבית המשפט שיקול הדעת, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בתיבה "רשאי" שבסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות.

11. כאמור, התנאי הראשון לאישור תובענה ייצוגית הוא שבית המשפט השתכנע כי "התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה" (לגבי הנטל המונח לפתחו של המבקש בכגון דא ראו רע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ (11.4.2013)). בענייננו, המחלוקת בין הצדדים לגבי קיומה של עילת תביעה לכאורית נסבה על שלוש שאלות עיקריות: האחת, האם ההודעות שנשלחו מטעם המשיב הן "דבר פרסומת" כמשמעות תיבות אלה בחוק התקשורת; השנייה, האם המבקשים נתנו את הסכמתם המפורשת לקבלת דבר פרסומת; והשלישית, בהנחה שמדובר בדבר פרסומת שהמבקשים לא נתנו הסכמה מפורשת לקבלו, האם במקרה הנדון חל החרג הקבוע בסעיף 30א(ג) לחוק התקשורת.

(ב) דבר פרסומת

12. חוק התקשורת מגדיר "דבר פרסומת" בזו הלשון: "מסר המופץ באופן מסחרי, שמטרתו לעודד רכישת מוצר או שירות או לעודד הוצאה כספית בדרך אחרת" (סעיף 30א(א)). על-פי הפסיקה, במקום שבו ההודעה נשלחה בתפוצה מסחרית, במטרה לגרום לנמעניה להוציא כספים – מדובר ב"דבר פרסומת" (ראו רע"א 4704/20 בן-עמי נ' Facebook Ireland Ltd. (9.2.2021); להלן: עניין בן עמי). המשיב גורס כי במקרה דנן מדובר בהודעות "שניתן לראותן כהודעות אינפורמטיביות" – הודעות שירותיות – שכל תכליתן לעדכן את הלקוחות הקיימים של הבנק במידע שעשוי להיות רלוונטי עבורם (קיומה של אפשרות ליטול הלוואה בתנאים ייחודיים באמצעים דיגיטליים, בלי להגיע לסניף).

13. אני מתקשה לקבל עמדה זו של המשיב. על פניו, אכן יש בהודעות יסוד אינפורמטיבי-שירותי, אך בד בבד נראה כי הן נועדו לעודד נטילת הלוואות מהמשיב. הלוואה היא שירות שהמשיב מספק ללקוחותיו – שירות שרווח בצדו (תשלומי הריבית) – והודעה שמטרתה, או אחת ממטרותיה (לאו דווקא המטרה הישירה והדומיננטית), היא לתמרץ לקוחות ליטול הלוואות, מהווה "דבר פרסומת" לפי הגדרת תיבות אלה בחוק התקשורת (ראו גם רע"א 1621/16 Mega Advanced



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1380-02-22 שמילוביץ ואח' נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ

Mathematical System Ltd נ' זילברג (14.6.2016); השוו רע"א 1154/18 **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' זינגר** (6.6.2019); ועוד ראו ת"צ (מחוזי חי') 14022-08-16 **גלסברג נ' מידע כנסים בע"מ** (10.12.2019)). יוער, כי אין מחלוקת שהבנק החיל על ההודעות הנדונות את הוראות סעיף 30א לחוק התקשורת ("למען הזהירות", לטענתו); כי בכותרת של אחת ההודעות נכתב שמדובר ב"פרסומת" (הודעת המייל למבקשת מיום 6.10.2021); וכי בדיון שנערך לפניי אישרה העדה מטעם המשיב כי "כאן זו פרסומת שמשולב בה שירות, הודעת שירות, כי זו הודעה שמודיעה על כך שאפשר לקבל הלוואה בלי לגשת לסניף, אז נכון שחבוי פה גם קצת פרסומת, אבל בגדול זה שירות שנועד ללקוחות" (עמוד 36 לפרוטוקול).

14. לאור האמור, בשלב זה של הדיון נחה דעתי כי קיימת אפשרות סבירה שההודעות ששיגר המשיב למבקשים הן "דברי פרסומת", בהתאם להגדרה הקבועה בחוק התקשורת.

(ג) האם שיגור ההודעות נעשה כדין?

15. המשיב טוען כי במקרה דנן נתנו המבקשים הסכמה מפורשת, מראש, למשלוח דברי פרסומת (כנדרש לפי סעיף 30א(ב) לחוק התקשורת). כך, בעת פתיחת חשבון הבנק חתמו המבקשים על הסכמתם לתנאים הכלליים של הבנק, ואישרו כי קיבלו את חוברת התנאים הכלליים, הכוללת הוראות המתירות לבנק לפנות אליהם בהצעות שיווקיות ולהציע להם מוצרים ושירותים. המבקשים מצדם מדגישים כי חוברת התנאים הכלליים היא מסמך המונה 57 עמודים ומאות סעיפים ותתי-סעיפים. "הסכמה חבויה במסגרת תנאים כלליים ארוכים וסבוכים" – כך טוענים המבקשים – "אינה יכולה להיחשב כהסכמה מפורשת". בנוסף טוענים המבקשים כי נוסח הסעיפים שנכללו בחוברת התנאים הכלליים, לפני שתוקנו בשנת 2020, אינו מלמד על מתן הסכמה לשיגור דברי פרסומת.

16. עד כה טרם נפסקה הלכה ברורה בשאלה אם, ומתי, הפניה לתקנון הכולל סעיף של הסכמה לקבלת דברי פרסומת, יכול שתיחשב "הסכמה מפורשת" לצורך הוראת סעיף 30א(ב) לחוק התקשורת. בפסיקת הערכאות הדיוניות נשמעה לא אחת העמדה כי תכלית החוק מחייבת הסכמה מודעת וספציפית, וכי זו לא תושג בדרך של הכמנת ההסכמה בתקנון החובק סעיפים רבים (ראו למשל תא"מ (שלום ת"א) 45014-12-15 **לב נ' לוטוסנד** (29.3.2018); ת"ק (הרצ'י) 14709-06-16 **אביטן נ' אל. אר. אינטרנט בע"מ** (10.2.2017)). עם זאת קיימת גם גישה אחרת (ראו למשל ת"ק (ת"א) 5621-10-09 **קוד נ' גובל נטוורקס אי.סי.אי בע"מ** (12.12.2010)), ובענייננו נטען כי כלל לא מדובר בתקנון אלא בהסכם שנמסר ללקוח, וכי אין בסיס ואין היגיון לשלול את תוקף ההסכמה לעניין שיגור פרסומות, בשעה שאין מחלוקת כי ההסכם מחייב את הלקוחות לגבי היבטים רבים



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1380-02-22 שמילוביץ ואח' נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ

אחרים ביחסים עם הבנק, ואף כאלה שעשויים להיות בעלי השלכות משפטיות וכלכליות משמעותיות יותר.

17. איני סבור כי במקרה דנן נדרשת הכרעה בסוגיה הכללית האמורה, כמו-גם בשאלה הפרשנית אם הסעיפים שנכללו בחוברת משנת 2011 מגלמים הסכמה כנדרש. בפועל, המשיב בחר – בחירה שהגיונה בצדה (ולו לנוכח סימן השאלה המשפטי) – **לא לשגר** ללקוחותיו דברי פרסומת על-בסיס ההסכמה לתנאים הכלליים בעת פתיחת החשבון, ומצא לנכון לשנות את נוסח התנאים הכלליים וכן להודיע לכלל הלקוחות, בשנת 2020 (קרי, עובר לשיגור ההודעות השיווקיות בשנת 2021), על אפשרות משלוח בעתיד ועל זכותם לסרב. משמע, המשיב ביקש ליישם את החרג הקבוע בסעיף 30א(ג) לחוק התקשורת.

18. סעיף 30א(ג) לחוק התקשורת קובע מסלול נוסף וחלופי לשיגור דברי פרסומת; על-פי הוראה זו, המפרסם רשאי לשגר דבר פרסומת "אף אם לא התקבלה הסכמת הנמען", אם מתקיימים כל התנאים האלה:

- (1) הנמען מסר את פרטיו למפרסם במהלך רכישה של מוצר או שירות, או במהלך משא ומתן לרכישה כאמור, והמפרסם הודיע לו כי הפרטים שמסר ישמשו לצורך משלוח דבר פרסומת מטעמו, באחת הדרכים האמורות בסעיף קטן (ב);
- (2) המפרסם נתן לנמען הזדמנות להודיע לו כי הוא מסרב לקבל דברי פרסומת כאמור, דרך כלל או מסוג מסוים, והנמען לא עשה כן;
- (3) דבר הפרסומת מתייחס למוצר או לשירות מסוג דומה למוצר או לשירות האמורים בפסקה (1)

19. בטרם שאדרש למחלוקת הנוגעת לתחולת החרג בענייננו, אקדים כמה מילים בדבר ההסדר החקיקתי הנדון. כידוע, בשיטות משפט שונות נקבעו הסדרים שונים להתמודדות עם תופעת הספאם, שעליה נאמר כי היא "מכבידה על תשתיות, מעמיסה עלויות מיותרות ומטרידה את המשתמש הפרטי והעסקי, וגוזלת ממשאבי הזמן והמחשב שלהם" (ע"א 534/17 לפיד נ' סלקום ישראל בע"מ, פס" 6 לפסק-דינו של השופט גרוסקופף (6.3.2019); להלן: עניין לפיד). ככלל, קיימים הסדרים מסוג Opt-in (האוסרים על משלוח פרסומות ללא הסכמה מראש), והסדרים מסוג Opt-out (המתירים משלוח פרסומות כל עוד הנמען לא הודיע על סירוב).

20. בישראל אומץ, ככלל, המודל של Opt-in. מטרת ההסדר היא למנוע את הטרדתם ואת הפגיעה בפרטיותם של המשתמשים ברשת, כמו-גם את כלל הנזקים הנוספים הכרוכים בתופעת הספאם (ראו גם רע"א 1954/14 חזני נ' הנגבי, פס" 2 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) פוגלמן (4.8.2014); להלן: עניין חזני). עם זאת, לכלל האמור נקבעו מספר חריגים, שבהם אפשר לשגר דברי פרסומת אף ללא קבלת הסכמה מראש. אחד החריגים מעוגן בסעיף 30א(ג) שצוטט לעיל, והוא



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1380-02-22 שמילוביץ ואח' נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ

מתמקד – כפי שראינו – במערכת היחסים שבין עוסק לבין נמענים הנמנים על רשימת לקוחותיו. סעיף זה בא לרכז את דרישת ההסכמה, על דרך של המרת חזקת הסירוב שביסוד מודל ה-Opt-in, בחזקת הסכמה המאפיינת מודל של Opt-out. מדובר בחריג שהגיונו בצדו, כפי שהוסבר בפסיקת בית המשפט העליון:

בהחרגה זו הגיון רב. כאמור הודעות ספאם אינן עשויות מעור אחד, כי אם מצויות על מנעד. בין קצוות המנעד ניתן להבחין בין הודעות ספאם פוגעניות לבין הודעות ספאם בעלות הקשר לגיטימי. מפרסם פוגעני עושה שימוש בהודעה באופן אינסטרומנטלי כשער כניסה להחדרת נזקה או כלי לפרסום הונאה. פעמים רבות, גם אם הודעתו של מפרסם פוגעני כוללת מנגנון יציאה מרשימת התפוצה, הרי שמדובר במראית עין בלבד, ולא זו בלבד ששימוש במנגנון זה כאשר עסקינן במפרסם פוגעני לא תביא לתוצאה המיוחלת אלא היא אף עשויה להביא לתוצאה הפוכה, שכן היא מאשררת כי מדובר ביעד משלוח פעיל, ובכך עשויה להגביר את הפגיעה וההטרדה של הנמען.

שונים הם פני הדברים כאשר מדובר בעוסק השולח דבר פרסומת לרשימת לקוחותיו. מנקודת מבטו של העוסק – במצב דברים זה יש נמצא מנגנונים ושיקולים נוספים המרסנים את התנהלותו, ובראשם השאיפה לשמור על מוניטין העסק. קשה להניח כי עסק מוכר, דוגמת סלקום, ישלח ללקוחותיו דברי פרסומת ללא מגבלה, בשל הכרתו בנזק שפרסום מכביד עלול לגרום לו – נזק הבא לידי ביטוי בפיחות במעמדו בעיני לקוחותיו הקיימים והפוטנציאליים, דהיינו פגיעה במוניטין שלו, פגיעה שהיא בעלת שווי כלכלי לא מבוטל. בנוסף, כאשר מדובר בעוסק לגיטימי, הרי שניתן להניח כי מנגנון היציאה מרשימת התפוצה יעמוד בדרישות החוק, ולמצער כי ניתן יהיה להיפרע מאותו מפרסם בגין פעולה הנוגדת את הוראות החוק.

מנקודת מבטו של הנמען – הרי משעה שהובהר כי הדגש במקרה בו עסקינן הוא על מניעת הטרדת ציבור הנמענים, הרי ככל שנמען מסר את פרטיו למפרסם, יש להניח כי מידת ההטרדה הכרוכה בקבלת הודעות מממנו פחותה. שימור הקשר בין העוסק לבין ציבור לקוחותיו הוא עניין לגיטימי וראוי, המקדם יחסי מסחר תקינים, כאשר ניתן להניח כי לפחות חלק מהלקוחות מעוניינים בקבלת פרסומות מעסקים אצלם רכשו או התעניינו ברכישה בעבר. אכן, אין המדובר בהנחה המתקיימת ביחס לכל לקוח ולקוח, וממילא סוגיית ההטרדה של הנמען היא סובייקטיבית, ומשתנה בין אדם לאדם. אולם, ההנחה לפיה צרכן שמסר מרצונו את פרטי הקשר שלו לעוסק במסגרת הליך רכישה מעוניין בסוג מסוים של קשר מסחרי עם העוסק היא הנחה תקפה. לכך יש להוסיף שהמחוקק קבע בהסדר הספאם כי בכל מקרה רשאי הנמען בכל עת להודיע למפרסם כי איננו מעוניין לקבל ממנו דברי פרסומת מעתה ואילך. בכך, נוצר איזון ראוי בין האינטרס של הצרכן שלא להיות מוטרד לבין האינטרס החברתי בחיי מסחר תקינים (עניין לפיד הנ"ל, פסי' 18-19 לפסק הדין).

21. על בסיס ההיגיון האמור, ובמטרה למנוע ניצול לרעה של החריג או פריצת גדרות, נקבעו ארבעה תנאים מצטברים לתחולתו של החריג: **ראשית**, כי הלקוח מסר את פרטיו למפרסם במסגרת ההתקשרות או במהלך המשא ומתן להתקשרות; **שנית**, כי הודע ללקוח שהפרטים שמסר ישמשו לצורך שיגור דבר פרסומת; **שלישית**, כי ללקוח ניתנה הזדמנות, שלא נוצלה, להודיע על סירוב להיכלל ברשימת התפוצה; **ורביעית**, כי דבר הפרסומת מתייחס למוצר או לשירות דומה לזה שלגביו נמסרו פרטיו של הלקוח. בענייננו, אין מחלוקת לגבי התקיימות התנאים הראשון והרביעי;



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1380-02-22 שמילוביץ ואח' נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ

המחלוקת נסבה על התקיימות **התנאי השני** (תנאי ההודעה) ו**התנאי השלישי** (תנאי ההזדמנות לסרב).

22. כאמור, בחודש ינואר 2020 שיגר המשיב לכלל לקוחותיו מסמך המיידע אותם על-אודות "עדכון חוברת וחוק שירותי תשלום". במסמך זה דיווח המשיב על עדכון חוברת התנאים הכלליים, ובין היתר נכתב כי "במסגרת העדכון האמור ניתנה התייחסות לזכות הבנק לשלוח ללקוחות דברי פרסומת וכן הודעות מותאמות אישית. לקוחות שאינם מעוניינים לקבל דברי פרסומת או הודעות מותאמות אישית בדיוור ישיר, יוכלו להודיע לבנק באמצעות משלוח מספר תעודת הזהות שלהם (ללא פרטים אישיים נוספים) לכתובת [...] וציון המילים 'בקשת הסרה' בכותרת ההודעה, או באמצעות הודעה לבנקאי".

23. המבקשים סבורים כי הודעה זו אינה מספקת לצורך סעיף 30א(ג) לחוק התקשורת. שני טעמים לכך. הטעם הראשון הוא אופן שיגור המסמך, והטעם השני הוא נוסח המסמך. אקדים ואומר כי לא מצאתי לקבל את עמדת המבקשים בסוגיה זו, וכי לפי התרשמותי, לקוח סביר ששת לבו להודעות הבנק ועיין במסמך היידוע יכול היה, ללא קושי מיוחד, להבין שהבנק עשוי להשתמש בפרטי ההתקשרות שבידיו לצורך משלוח דבר פרסומת, ולהודיע על סירוב לכך. להלן אסביר את מסקנתי-זו.

24. לגבי אופן שיגור המסמך, טוענים המבקשים כי משעה שמסמך היידוע נמסר ללקוחות באזור האישי שבאתר האינטרנט או האפליקציה – להבדיל מדוא"ל או מסרון – לא ניתן לקבוע שמדובר בהודעה כפי הנדרש בחוק. בהקשר זה מפנים המבקשים להוראת סעיף 30א(ג)(1) לחוק התקשורת, הדורשת כי "הנמען מסר את פרטיו למפרסם במהלך רכישה של מוצר או שירות, או במהלך משא ומתן לרכישה כאמור, והמפרסם הודיע לו כי הפרטים שמסר ישמשו לצורך משלוח דבר פרסומת מטעמו, באחת הדרכים האמורות בסעיף קטן (ב)". לטענת המבקשים, התיבות המודגשות (ההדגשה אינה במקור) משמעותן כי על ההודעה להימסר ללקוח באחת מן הדרכים המנויות בסעיף-קטן (ב), קרי: פקסימיליה, מערכת חיוג אוטומטי, הודעה אלקטרונית או הודעת מסר קצר.

25. אין בידי לקבל טענה זו. התיבות "באחת הדרכים האמורות בסעיף קטן (ב)" אינן מתייחסות לאופן שבו תימסר ההודעה על כך שפרטי ההתקשרות ישמשו לצורך משלוח דברי פרסומת. תיבות אלה מתייחסות לאופן שבו ישוגרו **דברי הפרסומת עצמם**. פרשנות זו – המעוגנת בלשון – מתיישבת עם ההקשר של סעיף-קטן (ב); הולמת את התכלית של יידוע מלא ללקוח (הכולל את הדרך שבה תשוגרנה לו הפרסומות, כך שיוכל לקבל החלטה מושכלת אם לנצל את הזדמנות הסירוב); ועולה בקנה אחד עם העובדה שייידוע הלקוח על כך שפרטיו ישמשו למשלוח פרסומות





בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1380-02-22 שמילוביץ ואח' נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ

נעשה תכופות בזמן הרכישה ממש, וברי כי במצבים אלה (כגון מפגש פנים-אל-פנים), הדרכים הנקובות בסעיף-קטן (ב) אינן בהכרח מתאימות. יודגש, כי אני ער לקיומו של פסק דין של בית משפט השלום שבו אומצה פרשנות שונה (ת"צ (שלום ת"א) 16620-09-19 בן פורת נ' רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ (20.12.2020)), אך עמדתי היא כמפורט לעיל (ראו והשוו גם: עניין בן עמי הנ"ל, פס' 18 לפסק הדין של השופט סולברג).

26. האמור לעיל אינו גורע מכך שדרך מסירת ההודעה צריכה להיות הולמת ותואמת את תכלית היידוע. במקרה שלפניי – ובלי לחוות דעה לגבי מקרים אפשריים אחרים, שכן בכגון דא יש לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו – נחה דעתי כי לא נפל פגם באופן מסירת ההודעה ללקוחות. למסקנה זו באתי לאחר שנתתי את דעתי לעדותה של נציגת המשיבה, הגב' עינב פורת לוי (מנהלת מחלקת ניהול חשבון לקוח). העדה הסבירה כי מסמך היידוע שוגר ללקוחות "לפי הערוץ שאליו הוא ביקש לקבל את כל המידע מהבנק, בין אם זה דרך דואר דיסקונט או דואר פיזי לכתובת שאותה הוא נתן לבנק" (עמוד 56 לפרוטוקול). לבקשתי, העדה הוסיפה והבהירה עניין זה:

כן, אני אסביר. במהלך פתיחת החשבון שואלים את הלקוח "מה הכתובת שלך למשלוח דואר?" ואז הוא יכול לתת או את כתובת המגורים שלו או את כתובת משרד הפנים או כתובת אחרת שהוא מבקש או תא דואר, ומציעים לו שירות שנקרא "דואר דיסקונט". בדואר דיסקונט אנחנו לא שולחים דואר פיזי, אלא שולחים את הדואר דרך תיבת הדואר שלנו שנמצאת באתר או באפליקציה ושם הלקוח קורא את המכתבים, בסדר? אלא אם מדובר במכתב ספציפי שהרגולטור דרש מאיתנו לשלוח גם פיזית ואז שולחים את זה גם פיזית..."

ובהמשך:

העדה, גב' פורת לוי: דואר דיסקונט זה תיבת דואר שנמצאת באתר הבנק או באפליקציה. כל לקוח, פשוט במקום לקבל מעטפה לבית ואז כל השכנים יודעים שיש לך חשבון בדיסקונט, אתה יכול לקבל באופן פרטי לתוך האפליקציה, אתה נכנס, יש שם צורה של מעטפת באתר או באפליקציה, לוחץ עליה. כשיש הודעה חדשה זה מסומן באדום, אתה לוחץ עליה וקורא את כל ההודעות.

כב' השי' שני: אז מי שביקש בדרך הזו מקבל בדרך הזו, העדה, גב' פורת לוי: כן.

כב' השי' שני: ומי שלא ביקש בדרך הזו מקבל לבית פשוט? העדה, גב' פורת לוי: נכון, ואגב, את ההודעה הזו שלחנו, 65 אחוז מהלקוחות פחות או יותר קיבלו את זה בדואר רגיל לבית, לבית או לכתובת הדואר שאותה הם מסרו לבנק, ובערך 35 אחוז קיבלו את זה דרך דואר דיסקונט. [עמי' 56-57 לפרוטוקול]

ב"כ המבקשים שאל את העדה היכן ביקש המבקש לקבל הודעות מהבנק באמצעות דואר דיסקונט, וזו הפנתה אותו לפרק ב' בבקשה לפתיחת חשבון. ועוד הוסיפה העדה:



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1380-02-22 שמילוביץ ואח' נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ

העדה, גב' פורת לוי: יש נהלים מאוד ברורים בבנק של איך פותחים חשבון, בסדר? הבנקאים שלנו מחויבים לנהלים. בנקאי נדרש להסביר ללקוח בדיוק על מה הוא חותם ומה אומר כל פרק ופרק שהוא חותם עליו. במסגרת פרק ב' הלקוח חותם על אישור להצטרף לשירותים בנקאיים, בנקאות ישירה וערוצי תקשורת. תחת "בנקאות ישירה וערוצי תקשורת" נמצא, אוהד הרי הצטרף לאתר הפעולות, בסדר? הוא הצטרף, הוא קיבל מנוי וקיבל סיסמה למנוי באינטרנט ובאפליקציה, אותו דבר הוא גם צורף לדואר דיסקונט.

...
העדה, גב' פורת לוי: ... אנחנו בבנק שולחים את המכתבים שלנו בהתאם למה שהלקוח ביקש, ביקש פיזי? יקבל פיזי, ביקש כתובת של משרד הפנים? יקבל כתובת של משרד הפנים. ביקש תא דואר באיזשהו מקום אחר? גם בכל מקום אחר הוא יקבל, איך שהוא ביקש ממני ככה הוא יקבל את הדואר ממני"
[עמ' 58 לפרוטוקול]

27. לאור עדות זו, שהותירה רושם ענייני ואמין (הדברים אף לא נסתרו ולא הוכחו בסיכומים מטעם המבקשים), נחה דעתי כי המשיב שלח את מסמך היידוע באופן שבו ביקשו הלקוחות לקבל הודעות מן הבנק; ומשכך, איני סבור כי נפל פגם מבחינה זו. טענת המבקשים כי אינם קוראים את ההודעות שמתקבלות מן הבנק באזור האישי אינה משנה מעמדת-זו, בהינתן – כאמור – שניתנה ללקוח אפשרות לבחור בדרך זו, או באחרת, לקבלת דיווחים (ראו גם עדותה של נציגת המשיב, שלפיה רוב הלקוחות לא קוראים גם מכתבים שנשלחים בדואר רגיל – עמוד 62 לפרוטוקול). חשוב להדגיש, כי ביחסים שבין בנק ללקוחותיו עשויים להיות מועברים, מעת לעת, פרטי מידע לא פחות חשובים מהודעות לגבי שיגור דברי פרסומת. אם הלקוח הסכים לקבל הודעות מהבנק באמצעות דואר לאזור האישי, ואם דרך זו משמשת אמצעי לגיטימי לתקשורת בין הבנק לבין הלקוח (בכפוף לסיכום כאמור – וראו התייחסותה של נציגת המשיב בעמוד 61 לפרוטוקול), אין סיבה מבוררת לקבוע שבכל הנוגע להודעה בדבר שימוש בפרטי התקשורת לצורך משלוח דבר פרסומת, דרך זו תישלל מניה וביה. להשלמת התמונה יצוין כי המשיב לא הסתפק בשליחת מסמך היידוע לאזור האישי של הלקוח או למען שמסר, וביצע פרסומים גם בסניפי הבנק, באתר ובעיתונות (ראו עמוד 59 לפרוטוקול וכן נספח 6 לכתב התשובה).

28. במאמר מוסגר: עמדת המבקשים היא שהיה על המשיב לשגר את ההודעה לפי סעיף 30א(ג) לחוק התקשורת בדוא"ל או במסרון. אלא שעמדה זו טומנת בחובה עוגמת נפש, טרדה וכעס לאנשים כמו המבקש, אשר לדבריו "כל הודעה מציקה לי, כל הודעה, כל SMS שאני מקבל..." (עמוד 20 לפרוטוקול). למעשה, המבקש נשאל באופן ספציפי אם קבלת מסמך היידוע במסרון הייתה מעצבנת אותו, והשיב בחיוב (עמוד 21 לפרוטוקול).

29. כעת לגבי נוסח המסמך. המבקשים טוענים כי משעה שהמשיב רשם בכותרת ההודעה "עדכון חוברת וחוק שירותי תשלום", וכלל במסמך מלל נוסף לגבי נושאים שונים, אין לומר כי מדובר ביידוע כהלכתו בנושא של שיגור דברי פרסומת. לדעת המבקשים, התנהלותו של המשיב



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1380-02-22 שמילוביץ ואח' נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ

אינה מעידה על רצון אמיתי ליידע בהתאם לחריג, כי אם להיפך, ועל כן אין לראות בשיגור מסמך היידוע משום הודעה כדין לפי סעיף 30א(ג) לחוק התקשורת; ובהתאם, גם אין לומר כי ניתנה ללקוחות אפשרות אמיתית להודיע על סירובם.

30. שקלתי טענות אלה, ובנסיבות המקרה לא מצאתי לקבלן. בפסק הדין בעניין **לפיז** הנ"ל נקבע, כי את ההודעה בדבר הכוונה לעשות שימוש בפרטי הלקוח לצורך דיוור דברי פרסומת ניתן לשגר גם במועד מאוחר למסירת הפרטים. ברי, כי במקום שבו מועברת הודעה מאוחרת כזו, דרך העברת ההודעה וניסוחה צריכים לשרת את התכלית, קרי יידוע הלקוחות. עם זאת, אין מקום לקביעה גורפת ודווקנית, שלפיה ההודעה לא יכולה לכלול גם פרטי מידע נוספים, מעבר לנושא של שיגור מסרים שיווקיים. כך, הן לאור לשון החוק (שאינה מחייבת קביעה כזו), הן לאור תכליתו. יפים לכאן, בהתאמה, חלק מהשיקולים שפורטו בעניין **לפיז** הנ"ל. כפי שהוסבר שם, החריג הקבוע בסעיף 30א(ג) לחוק התקשורת נועד לאפשר ללקוחות למסור "הודעת יציאה", זאת בלי לייצר הכבדה מופרזת על העוסקים מצד אחד, ועל הלקוחות מן הצד האחר. טלו לדוגמה עוסק שיש לו רשימת לקוחות גדולה, והוא מעניק להם שירות שוטף ורציף. הניחו כי מעת לעת העוסק נוהג להעביר ללקוחות – בדרך שעליה הוסכם מראש (למשל, באזור האישי באתר) – הודעות בעניינים שעשויים להיות חשובים להם. האם מתחייבת המסקנה שהעוסק אינו רשאי לכלול הודעה לפי סעיף 30א(ג) לחוק התקשורת יחד עם עניינים נוספים הנוגעים לשירות הניתן ללקוחות? איני רואה סיבה לקביעה גורפת כזו. כך במיוחד בהינתן שהתכלית של ההסדר בחוק התקשורת היא מניעת הטרדת הנמענים, בזבוז זמנם והצפת פלטפורמות התקשורת שלהם. בהקשר זה ראוי להזכיר גם כי בנוסף לאפשרות לממש את אפשרות ה-Opt-out לפני קבלת דבר פרסומת ראשון, הלקוח יכול **תמיד** להודיע שהוא חפץ להיגרע מרשימת התפוצה של העוסק, ועל העוסק למלא את רצונו (סעיף 30א(ד)(1) לחוק התקשורת). גם מטעם זה יש לאמץ גישה מאוזנת, ולא דווקנית, בכל הנוגע לפרשנותה וליישומה של דרישת ההודעה.

31. בענייננו, מסמך היידוע שוגר ללקוחות על רקע העובדה שבחברת התנאים הכלליים – שמתווה את תנאי ההתקשרות בין הבנק לבין לקוחותיו – כבר הייתה קיימת התייחסות לנושא של שימוש בפרטי ההתקשרות שמסרו הלקוחות, לצרכים שיווקיים. המשיב מצא לנכון לתקן או לדייק את נוסח הסעיף הרלוונטי בחוברת התנאים הכלליים (ראו עדות נציגת המשיב בעמודים 50-51 ו-59 לפרוטוקול), ולדווח על כך ללקוחות (בגדרי מסמך היידוע), תוך מתן הזדמנות לכל לקוח שאינו חפץ בכך, להסיר את עצמו מרשימת התפוצה (ראו גם עמוד 56 לפרוטוקול, שורות 4-15). כיוון שלא היה זה השינוי היחיד בחוברת התנאים הכלליים (בעקבות שינויי חקיקה), המשיב הודיע ללקוחות על העדכונים בהודעה מרוכזת (ראו לעניין זה גם את עדותה של נציגת המשיב בעמוד 59 לפרוטוקול). הנושא של שיגור דברי פרסומת נמצא בתחילת ההודעה (לאחר הסבר כללי), והניסוח שננקט מיידע את הקורא, באופן ברור למדי, כי הבנק יהיה זכאי לשגר ללקוחות דברי פרסומת בדיוור ישיר; וכי



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1380-02-22 שמילוביץ ואח' נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ

לקוח שאינו חפץ בכך יכול להסיר את עצמו מהרשימה, בדרכים (פשוטות) אשר פורטו גם-הן בהודעה (שליחת דוא"ל לכתובת ייעודית, או הודעה לבנקאי).

32. עוד יצוין, כי מסמך היידוע מפנה להודעה על-אודות עדכון חוברת התנאים הכלליים, אשר פורסמה (בין היתר) באתר הבנק, וכוללת את הנוסח המלא של התנאים הכלליים המעודכנים. התנאים הכלליים המעודכנים כוללים הוראה ברורה, מפורשת ומודגשת, שלפיה הבנק רשאי לשלוח ללקוחות דיוור פרסומי, הצעות, הטבות וכדומה, באמצעות דואר אלקטרוני, מסרונים ואמצעי תקשורת אחרים שמסרו הלקוחות; ואילו הלקוחות – מצדם – יכולים לבקש את הסרתם מרשימת התפוצה, באמצעות דרך ההסרה שתופיע בדבר הפרסומת, או בהודעה לנציג הבנק (סעיף 25.8 לחלק א' בתנאים הכלליים לשנת 2020 – נספח 8 לכתב התשובה).

33. לדידי, בהתחשב במכלול הנסיבות, המשיב פעל באופן סביר על-מנת להודיע ללקוחות שהפרטים שמסרו ישמשו לצורך שיגור דבר פרסומת, והעניק להם הזדמנות נאותה למסור הודעת-סירוב. אף אם ניתן לסבור שרצוי היה להבליט יותר את ההתייחסות לנושא של שיגור דברי פרסומת, למשל באמצעות כותרת או הדגשה, הרי שבמכלול הנתונים כפי שפורטו, איני סבור כי הדברים עולים כדי הקמת עילה לפי חוק התקשורת.

34. במאמר מוסגר: המבקשים טוענים כי הסכמה למשלוח דבר פרסומת – בין מראש ובין מכוח החריג שבסעיף 30א(ג) לחוק התקשורת – היא מוגבלת בזמן. "שנה, שנתיים" – כך לדעת המבקש (עמוד 18 לפרוטוקול). עמדה זו אין לה עיגון בלשון החוק, ולשיטתי גם לא בתכלית החוק ובאיזון הגלום בהוראותיו. איני רואה להרחיב בעניין זה, שאינו נמצא במוקד הדיון ולא זכה לליבון מלא בטיעוני הצדדים, אך אציין כי הרעיון שלפיו עוסק נדרש לפנות בכל פרק זמן קצוב, נניח כל שנה, ללקוחותיו, ולשאול אותם אם הסכמתם משכבר בעינה עומדת, אינו מעוגן בדיון ונראה לי מטריד ומכביד כשלעצמו – מבחינת העוסק ומבחינת הלקוח כאחד. ושוב נזכיר: אם בחלוף הזמן חל שינוי בגישתו של הלקוח, ושוב אין הוא חפץ לקבל דברי פרסומת, הרי שיכול הוא בכל עת להודיע על כך לעוסק, לרבות לאחר שקיבל הודעה שיווקית ראשונה (שחייבת על-פי החוק לכלול אפשרות הסרה פשוטה וסבירה).

35. די באמור כדי להביא לדחיית בקשת האישור, שכן לא שוכנעתי כי קיימת אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה. אולם גם אילו הייתי סבור כי מסמך היידוע אינו מקיים – מבחינה פורמלית – את דרישת סעיף 30א(ג) לחוק התקשורת, עדיין הייתי נוטה שלא לאשר תובענה ייצוגית בענייננו, זאת בין משום שאיני סבור כי זו הדרך היעילה וההוגנת (סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות), ובין מכוח שיקול הדעת הכללי הנתון לבית המשפט. את מסקנתי-זו אסביר בפרק הבא.





בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1380-02-22 שמילוביץ ואח' נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ

יעילות, הוגנות ושיקול דעת שיפוטי בתיקי ספאם

36. התובענה הייצוגית היא כלי רב ערך המביא עמו יתרונות רבים בהיבטים של אכיפת החוק, יצירת הרתעה מפני הפרתו, מתן סעד ראוי לנפגעים מההפרה, וניהול יעיל והוגן של תביעות; אך לצד יתרונות אלה – יש לרשום הערות אזהרה. על השטר ועל השובר שבצדו עמד בית המשפט העליון פעמים רבות:

לתובענה הייצוגית משמעות כלכלית וחברתית גדולה ביותר. היא נועדה לאפשר לאדם אחד או לקבוצת אנשים, שזקו של כל אחד מהם קטן יחסית, לתבוע בשם כל הנפגעים האנונימיים שסכום תביעתם הכולל גבוה ביותר נוכח ריבוי מספרם... יש בה כדי להגן על אינטרס היחיד שנפגע ואינו טורח להגיש תביעה; יש בה אינטרס ציבורי לאכיפת הוראות החוק שבגדרו באה התובענה הייצוגית. יש לה ערך מרתיע מפני הפרת החוק; יש בה כדי לבלום שימוש לרעה בכוח הנתון בידי בעלי שליטה, שחלקם בהון אינו עומד לעיתים בשום יחס לכוח שליטתם...; יש בה חסכון במשאבים ומניעת ריבוי תביעות. עם זאת... טמון בה פוטנציאל של פגיעה ביחיד הקבוצה, בנתבעים ובמשק כולו עקב ניצול לרעה של מכשיר זה על-ידי קנוניה, הגשת תביעות מנימוקי סחיטה והשתלטות ולחץ לפשרה גם כשאינה ראויה, כאשר הנתבע מוכן לה כדי להימנע מהתדיינות מתישה ויקרה גם אם חסרת סיכוי היא" (ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, 323-322 (1997)).

37. על רקע זה, חוק תובענות ייצוגיות מקנה לבית המשפט שיקול דעת רחב לקבוע אם התביעה שלפניו ראויה להתברר בגדרי הליך של תובענה ייצוגית. לאור מאפייניו המיוחדים של ההליך הייצוגי, על בית המשפט לנקוט משנה זהירות בעניין זה. במכלול שיקוליו, על בית המשפט להביא בחשבון את היתרונות והתועלות הכרוכים בניהול הליך ייצוגי, כמו-גם את ההשלכות השליליות והחסרונות, מנקודת המבט של חברי הקבוצה ושל האינטרס הציבורי. שבה ועמדה על כך, לאחרונה, השופטת ברון ברע"א 4481/20 קרישנר נ' לוינשטיין (6.6.2023):

כבר הובהר בפסיקתו של בית משפט זה כי הסמכות לאשר תובענה ייצוגית היא סמכות **שבשיקול דעת**. המשמעות היא שבמקרים מתאימים רשאי בית המשפט לדחות את הבקשה לאישור תובענה כייצוגית, גם אם מצא כי מתקיימים לכאורה התנאים לאישורה. הדבר נלמד בראש ובראשונה מהרישא של סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, המותירה לבית משפט את האפשרות שלא לאשר את ניהול התובענה כייצוגית אפילו אם נמצא שהתקיימו התנאים שבסעיף... המונח 'רשאי' הקבוע בסעיף (והוזר בסעיפים נוספים בחוק תובענות ייצוגיות) משמש כמושג שסתום, המחייב את בית המשפט לבחון אם התובענה שלפניו ראויה להתברר כתובענה ייצוגית. הדרך לעשות כן היא באמצעות שיקולי מדיניות; ובפרט בשים לב לסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, המונה רשימה (לא סגורה) של מטרות שביסוד ההליך הייצוגי ונותן בידי בית משפט ארגז כלים אפקטיבי בבואו לקדם שימוש ראוי ויעיל במוסד התובענה הייצוגית [ההדגשה במקור].



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1380-02-22 שמילוביץ ואח' נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ

38. אם כן, לבית המשפט נתון שיקול דעת אם לאשר תובענה ייצוגית, אף במקום שבו מתמלאים התנאים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות (ראו עוד: ע"א 8037/06 ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ (4.9.2011); רע"א 3698/11 שלמה תחבורה (2007) בע"מ נ' ש.א.מ.ג.ר. שירותי אכיפה בע"מ (6.9.2017)). על בית המשפט לזכור כי "... יש להשתמש בכלי העוצמתי של ההליך הייצוגי שימוש מושכל להשגת המטרות החשובות לשמן נועד, ולהיזהר משימוש בו כאשר התועלת הציבורית שבתביעה מוגבלת" (ת"צ (מחוזי מרכז) 24460-02-20 בר דוד מואס נ' יעקב יעקבי ובניו בע"מ (21.3.2023)). כך במיוחד על רקע העלייה הניכרת – שמא נאמר, האקספוננציאלית (מעריכית) – בכמות התביעות הייצוגיות המוגשות לבתי המשפט, כפי שתואר אך לאחרונה:

המחוקק ובתי המשפט ביקשו לאזן בין היתרונות והחסרונות, וקבעו מנגנונים לתמרוץ תובענות ראויות ולהרתעה מפני תובענות שאינן ראויות, אך במבחן הזמן נראה כי חלקם של התמריצים הכלכליים גבר, דבר שבא לידי ביטוי בעלייה דרמטית במספר התובענות הייצוגיות המוגשות בישראל מדי שנה. הדברים פורטו בהרחבה ב"דו"ח הצוות הבין-משרדי לבחינת ההסדרים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות" שפורסם במרץ 2023... ולהמחשת המצב יצויין כי כשחוקק החוק ב-2006 הוגשו בישראל כ-28 תביעות ייצוגיות, ב-2013, לפני עשר שנים, כבר הוגשו 820 תובענות ייצוגיות, וב-2022 הוגשו 1,669! תובענות ייצוגיות – 4.6 תובענות בכל יום! כולל שבתות, חגים ומועדי ישראל, ובחישוב ימי חול בלבד כ-7.5 תובענות ייצוגיות בכל יום! מכאן שלמרות שהתובענות הייצוגיות הובילו לאכיפה טובה יותר של זכויות הציבור הרחב ולהרתעה מפני הפרות חוק, הדבר לא לידי ביטוי בירידה בכמות התובענות המוגשות, אלא להיפך, וברי כי מדובר בעלייה לא סבירה בקצב הגשת תביעות, שיש לה השלכה על המשק בכלל ועל מערכת המשפט והעומס בה בפרט. דומה כי מתחייבת בחינת האיזון שבין התמריצים והיתרונות, ואכן הדו"ח הנ"ל המליץ על שינויי חקיקה להסדרת המצב (ת"צ (מחוזי מרכז) 47147-04-21 שטרן נ' Kia Motor Company (22.8.2023)).

39. בעת הפעלת שיקול הדעת המסור לו, על בית המשפט ליתן את הדעת למהותה ולמאפייניה של עילת התביעה הנדונה, ובענייננו: שיגור דברי פרסומת. כפי שצינתי לעיל, הדין מכיר בצורך להדוף את תופעת הספאם, המהווה מטריד ציבורי של-ממש בעידן הטכנולוגי שבו אנו חיים, ומביאה עמה נזקים שונים (לפירוט ראו עניין חזני הנ"ל). הכרה זו של הדין באה לידי ביטוי בהוראות הנוגעות לדרישת ההסכמה (ככלל, על-פי המודל של Opt-in), והיא באה לידי ביטוי גם בסנקציות האפשריות עקב שיגור דבר פרסומת בניגוד לכללים, ובהן ענישה פלילית ופסיקת פיצוי. חשיבות מיוחדת טמונה במערך התמריצים שקובע החוק. כך, בסעיף 30א(י) לחוק התקשורת נקבע כי בית המשפט רשאי לפסוק לנמען פיצוי לדוגמה – ללא הוכחת נזק – בסכום שלא יעלה על 1,000 ₪, בגין כל דבר פרסומת שקיבל בניגוד להוראות סעיף 30א. בקביעת גובה הפיצוי על בית המשפט ליתן דעתו לשיקולים שונים ובהם אכיפת החוק והרתעה מפני הפרתו, עידוד הנמען לממש את זכויותיו, והיקף ההפרה. שיקולים אלה – כפי שהובהר בפסיקה – "משיקים לאלה המונחים בבסיס מוסד התובענה הייצוגית" (עניין חזני הנ"ל, פס' 8 לפסק הדין), לאמור: עידוד תביעות בלתי-כדאיות (שהעלות הכרוכה בניהולן עולה על התועלת הצפויה מהן), ויצירת הרתעה יעילה בנסיבות שבהן הנזק מוסב



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1380-02-22 שמילוביץ ואח' נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ

לקבוצה גדולה של ניזוקים, שרבים מהם אינם טורחים לנקוט הליך משפטי (לניתוח כלכלי של בעיית אכיפת החסר ראו: A.M. Polinsky & S. Shavell, "Punitive Damages: An Economic Analysis", 111 HARV. L. REV. 869 (1998)).

40. הנה כי כן, קיימים שני מנגנונים שנועדו לעודד "אכיפה פרטית" של הוראות הדין הנוגעות לשיגור דברי פרסומת, וליצור הרתעה יעילה של המפרים. **מנגנון אחד** הוא הגשת תובענה ייצוגית לפי חוק תובענות ייצוגיות. ככלל, התובענה הייצוגית עשויה להיות כלי מתאים בהקשר זה, משום שמדובר לעיתים קרובות בנוק קטן לאדם הבודד, אך גדול לקבוצת הנמענים בכללותה. **מנגנון שני** הוא הגשת תביעות אישיות וקבלת פיצויים לדוגמה לפי ההסדר שבחוק התקשורת. מדובר – אם תרצו – בהסדר של "מעין תובענה ייצוגית" (ראו והשוו: רע"א 9615/05 **שמש נ' פוקצ'טה בע"מ** Catherine M. Sharkey, "Punitive Damages as Societal Damages", 113 (5.7.2006); YALE L.J. 347 (2003)). אלא שהדמיון בין המנגנונים אין משמעו זהות. לכל הליך – יתרוונות וחסרונות. כך למשל, בעוד שבמנגנון הקבוע בחוק התקשורת הפיצוי מוענק לתובע בלבד (פיצוי שעשוי להיות גבוה בהרבה מנזקו-שלו, בבחינת "גמול מיוחד" או מתת-שמיים), וההיבט "הייצוגי" הוא רעיוני בלבד, הרי שבמנגנון הקבוע בחוק התקשורת הפיצוי מוענק לתובע בלבד (פיצוי הקבוצה. עם זאת, יש להעיר כי הטבת נזקו של הניזוק האינדיבידואלי אינה בהכרח האינטרס המרכזי בתובענות ייצוגיות מסוג זה, בשים לב לכך שמדובר – מבחינת הניזוק הבודד – בנוק קטן ובפיצוי זניח (ראו והשוו: ע"א 10085/08 **תנובה - מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאי בישראל בע"מ נ' עזבון ראבי**, פס' 50 לפסק הדין של השופטת (כתוארה אז) חיות (4.12.2011)). זאת ועוד: לא אחת קיים קושי, מסיבות שונות, לזהות את הניזוקים השייכים לקבוצה, או שיש להם עילת תביעה, או שנגרם להם נזק אמיתי (ראו למשל ת"צ (מחוזי מרכז) 33625-05-22 **קרונברג נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ** (21.6.2023)).

41. בהמשך לאמור, ראוי להביא מדבריו של בית המשפט העליון ברע"א 7064/17 **ארד נ' מנקס אונליין טריידינג** (11.12.2018). כפי שהוסבר שם, הן ההליך הייצוגי הן הליך התביעה הקטנה נועדו ליתן מענה במקרים שבהם שוויו של הסכסוך לא מצדיק הגשת תביעה רגילה. כך, "במסגרת הליך התביעה הקטנה ההתגברות על בעיה זו נעשית באמצעות הקטנת העלויות הכלכליות של ההליך, כמו גם הנגשתו לאזרח וניהולו המהיר. במסגרת התובענה הייצוגית התגברות על בעיה זו נעשית באמצעות יצירת כלי משפטי לאיחוד תביעות רבות, אשר כל אחת מהן בנפרד לא מצדיקה מהבחינה הכלכלית את הגשת התביעה, לכדי תביעה אחת" (פס' 15 לפסק הדין).

42. לפיכך, בהפעלת שיקול דעתו אם לאשר תובענה ייצוגית, בית המשפט עשוי לשאול את עצמו מהו – במקרה הנדון – המנגנון העדיף ליצירת תמריצים ראויים לאכיפת הדין, ולהרתעה יעילה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1380-02-22 שמילוביץ ואח' נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ

מפני הפרתו (להבדיל מתמריצי-יתר והרתעת-יתר). בהקשר זה יש ליתן את הדעת גם לעלויות ההתדיינות ולמשאבים השיפוטיים המושקעים בתביעות ייצוגיות שעניינן שיגור דברי פרסומת. מצד אחד, התובענה הייצוגית מאפשרת לאחד תביעות רבות ולייתר את ניהולן בנפרד. מצד שני, המציאות היא שמוגשות בקשות רבות לאישור תובענות ייצוגיות, לא פעם מדובר בשחקנים חוזרים, ולא אחת ההליכים מוגשים לבתי המשפט המחוזיים, על כל המשתמע מכך (על תופעת "התובע הסדרתי" בהקשר של תביעות ספאם, והחשש מפני ניצול לרעה של מכשיר התובענה הייצוגית, ראו למשל ת"צ (מחוזי חיפה) 39317-02-17 לב נ' אלקובי (31.3.2020)). בית המשפט המחוזי התייחס לכך באחת הפרשות:

... לא ניתן להתעלם מהמציאות היומיומית השוררת בבתי המשפט, ולא ניתן שלא להשתאות אל מול העומס האדיר שלהשלמת התמונה די בעיון בפנקס התובענות הייצוגיות כדי לראות את ההיקפים האדירים של מספר ההליכים הייצוגיים המוגשים מידי יום ומידי שנה. כך, שזמן שיפוטי יקר מוקדש להליכים שאין ערך של ממש מבירורם, ולא כל שכן מבירורם בבית משפט מחוזי. ... תחילה להדגיש כי אין ספק כי כל הפרה של הוראות הדין ראויה לגינוי. עם זאת, יש לתת את הדעת לעובדה כי הליך ייצוגי הוא הליך יקר מבחינת הזמן השיפוטי המוקדש לו... יש לומר כי הליכי התובענה הייצוגית אינם שווים זה לזה מבחינת האינטרס הציבורי שבבירורן והליכים ייצוגיים רבים נעדרי כל חשיבות ציבורית ולמעשה אך צורכים זמן שיפוטי יקר לשווא. כך למשל, דיון בתיקים ב'עילת הספאם' – עילה שנסרקה במסרקות ברזל על ידי בתי המשפט השונים. נכון הוא כי בעבר היה נכון לתקן את חוק תובענות ייצוגיות כך שעילה מכוח סעיף 30 לחוק התקשורת תמנה על סוג העילות מכוחן מתאפשר ניהול הליך ייצוגי. אלא שכיום, לאחר שהדין סביב עילה זו צמח והתפתח, וכבר נכתבו החלטות רבות ופסקי דין רבים ניתנו בסוגיה זו, שוב לא נראה מוצדק להמשיך ולהקדיש זמן שיפוטי יקר כל כך לתובענות ב'עילת הספאם' (ת"צ (מחוזי ת"א) 25766-01-19 בשן נ' הוט מובייל בע"מ (9.2.2022)).

43. הדברים נכתבו בהקשר של אישור הסכם פשרה, אך השיקולים עשויים להיות רלוונטיים גם בגדרי הפעלת שיקול הדעת השיפוטי בעניין אישור תובענה ייצוגית. יודגש, כי אין בכוונתי למצות את השיקולים שעשויים להכריע את הכף לכאן או לכאן, מה גם שלא ניתן לשרטט רשימה סגורה של שיקולים ומשוואה מתמטית לחילוץ התשובה (השוו, לאחרונה: ת"צ (מחוזי ת"א) 52621-07-21 בן אור נ' אביב בית השקעות בע"מ (22.1.2022); ת"צ (מחוזי ת"א) 24597-10-22 סרוך נ' אריאל רום השקעות בע"מ (8.12.2022)). בשני פסקי הדין הללו נדון, בהקשר אחר של חובת פנייה מוקדמת בהליך הנוגע לאי-פרסום הסדרי נגישות, עקרון המידתיות בשימוש בכלי התובענה הייצוגית, וצוין בין השאר השיקול של היות הנתבע עסק קטן, אשר מיוחסת לו הפרה מינורית של הדין). בוודאי שאין בדבריי כדי לשלול שימוש במכשיר התובענה הייצוגית, בתביעות ספאם שבהן הדבר מוצדק בראי התכלית של הגנה על אינטרס הפרט ואכיפת החוק לטובת כלל הציבור (עוד ראו, לאחרונה: ת"צ (מחוזי מ"ר) 26107-04-22 מליוכין נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ (13.2.2024)). אולם, וכאן שב אני למקרה שלפניי, גם אילו סברתי כי קיימת אפשרות סבירה לביסוס עילת תביעה לפי



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1380-02-22 שמילוביץ ואח' נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ

חוק התקשורת, עדיין הייתי נוטה לקבוע כי אין זה המקרה המתאים לניהול תובענה ייצוגית. זאת לאור מקבץ של נתונים, שעיקריהם יובאו להלן.

44. **ראשית**, המשיב (על-פי הנתונים שלפניי) לא שיגר ללקוחות דברי פרסומות מכוח ההסכמה הכללית בעת פתיחת החשבון, כלומר לא ביקש – הלכה למעשה – להסתמך על הסכמה שמבחינה משפטית מעלה סימני שאלה. כפי הנראה, המשיב גם ביקש לוודא, בטרם שיגור הודעות בעלות סממן שיווקי ללקוחות, כי ההוראה הרלוונטית בחוברת התנאים הכלליים תנוסח באופן ברור ונהיר, וכי תיקון הנוסח יובא לידיעת הלקוחות. בשל כך שוגר מסמך היידוע, תוך מתן אפשרות ללקוחות להסיר את עצמם – בנקל – מרשימת התפוצה. מסמך היידוע נמסר ללקוחות בהתאם לדרך ההתקשרות שעליה סוכם מראש, ובמקביל נעשה פרסום דומה בסניפי הבנק, באתר הבנק ובעיתונות.

45. **שנית**, נראה כי המשיב אינו מרבה לשגר פרסומות בדוא"ל או במסרונים; המבקשים הם לקוחות ותיקים של הבנק, שלא קיבלו פרסומות כלל עד שנת 2021, אז שוגרו אליהם ההודעות נושא התביעה. הודעות אלה אמנם נחשבות "דבר פרסומתי" על-פי הגדרת החוק, אך יש בהן גם רכיב שירותי שאינו שולי, קרי: יידוע על דבר-קיומה של פלטפורמה דיגיטלית לקבלת שירותים בנקאיים – הלוואות (ראו והשוו עניין **זינגר הנ"ל**). בוודאי שאין המדובר בהודעות פוגעניות, כגון הודעות שהן חלק מהונאה או הפצה של נוזקות.

46. **שלישית**, יש לשוב ולהדגיש כי מצויים אנו במערכת היחסים המיוחדת שבין עוסק לבין לקוחותיו. על-פי התרשמותי מהחומר שלפניי (לרבות עדותה של הגב' פורת לוי) – ובניגוד לטענות המבקשים – המשיב לא תר אחרי נתיב מתוחכם (או מתחכם) לעקוף את דרישות החוק, ולא אימץ מדיניות כללית שאדישה לפרטיותם של הלקוחות (ראו בין היתר עמודים 58-64 לפרוטוקול). אדרבא, התנהלות המשיב מעידה על מתן תשומת לב וחשיבות לעקרונות המונחים בבסיס ההסדר שבחוק התקשורת. ואין תמה על כך, בהינתן שמדובר בציבור לקוחותיו. יפים לענייננו דבריו של בית המשפט העליון בעניין **לפיז הנ"ל**, על-אודות **האינטרס** של עוסק גדול ומוכר לכבד את לקוחותיו (הקיימים והפוטנציאליים), ולא להטריד אותם לשווא באופן שעלול לפגוע באינטרס העסקי שלו. ויפים גם דבריו של בית המשפט העליון, שם, על-אודות **הפגיעה המועטה** יחסית בלקוחות שמסרו את פרטיהם לעוסק, ושניתן להניח כי חלק ניכר מהם אינם מתנגדים לקבלת הודעות מהסוג הנדון. כמובן, הנחה זו-האחרונה אינה מתחייבת לגבי כל לקוח, אך יש לזכור כי בכך לא תמה הדרך: גם לקוח שהחמיץ את מסמך היידוע יכול, בדרך פשוטה ואפקטיבית, להסיר את עצמו בכל עת מרשימת התפוצה; ואם בכל זאת נותר מי מן הלקוחות עם תחושה סובייקטיבית שלילית, הרי שעומדת לו הזכות לנקוט הליך של תביעה קטנה, ולקבל לידיו – אם תוכח תביעתו –





בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 1380-02-22 שמילוביץ ואח' נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ

פיצוי גבוה ללא הוכחת נזק (סעד שאינו קיים בגדרי תובענה ייצוגית – סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות).

47. הנה כי כן, בענייננו משתלבים יחד כמה וכמה נתונים, ובהם: אופי הקשר – מערכת יחסים שבין עוסק לבין חוג לקוחותיו, על מאפייניה המיוחדים כפי שפורטו בפסיקה; אופי ההודעות – בלתי פוגעניות; אופן ההתנהלות – שיגור ההודעות רק לאחר תיקון התנאים הכלליים ומשלוח מסמך יידוע, הכולל אפשרות לביצוע Opt-out; ואופי ההפרה (בהנחה שקיימת, בניגוד לקביעתי לעיל) – גבולית. לאור כל אלה, בהינתן עוצמתם הנמוכה – במקרה דגן – של השיקול ההרתעתי ושל השיקול התרופתי, ובשים לב לעלויות הכבדות ולקשיים הנלווים לניהולה של התובענה כייצוגית (לרבות הוכחת הנזק וזיהוי הניזוקים), הרי שגם אם הייתי סבור כי מסמך היידוע אינו מהווה הודעה כהלכתה (בשל אופן שיגורו או ניסוחו), עדיין הייתי נוטה למסקנה שהפרה זו אינה מצדיקה ניהול הליך ייצוגי, חלף האפשרות של כל לקוח הרואה עצמו מוטרד לנקוט הליך של תביעה קטנה.

סוף דבר

48. אשר על כן, באתי לכלל מסקנה כי דין הבקשה להידחות. בשים לב לכלל נסיבות העניין לרבות מהות התביעה, סכומה והיקף ההתדיינות בבקשת האישור, המבקשים יישאו בשכר טרחת עורך-הדין של המשיבה בסך של 40,000 ₪.

49. המזכירות תואיל לשלוח העתק של פסק הדין למנהל בתי המשפט, לשם רישום בפנקס התובענות הייצוגיות.

ניתן היום, ט"ז אדר א' תשפ"ד, 25 פברואר 2024, בהעדר הצדדים.

גיא שני, שופט

