

בית המשפט המחוזי מרכז

- [ת"צ 36086-07-11](#) חרסט נ' ידיעות אינטרנט ואח'
- [ת"צ 36123-07-11](#) ענאקי נ' נטקס ניו מדיה בע"מ ואח'
- [ת"צ 36157-07-11](#) ענאקי נ' דילהיומסיואו בע"מ ואח'
- [ת"צ 36187-07-11](#) ענאקי נ' ישראלדילס מדיה בע"מ
- [ת"צ 36213-07-11](#) חרסט נ' גרופר קניות חברתיות בע"מ ואח'
- [ת"צ 3704-08-11](#) חרסט נ' סיטי לייף סטייל בע"מ ואח'
- [ת"צ 3787-08-11](#) חרסט נ' סל קניות בע"מ ואח'
- [ת"צ 3823-08-11](#) חרסט נ' אל.אר. אינטרנט בע"מ ואח'
- [ת"צ 3851-08-11](#) חרסט נ' כל היממה בע"מ ואח'
- [ת"צ 3877-08-11](#) חרסט נ' זאפ מחשוב בע"מ ואח'
- [ת"צ 26595-08-11](#) דואניאס נ' זאפ מחשוב בע"מ ואח'
- [ת"צ 10377-09-11](#) חרסט נ' גרוס ואח'
- [ת"צ 10449-09-11](#) דואניאס נ' תפוז אנשים בע"מ ואח'
- [ת"צ 14969-09-11](#) דואניאס נ' גלהיים שרותי אינטרנט בע"מ
- [ת"צ 14994-09-11](#) חרסט נ' קליקה כל הדילים בע"מ ואח'
- [ת"צ 24274-09-11](#) חרסט נ' אלגד פיצה בע"מ
- [ת"צ 4209-11-11](#) מירסקי נ' בא בטוב שיווק בע"מ

19 ספטמבר 2012

,36213-07-11	,36187-07-11	,36157-07-11	,36123-07-11	,36086-07-11
,3877-08-11	,3851-08-11	,3823-08-11	,3787-08-11	,3704-08-11
,14994-09-11	,14969-09-11	,10449-09-11	,10377-09-11	,26595-08-11
			4209-11-11	,24274-09-11

לפני כב' השופט פרופ' עופר גרוסקופף

המבקשים

עו"ד אסף חרסט
 מר עומרי דואניס
 עו"ד מאיר מירסקי
 מר אמיר ענאקי

ע"י עו"ד אסף חרסט ועו"ד תמיר ניסני

נגד

המשיבים

1. ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה)
ע"י ב"כ עו"ד מיבי מוזר, עו"ד תמיר גליק ועו"ד נתנאל חי
2. דלק מנטה קמעונאות דרכים בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד אורנה רבינוביץ ועו"ד יואל מזור
3. נטקס ניו מדיה בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד חגי דורון ועו"ד תומר שווירמן
4. אופטיקה הלפרין בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד יגאל כהן
5. דילהיומטיאו בע"מ
6. טופ אופטיק בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד דורון אלקיים ועו"ד דביר הורביץ
7. ישראלילס מדיה בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד יאיר דנגור
8. גרופר קניות חברתיות בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד ד"ר גיל אוריון ועו"ד טל ברקסקי
9. ניופאן בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד גיורא בן-טל ועו"ד ליאת ברוך
10. סיטי לויף סטייל בע"מ
11. בר-טן החזקות והשקעות בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד אלדד אפרוני
12. סל קניות בע"מ
באמצעות מר אבירס לוי – מנכ"ל
13. א.ד.י.ב. שיווק אופנה בע"מ
14. אל.אר. אינטרנט בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד יגאל לונגו
15. ביי אנד דרייב בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד אריאל פופר
16. כל היממה בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד יגאל מלצר
17. רונלייט דיגיטל בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד גיל זילבר
18. זאפ מחשוב בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד ישראל פפר, עו"ד עמית יריב ועו"ד גלעד אידיסיס

19. אחד פלוס אחד דילים ורכישות קבוצתיות בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד נועם קוריס

20. ג'ימס ריצ'רדסון בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד הלל איש שלום ועו"ד דוד הדר

21. גדי שמואל גרוס

22. ישראל קופון יזמות בע"מ

23. תפוז אנשים בע"מ

24. גרופ איקומרס בע"מ

25. גלהיים שירותי אינטרנט בע"מ

26. קליקה כל הדילים בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד דרור סברנסקי ועו"ד שלומי מלכה

27. זינג רכישות חברתיות בע"מ

28. אלגד פיצה בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד יצחק יערי

29. בא בטוב שיווק בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד ד"ר איתי פלדור, עו"ד דורון קילשטיין ועו"ד אורטל גר

כתבי עה:

[דודי שורץ, "תחולתו של עקרון תום-הלב", עיוני משפט, כרך כא \(תשנ"ח\) 295](#)

פסק דין

1. עניינו של פסק דין זה ב- 17 בקשות להכרה בתובענה כייצוגיות (להלן: "17 הבקשות"), אשר אוחדו לפי סעיף 7(ב) [לחוק תובענות ייצוגיות](#), התשס"ו – 2006 לתובענה אחת (להלן: "הבקשה המאוחדת"). כל אחת מ- 17 הבקשות הוגשה בנפרד, וכנגד נתבעים שונים, ואולם תכני 17 הבקשות זהים, והעומדים מאחוריהן הם, הלכה למעשה, אותם מבקשים ואותם באי כוח מייצגים.

2. הנושא המשותף ל- 17 הבקשות הוא כדלהלן: המשיבים בכל הבקשות הם בעלי אתרי אינטרנט שונים העוסקים בשיווק קופונים למיניהם (להלן: "אתרי הקופונים"), ועוסקים שונים אשר פרסמו את סחורתם באמצעות אותם אתרים (להלן: "בתי העסק"). הטענה המרכזית שנטענה כנגד אתרי הקופונים ובתי העסק היא שהם הפרו את הוראות החוק, הידוע בכינוי "[חוק דואר זבל](#)" או "חוק הספאם", בכך שלא כללו את המילה "פרסומת" בכותרת הודעות הדואר האלקטרוני שאתרי הקופונים שולחים למנוייהם, וזאת בניגוד להוראת סעיף 30א. (ה)1(א) [לחוק התקשורת](#) (בזק ושידורים), התשמ"ב – 1982, כפי שתוקן בתיקון מס' 40 בתשס"ח (להלן: "חוק התקשורת"). בנוסף נטען כנגד חלק

- מהמשיבים גם להפריה של הוראת סעיף 30א. (ה)1(ב) [לחוק התקשורת](#), בכך שלא צוינו בהודעה פרטי הקשר עם המפרסם.
3. אתרי הקופונים ובתי העסק השונים הגישו תשובות ל- 17 הבקשות, אשר כוללות הן התייחסות לדרך התנהלות המבקשים והן התייחסות לגופן של טענותיהם. חלק מאתרי הקופונים ובתי העסק הגישו בקשות לסילוק על הסף של הבקשה כנגדם בשל דרך התנהלות המבקשים, וחלק מהם העלה את הטענה להתנהלות בלתי ראויה של המבקשים כטעם לדחיית הבקשה להכרה בתובענה כייצוגית.
4. לאחר עיון בנושא, ומששמעו טענות הצדדים, הגעתי למסקנה כי יש מקום לסלק על הסף את הבקשה המאוחדת מסיבות הנוגעות לדרך התנהלות המבקשים. בחלקו הראשון של פסק דין זה אציג את דרך התנהלותם הדיונית של המבקשים, ולאחר מכן אבהיר מדוע לשיטתי ראוי לסלק על הסף את הבקשה המאוחדת. בחלקו השני של פסק הדין אתייחס בקצרה לשתי טענות המהותיות שהעלו הצדדים במסגרת טיעוניהם בכתב ובעל פה, וזאת מתוך שאיפה לייתר את הצורך בהתדיינות נוספת ביחס לשאלות אלו.

דרך ניהולן של 17 הבקשות

5. המבקש בכל אחת מ- 17 הבקשות הוא אחד מארבעת אלה: עו"ד אסף חרסט (ב- 10 מהבקשות) מר עמרי דואניס (ב- 3 מהבקשות), מר אמיר ענאקי (ב- 3 בקשות) ועו"ד מאיר מירסקי (בבקשה אחת). בא הכוח המייצג ברובן המוחלט של הבקשות (16 במספר), בעת הגשתן, היה עו"ד חיים כפיר. בחלק מהבקשות (6 במספר) נוסף לעו"ד כפיר גם עו"ד אשר אפריאט כבא כוח מייצג, ואילו בבקשה אחת ([ת"צ 26595-08-11](#)) בא הכוח המייצג היה עו"ד אשר אפריאט.
6. החפיפה בין 17 הבקשות לא התמצתה בזהות המבקשים ובאי הכוח המייצגים אלא נוגעת גם לנוסחן של הבקשות. כל 17 הבקשות עוסקות באותן שאלות משפטיות ובמסכת עובדתית זהה כמעט לחלוטין. בכל אחת מהתובענות (למעט [ת"צ 24274-09-11](#) ו- [ת"צ 4209-11-11](#)) היו שני משיבים: אתר קופונים ובית עסק אשר פרסם את מוצריו או שירותיו באותו אתר קופונים. חלקים ניכרים מהבקשות זהים לחלוטין בנוסחם, וגם החלקים העובדתיים, שניתן היה לצפות כי תתקיים ביניהם שונות מסוימת, כתובים באותה לשון עצמה. כך, למשל, מסתבר כי ביחס לכל אחד מהמשיבים חווה המבקש, בשינויים זניחים, את אותה מסכת האירועים עצמה:
- המבקש "שמע לאחרונה מפרסומים בכלי התקשורת, וכן מחבריו, כי חברות רבות מציעות מוצרים ושירותים בהנחות משמעותיות". לפיכך "שמח וטוב לב, נרשם המבקש לקבלת שירותים שכאלו" ו"שמח וטוב לב, יצר המבקש כלל – אשר מעביר כל דואר אשר בכותרתו מופיעה המילה "פרסומת", לספרייה נפרדת". לאחר מכן, "גילה המבקש כי שמחתו הייתה מוקדמת", שכן דברי הדואר הפרסומי אשר שנשלחו אליו מאתר הקופונים המשיב, ואשר כלל פרסומת של בית העסק המשיב, "נותרו בתיבת הדואר הראשית שלו". המבקש

הפך "תמה ומוטרד", ואף "נדהם מעצם העובדה כי המשיבות [קרי, אתר הקופונים ובית העסק], חברות מכובדות ומוכרות, מתעלמות באופן כה בוטה מהוראות החוק". בהמשך לתגלית זו "הבין המבקש, כי כעת – אף אם יבקש למחוק באופן גורף את כלל ההודעות, אשר נשלחו לו מאת המשיבות – כפי שהוא נוהג לעשות מעת לעת לגבי דברי פרסום, על מנת שלא להציף את תיבת הדואר שלו – לא יוכל לעשות כן באופן אוטומטי, ויאלץ לעשות זאת באופן ידני". בנוסף "החליט המבקש כי יימנע מהעברת דברי הדואר האלקטרוני שלו אל מכשיר הטלפון הנייד, זאת עד שימצא דרך למחוק את כל ההודעות של המשיבה". ואם לא די בכך הרי ש"המבקש נדהם כאשר גילה כי הזמן המצרפי הדרוש לכלל מנוייהן של המשיבות למחוק את כלל ההודעות אשר שלחה להם" עומד, באופן מצטבר, על "מעל 200,000 שעות. לשון אחר, לו היו חברי הקבוצה שוכרים עובד, אשר יעבוד 9 שעות ביום, במשך 365 יום בשנה, וישקוד על מחיקת ההודעות המשיבות באופן ידני הרי שלהשלמת העבודה ידרשו לא פחות מ- 60 שנות עבודה רצופות (!!!)". בעקבות זאת "אפפו את המבקש תחושות תסכול, כעס ואי נוחות בלשון המעטה. המבקש חש מרומה ונבגד" והוא מיהר להגיש את הבקשה לאפשר לו לייצג את חברי הקבוצה, שלטענתו זכאים לפיצוי של מיליוני שקלים חדשים.

7. ויובהר, באף אחד מהמקרים בהם עסקין לא קדמה להגשת הבקשה פניה לאתר הקופונים או לבית העסק הנתבע, בטענה כי משלוח המיילים נוגד את הוראות [חוק התקשורת](#). ודוק, המבקשים טרחו להירשם לאתר הקופונים, לעיתים זמן קצר יחסית קודם להגשת הבקשה, ולבקש כי ישלחו אליהם הודעות דואר אלקטרוני עם הצעות לרכישת קופונים. ואולם, משקיבלו הודעות שלשיטתם אינן תואמות את הוראות החוק, לא טרחו כלל לפנות לאתר הקופונים או לבית העסק, ולהסב את תשומת ליבו להפרה הנטענת. חלף זאת, מיהרו והגישו את הבקשה להכרה בתובענה כייצוגית, תוך טענה כי משלוח המיילים מסב להם, וליתר חברי הקבוצה אותה הם מבקשים לייצג, נזק כבד - נזק שכל אחד ואחד מהמבקשים "נדהם" והזדעזע" לגלות פעם אחר פעם.

8. למרות הדמיון, עד כדי זהות, בין 17 הבקשות הן הוגשו כבקשות נפרדות במועדים שונים לשני בתי משפט בארץ לפי החלוקה הבאה: לבית המשפט המחוזי מרכז הוגשו הבקשות [ת"צ 36086-07-11](#), [ת"צ 36123-07-11](#), [ת"צ 36157-07-11](#), [ת"צ 36187-07-11](#) ו- [ת"צ 36213-07-11](#) ביום 20.7.2011; הבקשות, [ת"צ 3704-08-11](#), [ת"צ 3787-08-11](#), [ת"צ 3823-08-11](#), [ת"צ 3851-08-11](#) ו- [ת"צ 3877-08-11](#) ביום 2.8.2011; הבקשה [ת"צ 26595-08-11](#) ביום 16.8.2011; הבקשות [ת"צ 10377-09-11](#) ו- [ת"צ 10449-09-11](#) ביום 6.9.2011 והבקשה [ת"צ 14969-09-11](#) ביום 2.11.11. לבית המשפט המחוזי בתל אביב הוגשו הבקשות [ת"צ 14994-09-11](#) ביום 7.9.2011 ובקשה נוספת, [ת"צ 24274-09-11](#), ביום 12.9.2011.

9. נקודה רבת חשיבות, אליה אתייחס בהרחבה בהמשך, היא שלמרות שאין חולק כי הבקשות מעוררות שאלה משפטית זהה, לא צוין באף אחת מהבקשות הללו כי במקביל לה הוגשו או מוגשות גם בקשות אחרות. זאת ועוד, 17 הבקשות לא נרשמו בפנקס התובענות הייצוגיות

- מיד לאחר הגשתן. תשע מהבקשות נרשמו מספר חודשים לאחר הגשתן (ב- 7.12.2011 וב- 11.12.2011) ושמונה הבקשות הנותרות לא נרשמו עד עצם היום הזה (וזאת גם ביחס לבקשות לגביהן ניתנה החלטה המורה לבא הכוח המייצג לוודא את דבר קיום הרישום. ראו למשל [ת"צ 3877-08-11](#) בו ניתנה החלטה בנדון ביום 11.10.2011).
10. הבקשות הוקצו תחילה לשופטים שונים, ורק בשלב מאוחר יותר, משהתבררה הזהות המהותית הקיימת ביניהן, הן רוכזו לפני מותב זה (חלקן, אלו שהוגשו בבית משפט זה, באמצעות החלטות של נשיאת בית משפט זה, וחלקן, אלו שהוגשו בבית המשפט המחוזי בתל-אביב, באמצעות החלטות על העברת הדיון על פי סעיף 7(א) [לחוק תובענות ייצוגיות](#)). למען הזהירות אעיר כי נראה שקיימות בקשות נוספות מאותו דפוס אשר מונחות עדיין לפני בתי משפט אחרים (ראו, למשל, [ת"צ 3923-11-11 מירסקי נ' ידיעות אחרונות](#), המתנהלת בבית המשפט המחוזי בתל אביב בפני כבוד השופטת שושנה אלמגור).
11. משהתברר כי מדובר בבקשות רבות להכרה בתובענה כייצוגית שנושאן אחד, הורתי כי הדיון המקדמי בכל 17 הבקשות יתקיים במועד אחד, 13.5.2012, וכי במועד זה יבחנו גם בקשות שונות שהוגשו בתיקים, ובכללן בקשות לאיחוד התיקים מכוח סעיף 7(ב) [לחוק תובענות ייצוגיות](#).
12. כחודש לפני מועד הדיון האמור נמסרה לבית המשפט הודעה בחתימתו של עו"ד אסף חרסט (שהוא, כאמור, המבקש ב- 10 מהבקשות) לפיה **"מצבו הבריאותי"** של עו"ד חיים כפיר **"אינו מאפשר לו להמשיך ולשמש כב"כ מייצג"**, ולפיכך מתבקש בית המשפט לאשר החלפת בא כוח מייצג, כך שעו"ד אסף חרסט ועו"ד תמיר ניסני ישמשו כבאי כוח מייצגים במקום עו"ד כפיר (הודעה מיום 17.4.2012 המצויה ב[ת"צ 10377-09-11](#)). בעקבות זאת ניתנה ביום 18.4.2012 החלטה בה התבקשו אישורים הנוגעים למצבו הרפואי של עו"ד כפיר, וכן התייחסותו לבקשה. בהודעתו מיום 24.4.2012 מבהיר עו"ד כפיר כי הוא ועו"ד חרסט
- "שיתפו ביניהם פעולה במספר תובענות ייצוגיות בנושאים שונים, לרבות בתובענות שפרטיהן בכותרת", וכי הם "סיכמו לסיים את שיתוף הפעולה ביניהם בדרך של חלוקת כלל התיקים המשותפים, כך שבתיקים שפרטיהם בכותרת יטפל וייצג עו"ד חרסט".** לאור זאת הצטרף עו"ד כפיר לבקשתו של עו"ד חרסט להחלפת בא הכוח המייצג.
13. ביום 13.5.2012 נערך דיון קדם משפט ב- 17 הבקשות. הדיון התקיים בפני אולם מלא וגדוש בעורכי דין, שהרי חלק ניכר מהמשיבים (ויש 29 כאלה) שכר את שירותיו של עורך דין אחר, וזאת עוד בטרם התברר לו כי הוגשו בקשות דומות כנגד משיבים אחרים (מפרוטוקול הדיון עולה כי נכחו בו לא פחות מ- 19 מייצגים שונים של המשיבים).
14. בתחילת הדיון הודיע עו"ד חרסט כי הוא מופיע בשמו ועל דעתו של עו"ד אפריאט, וכי הוא מבקש כי הוא או עו"ד ניסני יחליפו את עו"ד אפריאט כבא כוח מייצג ב- 7 הבקשות בהן נרשם שמו כבא כוח מייצג (יוער כי על מנת שלא להידרש לשאלה אם ניתן להגיש בקשה להכרה בתובענה כייצוגית בה המבקש ובא הכוח המייצג הם אותו אדם, הצעתי, והצעה זו

התקבלה על דעת המבקשים, כי עו"ד ניסני הוא שישמש כבא הכוח המייצג באותן בקשות בהן עו"ד חרסט הוא המבקש).

15. בהמשך לכך הסכימו כל הנוכחים על איחוד כל 17 הבקשות לפי סעיף 7(ב) לחוק תובענות ייצוגיות. המבקשים בבקשה המאוחדת הם המבקשים ב- 17 הבקשות (דהיינו מר עומרי דואניס, עו"ד אסף חרסט, עו"ד מאיר מירסקי ומר אמיר ענאקי). באי הכוח המייצגים הם עו"ד חרסט ועו"ד ניסני. המשיבים ב- 17 הבקשות הפכו למשיבים בתובענה המאוחדת.

16. לאחר הדברים הללו התקיים דיון בו נשמעו טיעוני הצדדים ביחס לבקשות לסילוק על הסף של התובענה, וכן לגופו של עניין. בתום הדיון נמסר כי תינתן החלטה בכתב בבקשות לסילוק על הסף, ועד למתן החלטה זו אין הצדדים נדרשים להגיש כתבי בי-דין נוספים.

הפגמים בדרך ניהולן של 17 הבקשות

17. קשה לחשוב על מקרה מובהק יותר של ניצול לרעה של מכשיר התובענה הייצוגית מ- 17 הבקשות שהוגשו על ידי המבקשים. הפגמים בהתנהלות המבקשים נוגעים לשתי סוגיות יסוד, אשר כל אחת מהן די בה על מנת להצדיק סילוק על הסף של הבקשה המאוחדת שנולדה מ- 17 הבקשות: ראשית, הגשה מבוזרת של בקשות העוסקות באותו עניין על ידי קבוצה אחת של מבקשים ובאי כוח מייצגים; ושנית, אי מסירת הודעה מוקדמת ביחס להפרה שהיא, בעיקרה, צופה פני עתיד. להלן אדון בנפרד בכל אחד מפגמים אלו בהתנהלות המבקשים.

הגשה מבוזרת של בקשות באותו עניין

18. שאיפה מרכזית של המחוקק, בעצבו את מכשיר התובענה הייצוגית, הייתה "למנוע דיונים כפולים בתובענות ייצוגיות המעלות אותן עילות תביעה. זאת, כדי למנוע כפל דיון ופסיקות סותרות בבתי המשפט" (דברי ההסבר לסעיף 7 להצעת חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו – 2006; כן ראו ע"א 5503/11 דבח נ' דינרי (ניתן ב- 18.1.2012)). כלים מרכזיים לקידום מטרה זו הם פנקס התובענות הייצוגיות, בו נדרש כל מבקש לרשום את התובענה שהגיש מכוח סעיף 6 (א) לחוק תובענות ייצוגיות ("הוגשה בקשה לאישור, ישלח המבקש הודעה למנהל בתי המשפט בדבר הגשתה ויצרף להודעה העתק מהבקשה ומנוסח התובענה נושא הבקשה, לשם רישומם בפנקס"), והטלת חובת דיווח על קיום בקשה קודמת דומה מכוח סעיף 5(א)(2) לחוק ("בטרם הגשת בקשה לאישור, יבדוק המבקש בפנקס אם רשומה בו בקשה לאישור או תובענה ייצוגית, שהיא תלויה ועומדת, אשר השאלות המהותיות של עובדה או משפט המשותפות לחברי הקבוצה המתעוררות בה, כולן או חלקן, זהות או

דומות בעיקרון לשאלות כאמור המתעוררות בבקשתו לאישור; מצא המבקש כי רשומה בפנקס בקשה לאישור או תובענה ייצוגית כאמור, יציין בבקשתו לאישור את פרטיה".

19. בענייננו לא היו המבקשים זקוקים כלל לפנקס התובענות הייצוגיות על מנת לדעת על קיומן של בקשות אחרות העוסקות באותו עניין, שהרי הם עצמם, כמי שפעלו בשיתוף פעולה מלא, בהנהגתם של עו"ד חרסט ועו"ד כפיר (כפי שעולה מהודעתו של עו"ד כפיר הנזכרת בפסקה 12 לעיל), היו אלו שעמדו מאחורי כל 17 הבקשות. למרות זאת, לא רק שהמבקשים לא פעלו לרכז את טענותיהם במסגרת הליך אחד, אלא שפעלו לביזור הבקשות, על דרך של הגשתם בהליכים נפרדים, על ידי מבקשים ובאי כוח שונים, ולפחות בשני בתי משפט. חמור מכך, הם נמנעו מלכלול בבקשות הודעה בדבר קיומן של הבקשות הנוספות, ומלפרסם במועד את דבר קיום הבקשות בפנקס התובענות הייצוגיות, וזאת בניגוד למתחייב מהוראות [חוק תובענות ייצוגיות](#).

20. מה הוא הטעם לבחירת המבקשים לבזר את בקשותיהם, ולהקשות על יצירת הקישור ביניהן? על כך אוכל רק להעלות השערות. השערה אחת היא שהמבקשים ביקשו למנוע שיתוף פעולה בין המשיבים השונים, ולהעלות בדרך זו את כוח המיקוח שיש להם מול כל אחד מהמשיבים במסגרת המשא ומתן לפשרה; השערה שנייה היא שהמבקשים רצו להימנע מ"ריכוז הביצים בסל אחד", וזאת מתוך תקווה שלפחות בחלק מהמקרים ימצא מותב שייטה אוזן קשבת לטענותיהם. בין כך ובין אחרת, השיטה בה בחרו המבקשים היא שיטה פסולה, שלא ניתן להכשירה, לא מראש ואף לא בדיעבד. היא פסולה מזווית הראיה של מערכת בתי המשפט, מאחר שהיא עלולה להרבות דיונים כפולים ואף להביא להכרעות סותרות; היא פסולה מזווית הראיה של זכויותיהם הדיוניות של המשיבים, שכן היא מביאה לכפל הוצאות מצידם, ומקשה עליהם שלא לצורך בניהול הגנתם (ויעידו ריבוי באי הכוח שנאלצו המשיבים לשכור, וריבוי כתבי בי-דין, החוזרים על עצמם בעיקרם, שהגישו).

21. ודוק, יתכנו מצבים בהם יש טעם והיגיון בהגשת הליכים נפרדים כנגד משיבים שונים, וזאת גם כשנושאי התובענה הייצוגית דומים. כך, למשל, אם הרקע העובדתי לכל אחת מהבקשות שונה, וזאת למרות שהשאלה המשפטית המתעוררת זהה. ואולם, תנאי מקדמי לכך שתינתן לגיטימציה לביזור ממין זה הוא שקיפות מלאה לכל אורך ההליך, החל מרגע הגשתו. שקיפות זו צריכה להתבטא הן ברישום מיידי של הבקשות בפנקס התובענות הייצוגיות והן בדיווח מפורט כבר בבקשה עצמה על כך שהוגשו בקשות נוספות באותו עניין. ללא שקיפות שכזו, נוהג מגיש בקשות בחוסר תום לב דיוני הן כלפי בית המשפט והן כלפי המשיבים.

22. כידוע, חובת תום הלב הוחלה במשפטנו גם ביחס לשימוש בהליכי בית משפט (ההלכה נקבעה [בר"ע 305/80 שילה נ' רצקובסקי, פ"ד לה \(3\) 449, 461 \(1981\)](#) על ידי הנשיא אהרון ברק, ויושמה מאז במספר רב של פסקי דין. ראו גם דודי [שורץ "תחולתו של עקרון תום-הלב בסדר הדין האזרחי" עיוני משפט כא \(תשנ"ח\) 295](#)). מעקרון יסוד על זה נגזר כיום גם האיסור על שימוש לרעה בהליכי משפט (לדיון מפורט ראו [בש"א 6479/06 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' שניפ \(ניתן ב- 15.1.2007\)](#) ע"י הנשיאה דורית בייניש. להלן: "עניין שניפ"). החובה לפעול בתום לב חלה, ואולי אף ביתר שאת, בכל הנוגע למבקשים לשמש כתובע מייצג וכבא כוח מייצג (ראו ת"צ (מרכז) 5567-06-10 [תמי בר ואח' נ' עטרות תעשיות 1996](#)

בע"מ ואח', פסקאות 32 – 35 (ניתן ב- 20.12.2010)). ודוק, בראש ובראשונה מוסבת חובת תום הלב של המבקש/התובע המייצג ובא הכוח המייצג כלפי הקבוצה אשר עניינה מופקד בידיהם (ראו סעיף 8(א)(4) **לחוק תובענות ייצוגיות** הקובע כי תנאי לאישור תובענה ייצוגית הוא שבית המשפט השתכנע ש"קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב" וסעיף 17 לחוק המורה כי ב"במילוי תפקידיו, יפעל בא כוח מייצג בנאמנות ובמסירות לטובת הקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה לאישור או הקבוצה שבשמה מנוהלת התובענה הייצוגית, לפי הענין, כאילו היתה שולחתו, בשינויים המחויבים מכך שההליך הוא הליך ייצוגי"). ואולם, בכך אין כדי למצות את זהות הצדדים כלפיהם חייבים המבקש/התובע המייצג ובא הכוח המייצג לפעול בתום לב בניהול ההליכים. בין אם מכוח הוראת סעיף 8(א)(4) **לחוק תובענות ייצוגיות** (הראויה לטעמי לפרשנות רחבה), ובין אם מכוח עקרונות כלליים של הדין הישראלי, חייבים המבקש/התובע המייצג ובא הכוח המייצג לפעול בתום לב כלפי בית המשפט וכלפי הצד שכנגד. בגדר זה אסור להם להעלים מידע שחובתם לגלות לבית המשפט ולצד שכנגד, ואסור להם לעשות שימוש לרעה בהליכי משפט. כאמור, דרך הגשת 17 הבקשות על ידי המבקשים ובאי הכוח המייצגים אינה עומדת בסטנדרטים אלו. שיטת הפעולה שאימצו, קרי הגשה מבוזרת של הליכים ללא השקיפות המתחייבת מכוח החוק, מהווה שימוש לרעה בהליכי משפט, והסתרת מידע מבית המשפט ומהצד שכנגד. התנהלות זו עולה לפיכך לכדי חוסר תום לב דיוני חמור, שאיחוד התובענות אינו יכול לרפא.

23. מהי הסנקציה הראויה בגין התנהלותם הדיונית הפסולה של המבקשים, שהתבטאה בהגשה מבוזרת של מספר רב של בקשות דומות, ללא השקיפות המתחייבת? בעניין זה לא ניתן, כמובן, לקבוע כלל אחיד. הפסיקה מורה כי במקרה הרגיל אין מקום לסילוק הליך על הסף מהטעם של שימוש לרעה בהליכי משפט, אלא יש להסתפק בסנקציות פחותות כגון זקיפת חוסר תום הלב לחובתו של המתדיין ופסיקת הוצאות (ראו עניין **שנפ**, פסקה 8). כך, מקל וחומר, כשמדובר בבקשה להכרה בתובענה ייצוגית, בה נוסף לזכות היסוד של המבקש שלא תישלל ממנו זכות הגישה לערכאות יש להתחשב גם באינטרס הקבוצה בבירור עילת התביעה לגופה. לפיכך, נקודת המוצא לדיון בסנקציה חייבת להיות שרק במקרים חריגים תצדיק התנהלות פסולה של המבקש/התובע המייצג או בא הכוח המייצג סילוק על הסף של בקשתם. ואולם, גם לאור מבחן מחמיר זה, סבורני כי המקרה הקיצוני שלפני מחייב סילוק על הסף, בצירוף פסיקת הוצאות. ודוק, לא ניתן לקבל את הטענה כי הביזור וחוסר השקיפות במקרה שלפני הם תוצאה של היסח הדעת או של טעות בתום לב, כפי שניסה עו"ד חרסט לטעון בדיון שנערך לפני. דרך פעולת המבקשים, כפי שפורטה לעיל, מעידה עליהם כי כוונת מכוון עמדה מאחורי מעשיהם. בעמדו בפני חוסר תום לב קיצוני שכזה, אשר פגיעתו קשה עד כדי זילות מכשיר התובענה הייצוגית, אין בית המשפט יכול לעצום את עיניו, ולהסתפק בתגובה פחותה מאשר סילוק ההליכים ודחיית התובענות האישיות.

הימנעות מפניה מוקדמת

24. השאלה אם מבקש צריך להקדים להגשת תובענה ייצוגית פניה למשיב אינה שאלה פשוטה, ולא ניתן לתת עליה תשובה אחידה. מחד, פניה מוקדמת עשויה לשרת את טובת הקבוצה בצורה אופטימאלית, שכן היא עשויה להביא להפסקת ההתנהגות הבלתי חוקית במהירות, ומבלי שהמשיב יחשוש שהיענות לפניה עלולה לגרור אחריה הסתבכות משפטית; מאידך, הפניה המוקדמת מאפשרת למשיב לנסות ולתת פתרון נקודתי למבקש, ובכך לעקר את האפשרות שיפעל לטובת הקבוצה. שאלת קיומה של חובה לבצע פניה מוקדמת חייבת, אם כך, להיבחן בשים לב לנסיבות המקרה בו עסקינן, וזאת כשלנגד עינינו עומדת השאלה האם פניה שכזו משרתת את טובת הקבוצה למענה מחויבים המבקש ובא הכוח המייצג לפעול.

25. בע"א [10262/05 אביב שירותים משפטיים נ' בנק הפועלים](#) (ניתן ב- 11.12.2008) (להלן: **"אביב שירותים"**) קבע המשנה לנשיאה אליעזר ריבלין כי:

"... לא מצאנו כי העובדה שהמערערים לא הקדימו פנייה רצינית עובר להגשת בקשתם מצדיקה את הקביעה שלא נהגו בתום-לב. לנוכח תכליותיה של התובענה הייצוגית קשה גם לקבל כי פנייה של התובע הייצוגי להשבת כספו-שלו תהווה תנאי בלעדיו אין לאישור התובענה." (שם, בפסקה 9).

ואכן, המקרה שנבחן בעניין **אביב שירותים** הוא מקרה בו אין זה ראוי, מבחינת טובת הקבוצה בה עסקינן, להתנות את האפשרות להגיש בקשה להכרה בתובענה כייצוגית בפניה מוקדמת. באותו עניין דובר בטענה כי הבנק המשיב גבה בעבר עמלת רישום פעולה שלא כדין, וכי רק לאחרונה החל לפעול בעניין זה כחוק, על פי הנחיות המפקח על הבנקים. בית המשפט המחוזי סבר כי הבקשה לוקה בחוסר תום לב, בשל **"העדר פניה רצינית"** **מקדמית אל הבנק**. עמדה זו נדחתה כאמור על ידי בית המשפט העליון, ובדין נדחתה. הצבת דרישה לפניה מקדימה בנסיבות כגון אלו, בהן התלונה עוסקת בהתנהלות עבר של הבנק, מאפשרת לבנק לפתור באופן נקודתי את התלונה (באמצעות השבת כספי העמלה ללקוח המתלונן) מבלי שיידרש להתמודד עם הקושי העקרוני שהתובענה מציגה. במילים אחרות, פניה מוקדמת איננה מקדמת את ענייני הקבוצה, אלא רק מאפשרת למשיב לעקר כל אפשרות שתוגש נגדו תובענה ייצוגית, באמצעות טיפול נקודתי באותם לקוחות המודעים לזכויותיהם, והותרת עיקר הרווחים מהתנהלותו הפסולה בידו.

26. המקרה שלפנינו מציב כמובן נסיבות שונות בתכלית. ראשית, עיקר עניינה של הקבוצה היא בהתנהלות המשיבים בעתיד ולא באירועים שהתרחשו בעבר. הטעם לכך הוא שממילא אין לצפות כי במסגרת התובענה הייצוגית יינתן סעד צופה פני עבר לחברי הקבוצה עצמם, בעוד שהפסקת ההתנהלות הפסולה מעתה ואילך צפויה להטיב, בהנחה שהתובענה מוצדקת, עם חברי הקבוצה. שנית, וחשוב מכך, המשיבים אינם יכולים במקרה שלפנינו לשנות את התנהלותם כלפי המבקשים בלבד, ולנטרל את תלונתם, מבלי לטפל בבעיה עליה הם מצביעים. במילים אחרות, פניה מוקדמת עשויה הייתה להביא לקידום אינטרס כלל הקבוצה, והסיכון שתאפשר טיפול נקודתי בפונה בלבד נראה בלתי ממשי (ודוק, כמובן שפניה מוקדמת כזו הייתה עלולה להידחות, או להיתקל בהתעלמות, ואולם בכך אין רבותא לעניין בו עסקינן, שכן דחיית הפניה או התעלמות ממנה לא היו שוללים מהמבקשים את האפשרות להגיש תובענה ייצוגית).

27. ושוב, ניתן לתמוה מדוע נמנעו המבקשים מלבצע פניה מוקדמת, אשר עשויה הייתה לחסוך מהם את הצורך בהגשת בקשה להכרה בתובענה כייצוגית, ואף להקל על המשיבים להיענות לדרישה (שכן בהיענותם לא היו חושפים עצמם לסיכון הכספי הכרוך בקבלת טענות המבקשים לאחר שנפתח הליך משפטי). גם על כך אוכל רק להעלות השערה, גם אם השערה הנראית מבוססת למדי: לו היו המבקשים מקדימים פניה לתובענה, הרי שאם הייתה דרישתם נענית, לא היו יכולים לדרוש מהמשיבים כל תשלום בגין פועלם, וזאת בשונה מהגמול והשכר אותו יכולים הם לבקש במסגרת הליך התובענה הייצוגית. ואולם, פשיטא כי טעם זה, ככל שאכן הדריך את המבקשים, אינו יכול להצדיק את העדר הפניה המוקדמת. מטרתו של הליך התובענה הייצוגית הוא בראש ובראשונה לקדם את אינטרס הקבוצה. הימנעות מפניה מוקדמת משיקולי גמול ושכר, בנסיבות בהן טובת הקבוצה מחייבת זאת, היא פעולה שאינה עומדת בחובת המסירות והנאמנות של מי שמבקש לשמש כפה לקבוצה. הימנעות כזו היא פסולה, אם כך, לא רק בשל היותה התנהלות בלתי הוגנת וראויה אל מול המשיב (והשוו סעיפים 1(4) ו-8(א)(2) [לחוק תובענות ייצוגיות](#), המורים כי יש לאפשר שימוש בהליך התובענה הייצוגית רק כאשר אין בנמצא דרכים יעילות יותר לפתרון הסכסוך), אלא גם בשל היותה הפרה של חובת האמון לקבוצה (השוו סעיף 17 לחוק תובענות ייצוגיות).

28. המסקנה המתבקשת היא שבמקרה בו עסקינן, כאשר אינטרס הקבוצה נוגע בעיקר להתנהגותו העתידית של המשיב, ופניה מוקדמת אינה מעוררת חשש כי היא תאפשר "נטרול ממוקד" של המתלונן, ראוי להטיל על אדם המבקש להגיש תובענה ייצוגית נטל לבצע פניה מוקדמת למשיב. נטל זה ניתן לבסס הן על הדרישה כי המבקש ינהל את ענייני הקבוצה בדרך הולמת ובצורה הוגנת (ראו סעיפים 1(4), 8(א)(3) ו-8(א)(4) [לחוק תובענות ייצוגיות](#)), והן על המגמה לייחד את מכשיר התובענות הייצוגיות לאותם מצבים בהם לא ניתן להביא לפתרון הסכסוך בדרכים יעילות יותר (השוו סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות). וכי ממה נפשך – אם פניה מוקדמת שכזו תיענה בחיוב, ותביא להפסקת ההתנהגות הבלתי חוקית, הרי שהיא תתברר הן כדרך היעילה והמהירה לפתרון הסכסוך והן כאמצעי המשרת בצורה המיטבית את טובת הקבוצה; אם, לעומת זאת, תדחה הפניה, הרי שהמבקש יוכל בלב שקט, ובידיים נקיות, לפנות לנתיב התובענה הייצוגית, ולא ניתן יהיה לטעון נגדו כי עשה בו שימוש נמהר ושלא לצורך.

29. מהי התוצאה של הימנעות מביצוע פניה מוקדמת, באותן נסיבות בהן ראוי להטיל נטל לבצע פניה שכזו? גם על כך אינני סבור שניתן לתת תשובה אחידה. יש ואי ביצוע פניה מוקדמת ישפיע על השיקולים האם להיענות לבקשה להכרה בתובענה כייצוגית, ואולי אף יצדיק החלפת המבקש/התובע המייצג ו/או בא הכוח המייצג; יש והימנעות זו תשפיע על הסעד שיינתן כלפי הנתבע ויש שהיא תובא בחשבון בעת פסיקת הגמול והשכר הראוי לתובע המייצג ולבא הכוח המייצג. כל מקרה ונסיבותיו. במסגרת שיקול הדעת השיפוטי, ראוי להניח כי רק במקרים קיצוניים תצדיק הימנעות מביצוע פניה מוקדמת, כשלעצמה, דחייה של בקשה להכרה בתובענה כייצוגית (והשוו פסקה 23 לעיל). ואולם, סבורני כי המקרה שלפני הוא אחד מאותם מקרים יוצאי דופן. כמובהר לעיל, אין עסקינן במקרה בו העדר פניה מוקדמת היא תוצאה של שכחה, היסח דעת או כשל נקודתי. עניין לנו במדיניות מכוונת של המבקשים, אשר שמו לעצמם מטרה להקים "פס ייצור" של תובענות ייצוגיות

כנגד נתבעים רבים. לצורך הגשמת תוכניתם הצטרפו המבקשים באופן ייזום לכל אחד מאתרי הקופונים המובילים בישראל, ומשאספו די ראיות לבסס את תביעתם, מיהרו להגיש את 17 הבקשות, מבלי לעשות כל ניסיון להקדים פניה לתביעה ולו באחת מהן. דפוס פעולתם החוזר של המבקשים מעיד עליהם כי ההימנעות השיטתית מלהקדים פניה לתביעה היא חלק משיטת פעולה, אשר תכליתה לשלול מהנתבעים הפוטנציאליים את האפשרות לתקן את דרכיהם, ולמנוע מהם לחמוק מרשת ההליכים המשפטיים שפרשו המבקשים. מבקש ובא כוח מייצג הפועל בשיטה זו נוהג בחוסר הגינות ובחוסר תום לב כלפי הנתבע הפוטנציאלי, ובצורה שאינה הולמת ואינה רצויה לטובת הקבוצה אותה הוא מבקש לייצג. לפיכך אין זה ראוי לתת גושפנקא לבקשתו, וראוי לדחותה על הסף.

30. משני הטעמים שצוינו לעיל, כל אחד לחוד, ובוודאי כשהם מצטברים, דינה של הבקשה המאוחדת להיות מסולקת על הסף. בקובעי זו נתתי את דעתי להלכות הידועות לפיהן סילוק על הסף של תובענה ייצוגית הוא סעד נדיר ויוצא דופן. מהטעמים שהובהרו לעיל, סבורני שהמקרה שלפני הוא דוגמה מובהקת לאותם מקרים יוצאי דופן ונדירים בהם השימוש לרעה במכשיר התובענה הייצוגית הוא כה בולט ומובהק שראוי לסלק את התובענה עוד בשלביה המוקדמים. בעשותי כן, הנני שם לנגד עיני את אזהרתו הידועה של הנשיא אהרון ברק ברע"א 4556/94 טצת נ' אברהם זילברשץ, פ"ד מט (5) 774, 785 (1996):

"בתובענה הייצוגית טמונות מספר סכנות. שימוש לא נכון בה עלול לפגוע הן ביחיד הקבוצה המיוצגים והן בנתבעים ובמשק כולו. אכן, התובענה הייצוגית היא רבת עוצמה. ... יש להיזהר בתובענות ייצוגיות המוגשות ממניעים פסולים, כגון סחיטה, תחרות, השתלטות עוינת או קנטרנות. התביעה הייצוגית - אף אם אין בה כל ממש - עלולה לדחוק נתבעים להתפשר עם תובעים, ובלבד שלא יצטרכו לשאת בעלויות הרבות הכרוכות בהגנה מפניה. ... תובענות ייצוגיות המוגשות ממניעים פסולים מזיקות אף למשק בכללותו. כרוך בהן בזבוז משאבים. הן גוררות לעתים גידול בפרמיות הביטוח של תאגידים ושל נושאי משרה בהם".

שתי הערות לגופה של עילת התביעה

31. לאור סילוק התביעה על הסף אמנע מלהביע עמדה במרבית השאלות שמעוררת התובענה המאוחדת. יחד עם זאת, מתוך כבוד לטיעונים המעמיקים שהעלו באי כוח המשיבים השונים, ועל מנת לאפשר למשיבים לבחון באופן מושכל את דרך התנהלותם בעתיד, אתייחס בקצרה לשני נושאים מרכזיים ששבו ועלו בתשובותיהם: האם דרישת [חוק התקשורת](#) להוספת המילה "פרסומת" בכותרת ההודעה חלה על הודעות דואר אלקטרוני (להלן: "דוא"ל") הנשלחות מטעם אתרי קופונים לפי בקשת הנמען; והטענה כי ההפרה בענייננו, ככל שהיא קיימת, היא בגדר "זוטי הדברים" ("*de minimis*").

האם יש להוסיף את המונח "פרסומת" בכותרת דוא"ל הנשלח מטעם אתר קופונים?

32. סעיף 30א.ה(1)א) לחוק התקשורת קובע את הדרישה כי בדבר פרסומת המשוגר באמצעות דוא"ל (כמו גם באמצעות כל הודעה אלקטרונית אחרת) תצוין המילה "פרסומת" בכותרת ההודעה. וזו לשון הסעיף:

30א.ה(1) מפרסם המשגר דבר פרסומת בהתאם להוראות סעיף זה יציין בו את הפרטים האלה באופן בולט וברור, שאין בו כדי להטעות:

(א) היותו דבר פרסומת; המילה "פרסומת" תופיע בתחילת דבר הפרסומת, ואם דבר הפרסומת משוגר באמצעות הודעה אלקטרונית – בכותרת ההודעה".

33. תכליתה של הוראה זו ברורה וגלויה – מטרת המחוקק הייתה לאפשר סיווג מהיר ופשוט של דברי פרסומת, בין אם באמצעות סריקה מהירה בעין הנמען ובין אם באמצעות כלי סינון טכנולוגיים פשוטים. בדרך זו ביקש המחוקק למזער את הפגיעה הכרוכה במסרים פרסומיים הנשלחים בהתאם להוראות החוק, אולם לנמען אין עניין בהם. ודוק, העובדה שדבר פרסומת נשלח כדין, ובכלל זה שנשלח בהתאם להסכמה שנתן הלקוח, אין בה כדי לאיין את הדרישה לאפיון דבר פרסומת במילה "פרסומת". עניין זה בולט הן מנוסחה של הוראת סעיף 30א.ה(1) לחוק התקשורת, והן מתכלית החוק, שהרי לנמען עניין בסינון מהיר של פרסומות גם כשהן נשלחות ממקור שהוא מעוניין, ככלל, לקבל דברי פרסום מטעמו. כך, למשל, ללקוחה של בנק פלוני ול"נוסע מתמיד" בחברת תעופה אלמונית עשוי להיות עניין לאפשר לבנק או לחברת התעופה לשלוח אליהם, מעת לעת, דברי פרסום (לדוגמה הצעות למתן אשראי בתנאים נוחים או הודעות על מבצעי מכירות). ואולם, גם אם הסכימו לקבל דברי פרסום מהבנק או מחברת התעופה אין משמעות הדבר כי אין להם אינטרס לדעת באופן מיידי שהמדובר בדבר פרסום, ולא במסר מסוג אחר (כגון הודעות אישיות, דפי חשבון או כרטיסי טיסה אלקטרוניים).

34. ודוק, המחוקק מבהיר כי בהודעה אלקטרונית על המנוח "פרסומת" להופיע כבר בכותרת, ואין הוא מסתפק בכך שתופיע בתחילת דבר הפרסומת. מכאן שעל המילה "פרסומת" להופיע כחלק מ"נושא" הדוא"ל, ואין די בכך שתופיע בגוף ההודעה. דרישה זו תואמת את תכליתה של הוראת החוק, שכן כאשר המילה "פרסומת" מופיעה ב"נושא" יכול נמען הדוא"ל לממש את אפשרות הסינון באופן מהיר ויעיל מבלי לעיין בהודעה גופה.

35. למקרא הוראת סעיף 30א.ה(1)א) לחוק התקשורת, ובשים לב לתכליתה, ולהגדרות הרחבות שניתנו בחוק התקשורת למונחים "מפרסם" ו"דבר פרסומת" על מנת להגשים תכלית זו, קשה שלא להסכים לטענת המבקשים כי אתרים המשווקים קופונים נושאים בחובה לציין את המילה "פרסומת" בכותרת ההודעה שהם שולחים ללקוחותיהם. הודעות הנשלחות מטעם אתרים המשווקים קופונים הן ללא ספק "מסר המופץ באופן מסחרי, שמטרתו לעודד רכישת מוצר או שירות או לעודד הוצאת כספים בדרך אחרת", כהגדרת המונח "דבר פרסומת" בסעיף 30א.ה(1)א) לחוק התקשורת. אכן, מסר זה נשלח לבקשת הלקוח, אולם כמובהר לעיל, הסכמה של הנמען לקבלת דבר פרסומת (ודין בקשה כללית כהסכמה) אינה פוטרת מהחובה לציין בכותרת הדוא"ל את המילה "פרסומת". זאת ועוד, אתר המשווק קופונים באמצעות הודעות מייל שהוא שולח ללקוחותיו הוא בוודאי "מפרסם" כהגדרת מונח זה בסעיף 30א.ה(1)א) לחוק התקשורת ("מי ששמו או מענו מופיעים

בדבר הפרסומת כמען להתקשרות לשם רכישתו של נושא דבר הפרסומת, מי שתוכנו של דבר הפרסומת עשוי לפרסם את עסקיו או לקדם את מטרותיו, או מי שמשווק את נושא דבר הפרסומת בעבור אחר. ...".

36. בהקשר זה יוער כי חלק מאתרי הקופונים המשיבים הם אתרים המרכזים הצעות קופונים המופיעים באתרים אחרים, ומביאים אותם לידיעת הנמענים. ביחס לאתרים אלו יכולה להטען הטענה כי הם אינם בגדר "מפרסם", וזאת אם יוכחו כי לא ניתן לרכוש את הקופונים באמצעותם, וכי אין הם מקבלים כל טובת הנאה, לא מהאתר המשווק את הקופונים ולא מבית העסק שמנפיק את הקופון, בגין מכירת קופונים לנמעני האתר.

37. טענתם המרכזית של אתרי הקופונים בדיון לפני הייתה כי הם נותנים שירות ללקוחות המעוניינים לקבל שירות זה, ועל כן אין לראות בהודעות שהם שולחים משום "דבר פרסומת". אני מתקשה לראות כיצד ההבחנה המוצעת מתיישבת עם הוראות [חוק התקשורת](#) ותכליותיו. בין המונחים "פרסום" ו"שירות" אין כל סתירה. נהפוך הוא, "פרסום" הוא במקרים רבים סוג חשוב של "שירות" מבחינת ציבור הלקוחות. באמצעות שירות ה"פרסום" מתודעים הלקוחות למוצרים ולשירותים העשויים לעניין אותם, וממילא עשוי להיות ללקוחות עניין בקבלת דברי פרסומת על מוצרים ושירותים שהם עשויים לרכוש. הקושי עימו ביקש החוק להתמודד איננו, לפיכך, ההבחנה בין "פרסום" שהוא בבחינת "שירות" ללקוח, לבין "פרסום" שאינו בבחינת "שירות" ללקוח. הנחת המחוקק הייתה שלנמעני הודעות אלקטרוניות יש עניין לאתר באופן פשוט ומהיר מסרים שמטרתם "לעודד רכישת מוצר או שירות או לעודד הוצאת כספים בדרך אחרת", וזאת מאחר שהטיפול בהם על ידי הנמען עשוי להיות שונה מזה שניתן להודעות אלקטרוניות אחרות. מטעם זה, כמובהר לעיל, חייב מפרסם דבר פרסומת לכלול את המילה "פרסומת" בכותרת ההודעה. בעשותו כן לא התיימר המחוקק לקבוע כי משלוח "דבר פרסומת" לעולם אינו רצוי ללקוח, או כי אינו בגדר "שירות" מבחינתו. כל שביקש לקבוע הוא שמשלוח "דבר פרסומת", בין אם היא בגדר "שירות" בעיני הלקוח ובין אם לאו, חייבת סימון באמצעות תווית מתאימה – המילה "פרסומת". המסקנה המתבקשת היא שגם אם נקבל כי אתרי הקופונים מספקים "שירות" רצוי ללקוח (וכשלעצמי אני מתקשה לראות כיצד ניתן לחלוק על טענה זו), עדיין אין בכך כדי להצדיק פטירת הודעות מטעם המהוות "דבר פרסומת" מהחובה לכלול בכותרתן את המילה "פרסומת".

38. להשלמת התמונה אוסיף כי אינני סבור שיש לראות בהוראת סעיף 30א.ה(1)(א) [לחוק התקשורת](#) הסדר קוגנטי, המונע מהנמען מלוותר על סימון "דבר פרסומת" כזה או אחר שישלח אליו בעתיד במילה "פרסומת", ובלבד שוויתור זה יהיה מודע ואקטיבי (למשל, באמצעות הוספת סימון ע"י הנמען בתיבה מתאימה בעת הגשת הבקשה להצטרף לאתר הקופונים). בסופו של יום, תכלית הסימון של "דבר פרסום" במילה "פרסומת" בכותרת הדוא"ל היא לאפשר ללקוח לבצע מיון מהיר של דוא"ל באופן המשרת את מטרותיו. ככל שנמען פלוני בחר מרצונו לוותר על כך ש"דברי פרסומת" הנשלחים אליו מאתר מסוים יסומנו בתווית "פרסומת", קשה לראות טעם של ממש לכפות עליו סימון שכזה.

האם ההפרה בענייננו עונה להגדרה של "זוטי דברים" (*de minimis*)

39. טענה שחזרה ועלתה בטיעוני המשיבים היא שתלונת המבקשים נופלת לגדר "זוטי דברים" או "דבר של מה בכך", ועל כן ראוי לדחותה בהתאם לכלל הידוע לפיו "החוק אינו עוסק בזוטות" ("*de minimis non curat praetor*"). לכלל זה אומנם יש ביטוי מפורש רק בסעיף 4 [לפקודת הנוזיקין](#) [נוסח חדש] שכותרתו "מעשה של מה בכך" ("לא יראו כעוולה מעשה, שאילו היה חוזר ונשנה לא היה בו כדי ליצור תביעה לזכות נוגדת, ואדם בר-דעת ומזג כרגיל לא היה בא בנסיבות הנתונות בתלונה על כך"), ואולם נראה כי הוא מהווה עקרון כללי במשפט הישראלי, ולו מכוח החובה להשתמש בזכויות משפטיות בתום לב (סעיף 39 [לחוק החוזים \(חלק כללי\)](#)), תש"לג – 1973, החל על כל פעולה משפטית מכוח סעיף 61(ב) (לחוק). כן השוו סעיף 4 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א – 2011 הקובע עקרון כללי בדין האזרחי לפיו "לא תוגש תובענה בשל מעשה קל ערך שאדם סביר לא היה מלין עליו" (וראו גם דברי ההסבר המציינים כי הכוונה להבהיר שמדובר בחסינות דיונית, ולא מהותית, שתכליתה "למנוע התדיינות על נושאים פעוטים וקלי ערך שיש בהם כדי להכביד על בתי המשפט ואין להם תועלת לציבור").

40. יישומה של דוקטרינת "זוטי הדברים" בהקשר של דיני התובענות הייצוגיות מעוררת על פני הדברים קושי לא מבוטל. ביסודו של קושי זה עומד הניגוד הלכאורי שבין הדוקטרינה לבין אחת התכליות המרכזיות של מכשיר התובענות הייצוגיות, יצירת מנגנון "[ה]מרתיע מזיקים פוטנציאליים מפני הפרת הוראות החוק, גם כאשר מדובר בהפרות חוק קטנות" (פסקה שניה למבוא להצעת [חוק תובענות ייצוגיות](#), התשס"ה – 2005). על קושי זה עמד השופט אליהו מצא בדנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, [חברה ישראלית לתקשורת](#), פ"ד נו(6) 385, 447 (2003) בציינו כי הפעלת סעיף 4 [לפקודת הנוזיקין](#), כפשוטו, בהקשר של דיני התובענות הייצוגיות "יאיין את תפקידה העיקרי של התובענה הייצוגית הצרכנית, שעיקר חשיבותה טמונה דווקא במקרים, שבהם כל אחת מהתביעות האישיות, כשלעצמה, נמנית עם "זוטי דברים", אשר לגביהם "אדם בר-דעת ומזג כרגיל לא היה בא בנסיבות הנתונות בתלונה".

41. השאלה כיצד יש ליישם את דוקטרינת "זוטי הדברים" בספירה של דיני התובענות ייצוגיות נידונה מספר פעמים בפסיקה, אך טרם התגבשה לגביה הלכה. ראו [ת"א \(מחוזי ת"א\) 1372/95 יורשי המנוח תופיק ראבי ז"ל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ](#) (השופט עמירם בנימיני, ניתן ב- 7.10.2008); ת"צ (מרכז) 10-04-34556-04 גלזר נ' פלאפון תקשורת בע"מ (השופט אסתר שטמר, ניתן ב- 13.9.2011).

42. כשלעצמי, נוטה אני לדעה כי הסתירה שבין דוקטרינת "זוטי הדברים" למכשיר התובענה הייצוגית היא לכאורית בלבד. על מנת להבהיר עמדה זו אבקש להעמיק מעט בדוקטרינת "זוטי הדברים" – תנאיה ותכליתה.

43. עניינה של דוקטרינת "זוטי הדברים" באותם מצבים בהם הפרת החוק היא זניחה ("מעשה קל ערך" בלשון הצעת חוק דיני ממונות), ונוגעת לעניין שאדם מן היישוב ("אדם בר-דעת ומזג כרגיל" בלשון [פקודת הנוזיקין](#)), ו"אדם סביר" בלשון הצעת חוק דיני ממונות) לא היה רואה בו עילה לתלונה ("לא היה בא בנסיבות הנתונות בתלונה על כך" בלשון פקודת

הנזיקין או "לא היה מלין עליו" בלשון הצעת חוק דיני ממונות). כלומר, הדוקטרינה מציבה שני תנאים מצטברים המוסבים להפרה בה עסקינן: התנאי הראשון הוא שידובר בהפרה קלת ערך מנקודת המבט חברתית, והתנאי השני הוא שזו הפרה שאדם סביר לא היה מתלונן עליה. תכליתם של שני התנאים היא למנוע התדיינות משפטית ביחס לאותן הפרות פעוטות שאין תועלת חברתית, לא מבחינת כלל החברה ולא מבחינת תפיסת הנפגע הסביר, להביאן לברור משפטי.

44. תובענה ייצוגית צרכנית מייצגת, לעיתים קרובות, מצבים בהם, הן מבחינה חברתית, והן מבחינת הנפגע הסביר, יש תועלת בבירור משפטי. טלו, למשל, מצב בו בנק מסוים גובה מלקוחותיו, באופן שיטתי, אגורה אחת שאיננו זכאי לגבות מהם. להבנתי, גביה שכזו אינה מהווה "זוטי הדברים", שכן לא מתקיימים לגביה לא התנאי הראשון ולא התנאי השני לתחולת הדוקטרינה. התנאי הראשון לא מתקיים שכן מעשה שכזה, מבחינה חברתית, הוא בעל משקל, ואינו "קל ערך" (הבנק "גוזל" באופן שיטתי מכספי הלקוחות, וזאת בניגוד להוראות הדין); התנאי השני לא מתקיים משום שאדם סביר היה רואה בהתנהלות זו עילה לתלונה, גם אם היה נמנע משיקולים פרקטיים מהגשתה (סכום הפגיעה נמוך מכדי לכסות את עלויות התביעה). לפנינו אם כך מצב בו הן מבחינת החברה והן מבחינת הנפגע הסביר מדובר בסוגיה המצריכה ליבון משפטי, ומכשיר התובענה הייצוגיות נועד על מנת לאפשר בירור זה.

45. לעומת זאת, יתכנו מצבים בהם עילה משפטית לכאורית אינה מצדיקה בירור משפטי. כך, למשל, נניח כי מתברר שבשל תקלה במחשבי הבנק, הועברה אגורה אחת מקבוצה אחת של לקוחות לקבוצה אחרת של לקוחות. עוד נניח כי העברה זו בוצעה באופן מקרי וחד פעמי, וכי לתיקונה עלות משמעותית. במצב דברים זה יש להניח כי הן מבחינה חברתית, והן מבחינת הנפגע הסביר, אין טעם של ממש בבירור התובענה. התנהלות הבנק איננה מהווה הפרה שיטתית של הוראות החוק (עסקינן כאמור בתקלה), ואדם מן היישוב לא היה טורח לפעול נגד אירוע שממנו יכול היה להרוויח או להפסיד אגורה בהסתברות שווה (וזאת גם אם בדיעבד התברר כי הפסיד אגורה).

46. ולבסוף, ראוי לשים לב לכך שיתכנו תובענות ייצוגיות בהם מבחינה חברתית אין הצדקה לבירור עניין נתון, אך מבחינת הנפגע הסביר יש הצדקה לבירורה, ולהיפך. טלו, למשל, את המצב בו תקלת המחשב של הבנק שתוארה בסעיף 45 לעיל היא אומנם מקרית, אולם השפעתה על הלקוח הבודד היא משמעותית (נניח שהמדובר בהעברה של מאות שקלים בין שתי קבוצות הלקוחות). במצב דברים זה ניתן לטעון שמבחינה חברתית, וכל עוד המדובר בטעות שלתיקונה עלות משמעותית, אין טעם בהתדיינות משפטית. לעומת זאת, ברור שמבחינת הנפגע הסביר אין זהו עניין שלא היה מלין עליו. המסקנה המתבקשת היא שהאירוע האמור אינו בגדר "זוטי הדברים", מאחר שאינו עומד בתנאי השני לתחולת הדוקטרינה, וזאת גם אם נניח (ואינני מביע עמדה בסוגיה זו) כי אין אינטרס חברתי בברור תובענה מסוג זה (ודוק, בנסיבות המתוארות, וככל שאכן אין אינטרס חברתי בבירור התובענה, יכולה להישמע טענה כי אין מקום לאשר הגשת תובענה ייצוגית, וזאת גם אם המקרה אינו בגדר "זוטי הדברים". דיון בטענה מסוג זה חורג ממסגרת ההליך שלפני).

47. המקרה שלפני, משלוח הודעת דואר שהיא בגדר "דבר פרסומת" ללא ציון המילה "פרסומת" בכותרת, משתייך לקבוצת המצבים בהם קיים אינטרס חברתי בבירור המחלוקת, וזאת גם אם נניח (ועניין זה אבקש להותיר בצריך עיון) כי האדם הסביר לא היה טורח להלין עליו (בין אם בכלל, ובין אם בהקשר של הודעות שנשלחו על ידי אתר קופונים שהוא נרשם אליו מרצונו). הטעם לכך הוא שמדובר בהתנהגות המהווה, בהנחה שטענות המבקשים נכונות, הפרה שיטתית ונמשכת של הוראות [חוק התקשורת](#). במצב דברים זה, אף אם אניח שמבחינת הנפגע הסביר המדובר בהפרה זניחה, לא ניתן לומר שמבחינה חברתית אין הצדקה לבירורה, לפחות כל עוד ההפרה נמשכת. תמיכה לכך שיש עניין חברתי בבירור של הפרות אלו ניתן למצוא בהוראות [חוק התקשורת](#) עצמן, אשר מספקות כלים פליליים ואזרחיים לאכיפת החובה לציין כי המדובר ב"פרסומת" (ראו סעיף 30א.ו(2) [לחוק התקשורת](#) הקובע קנס פלילי בגין הפרת הוראות סעיף 30א.ה) לחוק, וסעיף 30א.י) [לחוק התקשורת](#) הקובע קנס אזרחי – פיצויים לדוגמה של עד 1,000 ₪ - בגין הפרה ביודעין). זאת ועוד, המחוקק הבהיר כי בגין הפרת הוראות [חוק התקשורת](#) בעניין "דואר זבל", ובכלל זה הוראת סעיף 30א.ה), ניתן להגיש תובענה ייצוגית (ראו הפריט ה- 12 לתוספת השנייה [לחוק תובענות ייצוגיות](#)), וגם בכך הביע דעתו כי אין להתייחס להפרות אלו כעניין "קל ערך" מבחינה חברתית.

48. לאור האמור, אינני סבור שניתן לקבל טענה שהפרה מודעת ושיטתית של הוראות [חוק התקשורת](#) לעניין משלוח "דואר זבל" היא בגדר "זוטי הדברים" – לא במקרה הכללי, ולא במקרים שלפני.

סוף דבר

49. מהטעמים שפורטו בסעיפים 17 – 30 לעיל, התובענה המאוחדת (שבאה במקומן של 17 התובענות) מסולקת בזאת על הסף, והתביעות האישיות של המבקשים ידחו.

50. בשים לב לדרגת החומרה הנמוכה יחסית של ההפרה הנטענת, ולכך שראוי לתת למשיבים, שכאמור לא קיבלו התראה קודם להגשת ההליכים, הזדמנות לשנות את דרך פעולתם, לא ראיתי מקום לנסות ולאתר מבקשים ובא כוח מייצג חילופיים. יובהר עם זאת כי סילוק התובענה על הסף לא ימנע ממבקשים עתידיים אחרים מלהגיש בקשה בנושא בו עסקו 17 הבקשות והבקשה המאוחדת, וזאת ככל שהמשיבים לא יפיקו לקחים, ויתאימו את פעולתם להוראות [חוק התקשורת](#).

51. בנסיבות העניין, ולאור התנהלותם הפסולה של המבקשים, אינני סבור כי ניתן לסלק את הבקשה המאוחדת שלפני ללא צו להוצאות. כל אחד מהמשיבים הוציא הוצאות ניכרות על הכנת הגנתו והוצאות אלו יכלו להיחסך, בחלקן הגדול, לו היו המבקשים מתנהלים באופן ראוי. לפיכך הריני להורות כי כל אחד מהמבקשים ישא בהוצאות כלפי המשיבים בבקשות שהוגשו על ידו, וזאת בסכומים המפורטים להלן:

א. כלפי כל משיב שהגיש תשובה לבקשה להכרה בתובענה כייצוגית ו/או בקשה למחיקה על הסף – הוצאות בסכום כולל של 5,000 ₪ לכל משיב.

ב. כלפי כל משיב שבא כוח מטעמו התייצב לדיון ביום 13.5.2012 – הוצאות בסכום כולל של 2,000 ₪ לכל משיב.

ג. למען הסר ספק מובהר כי הסכומים בסעיפים א' ו-ב' לעיל הינם מצטברים.

ד. למרות האמור לעיל, ככל שהוגשה תשובה משותפת ו/או בקשה משותפת מטעם מספר משיבים, ו/או ככל שהייתה התייצבות לדיון על ידי עורך דין המייצג מספר משיבים, יעמוד סכום ההוצאות שישולם לכלל המשיבים שיוצגו במשותף על ידי אותו בא כוח על 7,500 ₪ בגין הכנת כתבי בי-דין ועל 2,500 ₪ בגין התייצבות לדיון.

.52

.53 פרופ' עופר גרוסקופף 54678313

54. המזכירות תעביר עותק של פסק דין זה למנהל בתי המשפט על מנת שיעדכן את פנקס התובעות הייצוגיות. כן תעביר המזכירות עותק של פסק דין זה לכבי' השופטת שושנה אלמגור, בפניה מתבררת [ת"צ 3923-11-11 מירסקי נ' ידיעות אחרונות](#), בבית המשפט המחוזי בתל אביב.

ניתן היום, ג' תשרי תשע"ג, 19 ספטמבר 2012, בהעדר הצדדים.

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)