



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7308/19

לפני :

כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערערת :

רמה טמיר

נ ג ד

המשיבים :

1. בנק הפועלים בע"מ
2. בנק לאומי לישראל בע"מ
3. בנק דיסקונט לישראל בע"מ
4. בנק מזרחי טפחות בע"מ
5. הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו מיום 26.9.2019 בת"צ 26151-02-16 שניתן על ידי סגנית הנשיא, כב' השופטת צילה צפת

תאריך הישיבה :

כ"ב בסיון התשפ"א (2.6.2021)

בשם המערערת :

עו"ד אברהם רוקח ; עו"ד רענן בשן ; עו"ד עידן יעיש

בשם המשיב 1 :

עו"ד יואב הירש ; עו"ד טליה שיין קלמנזון

בשם המשיבים 2-5 :

עו"ד ליאת עיני-נצר ; עו"ד יונתן גלבך

פסק-דין

השופט ע' גרוסקופף:

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (סגנית הנשיא, כב' השופטת צילה צפת) מיום 26.9.2019 בת"צ 26151-02-16, בגדרו נדחתה בקשה לאישור תובענה כייצוגית שעניינה בטענה כי המשיבים, הבנקים המרכזיים בישראל, מפלים בין סטודנטים על בסיס גיל במתן שירותיהם, וזאת באמצעות קביעת

מגבלת גיל להצטרפות ל"חשבון סטודנט" במסגרתו ניתנות הטבות ייעודיות לסטודנטים.

רקע והשתלשלות העניינים

1. המשיבים 1 עד 5 – בנק הפועלים בע"מ, בנק לאומי לישראל בע"מ, בנק דיסקונט לישראל בע"מ, בנק מזרחי טפחות בע"מ והבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ (להלן: בנק הפועלים, בנק לאומי, בנק דיסקונט, בנק מזרחי טפחות ו-הבנק הבינלאומי, בהתאמה; להלן, יחדיו: חמשת הבנקים או הבנקים) – הם חמשת הבנקים הגדולים בישראל. כחלק מאסטרטגיית השיווק של הבנקים, הללו מעניקים שירותים ומוצרים בנקאיים במחירים שונים לקבוצות אוכלוסייה שונות, בהתאם למאפייניהן וצרכיהן. אסטרטגיה זו מבוססת על מודל כלכלי מוכר של "הפליית מחירים" (או בשמו האחר – שיטת "תמחור דינאמי"), אשר נועד לייעל ולשפר את התועלת שמפיקים הלקוחות ואת הרווחיות של הבנקים כאחד. מודל זה מאפשר להתאים את מחיר המוצרים והשירותים הבנקאיים למאפייני לקוחותיהם וצרכיהם השונים, ובכלל זה למידת רגישות הלקוחות השונים למחיר, ובתוך כך להציע כמות מוצרים ושירותים גדולה ומגוונת יותר, וכפועל יוצא להביא לכדי הקצאה יעילה יותר. שיטה זו מוצאת ביטוי במסלולים השונים אותם מציעים הבנקים לציבור, כגון מסלול לבני נוער, מסלול לחיילים וחיילות בשירות חובה ובני/ות שירות לאומי, מסלול לחיילים משוחררים, מסלול לסטודנטים, מסלול למתחתנים ומסלול לגמלאים. לצד מסלולים אלה, ישנם גם מסלולים המותאמים למקצועות מסוימים (כגון עורכי-דין, רופאים ועובדי הייטק) וכן מסלולים המיועדים לעובדים של גופים או ארגונים מסוימים (כגון משרתי קבע בצה"ל, עובדי מדינה וחברי ארגון המורים).

2. המערערת, גב' רמה טמיר (להלן: המערערת), היא ילידת שנת 1965, ואם חד-הורית לארבעה ילדים בגילאים 9 עד 22, נכון למועד בקשת האישור. בשנים 2015-2011 הייתה המערערת סטודנטית לתואר ראשון במשפטים, ובהמשך, נכון למועד בקשת האישור, סטודנטית לתואר שני – שניהם במרכז האקדמי פרס. עת התחילה את לימודי התואר הראשון, שמעה המערערת מחבריה לספסל הלימודים על האפשרות להצטרף ל"מסלול סטודנט" בבנק, במסגרתו יוענקו לה הטבות שונות. בעקבות זאת, פנתה המערערת לבנק הפועלים, שם היא מנהלת את חשבון הבנק שלה מזה שנים רבות, וביקשה להצטרף לתכנית "מועדון סטודנטים". המערערת סורבה תחת הנימוק כי הצטרפות לתכנית זו מוגבלת וכפופה לגילו של הסטודנט – דהיינו, כי ניתן

להצטרף לתכנית עד גיל 35 בלבד. המעוררת לא אמרה נואש ופנתה לארבעת הבנקים האחרים – אם באמצעות פנייה מקוונת באתרי האינטרנט של הבנקים, אם באמצעות פנייה טלפונית ואם באמצעות פנייה ישירה בסניף הבנק – אך גם פניות אלה נענו בשלילה מנימוק דומה, קרי כי המעוררת אינה זכאית להצטרף למסלול המיועד לסטודנטים בשל גילה. פניות חוזרות שנעשו לבנקים בשנים 2014 ו-2015, לאחר שנחקק חוק איסור הפליה מחמת גיל (תיקוני חקיקה), התשע"ד-2014 (להלן: תיקון מס' 3), ונוספה במסגרתו עילת ההפליה מחמת גיל – העלו חרס גם כן. אף על פי כן, יצוין כי המעוררת הצליחה לפתוח חשבון בנק במסלול המיועד לסטודנטים בבנק מרכזי דיסקונט בע"מ, שלגביו נטען כי אינו כפוף למגבלת גיל מסוימת.

3. על רקע מדיניות זו, הגישה המעוררת ביום 14.2.2016 תביעה ובקשה לאישורה כתובענה ייצוגית נגד חמשת הבנקים לפי פרט 3 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: החוק או חוק תובענות ייצוגיות): "תביעה נגד תאגיד בנקאי, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו", וכן לפי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק: "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו" (לעיל ולהלן: בקשת האישור).

4. עניינה של בקשת האישור בטענה כי הבנקים נוקטים במדיניות מפלה על בסיס גיל במתן שירותיהם לאוכלוסיית הסטודנטים, בכך שהם מבחינים בין שתי קבוצות: "סטודנטים צעירים" ו-"סטודנטים שאינם צעירים" (כאשר מגבלת הגיל שנקבעה על ידי הבנקים נעה בין גיל 32 לבין גיל 40, כל בנק וגיל הרף שלו). בעוד המשתתפים לקבוצה הראשונה זכאים לקבל את מלוא ההטבות וההנחות הניתנות במסגרת חשבון "סטודנט", חברי הקבוצה השנייה אינם יכולים להצטרף לחשבון זה ומכאן שאינם זכאים לאותן הטבות והנחות, וזאת אך ורק בשל גילם. על פי הנטען, מדיניות זו של הבנקים מקימה עילות תביעה לפי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה), חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981 (להלן: חוק הבנקאות), חוק החוזים האחרים, התשמ"ג-1982 (להלן: חוק החוזים האחרים) ופקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין).

5. הקבוצה שבשמה התבקש לנהל את התובענה הייצוגית הוגדרה כך (סעיף 147 לבקשת האישור): "כלל הסטודנטים שהופלו מחמת גילם בהשוואה לסטודנטים צעירים

יותר, ונמנע מהם לקבל מהמשיבים הטבות לסטודנטים בשבע השנים האחרונות, ולמצער החל מיום 15.7.2014".

6. בתשובתו, טען בנק הפועלים כי יש לדחות את בקשת האישור, בסוברו כי לגוף עסקי נתונה הרשות, במסגרת שיקול הדעת העסקי המסור לו, להעניק לפלח שוק מסוים הטבה או הנחה ביחס לעמלות הנגבות על ידו, על בסיס שיקולים עסקיים, ענייניים ולגיטימיים – וכי אין לראות בהחלטה כגון דא כמדיניות מפלה. ודוק, בשונה מאספקת השירות או המוצר הבנקאי, אין על הבנקים כל חובה להעניק הטבות ללקוחותיהם, וממילא גם לא חל עליהם כל איסור המונע מהם הענקת הטבות כאמור. למצער, נטען כי מדובר בהבחנה הנובעת משונות רלוונטית, לנוכח המאפיינים הכלכליים והאישיים של אוכלוסיות גיל שונות, ומכאן שהיא מותרת. כן הוטעם כי מדובר בפרקטיקה מקובלת בארץ ובעולם. בנק הפועלים אף הוסיף כי המערערת מתעלמת בטענותיה מקיומן של חלופות אחרות המוצעות על ידי הבנק – קרי, מסלולים נוספים הקיימים בבנק, אליהם היא יכולה להצטרף, ואשר גם במסגרתם ניתנות הטבות והנחות – וגם מטעם זה דין בקשת האישור להידחות.

ארבעת הבנקים הנותרים, אשר מיוצגים יחדיו על ידי אותם באי כוח (להלן יכוננו: ארבעת הבנקים), טענו בתשובתם כי יש לדחות את בקשת האישור על הסף, מן הטעם שאין בידי המערערת עילת תביעה נגד מי מהם, וזאת משום שהמערערת אינה לקוחה של אף אחד מהבנקים הללו. יתרה מכך, נטען כי המערערת לא פנתה אל ארבעת הבנקים בפנייה קונקרטית (אלא באמצעות באי כוחה ובאופן אנונימי), ואילו הייתה עושה כן, הבנקים היו מסייעים לה בבחירת התכנית המתאימה לה מתוך מגוון התכניות הקיימות בבנקים. לגופו של עניין, מעלים ארבעת הבנקים טענות דומות במהותן לאלו שהועלו על ידי בנק הפועלים, וגורסים גם כן כי יש לדחות את בקשת האישור, על כל עילותיה.

7. לתמיכה בטענותיהם, צירפו הבנקים חוות דעת של מר מוטי ויזל, מומחה בשיווק ויועץ אסטרטגי (להלן: חוות הדעת ו-המומחה ויזל, בהתאמה). במסגרת חוות הדעת פורט כי מסקר שנערך לקראת פתיחת שנת הלימודים בשנת 2016 נמצא כי כ-92% מאוכלוסיית הסטודנטים היו בטווח הגילאים שבין 18 ל-35, ואילו רק 8% היו בני 36 ומעלה, וכי רובם המכריע של הסטודנטים הם רווקים (כ-74%) וללא ילדים (כ-84%), ומחציתם מקבלים סיוע כלכלי מההורים (כ-48%). כן צוין כי אוכלוסיית הסטודנטים משתכרת בשכר חודשי הנמוך משכר המינימום ונושאת בהוצאות בשיעור

הנמוך במעט משיעור ההשתכרות הממוצע שלהם (לנתונים האמורים, ראו סעיף 63 לחוות הדעת). עוד הוצג בחוות הדעת כי על דרך הכלל, תקופת הלימודים האקדמאיים היא השלב האחרון שבו לקוחות נוטים לעבור מבנק אחד למשנהו (סעיפים 57-58 לחוות הדעת).

8. כן יצוין כי ביום 6.9.2017 הודיעו הצדדים כי הגיעו להסדר דיוני, לפיו הם מוותרים על חקירות נגדיות של העדים שתצהיריהם הוגשו בהליך, וזאת "מבלי להודות באיזו מהעובדות המפורטות בעדויות אשר הוגשו מטעם הצדדים ומבלי שיש בכך משום הסכמה לתוכן העדויות". הסדר דיוני זה אושר על ידי בית משפט קמא ביום 7.9.2017.

9. עוד יצוין, למען תצא התמונה שלמה, כי בחלוף כשנתיים וחצי מאז הוגשה בקשת האישור, הוגש, על ידי גב' זהבית אלאל, הליך ייצוגי נוסף אשר עוסק בטענות זהות לאלו המועלות בהליך דנן, ואשר מופנות כלפי שני בנקים נוספים – בנק אוצר החייל בע"מ ובנק אגוד לישראל בע"מ (ת"צ 44775-08-16. להלן: ההליך הנוסף). בהתאם להחלטת בית משפט קמא מיום 25.1.2017, הדיון בהליכים אוחד, אך בהמשך הגישו הצדדים בהליך הנוסף בקשות מוסכמות להסתלקות מבקשת האישור (ראו בקשות מהימים 14.11.2017 ו-27.11.2017), והללו אושרו על ידי בית משפט קמא בימים 21.11.2017 ו-30.11.2017, בהתאמה. כן יצוין כי ישנו הליך ייצוגי נוסף, שלישי במספר, שהוגש באותו עניין, על ידי מר ערן צור, נגד בנק יהב לעובדי המדינה בע"מ, אשר הסתיים אף הוא בהסתלקות מוסכמת (ראו החלטה מיום 10.8.2017 על ידי כב' השופט רחמים כהן במסגרת ת"צ 9332-09-16).

פסק דינו של בית משפט קמא

10. ביום 26.9.2019 ניתן פסק דינו של בית משפט קמא אשר דחה את בקשת האישור והורה על דחיית התובענה ביחס לכל אחת מעילות התביעה הנטענות בה, וזאת בהעדר אפשרות סבירה כי עילות התביעה יוכרעו לטובת הקבוצה.

11. תחילה דן בית משפט קמא בעילה של הפליה פסולה מחמת גיל בהתאם לסעיף 3 לחוק איסור הפליה. בית משפט קמא מצא כי המדיניות בה נוקטים הבנקים אינה עולה לכדי הפליה אסורה על פי חוק איסור הפליה, וזאת על בסיס ההבחנה בין הגבלת שירות, שהנה אסורה, לבין אי מתן הנחות והטבות, כבענייננו, שהנה מותרת. בתוך כך, הבהיר בית משפט קמא כי מסטודנטים שגילים עולה על קריטריון הגיל שקבעו הבנקים,

לא נמנע כל שירות, ובכלל זה האפשרות לפתוח חשבון בנק. אומנם אותם סטודנטים לא יהיו זכאים להנחות ולהטבות המיוחדות הניתנות במסלול המיועד לסטודנטים, ואולם מצויות בפניהם חלופות אחרות, ייתכן שאף טובות יותר, במסגרת מסלולים אחרים.

זאת ועוד, בית משפט קמא קיבל את טענתם החלופית של הבנקים לפיה מדובר בשונות רלוונטית בין קבוצות בעלות מאפיינים שונים. בית משפט קמא עמד על הסברם של הבנקים כי המסלולים המוצעים על ידם מותאמים לשלבים השונים בהם מצויים לקוחותיהם במהלך חייהם, ועל כן ההטבות וההנחות הניתנות במסגרתם מותאמות למאפיינים הכלכליים השונים בכל שלב. בהתאם, ועל בסיס נתונים סטטיסטיים שנאספו על ידי הבנקים, המסלול המוצע לסטודנטים מותאם ללקוחות המצויים בתחילת דרכם המקצועית, אשר אומנם רמת ההשתכרות שלהם נמוכה ופעילותם הבנקאית מצומצמת, אך קיימת ציפייה כי לאחר שירכשו השכלה ויכנסו לשוק העבודה, תעלה רמת ההשתכרות ויגדל היקף פעילותם – כאשר על פי האמור בחוות הדעת שהוגשה מטעם הבנקים מאפיינים אלה נכונים לקבוצת "הסטודנטים הצעירים", ואילו "הסטודנטים שאינם צעירים" בעלי מאפיינים אחרים, ועל כן מוחרגים הם מהמסלול המוצע. משכך, קבע בית משפט קמא, כי קביעת קריטריון גיל לצורך השתייכות למסלול המיועד לסטודנטים מבוססת על שיקולים עניינים ולגיטימיים, מצויה היא במתחם שיקול הדעת העסקי של הבנקים, ומכאן שהיא עומדת בדרישת חוק איסור הפליה, ובכלל זה עם הסייג הקבוע בסעיף 3(ד)(1) לחוק זה, לפיו "כאשר הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי" לא יראו בכך משום הפליה. כן נדחה ניסיון המערערת להישען על פסק הדין בעניין רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (16.11.2011) (להלן: עניין פרוז'אנסקי), הן משום שההליך דשם עסק בהפליה מחמת מגדר, ונעדרה ממנו כל התייחסות להפליה על בסיס גיל, והן משום שבאותו עניין הכיר בית משפט זה כי תיתכן הבחנה מותרת על רקע מאפיינים סטטיסטיים, כפי המצב בענייננו, וכי הבנקים הוכיחו כי ההבחנה שבבסיס מדיניותם עומדת בדרישות החוק.

12. כן נדחתה עילת התביעה מכוח חוק הבנקאות, שלפיה נטען כי הבנקים מתנים את מתן השירות הבנקאי בתנאים שאינם סבירים. נפסק, כי התניית מתן הנחות והטבות בגילו של הלקוח אינה עולה לכדי "סירוב למתן שירות" כהגדרתו בסעיף 2 לחוק הבנקאות, ואף לא לכדי "תנאי בלתי סביר" למתן שירות כאמור. זאת, שכן ההגבלה

המעוגנת בסעיף 2 לחוק הבנקאות נוגעת לעצם מתן השירות, אך לא להטבות ולהנחות הניתנות במסגרתו, כבענייננו.

13. עוד דחה בית משפט קמא את עילת התביעה מכוח חוק החוזים האחידים, בנמקו כי התנאי הטמון בקריטריון הגיל נוגע אך לתמורה הכספית בה יישאו הלקוחות עבור קבלת השירות הבנקאי. מכאן, שאין תחולה לדיני החוזים האחידים, וממילא לא מדובר ב"תנאי מקפח בחוזה אחיד". לבסוף, בהינתן שלא נמצא כי הבנקים הפרו את הוראות הדין, נדחתה מאליה הטענה להפרת חובה חקוקה מכוח סעיף 63 לפקודת הנויקין.

14. נוכח האמור, נקבע כי לא מתקיים התנאי הקבוע בסיפא סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, לפיו "[י]ש אפשרות סבירה ש[השאלות המהותיות והמשותפות לכלל חברי הקבוצה] יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה", ודי בכך כדי לדחות את התובענה, מבלי להידרש ליתר התנאים הדרושים לאישורה של התובענה כייצוגית. כמו כן, ולאור התוצאה האמורה, השית בית משפט קמא על המערערת הוצאות משפט ושכר טרחה לטובת הבנקים בסכום כולל של 35,000 ש"ח.

על פסק דין זה הוגש הערעור שלפנינו.

טענות המערערת

15. המערערת סבורה כי בפסק דינו של בית משפט קמא נפלו חמש שגיאות מהותיות המצדיקות את התערבותה של ערכאת הערעור ואישור התובענה כייצוגית. ראשית, נטען כי שגה בית משפט קמא כאשר פירש את הסייג הקבוע בסעיף 3(ד)(1) לחוק איסור הפליה בצורה מרחיבה ועל פי בחינה סובייקטיבית, באופן המקל את הכניסה לשעריו. כך, במקום שהעוסק המפלה יוכיח כי ההבחנה הננקטת על ידו מתחייבת מאופיו או ממהותו של המוצר או השירות – דרישה אשר נבחנת באופן אובייקטיבי – די בכך שיוכיח כי ההבחנה נשענת על שיקולים ענייניים ולגיטימיים על מנת להיכנס בגדרו של החריג האמור. פרשנות זו של בית משפט קמא, כך נטען, מנוגדת ללשון החוק ותכליתו, סותרת פסיקות קודמות בנושא, ומכשירה מגוון רחב יותר של פרקטיקות מפלות. בהתאם, נטען כי על פי הפרשנות הנכונה של הסייג האמור, אין לראות בשימוש הבנקים בקריטריון הגיל כהבחנה המתחייבת מאופיו של המוצר או השירות, שכן לכל היותר הבנקים טוענים למתאם סטטיסטי חלקי בין גילו של הסטודנט

לבין מצבו הכלכלי, אשר בית משפט זה אסר את השימוש בו בפסק הדין בעניין פרוז'אנסקי. עוד נטען בהקשר זה כי בית משפט קמא התבסס על הנחות עובדתיות שכלל לא נטענו על ידי הבנקים, ובכלל זה כי קיימות חלופות מקבילות וכי ההבחנה על פי קריטריון הגיל מבוססת על בדיקות סטטיסטיות שערכו הבנקים. בעניין אחרון זה, הדגישה המערערת כי הבנקים מעולם לא טענו כי התבססו על בדיקות סטטיסטיות בטרם התקבלה ההחלטה לנקוט בהבחנה האמורה, אלא מדובר בהצדקה שאומצה בדיעבד במטרה להכשיר את ההפליה הפסולה.

16. שנית, נטען כי חוק איסור הפליה אוסר על הפליה, הן באמצעות מניעת אספקת המוצר או השירות, והן באמצעות הגבלות הנוגעות לתנאי מתן השירות או המוצר (כגון איכות או רמת השירות ומחירו). בעוד בית משפט קמא דן באיסור מהסוג הראשון, נמנע הוא מלדון באיסור מהסוג השני. לפיכך, בהינתן שהבנקים מודים כי הם פועלים באופן מפלה על בסיס גיל במתן ההטבות וההנחות לאוכלוסיית הסטודנטים, באמצעות כך שהם מונעים מסטודנטים שגילם עולה על קריטריון הגיל שנקבע את האפשרות לפתוח "חשבון סטודנט" וליהנות מההטבות הניתנות במסגרתו – הרי שהוכח כי מדובר בהפליה אסורה הנוגעת לתנאי השירות ומחירו. לטענת המערערת, אם תתקבל הבחנת הבנקים בין "הטבה" ל"שירות", הדבר עלול להכשיר פרקטיקות פסולות שהחוק נועד לאסור. עוד טוענת המערערת כי אף קיומן של חלופות דומות או שוות ערך (ולא הוכח לשיטתה כי קיימות כאלה בענייננו) לא היה מכשיר את ההבחנה הפסולה והתחושות השליליות הנלוות לה. זאת, שכן עצם יצירת ההבחנה בין שתי קבוצות על בסיס תבחין אסור בחוק איסור הפליה היא פוגענית כשלעצמה, בין אם נמנע השירות או המוצר לחלוטין ובין אם הוצעו לו חלופות דומות.

17. שלישית, ובהמשך לאמור, המערערת סבורה כי שגה בית משפט קמא בדחותו את קיומה של עילת תביעה מכוח חוק הבנקאות. נטען, כי פרשנות בית משפט קמא את המונח "שירות" בסעיף 2 לחוק האמור, על בסיס ההבחנה בין עצם האפשרות לפתוח חשבון בנק לבין האפשרות לקבל את ההטבות הניתנות לסטודנטים, היא שגויה. לשיטת המערערת, האפשרות לפתוח חשבון סטודנט ולקבל את ההטבות הייחודיות הניתנות במסגרתו (או לקבל הטבות הניתנות לסטודנטים בחשבון קיים), הוא הוא ה"שירות" המבוקש, ומכאן שמניעת האפשרות לקבלת שירות זה מחמת גיל מהווה "סירוב בלתי סביר" למתן אותו שירות המנוגד לסעיף 2 לחוק האמור. כן נטען כי לא מתקיים החריג הקבוע בסעיף 2(ד) לחוק הבנקאות, משלא פנו הבנקים למאסדר כנדרש לצורך הפעלתו.

18. רביעית, נטען כי בפסק דינו, התעלם בית משפט קמא מהלכות קודמות שנקבעו על ידי בית משפט זה לעניין הפליה אסורה, וכן שגה הוא ביישום הקביעות שבפסק הדין בעניין פרוז'אנסקי. לטענת המערערת, על פי האמור בפסק הדין בעניין פרוז'אנסקי, לא ניתן לעשות שימוש במתאם חלקי בין גיל הסטודנט למצבו הכלכלי, כפי שניסו הבנקים לעשות (לרבות בחוות הדעת של המומחה ויזל). ממילא, לבנקים לא היה צורך בשימוש בקריטריון הגיל כדי ללמוד על מאפייניהם הפרטיים, ובכלל זה מצבם הכלכלי של הסטודנטים, משום שיש באפשרותם להשיג מידע אחרון זה בדרכים אחרות, פשוטות ומדויקות יותר. יתרה מכך, נטען כי הבנקים כלל לא הביאו נתונים קונקרטיים על אודות מאפייניהם של הסטודנטים "שאינם צעירים" בכדי שיבססו את טענתם לפיה קיימת שונות רלוונטית, וכי האמור בחוות הדעת של המומחה ויזל מבוסס על אמירות סטיגמטיות ודעות קדומות, שאין לקבלן. לכך יש להוסיף כי השונות בין הבנקים בנוגע לקריטריון הגיל מעידה אף היא על שרירותיות ההבחנה על בסיס גיל. לבסוף, מציינת המערערת כי המשיבים מודים כי קבוצת הסטודנטים "שאינם צעירים" מוערכת בכ- 8% בלבד, כך שלא מדובר בנטל כלכלי משמעותי על הבנקים, ועל כן בוודאי שלא קיימת הצדקה כלכלית או מוסרית, למנוע מקבוצה זו את ההטבות הניתנות לסטודנטים "הצעירים".

19. חמישית, המערערת מבהירה כי לשיטתה ניתן להבחין בין קבוצות אוכלוסייה מסוימות, ואולם אין לבצע הבחנה בין קבוצות אוכלוסייה על בסיס אחד מהתבחינים האסורים בחוק איסור הפליה. כך, נטען כי קידום מדיניות אשר מתעדפת את אוכלוסיית הסטודנטים על פני שאר האוכלוסייה מהווה הבחנה מותרת, אך מתן ההטבות לאוכלוסייה זו על בסיס קריטריון של גיל מהווה הבחנה שאיננה חוקית. המערערת מוסיפה כי לשיטתה ייתכנו תכניות ייעודיות המתבססות על גיל בלבד, וניתן יהיה לראות בהן כמותרות, אך הגדרת קריטריון גיל בתוך קבוצה מוגדרת שאינה תלויה גיל, כמו בענייננו, בעייתית יותר וסותרת את הרציונל שבבסיס חוק איסור הפליה למתן הזדמנות שווה. לטענתה, אם יותר פסק הדין על כנו, יהפוך תיקון מס' 3 לאות מתה ותתאיין כוונת המחוקק העומדת מאחוריו. כן מדגישה המערערת כי על אף השונות בעוצמת התחושות השליליות המלוות ביחס לכל אחד מהתבחינים האסורים בחוק איסור הפליה, אין בכך כדי לאיין את עצם קיומה של ההפליה הפסולה, אלא לכל היותר עשויה להיות לכך השפעה על גובה הנזק שייקבע. עוד טוענת המערערת כי בעוד הבנקים טענו כי ההבחנה על בסיס גיל מושתתת על מאפיינים כלכליים, התברר כי מהות ההבחנה האמורה היא לשרת צרכים שיווקיים – "גיוס" לקוחות צעירים מתוך תקווה כי הללו

יישארו לקוחות הבנק שנים רבות לאחר מכן – וככזו אין הצדקה לאפשר את השימוש בה.

20. לבסוף, ביקשה המערערת כי יבוטלו ההוצאות אשר הושטו עליה בפסק הדין.

טענות הבנקים

21. בנק הפועלים סומך ידיו על פסק דינו של בית משפט קמא, ונימוקיו, וגורס כי אין מקום להתערב בו. בנק הפועלים סבור כי בצדק קבע בית משפט קמא כי מדיניות הבנקים – שהנה פעילות שיווק שגרתית ומקובלת אשר נועדה להעניק הטבות לקהלי יעד שונים בהתאם לצרכיהם הייחודיים – איננה מפלה, ומצויה היא בפרוגטיבה שלהם. כן מדגיש הבנק כי פילוח אוכלוסייה הוא כלי נפוץ והכרחי, ועל כן קבלת טענת המערערת כי מדובר בהפליה אסורה תוביל לתוצאה אבסורדית ומשמעותה התערבות בוטה בשיקול הדעת העסקי של הבנק.

לאחר דברים אלה, מתייחס בנק הפועלים לטענות המערערת ודוחה אותן אחת לאחת. לשיטתו, הנימוק המרכזי העומד בבסיסו של פסק הדין נושא הערעור הוא כי משלא נמנע כל שירות או מוצר, אין כל הפליה. מכאן שפרשנות בית משפט קמא את סעיף 3(ד)(1) לחוק איסור הפליה היא בגדר נימוק נוסף בלבד, וממילא, לא נפל בה כל פגם. לטענת בנק הפועלים, המבחן המצוי בסעיף 3(ד)(1) לחוק האמור מתמקד בשאלה האם קיים שוני רלוונטי הנובע מאופיו של המוצר או השירות ואשר מצדיק (להבדיל מ-מחייב) הבחנה בין קבוצות. כך לפי מטרות החוק וכוונת המחוקק, וכך לפי ההלכה הפסוקה. כן הבהיר בנק הפועלים כי בניגוד לנטען על ידי המערערת, הוא טען לקיומן של חלופות מקבילות.

עוד טוען בנק הפועלים כי חוק איסור הפליה נועד למנוע מצבים שבהם עצם מתן השירות או אספקת המוצר נמנעים מהצרכן, לרבות באמצעות קביעת תנאים שאינם "ממין העניין". ואולם, מתן הטבות שיווקיות המיועדות לקהל יעד מסוים איננו אסור, וממילא אינו עולה לכדי הפליה. כך גם עולה, הלכה למעשה, מהדוגמאות המובאות על ידי המערערת אשר עוסקות במניעת שירות, ולא בשוני בתנאי השירות. כן שב ומבהיר בנק הפועלים כי אין חובה מצידו להעניק הטבות, ומכל מקום – לא מדובר במניעת שירות או אספקתו של מוצר, אלא בהוזלה של תשלומים עבור שירותים הניתנים לכלל הלקוחות, כך שבוודאי לא מדובר בהפליה אסורה. לכך מוסיף בנק

הפועלים כי האפשרות להעניק הטבות מעוגנת באישור שנתן המפקח על הבנקים לתעריפון הבנק, וכי תכנית ההטבות לסטודנטים מבוססת על תכליות ראויות: האחת, תכלית כלכלית-עסקית, שנועדה "לגייס" לקוחות צעירים בשלב משמעותי וקריטי בחייהם, תוך ציפייה כי הללו יישארו כלקוחות הבנק במשך שנים ארוכות, והבנק יפיק מהם תועלת כלכלית כאשר היקף פעילותם הכלכלית יגדל; והשנייה, תכלית חברתית, במטרה לסייע לאוכלוסייה הצעירה בתחילת דרכה.

בנק הפועלים דוחה גם את טענת המערערת לפיה בית משפט קמא התעלם מהפסיקה המנחה בעניין איסור הפליה. זאת, שכן, לטענתו הפסיקה עליה נשענת המערערת בטיעוניה, ובפרט פסק הדין בעניין פרוז'אנסקי, איננה רלוונטית לענייננו מחמת שניים: ראשית, היא עוסקת בהבחנות המבוססות על סטריאוטיפיים ודעות קדומות, ואילו במקרה דנן ההבחנה הטמונה במדיניות הבנקים אינה מגלמת בתוכה כל סטריאוטיפ שלילי כנגד מי מהקבוצות. שנית, בפסיקה הקודמת התבססה ההבחנה על הנחות ונתונים סטטיסטיים שאינם רלוונטיים, בעוד במקרה דנן חוות דעת המומחה הציגה נתונים סטטיסטיים המעידים, באופן ברור ולא חלקי כפי שהמערערת טוענת, כי קיימת שונות רלוונטית המצדיקה את ההבחנה בה נוקטים הבנקים. כן דוחה בנק הפועלים את הטענה כי בידי הבנק חלופות טובות יותר לצורך התאמת ההטבה לקהל היעד. הבנק גם דוחה את הטענה שיש להעניק את ההטבות לאוכלוסיית הסטודנטים הבוגרים משום משדובר בקבוצה קטנה יחסית, וזאת משום שהבנק כלל אינו מחויב להעניק את ההטבות הללו, וממילא קיימות תכניות הטבות אחרות המותאמות לפלחי אוכלוסייה אחרים, כך שמי שאינו נמנה עם קבוצת "הסטודנטים הצעירים" יכול ליהנות מהטבות המותאמות לשלב בחייו בו הוא מצוי. בנק הפועלים מוסיף ומדגיש כי תכניות ההטבות אינה מונעת שוויון הזדמנויות שכן לא נמנע מתן שירות מאיש, אין שימוש בדימוי שלילי כלפי איש ומכאן שאין כל קבוצה מופלית.

לבסוף, טוען בנק הפועלים כי בדין נדחתה עילת התביעה מכוח חוק הבנקאות. זאת, שכן, המונח "שירות" המופיע בחוק הבנקאות מתייחס לעצם מתן השירות (קרי, פתיחת החשבון), ולא למרכיבי השירות (כגון רמת השירות או מחירו). כך עולה מלשון החוק, מדברי ההסבר לו, מהרציונל העומד בבסיסו ומדברי מלומדים. לפיכך, אין לקבל את פרשנות המערערת אשר מרחיבה את המשמעות של המונח "שירות" ללא כל בסיס מוצדק. זאת ועוד, בנק הפועלים עומד על כך כי על מנת שתקום עילה מכוח סעיף 2 לחוק הבנקאות, נדרש כי סירובו של הבנק להעניק שירות יהא "בלתי סביר". ואולם,

לא כך הדבר, וזאת במיוחד בשים לב לכך שתכנית ההטבות מצויה בפני המפקח על הבנקים מבלי שהלה הביע כל התנגדות לה.

22. ארבעת הבנקים הנותרים סבורים גם הם כי יש לדחות את הערעור. בפתח הדברים עומדים ארבעת הבנקים על כך שבמסגרת המחקק והמפקח על הבנקים הטילו הגבלות על העמלות שהבנקים רשאים לגבות מלקוחותיהם, באמצעות תעריפונים הקובעים את רשימת השירותים שבגינם ניתן לחייב בעמלה וכללי החישוב והגבייה של עמלות אלה, לבנקים נותר שיקול דעת מוחלט ומלא בנוגע למתן הטבות ביחס לעמלות הנגבות על ידם. בתוך כך, עומדים ארבעת הבנקים על התכלית שביצירת תכניות הטבות שונות בכלל, וביצירת תכנית לסטודנטים בפרט. כמו בנק הפועלים, גם ארבעת הבנקים עומדים על התכלית שבסיס תכנית ההטבות לסטודנטים – גיוס אוכלוסיית הסטודנטים כאשר רמת השתכרותם נמוכה ופעילותם הבנקאית מצומצמת בהיקפה ופחות מורכבת, וזאת מתוך ציפייה כי הללו יישארו לקוחות הבנק גם לאחר שתגדל פעילותם הבנקאית. כן מבהירים ארבעת הבנקים כי תכנית ההטבות לסטודנטים אינה מבוססת על מצבם הכלכלי של הסטודנטים (אם אמידים או נזקקים הם; אם מצבם טוב או לא טוב), אלא על מאפיינים כלכליים מסוימים, כגון גובה ההכנסות וההוצאות והיקף הפעילות, המסייעים לזהות צרכים והעדפות, ובהתאם להציע הטבות רלוונטיות. עוד טוענים ארבעת הבנקים כי גיל הוא במקרים רבים תבחין יעיל, שכן הוא מצביע על שלב בחיים, המאופיין בהתנהגות, צרכים והעדפות מסוימים (וכך גם מלמדת חוות הדעת והנתונים שהובאו במסגרתה), ובאופן הזה מתאפשר לבנקים להתאים את תכנית ההטבות, ולהפוך אותה לאטרקטיבית ויעילה עבורם. כן מזהירים ארבעת הבנקים כי לוי הבנקים היו מציעים את אותה תכנית הטבות עבור סטודנטים בכל הגילאים, הייתה נפגעת הן התועלת שבתכנית והן האטרקטיביות שלה. זאת, מנמקים הבנקים, משום שעלות ההטבות הייתה צפויה להשתנות, לנוכח השימוש בהטבות על ידי לקוחות בעלי צרכים שונים, וכפועל יוצא הדבר היה מביא לשינוי בהיקף ההטבות ותוכנן. כן דוחים ארבעת הבנקים את טענות המערערת לעניין השימוש בנתונים סטטיסטיים, תוך שמדגישים הם כי שימוש בנתונים סטטיסטיים לצורך פילוח על פי גיל נעשה כחלק ממהלך שיווקי שגרתי ותקין.

ארבעת הבנקים מוסיפים וטוענים כי הגבלת גיל במתן תכנית ההטבות לסטודנטים איננה עולה לכדי "הפליה". בראש ובראשונה, נטען כי ההבחנה בין קבוצות אוכלוסייה על בסיס גיל לצורך מתן הטבות כלכליות מוכרת ומקובלת בעולם, לרבות במדינות בהן קיים איסור בדיון להפלות מחמת גיל במתן שירותים, כדוגמת

אנגליה, וכך נוהגים בנקים רבים בעולם בכלל, ובקשר לתכניות המיועדות לסטודנטים בפרט. שנית, וזה העיקר, לשיטת ארבעת הבנקים, תנאי בלעדיו-אין לצורך הוכחת קיומה של הפליה אסורה הוא כי בבסיס ההפליה הנטענת טמונים סטריאוטיפים שליליים, דעות קדומות או ייחוס מעמד לנחות לקבוצה המופלית, אשר הם אלה שמגבשים את תחושת ההדרה והפגיעה בכבודו של האדם ובוזהותו העצמית. מכאן, משלא הוכחו אף אחד מאלה, ובהתחשב בכך שקיימות תכניות אחרות המיועדות לקבוצות אוכלוסייה אחרות, הרי שלא ניתן לראות במדיניות הבנקים כהפליה אסורה עליה נועד החוק לחול. כן מדגישים ארבעת הבנקים כי בחינתו של תנאי זה צריכה להיעשות על פי מבחן אובייקטיבי, ולא סובייקטיבי, ועל כן גם אם המערערת חשה לטענתה "השפלה, כעס ואכזבה" אין בכך די. זאת ועוד, ארבעת הבנקים סבורים כי קבוצת "הסטודנטים שאינם צעירים" אינה בגדר "קבוצה חשודה" שעליה חוק איסור הפליה נועד להגן, שכן לא קיים לגביהם סטריאוטיפ או היסטוריה של קיפוח והפליה בעבר. משכך, גם לא ניתן להתבסס על הפסיקה הקודמת אותה מאזכרת המערערת בטיעוניה. ממילא, בשונה מפסיקה זו, במקרה דנן הוכח, כי שימוש הבנקים בקריטריון הגיל נשען על נתונים סטטיסטיים ולא על שיקולים זרים או שרירותיים. לא זו אף זו, החלת איסור על הבנקים לעשות שימוש בקריטריון הגיל לא רק שאינה מקדמת שוויון, אלא שהיא עלולה לגרום לכך שהבנקים לא יעניקו הטבות אלה, ובכך להרע את מצבו של ציבור הלקוחות.

מעבר לכך, ובדומה לבנק הפועלים, גם ארבעת הבנקים טוענים כי תכנית ההטבות איננה "שירות", לא לצורך סעיף 3 לחוק איסור הפליה ולא לצורך סעיף 2 לחוק הבנקאות, וכשם שהחוקים הללו אינם מטילים על הבנקים כל חובה להעניק הטבות ללקוחותיהם, כך גם הם אינם אוסרים על הבנקים להעניק הטבות ללקוחותיהם בהתאם לשיקול דעתם. כן גורסים ארבעת הבנקים כי לאור ההבחנה בדברי החקיקה השונים בין "שירות" לבין "מחיר", לא ניתן לקבל את פרשנות המערערת למונח "שירות", המערבבת בין השניים. באופן דומה, ארבעת הבנקים דוחים את הפרשנות המוצעת על ידי המערערת לסייג הקבוע בסעיף 3(ד)(1) לחוק איסור הפליה, מטעמים דומים לאלו שהועלו על ידי בנק הפועלים, בסוברם כי המבחן הקבוע בסייג האמור איננו צר וטכני, אלא מקפל בתוכו שיקול דעת שיפוטי תוך בחינה האם קיימים הצדקה ושוני ענייני ורלוונטי.

לבסוף, טוענים ארבעת הבנקים כי התביעה דנן איננה מתאימה להתברר כייצוגית, הן בשל הצורך בבירור פרטני ומורכב לשם חישוב הנזק, והן לאור הקושי

לאתר את חברי הקבוצה שהיו מעוניינים להצטרף לחשבון "סטודנט" אך סורבו בשל גילם. כן מפנים ארבעת הבנקים לתשובתם שהוגשה בהליך קמא באשר לאי התקיימות יתר התנאים לאישור התובענה כייצוגית.

23. יצוין כי בהליך הערעור הוגשה גם בקשה להוספת ראייה שעניינה בהתנגדות שהגיש היועץ המשפטי לממשלה להסדר פשרה שהוגש בהליך אחר, אשר עוסק גם הוא בהפליה מחמת גיל (ת"צ (מרכז) 63471-12-17 שרגני נ' איזובר בתי קפה בע"מ). לאחר עיון בחוות הדעת הגענו למסקנה כי אין מקום לקבלה כראיה בתיק דנן, וזאת לאור השוני שבין העניין הנדון שם (הפליה בכניסה למסעדה) לבין ענייננו.

דיון והכרעה

24. בקשת האישור בה עסקינן מעוררת את השאלה כיצד יש להפעיל את האיסור על הפליה מחמת גיל כאשר מדובר בהצעת שירותים בנקאיים. וזהו מצב הדברים אליו אנו נדרשים במקרה זה: בנק מציע תכנית שירותים הכוללת מגוון הנחות והטבות לתת-קבוצה מוגדרת מהציבור, במקרה דנן לקבוצת הסטודנטים. אין חולק כי המערערת נמנית על תת-קבוצה זו, ואולם על פי תנאי התכנית אין היא יכולה להיענות להצעת הבנק, מאחר שגילה הכרונולוגי עולה על גיל הרף (גיל המקסימום) שנקבע על ידי הבנק להיכללות בתכנית. האם בכך פועל הבנק בצורה בלתי חוקית? האם הוא מפר את האיסור המוטל עליו שלא להפלות מטעמי גיל?

25. השאלה בה עסקינן איננה מוסדרת בחקיקה הבנקאית אליה מפנה בקשת האישור, דהיינו הוראות חוק הבנקאות. כפי שיובהר להלן, חוק זה כולל שורה של הוראות צרכניות שתפקידן להגן על הלקוח האינדיווידואלי, אך אין בו התייחסות לשאלות הנוגעות ליחס שבין השירותים המוצעים ללקוח פלוני ובין השירותים המוצעים ללקוח אלמוני, דהיינו אין בחוק התייחסות לשאלה של שוויון בין לקוחות. בהעדר הסדר קונקרטי, התשובה על השאלה בה עסקינן צריכה להיגזר מהוראות חוק איסור הפליה, בשים לב לתיקון מס' 3, אשר הוסיף את ההבחנה מטעמי גיל כעילת הפליה אסורה. בתוך כך, עלינו להידרש לניתוח רב-שלבי, אשר סופו במסקנת בית משפט קמא. להלן יובהרו ויפורשו הדברים בסדר הבא: תחילה, אבהיר מדוע אין בהוראות חוק הבנקאות אליהן הפנתה המערערת כדי לתת מענה לסוגיה בה עסקינן; בהמשך, אציג את המסגרת הכללית לניתוח טענות הפליה בהתאם לחוק איסור הפליה; לבסוף, איישם את הניתוח האמור על הסוגיה שלפנינו – הצעת שירות בנקאי לקבוצה

מוגדרת של לקוחות, וזאת תוך התחשבות, הן במאפיין קבוצתי (בענייננו – סטודנטים) והן בדרישת גיל (בענייננו – צעירים, מתחת לגיל נקוב).

העדר הסדרה של הסוגיה במסגרת חוק הבנקאות

26. חוק הבנקאות הוא חלק מהחקיקה האזרחית הצרכנית (ראו דברי ההסבר לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1980, ה"ח 106, 106). הוא כולל הסדרים שונים ומגוונים שתכליתם לספק הגנה ללקוח מפני כוחו העודף של נותן השירות הבנקאי. אין זהו החוק הצרכני היחיד הרלוונטי לפעילותם של הבנקים, אך זהו החוק הצרכני המרכזי בתחום דיני הבנקאות. הסדרי חוק הבנקאות, רובם ככולם, מתמקדים במערכת היחסים שבין הבנק ללקוח, ומורים את המותר והאסור במסגרתה. כך, למשל, על הבנק חל איסור להטעות לקוח בעניין מהותי למתן השירות ללקוח (סעיף 3 לחוק הבנקאות); ניצול מצוקתו של הלקוח על מנת להתקשר בעסקה בלתי הוגנת אינה חוקית (סעיף 4 לחוק הבנקאות); התניית שירות בשירות אסורה (סעיף 7 לחוק הבנקאות); שינוי תכנית הטבות בלתי קצובה בזמן מותרת, בכפוף לשליחת הודעה על כך במסגרת לוח הזמנים שנקבע (סעיף 25א לחוק הבנקאות); סירוב לפתוח חשבון עובר ושב במטבע ישראלי יהיה לרוב בלתי חוקי (סעיף 2(א)(2) לחוק הבנקאות. למקרה חריג ראו, למשל, ע"א 4432/21 בנק מרכנתיל דיסקונט, סניף כפר יאסיף נ' סלימאן (7.4.2022) (להלן: עניין סלימאן)); סירוב להעמיד אשראי הוא ככלל חוקי (סעיף 2(א) לחוק הבנקאות), וכן הלאה. ההסדרים הללו מבוססים במידה רבה על חיוניות השירות הבנקאי מבחינת הלקוח הבודד מזה וייחודיות השירותים הניתנים על ידי הבנקים מזה, וכן מושפעים הם מחובות הזהירות וההגינות המוטלות על הבנק כלפי הלקוח (להרחבה ראו: ע"א 4880/19 הבנק הבינלאומי הראשון בע"מ נ' גזונטהייט, פסקאות 81-84 והאסמכתאות המובאות שם (18.7.2022) (להלן: עניין גזונטהייט)). ככאלה, הם אינם מאמצים נקודת מבט השוואתית, במסגרתה זכויות הלקוח האחד נבחנות בשים לב לזכויותיהם של לקוחות אחרים. אין הם עוסקים בהבטחת שוויון בין לקוחות, אלא באיזון יחסי הכוחות בין הלקוח לבין הבנק (והשוו לסעיף 3(ב) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005; סעיף 29א(ב)(3) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988).

27. המערערת מנסה לקרוא לתוך הוראות חוק הבנקאות, ובמיוחד לתוך הוראת סעיף 2 שעניינה "חובה לתת שירותים מסויימים", דרישה שלא להפלותה לעומת לקוחות אחרים. ואולם, לא בכך עוסקת ההוראה האמורה. עניינו של סעיף 2 לחוק הבנקאות הוא בהטלת חובת מתן שירותים על הבנקים ביחס לשירותים בסיסיים, הנתפסים

כשירותים חיוניים מבחינת הלקוח (להרחבה על החובה והסייג לה, ראו בג"ץ 8886/15 רפובליקנים מחול בישראל (ע"ד) נ' ממשלת ישראל, פסקה 59 (2.1.2018); ע"א 3794/18 טולדנו נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, פסקאות 18-19 (2.10.2019); עניין סלימאן, בפסקאות 10-12; ריקרדו בן-אוליאל ולירן חיים דיני בנקאות – חלק כללי כרך א 166-172 (מהדורה שנייה, 2021)). אין סעיף 2 לחוק עוסק בתנאים בהם ניתן השירות, כל עוד אין הם בגדר "תנאים בלתי סבירים למתן שירות", שאז דינם כדין סירוב בלתי סביר למתן שירות לאור הוראת סעיף 2(ב) לחוק הבנקאות. ואולם, הבנקים מעולם לא סירבו לתת למערערת שירות בנקאי שביקשה. הם גם לא התנו כלפיה תנאים בלתי סבירים השקולים לסירוב. נהפוך הוא, מוכנים הם בשמחה להעניק לה את שירותיהם בתנאים המקובלים אצלם ביחס ללקוחות דומים, ואשר אינם סטודנטים. סירובם היחיד של הבנקים הוא להכליל את המערערת בתכנית ההטבות המיועדת לסטודנטים משאינה עומדת בתנאים שנקבעו להצטרפות לתכנית זו. בכך אין כדי להקים למערערת כל עילה לפי חוק הבנקאות בכלל, ולפי סעיף 2 לחוק בפרט (והשוו לסעיף 2א5 לחוק הבנקאות, וכן לרע"א 9617/16 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' לפינר (28.10.2018) לעניין ההבחנה בין לקוחות הנכללים תחת אותה תכנית הטבות).

28. ויובהר, העובדה שחוק הבנקאות שותק ביחס לאפשרות למנוע הצטרפות לתכנית "סטודנט" מטעמי גיל, אינה משמיעה לנו כי מדובר בפרקטיקה בנקאית מותרת. פשיטא כי הסדרי חוק הבנקאות אינם בגדר הסדר הממזה את חובות הבנק כלפי הלקוח. החובות הללו מוסדרות בחלקן בחוק הבנקאות, בחלקן בהסדרי חוק ספציפיים אחרים (כגון חוק הריבית, תשי"ז-1957, חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974, חוק החוזים האחידים וחוק אשראי הוגן, התשנ"ג-1993), וחלקן בהסדרי חוק כלליים, ובכלל זה בחובות הזהירות וההגינות המוטלות על הבנק כלפי לקוחו (עניין גזונטהייט, בפסקה 81-84 והמקורות הנזכרים שם). בהקשר בו עסקינן, הסדר החוק המרכזי לו רלוונטיות לענייננו הוא חוק איסור הפליה. חוק זה הוחל במפורש על "שירותי בנקאות", הכלולים בהגדרת "שירותים פיננסיים", שהם בתורם "שירותי ציבורי" הכפוף לאיסור הפליה שבסעיף 3 לחוק (ראו הגדרות המונחים "שירותים פיננסיים" ו"שירותי ציבורי" בסעיף 1 לחוק איסור הפליה). נקרב איפוא מבטנו להוראות חוק איסור הפליה, ונלמד מהן כיצד מוסדרת הסוגיה בה עסקינן.

חוק איסור הפליה – המסגרת הנורמטיבית לניתוח

29. ליבת ההסדר שבחוק איסור הפליה הוא האיסור על הפליה על פי קטגוריה אסורה, הקבוע בסעיף 3(א) לחוק (להלן: האיסור), שזו לשונו:

מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי, הורות או לבישת מדי כוחות הביטחון וההצלה או ענידת סמליהם.

30. על פי איסור זה, עוסק הנכנס לגדר הרישא של הסעיף, "מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי" (להלן: עוסק הכפוף לחוק), מנוע מלהפלות בפעולות המנויות בהמשך הסעיף, דהיינו "בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי" (להלן: פעולה המוסדרת בחוק), מחמת אחת מעילות הפליה המנויות בסעיף, קרי "גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי, הורות או לבישת מדי כוחות הביטחון וההצלה או ענידת סמליהם" (להלן: קריטריון אסור).

הערה: קריטריון אסור נוסף הנזכר כיום בחוק איסור הפליה, אך בהוראה נפרדת שנוספה בתיקון מס' 4 משנת 2017, הוא "מקום מגורים" (ראו סעיף 3(א1) לחוק, וכן ע"א 8956/17 מנסור נ' המועצה המקומית כוכב יאיר – צור יגאל (14.1.2021) (להלן: עניין מנסור)).

31. היקף האיסור על הפליה שקבע המחוקק הישראלי הוא רחב. הוא חל ביחס למגוון של עוסקים הכפופים לחוק; פעולות הכפופות לחוק; וקריטריונים אסורים המנויים בחוק. כנגד רוחב היריעה, קבע המחוקק הוראות מצמצמות המגדירות מתי אין רואים פעולה מסוימת כהפליה. ההוראה המרכזית שבהן, והיחידה שיש לה חשיבות בענייננו, היא סעיף 3(ד)(1) לחוק איסור הפליה (להלן: החרג), שזו לשונו:

3.3(ד) אין רואים הפליה לפי סעיף זה –
(1) כאשר הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי;

[...]

32. הניסיון שנצבר בהפעלת החוק מלמד כי למרות מבנהו הפשוט, יישומו הלכה למעשה מעורר קשיים לא מבוטלים. היקפו הרחב של האיסור, ותחומיו הבלתי ברורים של החרג, יוצרים קושי פרשני. יש המנסים לפתור קושי זה באמצעות קריאה של תנאים נוספים לתוך האיסור שבחוק, כגון הצבת דרישה לכך שההתנהלות המפלה תהיה שלובה ביצירת סטיגמה שלילית כלפי הקבוצה המופלה, כטענת הבנקים (ראו והשוו: חוות דעתו של השופט סלים ג'ובראן בעניין פרוז'אנסקי; מיטל פינטו "מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז'אנסקי" משפט ועסקים טז 109, 130-140 (2013) (להלן: פינטו, מהותו של השוויון המהותי); משה כהן-אליה "פוליטיקת הגזעל בחוק איסור הפליה במצרכים ובשירותים" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 497, 513 (2016)). דרישה כזו יוצרת קושי. זאת, שכן לעיתים הפליה פסולה כרוכה ביצירת סטיגמה שלילית דווקא כלפי הקבוצה הזוכה להטבה (ראו, למשל, ת"צ (מרכז) 8214-05-14 מירב נ' אי.די.אי. חברה לביטוח בע"מ (23.8.2018) (להלן: עניין מירב); רונן אברהם "מדוע פעולה המיטיבה עם אדם יכולה בהחלט להפלותו – תגובה על מאמרו של פרופ' דני סטטמן" עיוני משפט מב 283 (2019) (להלן: אברהם, פעולה המיטיבה עם אדם יכולה להפלותו)). לעיתים, הפליה פסולה אינה כרוכה כלל ביצירת סטיגמה שלילית, אלא בכפיית הפרדה מקום בו אין הצדקה לכך (השוו לחוות דעתי ולחוות דעת השופטת ענת ברון בבג"ץ 3865/20 שוקרון נ' המועצה המקומית קרית ארבע (7.10.2020) (להלן: עניין שוקרון)). כשלעצמי, כפי שיובהר להלן, לשאלת הסטיגמה השלילית יש חשיבות, ואולם לאור הוראת המחוקק, אין היא יכולה להיות תנאי נוסף, בלתי כתוב, המצטרף לדרישות החוק (כמעין תנאי בלעדיו-אין), אלא רק שיקול ביישום האיסור והחרג לו. כך הוא מצב הדברים גם לגבי הצעות אחרות לצמצום תחולת האיסור שבחוק באופן שאין לו כל עיגון בנוסחו, כדוגמת ההבחנה שערך בית המשפט קמא בין הגבלת שירות לבין מתן הנחות והטבות, או ההבחנה הקיצונית יותר שמציע בנק הפועלים, המצמצמת את מונח ההפליה למצבים בהם נשללת מהקבוצה האפשרות לרכוש את המוצר או השירות, ומבקשת למנוע את החלתו על מצבים בהם ההפליה מתייחסת לתנאי מתן השירות. קושי זה ניתן להמחיש אם במקום "תכנית הטבות לסטודנטים" נדמיין לעצמנו בנק שיציע תכנית שירותים המיועדת ליהודים, יוצאי ספרד או גברים בלבד. פשיטא כי תכנית כזו תיפסל, וזאת גם אם למי שאינו יהודי, ליוצאי אשכנז או לנשים עומדת האפשרות להצטרף לתכנית אחרות המוצעות על ידי הבנק שאינן נחותות מאלה המוצעות בבנקים אחרים.

33. הצעות נוספות העולות מטיעוני הצדדים, ושאף אותן ראוי לשיטתי לדחות, הן לפרש את החריג שבסעיף 3(ד)(1) לחוק איסור הפליה בצורה מצמצמת מאד או רחבה מאד, באופן המייתר, הלכה למעשה, את החריג או את האיסור, בהתאמה. כך, למשל, אם נלך לפי גישת המערערת, ונצמצם את תחולת החריג רק למצבים בהם יש הכרח להשתמש באחד מהקריטריונים האסורים המנויים בחוק, ולא ניתן לעשות שימוש בבחינה פרטנית. צמצום כזה, הגם שהוא אפשרי, מרוקן את החריג מכל תוכן משמעותי, וזאת במיוחד אם מביאים בחשבון שכמעט בכל מצב קיים תחליף לשימוש בקריטריון המנוי בחוק – והשאלה היא בעיקרה עניין של עלות, ולא דווקא עלות מבוטלת. דוגמה לכך היא קביעת פרמיות לביטוח חיים. מובן שניתן, כעניין עיוני, לדרוש שחברות ביטוח יקבעו פרמיות של ביטוח חיים בהתעלם מקריטריון הגיל. ואולם, קביעה כזו היא מורכבת עשרות מונים מהמנגנון הקיים היום, ועלולה להביא להתייקרות משמעותית מאד של פרמיות הביטוח, עד כדי קריסה של שוק ביטוחי החיים (התייקרות הפרמיה עלולה לדחוק מהשוק מבוטחים צעירים ובריאים, אשר סיכוני התמותה שלהם נמוכים ושנכונותם לבטח נמוכה יחסית, ולהותיר בו רק מבוטחים מבוגרים וחולים, שעלות ביטוחם גבוהה מאד. התפתחות אפשרית זו בשוק מכונה "שוק לימונים", בעקבות מאמרו הנודע של חתן פרס נובל, ג'ורג' אקרלוף. George A. Akerlof, *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 80(3) QUARTERLY JOURNAL OF ECONOMICS 488 (1970)). במקביל, גם עמדת הבנקים, לפיה יש לפרש את החריג בהרחבה, כך שהוא יתיר לעוסקים הכפופים לחוק לעשות שימוש בקריטריון המנוי בחוק כל אימת שיש בסיס עובדתי לטענה שהוא רלוונטי לצורך קביעת תנאי ההצעה, אינה יכולה לעמוד. תכלית החוק הייתה לאסור שימוש בקריטריונים המנויים בחוק גם במקרים בהם הם רלוונטיים, ואולם המחיר החברתי הכרוך בהם עולה על התועלת. נחזור לעניין תמחור פוליסות ביטוח חיים. נניח כי מחקר בר תוקף יגלה שתוחלת החיים של יהודים עולה על זו של לא יהודים, וכי תוחלת החיים של יהודים יוצאי ספרד עולה על זו של יהודים יוצאי אשכנז. האם נאפשר לחברות ביטוח לעשות שימוש בממצאים אלה ולהוציא "ביטוחים ליהודים" או "ביטוחים ליהודים יוצאי עדות המזרח"? לי ברור שהתשובה על כך שלילית. גם אם לקריטריונים אלה מובהקות סטטיסטית, הנזק שבשימוש בהם מצדיק לחייב את חברות הביטוח להסתייע בקריטריונים אחרים על מנת להעריך את הסיכון האקטוארי, ממנו תיגזר פרמיית הביטוח. במצב דברים זה, למרות שהקריטריון המנוי בחוק אינו בלתי רלוונטי, השימוש בו הוא פסול.

34. כיצד, אם כן, יש להפעיל את ההסדר שקבע המחוקק בחוק איסור הפליה? כיצד יש ליישב בין רוחבו של האיסור הקבוע בסעיף 3(א) לחוק, לבין אי בהירותו של החריג הקבוע בסעיף 3(ד)(1) לחוק? לעניין זה סבורני כי יש לאמץ מבחן תלת-שלבי המבקש להציע פתרון מאוזן וגמיש. להלן אציג מבחן זה, הן באופן עיוני, והן תוך בחינה של מספר פסקי דין שנדונו בפסיקה. בשלב הבא, איישם על המקרה שלפנינו.

שלושת שלבי המבחן אותו ראוי לשיטתי להפעיל הם אלה:

שלב I – האם הוכח כי המקרה נכנס לגדר האיסור שבסעיף 3(א) לחוק?

35. במסגרת שלב זה, אשר הנטל להוכיחו הוא על הטוען להפליה (רישא סעיף 6 לחוק איסור הפליה), יש לבחון האם מתקיימים התנאים הקבועים בסעיף 3(א) לחוק, דהיינו האם עוסק הכפוף לחוק עושה שימוש בקריטריון אסור ביחס לפעולה המנויה בחוק. ככל שתנאים אלה מתקיימים, עמד התובע בנטל להוכיח קיומה של הפליה לפי חוק איסור הפליה, והנטל להוכיח שאין היא אסורה מכוחו במקרה דנן עובר לכתפי הנתבע.

36. ודוק, חוק איסור הפליה איננו עוסק בכל סוגי הפעולות האנושיות, וממילא אין בו כדי למנוע כל סוג של שימוש בקריטריון אסור (השוו למחלוקת שהתגלעה באשר לתחולת החוק ביחס לשיווק דירות שנבנו על ידי קבלן פרטי על מקרקעי המדינה ברע"א 10011/17 מ-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן (19.8.2019)). כאמור לעיל, החוק אוסר על שימוש בקריטריונים אסורים על ידי גורמים מסוימים ("מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי", כהגדרת מונחים אלה בחוק) בקשר לפעולות מסוימות ("הספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי"). אין בו כדי לאסור על שימוש בקריטריונים אסורים על ידי מי שאינו כפוף לחוק או בקשר לפעולה שהחוק אינו חל עליה. כך, למשל, סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה אינו חל על אדם פרטי המשכיר דירה המצויה בבעלותו, וממילא איננו מונע מאותו אדם מלפעול על פי קריטריונים אסורים. לפיכך, המבקש לטעון כי אותו אדם נהג באופן פסול, אינו יכול לעשות כן על בסיס חוק איסור הפליה (אך ייתכן שיוכל לעשות כן על בסיס משפטי אחר). בדומה, שירותי בריאות ורפואה אינם מנויים במסגרת הפעולות המוסדרות בחוק, ועל כן לא תקום עילת תביעה מכוח חוק זה (רע"א 9128/17 מרכז רפואי צאנז בית חולים לניאדו נ' פלונית, פסקאות 31-34 (18.7.2022)). כך גם, אין החוק חל על פרסומות שקהל היעד שלהן נקבע על

בסיס קריטריון אסור, כגון פרסומות המכוונות לגברים או לצעירות בלבד. פרסומות כאלה עשויות בנסיבות מסוימות להיתפס כבלתי ראויות, ולעיתים אף בלתי חוקיות מטעמים אחרים, אך לכדי הפרת סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה ככל הנראה אין הן מגיעות (סעיף 4 לחוק איסור הפליה אוסר על פרסום "מודעה שיש בה משום הפליה אסורה לפי סעיף 3", אך אינו אוסר על פרסום המכוון לאוכלוסייה מסוימת, כל עוד הפעולה עצמה מוצעת על בסיס שוויוני. ראו ת"צ (מרכז) 44112-03-15 ששון נ' טמפור משקאות בע"מ (6.9.2017) (כב' השופטת הדס עובדיה) (המקרה עסק בפרסומות שוביניסטיות בעליל למותג בירה ידוע). ערעור שהוגש לבית משפט זה נדחה, לאחר שהמבקשת חזרה בה ממנו לאחר ששמעה את הערות בית המשפט, וזאת במסגרת ע"א 158/18 בפסק דין מיום 28.10.2019. כן ראו ת"צ (ירושלים) 65819-02-19 כצמן נ' ליבנה צפוני בע"מ (30.5.2021) (כב' השופטת גילה כנפי-שטייניץ) (פרסום ייעודי לציבור החרדי מצד "איקאה" הכולל דמויות גברים בלבד). ערעור על החלטה זו עודו תלוי בפני בית משפט זה במסגרת ע"א 6214/21).

37. מן העבר השני, ככל שהוכח כי עוסק הכפוף לחוק איסור הפליה עושה במודע שימוש בקריטריון אסור לשם ביצוע פעולה המנויה בחוק, אין צורך להוסיף ולהוכיח כי הפעולה האמורה גרמה לפגיעה בתובע או כי הייתה מיועדת לגרום לפגיעה בתובע על מנת להוכיח הפרה של חוק איסור הפליה. סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה אינו כולל לא יסוד תוצאתי ולא יסוד נפשי מסוג "כוונה להפלות", אלא איסור גורף על התחשבות מודעת בקריטריון אסור במקרים הנופלים לגדרו ("לא יפלה ... מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי, הורות או לבישת מדי כוחות הביטחון וההצלה או ענידת סמליהם". ראו עניין מנסור, פסקאות 82-84 לפסק דינה של השופטת דפנה ברק-ארז).

38. עוד יודגש כי במסגרת סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה לא נדרש להוכיח כי ההפליה בה מדובר היא הפליה לרעה דווקא של התובע – דהיינו, שתוצאת השימוש בקריטריון האסור היא הרעה חומרית במצבו של התובע בהשוואה לפרטים אחרים (ראו תמר קריכלי-כץ "אי שוויון מגדרי והפליה סטריאוטיפית – מחשבות בעקבות פסק הדין בעניין מירב נ' אי.די.איי." עיוני משפט מב 271 (2019) (להלן: קריכלי-כץ, אי שוויון מגדרי והפליה סטריאוטיפית); אברהם, פעולה המיטיבה עם אדם יכולה להפלותו. לגישה שונה, ראו דני סטטמן "מדוע פעולה המיטיבה עם אדם אינה יכולה להפלותו – בזכות פרשנות מצמצמת של המושג הפליה" עיוני משפט מב 239 (2019); דני סטטמן

"הפליה, סטריאוטיפים והמשימה של יצירת חברה צודקת יותר" עיוני משפט מב 315 (2019)). לכך מספר טעמים:

ראשית, משום שמבחינה לשונית המונח "הפליה" פירושו "יחס שונה לשווים" (מבחינת הקריטריון הרלוונטי), באופן שאינו מצביע בהכרח על טיב היחס הניתן לכל אחד מהם (ראו, למשל, ד"ר נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה (1) 7, 35 (1971): "עקרון השוויון, אשר אינו אלא הצד השני של מטבע ההפליה ואשר המשפט של כל מדינה דמוקרטית שואף, מטעמים של צדק והגינות, להמחישו, משמעותו, כי יש להתייחס, לצורך המטרה הנדונה, יחס שווה אל בני אדם, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם רלוונטיים לאותה מטרה. אם אין מתייחסים אליהם יחס שווה, כי אז לפנינו הפליה"; בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501, 507 (1989) (להלן: עניין כפר ורדים): "הפליה פסולה פירושה יחס שונה אל שווים; פירושה יחס בלתי שווה ובלתי הוגן למי שראויים לאותו יחס"; בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 762 (1994): "הפליה שהינה ניגודו של השוויון – קיימת אפוא באותם מצבים שבהם דין שונה לאנשים השונים זה מזה (מבחינה עובדתית) מבוסס על טעמים שאין בהם כדי להצדיק בחברה חופשית ודמוקרטית הבחנה ביניהם..."). בהתאם לכך, תיתכן מבחינה לשונית "הפליה לרעה" (כגון שמסרבים להכניס אדם למועדון או לבריקה בשל מגדרו); תיתכן "הפליה לטובה" (כגון שמתירים לאדם להיכנס למועדון או לבריקה ללא תשלום בשל השתייכותו המגדרית); ותיתכן גם "הפליה שאינה לא לטובה ולא לרעה" (כגון שהכנסתו של אדם למועדון או לבריקה מתאפשרת לסירוגין, יום אחד רק לגברים ויום אחד רק לנשים). מבחינת לשונו, סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה אוסר על עוסק הכפוף לחוק להפלות ביחס לפעולה המנויה בחוק, מבלי שיצמצם את האיסור ל"הפליה לרעה" דווקא (וראו גם סעיף 1 לחוק איסור הפליה, הוא סעיף המטרה, הנוקט בלשון ניטרלית ומורה כי "חוק זה נועד לקדם את השוויון ולמנוע הפליה בכניסה למקומות ציבוריים ובאספקת מוצרים ושירותים").

שנית, מבחינה תכליתית, כוונת המחוקק בסעיף 3(א) לחוק איסור הפליה הייתה לאמץ את הגישה השוללת, ככלל, את האפשרות להתבסס על הקריטריונים האסורים בביצוע הפעולות המנויות בחוק על ידי הגופים הכפופים לחוק, ולא רק למנוע שימוש בהם למטרה מסוימת או שימוש בהם המביא לתוצאה מסוימת. גישה זו, המכונה "anti-classification", רואה את הפגם בעצם השימוש בקריטריונים האסורים (המכונה לעיתים "קריטריון חשוד", בשל כך שלכלל קיימים חריגים), ומבקשת למגר (ולמצער לצמצם למינימום ההכרחי) את השימוש בהם (וראו אברהם, פעולה המיטיבה

עם אדם יכולה להפלותו, בעמ' 298-299. עוד ראו: עניין פרוז'אנסקי, פסקאות 22-29 לפסק דינו של השופט יורם דנציגר).

שלישית, מבחינה מעשית, ההבחנה בין "הפליה לרעה" לבין יתר סוגי ההפליה איננה פשוטה כלל ועיקר. סיבה אחת לכך היא שמתן הטבה שיש בה תועלת חומרית על בסיס קריטריון אסור עלולה לגרום לנזק לא ממוני לאדם הזוכה להטבה. כך, בשל תחושת ההשפלה הנלווית לידיעה שההטבה ניתנה משיקולים בלתי רלוונטיים, ומבלי שהזוכה היה ראוי לה, או החשש שכך תיתפס הענקת ההטבה בידי החברה (לדוגמה, קבלה ללימודים שלא על בסיס כישורים, אלא על בסיס השתייכות גזעית גרידא. השוו אברהם, פעולה המיטיבה עם אדם יכולה להפלותו, בעמ' 290-294); סיבה אחרת לכך היא שהפליה שהיא בטווח הקצר לטובת אדם או קבוצה מסוימת, עלולה להתברר בטווח הארוך ככזו הפועלת לרעת האדם או הקבוצה. כך, למשל, גילוי יחס מגוון מצד עוסקים כלפי נשים, עלול להתברר כמזיק לא רק למאבק למען שוויון מגדרי, אלא גם לעניינן של נשים ה"נהנות" מההטבה (השוו עניין מירב; קריכלי-כץ, אי שוויון מגדרי והפליה סטריאוטיפית, בעמ' 276-282. אם המקרה שנדון בעניין מירב, מתן שירותי החלפת גלגל בחינם למבוטחות בלבד, אינו משכנע דיו, חישבו על רשת סופרמרקטים שתציע שירותי משלוח בחינם לנשים בלבד). על השניות האמורה, ועל המסקנה הנגזרת ממנה, עמד השופט יורם דנציגר בעניין פרוז'אנסקי בזו הלשון:

הפליה כנגד גברים מנציחה פעמים רבות דווקא הפליה כלפי נשים. משכך נדרש כלל ברור לשם הגשמת תכלית החוק באופן אפקטיבי; כלל אשר יוכל להבטיח מניעת הפליה באשר היא ומניעת הצורך להתחקות בכל מקרה ומקרה אחרי שורשי ההפליה. מסקנה זו מתיישבת, כמסבר בחוות דעתי, אף עם לשון החוק ועם כוונת המחוקק בחקיקתו כפי שעולה מדברי ההסבר להצעת החוק. הנה כי כן, הגישה הנורמטיבית לפיה אין להפלות גברים כשם שאין להפלות נשים בגדר התפרשותו של חוק איסור הפליה, נועדה לשרת צורך אינסטרומנטלי... (פסקה 36 לפסק דינו).

ולבסוף, בפסיקתו של בית משפט זה התקבלה העמדה לפיה גם "הפליה לטובה" עשויה להיות "הפליה אסורה" (ראו, למשל, בהקשר של מתן הטבות עודפות לנשים, בג"ץ 2911/05 אלחנתי נ' שר האוצר, פ"ד סב(4) 406, 461-463 (2008); בע"ם 919/15 פלוני נ' פלונית, פסקה 107 (19.7.2017)). גישה זו הוחלה גם בהקשר של חוק איסור הפליה (ראו עניין פרוז'אנסקי, פסקאות 28 ו-36 לפסק דינו של השופט יורם

דנציגר; עניין מירב, פסקאות 39-48), ולא מצאתי בטיעוני המתנגדים לגישה האמורה סיבה מספקת לסטות מהלכה מבוססת זו.

39. ויובהר, הדברים שצוינו לעיל מתייחסים לשאלה מה נדרש להוכיח על מנת לצלוח את השלב הראשון של הניתוח המשפטי, דהיינו לשכנע כי מתקיימת לכאורה הפליה במשקפי סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה. אין בהם כדי ללמד בהכרח כי לעוסק הנתבע לא יכולה לקום הגנה במסגרת החריגים לאיסור ההפליה שנקבעו בהמשך הסעיף, ובוודאי שאין בהם כדי להקים לתובע, באופן אוטומטי, זכות לפיצויים מכוח הוראת סעיף 5 לחוק איסור הפליה. ודוק, "נזק" אינו יסוד הכרחי להוכחת התרחשותה של הפרת חוק איסור הפליה, ולפיכך הוכחתו אינה מהווה תנאי לקבלת סעד של ציווי המורה על הפסקת הפליה. לעומת זאת, על מנת לתבוע פיצויים נדרש לבחון קיומה של פגיעה או נזק לתובע, וכשמדובר בתובענה ייצוגית, גם לקבוע אותה הוא מבקש לייצג (ראו עניין מירב, פסקה 52 - 62. כן ראו: רע"א 9247/20 דוטו נ' שגב אקספרס ראשון לציון בע"מ (24.1.2021) העוסק בדרישה להוכחת נזק או פגיעה כשמדובר בפיצויים ללא הוכחת נזק לפי סעיף 5(ב) לחוק איסור הפליה, סעד אותו לא ניתן לתבוע בתובענה ייצוגית לאור הוראת סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות). מכל מקום, לא בשאלת הסעד עוסקים אנו בשלב הנוכחי, אלא בשאלה אם הוכחה לכאורה הפרה של חוק איסור הפליה.

שלב II – האם יש פוטנציאל לתחולת החריג שבסעיף 3(ד)(1) לחוק?

40. במסגרת שלב זה, אשר הנטל להוכיחו הוא על העוסק-הנתבע (וראו סעיף 6(א) לחוק איסור הפליה), על בית המשפט להשתכנע כי יש בידי העוסק הצדקה לכאורה לשימוש בקריטריון האסור. לשם כך עליו להשתכנע כי השימוש בקריטריון המנוי בחוק נעשה בשל אמונה כנה של העוסק כי הדבר נדרש מסיבות הקשורות בזיקה הדוקה לפעילות הכפופה לחוק בה מדובר, בין אם בשל השלכתו על תועלת הלקוחות מהפעילות ובין אם בשל השפעתו על כדאיות עסקית של הפעילות מבחינת העוסק. אבהיר.

41. הנחת המוצא של המחוקק היא ששימוש בקריטריונים אסורים על ידי עוסקים הכפופים לחוק לצורך ביצוע פעולות המוסדרות בחוק אינה רצויה. מטעם זה נקבע האיסור שבסעיף 3(א) לחוק בלשון גורפת. בה במידה, היה ברור למחוקק כי לא ניתן לשלול כליל את האפשרות של שימוש בקריטריונים אסורים בהקשרים בהם עוסק

החוק, וזאת מאחר שלעיתים היתרונות שבשימוש כזה עולים על חסרונותיו. לפיכך, קבע המחוקק את החריגים לאיסור, ובראשם את החריג שבסעיף 3(ד)(1) לחוק. משמעות הדברים היא שבנסיבות חריגות, ניתן בכל זאת לעשות שימוש בקריטריון האסור, למרות הנזק הכרוך בכך, וזאת בשל "ערך פודה" (redeeming value) שיש לכך במקרה הקונקרטי. ודוק, המחוקק לא התיר את השימוש בקריטריון האסור בכל מקרה בו יש בכך תועלת, אלא רק בנסיבות ייחודיות. בקשר לחריג בו עסקינן, נסיבות אלה תוחמו בלשון המצמצמת: "כאשר הדבר מתחייב...". מכאן, שכתנאי מקדמי לבחינת הפעלת החריג, על הטוען לכך, קרי על העוסק המבקש להצדיק את השימוש בקריטריון האסור, להצביע על שני אלה: ראשית, כעניין עובדתי, עליו לשכנע את בית המשפט כי הטעם בעטיו עשה שימוש בקריטריון האסור היה באמת ובתמים הטעם לו הוא טוען; שנית, כעניין נורמטיבי, על בית המשפט להגיע למסקנה כי הטעם האמור הוא בעל פוטנציאל להצדיק את הסטייה מהכלל, דהיינו עליו להשתכנע כי מדובר בהצדקה משמעותית ולגיטימית לסטייה מהכלל האוסר על שימוש בקריטריון אסור. אפרט.

42. שימוש בקריטריון אסור המנוי בחוק על ידי עוסק יכול לנבוע משלוש סיבות מרכזיות: ראשית, מאחר שאלה העדפותיו הפרטיות של העוסק (להלן: העדפות העוסק); שנית, מאחר שאלה להערכתו ההעדפות של לקוחותיו בקשר לפעילות בה מדובר (להלן: העדפות לקוחות); שלישית, מאחר שהדבר תורם להבנתו לכדאיות העסקית של פעולת העסק (להלן: כדאיות העסק) (ראו ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תאוריה כלכלית" עלי משפט ג 37, 53 (2003)). כך, למשל, בעל בית מלון עשוי לקבוע סף מינימום לגיל המתארחים במלון (למשל, בגירים בלבד) משלוש סיבות שונות: ראשית, העדפות העוסק, דהיינו בעל בית המלון באופן אישי אינו רוצה ילדים ובני נוער בסביבתו ובעסקו; שנית, העדפות לקוחות, כלומר העוסק מעריך כי הלקוחות הפוקדים את המלון מעדיפים לשהות בסביבה שאינה כוללת קטינים; שלישית, כדאיות העסק, כלומר העוסק סבור כי בהינתן טיב השירותים שהוא מציע, הרווח שהעסק יכול להפיק מהכנסת לקוחות בגירים בלבד עולה על הרווח שיוכל להפיק משירות בגירים וקטינים כאחד (וזאת, גם אם הלקוחות עצמם אדישים לאפשרות שקטינים יתארחו בבית המלון, או אפילו היו מעוניינים בכך). החריג שבסעיף 3(ד)(1) לחוק איסור הפליה מאפשר כאמור שלא לפסול כהפליה אסורה התנהלות עוסק העושה שימוש בקריטריון אסור, אם השימוש בקריטריון האסור "מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי". מכאן שהמחוקק כלל אינו מאפשר שימוש בקריטריון אסור המנוי בחוק בשל העדפותיו

האישיות של עוסק הכפוף לחוק, אלא דורש כי תתקיים זיקה הדוקה (הנלמדת מהלשון "מתחייב") בין השימוש בקריטריון המנוי בחוק לבין הפעולה המוסדרת בחוק. במילים אחרות, העדפות העוסק לעולם אינן יכולות להצדיק את החלת החריג שבסעיף 3(ד)(1) לחוק איסור הפליה; העדפות הלקוחות או כדאיות העסק יכולות באופן פוטנציאלי להצדיק את החלת החריג, ובלבד שקיימת זיקה הדוקה בינן לבין השימוש בקריטריון המנוי בחוק לעניין הפעולה בה עסקינן.

43. סייג חשוב אליו עלינו להידרש נוגע להתבססות על העדפות לקוחות. כאשר העדפות ציבור הלקוחות אינן לגיטימיות, כגון כאשר אלה העדפות המבוססות עצמן על תפיסות גזעניות או מיזוגיניות, ממילא אין הן יכולות לשמש בסיס להצדקת מדיניות מפלה (ראו והשוו: דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 351-350 (2000); בג"ץ 4343/19 כן לזקן - לקידום זכויות הזקנים נ' כנסת ישראל, פסקה 17 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ניל הנדל (16.3.2022)). כך, למשל, תחנת רדיו אינה יכולה למנוע מנשים לעלות לשידור בטענה כי אלה העדפות המאזינים, מאחר שהעדפות אלה הן, כשלעצמן, העדפות פסולות (השוו רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות, פסקאות 53-54 לפסק דינו של השופט יורם דנציגר, פסקאות 10-11 לחוות דעתה של השופטת דפנה ברק-ארז (9.12.2015)). היענות להעדפות פסולות אינה יכולה להצדיק שימוש בקריטריון אסור. ואולם, אם ההעדפות נתפסות כלגיטימיות, כגון העדפת בגירים לבלות במקום בו לא מצויים קטינים, אזי הן עשויות להצדיק, במקרים המתאימים, שימוש בקריטריון אסור במטרה לאפשר את מימושו.

44. מה נדרש, אם כן, על מנת שעוסק ישכנע כי להערכתו מתקיימת זיקה הדוקה בין השימוש בקריטריון האסור המנוי בחוק לבין הפעילות הכפופה לחוק, באחד משני ההיבטים שצוינו לעיל – העדפות לקוחות או כדאיות העסק? אינני סבור כי לשם כך על העוסק לשכנע במאזן ההסתברות כי זיקה הדוקה כזו מתקיימת מבחינה אובייקטיבית. בכלל זה, לדידי, אין לדרוש ממנו בהכרח כי יניח לפניו בית המשפט מחקרים או סקרים המלמדים על צדקת הנחתו (הגם שהוא רשאי כמובן לעשות כן). לעוסק שמורה החירות לעצב את פעילות עסקו באופן שהוא מעריך כי יביא לו להצלחה עסקית, וזאת גם אם איננו יכול לעגן הערכותיו בראיות אובייקטיביות חד משמעיות. כך, למשל, אם בעל בית המלון מבקש לייעד את השימוש במלון לאוכלוסייה בוגרת, שאינה חפצה בנוכחות קטינים, אינני סבור כי עליו לשכנע בקיומו של נתח שוק גדול מספיק החפץ בסוג זה של שירותי אירוח. המבחן לפיו סבורני שיש לנהוג ביחס לשלב

זה הוא מבחן המשלב רכיב סובייקטיבי ורכיב אובייקטיבי. מבחינת הרכיב הסובייקטיבי, יש לבחון האם אכן הטעם שהנחה את העוסק לעשות שימוש בקריטריון אסור המנוי בחוק הוא באמת ובתמים זה הנטען על ידו, ולא טעם נסתר. בכך על בית המשפט להשתכנע מעבר למאזן ההסתברויות. מבחינת הרכיב האובייקטיבי, יש לבחון האם הטעם שהוצג מגלה הצדקה לכאורית העשויה לעמוד בתנאי החרג: האם מדובר בהגשמת העדפות לגיטימיות של הלקוחות או בשיקול עסקי משמעותי, אשר די בהם כדי להביא עוסק סביר לעשות שימוש בקריטריון האסור. בכך על בית המשפט להשתכנע כאפשרות סבירה בלבד.

45. עניין פרוז'אנסקי ממחיש בעיניי מקרה בו העוסק לא צלח את השלב השני, דהיינו לא שכנע כי קיים פוטנציאל להצדקת השימוש בקריטריון האסור שנדון באותו מקרה – קריטריון המגדר. באותו עניין קבעה המשיבה כי הכניסה למועדון "טרומן קפוטה" ברחובות, אשר הופעל על ידה, תוגבל בגיל כניסה מינימאלי, כאשר סף הכניסה שנקבע היה שונה לגברים (26) ולנשים (24). הטיעון שהעלתה המשיבה להצדקת הפער בגילאי הסף היה שברצונה לייעד את המועדון לקבוצת אוכלוסייה בוגרת, ואולם מאחר ש"מבחינה סטטיסטית בקרב זוגות רבים הגבר מבוגר מהאישה [...], ישנה הצדקה מבחינה עסקית לקבוע גיל כניסה מינימאלי נמוך יותר לנשים כדי שלא לאבד זוגות לקוחות פוטנציאליים רבים" (פסקה 7 לפסק דינו של השופט יורם דנציגר). הצדקה זו, השייכת לשיקולי כדאיות העסק, לא עברה את מבחן הפוטנציאל להפעלת החרג, שכן לא שכנעה את שופטי ההרכב, לא בכנותה ולא בסבירותה (וראו פסקה 33 לפסק דינו של השופט יורם דנציגר). גם הצדקות אחרות שהובאו להתנהלות המשיבה לא היו משכנעות בעיני בית המשפט. כך היה לגבי התכלית המבוססת על העדפות הלקוחות של "רצון ביצירת מקום בעל אווירה מסויימת", וכן באשר לתכלית המבוססת על כדאיות העסק, להפחית אלימות בהינתן ההנחה לפיה "גברים נוטים להיות אלימים יותר מנשים בנות גילן" (הציטוטים הללו והציטוטים בהמשך הפסקה לקוחים מחוות דעתו של השופט סלים ג'ובראן). הראשונה נפסלה בהיותה שיקוף להעדפות פסולות ("האווירה המסויימת אליה שואפת המשיבה היא אווירה המדיפה ניחוח כבד של היררכיה מגדרית"), ואילו השנייה בהעדר זיקה מספקת בין הטענה (שלא הוכחה) לשימוש בקריטריון האסור ("אף לו הייתה מביאה המשיבה תימוכין כלשהם לדבריה (ותימוכין שכאלו לא מביאה המשיבה כלל) לא היה בהם כדי להצדיק את ההפליה. כל שהיה בנתונים אלו להצדיק הוא מצב בו כניסתם של גברים רבים יותר בגילאים מסויימים הייתה נמנעת לאור התנהגותם האישית והחשש מהתנהגות אלימה על ידם").

46. דוגמה נוספת למקרה בו טיעון העוסק לא עמד בדרישה להוכיח פוטנציאל של כניסה לגדר החריג היא פסק דיני בעניין מירב, אשר נדון לפניי בבית המשפט המחוזי. באותו מקרה הציעה חברת הביטוח הנתבעת ללקוחותיה ביטוח רכב אשר כלל גם שירותי דרך של החלפת גלגל. בכתב השירות נקבע כי תמורת השירות האמור ישלמו לקוחות גברים 80 ש"ח, בעוד שלקוחות נשים יהיו פטורות מתשלום. חברת הביטוח הצדיקה את מתן ההטבה האמורה לנשים בלבד בכך שהחלפת גלגל היא, לשיטתה, "עניין המצוי באופן (כמעט) בלעדי בתחום המומחיות הגברי, ועל כן ראוי לדרוש אותו מגבר אך לא מאשה" (פסקה 41). באותו מקרה סברתי כי הצדקה זו, מעבר לקשיים העובדתיים שהיא מעוררת, אינה יכולה להיכנס כלל לגדר החריג. זאת, מן הטעם שההנחה אינה נתמכת ב"שיקולים אקטואריים וכלכליים המאפיינים את ענף הביטוח", אלא היא בגדר "גימיק שיווקי", אשר בינו לבין אופיו ומהותו של המוצר הביטוחי אין דבר וחצי דבר" (פסקה 46). לשון אחרת, אין מדובר בטיעון שיש לו פוטנציאל להביא לתחולת החריג, בהעדר זיקה הדוקה בין השימוש שנעשה בקריטריון האסור (מגדר) לבין טיבה של הפעילות בה עסקינן (שירותי ביטוח).

47. השלב השני של המבחן בוחן, איפוא, את הכנות ואת פוטנציאל השכנוע שבטיעון המובא על ידי העוסק על מנת להצדיק את השימוש בקריטריון האסור. במידה רבה, הגם שלא באופן שלם, הוא עולה בקנה אחד עם פסק דינו של השופט יורם דנציגר בעניין פרוז'אנסקי, אשר שמה את הדגש על העדר האמינות של ההצדקה שהוצגה על ידי העוסק באותו עניין (השוו: פינטו, מהותו של השוויון המהותי, בעמ' 120-126). ודוק, אמינות ההצדקה, הן מההיבט הסובייקטיבי (היותה ייצוג כן ואמיתי של טעמי העוסק) והן מההיבט האובייקטיבי (הצגת טעם לגיטימי ומשמעותי לאפשר שימוש בקריטריון האסור), היא תנאי מקדמי להחלת החריג. רק לאחר שנמצא כי בפי העוסק הסבר אמין ובעל פוטנציאל שכנוע, יש טעם לעבור לשלב השלישי – ולהציב זה מול זה את הטעמים שביסוד האיסור והטעמים שביסוד החריג, כפי שהם משתקפים בנסיבות המקרה הקונקרטי.

שלב III – האם יש הצדקה להחלת החריג שבסעיף 3(ד)(1) לחוק?

48. החלת החריג דורשת להשתכנע כי באיזון שבין הטעמים שביסוד האיסור, לבין ההצדקות שביסוד החריג, ידן של האחרונות על העליונה. בחינה זו דורשת להעמיד זה מול זה את עוצמת הפגיעה הנובעת מהשימוש בקריטריון האסור המנוי בחוק בהקשר בו מדובר (להלן: עוצמת הפגיעה) כנגד התועלת הצומחת מכך במקרה

הקונקרטי (להלן: התועלת המופקת). בהערכת עוצמת הפגיעה יש להתחשב, בין השאר, באופי הקריטריון בו מדובר (ודוק, שימוש בכל קריטריון אסור המנוי בסעיף 3 לחוק איסור הפליה מהווה הפליה לעניין השלב הראשון של הניתוח (השוו רע"א 5070/21 איזובר בתי קפה בע"מ נ' שרגני (27.7.2022)); ואולם לעניין עוצמת הפגיעה, להבדיל מעצם ההפליה, קיים שוני בין שימוש בקריטריון של גזע, לשימוש בקריטריון של מגדר, ובין שני אלה לשימוש בקריטריון של גיל, ובטיב הפגיעה שהשימוש בו גורמת בנסיבות המקרה (כגון, שימוש היוצר סטיגמה שלילית לעומת שימוש ניטרלי; שימוש הפוגע בקבוצה מוחלשת לעומת שימוש שאינו פוגע בקבוצה שכזו, או שימוש המחזק אותה). בהערכת התועלת המופקת יש להביא בחשבון את חשיבות ההיזקקות להבחנה על פי הקריטריון האסור במסגרת הפעולה בה עסקינן, וכן בהינתן החלופות העומדות לפני בית העסק. מאחר שעסקינן בהחלת חריג לכלל, הנטל להוכיח עמידה בשלב זה מוטל אף הוא על העוסק-הנתבע.

49. הצורך לאזן בין עוצמת הפגיעה בערך השוויון לבין התועלת שתופק במישור היעילות (בין אם על דרך של הגשמת העדפות לקוחות ובין אם על דרך של שיפור כדאיות העסק), והכל בנסיבות המקרה הקונקרטי, מעורר שאלות מורכבות. החשובות שבהן הוארו בחוות דעתו של השופט סלים ג'ובראן בעניין פרו'אנסקי (ראו גם פינטו, מהותו של השוויון המהותי, בעמ' 126-130). עיקר הקושי נוגע לשאלה מתי יש למנוע שימוש בקריטריון אסור כמנבא סטטיסטי הרלוונטי לשירות בו עסקינן או כמכשיר להגשמת העדפות של הלקוחות, וזאת כאשר מדובר בטיעון אמין – דהיינו, כאשר בנסיבות הקיימות, הקריטריון האסור אכן מספק ניבוי סטטיסטי אמין או דרך יעילה להגשמת העדפות לגיטימיות של הלקוחות, באופן העשוי לתרום לרווחיות העסק. בנסיבות אלה, עשוי להיות היגיון כלכלי מבחינת העוסק לעשות שימוש בקריטריון האסור, והשאלה המתעוררת היא מתי ראוי לאפשר לו לעשות כן במסגרת החריג שבסעיף 3(ד)(1) לחוק איסור הפליה, כלומר מתי יש לראות שימוש שכזה כ"מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי".

50. כשלעצמי, לאופן בו יש לבצע את מלאכת האיזון יש רכיב קונטקסטואלי מובהק, ולפיכך ספק אם ניתן, או נכון, להציע מבחן אחיד. ואולם, ניתן להצביע על שיקולים מרכזיים בהם ראוי להתחשב (וזאת מבלי להתיימר למצות את רשימת השיקולים הרלוואנטיים):

- החשיבות החברתית שבמיגור השימוש בקריטריון האסור בו מדובר בכלל, ובהקשר הקונקרטי בפרט: רשימת הקריטריונים האסורים שבחוק איסור הפליה, במיוחד לאחר הרחבתה, אינה עשויה מעור אחד. יש בה קריטריונים שהחברה הישראלית מייחסת חשיבות מיוחדת להכחדתם באופן מוחלט מזירות המסחר והעסקים. כך, למשל, הקריטריונים של גזע או דת, בהינתן המטען ההיסטורי הנלווה להפליה מטעמים אלה, והנזק ששימוש בהם מסב לכבוד האדם ולמרקם החיים המשותף. יש ברשימה קריטריונים שחשוב להגביל את השימוש בהם למינימום האפשרי. כך, למשל, הקריטריון של מגדר, אשר למרות הרתיעה שהוא מעורר, בשל שימושים פוגעניים שנעשו ונעשים בו, הוא עדיין עשוי להיות נחוץ בהקשרים בהם ההבחנה בין נשים לבין גברים היא אכן רלוונטית. בצד זאת, ישנם קריטריונים שהחברה רואה חשיבות שלא להשתמש בהם בהקשרים מסוימים, אך אינה נרתעת מהם בהקשרים אחרים. גיל הוא ככל הנראה דוגמה לכך (השוו אברהם, פעולה המיטיבה עם אדם יכולה להפלותו, בעמ' 297 הערה 57). לאינטרס החברתי הטמון בבסיסו של כל קריטריון אסור יש השלכה על האיזון במקרה נתון. כך, למשל, ניתן להתווכח על השאלה האם ומתי מגדר יכול לשמש קריטריון לקביעת פרמיית ביטוח, וזאת בהינתן יכולתו לנבא את הסיכון האקטוארי להתרחשות מקרה הביטוח; ואולם, דומני כי קיימת תמימות דעים שגזע או דת הם קריטריונים פסולים לקביעת פרמיית ביטוח, וזאת גם אם יוכח כי בהקשר זה או אחר יש לנתונים אלה רלוונטיות סטטיסטית; לעומת זאת, דומה כי המוסכמה היא שגיל הוא קריטריון בו רשאית חברת ביטוח לעשות שימוש, וזאת גם אם הרלוונטיות שלו לסיכון לו היא חשופה אינה מלאה (השוו לדעת הרוב בדנ"א 5325/19 הכשרה חברה לביטוח בע"מ נ' פיקאלי ((7.7.2021)).

- האמירה הכרוכה בשימוש בקריטריון האסור: לשימוש בהבחנות עשויות להיות לא רק השפעות כלכליות, אלא גם השפעה סימבולית, המתרגמת להשלכות על תפיסות אישיות וחברתיות. אדם שבשל שימוש בקריטריון אסור נשללת ממנו האפשרות ליטול חלק בפעילות מסוימת, או מוטלות עליו דרישות ומגבלות מיוחדות כתנאי להשתתפות באותה פעילות, עשוי לחוש השפלה וביזוי. כך הוא, למשל, המצב כאשר אדם שבשל השתייכותו הגזעית, הדתית או המגדרית נאסר עליו להיכנס למקום בילוי או נדרש ממנו להימצא בחלקו האחורי של כלי הרכב. תחושות שליליות אלה

מתעצמות כשהן קשורות לפרקטיקות של דיכוי קבוצתי, אשר לחלק לא מבוטל מהן יש לא רק ביטוי בהווה, אלא גם משא כבד מהעבר. בתורן הן עשויות גם להשפיע על מבנים חברתיים – להביא להיחלשות תפיסות שוויון שאנו מעוניינים בחיזוקן, ולהתחזקות הכללות וסטריאוטיפים שליליים שמן הראוי למגרם (להדגשה וחידוד של היבטים אלה ראו פינטו, מהותו של השוויון המהותי, בעמ' 130-133; קריכלי-כץ, אי-שוויון מגדרי והפליה סטריאוטיפית, בעמ' 273-282). ככל שמתעצמת האמירה השלילית הכרוכה בשימוש בקריטריון האסור, בהינתן ההקשר החברתי, התרבותי וההיסטורי שלה, כך גם עולה העלות החברתית שבמתן היתר לשימוש בקריטריון זה. על כן, למשל, מניעת כניסה למועדון או למסעדה מטעמים של גזע, דת או מגדר, אשר היבט ההשפלה הכרוך בהן מובהק, במיוחד בהינתן נטלי העבר, מעוררת קושי ניכר במיוחד, וספק אם יש נסיבות בהן תותר. לעומת זאת, באותן נסיבות בהן השימוש בקריטריון האסור אינו מלווה באמירה פוגענית כלפי מי מהלקוחות, הרי שהנכונות להתיר את השימוש בו תגבר. כך, למשל, ייחוד פעילות לרווקים או נשואים בלבד, אינה כרוכה לרוב באמירה פוגענית, וזאת למרות שמעמד אישי הוא קריטריון אסור (וראו דברי ההסבר לסעיף 4 להצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ס-2000, ה"ח 370, 372 (להלן: דברי ההסבר להצעת החוק)), בה צוין כי "דוגמא מובהקת להגנה טובה היא פעילות במקום ציבורי שנועדה לפנויים ופנויות, הסגורה בפני אנשים נשואים".

- מידת הפגיעה הנגרמת לקבוצות מוחלשות: מאחורי מרבית הקריטריונים האסורים, גם אם לא כולם, עומד הרצון להגן על אוכלוסיות מוחלשות – זאת, הן בראי העבר (קבוצות שנטל של קיפוח היסטורי פוגע ביכולת חבריהן להשתלב באופן שוויוני במרקם החיים החברתי) והן בראי ההווה (קבוצות שחבריהן עלולים שלא לזכות ביחס שוויוני בשל גודלן היחסי המוגבל או כוחן הפוליטי המצומצם). ודוק, סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה מנוסח אומנם בצורה כוללת, האוסרת על הפליה באופן כללי, לאו דווקא של קבוצות מוחלשות, ואולם, כבר בהצעת החוק נאמר כי הסדר זה "אוסר הפליה כנגד קבוצות, שלגביהן קיימת היסטוריה של קיפוח והפליה בעבר" (דברי ההסבר להצעת החוק, בעמ' 371). לפיכך, בבואנו לבצע איזון, יש מקום לייחס משקל גם לשאלה מיהו הנפגע כתוצאה מהשימוש בקריטריון

האסור. לעיתים, הנפגעים יהיו דווקא חברי הקבוצה 'החזקה', וזאת כאשר ההפליה בה מדובר היא בגדר "הפליה מתקנת" הפועלת לטובת בני הקבוצה 'החלשה'. כך, למשל, כאשר מוסד אקדמי פרטי נותן עדיפות בקבלה לבני פריפריה (הקריטריון האסור במקרה זה הוא מקום מגורים, וזאת מכוח סעיף 3(א1) לחוק איסור הפליה). במצבים אלה, הנטייה לאשר את השימוש בקריטריון האסור תגבר משמעותית. ואולם, במקרה הנפוץ, הנפגעים מהשימוש בקריטריון האסור יהיו בני הקבוצה 'החלשה'. כך, למשל, כאשר ניתנת עדיפות מוחלטת לכניסה לבריכה לתושבי היישוב, יש להניח כי הדבר יפעל לטובת תושבי היישובים החזקים והעשירים, ולרעת תושבי היישובים החלשים והעניים (השוו, עניין מנסור, פסקה 60 לפסק דינה של השופטת דפנה ברק-ארז). במצבים אלה, יש לקמץ במתן האפשרות להתבסס על הקריטריון האסור. ייתכנו גם מצבים בהם השימוש בקריטריון האסור פוגע הן בקבוצה 'חזקה' והן בקבוצה 'חלשה'. כך, למשל, בעניין מירב הפגיעה הכלכלית נגרמה לאוכלוסייה 'החזקה' (מבוטחים גברים) אך הפגיעה הלא ממונית נגרמה לקבוצה 'החלשה' (מבוטחות נשים). פשיטא, כי גם במצב זה הנכונות להסכין עם השימוש בקריטריון האסור צריכה להיות נמוכה.

- הרלוונטיות של הקריטריון האסור להסדרת הפעילות בה עסקינן: ככל שמתחזקת הזיקה שבין הפעילות אותה מבקשים להסדיר לבין הקריטריון האסור בו מבקשים לעשות שימוש, גדלה ההצדקה לשימוש בקריטריון האסור. כך, למשל, כאשר מדובר בתמחור שירותי ביטוח, שימוש בהבחנות על בסיס השתייכות קבוצתית, הוא לעיתים קרובות מחויב המציאות. לעומת זאת, קשה לראות מה הצורך שיש למסעדה או למוסך לתמחר את שירותיהם לציבור לפי ההשתייכות הקבוצתית של הלקוחות. לאור זאת, בעוד שיש להפגין גמישות יחסית ביחס לשימוש בקריטריון אסור על ידי חברות ביטוח כשהן מתמחרות את שירותי הביטוח שהן מציעות לציבור, אין מקום לנהוג כך ביחס למסעדה או מוסך. ניתוח ברוח זה נכון גם ביחס למתן שירותים בעלי אופי אינטימי (למשל, מלתחות או שירותי עיסוי) – ניתן להצדיק בהקשר זה שימוש (מוגבל) בהבחנות על בסיס מגדר; קשה הרבה יותר להצדיק שימוש בהבחנה על בסיס גזע או דת.

- החלופות הקיימות לשימוש בקריטריון האסור: לעיתים קרובות, ניתן להמיר את השימוש בקריטריון האסור, באבחנה חלופית שאיננה מצריכה הפרה של האיסור הקבוע בסעיף 3(א) לחוק איסור הפליה. כך, למשל, שימוש בקריטריון של ותק, שאינו קריטריון אסור, יכול במקרים מתאימים להחליף שימוש בקריטריון של גיל, שהוא קריטריון אסור; שימוש בקריטריונים של "עבר תעבורתי" או "נסועה" יכול להיות אפקטיבי בהקשר של הערכת סיכונים תעבורתיים לא פחות, ואולי יותר, מאשר תקריבים סטטיסטיים כגון מגדר או לאום; וכיו"ב. כאשר קיימת חלופה טובה, לא כל שכן עדיפה, לשימוש בקריטריון האסור, הנטייה צריכה להיות שלא להסכים להפעלת החריג.

- החלופות הקיימות נוכח השימוש בקריטריון האסור: היקף הפגיעה שגורם השימוש בקריטריון האסור לקבוצה המופלית לרעה מבחינה חומרית תלוי, מטבע הדברים, בחלופות הנותרות הפתוחות לפניה. כך, למשל, הפגיעה שנגרמת לגברים מכך שהשתתפות בשיעור אימון גופני מוגבלת לנשים בלבד תלויה בשאלה אם קיימים שיעורים אחרים הפתוחים גם לגברים. מטבע הדברים, הפגיעה החומרית הנגרמת עקב שימוש בקריטריון אסור עולה ככל שעלותה של החלופה הקרובה מתייקרת (והשוו לעניין שוקרון, בו הודגשה העובדה שלא עמדה לרשות החפצים ברחצה משותפת כל חלופה סבירה).

51. אדגים את המרכזיים שבשיקולים הללו. נניח כי בעל בית המלון המעוניין לקבוע מדיניות אירוח של "בגירים בלבד", צלח את השלב השני ושכנע את בית המשפט כי השימוש בקריטריון הגיל הוא בעל פוטנציאל להצדיק את החלת החריג, וזאת מאחר שהגורם המדריך אותו באמת ובתמים הוא הערכתו בדבר העדפת הלקוחות הפוטנציאליים, וכי העוסק הצביע על טעם לגיטימי ומשמעותי לשימוש בקריטריון האסור בהקשר בו עסקינן. עדיין יש לבחון, במסגרת השלב השלישי, האם התועלת האמורה עולה על הפגיעה הכרוכה בשימוש בקריטריון האסור, וזאת בהינתן מכלול הנסיבות. בחינה כזו בדוגמה שלעיל תביא, כך יש להניח, למסקנה כי במציאות הישראלית התועלת המופקת עולה על עוצמת הפגיעה. זאת, שכן היקף הפגיעה בקטינים (ובהוריהם) הוא נמוך במקרה דנן, הן לאור קיומם של בתי מלון אחרים בהם ניתן להתארח עם קטינים, והן בשל העדר אמירה פוגענית בשימוש בקריטריון הגיל. מאידך גיסא, התועלת המופקת מהשימוש בקריטריון האסור לצורך מתן מענה להעדפות הלגיטימיות של הלקוחות, היא משמעותית, וזאת במיוחד בשים לב להעדר

חלופות של ממש לשימוש בקריטריון הגיל (בחניה פרטנית של התנהגות הקטין, מעבר להיותה כרוכה בעלויות גבוהות יחסית, עלולה לגרום יותר נזק מתועלת). אם אכן כך, הרי שהפרקטיקה האמורה, הגבלת שירותי המלון לבגירים בלבד, למרות השימוש שהיא עושה בקריטריון הגיל, לא תהווה הפליה אסורה במבחני חוק איסור הפליה (מצב הדברים מורכב יותר ככל שמדובר בקביעת גיל סף גבוה מ-18, וזאת בגלל האפקט הפוגעני שעלול להיות להגדרה שכזו ביחס לבגירים-צעירים, אשר מדיניות בית המלון מוסיפה להתייחס אליהם כקטינים. על כן, אבקש להותיר את הדיון במקרה זה למקרה ממשי, ככל שיתעורר).

52. בעניין שוקרון, אשר עסק בהחלטת המועצה המקומית קריית ארבע שלא לאפשר שחייה מעורבת בבריכת השחייה העירונית, ציינתי כי האיסור על רחצה מעורבת יש בו משום הפליה, וזאת גם אם אין הוא כרוך ביצירת סטיגמה שלילית ביחס למי מהקבוצות – גברים או נשים. וכך נימקתי מסקנה זו:

האיסור על הבחנה במתן שירותים לציבור על בסיס קריטריון אסור, ומין בכלל זה, כולל, במקרה הרגיל, גם איסור על מדיניות של "נפרד אך שווה" (separate but equal). מדיניות שכזו, המבחינה על בסיס מגדרי תוך יומרה לספק לגברים ולנשים שירותים באיכות שווה, היא ככלל מדיניות מפלה ופסולה. נפרד לעולם אינו שווה. עצם העובדה שהענקת שירות לציבור נעשית תוך הבחנה בין נשים וגברים, טומנת בחובה לרוב את הפגיעה המרכזית אותה ביקש המחוקק למנוע – הפגיעה הנובעת מתיוגו של מקבל השירות על פי הקריטריון האסור (המגדר אליו הוא משתייך), ולא על פי הקריטריון הרלוונטי להענקת השירות (זכאות, נזקקות וכיו"ב).
(פסקה 5 לחוות דעתי).

באותו עניין עלתה השאלה האם רצונה של קבוצה מסוימת ברחצה נפרדת יכולה לשמש הצדקה להפעלת החריגים הקבועים בחוק איסור הפליה, ובמיוחד החריג הקבוע בסעיף 3(ד)(3) לחוק, המתיר קיום מסגרות נפרדות לגברים או לנשים בתנאים מסוימים, שאיננו מענייננו במקרה דנן. לעניין החריג שבסעיף 3(ד)(1) לחוק ציינתי בקצרה כי הוא אינו מתקיים, "שכן אין דבר ב'אופיו או מהותו' של השירות או המקום הציבורי, המצדיק הבחנה בין מתרחצים לבין מתרחצות" (פסקה 7 לחוות דעתי). בהינתן הניתוח שהוצג לעיל, נראה כי יש למתן עמדה זו, ולהכיר בכך שהעדפות רוב לקוחות הבריכה לרחצה נפרדת די בהן כדי ליצור פוטנציאל לתחולת החריג. יחד עם זאת, גם כך, עדיין אין בדבר כדי להצדיק את החלת החריג במבחן השלב השלישי של הניתוח.

הטעם לכך הוא שעוצמת הפגיעה בה מדובר באורח חיי המיעוט היא ניכרת, ואין בתועלת הצומחת מהשימוש בקריטריון האסור על מנת לענות לדרישות רוב הלקוחות כדי להטות את כפות המאזניים לכיוון החלת החרג. מצב הדברים עשוי להיות שונה, בראי חוק איסור הפליה (אך, לאו דווקא בראי חובותיה הציבוריות של מפעילת הברכה באותו מקרה), אילו היו מתקיימות נסיבות אחרות. לדוגמה, אם היה מוכח כי הקבוצה המבקשת לעשות בברכה שימוש לצורך רחצה מעורבת היא קבוצה קטנה מאד, או אם היו לאותה קבוצה חלופות אחרות בקרבת מקום.

53. סיכומו של חלק זה: סבורני כי ראוי לאמץ מבחן תלת-שלבי להפעלת האיסור שבסעיף 3(א) לחוק איסור הפליה, והחריג שנקבע לו בסעיף 3(ד)(1) לחוק:

- בשלב הראשון יש לבחון האם חל האיסור, דהיינו האם הנתבע הוא עוסק הכפוף לחוק אשר עושה שימוש בקריטריון אסור לצורך פעולה המוסדרת בחוק. הנטל להוכחת שלב זה הוא על התובע, וככל שהוא עומד בו הוכחה הפרה לכאורה של חוק איסור הפליה.

- בשלב השני נדרש לבדוק כי קיים פוטנציאל להפעלת החרג, כאשר על הנתבע לשכנע כי עשה בו שימוש מתוך אמונה כנה כי הדבר נדרש למטרה המוצהרת, ועל בית המשפט להתרשם כי לשימוש שכזה יש פוטנציאל לעמוד בדרישות החרג.

- בשלב השלישי נדרש לאזן בין פוטנציאל הפגיעה שבשימוש בקריטריון האסור במקרה בו עסקינן, לבין התועלת המופקת מכך, בין אם באמצעות היענות להעדפות לגיטימיות של הלקוחות ובין אם על דרך של שיפור הכדאיות העסקית של הפעילות.

מצוידים בתובנות אלה נפנה לבחינת המקרה שלפנינו.

חוק איסור הפליה – יישום על המקרה הקונקרטי

54. בחינת השלב הראשון, קיומה של הפליה אסורה לכאורה, אינו מעורר קושי ניכר במקרה דנן. אין חולק כי הבנקים הם עוסק הכפוף לחוק, ולא צריכה להיות מחלוקת כי בהציעם תכנית שירותים כדוגמת חשבון "סטודנט" הם מבצעים פעולה

המוסדרת בחוק. מאחר שהבנקים עושים שימוש גם בקריטריון גיל, שהוא קריטריון אסור לאור תיקון מס' 3, הרי שהמערערת עומדת בנטל להוכיח הפליה לכאורה מצד הבנקים כלפיה.

55. במסגרת השלב השני עלינו לבחון האם הבנקים הציגו הצדקה פוטנציאלית לשימוש בקריטריון האסור. לשם כך, עלינו לבחון תחילה את הטעמים הנטענים על ידי הבנקים לשימוש בקריטריון הגיל, על מנת להעריך האם הם מייצרים פוטנציאל להחלת החריג. בתוך כך, עלינו לבחון הן את הרכיב הסובייקטיבי (האם השימוש בקריטריון הגיל נעשה מתוך אמונה כנה כי הוא משרת את הטעמים המוצגים על ידי הבנקים) והן את הרכיב האובייקטיבי (האם הטעמים הללו מייצגים העדפות ציבור לגיטימיות או כדאיות עסקית משמעותית העשויות להדריך את העוסק הסביר, ולהביאו לעשות שימוש בקריטריון האסור). בית משפט קמא התרשם, ולנו אין כל יסוד להתערב בקביעותיו העובדתיות לעניין זה, כי הבנקים צמצמו את הקבוצה לה מוצעת התכנית בה עסקינן, "חשבון סטודנט", לסטודנטים צעירים בלבד, משני נימוקים שלובים: ראשית, מבחינת הלקוח הפוטנציאלי, ההטבות הניתנות במסגרת תכנית זו מיועדות לבגירים-צעירים, המצויים בתחילת מסלול החיים העצמאי שלהם, ותואמת את הצרכים האופייניים של אוכלוסייה זו; שנית, מבחינת הבנק, הנכונות לתת הטבות אלה, בהיקף שנקבע ובעלות הנגזרת ממנה, נובעת מערך עסקי שהבנק רואה במתן תמריצים אלה לסטודנטים צעירים. כך, בהינתן דפוס הנאמנות של לקוחות הבנק, המתעצב בראשית חייו העצמאיים של הלקוח, ובשים לב לפוטנציאל הכלכלי הגבוה הטמון באוכלוסיית הסטודנטים הצעירים. שילובם של שני השיקולים הללו הוא העומד ביסוד השימוש בקריטריון הגיל על מנת להבחין בין שני סוגי אוכלוסיות של סטודנטים – סטודנטים צעירים היכולים להצטרף לחשבון סטודנט; סטודנטים מבוגרים שאינם יכולים להצטרף לחשבון מסוג זה.

56. בהינתן שאלה באמת ובתמים התכליות שעמדו לנגד עיני הבנקים, עולה השאלה האם הן עומדות ברכיב האובייקטיבי של השלב השני, דהיינו האם הן נשענות על העדפות לקוחות לגיטימיות או על כדאיות עסקית משמעותית בעיני בנק סביר. אני מתקשה לראות, בנסיבות המקרה, כיצד ניתן לפסוק אחרת. כך, במיוחד, בהינתן שלמרות התחרות הקיימת בין הבנקים, משותפת מדיניות זו לכל חמשת הבנקים הגדולים, תוך שמתקיימת ביניהם שונות מסוימת לעניין רף הגיל. וזאת יש לזכור, אילו לא היה לבנק אינטרס של ממש להגביל את חשבון הסטודנט לסטודנטים צעירים בלבד, יש להניח שאחד מהם היה מוצא כדאיות כלכלית בהסרת מגבלה זו, ומשיכת

הסטודנטים המבוגרים המעוניינים בפתיחת "חשבון סטודנט" אליו. העובדה שרק הבנק השישי בגודלו בחר לעשות כן, מעידה על כך שמתקיים, ככל הנראה אחד משני אלה, או שילוב ביניהם: מצד אחד, אין בנמצא ככל הנראה סטודנטים מבוגרים רבים כדוגמת המערער שיש להם עניין לפתוח "חשבון סטודנט"; מצד שני, אין כדאיות עסקית מבחינת הבנק להציע לסטודנט בוגר הטבות המוצעות לסטודנט צעיר. בין כך ובין כך, צולחים הבנקים את מבחני השלב השני, ומצביעים על טעמים שיש להם פוטנציאל להצדיק את החלת החריג.

57. באים אנו, איפוא, לשלב השלישי של הניתוח, במסגרתו עלינו לבחון לאן נוטה כף המאזניים באיזון בין עוצמת הפגיעה הנגרמת בנסיבות המקרה בשל השימוש בקריטריון האסור לבין התועלת המופקת מכך. מהטעמים שיפורטו להלן, סבורני כי כף המאזניים נוטה לטובת הבנקים, דהיינו לטובת אישור הפרקטיקה של תיחום "חשבון סטודנט" במגבלת גיל. אפרט.

58. ראשית, הקריטריון האסור במקרה זה, קריטריון הגיל, אינו מקבוצת הקריטריונים שניתן או ראוי להעלים כליל את השימוש בהם בהקשר בו עסקינן, יחסי בנק-לקוח. לגילו של אדם יש חשיבות לעניין פעילותו מול מוסדות בנקאיים, והוא משליך על מגוון שאלות שלבנק מותר לשאול, ולהביא בחשבון. כך, למשל, לעניין היסטוריית האשראי, יכולת ההחזר, פוטנציאל ההשתכרות, איפיון הצרכים, ועוד כהנה וכהנה מאפיינים המשליכים על ההתקשרות שבין הבנק לבין הלקוח. ואכן, גם המערער לא חלקה על כך שהבנקים רשאים להציע תכניות בנקאיות לקבוצות גיל שונות, כפי שמקובל ונהוג (למשל, חשבון קטין או חשבון גיל הזהב). ואולם, אם השימוש בקריטריון הגיל כתנאי לכניסה לתכנית בנקאית הוא לגיטימי ביחס לאוכלוסיית לקוחות הבנק בכללותה, מדוע יש לפסול את השימוש בו לצורך הבחנה בתוך תת-קבוצה של לקוחות הבנק (במיוחד כשתת-קבוצה זו, "סטודנטים", לא נבחרה על סמך קריטריון אסור)? למצער, ברור כי הפגיעה הנגרמת מכך היא בעוצמה חלשה יחסית.

59. שנית, אין סטיגמה שלילית משמעותית בכך שהבנקים מציעים תכניות בנקאיות שונות לסטודנטים צעירים ולסטודנטים מבוגרים מהשיקולים שצוינו על ידי הבנקים. האמירה כי קיים שוני בצרכים של לקוחות המצויים בשלבים שונים במסלול החיים, וזאת גם אם הם חולקים ספסל לימודים משותף, היא בגדר מציאות ידועה, ואין בה כדי לבטא עמדה שלילית, לא ביחס לסטודנטים ולסטודנטיות הצעירים ולא ביחס

לחבריהם וחברותיהם המבוגרים מהם. כנגזר מכך, גם ספק אם נגרמה פגיעה רגשית כלשהי למערערת או למי מבני גילה מכך שהבנקים אינם מוכנים להעניק להם יחס זהה לזה המוענק לסטודנטים הצעירים. נראה כי עיקר הטרענייה מצד המערערת היא על כך שמונעים ממנה יתרונות כלכליים שהיא סבורה שתוכל להפיק מהטבות חשבון הסטודנט. ואולם, עניין זה (ככל שהוא נכון) הוא כולו במישור הכלכלי, ואין לו דבר עם פגיעה שאינה כספית במעמדה או ברוחה של המערערת או חברי הקבוצה האחרים.

60. שלישית, התועלת שבמתן אפשרות לבנק לערוך הבחנה בתוך תתי-קבוצות של לקוחות לפי קריטריון הגיל היא משמעותית, והדבר מועיל בסופו של דבר לא רק לבנק, אלא גם ללקוחות עצמם. אין חולק כי לבנק מותר לעשות שימוש בקריטריון הנוגע לתחומי הפעילות של אדם (כגון עיסוק, לימוד, פנאי וכיו"ב) כדרך להבחין בין תתי-קבוצות של לקוחות. כך, למשל, הבנק רשאי להציע "תכנית לעורכי דין", "תכנית למשרתי קבע" ו"תכנית לחובבי טבע" – ואין בשימוש בקריטריונים הללו, שאינם מנויים כלל כקריטריונים אסורים בחוק איסור הפליה, כל פסול. הטעמים בגינם עושים הבנקים שימוש בקטגוריות הללו דומים, בעיקרם, לאלה שהוצגו ביחס לשימוש בקריטריון הגיל – רצונם לפלח את האוכלוסייה, ולהעניק הטבות המותאמות לכל תת-קבוצה באופן המיטיב עימה, ומשרת בצורה מיטבית את האינטרסים העסקיים של הבנק. ואולם, השימוש בקריטריונים הללו לבדם, עלול לכרוך יחדיו לקוחות שמאפייניהם וצרכיהם שונים. אין דין עורכי דין צעירים כדין עורכי דין מבוגרים, ואין דינם של חיילים שאך נכנסו לשירות קבע כדין משרתי קבע העומדים בפני פרישה. למותר לציין שגם חובבי הטבע אינם עשויים כולם מקשה אחת. האפשרות להציב תנאי גיל למתן הטבה עשוי לסייע לבנק להטיב את רמת הדיוק בהגדרת הקבוצה, והגבלת השימוש בו תחייב את הבנקים לעשות שימוש במנגנונים ובתקריבים אחרים, העשויים להיות יעילים פחות, ולא דווקא רצויים יותר. כך, לדוגמה, כתחליף לגיל יכול הבנק לעיתים לעשות שימוש בקריטריון של ותק. במקרים אחרים, שימוש בקריטריון חלופי אינו אפשרי, או כרוך בעלויות לא מבוטלות. כך, למשל, ותק בלימודים אינו בהכרח מדד אמין להבחנה בין סטודנטים לעניין טיב השירותים הבנקאים הדרוש להם. בענייננו, טענו הבנקים, ואף ביססו זאת בחוות דעת מומחה, כי השימוש בקריטריון גיל מאפשר להם לפלח את אוכלוסיית הסטודנטים בצורה המשרתת הן את העדפותיו של הלקוח הטיפוסי והן את שיקוליו העסקיים של הבנק. בכך שכנעו לא רק כי השימוש בקריטריון הגיל נעשה על ידם בשל אמונה כנה בתועלתו, אלא גם שקיימת תועלת ממשית בכך שהדין יאפשר להם להוסיף לפעול בדרך זו.

61. ולבסוף, היקף הפגיעה החומרית בסטודנטים המבוגרים מכך שלא מתאפשר להם להצטרף לתכנית בה עסקינן אינו רב, שהרי הבנק מעמיד לטובתם חלופות, שבעבור רבים מהם אינן נחותות, ואולי אף עדיפות, על פני התנאים שניתנים במסגרת "חשבון סטודנט" לסטודנטים צעירים.

62. המסקנה העולה מהאמור היא שבנסיבות המקרה דנן עמדו הבנקים בנטל המוטל עליהם לשכנע כי התועלת הממשית הגלומה בכך שיותר להם להשתמש בקריטריון האסור של גיל, לצורך התניית ההצטרפות לחשבון סטודנט, עולה על הנזק המצומצם שנגרם עקב כך. משכך, צדק בית משפט קמא עת שקבע כי לבקשת האישור המונחת לפניו אין תוחלת.

סוף דבר

63. מהטעמים שפורטו לעיל, סבורני כי צדק בית משפט קמא במסקנתו כי אין אפשרות סבירה שהשאלה אותה העלתה המערערת, האם רשאי בנק להתנות הצטרפות לחשבון סטודנט ברף גיל מסוים, תוכרע לטובת הקבוצה. לפיכך, דין הערעור להידחות.

64. בהינתן החידוש שבשאלה שהוצגה לפתחנו, ותרומתו של הערעור לפיתוח הדין, אציע לחבריי כי למרות דחיית הערעור, נמנע מלהטיל הוצאות על המערערת, ונסתפק בהוצאות הבלתי מבוטלות שהטיל עליה בית משפט קמא.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט ע' גרוסקופף, ואף לטעמי דין הערעור להידחות. עם זאת, אציע להלן הסתכלות מעט אחרת על המונח "הפליה" ועל תרשים הזרימה של חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה או החוק).

1. מבחינה לשונית צרה, המונח "הפליה" הוא במקורו מונח ניטרלי שפירושו "הבחנה, יחוד, הבחנה בין שונים (לטובה או לרעה)" (מילון אבן-שושן המרכז (2004)). גם בתרגום לאנגלית, המונח *discrimination* במובנו הלשוני מוגדר באופן ניטרלי בתור "distinction" (CONCISE OXFORD ENGLISH DICTIONARY, p. 410 (11th edition,) (revised, 2008) (להלן: מילון אוקספורד)).

עם זאת, בשונה מהמונח "הבחנה", דומה כי בימינו המונח "הפליה" איבד במידת מה מהניטרליות הלשונית המקורית שלו, וכיום נלווה אליו מטען ערכי, על פי רוב שלילי. מעניין להיווכח כי כך הדבר גם בשפה האנגלית, כפי שעולה מהגדרה עוקבת למונח *discrimination* במילון אוקספורד, שמילותיה הן: "make an unjust distinction in the treatment of different categories of people, especially on the grounds of race, sex or age" (ההדגשה הוספה – י"ע); אך יצויין כי תחת הגדרה זו נאמר כי השימוש במונח בהקשר זה נעשה בדרך כלל (usually) באמצעות צירוף המילים *discriminate against*; וראו בדומה במילון אוקספורד הקנדי (THE CANADIAN OXFORD DICTIONARY 399 (2001)).

2. בספירה המשפטית הדברים נחזים כברורים ביתר שאת. כך, לדוגמה, כבר לפני כשלושה עשורים נחקק חוק איסור הפליית אנשים עם עיוורון המלווים בכלבי נחייה, התשנ"ג-1993, ופשוטו של מקרא שבמונח "הפליה" התכוון המחוקק להפליה פסולה ולא להבחנה סתם. כך גם עולה מסעיף 2 לחוק הנ"ל, שכותרתו "איסור הפליה בתעסוקה", הקובע כי עובדת היותו של אדם עם עיוורון המלווה בכלב נחייה לא תשמש עילה לאי העסקתו במשרה כלשהי. גם בפסיקה אנו מוצאים ביטוי לתפישה כי "הפליה" אינה אלא הפליה פסולה, כדברי השופט מ' חשין בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485 (1996):

"והפליה, ידענו, היא הרע-מכל-רע. הפליה מכרסמת עד כלות ביחסים בין בני-אנוש, ביניהם לבין עצמם. תחושת הפליה מביאה לאובדן עשתונות ולהרס מירקם היחסים בין אדם לרעהו. אנו נתקלים בתופעת ההפליה יום-יום: במקום העבודה, בבית המשותף, בעמידה בתור, ביחסם של בעלי שררה לאזרח ולתושב. כך בהפליה אישית, כך בהפליה חברתית, כך בהפליה אתנית, כך בכל הפליה והפליה. הפליה תפרק משפחה. בהפליה מתמשכת יאבד עם ותשבות ממלכה. אין פלא אפוא שבכל אתר ובכל דור עשו ועושים בני החברה הנאורים להעלמתה ולמיגורה של ההפליה. והמלחמה היא מלחמה מתמדת, מלחמת יום-יום. משולה היא

להדיפת כלי הים, שאם תנוח לרגע ישטפוך ויכסוך. עיקר הוא, כמובן, יחסי האנוש בחיי היום-יום. וגם אם לא נדקדק בקיום המצווה 'ואהבת לרעך כמוך', נתבע ונתבע קיום הצו 'דעלך סני לחברך לא תעביד': כל ששנוא עליך לא תעשה לחברך" (שם בעמ' 503, פסקה 8 לדעת המיעוט של השופט חשין).

(כן ראו רע"א 10017/17 מ-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן, פסקה 13 לפסק דינו של השופט מזוז (19.8.2019)).

3. מסתבר כי בשפה האנגלית התרחשה תופעה דומה שאפיינה את התפתחות המונח discrimination בהקשרו המשפטי. כך לדוגמה, במילון המשפטי BLACK'S LAW DICTIONARY (8th edition, 2004), מונח זה מוגדר, בין היתר, באופן הבא:

"Differential treatment; especially, a failure to treat all persons equally when no reasonable distinction can be found between those favored and those not favored" (שם בעמ' 500)

(ראו גם הגדרה קודמת שם, המפרשת מונח זה כ"השפעה של חוק או מנהג מבוסס שמעניק או מונע הטבות מקבוצה מסוימת בשל גזע, גיל, מין, לאום, דת או מוגבלות" (בתרגום חופשי – י"ע)). מאלפים בהקשר זה דברים של Fullwinder, כפי שהם מצוטטים שם:

"The dictionary sense of 'discrimination' is neutral while the current political use of the term is frequently non-neutral, pejorative. With both a neutral and a non-neutral use of the word having currency, the opportunity for confusion in arguments about racial discrimination is enormously multiplied. For some, it may be enough that a practice is called discriminatory for them to judge it wrong. Others may be mystified that the first group condemns the practice without further argument or inquiry. Many may be led to the false sense that they have actually made a moral argument by showing that the practice discriminates (distinguishes in favor of or against). The temptation is to move from 'X distinguishes in favor of or against' to 'X discriminates' to 'X is wrong' without being aware of the equivocation involved" (Robert K. Fullwinder, THE REVERSE DISCRIMINATION CONTROVERSY 11-12 (1980)).

הנה כי כן, הבלבול והעירוב בין "הבחנה" ו-"הפליה" ל"הפליה פסולה" היה מנת חלקה של השפה האנגלית כבר לפני למעלה מארבעים שנה.

4. על רקע התפתחות המושג "הפליה", ובראי האמור לעיל, יש אפוא בסיס להנחה כי המונח "הפליה" שבחוק איסור הפליה לא דבק במובנו הלשוני הניטרלי של המונח, אלא נושא עמו מטען ערכי שלילי. ואכן, עיון בהוראות החוק ובדברי ההסבר להצעת החוק תומך במסקנה כי זו היתה תפישת המחוקק. כך לדוגמה, בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר כי "מדינת ישראל התחייבה בכמה אמנות בין-לאומיות למגר באמצעות חקיקה כל צורה של הפליה", וכי החוק "בא ליישם את התפיסה של כבוד האדם, להגן עליו מפני הפליה גם בתחום המשפט הפרטי, ולהקנות עילת תביעה אזרחית בשל הפליה, בסייגים הקבועים בו" (הצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ס-2000, ה"ח הממשלה 2871, עמ' 370) (ההדגשות הוספו – י"ע). גם בספרות מלומדים אנו מוצאים ביטוי לתפישה כי החוק אינו עוסק ב"הבחנה סתם" כי אם בהפליה פסולה:

"המושג הפליה מיועד ללכוד קטגוריה ספציפית ומטרידה במיוחד של מעשים שנובעים מחוסר כבוד לאדם, דהיינו, מקרים שבהם חוסר הכבוד שפלוני רוחש כלפי אלמוני מניע אותו להרע את מצבו של האחרון בהשוואה לאחרים (הדומים לו מבחינה רלוונטית) או למנוע ממנו הטבות הניתנות לאחרים (הדומים לו מבחינה רלוונטית)" (דני סטטמן "מדוע פעולה המיטיבה עם אדם אינה יכולה להפלותו" עיוני משפט מב 239, 261 (תש"ף) (להלן: סטטמן)).

(כן ראו: רונן אברהם ודני סטטמן "פוסטרים ועוגות חתונה: מתי סירוב לספק שירות לקבוצות חשודות איננו בגדר הפליה אסורה" משפטים נב 1, 5-6 בטקסט הצמוד לה"ש 12 (עתיד להתפרסם בתשפ"ג); דני סטטמן "הפליה, סטריאוטיפים והמשימה של יצירת חברה צודקת יותר" עיוני משפט מב 315, 325-326 (תש"ף)). ובמילים אחרות, "הפליה מציינת אפוא אופן מיוחד של כישלון בהבעת כבוד שווה לבני אדם" (סטטמן, עמ' 268; על כך שתכליתו של חוק איסור הפליה היא הגנה על כבוד האדם מפני הפגיעה שבהפליה, ראו גם רונן אברהם "מדוע פעולה המיטיבה עם אדם יכולה בהחלט להפלותו" עיוני משפט מב 283, 289 (תש"ף) (להלן: אברהם); וראו והשוו רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ, פסקאות 23-29 לפסק דינו של השופט דנציגר (16.11.2011)).

5. לצורך חוק איסור הפליה, ניתן אפוא להבחין בין שלוש קטגוריות שונות של מצבים: בקצה האחד של המשרעת ישנה "הפליה" אסורה מכוח החוק; בקצה השני של המשרעת ישנה "הבחנה" מותרת שכלל אינה עולה כדי הפליה; ובתווך ישנם מצבים שעל פי טיבם אמנם מהווים "הפליה", אך המחוקק ביקש להתירם ולהוציאם מכלל הפליה.

6. באספקלריה זו, לצורך יישום הוראותיו של חוק איסור הפליה, ובהתאם לתכליתו, אציע לקרוא את הוראות החוק כמחילות מבחן דו-שלבי. בשלב הראשון, לצורך כניסה בשערי של חוק איסור הפליה, יש לבחון אם הפרקטיקה הרלוונטית מהווה הבחנה מותרת (שאז כלל לא תהא תחולה לחוק), או שמא מדובר בפרקטיקה העולה כדי הפליה, כאשר אבן הבוחן המרכזית לקיומה של הפליה היא פגיעה, בכוח או בפועל, במישרין או בעקיפין, בכבודו של אדם. מקום שבו ייקבע כי מדובר בהפליה, יפתחו שערי של החוק. או-אז, יש לפנות לשלב השני ולבחון אם הפליה זו נכנסת תחת אחד מהחריגים המנויים בחוק המתירים את ההפליה.

7. ודוק: לא כל אימת שמדובר בהבחנה לפי אחד מהקריטריונים המנויים בסעיף 3(א) לחוק (גזע, דת, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי, הורות או לבישת מדי כוחות הביטחון וההצלה), פירוש הדבר כי הבחנה זו עולה בהכרח כדי הפליה לצורך הוראות החוק. לדוגמה, אם פלוגנית מפעילה פעוטון לילדים עד גיל שנתיים, ברי כי אין בכך משום פגיעה בכבודו של איש, לא בכוח ולא בפועל, לא במישרין ולא בעקיפין. לפיכך, הגם שהקריטריון של גיל הוא קריטריון המנוי בסעיף 3(א) כקריטריון אסור, בדוגמה זו כלל אין מדובר בהפליה אלא בהבחנה מותרת, ומשכך פרקטיקה שכזו כלל לא תיכנס בשערי החוק.

לעומת זאת, ישנם מצבים שבהם אין מדובר בהבחנה מותרת אלא בהפליה, אך למרות זאת המחוקק מצא לנכון להחריגם מתחולתו של החוק ולהוציאם מגדר הפליה. דוגמה לכך היא הפרדה מגדרית בבתי תפילה. ברי כי הפרדה מסוג זה עלולה לפגוע בכבודו של אדם, ונקל להבין ללבן של נשים החשות נפגעות מן הדרישה לשבת מאחור ולהשקיף על הדברים מבעד למחיצה. ברם, המחוקק לא ביקש לאסור על הפרדה מגדרית משיקולי דת, וקבע חריג המאפשר, בתנאים מסוימים, קיומן של מסגרות המפרידות בין גברים לנשים, לרבות משיקולי דת (סעיף 3(ד)(3) לחוק; וראו בהרחבה בפסק דינו של השופט דנציגר ברע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך - פורום

נשים דתיות, פסקאות 23-24, 53 וההפניות שם (9.12.2015)). זאת, חרף העובדה שמלכתחילה, הפרדה כזו היא ביסודה פרקטיקה מפלה.

8. המודל הדו-שלבי המוצע מעמיד אפוא במרכז הכובד את השלב הראשון, שבגדרו נערכת בחינה מהותית של הפרקטיקה המדוברת, שבגדרה ייקבע אם זו מהווה הפליה אם לאו. כפי שצוין לעיל, אבן הבוחן המרכזית לקיומה של הפליה היא פגיעה בכבודו של אדם. במסגרת בחינה זו ניתן להסתייע בחלק מהמבחנים שהציג חברי (בגדרו של השלב השלישי במודל המוצע על ידו), ובכללם: החשיבות שבמיגור השימוש בקריטריון האסור, אם באופן כללי ואם בהקשר הקונקרטי; "האמירה" שכרוכה בשימוש בקריטריון האסור; ומידת הפגיעה הנגרמת לקבוצות מוחלשות (פסקה 50 לחוות דעתו). שלב זה משמש אפוא בתור המסננת העיקרית של החוק, שנועדה להכניס בגדרו רק את אותן פרקטיקות העולות כדי הפליה. כפי שצוין, מקום שבו נקבע בגדרו של השלב הראשון כי אכן מדובר בהפליה, יש לפנות לשלב השני ולבחון אם חרף קיומה של הפליה, מדובר בהפליה מותרת הנכנסת תחת איזה מהחריגים המנויים בחוק, ובכלל זה החריג שאליו נדרש חברי לצורך הכרעה במקרה דנן, המעוגן בסעיף 3(ד)(1) לחוק.

9. לטעמי, המודל הדו-שלבי המוצע מתיישב ביתר קלות עם לשון החוק, והחריג המעוגן בסעיף 3(ד)(1) לחוק ממחיש זאת היטב. חריג זה, על פי לשונו, מוציא מגדר הפליה מצבים שבהם "הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי". פשוטו של מקרא, שחריג זה עניינו במוצרים או שירותים שמחייבים, בשל טיבם, נקיטת פרקטיקה שעשויה להיתפש כהפליה. דוגמה טיפוסית לכך היא גביית פרמיית ביטוח דיפרנציאלית בהתאם לקבוצות גיל שונות. בדוגמה זו, התאמת הפרמיה לגיל המבוטח היא אינהרנטית למוצר הביטוחי המבוסס אקטואריה, וכפי שציין חברי, דומה כי אין חולק שגיל הוא קריטריון שבו רשאיות חברות הביטוח לעשות שימוש (ראו משה כהן-אליה "על היסוד הנפשי שבבסיס איסור ההפליה בפסיקת בית-המשפט העליון: כוונה? תוצאה? אדישות?" משפט וממשל יז 147, 175-173 (תשע"ו) (להלן: כהן-אליה)), שם עומד המחבר על כך שהפליה סטטיסטית (כמו בתחום הביטוח) אינה אסורה באופן קטגורי, אלא במצבים שבהם היא מכוונת נגד קבוצה מוחלשת ויש בה כדי להעצים דעות קדומות וסטריאוטיפים בהקשרים אחרים או כדי להעביר מסר של נחיתות). דוגמה נוספת למצב שבו הדבר "מתחייב" מטיב השירות היא הפרדה מגדרית כאשר מדובר בסוגי שירותים הכרוכים בלבוש מינימאלי

(חברי התייחס למקרים של "מתן שירותים בעלי אופי אינטימי" כגון מלתחות או שירותי עיסוי).

אם כן, ככלל, בגדרו של השלב השני שבו נבחנת תחולתו של החריג, השאלה העומדת לדיון אינה מתמקדת בפן הערכי ובשאלה אם הפרקטיקה המדוברת עלולה לפגוע בכבודו של אדם, אלא בשאלה אם חרף פגיעה אפשרית בכבוד האדם, ישנה הצדקה להתיר את הפרקטיקה ולהוציאה מכלל הפליה. ואכן, חלק מהמבחנים המוצעים על ידי חברי מגשימים היטב את הצורך לבחון את תחולתו של החריג, כגון שאלת קיומן של חלופות העומדות לרשות העוסק, והרלוונטיות של הקריטריון להסדרת הפעילות המדוברת. לעומת זאת, דומני כי חלק מהמבחנים האחרים שמנה חברי (כמוזכר בפסקה 7 לעיל), מקומם הטבעי הוא במסגרת השלב הראשון, שבגדרו נבחנת שאלת קיומה או העדרה של הפליה, וספק בעיניי עד כמה נכון להעמיס על כתפיו הצרות של סעיף 3(ד) לחוק את כלל השיקולים הערכיים והמהותיים הקובעים הפליה מהי.

10. הערה נוספת. סעיף 6 לחוק קובע מעין "חזקת הפליה" במקרים שבהם הנתבע סירב לספק מוצר או שירות בזיקה לקריטריונים המנויים בסעיף 3 לחוק (כמפורט בס"ק 6(1)-(4)). סעיף זה עניינו בנטל ההוכחה. דהיינו, מקום שבו מוגשת תביעה נגד עוסק בגין הבחנה שביצע לפי אחד מהקריטריונים המנויים בסעיף 3, הנטל יעבור אליו להסביר מדוע מדובר בפרקטיקה מותרת, והוא יוחזק כמי שפעל בניגוד להוראות החוק "כל עוד לא הוכיח אחרת". בנטל זה ניתן לעמוד בשני אופנים: האחד – להסביר מדוע הפרקטיקה המדוברת כלל אינה עולה כדי הפליה כמובנה בחוק (כמו בדוגמת הפעוטון שהוזכרה לעיל), שאז ממילא יש בכך כדי להוציאה מגדרו של החוק; השני – להוכיח כי הפרקטיקה נכנסת בגדרו של אחד מהחריגים המנויים בסעיף 3(ד) לחוק (כגון שההבחנה מתחייבת מאופיו של המוצר). מובן אפוא כי סעיף 3(ד) אין בו כדי למצות את כלל המצבים שבהם אין מדובר בהפליה פסולה, ותיתכנה פרקטיקות מבחינות שאינן בגדר הפליה פסולה, הגם שהן לא נכנסות תחת החריגים המצומצמים המנויים בסעיף 3(ד) לחוק.

עד כאן דברים במישור העקרוני.

11. שאלת קיומה של הפליה במקרה שלפנינו היא לכאורה מורכבת מאחר שההפליה הנטענת נעשית ביחס לתת-קבוצה. אין חולק על כך שהבנק רשאי להבחין

בין קטינים-חיילים-חיילים משוחררים-בגירים-צעירים-מבוגרים-גמלאים וכיו"ב. הבנק רשאי להבחין גם בין סטודנטים לבין עורכי דין ובעלי מקצועות חופשיים אחרים. ברם, משנעשה הסיווג על פי השוני הרלוונטי בין הקבוצות השונות, שאלה היא אם יש מקום לתת-סיווג נוסף, שאינו נובע מהסיווג הראשוני. נניח כי במסגרת "מסלול סטודנט" הבנק מעניק לסטודנטים כרטיסי הנחה למופע של זמר מפורסם. המערכת מגיעה לדלפק בבנק או בקופת המופע ומבקשת כרטיס בהנחה, אך אז נאמר לה שהיא אמנם סטודנטית, אך מחמת גילה אינה זכאית להנחה. כך מוצאת המערכת את עצמה כשהיא מודרת מתוך קבוצת הסטודנטים שאלה היא משתייכת, אך ורק בשל גילה. לעומת זאת, אם תציג המערכת את תעודת הסטודנט שלה במוזיאון בארץ או בחו"ל, מן הסתם תזכה להנחת סטודנט. יש בדוגמה זו כדי להמחיש את מורכבות השאלה.

12. למרות זאת, בשורה התחתונה, הגעתי למסקנה כי המקרה אינו מהווה הפליה, ואצביע בקצרה על מערך השיקולים שהביא אותי, בהצטברותם, למסקנה זו. ודוק: אמנם איננו עוסקים במושג השוויון בתחום המינהלי או החוקתי, אך השיקולים שיפורטו להלן יכולים לשרת את בית המשפט בבואו לבחון את איסור ההפליה בדין האזרחי, מכוח חוק איסור הפליה, ובפרט את השאלה אם מדובר בהפליה או בהבחנה מותרת (השלב הראשון).

תכלית לגיטימית וראויה: הבנק הצביע על שתי תכליות לגיטימיות. האחת – האינטרס העסקי של הבנק, או כפי שהגדיר זאת חברי, "העדפות העוסק". השניה – האינטרס של קבוצת הסטודנטים הצעירים שנזקקים לסיוע בתחילת דרכם. מתן הטבה גם למערכת אינו עולה בקנה אחד עם התכלית שבבסיס ההטבות שניתנות במסלול המיועד לסטודנטים. כפי שבעבר הייתה קיימת תכנית חסכון "דן חסכן" המיועדת לילדים, אזי ניתן היה לשווק את התוכנית שלפנינו, מלכתחילה, כ"מסלול לסטודנטים עד גיל 35", שאז דומה כי הפגיעה הלכאורית בשל קריטריון הגיל, הייתה מרוככת יותר.

ובכלל, מתן הטבה כלכלית בשל גיל צעיר או גיל מבוגר אינה זרה למקומותינו. כך, לדוגמה, המיזם של "שלישי בשלייקס" המעניק לאזרחים ותיקים שורה של הטבות והנחות משמעותיות של עשרות אחוזים, עבור סרטי קולנוע, הצגות, כניסה לאתרי תיירות ומורשת, מוזיאונים ועוד.

שונות רלוונטיות: ככלל, עוסק אינו רשאי ליתן הטבה לאלמוני ולשלול את אותה הטבה מפלוני באין שוני רלוונטי ביניהם. במקרה דנן, אין סטודנט צעיר בתחילת דרכו המקצועית-כלכלית, כאדם מבוגר שבגילו כבר רכש מן הסתם מקצוע או משלח יד. במצב הדברים הרגיל, הסטודנט נזקק לתמיכה כלכלית גדולה יותר.

אופי הפגיעה: גם שונות רלוונטית אינה הופכת כל הפליה למוצדקת, מקום שבו שונות זו מביאה לפגיעה קשה בליבת הזכות לשוויון, וממילא בכבוד האדם. כך, לדוגמה, על אף השונות הרלוונטית בין נשים לגברים בכל הנוגע לשירות בצה"ל בתפקידי טיסה, נקבע כי יש להתעלם ולנטרל שונות זו (בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995)). אך נטרול של שונות רלוונטית לא ייעשה כדבר שבשגרה אלא בהתייחס להבחנה המבוססת על השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת ואשר גורמת לפגיעה בכבוד האדם (ברק מדינה "שוויון ואיסור הפליה: היקפה של החובה לנטרל את השונות" 199 שטרסברג-כהן 203 (2017) (להלן: מדינה)). המקרה שלפנינו אינו מסוג המקרים שלגביהם נאמר כי יש בהפליה להביא להשפלה ולפגיעה בכבוד האדם.

הקבוצה וסוג ההפליה: ככלל, הפליה מחמת גיל היא הפליה "חשודה", הפליה שנמצאת ב"גרעין הקשה" המפורט בסעיף 3(א) לחוק. אך המקרה שלפנינו אינו מקרה שכיח של גילנות וזיהוי הקבוצה המופלית אינו כה מובהק. המבקשת אינה קשישה או גמלאית, אלא אשה כבת 50. ככזו, היא אינה משתייכת לקבוצה מובהקת ומזוהה מבחינה חברתית, היא אינה משתייכת לקבוצה שלגביה יש היסטוריה של קיפוח או לקבוצה שסובלת מסטריאוטיפים המבוססים על דעות קדומות או מהנחות של עליונות או עוינות כלפיה, ואשר באים לידי ביטוי בהפליה כלפי אותה קבוצה. הקבוצה של מבוגרים, שאליה משתייכת המערערת, כוללת למעשה קבוצות רבות באוכלוסייה, לרבות קבוצות שהן עצמן בעלות זיהוי חברתי מובהק. במילים אחרות, אין לפנינו הפליה של קבוצת מיעוט ולא הפליה העלולה לעגן סטיגמה חברתית שלילית כנגד קבוצת המבוגרים (ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תאוריה כלכלית" עלי משפט ג 37, 46 (תשס"ג); כן ראו אצל אברהם, שם מוצגות גישות שונות להבנה מהי מהותה של הפליה, וביניהן: גישה הבוחנת אם מדובר במסר חברתי פוגעני מבחינה אובייקטיבית, שבגדרה יש לבחון אם הקבוצה הרלוונטית נתפשה בעבר כנחותה, מה מעמדה החברתי כיום ומה המשמעות התרבותית של היחס כלפיה. גישה נוספת בוחנת אם המדיניות משמרת נחיתות של קבוצה אחת ביחס לקבוצה אחרת, אם ההיסטוריה הקבוצתית של אותה קבוצה כוללת הפליה או נחיתות, ואם מדובר בקבוצה

הלוקה בחוסר כוח פוליטי (שם, עמ' 295-297)). אך גם בהנחה שקבוצת המבוגרים היא קבוצה מובהקת כשלעצמה, שסובלת מהפליה, הרי שתחומיה של הפליה זו הם בעיקר בתחום התעסוקתי (וראו איסור ההפליה מחמת גיל בסעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988). לא זה המקרה שלפנינו, ובנקודה זו אנו מגיעים לשיקול קרוב נוסף.

כוונה והפליה תוצאתית: אין לפנינו הפליה מכוונת שנועדה לפגוע במי שגילו עולה על 35, ואין לפנינו ניסיון להסוות כוונה נסתרת אחרת המסתתרת מאחורי קריטריון הגיל. אמנם, הלכה עמנו כי הכוונה או המניע לפעולה המפלה אינם חזות הכל. במשפט המינהלי והחוקתי הפגיעה בשוויון נבחנת גם בתוצאה הלא מכוונת המושגת על ידה, כך שאין בוחנים אך את המניע של מקבל ההחלטה אלא גם את תוצאותיה: "החלטה היא פסולה, לא רק כאשר המניע הוא לפגוע בשוויון, אלא גם כאשר המניע הוא אחר, אך הלכה למעשה, נפגע השוויון" (ראו, לדוגמה, בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 18 לפסק דינו של הנשיא ברק והאסמכתאות שם (27.2.2006); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פסקה 51 לפסק דינו של הנשיא ברק (14.5.2006)).

ברם, בית המשפט יעשה שימוש בכלי של הפליה תוצאתית לטובת קבוצות הנתפסות מלכתחילה כמוחלשות או "חשודות" (ראו, לדוגמה, לגבי קבוצת הלהט"ב בעע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים (14.9.2010); על כך שהשימוש בפסיקה במונח "הבחנות חשודות" מתכוון למעשה ל"קבוצות חשודות" ראו אצל כהן-אליה בעמ' 165). לא זה המקרה שלפנינו. קבוצת המבוגרים שאליה משתייכת המערערת, אינה קבוצה בעלת מעמד שנתפס כנחות או כקבוצה שיש כלפיה יחס עוין של הציבור. אין מדובר בקבוצה מוחלשת, בוודאי שלא אל מול קבוצת הצעירים עד גיל 35 שאליהם מיועדת התכנית של "מסלול לסטודנט". ובכלל, ההפליה התוצאתית במקרה דנן אינה עוצמתית, לנוכח טענת הבנקים כי לרשות אוכלוסיית המבוגרים עומדים מסלולים אחרים, שמא אף משתלמים יותר. עם זאת, אדגיש כי עצם קיומה של חלופה לא מאיין בהכרח את הפגיעה הנובעת מהפליה.

13. על רקע השיקולים דלעיל, אף אני סבור כי דין הערעור להידחות. בהתאם למודל הדו-שלבי שהוצג לעיל, דומני כי מכלול השיקולים מטים את הכף לעבר המסקנה כי הפרקטיקה המדוברת אינה עולה כדי הפליה (השלב הראשון). לטעמי,

מסקנה זו מתיישבת עם לשון החוק ביתר קלות לעומת מסקנתו של חברי כי מדובר בפרקטיקה המתחייבת מטיב השירות (השלב השני). כך או כך, בין אם לפי המודל המוצע על ידי ובין אם לפי המודל המוצע על ידי חברי, אין לומר כי מתקיימים במקרה דנן התנאים הנדרשים לצורך אישור התביעה כייצוגית.

14. הערה לסיום: לאור הנתונים שבחוות הדעת שצורפה על ידי הבנקים, קשה שלא לתמוה על התנהלות הבנקים בהליך שלפנינו. מחוות הדעת עולה כי כ-92% מאוכלוסיית הסטודנטים היו בטווח הגילאים 18-35, וכשלעצמי התקשיתי להבין על מה ולמה בחרו הבנקים לנהל מלחמת חורמה ב-8% מהסטודנטים, שספק אם ועד כמה מתוכם מעוניינים בכלל להצטרף ל"מסלול סטודנט". מסופקני אם ההטבות במסלול זה הן בסדרי גודל כה גבוהים, עד כדי כך שהבנק מתקשה לספוג עוד מספר מבוגרים המשתייכים לציבור הסטודנטים, גם אם מדובר בכל ה-8%. גם אם אין באמור כדי להשליך בהכרח על השאלה אם מדובר בהפליה אם לאו, דומה כי ראוי ליתן את הדעת על כך.

15. סוף דבר, שאני מצטרף לעמדתו של חברי כי דין הערעור להידחות. בהינתן מורכבותה של הבעיה ובהינתן הערתי בסעיף 14 לעיל, אציע לחבריי לבטל גם את החיוב בהוצאות שהושתו על המערערת בבית משפט קמא.

ש ו פ ט

השופט ד' מין:

מצטרף אני לדעת חבריי כי דין הערעור להידחות. בעניין המבחן שלאורו יש לקבוע אם קיימת הפליה אסורה לפי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: החוק) מצטרף אני לדעתו של חברי השופט י' עמית. זאת מפאת הנימוקים שפורטו על ידו; מפאת פשטות יישום המבחן; ומפאת כך שהמחוקק קבע בעצמו מבחן דו שלבי – קביעת איסור ההפליה בסעיפים קטנים 3(א)-(ג) לחוק, וקביעת החריגים לכלל בסעיף קטן 3(ד) לחוק. אכן בעת יישום כל מבחן ובכל עניין – יהיה מספר שלביו של המבחן אשר יהיה – יתעוררו מצבים שבהם היישום לא יהיה תמיד קל "ותפור למידותיו" (ורק לשם דוגמה אפשר להצביע על המקרה המובא בפסקה 11 לחוות דעתו של השופט עמית). אך כך דרכו של עולם.

מקרה זה, לעניות דעתי אינו מעורר קושי והוא נכנס בנקל לגדרי סעיף 6(ד)(1) לחוק ולכן איני רואה מקום לחרוג מהאמור בתקנה 152 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 בעניין חיוב המערערת בהוצאות גם בערכאה זו.

ש ו פ ט

לאור האמור הוחלט על דחיית הערעור, ללא צו להוצאות בערכאה זו.

ניתן היום, כ"ה בתשרי התשפ"ג (20.10.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

למ 19073080_Y09.docx
מרכז מידע, טל' 077-2703333, *3852 ; אתר אינטרנט, <https://supreme.court.gov.il>