



בית משפט לתביעות קטנות בראשון לציון

ת"ק 16-01-54963 לוי נ' 012 סמייל טלקום בע"מ

תיק חיצוני:

בפני כבוד השופט אבי סתיו

התובע: רונן לוי

נגד

הנתבעת: 012 סמייל טלקום בע"מ

פסק דין

בפני תביעה במסגרתה מתעוררות שתי שאלות עיקריות: האחת, האם זכאי התובע לפיצויים לדוגמה לפי סעיף 31א(א) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 ("חוק הגנת הצרכן") על אף שלא קוימה דרישת הכתב לפי סעיף 31א(ב) לחוק. השנייה, האם הודעות שנשלחו לתובע על ידי הנתבעת נחשבות ל"דבר פרסומת" ושליחתן עולה כדי הפרה של האיסור הקבוע בסעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 ("חוק התקשורת").

רקע עובדתי

1. התובע, עורך דין במקצועו, ביצע שתי התקשרויות שונות עם הנתבעת: האחת, בספטמבר 2010, לקבלת שירותי טלפון נייד ושירותי אינטרנט בדירה ברחובות ("ההתקשרות הראשונה"); השנייה, בספטמבר 2011, לקבלת שירותי גישה לאינטרנט בדירה בתל אביב ("ההתקשרות השנייה"). לטענת התובע, בספטמבר 2011, כאשר הוא עבר מרחובות לתל אביב, הוא פנה לנתבעת בשיחה טלפונית וביקש להתנתק מהשירותים אותם רכש במסגרת ההתקשרות הראשונה, והיה משוכנע כי הנתבעת אכן ביטלה את ההתקשרות. מכיוון שהייתה לתובע התקשרות נוספת עם הנתבעת, לא הבחין התובע כי הוא ממשיך להיות מחויב בגין ההתקשרות הראשונה עד ינואר 2014. לטענת התובע, כאשר פנה לנתבעת בינואר 2014 הכחישה תחילה הנתבעת כי הוא ביקש לבטל את השירות, ואף סירבה להעביר לו את תיעוד השיחות אתו. רק לאחר שהתובע התעקש ופנה אל הנתבעת שוב ושוב, הסכימה הנתבעת לזכות אותו עבור כל הסכומים בהם חויב במסגרת עסקה זו החל מספטמבר 2011. התובע אף טען כי נציג הנתבעת הודה בפניו כי אכן היה צריך להפסיק לחייב אותו החל משנת 2011.

2. בסוף חודש נובמבר 2014 פנה התובע, לטענתו, אל הנתבעת בשיחה טלפונית וביקש לסיים את ההתקשרות השנייה. בחודש מרץ 2015 הבחין התובע כי הוא ממשיך להיות מחויב בגין התקשרות זו, ופנה אל הנתבעת בעניין זה בשיחה טלפונית ביום 10.3.2015. נציג הנתבעת שענה לפנייה הכחיש כי התובע ביקש להתנתק בנובמבר 2014, אולם הבטיח לנתק אותו החל ממועד פנייתו. בחודש יולי 2015 הבחין התובע כי הוא ממשיך להיות מחויב בגין התקשרות זו. ביום 15.7.2015 פנה התובע לנתבעת,



בית משפט לתביעות קטנות בראשון לציון

ת"ק 16-01-54963 לוי נ' 012 סמייל טלקום בע"מ

תיק חיצוני:

והנתבעת הודתה כי מתועדת במערכת שלה פנייה מחודש מרץ 2015 לסיום ההתקשרות, והסכימה לזכות אותו עבור החיובים החל ממרץ 2015, אולם לא עבור התקופה מנובמבר 2014.

3. לטענת הנתבעת, בכל הנוגע להתקשרות הראשונה לפי התיעוד הקיים במערכותיה "התובע ביקש לבדוק את האפשרות להתנתק בשנת 2011 ואולם הוא הועבר למחלקת שימור לקוחות ובפועל לא נותק ולנתבעת יש יסוד סביר להניח כי הדבר נעשה בהסכמתו" (סעיף 12 לכתב ההגנה). לטענתה, לאחר שבשנת 2014 פנה התובע והלין על כך שהוא ממשיך להיות מחויב, הא זיכתה אותו לפני משורת הדין על כל חיוביו החל מספטמבר 2011. הנתבעת מכחישה כי נציג מטעמה הודה שהיה צריך להפסיק לחייב את התובע מספטמבר 2011. אשר להתקשרות השנייה, טוענת הנתבעת כי התובע לא הוכיח שהוא פנה אליה בנובמבר 2014, ולא מתועדת אצלה פנייה של התובע במועד זה. הנתבעת מודה כי התובע ביקש להתנתק במרץ 2015, ולטענתה הוא לא נותק עקב טעות ולפיכך היא זיכתה אותו עבור החיובים בהם חויב החל מחודש מרץ 2015.

4. עניין נוסף העולה בגדר התביעה הוא הודעות שנשלחו לתובע על ידי הנתבעת – שני מסרונים שנשלחו ביום 26.3.2015 וביום 16.7.2015 והודעת דואר אלקטרוני שנשלחה ביום 9.8.2015 – אשר לטענת התובע שליחתן עולה כדי הפרה של האיסור הקבוע בסעיף 30א לחוק התקשורת. להלן נרחיב בעניינין של הודעות אלו וטענות הצדדים לגביהן.

התביעה

5. לטענת התובע, לאחר שהנתבעת זיכתה אותו עבור החיובים שחויב בהם שלא כדין בגין ההתקשרות הראשונה, הגם שלאחר מסכת הכחשות ותלאות, הוא נמנע מלתבוע פיצוי על כך. אולם לאחר שהתנהלות זו חזרה על עצמה גם בקשר להתקשרות השנייה, הוא תובע פיצויים לדוגמה לפי סעיף 31א לחוק הגנת הצרכן בגין שתי ההתקשרויות. לטענת התובע, בגין ההתקשרות הראשונה הוא זכאי לפיצוי לדוגמה בסך 10,000 ש"ח. בגין ההתקשרות השנייה, מכיוון שמדובר ב"הפרה חוזרת" ניתן לחייב את הנתבעת בפיצוי על סך 50,000 ש"ח (סעיף 31אג) לחוק הגנת הצרכן), אולם נוכח גבול סמכותו של בית משפט זה הוא עותר לפיצוי בסך 16,300 ש"ח בלבד. כמו כן, עותר התובע להשבת הסכום בו חויב, לטענתו, שלא כדין במסגרת ההתקשרות השנייה, החל מחודש דצמבר 2014 ועד מרץ 2015, בסך 81 ש"ח, ולפיצוי בסך 3,500 ש"ח בגין עוגמת נפש.

6. בנוסף, עותר התובע לפיצוי לדוגמה לפי סעיף 30א(ג) לחוק התקשורת בסך 1,000 ש"ח לכל הודעה בגין המסרונים והודעת הדואר האלקטרוני (שלטענת התובע כוללת שתי הודעות) שנשלחו אליו על ידי הנתבעת, ובסך הכל 4,000 ש"ח.

7. הנתבעת, כאמור, מכחישה כי נפל פגם בהתנהלותה בכל הנוגע להתקשרות הראשונה. אשר להתקשרות השנייה, מודה הנתבעת כי התובע לא נותק משירותיה על אף שפנה בחודש מרץ 2015 בבקשה להתנתק, אולם לדבריה מדובר בטעות אשר אינה מצדיקה פסיקת פיצוי לדוגמה. עוד טוענת הנתבעת כי ממילא התובע אינו זכאי לפיצוי לדוגמה מכיוון שלא פנה אליה בכתב, כדרישת סעיף



בית משפט לתביעות קטנות בראשון לציון

ת"ק 16-01-54963 לוי נ' 012 סמייל טלקום בע"מ

תיק חיצוני:

31א(ב) לחוק הגנת הצרכן. אשר להודעות שנשלחו לתובע, לטענת הנתבעת המסרונים שנשלחו אינם נחשבים ל"דבר פרסומי", והודעת הדואר האלקטרוני נשלחה לתובע לבקשתו, וממילא אין מדובר בהפרה של הוראות סעיף 30א לחוק התקשורת.

8. במסגרת הדיון שהתקיים בפניי ניתן דגש לשאלה של זכאות התובע לפיצוי לדוגמה לפי סעיף 31א לחוק הגנת הצרכן בהעדר פנייה בכתב. התובע טען כי דרישת הכתב הקבועה בסעיף 31א(ב) לחוק הגנת הצרכן הינה דרישה ראייתית גרידא, וכאשר אין ספק כי הופנתה לספק בקשת התנתקות וזו לא כובדה, אין בכך שהפנייה לא נעשתה בכתב כדי לשלול את זכות הלקוח לפיצוי לדוגמה. הנתבעת טענה כי דרישת הכתב היא דרישה מהותית, ומשזו לא התקיימה לא ניתן לפסוק פיצוי לדוגמה. לאחר הדיון הגישו הצדדים השלמות טיעון, בין היתר בסוגיה זו. אעיר, כי נוכח העובדה שהתובע הינו עורך דין הוצע לנתבעת בדיון כי יינתן לה היתר ייצוג, אולם היא בחרה לוותר עליו.

9. מן האמור עד כה עולה, כי התביעה מעוררת שלוש שאלות עיקריות: **האחת**, האם הפרה הנתבעת את הוראות חוק הגנת הצרכן בכך שהמשיכה לחייב את התובע לאחר שזה ביקש להתנתק משירותיה; **השנייה**, ככל שהתשובה לשאלה הראשונה תהיה בחיוב, האם זכאי התובע לפיצויים לדוגמה; **השלישית**, האם ההודעות ששלחה הנתבעת לתובע עולות כדי הפרה של האיסור הקבוע בסעיף 30א לחוק התקשורת.

נדון בשאלות אלו אחת לאחת.

האם חייבה הנתבעת את התובע שלא כדין לאחר שביקש להתנתק משירותיה?

10. אין חולק כי ההתקשרויות בין התובע לנתבעת היו "עסקה מתמשכת", כהגדרתה בסעיף 13ג(א) לחוק הגנת הצרכן. בהתאם לסעיף 13ד לחוק, ניתן לבטל עסקה מתמשכת בהודעה בעל פה או בכתב, כמפורט בסעיף. בין היתר, קובע הסעיף כי הצרכן זכאי לבטל את ההתקשרות בהודעה טלפונית. בענייננו, לטענת התובע הוא ביטל את שתי ההתקשרויות בהודעה טלפונית.

11. אשר להתקשרות הראשונה, הנתבעת מודה כי התובע פנה בספטמבר 2011 בבקשה לבטל את ההתקשרות, אלא שלטענתה "הוא הועבר למחלקת שימור לקוחות ובפועל לא נותק ולנתבעת יש יסוד סביר להניח כי הדבר נעשה בהסכמתו" (סעיף 12 לכתב ההגנה). בדיון בפניי הודתה נציגת הנתבעת כי השיחה עם מחלקת שימור הלקוחות לא תועדה על אף שהייתה אמורה להיות מתועדת. למותר לומר, כי מצב בו הספק אינו טורח לתעד את פניותיו של הלקוח או מתעד רק חלק מהפניות אינו תקין, והדבר פועל לחובתו מבחינה ראייתית (השוו, ת"צ (ת"א) 10600-05-10 לין נ' **סלקום ישראל בע"מ**, פסקאות 7 ו-10 (27.1.2013); ת"ק (ת"א) 52059-01-15 **חביב נ' סי. סי. אי גומובייל בע"מ**, פסקה 7 (3.12.2015)).

בנסיבות אלו, איני מתקשה לאמץ את טענת התובע כי הוא לא הסכים להותיר את ההתקשרות על כנה. תמונת הדברים היא כזו: קיים במערכת של הספק תיעוד על פנייה של הלקוח בבקשה להתנתק. בפועל, הלקוח לא נותק. אין במערכת כל תיעוד על הסכמה של הלקוח שלא



בית משפט לתביעות קטנות בראשון לציון

ת"ק 16-01-54963 לוי נ' 012 סמייל טלקום בע"מ

תיק חיצוני :

להתנתק. טענת הספק מבוססת על הנחה ("יסוד סביר", כלשון הנתבעת) לפיה הסיבה שבגינה הלקוח לא נותק לבסוף, הינה שבשיחה עם מחלקת שימור הלקוחות הוא חזר בו מבקשת ההתנתקות. זאת, כאמור, תוך שאין חולק כי הספק חדל בכך שלא תיעד את השיחה של הלקוח עם מחלקת השימור (תהא אשר תהא תוצאתה). פשיטא, שבמקרה כזה רובץ על הספק נטל כבד להוכיח כי בשיחה, אותה לא תיעד ברשלנותו, הסכים הלקוח לחזור בו מבקשת ההתנתקות.

בענייננו, הנתבעת הצביעה על כך שהתובע המשיך להיות מחויב בגין ההתקשרות הראשונה במשך כשלוש שנים עד שפנה אליה, אולם מקובל עלי ההסבר של התובע לפיו מכיוון שהייתה לו התקשרות נוספת עם הנתבעת הוא לא הבחין כי הוא מחויב גם בגין ההתקשרות הראשונה. המסקנה היא, אפוא, שהנתבעת לא הוכיחה שהתובע חזר בו מבקשת הביטול, וממילא התובע עמד בנטל להראות כי הנתבעת הוסיפה לחייב אותו שלא כדין בגין ההתקשרות הראשונה לאחר שביקש לבטל אותה.

12. אשר להתקשרות השנייה, אין חולק כי התובע ביקש להתנתק לכל המאוחר במרץ 2015, וכי הנתבעת לא מילאה אחר בקשתו, לטענתה עקב טעות של הנציג שטיפל בפנייה. הצדדים חלוקים בשאלה האם התובע ביקש להתנתק בנובמבר 2014. לשאלה זו חשיבות מוגבלת, שכן בכל מקרה קיימת הפרה מצד הנתבעת, והיא רלוונטית רק לשאלת חובת ההשבה של הסכום של 81 ש"ח בגין החיובים החל מחודש דצמבר 2014 ועד מרץ 2015. מכל מקום, בנסיבות העניין אני מקבל את טענת התובע, שעדותו הייתה מהימנה, כי הוא אכן פנה לנתבעת על מנת להתנתק משירותיה כבר בנובמבר 2014.

13. מסקנתי הינה, אפוא, כי במסגרת שתי ההתקשרויות פעלה הנתבעת שלא כדין בכך שהמשיכה לחייב את התובע לאחר שהוא ביקש לבטל את העסקאות. השאלה הבאה בה עלינו לדון היא האם נסיבות אלו מצדיקות פסיקת פיצויים לדוגמה לחובת הנתבעת.

האם יש לחייב את הנתבעת בפיצויים לדוגמה?

14. סעיף 31א לחוק הגנת הצרכן, שנחקק ביום 15.10.2007, מאפשר לבית המשפט לפסוק לטובת הצרכן פיצוי לדוגמה בשיעור של עד 10,000 ש"ח בגין ההפרות המפורטות בסעיף. ביום 10.4.2008 תוקן הסעיף, כך שלרשימת ההפרות המזכות בפיצוי לדוגמה נוספה ההפרה נושא ענייננו: "ביקש צרכן לבטל עסקה מתמשכת באמצעות הודעת ביטול לפי הוראות סעיף 13ד – והעוסק המשיך לחייב את הצרכן בתשלומים בשל העסקה, בניגוד להוראות אותו סעיף" (סעיף 31א(א)(2) לחוק). השיקולים אותם צריך בית המשפט לשקול לעניין קביעת גובה הפיצוי מפורטים בסעיף 31א(ה) לחוק (לעניין תכליות הסעיף ראו, ת"ק (י-ם) 3375/09 **יפרח רפאל נ' חב' סלקום בע"מ** (20.8.2009)). כאשר מדובר בהפרה חוזרת, הפרה נמשכת או הפרה בנסיבות מחמירות, כהגדרת מונחים אלו בחוק, ניתן לפסוק פיצוי לדוגמה עד 50,000 ש"ח (סעיף 31א(ג) לחוק).



בית משפט לתביעות קטנות בראשון לציון

ת"ק 16-01-54963 לוי נ' 012 סמייל טלקום בע"מ

תיק חיצוני :

15. בענייננו, כפי שקבעתי לעיל, הוכח שהתובע נתן לנתבעת הודעת ביטול בשיחה טלפונית, שהיא אחת מדרכי הביטול המפורטות בסעיף 13ד לחוק הגנת הצרכן. לפיכך, על פני הדברים מתקיימים התנאים הקבועים בסעיף 31א(א)(ב2) לחוק לפסיקת פיצוי לדוגמה. יחד עם זאת, בניגוד לטענת התובע לא הוכח כי מדובר ב"הפרה חוזרת", שכן לא נטען שהנתבעת הורשעה בגין הפרת ההוראה (ראו הגדרת "הפרה חוזרת" בסעיף 31א(ג)(2) לחוק), ולפיכך גם בגין ההפרה הקשורה להתקשרות השנייה תקרת הסכום עומדת על 10,000 ש"ח.

16. אלא שהקושי העיקרי העומד בפני התובע בדרכו לקבלת פיצוי לדוגמה הינו העובדה שהודעות הביטול שנתן לנתבעת היו בעל פה ולא בכתב. כך קובע סעיף 31א(ב) לחוק הגנת הצרכן :

"לא תוגש נגד עוסק תביעה לפיצויים לדוגמה לפי סעיף קטן (א), אלא לאחר שהצרכן שלח או מסר בקשה לפי אותו סעיף קטן, בכתב, לרבות באמצעות תקשורת אלקטרונית ; לעניין פסקה (ב2), די אם הצרכן מסר הודעת ביטול בכתב כאמור בסעיף 13ד(א)(2) ו-(ב) ; ולעניין פסקה (4), די אם הצרכן ביטל את העסקה כאמור בסעיפים 14א(ג), 14ג(ג) ו-14ג(ג)".

ענייננו נמצא בגדר "פסקה (ב2)", ולפיכך בהתאם לסעיף מותנית האפשרות לקבל פיצוי לדוגמה בכך שנעשתה פנייה בכתב או שנשלחה הודעת ביטול בכתב. לעניין זה, הודעה בכתב יכולה להיות "בדואר רשום, או בדואר אלקטרוני או פקסימילי, אם יש לעוסק" (סעיף 13ד(א)(2) לחוק).

17. אין חולק שלא נעשתה פנייה בכתב לנתבעת וכי התובע מסר את הודעות הביטול בשיחות טלפוניות. שיחה טלפונית היא אחת מדרכי הביטול האפשריות לפי סעיף 13ד לחוק, אולם לפי סעיף 31א(ב) לחוק לכאורה במקרה כזה לא ניתן לפסוק פיצויים לדוגמה. לטענת התובע, על אף האמור הוא זכאי לפיצויים לדוגמה, שכן הדרישה למתן הודעת ביטול בכתב הינה עניין ראייתי גרידא, וכאשר ברור שניתנה הודעת ביטול, גם אם בעל פה, ניתן לפסוק פיצויים לדוגמה. התובע מפנה למספר פסקי דין של בתי משפט השלום בהם נפסק כך. הנתבעת טוענת, לעומת זאת, כי דרישת הפנייה בכתב הינה דרישה קונסטטיטיבית, ואף היא מפנה למספר פסקי דין הקובעים כשיטתה.

18. עיון בפסיקה מעלה, כי אכן קיימים בעניין זה חילוקי דעות בפסיקת בתי משפט השלום (למיטב בדיקתי, הסוגיה לא נדונה בערכאות גבוהות יותר). כך, בת"ק (חי') 8569-09-09 רב הון נ' הוט מערכות תקשורת בע"מ, פסקה 25 (15.2.2010) קבע כב' השופט אייל דורון, כי שעה שקיימות ראיות חותכות וחד משמעיות לכך שהייתה פנייה בעל פה לביטול ההתקשרות, אין בכך שלא נמסרה הודעת ביטול בכתב כדי לשלול את האפשרות לפסוק פיצוי לדוגמה. גישה זו אומצה במספר פסקי דין נוספים (ראו, ת"ק (חי') 7784-09-09 לוי נ' 013 נטויז'ן בע"מ (17.2.2010) ; ת"ק (חי') 45880-06-11 שוורצברגר נ' נטויז'ן 013 ברק בע"מ (10.2.2012) ; ת"ק (י-ם) 20522-10-11 ארכנגורודסקי נ' 013 נטויז'ן בע"מ – חברת תקשורת בינלאומית (16.10.2012) ; ת"ק (קריות) 9499-09-12 סלאמה נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ (17.4.2013). השוו גם, ת"ק 23577-03-11 ארנן נ' הוט טלקום שותפות מוגבלת (2.9.2011)).



בית משפט לתביעות קטנות בראשון לציון

ת"ק 16-01-54963 לוי נ' 012 סמייל טלקום בע"מ

תיק חיצוני:

לצד זאת, ניתן למצוא פסקי דין בהם נדחתה תביעה לפיצוי לדוגמה בגין העדר פנייה בכתב, גם כאשר לא היה ספק בדבר התרחשותה של ההפרה (ראו למשל, ת"ק (י-ם) 26697-02-15 **שובין נ' פלאפון תקשורת בע"מ** (20.7.2015); ת"ק (טב') 9845-05-09 **נחום נ' חברת פלאפון תקשורת בע"מ** (19.3.2010); ת"ק (פ"ת) 16524-02-14 **גנדלר נ' בזק בינלאומי בע"מ** (23.9.2011); ת"ק (ת"א) 1328-11-12 **בודן נ' בזק בינלאומי בע"מ** (3.4.2014); ת"ק 45333-05-15 **ברונשטיין-סוויסה נ' מרום שירותים ואחזקה בע"מ** (13.12.2015) ("עניין ברונשטיין סוויסה")).

19. דעתי היא כי דרישת הכתב הקבועה בסעיף 31א(ב) לחוק הגנת הצרכן הינה דרישה מהותית בלעדית, ובהעדרה לא ניתן לפסוק פיצויים לדוגמה גם אם אין כל ספק או חולק שההפרה אירעה.

20. לשון החוק בענייננו ברורה. סעיף 31א(ב) לחוק הגנת הצרכן קובע באורח חד משמעי כי לא ניתן לפסוק פיצוי לדוגמה אלא אם קדמה לכך פנייה בכתב לעוסק או, לגבי הפרות מסוימות (כדוגמת זו שלענייננו), כאשר נשלחה לו הודעת ביטול בכתב. לטענה לפיה כאשר אין ספק ראייתי ניתן לפסוק פיצוי לדוגמה גם אם לא נשלחה הודעה בכתב אין כל אחיזה בלשון החוק, וכידוע הלשון גודרת את גבולות הפרשנות ולא ניתן לתת לדבר חקיקה משמעות שהלשון אינה יכולה לשאת (רע"פ 1782/03 **הוועדה המקומית לתכנון ובנייה, משגב נ' סועאד**, פ"ד נט (3) 652, 659-660 (2004); בג"ץ 6862/93 **צעירי אגודת חב"ד – המרכז נ' שר החינוך והתרבות**, פסקה 7 (7.3.1995)). לטעמי, לשון החוק אינה יכולה להתיישב, ולו בדוחק, עם הטענה כי דרישת הכתב אינה אלא אמצעי ראייתי, אחד מני כמה, אשר בהיעדרו ניתן להזדקק לראיות אחרות.

אמת, כי גם מקום בו נקבעה בחוק דרישת כתב קונסטרוקטיבית (כגון להתחייבות לביצוע עסקה במקרקעין לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969) יצרה הפסיקה לעתים חריגים לדרישת הכתב בהתבסס על דוקטרינות כאלו או אחרות, כגון חובת תום הלב (ראו למשל, ע"א 986/93 **קלמר נ' גיא**, פ"ד נ(1) 185 (1996)). אין צורך להידרש עתה לשאלה אם ניתן, בנסיבות חריגות ויוצאות דופן, ליצור חריג דומה לדרישת הכתב לפי סעיף 31א(ב) לחוק הגנת הצרכן. קבלת העמדה לפיה דרישת הכתב רלוונטית רק מקום בו קיים ספק ראייתי בדבר מתן הודעת הביטול אינה יצירת "חריג" לדרישת הכתב, אלא ביטולה למעשה, ולמצער צמצומה באורח ניכר, על דרך הוספת תנאים שאין להם זכר בחוק.

21. יוער, כי בהצעת החוק הממשלתית במסגרתה הוצע סעיף 31א לחוק, לא נכללה דרישה כי ההודעה המהווה תנאי לפסיקת פיצוי לדוגמה תהיה בכתב דווקא, ובדברי ההסבר אף נאמר במפורש כי "מוצע כי ההודעה תהיה בכתב או בעל פה" (הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 21) (פיצוי לדוגמה), התשס"ז-2006, ה"ח הממשלה 272). במסגרת הדיון בהצעת החוק בוועדת הכלכלה הוחלט להוסיף את דרישת הפנייה בכתב. כך, בפרוטוקול הדיון של ועדת הכלכלה מיום 31.7.2007 ציינה נציגת משרד המשפטים כי:

"פנו אלינו נציגי העוסקים ואמרו: מינימלי שהבקשה תהיה בכתב כדי שתהיה לנו ההזדמנות האמיתית לתקן את ההפרה. למרות שבהתחלה



בית משפט לתביעות קטנות בראשון לציון

ת"ק 16-01-54963 לוי נ' 012 סמייל טלקום בע"מ

תיק חיצוני :

סירבנו לאשר בקשה בכתב, כי אמרנו : הצרכנים שמתקשים לכתוב מכתב, להעביר, למה אנו מקשים עליהם? אם הצרכן מצליח להוכיח בבית משפט שהוא ביקש בעל פה, למה למנוע את זה ממנו? בסופו של דבר הסכמנו ללכת לקראת בקשת העוסקים עם שינויים מסוימים, כי גם לנגד עינינו עמד גם ההיבט הצרכני. חשבנו על כך שלצרכן יהיה קל יותר להוכיח בבית משפט שהוא ביקש, כי חובת ההוכחה עליו, ומדובר בבית משפט לתביעות קטנות, אין עורכי דין. ההליכים מאוד מהירים, אנו לא רוצים לסרב. אם לצרכן תהיה מלכתחילה החובה לשלוח בקשה בכתב, הוא יוכל להציגה בבית המשפט. הבהרנו לנציגי העוסקים, לנציגי ההתאחדות ולנציגי האיגוד, שההסכמה שלנו היא רק לגבי שליחת הבקשה בכתב. נסרב להטיל איזו חובה על הצרכן לוודא שהעוסק קיבל את הבקשה בכתב".

הנה כי כן, המחוקק היה ער לטיעון לפיו מקום בו הוכח שניתנה הודעת ביטול אין טעם לעמוד על דרישת הכתב, ולמרות זאת הכריע בעד הוספת דרישה כזו כתנאי לפסיקת פיצוי לדוגמה. ניתן, כמובן, להחזיק בעמדה לפיה רצוי היה כי דרישת הכתב לא הייתה מתווספת לחוק, אולם משעה שזו הכרעת המחוקק לא ניתן לעקוף אותה על דרך קביעה כי פנייה בכתב הינה אופציונאלית גרידא, ובכך לאיין למעשה את דרישת הכתב.

22. מעבר לדרוש אציין, כי גם מבחינת תכלית החוק איני משוכנע כי זו מצדיקה ויתור על דרישת הכתב, גם כאשר אין ספק עובדתי בדבר ביצועה של ההפרה. נראה, כי לצד התכלית הראייתית של דרישת הכתב, הבאה לייעל את הדיון ולהגביר את הוודאות – תכלית חשובה כשלעצמה בהתחשב בכך שמדובר בפסיקת פיצוי בעל גוון עונשי - ניתן להצביע על תכלית נוספת, שהיא התייחסות מחמירה יותר להתעלמות של העוסק מזכויותיו של הצרכן כאשר הוא עומד עליהן בכתב. פנייה בכתב נתפסת כ"רצינית" יותר. הגם שמצופה מהעוסק לכבד את זכויותיו של הצרכן גם כאשר הוא פונה אליו בעל פה, הרי שמקרה בו העוסק מסרב למלא את חובותיו על אף דרישה בכתב מצד הצרכן הוא מקומם יותר, ומצדיק תגובה חריפה יותר. מנקודת מבט זו, ניתן לומר כי דרישת הכתב כתנאי להטלת פיצויים לדוגמה חשובה גם במקרה בו אין ספק בדבר קיומה של ההפרה. מכל מקום, כאמור, לדעתי לשון החוק אינה מאפשרת פרשנות המייתרת את דרישת הכתב.

23. המסקנה לפיה לא ניתן לפסוק פיצוי לדוגמה מקום בו לא התמלאה דרישת הכתב הקבועה בסעיף 31א(ב) לחוק הגנת הצרכן אין פירושה כי להתנהלותו של העוסק לא יהיה כלל משקל. כך, למשל, גם מקום בו לא ניתן לפסוק פיצוי לדוגמה, ניתן להביא בחשבון את הנסיבות הקשורות לחומרת ההתנהלות כשיקול מסוים בגדר פסיקת פיצוי בגין נזק לא ממוני לפי סעיף 13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (השוו, רע"א 9615/05 שמש נ' פוקצ'טה בע"מ (5.7.2006); עניין ברושטיין סוויסה, פסקאות 13-14). אכן, תכליתו של פיצוי בגין נזק לא ממוני אינה הענשת המפר



בית משפט לתביעות קטנות בראשון לציון

ת"ק 16-01-54963 לוי נ' 012 סמייל טלקום בע"מ

תיק חיצוני:

אלא פיצוי הנפגע (ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי, פ"ד לה(4) 31, 41 (1981)), אולם בנסיבות המתאימות, ובמיוחד כאשר מדובר בעסקה צרכנית בין צדדים שיש ביניהם פערי כוחות משמעותיים, ניתן לתת משקל גם לשיקולי הרתעה (ראו הדיון בת"ק 4605-07-14 סגאוי נ' איקיוטק דיגיטל וויז'ן בע"מ, פסקאות 85-87 (18.3.2015), וההפניות שם)). כלי נוסף בו ניתן להביא לידי ביטוי את הפגם שבהתנהלות העוסק הינו במסגרת פסיקת הוצאות משפט.

יפים לעניינו דברי בית המשפט העליון (כב' השופטת ברק ארז) ברע"א 8190/14 רוזנברג נ' בזק בינלאומי בע"מ, פסקה 36 (3.6.2015):

"כאשר בית המשפט לתביעות קטנות, המיועד, בין השאר, להקל במידת מה על צרכנים להתגבר על הקושי המובנה הכרוך בהתדיינות מול תאגידים גדולים, מוצא כי תביעה צרכנית היא מוצדקת, מן הראוי שייתן ביטוי לניסיונותיהם של הנתבעים להערים בפני התובע קשיים במימוש זכותו, ככל שהיו ניסיונות כאלה. זאת, כאמור, משום שתביעות מסוג זה מיטיבות לא רק עם התובע עצמו, אלא עם ציבור הצרכנים באופן כללי, וגם לכך יש לתת משקל. במקרה דנן מתיר החוק פסיקת פיצויים לדוגמה, ודומה כי ראוי למצוא את המסגרת המתאימה להביא שיקולים אלה בחשבון גם במקרים אחרים [ההדגשה הוספה – א' ס']".

בהמשך פסק הדין מוסיף בית המשפט העליון וקובע, כי: "דומה שבפסיקתן של הוצאות משפט במקרים מסוג זה ראוי להביא בחשבון את הטרחה המיוחדת הנגרמת לעתים לצרכנים בהתמודדותם עם תאגידים גדולים, נוכח פערי הכוחות בין הצדדים" (פסקה 39 לפסק הדין). נראה, כי במסגרת השיקולים הרלוונטיים לפסיקת הוצאות בבית משפט לתביעות קטנות ניתן להביא בחשבון גם את הצורך להפוך תביעות ראויות לכדאיות מבחינה כלכלית, מקום בו סכום הנזק הינו נמוך יחסית (השוו, רע"א 1954/14 חזני נ' הנגבי, פסקה 10 (4.8.2014) ("עניין חזני"), ואת מידת החומרה שבהתנהלותו של הנתבע.

24. יחד עם זאת, חשוב להדגיש כי אין לעשות גזירה שווה בין פסיקת פיצוי לדוגמה לבין האפשרות להביא בחשבון את חומרת התנהלותו של העוסק במסגרת פסיקת פיצוי בגין עוגמת נפש והוצאות משפט. בעוד שבפיצוי לדוגמה שיקולי ההרתעה והאכיפה הינם "המנה העיקרית", הרי שבפסיקת פיצוי בגין עוגמת נפש ובקביעת הוצאות משפט מדובר ב"תבלין" בלבד. כך, לפי סעיף 31א(ה) לחוק הגנת הצרכן, הנזק שנגרם לצרכן כלל אינו שיקול בקביעת גובה הפיצוי לדוגמה, בעוד שברור שכאשר מדובר בפיצוי בגין עוגמת נפש זהו השיקול העיקרי.

25. ומן הכלל אל הפרט. בענייננו, התובע לא מסר את הודעות הביטול בכתב, ולפיכך אין לפסוק לזכותו פיצוי לדוגמה. יחד עם זאת, התובע זכאי לפיצוי בגין הטרחה ועוגמת הנפש שנגרמו לו בפרשה. בהתחשב בכך שמדובר בשתי הפרות; בקשיים שהערימה הנתבעת בפני התובע עד שהסכימה לזכותו בגין ההתקשרות הראשונה; בסירובה של הנתבעת לזכות את התובע בגין מלוא החיובים שגבתה



בית משפט לתביעות קטנות בראשון לציון

ת"ק 16-01-54963 לוי נ' 012 סמייל טלקום בע"מ

תיק חיצוני:

במסגרת ההתקשרות השנייה; ובמדיניות התיעוד הבעייתית של הנתבעת שהתגלתה בתיק זה, אני מעמיד את סכום הפיצוי הלא ממוני על סך של 1,000 ש"ח, ואת הוצאות המשפט על סך של 2,500 ש"ח. זאת בנוסף לזכותו של התובע להשבה של הסכום של 81 ש"ח בו חויב במסגרת ההתקשרות השנייה בין נובמבר 2014 למרץ 2015.

האם הפרה הנתבעת את האיסור על שליחת הודעות פרסומת ("ספאם")?

26. טענות התובע בעניין זה מתייחסות לשני מסרונים שנשלחו למכשיר הטלפון הנייד שלו ולהודעת דואר אלקטרוני שנשלחה אליו. נדון בכל אחד מסוגי ההודעות בנפרד.

המסרונים

27. ביום 26.3.2015 וביום 16.7.2015 קיבל התובע מסרונים למכשיר הטלפון הנייד שלו בנוסח הבא: "לקוח יקר, הנך מוזמן לאתר www.012.net לביצוע מגוון פעולות באיזור האישי" (יוער, כי בכתב התביעה נכתב כי המסרון הראשון נשלח ביום 16.3.2015, אולם מצילום המסך שצורף כנספח ה' לתביעה עולה שהוא נשלח ביום 26.3.2015). כתובת האתר הרשומה במסרון מופיעה כקישור (לינק), אשר לחיצה עליו מובילה לאתר של הנתבעת, הכולל לטענת התובע גם פרסומות לשירותים שונים שמציעה הנתבעת (נספח ו' לתביעה). לטענת התובע, הודעות אלו נחשבות ל"דבר פרסומת", כהגדרתו בסעיף 30א(א) לחוק התקשורת, ומשאלו נשלחו אליו בלא שנתן מראש את הסכמתו יש בכך משום הפרה של האיסור הקבוע בסעיף 30א(ב) לחוק. התובע מצביע על כך ששתי ההודעות נשלחו זמן קצר לאחר שביקש להתנתק (כזכור, התובע ביקש להתנתק ביום 10.3.2015 וביום 15.7.2015), ולטענתו הודעות אלו נועדו לשכנע אותו להישאר לקוח של הנתבעת.

28. לטענת הנתבעת, המסרונים הם "הודעות שיווקיות שאין בהן דבר פרסומת" (עמ' 3, שורות 1-2 לפרוטוקול), שכן מטרתם אינה לעודד רכישה של מוצרים או שירותים. עוד טוענת הנתבעת, כי אין קשר בין בקשתו של התובע לבטל את ההתקשרות לבין שליחת ההודעות.

29. ההגדרה של "דבר פרסומת" בסעיף 30א(א) לחוק, כנוסחה בעת הרלוונטית, היא כדלקמן:

"מסר המופץ באופן מסחרי, שמטרתו לעודד רכישת מוצר או שירות או לעודד הוצאת כספים בדרך אחרת".

יצוין כי לאחרונה תוקנה ההגדרה כך שנוספה לה התייחסות לבקשות תרומה או תעמולה, אולם ההגדרה הבסיסית לא השתנתה, ולפיכך הדיון להלן יפה גם לנוסחה הנוכחית של ההגדרה. השאלה המתעוררת היא האם ההודעה שנשלחה על ידי הנתבעת במסגרת המסרונים עונה על ההגדרה של "דבר פרסומת".

30. החוק מגדיר דבר פרסומת כמסר הבא לעודד רכישה של מוצר או שירות או הוצאת כספים בדרך אחרת. ישנם מקרים "פשוטים" בהם ברור מההודעה כי היא מיועדת לשכנע את נמעניה לבצע עסקאות או להוציא כספים. אולם, ישנם גם מקרים בהם המסר המעודד הוצאת כספים אינו מפורש.



בית משפט לתביעות קטנות בראשון לציון

ת"ק 16-01-54963 לוי נ' 012 סמייל טלקום בע"מ

תיק חיצוני:

גם במקרים אלו ההודעות עשויות להיחשב כ"דבר פרסומות". כך נקבע, למשל, לגבי הצעת מתנות או שירותים חנימיים על ידי בית עסק (ת"ק 14-05-53483 שלוו נ' אלבר ציי רכב (ר.צ.) בע"מ (31.8.2014); ת"ק 11-03-20453 לוטן נ' לוג טק תקשורת בע"מ (9.9.2011)); לגבי הצעה להצטרף למועדון לקוחות (14-10-20153 גבירצמן נ' אלבר ציי רכב (ר.צ.) בע"מ (21.3.2015) ("עניין גבירצמן"); ולגבי הודעה המציעה יישומון חנימי המשפר את חוויית השירות של הלקוח (ת"ק 14-10-21384 לוי נ' קרדן רכב בע"מ (24.9.2015) ("עניין לוי")).

31. אכן, הכלל הוא כי גם מסר המבקש לעודד הוצאת כספים בדרכי עקיפין עשוי להיחשב "דבר פרסומות", "ואין נפקא מינה אם מדובר בעידוד ישיר ומפורש בדרך של הצעת מוצר או שירות מסוים בנקודת הזמן הספציפית, או בעידוד עקיף על דרך של 'שימור' הלקוח, הגברת החשיפה למותג או פתיחת 'נתיב לקשר עמוק יותר עם מספק השירות'" (עניין גבירצמן, פסקה 16; ראו גם, ת"ק 11-14311 01-10 איכנברנר נ' תקשורת מקוונת דיגיטלית בע"מ (28.7.2016)). עם זאת, לשאלה האם מדובר בעידוד ישיר ומפורש להוצאת כספים או בעידוד עקיף עשויה להיות חשיבות כשיקול לעניין שיעור הפיצוי.

32. על רקע האמור, ניתן לחדד את השאלה העומדת לדיון בענייננו. חברה שולחת ללקוחותיה הודעה, בה היא מציעה להם דרכים לשיפור התועלת אותה הם מפיקים מהמוצר שהיא מוכרת או לקבלת חוויית שירות טובה יותר. יישומה של ההמלצה אינו כרוך באופן ישיר בהוצאת כספים. האם נחשבת הודעה זו ל"דבר פרסומות" לפי סעיף 30א(א) לחוק התקשורת? לדעתי, התשובה היא בחיוב. על אף שהמטרה הישירה של ההודעה אינה הוצאת כספים, הרי שתכליתה של שליחת ההודעות היא שימורו של הלקוח, ולפיכך נחשבות ההודעות ככאלו המבקשות, גם אם בעקיפין, לעודד הוצאת כספים. ודוק: ייתכן מאוד כי ההמלצות של החברה הן טובות וראויות ויועילו מאוד ללקוח. באותה מידה, גם הצעה המעודדת באופן מפורש רכישת מוצר או שירות יכולה להיות טובה ורצויה (כגון כאשר מדובר בהצעות המחוללות תחרות במשק). אלא שגישת החוק הינה כי הלקוח הוא זה שצריך לבחור האם הוא מעוניין בקבלת פרסומות – בין אם הן מטרידות ומעיקות ובין אם הן חשובות ונחוצות – או לא (ראו, עניין לוי, פסקה 9).

33. ומכאן לענייננו. כזכור, התובע טען כי ההודעות נשלחו אליו לאחר שביקש להתנתק מהשירות, כדרך מחוכמת להשפיע עליו לשנות את דעתו. לא שוכנעתי כי זהו המקרה, והנחתי היא כי ההודעות נשלחו אל התובע בלא קשר לבקשות הביטול. יחד עם זאת, בהתאם לניתוח לעיל, ובהתחשב בכך שנציגת הנתבעת הודתה בדיון שמדובר ב"הודעות שיווקיות", גם תחת הנחה זו מדובר ב"דבר פרסומות". זאת, אף בהתעלם מכך שלחיצה על הקישור המופיע בהודעה אינה מובילה ישירות ל"אזור האיש", אלא לאתר הנתבעת הכולל, מטבע הדברים, פרסומות רבות. מכיוון שאין חולק כי התובע לא הסכים לקבל דברי פרסומת מהנתבעת, הרי שיש בשליחת ההודעות אליו משום הפרה של סעיף 30א(ב) לחוק התקשורת. הפרה נוספת מצויה בכך שלא נכללו בהודעה דרכי קשר לצורך הסרה (ראו, סעיף 30א(ה)(2) לחוק התקשורת).



בית משפט לתביעות קטנות בראשון לציון

ת"ק 16-01-54963 לוי נ' 012 סמייל טלקום בע"מ

תיק חיצוני:

הודעת הדואר האלקטרוני

34. ביום 9.8.2015 שלחה הנתבעת לתובע הודעת דואר אלקטרוני אליה צורפה, כקובץ, חשבונית הכוללת זיכוי בגין ההתקשרות השנייה. בגוף הודעת הדואר האלקטרוני מופיעה פרסומת של הנתבעת. כמו כן, לקובץ הכולל את החשבונית צורפו שני דפים הכוללים פרסומות ואף בחשבונית עצמה ישנה מודעת פרסומת. אין חולק, כי התובע ביקש לקבל חשבוניות באמצעות הדואר האלקטרוני, אולם לטענת התובע הוא לא הסכים שיצורפו לחשבונית דברי פרסומת. יתרה מזו, לטענת התובע יש לראות בגוף הודעת הדואר האלקטרוני ובחשבונית שצורפה לה שתי הודעות נפרדות, וממילא המסקנה המתבקשת היא שהנתבעת שלחה לו שתי הודעות המפרות את האיסור הקבוע בסעיף 30א(ב) לחוק התקשורת. לטענת הנתבעת, משעה שהתובע הסכים לקבל חשבוניות באמצעות הדואר האלקטרוני, יש לראות בכך גם הסכמה לקבל את דברי הפרסומת הנלווים לחשבונית.

35. במחלוקת זו, לדעתי הדין עם הנתבעת. מטרת החוק הינה למנוע מצב בו אנשים מוטרדים על ידי הודעות הכוללות פרסומות, אותן כלל לא ביקשו לקבל. מקום בו הלקוח מבקש לקבל מחברה מסחרית מסמך מסוים (כגון חשבונית) באמצעות דואר אלקטרוני, אין זה בלתי סביר כי ההודעה הנשלחת אליו תכלול גם דברי פרסומת של החברה, ונראה כי זו אף הציפייה הסבירה של הלקוח. זאת, כמובן, בהנחה שדברי הפרסומת המצורפים למסמך המבוקש הם בהיקף סביר ביחס לאותו מסמך. לפיכך, יש לראות בהסכמה של הלקוח לקבל חשבוניות בדואר אלקטרוני גם הסכמה לכך שגוף ההודעה יכיל טקסט הנחשב לדבר פרסומת, ולכך שלחשבוניות יצורפו גם דפים הכוללים פרסומות (כפי שאלו מצורפים גם לחשבוניות הנשלחות בדואר רגיל) (ראו, ת"ק 15-01-49258 ברק נ' 012 סמייל טלקום בע"מ (17.12.2015)). זאת, כאמור, כל עוד דברי הפרסומת המצורפים הם בהיקף סביר ביחס למסמך המבוקש. במקרה כזה, אין לראות בצירוף דברי הפרסומת להודעת הדואר האלקטרוני ולחשבונית כהפרה של סעיף 30א לחוק התקשורת.

36. בענייננו, סבורני כי העובדה שבגוף הודעת הדואר האלקטרוני שאליה צורפה החשבונית מופיעה פרסומת ולקובץ הכולל את החשבונית צורפו שני דפים הכוללים פרסומות, אין בה כדי לחרוג מן הסביר. לפיכך, יש לראות בהסכמת התובע לקבל חשבוניות באמצעות הדואר האלקטרוני ככזו הכוללת הסכמה לקבלת דברי הפרסומת הנלווים לה. לפיכך, יש לדחות את הטענה כי יש בשליחת הודעת הדואר האלקטרוני משום הפרה של סעיף 30א(ב) לחוק התקשורת, כנטען על ידי התובע.

הפיצוי

37. מסקנתי הינה, אפוא, כי התובעת הפרה את סעיף 30א לחוק התקשורת בכך ששלחה לתובע שני מסרונים הכוללים דברי פרסומת, בלא שהתובע הסכים לכך ובלא שצוינו בהם דרכי הסרה. לפי סעיף 30א(י1) לחוק התקשורת, ניתן לפסוק פיצוי לדוגמה בגין הפרה של סעיף 30א לחוק התקשורת, עד תקרה של 1,000 ש"ח לכל הודעה. השיקולים לקביעת גובה הפיצוי קבועים בסעיף 30א(י3) לחוק,



בית משפט לתביעות קטנות בראשון לציון

ת"ק 16-01-54963 לוי נ' 012 סמייל טלקום בע"מ

תיק חיצוני:

והם פורשו בהרחבה בשני פסקי דין של בית המשפט העליון: רע"א 2904/14 גלסברג נ' קלאב רמון בע"מ (27.7.2014); ועניין חזני.

בענייננו, לצד הקולה עומדת העובדה שמדובר בהודעה שנשלחה ללקוח של הנתבעת ולא לרשימה חסרת הבחנה של נמענים (השוו, עניין לוין, פסקה 12) וכן העובדה שתוכן הפרסום אינו פוגעני ואף אינו מעודד הוצאת כספים באופן ישיר. לצד החומרה, יש להביא בחשבון את העובדה כי ההודעות נשלחו תוך ביצוע שתי הפרות – אי קבלת הסכמתו של התובע ואי ציון דרכי הסרה. עוד יש לציין, כי בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון בעניין חזני, כאשר מדובר בהפרה בודדת נקודת המוצא הינה פסיקת מלוא הסכום (1,000 ש"ח), וזאת על מנת שלא להפוך את הגשת התביעה ללא כדאית (עניין חזני, פסקה 10). לפי אותו היגיון, ככל שמדובר במספר קטן יותר של הודעות (גם אם יותר מאחת) הנטייה תהיה להתקרב לתקרת הפיצוי, על מנת שהגשת התביעה בכללותה תהיה כלכלית. לאור כל האמור, אני סבור שיש להעמיד את הפיצוי בגין שתי ההודעות על סך 1,800 ש"ח.

סוף דבר

38 לאור כל האמור לעיל, אני מורה כי הנתבעת תשלם לתובע סך של 1,081 ש"ח בגין ראש התביעה הראשון וסך של 1,800 ש"ח בגין ראש התביעה השני. כמו כן, תשלם הנתבעת לתובע סך של 2,500 ש"ח הוצאות משפט.

ניתן להגיש בקשת רשות ערעור על פסק דין זה לבית המשפט המחוזי מרכז בלוד תוך 15 ימים.

ניתן היום, ב' אלול תשע"ו, 05 ספטמבר 2016, בהעדר הצדדים.

אבי סתיו, שופט