24 ינואר 2021

ע"א 49352-09-20 מונה טורס בע"מ נ' הרץ

לפני הרכב כבוד השופטים:
רון שפירא, נשיא [אב"ד]
בטינה טאובר
עדי חן-ברק

המערערת	**מונה טורס בע"מ ח.פ 510897093** ע"י ב"כ עו"ד צחי אסרף

נגד

המשיב	**משה חיים תומאש הרץ ת"ז 041927575**

פסק דין

הרקע לערעור ופסק דינו של בימ"ש קמא:

לפנינו ערעור על פסק דין של בימ"ש לתביעות קטנות בקריות (כב' השופט יוסי טורס, סגן נשיא) שניתן ביום 13.09.2020 במסגרת ת"ק 47179-12-19. יצוין כי המערערת הגישה בקשה למתן רשות ערעור על פסק דינו של בית משפט קמא. הבקשה למתן רשות ערעור התקבלה בחלקה. ובימ"ש (אב"ד מותב זה) נתן רשות לערער בנוגע לחלק מהשאלות שהעלתה המערערת והורה כי הערעור ידון בפני מותב של שלושה שופטים. הערעור שהותר הוגבל לשאלה **האם אופן ביצוע התקשורת והעסקה שבין הצדדים, בנסיבות כפי שפורטו בהחלטה מיום 25.10.20 ובפסק דינו של בית משפט קמא, מהווה "שיחה" כמשמעו בסעיף 14ג1(ג) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א – 1981.**

מדובר בתביעה קטנה שהוגשה על ידי המשיב, אזרח ותיק, אשר רכש מהמערערת, שהיא סוכנת נסיעות, שני כרטיסי טיסה בחברת אל על, עבור בנו וכלתו. מועד הטיסה היה 01.07.18 אך ביום 19.06.18 הודיע המשיב למערערת על ביטול העסקה. המשיב נימק את זכותו לבטל את העסקה, חודשיים לאחר ביצועה, בהוראת סעיף 14ג1 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א – 1981 (להלן: "החוק"), המאפשרת לאזרח ותיק לבטל עסקה מכל סיבה שהיא עד ארבעה חודשים מיום כריתתה, ובעניין שירותי תיירות, בלבד שנותרו לפחות שבעה ימים שאינם ימי מנוחה עד מועד מתן השירות (סעיף 14ג(ד)(2) לחוק). המערערת סירבה לאשר את הביטול ולהשיב את תמורת הכרטיסים בנימוק שהמשיב אינו הנוסע, אלא בנו וכלתו אשר אינם אזרחים ותיקים. עמדה זו נסמכה על תשובת אל על למערערת. לאור כך הגיש המשיב את התביעה נגד המערערת במסגרתה עתר להשיב לו את תמורת הכרטיסים. כן עתר לפיצוי בסכום המרבי הקבוע בסעיף 31א' לחוק.

המערערת טענה כי אינה בעל הדין הנכון בהיותה סוכנת נסיעות בלבד אשר שימשה כמתווכת בין המשיב לבין חברת אל על. כן טענה כי אין מדובר בעסקת מכר מרחוק כנדרש בסעיף 14ג1 לחוק, שכן

המשיב הוא שיזם את הפניה אליה. נטען גם כי המשיב אינו הנוסע ומשכך הסעיף אינו חל עליו. נטען כי הכרה בזכותו של אזרח ותיק לבטל עסקה מכוח זכותו הרחבה כאמור בסעיף 1ג14 תביא לשימוש ציני וחסר תום לב בזכות זו על ידי בני משפחה תוך שימוש בשמו של האזרח הוותיק. בנוסף טענה המערערת שהמשיב לא הוטעה במהלך העסקה ומשכך אין הצדקה לאפשר לו לבטלה חודשיים לאחר כריתתה.

פסק דינו של בימ"ש קמא פורט בהחלטה שניתנה ביום 25.10.20 בבקשת רשות הערעור. בתמצית יצוין כי בימ"ש קמא קבע כי יש לקבל את התביעה של המשיב בחלקה (ללא רכיב הפיצוי הענשי שנתבע). נקבע כי המערערת היא שמכרה למשיב את כרטיסי הטיסה ולכן היא "עוסק" כהגדרתו בחוק וחלה עליה החובה להשיב את התמורה לצרכן במקרה של ביטול העסקה כאמור בסעיף 14ה(ב) לחוק. נקבע כי את נושא קבלת ההחזר הכספי מחברת התעופה הייתה המערערת צריכה להסדיר במסגרת יחסיה עם חברות התעופה שאת טיסותיהן היא מוכרת וכן כי ניתן היה אף להגיש הודעת צד ג'.

בכל הנוגע לטענת המערערת שאין מדובר בעסקת מכר מרחוק, בשל כך שהיא לא פנתה למשיב, אלא הוא שהתעניין ברכישת כרטיס טיסה ופנה אליה באתר האינטרנט שלה, קבע בימ"ש קמא שעל מנת שתתקיים עסקת מכר מרחוק אין לדרוש פניה של העוסק לצרכן, הקשורה בהכרח לעסקה שהתבצעה בסופו של דבר. נקבע שדי שהמסר השיווקי של העוסק – הכולל הצעה להתקשר בעסקה ללא נוכחות משותפת של הצדדים – הגיע לצרכן ובעקבותיו נעשתה עסקה בדרך זו. משכך, נקבע כי עיון באתר אינטרנט של עוסק בו מפורסמת האפשרות להתקשר בעסקה ללא נוכחות משותפת, עונה על דרישות הסעיף אף אם הכניסה לאתר הייתה ביוזמת הצרכן. צוין כי במקרה זה אין מחלוקת שהמערערת מפרסמת את מוצריה באתר האינטרנט שלה וכי הוא מאפשר ביצוע עסקה שלא בנוכחות הצדדים, כפי שהיה בפועל. משכך, נקבע כי מדובר בעסקת מכר מרחוק.

באשר לטענת המערערת שרכישת הכרטיסים על ידי המשיב עבור בני משפחתו מוציאה את העסקה מתחולת סעיף 1ג14 לחוק קבע בימ"ש קמא שאין לקבל טענה זו. נקבע כי בפרשת צמח [ע"א 7187/12 **צמח נ' אל על נתיבי אויר ישראל בע"מ** (17/08/2014); דנ"א 5783/14 **צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ** (12.09.2017)] ביהמ"ש העליון פסק שבעניין כרטיסי טיסה יש לפרש את המונח צרכן על פני ציר הזמן, כך שהצרכן שביצע את העסקה – המזמין – הוא צרכן עד שלב קבלת השירות ואילו הצרכן הנוסע הוא צרכן משלב קבלת השירות. הצרכן המזמין מחזיק בזכויות הקשורות לכריתת העסקה ובכלל זה זכות הביטול על פי החוק במקרה של עסקת מכר מרחוק ואילו הצרכן הנוסע זכאי לזכויות הנתונות לו על פי כל דין והקשורות "בהתנהגות העוסק לאחר מועד ההתקשרות". משכך, נקבע כי העסקה בה עסקינן נערכה עם צרכן שהוא אזרח ותיק, שכן המשיב עותר להפעלת זכות הביטול של מי שהתקשר בעסקת מכר מרחוק, שהיא זכותו של הצרכן המזמין.

בנוגע לטענת המערערת שפרשנות זו תביא למצב בו הציבור ינצל את זכותו הרחבה של אזרח ותיק או אדם עם מוגבלויות לבטל עסקאות לאחר זמן רב ובני משפחה יבצעו את ההזמנות באינטרנט על שם האזרח הוותיק או האדם עם המוגבלויות, קבע בימ"ש קמא כי למרות שאין להקל ראש בטענה זו,

אין בחשש זה להביא למסקנה גורפת לפיה לעולם לא תוכר זכותו של אזרח ותיק לבטל עסקה על פי זכותו המורחבת כאמור בסעיף 1ג14 לחוק אם לא רכש המוצר עבורו אלא עבור אחרים. נקבע כי פרשנות זו מנוגדת להגדרת המונח צרכן הכוללת רכישת שירות לצורך "שימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי" לפי סעיף 1 לחוק ולפרשנות שניתנת לסיטואציה דומה בפרשת צמח. צוין כי פתרון לחשש יימצא בבחינה עובדתית של העסקה, הגיוני הצרכני ואמיתותה. כן נקבע כי אין כל סיבה שלא להכיר בזכותו של אזרח ותיק לבטל עסקת מכר מרחוק שמהותה רכישת מתנה לבן משפחה ובמקרה זה לא הובאו ראיות לכך שבנו של המשיב וכלתו עשו שימוש בשמו בחוסר תום לב ויש להכיר בזכותו לבטל את העסקה מכוח סעיף 1ג14 לחוק.

בכל הנוגע לקשר בין תכלית סעיף 1ג14 לחוק לבין סיבת הביטול ולטענת המערערת לפיה המשיב אינו טוען שהוטעה במהלך ביצוע העסקה או שנפל בה פגם כלשהו קבע בימ"ש קמא כי אין בטענה זו כדי לשנות את המסקנה בדבר זכותו לבטל את העסקה מכוח סעיף 1ג14 לחוק. נקבע כי סעיף זה אינו כולל תנאים בדבר סיבת הביטול. להיפך, הזכות לבטל עסקת מכר מרחוק אינה מוגבלת לסיבות מסוימות, אלא בעסקה בדרך זו (ובאחרות שבחוק) "עומדת לצרכנים הזכות לחזרה חד-צדדית מהן לאחר כריתת החוזה, גם אם לא נפלו פגמים בכריתת ההסכם והוא לא הופר..." (פרשת צמח). צוין כי אחת מתכליות החוק היא גישור על פערי הכוח והמידע שבין העוסק לבין הצרכן, במיוחד בשוק מורכב, וזאת במיוחד בעסקאות מכר מרחוק ובעסקאות בהן מעורבים אזרחים ותיקים או בעלי מוגבלויות. עוד צוין כי תכלית זו ספק אם מתקיימת ברכישת כרטיס טיסה, שאינו מוצר שיש צורך לראות ולחוש, וגם אין בפי המשיב טענה כי ביטל את העסקה בשל כך שלא קיבל את מלוא המידע או שהיה פגם כלשהו בכריתת החוזה או טענה שחולשתו נוצלה.

עם זאת, בימ"ש קמא ציין כי אינו סבור שיש מקום להכפיף את הזכות שניתנה בידי אזרחים ותיקים לבטל עסקת מכר מרחוק בתקופה של ארבעה חודשים לקיומו של קשר סיבתי בין סיבת הביטול לבין תכלית הזכות שניתנה בידם. נקבע כי החוק אינו קובע צורך בקשר סיבתי או במסקנה שיהיה זה מוצדק להורות על ביטול ואין מקום לצמצם בזכות ברורה שהעניק המחוקק לאוכלוסייה הזקוקה להגנה, ללא כל עיגון ולו קלוש בלשון החוק. צוין גם שהחוק קבע שהעוסק רשאי לדרוש לצורך מימוש הזכות תעודה המוכיחה שהוא אזרח ותיק ובלבד שלא ידרוש ממנו הוכחה נוספת לשם מימוש זכות הביטול כאמור (סעיף 1ג14(ד) לחוק). לכן, נקבע כי קיים אף עיגון לשוני בחוק השולל את האפשרות להוסיף תנאים אותם יצטרך האזרח הוותיק להוכיח לצורך מימוש זכותו.

בימ"ש קמא ציין כי אף במישור ההגינות כלפי העוסק יש לזכור כי בעניין כרטיסי טיסה יתרונו של האזרח הוותיק על פני צרכן רגיל הוא רק באורך התקופה בה ניתן לבטל את העסקה מיום הרכישה ואף הוא מוגבל – ככל צרכן אחר – לתנאי לפיו מועד הביטול יהיה לפחות 7 ימים שאינם ימי מנוחה לפני מועד הטיסה. משכך, ציין בימ"ש קמא, שימוש בזכות זו אינו חושף את העוסק לסיכון משמעותי מעבר לזה בו הוא נתון ביחס לכל עסקת מכר מרחוק של כרטיסי טיסה (סעיף 1ג14(ד)(2) לחוק).

בימ"ש קמא ציין כי מעבר לטענות אלו לא היו בפי המערערת טענות בדבר אי התקיימות יתר התנאים הנדרשים לצורך עמידה בתנאי סעיף 1ג14 לחוק. על כן, נקבע כי המשיב הוכיח את זכותו לבטל את העסקה ועל המערערת להשיב לו את הסכום ששילם בניכוי 5% לכל כרטיס בהתאם לחוק. הטענה לפיצויים לפי סעיף 31א' לחוק נדחתה ונקבע שסירובה של המערערת להכיר בזכות המשיב לבטל את העסקה לא נעשה בחוסר תום לב או באופן המצדיק פיצוי עונשי. לכן התביעה התקבלה בחלקה וכן נפסקו הוצאות בסך 500 ₪.

<u>בקשת רשות הערעור:</u>

כאמור, המערערת הגישה לבימ"ש זה בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בימ"ש קמא, במסגרתה טענה כי נגרם לה עיוות דין וכי נפלו טעויות משפטיות בפסק הדין של בימ"ש קמא. כן נטען כי הבקשה מעלה שאלה משפטית ובעיה רוחבית לכלל העוסקים בענף הנסיעות וכי פסק הדין של בימ"ש קמא ניתן בניגוד להוראות ולשון הסעיף הרלוונטי בחוק. נטען כי פסק הדין ניתן על בסיס טעות מובהקת ובניגוד לנטען בדיון בין הצדדים כי מדובר בעסקה שכלל לא היה מעורב בה סוכן בעת ביצוע העסקה אלא בוצעה במלואה לרבות תשלום וקבלת כרטיסי הטיסה באמצעות האינטרנט, קרי, הזמנה אוטומטית. נטען כי לשון החוק קובע באופן מפורש בסעיף 1ג14 כדלקמן: "ובלבד שההתקשרות בעסקה כללה שיחה בין העוסק לצרכן, ובכלל זה שיחה באמצעות תקשורת אלקטרונית". נטען כי משלא בוצעה העסקה באמצעות סוכן, לא טלפונית ואף לא בתקשורת אלקטרונית ובטח כי לא בוצעה כל שיחה, אלא מדובר בעסקה שנעשתה באופן עצמאי על ידי הצרכן, הפעלת הסעיף מהווה פגיעה ממשית בעוסקים בענף הנסיעות ויוצרת מצב אבסורדי המהווה שינוי מהכלל הקבוע בלשון החוק ומהווה סיכון לכלל העוסקים בענף הנסיעות.

המערערת טענה כי ביצוע עסקת מכר מרחוק באמצעות האינטרנט במלואה ללא סיוע סוכן נסיעות הינה עסקה שהוראות חוק הגנת הצרכן סעיף 1ג14 אינן מוחלות לגביה ומשכך קבלת התביעה יוצרת מצב בלתי סביר בנסיבות חריגות אלו ויש לבטל את פסק הדין. נטען כי לא לכך התכוון המחוקק בחוקקו את תיקון 47 הנוגע לאזרח ותיק. נטען כי לשון הסעיף מציינת במפורש את החריגה במתן הזכות לצרכן המוגדר כאזרח ותיק אך ובלבד כאשר בוצע שיווק מרחוק (פניה של העוסק לצרכן) ובמיוחד כי כלל לא בוצעה שיחה טלפונית או אלקטרונית בין הצדדים במועד ביצוע העסקה. גם באשר לקביעת בימ"ש קמא כי מחובתה של סוכנות הנסיעות היה להוציא הודעת צד ג' כלפי חברת התעופה נטען כי מדובר בקביעה שגויה שכן לא קיימת כל חובה שבדין כזו.

המערערת טענה כי מדובר בעסקה אינטרנטית מלאה שאינה עומדת בלשון סעיף 1ג14 לחוק. כן נטען כי לא נעשה כל שיווק מרחוק שכן המשיב פנה מיוזמתו למערערת. נטען כי המערערת נסמכה על תשובת אל על ומשכך כספי המשיב כלל לא היו בחזקתה ואינה מוסמכת למסור עמדה שונה מעמדת הספק. כן נטען כי המשיב כלל ועיקר אינו מי שהזמין את השירותים לעצמו אלא לבנו וכלתו ומשכך מלכתחילה לא היה זכאי לזכות הקבועה בחוק. נטען כי גם המועצה לצרכנות הישראלית והתאחדות סוכני הנסיעות העמידו חוות דעתן בנושא ובהתאם לתכלית החוק כי הוראת חוק זו תופעל רק כאשר

סוכן הנסיעות היה מעורב ישירות בביצוע עסקת המכר מרחוק, קרי, בשיחת טלפון או התכתבות אלקטרונית, דבר שלא נעשה בעניינו אלא רק במועד דרישת המשיב לביטול העסקה.

המערערת טענה כי הניתוח בפסק הדין של בימ"ש קמא באשר לביצוע עסקת מכר מרחוק ושיווק מרחוק בפרט, הינו טעות שיש לתקנה. נטען כי הקביעה כאילו די באתר אינטרנט לשם קיום שיווק מרחוק אינה רלוונטית לסעיף הספציפי הנדון כאן שכן בהוראת סעיף 1ג14 קיימים תנאים מצטברים ולא חלופיים לקיומה של זכות הביטול. משכך נטען כי אין הדבר דומה ליתר הוראות החוק ופרשנותן בפסקי הדין של העליון הקודמים לכך. כן נטען כי כוונת המחוקק היא להגן על אוכלוסיות שייתכן שייפגעו מעסקת מכר מרחוק וזאת בהעדר גמירות דעת מצדם, שכן לא הם יזמו את העסקה, העוסק הוא זה שפנה אליהם, הפתיע אותם, ייתכן שהפעיל עליהם לחץ לביצוע העסקה, והם בשל חולשתם התפתו להיקשר בעסקה שעל טיבה המלא הם לא עמדו. נטען כי במקרה זה כל החששות המדוברים אינם מתקיימים ומדובר על צרכן שכלל לא הזמין לשימושו כל שירות ולכתחילה אינו עומד בהוראות החוק ועשה ניצול ציני לשימושו בזכות הביטול שאינה מגיעה לו. נטען כי במקרה זה המשיב גם אינו הצרכן, למעט כרטיס האשראי שבבעלותו. כן נטען כי המערערת כלל לא פנתה אליו. המשיב ידע היטב את פרטי העסקה שאותה רכש באינטרנט ללא סוכן. אין כל טענה מצדו להטעיה, למסירת פרטים חלקיים או שאינם נכונים באשר לטיב העסקה על ידי המערערת. הוא ביצע רכישה מידית אינטרנטית ואף התקבלו בידו כרטיסי טיסה מידיים של אל על ומשכך רמת המודעות וההבנה שלו הייתה גבוהה וברורה.

המערערת טענה עוד כי בעלי הדין הנכונים לכאורה כלל לא צורפו לכתב התביעה ושגה בימ"ש קמא שהטיל אחריות עליה וקבע שנפל דופי בהמנעות מצירוף צד ג', קרי, חברת התעופה, כאשר המשיב בעצמו לא צירף את בעלי הדין הנכונים ובעלי הזכות לביטול שהם בנו וכלתו. המערערת טענה כי מדובר במקרה שבו יש ליתן רשות ערעור בשל שאלה משפטית בעלת חשיבות ציבורית או עקרונית החורגת מגדרי הסכסוך הפרטני. כן נטען כי פסק הדין לוקה בטעות קשה ומשמעותית הגלויה על פניו, דבר אשר עלול ליצור תקדים מסוכן ולהשליך על שאלות עקרוניות בנושאים הקשורים בתביעות בגין ביצוע עסקאות אצל עוסקים רבים ובפרט סוכני נסיעות.

המשיב טען בתגובה לבקשת רשות הערעור כי טענות המערערת נטענו ונדונו באופן מורחב ומפורט על ידי בימ"ש קמא. כן נטען כי המערערת טוענת טענה חדשה אותה הייתה צריכה להעלות בפני בימ"ש קמא – הטענה לפיה לא הייתה שיחה טלפונית או שיחה אלקטרונית בינה לבין המשיב. נטען כי טענה זו אינה נכונה כי במהלך ביצוע העסקה המערערת מחויבת על פי חוק לשלוח תכתובת בדואר אלקטרוני למשיב. תכתובת זו הכילה את כרטיסי הטיסה שהוזמנו ופרטים נוספים. כן נטען כי הפסיקה אליה מפנה המערערת לא הוצגה בפני בימ"ש קמא.

<u>ההחלטת בית המשפט המחוזי מיום 25.10.2020:</u>

כאמור, ביום 25.10.2020 ניתנה החלטת ביהמ"ש בבקשת רשות הערעור במסגרתה נקבע כי יש לקבל את הבקשה למתן רשות ערעור ולדון בה כבערעור. רשות הערעור ניתנה בנקודה אחת בלבד. נקבע כי יש מקום שהערעור ידון בפני הרכב של שלושה שופטים והצדדים יטענו בנוגע לשאלה האם בנסיבות המקרה עונה ההתקשרות שבין הצדדים על ההגדרה של עסקה בהתאם לתנאים המפורטים בסעיף 14ג1(ג) לחוק, שכן אחד התנאים לביטול העסקה בהתאם לסעיף זה הוא "**ובלבד שההתקשרות בעסקה כללה שיחה בין העוסק לצרכן, ובכלל זה שיחה באמצעות תקשורת אלקטרונית**". צוין כי המשיב מודה בעצמו שלא הייתה שיחה פעילה, לרבות תקשורת אלקטרונית, בינו ובין מי מטעם המערערת, וזאת עד אשר נשלחו אליו כרטיסי הטיסה שרכש באמצעות מייל. לכן נקבע כי השאלה שיש להכריע בה היא האם פרסום באתר, המזמין את הלקוח הפוטנציאלי להתקשר בעסקה, ולאחר מכן ביצוע העסקה באמצעות אתר האינטרנט, שמסתיימת במשלוח המוצר או השירות (כרטיסי הטיסה) באמצעות מייל מהווה "שיחה" באמצעות תקשורת אלקטרונית.

בכל הנוגע לטענת המערערת כי המשיב הוא לא הצרכן, אלא בנו וכלתו שעבורם רכש את העסקה, טענה זו נדחתה במסגרת ההחלטה מיום 25.10.2020 ולא ניתנה רשות ערעור בעניין זה. כן נקבע כי בענייננו מדובר אמנם בפניה יזומה של המשיב לביצוע עסקה מרחוק, אך ככל הנראה בוצעה פניה זו בעקבות פרסום שעשתה המערערת באמצעות האינטרנט מתוך מטרה שהצרכן יתקשר עמה בעסקה באמצעות אותה מדיה.

בסיכומו של דבר, ניתנה רשות ערעור על פסק דינו של בימ"ש קמא רק בשאלה האם אופן ביצוע התקשורת והעסקה בין הצדדים בנסיבות שפורטו מהווה "שיחה" כמשמעו בסעיף 14ג1(ג) לחוק. הערעור נקבע לדיון בפני הרכב של שלושה שופטים. במסגרת ההחלטה למתן רשות לערער במגבלות שפורטו הורה בית המשפט לרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן, שהוקמה בהתאם להוראות סעיף 19 לחוק, להודיע עמדתה בשאלה המשפטית שהוגדרה. הרשות גם התבקשה להודיע האם היא מבקשת להצטרף כצד להליך.

<u>טענות הצדדים בערעור:</u>

הרשות להגנת הצרכן הגישה עמדתה ולפיה הרחבת הזכות לביטולה של עסקה מרחוק איננה חלה בנסיבות העניין, מאחר שלא התקיימה בין הצדדים לעסקה שיחה. הרשות ציינה בעמדתה כי תכליתה של הארכת זכות הביטול לצרכנים מוחלשים הייתה לאפשר לאוכלוסיות ייחודיות לשקול במשך תקופה ארוכה יותר את העסקה, וזאת בשל אינדיקציות ללחץ שיווקי המופעל במהלך שיווק מרחוק באמצעות הטלפון. צוין כי המחוקק היה סבור כי הקושי להסיק על גמירות דעתם של צרכנים מוחלשים במסגרת התקשרות חוזית מרחוק קיים בעיקר כאשר בין העוסק לצרכן מתקיימת שיחה, באשר שיחה זו היא שמהווה פתח לניצול לרעה, במיוחד של צרכנים מוחלשים. לכן נקבע כי הארכת זכות הביטול בעסקת מכר מרחוק תצומצם על דרך החלתה רק כאשר כוללת העסקה שיחה בין העוסק לצרכן, לרבות שיחה באמצעות תקשורת אלקטרונית.

לשיטתה של הרשות להגנת הצרכן, מרכז הכובד במונח "שיחה" מצוי בהחלפת מסרים (לאו דווקא באמצעות הבעה בקול) בין הצדדים, שבמסגרתה יכול העוסק להפעיל השפעה אסורה על צרכנים מוחלשים, אשר יש בה כדי לפגוע בגמירות דעתם בביצוע העסקה. הרשות ציינה כי לטעמה יחסי הצעה וקיבול כשלעצמם אינם יוצרים בהכרח "שיחה" כמשמעותה בחוק. צוין כי כאשר נעשים ההצעה והקיבול ללא שתתווסף להם החלפת מסרי מו"מ הדדית לפני שכלול העסקה, כבענייננו, אין חשש להיווצרות השפעה אסורה ולכן אין לומר כי מדובר בעסקת מכר מרחוק אשר כללה "שיחה". לכן עמדתה של הרשות להגנת הצרכן היא כי בנסיבות המקרה דנן ונוכח התכליות שעמדו בבסיס הסייג לסעיף 14ג1(ג) לחוק, לא התקיימה "שיחה", לרבות לא "שיחה באמצעות תקשורת אלקטרונית" כמשמעותה בחוק. לכן עמדת הרשות היא כי הרחבת זכות הביטול אינה צריכה לחול במקרה זה. הרשות להגנת הצרכן הסתפקה בהגשת הטיעון בכתב ולא ביקשה להצטרף כצד להליך.

המערערת תומכת בעמדת הרשות להגנת הצרכן וטוענת כי המשיב, אזרח ותיק, ביצע עסקה אינטרנטית מלאה באמצעות אתר האינטרנט של המערערת וכלל לא בוצעה כל "שיחה" כאמור בחוק ולכן המשיב אינו עומד בתנאי סעיף 14ג1(ג) לחוק. המערערת מצטרפת לעמדת הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן. ב"כ המערערת הוסיף וטען בפנינו על ההשלכות המרחיקות לכת של פסיקת בית משפט קמא והבהיר כי המערערת עומדת על עמדתה בנוגע לפרשנות הנכונה של הוראת החוק לעניין העדר "שיחה" בין מזמין הכרטיס למערערת (ב"כ המערערת הבהיר כי ההכרעה העקרונית היא החשובה והמערערת לא תעמוד על מימוש ההשלכות הכספיות של קבלת עמדתה).

המשיב מפנה להגדרת המילה "שיחה" במילון וכן להגדרה של "תקשורת" ושל "שיחה אלקטרונית". לטענת המשיב, בזמן ביצוע העסקה, כפי שמתבצעת באתר האינטרנט של המערערת, מתבצעת שיחה בתקשורת אלקטרונית בין העוסק לצרכן. הצרכן עונה בהקלדה תשובות לשאלות שהעוסק שואל באמצעות האתר והעוסק נותן מידע בקשר לביצוע העסקה המתבצעת. המידע כולל פרטים של מבצע עסקה זו כמו פרטים אישיים, העדפות אישיות ובמקרה של מכירת כרטיסי טיסה נשאלים פרטים לגבי יעד הטיסה, פרטי נוסעים נוספים, מועדי הטיסה, העדפות הצרכן לגבי סוג הכרטיס וכדומה. נמסרים פרטי ותנאי התשלום והעסקה מבוצעת בשלבים. נטען כי כל הפרטים הנמסרים בדו שיח זה ידועים רק לעוסק ולמזמין, הם מאובטחים ונכונים רק לצורך ביצוע עסקה זו בלבד. נטען כי דרישת המחוקק "ובלבד שההתקשרות בעסקה כללה שיחה בין העוסק לצרכן ובכלל זה שיחה באמצעות תקשורת אלקטרונית" נועדה להבטיח שאכן העסקה ממשית ושהייתה החלפת מידע בין העוסק לצרכן בפרטים הידועים רק לשני הצדדים. נטען כי התקשורת האלקטרונית נועדה להבטיח שמצד העוסק הוא אינו ממציא עסקה שלא הייתה ולנסות לגבות מהצרכן כסף עבור עסקה בדיונית ומצד הצרכן שלא ינסה לסחוט מהעוסק כספים עבור עסקה שלא הייתה. נטען כי ביצוע עסקה באינטרנט מחייב עבודה בשלבים ותקשורת בין הצדדים. כן נטען כי מאחר שבמקרה שלנו העוסק הנפיק כרטיסי טיסה ושלח אותם בדואר אלקטרוני לצרכן, משמע ששלבי העסקה בוצעו בהתאם לפרוטוקול ביצוע העסקה שהעוסק ביקש לתכנת את מערכת המכירה שלו. נטען כי יש לפרש את המונח "שיחה" בצורה רחבה כדי לא לפגוע בצרכנים החלשים שהחוק בא להגן עליהם.

<u>דיון והכרעה:</u>

לאחר שבחנו את טענות הצדדים בשאלה שלגביה ניתנה רשות ערעור החלטנו לקבל את הערעור, לבטל את פסק דינו של בימ"ש קמא ולקבוע כי המשיב לא הוכיח במקרה זה את זכותו לביטול העסקה בהתאם לסעיף 1ג14 לחוק, זאת מאחר שלא ניתן לקבוע שההתקשרות בעסקה כללה "שיחה" כמשמעה בחוק.

כאמור לעיל, יש להכריע בשאלה האם המשיב, שהינו אזרח ותיק, אינו זכאי לבטל את העסקה כ"עסקת מכר מרחוק" כמשמעותה בסעיף 1ג14 לחוק, משום שמדובר בעסקה שנעשתה באמצעות אתר האינטרנט של המערערת ללא שהתקיימה כל "שיחה", לרבות שיחה אלקטרונית, בין המשיב ובין מי מטעם המערערת.

כפי שציינה הרשות להגנת הצרכן בתגובתה וכפי שצוין במסגרת ת"ק (חי') 24705-03-19 **דוד שלמה רביב נ' קשרי תעופה בע"מ** (02/10/2019), תיקון 47 לחוק הכניס אל תוכו הוראות מרחיקות לכת, המאפשרות לאוכלוסיות מוחלשות לבטל את העסקה ללא כל טענה בתוך תקופת ביטול מוארכת של 4 חודשים. כוונת המחוקק הייתה להגן על אוכלוסיות שייתכן כי ייפגעו מעסקת מכר מרחוק, זאת בהעדר גמירות דעת מצדם, כאשר לא הם יזמו את העסקה המדוברת, העוסק הוא זה שפנה אליהם וייתכן שהפעיל עליהם לחץ או פיתוי לביצוע העסקה והם, בשל חולשתם, התפתו להיקשר בעסקה שעל טיבה המלא לא עמדו. לצד הטבה זו לטובת האוכלוסיות המוחלשות נקבעו כללים לבחינת תחולתה של ההטבה והצדקת מתן ארכה מיוחדת לאותן אוכלוסיות שעליהן ביקש המחוקק להגן. אין ספק כי יש להקפיד במילוי תנאי הגדרת העסקה להחלת הזכות להטבה על עסקה שערך אזרח ותיק, בהתאם להוראות החוק, וזאת כדי למלא אחר מטרות החוק מבלי להכביד מעבר לנדרש על העוסקים בתחום.

על מטרת הוראת החוק, כפי שתוקנה בתיקון 47 לחוק, ניתן ללמוד מדברי ההסבר להצעת החוק [הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 47) (ביטול עסקה ברוכלות ועסקת מכר מרחוק על ידי צרכן שהוא אדם עם מוגבלות, אזרח ותיק או עולה חדש), התשע"ו–2016, פורסם בה"ח 635, ט"ו אייר התשע"ו, 23 במאי 2016, עמ' 108]. שם מוסברת ההצעה לתיקון החוק כדלקמן:

> **" בשל טיבן של עסקאות ברוכלות ועסקאות מכר מרחוק, עולה לעיתים החשש כי הצרכן יתקשר בעסקה בהיעדר גמירות דעת מלאה, <u>למשל בנסיבות שבהן הוא לא היה מעוניין במוצר או בשירות, ורכש אותו בשל לחץ שיווקי שהופעל עליו</u>, או אם לא עלה בידו לעמוד על טיבו של המוצר בעת ההתקשרות בעסקה, משום שראה תמונה של המוצר, ולא את המוצר עצמו. יש קבוצות צרכנים, שלגביהן החשש שעסקאות מסוגית אלה, נעשו בהיעדר גמירות דעת מלאה מצידם, אף יותר גדול. בין היתר, אלו הם עולים חדשים, שאינם שולטים בשפה, וייתכן שלא הבינו די הצורך אילו יכולות ומגבלות יש למוצר שרכשו, וכן אנשים**

> **עם מוגבלות, ואזרחים ותיקים. לפיכך, מוצע להאריך לארבעה חודשים את התקופה שבה יוכלו צרכנים הנמנים עם אחת מקבוצות אלה, לבטל עסקה ברוכלות או עסקת מכר מרחוק. הארכת התקופה לביטול העיסקה, צפוי שתיטיב עם צרכנים הנמנים עם קבוצות אלה, בין השאר משום שהיא תאפשר להם, להתייעץ עם אחרים, ובכלל זה עם בני משפחתם, בעניין כדאיות העסקה שהתקשרו בה"** (הדגשה הוספה).

בהתאם לסעיף 14ג1(ג) לחוק, "**בעסקת מכר מרחוק שנערכה עם צרכן שהוא אדם עם מוגבלות, אזרח ותיק או עולה חדש, רשאי הצרכן לבטל את העסקה בתוך ארבעה חודשים מיום עשיית העסקה, מיום קבלת הנכס או מיום קבלת המסמך המכיל את הפרטים האמורים בסעיף 14ג(ב), לפי העניין, לפי המאוחר, ובלבד שההתקשרות בעסקה כללה שיחה בין העוסק לצרכן, ובכלל זה שיחה באמצעות תקשורת אלקטרונית**". כמו כן, "**עסקת מכר מרחוק**" מוגדרת בסעיף 14ג(ו) לחוק כ"**התקשרות בעסקה של מכר נכס או של מתן שירות, כאשר ההתקשרות נעשית בעקבות שיווק מרחוק, ללא נוכחות משותפת של הצדדים לעסקה**;".

במקרה זה לא ניתן לקבוע שהעסקה עונה לכל התנאים בהתאם לסעיף 14ג1(ג) לחוק. אחד התנאים לביטול העסקה בהתאם לסעיף זה הוא "**ובלבד שההתקשרות בעסקה כללה שיחה בין העוסק לצרכן, ובכלל זה שיחה באמצעות תקשורת אלקטרונית**". בענייננו, המשיב מודה בעצמו שלא הייתה שיחה פעילה, לרבות תקשורת אלקטרונית, בינו ובין מי מטעם המערערת, וזאת עד אשר נשלחו אליו כרטיסי הטיסה שרכש באמצעות דוא"ל. בתחילה טען המשיב כי הדוא"ל שבאמצעותו הועברו אליו הכרטיסים הוא שיחה באמצעות תקשורת אלקטרונית. הדוא"ל עם הכרטיסים הועבר אל המשיב לאחר סיום רכישת הכרטיסים והמשיב אינו טוען כי שוחח עם מי מטעם המבקשת בתהליך רכישת הכרטיסים. במהלך הטיעונים במסגרת הערעור טען המשיב כי ביצוע העסקה, כפי שמתבצעת באתר האינטרנט של המערערת, מהווה למעשה שיחה בתקשורת אלקטרונית בין העוסק לצרכן, שכן הצרכן עונה בהקלדה תשובות לשאלות שהעוסק שואל באמצעות האתר והעוסק נותן מידע בקשר לביצוע העסקה המתבצעת. לא ניתן לקבל טענות המשיב כי ביצוע העסקה באתר האינטרנט של המערערת וקבלת הכרטיסים באמצעות המייל מהווים שיחה באמצעות תקשורת אלקטרונית, כמשמעה בהוראות חוק זה.

כפי שטענה גם הרשות להגנת הצרכן, המחוקק היה סבור כי הקושי להסיק על גמירות דעתם של צרכנים מוחלשים במסגרת התקשרות חוזית מרחוק קיים בעיקר כאשר בין העוסק לצרכן מתקיימת שיחה, באשר שיחה זו היא שמהווה פתח לניצול לרעה, במיוחד של צרכנים מוחלשים. לכן נקבע כי הארכת זכות הביטול בעסקת מכר מרחוק תצומצם על דרך החלתה רק כאשר כוללת העסקה שיחה בין העוסק לצרכן, לרבות שיחה באמצעות תקשורת אלקטרונית. לשיטתה של הרשות, מרכז הכובד במונח "שיחה" מצוי בהחלפת מסרים (לאו דווקא באמצעות הבעה בקול) בין הצדדים, שבמסגרתה יכול העוסק להפעיל השפעה אסורה על צרכנים מוחלשים, אשר יש בה כדי לפגוע בגמירות דעתם בביצוע העסקה. הרשות ציינה כי לטעמה יחסי הצעה וקיבול כשלעצמם אינם יוצרים בהכרח "שיחה"

כמשמעותה בחוק. צוין כי כאשר נעשים ההצעה והקיבול ללא שתתווסף להם החלפת מסרי מו"מ הדדית לפני שכלול העסקה, כבענייננו, אין חשש להיווצרות השפעה אסורה ולכן אין לומר כי מדובר בעסקת מכר מרחוק אשר כללה "שיחה".

לכן עמדתה של הרשות להגנת הצרכן היא כי בנסיבות המקרה דנן ונוכח התכליות שעמדו בבסיס הסייג לסעיף 14ג1(ג) לחוק, לא התקיימה "שיחה", לרבות לא "שיחה באמצעות תקשורת אלקטרונית" כמשמעותה בחוק. סבורים אנו כי עמדת הרשות לפיה הרחבת זכות הביטול אינה צריכה לחול במקרה זה משקפת את תכלית החוק והיא העמדה הנכונה. בהתאם סבורים אנו כי בנסיבות העניין יש לקבוע כי ההתקשרות בעסקה לא כללה "שיחה" בין העוסק לצרכן, אף לא שיחה באמצעות תקשורת אלקטרונית, שכן ה"שיחה" שמתאר המשיב אינה מהווה החלפת מסרים שבמסגרתה יכול היה העוסק להפעיל השפעה אסורה על הצרכן המוחלש, אשר יש בה כדי לפגוע בגמירות דעתו בביצוע העסקה. מדובר ביחסי הצעה וקיבול שנעשו באמצעות אתר האינטרנט של המערערת מבלי שהתווספה להם החלפת מסרי מו"מ הדדית לפני שכלול העסקה ולא התעורר כאן חשש להשפעה אסורה על הצרכן. על כן, בשים לב לתכלית הוראת החוק, אנו קובעים כי הפרשנות התכליתית והראויה בנסיבות אלו היא כי העסקה נשוא ההליך שבפנינו אינה עונה לדרישות סעיף 14ג1(ג) ובמהלך כריתת העסקה לא נערכה "שיחה", כמשמעה בחוק זה, בין הצדדים.

לעניין זה יצוין כי אין לקבל את טענת המשיב כי טענת המערערת בדבר אי קיום שיחה בין המשיב לבין מי מטעם המבקשת הינה טענה שלא הועלתה בפני בימ"ש קמא. אמנם הטענה לא הועלתה בצורה בהירה וחדה באותן המילים או באותו הנוסח, אך כן הובאה ונטענה בפני בימ"ש קמא. בימ"ש קמא ציין בפסק דינו כי המערערת טענה שהמשיב לא הוטעה במהלך העסקה. הרי מטרתו של התנאי בדבר קיומה של שיחה בין העוסק לצרכן הינה ביסוסה של ההטעיה שנגרמה לצרכן במהלך ביצוע העסקה, כך גם לשיטת הרשות להגנת הצרכן. במקרה דנן, כאמור, המשיב כלל אינו טוען להטעיה ואף אינו טוען כי שוחח שיחה פעילה עם מי מטעם המערערת בתהליך רכישת הכרטיסים ובפועל לא התקיימה שיחה מהסוג שאליו כיוון החוק. על כן, כאמור, אנו קובעים כי ההתקשרות בעסקה לא כללה שיחה בין העוסק לצרכן (אף לא שיחה באמצעות תקשורת אלקטרונית).

<u>סיכום:</u>

בסיכומו של דבר יש לקבל את הערעור בנקודה שבה ניתנה הרשות לערער.

אנו קובעים כי בנסיבות בהן בוצעה עסקת רכש כרטיסי הטיסה במקרה נשוא ערעור זה לא התקיימה "שיחה" כמשמעה בהוראות החוק בין מזמין כרטיסי הטיסה, המשיב, לבין המערערת. משכך הם פני הדברים לא חלה על ההתקשרות שבין הצדדים הוראת סעיף 14ג1(ג) לחוק והמשיב לא הוכיח את זכותו לבטל את העסקה בהתבסס על הוראות הסעיף.

בשים לב לאמור, הערעור מתקבל ופסק דינו של בית משפט קמא יבוטל.

רשמנו בפנינו את הבהרת ב"כ המערערת (עמ' 2 ש' 14 לפרוטוקול הדיון בפנינו) כי מבחינתו החשיבות היא בהכרעה העקרונית ואין לו בקשה או עניין בכל הנוגע להוצאות שנגרמו למערערת. בהתאם אנו מורים כי כל צד יישא בהוצאותיו. הפיקדון שהפקידה המערערת בתיק בית המשפט, להבטחת הוצאות המשיב, יוחזר למערערת באמצעות ב"כ.

המזכירות תעביר עותק מפסק הדין לצדדים ולתיק בית משפט קמא. כמו כן יועבר עותק מפסק הדין לרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן באמצעות פרקליטות אזרחית ומנהלית מחוז חיפה.

ניתן היום, י"א שבט תשפ"א, 24 ינואר 2021, בהעדר הצדדים.

רון שפירא, נשיא	**בטינה טאובר, שופטת**	**עדי חן-ברק, שופטת**
[אב"ד]		