



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

לפני כבוד השופט עדי הדר

המערערת: גולן טלקום בע"מ

נגד

המשיבה: מדינת ישראל – הרשות להגנת הצרכן

פסק דין

לפני בימ"ש ערעור על החלטת המשיבה מיום 15.4.18 להטיל עיצום כספי בסך של 612,000 ₪ על המערערת בגין הפרה נטענת של סעיף 13ד(ג) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א – 1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן").

הודעת הערעור

1. המערערת הגישה ביום 23.5.18 הודעת ערעור בה טענה כי בהחלטה על הטלת החיוב נגדה נפל פגם של שיהוי קיצוני באופן שמנוגד להנחיות היועץ המשפט לממשלה בעניין משך ניהול הליך אכיפה מנהלי, ושמחייב דחייתה. החלטת המשיבה עוסקת בטענה להפרת חוק משנת 2015 ואילך, וחרף זאת, העיצום הוטל רק ביום 15.4.18 למעלה משלוש שנים לאחר מועד גילוי ההפרה הנטענת.

עוד נטען כי ההחלטה עוסקת גם באופן התחשבות היסטורי של המערערת עם לקוחותיה, אשר כבר השתנה לחלוטין שנתיים לפני הגשת הערעור בשל שינוי ההסדרה שהכתיב משרד התקשורת ברישיון של המערערת.

עוד נטען כי מאז השקת פעילות המערערת בשנת 2012 ועד שנת 2016, בוצעה ההתקשרות של המערערת עם לקוחותיה בעסקה של תשלום מראש עבור הזכות להשתמש בשירות במשך מחזור חיוב ידוע מראש. התשלום היה קבוע וידוע מראש, ולא הותנה במועד או בהיקף צריכת השירותים על ידי הלקוח. לפיכך, מדובר בעסקה חוקית לחלוטין שבה התשלום שולם מראש עבור זכות להשתמש בשירותים לפני מועד ביטול העסקה, ואין מדובר בהפרת סעיף 13ד(ג) לחוק הגנת הצרכן שאוסר על גביית תשלום בגין שירות שניתן אחרי ביטול העסקה.

המערערת אף טענה כי החלטת המשיבה סותרת לחלוטין את לשונו ואת תכליתו של סעיף 13ד(ג) לחוק הגנת הצרכן, אשר עוסק בביטול עסקה מתמשכת. לשון סעיף 13ד(ג) הני"ל, קובעת כי "במועד



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

הביטול יפסיק העוסק את הספקת הטובין או השירותים, ולא יחייב את הצרכן בתשלומים בעד טובין או שירותים שניתנו לאחר מועד הביטול".

העיצום הוטל מכח סעיף 22(ג)(10) לחוק הגנת הצרכן, שמאפשר להטיל עיצום כספי על עוסק ש"המשיך לחייב צרכן בתשלומים בעד טובין או שירותים שניתנו לאחר מועד הביטול". המערערת טענה כי גבתה מלקוחותיה תשלום מראש עבור הזכות להשתמש בשירות ללא מגבלה אחרי מועד התשלום, והיא הפסיקה את הספקת השירותים ללקוחות שביטלו את ההתקשרות עמה מיד במועד הביטול (ולא נטען על ידי המשיבה אחרת). היא לא סיפקה ללקוחותיה שירות כלשהו ולא גבתה תשלום כלשהו אחרי ביטול העסקה, ולכן, מובן כי המערערת לא הפרה את לשון החוק.

עוד נטען כי טענת המשיבה סותרת את חיי המסחר בארץ ובעולם שבהם מקובלות עסקאות של תשלום מראש עבור זכות שימוש שאופן ומועד ניצולה אינם משנים לעניין התשלום. כאשר הרוכש לא מקבל חלק יחסי מהתשלום ששילם מראש אם החליט להפסיק להשתמש בשירות. כך למשל, כפי שאדם שמשלם מראש בתחילת החודש עבור מנוי חופשי-חודשי לאוטובוס לא זכאי לקבל החזר יחסי במקרה שבו הוא מחליט לא להשתמש יותר באוטובוס עד סוף החודש.

עוד נטען, כי שלושה מותבים שונים של בתי המשפט המחוזיים סילקו כבר 3 בקשות שונות לאישור תובענה ייצוגית בעניין אופן ההתחשבנות ההיסטורי הנ"ל של המערערת עם לקוחותיה.

כתב התשובה

2. המשיבה ביקשה וקיבלה מכבוד השופטת ערקובי, ארכה להגשת כתב התשובה שהוגש בחלוף חצי שנה ממועד הגשת כתב הערעור, ביום 18.11.1. בכתב התשובה נטען כי בין השנים 2015-2016 פנו אל המערערת לקוחות שונים, במועדים שונים, בבקשה לבטל את ההתקשרות עמה במהלך מחזור החיוב. על אף שהופסק השירות במהלך מחזור החיוב, המערערת חייבה את המתלוננים חיוב חודשי מלא וזאת ללא תלות במועד הפסקת מתן השירותים על ידה.

הרשות קיבלה תלונות רבות כנגד המערערת מצד צרכנים בגין החיוב המלא, ובעקבות כך פתחה בחקירה מנהלית.

המשיבה טענה כי אין כל מחלוקת עובדתית ביחס לממצאי החקירה וכי הצרכנים חויבו חיוב חודשי מלא, אף שחדלו מלקבל שירותים מן המערערת במהלך מחזור החיוב. לפיכך, נמצאה המערערת מפרה את סעיף 13ד(ג) לחוק הגנת הצרכן, שלפיו חוזה בעסקה מתמשכת יסתיים תוך 3 ימי עסקים מיום שנמסרה הודעת הביטול. החל ממועד הביטול, על העוסק להפסיק



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

את מתן השירותים לצרכן ולא לחייבו בגין מתן שירותים שניתנו לאחר מועד זה. לכן, היה על המערערת, להפסיק לחייב את הצרכנים לאחר מועד הביטול. המשיבה טענה כי המסקנה בדבר ההפרה מעוגנת גם בפסק הדין בעניין ת"צ (מרכז) 28449-12-14 בת אל יעבץ נ' סלקום שניתן ביום 4.4.18 ע"י כבוד השופט קינר (להלן: "יעבץ").

מכיוון שהמערערת היא תאגיד, סכום העיצום הכספי שיש להטיל בגין כל הפרה, בהתאם לחוק הוא בסך של 45,000 ₪.

לידי הרשות הגיעו תלונותיהם של שבעה עשר צרכנים, אשר חויבו בניגוד לחוק. משכך, ומשום שכל חיוב מהווה הפרה עצמאית- סכום העיצום הכספי המלא הוא בסך של 765,000 ₪ (סכום העיצום המקורי לפני ההפחתה היזומה מאחר ולמערערת לא היו הפרות קודמות).

התשלום החודשי שגובה המערערת, מעניק לצרכן את הזכות לעשות שימוש בחבילת התקשורת אותה בחר, לאורך מלוא מחזור החיוב. נוסף על כך, החל ממועד הביטול- זכות זו אינה קיימת עוד. שילוב הנתונים, עליהם אין מחלוקת, מייצר סיטואציה לפיה הלקוח מחויב עבור שימושים אותם כלל לא ניצל.

זאת ועוד, המשיבה טענה שהמערערת לא ציינה לאורך טיעוניה כי התשלום החודשי משולם למערערת גם בעבור העמדת קו טלפון נייד זמין לקבלת שיחות "נכנסות" והודעות טקסט. זהו חלק מן השירות עבורו משלם הצרכן עבור קו טלפון נייד- ללא תלות בשימוש בחבילת הנתונים כלל- המאפשר לו לקבל שיחות "נכנסות" והודעות טקסט וזאת למשך כל מחזור החיוב. כך, החל ממועד הביטול- זכות זו אינה קיימת לו עוד ושירות זה לא ניתן לו עוד.

המשיבה חלקה על טענת המערערת כי גובה התשלום אינו תלוי בהיקף השימוש. נטען, כי כפי שעולה מעיקרי פרטי תכנית ההתקשרות של המערערת, החבילה כוללת שימושים "לשימוש סביר בלבד" במהלך מחזור החיוב ומוגבלת לסך של 10,000 דקות שיחה, 7,000 מסרונים, וגלישה בהיקף של 24 GB. ככל שהצרכן עובר את מכסת השימוש, ייחסם, בהתאמה, עבור אותו שירות, עד למחזור החיוב הבא.

תגובת המערערת לתשובת המשיבה

3. ביום 20.12.18, המערערת הגישה תגובתה לתשובה. המערערת שבה על טענתה לפיה המשיבה השתתה בהטלת העיצום הכספי, וכי על רשות מנהלית להפעיל סמכותה במהירות הראויה.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

המערערת טענה כי למשיבה אין תשובה לטענתה המרכזית, כי התשלום עבור השירות נגבה מראש, בתחילת מחזור החיוב החודשי, ולפני מועד ביטול העסקה על ידי המנוי. עוד נטען, כי אין מחלוקת כי ממועד ביטול העסקה לא סופקו למנוי שירותים כלשהם, הוא לא שילם למערערת ולו אגורה שחוקה אחת, ונותק כל קשר עם המערערת.

עוד נטען כי המדינה כבר בחנה את השאלה האם רשאית הייתה המערערת לחייב מנויים במתכונת של pre-paid תוך גביית תשלום מראש וללא זיכוי בחלק יחסי של התשלום בעת עזיבת הלקוח, ולא מצאה בכך פגם.

הדיון הראשון

4. מכיוון שכבוד השופטת ערקובי החלה לכהן בבימ"ש המחוזי, הדיון שאמור היה להתקיים לפנייה בחודש דצמבר בוטל והתקיים לפני מותב זה ביום 27.1.19. התקיים דיון ארוך שלא לפרוטוקול בפרשנות פסק דין **יעבץ**, כאשר כל צד טוען כי עמדת בימ"ש שם תומכת בעמדתו.

בימ"ש העיר לצדדים בדבר הקושי באכיפה בדיעבד, לאחר תיקון הרישיון ע"י הרשות המסדירה, והורה לרשות להודיע האם עומדת על הטלת העיצום.

הרשות עומדת על הטלת העיצום

5. ביום 14.2.19, הרשות הודיעה כי עומדת על הטלת העיצום ולכן בימ"ש זימן הצדדים להמשך דיון.

הדיון השני

6. ביום 1.5.19 התקיים הדיון השני בו נמשך הדיון בפרשנות פסק דין **יעבץ** ועקב קוצר הזמן נקבע דיון נוסף במועד קרוב.

הדיון השלישי

7. עקב בקשת המשיבה, הדיון השלישי שאמור היה להתקיים ביום 29.5.19, נדחה והתקיים ביום 17.7.19. בתחילת הדיון, המערערת הודיעה כי מספר ימים לפני הדיון ניתן פס"ד בת"צ 13274-05-18 **יעקב נ' גולן טלקום** (להלן: "**יעקב**") בו הסתלק המבקש מהבקשה להכרה בתובענתו כייצוגית.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

בימ"ש ציין בדיון כי כל צד נחוש לנהל את המאבק עד תומו וכמובן זו זכותם של הצדדים כאשר כל צד נאחז באמירות אחרות בפסק הדין בעניין **יעקב**. המערערת נאחזת בתוצאה הסופית לפיה בית המשפט ציין, כי לנוכח קשיים שעלו בתובענה הוא סבור שההסכמה בדבר ההסתלקות סבירה. המשיבה אף היא נאחזת בתוצאה הסופית לפיה בסופו של יום ההסתלקות היא כנגד מתן הטבה לקבוצה הנוגעת לעניין.

בית המשפט הורה לצדדים להודיע האם פרט לאחיזה בחלקים השונים של פסה"ד יש גם טענה נוספת של המשיבה לפיה הקבוצה בעניין יעקב שונה בעניין תנאי ההתקשרות מהמתלוננים שתלונתם מהווה הבסיס הראייתי להודעה על החיוב.

תגובת המערערת להחלטת בימ"ש בדיון

8. המערערת הודיעה ביום 31.7.19 כי אין הבדל בין תנאי ההתקשרות עם הקבוצה בעניין יעקב לבין תנאי ההתקשרות עם המתלוננים כאן ושבה וטענה כי אין לקבל במדינה מתוקנת הטלת עיצום בסכום ניכר בשיהוי רב על יסוד פרשנות דחוקה.

הודעת המערערת אודות פסק הדין בערעור סלקום

9. ביום 31.7.19 המערערת הגישה הודעה בה הפנתה בימ"ש לפסק הדין בעש"א 13277-09-18 **סלקום נ' גולן טלקום** (להלן: "**ערעור סלקום**") בו לטענתה התקבל ערעור סלקום לגבי אותה סוגיה משני טעמים, מחלוקת בציבור בשל פרשנות ההוראה בחוק ושיהוי של שלוש שנים וחצי.

בימ"ש הורה למשיבה לצרף לתגובתה להחלטת בימ"ש, גם התייחסותה לפסק הדין בעניין ערעור סלקום.

תגובת המשיבה להחלטת בימ"ש בדיון ולהחלטה לגבי פסק הדין בערעור סלקום

10. ביום 20.8.19 המשיבה הגישה תגובתה להחלטת בימ"ש בדיון ואישרה כי אין כל שוני בין תנאי ההתקשרות עם הקבוצה בעניין יעקב לבין תנאי ההתקשרות עם המתלוננים כאן. המשיבה שבה על עמדתה לפיה אושרה הודעת הסתלקות שכללה מתן הטבה משמעותית ללקוחות המערערת. לגבי פסק הדין בערעור סלקום נטען כי הוא שגוי.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

בימ"ש הורה למשיבה לפרט תשובתה לפיה פסק הדין בעניין ערעור סלקום שגוי שכן נטענה באופן כללי ללא הידרשות לממצאי בימ"ש בעניין מחלוקת בציבור לגבי פרשנות ההוראה והשיהוי בהטלת העיצום שהמערערת כאן טענה, כי יש להחיל גם בעובדות פסק דין זה.

התגובה המשלימה

11. ביום 10.9.19 המשיבה הגישה ה"תשובה המשלימה". המשיבה טענה כי בעניין סלקום כמו גם בערעור זה, היועצת המשפטית של המשיבה נדרשה לסוגיית המחלוקת הכנה. המשיבה טענה כי המערערת טענה את הטענה בדבר מחלוקת כנה "בעלמא" ו"על כן הטענה אינה רלוונטית משעה שהמערערת לא הסבירה מהם הפרמטרים שהניבו לטעמה את פירושה המוטעה לכאורה של הוראת החוק". לעניין השינוי בתנאי הרישיון, נטען כי ההפרות בסלקום התרחשו לפני פניית המאסדר לציבור. לעניין קיום הסתלקויות בתובענות ייצוגיות נטען כי אין ללמוד מהן וכך גם לא מפסקי דין בתביעות קטנות. כמו כן, נטען שאין להסתמך על הבהרת בימ"ש המחוזי בעניין יעבץ, או מחו"ד של פרופ' דויטש. כמו כן, נטען כי בעניין סלקום, בימ"ש שגה משלא התעמת עם העובדה שאופן פועלה של סלקום לא מלמד על קיומה של מחלוקת כנה. לגבי הטענה לשיהוי, נטען שבימ"ש בעניין סלקום שגה כאשר החיל הנחית היועמ"ש בדיעבד. כמו כן, נטען שבימ"ש בעניין סלקום שגה כאשר קבע כי הטלת העיצום במועד בו הוטל אינה תואמת המטרה של המחוקק עת הסמיך המשיבה להטיל עיצומים.

דיון והכרעה

12. על בימ"ש להכריע במחלוקות כלהלן :

האם האופן בו חייבה המערערת המתלוננים מהווה הפרה של סעיף 13 ד(ג) לחוק הגנת הצרכן ?

ככל שאכן בוצעו הפרות, האם יש מקום לבטל העיצומים עקב טעות כנה ושיהוי בהטלת העיצומים?

האם האופן בו חייבה המערערת המתלוננים מהווה הפרה של סעיף 13 ד(ג) לחוק הגנת הצרכן ?

13. כאמור לעיל, בסוגיה האם הפרה המערערת הוראת סעיף 13 ד (ג) לחוק הגנת הצרכן, המשיבה התבססה על פסק הדין בעניין יעבץ.

14. בדיון שהתקיים ביום 1.5.19 המשיבה הפנתה לס' 69 בפסק הדין שם דן כב' השופט קינר בטענה של סלקום, שנטענה גם ע"י המערערת כאן, כי לפני תיקון הרישיון לא הייתה חובה לבצע השבה



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

חלקית והחובה כמה אך ורק כתוצאה משינוי הרישיון והצביעה על כך שבימ"ש שם לא קיבל טענה זו. בנוסף, המשיבה הפנתה גם לעמ' 13 בפסק הדין לפסקה אחרונה. המערערת טענה כי הנסיבות בעניין יעבץ אינן נוגעות לעניינה שכן סלקום גבתה בסוף התקופה ואילו המערערת בתחילת התקופה. המערערת הפנתה לסעיף 2 לפסה"ד, וכן לסעיף 62 לפסה"ד וטענה שמשרד התקשורת העיר לסלקום.

15. להלן הוראת סעיף 13 ד (ג) לחוק להגנת הצרכן :

"חובה בעסקה מתמשכת יסתיים בתוך שלושה ימי עסקים מיום שנמסרה הודעת ביטול לפי הוראות סעיפים קטנים (א) ו – (ב), ואם נמסרה הודעת הביטול באמצעות דואר רשום – בתוך שישה ימי עסקים מיום מסירתה למשלוח, והכל אם לא נקב הצרכן במועד מאוחר יותר בהודעת הביטול (בפסקה זו – מועד הביטול); במועד הביטול יפסיק העוסק את הספקת הטובין או השירותים, ולא יחייב את הצרכן בתשלומים בעד טובין או שירותים שניתנו לאחר מועד הביטול".

סעיף 22ג(ב) לחוק להגנת הצרכן קובע כלהלן :

"הפר עוסק הוראה מההוראות לפי חוק זה, כמפורט להלן, רשאי הממונה להטיל עליו עיצום כספי לפי הוראות פרק זה, בסכום של 45,000 שקלים חדשים, ואם הוא אינו תאגיד – בסכום של 25,000 שקלים חדשים :

(1)-(9).....

(10) המשיך לחייב צרכן בתשלומים בעד טובין או שירותים שניתנו לאחר מועד הביטול, בניגוד להוראות סעיף 13ד(ג);"

16. בערעור סלקום, בימ"ש שם הפנה להחלטה בעניין יעבץ לעניין המחלוקת האם בטרם תיקון הרישיון, החיוב המלא היה בגדר הפרה שכן עילתה של התובענה הייצוגית שם הינה באימוץ שיטת החיוב המלא על ידי המערערת, בתקופה שטרם שינוי הרישיון, אשר בהתאם לנטען עומד בניגוד להוראת החוק הנידונה.

17. בימ"ש בערעור סלקום קבע כי בהחלטת יעבץ קבע בית המשפט המחוזי כי הוא מאשר את התובענה כתובענה ייצוגית שכן קיימת אפשרות סבירה שהתובענה תסתיים לטובת חברי הקבוצה וציטט מקביעת בימ"ש המחוזי כלהלן : "הכף נוטה באופן ברור לטובת פרשנות המבקשת" - דהיינו אימוץ שיטת החיוב היחסי ודחייה של שיטת החיוב המלא.

18. בימ"ש בערעור סלקום לא עסק בסוגיה האם המערערת שם הפרה הוראת סעיף 13 ד (ג) לחוק הגנת הצרכן וקבע כלהלן :



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

"שאלה זו הוכרעה בהחלטת יעבץ, בה נקבע כי שיטת החיוב המלא עמדה, עוד טרם תיקון הרישיון, בניגוד להוראת המחלוקת, והמערערת לא הייתה רשאית להשתמש בה. החלטת יעבץ הינה החלטה המנחה בית משפט זה, ויש לאמצה כנקודת מוצא. למעשה, אף ב"כ המלומדת של המערערת לא טענה אחרת – ובצדק רב. בית משפט זה לא יהרהר ולא יערער אחר ממצאי או צדקת החלטת יעבץ, קל וחומר מקום שהמערערת אף לא הגישה בר"ע לבית המשפט העליון על החלטה זו."

19. כאמור לעיל, המערערת כאן טענה כי יש להבחין בין שני העניינים כי היא חייבה בהתחלה ולא בסוף.

20. מכיוון שהמבחן הוא מהותי, דהיינו, האם החיוב הוא מלא או יחסי, יש קושי בטענה כי עיתוי החיוב המלא, מראש, או בסוף, מעלה או מוריד, ככל שממילא שני החיובים מעוגנים בתוכן ההתקשרות ולכן הבסיס לטענה בדבר חיוב פסול הוא לא בכך שהמערערת הפרה ההסכם עם הלקוח, אלא בכך שתוכן ההסכם עומד בניגוד לדין.

21. בסופו של יום, לאחר חילוקי דעות שיפוטניים כפי שיתואר בהמשך, דומה שהכף נוטה **כעת** לטובת המסקנה שהמערערת הפרה הוראות הדין ע"י חיוב מלא, גם אם עשתה זאת מראש ולא בתחילת החיוב.

ככל שאכן בוצעו הפרות, האם יש מקום לבטל העיצומים עקב טעות כנה ושיהוי בהטלת העיצומים?

22. גם קבלת טענת המשיבה כי כבר נקבע שבוצעה הפרה ודחיית הטענה להבחנה מהותית בין חיוב מלא בסוף התקופה לבין חיוב מלא בתחילת התקופה, אינה פוטרת מדיון בשאלות האם יש מקום לבטל העיצומים עקב טעות כנה ? או בשל שיהוי בהטלת העיצומים ?

23. בערעור סלקום בימ"ש מתמקד בתיבה "רשאי" שבהוראת סעיף 22ג(ב) לחוק הגנת הצרכן וקובע כי "ביטוי זה מלמד על קיומו של שיקול דעת. במילים אחרות, גם אם הפר עוסק כלשהו איזו שהיא הוראה מהוראות המשנה של סעיף 22ג(ב) אין הדבר גורר אחריו, בהכרח, חיוב בעיצום כספי עקב ההפרה. הדברים נלמדים באופן מפורש גם מהוראת סעיף 22ז' לחוק אשר קובעת כי לאחר שליחת הודעת הכוונה והמענה –

" טען המפר את טענותיו לפני הממונה לפי הוראות סעיף 22ו, יחליט הממונה, לאחר ששקל את הטענות שנטענו, אם להטיל על המפר עיצום כספי, והוא רשאי להפחית את סכום העיצום הכספי לפי הוראות סעיף 22ח."



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

24. בימ"ש זה, מוצא לאמץ סיכום הדברים בפסק הדין בערעור סלקום לגבי הקווים המנחים לביצוע ביקורת בימ"ש על שיקול הדעת של הרשות בבואה להטיל עיצום כספי בהליך מנהלי. "הנה כי כן, המחוקק היקנה למשיבה שורה של כלים לאכיפה מנהלית. החמור שבהם הינו העיצום הכספי המופיע בסימן א' לפרק ה1 לחוק (כשניואנס נוסף הינו העיצום הכספי המוגדל אותו מוסמכת המשיבה להטיל כאשר מתקיימות נסיבות מחמירות – סעיף 22ד' לחוק). אין ספק: העיצום הכספי הינו כלי אכיפה מנהלית עוצמתי של הוראות חוק, אשר לצדן, במקרים רבים, אין סנקציה פלילית (כפי הוראת המחלוקת כאן – ר' סעיף 23 לחוק). ההתייחסות המעשית אליו הינה למעשה כאל סנקציה עונשית אזורית. ואולם, יש בידי המשיבה כלים מתונים יותר מהעיצום הכספי והם ההתראה המנהלית (סימן ב') וההתחייבות להימנע מהפרה (סימן ג'). כמו כן, ובמסגרת סמכויותיה, רשאית המשיבה אף להימנע לחלוטין מהטלת סנקציה כלשהי על המפר."

כלומר, המחוקק העניק למשיבה שיקול דעת, ועליה להשתמש בו בכל מקרה ומקרה של הפרה של החוק, המובא בפניה. בכל מקרה של הפרה, ולאחר קיום הליך שימוע, עליה לשקול מהו כלי האכיפה המנהלית המתאים להפרה בנסיבותיו הכוללות של העניין, ובראייה רחבה של כלל האינטרסים והשיקולים המבוארים לעיל. לעיתים, על אף קיומה של הפרה, יהיה על המשיבה להשתמש בכלים האחרים שמקנה לה פרק ה1 לחוק, שהינם מתונים יותר מהעיצום הכספי, אם בכלל.

24. משבחרה המשיבה בכלי אכיפה מנהלית כלשהו שהוקנה לה בחוק, כפופה החלטתה לביקורתו של בית המשפט. תפקידו של בית המשפט כאשר הוא נדרש לבחון את החלטה של המשיבה בנוגע לעיצום כספי, אינו להחליף את שיקול דעתה בשיקול דעתו שלו אלא לבחון את סבירות החלטת המשיבה בהתאם למתחם הסבירות המתאים להחלטה הנידונה (עע"מ 4662/11 מדינת ישראל נ' אסנת זוהר [פורסם בנבו] (19.6.2012) וביישום לעניין עיצומים כספיים ר' עת"מ (ת"א) 60740-01-16 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' משרד התקשורת [פורסם בנבו] (25.1.2018)).

האם הייתה טעות כנה עקב מחלוקת בציבור לגבי פרשנות הוראת המחוקק ?

25. מעיון בסיכום טענות הצדדים בפסק הדין בערעור סלקום עולה שהן דומות עד זהות לטענות כאן לרבות לגבי הטענה לטעות כנה.

26. סלקום צרפה למענה על הודעת הכוונה חוות דעת מאת פרופ' מיגל דויטש ממנה עולה כי ההיגיון שעמד בבסיס חקיקת הוראת סעיף 13 ד(ג) לחוק הגנת הצרכן היה להבטיח התנתקות מהירה של הצרכן מנותן השירות בלבד, ולא הייתה כוונה להתערב במכלול ההתחייבויות הכספיות שבין הצדדים.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

27. **פרופ' דויטש** חיווה דעתו שכאשר המחוקק במקרים אחרים ביקש לקבוע שיטת חיוב כלשהי, הוא קבע הוראות מסוימות בנידון (למשל שירותי רפואה, מכוני כושר ויחידות נופש). היעדרן של אלה כאן מצביע על כך שהמחוקק לא התכוון לכפות את שיטת החיוב היחסי.

28. סלקום הוסיפה וטענה כי אפילו המאסדר לא קיבל את עמדת המשיבה במלואה, לפיה ראוי שהחיוב היחסי יחושב רק לפי יחס המועדים, וקבע אפשרות נוספת לשיטת החיוב היחסי שבסיסה מצוי בניצול בפועל שעשה המנוי בחבילה עד למועד הניתוק.

29. סלקום טענה כי נוכח כל האמור דינו של העיצום הכספי - בטלות. לחילופין הוסיפה וטענה, כי נוכח קיומה של מחלוקת כנה באשר לפרשנות הוראת החוק היה על המשיבה להטיל עליה התראה מנהלית בלבד.

30. באשר לאפשרות משלוח התראה מנהלית חלף עיצום כספי, המשיבה כאן ענתה בערעור סלקום כי נוהל המשיבה מיום 12.1.2015 קובע כי במקרים של טענת עוסק לקיומה של מחלוקת כנה בציבור בנוגע לפרשנות הוראת חוק מסוימת, התראה מנהלית חלף עיצום כספי תוצא בתנאי ש – **"היועץ המשפטי של הרשות חיווה דעתו בכתב כי קיימת אפשרות של מחלוקת כנה בציבור בדבר הפרשנות המשפטית ליישומה"**. המשיבה טענה כי מאחר והיועצת המשפטית של הרשות לא עשתה כן – הרי שלא התקיימו התנאים להוצאת התראה מנהלית.

31. כאשר בימ"ש בערעור סלקום נעזר בפסק הדין בעניין יעבץ כדי להגיע למסקנה כי החיוב המלא היווה הפרה עוד לפני תיקון הרישיון, הוא מצא להפנות לציטוט נוסף אותו ראה כ"**נקודה קריטית לעניינו של ערעור זה**" כלהלן: **"כפי שנראה להלן, אין משמעות האמור לעיל (דהיינו, האסדרה המוצעת בהודעה בדבר השימוע שפרסם המאסדר – הערה שלי, ר.א.) כי האסדרה המוצעת תשנה את המצב המשפטי הקיים, אלא רק כי תבהיר את קיומו."**

32. מכאן שבימ"ש בערעור סלקום ביצע הבחנה בין הקביעה מה היה המצב המשפטי לפני תיקון הרישיון לבין הקביעה לגבי טענת המערערת שם כי המצב המשפטי לא היה ברור וחייב הבהרה ואף המאסדר היה בעמדה זאת, כי המצב המשפטי הינו ברור ולכן פעל לצורך הבהרת המצב המשפטי.

33. בימ"ש בערעור סלקום סוקר בהרחבה פסיקות שונות, בבתי משפט שונים, שמבססות מסקנתו שהמצב המשפטי אכן לא היה ברור.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

34. בין היתר, בימ"ש בערעור סלקום מפנה לשתי תובענות ייצוגיות בעילה ששיטת החיוב המלא נוגדת את הוראת המחלוקת (ת"צ (ת"א) 16725-03-13 **שבת נ' גולן טלקום בע"מ** [פורסם בנבו] (5.2.2014), ת"צ (י-ם) 9690-12-14 **פנטון נ' גולן טלקום בע"מ** [פורסם בנבו] (6.7.2015)).

35. בימ"ש בערעור סלקום מסכם באומרו כי התובענה הראשונה הסתיימה בהסתלקות בלתי מתוגמלת של התובע הייצוגי מבקשת האישור, כאשר בית המשפט (כב' השופט י' ענבר) ציין בקצרה בהחלטתו, כי במהלך הדיון הוצפו קשיים בהם נתקלת בקשת האישור.

36. התובענה הייצוגית השנייה הסתיימה בהסתלקות מתוגמלת בצניעות. בית המשפט (כב' השופטת ת' בזק – רפפורט) אישר את ההסדר אליו הגיעו הצדדים לפיו מנוי שיתנתק לפני תחילת מחזור החיוב לא יחויב בגין אותו חודש, ואילו באשר לאחרים – **"המשיבה (גולן) התחייבה להודיע למנוייה באופן בולט ואישי כי מנוי שיעזוב במהלך מחזור חיוב, לא יזכה להחזר בגין חלק יחסי כלשהו ממחזור החיוב"**.

לגבי התובענה השנייה, בימ"ש בערעור סלקום מסיק כי מסגרת הסדר זה, אשר אושר על ידי בית המשפט, **"לא שונתה שיטת החיוב המלא, והמשיבה דשם רק התחייבה להאיר ולהדגיש אותו בפני מנוייה"**.

37. בימ"ש בערעור סלקום מציין כי רישיון המערערת שם לא כלל הוראה כלשהי באשר לשיטת החיוב, ולא התייחס כלל לסוגיה. ביום 24.9.2015 פרסם המאסדר הודעת שימוע ובו הוצגה בין היתר הסוגיה המפורטת לעיל, אשר הציבור נקרא להשמיע בפניו את עמדותיו. הודעת השימוע הציגה את הבעיה כך :

"לאחרונה, החל בעל רישיון, אשר גובה תשלומים חודשיים קבועים בדיעבד, לגבות בגין החודש האחרון, בו סיים המנוי את התקשרותו עם בעל הרישיון, את התשלום החודשי הקבוע במלואו, אף אם המינוי סיים את התקשרותו לפני השלמת תקופת החשבון" (סעיף 4 להודעה).

במסגרת האסדרה המוצעת צוין באותה הודעה כך :

"עוד שוקל המשרד לקבוע כי בעסקה מתמשכת, שבמסגרתה נגבה מהמנוי תשלום חודשי או תקופתי אחר קבוע, יחייב בעל הרישיון את המנוי בתשלום הקבוע, כאמור, בגין תקופת החשבון, שבמהלכה בוצעה לבקשתו של מנוי פעולת סיום התקשרות או הפסקה של כלל שירותיו, על פי היחס בין מספר הימים ממועד תחילת תקופת החשבון עד למועד סיום ההתקשרות או מועד ההפסקה, כאמור, במועד שקבע המנוי בבקשתו, לבין מספר הימים הכולל בתקופת החשבון" (סעיף 7 להודעה).



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

בימ"ש בערעור סלקום מסכם תוצאות האסדרה כלהלן:

"לאחר קבלת עמדות חברות התקשורת ביום 11.1.2017 פרסם המאסדר את החלטתו בשימוע. המאסדר דחה את עמדות חברות התקשורת, אימץ את עמדת המשיבה לפיה שיטת החיוב המלא מנוגדת להוראת המחלוקת, ותיקן בהתאם את הרישיון של כל חברות התקשורת ובהן המערערות. יחד עם זאת, המאסדר הרחיב במעט את אופן שיטת החישוב היחסי שהוצעה בהודעת השימוע, וקבע כי על בעלי הרישיון לחייב את מנוייהם בשיטת החיוב היחסי, בהתאם לאחת מבין שתי השיטות הבאות, הגבוהה מבין השתיים:

יחס הימים (מספר הימים שעד מועד ההתנתקות/מספר הימים באותו חודש); או
יחס השימושים (השימוש בפועל עד למועד ההתנתקות/היקף השימוש הקבוע בחבילה)".

38. בימ"ש בערעור סלקום מצא לציין שלאחר החלטת המאסדר "באה לעולם" ההחלטה בעניין יעבץ שדנה בפסיקות השונות.

בימ"ש בערעור סלקום מסכם עמדת בימ"ש ביעבץ בעניין הפסיקות השונות כלהלן. לגבי פסקי הדין בתביעות הקטנות נקבע כי אין בהם כדי לחייבו. באשר לפסקי הדין בתביעות הייצוגיות, הרי שאחד מהם לא התגבש לכלל פסק דין מנומק ועל כן אינו יכול לשמש אסמכתא, וכך גם פסקי הדין הנוספים שנסיימו בהסתלקויות.

עוד מצא בימ"ש בערעור סלקום לציין כי "כ – 4 חודשים לאחר פרסום החלטת יעבץ, שלחה המשיבה למערערות את ההחלטה".

39. בערעור סלקום נקבע כי "העובדה שבזמן אמת, דהיינו במועד הגשת התלונות ועובר להודעת הכוונה, הייתה קיימת אפשרות של מחלוקת כנה בציבור, בדבר פרשנות הוראת המחלוקת אשר חייבה את המשיבה, לטעמי, לכל הפחות לפנות ליועצת המשפטית שלה ולקבל חוות דעת בעניין."

40. כאמור לעיל, גם לענייננו לא הייתה הוראה מתאימה ברישיון לגבי שיטת החיוב, והאסדרה חלה גם על המערערות. המערערות, כמו גם, עוסקים אחרים, גבו מלקוחותיהם חיוב מלא, על אף ביטול ההסכם.

41. גם בערעור זה, המשיבה טענה כי בנסיבות העניין, לא היה מקום להוציא למערערות התראה מנהלית חלף עיצום כספי, שכן היועצת המשפטית שלה לא קבעה שקיימת אפשרות לקיומה של מחלוקת כנה בציבור בשאלת חוקיותה של שיטת החיוב המלא.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

42. במסגרת "התשובה המשלימה", כאשר נדרשה המשיבה להסביר, היכן טעה בימ"ש בערעור סלקום, קמה הטענה שהיועצת המשפטית נדרשה לסוגיה שם וגם כאן, אך לא מצאה לכתוב חו"ד שכן אין להטיל עליה הנטל להכין חו"ד בכל פעם שהטענה לטעות כנה עולה.

43. מכאן שציפיית המשיבה היא שנימוקי היועץ המשפטי עת דחה, כנטען, הטענה לטעות כנה לא יובאו לפני בימ"ש. זאת, ללא הסבר לעמדה זו שמעלה קושי, בלשון המעטה. פרוט הנסיבות, ובמיוחד, הדרשות המאסדר לסוגיה, חייבו התייחסות היועץ המשפטי בחו"ד בה נימק מדוע אין לקבל הטענה לטעות כנה.

לעניין זה בימ"ש שב ומפנה לערעור סלקום בה נקבע כלהלן:
"בכל הכבוד הראוי, זהו נימוק טכני גרידא, שאינו מתמודד עם הטענה המהותית שהערעור מעלה. השאלה אינה אם היועצת המשפטית של המשיבה חיוותה דעתה ביחס לסוגיה אם לאו. ברור שחוות דעת כזו אינה בנמצא, שכן היא לא הוצגה, שהרי אם הייתה קיימת וודאי שהייתה מוצגת. השאלה היא מדוע היועצת המשפטית של המשיבה לא התבקשה לחוות דעתה, בזמן אמת, לאחר קבלת מענה המערערת להודעת הכוונה, ביחס לאפשרות קיומה של מחלוקת כנה בציבור בדבר פרשנות הוראת המחלוקת.

יצוין, כי על פני הדברים, המערערת אינה רשאית לפנות במישרין ליועצת המשפטית של המשיבה ולבקש ממנה ליתן חוות דעת כאמור. זהו תפקידה של המשיבה, והיה עליה לעשות כן לאחר שקיבלה את מענה המערערת להודעת הכוונה, בה נטענה טענת הגנה זו כנגד חיובה בעיצום הכספי, טענת הגנה שהמשיבה עצמה יצרה, והמושתתת על הוראות הנוהל שהמשיבה עצמה חיברה.

כך אמורה לפעול רשות מנהלית הגונה והוגנת, חסרת משוא פנים, מקום שהעוסק מביא בפניה טענות מבוססות לכאורה, ולכל הפחות אפשריות (ונזכיר כי על פי הנוהל עצמו די באפשרות קיומה של מחלוקת כנה), בדבר היתכנות לפרשנות סבירה שונה של הוראת החוק שהפרתה מיוחסת לעוסק, וטוענת בפניה כי קיימת מחלוקת כנה בציבור בדבר פרשנות ההוראה."

44. בימ"ש בערעור סלקום ביסס החלטתו גם על ההקבלה להליך השימוע שנודעת לו חשיבות רבה כאחד מכללי הצדק הטבעי המחייבים הרשות המנהלית:

"28. החוק קובע מנגנון ברור לפיו על המשיבה לפנות תחילה לעוסק בהודעת כוונה (סעיף 22' לחוק), ועליה למסור את החלטתה רק לאחר שקיבלה את המענה או לאחר שחלף המועד להגשת תגובתו (סעיף 22' לחוק). הלכה למעשה, מנגנון זה הינו מנגנון של שימוע, כפי שמעידה כותרת הסעיף - "זכות טיעון".

כידוע הכלל לגבי שימוע הינו כי על הרשות לקיימו בלב פתוח ובנפש חפצה.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

בענייננו, ההנחה היא שהמשיבה לא פנתה אל היועצת המשפטית שלה בבקשה ליתן חוות דעת על אפשרות קיומה של מחלוקת כנה. בתשובתה להודעת הערעור, המשיבה לא הבהירה כלל, בתגובתה לערעור, מדוע, לאחר שהמערערת המציאה לה את המענה להודעת הכוונה, אשר בו נכללו טענות בדבר קיומה של מחלוקת כנה בציבור בדבר חוקיות שיטת החיוב המלא (בהתייחס לשירותי רט"ן), לא פנתה אל היועצת המשפטית שלה וביקשה ממנה לחוות דעתה בעניין.

29. הנה כי כן, כבר כאן נזרעים הזרעים הראשונים של חוסר הסבירות שבהחלטת המשיבה – העובדה כי על אף טענותיה הברורות של המערערת במענה להודעת הכוונה, בדבר אפשרות קיומה של מחלוקת כנה בציבור בדבר פרשנות הוראת המחלוקת, המשיבה לא הביאה העניין בפני היועצת המשפטית שלה, לצורך קבלת חוות דעת בעניין זה. בכך שהמשיבה לא פעלה כך, היא סיכלה במו ידיה את אפשרות ההסתמכות של המערערת על טענת הגנה זו שהיא עצמה יצרה, בהתאם לנוהל שהיא עצמה חיברה. (ובענין דומה ר' לאחרונה עת"מ (מרכז) 10223-09-17 פזגז בע"מ נ' מנהל ענייני בטיחות הגז במשרד האנרגיה [פורסם בנבו] (27.2.2019), בפסקה 71).

30. למעשה, אי הבאת העניין בפני היועצת המשפטית של המשיבה לצורך קבלת חוות דעתה, מהווה קיום שימוע באופן בלתי מושלם, ולכן גם בלתי ראוי. ניתן לאמר, שהיעדר הפניה של המשיבה ליועצת המשפטית שלה בבקשה ליתן חוות דעת בדבר קיומה של מחלוקת כנה, מנעה מהמערערת להסתמך על טענת הגנה זו ולמעשה – המשיבה לא איפשרה למערערת למצות את זכות הטיעון שלה בפניה. "

45. פגם נוסף עליו הצביע בימ"ש בערעור סלקום הוא העדר תשתית עובדתית ראויה לעניין קבלת החלטה מושכלת ולהלן קביעתו:

"זאת ועוד, היעדרה של חוות דעת כאמור, פוגעת בתשתית העובדתית הראויה הנדרשת לשם קבלת החלטה מושכלת בעניינה של המערערת. שהרי כידוע, בגדרי ההליך המינהלי, על הרשות המינהלית לקבל את החלטתה רק לאחר שקיימה תהליך סדור, ראוי וסביר של איסוף נתונים: "הלכה היא שעל מנת שרשות ציבורית תמלא את תפקידה כהלכה, עליה לדאוג תחילה שכל העובדות והנתונים הנוגעים לעניין יהיו לפניו. באין תשתית עובדתית הולמת, לא כל החשוב והנדרש להכרעה בעניין יהיו לנגד עיניה של הרשות"

(בג"צ 2013/91 עיריית רמלה נ' שר הפנים פ"ד מ"ו (1) 271, בעמ' 279)

31. אוסיף ואציין כי לטעמי ולשיטתי, מקום שעל בית המשפט מוטלת המטלה להכריע בטענת עוסק המערער על חיובו בעיצום כספי לפיה היה מקום להסתפק, בנסיבות ענייננו, בהתראה מינהלית חלף עיצום כספי מטעמי אפשרות לקיומה של מחלוקת כנה, אין הוא רשאי להסתפק בבירור השאלה האם ניתנה חוות דעת של היועצת המשפטית של המשיבה בעניין אם לאו.

במילים אחרות, קיומה של אפשרות של מחלוקת כנה אינו תלוי בקיומה של חוות דעת של היועצת המשפטית של המשיבה בעניין, או אף בקביעתה בנוגע לאפשרות קיומה או אי קיומה של מחלוקת



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

כנה. שאלת אפשרות קיומה של מחלוקת כנה הינו עניין עובדתי ומשפטי, אשר טעון הכרעה שיפוטית, בהתאם לכלל נסיבות העניין, כפי שהן מובאות לבית המשפט על ידי הצדדים. ככל שבית המשפט יגיע לכלל מסקנה שבמועד הרלוונטי הייתה קיימת מחלוקת כנה בציבור ביחס לפרשנות הוראת חוק מסוימת, הרי שאי פנייתה של המשיבה ליועץ המשפטי שלה לצורך קבלת חוות דעת בעניין, עובר לקבלת ההחלטה ולאחר קבלת המענה להודעת הכוונה, עשויה לשמש אינדיקציה משמעותית לכך שההחלטה על הטלת עיצום כספי על העוסק חרגה ממתחם הסבירות. עם זאת, פשיטא, שקיומה של חוות דעת כזו, הקובעת שאין מחלוקת כנה ביחס לעניין מסוים, אף שמבחינה תוכנית היא אינה מחייבת את בית המשפט, עשויה לעמוד לימין המשיבה ולהותיר את החלטתה בדבר הטלת העיצום הכספי בתוככי מתחם הסבירות, וזאת בהינתן היקף הביקורת השיפוטית על החלטת המשיבה.

46. בימ"ש זה מצטרף למסקנת בימ"ש בערעור סלקום לפיה העדר חו"ד של היועץ המשפטי, בין אם הביאה המשיבה הסוגיה לפני היועצת המשפטית, ובין אם לאו, גרם לפגיעה "בתהליך קבלת ההחלטה המנהלי, בכך שלמעשה הליך השימוע לא מוצה ולא בוצע כהלכה, וההחלטה בעניינה של המערערת התקבלה על בסיס מסד נתונים חסר, ולמעשה – המשיבה, בכך שלא פנתה ליועצת המשפטית לצורך קבלת חוות דעתה, סיכלה את אפשרותה של המערערת להסתמך על טענת הגנה משמעותית ביותר, כנגד חיובה בעיצום הכספי."

47. בנוסף לקביעות אלה, בימ"ש בערעור סלקום בחן את השאלה האם, בזמן אמת, הייתה אפשרות לקיומה של מחלוקת כנה בציבור בשאלה האם שיטת החיוב המלא הינה כדין.

48. בימ"ש בערעור סלקום ציין כי הדגיש "את המילים "בזמן אמת" - ולא במקרה. בהכרעה בשאלה בדבר אפשרות קיומה של מחלוקת כנה בזמן אמת, דהיינו, במועד משלוח הודעת הכוונה, עלינו לנסוע לאחור במנהרת הזמן לתקופה זו, ולשוות לעינינו את מצב הדברים המשפטי שהיה קיים אז.

שאלה זו אינה יכולה להיבחן במשקפיים שלאחר החלטת יעבץ, משום שזו תהיה חוכמה שבדיעבד.

השאלה היא האם בעת הרלוונטית, היינו עובר למועד הודעת הכוונה, שררה מחלוקת כנה בציבור ביחס לפרשנות הוראת המחלוקת.

אם נגיע לכלל מסקנה כי ממילא, בזמן אמת, לא הייתה קיימת מחלוקת כנה ביחס לסוגיה הנידונה, הרי שאין כל נפקות לפגם המנהלי עליו הצבענו לעיל, ופגם זה – אף שפגם הוא – איננו אופרטיבי.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

מאידך, אם נגיע למסקנה כי הייתה אפשרות לקיומה של מחלוקת כנה – וכאמור, די באפשרות לקיומה של כזו – הרי שהמסקנה המתחייבת הינה קיומו של פגם משמעותי ביותר בהליך המנהלי המביא לבטלותו.

49. בימ"ש זה מצטרף למסקנת בימ"ש בערעור סלקום כי אכן הייתה מחלוקת בציבור מהנימוקים שהביא בימ"ש בערעור סלקום ואשר "מתבססים על שורה של נסיבות אובייקטיביות, אשר היו קיימות במציאות העובדתית, עובר להודעת הכוונה".

50. נסיבה ראשונה היא תנאי רישיונה של המערערת. בימ"ש בערעור סלקום קובע כלהלן: "עמדת המוצא היא כי בהוראות רישיונה של המערערת, עובר לתיקונו, לא כלל שום התייחסות, ישירה או עקיפה, לשאלת חוקיות שיטת החיוב המלא, או לכפיית שיטת החיוב היחסי. אדגיש כמובן, כי איני סבור שרישיון מסוג זה חייב לכלול את כל ההוראות והמגבלות החוקיות. עם זאת, היעדר ההתייחסות לשיטת החיוב מצביע על כך שתתכן יותר מאפשרות אחת לדרך החיוב.

יתירה מזאת, נראה שגם המאסדר עצמו לא היה משוכנע לחלוטין מה הפתרון הנכון למחלוקת שהתעוררה, שכן בטרם הכריע בדבר שינוי תנאי רישיונה של המערערת, ביקש את התייחסויות הציבור לאסדרה שהציע בהודעת השימוע מיום 24.9.2015. רק לאחר קבלת עמדות הציבור, ובהם עמדות חברות התקשורת והמשיבה, הכריע את אשר הכריע, והורה על שינוי תנאי הרישיון של המשיבה באופן שיכללו הוראות מפורשות לפיהן בהתנתקות צרכן משירותי בעל רישיון, תחול שיטת החיוב היחסי בלבד, על שתי חלופותיה.

חשוב להדגיש כי בהודעת השימוע, האסדרה המוצעת כללה חלופה אחת בלבד, ובהחלטה הסופית נכללו שתי חלופות, עובדה המצביעה על כך שתיקון הרישיון של המערערת לא היווה ענין כה טריוויאלי.

לא ניתן לקבל את טענת המשיבה כי היה ברור מראש כיצד המאסדר יחליט, וכי העובדה ששיטת החיוב המלא אינה חוקית הייתה ידועה למערערת, ואף על פי כן היא המשיכה לחייב לקוחותיה בשיטת החיוב המלא, ובכך נטלה סיכון על עצמה שתחויב בעיצום הכספי. המאסדר אמנם הציע כי תנאי רישיונה של המערערת יתוקנו באופן שיכפו את שיטת החיוב היחסי, ואולם זו הייתה הצעה בלבד, שלאחר שמיעת עמדת הציבור הרחב הייתה יכולה להשתנות, כפי שאכן גם השתנתה בפועל, באספקט מסוים. זו הרי תכליתה של פנייתה של הרשות המנהלית לציבור: להציף בעיה ציבורית, להציע הצעה מסוימת לפתרונה, לשמוע ולהאזין לטענות כלל המעורבים, לשקול את טענותיהם, ולהחליט כיצד לנהוג. במילים אחרות, לא היה כל ביטחון בכך שבסופו של יום, המאסדר יקבל כלשונה את עמדת המשיבה בשימוע, ויכפה על המערערת את שיטת החיוב היחסי. בעיני, העובדה שהשאלה הוצגה לציבור הרחב והתבקשו התייחסויותיו - מלמדת על קיומה של אפשרות למחלוקת כנה בציבור ביחס לחוקיות שיטת החיוב המלא.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

51. נסיבה נוספת עליה מצביע בימ"ש בערעור סלקום, הסתלקויות משתי תובענות ייצוגיות באותו עניין ומפרט כלהלן: "בעת הרלוונטית עמדו בפני המערערת שתי החלטות על הסתלקות מתביעות ייצוגיות באותו עניין, אשר אחת מהן הייתה בלתי מתוגמלת. עניין אחרון זה חשוב במיוחד שכן אין המדובר בתובענות אזרחיות רגילות שככלל, עניינו של הציבור הרחב אינו נבחן בהן, אלא תובענות ייצוגיות, אשר ההסתלקות מהן טעונה אישור בית המשפט. הוראת סעיף 16(א) לחוק תובענות ייצוגיות תשס"ו – 2006 קובעת באופן מפורש כי:

"מבקש, תובע מייצג או בא כוח מייצג, לא יסתלק מבקשה לאישור או מתובענה ייצוגית, אלא באישור בית המשפט, וכן לא יקבל, במישרין או בעקיפין, טובת הנאה מהנתבע או מאדם אחר בקשר להסתלקותו כאמור, אלא באישור בית המשפט; בהחלטתו אם לאשר טובת הנאה כאמור, ישקול בית המשפט את אלה:

(1) אם הבקשה לאישור ההסתלקות הוגשה לפני שאושרה התובענה הייצוגית – האם התובענה הראתה עילת תביעה לכאורה;

(2) התועלת שהביאה הבקשה לאישור או התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה.

הנה כי כן, בעת הרלוונטית הייתה קיימת הסתלקות בלתי מתוגמלת מתביעה ייצוגית בעניין זהה לחלוטין (עניין שבת). בפסק הדין בעניין שבת אמר בית המשפט המחוזי את הדברים הבאים:

"נוכח הקשיים שבהם נתקלת בקשת האישור, כפי שהוצפו במהלך הדיון ותועדו לעיל בפרוטוקול, איני רואה שלא לאשר את ההסתלקות"

בע"א 8114/14 מרקיט מוצרי ייעול בע"מ נ' סונול ישראל בע"מ [פורסם בנבו] (22.8.2018) נאמרו על מנגנון ההסתלקות הדברים הבאים:

"מנגנון ההסתלקות נועד לאפשר לבית משפט למחוק תובענות שמתברר כבר על פני הדברים שסיכוייהן להצליח נמוכים, או שמטעם אחר אין עוד תועלת בהמשך ניהול ההליך.....הסתלקות מהליך ייצוגי אמנם אינה מקימה מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה – ועם זאת יש יסוד סביר להניח כי בעולם המעשה, ההסתלקות מצננת עד מאוד את האפשרות שתוגש תובענה ייצוגית נוספת באותו עניין. אחד הטעמים לכך הוא חשש מגישה בלתי אוהדת מצד בית משפט כלפי בקשת אישור שנסובה על אותו עניין כבקשה קודמת שהסתיימה בהסתלקות. בית המשפט שידון בהליך החדש אף יידרש כפי הנראה לתת את דעתו לשאלה אם יש הצדקה לדיון מחודש, והאמור מקבל משנה תוקף כאשר ההחלטה בבקשת ההסתלקות כוללת קביעות לגופן של עילות התביעה הנטענות או שבמסגרת ההסתלקות כבר ניתן סעד כלשהו לקבוצה."

(הדגשות שלי – ר.א.).

היינו, בהתאם לדברי בית המשפט העליון בפרשת מרקיט, הסתלקות בלתי מתוגמלת מתובענה ייצוגית, יוצרת הנחה לכאורית כי התובענה הייצוגית אינה מגלה עילה.

ודוק: דברים אלה נאמרו בפסק דין מרקיט אשר ניתן בשנת 2018, ואשר צמצם מאוד את אפשרות ההסתלקות המתוגמלת. עד אליו רווחה יחסית התופעה של הסתלקות מתוגמלת. הנה כי כן, אין



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

ספק כי הסתלקות בלתי מתוגמלת בתובענה ייצוגית כזו בהתאם לדין שרווח אז, טרום הלכת מרקט, אמרה דרשני, ולימדה כי קיים קושי רב בטענה כי בהוראת המחלוקת כופה חיוב יחסי. כמו כן, קיימת הייתה החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים בעניין פנטון שם אישר בית המשפט הסתלקות מתוגמלת, אשר לא מנעה את המשך שיטת החיוב המלא, לא פסלה את ההסדר שהוצע, לא קבעה כי יש להחליף את התובע הייצוגי בהיות ההסדר בלתי הולם, אלא רק קבעה הנחיות שנועדו להגביר את הגילוי בשאלה זו. לפיכך, נראה לי כי בזמן אמת, ניתן היה להסיק כמסקנה סבירה הנובעת מפסקי דין אלה, שאין בסיס חוקי לדרישה לחיבה לנקוט בשיטת החיוב היחסי."

52. בימ"ש בערעור סלקום היה ער בפסק הדין כי "ההחלטות בשתי התובענות הייצוגיות דגן, אינן יכולות להוות עיגון לפרשנות הנכונה של הדין, שכן דבריו של בית המשפט בעניין שבת לא קבעו הלכה." אולם, קבע ש"לא בכך עסקינן כאן. עסקינן בשאלה, האם בעת הרלוונטית, התמונה הכללית שהייתה לנגד עיני המערערת ביחס למעטה המשפטי של הסוגיה לפיה הוראת המחלוקת אינה כופה חיוב יחסי – הייתה אפשרית וסבירה."

53. לענייננו, בנוסף לפסיקה שעמדה לנגד עיני בימ"ש בערעור סלקום, לפני בימ"ש זה הונחה ההחלטה בעניין **יעקב** שאישרה הסתלקות נוספת מבקשה להכרה בתובענה ייצוגית שעוסקת באותה טענה שהרשות מייחסת למערערת כאן. כאמור לעיל, כל צד ביקש לראות בתוצאה בעניין יעקב כמחזקת עמדתו. אולם, בתמונה הכוללת, אין לפני בימ"ש, אלא אמירה נוספת של בימ"ש מחוזי המצביעה על הקשיים בדרכה של המשיבה, גם אם המערערת, לצרכי צמצום סיכונים בחרה לסיים באותו הליך המחלוקת על דרך מתן הטבה.

54. נסיבה נוספת שבימ"ש בערעור סלקום מביא בחשבון הינן פסיקות סותרות של בתי המשפט לתביעות קטנות.

"כמו כן, בזמן אמת, היו קיימות שתי פסיקות סותרות של בית המשפט לתביעות קטנות באותו עניין. אמנם המדובר בתביעות צרכניות בסכומים קטנים, ואולם בכל אחת מהן נשקלו למעשה טענות הצדדים והוכרע פעם כך ופעם כך.

אמנם נכון, כי במקרים רבים בעלי הדין בתביעות קטנות אינם מעלים את כל הטענות אותן ניתן להעלות, ואולם העובדה ששני מותבים שונים הגיעו באותה סוגיה לשתי תוצאות שונות – מלמדת אף היא על קיומה של אפשרות למחלוקת כנה בציבור ביחס לפרשנותה של הוראת המחלוקת. על זאת יש להוסיף, שהתובע בעניין קליין (בו קבע בית המשפט כי שיטת החיוב המלא אינה מנוגדת להוראת המחלוקת) היה עורך דין במקצועו, כך שחזקה היא שידע להעלות בפני בית המשפט לתביעות קטנות את כל הטענות המשפטיות הרלוונטיות. עובדה זו מוסיפה נדבך נוסף לממצא בדבר אפשרות קיומה של מחלוקת כנה."



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

55. נסיבה נוספת שבימ"ש בערעור סלקום מביא בחשבון הם דברי בית המשפט עצמו בהחלטת יעבץ בפיסקה 63 על כך שהדין המצוי עובר להודעת הכוונה דרש הבהרה: **"כפי שנראה להלן, אין משמעות האמור לעיל (דהיינו, האסדרה המוצעת בהודעה בדבר שימוע שפרסם המאסדר – הערה שלי, ר.א.) כי האסדרה המוצעת תשנה את המצב המשפטי הקיים, אלא רק כי תבהיר את קיומו."**

בימ"ש בערעור סלקום ייחס חשיבות מיוחדת לדברים אלה **"כי הם מצביעים על כך כי הממצא הנורמטיבי של כב' בית המשפט המחוזי בהחלטת יעבץ הינו כי המאסדר ביקש, באמצעות האסדרה, להבהיר את המצב המשפטי שהיה קיים באותה העת. מכאן המסקנה, הברורה לטעמי, שמדברי בית המשפט עצמו בהחלטת יעבץ, טרם האסדרה הנ"ל, המצב המשפטי ביחס לאפשרות החיוב המלא, היה טעון הבהרה! לטעמי, זוהי אינדיקציה ברורה לכך שבמועד הרלוונטי הייתה קיימת לפחות אפשרות, ואולי אף למעלה מכך, לקיומה של מחלוקת כנה ביחס לפרשנותו של הדין."**

56. בימ"ש זה מצטרף למסקנה כי הצורך להבהיר המצב המשפטי, הוא כשלעצמו מחזק הטענה לטעות כנה שהרי המאסדר, לא מוצא כדבר שבשגרה להבהיר הוראות אסדרה.

57. נסיבה נוספת, היא חו"ד של פרופ' דויטש שנזכרה קודם לכן. גם אם חו"ד לא צורפה לערעור כאן, ברי שאין בכך כדי להמעיט מחשיבותה גם לגבי הערעור כאן מרגע שהובאה לידיעת המשיבה.

בימ"ש בערעור סלקום הוסיף כי ברור לו **"כי משקלה של חוות דעת כזו, שהינה חוות דעת מוזמנת מטעם המערערת הינו ממותן, ואולם, אין לשכוח את מיהות כותב חוות הדעת – פרופ' למשפטים מן השורה הראשונה בארץ, ואולי אף בעולם, בעל התמחות בדיני חוזים, משפט מסחרי ודיני צרכנות, חבר בולט בוועדה לקודיפיקציה של המשפט האזרחי, אשר היה אף מועמד לכהן כשופט בבית המשפט העליון (ר' קורות חייו אשר צורפו לחוות הדעת). ההנחה הינה שמשפטן בשיעור קומה זה, אשר חיבוריו מוכרים לכל פרח משפטים, לא יכתוב חוות דעת אשר אינו מאמין בנכונותה, ובוודאי כי תוכנה מחזק את המסקנה בדבר קיומה של אפשרות למחלוקת כנה באשר לפרשנות הוראת המחלוקת."**

58. חו"ד של פרופ' דויטש אינה עומדת לשעצמה כטעון המבסס קיום טעות כנה, אך משתלבת במארג השלם המוביל למסקנה בדבר קיום טעות כנה בזמן אמת.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

59. לעניין פרשנות המונח "מחלוקת כנה בציבור" בימ"ש בערעור סלקום סבר כי הוא "עשוי להיגזר כגזירה שווה מההלכות שנקבעו ביחס להגנת ההסתמכות על עצת עורך דין במשפט הפלילי, שהינה מקרה פרטי של הגנת "טעות במצב דברים" הקבועה בהוראת סעיף 34 י"ט לחוק העונשין, תשל"ז – 1977.

בפרשת ע"פ 3506/13 דוד הבי נ' מ"י [פורסם בנבו] (12.1.2016), נקבע כי במקרים בהם הסתמך הנאשם על עצת עורך דין ופעל על פיה, עשויה להיות לו הגנה מפני האישום הפלילי גם אם העצה הייתה שגויה. התנאי לתחולת הגנה זו הינה שנמסר לעורך הדין כל המידע הרלוונטי ללא הסתרת שום פרט, כי העצה צריכה להיות ממוקדת בסוגיה קונקרטית, רצינית על פניה, תינתן על ידי עורך דין מומחה בתחום, ורצוי הוא כי תהיה ערוכה בכתב.

נראה כי קווי ההשקה בין ההגנה שמעניק המשפט הפלילי לבין ענייננו, בולטים. רוצה לאמר, אם המשפט הפלילי מכיר במקרים בהם מעשה פלילי מסוים עשוי לחסות תחת פטור מאחריות פלילית עקב מצב משפטי שהובהר לנאשם טרם ביצוע העבירה, אך הסתבר כי העצה המשפטית לא הייתה נכונה, הרי שגם הפרה של הוראת חוק עשויה להיות חסינה מפני אכיפה חלופית, אם המפר פעל תחת הנחה שגויה ביחס למצב המשפטי, אך בתום לב.

60. בשים לב לצרוף הנסיבות בערעור סלקום ובערעור זה, בימ"ש זה מצטרף למסקנת בימ"ש בערעור סלקום לפיה "צירוף הנסיבות המפורטות לעיל מגלה כי במועד הרלוונטי – דהיינו במועד ההפרות ועובר להודעת הכוונה - אכן הייתה קיימת מחלוקת כנה בציבור ביחס לשאלה האם הוראת המחלוקת אוסרת על חיוב מלא וכופה חיוב יחסי בלבד, ולכל הפחות הייתה אפשרות כזו. אף על פי כן, ואף שהמערערת טענה את טענת המחלוקת הכנה באופן בולט במענה להודעת הכוונה, המשיבה לא ביקשה, עובר לקבלת ההחלטה, וממילא גם לא קיבלה, חוות דעת של היועצת המשפטית שלה באשר לאפשרות קיומה של מחלוקת כנה בנוגע לפרשנות הוראת המחלוקת.

אני סבור כי בנסיבות העניין, כשל זה מוציא את ההחלטה אל מחוץ לגדרי מתחם הסבירות. בחינת החלטת המשיבה מלמדת כי המשיבה התייחסה לטענת המערערת בדבר קיומה של אפשרות למחלוקת כנה בקביעה לקונית ובלתי מנומקת כי אין קיימת מחלוקת כנה, וכי לא ניתנה חוות דעת של היועצת המשפטית שלה בעניין (עמ' 7, סע' 7.2' ג' להחלטה).

נדמה לי שמהמקובץ לעיל עולה בבירור כי פני הדברים שונים לחלוטין. המערערת הציגה די ראיות אובייקטיביות, המלמדות כי בעת משלוח הודעת הכוונה הייתה אף הייתה מחלוקת בציבור בדבר פרשנותה של הוראת המחלוקת בנוגע לשיטת החיוב המלא, וכי מחלוקת זו אף הייתה כנה, בשים לכלל העובדות המפורטות לעיל. הד למסקנה זו מצוי, כאמור, אף בפיסקה 63 בהחלטת יעבץ.

61. בימ"ש בערעור בסלקום סיכם כלהלן:



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

37" נוכח כל האמור, סבורני כי בראש זה נפלו שני פגמים בתהליך קבלת ההחלטה: האחד – שבמועדי התלונות ועובר למועד הודעת הכוונה, הייתה אפשרות למחלוקת כנה בציבור ביחס לפרשנות הוראת המחלוקת.

השני - שאף על קיומה של מחלוקת כנה, המשיבה כלל לא פנתה ליועצת המשפטית שלה לצורך קבלת חוות דעת בדבר קיומה, וממילא גם לא קיבלה חוות דעת כאמור. בכך, היא מנעה מהמערערת מלהסתמך על טענת הגנה חשובה זו, שהיא עצמה יצרה בנוהל.

התוצאה ממחדל זה הוא שבכך, נמנע מהמערערת הליך מנהלי הוגן. על כך נאמר: "הזכות להליך הוגן מזוהה במשפט בישראל בעיקר עם ההליך הפלילי, אך היא חלה על כלל ההליכים, לרבות ההליך המנהלי. הכלל הוא כי בכל מקום בו מבקשת רשות שלטונית לפגוע בזכויותיו של פרט בחברה, עליה לפעול בגדרי הליך הוגן.....הזכות להליך הוגן מוכרת גם כחלק בלתי נפרד מההליך המנהלי. כמו בהליך הפלילי, גם כאן באה הזכות לידי ביטוי בשילוב של הסדרים שונים שבבסיסם הגנה על הפרט מפני הכוח השלטוני העודף ופגיעה בזכויותיו ללא הליך הוגן. תפיסת הבסיס של המשפט המנהלי היא כי על הרשות המנהלית לפעול בהוגנות, כאשר על פעולותיה חלים כללי הצדק הטבעי. הזכות להליך מנהלי תקין הוגן הינה חלק מזכות היסוד של ניהול הליך מנהלי"

(ד"ר ר' שפירא, "מאכיפה פלילית לאכיפה מנהלית", הוצאת נבו (2019), עמ' 316-314).

62. לנוכח המסקנה לגבי קיומה של אפשרות למחלוקת כנה בציבור ביחס להוראת המחלוקת והיעדר חוות דעת של היועצת המשפטית, בימ"ש בערעור של סלקום סבר כי יש לפעול בהתאם לסעיף 22ג(א) לחוק הגנת הצרכן שקובע שלהלן:

"היה לממונה יסוד סביר להניח כי עוסק הפר הוראה מההוראות לפי חוק זה המפורטות בסעיף 22ג, והתקיימו נסיבות המנויות בנהלים שהורה עליהם הממונה, רשאי הממונה להמציא למפר, במקום הודעה על כוונת חיוב, התראה מינהלית לפי הוראות סעיף זה".

63. לנוכח קביעת המחוקק כי בהתקיים נסיבות מסוימות, אותן יש לפרט בנהלים פומביים שתפרסם המשיבה, תהיה המשיבה רשאית לשלוח לעוסק התראה מנהלית חלף עיצום כספי, המשיבה פרסמה את "נוהל המצאת התראה מנהלית חלף עיצום כספי" (נספח 4 לתגובת המשיבה לערעור – להלן: "הנוהל").

64. בימ"ש בערעור סלקום בחן הנוהל וקבע כלהלן: "הנוהל קובע שלושה מקרים אשר בהם ניתן יהא להנפיק התראה מנהלית חלף עיצום כספי: הוראת דין חדשה כאשר ההפרה היא בתחום שלושת החודשים מאז כניסת הדין החדש לתוקף, שינוי מדיניות אכיפה, והנסיבה השלישית והיא הרלוונטית לענייננו - אפשרות של מחלוקת כנה בציבור בדבר פרשנות חובה הקבועה בחוק או איסור. לגבי נסיבה זו נקבע כי:



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

"קבעה הרשות כי בוצעה הפרה של הוראת החוק, והיועץ המשפטי של הרשות חיווה דעתו בכתב כי קיימת אפשרות של מחלוקת כנה בציבור בדבר הפרשנות המשפטית ליישומה, תשלח הרשות למפר התראה מנהלית במקום הודעה על כוונת חיוב".

65. מסקנת בימ"ש בערעור של סלקום כי הטענה בדבר היעדר חו"ד אינה מסייעת למשיבה הובילה אותו למסקנה כי היה על המשיבה להסתפק בנסיבות העניין במשלוח התראה מנהלית.

66. כאמור לעיל, לנוכח הדמיון, עד כדי זהות, בטענות ובתשתית העובדתית, אין לבימ"ש זה, אלא לאמץ המסקנה שדין הערעור להתקבל וכי היה על הרשות בנסיבות העניין להסתפק בהתראה מנהלית.

האם יש לבטל העיצום עקב פגם השיהוי בהטלת העיצום ?

67. בנוסף לאפשרות של קיום טעות כנה, המערערת טענה שנפל גם פגם של שיהוי. להבדיל מעניין סלקום, כאן הטענה עלתה כבר בהודעת הערעור.

68. טענה זאת נדונה בהרחבה גם בערעור סלקום ולנוכח הדמיון הרב בנסיבות, הדברים יפים גם לעניין ערעור זה.

69. על פי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.0003 מיום 18.4.2016, בעניין **"משך הזמן בהליכי אכיפה חלופית (עיצומים כספיים)"** - להלן: **"ההנחיה"**, על רשות מנהלית לפעול לבירור ההפרה ולאיסוף העובדות הנדרשות כך שההליך המנהלי יסתיים בהקדם האפשרי ולכל המאוחר תוך שנה וחצי ממועד גילוי ההפרה. עוד קובעת ההנחיה כי על הליך מנהלי מהסוג הנידון כאן להסתיים תוך 6 חודשים מהמועד בו הועבר לגורם המוסמך המידע לצורך החלטתו בדבר ביצוע ההפרה.

70. בערעור סלקום, ההחלטה התקבלה 3.5 שנים לאחר גילוי ההפרה, ושנה וחצי לאחר שכל המידע הנוגע לעניין הדרוש לצרכי מתן ההחלטה היה בידי המשיבה, בפברואר 2017, עת הגישה את המענה להודעת הכוונה. המערערת טענה כי המשיבה המתינה להחלטת יעבץ, ומשהחלטה זו אימצה את פרשנותה, מסרה את החלטתה למערערת. לשיטתה, המדובר בהתנהגות בלתי ראויה לחלוטין אשר אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות המשפט המנהלי.

71. המשיבה טענה בערעור סלקום בתגובתה להשלמת עיקרי הטיעון, כי ההנחיה הוחלה עליה רק באוקטובר 2017. לשיטתה, משך הזמן לסיום ההליך המנהלי בהתאם להנחיה הוא שנתיים כאשר בתקופת זמן זו לא יובא בחשבון פרק הזמן שבין משלוח הודעת הכוונה למערערת (9.11.2016) לבין



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

מועד מתן התגובה (20.2.2017). עוד טוענת המערערת כי גם אם חרגה מהזמנים הקבועים בהנחיית היועמ"ש, הרי שלנוכח הוראת סעיף 5 להנחיה הנ"ל, אין בכך כדי לפגום בתוקפו של העיצום שהוטל.

72. המשיבה דחתה את הטענה כאילו המתינה להחלטת יעבץ ורק אז מסרה את החלטתה למערערת.

73. בימ"ש בערעור סלקום קבע כי דין הערעור להתקבל גם בשל - "השיהוי הרב, האובייקטיבי והסובייקטיבי, בו נגועה החלטת המשיבה. שיהוי זה, מעבר להיותו פגם בפני עצמו, מקהה את העוקץ של העיצום הכספי שהוטל על המערערת, וגורם לכך שהעיצום אינו משרת עוד את תכליתו ומטרתו."

74. בימ"ש בערעור סלקום בחן לוח הזמנים ופרט אותו כלהלן:

ההפרות - שנים 2015 (ברובן הגדול) ו- 2016;

הודעת הכוונה - 9.11.2016;

החלטת המאסדר - 11.1.2017;

מענה המערערת להודעת הכוונה - 20.2.2017;

החלטת יעבץ - 4.4.2018;

החלטת המשיבה נשוא הערעור - 8.8.2018.

75. מנתונים אלה עלה כי פרק הזמן שחלף מאז מועד תגובת המערערת שם להודעה על כוונת החיוב ועד למועד ההחלטה שם - עמד על 18 חודשים.

76. בערעור סלקום נקבע כי פרק זמן זה נגוע בשיהוי רב, הן סובייקטיבי - בהתייחס להנחיות היועץ המשפטי לממשלה והן אובייקטיבי - בשים לב לכך שלא ניתן כל הסבר מדוע המתינה המשיבה זמן כה רב, למעשה עד אחרי החלטת יעבץ, לשם מתן ההחלטה.

77. בימ"ש מוצא לאמץ הסקירה בערעור סלקום לגבי "חשיבותה של החובה המנהלית לפעול במהירות". סעיף 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א - 1981 קובע:

"הסמכה או חיוב לעשות דבר, בלי קביעת זמן לעשייתו - משמעם שיש סמכות או חובה לעשותו במהירות ראויה ולעשותו מזמן לזמן כפי שנדרש לפי הנסיבות"

ועל החובה ליתן החלטה במהירות ראויה נאמר:

"החובה לפעול במהירות ראויה היא מן המושכלות הראשוניים של מנהל תקין. היא נובעת מן החובה של כל עובד הציבור, במעמדו כנאמן הציבור, לפעול בהגינות וביעילות. לכן, בית המשפט עשוי להטיל חובה זו על עובדה הציבור אף בלי להיסמך על סעיף 11 לחוק הפרשנות. מכל מקום,



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

סעיף זה מקיף כמעט את כל הפעילות המנהלית. הוא חל על כל סמכות מנהלית, בין סמכות חובה ובין סמכות רשות.

(י' זמיר, "הסמכות המינהלית" כרך ב' מהדורה שניה, עמ' 1098)

78. כמו כן, בימ"ש בערעור סלקום הפנה בעניין החשיבות המיוחדת של מהירות הליכי אכיפה באמצעות עיצום כספי לדברים שנאמרו בדברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 14)(עיצום כספי), התשע"ב - 2011, ה"ח 637, 240:

"אכיפה באמצעות עיצומים כספיים הפכה בעשור האחרון לרווחת בחקיקה הישראלית, ובמיוחד בחוקים העוסקים בתחומים כלכליים. העיצום הכספי הינו אמצעי אכיפה רגולטורי יעיל ומהיר, המוטל על ידי הרשות המנהלית ומטרתו להביא להגברת הציות של ציבור המפוקחים. לנוכח העובדה כי המדובר בהליך מנהלי, עשויה יעילותו ומהירותו לשמש גורם מרתיע ולהביא להקטנת השכיחות של הפרת החובות שבגינם ניתן להטילו".

79. בימ"ש בערעור סלקום ציין כי נוכח האמור, קבעה ההנחיה שתי מסגרות זמן לטיפול בעניינים עיצומים כספיים.

"האחת – כללית, אשר בה נקבע כי הליך מן הסוג הנידון יסתיים לכל המאוחר תוך שנה וחצי ממועד גילוי ההפרה (סעיף 8.1 להנחיה).

השנייה - קונקרטית יותר, והיא מתייחסת לרשויות מנהליות בהן קיימת הפרדה בין גורמי הפיקוח והאיסוף של התשתית הראייתית לביצועה של הפרה, לבין הגורם המוסמך להטיל את הסנקציה המנהלית. ביחס לאלה נקבע כי ההליך המנהלי יסתיים לכל היותר תוך 6 חודשים מהמועד שהועבר לגורם המוסמך המידע בדבר ההפרה. תקופה זו מצטרפת לתקופת 18 החודשים הראשונה (סעיף 8.2 להנחיה).

עוד נקבע בהנחיה כי במניין התקופות לא יובא בחשבון פרק הזמן בו ממתנה הרשות לקבלת התייחסות מפוקח, במסגרת הזמן שהוקצב לו לאותו עניין (סעיף 9.1 להנחיה)"

80. בימ"ש בערעור סלקום קבע שהמשיבה מתייחסת לסוג הרשויות המנהליות השני. בימ"ש זה חולק על מסקנת בימ"ש בערעור סלקום. זאת, מכיוון שבשונה מהרשות לניירות ערך למשל, שם ההחלטה מתקבלת ע"י וועדה, ברשות להגנת הצרכן, אין הבחנה מהותית בין עובדי הרשות שאוספים הממצאים לבין הממונה על הטלת העיצומים. מכאן שבימ"ש הקל שם עם המשיבה בעניין מניין הזמנים.

81. בימ"ש בערעור סלקום הביא בחשבון כי ההנחיה הוחלה על המשיבה רק באוקטובר 2017, שכן המשיבה הוקמה זמן קצר קודם לפרסום ההנחיה. עוד נקבע כי באוקטובר 2017, עת הוחלה ההנחיה על המשיבה, כבר היו בידי המשיבה כל העובדות הנוגעות לעניין הנדרשות לצורך קבלת החלטתה,



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

תקופה של למעלה מ – 18 חודשים ולכן מוצתה תקופת הזמן הקבועה בסעיף 8.1 להנחיה למתן ההחלטה.

82. כאמור לעיל, עוד הובא בחשבון כי מאותו מועד החלה תקופת הזמן הנוספת, בת שישה חודשים, הקבועה בסעיף 8.2 להנחיה. תקופה זו הסתיימה בחודש אפריל 2018.

83. בערעור סלקום נקבע כי בשים לב שהחלטת המשיבה שם ניתנה ב – 8.8.2018, ובהיעדר נסיבות אחרות כקבוע בסעיף 9 להנחיה – חרדה המשיבה ב – 4 חודשים במתן החלטתה מתחומי הזמנים הקבועים בהנחיה, ועל כן החלטתה נגועה בשיהוי סובייקטיבי.

84. כאמור לעיל, בימ"ש זה, לא השתכנע שיש הפרדה מבנית בין עובדי הרשות לבין הממונה על הטלת העיצומים ולשיטתו, היה על הרשות להטיל העיצומים לכל המאוחר, חצי שנה ממועד קבלת המענה של המערער דהיינו, באוקטובר 2017.

85. כאן המקום לפרט לוח הזמנים בהליך המנהלי לפני בימ"ש זה :
ההפרות - 2015 ו – 2016. (בערעור סלקום 2015 (ברובן הגדול) ו – 2016).
החלטת המאסדר – 11.1.17.
הודעת הכוונה – 16.1.17 (בערעור סלקום 9.11.16)
מענה המערער להודעת הכוונה – 8.4.17 (בערעור סלקום 20.2.2017)
החלטת יעבץ – 4.4.2018 ;
החלטת המשיבה הנידונה כאן – 15.4.18 (בערעור סלקום 8.8.18)

86. ההשוואה בין לוחות הזמנים מעלה כלהלן :
התלונות התקבלו באותה תקופה.
בשני הערעורים מדובר על צורך בגביית עדויות ממספר רב של מתלוננים, אם כי בערעור כאן סכום העיצום הכולל נמוך יותר, ומכאן שלא נדרש פרק זמן רב כמו בערעור סלקום.
למרות שבערעור זה, הסכום שהוטל נמוך יותר, הודעת הכוונה ניתנה חודשיים מאוחר יותר.
בשים לב לפער בין מועדי הודעת הכוונה, אזי המענה ניתן תוך פרק זמן זהה.
בשני הערעורים ישנו פער זמנים בלתי מוסבר בין המענה לבין ההחלטה, בסלקום שנה וחצי ואילו בערעור זה שנה, אך בשניהם, ההחלטה ניתנה לאחר ההחלטה בעניין יעבץ, כאשר בערעור זה, **ההחלטה ניתנה כשבוע לאחר מתן ההחלטה בעניין יעבץ.**

87. גם אם לצורך הדיון, בימ"ש ייצא מנקודת הנחה שהרשות עמדה בלוח הזמנים שנקבע בהנחיה, או שההנחיה אינה מחייבת אותה, אין לקבל הטענה כי אין שיהוי בהתאם לפרקי הזמן שלהלן :



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

במתן ההחלטה על הטלת העיצום **שלוש שנים וחצי** מהמועד בו הובא לידיעת הרשות בחודש ינואר 2015 (כמפורט בטבלה של הרשות לגבי מועדי התלונות) שהמערערת מפרה הוראות חוק הגנת הצרכן,

במתן הודעה על כוונה לחייב הטלת עיצום לפי חוק הגנת הצרכן **שנתיים** לאחר שהגיע לידיעת הרשות המידע לגבי ביצוע הפרות.

שנה ממועד קבלת המענה ובמקרים כביכול, **שבוע** לאחר מתן החלטה התומכת בעמדתה, בשונה מפסיקה קודמת.

88. לכן, בימ"ש זה מצטרף לעמדת בימ"ש בערעור סלקום לפיה, אף לגופו של עניין, ומבלי להתייחס ללוח הזמנים הקבוע בהנחיה, נגועה החלטת המשיבה בשיהוי של ממש. זאת בשים לב שלמרות שכבר ביום 20.2.2017 עם קבלת מענה המערערת שם להודעת הכוונה, היו בידיה כל הנתונים הנדרשים לצורך גיבוש החלטתה, החלטת המשיבה ניתנה רק ביום 8.8.2018, היינו כשנה ומחצה לאחר מכן.

89. זאת, כאשר המשיבה בתגובתה להודעת הערעור שם, ובתשובה כאן מעמוד 34, לא הבהירה כלל, ולא סיפקה הסבר מניח הדעת, מה מנע ממנה ליתן את ההחלטה זמן קצר לאחר המצאת מענה המערערת להודעת הכוונה. המשיבה גם לא הבהירה בתגובתה להודעת הערעור שם וגם כאן האם לאחר קבלת תגובת המערערת ערכה בדיקות ובירורים נוספים, אשר גרמו לשיהוי זה.

לכן יפים דברי בימ"ש לפיהם **"על פני הדברים נראה, כי לכאורה, המשיבה יכולה היתה ליתן את ההחלטה זמן קצר ביותר לאחר קבלת מענה המערערת להודעת הכוונה, שניתן תוך 3 חודשים. עיון במענה הנ"ל מלמד שהמדובר במענה משפטי בכללותו שעל פני הדברים אינו מצריך בדיקה עובדתית נוספת, ודאי לא בדיקה מורכבת, אשר ממילא לא נטען שנערכה.**

בשים לב לכך שהמשיבה אף לא שקלה פניה ליועצת המשפטית שלה, לצורך קבלת חוות דעת בעניין קיומה של אפשרות למחלוקת כנה, ובהינתן הכללים העקרוניים בעניין חשיבות הצורך בקבלת החלטה במהירות ראויה על ידי כל רשות מנהלית, ובתחום דיני העיצום הכספי בפרט, כפי שהודגש ופורט בהנחה ברחל בתך הקטנה, הרי שבעיני, פרק זמן של כשנה וחצי מאז מתן המענה ועד להחלטה - אינו עולה בקנה אחד עם חובה זו."

90. בימ"ש בערעור סלקום המשיך לבחינת המשמעות של הממצא כי המשיבה לא קיימה את החובה לקבל החלטתה במהירות הראויה והפנה לספרות כלהלן:

"שיהוי מנהלי עשוי לשמש ראיה לכאורה או לפחות לעורר חשש כי הרשות שוקלת שיקולים זרים או כי פעולתה לוקה בפגם אחר"

(י' זמיר, הסמכות המינהלית, כרך ב' מהדורה שניה, עמ' 1107, והפסיקה המפורטת שם).



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

91. בימ"ש קבע כי המערערת שם לא הוכיחה תשתית בסיסית לקיומו של שיקול זר שדבק בהחלטה ולכן "נותרנו עם לוח הזמנים כמות שהוא, שהוא – יש להודות – בלתי מוסבר לחלוטין. גם אם אין בשיהוי זה בקבלת ההחלטה כדי לבסס ממצא של שיקול זר, המהווה עילה עצמאית לביטולה, הרי שקיומו מצטרף כרובד נוסף, אך בהחלט לא מכריע, לנימוקים המפורטים בפרק הקודם בדבר הימצאות החלטת המשיבה מחוץ למתחם הסבירות שעניינם במסקנה שהמערערת לא זכתה, בנסיבות העניין, להליך מינהלי הוגן."

92. בעניין חשיבות השיהוי, בימ"ש חולק על בימ"ש בערעור סלקום. לדעת בימ"ש זה, לא לחינם היועמ"ש קצב מועדים להוצאה לפועל של האכיפה המנהלית. זאת, מכיוון שהמטרה המרכזית של ההליך הינה השגת הרתעה מידית. ברי ששריכת רגליים, מונעת השגת התרעה מידית באמצעות הליך שמלכתחילה נטל מהעוסק את יכולתו להגן על זכותו היסודית לקניין על פי סעיף לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

93. כשם שקיום חקירה נגדית הינה נשמת אפו של הליך משפטי הוגן, כך המידיות הינה נשמת אפו של הליך האכיפה המנהלי שנועד להשיג הרתעה מידית.

94. אם בימ"ש יסכים לניהול ההליך המנהלי על פני תקופה ארוכה, אזי ייאבד הטעם בשלילת זכותם של העוסקים להגן על עצמם ע"י חקירת עדי הרשות המנהלית. אילו המחוקק ביקש להקנות למדינה הכנסה נוספת בדמות של פסיקת סכומי עתק עקב הפרות של חוק הגנת הצרכן **ללא קשר להשגת ציות ע"י הרתעה מידית**, חזקה כי היה קובע זאת במפורש בחוק.

95. מכאן שהליך הטלת עיצום שלא בוצע במהירות ראויה, פסול שכן אין להסכים לפגיעה בזכויות העוסק להתגונן מפני הפגיעה בקניינו, אם מטרת הפגיעה בזכות העוסקים, דהיינו, השגת ציות ע"י הרתעה מידית, אינה מושגת בפועל.

96. אחד מפרקי הזמן בו חל שיהוי בלתי מוסבר, הוא פרק הזמן עד למועד מתן ההחלטה, לאחר קבלת תגובת המערערת. **בהעדר הסבר למקרייות הרבה בין מועד מתן ההחלטה ביעבץ לבין מתן החלטה, מיד לאחר מתן ההחלטה ביעבץ, המסקנה היא שהרשות המתינה בכוונת מכוון עד שיהיה בידה להפנות להחלטה שתומכת, לשיטתה, בעמדתה.** ולראיה, בנימוקי ההחלטה, המשיבה סוקרת הפסיקה אליה הפנתה המערערת במענה, שאינה תואמת עמדת המשיבה ומביאה כמשקל נגד את ההחלטה בעניין יעבץ שניתנה כשבוע קודם לכן. אין לקבל התנהלות זאת בהליך שמחייב השגת ציות באמצעות הרתעה מידית.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

97. אולם, לאחר חידוד חילוקי הדעות בין בימ"ש כאן לבימ"ש שם, שאינם משנים לגבי התוצאה הסופית, יש לציין שגם בימ"ש של הערעור בסלקום מצא להוסיף הדברים שלהלן:

"עיקר עוקצו של העיצום הכספי הינה במישור ההרתעתי. מהותו ואופיו של עיצום כספי, בכללותו, הינו אזרחי – מינהלי, ומצוי הוא בתחום הביניים בין המישור האזרחי לפלילי (בר"מ 2657/14 ס. אלון חברה להשקעות ובניין בע"מ נ' הממונה על חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה – 1974 [פורסם בנבו] (22.6.2014), בפסקה 20). בעניין זה ר' עוד דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 33), ה"ח הממשלה 620, מיום 31.10.2011, בעמ' 7, שם נאמרו על פרק ה'1' שהוצע כתוספת לחוק הדברים הבאים:

"האכיפה הפלילית תמוקד בהפרות החמורות יותר של החוק, שלגביהן מוצדק לתייג את המפר באופן שלילי וליצור הרתעה של הכלל. יתרונה של האכיפה המינהלית, ובמיוחד במנגנון העיצום הכספי, הוא שמדובר במנגנון גמיש המאפשר תגובה מהירה. מטרתה של האכיפה החלופית היא כפיית ציות להוראות הדין, מניעה ישירה של ההפרה והרתעה של הפרט באמצעות שלילת התמריץ הכלכלי להפרה"

בענייננו, עקב עיתוי ההחלטה, אין מתמלאות התכליות המרכזיות של העיצום הכספי, כפי שבוטאו בהצעת החוק ובהנחיה. עיתוי הטלתו מקהה את עוקצו באופן מובהק. זאת משום, שבמועד ההחלטה, לא היה כבר כל טעם בהרתעה האישית של המערערת, שכן רשיונה ממילא השתנה בהתאם להחלטת המאסדר, והמערערת ממילא הפסיקה לנקוט בשיטת החיוב המלא.

מאחר והשינוי בתנאי הרשיון התייחס לכל חברות התקשורת שלהן רשיון להספקת שירותי רט"ן, הרי שגם לשיקולי הרתעה כללית אין כל יסוד.

מאותן סיבות ממש, במועד הטלת העיצום הכספי, גם לא היה כבר שום יסוד לשיקול כפיית הציות לדין, שכן בעת הטלת העיצום הכספי, המערערת צייתה להחלטת המאסדר וביטלה את שיטת החיוב המלא.

אילו היה העיצום הכספי מוטל בזמן אמת, דהיינו טרם החלטת המאסדר – ניחא. בהתעלם מטיעון המחלוקת הכנה אשר מהווה מגן מפני הטלת עיצום כספי, ניתן היה לאמר לפחות שיש הגיון, תכלית וטעם בהטלתו.

ואולם, בענייננו, העיצום הכספי הוטל לאחר "שכל הסוסים כבר יצאו מהאורווה" – ומזמן. אם כן, מסופקני אם היה בהטלת העיצום הכספי על המערערת, בנסיבות אלה, בעת הטלתו, כדי להביא תועלת חברתית כלשהי, פרט אולי לשיקול הגמול."

98. בימ"ש מאמץ לנוכח האמור לעיל, קביעת בימ"ש בעניין סלקום, גם כאן לפיהם: "נוכח עיתוי ההחלטה, נראה כי מטרותיו ותכליותיו של העיצום הכספי הוקהו וחדלו להיות רלוונטיות, ואין בו כל אפקטיביות. עקב השיהוי בקבלת ההחלטה, חדל העיצום הכספי מלהגשים את ייעודו כמכשיר מרתיע אישי וכללי.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

עש"א 50765-05-18 גולן טלקום בע"מ נ' מדינת ישראל

כל אלו פגמים אשר הצטברותם יחדיו מצביעה על כך שהחלטה חרגה ממתחם הסבירות, ודינה בטלות. "

דיון בהוצאות

99. בשים לב לפגמים בהתנהלות המשיבה, ההוצאות שהושתו עליה בעניין סלקום הולמות ולכן גם בימ"ש זה מחייב אותה לשלם למערערת כאן שכ"ט ב"כ בסך של 20,000 ₪ והחזר אגרת ערעור ששולמה.

סוף דבר

100. בימ"ש מקבל הערעור ומחייב המשיבה לשלם למערערת החזר אגרת ערעור שולמה ושכ"ט ב"כ המערערת בסך של 20,000 ₪.

ניתן היום, כ"ג אלול תשע"ט, 23 ספטמבר 2019, בהעדר הצדדים.

עדי הדר, שופט