ת"ק 72839-05-23 וולבוביץ נ' קיי אס פי בע"מ

תיק חיצוני:

לפני כבוד השופטת אפרת רחלי מאירי

תובע **אוהד וולבוביץ**

נגד

נתבעת **קיי אס פי בע"מ**

פסק דין

1. מונחת לפניי תביעה לפיצוי כספי בגין אפליית התובע בקבלת שירותים מהנתבעת וכן בגין קבלת הודעות ספאם שנתקבלו בתיבת הדואר האלקטרוני שלו מבלי שניתנה לכך הסכמתו תחילה.

2. על פי הנטען בכתב התביעה, התובע רכש מוצר מהנתבעת, ולאחר שגילה שהוא נמכר במקום אחר במחיר זול יותר, ובהתאם לפרסומי החברה המתחייבת להשיב את ההפרש מקום בו יתברר כי נמכר בסכום גבוה יותר, דרש את הפער בחזרה וקיבל. לאחר מכן המשיך לרכוש מוצרים מהחברה. ברם, לפי טענת התובע החל מחודש אוגוסט 2022 החליטה החברה לחסום את חשבונות התובע אשר נהג לרכוש ממנה באמצעות האינטרנט ולא לאפשר לו לרכוש ממנה. חרף זאת, היא המשיכה לשלוח לו דברי פרסומת (מעל 100 הודעות) אולם כשניסה לרכוש מהאתר קיבל הודעת שגיאה עמומה "error 1111". לאחר מאמצים רבים הסבירו לו שלאור דרישתו בעבר לקבל הפרשי מחיר הוחלט לא לאפשר לו לרכוש מוצרים מהחברה. בנוסף, בשיחה מול בעלי החברה טענו בפניו כי הוא רוכש את מוצרי החברה לצורך הפצה ולכן נחסם. על כן, הוא עותר לפיצוי בגין אפלייתו כצרכן מקבלת שירות וכן בגין משלוח הודעות פרסומת בניגוד לסעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (המכונה "חוק הספאם").

3. הנתבעת מנגד, מבקשת לדחות את התביעה. הנתבע אכן רכש מוצר מהחברה בהזמנה אינטרנטית, ואכן כשבא לאסוף את המוצר דרש החזר של פער ממחיר שמצא מחברה אחרת, אולם בתקנון הנתבעת ישנם תנאים מצטברים כדי להחזיר פערי מחיר, שעניינם

זהות בין המוצר, הספק, היבואן וכיוצ"ב. התובע באותו יום לא הציג אסמכתא שבמקום אחר המחיר יותר זול ולכן לא קיבל הנחה אלא דרש לבטל את העסקה כולה והעסקה בוטלה. יום למחרת הגיע התובע לחנות עם חשבונית מס בגין רכישת המוצר בחברה אחרת, שמוכרת רק ללקוחות עסקיים ולכן ע"פ תקנון הנתבעת הקונה לא זכאי להחזר פערי מחיר בהשוואה מולה, אולם למרות זאת לפנים משורת הדין החזירו לו פערי מחיר. עוד טענה כי כחברה פרטית מותר על פי דין לנתבעת לבחור שלא למכור לתובע, בוודאי לאחר שהוא דרש הנחה שלא מגיעה לו ע"פ התקנון ולטעמה ניסה בכך לעשות עושר שלא במשפט ולא פעל בתו"ל – פעולה שהוא חזר עליה שוב בניסיון קניה אחר שלו בחברה. ההחלטה לחסום את חשבונותיו נבעה מרצון להימנע מעימותים מיותרים מול התובע. כך או כך, השיקולים להימנע מלמכור לתובע לא מבוססים על אפליה אלא על הרצון להגן על האינטרסים של החברה לרבות אינטרסים כלכליים ותדמיתיים. הנתבעת הפנתה לפסיקה (בר"ע (מחוזי ירושלים) 478/08 **ג.י.א.ת. ניהול והשקעות בע"מ נ' ארז מור** (25.09.2008)) לפיה פעולת **חברה פרטית** שלא נותנת שירות לאדם פלוני שלא בגלל השתייכותו לקבוצה מסוימת, לא נחשבת מפלה. כמו כן טענה כי הרכישות שביצע התובע מאז התקרית ועד לחסימתו לא בוצעו אצל הנתבעת, אלא בחברת האחות שלהם באילת ולא היו למעשה בידיעתה.

בכל הנוגע למשלוח הודעות פרסומת, הרי שההודעות האלקטרוניות שנשלחו לתובע נשלחו לאחר שנתן את הסכמתו למשלוח הודעות, לאמור כי שליחתן עומדת בדרישות חוק הספאם. במשך כחודשיים קיבל התובע הודעות דוא"ל מהנתבעת ולא ביקש הסרה עת מדובר בהודעות הנשלחות על ידי ספקית חיצונית והוא הוסר מיד בסמוך לאחר שביקש הסרה.

4. התקיים דיון לפניי. התובע טען כי גם אם מדובר בחברה פרטית אשר נותנת שירות לציבור ולא הפלו אותו לפי חוק איסור הפליה במוצרים, הרי שלא ייתכן כי לאחר שביקש כלקוח לרכוש "כאחד האדם" וביקש לממש את זכותו כלקוח מול התקנון, **"הדבר לא מצא** (חן) **בעיני החברה שכל אדם שמבקש לממש את זכותו וזה לא עולה על רוחה, היא תטרוק את הדלת ותכניס אותו לרשימה שחורה"** . הוא תיאר כי הנתבעת חסמה אותו כלקוח. לתומו קיבל הודעת שגיאה 1 וחרף כך שחסמה אותו בשנת 2022 היא המשיכה להפיץ הודעות פרסום עת מדובר ב**"עסקה שעושה עושר באמצעות לידים"**. לטענתו, אם הוא חסום אצלם כלקוח וזה מעודכן אצלם הרי שהיו צריכים להסיר אותו מרשימת הדיוור. לדבריו, בבסיס ההסכמה הזו לקבל דיוור עומד תנאי יסוד שיאפשרו לו לרכוש עת בנקל החברה יכולה הייתה להסיר אותו מרשימת התפוצה בשלב שזו גמרה אומר בליבה שלא רוצה אותו כלקוח.

בכל הנוגע למקרה שהוביל את הנתבעת להחלטה שלא לספק לו שירות ואף לחסום אותו, תיאר כי רכש בחנות בנתניה ומכיוון שבתקנון היה כתוב שהנתבעת מתחייבת למחיר הזול ביותר ביקש את ההפרש לפי הסניף השני. הוא הבהיר כי הם ביטלו לו את כל העסקה ולא מדובר היה בהחזר של ההפרש בין המחירים. עם זאת, לאחר שביטלו לו את העסקה, הוא הפנה אותם לתקנון ובכל מקרה עת יצא מהסניף סבר שבכך הסתיים הסיפור. הם חסמו אותו ללא ידיעתו ומבלי שנתנו לו אפשרות נאותה להגיב, ולדבריו "**מקומם אותי שהכניסו אותי לרשימה שחורה מבלי לשלוח הודעה**" כשכל נציג לא יכול לתת לו מידע מדוע לא מצליח לרכוש – אחד אחרי השני – ומפנים להנהלה. הוא תיאר כי הטיחו בו שהוא למעשה סוחר בכך שקונה רכיבים אלקטרוניים ומוכר במחירים זולים יותר.

נציג הנתבעת העיד כי קודם לאירוע הפרשי המחירים היה מקרה נוסף שבו התובע ביצע הזמנה של מוצרים ופנה לנתבעת בטענה שמגיעה לו אפשרות לממש את המבצע של מאסטר-כארד עת מדובר במוצר שניתן לכלל הלקוחות ובתנאי והמוצר מצוי ברשימת המוצרים והוא רשאי לקבל הנחה למוצר שנכנס לקטגוריה האמורה וגם במקרה זה הוא הלין נגד הנתבעת שהם לא מספקים את ההנחה שהוא אמור לקבל וזאת במצב בו במוצר אחד לא השתתף ובמוצר השני הוא לא יישם את המבצע ולא הוסיף להזמנה שלו ולכן לא עמדה לו הזכות וגם שם התובע המשיך להתעקש מול הנתבעת כי מגיע לו. בנוגע לאירוע השני מיום 29.6, נטען כי הוא ביצע הזמנה נוספת לגוף קירור נוזלי ובאותו יום קיבל הודעה לאסוף מהחנות בנתניה. הוא הגיע וברגע שבאו למסור לו את המוצר הוא אמר שישנה חנות אחרת שהיא לא של הרשת והיא מוכרת את המוצר במחיר זול יותר. הוא לא הציג כל אסמכתא למחיר האחר. הוסבר לו כי זה לא עומד בתקנון של הנתבעת – "**אנו משתדלים לתת ללקוחות מחירים הכי טובים שיש בשוק. עצם זה שהגיע לחנות ולא הוצג(ה) הצעת מחיר, באותו רגע לא ניתן לו והוא בחר לבטל את העסקה ולקבל את כספו חזרה. יום למחרת הביטול הגיע התובע שוב לחנות, הגיע עם דף ומציג שרכש מייבואן מתחרה שלנו שלא מוכר ללקוחות פרטיים, רק לעסקים ומוסדות, והציג שרכש את אותו גוף ואת אותו מוצר שבמחיר מוזל יותר למרות שהוא לא עומד בתקנון החברה. נתנו לו את ההפרש כדי לסיים את הסיטואציה בסניף שלא תהיה סיטואציה נוספת. עם כל זאת, באותו רגע הוא זוכה והוחזר לו הכסף**" (יוער כי גם לפי גרסת תובעת וגם לפי גרסת הנתבעת בכתבי הטענות ובדיון לא מובן מדוע הוחזר לו הפרש אם כבר בוטלה העסקה והוחזר לו כספו אא"כ הכוונה שבוטלה העסקה ואמור לקבל את הכסף ויום למחרת הגיע ואז למעשה קיימו את העסקה ורק נתנו לו את ההפרש – דבר שאולי ניתן להסיקו אולם אף אחד מהם לא הבהיר זאת בצורה ברורה ומפורשת- א"מ) – עמ' 2, ש' 26-17).

בכל הנוגע למשלוח ההודעות הפרסומיות, התובע הדגיש כי לא יכול להיות מצב בו עושים בו שימוש כ"**שופרות**" לצורך פרסום אולם כשלא מעוניינים למכור לו הם לא טורחים להסיר מרשימת התפוצה והנטל היה כאן על החברה במקרה שכזה להסירו. בעניין זה הנתבעת הגיבה כי הוא ביצע באחת ההזמנות שלו רישום לקבלת הודעות דיוור. לטענתה הוא לא מכחיש שנתן הסמכתו לדיוור. לשאלת בית המשפט אם הנתבעת בחרה לחסום אותו בכל דרך אפשרית איך המשיכה לשלוח לו הודעות, הגיבה כי "**את הרישום לדיוור ביצע בתאריך 3.6.22 והוא קיבל הודעת דיוור במשך חודשיים. ביום 4.11.22 הוא ביקש להסיר אותו מקבלת הודעות. תאריך החסימה אצלנו בוצע ביום 9.3.23. לא נתנו לו בחודש יוני 2023**" (יצוין כי ניסה לבצע רכישה בחודש מאי 2023 ולא נתנו לו משהוא נחסם לפי ההתכתבות מחודש מאי 2023 וכבר באותו החודש הגיש את התביעה-א"מ). התובע הדגיש כי ההודעות היו במייל ונשלחו לו מיילים שעה שהחסימה הייתה בשנת 2022 ולא בשנת 2023 ולדבריו עדיין בשנת 2023 קיבל הודעות (עמ' 2, ש' 34 וכן עמ' 3, ש' 19). בית המשפט העיר כי אם לטענתם האירוע שחסמו אותו הוא מחודש יוני 2023 הדבר לא מתיישב עם כך שהתביעה הוגשה בחודש מאי 2023. נציג הנתבעת הגיב כי התובע לא ביצע קנייה לפני כן ולכן לא ידע שנחסם והוא הוסר כבר ביום 4.11.22. התובע העיד כי אחרי 4.11.22 הוא לא צירף עוד הודעות שנשלחו אולם לדבריו הם לא דיווחו מתי חסמו אותו והכיצד שנה לאחר מכן פתע החליטו לחסום אותו. נוכח אי הבהירות בתאריכים, בית המשפט הורה לנתבעת להציג את "**הפעם הראשונה הוכחה שנחסם בגלל שנחסם במכוון על ידי הנתבעת כשהפנה לשיחות שבהם נודע לו שהוא נחסם**". נציג הנתבעת מסר כי אם התובע הצליח לרכוש פעמיים ללא ידיעתה של הנתבעת הרי שמכרו לו ולא נחסם. נציג הנתבעת הבהיר כי "**חסימה זה ברגע שהלקוח מבצע את ההזמנה כפי שביצע התובע בסמוך ליום 8.5.23, הוא גילה שיש לו הודעת שגיאה שלא מאפשרת לו לבצע את ההזמנה. ברגע שהוא ניסה לעשות את ההזמנה בסמוך למאי 2023, אז הוא קיבל הודעת שגיאה שלא מאפשרת לו להמשיך עם ההזמנה. נכון שחסמו אותו במאי 2023, באינטרנט. ביוני כבר בוצעה החסימה הרשמית. ביום 9.3.23 הוא נחסם. חודשיים אח"כ פנה לשירות לקוחות ואמר שניסה לבצע הזמנה דרך האתר וקיבל שגיאה. במרץ 2023 הוא כבר נחסם ולא בתאריכים שביקש לקבל דיוור. אני מראה שאצלי מופיע 9.3.23 פעם ראשונה חסימת פרטי לקוח בגלל הזמנה 581. כנראה הוא הגיע לחנות וניסה לבצע רכישה פיזית**" (עמ' 3, ש' 29-22). התובע מסר שניסה לבצע רכישות בחודשים ספטמבר ואוקטובר 2022. הוא נשאל מדוע פנה רק בחודש מאי 2023 אם הוא לא מצליח לבצע רכישות בחודש ספטמבר 2022 ומדוע יזכרו בו בחודש מרץ 2023 השיב כי הוא פעל דרך רכישות באינטרנט ולדבריו סבר לתומו כי "**לפעמים יש תקלות שנובעות מבעיות בהזמנה. ניסיתי לבצע בערך 2-3 הזמנות שזה הציף לי קוד. לא היה לי דחוף לקיים את אותם הזמנות**" (עמ' 4, ש' 3-1).

בית המשפט הבהיר כי ברגע שהנתבעת הודתה שחסמה אותו, הנטל עובר אליה להראות באיזה תאריך חסמה אותו. כאן אעיר כי מן הראוי היה לגלות ללקוח מקום בו חסמה אותו, ולו כחלק מההגינות שלה כבית עסק. בית המשפט העיר בדיון שהם יכלו לדחות את בקשתו למחיר המופחת תוך מתן הסבר כי מדובר ביבואן מתחרה והם התכוונו שהם לא מתחייבים להחזיר את ההפרש אם יימצא מחיר נמוך יותר אלא שהם מתחייבים להחזר אם יימצא מחיר נמוך יותר ברשת. בכך, למעשה, יכלו להבהיר את כוונתם. זאת, אעיר, בשים לב לכך שסעיף 2 (א) לחוק הגנת הצרכן עניינינו איסור הטעיה כמבחן הסתברותי ולא תוצאתי, היינו כי "עלול להטעות" ודי בפוטנציאל הגלום בכך ולכן בין אם הלקוח צודק ובין אם לאו, בית המשפט אינו נכנס לכך עת בסופו של דבר גם נפתרה מבחינה מעשית הסוגיה אולם זו הייתה העילה להסירו ולחסום אותו מקבלת שירות מצד הנתבעת. כפי שהעיר בית המשפט בדיון כי יש להודיע לאדם שלא רוצים לספק לו שירות ועולה שאלה על התנהלות גם אם היא מותרת לצורך העניין על פי דין – ברגע שלקוח עומד על זכויותיו גם אם הוא טועה, האם זו עילה לחסום אותו מקבלת שירות והאם אין לגלות לו על כך (גם אם העוסק חושד כי פעולת הצרכן נעשתה בחוסר תום לב) אולם הנתבעת טענה, הלכה למעשה, כי די בכך שכאשר לא קיבל שירות ופנה אליהם ואז קיבל את הסיבה, היינו כי לא מוטל עליה חובת גילוי אקטיבית – "**אין לנו מחויבות לדווח ללקוח שחסמנו אותו שחשבנו שהוא פעל בחוסר תום לב**" (עמ' 4, ש' 22) – כאשר יוזכר שלא ניתנה לו זכות תגובה. כך או כך, הנתבעת הדגישה כי "**החסימה לא הייתה בתקופה שהתובע ביקש שלא ישלחו לו את הודעות הדיוור, החסימה שלו בוצעה לאחר שהוא ביקש הסרה**" ועל כך, הגיב התובע כי היא מודה שחסמה אותו בשל אירוע של חודש יוני 2022 אבל הוא הסיר את עצמו רק כאשר הבין שהוא לא יכול לבצע רכישות (משאחרת מה הטעם בקבלת הודעות וצבירתן על כל המטרד הנובע מכך אם הן לא בנות מימוש- א"מ).

5. בית המשפט הורה לנתבעת לצרף את כל הנתונים ממערכת ה-CRM בנוגע לתובע. הנתבעת טענה כי החליטה שלא למכור לתובע החל מיום 9.3.23 בשעה 11:17 וזאת בשל אירועים חוזרים בהם "**הפגין התובע חוסר תום לב בהתנהלות כלפיה בשני אירועים לפחות**". כן הדגישה כי התובע הוא זה שבחר להצטרף לרשימת התפוצה של הנתבעת בתאריך 3.6.22 בעת ביצוע הזמנה שלו שמספרה 103920243. התובע הסיר את עצמו באמצעות לחיצה על לחצן הסר בתאריך 4.11.22 וזאת ללא כל התערבות הנתבעת 125 יום בטרם נחסם לרכישות ולשם כך צירפה נספח אשר הופק ממערכת של צד ג' שאינה צד בתיק והמנהלת את הדיוור לנתבעת ACTIVERAIL. כלל התאריכים של כלל הדיוורים שקיבל התובע הם בטווח התאריכים 3.6.22 ועד 4.11.22 דבר המחזק לדבריה את טענתה שהדיוור נעשה ברשות וברגע שיזם הסרה פעולתו התקבלה ולא נשלחו לו הודעות נוספות. הנתבעת ביקשה להראות אסמכתאות לפעולות חסימת התובע מרכישות ממערכת ניהול המידע של

הנתבעת מתוך פניות הלקוחות ומערכת ה CRM עת העלתה ללא הגבלת זמן את מספר הטלפון של התובע או כתובת הדוא"ל או מספר תעודת הזהות שלו . כן נקלטה פניית התובע לנתבעת רק ביום 8.5.23 עת פנה לראשונה בעניין חסימה שנעשתה לדבריה בתאריך 9.3.23 ולא לפני כן.

בשאילתות שצירפה מצוין "חסימת פרטי לקוח בגלל הזמנה מספר 10604581" , אשמה: "אוטומטי" ; חותמת זמן: 9.3.23 בשעה 11:17:26 .

עולה כי התובע ניסה לבצע הזמנה וביקש לבטלה ופנה ביום 8.5.23 לנתבעת בגין הזמנה מספר 10604581 כשכותרת נושא הפנייה הוא "ביטול הזמנה"- "**שלום רב, אבקש שתבדקו את חיוב ההזמנה הזו, כיוון שזו בוטלה. אנא חזרו אליי בעניין חיוב כרטיס האשראי. תודה".** הושב לו בו ביום "**שלום אין חיוב וקיבלת זיכוי חזרה לאשראי**". ביום 9.5.23 הוא פונה שוב "**שלום רב ותודה. אשמח לעזרה נוספת בביצוע הזמנה אשר מתקבלת שגיאה במערכת בכל פעם שאני מנסה לבצע תשלום. אוהד**". הושב לו בו ביום שישלח צילום מסך מה מופיע ושלח "**שגיאה. לא ניתן לסיים את ההזמנה..**" והכל תחת הכותרת re: ביטול הזמנה". הנציגה שואלת אותו מאיזה טלפון הוא מנסה לבצע והוא השיב לה, והיא מודיעה לו שהיא תעביר את הפנייה לבדיקה מול גורם רלוונטי ותעדכן ואז חוזרת אליו וכותבת: "**לאור זאת שהיה אירוע בעבר בחנות בנתניה ואין חברתנו מעוניינת שיחזור האירוע הנ"ל שוב הוחלט כי לא תוכל לבצע רכישות בחברתנו**" והוא שואל באיזה אירוע מדובר והיא משיבה אירוע בסניף בנתניה והם ממשיכים להתכתב על האירוע כשהוא מנסה לברר פרטים והיא משיבה כי מדובר באירוע שהיה בחודש "**יולי בשנה שעברה**".

התובע הגיב לתגובת הנתבעת כי הנתבעת מנצלת את כוחה וחוסר הסימטריה ביכולתה לאסוף אינפורמציה ובכך להציג לבית המשפט מיצג שווא. לדבריו הנתבעת ציינה בכתב הגנתה (סעיף 22) כי התובע ביצע את שתי הרכישות הנוספות ללא ידיעת הנתבעת כאשר שתי הרכישות הנוספות בוצעו בחברה אחרת בקבוצת החברות קיי.אס.פי. מכאן שניתן להסיק כי הנתבעת גמרה בליבה ואף פעלה לחסימת התובע כבר בחודשים יולי/אוגוסט 2022 דבר שעולה בקנה אחד עם טענותיה שהסיבות לחסימת התובע נבעו מאירועים קודמים שהאחרון ביניהם חל ב -06/22. טענתה כי ביצעה את החסימה במרץ 2023 אינה אלא עורבא פרח שכן היא עצמה מודה שהסיבות לחסימה חלו ביוני 2022 – "**מהי הסיבה שהנתבעת המתינה עם חסימה למועד שרירותי כמעט שנה תמימה אחרי האירועים אליהם התייחסה?**". לדבריו, כפי שניתן לראות מצילום המסך המצורף הוא יצר קשר עם הנתבעת גם בחודשים אוקטובר ונובמבר 2022. תימוכין נוסף ליצירת קשר זו הוא המועד בו הסיר התובע עצמו מרשימת התפוצה ביום 3.11.22 לאור פעולותיה של הנתבעת. מכאן

לדבריו ניתן להסיק כי התובע לא בחר בתאריך שרירותי להסרתו מרשימת התפוצה אלא הדבר נבע מפעולותיה של הנתבעת וחסימה. הוא הדגיש כי "**התנהגותה הפסולה שאימצה לה הנתבעת זועקת לשמיים ומדיפה ריח של בריונות וכרוניקות אופייניות למשטרים אפלים. מטענותיה במסמכים שצירפה ובדיון שנערך השמיע(ה) הנתבעת מפורשות כי כאשר לקוח מעז חס וחלילה להלין על התנהגותה או מצביע על ליקוי במקום לטפל בשורש העניין היא רשאית לטרוק בפניו את הדלת ולהכניסו אל הרשימה השחורה. בכך למעשה מנצלת הנתבעת את החוק בישראל ופוגעת פגיעה אנושה בחופש הצרכני**" וכי מוטב ואף הכרחי היה שהנתבעת תערוך בירור לפני הכנסת צרכנים אל רשימה שחורה (אשר פסולה גם ככה) ואף תאפשר לצרכנים להגיב ולהגן על טענותיהם.

<u>דיון והכרעה</u>

6. השאלות העומדות לפתחנו הן האם הנתבעת הפרה את חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים ובכניסה למקומות בידור ומקומות ציבוריים, תשס"א-2001 עת סירבה – ועל כך אין עוררין – למכור לתובע ממוצריה והאם משלוח הודעות פרסומיות ללקוח, גם אם ביקש להצטרף לרשימת הדיוור, מקום בו היא החליטה להסירו מרשימת לקוחותיה או להכניסו ל"רשימה שחורה" ולחסום אותו מקבלת שירותים מבלי לגלות לו על כך ובמקביל לשלוח לו הודעות פרסומת שמטרתן לעודד אותו לרכוש אצלה ללא יכולת מעשית לממש את הרכישה נוכח חסימתו מהווה הפרה לפי חוק הספאם?

<u>סירובה של הנתבעת לספק לתובע שירות</u>

7. הנתבעת הפנתה לבר"ע (מחוזי ירושלים) 478/08 **ג.י.א.ת. ניהול והשקעות בע"מ נ' ארז מור** (נבו 25.09.2008). באותו עניין נפסק כי אין איסור על חברה פרטית לספק שירות ללקוח מקום בו שיקוליה אינם ממן העניינים שמונה החוק - "**בכל הכבוד, מצרף אני את דעתי לעמדתם של שופטי הרוב בע"א 3724/06 הנ"ל...החוק קובע נורמות התנהגות האמורות לחול על בעלי עסקים פרטיים (המספקים "שירות ציבורי" או מפעילים "מקום ציבורי"), כמשמעותם בחוק), ואלו בהכרח שונות, ולו מחמת ההבדל ב"קהל היעד" שלהן, מנורמות הקבועות במשפט המנהלי והחלות על רשות ציבורית. כפי שצוין בדברי ההסבר לחוק, מטרתו היא לטפל בהפליה כנגד אדם "רק בשל השתייכותו לקבוצה, ובמיוחד קבוצה שיש לגביה היסטוריה של הפליה בעבר" (הצ"ח 2871, תש"ס, עמ' 370). החוק לא התיימר להטיל על בעלי עסקים פרטיים חובה מוחלטת לנהוג בשוויון כלפי שווים: "החוק נותר נאמן להגדרת המינימום של שוויון גם בהשוואה להסדרים סטטוטוריים אחרים בתחום השוויון המחייבים מתן ייצוג הולם לקבוצות מיעוט" (מ' כהן-אליה, "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים", עלי משפט, ג', תשס"ג, 15, בעמ' 23).**

מחברו המלומד של המאמר הנ"ל הוסיף וציין, כי המחוקק העדיף להסדיר את תחולת השוויון על פרטים באמצעות הוראות חוק מפורשות, כשפעולת ההסדרה החקיקתית "היא גורם הממתן את מידת הפגיעה בחירויות מהטעם שבהסדר החקיקתי נקבעו סייגים מפורשים לתחולת השוויון, שהם רחבים מכפי שבתי המשפט הכירו עד כה" (שם, בעמ' 34). המחוקק בחר בדרך זו במטרה להשיג איזון בין אינטרסים משני סוגים, כשמצד אחד קיימת השאיפה להגן על כבודו של אדם מפני השפלה הכרוכה בהפלייתו "מחמת השתייכות קבוצתית או מאפיינים אחרים ... המנויים בחוק" ומצד שני האינטרס להגן על האפשרות של הפרט לצרוך מוצרים ושירותים שונים (ב' מדינה, "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תיאוריה כלכלית", עלי משפט, ג', תשס"ג, 37, בעמ' 46). מחבר זה אף מציין, כי בית המשפט העליון נמנע מלסטות מהלכת ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, לפיה החובה המוטלת על גוף פרטי לנהל משא ומתן בתום לב, אינה כוללת את החובה לכבד את עקרון השוויון (שם, עמ' 43). ראו עוד בעניין החלת עקרון השוויון על המשפט הפרטי: ג' שלו, "שוויון בדיני חוזים", ספר מנשה שאוה, תשס"ו, עמ' 115. לעניין תביעה בגין הפליה מחמת השתייכות לאומית עוד בטרם חוקק החוק בהסתמך על הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראו ת"א (שלום-י-ם) 11258/93 נעאמנה נ' קיבוץ קליה (פסק דינה של כב' השופטת מזרחי מיום 1.9.96). <u>המסקנה המתחייבת היא, שעל מנת שתצמח עילת תביעה על-פי החוק, על התובע להראות כי הפגיעה בו נעשתה בשל השתייכותו לאחת מאותן קבוצות שהוגדרו בחוק, ובמקרה דנן הדבר לא הוכח. לעניין החוק, אין די בפגיעה בעקרון השוויון"</u> (הדגשות שלא במקור- א"מ), ובהמשך, בפסקה 11: **"עולה מהאמור לעיל, שלאחר שלא היו בפני בית המשפט ראיות המצביעות על הפליה כמובנה בסעיף 3(א) לחוק, והלכה למעשה אף לא נטען להפליה במובן זה, נותרה הטענה שכניסת המשיב לבר סורבה באופן שרירותי, ושלא על פי המתחייב מהנסיבות (כלומר, לא בשל העדר מקום פנוי וכו'). כזכור, המשיב התבטא, כי האפשרות להיכנס לבר תלויה "במצב רוחה של המארחת באותו הערב". <u>גם אם צודק המשיב בטענתו, לפיה כניסתו לבר סורבה באופן סתמי, שרירותי, על פי גחמותיה של ה"מארחת", הרי שאין סירוב זה מהווה הפליה על פי החוק"</u>** (הדגשות שלא במקור-א"מ).

אכן, מקום בו מדובר בחברה פרטית הרשאית שלא למכור מוצר לאדם עמו הייתה לה מחלוקת בעבר ובפרט שאין מדובר בחברה המספקת שירות לציבור, מוצר חיוני או שיש לה בלעדיות במכירתו הרי שאין היא מפרה את החוק הנ"ל ולא הונחה כל תשתית ראייתית לכך שהסירוב למכור מוצר לתובע נבע מטעמים מפלים ופסולים על רקע שיוכו לקבוצה מסוימת ואין חולק כי הוסבר לו שהעניין נובע מקיומה של מחלוקת בעבר (ראו והשוו: תק 23501-06-23 **שלמה לוי נ' קיי אס פי מחשבים עפולה בע"מ** (22.1.24) שם גם עלתה טענה

לאפליה מכוח החוק הנ"ל נוכח הכנסתו של התובע שם ל"רשימה שחורה") אם כי הוא סבור שהנתבעת טעתה בפרשנותה ובייחוס לו התנהגות שבחוסר תום לב ואף כי היא מסמנת לקוח העומד על זכויותיו כמי שיש להיפטר ממנו, הלכה למעשה וכאן אעיר שגם אם הלקוח צודק (ולא ענין זה הובא לפניי להכרעה), עדיין לא ניתן לחייבה למכור לו, חרף תחושת אי הנחת מהתנהלותה זו ולא נמנע מהתובע לרכוש את אותם מוצרים מחברות מתחרות. מכל מקום, סוגיית הרשימה השחורה ועדכון לקוח מראש כי מסרבים ליתן לו שירות בשל אירוע מסוים תוך מתן אפשרות לתגובה טרם חסימת השירות (ועדכונו מראש אודות חסימת השירות) הוא עניין לרגולטור הרלוונטי לדון בו להסרת הנחיות ונהלים לעוסקים או למחוקק. שכן, הוראת חוק היוצאת ממענו של המחוקק, כמו גם תקנות ונהלים היוצאים מפי הרגולטור הרלוונטי, נחקקים על ספר לאחר שנתקיים דין ודברים עם העוסקים מחד והצרכנים מנגד – למצער נציגי כל אלה שדבר החקיקה רלוונטי עבורם –מתוך חתירה לערוך איזון ראוי, מידתי וסביר המבוסס על ניתוח של עלות מול תועלת הטמונים באינטרס הצרכנים לעומת העוסקים בדבר. השופט היושב בדין מכריע לבדו. לעומת זאת, הכנסת פועלת בעבודת צוות. היא בוחנת דין משווה, שומעת דעות שונות ולאחר חקיקת החוק, בית המשפט יפרשו ויישמו. כפי שנפסק, רשות ורשות בתחומה:

> **"מלאכת השיפוט בנויה על עריכת איזונים. חשוב האיזון הפנימי כפי שחשוב האיזון החיצוני. האיזון הפנימי מתייחס להפעלת שיקול־דעת שיפוטי. בית־משפט, במסגרת תפקידו, נאלץ לבחור בין שיקולים לגיטימיים חיוניים, כגון חופש הפרט, מול הגנת הציבור. האיזון החיצוני נוגע להפרדת הרשויות. לא טוב שמחוקק ישמש כשופט, כפי שלא טוב ששופט ישמש כמחוקק. רשות ורשות בתחומה.**
>
> **הרשות המחוקקת מעבירה חוקים. חיי המעשה מגוונים ובלתי צפויים. קיים צורך לפרש חוק, ליישם חוק ובשיטה חוקתית גם לבקר את החוק. לא ניתן לערוך ספר חוקים אשר יענה על כל המצבים, ללא מלאכת השיפוט.**
>
> **בשיטה קונסטיטוציונית הפרדת הרשויות הופכת לחשובה אף יותר. חוקי יסוד מחייבים בית־משפט לבחון חוקים. מכאן שעליו לשמור על הגבולות. אם בית־משפט פועל כמחוקק, יוצא כי הוא ממלא שני תפקידים. בו בעת, הוא קובע את הדין ומבקר אותו חוקתית"** (ראו בר"ע 615/02 **פלוני נ' פלונית**, תשס"ב (2) 108, 129-130).

על כן, אין בידי להיעתר לרכיב תביעה זה.

<u>משלוח הודעות פרסומת לאחר חסימה</u>

8. לכאורה הנתבעת עצמה לא הייתה סגורה מתי בוצעה חסימה – כשבמהלך הדיון עלו מספר אפשרויות: פעם בחודש יוני 2023, פעם בחודש מאי 2023, פעם בחודש מרץ 2023 ופעם בחודש נובמבר 2022 כשהאירוע אירע בשנת 2022 ולכן לא ברור מדוע תבוצע חסימה מספר חודשים לאחר מכן ולא בסמוך למחלוקת בשנת 2022 כאשר נאמר על ידיה שהוא לא נחסם בתאריכים שביקש לקבל דיוור אולם ברי כי אם נחסם ולא יכול לרכוש כשמטרת הודעת הפרסום היא לעודד אותו לרכוש כי אז לא ניתן לומר כי הוא ביקש לקבל דיוור וכי ישנה הסכמה מצידו. לשון אחרת, גם אם לקוח חתם שהוא מוכן לקבל דברי פרסומת, הרי שברגע שהעוסק חסם אותו מלקבל שירות, חזקה היא שלקוח סביר החל מאותו הרגע איננו מעוניין לקבל עוד דיוור באופן שלא מיודע כי חסמו אותו, היה מסיר עצמו מיד ועל כן, מרגע החסימה כאילו ביקש להסירו גם אם טרם בוצעה הפעולה הפורמלית של בקשה להסירו מחמת העדר ידיה בנוגע לחסימתו המצוי בידיעתה של הנתבעת מקום בו מודה שלא מתפקידה להודיע ללקוח.

תחילה סברתי שאין מדובר בחסימת פרטי לקוח בגלל הזמנה 10604581 משאין מדובר בהזמנה מהאירוע בנתניה שהיה בחודש יולי בשנת 2022 וחלפו 10 חודשים אלא יכול וזו ההזמנה האחרונה שביצע הלקוח וביטל את ההזמנה ונראה כי בעקבות פנייתו בעניין הזמנה זו שיבטל אותה וחרף זאת חייבו אותו באשראי הם "נזכרו" בלקוח ולא חסמו אותו בשל אותו אירוע אחרון כך שיום למחרת שביקש לבצע הזמנה חדשה נחסם אלא בגין אירוע מהעבר שלא חסמו אותו לאחר מכן ועולה שאלה אם לא היה מבטל את העסקה של הזמנה מספר 10604581 – האם היה נחסם באותו המועד. ברם, עולה כי הוא פנה בנוגע להזמנה זו שחויב בגינה חרף ביטול העסקה ולמחרת עת ביצע הזמנה חדשה ונחסם נאמר לו כי זה בגין ההזמנה שמספרה נ"ל שבמקרה פנה בעניינה אולם אז עולה כי הוא פנה בגין אותה הזמנה מסוף חודש יוני 2022 ואין מדובר בהזמנה חדשה שרכש וביטל ביום 8.5.23 והנתבעת התכוונה לחסימה בגין אותו אירוע ולא בגין אירוע חדש. מכל מקום, דבר שאינו ברור הוא שכאשר התובע ממשיך לברר וכותב שהוא מבין שההחלטה היא לא שלה אלא התייעצה על כך עם ההנהלה והאם תוכל לפרט עם מי שוחחה ותפקידו היא השיבה "**<u>מול נציג ההנהלה. זה כבר היה במערכת...</u>**". ממתי זה היה קיים במערכת? מחודש יולי? ספטמבר 2022? אומנם ניתן לומר כי זה היה קיים במערכת חודשיים לפני כן (היינו נחסם לאחר 8 חודשים) כפי שטוענת הנתבעת בכתב הגנתה אולם לא ברור מדוע תיזכר בו פתאום לחסום אותו אחרי אירוע מסוף חודש יוני 2022 דווקא בחודש מרץ 2023, כל שכן הסתבר כי הייתה התכתבות ביניהם גם בחודש אוקטובר 2022 בנוגע לקופון (האירוע הראשון) דבר שבוודאי יכול היה לתזכר אותה כבר אז לחסום אותו, ולשיטתה לא חסמה אותו והוא הסיר עצמו

מרשימת הדיוור בתחילת חודש נובמבר 2022 וגם אז לא נזכרה לחסום אותו. לו היה אכן מבצע הזמנה ומבטל אותה מיוזמתו בחודש מאי 2023 כפי שסבר בית המשפט, כי אז הייתה עולה תהייה כיצד הצליח אם מחודש מרץ הוא חסום אולם כאמור הוא לא ביצע הזמנה וביטל אותה עת אלא לראשונה ביצע ביום 9.5.23 אז גילה שלא מצליח לבצע ויצר קשר. אומנם הוא אינו מתאר לנתבעת כי גם ניסה קודם לכן, חודשים קודם לכן ולא הצליח כטענתו עת הייתה לו הזדמנות לתאר שאין זו הפעם הראשונה אולם יכול ומרחק הזמן כבר אינו רלוונטי ודווקא מחזק שיכול ובזמנו הייתה תקלה וכעת כשמבקש לרכוש מוצר וזה חוזר על עצמו – החליט לפנות.

התובע הפנה לצילום מסך שצורף לפיו התכתב עם הנתבעת בסוף חודש אוקטובר 2022 ולדבריו גם בחודש נובמבר 2022 כאות לכך שבשל התנהלותה בנוגע לחסימות הסיר את עצמו בתחילת חודש נובמבר 2022 אולם לא עולה משם כי חסמו אותו ולכן פנה אלא פנה בעניין הקופון שנטען שלא הוזן (אחד מהאירועים שהזכירה הנתבעת) ואם אכן פנה בשל התנהלות הנתבעת בעניין של חסימתו – מדוע הופתע בחודש מאי 2023 עת פנה ומסר שמתקבלת הודעת שגיאה ואז נמסר לו שנחסם ושאל אודות החסימה ומדוע? מה גם, שממערכת ה- CRM עולה כי רכש גם בחודשים יולי 2022 וחודשים אוגוסט 2022 ולכן המשמעות היא לכאורה שלא נחסם. כן עולה ממערכת ה-CRM כי התובע קיבל הודעות ממנה בנוגע לאסיפת ציוד בחודש ספטמבר 2022 ואם נשלחו לו הודעות כי אז לא נחסם נכון לחודש ספטמבר. ניתן גם לשאול אם הוא כבר בקשר עם קשרי הלקוחות ומלין בעניין אירועי יוני מדוע לא הציף זאת, אולם אם כטענתו כי סבר שמדובר בתקלה עת הופיעה שגיאה במערכת מקום בו ביצע קודם לכן ולא עמד על רכישת המוצר, הרי שזו איננה מופרכת כשלעצמה, היה והייתה חסימה קודם לכן. למעשה גם בחודש מאי 2023 יכול היה לפנות לשירות לקוחות ולכאורה לא נחסם ורק ביום למחרת נחסם בגין אותה הזמנה שבעניינה פנה יום קודם לכן ולכאורה ניתן היה להבין לו היה נחסם כי "תזכר" את המערכת ביום 9.5.23 ולא קודם לכן.

דא עקא, הנתבעת טוענת לחסימה לפי מערכת ה-CRM ביום 9.3.23 כך שלא היה צורך מצידו לתזכר את המערכת עת חודשיים קודם לכן הוא נחסם. מדוע נחסם 9 חודשים לאחר קרות האירוע שבגינו נחסם? בפניות שהציגה כלל אין פניה בחודש מרץ שיכולה לתזכר אותה אלא ישנה קפיצה מחודש יולי 2022 לחודש מאי 2023. מה קרה בין לבין? התובע הסיר עצמו מרשימת הדיוור בחודש נובמבר 2022. מדוע כבר אז כשקיבלה פנייה יזומה מצידו כדי שתוכל לפעול באופן יזום להסירו משזו דורשת פעולה אקטיבית מצידה (כל שכן טוענת להפעלת מערכת הדיוור על ידי צד ג' עת מדובר במערכת אוטומטית) וידעה להסירו, מדוע באותה עת לא חסמה אותו ביחס לאירוע שהתרחש כ-4 חודשים קודם לכן אלא

חסמה אותו כ-4 חודשים לאחר שביקש להסיר עצמו מרשימת הדיוור (וכפי שהדגישה בבולד ובקו תחתון – 125 ימים לאחר מכן), כך פתאום, ללא קשר לאירוע מסוים משלא עולה כל פנייה מצידו אליה? מי הזין את החסימה משכשם שיש צורך בהסרה אקטיבית מרשימת דיוור כך גם יש צורך בחסימה כפעולה אקטיבית בתאריך הספציפי עת עולה כאמור שלא היו רכישות בין החודשים ספטמבר 2022-מאי 2023, כך שמקום בו הוא הסיר עמו מרשימת התפוצה בחודש נובמבר 2022 – נקודה שכאמור יכולה הייתה "להזכיר" למערכת כי אינה חפצה בו ולחסום אותו, היא בחרה שלא לחסום אותו לשיטתה אלא כ-4 חודשים לאחר שהוא הסיר עצמו מרשימת הדיוור. מה גם, שכיצד המערכת ידעה בחודש מרץ 2023 לציין חסימה ולקשר דווקא באותה עת למספר הזמנה מסוימת למעלה מ-8 חודשים קודם לכן עת היו עוד הזמנות ונפתחו לפחות שני אירועי מחלוקת ולא הייתה כל פנייה מטעם הלקוח מתועדת בעניין זה או אחר או רכישה שהנתבעת ידעה עליה? ודוק; אין חולק כי הנתבעת בחרה שלא ליידע את הצרכן כי חסמה אותו ושמרה על עמימות שהיא מצדיקה אותה משלטענתה אינה חייבת לגלות לו (גם אם הדבר יעלה כדי טרדה בניסיון הלוך ושוב להבין את פשר ה"שגיאה" במערכת משהצרכן הסביר בוודאי לא יחשוב כי נחסם במכוון) עד אשר הוא יפנה אליה כשאין בידו את הכלים לדעת מתי חסמה אותו אלא להסתמך על רישומיה.

9. הקושי הוא שמערכת ה-CRM היא בגדר רשומה מוסדית לפי סעיף 35 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 ויש ברשומה כדי להעיד על אמיתות תוכנה (סעיף 36 לפקודה). ברם, אין מדובר בחזקה חלוטה אלא ניתנת לסתירה. מעבר לכך שהמערכת לא חוסמת באופן אוטומטי אלא אם מוזנת חסימה של כלל פרטי הלקוח בתאריך מסוים ולא סביר שלקוח ייחסם רק בחודש מרץ 2023 עקב אירוע שהתרחש בחודש יוני 2022, מעל ל-8 חודשים קודם לכן, הרי שבית המשפט סבר כי מקום בו נשלחו לו הודעות לפי מערכת ה CRM בחודש ספטמבר 2022 כי אז לא נחסם נכון לאותו מועד משהאירוע התרחש בחודש יוני 2022 וגם הוא הצליח לרכוש לקראת סוף חודש יולי 2022 וכן שתי רכישות נוספות בחודש אוגוסט 2022, היינו שהיה המשך מתן שירות. ברם, באופן לא ברור, אליבא דפלט ה-CRM כל ההודעות שנשלחו לו (11 במספר) הן מאותו תאריך – 11.9.22 – ואף באותה דקה ובאותה שנייה, כשכולן עוסקות בהזמנות שבוצעו בחודשים יוני – יולי 2022 ובכלל זה הזמנה לאסוף את המוצר בחודש יולי כך שמשלוח הודעות בחודש ספטמבר כלל אינו רלוונטי. כמו כן, לא מדובר בתאריך בו הוציאה את הנתונים עבור המשפט משלא הוגש במסגרת כתב הגנה אלא רק לבקשת בית המשפט בדיון בחודש ינואר 2024 – דבר שמעלה כי כנראה נפלה שגגה בפלט ה-CRM וממילא קיים קושי לקבל את המסמך כראיה לכאורה לאמיתות תוכנו. יוזכר כי חריג הרשומה המוסדית הוא אחד מהחריגים לאיסור על קבלת עדות שמיעה. עניינו של החריג, כמו שאר החריגים לאיסור על עדות שמיעה, בקבילות

הראיה ולא במשקלה, וכפי שחזר ושנה בית המשפט העליון: קבילות לחוד ומשקל לחוד (ראו רע"א 840/24 **שירותי בריאות כללית נ' פלוני ואח'** (26.2.24)). הרציונל העומד מאחורי היות רשומה מוסדית חריג לכלל האוסר עדות שמועה נובע מהנחה שקיים נוהל רישום אירועים מסודר על ידי אותו מוסד אולם עולה כי הרישום בחודש ספטמבר ביחס למשלוח הודעות מספר חודשים קודם לכן אינו מלמד על אותנטיות משלוח ההודעות כשאף לא מצוין אימתי נשלחה כל הודעה והודעה במועדה אלא כי כולן נשלחו כמקשה אחת באותו מועד, שעה, דקה ושנייה. לא רק שהיא אומרת שלא ידעה על הרכישות אלא ההודעות שכולן מיום 11.9.22 (תחת הרובריקה של "הודעות אחרונות שנשלחו" ומתחת "תאריך" עת יש רק את המסרונים שהם שלחו לו ולא את המסרונים שהוא שלח להם כששלח במסרון את ההודעה מיום 31.10 הגם שמצוין "הודעות שהלקוח שלח אלינו" ושם מצורפת רק פנייה שלו בנוגע לחסימה ללא תאריך אולם דיאנה מוזכרת ובעמוד העוקב מצוין תאריך 9.5 כך שלפי המערכת אין לכאורה כל הודעה מלקוח עד ליום 9.5 – אם כי בהמשך צורפו הודעות עם סימון ירוק אולם ללא תאריך אך לפי הנושא ולפי כתובת המייל והתאריך בצידה עולה כי הן מיוני אולם בין חודש יוני 2022 לחודש מאי 2023 לא הוצגה כל התכתבות בהודעות– הרי שהנתון נסתר) מתייחסות לכך שנקבע לו כאמור תור ביום 6.7 בסניף פולג בנתניה ו-29.6, כך שלא ברור מדוע ההודעות מחודש ספטמבר 2022 לפי מערכת ה CRM תחת הקטגוריה "תאריך" של ההודעה.

עולה אפוא, כי בניגוד לסעיף 36 (א) (1) לפקודה הרישום של האירוע נושא הרשומה לא בוצע בסמוך להתרחשותו ומכאן שגם התאריך של מועד החסימה לא בוצע בסמוך להתרחשותו ולא ניתן לראות את מועד עריכת הנתונים המהווים יסוד לפלט כמועד עריכתה של הרשומה. מסקנת הדברים היא כי התיעוד שבוצע במערכת על ידי מי מנציגיה בנוגע לתאריך החסימה היא בגדר עדות שמועה ומקום בו מדובר ברשומה מוסדית כי אז ניתן היה לפטור את הנציג שערך את הרישום ממתן עדות בשל קבילותה כראיה לאמיתות תוכנה אולם זו נסתרה ללא הסבר סביר עת ניתנה ההזדמנות להתגונן בדיון עת נשאלה שוב ושוב מתי תאריך החסימה וכשטענה שמדובר בתאריך 9.3.23 נשאלה גם מהו ההיגיון שייחסם למעלה מ-8 חודשים לאחר קרות האירוע ולא סיפקה הסבר לכך אלא כי מסתמכת על המערכת. משכך נדרשה לספק את כל נתוני המערכת ביחס ללקוח כדי ללמוד מהו תאריך החסימה. מסקנת הדברים היא כי היות מערכת ה-CRM רשומה מוסדית מאפשרת לנתבעת להוכיח באמצעותה כי הייתה פעולה במערכת הקשורה בענייננו של הצרכן בחודש מרץ 2023 (אלא אם כן היה באג בתארוך ואז אם התארוך הוא 3 חודשים קודם לכן, כי אז לכאורה נחסם בחודש דצמבר 2022 אולם היא לא טוענת לכך וגם לא ברור מדוע דווקא בחודש דצמבר 2023 ולא נובמבר 2022 שאז יש היגיון רב אלא עומדת על חודש מרץ 2023 כשגם הנציגה בחודש מאי 2023 מציינת ללא תאריך ספציפי כי כבר קיימת חסימה

במערכת) אולם הנתבעת אינה טוענת כי היה דין ודברים עימו בחודש מרץ 2023 או כי בוצעה פעולת רכישה שנכשלה (כי אז המשמעות היא בוודאי שהחסימה הוזנה קודם על מנת שהפעולה תיחסם אלא טוענת כי זהו תאריך החסימה ואין בלתו) משלא הציגה בתכתובות כל פנייה מצידו החל מחודש יולי 2022 ועד לחודש מאי 2023 ולכן היה מקום להסביר מדוע הוזן התאריך 9.3.23. זאת, ככל שההזנה הייתה באותו המועד משמצוין באותו התאריך;שעה;דקה ושנייה (כמו בעניין ההודעות שנשלחו מהמערכת מטעם הנתבעת לתובע) 4 חסימות לפי כתובת מייל/מספר נייד/כתובת I.P ומספר תעודת זהות כשרשום "number of rows: delete" ו- מספר זיהוי 3520,3521,3522,3524 ומצוין סוג: 1 מ-IP, 0 מנייד, 2 מאימייל , 3 מ-tz שמתייחס למספר 066529926 וסה"כ 4 נסיונות ותחת קטגוריה -blame מצוין "אוטומטי" ובפרטים "חסימת פרטי לקוח בגלל הזמנה מספר 10604581" כשברור שלא כל הניסיונות היו בדיוק באותה השעה, דקה ושנייה ואם ההודעה נתקבלה כתוצאה מחסימה כי אז החסימה הייתה קודם לכן ואם ישנם ארבעה ניסיונות (וכל אחד לכאורה מקבל מספר זיהוי של אותה שגיאה אחר, כפי שציין התובע שהיה מקבל "קוד") כי אז יש בדבר לתמוך בגרסתו כי ביצע 2-3 ניסיונות קודם לכן משגם אם נעשה ניסיון אותה עת להיכנס ממכשירים שונים שמזוהים במערכת כקשורים אליו, ברור הוא שלא ניתן בדיוק באותה שעה, דקה ושנייה. על כן, בדומה לאותו תאריך מחודש ספטמבר ביחס להודעות מוקדמות מספר חודשים קודם כשכל הודעה אמורה גם לשאת תאריך אחר לפי תוכנה, כי אז לא ניתן להסתמך גם מטעם זה על התאריך המופיע כמועד החסימה ולא לקבל את המסקנה כי החסימה עצמה הייתה באותו המועד כאמת מוחלטת רק משום שהופיעה על גבי הרשומה המוסדית.

מעבר לכך, הרי שלא מן הנמנע כי הייתה פעולה מסוימת במערכת בתאריך זה שלא ידוע מהותה או שנשלחו בזמן אמת אולם קיים באג לכאורה בתוכנה המתארך את כולם לאותה שנייה כמה חודשים לאחר מכן, כך שמקום בו ישנה בעיה בתארוך המערכת, יש בדבר להסביר כי התאריך 9.3.23 הוא תאריך שגוי בהתאמה באופן שהחסימה המתוארכת בערכת לתאריך זה התבצעה קודם לכן. משמהימנות התארוך ברשומה המוסדית התערערה אפוא, אייני מקבלת את התארוך כראיה.

10. אך בכך לא סגי. הנתבעת עצמה טענה הן בכתב ההגנה והן בדיון שתי הרכישות שיש מופע להן בחודשים יולי אוגוסט נעשו מאחורי גבה מסניף אילת. מדוע היה עליה לציין זאת שלא ידעה על הרכישות הללו? במילים אחרות, לטענתה הוא רכש במקומות שלכאורה "אין לה שליטה" משהרכישות שביצע התובע מאז התקרית ועד לחסימתו לא בוצעו אצלה אלא בחברת האחות שלהם באילת – ואם כך, לא ברור מדוע הדבר ראוי לציון כתגובה לטענתו כי ביצע עוד רכישות מחודש יוני עד אוגוסט ואז לטענתו הנתבעת מסתבר גמרה בליבה

לחסום אותו בלי לעדכן אותו (סעיף 7 לכתב התביעה), או אז היא מגיבה לסעיף 7 ומציינת כי לא ידעה שרכש (ולא מכחישה כי גמרה בליבה לחסום אותו בסמוך למועד אוגוסט כשהיא עצמה לא ידעה שרכש ביולי אוגוסט לאחר האירוע בגינו החליטה לחסום אותו ועוד שלוש פעמים נוספות). לפי קו זה, משתמע שבמקרה הצליח לרכוש כי אחרת לא היה רוכש משהיה מגלה כי נחסם ולא מצליח? לשון אחרת, הנתבעת למעשה הודתה בפני בית המשפט שמבחינתה התובע היה חסום כבר בחודש יולי 2022, שהרי לולא כן, מדוע נצרכה "לתרץ" כיצד הצליח לרכוש? הרי יכולה הייתה לטעון בפשטות כי ברור הוא שרכש בחודש יולי 2022 משנחסם על ידה רק בחודש מרץ 2023, ולא היא.

11. זאת ועוד. הנתבעת לכאורה סיפקה לבקשת בית המשפט את כל פניותיו והמענה שקיבל תוך שמציגה את הסכמתו לקבלת דיוור החל מהפעולה הראשונה בחודש יוני, כמו גם בקשתו להסיר עצמו בחודש נובמבר, התכתובות עם נציגה מחודש יוני ויולי 2022 ואז לכאורה לא היה כל קשר ביניהם עד פנייתו בחודש מאי 2023 בנוגע לביטול הזמנה שחויב לכאורה בגינה ומקבל מענה (8.5.23) ואז פנייה נוספת מצידו ביום 9.5.23 שלא מצליח לבצע רכישה וההתכתבות המובילה לכך שנודע לו שנחסם. מעבר לכך שהיא מבקשת להדגיש בתגובתה לאחר פרוטוקול הדיון כי ממערכת הפניות וההתכתבויות עם התובע "**ניתן לראות כי רק ביום 17.5.23 פנה התובע על סירוב לבצע הזמנה ולא לפני תאריך זה**" איננה ברורה משהלין כבר עם הגילוי ביום 10.5 וביקש פרטים וחזר על כך ביום 17.5, והפניה על סירוב לבצע הזמנה הייתה לאחר הגילוי כי הודעת השגיאה איננה תמימה ולכן אין בכך כדי להוכיח שלא היה ניסיון קודם או חסימה קודמת משברור שהייתה חסימה קודמת גם לפי שיטתה – ביום 9.3.23 ולא מועד הגילוי הוא הרלוונטי משלכאורה לא הטרידו אותו ההודעות מקום בו לא ידע אלא מועד החסימה עת גם אם לא הוטרד באותו הרגע, (וחוק התקשורת נועד להכווין התנהגות של מפרסם ולא של הלקוח) הדבר נבע מכך שהסכמתו הייתה מותנית בכך שיוכל לקבל מבצעים ועדכונים לגבי רכישות שיוכל לממש והרי לשם כך נרשם לדיוור עת החוק לא דורש הוכחת נזק והאם לקוח הוטרד בפועל אם לאו אלא יוצא מנקודת הנחה שמשלוח הודעות ללא הסכמה של לקוח (גם אם לא מפורש אולם הלקוח מסר את פרטיו במהלך רכישה של מוצר והמפרסם הודיע לו שהפרטים ישמשו לצורך משלוח דבר פרסומת מטעמו בהתאם להגדרה בסעיף 30א (א) (1) בעניינו שמטרתו לעודד רכישת מוצר או שירות או לעודד הוצאת כספים בדרך אחרת – היינו כי יש הסכמה להודעת העוסק כי יעשה שימוש בפרטיו לצורך עידודו לרכוש ממנו עם היתכנות לרכוש ממנו) – היא אסורה. לאמור כי הדגש הוא האם הלקוח הסכים אם לאו וההסכמה תלויה בכך שיוכל לבצע רכישות, גם באופן פוטנציאלי, כפי שיפורט בהמשך בהרחבה.

מכל מקום, התובע הצליח לסתור כי המערכת לא סיפקה את כל הנתונים (או מי ששלח את הפלט מהמערכת לבית המשפט) משאין כל תיעוד להודעה שהצליח לספק בסוף חודש אוקטובר 2022 (מעבר לזו שסופקה בחודש נובמבר 2022 כנספח לכתב התביעה) – משמע כי גם אם התיעוד שהובא הוא אותנטי והתובע, אגב, גם לא חולק עליו, הרי שחסרים עמודים (מצוין 25 עמודים לפי מספר הטלפון/מייל וממתינות עבורו 41 פניות בסטטוס בטיפול). לא ברור כיצד ההודעה הזו מחודש אוקטובר 2022 בעניין הקופון לא עלתה במערכת ההודעות שלה שהציגה לבית המשפט אם היא סיפקה את כלל הנתונים אלא יש קפיצה מחדש יולי 2022 לחודש מאי 2023 (לאחר בחינת כל ההתכתבויות עת גם היא מתארת את נספח 6 לתגובתה "מערכת הפניות וההתכתבויות עם התובע" כאשר ממספרת את הנספחים כ"המשך לנספח 6 פירוט הפניות המסומנות בריבוע האדום" – רק כחמש פניות מצד התובע באופן שתחמו את הפניות לחודש יוני, יולי (פנייה שנייה ושלישית) ומאי (פנייה רביעית וחמישית). הלכה היא, כי הימנעות מהבאת ראיות פועלת לחובתו של הנוקט בה, כיוון שמתחייבת ממנה המסקנה, שאילו הובא העד או הוצג המסמך, היה בכך כדי לתמוך בגרסת היריב. הימנעות מהבאת ראיה מקימה למעשה, לחובתו של הנמנע, חזקה שבעובדה, הנעוצה בהיגיון ובניסיון החיים, לפיה דין ההימנעות כדין הודאה בכך שאילו הובאה אותה ראיה, היא הייתה פועלת לחובתו (ראו ע"א 55/89 **קופל נהיגה עצמית נ' טלקאר**, מ"ד(4) 595; ע"א 641/87 **קלוגר נ' החברה הישראלית לטרקטורים וציון בע"מ**, פד"י (1) 239, 245). הלכה זו יסודה בניסיון החיים ובשכל הישר: "**הרוצה לשכנע בטענותיו, וישנן ראיות העשויות לסייע בכך – יופיעו הראיות מיד**" (ראו לעניין זה רע"א 7933/15 **פישר נ' מילוא תמיר** (13.12.15) בפסקה ח').

12. אודה כי תחושתי אינה נוחה מהתנהלות הנתבעת ועולות תהיות בנוגע לתאריך "**השרירותי**", כפי שהגדיר זאת התובע, בנוגע למועד חסימתו כנקודת ההתייחסות היא האירוע השני של ביטול העסקה (כאשר אם ביטול העסקה היה בחודש יוני-יולי 2022 לא ברור כיצד גילה את החיוב בחודש מאי 2023 ופנה אליהם משמספר ההזמנה מופיע במערכת ה CRM בחוד יוני 2022 והוא פונה אליהם בחודש מאי 2023 בנוגע לביטול הזמנה כשהכותרת היא אותו מספר הזמנה והם טוענים כי נחסם בשל אותו מספר הזמנה כשגם נקודה זו מעלה תהייה) ולא האירוע הראשון של הקופון בסמוך לכניסתו לשירות (כשגם בתכתובת זו ציין שזו אינה הפעם הראשונה שאינם מכבדים תנאי מבצע וכי זו מגמה – הודעה למשל מיום 10.6.22, כך שכנראה שהיה אירוע נוסף קודם לאירוע הקופון עם מאסטרכארד ואירוע ההזמנה שניתן היה לטענתו לקבל בחיר מוזל יותר בניגוד לפרסומיהם) והצטרפותו למערכת הדיוור, אולם, מקום בו הצליח לרכוש גם בחודש יולי וגם בחודש אוגוסט ולקבל את השירות בחודש ספטמבר כפי שסברתי תחילה נוכח תארוך ההודעות במערכת והוא חוזר לעניין הקופון בסוף חודש אוקטובר כשלא עולה כל טענה

שלא מצליח לרכוש, כך שגם אם נניח שחסמה בחודש אוקטובר 2022 – הרי שאין כל תימוכין לכך מצידו משגם כאשר פנה אליה לא פנה בעניין של חסימה אלא שלא חוזרים אליו בעניין הקופון – משמע שלכאורה לא נחסם בפועל. יכול ונחסם בחודש נובמבר לאחר האירוע הנוסף ולאחר שפנה בעניין הקופון (האירוע הראשון) והחליטו שלא ליתן לו שירות יותר כשהטעם המצוין הוא האירוע הראשון ולולא האירוע השני יכול והיו ממשיכים ליתן לו "הזדמנות" ומעניקים לו שירות" אולם בעוד התובע טען בדיון כי מספר פעמים התקשר בנוגע לאירוע שגיאה אחרי קיץ 2022, ואין לכך תיעוד במערכת ובהודעותיו לא עולה טענה לשגיאה אלא בעניין הקופון ונראה כי בקשתו להסירו מרשימת הדיוור היא בשל התנהלות הנתבעת לשיטתו מבחינתו בשני האירועים (אם לא יותר משטען כי זו מגמה שלא עומדים בתנאי מצבע שמפרסמים) כשגם אצלו האירוע עם הקופון הכריע את הכף (משלולא אירוע הקופון יכול והיה נותן להם אף הוא "הזדמנות" נוספת) – וזהו הטעם בגינו החליט להסיר את עצמו לא בשל החסימה ואכן אין כל מסרון מהנתבעת (וגם אם טען שהיו לאחר מועד הסרתו הוא לא הציג עת יכול היה בנקל להציג כפי שיכול היה להציג פעמיים את אותם מסמכים בנוגע להודעות פרסומת שקיבל עד סוף חודש אוקטובר, כל שכן קיבל באופן יומיומי ולא מחק כך שאם היו עוד הודעות בוודאי היה מציג) ולא טענתו כי בשל התנהלות הנתבעת בעניין החסימה משלא ידע כלל על החסימה ובכלל טען כי סבר לתומו כי יש תקלה טכנית ורק בחודש מאי כשביצע רכישה והייתה הודעת שגיאה פנה לנתבעת והופתע לגלות כי נחסם.

13. יוער, כי לא נעלמה מעיני התנהלות התובע. כך למשל, עולה מהנספח שצירף לכתב התביעה מהתכתבות הוואטצאפ הודעה עם זאב לגבי מסמך מיום 29.6 (אירוע מושא החסימה) ואז יש פנייה זאב ביום 2.11.22 בו הוא מציין עוד דוגמא להתנהלות "**הזויה**" כלשונו "**של מערכת ההזמנות של KSP**" ולא מצרף את מה שכתב כשידוע הוא שביום 4.11 ביקש להסיר עצמו מרשימת התפוצה. אם הוא טוען כי בשל כך שלא הצליח לבצע הזמנות הוא הסיר את עצמו הרי שהדבר לא עולה מההודעה שצירף במסגרת המענה לתגובת הנתבעת לאחר הדיון כי התכתב עימה ביום 31.10.22 ועולה כי ידע להתכתב דרך הוואטצאפ או דרך המייל או דרך הודעות ולא יכול היה להראות פנייה בנוגע לכך שלא מצליח לבצע רכישה ואין בידי לקבל כי בשל חסימה הוא ביקש להסיר את עצמו משלא ידע על עצם החסימה עד לחודש מאי 2023 (והדבר גם לא עולה מההודעות שהוא עצמו צירף) משלא רק שהופתע אלא גם שההוכחה היחידה שצירף כנספח בנוגע להודעת השגיאה שלא מאפשרת לו לבצע רכישה היא מחודש מאי 2023 – אותה הודעה שצירפה הנתבעת בתגובתה ועולה ממנה גם כאמור שבחודש מאי 2023 הוא הופתע שזו התשובה כי נחסם עת לא הצליח לרכוש וקיבל הודעת שגיאה. זאת אחרי שבכתב התביעה הסביר כי השקיע "**מאמצים כבירים**" ו"**אינספור הודעות לשירות הלקוחות**" ואז קיבל את המענה וצירף את ההודעה של דיאנה

הנציגה בנוגע לחסימתו וכל הבירור הזה היה בחודש מאי 2023 – כל אותם מאמצים עליהם דיבר ולא קודם לכן. בדיון עצמו מסר שהיו 2-3 הזמנות שלא צלחו בשל אותה הודעת שגיאה משהוציאו לו "קוד" אולם זנח זאת לדבריו משהדבר לא היה דחוף עבורו. מעבר לכך שלא העלה זאת בהודעות מאוקטובר-נובמבר 2022, אלא שלא ברורה האמירה כי לא היו דחופות לו עת מצטיירת תמונה של לקוח שנרשם לשירות בתחילת חודש יוני 2022 – מבצע 5 רכישות רק בחודש יוני, בחודש יולי מבצע עוד רכישה אחת ובחודש אוגוסט מבצע 2 רכישות (4.8.22) והוא אקטיבי ופונה בנוגע לרכישות בחודש יוני, יולי, אוקטובר ונובמבר ובשיח הוא מביע כעס כלפי התנהלות הנתבעת בכך שלא מכבדת תנאי מבצע – אולם 2-3 רכישות שלא צולחות (בין החודשים אוגוסט- אוקטובר 2022) עקב תקלה חוזרת הופכות זניחות עבורו ולכך אין לו כל תיעוד לפנייה לנתבעת (גם אם אין לו צילום מסך לשגיאה)? הוא גם לא מוסר מה התכוון לרכוש (ובמה זה שונה מחודש מאי 2022 עת כן בחר ליצור קשר). עולה כי גם הוא לא הציג כשיש ברשותו הודעות והציג אף חלקיות (אם כי ייאמר שבהודעת הוואטצאפ נראית קפיצה מיום 29.6 ישר לתאריך 2.11 – ויכול שלא היו הודעות באמצעות הוואטצאפ או שנמחקו ללא סימון הודעת מחיקה). כך או כך, הודעתו האחרונה היא מיום 31.10 לפי המענה לתגובת הנתבעת אולם בכתב תביעתו עולה הודעה נוספת מיום 2.11 ומיום 4.11 אין חולק שהסיר עצמו מרשימת התפוצה. בהודעות הפרסומיות שנשלחו למייל עולה כי החל מיום 31.10 כלל לא קיבל הודעות – גם לא בטווח שבין 3.11-31.10. בהודעה הסמוכה ליום 31.10.22 מצוין "**אני מקבל מענה חלקי, כיוון שחלק מן הקבצים לא מועברים. בניגוד להתכתבות בינינו, עלתה טענה שהקופון לא הוזן, על אף שהוא הוזן במעמד ההזמנה המקורית**" כשהתובע במענה מפנה לנספח הודעות זה כי יש בכך להוכיח כי פנה בחודשים אוקטובר-נובמבר 2022 (כשיצוין כי לראשונה מסר במענה ולא בכתב תביעתו כי הסיר עצמו ביום 3.11.22 לאחר שבדיון מסרה הנתבעת כי הסירה אותו ביום 4.11.22 וכי אין כל הודעות מצידה לאחר תאריך זה). עולה מהאמור, כי התובע לא ידע על החסימה לפני חודש מאי 2023 ולכן אין בידי לקבל שהסיר עצמו מרשימת התפוצה בחודש נובמבר 2022 נוכח אי הצלחת הרכישה (כפי שטען במענה לתגובת הנתבעת וכן בדיון עצמו – עמ' 4, ש' 34-33), כאשר עולות כאמור תהיות בנוגע להתנהלותו נוכח הדפוס שעולה ביחסיו עם הנתבעת עת מסר שביצע 2-3 רכישות בחודשים ספטמבר אוקטובר שלא צלחו.

עם זאת, הגם שככלל הנטל הוא על התובע ולכן עליו להוכיח אימתי נחסם, הרי מקום בו הנתבעת מודה כי לא הודיעה לתובע על החסימה והחסימה בוצעה על ידה באופן חד צדדי, כי אז ברור שלא יכול לדעת אימתי נחסם עת הנתונים הם ברשותה משהיא ביצעה את הפעולה ולא יעלה על דעתו לשמור הודעת "שגיאה" שלא ראה בכך חסימה ולא סבר כי בכוונתה לחסום אותו עד אשר גילה 8 חודשים לאחר מכן עם וידויה לאחר שנתקל בהודעת השגיאה וניסה לקבל תמיכה, או אז כבר באותו החודש הגיש תביעתו. כיצד הוא יכול

להוכיח שקיבל הודעת "שגיאה" כקשר סיבתי לחסימה לא ידועה? התהייה שעלתה היא אך בשל התנהלותו כמי שעומד על זכויותיו ופעיל אצל הנתבעת גם ברכישות כי מצופה שיפנה בגין התקלה אולם ההסבר שסיפק איננו מופרך כלל וכלל משלא ידע על החסימה. מקום בו היא זו שטענה להודעת השגיאה כאות לחסימה, הרי שביכולתה גם להוכיח אימתי הייתה החסימה. בשל כך שמערך הנתונים המלא מצוי אצלה היא נתבקשה לספק את המידע בנוגע למועד החסימה וכל פניותיו משטען כי ניסה עוד קודם לכן בחודשים ספטמבר–נובמבר 2022 לבצע רכישה ולא צלח, אולם היא הסתירה, הלכה למעשה, את הפניות בחודשים אוקטובר נובמבר כשהוא מוכיח שכן פנה אליה, בניגוד לפלט שצירפה מהמערכת שלא מעלה זאת.

בהצלבת הנתונים עולה כי גם אם אין כל הוכחה מצידו שנחסם קודם למועד הסרתו בחודש נובמבר 2022 ואין כל מסרון החל ממועד הסרתו, כמו גם אין כל פנייה מצידו, הרי שעל פניו עולה כי עד לחודש מאי 2022 לא ניסה לבצע רכישה (אלא אם בוצעו 4 ניסיונות שנחסמו לפי התיעוד במערכת תחת התאריך שאליו מכוונת הנתבעת כתאריך החסימה). כאמור, אומנם אין זה מופרך כי ניסה לבצע רכישות כדבריו וראה שלא מצליח ועזב זאת משהרכישה לא הייתה דחופה לו וניסה מאוחר יותר אולם הקושי הוא שהוא לא יכול היה להצביע על מועד ספציפי עת אין חולק שרכש בחודש אוגוסט 2022 ולפי ההודעה שצירף הוא פנה כבר בסוף חודש אוקטובר אולם בעניין הקופון מחודש יוני 2022 ואם לא הצליח גם לרכוש כשלא העלה זאת באותה הזדמנות אלא הוא חוזר לאירוע של חודש יוני 2022 אחרי שהצליח לבצע שתי רכישות בחודש יולי ואוגוסט. אומנם ביני לביני תהיתי כאמור שאם הוא מתמיד ברכישותיו מהנתבעת – פעמיים לפחות ביוני, יולי, אוגוסט כי אז סביר להניח שאם חודשיים לא מצליח לבצע רכישות היה פונה באותו האופן שכן ידע להציג התכתבות בסוף חודש אוקטובר 2022 ומציין זאת. עם זאת, מקום בו הנתבעת מודה כי לא עלתה על כך שביצע 2 רכישות ואמרה שבוצעו ללא ידיעתה והדבר לא ברור משאם ישנה מערכת CRM הרי שהדבר היה מופיע אצלה אלא אם כן חסמה אותו, ולכן רכישות אצלה לא יכולות להצליח לפי קו זה ולפי הנתונים שהזינה לחסימה, ולכן טענתו כי ניסה לבצע רכישות – לא דרך חברת אחות באילת – ונכשל איננה מופרכת אם ניסה לבצע אצלה ולכן גם אין כל תיעוד במערכת לרכישות נוספות אצלה מאז חודש יוני 2022 (האם היא יכולה לספק מידע על ניסיון לבצע מאותו מכשיר שמזוהה שנכשל? יכול שכן ולא הוצג ומכל מקום גם לא הוצג הניסיון הכושל מחודש מאי 2023 כתיעוד במערכת של פעולה שנכשלה –ולא במסגרת התכתבות עם התובע ששלח צילום מסך – אולם עליו אין מחלוקת).

סיכומו של דבר, מקום בו התאריך במערכת שגוי; אין הסבר מדוע הוזן באופן יזום תאריך חסימה 8 חודשים לאחר קרות אירוע; הנתבעת טוענת כי ביצע רכישות בסמוך לאירוע

(מושא החסימה) ללא ידיעתה וזאת משום שלא עבר דרכה במערכת (אולם באופן לא ברור כן הציגה את שלוש הרכישות בתוך המערכת חרף אי ידיעתה ולכן לא מן הנמנע כי החסימה הייתה ממוקדת יותר שלו היה רוכש דרכה היה נחסם אולם לא נחסם בהיקף רחב יותר ולכן הצליח "לעקוף" זאת); הנתבעת טוענת בפרוטוקול הידון כי נרשם ביום 3.6 וקיבל הודעות במשך חודשיים (כשהפרסומת האחרונה הייתה בשלהי חודש אוקטובר 2022) – דבר התומך בכך שחסמה אותו בחודש אוגוסט אולם צלח לעקוף זאת דרך חברה אחות ולכן לא ידעה; גם אם נתעלם מאמירתה כי ביוני בוצעה החסימה הרשמית (עמ' 3, ש' 25-26) עת המשיכה ומסרה במשפט העוקב כי ביום 9.3.23 נחסם, הרי שמסרה בתאריך 9.3.23 מופיעה פעם ראשונה חסימת פרטי לקוח כי "כנראה הגיע לחנות וניסה לבצע רכישה פיזית, - משמע כי מודה שביום 9.3.23 היה כבר חסום והחסימה מומשה לראשונה אבל משמע שנחסם במחשב עוד קודם לכן. יתר על כן: אם המערכת מתעדת את ניסיונות השגיאה נוכח החסימה כי אז מקום בו התובע טוען כי נחסם כבר בחודש ספטמבר-אוקטובר, והיא לא מביאה נתונים מחודשים אלו ולא משום שאין לה משהוכח כי ישנן פניות של לקוח בחודשים אוקטובר –נובמבר שלא מופיעות אצלה – הרי שהדבר פועל נגדה; עת היא עצמה מודה שאירוע "השגיאה" הוא מכוון לחסימה ולא תקלה טכנית של מערכת - מקימות במאזן ההסתברותי הנדרש במשפט האזרחי יש לקבל את טענתו שלא הצליח לבצע רכישות בתקופה שלאחר הרכישות ועד למועד בקשתו להסיר עצמו מרשימת הדיוור (כשעולה שהוא רכש ביוני, יולי ואוגוסט) נוכח הודעת השגיאה שקיבל (כשלא בהכרח לקוח יתקשר לברר מהות התקלה והיא יכולה הייתה להציג ניסיונות שגיאה מכתובת המחשב שלו/נייד וכיוצ"ב). ודוק; אם היא כן יכולה הייתה להציג את הרכישות שלא ידעה עליהן תחת אותה מערכת (דבר שהצריך ממנה חיפוש ממוקד ונרחב יותר כי אחרת לא הייתה בעיה לדעת מלכתחילה מש-5 ההזמנות שאין חולק שבוצעו אצלה דרך האינטרנט מצוין "הזמנות אינטרנט שאותרו לפי טלפון או חשבונית" והן בסדר רץ 5 הזמנות ובנפרד תוצאות חיפוש לפי נתון אחר - נראה לפי שם – העלה 3 הזמנות מאילת וחזר על שתיים שכבר הוצגו לפי איתור של טלפון או חשבונית – מיום 26.6 ומיום 29.6 שבוצעו בידיעתה) מתיישבות יותר עם המסקנה כי הנתבעת חסמה אותו עוד לפני שהסיר את עצמו מרשימת הדיוור.

יוער כי גם לו יצויר כי יש בכל אלה אך משום ראיות נסיבתיות, הרי כאשר ריכוז הראיות הנסיבתיות מוביל לספק בנוגע לתאריך החסימה המופיע אצלה במערכת הרי שיכול הדבר להפוך את נטל הראיה, והיא לא סתרה את החזקה שקמה נגדה מכוח אותן ראיות נסיבתיות. ראיה נסיבתית, להבדיל מראיה ישירה, אינה מוכיחה במישרין "עובדה" מהעובדות הדרושות לבירור העוולה, אלא "נסיבה" שמכוחה ניתן להסיק קיומה של עובדה כאמור. הכלל הוא שניתן לקבוע ממצא על יסוד ראיה נסיבתית רק אם המסקנה כי הנתבעת ביצעה את החסימה מוקדם יותר לתאריך שנקבה (9.3.23) היא המסקנה ההגיונית היחידה

בנסיבות העניין (לעניין החלת בראיה הנסיבתית בדרך להכרעה בשינויים במחויבים גם כאשר עסקינן בהליך אזרחי ראו י' קדמי **על הראיות** חלק שני, עמ' 794 והאסמכתאות שם). בל נשכח כי אנו מצויים במאטריה האזרחית ולא הפלילית, ועל כן אין די בספק סביר שממנו יכול הנאשם ליהנות כדי שלא יהיה ניתן להרשיע אותו (משיש להוכיח ברמה שהיא למעלה מספק סביר) אלא די בהוכחת 51% כדי לעמוד במאזן ההסתברותי הנדרש במשפט האזרחי כדי שהתובע יזכה בתביעתו.

בקליפת האגוז יוער, כי אם נניח שלחה הודעות מהמערכת שלה בנוגע לאותם מוצרים מחודש יולי/אוגוסט (ואין זה המצב בעניינו לפי תוכן ההודעות הנושאות תאריך 11.9.22) שלטענתה לא ידעה שביצע רכישה למרות שהתכוונה לחסום ולא חסמה או לא הצליחה בפעולת החסימה וכן יכול היה לרכוש וגם לקבל הודעות לאיסוף המשלוח – הרי שגם אם יכול ורכש באמצעות הפרסומים הרי שלא די בכוונתה אלא בביצוע בפועל ולכן אין לראות בכך כחסימה. למעשה, לא מן הנמנע כי החסימה הייתה בחודש יולי 2022 ולכן לא ידעה על הרכישות שביצע לאחר מכן משלא יכול היה להצליח ולכן העובדה שרכש אצל חברת אחות הסבירה לה כיצד הצליח לרכוש – הרי שגם אם שלחה פרסומים ולא התכוונה שירכוש אצלה, הוא רכש בסופו של יום מקו מוצריה ולכן אין משמעות לכוונתה מבחינה מעשית, גם אם לדבריו בכתב תביעתו החל מחודש אוגוסט 2022 הוא ניסה לבצע הזמנות וכל ניסיון העלה הודעת שגיאה.

על כן, בשים לב לכך שהתובע צלח לרכוש בחודשים יולי ואוגוסט, עת עולה מהתכתובת ביניהם שהציגה הנתבעת כי נתנה לו אפשרות לבצע הזמנה ונוקבת בתאריך 10.7 שיוכל לבצעה והתכתובת ביניהם נסגרה בתאריך 14.7 הרי שנתנו לו שירות בחודש יולי ובסופו של יום רכש, גם אם לא בידיעתה, ביום 26.7 ולאחר מכן ביום 4.8; ולא ידע לנקוב אימתי ביקש לרכוש ונתקל בהודעת שגיאה, עבור איזה מוצר, אולם כן עולה מהניתוח מעלה שבוצעו ניסיונות קודם לתאריך 9.3.23 והתאריך העלה תהיות רבות הן מבחינה טכנית והן מבחינת סבירות ואני כן מתרשמת כי בוצעה חסימה קודם לתאריך שנקבה הנתבעת והנטל עבר אליה להוכיח אחרת, כשעולה שמסוף חודש אוקטובר אין כל דיוור והחל מחודש אוגוסט 2022 ועד חודש מרץ 2023 הפעולה היחידה המופיעה במערכת הנושאת תאריך היא אמצע חודש ספטמבר 2022 (כשלא נטען שהיא שגויה ולכן ההנחה היא שהוזן תאריך שחל ללא הבחנה על כלל ההודעות) – אני קובעת שהוכח במאזן של 51% כי נכון ליום 11.9.22 התובע היה כבר חסום. אומנם יכול בהחלט שהתובע היה חסום גם לפני כן כפי שעלה דווקא מדבריה שלה, אולם זהו התאריך היחידי במערכת שאין לו הסבר משאינו תואם את תוכן ההודעות ולכן יכול ובזמן זה ניסה לבצע את הפעולה של חודש ספטמבר הנטענת על ידו, כשההודעות של חודשים אוקטובר –נובמבר לא מופיעות אצלה (עת יש קפיצה מסוף חודש

יולי לחודש מאי) והוא צלח לבצע פעולות בחודשים יולי-אוגוסט (ולא טען כי ניסה לרכוש שוב בחודש אוגוסט ועלתה שגיאה), גם אם לא בידיעתה, אבל כאמור לא מבחן הכוונה הוא הנבחן כאן משבפועל לא נחסם לו השירות. אי לזאת, כל הודעה מיום 12.9.22 נשלחה ללא הסכמתו, כפי שיובהר.

14. עולה מהתנהלותה כי הנתבעת מכניסה לקוחות ל"רשימה שחורה" בלי לעדכן אותם מתוך טענת הגנה כי הדבר מותר לה משום שאינה חייבת דין וחשבון ללקוחות מדוע לא למכור להם או לתת להם זכות להגיב ואין היא מעוניינת בלקוחות שהלכה למעשה עומדים על זכויותיהם – גם אם טועים וניתן פשוט לא לקבל את עמדתם – ובכך היא "מטרטרת" אותם פעם אחר פעם להיתקל ב"שגיאה" מתוך מחשבה שיש בעיה טכנית באתר, ועולה כי היא מודה ששגיאה איננה יכולה לקרות אלא באופן מכוון על ידה במטרה לחסום לקוח ואז עליו לכתת רגליו להבין פשר הדבר ולקבל מענה מדוע אינו יכול לרכוש ולהשחית את זמנו בניסיון לקבל הסבר וגם לא בהכרח נציגיה יכולים לתת הסבר ואז מפנים אותו להנהלה. ברי כי זו התנהגות לא ראויה של עוסק, גם אם זו זכותו של עוסק פרטי שלא למכור מטעמים שאינם מנויים בחוק למניעת אפליה ואף אם מדובר בטעם ענייני ומוצדק בהחלט – לא רק שהדרך היא לא ראויה ולא שירותית ו"רוח חכמים אינה נוחה הימנה" אולם המענה לסוגיית עצם החסימה אינו במסגרת תובענה זו כשעילתה פיצוי בגין אפליה עת אין מדובר באפליה לפי חוק ודומה כי יש להפנות זאת לרגולטור נוכח הפגיעה הצרכנית עת לקוח לא מודע לחסימתו, או ארגונים הפועלים לטובת קידום הגינות בעסקים בתחום הצרכני, והעילה האחרת אותה יש לבדוק היא ביחס להודעות הפרסומת שנשלחו לתובע מקום בו גמלה בליבה להסירו מרשימת לקוחותיה הרוכשים אצלה, וכפועל יוצא הסרתו מרשימת תפוצת לקוחותיה שהיא באחריותה ולא באחריות צד ג' שבחרה לרכוש ממנו שירותי תפוצה, משהתנהגות זו של משלוח הודעות חרף חסימה היא מטרידה – תרתי משמע.

בניגוד לעמדת הנתבעת, גם אם התובע אישר את משלוח דברי הפרסומת, ועל כן הנטל עבר אליו לבקש מפורשות הסרה ולכן לכאורה אין בכך שמנעו ממנו לקנות נפקות לעניין חוק הספאם, הרי שמנעו ממנו את האפשרות להסיר את עצמו משלא ידע שהסירו אותו מרשית התפוצה לרכישה משלו היה יודע במועד, היה פונה במועד להסיר את עצמו ולמעשה היא שולחת לו הודעות המעודדות אותו לרכוש אצלה ולכן הוא משקיע מזמנו לרכוש אצלה על סמך עידוד הרכישה ובסופו של דבר היא מונעת ממנו בכוונת מכוון גם אם עודדה אותו לבוא בשעריה. לו הייתה מודיעה לו שלא תמכור לו ושולחת הודעות, גם אם היה מקום שבאותו המועד תסירו באופן אקטיבי מרשימת התפוצה משהיא משולה למי שסגרה את העסק וממשיכה לשלוח הודעות בידיעה שלא ניתן לרכוש אצלה ולכן הדבר הופך בגדר

מטרד שהמחוקק ביקש למנוע משאין טעם במשלוח הודעת פרסומת אם לא ניתן לממשה (ויש בכך אף בגדר הטעיה לפי חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 לרבות מעצם אי הגילוי כשלקוח ממשיך לנסות לרכוש בהסתמך על פרסומת ללא ידיעה כי נחסם) דומה כי הדבר מקבל יתר משמעות עת לא סגרה את עסקה, ממשיכה לפרסם לכלל לקוחותיה ובכלל זה ספציפית לתובע אולם רק בפניו סגרה שעריה. למעשה הנתבעת עושה שימוש בחוק כקרדום לחפור בו בבחינת "מעוול ברשות התורה" עת היא נצמדת להוראות החוק המעבירות אליו מבחינה מילולית את הנטל להסיר את עצמו. האם ניתן לטעון כנגד צרכן שהסכים לקבל דברי דיוור בנוגע למוצר משלא הסיר עצמו מלקבל דברי דיוור עבור הזמנה לרכוש מוצר בידיעה כי אין במלאי עבורו את המוצר שהזמינה וגם לא יהיה במלאי? אם היא מטעה אותו בהודעות שהיא שולחת הרי שכפועל יוצא של ההטעיה הוא לא הסיר את עצמו. והראיה, שאם לדבריה ביצע ניסיון רכישה בחודש מאי 2023 ונכשל, כבר אותה עת הוגשה התביעה בחודש מאי 2023.

בקליפת אגוז אעיר, כי גם מקום בו מפרסם עומד בהוראות החוק הפורמליות הרי שעצם כך שהעוסק המפרסם מטעה לקוח לסבור כי רשאי לממש רכישת מוצר/קבלת שירות כשאינו יכול לממש היא בגדר הטעיה.

הנתבעת לא יכולה לאחוז בחבל משני הקצוות – מחד להפעיל פעולה טכנית של "שגיאה" כחסימה אקטיבית למי שברשימת התפוצה שלה ובכך יכולה לזהותו אולם לטעון כי אינה שולטת במערכותיה ברשימת התפוצה ולכן יש לפנות אליה בצורה אקטיבית כדי שתסיר באופן אקטיבי.

ודוק; מטרת סעיף 30א (י) (3) לחוק התקשורת היא לעקור תופעה של שיגור מסרונים ללא הסכמת הנמענים שאינה אלא בגדר הטרדה, וזו מכונה "דואר זבל". בסעיף זה, "דבר פרסומת" מוגדר כ"**מסר המופץ באופן מסחרי, שמטרתו לעודד רכישת מוצר או שירות או לעודד הוצאת כספים בדרך אחרת**". לעניין זה, ייחשב בין היתר "מפרסם" - "**מי שתוכנו של דבר הפרסומת עשוי לפרסם את עסקיו או לקדם את מטרותיו, או מי שמשווק את נושא דבר הפרסומת בעבור אחר**".

מקום בו לקוח נחסם מלקבל שירות, ברור הוא כי הסכמתו להמשיך לקבל דיוור היא בגדר הסכמה שלא מדעת משלא ניתן לו כלל המידע על מנת שיוכל לבחור באופן מושכל האם להסכים עת הנתבעת ביצעה שינוי חד צדדי במצע העסקי עבור הלקוח וכמוה כהצעה חדשה הדורשת קיבול חדש במערך ההתקשרות ביניהם עת הוא חוזר לראשיתו. חסימתו של הלקוח ללא ידיעתו והמשך משלוח הודעות פרסומיות יש בה משום פגיעה באוטונומיה

הצרכנית שלו להחליט מדעת האם הוא מסכים לקבל הודעות שאין כל תועלת בצידן. קבלת מסרונים המעודדים אותו לרכוש עת בפועל כשהוא מבקש לרכוש נמנע ממנו – הרי שבוודאי שמסרונים אלו הם בגדר הטרדה ולא היה מעוניין לקבלם אם אינו יכול לממש את הרכישה. היעלה על הדעת כי מקום בו עסק "סגור" כאמור ימשיך לשגר באמצעות צד ג' הודעות ייאמר כי הלקוח לא פנה להסרתו והסכים לקבל הודעות הממלאות את הנייד או את המייל שלו כשהן חסרות תכלית? הסכמתו הותנתה בכך שיקבל הודעות הרלוונטיות עבורו לשם רכישה כי הוא מעוניין ברכישה על סמך מבצעים שיעודכן לגביהם. מצב בו נשלחים לו מבצעים שמפתים אותו לרכוש ואז מסתבר כי רק הוא לא יכול לרכוש – מהווים חוסר הוגנות בעסקים, כמו גם ניצול צרכני ויצירת עוגמת נפש רבה שאינה אלה בבחינת "הרצחת וגם ירשת" מקום בו היא אכן יוצרת רווח באמצעות עצם משלוח הפרסומות ("לידים"). שליחת דבר פרסומת למי שהעוסק לא מעוניין כי ירכוש אצלו ולא יכבד את תוכן דבר הפרסומת היא בגדר מטרד ומתן לגיטימציה לפעולה שכזו חוטאת לתכלית החוק ויש בה משום עקיפת הוראת החוק, כמו גם מהווה הטעיה צרכנית גם בפרסום מכוח חוק הגנת הצרכן, כאמור. מה גם, שאם היא גמרה אומר בליבה שהוא אינו הלקוח שלה ומסירה אותה מרשימת לקוחותיה הרי המשמעות היא שמסירה אותו מרשימת התפוצה המבוססת על קהל לקוחותיה ולכן נדרשת הסכמה חדשה למשלוח דברי פרסומת משביום חסימתו הוא כבר לא לקוח שלה מעבר למשמעו אי ההסכמה לקבל דיוור מקום בו אין כל תועלת מהדיוור כי תוכנו אינו בר מימוש. כך או כך, אם היא הסירה אותו ולא ביקש הסרה כי אז אין צורך לבקש הסרה. ברגע שהיא ידעה כיצד להסיר מרשימותיה באופן יזום כך יכלה לפנות באופן יזום לרשימת התפוצה ולהסירו כאילו פנה אליה והיה גורם לה לפנות באופן יזום.

הנטל עובר ללקוח מקום בו מסר את פרטיו במסגרת הרכישה והודע לו שהפרטים ישמשו לצורך משלוח דברי פרסומת מטעם העוסק כדי שירכוש. אם מטרת ההודעה היא פרסומת לכל מי שרשום ברשימת התפוצה אולם רק ממנו תימנע הרכישה כי אז ההסכמה לקבלת דבר פרסומת בהתאם להגדרתה בחוק אינה מתקיימת משהא בא תליא (או הסכמה מפורשת מראש או שהודע לו כי פרטיו ישמשו לצורך משלוח דברי פרסומת באופן שניתן לו מידע ושקיפות בנוגע לשימוש בפרטיו כל עוד ממלאים את המטרה היעודה – לשם עדכון בנוגע לרכישת מוצרים). ניתן לומר אפוא, כי השימוש בפרטי לקוח נעשה שלא לשם עידודו לרכוש כמטרת הודעות הפרסומת משהיא מוקיעה אותו בפועל מקהל לקוחותיה וההודעה לא מכוונת אליו ולכן אינה יכולה לעשות שימוש בפרטיו. מה גם, שהתנאים בסעיף 31א (ג) לחוק הם מצטברים ועל כן מקום בו הנתבעת משנה את כלליה ביחס ללקוח שהסכמתו ניתנה על סמך כך שיכול לרכוש או שנודע לו שיכול לקבל הודעות לשם כך שירכוש ממוצריה עליה לתת לו הזדמנות להודיע כי הוא מסרב לקבל דברי פרסומת אולם אם לא הודיעה לו שהוא נחסם, איך ניתנה לו הזדמנות להגיש הודעת סירוב מוקדם יותר?

מקום בו נחסם הלקוח והוצא מכלל לקוחותיה, כמוהו כמי שהוסר מרשימת התפוצה ולכן מקום בו תתיר לו לרכוש, עליה לקבל הסכמתו לדיוור מחדש. משקבעתי כי חסמה אותו נכון ליום 11.9.22, כי אז יש לראות בכך כמועד ההסרה מרשימת התפוצה.

על כן, ולנוכח האמור לעיל, מצאתי לנכון לחייב את הנתבעת בגין הפרת סעיף 30א לחוק התקשורת.

15. בכל הנוגע לגובה הפיצוי, סעיף 30א (י) לחוק התקשורת מתווה את מתחם הפיצוי שרשאי בית המשפט להטיל במקרה של הפרת סעיף (ב) על ידי מפרסם עת שיגר דבר פרסומת. כך, רשאי בית המשפט לפסוק בשל הפרה זו פיצויים שאינם תלויים בנזק בסכום שלא יעלה על 1,000 שקלים חדשים בשל כל דבר פרסומת שקיבל הנמען בניגוד להוראות סעיף זה.

ייאמר כבר עתה, כי הרף העליון של סכום הפיצוי הוא 1000 ₪. רוצה לומר, כי זהו הגבול העליון שרשאי בית המשפט להטיל עקב הפרת ס"ק (ב). עם זאת, בבואו לקבוע את גובה הפיצויים לדוגמה במסגרת מתחם הפיצוי (עד 1000 ₪), יתחשב בית המשפט, בין השאר, בשיקולים כדלקמן: אכיפת החוק והרתעה מפני הפרתו; עידוד הנמען למימוש זכויותיו והיקף ההפרה.

מצד אחד, יש לקחת בחשבון שתובע לא יעתור לבית המשפט להגשת תובענה לפיצוי בגין קבלת דבר פרסומת משום שהנזק האישי שנגרם לו נמוך מהעלות הכרוכה בניהול התביעה. על כן, אין להידרש לשיעור הנזק שנגרם לתובע בגין ההפרה שיכול ויהא זניח ועל כן נקבע סכום לא מבוטל בגין כל הפרה (וראו **חזני** דלעיל). בעניין **גרסברג** נפסק כי בבואם לפסוק פיצוי לדוגמה, על בתי המשפט לראות ברף העליון שהציב המחוקק נקודת מוצא ממנה ניתן להפחית במקרים המתאימים. מהעבר האחר, בפסק דין **חזני** הודגש עניין "האיזונים ובלמים" הגלומים בקביעת שיעור הפיצוי, כך שהפיצוי נועד להכווין התנהגות באופן שפרסום המפרסם ביחס לעתיד יהיה בלתי כדאי בשבילו מחד, ולוודא שהפיצוי לא יהיה מעבר לנדרש לצורך השגת המטרות הגלומות בשיקולים המנויים בחוק, מאידך. שמע מינה, כי המבחן הוא אפוא האם במקרה הספציפי תושג הרתעה יעילה. לאמור; השיקול הוא לא כמה זכאי התובע לפיצוי בעבור כל הודעה אלא האם הפיצוי משיג את נקודת ההרתעה. במאמר מוסגר יצוין, כי אף בעניין **גלסברג**, לא נפסק כלל גורף בנוגע לאותו סכום שיש לפסוק אלא נקבע שהסכום המקסימלי שנקבע בחוק אינו מחייב את בית המשפט להעניקו בכל מקרה, ופסיקת גובה הפיצוי נתונה לשיקול דעתו הבלעדי של בית המשפט המברר (ראו רע"א 1330/16 **שטראוסר נ' שבת** (12.8.2016)).

ודוק; אפילו תמצי לומר כי לא הייתה הסכמה והייתה נדרשת כזו, עדיין הטלת פיצויים לדוגמה אינה חובה – "**אין הכרח שלכל דבר פרסומת יהיה תג מחיר על שליחתו. בהתאם לחוק התקשורת, החיוב בפיצויים לדוגמה נתון לשיקול דעת בית המשפט. שיקול דעת זה מונחה על ידי תכלית הפיצויים לדוגמה**" (ראו ת"ק 43607-11-16 **גליק נ' פוקס –ויזל בע"מ** (4.11.2017), פסקה 22, וראו גם פסקאות 24-23, עמ' 6).

בעניין **חזני** הבהיר בית המשפט העליון כי "**מטרת הפיצוי אינה להשיב את מצבו של התובע לקדמותו (שהרי אין להתחשב בשיעור הנזק שנגרם לו), כי אם לאכוף את החוק, להרתיע את הנתבע ולתמרץ הגשת תביעות יעילות**", אלא שבית המשפט אינו חייב לפסוק פיצוי, הוא רשאי לעשות כן, ככל שימצא לנכון כי פיצוי כאמור יקדם מטרות החוק (ת"ק 12032-10-15 **פרידמן נ' דוקס** (21.12.2016); בר"ע על החלטה זו – נדחתה (רת"ק 63709-12-16 **פרידמן נ' דוקס** 1.1.2017); רת"ק 43995-11-16 **צוויק נ' לאומי קארד בע"מ** (20.11.2016)). בעניין **שופמיינד** נפסק כי "**מלשון סעיף 30א(י)(1) עולה ברורות כי המחוקק לא חייב את בית המשפט בפסיקת הפיצוי אלא הותיר זאת לשיקול דעתו. במקרים מתאימים בימ"ש רשאי שלא לפסוק פיצוי אם הוא מגיע למסקנה שאין הצדקה לפסיקת הפיצוי כמבוקש**", וכי רשאי בית המשפט להקטין את סכום הפיצוי בשל פנייה מאוחרת למדוור וצבירת הודעות, גם אם תובע פעל בתום לב. מכל מקום, נקבע, כי ככלל, אין חובה לקבוע סכום עבור על הודעה בנפרד ואין חובה לערוך חישוב אריתמטי מדויק של סכום "פיצוי" עבור כל הודעה בנפרד. אי לכך, אפשר שייפסק פיצוי בסכום זהה לאדם שנשלחו אליו 100 הודעות ולאדם שנשלחו אליו 1000 הודעות, כל עוד הפיצוי השיג את תכליות החוק – אכיפה והרתעה אפקטיבית ומידתית. לשם כך על בית המשפט לבחון את נסיבות ביצוע ההפרה, ובכלל זה תוכן הפרסום (האם הוא פוגעני); התנהגות המפרסם; את הרווח הצפוי מהפרסום (ככל שניתן להעריכו); את מספר דברי הפרסומת ששלח וכיוצא באלה (**עניין חזני**).

16. לאחר ששקלתי את השיקולים הצריכים לעניין בהתאם למתווה שהוצג, ובחנתי את ההודעות שנשלחו באופן תדיר יומיומי שהתובע היה מוכן לספוג את כמות המיילים על בסיס שכזה משזו דרכה (גם בתקופה שלא הייתה מחלוקת בנוגע ליכולתו לרכוש) אולם כל עוד הוא יכול לבצע רכישות גם אם לא היה שבע רצון מהשירות, ובחנתי את ההודעות שמגיעות ל-50 במספר בערך אולם לא כמות כאן היא הנמדדת לצורך הפיצוי אלא עצם משלוח דברי הפרסומת משהתובע כאמור מוכן היה כאמור לספוג את הכמות הזו שלא היוותה עבורו הטרדה ולא היא זו שהטרידה אותו משאחרת גם בימים כתיקונם היה עוצר זאת ומנגד לא פיצוי לפי פר הודעות הוא אשר ירתיע את העוסק משלו הייתה נקודת הזמן של ההסרה מוסכמת הרי שהעוסק היה מפסיק מיד אלא עצם הפיצוי במקרה דנן;

כאשר אין מדובר במי שצבר הודעות עת יכול היה להסיר עצמו ועושה בכך שימוש לצורך הפיצוי אלא במי שנמנעה ממנו על ידי העוסק המפרסם האפשרות להסיר עצמו מוקדם יותר משלא ידע על החסימה ובכוונת מכוון (הן לגבי מועד החסימה שלא גילתה לו בזמן אמת והן לגבי החסימה בכוונת מכוון שלא ירכוש אצלה את המוצרים שהיא מפרסמת לו) עת הדגש הוא אפוא יותר על התנהלותה כמי שהסירה אותו ומכאן כהיקש שיש להכיר בבקשה להסרה מצידו כמוקדמת יותר, ובמקרה העוסק המפרסם נוהג לשלוח מידי יום הודעות לכלל רשימת התפוצה כאשר כאן ההטרדה נולדה בנסיבות אלו בדיעבד עת הצטברו ההודעות ששיגרה על דרך היום יום ללקוחותיה (כך שמדובר בעניין שלא הכמות היא המשפיעה אלא עצם התנהלותה) ובשים לב לנסיבות ביצוע ההפרה שאינן גלויות וברורות מאליהן לרבות מועד החסימה המדויק להבדיל מהטווח, כאשר בסופו של יום התובע הסיר עצמו בשל התנהלותה ולא בשל החסימה – כבר בתחילת חודש נובמבר, הרי שאני סבורה כי גורם ההרתעה יושג כך שמקום בו היא מבקשת לחסום לקוח יהיה עליה לפעול באופן אקטיבי להסרתו מרשימת הדיוור ולחלופין לעדכן אותו לרבות מתן הזדמנות לסרב לקבלת משלוח הודעות פרסומת.

הרציונל הוא ששליחת הודעות מוגדרת כספאם החל מיום חסימתו והסרתו בפועל מרשימת תפוצת הלקוחות על מנת שלא ירכוש כאשר אין דומה לעוסק ששלח הודעה ללא אישור הנמען "בתום לב" למי ששלח ביודעין שהנמען לא יכול לקנות ושליחת ההודעות יש בה את מה שהמחוקק ביקש למנוע ואף מעבר לכך, עת המפרסם שולח הודעות פרסומת ללקוח שאף "מפתות" אותו לרכוש אולם מונע ממנו בכוונת מכוון לממש את ההודעה הנשלחת בניגוד לכל יתר רשימת לקוחות העוסק המפרסם – דבר הגובל גם בהטעיה כאמור באופן שהפיצוי היה נדרש גם אם לא היינו נכנסים לגדרי חוק התקשורת. לכן מצאתי לנכון לחייב את הנתבעת בסך כולל של 6000 ₪ והוצאות משפט בסך של 500 ₪. סך הכל תשלם הנתבעת לתובע סך של 6500 ₪ שישולמו תוך 30 יום מהיום.

בקשת רשות ערעור לבית המשפט המחוזי תוך 15 יום.
המזכירות תמציא את פסק הדין לצדדים.

ת"ק 72839-05-23 וולבוביץ נ' קיי אס פי בע"מ

תיק חיצוני:

ניתן היום, כ"ב אדר א' תשפ"ד, 02 מרץ 2024, בהעדר הצדדים.

