

גיא אופיר - משרד עו"ד
28.01.2018
נתקבל (2)

בעניין: 1. Facebook Ireland Limited
2. Facebook, Inc.

ע"י ב"כ הרצוג פוקס נאמן, עורכי-דין
(על פי יפוי כח מוגבל לצרכי הליך זה)
מבית אסיה, רחוב ויצמן 4, תל אביב 6423904
טל': 03-6922020; פקס': 03-6966464

המערעות

- נגד -

1. אבי לן

2. עדי בנטוב-סילשי

שניהם ע"י ב"כ משרד עוה"ד גיא אופיר
מרח' כנרת 5 (מגדל ב.ס.ר 3), בני ברק 5126237
טל': 03-5323650; פקס': 03-5325691

המשיבים

הודעת ערעור

המערעות, Facebook Ireland Limited ("Facebook Ireland") ו-Facebook, Inc. (יחד: "Facebook" או "המערעות") מתכבדות בזאת להגיש לבית המשפט הנכבד הודעת ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופט רחמים כהן), מיום 14.12.2017, בת.א. 50870-05-15, במסגרתו התקבלה (באופן חלקי) תביעת המשיבים כנגד המערעות ("התביעה") וניתן צו עשה המחייב את המערעות להשיב לשירות פייסבוק את דף הפייסבוק שניהלו המשיבים הידוע בשם "סטטוסים מצייצים", תוך חיוב Facebook Ireland בתשלום הוצאות המשיבים ושכר טרחת עו"ד בסכום כולל של 225,000 ש"ח ("פסק הדין").

העתק נאמן למקור של פסק הדין, מצ"ב כנספח "1" להודעת ערעור זו.

לאור האמור בהודעת ערעור זו, מתבקש בית המשפט הנכבד לבטל את פסק הדין של בית המשפט קמא, להורות על ביטול צו העשה, ולדחות את התביעה במלואה.

כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להשית על המשיבים את הוצאות המערעות בגין ערעור זה ובגין ההליך שהתקיים בפני בית המשפט קמא, לרבות שכ"ט עו"ד.

עותק מהודעת ערעור זו יומצא בד בבד לב"כ המערעות.

ההדגשות בהודעת ערעור זו אינן במקור, אלא אם נכתב אחרת. ההפניות לעמודים ולפסקאות בפסק הדין מסומנות באופן הבא: [פסק דין, עמ' , פס'].

חלק I – מבוא, עובדות ועיקרי פסק הדין

א. פתח דבר

1. המשיבים הינם שני משתמשי פייסבוק אשר הקימו וניהלו "דף" פייסבוק בשם "סטטוסים מצייצים" ("הדף סטטוסים מצייצים"). המשיבים היו יכולים לרכוש שם מתחם ולהקים אתר אינטרנט עצמאי משלהם, אך בחרו להשתמש בשירות החינמי של פייסבוק בכדי לשתף תוכן. בעשותם שימוש בשירות פייסבוק, המשיבים הסכימו לקיים את תנאי השימוש והמדיניות של פייסבוק, אשר נועדו ליצור ולקיים פלטפורמה בטוחה, המאפשרת למשתמשים להישאר בקשר עם חברים ומשפחה, לגלות מה מתרחש בעולם, וכן לשתף ולהביע מה שתשוב עבורם.
2. לאורך מספר שנים, המשיבים הציגו את הדף סטטוסים מצייצים כדף ש"משתף" תוכן מבדר ואותנטי, אשר נוצר על ידי משתמשי פייסבוק אחרים. אולם, בתחילת שנת 2015, התגלה, כי למעשה המשיבים השתמשו בדף סטטוסים מצייצים, על מנת לנהל קמפיינים פרסומיים מקוונים, תוך הפרה של מסמך ה-"Statement of Rights and Responsibilities" של פייסבוק (קרי, תנאי השימוש של פייסבוק, להלן: ה-"SRR"). Facebook גילתה במקרה, מכלי התקשורת, כי המשיבים עשו שימוש בדף סטטוסים מצייצים כדי לפרסם תכנים פרסומיים של צדדים שלישיים (קרי, פרסומות), כנגד תשלום. למרות שקיבלו תשלום עבור עשרות פרסומים, המשיבים הציגו למשתמשי פייסבוק מצג שווא כאילו היה מדובר בתכנים אותנטיים שיצרו משתמשים. Facebook גילתה בנוסף, דרך הודאותיהם של המשיבים עצמם בתקשורת, כי פעילותם זו של פרסום-תמורת-תשלום לא היתה מצומצמת או אקראית. להיפך, המשיבים יצרו תכנית עסקית רווחית של ממש, להמשיך ולמכור פרסומים בדף סטטוסים מצייצים, אותם התכוונו להציג (מצג שווא) בתור תכנים אותנטיים ולא ממומנים.
3. התנהלות המשיבים היוותה הפרה מודעת ומכוונת של ה-SRR של פייסבוק, אשר בכל הזמנים הרלוונטיים לתביעה זו אסר במפורש על פרסום תכנים פרסומיים של צדדים שלישיים בדפי Facebook, מבלי לקבל לכך אישור מוקדם מ-Facebook ("ההפרה שביצעו המשיבים"). כפי ש-Facebook טענה בבית המשפט קמא, האיסור על פרסום תכנים פרסומיים של צדדים שלישיים נכלל בהסכם עם המשתמשים (קרי, ב-SRR), משני טעמים עיקריים וחשובים: (1) על מנת למנוע פרסום "פוסטים" הכוללים תוכן ממומן מוסווה, אשר מטעה את המשתמשים באשר לאותנטיות של ה"פוסטים"; ו-(2) על מנת להגן על מודל הפרסום העסקי של Facebook, המאפשר לה בסופו של דבר לספק שירות ללא עלות לכל משתמשי פייסבוק.
4. בית המשפט קמא קיבל את כל הטענות העובדתיות של המערערות, וקבע במפורש, כי המשיבים הפרו את תנאי ה-SRR של פייסבוק בכך שפרסמו פרסומות סמויות של צדדים שלישיים בדף סטטוסים מצייצים, ללא קבלת אישור מוקדם מ-Facebook, וכן כי המשיבים הודו בהפרה שביצעו, הן בזמן אמת והן במהלך ניהול ההליך המשפטי בפני בית המשפט קמא.
5. בית המשפט קמא אף דחה את שלל הגרסאות הכבושות והסותרות שהעלו המשיבים, בניסיון נואש לשכנע את בית המשפט קמא כאילו ה-SRR של פייסבוק לא אסר על פרסום פרסומות סמויות שכאלה או, לחלופין, כאילו ניתנה להם הרשאה לפרסום פרסומות של צדדים שלישיים שכאלה. טענות אלה היו חסרות בסיס, ובית המשפט קמא דחה אותן במלואן.
6. על אף הקביעות והממצאים העובדתיים האמורים, לרבות הקביעות בדבר ההפרה שביצעו המשיבים, בית המשפט קמא פסק באופן מפתיע (ללא כל בסיס), כי הסרת הדף סטטוסים מצייצים נעשתה שלא כדין, מאחר שההפרה שביצעו המשיבים לא היתה "יסודית", ולא ניתן להם פרק זמן לתיקון ההפרה ולקיום החוזה טרם ביטולו. כפי שיפורט להלן, מסקנתו המשפטית של בית המשפט קמא שגויה מיסודה ואינה מבוססת על ממצאיו העובדתיים.

7. **ראשית**, כמפורט בפרק ד' להלן, בית המשפט קמא התעלם לחלוטין מטענת המערערות, לפיה הסרת הדף סטטוסים מצייצים כלל לא היוותה ביטול של ה-SRR עם המשיבים, אלא הסרת הדף היוותה הגבלה חלקית על השימוש של המשיבים בשירות פייסבוק (קרי, הסרת הדף המפר; בלא שהוסרו הפרופילים האישיים של המשיבים, ובלא שהופסק השימוש הכולל שלהם בשירות פייסבוק)¹. גם לאחר הסרת הדף המפר, המשיבים נותרו משתמשים פעילים בשירות פייסבוק, הכפופים לחוזה היחיד בינם לבין Facebook. לפיכך, מאחר ש-Facebook כלל לא ביטלה את החוזה עם המשיבים, הרי שבית המשפט קמא שגה בכך שבכלל בחן האם ההפרה שביצעו המשיבים היתה "יסודית". בפשטות, בית המשפט קמא כלל לא היה צריך להידרש לשאלת "יסודיות" ההפרה.
8. **שנית**, כמפורט בפרק ה' להלן, אף אם בית המשפט הנכבד יסבור (בניגוד לעמדת המערערות), כי הסרת הדף סטטוסים מצייצים היוותה כשלעצמה ביטול של ההסכם בין הצדדים (והיא לא היוותה ביטול), הרי שבית המשפט קמא שגה בקביעתו, כאילו ההפרה שביצעו המשיבים לא היתה "יסודית". ההפרה שביצעו המשיבים פוגעת בלב ליבו של שירות פייסבוק – קרי, ביכולתה של Facebook לספק, ללא עלות, שירות אמין ובטוח, ובמודל העסקי הפרסומי שלה. לפיכך, ברי כי כל אדם סביר בנעליהן של המערערות היה רואה בהפרה שביצעו המשיבים, אשר חשפו משתמשים אחרים לתוכן בלתי אמין ומטעה וחתרו תחת המודל העסקי של Facebook, כפגיעה בעצם מהותה ותכליתה של ההתקשרות החוזית בין הצדדים. לכן, ההפרה שביצעו המשיבים, כאשר היא נבחנת לפי המבחן האובייקטיבי הקבוע בסעיף 6 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 ("חוק החוזים תרופות"), היתה בוודאי הפרה יסודית, מכל אחת מהסיבות הבאות (אשר מכל אחת מהן בית המשפט קמא התעלם או שלא נתן לה משקל מספיק):
- 8.1. בית המשפט קמא שגה כשהתעלם מהחומרה ומהכוונה במעשי המשיבים, ההופכות, כשלעצמן, את ההפרה שביצעו המשיבים ל"יסודית" (פרק ה.1(א) להלן).
- 8.2. בית המשפט קמא שגה כשלא בחן, ניתח ונתן משקל לטענה, כי ההפרה שביצעו המשיבים פגעה במשתמשי Facebook, אשר נחשפו לתוכן מטעה שהוצג במסווה של תוכן אותנטי של משתמשים (פרק ה.1(ב) להלן). פגיעה מסוג זה חותרת תחת היסוד והמטרה של התנאים והמדיניות של פייסבוק – להגן על חוויית המשתמשים בשירות פייסבוק.
- 8.3. עוד שגה בית המשפט קמא בכך שלא בחן, ניתח ונתן משקל מתאים לטענת המערערים, כי ההפרה שביצעו המשיבים פוגעת במודל העסקי של Facebook, ולכן ביכולתן של המערערות להמשיך לספק שירות ללא עלות למשתמשי פייסבוק (פרק ה.1(ג) להלן).
- 8.4. פסק הדין של בית המשפט קמא שגוי גם משום שהוא חותר תחת ההסכמות החוזיות בין Facebook לבין משתמשיה ומפחית מערכו, בכך שהוא מתמרץ משתמשים להפר את ה-SRR באמצעות פרסום תוכן מטעה ולפיכך בלתי חוקי (לפי דיני הגנת הצרכן), ואף יוצר סטנדרט בלתי ישים לניהול הפלטפורמה של פייסבוק (פרק ה.1(ד) להלן).
9. בנוסף, כמוסבר בפרק ה.2 להלן, בית המשפט קמא שגה בהגיעו למסקנה כי ההפרה שביצעו המשיבים לא היתה יסודית, בהתבסס על שיקולים לא רלוונטיים:
- 9.1. בית המשפט קמא שגה כשבחן את מידת הפגיעה שנגרמה כביכול למשיבים – הצד המפר – עקב הסרת הדף סטטוסים מצייצים (פרק ה.2(א) להלן). לשיקול זה אין כל מקום בבחינת השאלה האם היתה הפרה, לא כל שכן בבחינת השאלה האם מדובר בהפרה "יסודית".
- 9.2. בית המשפט קמא שגה בקביעתו, לפיה ההפרה לא היתה כביכול "יסודית" מאחר שכל נזק שנגרם ל-Facebook מההפרה שביצעו המשיבים ניתן לפיצוי כספי (פרק ה.2(ב) להלן). לנימוק

¹ החזקת "פרופיל" אישי הינה הדרך העיקרית בה משתמשי פייסבוק עושים שימוש בשירות, וזהו הכלי העיקרי באמצעותו הם מתקשרים ומשתפים תוכן עם משתמשים אחרים. בנוסף להחזקת "פרופיל" אישי, משתמשי פייסבוק יכולים ליצור ולנהל "דפים" בשירות פייסבוק. בשונה מפרופיל, שתמיד מתייחס לאדם ספציפי, דפים מאפשרים לעסקים, מותגים וארגונים לשתף תכנים ולהתחבר לאנשים.

זה אין כל אחיזה בדין.

10. **לבסוף**, כמפורט בפרק ו' להלן, בית המשפט קמא שגה כשחייב את Facebook Ireland בהוצאות ובשכר טרחת עו"ד בסכום כולל של 225,000 ש"ח. ההוצאות שנפסקו הן עונשיות, בלתי מידתיות, ואין להן כל הצדקה, לרבות בהתחשב בכך שכל טענות המשיבים, למעט אחת, נדחו.

11. בטרם נידרש לנימוקי ערעור זה, נציג את הדברים הבאים:

11.1. העובדות הרלוונטיות שאינן במחלוקת, כפי שנקבעו על ידי בית המשפט קמא, יפורטו בפרק ב'.

11.2. עיקרי פסק הדין ונימוקיו, יפורטו בפרק ג'.

ב. העובדות שאינן במחלוקת

ב.1. שירות Facebook

12. Facebook הוא שירות **חינמי ווולונטרי** של רשת חברתית מקוונת, המאפשר למשתמשים ליצור קשר זה עם זה ולשתף מידע עם חבריהם ובני משפחתם [פסק דין, עמ' 1, פסי שניה].

13. כיום, מעל 2 מיליארד בני אדם עושים שימוש אקטיבי בשירות פייסבוק מדי חודש ביותר מ-180 מדינות, באמצעות מספר ערוצים, לרבות באמצעות אתר האינטרנט www.facebook.com ובאמצעות אפליקציות לטלפונים ניידים וטאבלטים (יחד: "שירות פייסבוק") [פסק דין, עמ' 1, פסי שניה (בזמן בירור התיק היה מדובר ב-1.86 מיליארד משתמשים)].

14. Facebook Ireland מפעילה את שירות פייסבוק עבור משתמשים מחוץ לארצות הברית וקנדה, לרבות משתמשים בישראל. Facebook, Inc. מפעילה את השירות עבור משתמשים בארה"ב ובקנדה.

15. על מנת לפתוח חשבון בשירות פייסבוק, כל המשתמשים מסכימים להיות כפופים ל-SRR של פייסבוק, שמאגד וכולל בתוכו גם את "תנאי הדפים", אשר מהווים יחד את ההתקשרות החוזית היחידה בין Facebook לבין משתמשיה [פסק דין, עמ' 8, פסי ראשונה]. ה-SRR קובע הן את זכויותיו של המשתמש והן את האחריות שלו לגבי שימושו בשירות פייסבוק.

16. לאחר ההרשמה לשירות פייסבוק וההסכמה ל-SRR, המשתמשים יוצרים באופן אוטומטי "פרופיל" אישי. קיום פרופיל אישי הוא הדרך העיקרית באמצעותה עושים משתמשי פייסבוק שימוש בשירות, והוא הכלי העיקרי באמצעותו הם מתקשרים ומשתפים תוכן עם משתמשים אחרים.

17. בנוסף להחזקת "פרופיל" אישי, משתמשי Facebook יכולים ליצור ולנהל "דפים" בשירות פייסבוק. בשונה מפרופיל, שתמיד מתייחס לאדם ספציפי, דפים מאפשרים לעסקים, מותגים וארגונים לשתף תכנים ולהתחבר לאנשים, כמו גם לקדם את המוצר או את הארגון שלהם [פסק דין, עמ' 1, פסי שלישית]. דף יכול להיות מיועד גם למטרות מסחריות וגם למטרות בלתי מסחריות – למשל, לקידום אגנדה או נושא ספציפיים, כדוגמת דף מעריצים של אומן מסוים.

ב.2. תנאי השימוש והמדיניות של פייסבוק

18. כפי שפורט בפסק הדין, בית המשפט קמא קבע:

18.1. תנאי הדפים כוללים הוראה מפורשת לפיה "אסור למפעילי הדפים לכלול בהם פרסומות של צדדים שלישיים, מבלי לקבל אישור מוקדם לכך מראש מפייסבוק" [פסק הדין, עמ' 9, פסי ראשונה].

18.2. בעת שהדף סטטוסים מצייצים הוסר, תנאי הדפים קבעו:

Third-party advertisements on Pages are prohibited, without our prior permission. [פסק הדין, עמ' 9, פס' ראשונה]

18.3. גרסאות קודמות של תנאי השימוש כללו איסורים דומים בדבר פרסום פרסומות של צדדים שלישיים בשירות Facebook, ללא אישורה מראש [פסק הדין, עמ' 9, פסקה שניה ושלישית].

19. בנוסף, בית המשפט קמא קבע שלא היה יסוד לטענה של המשיבים (הסותרת את טענותיהם האחרות), לפיה בתקופה הרלוונטית ה-SRR התיר למשתמשים לפרסם פרסומות או תוכן ממומן אחר ב"דפים", מבלי לקבל אישור מראש של Facebook. בפרט, בית המשפט קמא קבע בחלק הרלוונטי [פסק הדין, עמ' 9, פס' לפני אחרונה]:

'עיינתי בטענות התובעים [המשיבים - הח"מ] ובראיותיהם ולא מצאתי עיגון לכך, שבתקופה הרלוונטית היה בתנאי שימוש כלשהם היתר לכלול פרסומות או תוכן ממומן בדפים, ללא אישורה של פייסבוק.'

20. סעיף 14 ל-SRR (המצוטט בעמ' 8 לפסק הדין) מקנה ל-Facebook את הזכות להפסיק לספק את כל, או חלק, משירותיה למשתמשים אשר מפרים את התנאים, וקובע:

"If you violate the letter or spirit of this Statement, or otherwise create risk or possible legal exposure for us, we can stop providing all or part of Facebook to you..."

21. כמוסבר להלן, סעיף 14 הוא המנגנון שבאמצעותו Facebook אוכפת את ה-SRR, והוא נחוץ כדי לאפשר ל-Facebook לשמר חווית משתמש חיובית עבור כל משתמשיה, על ידי וידוא ששירות פייסבוק נשמר כפלטפורמה בטוחה.

22. במקביל, סעיף 14 ל-SRR גם מעניק למשתמשים את הזכות לסיים את השימוש בשירות פייסבוק, בכל זמן ומכל סיבה - ללא כל עלות - באמצעות מחיקת החשבונות שלהם.

3.ב. המשיבים הפרו את ה-SRR

23. המשיבים הינם אנשי מקצוע בעלי ניסיון רב שנים בתחום התקשורת המודפסת והאינטרנטית, בפרט בתחום הפרסום. המשיב 1 עבד עשרות שנים בידיעות אחרונות, כעורך מוסף, ולאחר מכן הפך לעורך הראשי של אתר NRG מעריב. המשיבה 2 עבדה שנים רבות במשרד פרסום ומתמחה בפרסום ושיווק דיגיטלי בפלטפורמות חברתיות.

24. ביום 7.1.2010 המשיבים פתחו והחלו לנהל את הדף סטטוסים מצייצים על גבי שירות פייסבוק.

כאמור, המשיבים הציגו את הדף סטטוסים מצייצים, כדף שבסך הכל מרכז תחת גג אחד תכנים משעשעים ומבדרים שנוצרו על ידי משתמשים אחרים.

25. ביום 14.1.2015 או בסמוך לכך - דהיינו, בערך כחמש שנים לאחר שהדף סטטוסים מצייצים נוצר, ובשעה שלדף היו בערך 700,000 עוקבים ("Followers") בשירות Facebook, נודע ל-Facebook Ireland לראשונה, לאור פניה ממערכת עיתון "גלובס", כי המשיבים, דרך שגרה, פרסמו בדף סטטוסים מצייצים פרסומות ממומנות של צדדים שלישיים. Facebook Ireland גם למדה, כי למשיבים אף היה "מחירון" פורמלי למכירת פרסומים בדף סטטוסים מצייצים.

26. בעקבות כך, Facebook Ireland בחנה את הדף סטטוסים מצייצים, ומצאה כי פעולות המשיבים הפרו את תנאי ה-SRR. כעניין שבעובדה, בית המשפט קמא קבע, כי המשיבים הפרו את ה-SRR באמצעות פרסום מודעות פרסום של צדדים שלישיים בדף סטטוסים מצייצים ללא אישור מראש של Facebook Ireland [פסק דין, עמ' 9, פסי אחרונה].

27. בית המשפט קמא גם הדגיש, כי בחודש ינואר 2015 ובסמוך לאחר מכן, בראיונות שונים שמסרו לתקשורת, המשיבים הודו בזמן אמת בהפרת השונות שביצעו. באותם ראיונות, המשיבים הודו: כי הם הפרו את ה-SRR באופן שיטתי ומכוון; כי ידעו שה-SRR אסר על התנהלותם; וכי הציגו במכוון פרסומות ותכנים ממומנים בדף סטטוסים מצייצים כתוכן אותנטי. המשיבים הודו בנוסף כי הפרו במכוון את ה-SRR והסתירו את ההפרות שביצעו כדי להימנע מלעורר את כעסם של משתמשי פייסבוק שעקבו אחר הדף סטטוסים מצייצים, וכן על מנת להסתיר את התנהלותם האסורה מפני Facebook.

28. כפי שנקבע על ידי בית המשפט קמא, אשר ציטט את דברי המשיבים בראיונות לאמצעי התקשורת בזמן אמת [פסק דין, עמ' 10, פסי ראשונה-שלישית]:

"בזמן אמת, ביום 22.1.2015, בראיון ל'תכנית חיסכון' בטלוויזיה הודו התובעים [המשיבים - הח"מ] בהפרת תנאי השימוש [קרי, ה-SRR ותנאי הדפים - הח"מ]:

'אבי לן: אכן עברנו על הכללים אבל מיד מיד הודנו בטעות שלנו, התנצלנו, וגם הבטחנו שלעולם לעולם זה לא יקרה יותר. עדי בן טוב-לן: וגם מאוד חשוב, מאוד חשוב, לדבר על פרופורציות. אנחנו עברנו עבירה ופרסמנו פוסטים ספורים, באמת ספורים, של חברות מסחריות בלבד בתקופה האחרונה...'

בראיון לעיתון 'ישראל היום' מיום 22.4.2015 הודה התובע [המשיב 1 - הח"מ] שפרסם בין 30 ל-35 פוסטים בתשלום במהלך 5 שנים. לשאלה, 'ידעתם שמבחינת פייסבוק אתם עושים דבר אסור?' השיב: 'לא היינו בטוחים. ידענו שבתקנון כתוב שאסור לקדם סטטוסים בתשלום, אבל ראינו שכולם עושים את זה. חשבנו שהם יודעים שמקודמים אצל כולם סטטוסים בתשלום ובחרים להעלים עין... ידענו שזה אסור. הכעס של הציבור עלינו נבע מכך שלא יידענו אותו איזה סטטוס הוא ממומן. אבל לא יכולנו לעשות את זה, כי אז פייסבוק היו יודעים. בקיצור, מלכוד' (ג/1, הדגשה הוספה).

נוכח האמור, לא יכולה להיות מחלוקת אמיתית בכך, שהתובעים הפרו את תנאי השימוש [ההדגשה במקור - הח"מ].

29. בית המשפט קמא גם עמד על כך שהמשיבים לא זו בלבד שהודו בהפרות אלו הן בזמן אמת והן בתצהיריהם, אלא שאף הודו בכך שגרפו לכיסם 250,000 ש"ח תמורת אותם פרסומים. ובלשונו של בית המשפט קמא, המצטט מתצהירי המשיבים [פסק דין, עמ' 9, פסי אחרונה]:

'התובעים [המשיבים - הח"מ] הפרו את תנאי השימוש בכך, שפרסמו מודעות פרסום של צדדים שלישיים בדף 'סטטוסים מצייצים', ללא קבלת אישור מפייסבוק. בסעיף 26 לתצהירו מאשר התובע [המשיב 1 - הח"מ], ש'מעט לעת קידמנו מספר קטן של סטטוסים בעבור תשלום. ההכנסות שהפקנו במשך חמש שנים עמדו על כ- 250,000 ₪ לערך...'. סעיף זהה קיים בתצהיר התובעת [המשיבה 2 - הח"מ].'

30. בית המשפט קמא גם דחה את טענת המשיבים כאילו המשיבה 2 קיבלה הודעת דוא"ל מנציג המערערות, מר נמרוד הלוי, המתירה לה לפרסם מודעות פרסום ממומנות בדף סטטוסים מצייצים.

למעשה, כפי שהעיד מר הלוי במהלך ההליך, טענה זו לחלוטין אינה נכונה, ובית המשפט קמא קיבל את עדותו של מר הלוי והסבריו להודעת הדוא"ל.²

31. לאור ההפרה שביצעו המשיבים, Facebook Ireland הסירה את הדף סטטוסים מצייצים משירות Facebook, **בהתאם לזכויותיה החוזיות**.

32. Facebook Ireland לא הסירה לחלוטין את הגישה של המשיבים לשירות פייסבוק, והמשיבים המשיכו להחזיק פרופילים אישיים פעילים. כאמור, פרופיל פייסבוק הינו הדרך העיקרית בה המשתמשים עושים שימוש בשירות, וזהו הכלי העיקרי באמצעותו הם מתקשרים ומשתפים תוכן עם משתמשים אחרים.

ב.4. עובדות הקשורות להתנהלות המשיבים, אשר לא מצאו ביטוי בפסק הדין

33. על אף שממצאו העובדתיים של בית המשפט קמא בפסק הדין מספיקים כדי להראות שהמשיבים הפרו את ה-SRR הפרה יסודית, קיימות עובדות מהותיות נוספות המעידות על התנהלותם חסרת תום הלב של המשיבים, אשר אף הוכחו בפני בית המשפט קמא - אך לא מצאו ביטוי בפסק הדין.

34. במסגרת חקירותיהם הנגדיות, המשיבים הודו שכללו בדף סטטוסים מצייצים פרסומות סמויות של חברות מסחריות שונות, כגון קוקה-קולה, פאנטון, דאב, גילאט ועוד. עוד הודו המשיבים, כי הם שיתפו פעולה עם משרדי פרסום שייצגו לקוחות מסחריים [פרוטוקול 22.3.2016, עמ' 105-107; עמ' 228-229].

35. למעשה, המשיבים ניהלו תכנית עסקית מתוחכמת. הם שכרו עורך-דין שניסח "תנאי שימוש" עבור הדף סטטוסים מצייצים, במטרה לקדם עסקאות בינם לבין מפרסמים [נספח "ז" לתצהירי עדותם הראשית של המשיבים]. המשיבים אף יצרו מסמך המפרט בדיוק כיצד לרכוש פוסטים בדף סטטוסים מצייצים, וכללו מחירון לפרסום פוסטים בדף [נספח 10 לתצהיר מר Milner מטעם המערערות].

36. המשיבים הודו בנוסף, כי ניהלו משא ומתן עם "גוף תקשורת מרכזי בישראל" לצורך מסחור "המותג המצליח" סטטוסים מצייצים" [סעיף 35 לכתב התביעה], ועל פי דיווחים באמצעי התקשורת הם הציעו למכור את הדף סטטוסים מצייצים תמורת סך העולה על 10 מיליון ש"ח [כתבה מיום 18.1.2015 ב"גלובס", נספח "11" לתצהיר מר Milner מטעם המערערות].

ב.5. הפרופילים האישיים של המשיבים לא הוסרו משירות פייסבוק

37. על אף ההפרה שביצעו המשיבים, Facebook Ireland לא ביטלה את ההסכם עם המשיבים, ולא מנעה מהם את האפשרות לעשות שימוש בשירות פייסבוק. Facebook Ireland בסך הכל הסירה את הדף סטטוסים מצייצים.

38. למשיבים נותרה גישה מלאה לפרופילים האישיים שלהם [למעט במשך חודש אחד לאחר שהדף סטטוסים מצייצים הוסר, שבמהלכו רק נמנעה מהם האפשרות להעלות פוסטים חדשים (פסק דין, עמ' 12, פסי' לפני אחרונה)]. המשיבים המשיכו להיות משתמשים פעילים בשירות פייסבוק גם לאחר שהדף סטטוסים מצייצים הוסר, ולאורך השנים בהן נוהל ההליך המשפטי בפני בית המשפט קמא. בכל הזמנים הרלוונטיים, למשיבים אף נשמרה האפשרות ליצור דפים אחרים, חדשים (לא-מפרים) בשירות פייסבוק.

² מכל מקום, טענה זו גם נסתרת מהודאת המשיבים בזמן אמת ולא הועלתה בכתב התביעה מטעמים.

ג. תמצית פסק הדין

39. חרף העובדות הנזכרות לעיל, שהוכחו ונקבעו בפסק הדין, בית המשפט קמא הגיע, במפתיע, למסקנה השגויה, לפיה הדף סטטוסים מצייצים הוסר שלא כדין משירות Facebook, תוך שקבע שההפרה של המשיבים את ה-SRR "אינה חמורה במידה שתצדיק את הגזרתה כ'הפרה יסודית' של החוזה" [פסק דין, עמ' 11, פסי אחרונה]. בית המשפט קמא קבע לפיכך, כי על Facebook היה לתת למשיבים הזדמנות לתיקון ההפרה שלהם - לפני הסרת הדף סטטוסים מצייצים.
40. נימוקי בית המשפט קמא לפסק הדין אינם יכולים לעמוד. ההנמקה העומדת ביסוד פסק דינו של בית המשפט קמא התעלמה מכך שההפרה שביצעו המשיבים פגעה בלב החוזה בין הצדדים, ובמקום זאת התמקדה בשני נושאים משניים בחשיבותם, אשר בכל מקרה אינם רלוונטיים לבחינת יסודיות ההפרה:
- 40.1. כי כביכול בהשוואה לכמות המשתמשים העצומה בשירות פייסבוק "התובעים [המשיבים] - הח"מ] הם חסרי משמעות ממשית מבחינת פייסבוק. יחס זה משפיע באופן טבעי על המשמעות הכלכלית של הפרת החוזה על ידי התובעים [המשיבים - הח"מ] [פסק דין, עמ' 12, פסי שניה-חמישית].
- 40.2. כי הסרת הדף סטטוסים מצייצים גרמה כביכול לפגיעה קשה במשיבים "שמפעל חייהם ירד לטימיון", וכי למשיבים נגרם "נזק שנמשך כ-3 שנים בהן העמוד 'סטטוסים מצייצים' אינו פעיל" [פסק דין, עמ' 12, פסי ראשונה ורביעית]. מנגד, בית המשפט קמא מצא, כי הנזק שנגרם ל-Facebook כתוצאה מההפרה "ניתן לפיצוי כספי" [פסק דין, עמ' 12, פסי ראשונה].
41. כך, מטעמים אלו, בית המשפט קמא קבע, כי "ביטול החוזה על ידי פייסבוק, הבא לידי ביטוי בסגירת הדף 'סטטוסים מצייצים', נעשה שלא כדין, שכן הפרת החוזה על ידי התובעים [המשיבים - הח"מ] היתה הפרה 'לא יסודית'" [פסק דין, עמ' 13, פסי ראשונה]. "יהיה על פייסבוק לתת לתובעים [למשיבים - הח"מ] ארכה להסרת ההפרה ורק אם התובעים [המשיבים - הח"מ] לא היו פועלים להסרת ההפרה, פייסבוק הייתה זכאית לסגור את העמוד" [פסק הדין, שם].
- בית המשפט קמא ציין, בהערת אגב, בבחינת למעלה מן הנדרש, כי "בכוחה של Facebook להסיר תכנים מפריס תחת חסימה והסרה מוחלטת וחד-צדדית של דפים, שהיא מידתית פחות" [פסק דין, עמ' 12, פסי שישית].
42. לאור האמור לעיל, בית המשפט קמא הורה למערערות להשיב את הדף סטטוסים מצייצים לשירות פייסבוק.
43. המערערות הגישו בקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין, ואולם, בקשתם נדחתה על ידי בית המשפט קמא³. בעקבות זאת, המערערות השיבו את הדף סטטוסים מצייצים. אף על פי כן, המערערות עומדות על כך שפסק הדין שגוי וכי היתה להן זכות מלאה להסיר את הדף סטטוסים מצייצים משירות פייסבוק.
44. על אף ששגה בקביעתו כי הסרת הדף סטטוסים מצייצים היתה שלא כדין, בית המשפט קמא דחה, בצדק, את כל יתר הטענות ועילות התביעה של המשיבים, אשר לא הוכחו [פסק דין, עמ' 14, פסי שלישית].
45. לבסוף, בית המשפט קמא חייב את Facebook Ireland בתשלום הוצאות בסך 75,000 ש"ח ושכר טרחת עו"ד בסך 150,000 ש"ח [פסק דין עמ' 14, פסי אחרונה].

³ בקשת רשות ערעור שהגישו המערערות על החלטת ביהמ"ש קמא שלא לעכב את ביצוע פסק הדין, נדחתה על ידי בית המשפט הנכבד (רע"א 9844/17).

של עשרות הפרות מסוג זה מצטברת לכדי הפרה יסודית [ראו, למשל, ע"א 262/86 רוט נ' & Deak Co. Inc., פ"ד מה(2) 353, 372 (1991); ע"א 842/79 נס נ' גולדה, פ"ד לו(1) 204, 211 (1981)].

61. המצהיר מטעם Facebook, מר Milner, הסביר את חומרת ההפרה בחקירתו הנגדית (והסברו לא נסתר) [כפי שצוטט בסעיף 127 לסיכומי המערערות]:

"... when we talk about warnings, sometimes we will warn someone, because of a particular post on their page that we've taken down or action we've taken against their page, to restrict some access, and we will then point them towards our pages' terms to say 'you need to get your house in order'. When it comes to something as egregious and as serious as this, we won't warn someone and tell them to sort themselves out..."

62. לסיכום, המשיבים הפרו שוב ושוב את החוזה עם Facebook Ireland, באופן שיטתי ומכוון, המהווה הפרה "יסודית".

ה.1(ב) ההפרות שביצעו המשיבים פגעו באופן חמור בחוויית המשתמש ב-Facebook

63. כתוצאה מההפרות שביצעו המשיבים, מאות אלפי משתמשי פייסבוק שעקבו אחר הדף סטטוסים מצייצים, הוטעו ונחשפו ללא ידיעתם לפרסומות לא מורשות או לתוכן ממומן. משכך, ההפרה שביצעו המשיבים יצרה חוויית משתמש שלילית ופגעה באמון המשתמשים, באותנטיות התוכן הקיים בשירות פייסבוק וביכולתה של Facebook לספק שירות אמין ו"שקוף" למשתמשים [ס' 123 לסיכומי המערערות].

64. בית המשפט קמא שגה בכך שהתעלם מכך שההפרה שביצעו המשיבים גורמת לנוק אמיתי הפוגע בליבו של שירות פייסבוק. משתמשי אינטרנט אינם מעוניינים לראות תוכן מטעה או "ספאם" - משתמשי פייסבוק מצפים שתוכן המתיימר להיות מקורי ואורגני לא יהיה למעשה תוכן ממומן במסווה. אם, כתוצאה מהתנהגותם חסרת תום הלב של המשיבים, משתמשים אינם נותנים אמון בתוכן בשירות פייסבוק, הם צפויים לבחור שלא לעיין בתוכן הרלוונטי או שלא להשתמש בשירות. אכן, חשיפה לתוכן בלתי אמין או מטעה בשירות פייסבוק גורמת בסופו של דבר למשתמשים רבים להפסיק לגלוש באתר, ומכיוון שכך לשלול מ-Facebook ומהמפרסמים בה מעורבות גולשים, שיתוף תכנים וצפיות בפרסומות. דברים אלו עולים מתנאי השימוש של פייסבוק שהוכחו בפני בית המשפט קמא (ר' תנאי הדפים, סעיף IV(D), שצורפו כנספחים 4A, 4B ו-7 לתצהירו של Simon Milner).

65. לפיכך, משתמשים כמו המשיבים, אשר באופן מכוון מסווים פרסומות ממומנות כתוכן אורגני, מכתמים את המוניטין של Facebook ומרתיעים משתמשים מלהשתמש בשירות פייסבוק. אכן, בהתבסס על הודאות המשיבים עצמם, ברור, כי משתמשים רבים מתוך 700,000 העוקבים של הדף סטטוסים מצייצים זעמו על המשיבים על כך שהונו אותם. בית המשפט קמא אף ציטט הודאות אלו בפסק הדין עצמו: **"הכעס של הציבור עלינו נבע מכך שלא יידענו אותו איזה סטטוס הוא ממומן"** [פסק דין, עמ' 10, פס' 2], אולם לא לקח אותן בחשבון כאשר הוציא תחת ידו את פסק הדין.

66. בית המשפט קמא, ככל הנראה, סירב להתחשב בעובדות אלה ולתת להן משקל הואיל ולשיטתו **"ניתן להניח כי הדין בעניין זה שונה ממדינה למדינה"**. אולם, התמקדותו של בית המשפט קמא בשאלה מה קובע הדין הזר בעניין זה, והאם הוא משתנה ממדינה למדינה, הינה מתמיהה ומחמיצה לחלוטין את הנקודה, שכן בית המשפט קמא מתעלם מכך שההפרה שביצעו המשיבים פוגעת בלב ליבו של החוזה בין הצדדים. יתרה מכך, השאלה מה קובע הדין במדינות השונות, אינה מפחיתה מההודאה של

המשיבים שמעשיהם פגעו במשתמשים, ואינה גורעת מהאינטרס של Facebook לוודא שלא יהיו פרסומות של צדדים שלישיים ללא אישור שלה מראש, כפי שקבוע במפורש ב-SRR.

67. מבלי לגרוע מהאמור, בית המשפט קמא שגה שגיאה בולטת נוספת, כאשר התעלם מהעובדה שבהתאם לדין הישראלי - סעיף 7(ג)1 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 - רואים פרסומת כ"פרסומת מטעה", אף אם תוכנה אינו מטעה, אם היא עלולה להביא אדם סביר להניח כי האמור בה אינו פרסומת.

68. במילים אחרות, לא רק שמעשי המשיבים מהווים הפרה של ה-SRR, הם מהווים גם הפרות של דיני הגנת הצרכן המקומיים. על בית המשפט הנכבד לשקול את העובדה כי התנהלות המפרה לא רק את החוזה בין הצדדים אלא גם את החוק, בוודאי עולה כדי הפרה "יסודית".

69. יתרה מזאת, בניגוד לקביעתו של בית המשפט קמא, הפגיעה שנגרמה למשתמשים שנחשפו למודעות הפרסום המטעות של המשיבים היא בלתי הפיכה ובלתי ניתנת לתיקון. Facebook אינה יכולה להשיב בדיעבד את אמון המשתמשים באותנטיות התוכן המתפרסם בשירות פייסבוק, בכך שתסיר פרסומות סמויות חודשים או שנים לאחר פרסומן. לפיכך, בית המשפט קמא שגה בקביעתו לפיה הסרת הפרסומות המפרות מדף סטטוסים מצייצים על ידי המשיבים **חודשים רבים או אפילו שנים לאחר שפורסמו**, תהווה "תיקון ההפרה" [ר', למשל, א' זמיר, עקרון ההתאמה בקיום חוזים 323-322 (תש"ן)].

70. במובן זה, מאחר שההפרה אינה ניתנת לתיקון, לא היה כל טעם ש-Facebook תיתן למשיבים הזדמנות לתקן את ההפרה לפי סעיף 7(ב) לחוק החוזים תרופות. למעשה, העיקרון העומד בבסיס מתן ארכה סבירה לצד המפר לקיום החוזה, בטרם ביטולו, רלוונטי רק כאשר הארכה מאפשרת לעשות מעשה תיקון [ר', למשל, ע"א 380/77 יהושע נ' ישר, פ"ד לג(2) 103, 105-106 (1979)]. כאן, ההפרה שביצעו המשיבים הינה בלתי ניתנת לתיקון.

71. בנוסף, המקרה דגן מציג קושי נוסף ביכולת "לתקן" את ההפרה. ההפרה של המשיבים כללה מאפיינים של מרמה - תוכן פרסומי המוסווה כתוכן של משתמשים. לאור אופייה "המוסווה" של ההפרה, קיים סיכון אינהרנטי ש-Facebook לא תוכל לוודא שכל התוכן הלא חוקי אכן הוסר ושההפרה תוקנה במלואה. בנוסף, מאחר שהמשיבים הראו נטייה ברורה לרמות - הן באופן בו הם הציגו תכנים למשתמשים והן באופן בו הם הציגו את טענותיהם לבית המשפט (לרבות הטענה הכוזבת כאילו Facebook נתנה להם אישור לפרסם תכנים מסוג זה) - קיים חשש גבוה, שההפרה למעשה לעולם לא תתוקן במלואה, או, לכל הפחות, שלא ניתן יהיה לוודא זאת.

ה.1(ג) ההפרה שביצעו המשיבים פוגעת ביכולתה של Facebook לספק למשתמשיה שירות ללא עלות

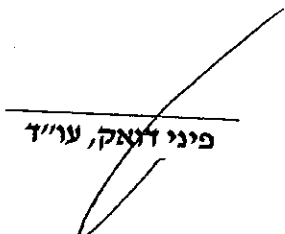
72. ההפרה שביצעו המשיבים היא "יסודית" מאחר שהיא חותרת תחת המודל העסקי של המערערות. Facebook Ireland מציעה פלטפורמה חינמית למשתמשיה ומפיקה הכנסות ממכירת פרסומות. מסיבה זו, Facebook Ireland יצרה תנאים ספציפיים המתייחסים לתוכן ממומן, וקיים הגיון ברור העומד בבסיס המדיניות של Facebook, האוסרת על משתמשים לפרסם פרסומות של צדדים שלישיים בדפים ללא אישור מראש.

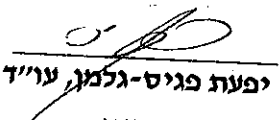
73. אף על פי כן, בית המשפט קמא דחה נימוק זה וקבע, כי "פייסבוק לא הוכיחה ולו לכאורה, שהפרת החוזה של התובעים פוגעת או פגעה באפשרות שלה להמשיך ולספק 'שירות חינמי' למשתמשים" [פסק דין, עמ' 12, פס' 4]. בהקשר זה פסק בית המשפט קמא, כי "ביחס לכמות המשתמשים העצומה התובעים [המשיבים - הח"מ] הם חסרי משמעות ממשית מבחינת פייסבוק. יחס זה משפיע באופן טבעי על המשמעות הכלכלית של הפרת החוזה על ידי התובעים."

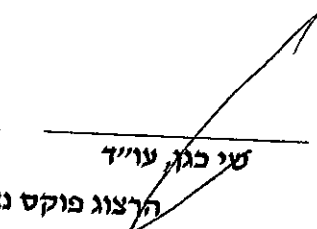
90. סכומי ההוצאות ושכר הטרחה שנפסקו אינם עולים בקנה אחד עם האמור לעיל, ויש מקום לבטלם, או למצער להפחיתם משמעותית, וזאת אף ללא תלות בפסיקת בית המשפט הנכבד באשר ליתר הטענות המועלות במסגרת ערעור זה.

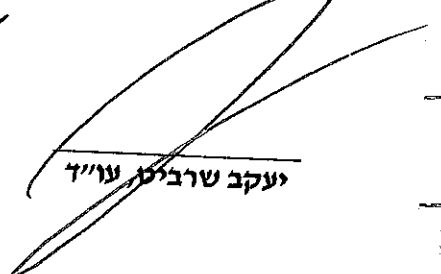
חלק III - סוף דבר

91. על יסוד האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לבטל את פסק הדין, להורות על ביטול צו העשה ולדחות את התביעה במלואה.
92. כמו-כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להשית על המשיבים את הוצאות המערערות בגין ערעור זה, ובגין ההליך שהתקיים בפני בית המשפט קמא, לרבות שכר טרחת עו"ד.


 פני דואק, עו"ד


 יפעת פגיס-גלמן, עו"ד


 אבי כגן, עו"ד


 יעקב שרביט, עו"ד

הרצוג פוקס נאמן, עורכי-דין
 ב"כ המערערות

היום: 28.1.2018.