

12 באפריל 2021.

קרן אביב

בענין:

נושאת תעודת זהות מספר 025270026
מרחוב ד"ר נח קפלינסקי 8, חולון 5880837

על ידי באי-כוחה גיל רון, קינן ושות', עורכי-דין
בית לסין, רחוב ויצמן 32, תל-אביב 6209105
מס' טל': 03-6967676; מס' פקס': 03-6967673

המבקשת

- נ ג ד -

Facebook Inc.

חברה ציבורית הרשומה במדינת דלאוור שבארצות הברית,
אשר כתובתה -

1601 Amphitheatre Parkway, Mountain View
California, 94043, Unites States

כתובת דואר אלקטרוני לצורך מסירת כתבי טענות בישראל -
israellegalprocess@fb.com

המשיבה

בקשה לאישור תובענה ייצוגית

בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006

בית המשפט הנכבד מתבקש כדלקמן:

- א. לאשר למבקשת להגיש תובענה ייצוגית נגד המשיבה, Facebook Inc., בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות); נוסח התובענה מצורף לבקשה זו כנספח 1;
- ב. לקבוע, בהתאם לסעיפים 10 ו-14(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, כי התובענה תוגש בשם כל המשתמשים הרשומים של הרשת החברתית פייסבוק שבניהול המשיבה, אשר המשיבה עשתה שימוש בשם, בכינויים או בתמונתם לצורך קידום פרסומות של אחרים, ואשר לא נתנו למשיבה הסכמה לשימוש כאמור בדרך של הבעה אקטיבית (להבדיל מהותרת הגדרות ברירת המחדל במערכת של המשיבה על כן); כל זאת ביחס לשימוש לצרכי פרסום כאמור שנעשה החל מיום 14 ביולי 2018, ועד הגשת התובענה לאחר אישורה; לחלופין בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע הגדרה אחרת לקבוצה;
- ג. לקבוע, בהתאם לסעיף 14(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, כי המבקשת תהיה התובעת הייצוגית, וכי באי-כוחה החתומים על בקשה זו יהיו באי-הכוח המייצגים;
- ד. לקבוע, בהתאם לסעיף 14(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות, כי המעשים המתוארים בבקשה זו מקימים לחברי הקבוצה עילות תביעה בגין פגיעה בפרטיות, לפי סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות); התעשרות שלא על פי זכות שבדין, לפי סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר ולא במשפט); קיפוח לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחדים, תשמ"ג-1982 (להלן: חוק החוזים האחדים); הפרת חוזה לפי סעיף 2 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, וכל עילה אחרת העולה מן העובדות שמופיעות בבקשה זו;
- ה. לקבוע, בהתאם לסעיף 14(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות, כי אלה יהיו הסעדים בתובענה הייצוגית:
- (1) הטלת איסור על המשיבה לעשות שימוש בשם, בתמונה ובכינוי של המשתמשים לצורך הפצה וקידום של פרסומות, אלא לפי הסכמה שתניתן בדרך של הבעה אקטיבית (להבדיל מהותרת הגדרות ברירת המחדל במערכת של המשיבה על כן);
 - (2) פיצוי חברי הקבוצה בגין הנזק שנגרם להם עקב שימוש שנעשה בשם, בכינוי או בתמונה שלהם לצורך פרסומות של אחרים, ללא הסכמה מדעת, לרבות בגין פגיעה באוטונומיה ותחושות שליליות;
 - (3) השבה לחברי הקבוצה של כל רווח שהמשיבה הפיקה משימוש בשם, בכינוי או בתמונה של חברי הקבוצה לצורך פרסומות של אחרים;
 - (4) ביטול כל תנאי בהסכם המתיר למשיבה לעשות שימוש בשם, בכינוי או בתמונה של המשתמשים לצורך קידום פרסומות ללא הסכמה מדעת (שחייבת להינתן בדרך של הבעה אקטיבית);
 - (5) מינוי ממונה, שיפקח על ביצוע פסק הדין; וכן -
 - (6) כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, בהתאם לסעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות;
- ו. להורות, בהתאם לסעיף 25 לחוק תובענות ייצוגיות, כי ההחלטה בבקשה זו תפורסם באופן שייקבע על ידי בית המשפט הנכבד, לרבות פרסום בולט באתר המשיבה, משלוח הודעה אישית לחברי הקבוצה באמצעות חשבונם אצל המשיבה ובאמצעות כתובת הדואר האלקטרוני הרשומה אצל המשיבה וכן פרסום בעיתונות, ולהוסיף ולהורות כי המשיבה תישא בעלות הפרסום וההודעות;
- ז. לאשר, בהתאם לסעיף 13 לחוק תובענות ייצוגיות, את התובענה כתובענה ייצוגית, בנוסח המוצע או בכל שינוי עליו בית המשפט הנכבד יחליט, הכל כפי שיראה בעיני בית המשפט הנכבד ראוי לשם הבטחת ניהול הוגן ויעיל של התובענה הייצוגית; וכן
- ח. לחייב את המשיבה בהוצאות ובשכר טרחת עורכי הדין.

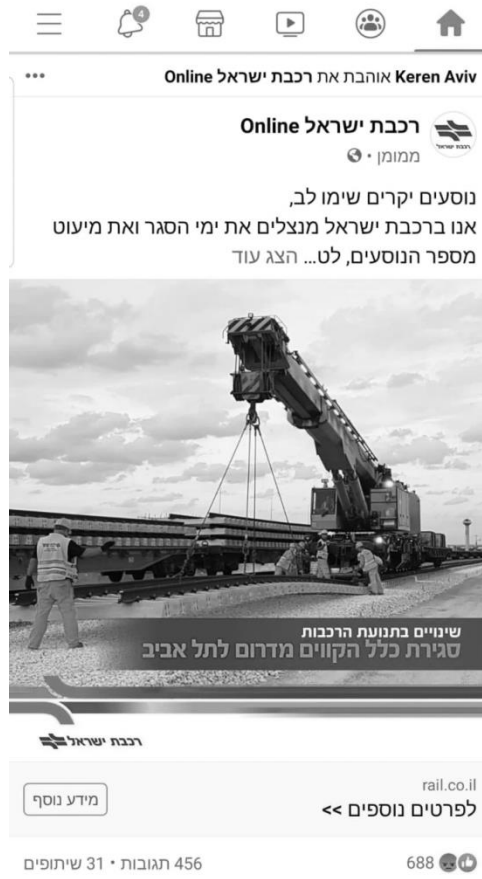
חלק ראשון - מבוא

1. המשיבה מחזיקה ברשת החברתית המקוונת פייסבוק (Facebook). הרשת החברתית משמשת כפלטפורמה לתקשורת בין משתמשים פרטיים, משתמשים עסקיים, ארגונים ומוסדות ברחבי העולם. זוהי הרשת החברתית המובילה בעולם.
2. המשתמשים ברשת הפייסבוק יכולים לבצע פעולות שונות, כמו פרסום הודעות, פרסום מחדש של הודעות שפרסמו אחרים, סימון הודעה של אחרים כאהובה (פעולה המכונה like), ועוד. משתמשים רבים מעוניינים כי חבריהם ברשת יידעו שהם אוהבים הודעה מסוימת.
3. נוסף על האינטראקציה החברתית, משמשת רשת פייסבוק כפלטפורמה לפרסום מסחרי. המשיבה משתמשת בשם של המשתמשים, כינויים ותמונתם לצורך קידום מודעות ממומנות. אם משתמש מסמן דף או הודעה של מפרסם כאהובים, המשיבה לעיתים מציגה לחבריו מודעות של אותו מפרסם, לרבות מודעות אותן המשתמש לא סימן, וכותבת מעליהן כי המשתמש "אוהב את" המפרסם.
4. המשיבה מרשה לעצמה לנהוג כך, גם אם חלף זמן רב מאז שהמשתמש ציין שהוא אוהב את המפרסם או את המודעה שלו. במקרים רבים אין קשר בין הפרסום המקורי שהמשתמש אהב, וזה ששמו מוצמד לו.
5. נציג לדוגמה מקרה קיצוני. רכבת ישראל מפרסמת מודעה כלשהי, ומשתמשת בשם קרן מסמנת את ההודעה כאהובה. בחלוף שנים רכבת ישראל מבקשת להודיע על שינויים בתנועת הרכבות וסגירת קווים. קרן איננה מודעת לכך. אולם, הרשת החברתית תציג, בפני החברים של קרן, את ההודעה החדשה על סגירת הקווים, ובראש ההודעה תציין – "קרן אוהבת את רכבת ישראל". כך המשיבה נוהגת לעשות, גם אם המשתמשת קרן איננה מודעת כלל לסגירת הקווים, וודאי שאיננה אוהבת זאת. כך המשיבה נוהגת לעשות, אף אם קרן מעולם לא סימנה שהיא אוהבת את רכבת ישראל, אלא רק סימנה הודעה אחת ספציפית של רכבת ישראל שאיננה קשורה לשינויים בתנועת הרכבות, בעבר הרחוק, כאהובה.
6. אין זה מקרה דמיוני. כך קרה למבקשת, גברת קרן אביב. כך נעשה לחברי הקבוצה האחרים כל העת.
7. לפי חוק הגנת הפרטיות, רואים שימוש בשם של אדם, בכינויו או בתמונתו לשם רווח, כפגיעה בפרטיות. לשם שימוש כזה נדרשת "הסכמה מדעת, במפורש או מכללא". כדי לתת הסכמה מדעת, על המשתמשים לדעת כי המשיבה מתכוונת לעשות שימוש בשם כדי לקדם פרסומות לחברים ברשת שלהם, תמורת תשלום, ולהסכים לשימוש זה.
8. המחוקק הישראלי נתן דעתו לפגיעה בפרטיות באמצעות מערכות אינטרנטיות מתקדמות. בקשר לכך שונתה ההגדרה של "הסכמה" בחוק הגנת הפרטיות, כך שנדרשת הסכמה מדעת לפגיעה בפרטיות. בדברי ההסבר להצעת החוק צוין כי "הצורך להבהיר שההסכמה חייבת להיות מדעת, מקבל משנה תוקף בעידן האינטרנט, כאשר הסכמי הויתור על הפרטיות לעתים אינם גלויים כלל לעין האדם אשר פרטיותו נפגעת".
9. המשיבה עושה שימוש בשמות המשתמשים ללא הסכמה מדעת. בשעת פתיחת החשבון, המשיבה איננה מציגה את תנאי ההתקשרות. היא מגדירה כברירת מחדל כי המשתמש מעוניין שהמשיבה תעשה שימוש בשמו לצרכי פרסום. רק לאחר פתיחת החשבון, המשתמש יכול לאתר בהגדרות הסוכות אפשרות לקבוע שלא יעשה שימוש בשמו לצרכי פרסום, גם זאת בקושי רב. לצורך זה המשתמש נדרש לגשת למסמכים רבים, סבוכים וקשים. המשתמשים אף אינם לא יכולים להבין מתנאי ההתקשרות כי המשיבה רשאית לעשות שימוש בשם לצורך קידום פרסומות שהם מעולם לא ראו, בחלוף שנים רבות.
10. נוכח כל אלה, לא מתגבשת הסכמה, לא כל שכן הסכמה מדעת, של המשתמשים, לשימוש בשם, כינויים ותמונתם לשם רווח. התוצאה ברורה. המשיבה פוגעת בפרטיות חברי הקבוצה, ומתעשרת על חשבונם.

חלק שני- המשיבה עושה שימוש בשם של המשתמשים, כינויים ותמונתם למטרות רווח

11. המשיבה, חברת פייסבוק העולמית, מפעילה את הרשת החברתית הגדולה בעולם. שירותי הרשת מוצעים וזמינים למשתמשים באמצעות מחשבים אישיים, טלפונים חכמים, לוחות מחשב (טאבלט), ומכשירים נוספים. לפי דיווחים של המשיבה, יותר משניים וחצי מיליארד משתמשים פועלים בחשבון הפייסבוק לפחות פעם בחודש. נוסף על כך, בבעלות המשיבה הרשת החברתית אינסטגרם (Instagram) ותוכנת המסרים המיידיים וואטסאפ (Whatsapp).
- סיכום דוח המשיבה לרבעון השלישי של שנת 2020 מצורף לבקשה זו כנספח 2.
12. עד יום 14 ביולי 2018 משתמשים ברשת פייסבוק בישראל קיבלו את השירות מחברת Facebook Ireland Ltd, חברת בת של המשיבה. החל ממועד זה המשיבה החלה לספק את השירות למשתמשים הישראלים, והיא קבעה לכך תנאי שירות חדשים. ראו ת"צ (מחוזי תל-אביב) 1393-01-17 נכט נ' Facebook Ireland Ltd, עמוד 3 (פורסם בנבו, 6.8.2020) (להלן: ענין נכט).
13. משתמשים של רשת פייסבוק נעזרים בה לצורך תקשורת עם חברים אחרים ברשת, חלקם רשומים כחברים של המשתמשים, וחלקם לא. כל משתמש מתקשר עם אחרים באמצעות פרסום הודעות חדשות (המכונות "פוסטים"), פרסום מחודש של הודעות שכתבו אחרים, סימון הודעה כאהובה (like), ועוד.
14. משתמש יכול לסמן הודעה של אחרים כאהובה או לשתף בה את חבריו. כאשר משתמש מסמן הודעה כאהובה או משתף בה, הוא יודע כי חבריו ברשת עשויים לקבל הודעה על כך.
15. הפעילות של משתמשים ברשת משרתת את המשיבה. המודל העסקי של המשיבה מבוסס על מתן שירותי פרסום ללקוחות עסקיים. הפרסום מגיע אל המשתמשים בדרכים שונות. ברבעון השלישי של שנת 2020 בלבד, הכנסות המשיבה מפרסום עמדו על יותר מ-21 מיליארד דולר ארה"ב. הכנסה זו מהווה מעל 98% מכלל הכנסות המשיבה (עמוד 1 לדו"ח הרבעון השלישי, נספח 2 לבקשה זו). ככל הנראה, הפרסום בו עוסקת בקשה זו מהווה חלק קטן מאד מהפרסום ברשת.
16. הצגת המודעות למשתמשים מבוססת על פילוח המאפיינים שלהם. הדבר מקנה למשיבה יתרון ענק. מתכונת זו הופכת את רשת הפייסבוק למוקד משיכה ללקוחות עסקיים המעוניינים בפרסום יעיל. הסבר מתוך אתר המשיבה אודות מנגנון הפרסום מצורף לבקשה זו כנספח 3.
17. למשיבה אינטרס להבטיח כי הפרסום יהיה אפקטיבי. ככל הנראה אחד האמצעים לכך הוא שימוש בשם של המשתמשים לצורך קידום פרסומות. לעיתים, כאשר המשיבה מציגה פרסומות ללקוחות הפרטיים, המודעה המוצגת נראית כמודעה שהלקוח רואה בעקבות שיתוף של חבר אחר ברשת החברתית, או בעקבות ציון העובדה שחבר לרשת סימן את המפרסם כאהוב.
- דוגמה למודעה ברשת פייסבוק, שהוצגה למשתמשים בעקבות ציון של חבר שהמפרסם אהוב על ידיו או בעקבות שיתוף של חבר, מצורפת לבקשה זו כנספח 4.

18. המקרה של המבקשת ממחיש את דרך הפעולה. ככל הנראה לפני כעשור המבקשת סימנה כי היא אוהבת מודעה כלשהי של רכבת ישראל או את רכבת ישראל. הדבר לא זכור למבקשת, אך מופיע ברישומים ההיסטוריים שלה שנבדקו לאחרונה. בחלוף כעשר שנים, משתמשים ברשת, הרשומים בה כחברים של המבקשת, נחשפו להודעה זו -



תיעוד שהמבקשת איתרה בדבר סימון שהיא אוהבת את רכבת ישראל, משנת 2011, מצורף לבקשה זו לבקשה זו כנספח 5.

19. כפי שניתן לראות, כותרת המודעה מציינת כי המבקשת, שהיא חברה ברשת של מקבל ההודעה, אוהבת את רכבת ישראל. לצד השם אף מופיעה תמונה של המבקשת. מתחת לכיתוב זה מופיעה מודעה ממומנת של רכבת ישראל, בדבר שינויים בתנועת הרכבות וסגירת קווים. כך נוצר הרושם המוטעה כי המבקשת, ששמה מופיע בראש המודעה, אהבה את המודעה בדבר סגירת הקווים.

20. המשיבה מקבלת תשלום עבור המודעות שהיא מציגה. בכך, המשיבה עושה שימוש בשמו של אדם ובתמונתו לשם רווח. זוהי פגיעה בפרטיות.

21. מעבר לכך, זוהי הצגה מטעה. האדם שתחת שמו מופיעה המודעה, מעולם לא סימן כי הוא אוהב את המודעה. הוא מעולם לא בחר שיציגו בפני חבריו ברשת החברתית את המודעה, וכלל לא היה מעוניין לשתף אותה. המשיבה מרשה לעצמה לעשות שימוש בשמו של המשתמש ובתמונתו, רק משום שבמועד כלשהו בעבר הוא סימן שהוא אוהב מודעה אחרת של אותו מפרסם או את המפרסם.

חלק שלישי - המשתמשים אינם נותנים הסכמה מדעת לשימוש בשם

22. כל אדם המעוניין להתחבר לרשת פייסבוק נדרש לתהליך הרשמה. בפתח התהליך מוצג עמוד הרשמה. בעמוד זה המשתמש מתבקש למסור מידע, ולאחר מסירתו הוא נרשם כחבר. בתהליך ההרשמה הנרשם אינו נחשף לשום מידע ביחס לתנאי ההתקשרות. ממילא לא מוצג כל מידע ביחס לשימוש שהמשיבה מתכוונת לעשות בשם, בכינוי ובתמונה של המשתמש לצורך מסחרי, ולא מתבקשת כל הסכמה לכך.

23. בתחתית עמוד ההרשמה, מצוין כי "בלחיצה על הרשמה, אתה מסכימה לתנאים, למדיניות הנתונים ולמדיניות בנושא קבצי Cookie שלנו. ייתכן שתקבלי/ התראות בהודעת טקסט מאיתנו ותוכלי לבטל את הסכמתך בכל עת".

העתק של עמוד ההרשמה לרשת פייסבוק, מצורף לבקשה זו כנספח 6.

24. בעמוד ההרשמה המשיבה מפנה לשלושה מסמכים, (תנאי השירות, מדיניות הנתונים, וקובצי Cookie וטכנולוגיות אחסון אחרות). לפי המידע שנמסר, שלושת מסמכים אלה אמורים לקבוע את כל החיובים של הצדדים. המשיבה יודעת כי רוב המשתמשים אינם פותחים מסמכים אלה, וממילא אינם בוחנים את תנאי ההתקשרות.

העתק של תנאי השירות מצורף לבקשה זו כנספח 7 (שני המסמכים האחרים אינם רלוונטיים לענייננו).

25. כדי להגיע להסדר הרלוונטי, המשתמש נדרש לקרוא בעיון רב את כל מסמך תנאי השירות. מסמך זה מורכב מארבעה פרקים – "השירותים שאנו מספקים"; "כיצד השירותים שלנו ממומנים"; "ההתחייבות שלך כלפי פייסבוק והקהילה שלנו"; ו-"הוראות נוספות". ההתייחסות לשימוש בשם המשתמשים לצורך קידום פרסומות איננה מופיעה בפרק שעוסק בהגדרות פרטיות, ואף לא בפרק שמסדיר הצגת פרסומות ("כיצד השירותים שלנו ממומנים"). הסדר זה נדחק לפרק בעל שם שאינו שייך לעניין - "ההתחייבות שלך כלפי פייסבוק והקהילה".

26. סעיף 3.3.2 למסמך תנאי השירות קובע כך (ההדגשה במקור) -

"הרשאה לשימוש בשםך, בתמונת הפרופיל שלך ובמידע לגבי הפעולות שלך עם מודעות ותוכן ממומן: אתה נותן לנו הרשאה לשימוש בשםך, בתמונת הפרופיל שלך ובמידע על פעולות שביצעת בפייסבוק בקשר עם או למודעות [כך במקור], להצעות ולתוכן ממומן אחר שאנחנו מציגים במגוון המוצרים שלנו, ללא כל פיצוי לך. לדוגמה, אנחנו עשויים להראות לחבריך שאתה מתעניין באירוע שפורסם או שסימנת לייק בדף שנוצר על ידי מותג ששילם לנו כדי להציג את המודעות שלו בפייסבוק. רק אנשים שקיבלו ממך הרשאה לראות את הפעולות שאתה מבצע בפייסבוק יוכלו לראות מודעות כאמור. אתה יכול לקבל מידע נוסף על הגדרות המודעות וההעדפות שלך."

27. במסמך תנאי השירות לא מוצע למשתמש לבטל את האפשרות לעשות שימוש בשמו כאמור לעיל.

28. אותו סעיף 3.3.2 למסמך תנאי השירות, אשר מתאר את ההיתר שניתן למשיבה לעשות שימוש בשם של המשתמשים, מפנה למסמך "מידע על מודעות פייסבוק". במסמך המידע המשיבה מציגה הסברים על הנתונים המשמשים אותה כדי להציג מודעות, מידע שהיא מקבלת מעוסקים בדבר רשימת הלקוחות שלהם, מידע שהמשיבה אוספת על המשתמשים בזמן הגלישה שלהם באתרים שונים, ומידע שהמשיבה אוספת בדבר מיקום המשתמשים. המסמך אינו מציג מידע נוסף על האופן בו המשיבה עושה שימוש בשם של המשתמשים לצורך פרסום.

העתק של מסמך "מידע על מודעות פייסבוק" מצורף לבקשה זו כנספח 8.

29. המשיבה מקשה על המשתמשים אף יותר בהבנת תנאי ההתקשרות, באמצעות הפניה למסמכים נוספים. לאורך מסמך תנאי השירות מופיעים סימני קישור (links) רבים, אשר מפנים למסמכים נוספים, הכוללים הסדרים שהם חלק מההתקשרות, כגון "כללי הקהילה", "תנאים מסחריים", "מדיניות הפרסום", "תנאי מודעה בשירות עצמי", "מדיניות לגבי דפים, קבוצות ואירועים", "מדיניות פלטפורמת פייסבוק", "תנאים לתשלומי מפתחים", "תנאים לתשלומי קהילה", "מדיניות מסחר", ועוד. משתמש שמעוניין להבין את כל תנאי ההתקשרות חייב לקרוא, נוסף על שלושת המסמכים שזכרים בעמוד ההרשמה, את כל המסמכים האלה. מי שמנסה להבין את תנאי ההתקשרות באמצעות רשת סבוכה זו של מסמכים, אינו מוצא את ידיו ורגליו. המשיבה עושה שימוש בדרך זו כדי להקשות על המשתמשים להבין את תנאי ההתקשרות, ואת הדרכים בהן המשיבה פוגעת בפרטיות שלהם.

העתקי המסמכים המהווים חלק מתנאי ההתקשרות במועד ההרשמה, מצורפים לבקשה זו כנספח 9.

30. המשיבה מציעה דרך פתלתלה לשינוי הגדרות הפרטיות. בחלק הראשון של מסמך תנאי השירות מצויין כי "באפשרותך גם לגשת אל ההגדרות שלך בכל עת כדי לבדוק את בחירת הפרטיות שלך לגבי האופן שבו אנו משתמשים בנתונים שלך". בשעת ההרשמה לא ניתן לראות את הגדרות הפרטיות, ואין דרך לבחור בשום אפשרות. כאשר המשיבה מציינת כי המשתמש יכול לגשת אל ההגדרות כדי לראות את בחירת הפרטיות, הכוונה היא לבחירה שהמשיבה ערכה עבור המשתמש.

31. בהגדרות הפרטיות קיימת הגדרה בשם "אינטראקציות חברתיות", אשר נוגעת לשימוש בשמות המשתמשים. תחת הגדרה זו, שבינה ובין אינטראקציות חברתיות אין דבר, המשיבה מציינת כך –

"אינטראקציות חברתיות הן לייקים, מעקבים, תגובות, שיתופים, שימוש באפליקציות, צ'ק-אין, המלצות ואירועים שהצטרפת אליהם בפייסבוק. אפשר לקבוע אם החברים שלך יכולים לראות את האינטראקציות החברתיות שלך לצד מודעות. לדוגמה, אם סימנת לייק בדף שמפעיל מודעה, ייתכן שנודיע לחברים שלך שסימנת לייק בדף כשהם יראו את המודעה, כך זה יראה." (מתחת לדברים אלה, המשיבה מציגה מודעה לדוגמה).

32. למשתמש ניתנת אפשרות לבטל את ההגדרה, כך שהחברים ברשת לא יוכלו לראות את האינטראקציות של המשתמש עם מפרסמים.

33. איתור האפשרות בהגדרות החשבון קשה. המשתמש נדרש לבצע "בדיקת פרטיות". בדיקת פרטיות מעלה מספר אפשרויות, כגון "מי יכול לראות את מה שאתה משתף", "כיצד לשמור על חשבון מאובטח", "ההעדפות שלך בקשר למודעות בפייסבוק", ועוד. רק אם המשתמש בחר באפשרות "ההעדפות שלך בקשר למודעות בפייסבוק", וגולל לסוף העמוד, הוא יכול למצוא את הגדרת "אינטראקציות חברתיות". שם ניתן לשנות את ההגדרה.

צילום העמודים השונים מהגדרות השימוש בפייסבוק, וההליך הנדרש מהמשתמש לאיתור הגדרת "אינטראקציות חברתיות" ושינויה, מצורפים לבקשה זו כנספח 10.

34. לסיכום, בעת ההרשמה המשיבה איננה מציגה את הדרכים בהן היא פוגעת בפרטיות המשתמש. הוא אינו רואה כל הודעה ביחס לפגיעה בזכויותיו. כדי למצוא את פרטי ההתקשרות המשתמש נדרש להירשם תחת תנאים שפוגעים בפרטיות, ואז לפעול לשנות, באמצעות מסמכים רבים. המשיבה כוללת את הגדרות הפרטיות כחלק מתנאי ההתקשרות על דרך של הפניה, למרות שהמשתמש אינו יכול לראות את הגדרות הפרטיות בשעת ההרשמה. היא מגדילה לעשות, ומגדירה כברירת מחדל היתר לעשות שימוש בשם המשתמש לצורך קידום פרסומות.

35. מעבר לכל אלה, קשה להבין מקריאת ההגדרות כי מדובר בהסכמה לציין את שם המשתמש ותמונתו לצד פרסומת שהוא לא ראה, רק בגלל שהוא בעבר סימן את המפרסם או פרסומת אחרת שלו כאהובים. משתמש שמצליח בדרך כזו או אחרת להבין זאת, ורוצה שהשימוש ייפסק, צריך לבחור אחרת, פעולה אותה ניתן לבצע רק לאחר ההרשמה. פעולה זו קשה וסבוכה.
36. ניתן כמובן לנהוג אחרת. המשיבה צריכה לחייב את המשתמש לבחור באופן אקטיבי אם להתיר שימוש בשמו ותמונתו לצורך קידום פרסומות, אם לאו. לחלופין, המשיבה צריכה להגדיר כברירת מחדל שלא ייעשה שימוש בשם של המשתמש ותמונתו לצורך קידום פרסומות, ולהתיר למשתמש לשנות את ברירת המחדל. המשיבה בחרה בדרך אחרת. היא איננה מביאה לידיעת המשתמש את השימוש בנעשה בשמו ותמונתו. אם הדבר נודע לו, על מנת לשנות זאת, עליו להיכנס להגדרות החשבון, לאתר את ההגדרה הרלוונטית במקום שכלל אינו טבעי לה, ולשנות אותה.

חלק רביעי - המשיבה פוגעת בפרטיות המשתמשים

37. סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות מציין פעולות שרואים בהן פגיעה בפרטיות. סעיף 2(6) קובע כי "שימוש בשם אדם, בכינויו, בתמונתו או בקולו, לשם ריווח" מהווה פגיעה בפרטיות. ברור כי המשיבה עושה שימוש בשמות המשתמשים ותמונותיהם כדי לקדם פרסום תמורת תשלום, כלומר לשם ריווח. זוהי פגיעה בפרטיות.
38. סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות קובע כי "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו". בסעיף 3 לחוק נקבע כי הסכמה - משמעה "הסכמה מדעת, מפורשת או מכללא".
39. הנה, המחוקק קבע במפורש כי לא מספיקה הסכמה רגילה. כדי לפגוע בפרטיות של אדם נדרשת הסכמה מדעת. מדובר, בהכרח, בהסכמה שהאדם מודע לה.
40. דרישת ההסכמה מדעת נקבעה בחוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 9), התשס"ז-2007. הדבר נעשה בעידן האינטרנט, מתוך כוונה להתמודד עם פגיעה בפרטיות מצד מפעילי אתרים ורשתות, אשר מתיימרים להכשיר את הפגיעה בהסתמכות על כך המבוססת על כך שהמשתמשים אינם קוראים את הסכמי ההתקשרות. הדבר מוביל לשימוש בהסכמים ארוכים ומבלבלים, ולהנהגת הגדרות ברירת מחדל המתירות לפגוע בפרטיות המשתמשים. רבים מהמשתמשים אינם מעוניינים בכך, כמעט כולם אינם מודעים לעניין.
41. מחקרים רבים מלמדים שאנשים אינם קוראים חוזים אחידים. הדברים נכונים במיוחד כשמדובר בתנאי השימוש של מערכות הפועלות באינטרנט. ראו OMRI BEN-SHAHAR & CARL E. SCHNEIDER, MORE THAN YOU WANTED TO KNOW: THE FAILURE OF MANDATED DISCLOSURE (2014); Ian Ayres & Alan Schwartz, *The No-Reading Problem in Consumer Law*, 66 STAN. L. REV. 545, 579-95 (2014).
42. בית המשפט העליון עמד על ההשפעה של כללי ברירת מחדל על קבלת החלטות. ברע"א 1954/14 חזני נ' הנגבי, פסקה 4 (פורסם בנבו, 4.8.2014). נקבע כי "מחקרים במדעי ההתנהגות מצאו כי בנסיבות מסוימות נוטים רוב האנשים להימנע מביצוע פעולה אקטיבית המשנה מהמצב הקיים, אף כשעלות השינוי נמוכה והתועלת הטמונה בו גבוהה, וכפועל יוצא מקבלים החלטות לא רציונאליות... בנסיבות מעין אלו, לכלל של ברירת מחדל עשויות להיות השלכות ציבוריות וחברתיות משמעותיות: הכלל שיאומץ למעשה יקבע את התוצאה עבור רוב הפרטים, אף במצבים שבהם הם חפצים בתוצאה שונה".

43. זהו בדיוק מצב הדברים בענייננו. המשיבה יודעת היטב כי מרבית המשתמשים אינם קוראים את תנאי השימוש. למרות זאת, המשיבה מייחסת למשתמשים הסכמה שייעשה שימוש בשמם לצורך קידום פרסום, למרות שחלק גדול מהם מעולם לא הסכים לכך וכלל לא נתן דעתו לעניין. תיקון מס' 9 לחוק הגנת הפרטיות בא להתמודד עם פרקטיקה פסולה כזו. משאומץ התיקון, ברור כי פרקטיקה כזו פסולה.

44. בת"צ (מחוזי מרכז) 22141-03-15 **גרינברג נ' סלקום**, פסקה 52 (פורסם בנבו, 5.3.2020), נדונה תביעה בגין פגיעה בפרטיות, בדרך של שימוש בנתוני מיקום של לקוחות חברת סלקום. לפי הסדר פשרה שהוגש, ביחס להסדרה לעתיד נקבע כי הלקוחות יוכלו להודיע על סירוב שייעשה שימוש בנתוניהם, ולא נדרשה הסכמה אקטיבית. היועץ המשפט לממשלה התנגד לכך. לפי עמדתו, חוק הגנת הפרטיות איננו מאפשר זאת, שכן דרישת ההסכמה מדעת מחייבת הסכמה אקטיבית. היועץ הוסיף והתייחס למחקרים המראים כי אנשים לא נוטים לשנות ברירות מחדל. בשל התנגדות היועץ המשפטי לממשלה, הצדדים שינו את ההסדר וריפאו את הפגם.

45. דרישת ההסכמה מדעת נסמכת במידה רבה על החקיקה האירופאית. בדברי ההסבר להצעת תיקון מס' 9 לחוק הגנת הפרטיות נאמר כך –

"התיקון נועד להבטיח כי ההסכמה הניתנת לפגיעה בפרטיות, תהיה הסכמה מדעת. היינו, שבידי האדם המסכים לפגיעה בפרטיות יהיה המידע, הדרוש לו, באורח סביר, כדי להחליט האם להסכים או לא, והמידע נמסר לו בצורה מובנת. הצורך להבהיר שההסכמה חייבת להיות מדעת, מקבל משנה תוקף בעידן הדיגיטלי, כאשר הסכמי הוויתור על הפרטיות לעתים אינם גלויים כלל לעין האדם אשר פרטיותו נפגעת. גישה דומה ניתן למצוא בדירקטיבה האירופאית לעיבוד מידע אישי ולהעברת מידע בין מדינות Directive 95/46/EC..."

46. דירקטיבה 95/46/EC, אליה מפנים דברי ההסבר, מגדירה הסכמה של מי שאליו מתייחס המידע, כך -

"The data subject's consent shall mean any freely given specific and informed indication of his wishes by which the data subject signifies his agreement to personal data relating to him being processed."

47. עולה מנוסח זה כי הדירקטיבה דורשת הסכמה חופשית, מיודעת וספציפית של אדם לשימוש במידע הפרטי שלו - specific and informed indication. יתרה מכך, כדי להביע הסכמה עליו לפעול באופן אקטיבי, ולסמן את רצונו שכך ייעשה – "signifies his agreement". שימוש בהסכם אינטרנטי אחיד, שקובע ברירת מחדל בדבר שיתוף מידע שיש בו פגיעה בפרטיות, איננה יכולה להיחשב הסכמה מדעת.

48. בחודש מאי 2018 האיחוד האירופאי החליף את דירקטיבה 95/46/EC בתקינה חדשה - General Data Protection Regulation (GDPR). תקינה זו קובעת את התנאים להסכמה מדעת -

"Consent should be given by a clear affirmative act establishing a freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject's agreement to the processing of personal data relating to him or her, such as by a written statement, including by electronic means, or an oral statement. This could include ticking a box when visiting an internet website, choosing technical settings for information society services or another statement or conduct which clearly indicates in this context the data subject's acceptance of the proposed processing of his or her personal data. Silence, pre-ticked boxes or inactivity should not therefore constitute consent. Consent should cover all processing activities carried out for the same purpose or purposes. When the processing has multiple purposes, consent should be given for all of them. If the data subject's consent is to be given following a request by electronic means, the request must be clear, concise and not unnecessarily disruptive to the use of the service for which it is provided."

49. גם התקינה החדשה מורה במפורש שבהסכם אינטרנטי נדרשת הסכמה חופשית, ספציפית, מיודעת וברורה - *freely given, specific, informed and unambiguous indication*. גם תקינה זו דורשת פעולה פוזיטיבית ברורה לציון ההסכמה - *a clear affirmative act*. לא ניתן לראות ברירת מחדל כהסכמה לשיתוף מידע.
50. ניתן ללמוד על משמעות המונח הסכמה מדעת, גם בדרך של היקש מחקיקה ישראלית אחרת. סעיף 13(ב) לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996, קובע כי לשם מתן הסכמה מדעת לטיפול רפואי, החולה נדרש לדעת טרם מתן ההסכמה את כל המידע שדרוש לו באופן סביר כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע. כלומר, כדי לגבש הסכמה מדעת, בשונה מהסכמה רגילה, יש להבטיח כי האדם יודע בפועל את ההסדר לו הוא מסכים, מבין את ההשלכות של ההסכמה, ומגיע למצב שבו הוא שוקל האם להסכים או לא, ובפועל מקבל החלטה. הסכמה כברירת מחדל נוגדת באופן מוחלט את הדרישה של הסכמה מדעת.
51. המסקנה העולה מכך לענייננו ברורה. הסכמה מדעת איננה יכולה להתקבל בדרך של ברירת מחדל, כפי שהמשיבה עושה. המשיבה אף מחביאה את ברירת המחדל בשלל מסמכים והסדרים סבוכים. לא ניתן להסיק הסכמה מדעת מברירת מחדל, שמחבאת בהסדרים סבוכים אשר משתמשים לרוב אינם קוראים.
52. התפישה כי הסכמה מדעת מחייבת ידיעה בפועל אודות הפגיעה בפרטיות, מבוססת היטב גם בספרות. המלומד מיכאל בירנהק מסביר כי "... [ש]משמעותה של ההסכמה מדעת היא שבידי האדם שנתונה לו הזכות לפרטיות (מושא המידע) היה המידע הדרוש לו באורח סביר כדי שיחליט אם להסכים למסירת המידע ולשימושים שיעשו בו, ובכלל זה העברתו לצדדים שלישיים" - ראו מיכאל בירנהק **מרחב פרטי – הזכות לפרטיות בין משפט וטכנולוגיה** 100 (2010) (להלן: **בירנהק מרחב פרטי**).
53. השימוש בברירות מחדל להשגת הסכמה לפגיעה בפרטיות חותרת תחת הדרישה להסכמה מדעת בחוק הגנת הפרטיות. המלומד בירנהק מתייחס לכך (**שם**, בעמוד 105) -

"בררת המחדל המוצעת לאזרח חשובה מאחר שרבים אינם משנים אותה, בין שמדובר בבררת מחדל צרכנית ובין שמדובר בבררת מחדל טכנולוגית. הסיבה לכך היא שרבים אינם מודעים לבררת המחדל, אינם מבינים אותה ואת משמעות השינוי, וחוששים שהמוצר שיקבלו לא יפעל כשורה (למשל כאשר מדובר בשינוי בררת מחדל בתוכנת מחשב) או שהשירות שיקבלו יהיה חסר. שתי האפשרויות הן *opt out* לעומת *opt in*. במצב הראשון בררת המחדל היא שהמידע ייאסף ויעשו בו שימושים ככל שאוסף המידע מפרט, ואדם שמתנגד לכך צריך לבצע פעולה יזומה לשינוי בררת המחדל. הפעולה יכולה להיות פשוטה: סימון X במקום המתאים בטופס. אולם כדי לבצע פעולה אקטיבית פשוטה זו צריך לדעת, לקרוא ולהבין את שכתוב ולפעול. במצב השני בררת המחדל היא שהמידע לא ייאסף אלא אם האדם מסכים שהוא ייאסף. הפעם, סימון ה-X נדרש כדי להסכים לאיסוף המידע. מאחר שרובנו איננו קוראים את הטפסים והחוזים המייגעים ואיננו מבינים אותם, הרי שלצורת הבחירה המופיעה בטופס יש חשיבות מכרעת. במצב של *opt out* האפשרות לשינוי בררת המחדל כלולה בחוזה מפורש, ואז ההסכמה היא מפורשת אולם היא אינה מגעת בהכרח כדי הסכמה מדעת. נוכח תיקון החוק בדרך של הוספת הדרישה 'מדעת' להגדרת ההסכמה, על אוספי המידע לבחון את הדרך שבה הם מיידעים את מושאי המידע. כאשר ההודעה לבעלי המידע מעורפלת, אפשרות הבחירה מוטה לכיוון מסירת מידע (כלומר, *opt out*), ובשים לב לסוג המידע, לסוג העסקה ולהתנהגות הצרכנית האופיינית בעסקאות כאלה, ראוי שבית המשפט יקבע כי ההסכמה לא היתה מדעת, ולפיכך לא הייתה תקפה. משמעותה של קביעה כזו היא כי בהיעדר הגנה החוק הופר".

ראו גם מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" **משפט וממשל** יא 9, 50-53 (2008).

54. השימוש בריבוי מסמכים ובשפה מבלבלת לצד ברירות מחדל, באופן שגורם פגיעה בפרטיות, מוכר מזה זמן רב. פרטיקה זו זכתה בספרות המקצועית לכינוי "דפוסים אפלים" - "Dark Patterns" - ראו Cristoph Bosch et al., *Tales from the Dark Side: Privacy Dark Strategies and Privacy Dark Patterns*, 4 PROCEEDINGS ON PRIVACY ENHANCING TECH. 237 (2016); Arunesh Mathur Et Al., *Dark Patterns at Scale: Findings from a Crawl of 11K Shopping Websites*, 81 PROC. ACM HUM. COMPUT. INTERACT. 3, CSCW (2019) חוקרים מצאו שדפוסים אפלים משפיעים על קבלת ההחלטות, כך שמשתמשים שנחשפים אליהם בוחרים באפשרויות פחות טובות עבורם. ראו Jamie Luguri & Lior Strahilevitz, *Shining a Light on Dark Patterns*, U. OF CHICAGO WORKING PAPER No. 719 (2019).
55. המשמעות לענייננו ברורה. הסכמה שניתנת כברירת מחדל איננה יכולה להיחשב הסכמה מדעת. מערכת הסכמים מסועפת ושפה מבלבלת שוללת את היכולת של המשתמש להבין את ההסדרים באופן מלא, וממילא לתת את הסכמתו לשימוש שהמשיבה עושה בשמו ובתמונתו.
56. לבסוף, גם לאחר קריאת הוראות השימוש, לא ניתן להבין את השימוש שהמשיבה עושה בשמו של המשתמש ובתמונתו. לא עולה מהן כי המשיבה רשאית ליטול הודעת שיתוף או סימון הודעה של מפרסם כאהובה (like), ולראות בכך היתר להציג את שם המשתמש ותמונתו לפרסומות אחרות של אותו מפרסם, ללא הגבלה בזמן.
57. לסיכום חלק זה, המשיבה עושה שימוש בשם של המשתמשים ובתמונתיהם לצורך הפקת רווח. המשתמשים לא נתנו לכך הסכמה מדעת. זוהי פגיעה בפרטיות המשתמשים.

חלק חמישי - התניות המתירות את הפגיעה בפרטיות מהוות תנאי מקפח בחוזה אחיד

58. גם אם היינו מייחסים למשתמשים הסכמה לפגיעה בפרטיות, כשהדבר נעשה כברירת מחדל בחוזה אינטרנטי כמו זה של המשיבה, מדובר בתנאי מקפח בחוזה אחיד. גם מטעם זה אין תוקף להסכמה זו.
59. סעיף 2 לחוק החוזים האחידים מגדיר חוזה אחיד כך – "נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בזהותם". המונח "תנאי" מוגדר כך - "תניה בחוזה אחיד, לרבות תניה המאוזכרת בו וכן כל תניה אחרת שהיא חלק מההתקשרות, ולמעט תניה שספק ולקוח הסכימו עליה במיוחד לצורך חוזה מסויים".
60. מסמכי ההתקשרות של המשיבה (נספחים 6-9 לבקשה זו) נקבעים על ידיה, ומשמשים אותה להתקשרויות עם משתמשים רבים. תנאי ההתקשרות, לרבות הגדרות הפרטיות, הם חלק מהחוזה האחיד.
61. סעיף 3 לחוק החוזים האחידים קובע כי "בית המשפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו – בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות – משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות...".
62. הסדר ברירת המחדל אשר קבוע בהגדרות הפרטיות של המשיבה, מתיימר להתיר למשיבה לעשות שימוש למטרות רווח בשם, בכינוי ובתמונה של המשתמש, ללא תמורה. המשיבה יכולה לקיים את הפעילות שלה ללא הסדר זה, והיא אף מאפשרת למשתמשים לשלול ממנה את האפשרות. לכן ברור כי, בשים לב למכלול תנאי החוזה, ההסדר מקפח את המשתמשים. ברור אף שההסדר מקנה למשיבה יתרון בלתי הוגן – זכות בלתי מוגבלת לנצל את המוניטין של המשתמשים ללא ידיעתם.

63. סעיף 4 לחוק החוזים האחידים קובע רשימה של תנאים, שחזקה עליהם שהם מקפחים. סעיף (6)4 קובע חזקת קיפוח ביחס לתנאי "השולל או המגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין, או המסייג באופן בלתי סביר זכות או תרופה העומדות לו מכוח החוזה, או המתנה אותן במתן הודעה בצורה או תוך זמן בלתי סבירים, או בדרישה בלתי סבירה אחרת".
64. יש לראות בתנאי שירות המתירים למשיבה לפגוע בזכות הפרטיות, תנאי בחוזה אחיד אשר שולל זכות העומדת למשתמשים לפי דין. הרי לפי ההסדר מותר למשיבה לפגוע בפרטיות המשתמשים – לעשות שימוש בשם, כינויים ותמונתם לשם הפקת רווח. יתרה מכך, ככל הנראה המשיבה מייחסת להסדר זה פרשנות נרחבת ופוגענית ביותר, לפיה משסימן משתמש מודעה כאהובה, היא רשאית לעשות שימוש בשמו ותמונתו ביחס למודעה אחרת של אותו מפרסם, גם בחלוף עשר שנים ויותר.
65. נוסף על כך, סעיף (12)4 לחוק החוזים האחידים מורה כי חזקת הקיפוח חלה גם על "תנאי שלפיו נדרש הלקוח לאשר או להצהיר כי קרא את החוזה, או תנאי שבו הלקוח מצהיר על מעשה שעשה, על מודעותו לעניין מסוים, או על עובדה שמתקיימת בעניינו, או מאשר אותו, והכול למעט מידע שהלקוח מסר לספק בחוזה". על כן, התנאי המופיע בעמוד ההרשמה (נספח 6 לבקשה זו), לפיו "בלחיצה על הרשמה, את/ה מסכים/מסכימה לתנאים, למדיניות הנתונים ולמדיניות בנושא קבצי Cookie שלנו" גם הוא מקפח. פסילת התנאי בעמוד ההרשמה שוללת כל טענה כי המשתמשים מודעים להגדרות הפרטיות והסכימו להן.
66. חזקה זו ברורה. העובדה שהמשתמשים נרשמו לרשת החברתית של המשיבה, איננה יכולה לשמש ראיה לכך שהם קראו את ההסכמים, הבינו את תוכנם ומסכימים לכל תנאיהם. המחוקק קבע הנחה הפוכה. צרכנים אינם קוראים חוזים אחידים. הדברים נכונים ביחס לכל הסכמה, ורלוונטיים במיוחד כאשר נדרשת הסכמה מדעת. ברור שהסכמה מדעת מחייבת מודעות למה שהאדם מסכים לו. ודאי שלא ניתן להסיק הסכמה כזו מחוזה אחיד שהמשתמשים אינם קוראים.
67. לסיכום חלק זה, תניה שמתירה למשיבה לעשות שימוש בשם, בכינוי ובתמונה של משתמשים לצרכים מסחריים, וכן תניה שקובעת כי המשתמשים קראו את כל מסמכי ההתקשרות והסכימו להם, מהוות תנאים מקפחים בחוזה אחיד.

חלק שישי – לחברי הקבוצה עילות תביעה מצויינות

68. המעשים שתוארו מקימים לחברי הקבוצה שלל עילות תביעה מצויינות.
69. בראש ובראשונה, חברי הקבוצה מחזיקים בעילת תביעה בגין פגיעה בפרטיות.
70. סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות קובע רשימה של פעולות המהוות פגיעה בפרטיות. כאמור, רואים "שימוש בשם של אדם, בכינויו, בתמונתו, או בקולו, לשם ריווח", כפגיעה בפרטיות - סעיף (6)2 לחוק.
71. סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות קובע כי "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו". כפי שהמבקשת הראתה, המשתמשים אינם נותנים הסכמה לשימוש בשםם ובתמונתם לצורך פרסום, וודאי שלא הסכמה מדעת. עולה מכך כי המשיבה פוגעת בפרטיותם בניגוד לדין.
72. סעיף 4 לחוק הגנת הפרטיות קובע כי "פגיעה בפרטיות היא עוולה אזרחית, והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש], יחולו עליה בכפוף להוראות חוק זה".
73. לזכות לפרטיות מעמד חוקתי במשפט הישראלי. סעיף 7(א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו". בית המשפט העליון קבע כי "הזכות לפרטיות היא מהחשובות שבזכויות האדם בישראל" – בג"ץ 6650/04 פלוני נ' בית הדין הרבני האיזורי בנתניה, פ"ד סא(1) 581, 586 (2006).

74. בע"א 8483/02 **אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד**, פ"ד נח(4) 314, 346-347 (2004) (להלן: ענין **אלוניאל**), בית המשפט העליון דן באינטרס המוגן תחת סעיף 62(6) לחוק הגנת הפרטיות, וקבע כי "עניינה של הזכות לפרטיות הוא אפוא באינטרס האישי של האדם בפיתוח האוטונומיה שלו, במנוחת נפשו, בזכותו להיות עם עצמו ובזכותו לכבוד ולחירות". דיני הפרטיות מגנים על הזכות של אדם, כך ששמו לא ייקשר למוצר או שירות, באופן שמקנה רווח לגורם אחר.
75. חברי הקבוצה מחזיקים גם בעילת תביעה בגין התעשרות שלא על פי זכות שבדין, לפי סעיף 1(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט. הוראת חוק זו קובעת כי "מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה".
76. המשיבה עושה שימוש בשם של חברי הקבוצה ובתמונותיהם לצורך קידום פרסומות, בלי שהם נתנו לכך הסכמה מדעת. על כן, השימוש שהחברה עושה בשם, כינוי או תמונה של המשתמשים – נכס אשר שייך למשתמשים – נעשה שלא על פי זכות שבדין. המשיבה מקבלת תשלום מהמפרסמים עבור השימוש שהיא עושה בשמות המשתמשים ותמונותיהם. שימוש זה מניב למשיבה רווחים עצומים.
77. מלומדים בחנו את היחס בין האיסור שבדיני הגנת הפרטיות לעשות שימוש בשמו של אדם ותמונתו, לבין עילת תביעה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. הם מסבירים כי "עילה זו מהווה למעשה הכרה בכך שדמות האדם היא בגדר קניינו וממילא פותח הדבר, במקרה המתאים, את השער לתביעה בגין התעשרות על חשבון בעל הזכות. שאלת קיום הנזק או היעדרו אינה רלוונטית בתביעה זו. התובע זכאי לסעד לפי החוק אפילו הפיק תועלת מן הפרסום, שעשוי להיות אוהד ולהאדיר את שמו" - דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור **דיני עשיית עושר ולא במשפט** א 520-525 (מהדורה שלישית, 2015) (להלן: פרידמן ושפירא בר-אור **עשיית עושר**). ואכן, בת"א (שלום ירושלים) 90/11049 **רופ נ' "און" הנדסה מיזוג אור (1973) בע"מ, פ"מ תשנ"ד(4) 500, 524 (1995)**, נקבע כי האיסור הקבוע בסעיף 62(6) לחוק הגנת הפרטיות מקנה לנפגע זכות תביעה בגין ההתעשרות שנבעה מהשימוש בשמו ובדמותו.
78. חברי הקבוצה אוחזים בעילת תביעה בגין עשיית עושר ולא במשפט, אף במנותק מהאיסור שקבוע בסעיף 62(6) לחוק הגנת הפרטיות. בענין **אלוניאל** נקבע כי "העושה שימוש לא מורשה בדמותו, בשמו או בקולו של האדם מתעשר ולא במשפט, לפיכך הוא מחויב להשיב את הזכיה – את ערך השימוש בזכות לפרסום. ודוק, משמעם של דברים אלה הוא כי המפר את זכות הפרסום של אחר יחוב בהשבה בין שהפיק מהפרסום המפר תועלת מסחרית-כספית ובין שלא. בכל מקרה של הפרה מפיק המפר רווח מעצם הגדרת השימוש המפר, וכל עוד יש ערך לזכות הפרסום של האדם בדמותו נעשה השימוש. הרווח מבטא את החיסכון שבאי-תשלום דמי השימוש" (עמוד 364). ראו גם פרידמן ושפירא בר-אור **עשיית עושר**, בעמ' 524-525.
79. הדיון בנטילת שם אדם ותמונתו לצורך פרסום קשור לרוב לידוענים, אשר המוניטין שלהם מקנה ערך כלכלי להצמדת שמם למוצרים ושירותים. חברי הקבוצה נמצאים במצב מאוד דומה. הפרסומים בהם עוסקת התביעה מוצגים למשתמשים שהם חבריהם ברשת. בקרב קבוצה זו, זיהוי חבר הקבוצה עם מוצר, שירות או מפרסם, משמעותי לא פחות מחסות של ידוען. החברים של חבר הקבוצה לרוב מכירים אותו באופן אישי, ולכן עשויים להיות מושפעים מההמלצות שלו, אף יותר מאשר השפעה מידוענים. במובן זה, עבור חבריו לרשת החברתית, חבר הקבוצה אשר נעשה שימוש בשמו ותמונתו, כמוהו כידוען לכל דבר, ואף יותר מכך. השימוש בשם ובתמונה שלו נושא ערך כלכלי משמעותי.
80. כפי שהראינו, חברי הקבוצה מחזיקים בעילת תביעה מצויינת בגין קיפוח בחוזה אחיד.

81. חברי הקבוצה אף מחזיקים בעילה בגין הפרת חוזה. המשיבה עושה שימוש בשם של המשתמשים ותמונתם לצד מודעות שהם לא ראו, וממילא לא סימנו כאהובות. סעיף 3.2.2 למסמך תנאי ההתקשרות (נספח 7 לבקשה זו) מורה כי "אתה נותן לנו הרשאה לשימוש בשםך, בתמונת הפרופיל שלך ובמידע על פעולות שביצעת בפייסבוק בקשר עם או למודעות [כך במקור], להצעות ולתוכן ממומן אחר שאנחנו מציגים במגוון המוצרים שלנו, ללא כל פיצוי לך. לדוגמה, אנחנו עשויים להראות לחבריך שאתה מתעניין באירוע שפורסם או שסימנת לייק בדף שנוצר על ידי מותג ששילם לנו כדי להציג את המודעות שלו בפייסבוק. רק אנשים שקיבלו ממך הרשאה לראות את הפעולות שאתה מבצע בפייסבוק יוכלו לראות מודעות כאמור".
82. משתמש סביר יכול להבין מהוראה זו כי המשיבה יכולה ליידיע את חבריו שהוא סימן מודעה או דף של מפרסם כאהובים ("סימן like"). עוד הוא יכול להבין כי במקרה זה חבריו יכולים לקבל הודעה על כך שהוא אוהב את המודעה או הדף. לפי נוסח זה, בגין פעולות אלה המשתמש אינו זכאי לתשלום מהמשיבה. לא ניתן להבין מכך ששם המשתמש יוצמד לפרסומת שהוא לא התייחס אליה, ואף לא ראה אותה מעולם, רק משום שבעבר הוא סימן שהוא אוהב מודעה אחרת או את הדף של אותו מפרסם. אף לא ניתן להבין מכך שהדבר יכול להיעשות שנים רבות לאחר שהמשתמש סימן שהוא אוהב את המפרסם או הודעה שלו.
83. אפילו אם הפרשנות המרחיבה של המשיבה אפשרית, סעיף 25(ב1) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 קובע כי "חוזה הניתן לפירושים שונים והיתה לאחד הצדדים לחוזה עדיפות בעיצוב תנאיו, פירוש נגדו עדיף על פירוש לטובתו".
84. על כן, פעולות המשיבה נעשות תוך הפרה של הסכם ההתקשרות עם המבקשים.
85. לסיכום חלק זה, חברי הקבוצה מחזיקים בעילות תביעה מצוינות – פגיעה בפרטיות, עשיית עושר ולא במשפט, קיפוח בחוזה אחיד והפרת חוזה.

חלק שביעי – הסעדים בתביעה הייצוגית

86. עילות התביעה מזכות את חברי הקבוצה בסעדים הבאים:
- 86.1 הטלת איסור על המשיבה לעשות שימוש בשם, בתמונה ובכינוי של המשתמשים לצורך הפצה וקידום של פרסומות, אלא לפי הסכמה שתניתן בדרך של הבעה אקטיבית (להבדיל מהותרת הגדרות ברירת המחדל במערכת של המשיבה על כנף);
- 86.2 פיצוי חברי הקבוצה בגין הנזק שנגרם להם עקב שימוש שנעשה בשם, בכינוי או בתמונה שלהם לצורך פרסומת של אחרים, ללא הסכמה מדעת, לרבות בגין פגיעה באוטונומיה ותחושות שליליות;
- 86.3 השבת לכל חרי הקבוצה של כל רווח שהמשיבה הפיקה משימוש בשם, בכינוי או בתמונה של חברי הקבוצה לצורך פרסומת של אחרים;
- 86.4 ביטול כל תנאי בהסכם המתיר למשיבה לעשות שימוש בשם, בכינוי או בתמונה של המשתמשים לצורך קידום פרסומת ללא הסכמה (שתניתן בדרך של הבעה אקטיבית);
- 86.5 מינוי ממונה, שיפקח על ביצוע פסק הדין; וכן-
- 86.6 כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, בהתאם לסעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות.

87. הסעד הצופה פני עתיד, הטלת איסור על המשיבה להמשיך בפרקטיקה שפוגעת בפרטיות, הוא בבחינת המובן מאליו. ציבור אשר זכותו לפרטיות נפגעת, כעניין שיטתי וקבוע, זכאי להפסיק את הפגיעה.
88. כל פגיעה בפרטיות טומנת בחובה נזק. כתוצאה מהשימוש בשם ובתמונה של חברי הקבוצה לצורך פרסום, נגרם לחברי הקבוצה נזק לא ממוני. מדובר בעוגמת נפש ותחושות שליליות אחרות, שנובעות מהידיעה של המשתמשים כי המשיבה עשתה שימוש בשמם ובתמונתם לצרכים מסחריים (ענין **אלוניאל**, פסקה 34 לחוות הדעת של השופט ריבלין). בית המשפט העליון קבע כי כאשר פעולה של עוסק גרמה לנזק לא ממוני לקבוצה רחבה של צרכנים, ניתן לתבוע פיצוי בגין נזקים אלה בתביעה ייצוגית. ראו ע"א 10085/08 **תנובה נ' ראבי**, פסקה 40 לחוות הדעת של השופטת חיות (פורסם בנבו, 4.12.2011) (להלן: **עניין תנובה**); ע"א 8037/06 **ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ**, פ"ד סז(1) 410, 451 (2014); וע"א 534/17 **לפיד נ' סלקום ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 6.3.2019).
89. חברי הקבוצה זכאים לפיצוי גם בגין פגיעה באוטונומיה. בע"א 2781/93 **דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה**, פ"ד נג(4) 526, 574-589 (1999), בית המשפט העליון קבע כי כאשר נדרשת הסכמה, ביצוע פעולה ללא קבלת ההסכמה מזכה בפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה, כלומר בגין שלילת זכות הבחירה. בענין **תנובה**, פסקה 40, נקבע כי סעד זה מתאים לתביעה ייצוגית. הפגיעה באוטונומיה עצמתית במיוחד, במקרים בהם נדרשת הסכמה מדעת. דרישה זו נועדה להגן על האוטונומיה של הפרט, ולוודא כי בחירותיו מודעות. בהכרח, פגיעה בפרטיות בנסיבות אלה חמורה במיוחד. הדבר צריך לקבל ביטוי בסכום הפיצוי שייקבע.
90. כפי שהראינו, המשיבה מתעשרת על חשבון חברי הקבוצה, וחייבת להשיב להם את זכייתה. לא ניתן להשיב בעין את השימוש שהמשיבה עשתה בשמות המשתמשים ותמונותיהם. לכן עומדת לחברי הקבוצה זכות להשבת שווי השימוש. בעניינו, קל לקבוע שווי זה. מדובר, לכל הפחות, בתשלום שהמשיבה מקבלת ממפרסמים, ממש בגין אותן פרסומות בהן נעשה שימוש בשמות חברי הקבוצה.
91. בע"א 19/83 **שלמה כרמל בע"מ נ' בריח חברה ליצור בע"מ**, פ"ד לט(4) 522 (1983), בית המשפט העליון קבע כי תחת עילה של עשיית עושר לא נדרש להוכיח נזק, אלא יש להראות את ההתעשרות שצמחה לזוכה. במקרה זה ברור שהמשיבה התעשרה מהפרת הדין. היא עשתה שימוש בשמם של חברי הקבוצה ובתמונותיהם, וקיבלה תשלום ממפרסמים בגין שירות זה.
92. בשלב זה אין צורך להוכיח את הנזק שנגרם לכל חבר קבוצה והפיצוי המגיע לו, ואף לא את מספר חברי הקבוצה. מספיק להראות כי לכאורה נגרם נזק לקבוצה. המבקשת עומדת בדרישה זו, והרבה למעלה מכך. למבקשת קשה להעריך את סכום הנזק הכולל שנגרם לחברי הקבוצה. בשלב הדיון בתובענה הייצוגית ניתן יהיה להוכיח את הנזק לקבוצה בדרכים שונות, לרבות עריכת סקר בין המשתמשים, בעזרת נתונים שנמצאים בידי המשיבה, באמצעות כלים סטטיסטיים, ועוד. המבקשת אומדת את הנזק שנגרם לכלל הקבוצה וההתעשרות בעשרות מיליוני שקלים חדשים, ואולי אף יותר מכך.

93. בהתאם לתקנות 2(א)(11) ו-2(א)(12) לתקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע-2010, יש לציין בבקשת אישור את הגמול ושכר הטרחה המבוקשים. המבקשת עותרת לקבוע גמול בשיעור של 7.5% משווי ההטבה לציבור (בתוספת מס ערך מוסף, אם חל), ושכר טרחה לפי השיעורים שנקבעו בהחלטת בית המשפט העליון בע"א 2046/10 **שמש נ' רייכרט** (פורסם בנבו, 23.05.2012). באותו ענין נקבע כי "על כל סכום שנגבה בפועל עד ל-5 מיליון ש"ח, ייפסק לטובת בא-הכוח המייצג שכר טרחה בשיעור של 25%; על כל סכום שנגבה בפועל בין 5 מיליון ש"ח עד ל-10 מיליון ש"ח ייפסק שכר טרחה בשיעור של 20%; ועל כל סכום שנגבה בפועל מעל 10 מיליון ש"ח, ייפסק שכר טרחה בשיעור של 15%" (פסקה 16). לענין שווי ההטבה יש להביא בחשבון את ההטבה עקב שינוי ההתנהלות בעתיד. הגמול ושכר הטרחה המבוקשים אינם כוללים את שכר הטרחה וההוצאות בגין הדיון בבקשת האישור.
94. לסיכום חלק זה, עילות התביעה מקנות לחברי הקבוצה זכות לפיצוי, השבה וביטול תנאים מקפחים בתנאי ההתקשרות עם המשיבה.

חלק שמיני - מתקיימים כל התנאים לאישור התובענה כייצוגית

95. בית המשפט הנכבד מתבקש לאשר תובענה זו, לפי חוק תובענות ייצוגיות. תובענה זו ממלאת בבירור אחר כל התנאים הדרושים לצורך אישורה כתובענה ייצוגית.
96. הקבוצה המיוצגת תכלול את כל המשתמשים הרשומים של הרשת החברתית פייסבוק שבניהול המשיבה, אשר המשיבה עשתה שימוש בשמם, בכינויים או בתמונתם לצורך קידום פרסומות של אחרים, ואשר לא נתנו למשיבה הסכמה לשימוש כאמור בדרך של הבעה אקטיבית (להבדיל מהותרת הגדרות ברירת המחדל במערכת של המשיבה על כנף); כל זאת ביחס לשימוש לצרכי פרסום כאמור שנעשה החל מיום 14 ביולי 2018, ועד הגשת התובענה לאחר אישורה; לחלופין בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע הגדרה אחרת לקבוצה.
97. משתמשים בשירותי המשיבה שנרשמו לרשת החברתית פייסבוק לפני שנת 2018 קיבלו את השירות מחברת בת של המשיבה – Facebook Ireland Ltd. המשיבה הודיעה למשתמשים כי החל מיום 14 ביולי 2018 היא תספק את השירות ישירות. בית המשפט עמד על התפתחות זאת בענין **נכט**. כך המשיבה התקשרה לראשונה עם כלל המשתמשים בחודש יולי 2018. בהתאם לכך הוגדרה הקבוצה.
98. סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית...". פרט 1 לתוספת השניה כולל "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו". המונח "עוסק" מוגדר בסעיף 1 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 כמי שמוכר נכס או שירות דרך עיסוק, כולל יצרן. ברור כי המשיבה עומדת בהגדרה. היא מספקת למשתמשים שירותים שונים. הבקשה מוגשת בקשר לענין שבין המשיבה ובין לקוחותיה המשתמשים בשירותים שלה.
99. בסעיף 4(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "אלה רשאים להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית כמפורט להלן: (1) אדם שיש לו עילה בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם – בשם אותה קבוצה".

100. המבקשת מחזיקה בעילת תביעה אישית. המבקשת הצטרפה לרשת החברתית פייסבוק בשנת 2009 או סמוך לה. המבקשת לא היתה מודעת לשימוש שהמשיבה עושה בשמה ותמונתה, וגם לא להגדרות הפרטיות אשר מתיימרות להתיר למשיבה לעשות שימוש כזה בשמה. המבקשת עושה שימוש ברכבת ישראל. לפי תיעוד מחשבונה, ככל הנראה היא סימנה בחודש נובמבר 2011 מוסד זה, או מודעה שלו, כאהובים (נספח 5 לבקשה זו). היא לא העלתה על דעתה, כי המשיבה נוטלת לעצמה את הזכות לעשות שימוש בשם המבקשת ותמונתה לאחר עשור, כדי לקדם פרסומים אחרים של רכבת ישראל, כמו פרסום על השבתת קווים. כשהמבקשת נוכחה כי שימוש כזה נעשה בשמה ובתמונתה, היא חשה פגיעה, כעס ותסכול.

101. סעיף 4(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם נזק לחבר הקבוצה או כי קיימת אפשרות סבירה שנגרם נזק לקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה". כפי שהראינו, הבקשה עומדת בדרישה זו, על נקלה.

102. סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה: (1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה; (2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין; (3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; ... (4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב". תנאים אלה מתקיימים.

103. היסודות של עילות התביעה משותפות למבקשת ולכלל חברי הקבוצה. המשיבה נוהגת עם כל חברי הקבוצה באותו אופן – היא עושה שימוש בשמם, כינויים ותמונתם לצורך קידום פרסומות ברשת החברתית ללא קבלת הסכמה מדעת. היא אף מתקשרת עמם בחוזים מקפחים, שכוללים תניות שיש לבטל.

104. לשם בירור עילת התביעה בית המשפט הנכבד יידרש לדון ולהכריע בשאלות המשותפות הבאות – האם השימוש שנעשה בשמם של המשתמשים ובתמונתם לצורך קידום פרסומות בתשלום פוגע בפרטיותם; האם מותר להגדיר כברירת מחדל במערכות אינטרנט הסדר שפוגע בפרטיות; מהו הסכום המגיע לחברי הקבוצה בגיו פגיעה בפרטיות; האם המשיבה התעשרה שלא כדין על חשבון חברי הקבוצה; האם קיימת חובת השבה בעקבות ההתעשרות; האם הגדרת ברירת מחדל המאפשרת פגיעה בפרטיות מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד; האם הסדר ברירת המחדל המופיע במסמכי המשיבה מתיר לה לעשות שימוש בשמם של המשתמשים ובתמונתם כפי שהיא עושה; האם המשיבה מפרה את החוזה עם המשתמשים; ועוד. שאלות אלו משותפות לכל חברי הקבוצה.

105. נוכח הנימוקים שהצגנו, ברור כי קיימת אפשרות סבירה, ואף למעלה מכך, שהשאלות המשותפות יוכרעו לטובת הקבוצה.

106. תביעה ייצוגית תעמיד את הדרך היעילה וההוגנת להכרעה בענין.

107. ענינם של חברי הקבוצה מיוצג ומנוהל בדרך הולמת ובתום לב. המבקשת פועלת על מנת לתקן את הליקויים בהתנהלות המשיבה, ולהשיג סעד הולם עבור חברי הקבוצה. האינטרסים שלה זהים לאלה של כלל חברי הקבוצה. למען הסדר הטוב, ועל אף שאין לכך כל משמעות, ניתן גילוי כי המבקשת מועסקת כעובדת במשרד של באי-כוחה בבקשה זו.

108. לסיכום, כל התנאים לאישור התובענה כייצוגית מתקיימים בבירור.

חלק תשיעי - שונות

109. התביעה צריכה להתנהל בישראל, בהתאם לדיני מדינת ישראל. סעיף 4.4 לתנאי השירות של המשיבה (נספח 6 לבקשה זו) קובע כי "אם אתה צרכן, חוקי המדינה שבה אתה מתגורר יחולו על כל טענה, עילה או מחלוקת שיש לך כנגדנו אשר נובעת מתוך או קשורה לתנאים אלה או למוצרי פייסבוק ('טענה') ואתה רשאי לפתור את הטענה שלך בכל בית דין מוכר במדינה זו אשר יש לו סמכות שיפוט לגבי הטענה...". בענין **נבט**, נקבע כי יש לפרש את המונח צרכן בתנאי השירות של אתר המשיבה באופן נרחב, כך שיכלול כל אדם פרטי, גם אם הוא עושה שימוש בפרופיל האישי כדי לייצר עמודים מסחריים, ואפילו אם הוא רכש שירותי פרסום מהמשיבה. המשיבה אף מאפשרת להמציא לה כתבי בי-דין בישראל באמצעות כתובת דואר אלקטרוני ייעודית שהוקמה לצורך כך, בעקבות פשרה שהתקבלה בעת"מ 25934-02-16 **שפר נ' רשם החברות** (לא פורסם, 16.8.2016). בהתאם לכך נרשמה כתובת הדואר האלקטרוני של המשיבה כמען להמצאה, בכותרת בקשה זו.

110. בגין ההתנהלות שנדונה בבקשה זו, הוגשה בעבר בקשה לאישור תובענה ייצוגית – ת"צ 59473-01-20 **פנץ נ' Facebook Inc.** (להלן: **ענין פנץ**). ביום 25 במרץ 2020 בית המשפט הנכבד התיר הסתלקות מהליך זה, לאחר שהמבקש השתכנע כי תנאי השימוש שקבעה המשיבה מתירים לה לעשות שימוש בשם של המשתמשים, וכי באפשרות המשתמשים לשנות את ההיתר בהגדרות השימוש. כפי שעולה מבקשה זו, המבקשת סבורה כי ההסכם וההגדרות לא יוצרים הסכמה מדעת. מסיבה זו, ומהטעמים האחרים עליהם עמדנו, עומדות לחברי הקבוצה עילות תביעה מצוינות.

111. בקשת ההסתלקות בענין **פנץ** הוגשה מיד לאחר שהוגשה בקשת האישור, עוד לפני שהמשיבה השיבה לה. לא נערך כל בירור לגבי זכויות חברי הקבוצה. אין לכך כל השלכה על ענייננו, בשל מספר סיבות. בענין **פנץ** לא הועלו טענות מרכזיות, שניצבות במוקד הטיעון של המבקשת. לא נטען כי ברירת המחדל בהגדרות השימוש המתירה פגיעה בפרטיות, איננה מקיימת את דרישת ההסכמה מדעת; לא הועלתה טענה בדבר נטילת שם אדם ותמונתו לצורך פרסום כמקימה זכות להשבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט; ועוד.

112. מעבר לכך, הסתלקות איננה חוסמת נקיטת הליך אחר מכוח אותה עילה. בת"צ (מחוזי מרכז) 552-07-14 **קרבי נ' הוט – מערכות תקשורת בע"מ**, פסקה 36 (פורסם בנבו, 23.8.2017), בית המשפט הנכבד קבע בנוגע להסתלקות כי "המלצת בית המשפט לפי הראיות שעמדו לפניו אינה פסיקה, ומכל מקום ודאי שההתנהלות שם אינה מהווה הנחיה למותב אחר באותה ערכאה". ואכן, לעתים מתקבלות בקשות לאישור תביעות ייצוגיות, לאחר שהליכים קודמים הסתיימו בהסתלקות. ראו למשל ת"צ (מחוזי מרכז) 19619-06-15 **דנינו נ' 013 נטוויז'ן בע"מ** (פורסם בנבו, 17.7.2018); ת"צ (מחוזי מרכז) 6346-09-16 **לפינר נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 29.4.2018); ות"צ (מחוזי חיפה) 51741-09-16 **פלוטקין נ' שופרסל** (פורסם בנבו, 18.7.2017).

חלק עשירי - סוף דבר

113. התנהלות המשיבה חמורה ביותר. היא משתמשת בשמם של המשתמשים ובתמונתם לצורך קידום פרסומות והפקת רווח, ללא קבלת הסכמה מדעת. זוהי הפרה ברורה של הזכות לפרטיות. זכות זו מעוגנת היטב בחקיקה ומוכרת בפסיקה. המשיבה מתעשרת שלא כדין על חשבון המשתמשים, מתיימרת להינות מתניות מקפחות שהיא שותלת בהסכמים עמה, ומפרה את תנאי ההתקשרות.

114. בקשה זו נתמכת בתצהיר של המבקשת, המאמת את העובדות המופיעות בה.

115. בית המשפט הנכבד מתבקש לאשר את התביעה כתובענה ייצוגית, ולתת הוראות בקשר לניהול התביעה, כאמור בפתח הבקשה.

116. מן הדין ומן הצדק לקבל את הבקשה.



גיל רון, עו"ד

גיל רון, קינן ושות', עורכי דין
בא-כוח המבקשת