



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני:

בפני כבוד השופט אורן שוורץ

התובעת

ויוה מדיה בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד ד"ר יונתן דרורי ועו"ד אוריה ירקוני

נגד

הנתבעת

Google Ireland Ltd.

ע"י ב"כ עו"ד רות לובן ועו"ד ליאת בבלוקי-פילרסדורף

פסק דין

הרקע לתביעה

1. עניינה של התביעה שלפניי בשירות למכירת פרסומות על ידי בעלי אתרים בפלטפורמת האינטרנט "Google". על פי המודל העסקי של השירות שידוע בכינויו Google AdSense, בעלי אתרים אשר מעוניינים למכור שירותי פרסום מתקשרים עם הנתבעת (להלן – גוגל) בהסכם מכוחו יועברו לידיהם 68% מההכנסות שתגבה הנתבעת מהמפרסמים, בכפוף לקיום יתר תנאי הסכם השירות. לטענת התובעת (להלן – ויוה), גוגל בטלה את הסכם השירות עמה בלא הצדקה, מבלי שהופר ההסכם וממילא מבלי שניתנה לה אפשרות ממשית לתקן את ההפרה הנטענת. גוגל אף עיכבה וקיזזה שלא כדין סכומי כסף משמעותיים שעמדו לזכותה של ויוה בחשבונה. מכאן התביעה שלפניי שסכומה הועמד על סך 2,524,086 ₪.

עיקר טענות התובעת (ויוה)

2. ויוה הפעילה אתר במרשתת בשם Viralious (להלן – האתר). במסגרת זאת, עשתה ויוה שימוש בשירות AdSense של גוגל. כך, גוגל מיקמה פרסומות בשטחים שהוקצו לה באתר.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

- 1 על פי המודל העסקי של AdSense, כאשר גולש באתר הקליק על גבי הפרסומות, נוצר חיוב
- 2 כספי של המפרסם. מתוך הסכום שנגבה מהמפרסמים באתר, אשר פרסומותיהם הוקלקו,
- 3 הועברו 68% לזכות ויוה ואילו היתרה נשארה לגוגל.
- 4
- 5 3. לאחר מספר חודשים בהם פעל האתר כשורה, התקבלה ביום 15.07.2014 הודעה מאת גוגל,
- 6 לפיה אחד מהדפים באתר מפר את תקנון AdSense, במובן זה שהוא כולל "תוכן
- 7 למבוגרים". הגם שויוה השעתה את הדף, ביום 21.07.2014 הופסק שירות AdSense עבור
- 8 ויוה והכספים שעמדו לזכותה אצל גוגל נלקחו.
- 9
- 10 4. ויוה לא הפרה את הסכם השירות של AdSense. ההתראה שנשלחה אליה הייתה כללית
- 11 ולא אפשרה לתקן את ההפרה, אם הייתה כזו. אפילו אם היה ממש בטענה כאילו הוצגה
- 12 תמונה בעלת סממנים אסורים, אין מדובר בהפרה יסודית של הסכם השירות וממילא גוגל
- 13 לא הייתה רשאית לבטל את ההסכם. ביטול ההסכם על ידי גוגל בנסיבות שכאלה דינו
- 14 כהפרת חוזה.
- 15
- 16 5. אם קיימת הוראה בהסכם השירות לפיה גוגל רשאית להביא לידי סיום את הסכם השירות
- 17 לפי שיקול דעתה גם במקרה של הפרה מינורית, הרי שמדובר בתניה מקפחת בחוזה אחיד,
- 18 כקבוע בחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן – **חוק החוזים האחידים**). אי-מתן
- 19 אפשרות לתקן את ההפרה וניתוקה של ויוה משירות ה- AdSense, מהווה התערבות בלתי
- 20 הוגנת מכוח סעיף 3 בחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999. עיכוב הכספים שעמדו לזכותה
- 21 של ויוה בידי גוגל הוא בגדר עוולה כקבוע בסעיף 49 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].
- 22

עיקר טענות הנתבעת (גוגל)

- 23
- 24
- 25 6. הפרסום בפלטפורמת גוגל ובשירות AdSense יוצר ממשק בין שלוש קבוצות:
- 26
- 27 הגולשים, שמקבלים תוכן בעל ערך ובתמורה לכך מוצגות להם פרסומות מסחריות - הגולש
- 28 שמבחין בפרסומות בוחר אם יש לו עניין אמיתי ואוטנטי בה באמצעות הקלקה שמוליכה
- 29 אותו לאתר של המפרסם.
- 30
- 31 המפרסמים, שמעוניינים להציג פרסומות שמותאמות לגולשים בעלי פוטנציאל מסחרי -
- 32 המפרסמים שמצטרפים לשירות AdSense מחויבים בתשלום בהתאם להקלקות של



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 18763-04-15 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

- 1 הגולשים. בשיטה זו, מושג יעד של חשיפה של שירותי המפרסם בעלות נמוכה באופן יחסי
- 2 לציבור מסוים שמתעניין בסוג השירות שאותו מפרסם מציע למכירה.
- 3
- 4 מפעילי האתרים, אשר שירות AdSense מאפשר להם להפיק הכנסה מהצבת שטחי פרסום
- 5 באתר - ככל שהגולש מקליק על הפרסומת שהוצבה באתר, מקבל בעל האתר חלק נכבד
- 6 מהתשלום שהתקבל אצל גוגל מהמפרסם.
- 7
- 8 על מנת ששירות AdSense יתקיים באופן מועיל ואפקטיבי לטובתן של שלושת הקבוצות
- 9 יש להבטיח שהקליקים יהיו אותנטיים - שבוצעו על ידי גולשים אמתיים אשר גילו
- 10 התעניינות במודעה שהוצבה באתר. בכדי לשמור על עקרונות אלה נקבעו כללים בהסכם
- 11 השירות של AdSense, שנועדו לשמור על "המערכת האקולוגית ועל חבריה".
- 12 במסגרת הניטור שמבצעות מערכותיה של גוגל התגלה שהאתר אשר מופעל על ידי ויוה
- 13 מהווה חממה להקלקות מלאכותיות ובלתי אותנטיות, דבר שיש בו הפרה של תנאי השירות
- 14 ב - AdSense.
- 15
- 16 ביום 30.05.2014 פנתה גוגל אל ויוה והתריעה על הפעילות הבלתי תקפה באתר. גוגל
- 17 הזהירה את ויוה כי אם הדבר לא ייפסק היא עלולה למצוא עצמה מושעת מהשירות. ויוה
- 18 לא תיקנה את ההפרה. לפיכך, ביום 21.07.2014 ביטלה גוגל את ההתקשרות עם ויוה.
- 19 הפרה נוספת של הסכם השירות נעוצה בהצהרתה של ויוה לפיה מעולם לא הושעתה
- 20 משירות AdSense, הצהרה שיש למלא בעת הצטרפות לשירות. לגוגל התברר כי קיימת
- 21 זהות בין חלק מהגורמים בויוה לבין חברה בשם איירדן, אשר הושעתה בעבר משירות
- 22 AdSense, בנסיבות דומות.
- 23
- 24 ממועד הצטרפותה של ויוה לשירות AdSense בסוף חודש נובמבר בשנת 2013 ועד למועד
- 25 הפסקת פעילותה בשירות, גרפה ויוה הכנסות בסך 11,620,353 ₪. ויוה אינה זכאית לדבר
- 26 מגוגל, הן מאחר שנמצאה מפרה את הסכם השירות והן לנוכח ביטולו כדין על ידי גוגל,
- 27 דבר שגורר את חובת ההשבה, קרי - השבת הכספים שעמדו לזכותה של ויוה לגוגל וממנה
- 28 למפרסמים.
- 29 גוגל אף כפרה ביתר טענותיה של ויוה, באשר לעילות התביעה הנוספות שאליבא גוגל אינן
- 30 רלבנטיות לנסיבות המחלוקת.
- 31
- 32 בדיון שנערך לפני העידו העדים הבאים :



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 18763-04-15 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

1
2 מצד התובעת – פרופ' שי דקל (יזם, ממציא, פרופ' למתמטיקה, שותף ומנהל בויוה); מר דן
3 אבידר (יזם הי-טק וממציא, שותף בויוה); מר גיא סבר (מומחה בתחום ניו-מדיה
4 ובמערכות תוכן אינטרנטיות), מר ליאור גולן (מנהל בכיר – CTO ב"Taboola")
5
6 מצד הנתבעת – מר הנרי קים (מנהל צוות אמוץ ובטיחות, איכות תעבורת מודעות בגוגל);
7 מר אורן לפקוביץ' (מנהל חשבון AdSense בישראל); פרופ' שיזף רפאלי (חוקר ומרצה
8 בתחום ניהול מידע וידע).
9

דיון והכרעה

10
11
12 11. חלקים ניכרים מהפעילות הדיגיטאלית שמתנהלת ברשת מבוססים על הכנסה מפרסומות.
13 שירות AdSense הוא אחד מהשירותים שניתנים ברשת על ידי גוגל אשר בו מקופלת
14 המשוואה הבסיסית: חשיפה לתוכן תמורת חשיפה לפרסומות.
15
16 כעולה מתצהירו של מר קים [10/], שירות AdSense יוצר ממשק של שלוש קבוצות:
17
18 הראשונה – המפרסמים: קבוצה זו מבקשת לעשות שימוש ברשת לצורך הנגשת פרסומות
19 מותאמות ללקוחות פוטנציאליים. בידי גוגל מצוי אלגוריתם שמאפשר התאמה בין
20 העדפותיו של הגולש לבין סוג הפרסומות אליהן ייחשף עת הוא משוטט ברחבי הרשת.
21 יכולותיה של גוגל לבצע פרסום מותאם מהוות עוגן אטרקטיבי לציבור המפרסמים. שירות
22 AdSense מעצים את האטרקטיביות למפרסמים מאחר שהוא יוצר מנגנון תשלום מסוג
23 CPC (Cost Per Click) או PPC (Pay Per Click), קרי – תשלום בעבור הקלקה.
24
25 השנייה – מפעילי האתרים או המו"לים (Publishers): שירות AdSense מאפשר לבעלי
26 האתרים לקבל מקור הכנסה משמעותי. על פי המודל העסקי של שירות AdSense,
27 ההכנסות מפרסום מתחלקות באופן יחסי בין גוגל לבין מפעיל האתר, ביחס של 32: 68
28 בהתאמה. מדידת ההכנסות נעשית על פי מנגנון התשלום שחל באשר לקבוצת המפרסמים,
29 קרי – PPC (Pay Per Click).
30



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 18763-04-15 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני:

השלישית – קבוצת הגולשים או המשתמשים (Users): חברה של קבוצה זו משוטטים ברשת האינטרנט, מחפשים אחר תוכן שמעניין אותם או מרגש אותם ובתמורה לכך (בדומה לשיטה שנוהגת בטלוויזיה המסחרית או ברדיו) נחשפים לפרסומות. אולם, בשונה מסוגי מדיה אחרים, לגוגל קיימת טכנולוגיה שמאפשרת לה להתאים את הפרסומות להעדפותיו של הגולש, כפי שהדברים מנותחים ומנוטרים בידי גוגל ומערכתיה. כך, כאשר הגולש "נוחת" באתר תוכן שמעניין אותו, הוא נחשף לתוכן ולפרסומות מותאמות. ככל שהוא אכן מוצא עניין בפרסומת מסוימת הוא עשוי להקליק עליה ולעבור משם אל אתר המפרסם.

כאמור, ההקלקה על הפרסומת יוצרת חיוב אצל המפרסם כלפי גוגל. התמורה שמתקבלת מהמפרסם מתחלקת בין גוגל (32%) לבין בעל האתר (68%). זוהי תמצית המודל העסקי של שירות ה- AdSense.

12. הפעילות המסחרית במסגרת שירות ה- AdSense באשר למערכת היחסים שבין גוגל, מפעילת הפלטפורמה האינטרנטית, לבין מפעיל אתר (מו"ל) שמעוניין להצטרף לשירות, מוסדרת בשני סוגי מסמכים שמוצגים ברשת.

הראשון – TOS (Terms Of Service) – חוזה שכולל 15 סעיפים אשר מנוסחים באופן פשוט וקריא (לתצהירו של מר קים צורף העתק בשפה האנגלית וכן העתק בשפה העברית). כבר ברישא לסעיף 1 במסמך ה- TOS מובהר בזו הלשון:

"בעצם שימושך בשירותים שלנו, אתה מביע את הסכמתך לתנאים אלו (להלן: "תנאי AdSense"). לתקנון תוכנית AdSense ולהנחיות המיתוג של Google (יחד, להלן: ההסכם"). בכל מקרה של סתירה, על פי מידת הסתירה, תנאי AdSense יגברו על כל תנאי אחר בהסכם. אנא קרא את ההסכם בעיון."

[נספחים 2 ו-3 ל-ג/10; בטקסט קיימות קישוריות לתקנון

תוכנית AdSense וכן להנחיות המיתוג של Google]

השני – תקנון תוכנית AdSense (Program Policies) – מסמך שכולל מספר פסקאות (הנוסח המודפס כלל כשבעה עמודים), בו מפורטים דגשים מעשיים באשר להפעלת האתר.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 18763-04-15 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

- 1 עיון במסמך מלמד כי הוא מכיל כללים מסוג "עשה" ו"אל-תעשה", בהקשר לתפעול האתר,
- 2 הצגת הפרסומות, הנחיות תוכן, הנחיות תנועה אינטרנטית וכיו"ב [נספחים 5 ו 6 ל-10].
- 3
- 4 בנוסף לתנאי השירות ולתקנון נוהגת גוגל לפרסם מעת לעת הנחיות לבעלי האתרים באשר
- 5 לאופן בו עליהם לפעול במסגרת שירות ה – AdSense [נספחים 6-7 ל-10].
- 6
- 7 13. ויוה לא חתמה על הסכם ה – TOS או על תקנון שירות ה – AdSense.
- 8 עם זאת, היא הצטרפה לשירות ה – AdSense באמצעות פתיחת חשבון ועשתה שימוש
- 9 פוזיטיבי בשירותים שהעמידה גוגל לרשותה. כך, כעולה מתצהירו של מר קים, "ויוה
- 10 הצטרפה ל- AdSense ב – 27 בנובמבר 2013, ויצרה חשבון AdSense מקוון (Pub.
- 11 5022611077186165), תוך שהיא קיבלה על עצמה את הסכם AdSense ואישרה אותו
- 12 (בדומה לכל מפעיל אחר בשירות) " [סעיף 16 ל-10].
- 13 בהמשך, ויוה הקצתה שטחים באתר לפרסומות שהוצבו על ידי מנועי החיפוש של גוגל.
- 14 בהתאם לתנאיו של הסכם השירות, ויוה קבלה במשך מספר חודשים תגמולים בגין חלקה
- 15 היחסי מההכנסות בגין ההקלקות שבוצעו באתר.
- 16
- 17 במשפט האמריקאי מבחינים, בעיקר, בשני אבות טיפוס עיקריים של "חוזים" בשוק
- 18 המקוון.
- 19
- 20 הראשון – חוזה הקלקה (Clickwrap): הגולש נדרש לאשר פוזיטיבית באמצעות סימון
- 21 והקלקה כי הוא מאשר את התנאים החוזיים שכרוכים ברכישת מוצר או בשימוש בשירות
- 22 מסוים. במקרים אלה הקיבול החוזי נעשה כאשר התנאים מוצגים לגולש והוא מתבקש
- 23 להקליק בתיבת הטקסט שם נרשם על פי רוב, "אני מסכים". חוזים אלה הם "מכשיר יעיל
- 24 להבטיח קיבול בעסקאות שנעשות באינטרנט" [גיא רוב "דיני חוזים: הלנו אתם או לצרינו?
- 25 חוזים טובים, חוזים רעים וחוזים שאולי רומסים את דיני זכויות יוצרים" קניין רוחני:
- 26 עיונים בינתחומיים 543, 577 (2015); Specht v. Netscape Communications Corp.,
- 27 [150 F. Supp. 2d 585, 593-594 (2001)].
- 28
- 29 השני – חוזה גלישה (Browsewrap): במקרים אלה נחשבת המשך הפעילות של הגולש
- 30 באתר הספק כראיה לקיבול על דרך התנהגות של התנאים שמוצגים באחד מדפיו של
- 31 האתר, בדרך כלל באמצעות הפניה מקושרת (hyperlink) Cvent, Inc. v. Eventbrite,]



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

- 1 Inc., 739 F.Supp.2d 927, 937-938 (2010); Zappos.com, Inc., Customer Data Sec.
2 Breach Litig., 893 F.Supp.2d 1058 (2012)].
3
4 14. על פניו נראה כי השימוש בחוזה הקלקה יוצר ודאות רבה יותר מחוזה גלישה, באשר
5 לקיומה של גמירות דעת מצד הגולש לגבי התנאים החוזיים שמציג הספק כתנאי לקבלת
6 השירות או רכישת המוצר. ואכן, הדעה הרווחת בפסיקה האמריקאית היא שחוזה הקלקה
7 הוא בעל פוטנציאל ממשי ליצירת יחסים חוזיים מחייבים [Mark A. Lemley, Terms of
8 Use, 91 Minn. L. Rev. 459 (2006)]
9 בענייננו, לא הובאו לפניי ראיות שלימדו כי ויוה הקליקה "אני מסכימה", כאות מוסכם
10 לקיבול החוזי של תנאי השירות. אף לא הובאו לפניי ראיות שמעידות כי ויוה חתמה באופן
11 פיזי על תנאי השירות. השיטה בה נקטה גוגל באשר לאופן בו הוצגו לווייה תנאי השירות
12 והתקנון (התקנון והמדיניות הוצגו באמצעות קישורית בולטת) מלמדת כי עסקינן בסוג של
13 חוזה שקרוב יותר לחוזה הקלקה מאשר לחוזה גלישה (Browsewrap). למרות שה – TOS
14 עצמו אינו כולל את תיבת הטקסט "אני מסכים" ואת האפשרות לאשרה באמצעות
15 הקלקה, הוא יוצר ביטוי לקבלת הסכמת בעל האתר באמצעות יצירת חשבון ה – AdSense,
16 כפי שנקבע בסעיף 2 ל – TOS: "שימושך בשירותים כפוף ליצירת חשבון AdSense על ידיך
17 ואישור על ידינו ...". סוג זה של חוזה מקוון הוא יצור כלאיים בין חוזה הקלקה לבין חוזה
18 גלישה ומכונה בפסיקה האמריקאית "Sign-in wrap" [Meyer v. Uber Technologies Inc., 868 F.3d, 66 (2017)].
19
20 הליך יצירת חשבון המשתמש של ויוה בשירות ה – AdSense אצל גוגל מקפל בחובו אף
21 הסכמה דו-צדדית: הסכמת בעל האתר לתנאי השימוש ב – AdSense ואישורה של גוגל
22 להסכמה זו. הסכמה זו, בין המשתמש בשירות (בעל האתר - ויוה) לבין מנהל השירות
23 (הפלטפורמה האינטרנטית – גוגל) שקולה במהותה לגמירות הדעת החוזית, שמעידה על
24 כריתת הסכם [Register.com, Inc. v. Verio, Inc., 356 F.3d 393, 403, 429 (2004)].
25
26 15. המלומדים שמואל בכר וטל זירסקי מציגים מודל שבוחן את מעמדם המחייב של חוזים
27 בשוק המקוון באמצעות מטריצה בין אב הטיפוס של ההתקשרות לבין רכיב התמורה. כך,
28 אם מדובר בחוזה הקלקה בו שולמה תמורה, ברי כי מירב הסיכויים שנוצרה דינמיקה
29 חוזית מחייבת. מאידך, אם עסקינן בחוזה גלישה בלא אלמנט של תמורה, ספק רב אם
30 הנסיבות עולות כדי כוונה ליצירת מערכת חוזית מחייבת [שמואל בכר וטל זירסקי, על



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

- 1 הסדרה ראווה של חוזים צרכניים מקוונים : בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן
2 **מחקרי משפט** כה, 431, 445-447 (2009) (להלן – **בכר וז'רסקי**)).
3 על פי המודל שמציעים בכר וז'רסקי, נראה כי הדינמיקה שהתרחשה בין ויוה לבין גוגל
4 מעידה על קיומן של אינדיקציות ברורות לקיומה של כוונה ליצירת יחסים חוזיים מחייבים
5 בהתאם לתנאי השירות והתקנון.
6
7 גם על פי המבחנים שעוצבו בפסיקה האמריקאית, נראה כי נוצר קשר חוזי תקף בין ויוה
8 לבין גוגל על יסוד התנאים שנקבעו ה – TOS ובתקנון.
9
10 ראשית, ה – TOS מכיל 15 תנאים שמשתרעים על פני כשלושה עמודים. התרשמתי
11 שהתנאים מנוסחים בשפה קריאה, ברורה וניתנת להבנה גם על ידי מי שאינו מומחה
12 בתחום הניו-מדיה. סעיפי ה – TOS ניתנים להבנה בקלות יחסית, מבלי צורך להיזקק לאיש
13 מקצוע או להדרכה מיוחדת וגם על ידי מי שאינו משפטן או מומחה טכנולוגי. היקף המלל
14 שחובק ה – TOS הוא סביר. גם התנאים עצמם נגישים מאוד לקורא. נסיבות אלה שונות
15 מאוד מאותם מקרים שנזכרו בפסיקה האמריקאית, בהם הוערמו קשיים בדרכם של
16 המצטרפים בהסכמי ההקלקה אל קריאת תנאי ההסכמים [ראו לדוגמא: ProCD Inc. v.
17 Zeidenberg 908 F. Supp. 640 (1996)].
18
19 שנית, כבר בסעיף הראשון של ה-TOS מובהר לקורא כי עסקינן במסמך שנועד ליצור
20 יחסים חוזיים מחייבים : "בעצם שימושך אתה מביע את הסכמתך לתנאים אלו...". מיד
21 בהמשך מופיע קישור לתקנון. הצגת הדברים באופן כה חד וברור הוכרה בפסיקה
22 האמריקאית כיוצרת תשתית ראווה להכרה בחוזה מקוון בר-אכיפה [Nicosia v. J.
23 Amazon, Inc. 834 F.3d 220, 233 (2016)].
24
25 שלישית, כפי ששנינו, אקט פתיחת חשבון ה – AdSense הוא אקוויוולנטי להקלקה
26 שמעידה על הסכמה לתנאי ה – TOS ולתקנון. חשוב לציין כי פתיחת החשבון נעשית לאחר
27 שהוצג ה – TOS והתקנון לבעל האתר, מכאן שההסכמה שמקופלת בפתיחת חשבון השירות
28 נעשית לאחר שהקורא עיין בהסכם השירות, בשונה ממקרים שנדונו בפסיקה האמריקאית,
29 שם תנאי השירות עמדו לרשות רוכש השירות באמצעות הפניה מקושרת בלבד (Hyperlink)



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני:

- 1 שלא עמדה לנגד עיניו בעת הליך ההסכמה [Specht v. Netscape Communications Corp. 150 F. Supp. 2d 585 (2001)].
- 2
- 3
- 4 רביעית, קיים רכיב של תמורה, שבא לידי ביטוי בחלוקת ההכנסות בין בעל האתר לבין
- 5 גוגל. בענייננו, עסקינן בחלוקת הכנסות שהתמשכה על פני מספר חודשים.
- 6
- 7 חמישית, ויוה אינה בגדר גולש אקראי, אלא שחקן חוזר ומתוכם. כפי שעלה מעדותו של
- 8 פרופ' דקל, המטרה הייתה השאת רווחיה של ויוה: "הייתה מטרה לקחת את המודל
- 9 החדשני הזה שהיום הוא בשימוש רחב ולהפוך אותו לרווחי" [פרי עמ' 77, ש' 30-31]. כפי
- 10 שציין פרופ' דקל בתצהירו, לאור ניסיונו כיום, כממציא וכחוקר מתמטיקה היה זה הוא
- 11 שהופקד בויוה על הניהול, הרגולציה, הידע האלגוריתמי והקשרים בעולם העסקי [ס' 2 ל-
- 12 ת/4]. העולה מכאן הוא שמנהליה של ויוה ידעו היטב כי הם מחויבים למלא אחר תנאי
- 13 השירות ויתר הנחיות המדיניות של גוגל, אשר הוגדרה על ידי פרופ' דקל כ"רגולציה". לא
- 14 בכדי הופקד הגורם הבכיר ובעל הניסיון בויוה על תחום חשוב זה.
- 15
- 16 הגם שעסקינן בהתנהלות בזירה האינטרנטית, מבחינת הדין המהותי אין קושי להחיל את
- 17 דיני החוזים על המסחר המקוון [בכר וז'רסקי, בעמ' 438-439]. בחינתן של נסיבות
- 18 הצטרפותה של ויוה לשירות ה-AdSense בכלים החוזיים הקלאסיים, תוביל למסקנה כי
- 19 לפנינו קיבול על דרך ההתנהגות כקבוע בסעיף 6 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973
- 20 (להלן – **חוק החוזים**).
- 21 כך, לאחר שהוצג ה-TOS והתקנון בפניה של ויוה היא נקטה באקט פוזיטיבי ופתחה
- 22 חשבון משתמש ב-AdSense. ויוה אף קיבלה, בהסכמתה, 68% אחוז מההכנסות שגבתה
- 23 גוגל מהמפרסמים, במשך יותר מחצי שנה. בכל אלה יש להעיד על הסכמה על דרך
- 24 ההתנהגות להסכם השירות [לעניין קיבול על דרך התנהגות, ראו: ע"א 355/89 **עזבון המנוח**
- 25 **ניקולא חינואוי ז"ל נ' מבשלת שיכר לאומית בע"מ**, פ"ד מו(2) 70, 75 (1992); רע"א
- 26 9813/03 **מדינת ישראל משרד הבריאות נ' עיריית ראשון לציון**, פסקה 11 בפסק דינה של
- 27 השופטת (כתוארה דאז) א' חיות (פורסם בנבו, 04.02.2007); גבריאלה שלו **דיני חוזים** –
- 28 **החלק הכללי** 215-221 (2005) (להלן – **שלו**)].
- 29
- 30 סיכומו של דבר – אני קובע כי בין ויוה לבין גוגל נכרת חוזה מחייב שתנאיו הם אלה
- 31 שמופיעים ב-TOS ובתקנון שירות ה-AdSense (להלן, ביחד: – **הסכם השירות**).
- 32



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מזדה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

אליבא ויוה לא הייתה הצדקה משפטית לכך שגוגל ביטלה עימה את הסכם שירות. גם אם
היו חריגות מצידה של ויוה, הן היו שוליות ולא עלו כדי הפרה יסודית של הסכם השירות
על ידי ויוה. בנסיבות אלה, ביטול הסכם השירות עולה כדי הפרתו על ידי גוגל.

מנגד, לשיטתה של גוגל, הסכם השירות הופר בשני מישורים שונים :

הראשון – אי גילוי מלא מצידה של ויוה באשר לקשריה עם איירדן, שהושעתה משירות ה
– AdSense ואשר נוהלה עימה התדיינות בבית המשפט ;

השני – הפרת הסכם השירות באמצעות יצירת מניפולציות של הקלקות וחריגה ממדיניותה
של גוגל באשר להיקף הפרסומות ושימוש בתכנים אסורים.

נידרש למחלוקות אלה על פי סידרן.

19. סעיף 12 ל – TOS קובע בזו הלשון :

"אתה מצהיר ומתחייב כי

[...]

(4) Google מעולם לא סיימה או השביתה באופן אחר פעילות של

חשבון AdSense שנוצר על ידך, בשל הפרת ההסכם מצידה או בשל

פעילות לא חוקית

[...]

(6) כל המידע שנמסר על ידך ל-Google הוא נכון ועדכני."

סעיף ההגדרות ב – TOS קובע :

"בהסכם זה, המונחים "אתה" או "בעל האתר" משמעם האדם או

הישות המשתמשים בשירותים (ו/או כל אדם, ישות או ישות חלופית,

סוכנות או רשת הפועלים מטעמך)..."

20. כעולה מתצהירו של מר קים, ויוה הצטרפה לשירות ה – AdSense ביום 27.11.2013

באמצעות יצירת חשבון AdSense. ויוה לא גילתה לגוגל כי בעלת השליטה, חברה בשם



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

1 איירדן בע"מ, מעורבת בסכסוך עם גוגל. כחלק מאותו סכסוך, הופסק שירות ה- AdSense
2 של איירדן, על רקע טענות דומות שמופנות כעת מצד גוגל כלפי ויוה. רק במסגרת ההליכים
3 דן נחשפה גוגל לקשר שבין איירדן לבין ויוה [סעיפים 36-40 ל-10/נ]. אליבא גוגל יש בכך
4 להוות הצהרה כוזבת מצידה של ויוה שמעניקה לגוגל את הזכות לבטל את הסכם השירות
5 עימה [סעיף 57 לכתב ההגנה].

7 ויוה דחתה טענה זו בשניים :

9 ראשית, אין קשר של ממש בין איירדן לבין ויוה. מדובר בשתי ישויות שונות ועצמאיות. אף
10 אין קשר בין האתר שהקימה בזמנו איירדן לבין האתר שהקימה ויוה [סעיף 16 לתצהירו
11 של מר אבידר, ת/3].

13 שנית, בין גוגל לבין איירדן נחתם הסכם גישור מכוחו שילמה גוגל לאיירדן סכום כסף נכבד.
14 הסכם הגישור מלמד שאיירדן לא הפרה את תנאי השירות והשעייתה משירות ה-
15 AdSense לא הייתה מוצדקת [תצהירו המשלים של פרופ' דקל].

17 21. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים באשר למחלוקת זו, אני מעדיף את עמדתה של גוגל,
18 באשר לקיומה של חובת גילוי בעניינה של איירדן והפרתה של זו על ידי ויוה. לכך ארבעה
19 טעמים.

21 ראשית, מר אבידר פתח חשבון ב- AdSense בשנת 2011 ואילו איירדן עשתה כן בשנת 2013
22 [סעיף 38 ל-10/נ]. גם מר אבידר אישר בתצהירו שאיירדן הפעילה אתר בשם "like it
23 SHORT" אשר בזמנו פעל במסגרת שירות ה- AdSense [נספח 6 לנספח 1 תצהירו של מר
24 אבידר ת/3]. ברם, איירדן ומר אבידר הושעו משירות AdSense בחודש ספטמבר 2014.
25 סעיף ההגדרות ב-TOS מלמד על הגדרה מרחיבה, לפיה חובת הגילוי חלה לא רק על הצד
26 הישיר להסכם השירות אלא גם על כל "יישות חלופית". כעולה מתדפיס רשות התאגידים
27 ("נסח חברה"), איירדן מחזיקה ב- 102 מניות רגילות מתוך 200 מניות שהוקצו לבעלי
28 המניות בויוה, קרי – איירדן היא בעלת השליטה בשיעור 51% בויוה. הואיל ומר אבידר
29 הוא בעל המניות היחיד (100%) באיירדן, הפועל היוצא הוא שמר אבידר הוא בעל השליטה
30 בויוה בשרשור [נספח 1 ל-ת/3].



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

שנית, לאחר שאיירדן הושעתה משירות יצר מר אבידר קשר עם פרופ' דקל. בסיוע משקיע
נוסף, נוסדה ויוה (בה היה כאמור למר אבידר שליטה באמצעות איירדן). לאחר הערות
ושיפורים מצידו של פרופ' דקל, שעיקרן יצירת מודל עסקי משופר שכלל רכישת תעבורה
מטבולה [פרי עמ' 69, ש' 18-19], הוספת תוכן מילולי והסתייעות בכותבי טקסט
מהפיליפינים, עלה האתר לאוויר. מר אבידר הסביר בתצהירו, ואף הודה בחקירתו הנגדית
שהוא הגורם בעל הידע הטכנולוגי ואף היה אחראי על תחום הקמת האתר ותפעולו בויוה,
כדבריו: "אני הייתי אחראי בין אם זה הדברים הטכניים, לדבר עם הכתבים, להגיד להם,
לתת להם פידבק איזה כתבות לכתוב, כמה לכתוב, איזה תמונות, לסדר את הכל בתבניות,
את הכל, לחפש תכנים, וזה חלק מאוד משמעותי ממה שעשינו" [פרי עמ' 70, ש' 12-14].
בנוסף, הודה מר אבידר כי הוא מפעיל חברה אחרת (שאת שמה סירב לחשוף בעדותו לפניי)
ביחד עם פרופ' דקל ואדם נוסף. חברה עלומה זו משווקת תוכנה שפועלת באתרי תוכן
מבוססי פרסום [פרי עמ' 65, ש' 17-21; עמ' 67, ש' 6-17]. מכאן, שהבריה התיכון שעובר בין
איירדן, לבין ויוה ואף לחברות נוספות היא התוכנה שפיתח מר אבידר והידע הטכנולוגי
שאצור אצלו.

שלישית, גוגל צירפה שתי חוות דעת שנערכו על ידי פרופ' רפאלי. הראשונה היא חוות הדעת
בעניינה של ויוה והשנייה היא חוות הדעת שהוגשה בזמנו בתביעת איירדן כנגד גוגל.
השוואתן של שתי חוות הדעת מלמדת כי גוגל ייחסה לשני האתרים הפרות דומות,
שתמציתן - יצירת מניפולציות על הגולש בכדי להעצים את שיעור ההקלקות באתר. כך,
איירדן שהצטרפה לשירות AdSense ביום 24.07.2013 הושעתה כבר ביום 06.09.2013
משירות ה- AdSense. כעולה מחוות דעתו של פרופ' רפאלי, הרקע לכך היה מיעוט תוכן,
ריבוי פרסומות ו"סחיטת הקלקות" [סעיף 17 לנספח ב ל-6].

רביעית, אינני סבור שהסכם הגישור מלמד על כך שגוגל הכירה כביכול בטעותה באשר
לאיירדן וכי זו לא חטאה בהפרת הסכם השירות. מבלי לחשוף את תוכנו, אציין שהצדדים
להסכם הגישור הסכימו במפורש כי אין בחתימתו ובביצועו תשלום מכוחו כדי להוות ויתור
על טענות הצדדים, ועיקרו הוא "פיוס שמקורו בהליך גישור".
יתר על כן, הסכם הגישור נחתם ביום 19.01.2016, בעוד שהליך הצטרפותה של ויוה לשירות
ה- AdSense היה ביום 27.11.2013, קרי - הצטרפותה של ויוה להסכם השירות הייתה
מוקדמת בהרבה מהמועד בו נכרת הסכם הגישור, אך כחודשיים וחצי לאחר השעייתה של
איירדן ומר אבידר משירות ה- AdSense.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

22. לא נעלמה מעיני חסרונה של ההגדרה "חברת בת" או "חברה בשליטתך" בסעיף ההגדרות של ה-TOS. ברם, בכך שנסח התנאים בחר לעשות שימוש במונחים אחרים, ביניהם: "כל אדם, ישות או ישות חלופית, סוכנות או רשת הפועלים מטעמך", אין כדי ללמד שההגדרה אינה חלה על חברת בת או חברה שבשליטת מי שהושעה משירות. זוהי סוגיה שמערבת כללים של פרשנות חוזה, אשר צריכה להיות מופעלת בשינויים המחויבים גם על הסכמים מקוונים. מרביתם המכרעת של ההסכמים המקוונים אינם ניתנים להתנאה. מבחינת הצד שמצטרף לשירות שמציעה הפלטפורמה האינטרנטית, האפשרות היא לקבל את ההסכם המקוון בשלמותו או לדחות אותו. אלה הן נסיבות שדומות לחוזה אחיד או לחוזה שתנאיו מוכתבים מראש על ידי הרשות. אינני רואה מניעה עניינית מלהחיל גם על חוזים מקוונים את כללי הפרשנות החוזיים, שננקטו באשר לחוזים אחידים, חוזי רשות או כתבי התחייבות, שמאופיינים על פי רוב בנוקשות מסוימת כלפי המתקשר. יפים לכך הדברים שנקבעו על ידי הנשיא א' ברק ברע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרומ הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 157 (1998):

"חוזה אחיד הוא חוזה, והכללים הרגילים לפירוש חוזים חלים גם על החוזים האחידים. בגדרם של כללים רגילים אלה ניתן ביטוי לאופי המיוחד של החוזה האחיד, מכאן, שחוזה אחיד, ככל חוזה, מתפרש על-פי התכלית המונחת ביסודו. מבין מגוון המשמעויות הלשוניות שהחוזה יכול לשאת, יש לבחור באותה משמעות לשונית המגשימה את תכלית החוזה ..."

23. איתורה של תכלית החוזה כרוכה בקביעת ממצאים באשר לכוונתם הסובייקטיבית של הצדדים. כפי שהנחילנו בית המשפט העליון, גם כאשר קיים קושי באיתור כוונתם הסובייקטיבית של הצדדים, על בית המשפט, עת הוא נדרש למלאכת הפרשנות, לעשות מאמץ מיוחד בכדי לאתר את אומד דעתם של הצדדים. כך הם פני הדברים בחוזי רשות למיניהם. כך הם פני הדברים באשר לפרשנותו של כתב התחייבות, בו נדרש הצד המתחייב אך לקבל על עצמו את תנאי ההתחייבות [בעניין חוזי רשות, ראו: דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2) 1, פסקה 12 בחוות דעתו של השופט (כתוארו דאז) א' ריבלין (2006); בעניין כתב התחייבות ראו: ע"א 6567/99 שטרנשיין נ' פישר, פסקה 9 בפסק דינה של השופטת א' פרוקציה (פורסם בנבו, 22.05.2002); אוריאל פרוקציה "תוקפו המחייב של חוזה אחיד כפונקציה של מבנה השוק" משפטים ט 25, 56 (תשל"ט)]. כך ראוי שיעשה אפוא, גם באשר לחוזים מקוונים.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

- 1 לשם איתור כוונת הצדדים נידרש לעדויות הצדדים. מר קים עמד בהרחבה על רצונה של
2 גוגל לשמור את תפקודה התקין של "המערכת האקולוגית", במובן זה שלמפרסמים יהא
3 ביטחון כי מקור ההקלקות בגין הם מחויבים הוא אמין ואותנטי [סעיף 10 ל-10/נ].
4 בחקירה שכנגד הדגיש מר קים את חובתה של ויוה ובעלי המניות שלה "לחשוף את היחסים
5 האלה כאשר הם רוצים לקבל עוד חשבון" [פרי' עמ' 122, ש' 22-23]. ככל שהיה הדבר נעשה
6 היו נערכות "בדיקות שונות טרם מקבלים אישור והרשאה להצטרף" [שם, ש' 31-32]. עוד
7 הטעים מר קים "... (ש)אחד מתנאי השירות שלנו זה לחשוף את כל סוג של זיקה לחשבונות
8 אחרים" [שם, ש' 19]. העולה מעדותו של מר קים ונוסחו של הסכם השירות הוא כוונתה
9 של גוגל למנוע מניפולציות בהקלקות ולסנן את "השחקנים המזיקים" (Bad Actors)
10 מהמערכת.
11 מר אבידר לא כפר ברציונל שעומד מאחורי תנאי ה-TOS. אולם, הדגיש כי ויוה אינה
12 פועלת מטעם מאן דהוא, לא כל שכן מטעמה של איירדן. לפיכך לא הפרה את חובת הגילוי
13 [סעיף 16 ל-3/ת].
14 העולה מהנסיבות שאופפות את כריתת הסכם השירות הוא כוונתה הסובייקטיבית של גוגל
15 ליצור רף גבוה של חובת גילוי בכדי לאפשר לה לסנן שחקנים מזיקים משירות ה-
16 AdSense. התרשמתי כי אי הדיווח מצידה של ויוה לא היה קשור להבנה שונה של סעיף
17 12 ב-TOS, אלא למחלוקות עובדתיות שנוגעות בעיקר לאופן בו פעלה ויוה בהשוואה
18 לאיירדן.
19
20 24. למסקנה דומה נגיע באמצעות בחינת התכלית האובייקטיבית של הסכם השירות. תכלית
21 זו נמדדת, כעניין נורמטיבי על פי הערכים, המטרות והציפיות מהסדר חוזי מסוג זה [ע"א
22 11081/02 דולב חברה לביטוח בע"מ נ' קדוש, פ"ד סב(2) 573 (2007); אהרון ברק, **פרשנות**
23 **במשפט – החוזה** 534 (תשס"א)].
24 פרופ' רפאלי הצביע בחוות דעתו על "האופן בו מנגנוני המניפולציה מובילים לטרגדיה של
25 נחלת הכלל ברשת". מנקודת מוצא זו, תכליתם של תנאי השירות היא לרסן את התוצאות
26 השליליות של כך. לשיטתו של פרופ' רפאלי, "התחכום של מנגנוני הספאם השונים הולך
27 וגובר עם השנים. המקורות המדעיים ... מעידים על מרוץ חימוש מתמשך בין המפרים את
28 הכללים (לרעת כל השחקנים והציבור כולו) לבין החברות המספקות את השירות, ואמונות
29 על מניעת ההפרות" [סעיף 32 ל-6/נ]. עמדתו המקצועית של פרופ' רפאלי לא נסתרה ודומני
30 כי גם ויוה לא חלקה על הצורך למנוע מניפולציות באשר למנגנון ההקלקה.
31 לפיכך, אני קובע כי תכליתו האובייקטיבית של סעיף 12 ל-TOS היא למנוע "נשף מסכות",
32 קרי - כניסה בלתי מבוקרת של גורמים שכבר הופסקה עימם ההתקשרות, באמצעות



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

- 1 הרחבת חובת הגילוי שמוטלת על בעל האתר שמבקש להצטרף לשירות ה - AdSense.
- 2 תכלית זו מתיישבת עם התכלית הסובייקטיבית ועם פרשנות לשונית סבירה, שמכלילה את
- 3 המונח "חברת בת" או "חברה שבשליטתך", בגדר הביטוי בו בחרו נסחי ה - TOS : "כל
- 4 אדם, ישות או ישות חלופית, סוכנות או רשת הפועלים מטעמך".
- 5
- 6 25. מהטעמים אותם ציינתי לעיל, ביניהם : מעמדו המרכזי של מר אבידר והידע הטכני שלו
- 7 בתוכנה, היותה של איירדן בעלת השליטה בויוה וקיומם של קווי דימיון ברורים בפעילותן
- 8 של השתיים, אני קובע כי ויוה היא בגדר "יישות חלופית" לאיירדן, כפי שפרשנות תכליתית
- 9 של הסכם השירות מחייבת זאת. הואיל וויוה לא חשפה את הקשר שלה לאיירדן ולמר
- 10 אבידר, וממילא לא גילתה לגוגל כי חברת האם שלה (איירדן) הושעתה משירות, הרי שהיא
- 11 הפרה את הוראות סעיף 12 ל - TOS.
- 12 לגרסתה של גוגל, דבר ההפרה נודע לה רק בדיעבד, כשהחלו ההליכים המשפטיים מושא
- 13 התביעה דנן. לפיכך, הפרה זו לא הייתה העילה לביטולו של הסכם השירות והשעייתה של
- 14 ויוה משירות ה - AdSense בחודש יולי 2014.
- 15 נשאלת השאלה אפוא מה נפקותה של חובת גילוי שהופרה והתגלתה בדיעבד, בשלב בירור
- 16 המחלוקת בעניין הפרת החוזה. תשובה ממצה לכך נמצאה בפסקה 11 לחוות דעתו של
- 17 השופט ע' פוגלמן בע"א 7730/09 כהן נ' מבני גזית (2000) בע"מ (פורסם בנבו, 06.06.2011) :
- 18
- 19 **"להפרת חובת הגילוי בשלב הטרם-חוזי עשויות להיות משמעות**
- 20 **מגוונות. כך, אי-גילוי של עובדות מהותיות עשוי לבוא, למשל, בגדרי**
- 21 **העילות הנזיקיות כגון תרמית ורשלנות (סעיפים 56 ו-35 לפקודת**
- 22 **הנזיקין [נוסח חדש], בהתאמה). בהיבט החוזי, הרלוונטי לענייננו,**
- 23 **עשוי אי-הגילוי להגיע לכדי הטעיה חוזית, או להוות הפרה של חובת**
- 24 **תום-הלב במשא ומתן (סעיפים 12 ו-15 לחוק; ..."**
- 25
- 26 מאחר שעניין אי-הגילוי נודע לגוגל רק אגב ההליכים המשפטיים דנן ולא עמד לנגד עיניה
- 27 בעת משלוח ההתראות לויוה בחודש מאי 2014, נידרש למשמעותה של הפרת חובת הגילוי
- 28 החוזית, בעת בחינת מכלול טענות הצדדים באשר למחלוקת בעניין השבת הכספים לויוה.
- 29
- 30 26. באשר להפרות הסכם השירות, גוגל מסרה לויוה שלוש התראות :
- 31



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני:

- 1 הראשונה, ביום 12.05.2014 בעניין הפרת מדיניות שנוגעת לגרימת הקלקות בטעות [נספח
- 2 20 ל-10/נ];
- 3
- 4 השניה, ביום 30.05.2014 בעניין "פעילות לא חוקית בחשבון AdSense ... תקנון התכנית
- 5 שלנו אוסר בתכלית האיסור כל שיטה שמייצרת באופן מלאכותי קליקים או הופעות
- 6 במודעות Google, משום שפעילות זו עלולה לנפח את עלויות המפרסם ... " [נספח 24 ל-
- 7 10/נ];
- 8
- 9 השלישית, ביום 15.07.2014 בעניין תמונה בעלת תוכן מיני (הפרת תוכן) ובעניין שינוי
- 10 התנהגות מודעה (חריגה ממספר המודעות בעמוד בודד באתר) [נספח 31 ל-10/נ].
- 11
- 12 אליבא ויוה היא טיפלה בכל ההתראות לשביעות רצונה של גוגל. הראיה לכך היא שגוגל
- 13 סימנה את ההתראות בסימון "נפתר" (resolved). מכאן, שביטול הסכם השירות על ידי
- 14 גוגל נעשה שלא כדין ונחשב כהפרה.
- 15
- 16 מאידך, לשיטתה של גוגל, חרף ההתראות באשר להפרות שנמסרו לויוה, היא לא פעלה
- 17 להסרתן. לפיכך, לאחר ההודעה הראשונה מיום 12.05.2014, נשלחה הודעה נוספת בה
- 18 התריאה גוגל על "רמה משמעותית של פעילות לא חוקית בחשבון ה- AdSense שלך",
- 19 בגינה עלולה גוגל להשבית את חשבונה של ויוה. ויוה לא תיקנה את ההפרות ובעקבות זאת
- 20 נשלחה התראה נוספת ב- 15.07.2014. גם לאחר מכן לא תוקנו ההפרות על ידי ויוה. יתר
- 21 על כן, מערכות הניטור של גוגל זיהו שויה מנסה לעקוף את מערכות ההגנה של גוגל. לפיכך,
- 22 ביום 21.07.2014 הוחלט בגוגל לסיים את ההתקשרות עם ויוה והודעה כאמור נמסרה לה.
- 23
- 24 בחינת ההודעות באשר להפרת הסכם השירות מלמדת כי טענותיה של גוגל כלפי ויוה נגעו
- 25 הן לעניין ההקלקות (הפרת מדיניות בעניין תנועה והקלקות), הן לעניין הצבת תמונות
- 26 בעלות תוכן מיני (הפרת תוכן) והן בעניין מודעות רבות בעמוד (הפרת מדיניות).
- 27 נבחן אפוא, האם יש ממש בטענותיה של גוגל בעניין ההפרות ואם אכן ההפרות תוקנו או
- 28 נפתרו, כפי שטענה ויוה.
- 29
- 30 בראש ובראש, נידרש לסוגיית ההפרה הנטענת בעניין התנועה וההקלקות.
- 31 באשר לסוגיה זו הכחישה ויוה נמרצות את טענת גוגל כי הפרה את הוראות הסכם השירות,
- 32 לרבות בעניין התנועה וההקלקות. כעולה מתצהירו של מר אבידר, מי שהיה הגורם שהופקד



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 18763-04-15 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

- 1 על הפן הטכנולוגי בויוה, הוא הונחה על ידי פרופ' דקל "כי על ויוה לעמוד בכל הנחיות ה –
2 policy של גוגל, קטנה כגדולה...". מר אבידר, לגרסתו, הקפיד על ביצוע ההנחיה [סעיף 12
3 ל-ת/3]. דברים דומים עלו גם מתצהירו של פרופ' דקל [סעיף 14 ל-ת/4].
4
- 5 29. מר קים, שהעיד על עצמו כי הוא "מוביל קבוצת אנליסטים החוקרים ונוקטים בפעולות
6 אכיפה במידת הצורך ביחס לפעילות בלתי תקפה או מטעמה המתבצעת ברשת המודעות
7 של גוגל", הציג בתצהירו את השתלשלות העניינים.
8 לגרסתו, זמן קצר לאחר שהצטרפה ויוה ל – AdSense החלו להגיע תלונות של מפרסמים
9 לגוגל. לפיכך, ערכה גוגל חקירה של האתר. ממצאי חקירה לימדו על כך שקיימות הקלקות
10 וצפיות שאינן מתאימות לפרופיל התנהגות של גולש רגיל. בנוסף, גוגל הבחינה בשיעור חריג
11 של הקלקות ביחס לשיעור הצגת המודעה (Click Through Rate-CTR). לגרסתו של קים,
12 בנוסף לחקירת איכות התנועה זוהתה באתר גם הפרת מדיניות – מודעות שמוקמו באופן
13 בולט ומעל כפתורי הניווט לעמוד הבא ובכך גרמו להקלקות שגויות [סעיפים 43-52 ל-נ/10].
14
- 15 30. לאחר ששקלתי את גרסאות הצדדים וטענותיהם, אני רואה לנכון להעדיף את עמדתה של
16 גוגל לפיה ויוה אכן הפרה את הסכם השירות בכך שהאתר שהיה בבעלותה ותחת פיקוחה
17 יצר מניפולציות בתנועה ובהקלקות שבאתר. לכך חמישה טעמים.
18
- 19 ראשית, גוגל צירפה למוצגיה תכתובות פנימיות של צוותי השירות שלה וכן פניות של
20 מפרסמים, מהן עולות תלונות חוזרות ונשנות שעניינן שיעור בלתי מוסבר של הקלקות
21 באתר: תלונה מיום 11.02.2014 באשר לשיעור 18% של CTR ובאשר לתלונות חריגה
22 בשיעור ה – CTR בשבוע שבין סוף ינואר לבין ראשית פברואר [נספח 12 ל-נ/10]; תלונה
23 מיום 27.02.2014 באשר לשיעור בלתי מוסבר של CTR בחודשים ינואר-פברואר בשנת 2014.
24 עם זאת ייאמר כי בחינת התלונה לא לימדה על ממצאים לחובתה של ויוה [נספח 14 ל-
25 נ/10]; תלונה מיום 31.03.2014, באשר לגידול בשיעור ההקלקות באתר המפרסם בתקופה
26 שבין ינואר 2014 לבין מרץ 2014. ממצאי החקירה לימדו על היקף גדול של הקלקות לא
27 חוקיות שסוננו על ידי מערכותיה של גוגל. החוקר מטעמה של גוגל ייחס זאת לאופיו
28 החברתי של האתר, קרי – בשלב זה גוגל טרם הגיע למסקנה כי הפעילות המפרה היא
29 תולדה של פעילות טכנולוגית של ויוה [נספח 15 ל-נ/10]; תלונה מיום 22.04.2014 באשר
30 לחודש שקדם למועד התלונה. התלונה מכוונת כנגד האתר והכתבה "תשעה אנשים שלא
31 תאמין בקיומם" (להלן – **תשעה אנשים**). התלונה כללה הפנייה לכניסות חשודות לאתר
32 המפרסם [נספח 16 ל-נ/10]; תלונה מיום 02.05.2014 באשר להקלקות לא תקיפות. מרביתן



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

1 המכרעת של ההפניות הן מהאתר (וירליוס) [נספח 17 ל-10/נ]. תלונה נוספת מיום
2 08.05.20154 נוגעת להפרת מדיניותה של גוגל במובן זה שמודעות באתר לא סומנו בבירור,
3 דבר שגרם להקלקות בשיעור חריג של 21.14% CTR [נספח 19 ל-10/נ].
4 לא נעלמה מעיני טענתה של ויוה כי מדובר בשיעור זניח של תלונות בהשוואה להיקף
5 החשיפה של האתר. ספק בעיני אם מהבחינה הרעיונית יש ממש בטיעון שכזה, בהינתן כי
6 הגשת תלונה לגוגל כרוכה בפרוצדורה מיוחדת ובידע שספק אם הוא נחלת הכלל, מה גם
7 שההיקף הכספי של הזיכויים בגין תלונות מוצדקות אינו גבוה באופן יחסי (בהנחה
8 שעסקינן במפרסמים קטנים). כך או כך, לא ניתן להתעלם מתלונות אלה, שנערכו בזמן
9 אמת והצביעו על מאפיין דומה – שיעור CTR חריג ובלתי מוסבר, שמיוחס להקלקות בלתי
10 אותנטיות.

11
12 שנית, מר קים, שמשמש כראש צוות אנליסטים, מסר את העדות המרכזית מטעמה של גוגל
13 במשפט. בחקירה שכנגד הוברר כי מר קים משמש למעשה כמנהל צוות האנליסטים של
14 גוגל. צוות זה מופקד על ניטור תנועה לא חוקית והקלקות בלתי חוקיות בפלטפורמה.
15 לגרסתו של מר קים, הפרות התנועה וההקלקות הן הסיבה המכרעת בגינה הושעתה
16 פעילותה של ויוה משירות ה- AdSense [פר' עמ' 119, ש' 1-3]. גרסתו של מר קים לא
17 התערערה בחקירה הנגדית. וכך עלו הדברים בעדותו לפניי :

18
19 **"... הצוות שלי ואנחנו מומחים בזה. אנחנו חוקרים מהן ההקלקות הלא**
20 **חוקיות על כל מו"ל. ייתכן שלמרבית המו"ל יש איזושהי תנועה לא**
21 **חוקית, אבל אנחנו מזהירים וסוגרים חשבונות כאשר הרמות האלה**
22 **חמורות [...] אנחנו בודקים 100 אותות שונים, זה לא דבר אחד. זה תלוי**
23 **בהקשר אם רואים שכל האותות מצביעים על שחקן רע שמנסה לעקוף**
24 **את השיטה אנחנו נותנים זיכוי למפרסמים, מזהירים את המו"ל**
25 **ובסופו של דבר סוגרים את החשבון [...] אבל במקרה הזה אני אישית**
26 **בחנתי את זה מספר פעמים ומספר אנליסטים בחנו את זה ובמקרה**
27 **הזה הגענו להחלטה נכונה"**

28
29 [פר' עמ' 127, ש' 23-29; עמ' 128, ש' 9-10]

30
31 שלישית, לתצהירו של מר קים צורפו תכתובות פנימיות של צוותי השירות של גוגל.
32 תכתובות אלה נערכו בזמן אמת בעת שההליך המשפטי לא היה באופק. מהתכתובות עולה
33 כי בעקבות התלונות שהגישו מפרסמים נערכו בדיקות ובירורים על ידי האנליסטים של



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

1 גוגל. בעקבות התלונה מיום 27.02.2014 נערכה חקירה לפיה לא נמצאו הקלקות בלתי
2 תקפות [נספח 14 ל-10/נ]. עם זאת, בחקירה לגבי תלונה מיום 31.03.2014 נמצא שעיקר
3 ההקלקות נוצרו באתר של ויוה. על פי ממצאי הבדיקה נמצא שיעור גבוה יחסית של
4 הקלקות בלתי תקפות, של כ- 25% (ממוצע מעוגל). על פי החקירה שנערכה מערכותיה של
5 גוגל הצליחו לסנן הקלקות אלה [נספח 15 ל-10/נ]. בחקירה שנערכה בהמשך לתלונה
6 מראשית חודש מאי נמצאו הקלקות וצפיות מסוימות שאינן תואמות את התנהגותו
7 הרגילה של הגולש (user). לנוכח ממצאי החקירה השיבה גוגל תשעה דולר למפרסם בגין
8 הקלקות שגויות [נספח 17 ל-10/נ]. ביום 07.05.2014 נערכה פנייה של צוות האנליסטים
9 בגוגל אל אורן לפקוביץ', מנהל הלקוחות בישראל, ובה הוא עודכן באופן אוטומטי כי האתר
10 נמצא מפר את תנאי הסכם השירות. על פי ההודעה, ההפרות מתייחסות להקלקות בלתי
11 חוקיות (Invalid Clicks) וכן מיקומים מטעים של פרסומות בסמוך לחלונית "עבור לעמוד
12 הבא", באופן שיוצר הקלקות שווא [נספח 18 ל-10/נ]. הודעות אלה שנערכו, על פי עדותו
13 של מר קים, כחלק מבדיקות שערך צוות האנליסטים בגוגל, מלמדות על קיומן של הפרות
14 בזמן באמת, עוד בטרם נולד ההליך דנן. יש בתכתובות פנימיות אלה כדי לחזק מאוד את
15 גרסתו של מר קים לפניי.
16
17 רביעית, שיעור ה- CTR בתקופה שעד למשלוח ההתראה הראשונה של גוגל אל ויוה, עמד
18 על כ- 4.7% בממוצע [סעיף 44 (ג) לחוות דעת סבר ת/2; סעיף 34 לתצהירו של פרופ' דקל
19 ת/4; מסמך מס' 209 למסמכי גוגל]. מדובר בנתון אמפירי שאינו שנוי במחלוקת במשפט.
20 נתון סטטיסטי זה מלמד על כך שמתוך כל 1,000 מודעות שנצפו, הוקלקו 47 מהן. לסבר
21 את האוזן, לגרסתו של מר גולן מחברת טבולה שיעור של 0.72% הוא גבוה "אבל ממוצע
22 לסוג התוכן הוויראלי" [פר' עמ' 40, ש' 12]. לפיכך, שיעור של 4.7% הוא שיעור גבוה מאוד
23 של יחס חשיפה/הקלקה. יחס כה גבוה תומך בגרסתו של מר קים, בעניין הפרות תנועה
24 והקלקות באתר. אציין כי זהו נתון ממוצע. בתלונות שהציגה גוגל מצד מפרסמים שונים
25 היו "גלי הקלקות" באחוזים גבוהים הרבה יותר ובפרקי זמן קצרים. גם בכך יש להעיד על
26 התנהגות בלתי סבירה של משתמשים, דבר שמחזק מאוד את טענתה הבסיסית של גוגל
27 ליצירת מניפולציות על ההקלקות באתר.
28
29 חמישית, ייחוס הפרות של הסכם השירות לויוה היא פעולה שמנוגדת לאינטרס הכלכלי
30 הישיר של גוגל, שהיא שותפה משמעותית לרווחיה של ויוה מהאתר. כך, על פי התנאים
31 המסחריים של שירות ה- AdSense, גוגל זכאית לקבל 32% מהכספים שנגבו
32 מהמפרסמים באתר בגין ההקלקות (PPC). מכאן, שהכרה בהקלקות בלתי תקיפות,



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מזיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

משמעה גרימת הפסד ישיר לגוגל. בהינתן כי גוגל לא ידעה באותה עת על הקשר שבין איירדן לבין ויוה, ברי כי ייחוס ההפרות לויוה כמו גם השבת כספים למפרסמים היא פעולה שגורמת נזק כלכלי ישיר לגוגל. בנסיבות שכאלה, הנחת המוצא היא כי גוגל לא תמהר להטיל את האחריות להקלקות בלתי תקפות על ויוה וממילא תימנע לייחס לה הפרות, כל עוד הדבר אפשרי. ייחוס ההפרות לויוה בנסיבות שכאלה מוביל למסקנה כי עסקינן בהפרות משמעותיות, מהסוג שגוגל לא הייתה יכולה להתעלם מהן.

31. לא נעלמה מעיני עמדתו של מר סבר בחוות דעתו, לפיה האתר לא הפר את הסכם השירות. ברם, לא אוכל להעניק למסקנתו של המומחה מר סבר משקל רב.

כפי שעלה מחוות דעתו, מר סבר התבסס בעיקר על מסמכים מודפסים. עיקרם של אלה היו תדפיס עמוד הבית בכתבה תשעה אנשים ומסמכים שהעבירה גוגל במסגרת ההליכים המקדמיים [ראו סעיפים 1-3 לחוות הדעת ת/2]. בחקירה שכנגד התברר כי מר סבר התבסס על מידע שהעביר לו בא כוחה של ויוה. מר סבר לא בחן את האתר "בפעולה", אלא הסתמך על התדפיסים שהועברו לו. מבחינת האתר, היה זה דף הבית בלבד – תשעה אנשים. וכך עלו הדברים בעדותו לפניי :

"ש. כשכתבת את חוות הדעת לא ראית את אתר וירליוס פועל ברשת

בזמן אמת?

ת. ביקשתי לראות את אתר וירליוס פועל בזמן אמת, האתר לא היה באוויר בזמן שקיבלתי את החומרים וביקשתי לראות תדפיסים וביססתי את זה לפי הניסיון שלי. לא ראיתי את האתר לייב כי הוא לא היה און ליין.

ש. מתשובתך הבנתי שביקשת גם לראות אם לא לייב, ביקשת לראות גיבוי, עמודים ואתה אומר לא קיבלתי, קיבלתי מה שצירפתי לחוות הדעת אבל את כל האתר לא קיבלתי.

ת. על מנת לבסס את חוות דעתי ביקשתי לראות מוצר חי, ברגע שלא קיבלתי שאלתי אם יש גיבוי ונאמר לי שאין גיבוי ולכן נשענתי על החומרים שעמדו לרשותי, תדפיסים וכתבות של האתר. אני יכול להקיש על איך האתר עובד על פי המראה שלו."

[פר' עמ' 42, ש' 12-20]



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

1 בחקירה שכנגד אף התברר כי לא היו בידי מר סבר אמצעי עזר נוספים בכדי לבסס את
2 מסקנתו שנתוני האתר לא משקפים פרקטיקה פסולה שנועדה ליזום או לעודד קליקים
3 בלתי תקפים. כך, מר סבר לא התבסס על דוחות תוכן של ויוה. מר סבר לא בחן את עיצוב
4 האתר (מסמכי LayOut) ולא ראיין את מר אבידר וממילא לא בחן את התוכנה או הידע
5 הטכנולוגי בו נעשה שימוש לצורך הפעלת האתר. כתוצאה מפרקטיקה פסולה זו, לא עלה
6 בידי מר סבר לספק תשובות של ממש לנתוני ה – CPR הגבוהים שאפיינו את האתר עד
7 לאמצע חודש מאי 2014. וכך עלו הדברים בחקירתו לפניי :

8
9 **"ש. תסתכל בסעיף 17 לתצהיר דקל. האתר קנה 55 מיליון גולשים.**

10 **הוא מדבר על ייבוא וייצוא. האתר ייבא 55 מיליון גולשים וייצא 10**

11 **מיליון גולשים, זאת אומרת 18% מהגולשים הקליקו על פרסומת גוגל**

12 **כשהיו באתר וירליוס. אתה מסכים איתי שזה נתון גבוה ביותר?**

13 **ת. זה נתון טוב.**

14 **ש. אתה יודע איך הם עשו את זה?**

15 **ת. אני יכול לשער. מכיוון ולא ראיתי את האתר הפיזית אני יכול לשער**

16 **לפי החומרים שקיבלתי."**

17
18 [פרי' עמ' 51, ש' 12-18]

19
20 הנה-כי-כן, חוות דעתו של מר סבר התבססה על תדפיסים חלקיים בלבד ועל השערות,
21 במקום שתהא מבוססת על אנליזה שנערכת לאתר פעיל. למעשה, כל שיש בחוות הדעת הן
22 השערות וסברות מדוע התלונות שעולות ממסמכי גוגל, אינן מלמדות על התמונה המלאה.
23 אולם, חוות הדעת, באופן בו ניתנה, אינה מפריכה את התלונות לגופן וממילא אינה מפריכה
24 את הראיות שסיפקה גוגל באשר להפרות של הסכם השירות על ידי ויוה.

25
26 32. לנוכח מכלול הראיות שנסקרו לעיל, אני קובע כי גוגל הרימה את נטל השכנוע שמוטל עליה

27 להוכחת טענתה המרכזית לפיה, ויוה אכן הפרה את תנאי הסכם השירות. התרשמתי כי
28 האתר אותו ויוה הפעילה, באמצעה הטכנולוגים, גרם לעיוותי תנועה והקלקות
29 מלאכותיות. בנסיבות אלה, גוגל פעלה כדין עת מסרה לויוה התראה בעניין הפרת תנאיו
30 של הסכם השירות [נספח 20 ל-10].

31 על פי הודעת ההתראה, מיום 12.05.2014, יוחסה לויוה פריסה שמעודדת קליקים
32 אקראיים, כגון : הצבת מודעות ליד משחקי flash, הצבת מודעות ליד סרגלי הניווט, הצבת
33 מודעות וקישורים לאתרים אלה ליד אלה וכיו"ב. בהודעת ההתראה אף צורפה כתובת



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

- 1 (link) של הדף המפר, תוך הדגשה כי כתובת האתר מהווה דוגמא בלבד וייתכן כי ההפרות
2 חוזרות על עצמן בדפים אחרים באתר.
3
4 33. בהליך שהתנהל לפניי, גוגל ביקשה שלא לחשוף את מערכות הניטור שלה. מערכות אלה,
5 כך אליבא דמר קים, הן "מנגנון מורכב ומתוחכם, שנועד לנטר, לאתר ולזהות ניצול לרעה
6 של AdSense, הנחוץ על מנת לשמר את אמון המפרסמים במערכת אקולוגית זו". גוגל
7 הדגישה כי מנגנוני הניטור שלה הם אחד הסודות המסחריים העיקריים והשמורים של
8 גוגל. כל חשיפה של מידע שקשור למנגנוני הניטור הסודיים של גוגל עלול לאפשר לגורמים
9 השליליים (Bad Actors) להבין טוב יותר את פעולות ההגנה בכדי לחמוק מהן בעתיד
10 [סעיפים 32-33 לנ/10]. אין מדובר במילים בעלמא - מחומר הראיות שהובא לפניי עולה
11 שהאנליסטים של גוגל זיהו ניסיונות של ויוה לעקוף את מערכות ההגנה והניטור של גוגל.
12
13 גוגל מהווה "גורם ביניים" בזירה האינטרנטית, בדומה לגורמי ביניים גלובאליים אחרים
14 כדוגמת: eBay ו-Facebook. לגורמי הביניים קיימת אחריות באשר לזירה האינטרנטית
15 אותה הם מנהלים. לדוגמא, גורמי הביניים מחויבים שלא לתת יד להפרה של זכויות ברשת
16 [ראו סעיף 512 ל - Digital Millennium Copyright Act (DMCA) שם מיושם משטר
17 הודעה והסרה. הסדר דומה אומץ בפסיקה הישראלית - שרון בר-זיו וניבה אלקין קורן, בין
18 שתי זירות: אכיפת זכויות יוצרים ברשת האינטרנט, **משפטים** מח 411, 417-419 (2019)
19 (להלן - **בר-זיו ואלקין קורן**).
20 בענייננו, עסקינן בפלטפורמה דיגיטלית ובמודל עסקי שמאפשר יצירת תוכן והכנסות
21 באמצעות פרסומות מותאמות אישית (Google AdWords, כיום Google Ads). התגמול
22 לבעל האתר בשירות ה - AdSense מבוסס על הקלקות. גוגל אינה יכולה להישאר אדישה
23 להפרות למיניהן שמתרחשות בפלטפורמת הפרסום הדיגיטלית אשר חוסה תחת שליטתה
24 וניהולה, הן מבחינת אחריותה החוזית כלפי הקבוצות השונות שפועלות בה והן מתוקף
25 מעמדה כגורם ביניים בזירה האינטרנטית. לנוכח אחריות זו, קיים אינטרס כבד משקל,
26 לאפשר לגוגל לקיים מערכות ניטור שנועדו להקנות לה את היכולת למלא את תפקידה
27 הנורמטיבי והמערכתי בזירה הדיגיטלית. כל פגיעה במערכת הניטור משמעה גם פגיעה
28 בתפקידה של גוגל כגורם ביניים בזירה הדיגיטלית ובציפייה ממנה כי תתרום את חלקה
29 למניעת תופעות שליליות ברשת.
30
31 34. בסיכומיהם, הלינו באי כוחה של ויוה על כך שגוגל לא חשפה את מערכות הניטור שלה
32 במשפט. לשיטתם, לא הייתה מניעה מלעשות כן, תחת חסיון ומגבלות שיוטלו במסגרת



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 18763-04-15 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

- 1 ההליך. לפיכך, יש לדחות את כל טענותיה של גוגל שעניינן ממצאי מערכת הניטור
2 שסודיותה נשמרה.
3
4 אין בידי לקבל טענה זו.
5
6 ראשית, כפי שצינתי קיימים שיקולים מערכתיים שמטים את הכף אל עבר הגנה על סודיות
7 מערכות הניטור של גוגל. שיקולים אלה מקבלים משקל מוגבר שעה שאחת הטענות כנגד
8 ויוה היא שניסתה לעקוף את מערכות ההגנה של גוגל.
9
10 שנית, טענה זו אינה יכולה להישמע מצידה של ויוה, שאחד ממנהליה, ומי שבדו מצוי עיקר
11 הידע הטכנולוגי, סירב למסור מידע בעדותו בבית המשפט, שעה שהוא נחקר בחקירה
12 שכנגד על ידי באת כוחה של גוגל.
13
14 שלישית, גוגל היא שנטלה על עצמה את הסיכון, שעה שטענה לחסיון מערכת ההגנה שלה,
15 כי לא יעלה בידה להרים את נטל השכנוע באשר להפרת הסכם השירות על ידי ויוה (הגם
16 שבסופו של יום, נוכחנו כי גוגל סיפקה שלל ראיות חלופיות לצורך זה).
17
18 35. כאמור, ביום 12.05.2014 נמסרה לויוה הודעת התראה ראשונה מצידה של גוגל, בגין הפרת
19 הסכם השירות. בחינת טיבה ורמת הפירוט של הודעת ההתראה מלמדת כי היא קונקרטית,
20 תואמת את אופיין של ההפרות מצד ויוה ויש בה למקד כראוי את המפר בטיב ההפרות
21 ובצורך בתיקון. אני דוחה אפוא, את טענתה של ויוה כאילו הודעת ההתראה לא הייתה
22 ברורה, או כאילו לא היה בה לאפשר את תיקון ההפרה בכל הנוגע להפרות התנועה
23 וההקלקה על ידי ויוה.
24
25 36. אליבא ויוה היא עשתה כל שביכולתה כדי לתקן את ההפרה שיוחסה לה.
26 כך, בעקבות ההתראה מיום 12.05.2014 החליט פרופ' דקל על ניתוק האתר משירות ה -
27 AdSense עד לבירור העניין. בבדיקה פנימית שנערכה בויוה על ידי פרופ' דקל "התברר כי
28 אין יסוד לתלונה". עם זאת, נערכו שינויים בעיצוב האתר, בכדי ליצור מרווחי בטיחות
29 גדולים יותר בכדי למנוע טענות מהסוג שהועלו על ידי גוגל. לאחר השלמת התהליך, הושב
30 האתר לשירות ביום 27.05.2014 [סעיפים 31-32 ל-ת/4]. לחיזוק גרסתו, הסתמך פרופ' דקל
31 על תצוגה גראפית של נתונים סטטיסטיים של האתר כפי שהופקו בתוכנת Google
32 Analytics. מתוך הגרף שצורף לתצהירו של פרופ' דקל ניתן ללמוד על ניתוק האתר משירות



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

ה - AdSense במחצית השנייה של חודש מאי וכן ניתן ללמוד על שינוי בפעילות – עליה
בכמות הפרסומות לצד ירידה בהכנסות [נספח 12 ל-4/1 וכן נ/1].
אסמכתא נוספת לתיקון ההפרה, לשיטתו של פרופ' דקל, הן סימון ההתראה הראשונה
וההתראה השלישית מיום 15.07.2014 ככאלה שבאו על פתרון (resolved). לפיכך, טענה
ויוה, כי השעייתה משירות ה - AdSense נעשתה שלא כדין.

מנגד, לטענתה של גוגל, ההפרה של הסכם השירות לא תוקנה. בהמשך חודש מאי, לאחר
העלאתו של האתר מחדש, חזרו על עצמן התלונות המוכרות, אליהן התווספו גם תלונות
בעניין תוכן (הוספת דפים בעלי תוכן למבוגרים ולבוגרים) ובעניין ריבוי מודעות (דבר
שמהווה הפרת מדיניות). הואיל וההפרות לא תוקנו, נערכה חקירה נוספת על ידי צוות גוגל.
בחקירה נמצא כי לא רק שההפרות לא תוקנו, אלא שויוה מנסה לבצע מעקף של מערכות
ההגנה של גוגל. בנסיבות אלה, הודיעה גוגל לויוה ביום 21.07.2014 על סיום ההתקשרות
עימה.

37. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים אני רואה לנכון לקבוע כי על פי הראיות שהובאו לפניי,
ויוה לא תיקנה את הפרות הסכם השירות.

ראשית, ויוה לא הציגה את האתר כראיה מטעמה במשפט. כשל ראיתי זה נזקף לחובתה,
שכן עסקינן בראיה שאמורה להיות בשליטתה של ויוה. יתר על כן, הסכסוך בעניינה של
ויוה התגלע כבר בחודש מאי 2014. באותה עת הייתה תביעת איירדן כנגד גוגל תלויה
ועומדת לפני בית המשפט השלום בתל-אביב (ת"א 1037-01-14). בנסיבות אלה לא ברור
מדוע לא נערך גיבוי לאתר בכדי שיוגש כראיה במשפט. יתרה מכך, אי-הצגת האתר בפורמט
"לפני ואחרי", מחלישה מאוד את המסד העובדתי בטענתה של ויוה, לפיו היא אכן פעלה
לשיפור האתר בכדי שההפרות שייחסה לה גוגל יתוקנו. התשובות שסיפקה ויוה באשר
לאי-הצגת האתר כראיה במשפט אינן מניחות את הדעת. כך, כאשר נשאל פרופ' דקל מדוע
האתר לא גובה בכדי שניתן יהיה להציגו במשפט נאמרו הדברים הבאים :

"ש. האם אני יכולה לראות את אלפי הכתבות שהזכרת?

ת. אלפי הכתבות היו באתר, אם היינו ממשיכים בפעילות היינו רואים
הרבה כתבות אחרת.

ש. איפה ההעתק של הכתבות שהזכרת? האם אני יכולה לראות העתק
של אלפי הכתבות שהזכרת?

ת. לפי מיטב ידיעתי לא שמרנו העתק.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני:

- 1 ש. מה זה לפי מיטב ידיעתי? אתה מנכ"ל החברה ואיש עם רקע ניהולי
- 2 עשיר ביותר. האם אתה יודע או לא יודע אם שמרתם העתק של הכתבות?
- 3 ת. לפי מיטב ידיעתי אין לנו העתק של הכתבות.
- 4 ש. זו חברה של 3 אנשים שהם בעצם שניים, אתה ודן אבידר. ביניכם
- 5 אתה כמנכ"ל ואחרי ששמענו את תפקידך בחברה, האם אתה לא יודע
- 6 אם יש גיבוי לאתר?
- 7 ת. זו עדותי שלא ידוע לי על שום גיבוי לאתר מהסיבה הפשוטה בעולם
- 8 שבו נמצאים ב"ענן" חברות תשתיות הענן מבטיחות גיבוי מלא של האתר
- 9 ללא שום צורך ליצור עותק שלו.
- 10 ש. מי היא חברת הענן שאירחה את אתר וירליוס בעת שהיה פעיל?
- 11 ת. חברת סופט לייר.
- 12 ש. האם פניתם לחברת סופט לייר לבקש גיבוי של האתר?
- 13 ת. לאחר שהפסקנו פעילות באתר האתר עמד והיה קיים חצי שנה אני
- 14 חושב עד סוף 2014. לאחר מכן לא ראינו לנכון להמשיך לשלם לסופט
- 15 לייר ולהחזיק אותו והוא פשוט נעלם.
- 16 ש. האם בעקבות המשפט והתביעה שהגשתם פניתם לחברת סופט לייר
- 17 וביקשתם לבדוק אם יש גיבוי של האתר ולקבל העתק?
- 18 ת. אני לא ביצעתי פעולה כזו ולא ביקשתי העתק ואם היה לי העתק
- 19 הייתי משתף אותו כי אין מה להסתיר.
- 20 ש. למה לא פניתם לסופט לייר לבקש העתק של האתר?
- 21 ת. מאיזה צורך?
- 22 ש. כי גוגל ביקשה בהליכי גילוי מסמכים לבקש גיבוי של האתר. האם
- 23 ידוע לך שגוגל ביקשה?
- 24 ת. אני לא ידעתי שגוגל ביקשה גיבוי מלא של כל האתר.
- 25 ש. אני מראה לך תצהיר שלך שניתן בינואר 17, בתקופה שעסקנו בשאלה
- 26 למה אתם לא מוסרים לנו מסמכים. מפנה לתצהיר שלך ובחתימה שלך
- 27 ובמה שכתוב בסעיף 1 לתצהיר. האם נכון שבסעיף 1 כתוב ואני מצטטת.
- 28 השאלה היא שבניגוד למה שאמרת כן ידעת שגוגל ביקשה כי השבת
- 29 לבקשה ואמרת שאין.
- 30 ת. חד משמעית לא היה.
- 31 ש. האם נכון שספק שירותי הענן סופר לייר לא נזכר בכלל בסעיף 1
- 32 שמזכיר את וורד פרס.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

ת. אתר וירליוס הוקם באמצעות סופט לייר וורד פרס. וורד פרס איננה לפי מיטב ידיעתי נותנת שירות של גיבוי וגם לא ביקשנו ובתקופה שהאתר היה קיים בענן הגיבוי שלו היה אוטומטי במובן שהוא קיים בענן ופלטפורמת סופט לייר דואגת לשלמות האתר. אתר אינטרנט הוא דבר חי ומשתנה מיום ליום, בדרך כלל לא נהוג לשמור העתקים או גיבויים של אתרים.

ש. שאלתי למה בתצהיר שנתת בינואר 2017 אתה כותב הפוך ממה שאתה אומר עכשיו.

ת. אם היה לי גיבוי בשמחה הייתי נותן אותו."

[ההדגשים הוספו – א.ש.; פר' עמ' 72, ש' 24-35; עמ' 73, ש' 1-26]

תשובותיו של פרופ' דקל מלמדות על התנהלות בלתי סבירה (ואף בלתי אחראית) אל מול הליכים משפטיים צפויים. יש בכך כדי להקים חזקה שהאתר היה בגדר "ראיה מזיקה" לתביעה דנן, שאם לא כך, הייתה ויוה פועלת בכל כוחותיה להעמידו כראיה במשפט, ואף מאפשרת את בחינתו על ידי מומחי הצדדים או מומחה מטעם בית המשפט [ע"א 548/78 אלמונית נ' פלוני, פ"ד לה (1) 736, 760 (1980); ע"א 55/89 קופל (נהיגה עצמית) בע"מ נ' טלקאר חברה בע"מ, פ"ד מד (4) 595 (1990); ע"א 2275/90 לימה חברה ישראלית לתעשיות כימיות בע"מ נ' רוזנברג, פ"ד מז (2) 605, 614 (1993); ע"א 9656/05 שורץ נ' רמנוף חברה לסחר וציווד בניה בע"מ (פורסם בנבו, 27.07.2008)].

שנית, פרופ' דקל לא מסר גרסה כלשהי באשר לעצם השינוי שנערך בתפעול האתר, זולת ציון העניין עצמו [סעיף 34 ל-4]. גם בתצהירו של מר אבידר, שהוא הגורם המקצועי שאחראי על תפעול האתר והשימוש בתוכנה, לא נמסר מידע קונקרטי, למעט אמירה כללית לפיה "מטרת השינויים היתה ליצור מרווחי בטחון גדולים ... שיבטיחו שמשתמשים לא יקליקו בטעות על פרסומות" [סעיף 15 ל-3]. מר אבידר נחקר בחקירה צולבת באשר לסוגיה מהותית זו. אולם, למרות הבמה הנרחבת שניתנה לו למסור גרסה ברורה, חדה ובהירה, הוא בחר למסור גרסה כללית, מעורפלת וחמקמקה :

"ש. אתה כתבת בתצהיר עשינו שינויים מבניים ותפעוליים מהותיים.

ביקשנו מסמכים על זה ולא קיבלנו כלום. מה עשית?

ת. אני זוכר שלקחנו את הפרסומות והזזנו אותם מכל מקום אחר...

[...]



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני:

- 1 ש. היית אובד עצות, לא ידעת מה רוצים ממך אבל שבועיים עבדת. מה
- 2 עשית בעבודה של השבועיים האלה?
- 3 ת. חלק מהעבודה היה לנסות להבין מה עושים, כי לא ברור מה צריך
- 4 לעשות ואין לנו עם מי לדבר.
- 5 ש. מה היו השינויים המהותיים שעשית?
- 6 ת. ממה שאני זוכר עשינו את השינוי של התבנית של האתר.
- 7 ש. מה זה אומר?
- 8 ת. אין לי כרגע מול העיניים מה בדיוק נעשה. זה נעשה לפני 4 שנים.
- 9 מה שהיה באינטרנט היה פתוח לכולם. האתר שלנו היה נשמר על ידי
- 10 גוגל כמה וכמה פעמים. גם אצלכם אין את הסיפור הזה, זה מאוד
- 11 מפתיע אותי. אני לא מצליח להבין איך אין לגוגל את הדוגמא הזו.
- 12 ש. האם אתה ופרופ' דקל דיברתם על השינויים שהיה צריך לעשות
- 13 באתר, האם היו לכם מעבר לדיבור, חומרים שאיתם יוצאים לדרך עם
- 14 הפרויקט הזה? שרטוטים, סקיצות?
- 15 ת. לא זוכר.
- 16 ש. האם באותה תקופה היו בינך לבין פרופ' דקל, אימיילים ששלחתם
- 17 האחד לשני. האם היו התכתבויות בנושא הזה ובתקופה הזו?
- 18 ת. יכול להיות, צריך לבדוק.
- 19 ש. האם יכול להיות שחלק מהשינויים שעשיתם זה הגדלת מס'
- 20 הפרסומות בכל עמוד באתר?
- 21 ת. יכול להיות.
- 22 ש. מפנה לסעיף 34 לתצהיר של דקל (מצטטת).
- 23 ת. לא זוכר את זה ספציפית. כשאומרים כמות פרסומות למה הכוונה?
- 24 הגרף הזה מודד אימפריישן שזו הופעה של מודעה. זה לא אומר שהוצגו
- 25 פה 5 מודעות על דף או מודעה אחת. זה אומר שהיתה צפייה במודעה.
- 26 כמה מודעות היו 10 או 300 זה לא מציין. הגרף הזה זה כמות פרסומות.
- 27 ש. תראה מה כותב פרופ' דקל לאחר השינוי חלה עליה משמעותית
- 28 בכמות הפרסומות שהוצגו.
- 29 ת. את לא מבינה אבל מונח בסיסי. כמות הפרסומות שהוצגו זה
- 30 אימפריישן – כמות מודעות שמוצגות.
- 31 ש. אני לא מדברת על קליקים.
- 32 ת. אבל זה קשור לגרף.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

ש. האם נכון שבעקבות השיפוץ כמות האימפריי שנס גדלה דרמטית כי
הגדלתם את כמות הפרסומות בכל עמוד?
ת. אני לא זוכר. אני לא מבין למה אתם לא מביאים את התמונות?"

[פר' עמ' 73, ש' 18-20; עמ' 74, ש' 30-35; עמ' 75, 1-26]

שלישית, כפי שעלה ממוצג נ/1, מתצהירו של פרופ' דקל ומעדותו של מר אבידר, האתר
הושבת משירות ה- AdSense למשך כשבועיים. לאחר מכן, וכעולה מסעיף 34 לתצהירו
של פרופ' דקל, חלה עליה בכמות הפרסומות שהוצגו באתר. נתון זה לצד עדותו של מר
אבידר, מלמדים על סבירות רבה כי האתר הגדיל את היקף השטחים שמיועדים למודעות
(פרסומות). ממצא זה מתיישב עם המובא בתצהירו של פרופ' דקל לפיו הוא הורה על שינוי
בעיצוב האתר והגדלת מרווחי הביטחון. כפי ששנינו, ויוה לא הציגה כראיה מטעמה את
האתר במתכונת של "לפני ואחרי" באשר לשינוי העיצוב מן היסוד, כטענתה. כל שניתן
להסיק מהתיאור המילולי הלאקוני שנמסר על ידי עדיה של ויוה הוא שנערך שינוי בעיצוב
האתר והוגדלה החשיפה לפרסומות באתר [עניין הגדלת החשיפה אף נלמד ממוצג נ/1]. לא
ברור מה הקשר בין שינוי זה לבין בעיית ההקלקות שאפינה את האתר וגרמה למשלוח
הודעת ההתראה הראשונה של גוגל. ממילא לא ברור כי ההגדלה בחשיפה לפרסומות אינה
את תופעת הקליקים המלאכותיים.

רביעית, למרות השינוי בעיצוב, המשיכו להגיע תלונות מפרסמים אל גוגל. אף צוותי
הבקרה של גוגל הבחינו בהפרות נוספות באתר. ביום 30.05.2014, כשלושה ימים לאחר
חיבור האתר מחדש לשירות ה- AdSense נשלחה התראה שניה לויוה. על פי ההתראה
זוהתה "לאחרונה" רמה משמעותית של פעילות לא חוקית שמייצרת הקלקות מלאכותיות
במודעות גוגל. בהתראה זו הזהירה גוגל את ויוה כי היא צפויה להפחתת התקבולים עקב
החזרים למפרסמים בגין הקלקות השווא וכן כי היא עלולה להיות מושבתת משירות ה-
AdSense [נספח 24 ל-10]. בניגוד לטענתה של ויוה בסיכומיה, ההתראה אינה מתייחסת
לתקופת ההדממה משירות, אלא מדובר בהתראה עצמאית, אשר סמיכות הזמנים מעידה
עליה כי היא מבוססת על ממצאי ביקורת פנימית בגוגל מיום 30.05.2014. באותה ביקורת
תועדה תלונה ובדיקה באשר להפרת מדיניות באתר, בעניין הקלקות לא תקפות (large
amount of invalid traffic). כתוצאה מהבדיקה של גוגל בוצע החזר למפרסם בסך 40
דולר [נספח 23 ל-10].



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

- 1 גם אם אניח לזכותה של ויוה כי התכתבויות אלה מתייחסות לאירועים שהתרחשו לפני
2 27.05.2014 (מועד חיבורו מחדש של האתר לשירות), עדיין קיימות לא מעט התכתבויות
3 מזמן אמת בתוך גוגל באשר להפרות נוספות באתר : ביום 01.06.2014 התקבלה תלונה מצד
4 מפרסם באשר לריבוי פרסומות בדף [נספח 25 ל-נ/10]; ביום 07.07.2014 התקבלה תלונה
5 באשר לריבוי הקלקות בלא שנעשה שינוי מצד המפרסם, שהניח כי מדובר בהקלקות מצד
6 מתחרים. צוות הביקורת הודיע כי הוא חוקר את החשבון כבר שישים ימים אך ביקש פרק
7 זמן נוסף לבצע חקירה בעניין זה, תוך שהוא מעדכן את צוות השירות כי ככל שיתברר כי
8 נוצרו קליקים בלתי תקפים המפרסם יזוכה בהמשך [נספח 26 ל-נ/10]; ביום 10.07.2014
9 התקבלה תלונה נוספת באשר להפרת מדיניות בדף "תשע אנשים" שבאתר. על פי התלונה,
10 כל קישור בודד הוא סוג של פרסומת, כלשון הפונה : "every single links some kind of
11 ad. What is this junk" [נספח 29 ל-נ/10]; ביום 15.07.2014 נשלחה לויוה התראה שלישית.
12 בשונה מקודמותיה, הודעה זו עסקה גם בהפרת תוכן של האתר – הצבת תוכן למבוגרים
13 או לבוגרים בדפים בהן מוצבות מודעות גוגל [נספח 31 ל-נ/10]. עם זאת, לזכותה של ויוה
14 ייאמר כי מדובר בהפרת תוכן מינורית, אם בכלל, מאחר שככל הנראה ההתראה כוונה
15 למספר תמונות בהן נראו נשים לבושות בבגד ים וכן זוג מקרב את שפתותיו זה אל זה [נספח
16 11 ל-נ/10]. אולם, בכך לא סגי – ההתראה עוסקת גם בליקוי נוסף : שינוי התנהגות המודעות
17 של גוגל, במובן זה שהוצבו יותר משלוש מודעות בדף.
18 עיון בתכתובות הפנימיות דלעיל שנערכו בזמן אמת, מלמד על המשכם של הליקויים
19 הקודמים (ריבוי הקלקות בלתי מוסבר, הסוואת פרסומות בתוך קישוריות) והתווספות
20 של ליקוי מסוג חדש – ריבוי מודעות גוגל בדף. זהו ליקוי חמור יחסית שמוגדר כהפרת
21 מדיניות גוגל בשירות ה- AdSense.
22
23 38. המומחה מטעמה של ויוה, מר סבר, קבע בחוות דעתו כי לאחר ביצוע ההדממה באתר, ירד
24 שיעור ה- CTR באתר לשיעור ממוצע של 0.63% בהשוואה לשיעור של 4.7% בתקופה שלפני
25 ההשבתה משירות ה- AdSense. לשיטתו, נתונים אלה "שוללים אינדיקציה כללית לכך
26 שהאתר עודד או גרם לקליקים לא תקפים" [סעיף 46 ל-ת/2]. בהקשר זה אציין כי
27 המסמכים עליהם הסתמך מר סבר לא צורפו לחוות דעתו, וההפניה למסמכי ההליכים
28 המקדמיים אינה יכולה לרפא כשל ראיתי זה. יותר מכך, לא ברור כיצד נערכה
29 הסטטיסטיקה המדוברת – האם היא הסתיימה מיד ביום 21.07.2014 עם הפסקת שירות
30 ה- AdSense באתר, או שמא מעט מאוחר יותר, דבר שעלול ליצור הטיה בנתונים.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני:

אולם, גם אם אניח כי אכן חלה ירידה משמעותית בשיעור ה-CTR, אין בכך ללמד כי הופסקה תופעת ההקלקות הבלתי חוקיות באתר, כפי שעלה מתלונות וביקורות שתועדו בזמן אמת אצל גוגל, לאחר תקופת ההדממה. לא זו אף זאת, התכתובות בעניין ההפרות שיוחסו לויוה, לצד עדויותיהם של פרופ' דקל ומר אבידר מלמדות כי ויוה הגדילה מאוד את היקף הפרסומות שהוצגו באתר. בדומה לעדויותיהם של אנשי ויוה, גם מר סבר הסכים להנחת המוצא כי על פי מוצג נ/1 ועל פי גרסתו של פרופ' דקל באשר לשינוי שבוצע באתר, קיימת סבירות שהוגדל מספר המודעות שהוצגו בדפי האתר:

"ש. בתצהיר יש 2 גרפים ומר דקל מפרט מה זה כל גרף, יש גרף כחול ואדום. הגרף הכחול של הכנסות, תשלומים מגוגל על קליקים וגרף אדום. גם פה יש דרופ, את השבועיים עצירה. אני אשאל שאלות השוואה בין לפני ואחרי. אתה מסכים איתי שלפני השיפוץ יש ממוצע של 2.5 מיליון מופעים והממוצע עולה ל- 7.5 מיליון מופעים, יש פי 3 הצגת מודעות. ת. כן.

[...]

ש. האם ייתכן שאחת הדרכים זה הגדלת מספר המודעות בעיצוב העמודים של האתר?
ת. ייתכן, זה לא הדבר הראשון שהייתי הולך עליו.
ש. למרות שהוגדלו מספר המודעות פי 3 לא נשמרה אותה רמת קליקים, כמות הקליקים צנחה פי 3.
ת. כמות הקליקים צנחה.
ש. זאת אומרת מספר המודעות קפץ פי שלוש וכמות הקליקים נחתה חלקי 3.
ת. אמת."

[פר' עמ' 53, ש' 19-35]

39. על פי התקנון, שמהווה חלק מהסכם השירות, נאסר על בעל האתר להציג יותר משלוש מודעות לתוכן בכל דף [ראו בתקנון תחת כותרת המשנה: "מדיניות ספציפית למוצר"]. לפיכך, הגדלת מספר המודעות מהווה הפרת מדיניות נוספת, מעבר לעניין ההקלקות הבלתי



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

חוקיות וההפרות הנוספות שקשורות למקורות תנועה (כגון: קישורים מוסתרים; הצגת מודעות כתוצאה מביצוע פעולות ביישומי תוכנה וכיו"ב).
סיכומם של דברים - ויוה לא סיפקה הסבר מפורט באשר לשינוי שבוצע באתר. התרשמתי כי מדובר בשינוי עיצובי בלבד, שלא כלל תיקון בתוכנה. השינוי העיצובי אכן הקטין את שיעור ה-CPR, אך ספק אם הוא הביא לפתרון ממשי בעניין איכותן של ההקלקות. יתר על כן, מתוך הראיות שהובאו לפניי, עולה כי השינוי שבוצע לא פתר את עניין הפרות התנועה וגרם להפרת מדיניות נוספת - ריבוי מודעות ביחס לכל דף תוכן באתר.

40. סימון הודעות ההתראה הראשונה והשנייה של גוגל בתיבת הטקסט "resolved", אינו מלמד כי גוגל בחנה את האתר לאחר ההדממה ומצאה אותו תקין וראוי. כעולה מחקירתו של פרופ' דקל מי שסימן את תיבת הטקסט בחשבון ה-AdSense, היה לא אחר מאשר הוא עצמו:

ש. יש פה בתחתית המסך תאריך 12.05, זו ההתראה הראשונה, כתוב ואני מצטטת. המשפט אומר בממשק אד סנס סימנת את ההתראה כפתורה, אנא המשך לבדוק את כל האתר שלך על מנת להימנע מהפרות נוספות. הזכרת את הפיצ'ר צ'ק בוקס ואני טוענת שיש צ'ק בוקס שמאפשר לבעל האתר לומר פעלתי והגבתי להתראה ואני עושה וי וזה תוקן ועל זה גוגל משיבה סימנת כתוקן אנא המשך לפקח על אתרך כדי להימנע מהפרות נוספות. האם אתה זוכר שסימנת את צ'ק בוקס?
ת. ישנה אפשרות סבירה שבאותו מעמד סימנתי צ'ק בוקס, אם לא נפתר העניין ואם התיקון של בעל האתר לא מספק אז ההתראה עלולה להופיע שוב ומערכת אד סנס תגיד זה לא תוקן. אבל אם במערכת אד סנס הסטטוס נשאר כתוקן אז הגיוני מבחינת בעל האתר שהמערכת אד סנס משנה את השינויים כתוקנו.

ש. אתה כתבת בתצהיר שמי שסימן זה גוגל ועכשיו אתה אומר שמי שסימן זה אתה? למה לא כתבת את זה בתצהיר?
ת. את מסובבת את העניינים. התקבלה אזהרה ובוצעו שינויים משמעותיים באתר, סימנו כתשובה שניסינו לפתור את הבעיה והסטטוס של האזהרה נשאר לאורך זמן כתוקן. אני מבין לאחר מספר חודשים אם הסטטוס נשאר תוקן זה אומר הצלחת לפתור את הבעיה. אין לי שום דרך אחרת לדעת."



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

[ההדגש הוסף – א.ש. ; פר' עמ' 79, ש' 5-20]

2

3 הנה-כי-כן, הגורם שסימן את הודעות ההתראה בתיבת הבדיקה - "resolved" היה לא
4 אחר מפרופ' דקל עצמו.

5 לא נעלמה מעיני טענתה של ויוה, לפיה במסגרת חקירתו של מר לפקוביץ', כאשר הוצג
6 לפניו תדפיס החשבון, העד השיב בחיוב לשאלה, האם גוגל היא שסימנה את המונח

7 "resolved" [פר' עמ' 92, ש' 10-11]. ברם, את תשובתו זו יש לבחון על רקע הדברים שאמר

8 העד קודם לכך, מהם עלה כי הוא אינו בקיא בהפרותיה של ויוה, כי מדובר באירוע מלפני

9 ארבע שנים שאינו זכור לו וכי אינו יודע פרטים על פתרון ההפרות. כלשונו של העד : "זה

10 שאלות שצריך להפנות לצוות המדיניות" [פר' עמ' 92, ש' 9]. בהינתן שאלה היו אמירותיו

11 של העד עובר למתן התשובה באשר למסמך שהוצג לפניו, ובהתחשב בכך שתפקידו בגוגל

12 אינו קשור כלל לביקורת אתרים, אינני רואה לנכון לייחס משקל רב לאמירתו כאילו גוגל

13 היא שסימנה את הסימון "resolved". אני מעדיף בהקשר זה את הודאתו של פרופ' דקל,

14 שהיה בלב העניין. אני דוחה אפוא את טענתה של ויוה כאילו היא שסימנה את הסימון

15 "resolved" בחשבון ה- AdSense של ויוה.

16 כעולה מעדותו לעיל של פרופ' דקל, הוא הסיק מעצם הותרת הסימון "resolved" בחשבון

17 ה- AdSense של ויוה, כי גוגל אישרה שההפרות תוקנו. מסקנה זו אינה אלא עדות סברה

18 שאין לה תימוכין בראיות שהובאו לפניי. לפיכך, אני דוחה את טענתה של ויוה כאילו היה

19 בכך להעיד על תיקון ההפרות של הסכם השירות.

20

21 41. עקרונות היסוד של דיני הראיות קובעים כי נטל השכנוע להוכחת טענה מסוימת מוטל על

22 הצד שהטענה מקדמת את עניינו. במובן זה, דיני הראיות הולכים אחר המשפט המהותי.

23 כך, על בעל הדין שטוען טענה אשר חשובה לעניינו במשפט מוטל נטל השכנוע להוכחתה,

24 קרי - עליו לשכנע את בית המשפט כי עובדה זו אכן התקיימה [ע"א 642/61 טפר נ' מרלה,

25 פ"ד טז 1000, 1004-1005 (1962); ע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הוועדה

26 המקומית לתכנון ולבנייה, כפר-סבא, מו(4) 627, 641-642 (1992); ע"א 1845/90 סיני נ'

27 מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מז(5) 661, 682 (1993); ע"א 1184/04 קרויזר נ' שורץ

28 (פורסם בנבו, 15.04.2007); רע"א 296/11 נג'אר נ' עליאן, בפסק דינו של השופט י' עמית

29 והאסמכתאות הרבות שמובאות שם (פורסם בנבו, 23.02.2012); אליהו הרנון דיני הראיות

30 כרך א 200 (תש"ל); יעקב קדמי על הראיות 854-855 (תשנ"א).

31



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

42. ויוה פעלה במשך מספר חודשים בפלטפורמה הדיגיטאלית של גוגל לאחר שקיבלה על עצמה את תנאי הסכם השירות. לפיכך, המחלוקת באשר לסגירת חשבון ה- AdSense של ויוה והשעייתה מהשירות צריכה להישלט על ידי דיני החוזים.
- בענייננו, נמצא כי גוגל הרימה את נטל השכנוע והוכיחה שויוה הפרה את הסכם השירות בכך שהאתר שהיה באחריותה ובשליטתה הפר את מדיניותה של גוגל בכל אחד ואחד מהעניינים הבאים: הקלקות מלאכותיות, הטיה של מקורות התנועה וריבוי מודעות [לעניין נטל השכנוע במקרה בו צד טוען כי החוזה בוטל כדין ראו: רע"א 3592/01 עיזבון המנוח סימן טוב מנשה ז"ל נ' ע. אהרונוב קבלנות בניין (1988) בע"מ, פ"ד נה(5) 193 (2001); ע"א 11100/02 חצור נ' דותן, פסקה 18 בפסק דינו של השופט (כתוארו דאז) א' גרוניס (פורסם בנבו, 16.02.2004)].
- מאידך, ויוה לא הצליחה להרים את נטל השכנוע שנע לכיוונה, ולא הוכיחה כי היא אכן תיקנה את ההפרות של הסכם השירות. התוצאה הראייתית היא כי הוכח לפניי שויוה הפרה את הסכם השירות.
43. נוכחנו כי ההפרות מצידה של ויוה נוגעות ללב-ליבו של המודל העסקי שעל בסיסו פועל שירות ה- AdSense, ועיקרן יצירת מניפולציות על התנועה באתר ועל ההקלקות של הגולשים באתר. יש בהפרות אלה כדי לפגום בטוהר השירות וממילא לפגוע באמון קבוצת המפרסמים ובחויית הגלישה של המשתמשים. בהינתן כי התגמול לבעל האתר הוא פועל יוצא של מספר ההקלקות וכי תגמול זה מקורו בחיוב שמושת על המפרסם, נקודת המוצא היא שהפרה שנוגעת להטיה במספר ההקלקות, היא מסוג ההפרות שיחשבו כהפרות מהותיות של הסכם השירות. בחינת טיב ההפרות והיקפן לעת ההתקשרות החוזית תביא לידי מסקנה כי עסקינן בהפרות יסודיות של הסכם השירות, בהינתן כי הטיה מלאכותית של ההקלקות משבשת את מנגנון החיוב והתמורה בהסכם השירות, ומערערת את הממשק שבין שלוש הקבוצות שנהנות משירות ה- AdSense [לעניין מועד בחינת ההפרה ראו: ע"א 187/89 רובין נ' זהר, פ"ד מה(5) 824 (1991); ע"א 8741/01 Micro Balanced Products נ' תעשיות חלאבין בע"מ, פ"ד נז(2) 171, 175 (2003); ע"א 909/16 פרי נ' סידרנסקי בדש, פסקה 26 בפסק דינו של השופט ד' מינץ (פורסם בנבו, 27.02.2019)]. לפיכך, לגוגל עמדה הזכות החוזית להודיע על ביטול הסכם השירות עם ויוה לאלתר, אף מבלי ליתן לה הזדמנות לתקן את ההפרות [סעיף 7(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן – חוק החוזים תרופות)].
- אפילו ייאמר כי אין עסקינן בהפרות יסודיות, הרי שגוגל אפשרה לויוה לתקן את ההפרה, בכך שהתריעה בפניה מספר פעמים [ע"א 646/85 יצירות ברנע בע"מ נ' דניה חברה לפיתוח בע"מ, פ"ד מב(2) 793, 799 (1988)]. רק ביום 21.07.2014, בחלוף פרק זמן סביר שניתן לויוה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

לתיקון ההפרה, הודיעה גוגל על השעייתה של ויוה מהשירות [נספח 34 ל-10/נ]. נסיבות אלה שונות מאוד מהדרך בה פעלה פייסבוק על פי המתואר בפסק הדין בת"א (מחוזי ת"א) 50870-05-15 לנ' **Facebook Inc.** (פורסם בנבו, 14.12.2017) (לשלמות התמונה ייאמר כי על פסד הדין תלוי ועומד ערעור לפני בית המשפט העליון).

כך או כך, נוכחנו שויוה לא תיקנה את ההפרות. לפיכך, אני קובע כי הסכם השירות בוטל כדין, בהתאם לזכותה של גוגל לעשות כן מכוח סעיף 7 לחוק החוזים תרופות.

44. ויוה הלינה על נטילת הכספים שנוקפו לזכותה בחשבון ה- AdSense במועד הביטול. ויוה העריכה שהסכום שנלקח על ידי גוגל עומד על סך 2,524,086 ₪. הסכום נקבע כהפרש שבין ההערכה הכוללת של רווחי האתר על פי תוכנת Google Analytics לבין הסכומים שהועברו לויוה בגין פעילות האתר בשירות ה- AdSense. אליבא ויוה, מדובר בכספים שהתקבלו כדין בגין השכרת שטחי פרסום ללקוחות גוגל ועל כן יש להעבירם לידיה [סעיפים 21-23 ל-4]. בסיכומיה הבהירה ויוה כי כספים אלה אינם נכללים תחת חובת ההשבה בעת ביטול חוזה, מאחר שאינם שקולים כנגד נזקיה של גוגל. יתר על כן, ככל שגוגל מסתמכת על סעיף בהסכם השירות שמאפשר לה שלא לשלם כספים במקרה של השעיה, אזי מדובר בתנאי מקפח בחוזה אחיד שדינו בטלות.

מנגד, על פי תצהירו של מר קים, הסכומים שעמדו לזכותה של ויוה בחשבון ה- AdSense היו סך 1,488,282 ₪ בלבד. בנסיבות שנוצרו, השיבה גוגל את הסכומים הללו למפרסמים, למעט סך 31,783 דולר שלא ניתן היה להחזירם מסיבות שונות שקשורות לחוסר יכולת לזהות את החשבון המשלם [סעיף 71 ל-10/נ]. גוגל הדגישה כי ניכוי הכספים נעשה במסגרת זכות הקיזוז שלה ואף בהתאם להוראת סעיף 10 ב-TOS. סעיף זה מקנה לגוגל את הזכות לנכות כל סכום שעמד לזכותו של בעל האתר, בנסיבות של סיום ההסכם מחמת הפרתו או בשל פעילות בלתי תקפה. זהו תנאי שקובע את התמורה הכספית והוא מנוסח בלשון ברורה ועל כן אינו בגדר תנאי מקפח. יתר על כן, התנאי אינו מקפח אף בהתחשב במכלול תנאי החוזה והנסיבות האחרות – הסכם מסחרי שנועד לשמר את כללי הפעילות בשירות ה- AdSense.

45. באשר לקיזוז הסכום שנוקף לזכותה של ויוה בחשבון ה- AdSense, חלה הוראת סעיף 53(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן – **חוק החוזים**), שקובע כי "חיובים כספיים שצדדים חבים זה לזה מתוך עיסקה אחת והגיע המועד לקיומם, ניתנים לקיזוז בהודעה של צד אחד למשנהו; והוא הדין בחיובים כספיים שלא מתוך עיסקה אחת, אם הם חיובים קצובים".



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

1

2 הקיזוז מכוח סעיף 53 מותר "כשמדובר בחיובים כספיים שצדדים חבים זה לזה, אשר הגיע
3 המועד לקיומם, כאשר נודעת משמעות גם לשאלות האם מדובר בחיובים בסכומים
4 קצובים, והאם נמסרה הודעה על הקיזוז לצד שכנגד" [ע"א 1232/12 דוד צלאח ובנין בע"מ
5 נ' עו"ד איתן ארז (בתוקף תפקידו כמפרק חברת קלרין טבריה חברה לבניין בע"מ), פסקה
6 20 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (פורסם בנבו, 21.01.2016)]. בע"א 725/87 חברת ביר-
7 טל סחר ומזון בע"מ נ' חברת אוליבקס בע"מ, פ"ד מד(1) 177, 180 נקבע כי "המושג 'עסקה
8 אחת', בדיני הקיזוז, הוא מושג מסחרי. הוא בא לבטא מציאות מסחרית - משפטית של
9 עסקה מסחרית העומדת בפני עצמה, הניתנת לניתוק מסחרי מעסקה אחרת שבין אותם
10 צדדים, גם אם קיימת מסגרת עסקית רחבה יותר ביניהם".

11 ודוקו - הכלל הוא כי "טענת הקיזוז חייבת לפרט את הסכום הנתבע במסגרתה ואף להציג
12 במדויק את מערכת הנתונים, אשר עליהם היא מבוססת...יש להעלות טענת קיזוז בצורה
13 מפורטת וברורה, כדרך שמנסחים כתב-תביעה. דרישת קיזוז בעלמא ועל דרך הסתם אין
14 בה כדי ליצור תשתית מספקת, שעליה ניתן לבסס תביעת קיזוז..." [ע"א 579/85 אריאן נ'
15 בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד מ(2) 765, 768-769 (1986). כן ראו: ע"א 544/81 קיהל בע"מ
16 נ' סוכנות מכוניות לים התיכון בע"מ, פ"ד לו(3) 518, 526-527 (1982)]. דברים אלה נקבעו
17 באשר להליך של בקשת רשות להגן מפני תביעה בסדר דין מקוצר, אולם הם יפים גם
18 לענייננו, היכן שנטל השכנוע הולך אחר הדין המהותי.

19

20 46. בחינת טענת הקיזוז שהועלתה מצידה של גוגל מלמדת כי היא לא עמדה בדרישות שקבועות
21 בדין המהותי. טענת הקיזוז של גוגל הועלתה על דרך הסתם – לא הונח לה מסד ראייתי
22 בתצהירו של מר קים, הן באשר למקור הזכות החוזית לקיזוז והן באשר לחיוב שהושת על
23 ויוה שאותו ביקשה גוגל לקזז מחלקה של ויוה בתקבולים משירות ה- AdSense.

24 ויודגש – עסקינן בסכום שעמד לזכותה של ויוה בחשבון ה- AdSense בגין תקבולים
25 ממפרסמים שכבר התקבלו עובר לביטול הסכם השירות והשעייתה של ויוה. גוגל אף לא
26 הניחה מסד ראייתי כלשהו באשר לשאלה האם עסקינן בסכומים קצובים, האם מדובר
27 באותה עסקה או שמא בעסקאות שונות. גוגל לא הבהירה באופן המצופה ממנה אם היא
28 השיבה למפרסמים גם את חלקה בתקבולים בגין הזיכויים שנעשו מחשבונה של ויוה (אותם
29 32% שאמורים להוות את חלקה בהכנסה).

30 התרשמתי כי טענתה של גוגל נטענה בעלמא בלא תשתית עובדתית ומשפטית. לפיכך, אני
31 דוחה את טענת הקיזוז שהועלתה גוגל בעניין הסכום שהתקבל בחשבונה של ויוה אצל גוגל.

32



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מזיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

47. טענתה החלופית של גוגל בעניין ניכוי התקבולים בחשבון ה-AdSense של ויוה התבססה על הוראות הסכם השירות - סעיף 10 סיפא של ה - TOS, שקובע בזו לשונו :

3

4 **"Google רשאית לסיים את ההסכם בכל עת או להשעות את**
5 **ההשתתפות של כל נכס בשירותים, מכל סיבה. במידה ונסיים את**
6 **ההסכם בשל הפרה מצדך או בשל פעילות לא חוקית, אנו רשאים לנכות**
7 **את הסכומים שטרם שולמו או לבצע החזר חיוב בחשבונך. במידה ותפר**
8 **את ההסכם או ש - Google תשעה או תבטל את חשבונך, (1) לא**
9 **תורשה ליצור חשבון חדש, וכן (2) לא תהיה רשאי ליצור רווח מתכנים**
10 **במוצרים אחרים של Google"**

11

48. הן ויוה והן גוגל לא חלקו על כך שה - TOS הוא בגדר חוזה אחיד, קרי - "חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בזהותם", כקבוע בסעיף 1 לחוק החוזים האחידים. התבססותה של גוגל על סעיף 10 ל - TOS לצורך הנחת תשתית משפטית לגיטימית לפעולת ניכוי הסכום שעמד לזכותה של ויוה בגין הצבת פרסומות גוגל באתר, מציפה במלוא עוזה את טענתה של ויוה באשר להיותו של הסעיף תנאי מקפח בחוזה אחיד. בהקשר זה, גוגל ביקשה להסתמך על הוראת סעיף 23(1) לחוק החוזים האחידים, שלפיו הוראות החוק לא יחולו על תנאי שקובע את התמורה הכספית שישלם לקוח או ספק בעד נושא העסקה ובלבד שהוא מנוסח בלשון ברורה.

21

22 אין בידי לקבל טענה זו.

23

24 סעיף 10 ל - TOS מקנה לגוגל זכות לנכות או לבצע החזר של יתרת הזכות שעמדה בחשבון בעל האתר. על פי לשון הסעיף, אין צורך בקשר סיבתי בין ההפרה לשיעור הניכוי, אלא די בכך שנמצא כי בעל האתר מפר את הסכם השירות או מבצע פעילות בלתי חוקית בכדי לשלול ממנו את מלוא ההכנסות שנוקפו לזכותו עד אותה עת. זוהי סנקציה משמעותית שאינה תלויה נזק ומקנה מעין "פיצוי מוסכם" בגובה יתרת הזכות האחרונה שהייתה בחשבון הספק. לא בכדי טענו באות כוחה של גוגל כי תכליתו של התנאי ליצור סנקציה אפקטיבית ולהרתיע את "השחקנים השליליים" בפלטפורמה [סעיף 134 לסיכומי גוגל]. ברם, היקפו הבלתי מוגבל של הפיצוי המוסכם, עד כדי מלוא יתרת הזכות שעומדת לרשות הספק אצל גוגל, הופכת אותו לתניית קנס (Penalty), שנפסלה אף בשיטות המשפט

32



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני:

1 המקובל [להרחבה ראו: גבריאלה שלו ויהודה אדר **דיני חוזים-התרופות** 491-492
2 (תשס"ט) (להלן – **שלו ואדר**)). בכך יש להוות אינדיקציה ברורה להיותה של התניה מקפחת
3 [ורדה לוסטהויז וטנה שפניץ **חוזים אחידים** 381 (1994) (להלן – **לוסטהויז ושפניץ**)]. נסיבות
4 אלה אף הולמות את הוראת סעיף 4(א6) לחוק החוזים האחידים שעניינו חזקת הקיפוח:

5
6 **"(א6) תנאי המקנה לספק באופן בלתי סביר תרופה שאינה עומדת לו**
7 **על פי דין, לרבות תנאי המתיר לספק לצרף תרופות שאין לצרפן על פי**
8 **דין או תנאי הקובע פיצויים מוסכמים שאינם סבירים לטובת הספק;"**
9

10 49. אני קובע אפוא, שהוראת סעיף 10 ל – TOS אינה עוסקת בעניין התמורה החוזית, אלא
11 עניינה הוא קביעת סנקציה שמוטלת על בעל האתר שנמצא מפר את תנאי הסכם השירות
12 - מעין פיצוי מוסכם בסכום בלתי מוגדר מראש, ששיעורו כגובה יתרת הזכות בחשבון.
13 לנוכח הוראת סעיף 4(א6) לחוק החוזים האחידים קמה חזקה שסעיף 10 הוא בגדר תניה
14 מקפחת. לפיכך, הנטל לסתור את חזקת הקיפוח מוטל על גוגל.

15
16 50. לשיטתה של גוגל יש לבחון את הרקע העובדתי של התנאי שבמחלוקת. הסיבה לניסוח
17 הסעיף באופן בו נעשה הדבר הוא לצורך הגנה על "המערכת האקולוגית" מפני "שחקנים
18 שליליים". בהיעדר סנקציה אפקטיבית שכזו, יפעלו אותם שחקנים ב"שיטת מצליח", קרי
19 – יגרפו את ההכנסות מפעילות מפרה ולאחר מכן ייעלמו במרחבי הרשת. בהינתן כי עסקינן
20 בהסכם מסחרי שנערך לתכלית ראויה, אין צורך במתן הגנה לוויה בדמות בטלות הסעיף.
21 חוק החוזים האחידים מתווה מבחן דו-שלבי באשר להגדרתו של תנאי מקפח. בשלב
22 ראשון, על בית המשפט להכריע האם התנאי הוא אכן מקפח. השאלה האם בפנינו תנאי
23 מקפח נבחנת מנקודת מבטו של "לקוח אינדיווידואלי ואנונימי – העומד כביכול מאחורי
24 מסך רולסיאני של בערות". בשלב שני על בית המשפט להכריע מה ייעשה בענייננו של
25 התנאי – בטלות, ביטול או שינוי [רע"א 5860/16 Facebook Inc. נ' בן חמו, פסקאות
26 23-25 בפסק דינה של הנשיאה א' חיות (פורסם בנבו, 31.05.2018) (להלן – **עניין פייסבוק**)
27 והאסמכתאות הרבות שמאוזכרות שם].

28
29 51. האם עסקינן בתנאי שמקפח את מרבית בעלי האתרים מסוגה של ויוה אשר מצטרפים
30 לשירות ה – AdSense של גוגל?
31 קשה לחלוק על כך שנטילה גורפת של כל יתרת הזכות שעומדת לרשות בעל אתר בחשבון
32 ה – AdSense מהווה קיפוח בלתי מידתי של זכות חוזית-אובליגטורית. מחיקת זכויות



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

- 1 גורפת שכזו, בלי קשר לעוצמת ההפרה והיקף הנזק שנגרם בעטייה, היא סעד עצמי טוטלי,
2 שאינו מוכר במחוזותינו ובמחוזות המשפט המקובל.
3 ודוק – גם למפר קיימות זכויות בדין וגם על הנפגע מוטלות חובות. לדוגמא, סעיף 9(א)
4 לחוק החוזים תרופות קובע חובת השבה. נפגע שלא יפעל על פיה עלול להימצא מחויב בדין.
5 לכך יש להוסיף את פערי הכוחות המבניים, שבין גורם גלובאלי שמנהל פלטפורמה
6 דיגיטאלית אדירת ממדים לבין בעלי האתרים שמבקשים להיבנות מהתשתיות שמספקת
7 הפלטפורמה.
8 אני קובע אפוא כי ניכוי והפחתה בלתי מוגבלים של יתרות זכות בחשבון בעל האתר מהווה
9 תנאי בלתי מידתי, ומכאן נגזר היותו תנאי מקפח.
10
11 52. סעיף 19 לחוק החוזים האחדים מקנה לבית המשפט את הסמכות לשנות או לבטל את
12 התנאי המקפח. עם זאת הפעלת הסמכות תעשה במתינות – במידה הנדרשת לבטל את
13 הקיפוח ותוך התחשבות בנסיבות הכלליות והפרטניות. אין חובה אפוא להורות על ביטול
14 התנאי המקפח, אלא שניתן במקרים המתאימים לפעול בדרך מידתית יותר של שינוי
15 התנאי בכדי להסיר את הקיפוח שטמון בו [אריאל בן-נון "חוק החוזים האחדים,
16 התשמ"ג-1982" פירוש לחוקי החוזים כרך ד 89-90 (גד טדסקי עורך, 1987); **לוסטנהויז**
17 **ושפיניץ**, בעמ' 181-182].
18 האם מתקיימות בענייננו "נסיבות אחרות" – חיצוניות לתנאי השימוש – כקבוע בסעיף
19 19(ב) לחוק החוזים האחדים?
20 כפי ששינונו, גוגל היא "גורם ביניים" בזירה האינטרנטית. מעמדה מטיל עליה חובות
21 מסוימות, באשר לתכנים שמועלים בפלטפורמה אותה היא מנהלת. אחריות זו היא
22 שמחייבת מתן יכולת לביצוע פעולות אכיפה דיגיטאלית כלפי "Bad Actors". מנקודת מבט
23 זו, סעיף שמטיל סנקציות במקרים בהם הוברר כי בעל האתר הפר הפרה מהותית שיש בה
24 פגיעה בטוהר הפעילות ברשת מתיישב עם תכלית זו.
25 יתר על כן, קיים קושי באכיפה הדיגיטלית כלפי בעלי האתרים וגורמים אחרים שפועלים
26 ברשת. שחקנים אלה פועלים לעיתים תחת כסות אנונימית, לעיתים מתוך מקומות עלומים
27 ולעיתים תוך שינוי והחלפת זהויות ("נשף מסכות"). בכך יש להוות טעם בעל משקל מיוחד,
28 שמצדיק מתן אפשרות לסעד עצמי עוצמתי כדוגמת ניכוי או הפחתה משמעותיים של
29 תקבולים שאמורים להיות משולמים לבעל האתר.
30 עם זאת, אכיפה דיגיטאלית אינה חפה מהשלכות שליליות. היא עלולה להביא לאכיפת יתר,
31 ליצור אפקט מצנן ולאפשר לגורמי הביניים "יד קלה על ההדק". מלומדות שחקרו את
32 התחום הציעו לקיים בקרה רגולטורית על זירת האכיפה הדיגיטאלית [ראו: **בר-זיו ואלקין**
33 **קורן**, בעמ' 40-48].



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

- 1
 - 2
 - 3
 - 4
 - 5
 - 6
 - 7
 - 8
 - 9
 - 10
 - 11
 - 12
 - 13
 - 14
 - 15
 - 16
 - 17
 - 18
 - 19
 - 20
 - 21
 - 22
 - 23
 - 24
 - 25
 - 26
 - 27
 - 28
 - 29
 - 30
 - 31
53. בהתחשב בשיקולים אלה, כמו גם בנסיבות המקרה דנן, בו משקלן הכספי של ההפרות שהוכחו לפניי היה נמוך באופן יחסי לחומרתן – הן הפרת חובת הגילוי עליה עמדנו לעיל והן הפרות חוזרות ונשנות של מדיניות ה- AdSense, אני סבור כי אין הצדקה להכרזה על בטלותו המלאה של סעיף 10 סייפא ל – TOS. יש מקום לאפשר לגוגל להמשיך ולעשות שימוש אפקטיבי בכלי זה של סעד עצמי. אולם, יש לקבוע אמות מידה סבירות ואובייקטיביות שיכולות להבטיח סנקציה אפקטיבית, אך בה בעת גם מידתית. הדרך לעשות כן היא באמצעות הטלת מגבלה על שיעור הניכוי, ולחילופין יצירת זיקה בין מעשה ההפרה לבין היקפה של הסנקציה. אני סבור שקביעת מגבלה על היקף הניכוי בשיעור של 40% מהיקף הסכום שהצטבר בחשבון הספק אצל גוגל תאפשר אכיפה יעילה. מגבלה זו אף מתיישבת עם הרף הגבוה שהוכר בפסיקת בתי המשפט באשר לפיצויים מוסכמים בגין הפרת חוזה [ראו, לדוגמא: ע"א 5939/96 צמח נ' שלשבסקי, פ"ד נא(5) 598 (1997)]. קביעת רף שכזה, אף עומדת בכללים שנקבעו באשר לקביעת גובה הפיצוי המוסכם כאחוזים מתוך התמורה הכוללת [שלו ואדר, בעמ' 490 והאסמכתאות שמובאות שם]. לחילופין, ככל שיהיו בידי גוגל נתונים כספיים באשר לפירותיה הכספיים של ההפרה, תהא שמורה לה הזכות לנכות מהיתרה שמוחזקת אצלה עד פי חמש מפירות ההפרה. חלופה זו תאפשר סנקציה אפקטיבית ומידתית במקרים בהם יש בידי של גוגל ראיות כלשהן באשר להיקף התקבולים שהגיעו לחשבון בעל האתר כתוצאה מהפרת הסכם השירות. מנגנון זה, שמבוסס על שתי החלופות דלעיל, כאשר לגוגל תינתן זכות הבחירה על פי הגבוה מבין השניים, יאפשר לגוגל להמשיך באכיפה דיגיטאלית יעילה, אך בד בבד ישקף איזון ומידתיות בהפעלתו.
54. אני ער למסקנתם של המלומדים בכר וז'רסקי במאמרם, כי יש לנהוג במשנה זהירות עת נשקלת התערבות שיפוטית בתוכנם של חוזים צרכניים מקוונים. לשיטתם של בכר וז'רסקי, זרימת מידע שמאפיינת את העולם הדיגיטלי תיצור שורה של תמריצים, חיוביים ושליילים, שיהא בהם להחליש מאוד את פערי הכוחות שטמונים במערכות יחסים חוזיות, בהם מעורב "חוזה אחיד" [בכר וז'רסקי, בעמ' 475-482].
- אולם, בענייננו קיימות נסיבות שונות.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

- 1 ראשית, אין עסקינן בחוזה צרכני, אלא בחוזה בין שני גופים מסחריים שמבקשים להשיא
2 את רווחיהם, תוך שמירה על מערכת כללים מסוימת (הגם שקיים ביניהם פער כוחות
3 מובהק).
4
5 שנית, הסכם השירות שנערך בין גוגל לבין ויוה, קרוב יותר להסכם מתמשך למתן שירותים
6 מאשר להסכם מכר. מערכת חוזית זו שונה מאוד מאותם חוזים מקוונים לרכישת תוכנה
7 או מוצר שנעשים לרוב באופן ארעי או חד פעמי, עליהם נסב מאמרים של בכר וז'רסקי.
8
9 שלישית, נוכחנו בעניין פייסבוק כי בית המשפט העליון ראה לנכון להתערב בתניה מקפחת
10 של תאגיד גלובאלי, שעה שמדובר בהסכם שירות מקוון. לפיכך, אינני רואה מניעה עקרונית
11 מלהתערב בהוראת סעיף 10 סיפא ל – TOS במקרה דנן. זה המקום לציין כי הודעה בעניין
12 זה הובאה לעיון באי-כוחו של היועץ המשפטי לממשלה, בהתאם לסעיף 20 לחוק החוזים
13 האחידים. אולם, הגורמים המקצועיים במשרד המשפטים הודיעו לבית המשפט כי "אין
14 מקום למסור תגובה בהליך זה".
15
16 55. לפיכך, על יסוד הטעמים אותם סקרתי לעיל ומכוח סמכותי לפי סעיפים 3 ו - 19 לחוק
17 החוזים האחידים, אני מורה על שינוי הסיפא להוראת סעיף 10 ל – TOS באופן הבא :
18
19 **"במידה ונסיים את ההסכם בשל הפרה מצדך או בשל פעילות לא**
20 **חוקית, אנו רשאים לנכות את הסכומים שטרם שולמו או לבצע החזר**
21 **חיוב בחשבונך, בשיעור של 40% מהיתרה או פי 5 מהיקף התקבולים**
22 **בגין הפעילות המפרה או הבלתי חוקית, על פי הגבוה מבין השניים.**
23
24 הואיל וגוגל לא הניחה תשתית ראייתית מלאה באשר לסכומים שהתקבלו בחשבון ה –
25 AdSense כתוצאה מההפרות, יש לחשב את היקף הכספים של הסנקציה על שיעור היתרה
26 בחשבון.
27 בהקשר זה טענה ויוה שיתרת הזכות הבלתי משולמת במועד ביטול הסכם השירות עמדה
28 על סך 2,524,086 ₪ [סעיפים 21-23 ל-4]. לצורך חישוב היתרה ויוה הפחיתה בין סך
29 התקבולים בגין האתר על פי תוכנת Google Analytics לבין הסכומים ששולמו לה בפועל.
30 מאידך, גוגל צירפה לתצהירו של מר קים את דפי החשבון של ויוה. על פי ראיות אלה
31 והמובא בתצהירו של מר קים, יתרת הזכות עמדה על סך 1,488,282 ₪, לראשית חודש
32 אוגוסט 2014.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-18763 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :



1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32

במחלוקת זו אני מעדיף את עמדתה של גוגל.

ראשית, הערכתה של ויוה באשר ליתרת הזכות היא בגדר עדות סברה. היא מבוססת על שיערוך באמצעות תוכנת Google Analytics, שאינה אלא כלי עזר לבעלי אתרים ולמפרסמים. התוצאה שמתקבלת באמצעות אותה תוכנה אינה אלא הערכה בלבד. אין היא מספקת תוצאה חד ערכית באשר לסכום שנוקף בפועל לזכותה של ויוה בשירות ה- AdSense.

שנית, סכום זה אינו מתיישב עם הירידה בהכנסות שעליה הצביע פרופ' דקל, החל ממועד ההדממה משירות בחודש מאי 2014 [פר' עמ' 85, ש' 9-11].

שלישית, גוגל תמכה את גרסתו של מר קים בתדפיס העברות בנקאיות ויתרות בחשבון של ויוה. אלה הם נתונים ברורים שמלמדים על קיומה של יתרת זכות בסך 1,488,282 ₪.

56. בהינתן כי יתרת הזכות בחשבון ה- AdSense של ויוה עמדה על 1,488,282 ₪, אזי על פי

הנוסח המתוקן של סעיף 10 ל- TOS גוגל רשאית לנכות בגין הפרת הסכם השירות והפעילות הבלתי תקפה באתר סך 595,313 ₪ (מעוגל). שיעור זה של חיוב אף מתיישב עם הסעדים האפשריים מכוח סעיף 12(ב) לחוק החוזים, בגין הפרת חובת הגילוי מצידה של ויוה באשר לקשריה עם איירדן, שדינה כהפרת חובת תום הלב, סוגיה עליה עמדנו לעיל בהרחבה [לעניין הפרת חובת הלב כפול יוצא מאי-גילוי עובדות ראו, לדוגמא: ע"א 9019/99 קינסטלינגר נ' אליה, פ"ד נה(3) 542, 546 (2001)]. לעניין קיומה של קשת סעדים רחבה בגין הפרת חובת תום הלב, ראו: ע"א 8143/14 חלפון נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ, פסקה 15 בפסק דינו של השופט נ' הנדל והאסמכתאות הרבות שמובאות שם (פורסם בנבו, 29.01.2017).

לפיכך, על גוגל להשיב לויוה סך 892,969 ₪ בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק החל מיום 05.08.2014.

לא נעלמה מעיני טענתה של גוגל לפיה היא השיבה את מרביתו המכרעת של הסכום למפרסמים, כך שהתשלום ישולם למעשה מכיסה של גוגל. ברם, זוהי תוצאה מתבקשת של מי שניסח תנאי מקפח ופעל במהירות להשבת הכספים למפרסמים, מבלי להמתין להכרעת בית המשפט.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 18763-04-15 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd,

תיק חיצוני :

57. לא מצאתי ממש בלתי טענות הצדדים והן נידחות.

58. סוף דבר – התביעה מתקבלת בחלקה.

אני קובע כי ויוה הפרה את הסכם השירות וכי ביטול החוזה על ידי גוגל נעשה כדין. עם זאת, לנוכח היותו של סעיף 10 ל – TOS תנאי מקפח בחוזה אחיד ובהתחשב בשינוי שנערך בו, אני מחייב את גוגל להשיב לויוה סך 892,969 ₪ מתוך הסכום שניכתה מחשבונה, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק החל מיום 05.08.2014. לנוכח התוצאה אליה הגעתי, אך גם בהתחשב בממצאים שנקבעו בפסק הדין לפיהם ויוה היא זו שהפרה את הסכם השירות, אני מחייב את גוגל בשכר טרחה ובהוצאות משפט על הצד הנמוך כפועל יוצא מחיובה בהשבה חלקית של הכספים, כדלקמן :

א. 40,000 ₪ בגין שכר טרחה באי כוחה של ויוה.

ב. מחצית אגרת בית המשפט בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק.

ג. סכום גלובאלי בגין הוצאות משפט, כפועל יוצא מעלות חלקית של חוות דעת המומחה, שכר העד ועלות הגשת הראיות לבית המשפט, בסך 20,000 ₪.

סכום פסק הדין ישולם בתוך 45 ימים מהיום.

ניתן היום, כ"ה אב תשע"ט, 26 אוגוסט 2019, בהעדר הצדדים.

אורן שורח, שופט