



בבית המשפט העליון

רע"א 40/23

לפני: כבוד השופטת ר' רונן

המבקשים: 1. Meta Platforms, Inc.
2. Meta Platforms Ireland Ltd.

נגד

המשיבה: אודאצ'י בע"מ

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי תל אביב בת"א 44860-09-22 מיום 19.2.2022 שניתנה על ידי כב' השופט נ' שילה

בשם המבקשים: עו"ד שי כגן, עו"ד שירה ליפשיץ
בשם המשיבה: עו"ד עמית חדר; עו"ד דוד מזור; עו"ד נועה מילשטיין

פסק דין

לפניי בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופט נ' שילה) מיום 19.12.2022 בת"א 44860-09-22, בה קיבל בית משפט קמא את בקשת המשיבה לסעד זמני והורה למבקשות לחדש את חשבונה העסקי של המשיבה. במסגרת הבקשה לרשות ערעור הוגשה גם בקשה לעיכוב ביצוע.

לאחר שעיינתי בבקשת רשות הערעור ובתשובה לה, בהתאם לסמכותי מכוח תקנה 149 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, הגעתי למסקנה כי יש לקבל את בקשת רשות הערעור ולדון בה כאילו ניתנה רשות לערער והוגש ערעור על-פיה. כן אני סבורה כי דין הערעור להתקבל.

הרקע לבקשה והחלטת בית משפט קמא

1. המבקשות – Meta Platforms, Inc. ו- Meta Platforms Ireland Ltd. (שיכונן להלן יחד: מטא) מפעילות רשתות חברתיות מקוונות (להלן: אינסטגרם ופייסבוק) המאפשרות לאנשים לתקשר ולחלוק מידע ובכלל זה פרסומות, עם חברים, משפחה, קהילה ועסקים. המשיבה – אודאצ'י בע"מ (להלן: אודאצ'י) היא חברה ישראלית המספקת ללקוחותיה שירות מקוון לגירוד כרטיסי "חישגד" של מפעל הפיס, בתמורה לעמלה קבועה אותה היא גובה מהמשתמשים.

2. לפני כשנה וחצי הצטרפה אודאצ'י לשירותי הפרסום של מטא באינסטגרם ובפייסבוק. עם הצטרפותה, היא נדרשה לאשר את כללי הפרסום של מטא, בהם נקבע בין היתר איזה תוכן פרסומי אסור לפרסום בפלטפורמות שלה. כללים אלה כוללים גם מדיניות מפורטת ביחס לתוכן פרסומי של "גיימינג" והימורים מקוונים (להלן: מדיניות ההימורים). בהתאם למדיניות ההימורים, מפרסמת מטא רשימת מדינות בהן פרסום מודעות הנוגעות להימורים ולגיימינג הוא ככלל מותר (להלן המדינות המותרות). מפרסמים המעוניינים לפרסם מודעות המקדמות גיימינג והימורים מקוונים במדינות המותרות באמצעות השירות של מטא, חייבים בהתאם למדיניות ההימורים של מטא לקבל ממנה קודם לכן אישור בכתב.

3. כעולה מכתבי הטענות, ביום 3.8.2022 שינתה מטא את מדיניות ההימורים שלה והסירה את ישראל מרשימת המדינות המותרות. במאמר מוסגר יצוין כי כעולה מהדיון שהתקיים לפני בית משפט קמא, החלטתה של מטא להסיר את ישראל מרשימת המדינות המותרות התקבלה לנוכח הרגולציה הקיימת בישראל בנושא הימורים המחייבת בחינה מדוקדקת של המודעות המפורסמות. עוד יוער כי אודאצ'י לא העלתה (במסגרת ההליך דנן) טענה ביחס לעצם הוצאתה של ישראל מרשימת המדינות המותרות.

אין מחלוקת בין הצדדים כי זמן קצר לפני הסרתה של ישראל מרשימת המדינות המותרות במדיניות ההימורים של מטא, הסירה מטא מודעות של אודאצ'י. רק ביום 22.7.2022, לאחר שהוסרה מודעה מטעמה, הגישה אודאצ'י בקשה לקבלת אישור בכתב הדרוש לפרסום מודעות הנוגעות להימורים, אך בקשתה נדחתה. עוד יובהר כי עד למועד זה, מטא לא מנעה בפועל מאודאצ'י לפרסם מודעות, אף שלא היה לה האישור הנדרש. במועד כלשהו שאינו ידוע לאודאצ'י במדויק, לאחר שבקשתה לקבלת אישור לפרסום

מודעות הנוגעות להימורים נדחתה, חסמה מטא את חשבונה של אודאצ'י, ומנעה ממנה לפרסם מודעות באינסטגרם ובפייסבוק.

4. ביום 20.9.2022 הגישה אודאצ'י תביעה כנגד מטא (להלן: התביעה) בגין סירובה לאפשר לה לפרסם תוכן פרסומי מטעמה, ובה עתרה לחייב את מטא לחדש את חשבונה באינסטגרם ובפייסבוק. בין היתר נטען בתביעה כי עמדתה של מטא לפיה אודאצ'י פועלת בתחום ההימורים היא שגויה ומנוגדת לדין; וכי התנהלותה של מטא מהווה הפרה יסודית של ההסכם בינה לבין אודאצ'י ומנוגדת לחוק עוולות מסחריות, התשע"ט-1999 ולחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988. בד בבד עם הגשת התביעה הגישה אודאצ'י גם בקשה לסעד זמני במעמד צד אחד, בה היא ביקשה להורות למטא להמשיך ולאפשר לה את השימוש בחשבון העסקי שלה באינסטגרם ובפייסבוק (להלן: הבקשה לסעד זמני).

5. בהחלטה מיום 20.9.2022 קבע בית משפט קמא (כב' השופטת ס' רטלד-זכאי) כי נסיבות העניין אינן מצדיקות מתן צו, ולו ארעי, מבלי לקבל את תגובת מטא. לאחר שמטא השיבה לבקשה, ניתנה ביום 29.11.2022 החלטה על ידי כב' השופט שילה, לפיה יש קושי במתן הסעד הזמני המבוקש. זאת בין היתר בשל השיהוי שבהגשת הבקשה וכן משום שהסעד המבוקש הוא צו עשה זמני המשנה את המצב הקיים, ולכאורה אף זהה לסעד הקבוע. משכך, הורה בית המשפט לאודאצ'י להודיע האם היא עומדת על בקשתה. לאחר שביום 6.12.2022 הודיעה אודאצ'י כי היא עומדת על הבקשה לסעד זמני, התקיים דיון במעמד הצדדים ביום 18.12.2022. בהחלטתו מיום 19.12.2022 שהיא נושא בקשת רשות הערעור דנן, נעתר כב' השופט שילה לבקשה לסעד זמני.

החלטת בית משפט קמא

6. בית משפט קמא קבע כי מטא לא הגישה תצהיר תשובה, שכן לא הוגש מטעמה תצהיר הכולל אישור קונסולרי או אימות של חתימת הנוטריון הציבורי ואישור שאכן מדובר בנוטריון לפי דיני מדינת ניו-יורק. זאת חרף הוראות תקנה 6 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018. משכך, הלכה למעשה מטא לא הציגה גרסה עובדתית סותרת לגרסת אודאצ'י. לגופו של עניין נקבע כי מאזן הנוחות נוטה לטובת אודאצ'י. זאת מאחר שללא תצהיר, לא הוכיחה מטא כי ייגרם לה נזק אם היא תמשיך לאפשר פרסומים של אודאצ'י.

בנוסף, בית המשפט ביסס את קביעתו גם על בחירתה של מטא שלא לחקור את המצהיר מטעם אודאצ'י לגבי הנזקים שנגרמים לה לטענתה כתוצאה מהפסקת הפרסומים. אכן, כך נקבע, טענותיה של אודאצ'י על הנזקים הרבים שייגרמו לה כתוצאה מהפסקת הפרסום באינסטגרם ובפייסבוק אינן מבוססות, ולא הוצגה על ידה כל אסמכתא המלמדת על כך שרווחיה יקטנו. אולם חרף האמור, משמטא נמנעה מלחקור את אודאצ'י בנושא זה, הרי שגרסתה של אודאצ'י בדבר הנזקים הצפויים להיגרם לה בעקבות הפסקת הפרסום אצל מטא לא נסתרה.

לעניין עילת התביעה קבע בית משפט קמא כי היא אינה פשוטה כלל. זאת משום שעם הצטרפותה לשירותיה של מטא, הסכימה אודאצ'י לתנאי השימוש ובכלל זה למדיניות ההימורים של מטא. יחד עם זאת נקבע כי אף שעל אודאצ'י מוטל נטל משמעותי להוכחת תביעתה, לא ניתן לקבוע שהתביעה מופרכת לחלוטין. זאת במיוחד בכל הנוגע לטענה בדבר אפליה אל מול חברות אחרות שפעילותן דומה.

לבסוף, קבע בית משפט קמא כי הבקשה לא הוגשה בשיהוי משמעותי, וכי הסעד הזמני המבוקש בה אינו זהה לסעד הקבוע. זאת משום שכל שמבוקש בבקשה הוא המשך פרסומן של מודעות שכבר פורסמו בעבר בפלטפורמות של מטא, ולא מבוקש לאשר פרסום של מודעות חדשות.

לאור כל אלה, התקבלה כאמור הבקשה לסעד זמני וניתן צו האוסר על מטא למנוע את המשך פרסום המודעות שפורסמו לפני חודש אוגוסט 2022.

7. לשם שלמות התמונה יצוין כי לאחר שהתקבלה החלטת בית משפט קמא, פנתה אודאצ'י למטא במטרה להבטיח כי ההחלטה תקוים באופן מידי. לטענתה מטא לא צייתה להחלטה והמשיכה לפסול פרסומים שונים שלה באינסטגרם ובפייסבוק. לפיכך, פתחה אודאצ'י בהליכים לפי פקודת ביזיון בית המשפט, ואף הגישה לבית משפט זה בקשה לסילוק על הסף של בקשתה של מטא לעיכוב ביצוע ההחלטה מיום 19.12.2022. ביום 19.1.2023 הגישה אודאצ'י הודעת עדכון לבית משפט זה, בה נמסר כי בעקבות הסכמות דיוניות אליהן הגיעו הצדדים לעניין יישומו של פתרון טכנולוגי שימנע את חסימת חשבונות האינסטגרם והפייסבוק של אודאצ'י ואת המודעות שהיא מפרסמת, הוחלט למשוך את הבקשה שהוגשה לפי פקודת ביזיון בית המשפט, ומכאן שגם הבקשה לסילוק על הסף התייתרה.

8. לטענת מטא, היה על בית המשפט לדחות את בקשתה של אודאצ'י בהיותה בקשה לצו עשה המשנה את המצב הקיים, בקשה שעל פי ההלכה בית המשפט נעתר לה רק במשורה. מדיניות ההימורים של מטא לה הסכימה אודאצ'י, קובעת כי מי שמבקש לפרסם מודעות המקדמות הימורים מקוונים, יכול לעשות זאת רק באחת מהמדינות המותרות; והוא חייב להחזיק באישור מראש ובכתב מטעמה (וכך היה גם לפני שינוי המדיניות מיום 3.8.2022 שהוציא את ישראל מרשימת המדינות המותרות). לטענת מטא, החובה לציית לכללים אלה מוטלת על המפרסם.

מטא טוענת כי על אף שאודאצ'י החלה לפרסם מודעות באמצעות אינסטגרם ופייסבוק כבר לפני כשנה וחצי, היא ביקשה לקבל אישור בכתב לפרסום רק ביום 22.7.2022, ובקשתה נדחתה (כאשר לא הובהר מדוע ובאיזה אופן פורסמו המודעות עד לאותו מועד, חרף העדרו של אישור כנדרש במדיניות ההימורים של מטא).

משכך, טוענת מטא, אם תצא תחת ידיו של בית המשפט החלטה שתחייב אותה להתיר לאודאצ'י להמשיך לפרסם מודעות הימורים, הדבר יהיה מנוגד למדיניותה – הן משום שלאודאצ'י אין אישור בכתב כנדרש, והן משום שהחל מיום 3.8.2022 ישראל אינה נמצאת עוד ברשימת המדינות המותרות, ולכן ככלל אסור לפרסם בה מודעות המקדמות הימורים. מעבר לעובדה שמדובר בצו עשה זמני, מדובר גם בבקשה לסעד שהוא זהה לסעד המבוקש בהליך העיקרי, וגם לבקשות כאלה יש להיעתר רק בנסיבות חריגות ביותר.

9. עוד נטען כי בית משפט קמא שגה בהחלטתו למחוק את תצהירה של מטא. התצהיר נחתם כדין על ידי המצהיר מטעמה של מטא ואושר על ידי נוטריון ציבורי בניו-יורק, אך חותמת האפוסטיל לא נשלחה אל מטא עובר להגשת תגובתה לבקשה לסעד זמני מטעמים שלא בשליטתה (עיכוב במחלקת המדינה בניו יורק בשל עומס עבודה נוכח תקופת החגים הלאומיים). מחיקת תצהיר היא סעד קיצוני וחריג שבתי המשפט נוהגים להשתמש בו במשורה. במקרה דנן, בית המשפט יכול היה לנקוט בדרכים אחרות על מנת להתגבר על הקושי שנוצר עקב העדר החותמת, ובכלל זה יכול היה לאמת את תצהירו של העד ולהזהירו בתחילת חקירתו; לתת למטא ארכה להגשת חותמת האפוסטיל; או להתיר לה לתקן בדיעבד את הפגם שנפל בתצהיר.

10. מטא הוסיפה וטענה כי מאחר שהתנאים למתן סעד זמני (קיומה של עילת תביעה ומאזן הנוחות) נבחנים כ"מקבילית כוחות"; ומאחר שבית משפט קמא קבע כי עילות התביעה אינן פשוטות כלל, היה על אודאצ'י להוכיח כי מאזן הנוחות נוטה לטובתה במובהק. אודאצ'י לא עמדה בנטל הזה ולא הוכיחה כי מאזן הנוחות נוטה לטובתה, ולא כל שכן באופן מובהק די הצורך.

אודאצ'י טענה טענות סתמיות באשר לנזק שייגרם לה אם לא יותר לה להמשיך להשתמש בשירותי הפרסום של מטא בלא לפרטן ולהוכיחן. הדבר אף עולה בבירור מהחלטתו של בית משפט קמא. מכאן, שאודאצ'י לא עמדה בנטל המוגבר שהיה מוטל עליה, ועל כן היה על בית משפט קמא לדחות את הבקשה.

מטא אף מלינה על קביעת בית משפט קמא לפיה היה עליה לחקור את המצהיר מטעם אודאצ'י בנושא זה. לטענתה, הנטל להוכיח ולבסס את הטענות בדבר הנזק הוטל על אודאצ'י כמבקשת הסעד, והיא לא הצליחה להרימו ולבסס טענות אלה. לכן היה בית המשפט צריך לדחות את בקשתה. תחת זאת, בית המשפט "העביר" את הנטל לכתפיה של מטא, להוכיח טענה שלילית לפיה לא ייגרמו לאודאצ'י נזקים.

11. לבסוף טענה מטא כי קביעת בית משפט קמא לפיה לא היה שיהוי בהגשת הבקשה היא שגויה. זאת משום שאודאצ'י לא הציגה כל הסבר מדוע, אם אכן נגרם לעסקיה נזק בלתי הפיך שהצדיק קבלת סעד זמני, היא המתינה עם הגשת הבקשה כחודש וחצי ולא הגישה אותה מיד כשנודע לה על דחיית בקשתה לפרסם מודעת הימורים במטא ביום 5.8.2022. זו אף הייתה עמדת בית משפט קמא בהחלטתו מיום 28.11.2022.

12. מנגד, טענה אודאצ'י כי דין בקשת רשות הערעור להידחות. לטענתה, לערכאה הדיונית מסור שיקול דעת רחב בכל הנוגע להחלטות בנושא סעדים זמניים, והתערבות ערכאת הערעור בהחלטות אלה שמורה למקרים חריגים בלבד. אודאצ'י סבורה כי המקרה דנן אינו מהווה מקרה חריג המצדיק התערבות כאמור.

לגופו של עניין, אודאצ'י טוענת כי לא נפלה טעות בהחלטת בית המשפט למחוק את תצהיר מטא. למעשה, בית המשפט ניסה לאפשר למטא לתקן את המחדל ביחס לתצהיר. אולם, מטא השיבה כי התצהיר תקין וכי ממילא הוא עוסק בסוגיות טכניות בלבד, ולכן ניתן להמשיך בדיון גם בלעדיו. במצב כזה, אין למטא להלין אלא על עצמה, והיא אינה יכולה לבקש מערכאת הערעור שתתקן את מחדליה.

אודאצ'י כפרה בגישתה של מטא לפיה היא לא הצליחה לבסס או להוכיח את הנזק שנגרם וייגרם לה כתוצאה מהפסקת הפרסום באינסטגרם ובפייסבוק. לגישתה, טענותיה נתמכו בתצהיר ולפיכך הן מהוות ראיה כשרה כקבוע בסעיף 15(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971. בנסיבות אלה, היה על מטא להוכיח כי העובדות האמורות בתצהיר אינן נכונות. משהיא לא עשתה כן, משמעות הדבר היא שגרסתה לא נסתרה.

13. לבסוף טוענת אודאצ'י כי הסעד שניתן בהחלטת בית משפט קמא אינו צו עשה זמני, והוא אף אינו זהה לסעד העיקרי שהתבקש בתביעתה. למעשה הסעד שניתן הוא צו מניעה, שנועד למנוע ממטא להחיל על אודאצ'י את המדיניות החדשה שלה, ולמנוע ממנה לשנות את המצב הקיים. אודאצ'י מוסיפה כי הסעד שניתן בבקשה מתייחס להמשך פרסום של מודעות שלטענתה כבר אושרו על ידי מטא, בעוד שעניינו של הסעד העיקרי המבוקש בתביעה הוא בפרסום מודעות אחרות וחדשות שטרם אושרו.

עוד נטען כי העובדה שאודאצ'י פרסמה בעבר מודעות באינסטגרם ובפייסבוק מצביעה על כך שהמודעות האלה אושרו. זאת מאחר שכחלק מתהליך העבודה של מטא, עוברת כל מודעה בטרם הפרסום תהליך של בדיקה ואישור, ורק לאחריו המודעה מתפרסמת.

דיון והכרעה

14. כידוע, ככלל יש לערכאה הדיונית שיקול דעת רחב ביחס לבקשה למתן סעדים זמניים, והתערבותה של ערכאת הערעור בהחלטות כאלה היא מצומצמת ונעשית במקרים חריגים בלבד (ראו מני רבים: רע"א 6307/21 זכאים נ' ביטון, פסקה 15 (10.11.2022); רע"א 5284/17 עלי נ' עיזבון המנוח עלי, פסקה 20 (15.10.2017); רע"א 2071/21 חצרי אלף בית דוד המלך בע"מ נ' אזורים בנין (1965) בע"מ, (13.7.2021); רע"א 3970/22 טרי נ' אגודה שיתופית קיבוץ אושה, פסקה 14 (16.6.2022) (להלן: עניין טרי)). חרף זאת, כפי שיובהר להלן, אני סבורה כי זהו אחד המקרים בהם התערבות כזו היא מוצדקת.

15. בבואו להכריע בבקשה למתן סעד זמני, על בית המשפט לבחון קיומם של שני תנאים מצטברים: סיכויי התביעה להתקבל ומאזן הנוחות. בין שיקולים אלה מתקיים יחס של "מקבילית כוחות" באופן שככל שסיכויי התביעה להתקבל פחותים, כך על מבקש הסעד מוטל נטל כבד יותר להוכיח כי מאזן הנוחות נוטה לטובתו, ולהיפך. מבין שני התנאים הללו, הוענק משקל הבכורה לשיקול בדבר מאזן הנוחות (ראו מיני רבים: עניין

טרי, בפסקה 15; רע"א 7640/22 רונן נ' אליאט, פסקה 7 (15.11.2022); ע"א 3671/18 שקד עבודות מתכת בע"מ נ' ש.י. אליאטוב סחר בע"מ, פסקה 17 (22.7.2018); ע"א 5432/16 סמואל נ' רונן, פסקה 13 (31.1.2017).

סיכויי התביעה

16. באשר לסיכויי התביעה, ומבלי לקבוע מסמרות לעניין זה, אני סבורה כי כדי להוכיח את טענותיה, יהיה על אודאצ'י להתגבר על מספר משוכות. כך, אין חולק כי עם הצטרפותה לשירותיה של מטא, אודאצ'י הסכימה לפעול בהתאם למדיניות הפרסום של מטא, ובכלל זה בהתאם למדיניות ההימורים.

מדיניות ההימורים קבעה כאמור כי משתמשים המעוניינים לפרסם מודעות הנוגעות להימורים במדינות מותרות, צריכים לקבל הרשאה של מטא מראש ובכתב לשם כך. בנוסף נקבע כי מטא שומרת לעצמה זכות לדחות, לאשר או להסיר כל מודעה מכל סיבה שהיא לפי שיקול דעתה הבלעדי, וכי המדיניות עשויה להשתנות בכל עת ללא הודעה מוקדמת. כאמור, מטא אכן שינתה ביום 3.8.2022 את מדיניותה והוציאה את ישראל מרשימת המדינות המותרות. אף קודם לשינוי המדיניות, לא היה לאודאצ'י אישור מראש ובכתב כנדרש לשם פרסום מודעות המקדמות הימורים (אלא לכל היותר, לטענתה של אודאצ'י, אושר לה בפועל לפרסם את המודעות).

אודאצ'י הסכימה לתנאי מדיניות ההימורים. על פי תנאים אלה, לפני שינוי המדיניות נאסר עליה לפרסם מודעות הימורים ללא אישור מראש ובכתב של מטא; ולאחר שינוי המדיניות, אסור לה לפרסם מודעות כאלה כלל, שכן ישראל איננה עוד מדינה מותרת. לכן יהיה עליה להבהיר במסגרת הדיון בתביעה לגופה, מדוע חרף ההסכמה האמורה, אין להחיל עליה את מדיניותה של מטא בדבר פרסום מודעות הימורים בכלל ובישראל בפרט.

טענתה של אודאצ'י בהקשר זה הייתה כאמור כי היא אינה עוסקת בהימורים ואינה מפרסמת מודעות המקדמות הימורים כמשמעותן במדיניות ההימורים של מטא. כך, נטען כי השירות שמציעה אודאצ'י ושאותו היא מפרסמת באינסטגרם ובפייסבוק, הוא שירות המאפשר ללקוחות לרכוש כרטיסי חישגד באמצעות אפליקציה מקוונת. לטענת אודאצ'י, בית המשפט המחוזי קבע, בעניין אחר, כי פעילות של חברות מסוגה אינה פעילות של הימורים, וכי היא חוקית לחלוטין. לכן, מדיניות ההימורים של מטא

אינה חלה על אודאצ'י ועל פרסומיה, ומשכך לא הייתה מטא רשאית מכוח מדיניותה שלה, להסיר את המודעות ולחסום את חשבונה.

המסקנה מהאמור לעיל היא כי המחלוקת העיקרית בין הצדדים אינה נוגעת לתחולת כללי המדיניות על אודאצ'י אלא לפרשנות המדיניות לגבי השאלה מהם הימורים; ולגבי השאלה האם לאור הגדרת הימורים בכללי המדיניות, פרסומיה של אודאצ'י מהווים פרסומים של הימורים אם לאו. כדי להצליח בתביעתה, יהיה על אודאצ'י להוכיח את טענותיה לגבי פרשנות מדיניות ההימורים ויישומה על פרסומיה (וזאת כאשר לגישתה הפרסומים נושא הבקשה אושרו על ידי נציגי מטא(ראו למשל ס' 11 לתשובה לבקשת רשות הערעור)). הגם שמדובר במשוכה שאודאצ'י עשויה להתגבר עליה, זוהי משוכה לא פשוטה. לכן לא ניתן לקבוע כבר בשלב זה כי מדובר בתביעה שהסיכויים שהיא תתקבל הם גבוהים (אם כי מנגד גם אין מדובר בתביעת סרק).

שיקולי מאזן הנוחות

17. כאמור, השיקולים העיקריים אותם יש להביא בחשבון הם שיקולי מאזן הנוחות. במסגרת שיקולים אלה, על מבקש הסעד הזמני לשכנע את בית המשפט בכך שאי-מתן הצו עלול להסב לו נזק שיהיה גדול מהנזק שעשוי להיגרם ממתן הצו למשיב המתנגד לו (ראו רע"א 6994/00 בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ נ' אמר, פ"ד נו(1) 529, 532 (2001)).

כאשר מדובר בצו עשה זמני, הנטל המוטל על מבקש הצו הוא כבד יותר. בית המשפט יעניק סעד כזה שיש בו שינוי של המצב הקיים רק במקרים חריגים (ראו רע"א 8716/15 מימון נ' רייטר, פסקה 22 (28.12.2015)). הוא יעשה כן רק אם נוכח כי התערבותו היא חיונית כדי למנוע תוצאה קשה ביותר, וכאשר הנזק שעלול להיגרם למבקש הסעד מאי-מתן הצו אינו ניתן לפיצוי באמצעות פיצוי כספי הולם (ראו רע"א 1760/15 הנדלניסט ייעוץ ניהול ושיווק נדל"ן בע"מ נ' פרש קיטשן (2012) בע"מ, פסקה 9 (2.4.2015); רע"א 5843/05 איגוד ערים לאיכות הסביבה דרום יהודה נ' שרון דן השקעות בע"מ, פסקה 5 (1312.2005)).

לטעמי הסעד המבוקש במקרה דנן הוא סעד של צו עשה זמני, שיטיל על מטא חובה לפרסם פרסומים העומדים לשיטתה בניגוד למדיניותה ושלא היו מאושרים לפרסום אלמלא כן. זאת מאחר שגם טרם הוצאת ישראל מרשימת המדינות המותרות, אודאצ'י לא קיבלה אישור בכתב לפרסום המודעות, כנדרש לפי מדיניות ההימורים של מטא. העובדה שבפועל פורסמו מודעות של אודאצ'י, אין די בה כדי להביא לקביעה כי ניתן

לה אישור בכתב כנדרש. יתרה מכך - החל מיום 3.8.2022 ישראל אינה נמצאת עוד ברשימת המדינות המותרות, ולכן ממועד זה ואילך, כלל לא ניתן, לפי מדיניות ההימורים, לפרסם בישראל מודעות המקדמות הימורים. חיובה של מטא לעשות כן יהיה אפוא חיוב "עשה" זמני.

אני סבורה כי אודאצ'י לא הצליחה להרים את הנטל הכבד המוטל עליה, והיא לא הוכיחה במידה הנדרשת כי אי מתן הצו יגרום לה לתוצאה הקשה לה היא טענה. אודאצ'י אף לא הוכיחה במידה הנדרשת כי הנזק שייגרם לה הוא כזה שלא ניתן לפצות עליו באמצעות פיצוי כספי הולם. לעומת זאת, אני סבורה כי הנזק הנטען למטא ממתן צו עשה כאמור, הוא כזה שיש קושי להעריך את שיעורו הכספי.

18. אכן, אודאצ'י טענה שכתוצאה מהפסקת הפרסום נגרמו וייגרמו לה נזקים רבים. היא הוסיפה כי "חשבון פייסבוק עסקי מהווה צינור חמצן של החברות בתחום, ובכלל זה של [אודאצ'י] אשר בלעדיו דינן אחד – כליה". אודאצ'י אף טענה כי אם לא יינתן לה הסעד הזמני המבוקש, היא תיאלץ לסגור את עסקיה ולפטר את עובדיה באופן שבו לא ניתן יהיה להחזיר את הגלגל לאחור גם אם תזכה בתביעה.

אולם – וכפי שקבע גם בית משפט קמא – אודאצ'י לא צרפה לטענות אלה כל אסמכתא, ולא הוכיחה אותן. אף שניתן להניח כי חסימת הגישה של אודאצ'י לפרסום בפייסבוק תגרום לה לנזקים כלשהם, הרי שאין די בכך כדי להצדיק את מתן הסעד המבוקש. אודאצ'י הייתה צריכה כאמור להוכיח כי אי-מתן הסעד יגרום לנזק משמעותי, בלתי-הפיך ושאינו ניתן לפיצוי כספי, וטענה זו לא הוכחה.

טענתה של אודאצ'י לפיה אם הצו לא יינתן היא תאלץ לסגור את עסקיה ולפטר את עובדיה, היא טענה שהיה עליה לבסס בנתונים שיוכיחו כי ללא הפרסום באינסטגרם ובפייסבוק, לא תהיה לה אפשרות להמשיך ולפעול (למשל באמצעות נתונים אודות היקף הפרסום הכולל שלה אל מול היקף הפרסום שלה במטא; נתח ההכנסות שלה המגיע כתוצאה מפרסום במטא אל מול הכנסות הנובעות מפרסום בפלטפורמות אחרות; אלטרנטיבות פרסומיות ועוד). משהיא לא עשתה כן, היא לא הצליחה להרים את הנטל הנדרש לצורך קבלת הסעד המבוקש.

19. חרף האמור, בית משפט קמא קבע כי אודאצ'י הצליחה להוכיח את נזקיה, משהוא זקף לחובתה של מטא את החלטתה שלא לחקור את המצהיר מטעמה לעניין הנזק

הנטען. בית המשפט קבע כי משמעות הוויתור על חקירה כאמור, הוא שעלה בידי אודאצ'י להוכיח את הנזקים שנגרמו לה.

אינני מקבלת את המסקנה הזו, שמביאה לטעמי לתוצאות דיוניות בעייתיות. אני סבורה כי העובדה שצד להליך אינו חוקר את המצהיר מטעמו של הצד האחר על תצהירו, איננה מעידה (בהעדר הסכמה מפורשת אחרת) על כך שאותו צד מסכים לתוכן האמור בתצהיר. קביעה אחרת תביא לכך שצדדים יעמדו בכל מקרה ומקרה על זכותם לחקור על כל סעיף וסעיף בתצהיר, וזאת רק על מנת שהם לא ייתפסו כמי שמסכימים לתוכן התצהיר על כל האמור בו.

חשוב להדגיש כי זו תוצאה שאינה יעילה ואינה רצויה. צד יכול לכפור באמור בתצהירו של הצד שכנגד, לא לחקור את המצהיר ולנסות לבסס את טענותיו לגביו על כך שהתצהיר אינו מפורט די הצורך; כי הוא מנוגד למסמכים כתובים או לראיות אחרות וכיו"ב. צד כזה רשאי כמובן לחקור את המצהיר על תצהירו – כולו או חלקו, אך הוא רשאי באותה מידה גם לעשות שימוש במכלול החומר הקיים בתיק, ולכפור בעובדות נושא התצהיר בהסתמך על החומר הזה, וזאת גם בלא חקירה נגדית (או עם חקירה נגדית מצומצמת).

יוער עוד כי כאשר צד מגיש תצהיר חלקי ולא מפורט כנדרש, חקירה נגדית עשויה לעתים לאפשר למצהיר להרחיב ולפרט את העניינים שהוא לא הרחיב במסגרת תצהירו. דווקא משום כך, עשוי הצד שכנגד להעדיף שלא לחקור את המצהיר, ולטעון בהמשך כי אין די באמור בתצהיר כדי להרים את הנטל שהוטל על יריבו. גישה כזו היא לגיטימית, ואין מקום למנוע אותה.

כך פעלה מטא במקרה דנן, כאשר היא טענה שאין די באמור בתצהיר אודאצ'י כדי להרים את הנטל שהוטל עליה. כאמור, טענה זו הייתה מקובלת על בית המשפט קמא, והיא מקובלת עלי. זאת מאחר שאני סבורה שעל מנת להוכיח נזק משמעותי בדמות סגירתה של אודאצ'י והפסקת פעילותה, היה עליה להוסיף נתונים שיאפשרו הסקת מסקנה כזו. העובדה שמטא לא חקרה את המצהיר מטעם אודאצ'י איננה משנה ממסקנה זו.

20. כאמור, מעבר לעובדה שנקבע כי אודאצ'י הוכיחה את טענותיה, בית המשפט קמא אף דחה את טענותיה של מטא לגבי הנזק הצפוי לה ממתן הסעד, לפיהן מתן הסעד יחייב אותה לשכתב את מדיניות ההימורים הגלובלית שלה, ויערער את יכולתה ליצור

פלטפורמה בטוחה לכלל המשתמשים והמפרסמים בישראל ובחו"ל ולתחזק אותה. הסיבה לדחיית טענות אלה היא שתצהירה של מטא בהקשר זה הוגש שלא כדין.

21. גם בלי לבחון את השאלה האם היה על בית המשפט לפסול לחלוטין את התצהיר שהוגש מטעם מטא (חלף בחירה באפשרות מחמירה פחות), אני סבורה כי ניתן היה לקבוע שלמטא ייגרם נזק כתוצאה מכך שהיא תאלץ לפעול בניגוד למדיניותה הגלובאלית כפי שהיא מפרשת אותה, באשר לפרסום מודעות המקדמות הימורים. קיומה של מדיניות כזו - שאודאצ'י הסכימה לה לכאורה במועד בו היא התקשרה בהסכם עם מטא - איננו שנוי במחלוקת. הנזק כתוצאה מהפרתה של המדיניות – ככל שייקבע כי הפרסומים אכן מפרים אותה - הוא כזה שקשה להעריכו בכסף. גם לעניין זה יש משקל בבחינת מאזן הנוחות הכולל לצורך הוצאת צו עשה זמני.

סוף דבר

22. השקלול של האמור לעיל מביא למסקנה כי לא היה מקום לקבל את בקשת אודאצ'י לסעד זמני: מדובר בצו עשה זמני המשנה את המצב הקיים ולכן היה על אודאצ'י להוכיח כי ייגרם לה נזק משמעותי, בלתי-הפיך, וכזה שלא ניתן לפיצוי כספי אם הצו לא יינתן. אודאצ'י לא עמדה בנטל שהוטל עליה. לכך יש לצרף את העובדה שמתן צו יחייב את מטא לפעול בניגוד לפרשנותה את כללי המדיניות שלה לגבי פרסומים המקדמים הימורים. כל אלה בצירוף העובדה שתביעתה של אודאצ'י היא כזו שלצורך קבלתה יהיה עליה להתגבר על מספר משוכות, מביאים אותי למסקנה כי היה מקום לדחות את בקשתה לסעד זמני.

23. לאור כל האמור לעיל, בקשת רשות הערעור מתקבלת במובן זה שהסעד הזמני שניתן בהחלטת בית משפט קמא מיום 19.12.2022 יבוטל.

אודאצ'י תישא בהוצאותיה של מטא בבקשה בסכום כולל של 5,000 ₪.

ניתן היום, ט"ו בשבט התשפ"ג (6.2.2023).

ש ו פ ת