בבית המשפט העליון

רע"א 1901/20

לפני:	כבוד המשנה לנשיאה (בדימוס) נ' הנדל כבוד השופטת י' וילנר כבוד השופט ע' גרוסקופף
המבקשים:	1. טרוים מילר בע"מ 2. יונתן טרוים
	נ ג ד
המשיבה:	facebook lreland limited
המתייצב להליך:	היועץ המשפטי לממשלה

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו מיום 30.01.2020 ב[רע"א 11338-10-19] שניתן על ידי כבוד השופטת א' כהן [פורסם בנבו]

תאריך הישיבה:	ט"ז באב התשפ"א	(25.07.2021)
בשם המבקשים:	עו"ד ליעד ורצהיזר	
בשם המשיבה:	עו"ד מיואב אסטרייכר; עו"ד חני רוטשטיין-כהן	
בשם המתייצב להליך:	עו"ד לימור פלד	

כתבי עת:

צבי הדר, "הביקורת על תוכנם של חוזים אחידים", משפטים, יב (תשמ"ב-תשמ"ג) 140

איילת בן עזר;יעד רותם, "תניות ברירת דין בחוזים בין־לאומיים: הצעה למודל של אוטונומיה מוגברת", משפט ועסקים, א (תשס"ד) 333

איריס קנאור, "משפט בין-לאומי פרטי בעולם גלובלי – ברירת הדין בחוזי צרכנות", מחקרי משפט, לא (2018) 833

אלון קלמנט, "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על- פני תובעים רבים", מחקרי משפט, כא (תשס"ד-תשס"ה) 387

שמואל בכר;משה גלברד, "חוק החוזים האחידים: עיון מחודש בעקבות תיקוניו", חוקים, ה (אוגוסט 2013) 19

ספרות:

סיליה וסרשטיין פסברג **משפט בין-לאומי פרטי** (2013)
דניאל פרידמן, נילי כהן **חוזים**
ורדה לוסטהויז, טנה שפניץ **חוזים אחידים** (התשנ"ד)
אורנה דויטש **מעמד הצרכן במשפט** (התשס"ג)
אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ד - פרשנות החוזה (התשס"א)
גבריאלה שלו ואפי צמח **דיני חוזים**

חקיקה שאוזכרה:

פקודת הנזיקין [נוסח חדש]: סע' 35, 36
חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973: סע' 12, 39
חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982: סע' 1, 2, 3, 4, 4(6), (8), 5, 13, 14, 15$., 16, 17, 18, 19$, 19(א), 19(ב), 20, 21(ב)
תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 (כפי שהיו נכון ליום 31.12.2020): סע' 410
חוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988: סע' 6, 14
חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984: סע' 60(ב), פרק ב
חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968
חוק שירות מידע פיננסי, תשפ"ב-2021: סע' 18(ב)
תקנות ניירות ערך (דיווח בשפה האנגלית), תשפ"א-2000: סע' 2
חוק שירותי תשלום, תשע"ט-2019: סע' 47
חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981: סע' 1$., 36
חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957: סע' 1

מיני-רציו:

* בימ"ש פסק, בדעת רוב, כאן לראשונה, כי תניית ברירת הדין שנקבעה בהסכם השימוש ברשת החברתית פייסבוק ולפיה יחסי הצדדים יוסדרו לפי דין מדינת קליפורניה, מקפחת את צרכני פייסבוק, לרבות עסקים קטנים שרכשו ממנה שירותי פרסום; דעת הרוב קבעה כי התביעה שהגישו המבקשים נגד פייסבוק לבימ"ש השלום תתברר לפי דיני מדינת ישראל. בימ"ש השלום יכריע בשאלת סיווג המבקשים לאחר שיעמוד על הנתונים הרלוונטיים, וככל שייקבע כי הם עונים על הגדרת עסק קטן בהתאם לאמות המידה שנקבעו, תבוטל בעניינם תניית ברירת הדין.

* חוזים – תנאים – תניית ברירת הדין

* חוזים – חוזה אחיד – תנאי מקפח

.

בתקופה הרלוונטית לתביעה הכספית שהגישו המבקשים, העוסקים בייזום והפקה של ירידים שונים, נגד המשיבה לבימ"ש המחוזי, נדרשו משתמשים ישראליים ברשת החברתית Facebook (פייסבוק) לחתום עם המשיבה-פייסבוק אירלנד, שסיפקה בתקופה זו את שירותי פייסבוק בישראל, על הסכם המסדיר את תנאי השימוש ברשת החברתית. סעיף 15(1) להסכם השימוש קבע כי יחסי הצדדים יוסדרו לפי דין מדינת קליפורניה (תניית ברירת הדין). אין חולק כי ההסכם הוא חוזה אחיד, כמשמעותו בחוק החוזים האחידים. בימ"ש המחוזי קבע תביעת המבקשים תתברר לפי תניית ברירת הדין, ומכאן בקשת רשות הערעור. הדיון נסב אודות השאלה האם תניית ברירת הדין מקפחת את המבקשים.

.

בית המשפט העליון (מפי השופטת וילנר ובהסכמת השופט גרוסקופף, בניגוד לדעתו החולקת של המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל) קיבל את הערעור ופסק כי:

לגישת המשנה לנשיאה (בדימ') נ' הנדל, בנסיבות העניין לא הוכח כי תניית ברירת הדין מקפחת את המבקשים, שהם גורמים עסקיים שלאורך שנים רכשו שירותי פרסום מפייסבוק והגישו נגדה תביעה "בסכום גבוה יחסית". המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל עמד על כך שהמבקשים לא הציגו נתונים על אודות מצבם הכלכלי ועל מידת התלות שלהם בפייסבוק, ואף לא הוכיחו כי הדין הקליפורני משנה את מערך הזכויות בין הצדדים. המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל הדגיש כי הכרעתו מבוססת על נסיבות המקרה, כך שאין מניעה כי בתי המשפט יידרשו לשאלה אם תניית ברירת הדין מקפחת בנסיבות אחרות. לאור האמור סבר המשנה לנשיאה (בדימ') כי דין הערעור להידחות.

השופט גרוסקופף סבור כי תניית ברירת הדין מקפחת את לקוחות פייסבוק אשר צורכים את שירותיה בישראל, בין משתמשים פרטיים ובין עסקים קטנים. עמדתו מבוססת על כך שאין לאפשר לתאגיד גלובלי דוגמת פייסבוק המקיים פעילות עסקית בישראל, להתנער באופן גורף מתחולת הדין הישראלי ביחסיו עם הצורכים את שירותיו או מוצריו, באמצעות תניית ברירת דין בחוזה אחיד. לפיכך, השופט גרוסקופף סבר כי יש לקבל את הערעור, כך שתבוטל תניית ברירת הדין בהיותה תניה מקפחת בחוזה אחיד, ככל שמדובר ב"עסק קטן". התביעה שהגישו המבקשים נגד פייסבוק לבימ"ש השלום תתברר לפי דיני מדינת ישראל, שיאפשר לצדדים להביא ראיות ולהשמיע טיעונים בשאלה אם המבקשים הם "עסק קטן" בשים לב למבחנים שפירטה השופטת וילנר.

השופטת וילנר קבעה שתניית ברירת הדין מקפחת את משתמשי פייסבוק הצרכנים, ובכלל זאת אף עסקים קטנים הרוכשים ממנה שירותי פרסום, אך דרכה למסקנה זו אינה חופפת את דרכו של השופט גרוסקופף. השופטת וילנר עמדה על המסגרת הנורמטיבית בעניין תנאי מקפח בחוזה אחיד, בציינה כי נסיבות עיקריות שעל בימ"ש ליתן עליהן דעתו בדונו בשאלת הקיפוח נוגעות למיהות הצדדים לחוזה ולטיב היחסים ביניהם. יש להתחשב בנסיבות שמסייעות

לאפיין את הספק ואת סוג הלקוחות הרלוונטי ולעמוד על טיב האינטרסים שלהם, לצורך הגעה לאיזון ראוי בעניינם. בהקשר זה מקובלת הבחנה בין לקוח מסחרי ללקוח צרכני, לנוכח ההנחה שהראשון חזק ומתוחכם באופן שמצמצם את פערי הכוח והמידע בינו לבין הספק, בעוד שהצרכן סובל מנחיתות מובנית ביחס לספק מבחינת ידע, ניסיון, כוח ומעמד כלכלי. כמו כן, מבחן הקיפוח יופעל בקפדנות יתרה כאשר לפעילות הספק נלווים מאפיינים מונופוליסטיים, וכאשר מושא החוזה הוא נכס חיוני מבחינת הלקוח.

השופטת וילנר דנה בשאלה האם תניית ברירת הדין מקפחת את המבקשים (תוך שעמדה על ההבחנה בין נסיבות המקרה דנן לנסיבות עניין בן חמו). השופטת וילנר ציינה כי יש לבחון, בראי הנסיבות הרלוונטיות לענייננו, אם תניית ברירת הדין מקפחת את צרכני פייסבוק, ובכללם עסקים קטנים שרכשו ממנה שירותי פרסום. השופטת וילנר קבעה תחילה כי יש לסווג בתור צרכנים של פייסבוק גם עסקים קטנים שרכשו ממנה שירותי פרסום, על רקע עצמת פערי הכוחות והמידע בין צדדים אלו. (ודוק, מפרסמים בפייסבוק שהם עסקים גדולים ו"מתוחכמים", בעלי עוצמה כלכלית, ניסיון ומומחיות רלוונטיים, אין מקומם בגדר מושג ה"צרכן" בענייננו); השופטת וילנר ציינה כי על בימ"ש, בבואו לקבוע אם לפניו עסק קטן ליתן דעתו על שורת אינדיקציות שיש בהן כדי ללמד על טיב פערי הכוח והמידע בין המפרסם לפייסבוק, ובהן: חוסנו הכלכלי של המפרסם; כמות העובדים שהוא מעסיק; אם יש למפרסם ליווי משפטי, ובאיזה היקף; האם קיימת אצל המפרסם מחלקת פרסום, ובאיזה היקף; עד כמה הפרסום בפייסבוק חיוני לפעילות המפרסם באופן שיוצר תלות; האם פרסום הוא חלק אינטגרלי מפעילות העסק, או שמא אך כלי לקידום מוצרי העסק ושירותיו; מה סכום התביעה, ומה מידת ההרתעה הטמונה מבחינת המפרסם בהתדיינות לפי הדין הזר.

על מנת להכריע בשאלה אם תניית ברירת הדין מקפחת את משתמשי פייסבוק הצרכנים, ובכלל זה בעלי העסקים הקטנים, ציינה השופטת וילנר כי יש לבחון אם תניה זו מעניקה לאינטרס של פייסבוק, המגולם באותה תניה, הגנה העולה על הראוי בהתקשרויות עם משתמשים מסוג זה, בראי האינטרס הרלוונטי של הצרכן, שנפגע כתוצאה מתנית ברירת הדין. השופטת וילנר פסקה שבנסיבות עניינו, תניית ברירת הדין מְגִנָּה על האינטרס של פייסבוק אירלנד למעלה מן הראוי בסוג ההתקשרות הנדון, וכי האינטרס של צרכני פייסבוק בישראל, גובר. לדעת השופטת וילנר, תניית ברירת הדין פוגעת באינטרס של הצרכן הישראלי כי יחסיו מול פייסבוק יוסדרו לפי הדין הישראלי, באופן שמעמיק את פערי הכוח והמידע בינו לבין פייסבוק, בניגוד לתכליות דיני הגנת הצרכן. לאור זאת; בשים לב לרכיב הקוגנטי של דינים אלו בישראל; ובהינתן המשקל המועט שיש ליתן לאינטרס של פייסבוק אירלנד, להסדיר את יחסיה מול צרכנים אך ורק לפי הדין הקליפורני לנוכח הסכם השימוש החדש, תניית ברירת הדין מְגִנָּה למעלה מן הראוי על אינטרס זה של פייסבוק בהתקשרות מול צרכנים בישראל, כך שיש לקבוע כי מדובר בתניה מקפחת ביחס ללקוחות אלה.

לסיכום, דעת הרוב (השופטים וילנר ו-גרוסקופף) קבעה כי תניית ברירת הדין מקפחת את צרכני פייסבוק, לרבות עסקים קטנים שרכשו ממנה שירותי

פרסום. במישור הסעד האופרטיבי, משלא הובאו נתונים הנוגעים לשאלת סיווג המבקשים כעסק קטן בהתאם לאינדיקציות הנ"ל, דעת הרוב קבעה כי בימ"ש השלום יכריע בשאלת סיווג המבקשים לאחר שיעמוד על הנתונים הרלוונטיים. ככל שייקבע כי המבקשים עונים על הגדרת עסק קטן, תבוטל בעניינם תניית ברירת הדין.

פסק-דין

המשנה לנשיאה (בדימוס) נ' הנדל:

1. עניין לנו בחוזה בין פייסבוק לבין רוכשי שירותי פרסום ברשת החברתית שהיא מפעילה. ביתר מיקוד, בסעיף 15.1 לחוזה, הקובע כי הדין המהותי שיחול על יחסי הצדדים הוא דין מדינת קליפורניה. בהיבט הדיוני, מונחת לפנינו בקשת רשות ערעור על הכרעתו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (רע"א 11338-10-19; השופטת א' כהן), אשר העניק למבקשים (רוכשי השירות) רשות ערעור – אך דחה את ערעורם לגופו, והותיר על כנה את החלטת בית משפט השלום בהרצליה (ת"א 32809-09-17; השופט ג' הס) כי תביעתם הכספית נגד המשיבה תתברר "לפי הדין המהותי של מדינת קליפורניה".

רקע וטענות הצדדים

2. מבקש 2 עוסק – על פי עדותו – "בייזום והפקה של ירידי אופנה ולייף סטייל ואירועי תרבות שונים". יש לו "מוניטין וקשרים עסקיים מבוססים, והוא אחד היזמים המוכרים והוותיקים בתחום". בשנת 2013 הוא היה שותף להקמת מבקשת 1, ומאז הוא פועל באמצעותה.

על פי כתב התביעה המתוקן, המבקשים – שהרשת החברתית שמפעילה המשיבה (Facebook Ireland Limited; להלן: פייסבוק)

שימשה, לדבריהם, במת הפרסום "העיקרית (וכמעט הבלעדית)" שלהם – יצרו ברשת ארבעה "דפים" עסקיים, אשר צברו במהלך השנים למעלה מ-42,000 "עוקבים". על רקע השקתו המתוכננת של מיזם חדש, פנו המבקשים לפייסבוק, ביום 1.1.2017, וביקשו למזג את ארבעת העמודים הוותיקים לעמוד חמישי (בשם "WeekendMarkets"), שבו יוכלו לרכז את פעילותם. פייסבוק אישרה את הבקשה, אך המבקשים טוענים כי "משבוצע המיזוג (לאחר עיכובים משמעותיים)", התחוור להם כי "שרשרת מחדלים" של פייסבוק פגעה קשות בחשיפת קהל העוקבים לפרסומיהם. כתוצאה מכך, סבלו שלושה ירידים שערכו מנוכחות דלה של מבקרים, והרביעי בוטל בשל חשש מכישלון דומה. המבקשים תבעו, אפוא, את פייסבוק בגין נזקיהם, ופירטו את עילות התביעה נגדה: התרשלות, "בניגוד להוראות סעיפים 35, 36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]"; הפרת ההסכם בין הצדדים; הפרה של חובות תום הלב "המוטלות עליה בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973", והטעיה. לשיטתם, בסעיף 15.1 ל"הצהרת הזכויות ותחומי האחריות" (להלן: הסכם השימוש) נקבע, אמנם, שיש לברר "כל טענה" כלפי פייסבוק בבתי משפט במדינת קליפורניה, ועל פי דיני קליפורניה. אולם, בית משפט זה כבר ביטל את חלקו הראשון של הסעיף, העוסק במקום השיפוט (להלן: תניית השיפוט הזר), לאחר שמצא שמדובר בתנאי מקפח בחוזה אחיד (רע"א 5860/16 **Facebook Inc**. נ' בן חמו (31.5.2018) [פורסם בנבו] להלן: עניין בן חמו). בהתחשב באופי התביעה שלפנינו, ראוי, לדעתם, להגיע לתוצאה דומה גם ביחס לחלקו השני של סעיף 15.1 – העוסק בדין המהותי החל על הצדדים (ויכונה להלן תניית ברירת הדין).

מנגד, פייסבוק – שהודיעה לערכאה הדיונית כי אינה עומדת על תחולת תניית השיפוט הזר במקרה הנידון – ביקשה לדחות את תביעת המבקשים על הסף. לדבריה, יצירת "חשבון" משתמש ברשת החברתית, ורכישת שירותי פרסום, מותנות בהסכמה לתנאי הסכם השימוש, ומכאן שמבקש 2, שביצע פעולות אלה, הסכים גם לתניית ברירת הדין שבסעיף 15.1. בעניין בן חמו, שדן בתוקף התניה כלפי תובעים פרטיים שהגישו תביעה ייצוגית, נקבע שאין לראות בה תנאי מקפח – ופייסבוק סבורה שתוצאה זו יפה שבעתיים בהקשר של לקוחות "מסחריים" דוגמת המבקשים. תביעת האחרונים כפופה, אפוא, לדיני מדינת קליפורניה, אך המבקשים כלל לא התייחסו לדין זה, ולא צירפו חוות דעת מומחה לגביו, כך שדין התביעה להידחות בהעדר עילה.

בית משפט השלום קיבל את עמדתה המהותית של פייסבוק, והורה כי תביעת המבקשים תתברר "לפי הדין המהותי של מדינת קליפורניה" – בהתאם לתניית ברירת הדין. לדידו, בהעדר אינדיקציה לכך שהדין הקליפורני שולל מהמבקשים עילות או תרופות העומדות להם בדין הישראלי, תניה זו אינה באה בגדרי חזקות הקיפוח שבסעיף 4 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן: חוק החוזים האחידים). חשוב מכך, בחינתה בראי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים – והקביעות בעניין בן חמו – מלמדת כי היא אינה מקפחת. ראשית, "המבחן השולט" בהקשר זה "הינו 'מבחן ההרתעה'", וברי שאין בעלויות הגשת חוות דעת מומחה לדין הזר כדי להרתיע "אנשי עסקים, אשר מגישים תביעה משמעותית בגין אירוע עיסקי". זאת ועוד, גם אם תניית ברירת הדין פוגעת במידת מה בלקוחות, אין בה פסול משום שהיא משרתת אינטרס לגיטימי של פייסבוק בכפיפות למערכת דינים אחת. אף על פי כן, בית

משפט השלום נמנע מסילוק התביעה, והתיר למבקשים "לתקן את כתב התביעה ולהוסיף במסגרתו התייחסות לסוגיית הדין הזר".

כאמור, בקשת רשות ערעור שהגישו המבקשים התקבלה – אך בית המשפט המחוזי דחה את ערעורם לגופו. על פי השקפתו, צודקים המבקשים בטענתם כי הקביעות בעניין בן חמו "כוחן יפה לגבי תובענה ייצוגית" – על מערך התמריצים הייחודי הקיים בהן – ולכן "אינן פוטרות מהצורך לבחון בתיק הפרטני אם עסקינן בתניה מקפחת". ברם, גם בחינה פרטנית זו מובילה למסקנה שתניית ברירת הדין אינה מקפחת את המבקשים, מן הטעמים שפירטה הערכאה הראשונה – קרי, מאפייני המבקשים ותביעתם, ונגישות הדין המהותי של קליפורניה, מחד גיסא, והאינטרס הלגיטימי של פייסבוק בכפיפות למערכת דינים אחת, מאידך גיסא.

3. מכאן בקשת רשות הערעור הנוכחית, בה טוענים המבקשים כי תניית ברירת הדין "לוקה בהגינותה וסבירותה, ויש בה כדי להרתיע תובעים פוטנציאליים", ולהעניק לפייסבוק הגנת יתר לא ראויה.

המבקשים מסכימים כי ההכרעה בעניין בן חמו נעוצה במאפייניהן הייחודיים של תובענות ייצוגיות, ולכן אינה מייתרת את בירור טענות הקיפוח בהקשר של תביעה "רגילה". עם זאת, הם חלוקים על בית המשפט המחוזי לגבי תוצאות הבירור: לדעתם, תניית ברירת הדין שוללת את זכותם לנהל את התביעה נגד פייסבוק לפי הדין המקומי, ובאה, אפוא, בגדרי חזקות הקיפוח הקבועות בסעיפים 4(6) ו-(8) לחוק החוזים האחידים. חשוב מכך, ניהול ההליך לפי דיני קליפורניה מכביד בצורה משמעותית על תובעים "רגילים" – למצער, כאלה שסכום התביעה שלהם נמוך יחסית – ומכאן שמדובר בתניה מקפחת, לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים.

על פי השקפת המבקשים, יש חשיבות רבה לפערי הכוחות הקיצוניים בינם ובין פייסבוק – חברת ענק גלובלית, המפעילה את הרשת החברתית המקוונת הגדולה בעולם, מספקת שירותים למיליוני מפרסמים, והכנסותיה השנתיות נאמדות במיליארדים רבים. הם מציגים את פייסבוק כ"מונופול לכל דבר ועניין" בתחום פרסום האירועים, וטוענים כי בנסיבות אלה אין להם כל "כוח מיקוח או יכולת השפעה" על ההתקשרות עמה. כפועל יוצא, המבקשים סבורים שראוי להעניק להם הגנה רחבה מפני קיפוח על ידי פייסבוק, למרות – ואולי אף בגלל – האופי המסחרי של היחסים ביניהם. בד בבד, המבקשים גורסים כי התנהלות פייסבוק בהליכים, באזורים ובנקודות זמן אחרים מעידה שהתכלית היחידה של תניית ברירת הדין היא "הרצון להרתיע משתמשים מלממש זכויותיהם" – וכי גם אם קיים אינטרס לגיטימי בריכוז ההתדיינויות תחת קורת דין מהותי אחד, משקלו מוגבל כשמדובר בתביעות "רגילות" (להבדיל מתובענות ייצוגיות בסכומי עתק). על כן, הם מבקשים להכריז על תניית ברירת הדין כמקפחת, להורות על בטלותה, ולאפשר להם לנהל את תביעתם לפי הדין הישראלי.

מנגד, פייסבוק סבורה שהבקשה – המופנית, למעשה, כלפי החלטת ביניים של הערכאה הדיונית לגבי אופן ניהול תביעת המבקשים – אינה עומדת בתנאים למתן רשות ערעור, לבטח בגלגול שלישי: החלטת הערכאות הקודמות אינה יוצרת עיוות דין, אינה פוגעת במבקשים באופן בלתי הפיך, וספק אם בכלל תשפיע באופן ממשי על תוצאות ההליך. זאת ועוד, הבקשה אינה מעוררת, לדעת פייסבוק, שאלה משפטית עקרונית – בין היתר, משום שבית המשפט המחוזי ביסס את הכרעתו על קביעה עובדתית נקודתית. לגופם של דברים, פייסבוק גורסת שההכרעה בעניין בן חמו סוגרת את הדלת בפני טענת הקיפוח של המבקשים, שכן מדובר בתקדים

עקרוני התקף גם לגבי תביעות "רגילות" –ועל אחת כמה וכמה כלפי גורמים מסחריים. מכל מקום, גם בחינה עצמאית של טענת הקיפוח מלמדת שאין בה ממש: אליבא דפייסבוק, למבקשים אין זכות קנויה לנהל את ההליך לפי הדין הישראלי, כך שחזקות הקיפוח הקבועות בחוק אינן רלוונטיות. יתר על כן, תניית ברירת הדין סבירה והוגנת, נוכח האינטרס הלגיטימי של פייסבוק "לכלכל צעדיה על ידי כפיפות למערכת דינים אחת".

4. לאחר שהתברר כי בגלגוליו הקודמים של ההליך לא נמסרה ליועץ המשפטי לממשלה הודעה על טענת התנאי המקפח שהעלו המבקשים – כמצוות סעיף 20 לחוק החוזים האחידים – ניתנה ליועץ הזדמנות להגיש את עמדתו בסוגיה שבמחלוקת (החלטת השופט מ' מזוז, מיום 28.10.2020). היועץ פעל בהתאם, וביקש לקבוע כי "בנסיבות מסויימות עשויה תניית ברירת הדין להיחשב כמקפחת וזאת אף מבלי שיוכח כי הדין הזר שולל זכויות או סעדים המגיעים ללקוח", ואף אם מדובר בלקוחות "עסקיים".

היועץ המשפטי לממשלה סבור כי הערכאות הקודמות הכשירו את תניית ברירת הדין על יסוד "מבחן ההרתעה", המתמקד בעלויות ניהול התביעה. אולם, בשים לב לכך שהתניה משפיעה על עיצוב מערך הזכויות והחובות של הצדדים מרגע כריתת החוזה ואילך, הרי שזה אינו "המבחן הרלוונטי, או לפחות אינו המבחן הבלעדי לבחינת קיומו של קיפוח". על פי השקפתו, "פרמטר חשוב ומשמעותי בבחינת קיומו של קיפוח הוא יכולת המתקשר בעסקה להבין" את מכלול תנאיה. במקרה שלפנינו, הסכם השימוש אינו מציג למשתמשי פייסבוק את הדין הקליפורני, ויוצר פערי מידע משמעותיים בין הלקוח הישראלי החותם על ההסכם – בשלב שבו אין לצפות כי יוועץ במומחה לדין הזר – ובין פייסבוק. מצב זה עלול

להעניק לפייסבוק, שבחרה לפעול בישראל בהיקף נרחב, מבלי להכפיף את עצמה לדין המקומי, יתרון בלתי הוגן על פני לקוחותיה. על כן, ובהתחשב בפערי הכוחות הגדולים בין הצדדים – נתון שהוביל את רשות התחרות הישראלית לקדם "אסדרה ביחס שבין פלטפורמות מקוונות לבין משתמשים עסקים בדין הישראלי" – לא ניתן לשלול קטגורית את האפשרות להכריז על תניית ברירת הדין כמקפחת גם כלפי לקוחות עסקיים של פייסבוק. אדרבה, יש לבחון כל מקרה לגופו על יסוד "יחסי הכוחות המתקיימים בין הצדדים בהתאם לנסיבות", תוך הסתייעות בפרמטרים דוגמת מידת התלות של הלקוח בהתקשרות, "מהות החוזה והיקפו", וחיוניות השירות הרלוונטי.

בשולי הדברים, מוסיף היועץ המשפטי לממשלה כי ההכרעה בעניין בן חמו אינה רלוונטית לענייננו – הן משום שעסקינן בתביעה "רגילה", והן בשל התפתחויות שכרסמו במשקל האינטרס הלגיטימי של פייסבוק בריכוז ההתדיינויות תחת קורת דין מהותי אחד.

5. בתגובתם לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, הפנו המבקשים לדוח של הקונגרס האמריקאי לגבי מעמדה המונופוליסטי של פייסבוק בתחום הרשתות החברתיות. לדעת המבקשים, אמנם לא הוכח "בשלב זה – כי פייסבוק היא מונופול בישראל בתחום הפרסום ברשתות החברתיות", אך אין ספק שמדובר בשירות ייחודי וחיוני, "בפרט לעסק קטן" כמו זה שלהם. בין הצדדים קיימים, אפוא, פערי כוחות עצומים, המחייבים להעניק למבקשים – ששילמו עבור שירותי הפרסום, ולא קיבלו "תמורה" לוויתור על תחולת הדין המקומי – הגנה הולמת מפני קיפוח. לגופה של תניית ברירת הדין, המבקשים סבורים כי ההוצאה הכרוכה במימון חוות דעת מומחה לדין הקליפורני מקפחת את הלקוחות, הן בראי מבחן ההרתעה –

שהם מסכימים עם היועץ המשפטי לממשלה שמבחן זה אינו חזות הכול – והן בראי מבחני הגינות וסבירות רחבים יותר. לאמור: אין לאפשר לפייסבוק לנהל בישראל עסקים בהיקף נרחב, תוך התחמקות מהוראות הדין המקומי. לבסוף, המבקשים מציינים כי הגם שתביעתם הוגשה על סכום גבוה יחסית (700,000 ₪), מדובר בנסיבה פרטנית שאין בה כדי להשליך על הניתוח, שכן "בין עשרות (ואולי מאות) אלפי המשתמשים הישראלים [...] בוודאי ישנם כאלה אשר ייפגעו באופן קל יותר, ואלה, קרוב לוודאי יירתעו מאותו 'נטל כבד' להוכיח את הדין הזר".

מנגד, פייסבוק מותחת ביקורת חריפה על עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לגבי הצורך בבחינה פרטנית של נסיבות ההתקשרות. לדבריה, עמדה זו מנוגדת ל"תקדימים מושרשים" המציגים "סטנדרטים אובייקטיביים לבחינת קיפוח" – ואף אינה מעשית. היא תגזור על הצדדים אי ודאות מתמשכת לגבי הדין החל עליהם, תוביל להתדיינויות מיותרות, ותחתור תחת עקרונות היסוד של דיני החוזים. פייסבוק מבליטה את ההבחנה "המושרשת היטב" בין צרכנים לצדדים מסחריים; עומדת על כך שאין בעצם החלתו של דין זר, שלא הוכח כי הוא מכיל הסדרים פוגעניים, משום קיפוח; ודוחה את טענות היועץ בדבר הכרסום שחל באינטרס ריכוז ההתדיינויות תחת קורת דין מהותי אחד. בהקשר זה, היא טוענת כי הסכם השימוש החדש שהזכיר היועץ נכרת מול ישות משפטית שונה לחלוטין – Facebook Inc. – וכי גם בו נותרה תניית ברירת דין לגבי לקוחות מסחריים, מסוגם של המבקשים. מעבר לכך, פייסבוק סבורה כי, בניגוד לטענת היועץ, הערכאות הקודמות – לרבות בית משפט זה בעניין בן חמו – נתנו את הדעת על פערי הכוחות בין הצדדים, ולא הסתפקו רק במבחן ההרתעה. היא מסכמת כי עמדת היועץ המשפטי לממשלה חורגת מהדין הנוהג, וטוענת כי את השינוי

שהציע ניתן לקדם רק במסלול חקיקתי – כפי שעולה מקול קורא שפרסם בעניין זה היועץ המשפטי עצמו, בחודש פברואר 2021.

6. לאחר קבלת עמדת היועץ המשפטי לממשלה ותשובות הצדדים, החליט השופט מ' מזוז להביא את בקשת רשות הערעור לדיון לפני הרכב, "נוכח ההשלכות הרחבות לכאורה של ההכרעה" בה; על מנת "להבהיר את גדריה של ההלכה שנקבעה בענין בן חמו"; ולאור עמדת היועץ המשפטי לממשלה.

ודוקו, במהלך הדיון בבקשת רשות הערעור, טען ב"כ פייסבוק כי הבקשה אינה מעוררת שאלות עקרוניות, משום שמרשתו כבר אינה מספקת שירותים לשוק הישראלי – ומשום שהסכם השימוש החדש מול חברת Facebook Inc. מכיל תנאים "שונים לחלוטין גם לעניין ברירת הדין" (פרוטוקול הדיון מיום 25.7.2021, עמוד 6). לדבריו, הוא אינו יודע על "מקרים נוספים שמחכים להכרעת בית משפט זה" בסוגיה שעל הפרק (שם, בעמוד 7). אף על פי כן, יש לזכור כי פייסבוק טענה בתגובתה לעמדת היועץ המשפטי לממשלה שההסכם החדש אינו משנה את המצב לגבי "משתמשים מסחריים (כגון המבקשים)". מבלי להביע, אפוא, עמדה לגבי פרשנות הסכם זה – סוגיה שלגביה נקבעו ברע"א 7470/20 **Facebook Ireland Limited** נ' גל, פסקאות 19-20 ו-22 (3.1.2022) [פורסם בנבו] להלן: עניין גל), רק קביעות לכאוריות – די בכך כדי להבהיר שהשאלות שמעוררת בקשת רשות הערעור חורגות מגבולות ההליך דנן. זאת, הן במישור הקונקרטי של היחסים בין משתמשי הרשת החברתית של פייסבוק ללקוחותיה בישראל, והן בהקשר הרחב יותר של מעמד תניות ברירת דין בחוזים אחידים.

7. לגופם של דברים, הצדדים שבו והציגו בדיון את טענותיהם – כאשר באת כוח היועץ המשפטי לממשלה הדגישה שהבחינה הנקודתית של יחסי הכוחות לצורך סיווג התניה נגזרת מהוראת סעיף 19(ב) לחוק החוזים האחידים, המורה כי "בהשתמשו בסמכותו לפי סעיף קטן (א) יתחשב בית המשפט במכלול תנאי החוזה ובנסיבות האחרות, וכן בנסיבות המיוחדות של הענין הנדון לפניו".

למען הסדר הטוב, יצוין כי פייסבוק הגישה "הודעת עדכון" לגבי עניין גל, וכי המבקשים ביקשו להגיב לה. בנסיבות העניין, ולאור נימוקי ההכרעה, נסתפק בחומר הקיים.

דיון והכרעה

8. בהעדר מחלוקת לגבי סיווג הסכם השימוש כחוזה אחיד (וראו עניין בן חמו, פסקה 20 לחוות דעת הנשיאה), ומאחר שפייסבוק הודיעה כי אינה עומדת על תניית השיפוט הזר בקשר לתביעת המשיבים, אין להידרש לסוגיות אלה. השאלה שבמוקד היא, אפוא, האם תניית ברירת הדין – שהערכאות הקודמות קבעו כי היא עוסקת רק ברובד המהותי של הדין הזר, להבדיל מהפן הפרוצדורלי (וראו עניין בן חמו, פסקה 41 לחוות דעת הנשיאה: "התניה עצמה אף היא אינה ברורה דיה בהקשר זה ומשכך ניתן להחיל את כלל הפירוש נגד המנסח ולקבוע כי תניית ברירת הדין שבסעיף 15(1) לתנאי השימוש, מתייחסת לדין המהותי בלבד"; פסקה 41) – עולה כדי תנאי מקפח. נוכח אופייה העקרוני של שאלה משפטית זו (כאמור לעיל, פסקה 6), וכדי למנוע את האפשרות של ניהול תביעת המבקשים בדרך שגויה, אציע לחבריי לדון בבקשת רשות הערעור כאילו ניתנה הרשות והוגש ערעור על פיה (בהתאם לסמכותנו לפי

תקנה 410 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, החלות על ההליך דנן).

9. ובכן, סעיף 15.1 להסכם השימוש, במתכונתו בתקופה הרלוונטית לענייננו, קבע כי –

> "עליך לפתור כל טענה, סיבה לתביעה או מחלוקת (להלן 'טענה') שיש לך מולנו הנובעת מתוך או קשורה להצהרה או לפייסבוק אך ורק בבית המשפט המחוזי של ארה"ב במחוז הצפוני של קליפורניה או בבית משפט של המדינה הנמצא במחוז סן מטיאו, ואתה מסכים לקבל את סמכות השיפוט האישית של בתי משפט אלה למטרות פסיקה בכל הטענות הללו. הצהרה זו, וכן כל טענה שעלולה לעלות בינך לבינינו, כפופות לחוקי מדינת קליפורניה, ללא קשר להתנגשות בין סעיפי חוק" (יוער כי הסכם השימוש מעניק עליונות לגרסתו בשפה האנגלית. עם זאת, הצדדים לא העלו טענות הקשורות בהבדלי הגרסאות, כך שאין מניעה להתייחס לנוסח העברי שהציגו).

כפי שציינה פייסבוק, על משתמש המעוניין בשירותיה "להירשם וליצור חשבון" – ולשם כך, עליו לקבל את תנאי הסכם השימוש, לרבות תניית ברירת הדין. פתיחת חשבון כזה ("פרופיל"), הכרחית ליצירת "דפי" פייסבוק המיועדים "לקידום עסקים, מותגים וארגונים" – דוגמת הדפים שהפעילו המבקשים – שכן דפים אלה "נוצרים ומנוהלים דרך חשבונותיהם האישיים של המשתמשים והמפרסמים" (פסקאות 10 ו-16 לכתב ההגנה). המשמעות היא כי תניית ברירת הדין אינה מבחינה בין משתמש "פרטי" ו"מסחרי", ומכפיפה את מכלול מערכות היחסים בין המשתמשים בישראל ובין פייסבוק – חברה שהתאגדה באירלנד, ומשרדה הראשי שוכן בבירתה, דבלין (עניין בן חמו, פסקה 1 לחוות דעת הנשיאה) – לדיני

מדינת קליפורניה. לא זו בלבד, התניה חלה על "כל טענה" נגד פייסבוק, ללא תלות במתכונת התביעה, סכומה או נסיבות הגשתה.

האם תניה גורפת זו עולה כדי קיפוח של משתמשי פייסבוק? האם בכלל ראוי לבחון אותה ברזולוציה כזו, או שיש להתמקד בנסיבות הקונקרטיות של הסכסוך – קרי, תביעה כספית בסך 700,000 ₪, ששורשיה ברכישת שירותי פרסום מפייסבוק על ידי גורמים עסקיים? על מנת להשיב לשאלות אלה, אפרוש את התשתית הנורמטיבית הרלוונטית.

רקע נורמטיבי – מבחן הקיפוח

10. בראשית, הוסדרה סוגיית החוזים האחידים בחוק החוזים האחידים, התשכ"ד-1964 (להלן: חוק 1964), שהעניק ללקוחות הגנה מפני קיפוח במסגרת רשימה סגורה ומצומצמת של תנאים "מגבילים" (סעיף 15). החוק – שהיה בשעתו "חלוץ בתחום זה בעולם (דברי ההסבר להצעת חוק החוזים האחידים, התשמ"ב-1981, ה"ח 28; להלן: דברי ההסבר להצעת חוק החוזים האחידים) – לא השיג את מטרותיו, והוחלף בשנת 1982 על ידי חוק החוזים האחידים, במטרה "להרחיב ולהעמיק את תחום ההתערבות השיפוטית בחוזים אחידים" (גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 33-34 (מהדורה רביעית, 2019) (להלן: שלו וצמח); דברי ההסבר להצעת חוק החוזים האחידים). אף על פי כן, במסגרת הדיון בהוראות הרלוונטיות של חוק החוזים האחידים נידרש גם להוראות מסוימות בחוק 1964, שיש בהן כדי לתרום להבנת התמונה הנורמטיבית העכשווית – אם על דרך ההשוואה, ואם על רקע הפסיקה שפירשה את החוק החדש על יסוד פרשנות קודמו.

11. ובכן, חוק החוזים האחידים החליף את הרשימה המצומצמת של התנאים המגבילים שהופיעה בחוק 1964, בהגדרה כללית, הפותחת פתח לביקורת על "כל תנאי בכל חוזה אחיד" (שלו וצמח, בעמוד 28). עם זאת, ההגדרה המהותית של הקיפוח נותרה דומה. על פי חוק 1964, נדרשו הגופים המוסמכים – גוף ייעודי, בדמות המועצה "שנתמנתה לענין חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959", לצד בתי המשפט –לבחון האם יש בתנאי המגביל "בשים לב לכלל תנאי החוזה ולכל הנסיבות האחרות – משום קיפוח הלקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העשוי להביא לידי קיפוח הלקוחות" (סעיפים 6 ו-14, בהתאמה). ברוח זו, סעיף 3 לחוק החוזים האחידים מורה כי –

> "בית משפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו – בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות – משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות".

בפסיקה שדנה בחוק 1964 הוצגה גישה לפיה הקיפוח נוצר כאשר "מצטרפים זה לזה שני הגורמים הבאים: '....האחד, שתוכן התנאי בלתי-רצוי מבחינה מוסרית או סוציאלית והשני, שהוא הותנה במסגרת של חוזה, שהצד בו, הנמצא מקופח, לא היה חפשי להתנגד לו'" (ע"א 764/76 שמעוני נ' מפעלי רכב אשדוד (מ.ל.) בע"מ, פ"ד לא(3) 113, 119 (1977); להלן: עניין שמעוני). לעומת זאת, השופטת מ' בן פורת הרחיבה את ההגנה על הלקוחות, ושמה את הדגש על "מבחן אחד ויחיד, הוא מבחן ההגינות והסבירות" (שם, בעמוד 122; ראו גם עח"א 1/79 מפעלים לניקוי יבש קשת בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לד(3) 365 (1980), והשוו לדברי יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט בפרוטוקול ישיבה 332 של הכנסת החמישית

1067 ו-1068 (12.2.1964)). בעניין קסטנבאום, הפנה הנשיא א' ברק לדברי קודמיו בעניין שמעוני, וקבע כי מבחן הקיפוח בו נוקב סעיף 3 לחוק החוזים האחידים –

> "'הוא מבחן ההגינות והסבירות' [...] תנאי הוא מקפח, אם יש בו הגנה על אינטרס (כלכלי או אחר) של ספק מעבר לנתפס כראוי בסוג זה של התקשרות. תנאי אינו מקפח, אם הוא 'נועד לשמור על האינטרס הלגיטימי והסביר של הספק' [...] אכן, ה'קיפוח', שחוק החוזים האחידים אוסר עליו, הוא קיפוח הנגזר מחוסר השוויון שביחסי הכוחות בין הצדדים [...] ואשר נוצר 'בעיקרו על רקע היחסים הבלתי-שווים בין הספק לבין לקוחו, היוצרים מעין תלות או העדר ברירה בהיזקקותו של הלקוח אל הספק'" (ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, פסקאות 14-15 לחוות דעת הנשיא א' ברק (1992)).

לפיכך, "הבחינה היא דו-רמתית. ברמה האחת נבחנים יחסי הצדדים והאינטרסים הטיפוסיים שלהם. וברמה האחרת נבחנת תפיסתה החברתית של שיטתנו באשר להוגן ולסביר בסוג יחסים מסוים" (שם, פסקה 15 לחוות דעת הנשיא א' ברק). אכן, "סוג היחסים" בין הצדדים נמנה על אותן נסיבות אחרות, חיצוניות לחוזה, שסעיף 3 לחוק החוזים האחידים מורה לערכאות הרלוונטיות לבחון, לצד מכלול תנאי החוזה האחיד עצמו (ראו, למשל, ורדה לוסטהויז וטנה שפניץ חוזים אחידים 67-69 (1994); להלן: לוסטהויז ושפניץ).

באופן דומה, סיכמה הנשיאה א' חיות כי "מבחן ההגינות והסבירות הוא המבחן שלפיו יש להכריע בשאלה האם תנאי מסוים בחוזה אחיד הוא מקפח" – אך הדגישה כי תוצאתו מושפעת מפערי הכוחות והמידע בין הצדדים. כך, למשל, על רקע תכלית המאבק בחוסר

השוויון, יש מקום להבחנה "בין סוגים שונים של ספקים ולקוחות [...] בין לקוחות צרכניים הזקוקים להגנה מוגברת ובין לקוחות מסחריים אשר פערי הכוח בינם ובין הספק קטנים יותר [...] בין ספקים מונופוליסטים אשר יש לפקח על פעילותם בצורה הדוקה יותר ובין ספקים שאינם מהווים מונופול". מאפיינים אלה מסייעים בהערכת פערי הכוחות והמידע בין הספק ללקוח, ומשליכים על הניתוח הנורמטיבי-אובייקטיבי של הגינות וסבירות התנאי: ככל שהפערים גדולים יותר, אם בשל חולשת הלקוחות, אם בשל עוצמת הספק ואם בשל טיב השירות או המוצר, ההתקשרות תידרש לעמוד ברף מחמיר יותר של סבירות והגינות, ולהפך (עניין בן חמו, פסקה 22; לוסטהויז ושפניץ, בעמודים 69, 71-72 ו-75). בהתאם, הוצע לדרוש "רמה גבוהה יותר של הגינות וסבירות" כלפי "סוגי לקוחות – כגון קבוצות אוכלוסיה חלשות במיוחד" (שם, בעמודים 71-72); לקוחות השרויים במצוקה בעת ההתקשרות (אם משום שמתם מוטל לפניהם [עניין קסטנבאום, פסקה 16 לחוות דעת הנשיא א' ברק], ואם בשל הלחץ הכרוך במעבר דירה [לוסטהויז ושפניץ, בעמוד 72]); וכאלה שיש להם "יחסי אמון מיוחדים" עם הספק, לרבות "יחסי אמון בין פרטים" (שם, בעמודים 72-73).

12. נסכם. חוזה אחיד כשמו כן הוא. חוזה שתנאיו הוכתבו מראש על ידי ספק לקבוצה בלתי מוגדרת של לקוחות, שבידיהם הבחירה האם לקבל את התנאים כמות שהם או לוותר לחלוטין על העסקה. ההצדקות להתערבות בחופש החוזים של הצדדים נעוצות בפערי הכוחות – ובמידה פחותה, בפערי המידע – הקיימים ביניהם (ראו, למשל, אריאל פורת "חוזים אחידים" דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג 729, 734-739 (2003) (להלן: פורת); שמואל בכר ומשה גלברד "חוק החוזים האחידים: עיון מחודש בעקבות תיקוניו" חוקים ה 19, 25-31 (2013)). ברם, הצדקות אלה יניעו פעולה ממשית רק כאשר הספק ניצל לרעה את

כוחו, ונטל לעצמו יתרון בלתי סביר ובלתי הוגן. או-אז, מתעורר הצורך "להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים", כלשון סעיף המטרה בחוק החוזים האחידים. אולם, אם התנאי מדלג בהצלחה מעל רף הסבירות וההגינות, אין בעצם קיומם של פערים בין הצדדים כדי להביא להתערבות חיצונית בתוכן ההתקשרות ביניהם.

בין "נסיבות אחרות" (סעיף 3 לחוק החוזים האחידים) ל"נסיבות המיוחדות של העניין" (סעיף 19)

13. כאמור, מבחן הקיפוח הכללי שבסעיף 3 לחוק החוזים האחידים (שנוסחו הובא בפסקה 11) נותן את הדעת גם על הנסיבות החיצוניות לחוזה – לרבות פערי הכוחות בין הצדדים. כעת, אפנה להגדרה מדויקת יותר של הנסיבות שיש בהן כדי להשפיע על בחינת הקיפוח.

חוק החוזים האחידים החליף את המועצה – שהוסמכה, כזכור, בחוק 1964 לדון בבקשת ספק לאישור תנאי מגביל (סעיפים 5 ו-11 לחוק 1964) – ב"בית הדין לחוזים אחידים" (סעיף 2 לחוק החוזים האחידים). במתכונתו המקורית, החוק החדש יצר "מסלול אישור" (שבוטל בהמשך), שבמסגרתו הוסמך בית הדין לחוזים אחידים לאשר, לבקשת ספק, חוזה אחיד. האישור נועד לתקופה קצובה – בת 5 שנים, לכל היותר – שבמהלכה, ככלל, "לא תישמע בבית הדין טענה שיש בחוזה האחיד תנאי מקפח, ולא תישמע טענה כזאת בבית משפט לגבי חוזה שנכרת לפי אותו חוזה אחיד, אף אם נכרת לפני מתן האישור" (סעיף 14 לחוק החוזים האחידים). כמו כן, ניתנה לבית הדין סמכות לדחות את בקשת האישור, "מחמת תנאי מקפח שיפרט" – ובמקרה זה, דין התנאי "כדין תנאי שבית הדין ביטל" (סעיף 13 לחוק). במקביל, עוגן בחוק החוזים האחידים "מסלול ביטול", המתיר לגורמים שונים, ובהם היועץ המשפטי לממשלה, לפנות אל בית הדין בבקשה "לבטל

או לשנות" תנאי מקפח בחוזה אחיד – ומסמיך את בית הדין לפעול בהתאם (סעיפים 16-17 לחוק החוזים האחידים). בנוסחו הנוכחי, סעיף 18 לחוק החוזים האחידים קובע כי ביטול, או שינוי, התנאי המקפח יחולו, כברירת מחדל, גם על חוזים שנכרתו בטרם ניתנה הכרעת בית הדין – וכי כוחה יפה לגבי כל חוזה "שבית הדין קבע לגביו כי הוא דומה במהותו" לחוזה האחיד שבו עסקה ההחלטה.

לצד הסדרת סמכויות בית הדין – הבוחן את התנאי האחיד מ"מעוף החוזה", במסגרת בקשות אישור או ביטול כלליות – חוק החוזים האחידים שימר את סמכויותיו העיקריות של בית המשפט, לדון בטענת קיפוח המתעוררת במסגרת סכסוך קונקרטי בין ספק ללקוח. מטעמים מעשיים, הקשורים בנסיבות שבמסגרתן נדרשות ערכאות אלה לסוגיית הקיפוח, הניתוח שהן עורכות – שונה. בית הדין בודק את הסוגיה בצורה מופשטת יותר, ואילו בית המשפט בוחן את העניין בהקשר הספציפי של הסכסוך הניצב לפניו.

ראוי לציין כי התמורות שחלו בחוק החוזים האחידים במהלך השנים מאשררות ומחזקות את חשיבות הביקורת השיפוטית, המבוססת על העובדות הקונקרטיות, בהשוואה לבחינה הכוללנית של בית הדין לחוזים אחידים. חוק החוזים האחידים (תיקון מס' 5), התשע"ה-2014, ס"ח 109, 110, ביטל כליל את "מסלול האישור" על ידי בית הדין – ושלל מן הספקים אפשרות לפנות מיוזמתם לבית הדין, ולזכות בחסינות מפני ביקורת שיפוטית. בלב התיקון עמדה התובנה "שהפעלת החוק ב-30 השנים האחרונות לימדה" שמסלול זה אינו אפקטיבי (דברי יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, בעמוד 170 לפרוטוקול ישיבה 187 של הכנסת ה-19 (8.12.2014); פרוטוקול ישיבה 256 של ועדת החוקה חוק ומשפט, הכנסת ה-19, בין היתר, בעמודים 4, 6-8 ו-10

(12.11.2014)). עם זאת, בהליך החקיקה ניתן ביטוי ברור לרתיעה מאישור גורף ומוקדם של חוזה אחיד, ולהעדפת הביקורת הפרטנית בבתי המשפט – מה שמעצים, מטבע הדברים, את חשיבות הנסיבות האחרות והקונקרטיות של העניין, כפי שיורחב בהמשך (שם, בעמודים 7-9 ["בקשות האישור, מעבר לחולשה שלהן שהן מעניקות שריון [...]"; "האישור מראש הוא הטעיה כי כשאתה נותן אישור מראש זה נראה בסדר ואחר כך מתגלים הדברים"]). נגזר מכך כי ניתנה עליונות לזכות הלקוח לפנות לבית המשפט בבקשת סעד התואם את נסיבותיו הקונקרטיות.

ובחזרה לסעיפי החוק.

14. סעיף 3 לחוק החוזים האחידים, שכותרתו "תנאי מקפח וביטולו", מופנה הן לבית המשפט והן לבית הדין. ונביא שוב את לשונו: "בית משפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו – בשים לב למכלול הוראות החוזה ולנסיבות אחרות – משום קיפוח לקוחות" (ההדגשה אינה במקור).

לצד סעיף זה מופיע סעיף 19 לחוק החוזים האחידים – שכותרתו "ביטול ושינוי תנאי בבית המשפט" –המכיל הוראה המופנית לבית המשפט בלבד:

> "(א) מצא בית משפט, בהליך שבין ספק ולקוח, שתנאי הוא מקפח, יבטל את התנאי בחוזה שביניהם או ישנה אותו במידה הנדרשת כדי לבטל את הקיפוח.
> (ב) בהשתמשו בסמכותו לפי סעיף קטן (א) יתחשב בית המשפט במכלול תנאי החוזה ובנסיבות האחרות, וכן בנסיבות המיוחדות של הענין הנדון לפניו".

סעיף קטן (א) מבהיר כי בית המשפט מוסמך לדון בטענת קיפוח רק במסגרת סכסוך קונקרטי, וכי הסעד שבידיו לתת מוגבל למערכת היחסים שבין הצדדים לאותו הליך. בד בבד, סעיף קטן (ב) מורה לבית המשפט להתחשב "במכלול תנאי החוזה ובנסיבות האחרות" – מונח שמופיע, כאמור, גם בסעיף 3 לחוק החוזים האחידים – "וכן בנסיבות המיוחדות של הענין הנדון לפניו", פרמטר שאינו מופיע בסעיף 3.

מכאן, יש לשאול מה היחס בין סעיפים 3 ו-19, או, במילים אחרות, מה המשמעות של התנאים הייחודיים שנקבעו לגבי בית המשפט בסעיף 19, ואינם נחלתו של בית הדין.

15. אומר כבר עתה, כי מקומו הגיאומטרי של סעיף 19 מעורר מחלוקת. כך לגבי המונח "בנסיבות המיוחדות של הענין", שאינו מופיע, כאמור, בסעיף 3. בעניין זה, קיימות שתי גישות פרשניות. הראשונה, זוכה לתמיכה משמעותית מן התכלית הסובייקטיבית של החוק, ומדברי ימי החקיקה. היא גורסת כי סעיף 19(ב) מתייחס למכלול רכיבי הסמכות של בית המשפט, ומאפשר לו לתת את הדעת על הנסיבות המיוחדות של העניין הן לצורך בחינת קיומו של קיפוח, והן לצורך בחירת הסעד במקרה בו נמצא קיפוח (להלן: הגישה הראשונה). הגישה השנייה שמה את הדגש על לשונו הפשוטה של החוק, וממנה נראה כי סעיף 19(ב) מתייחס רק לסמכות בית המשפט לפי סעיף 19(א) – דהיינו, סמכותו האופרטיבית להעניק סעד במקרה קיפוח, להבדיל מן השלב המוקדם של דרך בחינת הקיפוח (להלן: הגישה השנייה). לשתי גישות אלה תימוכין מסוימים בפסיקת בית משפט זה. עם זאת, יובהר בשלב זה כי, לשיטתי, אין צורך להכריע ביניהן בהליך דנן. זאת, משום שיישום שתי הגישות מוביל, כפי שיובהר, לתוצאה זהה בענייננו.

נרחיב כעת לגבי גישות אלה.

16. הגישה הראשונה גורסת, כאמור, כי לצורך הגדרת הקיפוח לגבי מקרה קונקרטי שהובא לבית המשפט ניתן להתחשב גם בנסיבות המיוחדות של המקרה. פרשנות זו של סעיף 19(ב) נתמכת בדברי ההסבר להצעת חוק החוזים האחידים (סעיף 17 להצעה), שם נאמר כי –

> "הניסוח של הסעיף המוצע בא להבהיר שבעוד שבית הדין דן בנוסח חוזה מופשט, דן בית המשפט בחוזה קונקרטי. לכן רשאי בית המשפט, בבואו לשקול האם תנאי הינו מקפח, להתחשב לא רק במכלול תנאי החוזה וכל הנסיבות אלא גם בנסיבות המיוחדות של הענין הנדון לפניו" (עמוד 35; ההדגשה אינה במקור).

דברים דומים נאמרו גם בדיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, שהכינה את הצעת חוק החוזים האחידים לקריאה שנייה ושלישית. עיון בפרוטוקולים (בייחוד פרוטוקול ישיבה 32 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-10 (22.2.1982) ופרוטוקול ישיבה 52 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-10 (16.6.1982); להלן, בהתאמה, פרוטוקול 32 ו-פרוטוקול 52) מלמד כי חברי הכנסת התחבטו רבות בשאלה האם יש להקים בית דין לחוזים אחידים, ואיזו דמות להעניק לו. התחבטות זו השפיעה על ניסוח סעיף 3, שבשלבים מסוימים נועד להסדיר אך את סמכויות בית המשפט (פרוטוקול 32, בעמודים 10-12). בסופו של דבר, החליטו המחוקקים לאשר את הקמת בית הדין, כך שיש חשיבות רבה להסבר שסיפקה נציגת משרד המשפטים, ט. שפניץ, לגבי האופי השונה של שני הגופים: "בית הדין דן בנוסח החוזה באופן כללי [...] הוא יכול להתחשב בנסיבות באופן כללי. לעומת זאת בית המשפט, לפי סעיף 17 [שהפך, בנוסח הסופי של החוק, לסעיף 19; הח"מ], רואה את המקרה הקונקרטי ודן בו אגב הליך משפטי אחר. אם יש טענה בדבר תנאי מקפח

יכול בית המשפט לבדוק את הדברים באופן ספציפי" (פרוטוקול 32, בעמודים 11 ו-6). בשלב מאוחר יותר של הדיון התייחס היועץ המשפטי לממשלה דאז, י. זמיר, לדוגמה שהציגה חברת הכנסת ש. אלוני – "באוכלוסיה מסוימת החתימו אדם על חוזה בעברית בלי שיש לכך תרגום" – ואישר כי "לכן כתוב כאן, בסעיף 17(ב) של הצעת החוק, 'בהשתמשו בסמכותו לפי סעיף קטן (א) יתחשב בית המשפט במכלול תנאי החוזה והנסיבות, וכן בנסיבות המיוחדות של הענין הנדון בפניו'. באופן עקרוני יכול להיות וצריך להיות הבדל בין הפסיקה של המועצה לבין הפסיקה של בית המשפט מכיוון שהם דנים במאטריות שונות" (פרוטוקול 52, עמוד 14).

ההיסטוריה החקיקתית מעידה כי סעיף 19(ב) לחוק החוזים האחידים נועד לאפשר לבית המשפט לחרוג מן המתווה הרגיל שבסעיף 3 לחוק החוזים האחידים – ולהתחשב בנסיבות המיוחדות של העניין שלפניו כבר בשלב הערכת סבירות והגינות התנאי.

17. אסמכתה נוספת לכך ניתן למצוא בתכלית הסובייקטיבית של סעיף 21(ב) לחוק החוזים האחידים, הקובע כי "דיון בבית משפט בטענת תנאי מקפח בחוזה שנכרת לפי חוזה אחיד, אין בו כדי למנוע מבית הדין לדון באותו חוזה אחיד או בתנאי מתנאיו". על פי דברי ההסבר לסעיף זה –

> "אם בית המשפט יחליט לבטל תנאי [...] עדיין יהיה בית הדין מוסמך לאשר תנאי זה בנוסח החוזה, שכן יתכן שהביטול נובע מהנסיבות המיוחדות של המקרה, ולא בשם המבחן הכללי של תנאי מקפח" (דברי ההסבר לסעיף 19 להצעת החוק, בעמוד 36).

דברים אלה מתיישבים עם הגישה הראשונה, לפיה בית הדין ובית המשפט מכריעים בסוגיית הקיפוח על יסוד פרמטרים שונים.

18. הגישה הראשונה זכתה לתמיכה גם בפסיקת בית משפט זה, שקבע כי ההוראה לגבי בחינת הנסיבות המיוחדות של העניין יפה כבר בשלב בחינת הקיפוח, ולא רק במישור הסעד –

> "רשאי בית המשפט לקבוע (לפי סעיף 19 לחוק), בהתחשבו במכלול תנאי החוזה ובנסיבות אחרות, וכן בנסיבות המיוחדות של הענין הנדון לפניו, כי גם תנאי אחר הינו תנאי מקפח. ואם אמנם סעיף הפטור במקרה שלפנינו הינו תנאי מקפח, או אז רשאי בית המשפט, לפי סעיפים 3 ו-19 לחוק זה, לבטל או לשנות אותו" (ע"א 118/93 גמבש נ' בנק מרכנתיל לישראל בע"מ, פסקה 16 לחוות דעתו של השופט י' זמיר שנטל, כזכור, חלק בהליך חקיקת חוק החוזים האחידים בכובעו כיועץ המשפטי לממשלה (ראו לעיל, פסקה 16)).

באופן דומה, ציין המשנה לנשיאה מ' אלון, בעניין קסטנבאום, כי:

> "דיונו של בית הדין בבדיקתו של תנאי מקפח הוא 'בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות'; בדיונו של בית המשפט, במקרה דנן, יתחשב בית המשפט, בנוסף לכך, גם 'בנסיבות המיוחדות של הענין הנדון בפניו' [...] תנאי זה סביר הוא והגון הוא, ואין בו משום קיפוח המבקש; ומכל שכן כך הוא בנסיבות המיוחדות שבמקרה דנן [...]" (פסקה 25 לחוות דעתו; יצוין כי המשנה לנשיאה נותר בדעת מיעוט באותו עניין, אך נראה שהמחלוקת התמקדה באופן יישום המבחן ולא בעצם חשיבותן של הנסיבות המיוחדות).

אם לסכם, הגישה הראשונה גורסת שהיריעה העובדתית המשפיעה על יישום מבחן הקיפוח משתנה בהתאם למהות ההליך ולזהות הערכאה הבוחנת את סוגיית הקיפוח.

19. הגישה השנייה נשענת על לשונו הפשוטה של סעיף 19(ב), ועל מיקומו הגיאומטרי בחוק החוזים האחידים. על פי השקפה זו, החוק הגדיר קיפוח מהו כבר בסעיף 3, בהגדרה משותפת לבית הדין ולבית המשפט. לא נראה סביר כי 16 סעיפים לאחר מכן החוק יביא לעולם דרך חדשה לבחינת קיפוח עבור בית המשפט בלבד. לעומת זאת, האפשרות כי סעיף 19(ב) מנחה את בית המשפט בשלב בחירת הסעד – לאחר שנקבע, על יסוד המבחן הכללי, שהתנאי מקפח – היא פרשנות סבירה והגיונית.

גישה זו זכתה אף היא להכרה בפסיקה. כדברי הנשיאה א' חיות –

> "חוק החוזים האחידים משרטט, אפוא, תהליך דו שלבי לבחינת תנאים [...] בשלב הראשון – על בית המשפט להכריע בשאלה האם התנאי הנתקף בחוזה האחיד הוא אכן תנאי מקפח, וזאת על פי אמות המידה הקבועות בסעיף 5 או בסעיפים 3 ו-4 לחוק; בשלב השני – על בית המשפט להכריע מה דינם של התנאים שנמצאו מקפחים (בטלות, ביטול או שינוי), וזאת בהתאם להוראות הקבועות בעניין זה בסעיפים 5 ו-19 לחוק, בהתאמה" (עניין בן חמו, פסקה 23 לחוות דעתה).

נראה כי עמדה דומה אימץ גם הנשיא א' ברק – שבחן את סוגיית הקיפוח, בעניין קסטנבאום, מבלי להידרש כלל לסעיף 19 לחוק החוזים האחידים, והזכיר סעיף זה, בעניין מילגרום, רק בהקשר של "תוצאות הקיפוח" (רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עזבון מילגרום נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, בייחוד בפסקה 27 (1998).

20. אודה כי נטייתי היא לקבל את הגישה השנייה, בעיקר לנוכח מבנה החוק. עם זאת, אין צורך לקבוע מסמרות בעניין, שכן גם הגישה השנייה – הממקדת את סעיף 19(ב) לחוק החוזים האחידים במישור הסעד – אינה מתכחשת לרלוונטיות של הנסיבות האחרות, לרבות אלה של המקרה הספציפי, כבר בשלב בחינת הקיפוח. כך, מכוח ההוראה הכללית שבסעיף 3 לחוק. כפי שיוסבר, די בכך כדי להוביל בעניינו לתוצאה שאליה תגיע גם הגישה הראשונה.

אין מחלוקת כי חוק החוזים האחידים אינו דורש להוכיח קיפוח של כלל הלקוחות, או של "קבוצה" מוגדרת. למעשה, הנשיא א' ברק צעד בעניין קסטנבאום בעקבות הפרשנות שהעניק הנשיא מ' שמגר למבחן הקיפוח בחוק 1964, וקבע כי "נקודת המבט של בית-המשפט אינה של כלל הלקוחות, אלא של לקוח אינדיווידואלי ואנונימי - העומד כביכול מאחורי מסך רולסיאני של בערות ('מסך הבערות') [...] – אשר ימצא עצמו ניצב בפני תנאי בחוזה, אשר מקפח אותו" (פסקה 14 לחוות דעתו). יתר על כן, ביישמו את מבחן הלקוח האינדיווידואלי והאנונימי, סבר הנשיא א' ברק שיש "לקחת בחשבון, בין השאר, את העובדה, כי התנאי האחיד בדבר ייחודיות הכיתוב העברי הוטל על המשיב לאחר מות רעייתו; שעה שהוא היה נתון במצב שלא איפשר לו לשקול את תוכן התניה ולבחון את האפשרות לפנות לחברה קדישא אחרת" (עניין קסטנבאום, פסקה 16 לחוות דעתו). כלומר, גם מבלי להידרש לסעיף 19(ב), על בית המשפט הבוחן קיומו של קיפוח להתחשב גם בנסיבות האחרות של המקרה, דוגמת מצבו הנפשי של הלקוח בשעת מעשה, על פי ההגדרה הכללית שבסעיף 3.

מסקנה דומה מתבקשת מהכרעת הנשיאה א' חיות בעניין בן חמו, "כי בנסיבות המקרה דנן אין לראות בתניית ברירת הדין

שבסעיף 15(1) לתנאי השימוש תניה מקפחת" (פסקה 43). משמע, הנשיאה מבססת את מסקנתה בדבר העדר קיפוח, על הנסיבות של המקרה הספציפי – מעמדה של פייסבוק, והמאפיינים הייחודיים של התובענה הייצוגית שהוגשה באותו עניין – כך שגם לשיטתה יש לאלה חשיבות. מכאן שגם על פי הגישה השנייה, הגורסת שסעיף 19(ב) מתמקד בשלב הסעד, נסיבות אלה נמנות על הנסיבות האחרות המוזכרות בסעיף 3, כך שבית המשפט מוסמך להתחשב בהן כבר בשלב ניתוח הקיפוח (וראו גם פסקה 23 בעניין בן חמו, המבחינה בין קבוצות שונות של ספקים ולקוחות).

אכן, פרשנות זו מתבקשת מעצם העובדה שהוראת סעיף 3 מופנית גם כלפי בית המשפט הדן במקרה ספציפי שמונח בפניו. למעשה, וכי ניתן אחרת?! הכיצד ניתן להתעלם מן הנסיבות הפרטניות בבחינת הקיפוח? כך, בוודאי, על פי המבחן בעניין קסטנבאום, הדורש לבדוק לא רק את ההשפעה על כלל הלקוחות אלא על הלקוח היחיד האינדיווידואלי והאנונימי.

21. כל אחת מהחלופות הפרשניות שהוצגו מטילה על בית משפט הדן בטענת קיפוח לבחון, כבר בשלב הראשוני, את הנסיבות הקונקרטיות של העניין. אמנם, נוכח התפקיד השונה שממלאים בית הדין ובית המשפט, הרי שבפועל יהיה הבדל בהיקף היריעה העובדתית הרלוונטית עבורם. בית הדין יבחן את הדברים בראי האינטרס הציבורי הכללי וחתכים רחבים וברורים של "סוגי" לקוחות – בעוד בית המשפט יוכל לתת את דעתו גם על נסיבות המקרה הקונקרטי מושא ההליך. ברם, שתי חלופות אלה נובעות מאותה הגדרה כללית ורחבה שבסעיף 3 לחוק החוזים האחידים, המבהיר כי סוגיית הקיפוח תיבחן "בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות" (ההדגשה אינה במקור). ביטוי רחב זה, "פותח את כל

הדרכים [...] אין כאן חילוקי דעות לגוף הענין שפותחים לא רק את מכלול תנאי החוזה אלא גם נסיבות הענין" (דברי ח"כ שילנסקי, ונציג משרד המשפטים פרופ' א' ידין בעמוד 13 לפרוטוקול 32), בהתאם ליריעה הניצבת לפני הערכאות השונות.

רוצה לומר, כי גם אם סעיף 19 כולל בחינת הנסיבות המיוחדות של המקרה ביחס לבחירת הסעד בלבד, כאמור בגישה השנייה, הרי לצורך ההכרעה בעניינו די ב"נסיבות האחרות" שניתן לשקול גם על פי גישה זו – מכוח ההגדרה הכללית שבסעיף 3 – כפי שהדבר בא לידי ביטוי בפרשיות קסטנבאום ו-בן חמו.

22. הנה כי כן, כל הדרכים מובילות להכרה בחשיבות הנסיבות הספציפיות של המקרה הנידון בבית המשפט. עם זאת, נוכח האופי הנורמטיבי-אובייקטיבי של מבחן הקיפוח, עליו עמדתי לעיל (פסקה 11), חשוב להדגיש כי בחינת הנסיבות האחרות והקונקרטיות של העניין אינה מתייחסת לתחושות קיפוח סובייקטיביות של לקוח זה או אחר כאל אמת מידה משפטית קובעת. כמובן, תחושה סובייקטיבית של קיפוח עשויה לשקף אל נכון מצב ממשי של קיפוח. ברם, המבחן המשפטי מתמקד במהות היחסים בין הספק ללקוח, להבדיל מתחושת הקיפוח כשלעצמה. כפי שנקבע בעניין מפעל הפיס, "אין לקבל את גישת בית-משפט קמא שלפיה על המבחן אשר יש להפעילו עת עומדים על סבירותה של תניית שיפוט, להיות מבחן גמיש התלוי בתחושתם הסובייקטיבית של המשיבים" (רע"א 188/02 מפעל הפיס נ' כהן, פ"ד נז(4) 473, פסקה 8 (2003); ראו גם חוק החוזים האחידים (תיקון), התשס"ד-2004, ס"ח 389, ועניין בן חמו, פסקאות 29-31).

הבחנה זו שופכת אור על דברי הנשיאה א' חיות כי "הנסיבות הפרטניות של הלקוח המסוים אינן רלבנטיות לצורך ההכרעה בשאלת הקיפוח, ככל שאין בהן כדי ללמד על כלל החוזים בין ספקים ולקוחות מאותו סוג" (עניין בן חמו, פסקה 25 לחוות דעתה). לכאורה, גישה זו שוללת לחלוטין התחשבות בנסיבות המיוחדות של העניין בשלב בחינת הקיפוח. אולם, לאור הניתוח שהוצג לעיל יש לראות בדברי הנשיאה ביטוי להבחנה בין נסיבות פרטניות בעלות משמעות נורמטיבית-אובייקטיבית – היוצרות "סוג" של התקשרות, ללא קשר למספר הלקוחות שהן כוללות (שהרי עניינו בנקודת המבט של "לקוח אינדיווידואלי") – לבין תחושות סובייקטיביות שאין בהן כדי להשפיע על סיווג התנאי. פרשנות זו מתיישבת היטב עם המשמעות המעשית שנוצקה בעניין בן חמו לקביעה שצוטטה – דהיינו, המסקנה כי "בבואנו להכריע בשאלה האם תנאי מסוים בחוזה אחיד הוא מקפח, יש לבחון את יחסי הכוחות בין הצדדים במועד שבו התקשרו בחוזה ולא במועד הגשת התביעה" (שם). מטבע הדברים, ההערכה הנורמטיבית של סבירות והגינות ההתקשרות מבוססת על יחסי הכוחות ששררו בין הצדדים במועד ההתקשרות, ואין בשינויים מאוחרים אקראיים כדי להשפיע, בדיעבד, על סטנדרט ההגינות שנדרש מהצדדים בזמן אמת. אולם, כאשר ניצבים לפנינו מאפיינים אינדיבידואליים שהשפיעו, בפועל, על פערי הכוחות והמידע במועד ההתקשרות, לא ניתן להתעלם מהשלכותיהם על רף הסבירות וההגינות, ויש לבחון את התנאי הרלוונטי גם לאורם.

לסיכום, בית המשפט אינו בוחן את הקיפוח מנקודת המבט של כלל הלקוחות, וגם לא מנקודת מבטו הסובייקטיבית של לקוח אינדיווידואלי. אלא ניתן לומר כי הבחינה תיעשה מנקודת המבט של הלקוח מן היישוב בנעלי הלקוח האינדיווידואלי. רכיבי הסבירות וההגינות, שמוזכרים רבות בפסיקה, מעניקים מענה הולם לחשש

ש"החלת מבחן סובייקטיבי תפתח פתח לאכיפת רצונו של הפרט על החברה כולה" (ראו, צבי הדר "הביקורת על תוכנם של חוזים אחידים" משפטים יב 140, 152 (1982)) – בעוד אלמנט האינדיווידואליות מאפשר להגשים את תכליתו של חוק החוזים האחידים, ו"להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים" (סעיף 1 לחוק). אכן, עולם החוזים מאופיין במפגש בין רצונות אך בעולם החוזים האחידים יש להתמקד באי הענקת יתרון בלתי הוגן לספק, תוך ניצול פערי הכוחות המכרסמים, בפועל, ברצון החופשי של הלקוח.

23. בטרם אפנה לבחינת תניית ברירת הדין בראי מבחן הקיפוח, אוסיף, להשלמת התמונה, כי הלקוח הוא שנושא בדרך כלל בנטל הוכחת הקיפוח. עם זאת, סעיף 4 לחוק החוזים האחידים מטיל על הספק לסתור חזקת קיפוח שיוצרים מספר תנאים נפוצים, "אשר לפי מהותם ונוסחם הם, לפחות לכאורה, מקפחים" (דברי ההסבר, בעמוד 31; עניין בן חמו, פסקה 21 לחוות דעת הנשיאה), וסעיף 5 מכריז על בטלותם של שני תנאים אחרים (הגבלת "זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות", או מתן פטור לספק "מאחריות לנזק גוף או למעשה זדון המוטלת עליו על פי דין").

שתי הערות אחרונות טרם יישום העקרונות על המקרה שלפנינו. הראשונה, נראה כי אחד היתרונות של מסלול הביקורת של בית המשפט לעומת בית הדין הוא, כפי שהניסיון בתחומים אחרים של המשפט מלמד, כי דווקא מחלוקת קונקרטית עשויה להציף קיומן של קבוצות שונות שלא היו נחשפות מכוח בדיקה מופשטת של הדברים. אין כמו התביעה המשפטית הקונקרטית להרחיב את היריעה של סוגיות משפטיות מעניינות, אף בהיבט הקבוצתי.

הערה שנייה היא, כי ניתן לשאול מה ההבדל בין הנסיבות האחרות בבדיקה הפרטנית שעורך בית המשפט מכוח ההגדרה הכללית שבסעיף 3, לבין קיומן של נסיבות מיוחדות, כלשון סעיף 19(ב). הרי אם, כפי שעולה מהפסיקה, על בית המשפט לבדוק את נסיבות המקרה הקונקרטי, לא ברור מה המשמעות של ההגדרה הייחודית בסעיף 19(ב), והאם היא מתייחסת לסוג אחר של נסיבות. אינני נדרש להכרעה זו, שלא מצאתי לה התייחסות בפסיקה. אומר כי תחושתי היא שהפער בין השתיים עשוי להיות מצומצם.

מן הכלל אל הפרט – תניית ברירת הדין

24. כזכור, על פי סעיף 15.1 להסכם השימוש, "הצהרה זו, וכן כל טענה שעלולה לעלות בינך לבינינו, כפופות לחוקי מדינת קליפורניה, ללא קשר להתנגשות בין סעיפי חוק". תניית ברירת הדין חלה על כל משתמשי הרשת החברתית, פרטיים כמסחריים (למעשה, רוכשי שירותי פרסום ברשת "נדרשו לאשרר מחדש את הסכמתם" בכל רכישה; פסקה 6 לתשובת פייסבוק). עם זאת, למדנו כי בניגוד לבית הדין לחוזים אחידים – הבוחן את החוזה ממעוף החוזה על פי תנאיו, בית המשפט יכול, ולמעשה נדרש, להתייחס גם לנסיבות הקונקרטיות של הסכסוך שלפניו.

כאן עסקינן בהקשר של מערכת היחסים הקונקרטית בין פייסבוק למבקשים – גורמים עסקיים, שהגישו נגד פייסבוק תביעה בסך 700,000 ₪, וטוענים כי לשירותי הפרסום שרכשו ממנה השפעה גורלית ורחבת היקף על עסקיהם. כאמור, המבחן הוא האם יש בתנאי משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות – וזאת, מנקודת מבטו של לקוח אינדיווידואלי שהוא גם אנונימי. לאמור, יש לערוך מבחן זה בהקשר

של התובענה הנידונה, תוך התמקדות במאפיינים שהם בעלי משמעות נורמטיבית-אובייקטיבית – היוצרים "סוג" של התקשרות – ואינם משקפים רק תחושות סובייקטיביות שאין בהן כדי להשפיע על סיווג התנאי.

25. ראשית לכל, יודגש כי לא הוכח שדיני מדינת קליפורניה שוללים מהמבקשים טענות או תרופות העומדות להם בדין הישראלי, או משנים את מערך הזכויות המהותי. בהעדר תשתית כזו, למעשה יש לבדוק האם בעצם החלתו של הדין הזר במערכת יחסים זו משום יתרון בלתי סביר ובלתי הוגן לפייסבוק.

על פי לשונה, תניית ברירת הדין חלה על "הצהרה זו" ועל "כל טענה" בין הצדדים – בין אם מדובר בתובענה ייצוגית רחבת היקף; תביעה כספית "רגילה"; תביעה קטנה של יחיד, לפי פרק ב, סימן ה, לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984; הליך משפטי שתכליתו להגן על זכויות יסוד של המשתמש ברשת (דוגמת הזכות לפרטיות); או הליך שיוזמת פייסבוק עצמה נגד המשתמש. ודוקו, סוג התביעה עליה חלה תניית ברירת הדין אינו משפיע באופן ממשי על הרמה הראשונה של בחינת הקיפוח. זו מתמקדת ביחסי הכוחות בין הצדדים במועד ההתקשרות – ומטבע הדברים, אדישה להתפתחויות מאוחרות יותר, לרבות סכסוכים עתידיים שהובילו לפתיחת הליך משפטי זה או אחר על ידי מי מהצדדים (השוו, עניין בן חמו, פסקה 26 לחוות דעת הנשיאה א' חיות). לעומת זאת, יש לסוג התביעות שעליהן חלה תניית ברירת הדין חשיבות רבה ברמה השנייה של הבחינה, העוסקת בהערכה נורמטיבית של סבירות והגינות התניה. כך, למשל, ניתן לחשוב כי תניה המחילה את הדין הזר רק על תובענות ייצוגיות רחבות היקף אינה חורגת מן האיזון הסביר בין האינטרסים של פייסבוק ולקוחותיה (כפי שנקבע בעניין

בן חמו) – ואילו הגבלה דומה על לקוח פרטי המבקש להגיש נגד פייסבוק תביעה קטנה עולה כדי קיפוח, בשל האפקט המצנן החריף שלה. נוכח תחולתה הרחבה של תניית ברירת הדין, ראוי היה, לכאורה, לבחון את סבירותה והגינותה ביחס למכלול ההליכים שאותם היא מבקשת להכפיף לדין הזר. אף על פי כן, המיקוד בנסיבות הספציפיות של העניין מוביל למיקוד הדיון ברובד הרלוונטי לסכסוך שלפנינו: האם, בשים לב ליחסי הכוחות בין הצדדים במועד ההתקשרות בהסכם השימוש, החלת הדין הזר על התביעה האזרחית שהגישו המבקשים, בסך ניכר, נגד פייסבוק, עולה כדי קיפוח.

26. נוכח הגדרת גבולות השאלה העומדת לבירור – והעקרונות לאורם הוגדרו גבולות אלה – ברי כי הנפסק בעניין בן חמו רלוונטי להכרעה, אך אינו סוגר את הדלת בפני המבקשים. במוקד אותה פרשה, ניצבה הקביעה לפיה הלקוח לא הרים את נטל הוכחת הקיפוח, לפי ההגדרה הכללית שבסעיף 3 לחוק, שכן:

> "שיטת המשפט בקליפורניה היא בעלת מאפיינים דומים לשיטת המשפט בישראל ונחשבת לאחת המתקדמות בעולם בתחום התובענות הייצוגיות. התקדימים והחוקים במדינה זו הם בשפה האנגלית המובנת לרבים מתושבי ישראל והם נגישים באמצעות האינטרנט. בנסיבות אלו, ניתן להניח כי אדם המבקש לנהל תובענה ייצוגית על סך 400 מיליון דולר, לא יירתע מתניה בחוזה אחיד הקובעת שתביעה זו תוכרע על פי דיני מדינת קליפורניה [...] בנוסף על כך, מקובלת עלי טענתה של פייסבוק אירלנד כי תניית ברירת הדין באה להגן על אינטרס עסקי לגיטימי וכי יכולתה לכלכל את צעדיה בצורה מושכלת תלויה בכך שתהיה כפופה למערכת דינים אחת,

> בייחוד בהינתן ההיקף האדיר של המשתמשים בפייסבוק הפרושים בכל רחבי הגלובוס. בנסיבות אלו, באיזון שבין האינטרס של משתמשים ישראלים בפייסבוק שתובענות ייצוגיות נגד פייסבוק אירלנד יוכרעו על פי דיני מדינת ישראל ובין האינטרס של פייסבוק אירלנד לתכנן את צעדיה באופן שלא יחשוף אותה לתובענות ייצוגיות לתשלום פיצויים בסכומי עתק על פי דין אחד ולא על פי אין ספור דינים, נראה לי כי יש להעדיף את האינטרס של פייסבוק אירלנד וכי אין בתניית ברירת הדין משום הגנת יתר על אינטרס זה" (פסקה 43 לחוות דעת הנשיאה א' חיות).

נקל להתרשם כי טענת הקיפוח נדחתה על יסוד מאפייני התובענה הייצוגית שעמדה במוקד פרשת בן חמו, והשלכותיהם על תמריצי הלקוחות והאינטרסים של פייסבוק. אכן, בסיומו של ניתוח זה סיכמה הנשיאה חיות כי "בנסיבות המקרה דנן אין לראות בתניית ברירת הדין שבסעיף 15(1) לתנאי השימוש תניה מקפחת ואין מקום להתערב בה" (שם; ההדגשה אינה במקור). לא מדובר, אפוא, בהכשר מלא לתניית ברירת הדין, כי אם בדחייה נקודתית של טענת הקיפוח בהקשר בו הועלתה באותה פרשה. מסקנה זו מתבקשת גם מן ההקדמה הנורמטיבית להכרעה בעניין בן חמו, במסגרתה שבה הנשיאה ועמדה על ייחודיות ההליך הייצוגי ("העובדה שההליך אשר בו עומדת לבירור שאלת הקיפוח הוא הליך ייצוגי נושאת משקל מסוים"; "ככל שהדבר נוגע למבחן ההרתעה יש מקום להבחין בין לקוחות הנוקטים בהליך ייצוגי ללקוחות הנוקטים בהליך שאינו ייצוגי [...] יש להביא בחשבון את העובדה שהנקיטה בהליך ייצוגי מעצימה את הלקוחות, ולו בדיעבד"; "העובדה שבמקרה דנן נקט המשיב בהליך ייצוגי וכן העובדה כי בסופו של יום עשויה לצמוח לו תשואה כלכלית כמי שיזם אותו, כל אלה יש להם רלבנטיות לצורך [...] ההכרעה בשאלה האם תניית מקום השיפוט ותניית ברירת הדין

שבסעיף 15(1) לתנאי השימוש, מהוות תנאים מקפחים בחוזה אחיד" [פסקאות 26-25]).

אשר על כן, ניתן ללמוד מן ההכרעה בעניין בן חמו שאין ממש בטענות המבקשים בדבר תחולת חזקת הקיפוח שבסעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים – ובמשתמע, גם בטענותיהם לגבי החזקה שבסעיף 4(6) לחוק (אף שזו לא הוזכרה מפורשות בפסק הדין). לעומת זאת, הקביעות המהותיות לגבי הקיפוח נעוצות בנסיבות האחרות הקונקרטיות של אותו עניין – תחולת הדין הזר על תובענה ייצוגית "בסכומי עתק" – ואינן חלות באופן אוטומטי בנסיבות האחרות של העניין שלפנינו, העוסק בתביעה מסחרית "רגילה". והייתי מבהיר, כי מאפיין חשוב בעניין בן חמו אינו רק סכום התביעה, אלא גם השימוש בכלי העוצמתי של התובענה הייצוגית. על כן, יש לבחון לגופה את שאלת הקיפוח במקרה הנוכחי, בהתאם למבחן הדו-רמתי.

27. אשר לרמה הראשונה של מבחן הקיפוח, החומר שהוצג מעיד בצורה ברורה על "העוצמה יוצאת הדופן" של פייסבוק, כלשון הערכאה הדיונית (פסקה 36) – וכפועל יוצא, על קיומם של פערי כוחות משמעותיים בין הצדדים. למעשה, כך נקבע בעניין בן חמו –

> "לא ניתן להתעלם בהקשר זה מפערי הכוחות העצומים בין פייסבוק אירלנד והמשתמשים הישראלים בפייסבוק. פייסבוק אירלנד היא חברת ענק זרה הפועלת במספר רב של מדינות בעולם ועובדה זו מקשה על משתמשים ישראלים בפייסבוק לתבוע אותה".

עוד תוזכר "העלייה הדרמטית בהיקף המסחר עם תאגידים זרים באמצעות האינטרנט בשנים האחרונות" (שם, פסקה 37 לחוות דעת הנשיאה א' חיות).

אמנם, אותה פרשה עסקה ביחסי הכוחות בין פייסבוק למשתמשים פרטיים, אך הגיון הדברים יפה, לכאורה, גם ללקוחות מסחריים מישראל – כפי שמעידה ההתייחסות לעלייה בהיקף "המסחר" האינטרנטי. אף יש היגיון בתיאור הכללי של השופטת ע' ברון, כי "מעצם העובדה שמפרסם מסוים הוא לקוח 'עסקי-מסחרי' כלשונה של פייסבוק, לא ניתן להסיק כי הוא בהכרח שחקן מתוחכם ושפער הכוחות בינו ובין פייסבוק הצטמצם, לא כל שכן בטל. מטבע הדברים חלק בלתי מבוטל מהמפרסמים הם עסקים קטנים וזעירים, שניתן להניח שכוח המיקוח שלהם אינו שונה מכוח המיקוח של משתמשי פייסבוק רגילים. בעניין זה מקובלת עלי עמדת בית המשפט המחוזי, שלעיתים אף ההפך הוא הנכון – קרי, שהמפרסם מצוי בעמדת נחיתות רבה יותר מזו של המשתמשים הרגילים, בשל תלותו בשירותי פייסבוק" (עניין גל, פסקאות 14-13). בכך יש כדי לתמוך בתפיסתו העקרונית של היועץ המשפטי לממשלה, בדבר הצורך בבחינה נקודתית של פערי הכוחות בין פייסבוק ללקוחות עסקיים, מתוך הנחה כי גם האחרונים "עשויים להיות בעלי כוח מיקוח קטן עד לא קיים למולה".

בענייננו, אל מול כוחה המשמעותי מאוד של פייסבוק, התמונה ברורה פחות בנוגע לכוחם של מבקשים. אלה שבו וטענו כי יש להם תלות מובהקת בשירותי הפרסום שמספקת פייסבוק, וכי אין להם "כל כוח מיקוח או יכולת השפעה" כלפיה. עם זאת, הם לא הציגו נתונים קונקרטיים לגבי היקף עסקיהם (מעבר לסכום התביעה נגד פייסבוק, 700,000 ₪), או לגבי היקף הפרסום שלהם

ברשת החברתית ובערוצים אחרים. מן הצד האחר, פייסבוק בחרה שלא להתעמת במישרין עם טענות המבקשים לגבי התלות בה, והסתפקה באמירה קצרה לפיה הטענות בדבר היותה מונופול המספק שירות חיוני "נטולות כל בסיס ונטענו בעלמא, ללא כל ראיה" (פסקה 29 לתשובה). בנסיבות אלה, ובשים לב ליריעה הכללית שפרש בעניין היועץ המשפטי לממשלה, ניתן להניח כי בין הצדדים מתקיימים פערי כוחות מסוימים – גם אם מצומצמים מאלה הקיימים בין פייסבוק למשתמש פרטי.

28. לא נותר, אפוא, אלא לעבור לרמה השנייה של הניתוח, ולבחון האם – בשים לב לפערים אלה – תניית ברירת הדין מעניקה לפייסבוק יתרון בלתי הוגן על פני המבקשים.

כפי שעולה מן הסקירה שבה פתחתי, השותפים להליך הציגו שני היבטים של קיפוח אפשרי. הראשון – תחולת הדין הזר מטילה על לקוח המבקש לתבוע את פייסבוק חובה להוכיח את דיני מדינת קליפורניה – עניין הכרוך בעלויות לא מבוטלות, הפוגעות בתוחלת התביעה ועלולות להרתיע את הלקוח מפני עמידה על זכויותיו (להלן: מבחן ההרתעה). לצד טענה זו, בה התמקדו המבקשים, הצביע היועץ המשפטי לממשלה על פגיעה מוקדמת ורחבה יותר. לטעמו, עצם החלת הדין הזר על מערכת היחסים בין פייסבוק למשתמשים הישראלים מקפחת את האחרונים, שאינם בקיאים בדין זה, ונדרשים לחתום על הסכם שאין ביכולתם לשקול את יתרונותיו וחסרונותיו.

אכן, שלילת מידע חיוני מהלקוח עשויה לעלות כדי קיפוח, גם אם ההסדר שנוצר בחסותה אינו מקפח כשלעצמו. כך, נקבע כי תנאי שהותיר לספק שיקול דעת לגבי התשלום העתידי שיוכל לגבות מהלקוח עם העברתו לבית אבות סיעודי ("לפי התעריפים שיהיו מקובלים מעת

לעת") הוא תנאי מקפח, גם לו התברר "שבפועל משען לא ניצלה את כוחה לרעה ושהתעריף בבית האבות הסיעודי היה ראוי והוגן". זאת, בין היתר –

> "משום שבענייננו הקיפוח אינו מתבטא רק בחשש של הכתבת תעריף מקפח. היבט חשוב של אופייה המקפח של התניה הוא בשלילתה מהלקוח מידע חשוב וחיוני לשם החלטה חופשית ורציונלית בעת כריתת החוזה, דהיינו קנה-מידה בדבר הפרשי התעריפים בין בית האבות הרגיל לבית האבות הסיעודי. בעצם העובדה שהתעריף שנגבה בפועל בבית האבות הסיעודי הוא הוגן, או בשינויו כך שיהא הוגן בהשוואה למחירי השוק, אין כדי להשיב את הגלגל לאחור ולהסיר את הקיפוח שמתבטא בשלילת המידע מהלקוח ובפגיעה בחופש ההחלטה שלו בעת כריתת החוזה" (עניין מילגרום, בעמודים 169-168).

עם זאת, יש לזכור כי ההוראה שנידונה בעניין מילגרום הותירה לבית האבות שיקול דעת מוחלט (ושרירותי) לגבי קביעת המחיר (פסקאות 25-26), וממילא, הותירה את הלקוח לגשש באפלה, ללא זיז אובייקטיבי שיאפשר לו להעריך את משמעות ההסדר. לעומתה, תניית ברירת הדין מספקת ללקוח מפת דרכים ממשית: היא קובעת כי על שני הצדדים יחול הדין המהותי של מדינת קליפורניה (להבדיל מתניית מקום השיפוט שחלה רק על הלקוחות), ומאפשרת ללקוח להתחקות אחר גוף ידע אובייקטיבי זה, ולהעריך את מידת השפעתו. אף על פי שההנחה שמרבית הלקוחות לא יעשו זאת בשלב אישור הסכם השימוש, לא מדובר ב"שלילת מידע" מהלקוח, אלא, לכל היותר, באי-הנגשה מלאה של ההוראות הרלוונטיות בדין הקליפורני – משימה שספק אם היא אפשרית או נחוצה, בייחוד בהתחשב בכך שלא הוכח הבדל מהותי בינו ובין הדין הישראלי בהקשר זה.

29. ודוקו, ניתן, כמובן, להניח כי לפייסבוק – שהיא שחקן חוזר רב עוצמה – היכרות מעמיקה יותר עם הסכם השימוש כולו, לרבות החלק המתייחס לתחולת דיני מדינת קליפורניה, מאשר ללקוח הישראלי המזדמן (אגב, הגדרה שלא בהכרח הולמת את המבקשים, שפעלו בפייסבוק במשך שנים ארוכות). אכן, "במקרה הרגיל אין זה מעשי ואין זה כדאי בעבור הלקוח להשקיע את ההשקעה הנדרשת כדי להבין טוב יותר את החוזה האחיד ואת תניותיו [...] הספק, לעומת זאת, אשר ניסח את החוזה האחיד, מכיר היטב את תניית הפטור ומבין את משמעותה" (פורת, בעמוד 737). אולם, כפי שכבר ציינתי לעיל, פערי כוחות ומידע אינם מצדיקים, כשלעצמם, התערבות בתוכן ההתקשרות. "הטענה היא שאם כלל ברירת הדין יאפשר אוטונומיה לצדדים, הרי שזו תפעל לטובת העוסקים" (איריס קנאור, "משפט בין-לאומי פרטי בעולם גלובלי – ברירת הדין בחוזי צרכנות" מחקרי משפט לא 833, 852 (2018)), ותאפשר להם לנצל את כוחם לרעה. אולם, במקרה שלפנינו פייסבוק בחרה בדיני מדינת קליפורניה, המציעים "far more consumer protections than the laws of some other states" (Anupam Chander, Facebooksitan, 90 N.C. L. REV. 1807, 1843 (2012)). חשוב מכך, לא הוכח שמדובר בבחירה המשנה את מערך הזכויות המהותי שהדין הישראלי מעמיד לצדדים. בהעדר אינדיקציה לכך שפייסבוק ניצלה את יתרונותיה כדי לבחור דין המיטיב עמה, אין ביתרון הידע שלה כדי לפגום בתניית ברירת הדין – בדיוק כפי שבקיאותה העודפת של חברה ישראלית גדולה בדין המקומי, בהשוואה ללקוח פרטי מזדמן, אינה מהווה, כשלעצמה, "קיפוח".

על כן, יש להתמקד בהיבט הנוסף של הקיפוח, הלא הוא ההרתעה הפוטנציאלית מפני מימוש זכויות – עניין שעמד, לצד הדיון המוקדם בפערי הכוחות בין הצדדים, בליבת עניין בן חמו, וביסוד הכרעת הערכאות הקודמות. כזכור, בית המשפט המחוזי קיבל את עמדת הערכאה

הדיונית, וסבר כי "בשים לב לכך שכל מה שנדרש [...] הוא הגשת חוות דעת לגבי הדין הזר", הרי שאפקט ההרתעה של תניית ברירת הדין – המחילה דין "נגיש, ידוע ומפורסם בעולם" – "קטן ותובע מסחרי לא יירתע במקרה כזה". לכן, כך נקבע, באיזון שבין אינטרס המשתמשים הישראלים לאינטרס של פייסבוק "שתהיה כפופה למערכת דינים אחת [...] יש להעדיף את האינטרס של פייסבוק". במסקנה זו לא מצאתי בסיס להתערב, על סמך החומר שהוגש.

30. ההכרעה שלא מדובר בתנאי מקפח, בשים לב למכלול תנאי הסכם השימוש, והנסיבות האחרות של המקרה, נשענת על מספר טעמים. ראשית, מקובלת עלי עמדת הערכאות הקודמות, העולה בקנה אחד עם העמדה הכללית בעניין בן חמו, כי לפייסבוק יש אינטרס לגיטימי בבחירת דין מהותי אחד. שנית, גם אם יש אינטרס כזה, עדיין ראוי לבחון את הדין הזר המסוים שנבחר בהסכם השימוש, הרי הוא דין מדינת קליפורניה. בהקשר זה, צוין בעבר שדין זה מופיע בשפה האנגלית שהיא שפה מוכרת ונגישה, ונותן משקל לזכויות הצרכן. שלישית, עסקינן באיזון בין אינטרס פייסבוק לבין אינטרס הלקוחות הישראלים בניהול ההליכים על פי הדין המקומי. נכון להתמקד בהשפעת התנאי על הלקוח המקומי מנקודת מבטו. זהו חלק מבדיקת קיומו של קיפוח, לרבות הרתעה. אולם, כזכור, לא הוצגה טענה לפיה דיני מדינת קליפורניה מצמצמים את ההגנה על הלקוחות, לרבות הסעדים או התרופות העומדים להם, בהשוואה לדין המקומי. יוצא, שהפגיעה האפשרית בלקוחות נובעת מהעלויות העודפות הכרוכות בהוכחת הדין הזר – ועלולות להרתיע משתמשים מקומיים מפני עמידה על זכויותיהם. כפי שאראה, פגיעה זו אינה עולה כדי קיפוח – למצער, במקרה בו מוגשת תביעה על ידי חברה עסקית, בסכום ממשי.

במישור זה, לא מצאתי להתערב בקביעתן העובדתית של הערכאות הקודמות, לפיה "כאשר מדובר על תובעים שהינם אנשי עסקים, אשר מגישים תביעה משמעותית בגין אירוע עיסקי, נראה כי אפקט ההרתעה מכך שדיני מדינת קליפורניה יחולו על התביעה הינו קטן [...] כל אשר נדרש מהתובעים הינו הגשת חוות דעת לגבי הדין הזר, כאשר הדין הזר הינו באנגלית והוא של אחת המדינות אשר הדין שלה הוא מהמפורסמים, השקופים והידועים בעולם [...] מידיעה שיפוטית, מכוח מינוי מומחה לדין הזר בתיקים אחרים, אין מדובר בהוצאה משמעותית ומרתיעה, בוודאי לא כאשר מדובר בתביעה של 700,000 ₪" (פסקה 44 להחלטת בית משפט השלום, ופסקה 13(ג) לפסק דינו של בית המשפט המחוזי שאימץ אותה).

31. ודוקו, סוג התביעה וסכומה אינם משפיעים על הרמה הראשונה של בחינת הקיפוח, שהרי זו מתמקדת ביחסי הכוחות בין הצדדים במועד ההתקשרות, ולכן נותרת אדישה להתפתחויות מאוחרות יותר (לעיל, פסקה 25). ברם, הרמה השנייה של הבחינה עוסקת בניתוח נורמטיבי של סבירות והגינות התנאי, ובשלב זה יש חשיבות להגדרה המדויקת של ההגבלה העומדת במוקד הסכסוך הקונקרטי בין הספק ללקוח. כפי שכבר הזכרתי לעיל, ניתן, למשל, להבחין בין הוראה המחילה את הדין הזר על תביעות קטנות לכזו המוגבלת לתביעות שסכומן גבוה יותר. יש לזכור כי המחוקק הישראלי אימץ הסדר מיוחד לגבי תביעות מהסוג הראשון, על מנת "לאפשר לאזרחים, הנאלצים לוותר על תביעותיהם משום ההוצאות הגדולות הכרוכות בכך והטרדה של משך ההתדיינות, להביא תביעות לסכומי כסף קטנים לפני המוסד השיפוטי החדש" (דברי ההסבר להצעת חוק שיפוט בתביעות קטנות, התשל"ה-1975, ה"ח 208; חוק זה התגלגל בהמשך לסימן ה בפרק ב לחוק בתי המשפט). תביעה קטנה מוגבלת על פי דין לסכום נמוך מאוד (נכון להיום, 34,600

₪), והיא מאפשרת ליחיד – להבדיל מתאגיד – לעמוד על זכויותיו בהליך מהיר, שאינו כפוף לדיני הראיות הרגילים. ככלל, הצדדים בהליך זה, בדגש על התובע, אינם מיוצגים, והוא מיועד למכסה של 5 תביעות בשנה לכל יחיד (תביעות עודפות ניתן להעביר להליך רגיל; סעיף 60(ב) לחוק בתי המשפט). לפיכך, תניה המחייבת הצגת חוות דעת מומחה לדין הזר חותרת תחת תכלית מוסד התביעה הקטנה, וניתן לומר כי היא חורגת, ככלל, מן הסטנדרט "שנתפס כראוי בחברה הישראלית". מנגד, השתת עלויות דומות על תביעות שסכומן גבוה יותר על ידי חברה, אינה כרוכה, בהכרח, באותו אפקט מצנן, ואפשר שאינה חורגת ממתחמי הסבירות וההגינות. על אותו משקל, אין דין תניית ברירת הדין המחילה את הדין הזר רק על תובענות ייצוגיות – על מאפייניהן הייחודיים, לרבות במישור של מערך התמריצים המצמצם את אפקט ההרתעה – כדין תנייה החלה על תביעות פרטיות, קטנות יותר מטבען.

לפיכך, לו היה בית הדין לחוזים אחידים נדרש לתניית ברירת הדין במסגרת מסלול הביטול, היה עליו לבחון את סבירות והגינות מכלול רכיביה, תוך הבחנה אפשרית ביניהם. אולם, כאשר בית המשפט בוחן את התניה במסגרת סכסוך קונקרטי בין ספק ללקוח, עליו להתמקד ברכיב העומד במוקד סכסוך זה. משמע, גם אם יש בתניה היבטים מקפחים על פניהם – דוגמת תחולתה על תביעה קטנה שהגיש יחיד – אין בכך כדי להשליך על השאלה שלפנינו: האם החלת הדין המהותי של מדינת קליפורניה על תביעת המבקשים עולה כדי קיפוח, נוכח אפקט ההרתעה הטמון בה. ההתייחסות לתביעה קטנה הובאה לצורך ניתוח אנליטי לשם הכרעה בתביעה המונחת לפנינו. אולם, אין לראות בהערה ביחס לתביעה קטנה משום הלכה מחייבת הואיל ולא זו התביעה שהוצגה בפנינו. בהקשר ספציפי זה, מקובלת עלי, כאמור, קביעת הערכאות

הקודמות לפיה מדובר באפקט מצומצם, שיש לייחס לו משקל מוגבל בלבד.

32. בחינת תניית ברירת הדין בראי הפערים המסוימים בין פייסבוק למבקשים, האינטרס המסוים של פייסבוק בריכוז ההתדיינויות, ואפקט ההרתעה המצומצם יחסית של תחולת הדין הזר על התביעה שלפנינו, מובילים למסקנה כי לא הוכח שהתניה מקפחת בנסיבות המקרה דנן.

אכן, המבקשים טוענים שאין להתחשב בסכום התביעה (ואיכות הייצוג) בניתוח התניה, משום שמדובר בנתון שאינו רלוונטי "לסוג התובעים", בשים לב לכך ש"בין מאות אלפי המשתמשים הישראלים [...] בוודאי יימצאו כאלה אשר נפגעו באופן קל או חמור יותר". ברם, כבר הבהרתי כי נסיבות פרטיות שיש להן השפעה נורמטיבית-אובייקטיבית על סבירות והגינות התנאי מהוות חלק בלתי נפרד מקדירת הנתונים המשפיעים על סיווגו כמקפח. כמובן, באין קביעה שהתנאי מקפח, אין לדון בעיצוב הסעד.

33. אחר הדברים האלה, הגיעו לעיוני חוות הדעת של חבריי. ברובד המרכזי, סבורני כי הנימוקים שהוצגו לעיל, בחוות דעתי, נותנים מענה מדוע נכון לדחות את הערעור במקרה זה. אולם, לנוכח ההנמקה והתוצאה אוסיף הערות מעט.

בנסיבות תיק זה, די לציין שוב כי עסקינן בהסכם השימוש הישן בין הצדדים, שכתוב באנגלית או בעברית; כי המבקשים הגישו תביעה על סך 700,000 ₪; וכי לא הוכח שהדין בקליפורניה מרע את מצבם של המבקשים-הלקוחות מבחינת זכויותיהם המהותיות – או כי פייסבוק ניצלה לרעה את יתרונה כדי לפגוע, בצורה לא הוגנת, במבקשים-הלקוחות.

באשר לעמדת חברי, השופט ע' גרוסקופף, נראה כי תפיסתו היא שעצם בחירת הדין הזר מקפחת. בהקשר זה, ראוי להזכיר את מרכיב הגלובליזציה בכלכלה של המאה ה-21, ולשים לב "לקידמה שעשתה את העולם לכפר גלובלי" (ע"א 2706/11 **SYBIL GERMANY PUBLIC CO. LIMITED** נ' הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ, פסקה 2 לחוות דעת השופט נ' סולברג (4.9.2015) [פורסם בנבו][בהקשר של קביעת הפורום הנאות]). אכן, החקיקה הישראלית הכירה במציאות זו, וערכה התאמות שונות הן במישור של הסתמכות על רגולציה צרכנית זרה, והן במובן של שימוש בשפה האנגלית. מעניינים עד מאוד בהקשר זה דברי ההסבר להצעת חוק ניירות ערך (תיקון מס' 21) (רישום כפול), התש"ס-2000:

> "תהליכי הגלובליזציה המשפיעים על שוקי ההון בעולם, לא פסחו גם על החברות בארץ [...] הצעת חוק ניירות ערך [...] נועדה לעודד חברות ישראליות שנרשמו למסחר בחו"ל (בשלב ראשון – בארה"ב), לרשום את ניירות הערך שלהן למסחר גם בבורסה בישראל על ידי הענקת הקלות ברישום למסחר בבורסה בישראל. ההצעה מאפשרת מתכונת מיוחדת לרישום למסחר בבורסה ולדיווח של חברות שנרשמו למסחר בבורסות בחו"ל שנמצא כי דיני ניירות הערך החלים על חברות הנסחרות בהן מספקים הגנה ראויה למשקיעים" (ה"ח הממשלה, 440).

אותה מגמה באה לידי ביטוי בדברי חקיקה צרכניים נוספים, דוגמת סעיף 18(ב) לחוק שירות מידע פיננסי, התשפ"ב-2021 ("הרשות רשאית לתת רישיון לתאגיד חוץ גם אם לא מתקיימים בו התנאים המנויים בסעיף 4(א)(1), (4), (5) או (7) [...] אם שוכנעה כי הדין הזר המסדיר את עיסוקו של תאגיד החוץ במתן שירות מידע פיננסי

והפיקוח על עיסוקו כאמור נותנים מענה מספק בכל הנוגע לעניינים המוסדרים לפי אותם סעיפים, והכול תוך שמירה על עניינם של הלקוחות ולאחר ששקלה הרשות טעמים שבטובת הציבור"), ותקנה 2 לתקנות ניירות ערך (דיווח בשפה האנגלית), התשפ"א 2020 ("תאגיד המציע ניירות ערך שלו לראשונה לציבור בישראל רשאי לערוך תשקיפים ודוחות רק בשפה האנגלית [...]"). כמובן, חקיקה זו אינה עוסקת במישרין בסוגיה שלפנינו, אך היא מבטאת הכרה בכך שרגולציה צרכנית זרה עשויה לתת מענה מספק ללקוח הישראלי – מקום בו קיים רצון "למשוך" גופים עסקיים שונים אל השוק המקומי. על כן, היא מקשה, בעיני, לקבל את הטענה שעצם אימוצו של דין זר בהסכם השימוש (מקום שבו לא הוכח שהוא מכרסם בזכות מהותית של הלקוח) חורגת ממתחמי ההגינות והסבירות, ומצדיקה התערבות בחופש החוזים.

באשר לעמדת חברתי – השופטת י' וילנר מסתייעת במונחים "עסק קטן" ו"צרכן" כדי להכריע. המונח הראשון איננו מופיע בחוק, והשני שונה מהמונח המופיע בחוק החוזים האחידים – "לקוח". נראה כי "עסק קטן" הוגדר באופן חלקי, באופן שאינו מוסיף ודאות להליך בכך שייווצר שלב דיוני נוסף בהליך כדי להחליט אם העסק קטן או אינו כזה, תוך עיסוק באיזונים שנקבעו במבחן המצורף, ובלי שיש אמות מידה לכך בדין או בפסיקה. אף להבנתי יש דגש יתר בחוות דעת חברתי על פערי הכוחות בין הצדדים, אך לא על קיומו של קיפוח. כמובן, בהליך מעין זה, כפי שצוין לעיל, יש מתח בין סוג הלקוח לבין נסיבות המקרה, ולטעמי נקודת האיזון מצויה במקום אחר מזה שקבעה חברתי.

לכן, לא אצטרף לתוצאה המשותפת אליה הגיעו חבריי במסגרת תיק זה. בהקשר זה יוער כי הצדדים קיבלו הזדמנות להציג

את עמדתם בערכאה המבררת, ואין זה נהוג להחזיר את התיק למקצה שיפורים עובדתי בהליך אזרחי רק בשל שינוי במסגרת הנורמטיבית הרלוונטית. מכל מקום, אין זו עיקר ההסתייגות. נקודה מעשית נוספת היא כי על רקע האמור לעיל סכום התביעה שהגישו המבקשים מהווה נתון שדי בו, מבחינה נורמטיבית, כדי להכריע בתיק זה בכל מקרה.

סוף דבר

34. מן הטעמים האמורים, אציע לחבריי לדחות את הערעור, ולקבוע כי לא הוכח שתניית ברירת הדין מקפחת בנסיבות האחרות והספציפיות של העניין. קרי, היותם של המבקשים גורמים עסקיים שרכשו שירותי פרסום מפייסבוק לאורך שנים; העדר נתונים מדויקים לגבי מצבם הכלכלי של המבקשים, ומידת התלות שלהם בשירותי הפרסום ברשת החברתית של פייסבוק; הסכום הגבוה יחסית של התביעה הכספית העומדת במוקד הסכסוך הקונקרטי שלפנינו; והעדר הוכחה שהדין הקליפורני משנה את מערך הזכויות של הצדדים. שעה שתוצאה זו נעוצה בנסיבות אלה, מובן שאין בה כדי למנוע בירור פרטני של שאלת הקיפוח בנסיבות אחרות, ככל שיש בהן כדי להשפיע על הרמות השונות של הבחינה האובייקטיבית-נורמטיבית של הקיפוח. מבלי לקבוע בעניין מסמרות, ומבלי למצות, דומה כי שימוש בתניית ברירת הדין בהקשר של תביעה קטנה, לבטח אם הוגשה על ידי יחיד, מהווה דוגמה מובהקת למקרה שבו הבחינה הפרטנית עשויה להוביל למסקנה שונה.

על כן, אציע, כאמור, לדחות את הערעור. נוכח המחלוקת, ההכרעה והנימוקים לכך, יישאו המבקשים בהוצאות פייסבוק ובשכר טרחת ב"כ בהליך זה בסך 15,000 ₪.

המשנה

לנשיאה (בדימוס)

השופט ע' גרוסקופף:

1. קראתי בעיון את חוות דעתו של חברי, המשנה לנשיאה (בדימ') ניל הנדל. חלקים משמעותיים בעמדתו של חברי מקובלים עליי, אך לצערי לא אוכל להצטרף לא למכלול הדברים ולא לתוצאה אליה הגיע, כפי שאפרט להלן.

הקדמה – פעילותם של תאגידים גלובליים בישראל

2. פייסבוק (Facebook) היא הרשת החברתית המקוונת הגדולה ביותר בעולם כיום. נכון ליום 31.3.2022 היו לה ברחבי העולם כ-2.94 מיליארד משתמשים פעילים. פייסבוק איננה גוף הפועל שלא למטרת רווח. היא עסק כלכלי המגלגל סכומי עתק מדי שנה. השווי הבורסאי של חברת Facebook (המאוגדת כיום תחת השם Meta Platforms, Inc.) נע בסביבות כ-450 מיליארד דולר אמריקאי. הכנסותיה בשנת 2021 עמדו על כ-118 מיליארד דולר, כאשר רובן המכריע (כ-97%) נובע משירותי הפרסום שהיא מעניקה באמצעות הפלטפורמות השונות שבבעלותה (Facebook, Instagram, Messenger, WhatsApp).

3. על רקע מספרים עצומים אלה, עשויה פעילותה של פייסבוק בישראל להיראות זניחה. אין היא כזו. פייסבוק היא אחד העסקים הגדולים והמשפיעים ביותר הפועלים בישראל. כוחה רב במיוחד בתחום הפרסום באינטרנט, שהוא כאמור המקור העיקרי (והכמעט בלעדי) של הכנסותיה. פייסבוק איננה חושפת את מספר

המשתמשים הישראליים, אך הוא מוערך בסדר גודל של מיליוני משתמשים, ואתר האינטרנט שלה הוא בין הנצפים ביותר בארץ.

4. פייסבוק היא דוגמה אחת, מובהקת וחשובה, לתאגיד גלובלי המקיים פעילות עסקית ענפה של אספקת מוצרים ושירותים בכל רחבי העולם, ובכלל זה במדינת ישראל. חלק מאותם תאגידים גלובליים פועלים בעולם הפיסי. כך הן, למשל, יצרניות הרכב דוגמת טויוטה (Toyota) או טסלה (Tesla) המוכרות את מוצריהן בכל העולם, וגם בישראל. חלקם פועלים באופן משולב, בעולם הפיסי ובעולם הווירטואלי. דוגמאות לכך הם אתרי המכירות המקוונים כדוגמת עלי אקספרס (AliExpress) או אמזון (Amazon). חלקם פועלים בעולם הווירטואלי בלבד. לקבוצה זו משתייכת פייסבוק, ואליה ניתן לצרף תאגידים גלובליים נוספים כדוגמת גוגל (Google) ופייפל (PayPal). כאמור, לכל התאגידים הגלובליים הללו פעילות מסחרית חובקת עולם, המבוצעת במדינות רבות, ובכללן ישראל. ביחס לפעילותם הגלובלית של תאגידי ענק אלה, ברובם המוחץ של המקרים היקף עסקי המסחר בישראל הוא בשברי אחוזים; ואולם, הן מבחינה אבסולוטית, והן מבחינת השוק הישראלי, אין מדובר בפעילות מבוטלת כלל ועיקר – המדובר בפעילות מסחרית שהיקפה עצום, והמהווה, בתחומים מסוימים, חלק משמעותי מהיקף פעילות המסחר של אותם מוצרים ושירותים בישראל – לעיתים עד כדי מעמד מונופוליסטי.

5. על רקע האמור לעיל, לא ניתן להפריז בחשיבותה של הסוגיה המשפטית בה עסקינן. היא עומדת ביסוד דיני החוזים הצרכניים הישראליים, ומכריעה למעשה בשאלת היקף פרישתם ומידת חשיבותם. ביסודה עומדות שאלות הנוגעות לריבונות המדינה ולאחריותה כלפי אזרחיה ותושביה. וזו הסוגיה שלפנינו: האם הדין שיחול על התקשרות חוזית צרכנית המבוצעת בתחומי מדינת ישראל על ידי תאגיד גלובלי יהיה חוקי מדינת ישראל, או שמא רשאי

התאגיד הגלובלי להכתיב את הדין שיחול על התקשרות חוזית צרכנית המבוצעת בתחומי ישראל לפי בחירתו, ובלבד שיבחר בדין מדינתי ראוי בראי הדין הישראלי (כדוגמת הדין של מדינת קליפורניה, שבארה"ב).

6. כשלעצמי, די בהצגת השאלה, ובהבנת השלכותיה, על מנת ללמד על התשובה. לדידי, נקודת המוצא היא כי מדינת ישראל, ככל מדינה ריבונית, ובית משפט זה, כגורם המופקד על פרשנות הדין בתחומי מדינת ישראל, אינם יכולים (ובוודאי שאינם צריכים) לתת ידם ל"מיקור חוץ" של דיני החוזים הצרכניים החלים במדינת ישראל – לבטח שלא על דרך של מתן כוח הבחירה לידי תאגידים גלובליים לקבוע איזה דין זר יחול על עסקאות צרכניות הנערכות הלכה למעשה בישראל. כך, גם אם המדינה ובתי המשפט שומרים לעצמם את הכוח לבחון את אותו דין זר, ומתנים כי עליו להיות ראוי לפי מבחן זה או אחר. זהו לב העניין, ולאורו ראוי לעסוק בפרטי הדברים.

תקציר הפרקים הקודמים

7. טרם שאפנה לבחינת הסוגיה המשפטית, אחזור על תמצית עובדות המקרה שלפנינו, טענות הצדדים ועיקרי עמדת חברי.

8. אפתח בעובדות: המבקשים, אשר עיסוקם בייזום ובהפקה של ירידי אופנה ולייף סטייל, הגישו תביעה לבית משפט השלום בהרצליה נגד פייסבוק בטענה כי בעקבות התרשלותה של האחרונה במתן שירותיה, ירד באופן ניכר היקף החשיפה של פִּרסומי המבקשים לקהל העוקבים שלהם ברשת החברתית שזו מפעילה, וכתוצאה מכך הירידים שנערכו על ידי המבקשים באותה העת סבלו מנוכחות דלה במיוחד, ואירוע נוסף שתוכנן על ידם בוטל עקב כך. בתגובה לכך, פייסבוק הגישה בקשה לדחות את

תביעת המבקשים על הסף. על פי הנטען, הסכם השימוש אשר על פיו מתבצעת ההתקשרות בינה לבין הלקוחות המשתמשים בשירותיה בישראל, ובכלל זאת המבקשים המעוניינים ברכישת שירותי פרסום, כולל בתוכו תניית ברירת דין לפיה כל סכסוך בינה לבין הלקוח ידון על פי הדין של מדינת קליפורניה, ארה"ב (להלן: תניית ברירת הדין של פייסבוק). על כן, היות שהמבקשים לא התייחסו לדין מדינת קליפורניה בכתב התביעה שהגישו, ולא צירפו חוות דעת מומחה לגביו, הרי שדין תביעתם להידחות על הסף (יוער כי התביעה הוגשה נגד פייסבוק-אירלנד, Facebook Ireland Ltd, ולא נגד פייסבוק-ארה"ב, Facebook Inc). בית משפט השלום קיבל את עמדתה של פייסבוק לפיה על התביעה להתברר על פי דין מדינת קליפורניה, ואולם סבר כי אין מקום להורות על דחיית התביעה על הסף, אלא הורה למבקשים לתקן את כתב תביעתם בהתאם. בקשת רשות ערעור שהוגשה על ידי המבקשים לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו נדחתה לגופה, ומכאן בקשת רשות הערעור שלפנינו. כחברי, ומנימוקיו, מקובל עליי כי יש מקום להענקת רשות ערעור במקרה זה.

9. במסגרת הדיון לפנינו חזרו הצדדים על עיקרי טיעוניהם. בעוד המבקשים מחזיקים בעמדה כי תניית ברירת הדין של פייסבוק היא תנייה מקפחת שאין לפעול על פיה, פייסבוק גורסת כי פסק הדין בעניין רע"א 5860/16 **Facebook Inc** נ' בן חמו (31.5.2018) [פורסם בנבו] (להלן: הלכת בן חמו או עניין בן חמו) סותם את הגולל בפני טענת המבקשים כי מדובר בתנייה מקפחת, משיש להחיל לשיטתה את הקביעות שנקבעו שם על ההליך דנן, וממילא נטען כי המבקשים לא עמדו בנטל להוכיח כי מדובר בתנייה מקפחת בנסיבות העניין.

10. בהתאם להוראת סעיף 20 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן: חוק החוזים האחידים), נמסרה ליועץ המשפטי לממשלה (להלן: היועמ"ש) הודעה על קיומה של טענת תנאי מקפח בחוזה אחיד. ביום 3.3.2021 הודיע היועמ"ש על התייצבותו במסגרת ההליך, והגיש את

עמדתו בעניין. לעמדת היועמ"ש, בחינת קיומו של תנאי מקפח לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים, אינה מתמצת ב"מבחן ההרתעה", בו התמקד בית המשפט קמא בהכרעתו (והרלוונטי בעיקרו, לשיטת היועמ"ש, לבחינת סבירותה של תניית מקום השיפוט ולא לתניית ברירת הדין). אלא, יש לשקול מספר שיקולים, אשר המרכזיים מביניהם הם אלה: קיומו של יתרון בלתי הוגן בתנאי הנדון, ובכלל זה יכולתו של המתקשר בעסקה להבין את תנאי העסקה ומערך החובות והזכויות המעוגן בה; מיהות הצדדים ופערי הכוחות ביניהם בשים לב לטיב ההתקשרות והיקפה; מידת התלות של הלקוח בהתקשרות; חיוניות המוצר או השירות וייחודיותו. עוד סבור היועמ"ש כי ספק אם ניתן להשליך מעניין בן חמו על ההליך שלפנינו, בהינתן שבענייננו אין מדובר בהליך ייצוגי, ובהתחשב בהתפתחויות שונות שחלו לאחר מתן הלכת בן חמו, שיש בהן כדי להחליש עד מאד את האינטרס העסקי של פייסבוק בניהול הליכים תחת דין מהותי אחד. נוכח טעמים אלה, טוען היועמ"ש כי בחינתו של בית המשפט קמא לוקה בחסר, וכי ברמה העקרונית אין הוא שולל שבנסיבות מסוימות תניית ברירת דין תיחשב כתנייה מקפחת, במקרים בהם היא מקנה לספק הבוחר במערכת דינים המוכרת ונוחה לו יתרון בלתי הוגן על הלקוח המתקשר עמו כבר במועד כריתת ההסכם, וזאת גם אם לא יוכח שהדין הזר שולל מהלקוח זכויות או סעדים המגיעים לו על פי הדין הישראלי.

11. חברי, השופט הנדל, מציג ניתוח סדור ומפורט של השאלה המשפטית בענייננו – האם תניית ברירת הדין של פייסבוק היא תנייה מקפחת שדינה להתבטל לפי הוראות חוק החוזים האחידים. דרך לא מבוטלת פוסע אני עם חברי, שכן מקובלים עליי עיקר הצעדים לפיהם מנתח הוא את השאלה המשפטית. ואולם, בסמוך לשלב היישום נפרדות דרכינו, וכתוצאה מכך מגיעים אנו לתוצאות מנוגדות: לשיטת חברי, דין הערעור להידחות, שכן תניית ברירת הדין של פייסבוק אינה מקפחת את המבקשים, בהיותם עוסק שהגיש תביעה לפיצוי בסכום משמעותי; לשיטתי, דין הערעור להתקבל, שכן

תניית ברירת הדין של פייסבוק מקפחת את המבקשים, כפי שהיא מקפחת כל לקוח שהינו אדם פרטי או עסק קטן הנזקק לשירותיה של פייסבוק בישראל. להלן אסקור תחילה את נקודות ההסכמה, ולאחר מכן אפרט בנושאי המחלוקת.

צעדי הניתוח המשפטי

12. שלושה הם צעדי הניתוח בהם פוסע חברי בבואו לנתח את תניית ברירת הדין של פייסבוק במסגרת ההליך בו עסקינן – ושלושתם מקובלים עליי.

ראשית, תניית ברירת הדין של פייסבוק היא חלק מחוזה אחיד שעל פיו מציעה פייסבוק ללקוחותיה בישראל לעשות שימוש בשירותיה (המסמך מכונה על ידי פייסבוק "Statement of Rights and Responsibilities" ("הצהרת הזכויות ותחומי האחריות"), ואולם אין חולק כי מבחינה משפטית זהו חוזה לכל דבר ועניין). וזהו נוסחה של התנייה, כפי שהיה בעת הרלוונטית לתביעה: "The laws of the state of California will govern this Statement, as well as any claim that might arise between you and us, without regard to conflict of law provisions". תוקפה של תנייה זו בהליך משפטי המתנהל בישראל בין פייסבוק ללקוח ישראלי, צריך להיבחן על פי חוק החוזים האחידים. שאלת המפתח בה יש להכריע היא האם התנייה האמורה מהווה "תנאי מקפח" במבחני סעיף 3 לחוק החוזים האחידים. אציין כי לעניין זה יש לתת את הדעת גם לחזקות הקבועות בסעיף 4 לחוק החוזים האחידים, ובפרט לזו הקבועה בסעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים, לפיה "תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסויימות בערכאות משפטיות..." ייחשב כתנאי מקפח, אלא אם הספק (ובענייננו – פייסבוק) יוכיח אחרת.

שנית, בבוא בית משפט לבחון את הפעלת חוק החוזים האחידים במסגרת תביעה פרטנית, עליו לתת את הדעת "למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות" (סעיף 3 לחוק החוזים האחידים), ובכלל זה לטיב ההתקשרות במסגרתה נתקפת התנייה. מכאן שהשאלה האם תניית ברירת הדין של פייסבוק היא "תנאי מקפח" צריכה להביא בחשבון גם את זהותו של הלקוח, וטיב השירותים שהוא מקבל מפייסבוק.

הערה: חברי, השופט הנדל, מפנה גם לסעיף 19(ב) לחוק החוזים האחידים, הכולל התייחסות גם ל"נסיבות המיוחדות של העניין הנדון לפניו", ומעלה את השאלה האם התייחסות זו רלוונטית רק לשאלת הסעד בעקבות קביעה שתנאי הוא מקפח (נושא בו עוסק סעיף 19(א) לחוק) או גם להגדרה של התנאי כמקפח (נושא בו עוסק סעיף 3 לחוק). כחברי, גם אני נוטה לדעה שתוספת זו רלוונטית לסעד בלבד, אך כמוהו, גם אני סבור שאין הדבר מחייב הכרעה במקרה דנן.

שלישית, ההלכה שנקבעה בעניין בן חמו, הגם שיש לה השלכה על הדיון בענייננו, איננה מהווה תקדים החל במישרין על הכרעתנו. הטעם לכך הוא שהלכה זו עסקה בשאלת תחולתה של תניית ברירת הדין של פייסבוק ביחס להליך של תובענה ייצוגית, כאשר היבט זה היווה חלק מהותי בהנמקת בית המשפט באותו עניין (ראו במיוחד פסקאות 25-26 לעניין בן חמו בהן הודגש היבט זה, ונקבע כי "העובדה שההליך אשר בו עומדת לבירור שאלת הקיפוח הוא הליך ייצוגי נושאת משקל מסוים שיש להביאו בחשבון...". כן צוין כי "יש לבחון האם תניה זו מרתיעה את הלקוחות החתומים על החוזה מלנקוט בהליכים משפטיים. במסגרת בחינה זו לא ניתן להתעלם ממאפייניו הייחודיים של ההליך הייצוגי בו נקט המשיב", ובפרט יש ליתן משקל לכך ש"נקיטה בהליך ייצוגי עשויה פעמים רבות להניב תועלת

כלכלית משמעותית למי שיזמו אותו ועובדה זו מהווה תמריץ לנקוט בהליך כאמור חרף קשיים הנוגעים למקום השיפוט ולברירת הדין שמציב בפניהם החוזה האחיד שבו התקשרו". על כן, נקבע כי "ככל שהדבר נוגע למבחן ההרתעה יש מקום להבחין בין לקוחות הנוקטים בהליך ייצוגי ללקוחות הנוקטים בהליך שאינו ייצוגי", וכי "בענייננו יש להביא בחשבון את העובדה שהנקיטה בהליך הייצוגי מעצימה את הלקוחות, ולו בדיעבד"). לעומת זאת, במקרה דנן מתעוררת השאלה במסגרת תביעה פרטנית, שהגיש לקוח נגד פייסבוק. בתביעה שכזו, חלק מהשיקולים שנשקלו בעניין בן חמו אינם רלוונטיים, בעוד ששיקולים אחרים עשויים להיות רלוונטיים. לדברי חברי בהקשר זה אבקש להוסיף כי התביעה בעניין בן חמו עסקה גם בנושא שונה מזה בו עסקינן. באותו מקרה הותקפה מדיניות הפרטיות של פייסבוק, הרלוונטית לקבוצה רחבה של לקוחות, ואשר עשויים להיות לה מאפיינים אקס-טריטוריאליים. לעומת זאת, בענייננו התביעה היא בגין שירות לקוי שניתן ללקוח מסוים הפועל במסגרת השוק הישראלי.

13. יחד עם זאת, חברי, השופט הנדל, סבור כי המבקשים לא עמדו בנטל לשכנע כי התנייה מקפחת במסגרת מערכת היחסים הקיימת בין פייסבוק לבינם. הוא מקבל שפייסבוק נהנית מ"עוצמה יוצאת דופן", אולם סבור כי אין בפערי הכוחות והמידע בין הצדדים, בוודאי כשמדובר בלקוח עסקי-מסחרי הרוכש שירותי פרסום מפייסבוק, די על מנת לשכנע כי תניית ברירת הדין של פייסבוק מקפחת. כך, משום שלא הוכח כי החלת דין קליפורניה מטילה על המבקשים עלות בלתי סבירה, לא בשלב ההתקשרות עם פייסבוק ולא בשלב ניהול התובענה נגדה, באופן אשר עלול להרתיע אותם מפני עמידה על זכויותיהם. זאת, בהעדר נתונים ביחס להיקף עסקיהם של המבקשים מהם ניתן יהיה לעמוד על פערי הכוחות בינם לבין פייסבוק, וכן בשים לב להיקף התביעה שאלו הגישו (700,000 ש"ח), ובהינתן כי דין מדינת קליפורניה הוא דין ראוי ונגיש המספק הגנה צרכנית נרחבת.

עמדתי לעניין היישום שונה, והיא גוררת תוצאה הפוכה מזו של חברי. להלן אציג את דרכי, תוך שתחילה אדרש לכללי ברירת הדין הקבועים במשפט הישראלי בתחום דיני החוזים, ולאחר מכן אבחן את יישומם בהקשר הקונקרטי של חוזים אחידים.

כללי ברירת הדין בחוזים

14. למעט תחומים בודדים שהוסדרו בחקיקה מיוחדת, כללי ברירת הדין הישראליים בתחום דיני החוזים, כפי שאלו פותחו בפסיקתו של בית משפט זה, קובעים כי הדין אשר יחול על חוזה בעל אלמנט זר (כגון שמדובר בחוזה בשפה זרה או כאשר אחד הצדדים לו הוא זר) הוא הדין עליו הסכימו הצדדים לאותו החוזה, ובהעדרה של הסכמה כזו, על בית המשפט להחיל על החוזה את דיניה של שיטת המשפט לה הקשר הקרוב ביותר לעסקה בין הצדדים, וזאת באמצעות התחקות אחר אומד דעת הצדדים ביחס לסוגיה זו על פי גורמים אובייקטיבים (מבחן "מירב הזיקות"). עמד על כך המשנה לנשיאה אליעזר ריבלין ב[בג"ץ 5666/03](#) עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד סב(3) 264, 287 (2007) (להלן: עניין קו לעובד):

> המבחן המקובל לברירת הדין בדיני חוזים הוא מבחן הסכמת הצדדים, ובהיעדרה – מבחן "מירב הזיקות", כאשר תוצאת המבחן עשויה להיות מושפעת משיקולי מדיניות רחבים יותר המשרתים אינטרסים נורמטיביים כלליים. בהפעלתו של המבחן עשויים להשתנות, כמובן, טיבן ומשקלן של הזיקות אשר תיבחנה, בהתאם לדינים הספציפיים שתחולתם נבחנת ובהתאם לנסיבותיו המיוחדות של חוזה נתון. ככלל, ואין אנו באים לגבש רשימה ממצה, נראה כי יש מקום לבחון את זיקתו של החוזה לדין מסוים בשים לב למקום כריתת החוזה, למקום עריכת המשא ומתן קודם לכריתתו

> של החוזה, למקום ביצועו (היחיד, העיקרי או השגרתי) של החוזה, לזהות הצדדים לחוזה (ובתוך כך - מקום מושבם, אזרחותם, התאגדותם ופעילותם העסקית), לשפת החוזה, למטבע התשלום, למקום תשלום המיסים ולכוונת הצדדים לעניין ברירת הדין במישורים אחרים של יחסיהם. באיתורן של זיקות אלה ובקביעת משקלן, אין מניעה כי בית המשפט יתחשב בשיקולי מדיניות כלליים של השיטה המשפטית ובעקרונות היסוד של התחום החוזי שלגביו מתבקשת ברירת הדין. בהיעדרן של זיקות קונקרטיות, רשאי בית המשפט להיזקק לזיקות אובייקטיביות של החוזה, קרי: הדין המוחל על חוזים דומים, בין צדדים דומים ובנסיבות דומות. [ההדגשות במקור]

(כן ראו: ע"א 419/71 מנורה חברה לאחריות ולביטוח משנה בע"מ נ' נ' מ' נומיקוס, פ"ד כו(2) 527, 531 (1972); ע"א 352/87 גריפיין קורפוריישן נ' כור סחר בע"מ, פ"ד מד(3) 45, 62 (1990)).

15. במילים אחרות, כלל ברירת הדין בהקשר החוזי כולל בתוכו רכיב סובייקטיבי ורכיב אובייקטיבי. בשלב הראשון על בית המשפט להידרש לרכיב הסובייקטיבי ולבחון האם הצדדים הסכימו על הדין שיחול על החוזה ביניהם, בין אם במפורש ובין אם באופן משתמע, וככל שכן, להחיל את הדין המוסכם על החוזה. בשלב השני, וככל שלא ניתן להבין מה היו כוונותיהם הסובייקטיביות של הצדדים לחוזה, על בית המשפט להידרש לרכיב האובייקטיבי, ולבחון מהי שיטת המשפט שבגלל קרבתה לעסקה צדדים סבירים היו מניחים כי היא זו שתחול על החוזה ביניהם. בחינה זו תיעשה על פי גורמים אובייקטיביים, הן במישור הפנימי של מערכת היחסים החוזית בין הצדדים והן במישור החיצוני למערכת יחסים זו (להרחבה בכללי ברירת הדין בהקשר החוזי, ראו: סיליה וסרשטיין פסברג משפט בין-לאומי פרטי כרך ב 1461-1533 (2013)).

16. הרציונל אשר עומד ביסוד הכלל לפיו דין החוזה הוא הדין עליו הסכימו הצדדים, הוא כיבוד האוטונומיה של הצדדים לחוזה. התפיסה היא כי תניות ברירת דין משקפות את הרצון של הצדדים בדבר הדין שיחול על החוזה ביניהם במועד כריתת החוזה, ומשכך, מתן ביטוי לאוטונומיה של הפרט, כערך מרכזי שעליו מושתתים דיני החוזים, מחייב כי בתי המשפט יתנו תוקף לתניות אלו (ראו: עניין קו לעובד, בעמ' 282; איילת בן עזר ויעד רותם "תניות ברירת דין בחוזים בין־לאומיים: הצעה למודל של אוטונומיה מוגברת" משפט ועסקים א 333, 350-351 (2004); איריס קנאור "משפט בין-לאומי פרטי בעולם גלובלי – ברירת הדין בחוזי צרכנות" מחקרי משפט לא 833, 858 (2018)).

17. ויובהר, וכפי שצוין לעיל – אין חברי ואני חלוקים בעניין זה, תוקפה של הסכמת הצדדים להחיל על החוזה ביניהם דין מסוים, תיבחן על פי הכללים הקבועים בדין הישראלי לבחינת תוקפן של תניות חוזיות, ובכלל זאת, בראי הוראותיו של חוק החוזים האחידים במקרים הרלוונטיים לתחולתו. בהתאם, באותם המקרים שבהם יימצא, על פי הדין הישראלי, כי אין ליתן תוקף לתניית ברירת דין המופיעה בחוזה בין צדדים, הרי שתנייה זו תבוטל. במצב דברים זה, בית המשפט ייבחן, כאמור, איזו שיטת משפט צדדים סבירים היו מניחים, בהתבסס על גורמים אובייקטיבים, כי היא זו שתחול על החוזה ביניהם.

תניות ברירת דין בחוזים אחידים

18. חוזה אחיד מוגדר בסעיף 2 לחוק החוזים האחידים כ"נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בזהותם". ויודגש, אין מדובר בחוזה שהוכן במיוחד ללקוח הספציפי אל מול הספק הספציפי לאחר שהשניים קיימו משא ומתן ביניהם. אלא, מדובר בחוזה שהוכן לספק הספציפי לצורך התקשרותו בעסקה עם מגוון לקוחות, מבלי כל הבחנה ביניהם. במציאות הישראלית (ואף זו העולמית) חוזים אחידים הפכו לחזון

נפרץ. מערכות יחסים רבות מוסדרות באמצעות חוזים מהסוג הזה, ובכלל זה יחסי בנק-לקוח, מבטח-מבוטח, עוסק-צרכן ועובד-מעביד. השימוש הנרחב בחוזים אחידים בימינו הביא לשחיקה משמעותית בתפיסה בדבר חופש החוזים עליה מבוססים דיני החוזים המסורתיים. הסיבה לכך היא שחופש החוזים, במובנו הקלאסי כולל שני רכיבים: החופש לבחור האם להתקשר בחוזה ("החופש מחוזה"), והחופש לעצב את תוכנו של החוזה ("חופש העיצוב"). כאשר ההתקשרות מתבצעת לפי חוזה אחיד לרוב אין ביכולתו של הלקוח להשפיע על תוכנו של החוזה, וממילא הוא אינו משתתף בעיצובו, אלא כל שבאפשרותו לעשות הוא להחליט האם לקבל את החוזה כמות שהוא או לדחותו (בבחינת take it or leave it). לפיכך, ללקוח נשמר החופש מחוזה, אך לא חופש עיצוב החוזה. זאת ועוד, תופעה נפוצה נוספת היא שספקים בשוק נתון מציעים חוזים אחידים דומים בתכניהם ואף בניסוחם, ועל כן אין תחרות אמיתית בשוק אשר מאפשרת ללקוחות לבחור בחוזה המתאים לרצונותיהם. יתרה מזאת, כאשר מדובר במצרך או בשירות חיוניים, והספק הוא מונופול, נפגם לא רק חופש העיצוב של הלקוח, אלא גם החופש שלו לבחור האם לכרות חוזה מלכתחילה, שכן אין לו ברירה אלא להתקשר בחוזה או לוותר כליל על המוצר או השירות (אריאל פורת "חוזים אחידים" חוזים 729, 730 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים 2003) (להלן: פורת)). ויובהר, הקשיים שמעוררים חוזים אחידים מתעוררים ביחס לכל סוגי הספקים, אך עוצמתם משתנה בהתאם לכוח הנתון בידי ספק מסוים בראי כוח השוק הנתון בידו, יכולתו הכלכלית והמקצועית וחיוניות השירות או המוצר שהוא מספק.

19. מסיבות אלו, המחוקק הישראלי מצא לנכון לחוקק את חוק החוזים האחידים, על מנת ליצור מנגנון לביקורת שיפוטית על תכניו של החוזה האחיד, תוך הקניית סמכות להתערב בהם במידת הצורך, וזאת מתוך מטרה "להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים" (סעיף 1 לחוק חוזים אחידים. עוד ראו: דברי ההסבר לחוק החוזים האחידים, התשכ"ב-1962, ה"ח 312, 314; פורת, בעמ' 730). בתוך כך, בסעיף 3 לחוק

החוזים האחידים נקבע כי בית המשפט או בית הדין לחוזים אחידים, לפי העניין, יבטלו או ישנו תנייה מקפחת הקבועה בחוזה אחיד:

> בית משפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו – בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות – משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות (להלן – תנאי מקפח).

20. כפי שנוסחו של הסעיף מלמד, השאלה האם תנאי מסוים הביא לכדי קיפוח לקוחות, או עלול להביא לכדי קיפוח כאמור, איננה בעלת תשובה אחידה וחד-ערכית, אלא תלויה היא בנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה. מבחן היסוד להגדרת "תנאי מקפח" – מבחן ההגינות והסבירות – מבוסס על דרישה כי תנאי החוזה האחיד יהיו מידתיים. השאלה אותה יש לבחון היא האם ההגנה שהתנאי מקנה לספק היא הגנה הוגנת וראויה, דהיינו כזו שנועדה לשמור על האינטרס הלגיטימי והסביר של הספק במידת הנדרש, או שמא היא הגנה עודפת ומקפחת, דהיינו כזו החורגת מגדר הנדרש לצורך שמירת האינטרסים הלגיטימיים והסבירים של הספק (ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 526 (1992); רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרום ז"ל נ' מרכז משען ואח', פ"ד נב(4) 145, 164-165 (1998)). מכאן, שלצורך הערכת תניית ברירת הדין של פייסבוק בנסיבות המקרה דנן אין די בכך שנתרשם כי לפייסבוק אינטרס לגיטימי לקבוע תנייה זו בחוזה האחיד שהיא מציעה ללקוחותיה. עלינו להוסיף ולבחון האם לצורך הגנה הוגנת וסבירה (מידתית) על האינטרסים הלגיטימיים של פייסבוק נדרש לאפשר לה לקבוע אל מול לקוחותיה, ובפרט לקוחות מסוגם של המבקשים, כי הדין שיחול על העסקה לא יהיה הדין הישראלי, אלא הדין בו בחרה פייסבוק. לבחינתן של שאלות אלה אפנה כעת.

תניית ברירת הדין של פייסבוק בראי חוק החוזים האחידים

21. פייסבוק היא תאגיד בינלאומי. היא פועלת במדינות רבות, אשר ישראל היא רק אחת מהן. לטענתה, עובדה זו מצדיקה לאפשר לה להתדיין לפי דין אחד בכל המדינות בהן היא פועלת, ולבחור דין זה לפי נוחיותה (בכפוף לכך שמדובר בדין ראוי במבחני הדין הישראלי). הנחה זו, על שני חלקיה, איננה מקובלת עליי. אסביר.

22. אפתח במקרה פשוט. נניח כי עסקינן בחברה ישראלית, דהיינו בחברה הפועלת רק בישראל, והעוסקת במכירת מוצרים ושירותים לציבור צרכני קצה הנמצאים רובם ככולם בישראל (בין אם אלה אנשים פרטיים ובין אם עסקים קטנים). דוגמה אפשרית לכך היא חברת בזק או חברת החשמל הישראלית. ניסיון של חברה ישראלית שכזו לקבוע בחוזה האחיד המשמש אותה להתקשרות עם לקוחותיה בישראל כי על התקשרויותיה יחולו דינים של מדינה זרה, ותהיה זו הטובה או הנאורה שבהן, צפוי להיתקל בקושי ניכר. הסיבה לכך היא שלפי המבחן האובייקטיבי של כללי ברירת הדין (מבחן "מירב הזיקות") הדין החל על ההתקשרויות של חברה זו עם לקוחותיה הוא הדין הישראלי, ולפיכך תנייה השוללת את זכותו של הלקוח להשמיע טענות בהתבסס על הדין הישראלי, ומחייבת אותו להתבסס על הוראות דין זר, נופלת למיטב הבנתי לגדר חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים, ואשר עניינה, ב"תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסויימות בערכאות משפטיות..." (והשוו: ת"צ (מרכז) 39292-04-13 קלינגהופר נ' **PayPal Pte. Ltd**, פסקה 19 (31.5.2015) [פורסם בנבו] (להלן: עניין קלינגהופר). זאת ועוד, גם אם לא נעזר בחזקת קיפוח, הרי שבהינתן אופי ומיקום פעילות החברה, הפנייה לדין זר נראית על פני הדברים מלאכותית וחסרת הצדקה עניינית. בנסיבות אלו, באי-כוחה של החברה יצטרכו לעמול קשות על מנת לשכנע כי התנייה אינה מקפחת.

23. ודוק, כאשר עסקינן בתניות ברירת דין המופיעות בחוזים אחידים, מתערער הרציונל הנזכר אשר מלכתחילה עומד ביסוד הכלל לפיו דין

החוזה הוא הדין עליו הסכימו הצדדים, והוא כאמור, כיבוד אוטונומיית הרצון של הצדדים לחוזה. הטעם לכך הוא שביחס לתניות מקפחות, קיים ספק האם הן מהוות ביטוי לאוטונומיה של שני הצדדים לחוזה, או אך לאוטונומיה של החברה (ראו: Mo Zhang, *Contractual Choice of Law in Contracts of Adhesion and Party Autonomy*, 41 AKRON L. REV. 123, 129 (2008). עוד השוו לעקרונות לברירת הדין בחוזים בינלאומיים שגובשו בשנת 2015 על ידי ועידת האג למשפט בינלאומי פרטי – הארגון הבינלאומי המוביל בתחום, בו חברות 85 מדינות ובכללן ישראל – ואשר מחריגים מתחולתן חוזים צרכניים המאופיינים ביחסי כוחות לא שוויוניים: https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#text).

24. הכלל האמור יפה גם ביחס לחברות זרות המחליטות לנהל עסקים בישראל. טלו למשל בית אופנה פריזאי המחליט לפתוח חנות בכיכר המדינה, או משרד פרסום ניו יורקי הפותח סניף במגדלי עזריאלי. אכן, בשונה מעסק שכל פעילותו בישראל, לבית האופנה הצרפתי ולמשרד הפרסום הניו יורקי יש אינטרס מסוים ב"אחדת הדין" החל על פעולותיו, וככל שמדובר בחוזים פרטניים, שעל תנאיהם מנוהל משא ומתן מול מתקשר ישראלי, ראוי, ככלל, כי אינטרס זה יכובד, וכי לתניית ברירת הדין יינתן תוקף. ואולם, ככל שמדובר בהתקשרות עם לקוחות בחוזים אחידים, לא כל שכן לקוחות שהם צרכנים פרטיים ועסקים קטנים, אינני רואה כיצד יכולה תנייה שכזו לצלוח את מבחני חוק החוזים האחידים. היעלה על הדעת כי בית האופנה יקבע בחוזה אחיד שלקוחה הרוכשת שמלה בכיכר המדינה יכולה לתבוע אותו רק לפי הדין הצרפתי? האם עסק קטן המסתייע בשירותי הסניף הישראלי לעיצוב מודעה יידרש להתדיין לפי הדין החל במדינת ניו יורק, ארה"ב? חוסר הסבירות שבאפשרות זו כל כך מובהק, שכמעט ולא הצלחנו לאתר בפסיקה הישראלית ניסיון להתבסס על תנייה שכזו (השוו: ע"א 3105/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' **B.G. Financing Ltd**., פ"ד נג(3) 14, 18-20 (1998). חריג בודד לכך שאותר על ידנו הוא ת"א (שלום ת"א) 17429-01-10

HSBC Privat Bank (Suisses) SA נ' סגל (5.7.2010) [פורסם בנבו] בו התקבלה טענת בנק שוויצרי שלו נציגות בישראל כי יש לכבד תניית ברירת דין שנקבעה במסמכיו, לפיה הדין החל על יחסיו מול לקוחות הנציגות הישראלית שלו הוא הדין השוויצרי. ספק אם פסק דין זה רלוונטי כיום לאור הוראת סעיף 47 לחוק שירותי תשלום, התשע"ט–2019).

25. משכך, באותם המקרים שבהם לא יעלה בידי חברה זרה המנהלת עסקים בישראל להצדיק את תניית ברירת הדין הקבועה בחוזים האחידים הצרכניים שלה, הרי שדינה של תנייה זו להתבטל (ראו: סעיף 3 לחוק החוזים האחידים). במקרה זה, דין החוזה ייקבע בהתאם לרכיב האובייקטיבי בכלל ברירת הדין הישראלי בחוזים, היינו על פי אומד דעת הצדדים ביחס לסוגיה זו כפי שזה נלמד מגורמים אובייקטיבים. לשיטתי, במצב דברים זה, העובדה שהחברה פועלת בישראל מבטאת מבחינה אובייקטיבית כוונה משתמעת לכך שעל התקשרויותיה עם לקוחות בישראל יחול הדין הישראלי, וכי גם הציפייה הסבירה של הצרכן הישראלי היא שעל ההתקשרויות שלו עם חברות הפועלות בישראל, יחול הדין הישראלי. אי לכך, במקרה הפרדיגמטי, על חוזים מהסוג המתואר ראוי כי יחול הדין הישראלי.

26. ויובהר, ככל שחברה זרה אינה מעוניינת לפעול בישראל, אף ללא תניית ברירת דין המפנה לדין זר, סביר להניח כי בחינת אומד דעת הצדדים בהתאם לגורמים אובייקטיבים לא תביא למסקנה כי יש להחיל את הדין הישראלי על החוזים אותם היא עורכת עם לקוחותיה. זאת, גם אם במקרה כזה או אחר היא עושה עסקים עם לקוחות ישראליים, ואפילו אם לעיתים היא מספקת את הסחורה לכתובת הלקוח בישראל. כך, למשל, יקב איטלקי המוכר מתוצרתו בחנות ברומא, בוודאי שלא יידרש להתדיין לפי הדין הישראלי רק בשל כך שלקוח ישראלי הזמין מתוצרתו. כך, בין אם הלקוח הגיע לחנות ורכש בקבוקי יין, ובין אם שלח הזמנה והחנות סיפקה אותה לכתובת שנתן בישראל. במקרה מסוג זה, לא ניתן לומר כי קיימת

כוונה משתמעת של הצדדים לפיה על החוזה ביניהם יחול הדין הישראלי. ואולם, כאמור, שונים הם פני הדברים ברגע שהחברה הזרה מחליטה לפעול בישראל. כך, בדוגמה שהובאה, אם היקב יפתח חנות בקניון ממילא בירושלים, הרי שבעצם פתיחת החנות, היקב ביטא, מבחינה אובייקטיבית, כוונה משתמעת כי על ההתקשרויות שלו עם לקוחותיו בישראל יחול הדין הישראלי. לפיכך, ובהינתן הציפייה הסבירה הנזכרת של הלקוח הישראלי כי על התקשרויותיו עם חנויות בישראל יחול הדין הישראלי, ראוי כי דין זה הוא שיחול על החוזה בין הצדדים.

27. ומדוע, ישאל המקשה, שלא נאפשר לחברה הזרה המנהלת עסקים בישראל להתנות בחוזה אחיד מול לקוחותיה בישראל, בין אם הם אנשים פרטיים ובין אם עסקים קטנים, שדין זר הוא שיחול על העסקה בין הצדדים? מדוע לא יוכל היקב האיטלקי, בית האופנה הצרפתי או חברת הפרסום הניו יורקית הפותחים שלוחה בישראל לקבוע כי גם על המוצרים והשירותים שהם מספקים בישראל חל הדין האיטלקי, הצרפתי או הניו-יורקי, לפי העניין? ככלות הכל, ברור שמבחינתם יש להחלה כזו יתרון, שהרי בקיאים הם בדין החל במדינת מוצאם, ואין הם בקיאים בדין הישראלי; שהרי נוח להם לנהל את כל פעילותם על פי דין אחד, ולא על פי דינים שונים. ועל כך אשיב למקשה, מאחר שקביעה כזו היא מקפחת; היא אינה מידתית; היא אינה הוגנת ואינה ראויה אל מול הלקוחות; היא מקנה לספק הגנה החורגת מהנדרש לצורך שמירה על האינטרסים הלגיטימיים שלו מול ציבור לקוחותיו. וכל זאת מדוע? מאחר שהלקוח הבודד, בין אם הוא אדם פרטי ובין אם עסק קטן, אינו יכול לדעת מהו הדין האיטלקי/הצרפתי/הניו-יורקי, לא בעת כריתת החוזה ולא בעת התגלעות הסכסוך, ואין לדרוש ממנו לברר דין זה בבואו לבצע קנייה בישראל (להבדיל מקנייה ברומא, פריז או ניו יורק); מאחר שההכבדה הכרוכה בהוכחת דין זה במסגרת התדיינות בישראל היא משמעותית, ואין הצדקה להטילה על לקוח המצוי בישראל ואשר ביצע את העסקה בישראל; מאחר שההסדרה של התקשרויות חוזיות צרכניות מסוג זה בתחומי מדינת

ישראל צריכה להתבצע על פי הכללים שהגדיר המחוקק הישראלי, ולא על פי אלה שנקבעו על ידי המחוקקים האיטלקיים, הצרפתיים או האמריקאים.

28. חברי, השופט הנדל, ציין בהקשר זה כי החלת הדין של קליפורניה אינה מכבידה יתר על המידה מאחר שדין זה נכתב באנגלית, ולהערכתו הוא נגיש לאזרחי ישראל. טיעון זה אינו מקובל עליי כלל ועיקר. אנגלית איננה שפה רשמית במדינת ישראל. עברית היא שפתה הרשמית. העובדה שחלק לא מבוטל מאזרחי המדינה שולט בשפה האנגלית, היא ראויה ומבורכת, אך אין בה כדי להצדיק קביעה כי שיטת משפט העושה שימוש בשפה האנגלית נגישה לכלל אזרחי ישראל; בוודאי שאין לראות בה משום "נסיבה מקלה" ביחס לתנייה המחייבת צרכן ישראלי להתוודע לשיטת משפט זרה אך דוברת אנגלית. על ההכבדה שיש מבחינת הלקוח הישראלי בכך שהוא נדרש להיזקק לשליטה בשפה זרה בישראל עמדתי בהקשר קרוב (טענה כי די בסימון מוצרים בשפות זרות, ובכללן אנגלית, כדי למלא אחר חובת הגילוי לצרכן הישראלי), בזו הלשון:

> הפגיעה הנובעת מליקוי הסימון במקרה שלפניי אינו שהסימון הטובין מטעה, אלא שהוא אינו נגיש לחלק מרכזי של החברה הישראלית, אותם לקוחות שהעברית היא שפתם היחידה או אותם לקוחות שקריאת עברית קלה יותר עבורם מאשר קריאת אנגלית, רוסית, צרפתית, ספרדית, ערבית או טורקית. לפיכך, הנזק שנגרם לאותם לקוחות הוא בראש ובראשונה חוסר הנוחות שנגרמת להם בשל חוסר היכולת להבין, באופן בלתי מתווך, וללא מאמץ מיותר, את האמור על גבי האריזה. חיים אנו במדינת ישראל, אשר העברית היא שפתה הרשמית (ביחד עם השפה הערבית), ושפתם של מרבית תושביה. [...] []צרכן בישראל אינו צריך להרגיש שלא בנוח בגלל שהוא שולט היטב בעברית בלבד, ואין להטיל עליו לא

> טרחה לקרוא אזהרה והוראות שימוש בשפה שהוא מתקשה בה, ולא נטל להיעזר באחר על מנת לוודא שהמוצר אותו הוא רוכש הוא אכן זה בו הוא מעוניין. [...] []סימון מוצר בעברית מקל על הצרכן הממוצע בישראל, ומאפשר לו לבצע את רכישותיו בנוחות ובקלות. הימנעות מסימון בעברית מטילה על הצרכן נטל, שגם אם אינו בלתי עביר, הוא מיותר, ומהווה פגיעה בזכויותיו ובנוחותו (ת"צ (מרכז) 51324-03-14 יהודה נ' **Hewlett-Packard Company**, פסקה 20 (3.5.2017)).

הדברים האמורים נכונים שבעתיים כאשר עסקינן בשפה זרה הנוקטת בלשון משפטית, שאפילו משפטן ישראלי המתמצא בשפה האנגלית עשוי למצוא את עצמו משקיע משאבים שאינם מבוטלים לצורך הבנת הכתוב ומשמעותו האופרטיבית.

29. ואכן, ברבות ממדינות העולם, אין בתניות ברירת דין המופיעות בחוזים צרכניים כדי להקנות לספק המתקשר באותם החוזים פטור, בוודאי שלא פטור מוחלט, מתחולת הדינים המדינתיים. כך, על פי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי באיחוד האירופי ובמרבית מדינות ארצות הברית, חוזים צרכנים אשר כוללים בתוכם תניות ברירת דין המפנות לדין זר, עדיין כפופים להוראות הקוגנטיות הקבועות בדין מקום מושבו של הצרכן, כאשר הדין הזר שנבחר אינו יכול להתנות על הוראות אלה (ראו: סעיף 6(2) ל-Commission Regulation 293/2008 of June 17, 2008, on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), 2008 O.J (L 177/6) (להלן: רגולציית רומא); ZHENG SOPHIA TANG, ELECTRONIC CONSUMER CONTRACTS IN THE CONFLICT OF LAWS 162 (2ND ED., 2015); Giesela Ruhl, *Consumer Protection in Choice of Law*, 44 CORNELL INT'L L. J. 569, 591 (2011)). במדינות מסוימות אף נקבע כי בהקשרים צרכניים, אין לאכוף תניות ברירת הדין המפנות לדין זר למקום מושבו של הצרכן. כך, למשל, בשוויץ נקבע בסעיף 120 לחוק הפדרלי למשפט בינלאומי פרטי כי על חוזים

צרכניים יחול דין מקום המושב של הצרכן, וכי לא ניתן להתנות על כך באמצעות תניות ברירת דין (ראו: Bundesgesetz uber das Internationale Privatrecht [Federal Act on Private International Law], Dec. 18, 1987, Amtliche Sammlung [AS] 120 (1988) (Switz.)). דוגמאות נוספות ניתן למצוא בדיני מדינות לואיזיאנה ואורגון בארצות הברית, הקובעים כי תניות ברירת דין המופיעות בחוזים צרכניים שנכרתו בהן לא יאכפו, כאשר הצרכן הוא תושב של אותן המדינות (LA. REV. STAT. ANN. § 51:1418(C) (2021); ORE. REV. STAT. § 15.320(4) (2021)).

30. ואם כך ביחס לחברה זרה הפועלת בישראל, הרי שמקל וחומר שכך ביחס לתאגידים גלובליים. העובדה שזארה, טויוטה, גוגל, פייפל או פייסבוק פועלים במדינות רבות אינה מקנה להם פטור מתחולת הדינים המדינתיים בכל אחת מהמדינות בהן הם פועלים. בוודאי שאין היא נותנת להם הצדקה לפטור עצמם מתחולת הדין הישראלי. דהיינו, אין בעובדה כי התאגידים הגלובליים פועלים במספר רב של מדינות שונות בעולם כדי להצדיק מתן פטור מתחולת הדין הישראלי אך מטעם זה. היעלה על דעתנו כי חברת האופנה הספרדית זארה (Zara), תצדיק את החלת הדין הספרדי על מכירת חליפה בקניון רמת אביב, בשל כך שהיא פועלת ב-88 מדינות, ומנהליה החליטו כי יקל עליהם לנהל את עסקיה אם על כל התקשרויותיה יחול דין אחד של מקום התאגדותה? הנסכים לכך שחברת טויוטה היפנית תתנה מול כל אחד מעשרות אלפי רוכשי הרכבים מתוצרתה בישראל, במסגרת החוזה שנכרת עימם (באמצעות היבואן הישראלי), כי כל תביעה נגדה תוגש על פי הדין היפני, רק משום שרכבי טויוטה נמכרים במדינות רבות, ואין היא מעוניינת בהחלת סטנדרטים שונים של אחריות לפי דיני המדינות בהן היא פועלת? ריח האבסורד העולה מטיעונים אלה כה חריף, שלא בכדי אין אנו נתקלים בהם חדשות לבקרים, למרות האינטרס הלגיטימי של תאגידים בינלאומיים כדוגמת זארה וטיוטה בקביעתם.

31. יפה וטוב. ואולם, אם כך, מדוע נתקלים אנו שוב ושוב בטיעונים מסוג זה מפיהם של תאגידים גלובליים כדוגמת פייסבוק, גוגל ופייפל

(ראו: עניין בן חמו; רע"א 8160/20 Google LLC נ' אשל (20.2.2020) [פורסם בנבו]; עניין קלינגהופר). כן השוו ת"צ (מחוזי ת"א) 9139-05-18 צביה נ' **Agoda Company Pte. Ltd** (28.6.2022) [פורסם בנבו])? הסבר אפשרי הוא שבעוד שפעילות זארה וטויוטה מתקיימת גם ובעיקר בעולם הריאלי, פעולתם של פייסבוק, גוגל ופייפל מתקיימת בעולם הווירטואלי בלבד. ואולם, מדוע עובדה זו רלוונטית לענייננו? פייסבוק, גוגל ופייפל, כמו גם תאגידים גלובליים אחרים המספקים שירותים שונים ברשת האינטרנט, נוכחים במציאות הכלכלית והמסחרית הישראלית לא פחות מתאגידים גלובליים שלפעילותם יש ביטוי פיזי. שירותי הפרסום של פייסבוק וגוגל ושירותי התשלום של פייפל, משרתים לקוחות ועסקים בישראל בהיקף עצום העולה, על רוב, אם לא על כל, העסקים הפועלים בישראל. ויובהר, הדבר איננו תוצאה אגבית-מקרית של פעולת פייסבוק, גוגל או פייפל במדינות אחרות. גופים אלה אינם בגדר מפעילי אתר המיועד לשוק האמריקאי, המוצאים עצמם באופן אקראי מעניקים שירותים ללקוחות ישראליים. הם מקיימים פעילות מיוחדת המיועדת לקידום עסקיהם בשוק הישראלי, עובדה המשתקפת לא רק בהיקף העצום של עסקים שהם מקיימים בישראל, אלא גם בשורה של מאפיינים נוספים, כולם או חלקם: קיומו של אתר מיוחד בעברית המיועד ללקוחות ישראלים; הקמת נציגות בישראל; מתן שירותים בשפה העברית; תרגום הסכמי השימוש לשפה העברית; החזקת שירות לקוחות המיועד לאזרחי ישראל; קבלת אמצעי תשלום ישראליים והצגת המחיר במטבע ישראלי; פרסום מודעות שיווקיות בשפה העברית. כל אלה, ובייחוד בהצטברותם, מלמדים כי הלכה למעשה פייסבוק, גוגל ופייפל פועלים בישראל, ופעילותם בתחומה אינה שונה במהותם מפעילותם של זארה או טויוטה. נוכחותם היא אומנם על צגי מחשב, טאבלטים או טלפונים ניידים, ולא באופן פיסי בקניונים או בכבישים, ואולם מדוע שלעניין זה תהיה חשיבות לעניין הדין שיחול על ההתקשרות בינם לבין צרכנים ישראליים, פרטיים או עסקים קטנים, המתבצעת בקשר לשירותים הניתנים להם בישראל?

32. לא זו אף זו, דווקא תאגידים המספקים שירותים ומוצרים הניתנים במרחב הווירטואלי עומדים בפני אפשרויות בחירה רחבות יותר בקביעת מקום התאגדותם בשל העלויות הנמוכות הכרוכות בכך. לפיכך, אם מקום מושבם של אותם תאגידים (להבדיל ממקום פעילותם) יהווה הגורם הבלעדי או המכריע לקביעת הדין שיחול על העסקה (לרבות על דרך של הכרה בתוקפה של תניית ברירת דינים המפנה למקום מושבו של התאגיד), הרי שהדבר עלול לעודד חברות רבות הפועלות במרחב הווירטואלי, בין אם הן מופעלות על ידי ישראלים ובין אם הן מופעלות על ידי גורמים זרים, לבחור במקום בו הדין הוא המיטיב עמם ביותר.

33. העולה מהמקובץ הוא שאין לתת לגיטימציה לניסיון גורף של תאגיד גלובלי הבוחר לקיים פעילות עסקית בישראל להתנער מתחולת הדין הישראלי כלפי ציבור לקוחותיו הצורך את שירותיו או רוכש את מוצריו, באמצעות תניית ברירת דין הקבועה בחוזה אחיד (וזאת בין אם הלקוח הוא אדם פרטי ובין אם הוא עסק קטן). הדרך המשפטית למנוע התנערות שכזו היא הגדרת התנייה האמורה כתנייה מקפחת, וזאת בהיותה ניסיון לזכות בהגנה מופרזת העולה על זו שהדין הישראלי מוכן לאפשר.

34. וביישום לענייננו: תניית ברירת הדין של פייסבוק, המיועדת להחיל על כלל פעילותה אל מול ציבור לקוחותיה בישראל (כמו גם על ציבור לקוחותיה במדינות אחרות) דין מדינתי אחד (דין קליפורניה), היא בגדר תנייה מקפחת על פי הדין הישראלי כלפי לקוחות הרוכשים את שירותיה בישראל (בין אם מדובר במשתמשים פרטיים ובין אם מדובר בעסקים קטנים). לפיכך דינה להתבטל, תוך שבמקומה יוחל על התקשרויות צרכניות אלה הדין הישראלי, וזאת בהתאם למבחן "מירב הזיקות".

מענה לביקורות אפשריות

35. העמדה האמורה עשויה לעורר מספר טענות נגד, אשר עם המרכזיות שבהן אבקש להתמודד.

36. טענה אחת שיכולה להישמע היא שהמונח "פעילות בישראל" עשוי לעורר קושי ככל שמדובר בפעילות המתקיימת ברשת האינטרנט בלבד. אכן, ישנם אתרי אינטרנט שפעילותם איננה מופנית לישראל, למרות שישראלים עשויים לבצע בהם רכישות ופעולות. כך, למשל, אתר למכירת ספרים הפועל באנגליה (קרי, אתר שפעילותו מכוונת לקהל האנגלי), ואשר מעת לעת מבוצעות בו הזמנות על ידי ישראלים. ככל שמדובר באתר שכזה, הרי שאין סיבה של ממש להחיל עליו את הדין הישראלי, וכנגזר מכך נראה כי יש מקום להכיר בתוקפה של תניית ברירת דין המחילה על ההתקשרויות שנעשות באתר את הדין האנגלי. ואולם, פייסבוק, גוגל ופייפל בוודאי שאינם אתרים שכאלה, ואינני רואה הצדקה להתייחס אליהם בדרך שונה מזו שחלה על עסקים ישראליים אך משום שמקום מושבם בחו"ל. ודוק, ההבחנה בין אתר המקיים פעילות בישראל, לבין אתר הנמנע מכך, אכן עשויה לעורר קושי במקרים מסוימים. ואולם בעניינה של פייסבוק, כמו גם בעניינם של גוגל, פייפל ותאגידים בינלאומיים רבים אחרים, אין היא מעוררת כל בעיה. כאמור, המדובר לא רק באתרים גלובליים, אלא באתרים המכוונים את פעולות השיווק שלהם באופן ממוקד לישראל, ואשר היקף הפעילות שלהם בישראל איננו נופל, ולעיתים הוא אף משמעותי יותר, מזה של העסקים הישראליים המובילים, כך שלא ניתן לראות ברכישות המבוצעות בהם מישראל כעניין אגבי או מקרי. במצב דברים זה, פשיטא כי אין לאפשר להם להחזיק במקל הארוך משתי קצותיו.

ויוער, השאלה העיונית כיצד להגדיר "פעילות בישראל" כשמדובר באתר אינטרנט אינה מצריכה איפוא תשובה במסגרת ההליך הנוכחי. מוטב כי נותיר אותה לעת מצוא, דהיינו למקרה ביניים. באופן ראשוני, אוכל להציע כי המבחן צריך להתייחס לפחות

לשני מרכיבים, האחד אובייקטיבי והשני סובייקטיבי: המרכיב האובייקטיבי, הוא היקף הפעילות הכלכלית המבוצעת באמצעות האתר למול לקוחות ישראליים, הן באופן אבסולוטי והן ביחס לשוק בו פועל האתר; המרכיב הסובייקטיבי, הוא היקף המאמצים שמשקיע האתר לצורך חדירה לשוק הישראלי (מאמצים הנלמדים מרכיבים כגון הקמת נציגות בישראל, קיום אתר בעברית, מתן שירות לקוחות בעברית, מתן שירות במטבע ישראלי, קבלת אמצעי תשלום ישראליים, הספקת מוצרים לישראל או מתן שירותים בה, פרסום קמפיינים שיווקיים המכוונים לקהל הישראלי, שימוש בנתוני מיקום והתאמת התוכן המוצג למשתמש וכיו"ב) (השוו לסעיף 6(1) לרגולציית רומא). בין הרכיב האובייקטיבי לבין הרכיב הסובייקטיבי מתקיימת מקבילית כוחות, כאשר ככל שעולה היקף הפעילות הכלכלית בישראל, כך גם יידרשו פחות מאמצי שיווק ממוקדים על מנת להכיר בכך שפעילות האתר מתבצעת בישראל, ולהיפך.

37. טענה שנייה שניתן להעלות היא ששלילת האפשרות לבחור את הדין החל, וכתוצאה מכך ההכרח לפעול תחת דינים שונים, צפויה לייקר את עלות הפעילות של התאגידים הגלובליים בכלל, ובישראל בפרט. כנגזר מכך המחיר לצרכן הישראלי צפוי לעלות, ואולי גם להביא לכך שאותם תאגידים יבחרו להדיר רגליהם מהשוק הישראלי. ככל שמדובר בחלקו הראשון של הטיעון, הרי שהוא בוודאי נכון, ואולם קשה לראות מדוע הוא משכנע. העלות הכרוכה בהתאמת פעילות התאגיד הבינלאומי לדין הישראלי היא חלק מעלויות התפעול בישראל. כך ככל שמדובר בהתאמה לרגולציה הישראלית, וכך גם ככל שמדובר בהתדיינות מול לקוחות לפי הדין הישראלי. ואולם, הנחת הבסיס היא כי התועלת לצרכן הישראלי מעמידה על דרישות אלה גבוהה מהעלות הכרוכה בכך. אם לא תאמר כן, הרי שיש לבטל את הכללים המשפטיים הללו לא רק ביחס לתאגידים גלובליים, אלא גם ביחס לעסקים ישראליים. ככל שמדובר בחלקו השני של הטיעון, הרי שהוא שגוי. אכן, השוק הישראלי מהווה רק חלק זעיר

מהיקף הפעילות של תאגיד גלובלי כדוגמת פייסבוק, ואולם את כדאיות הפעילות בו, גוף עסקי כדוגמת פייסבוק בוחן בשים לב לרווחיות של פעילות זו, ולא גודלה היחסי. כך, בוודאי כאשר מדובר בפעילות שהיקפה האבסולוטי אינו מבוטל אף מבחינת תאגידי ענק. מכאן, שגם אם החלת הדין הישראלי ברוכה בעלויות, כל עוד אין הן מביאות לאובדן הרווחיות מפעילות בישראל, אין להניח כי התאגידים הגלובליים יוותרו על נתח שוק זה. ועניינה של פייסבוק ידגים – אכן המספר המוערך של המשתמשים הישראלים בפייסבוק נאמד בכשני פרומיל מכלל משתמשיה; אולם עדיין, המדובר במספר עצום של לקוחות, ובהכנסות בהיקפים אדירים, וגם תאגיד ענק לא ימהר לוותר על כך (ראו והשוו בהקשר קרוב: רע"א 2705/97 הגבס א' סיני (1989) בע"מ נ' **The Lockformer Co**., פ"ד נב(1) 109, 115-116 (1998); רע"א 2737/08 ארבל נ' **TUI AG**, פסקה 19 (29.1.2009) [פורסם בנבו]).

38. טענה שלישית, לה הדים בפסק דינו של חברי, כמו גם בפסק הדין בעניין בן חמו, היא שאין סיבה לחשוש מהחלת הדין הזר, מאחר שתניית ברירת הדין תכובד רק אם היא מפנה לדין ראוי, אשר התאגיד הבינלאומי אומנם בחר, אך לא קבע. כך, בעניינו, הדין של קליפורניה, שאין להניח כי הוא פחות ראוי ומתקדם מדיני מדינת ישראל. טענה זו שגויה בעיניי ממספר טעמים: ראשית, הנחת המוצא היא כי הדין הישראלי הוא הדין המותאם ביותר לעסקאות המתבצעות בישראל, ולהעדפותיו של הציבור הישראלי, כמו גם לשיקולי המדיניות הרלוונטיים בעיני המחוקק הישראלי, שאם לא כן מן הראוי היה לבטלו, ולהחיל על דרך ההפנייה את הדין הזר על כלל העסקאות המתבצעות במדינתנו; שנית, החלת דין זר בהתדיינויות המתקיימות בישראל נותנת לתאגיד הגלובלי יתרון מובנה, מאחר שהדין הזר הוא עובדה שיש להוכיח אותה בבית המשפט הישראלי, ולשחקן החוזר (התאגיד הגלובלי הנתבע), הרוכש ידע ובקיאות בפרטיו, הדבר מעניק יתרון עצום לעומת השחקן החד פעמי (הלקוח התובע), שסביר להניח כי עשוי להיתקל בדין זה בפעם הראשונה. כך במיוחד אם

הדין הזר בו מדובר הוא דין אחיד מבחינת התאגיד הגלובלי, כך שהוא ירכוש התמחות בהוכחתו באמצעות עדים מומחים מטעמו; שלישית, אומנם התאגיד הגלובלי איננו יוצר את הדין הזר, ואולם הוא בוחר אותו מבין מגוון רחב של אפשרויות. בחירה זו, מטבע הדברים, תהיה בחירה מושכלת, אשר תקנה לתאגיד הגלובלי את היתרונות שיהיו חשובים בעיניו, ותואמים את צרכיו ומאפייניו. ודוק, חשיבותה של זכות הבחירה קיימת גם אם מניחים שהדין הזר הוא ראוי בכללותו, שכן חזקה על התאגיד הגלובלי שמבין הדינים הראויים, יבחר בזה הנוח ביותר מבחינתו בשים לב למאפייני התביעות נגדו, בעוד שצרכיו של הלקוח הישראלי נפקדים מבחירה זו.

39. טענה רביעית היא שייתכנו היבטים של פעילות התאגיד הגלובלי בהם יתקשה התאגיד להתאים עצמו למערכות דינים שונות, העשויות לסתור זו את זו. הגם שלא הוצג לפנינו מיעון בעניין זה, ייתכן שקיימים מצבים כאלה (למשל, לעניין הדרישות הנוגעות לאופן פעולתם של מאגרי מידע, בהנחה שדרישות אלה אינן רק שונות, אלא גם סותרות). ואולם, לכל היותר עשוי הדבר להצדיק החלת דין אחיד לעניין מסוים בו יש חשש מסתירה בין מערכות דינים – אך אין בכך כדי להבהיר מדוע יש לאפשר לפייסבוק לקבוע כי כלל מערכת היחסים בינה לבין הלקוח בישראלי בקשר לפעילותה בישראל תישלט על פי דין זר. עוד יש לציין כי, כאמור, ממילא על פי הדין הנוהג כיום במדינות רבות בעולם, אין בתניות ברירת דין המופיעות בחוזי צרכנות כדי לשלול באופן מוחלט את תחולת דין מקום מושבו של הצרכן. משכך הרי שכבר כיום התאגידים הגלובליים נדרשים בפועל להתאים עצמם למערכות דינים שונות, ואינן יכולות לנהל את פעילותן על פי דין אחד ואחיד.

40. טענה חמישית היא שבכלל, הדין הישראלי נוטה ליתן תוקף משפטי לתניות שנקבעו בחוזה אחיד בהתקשרות בין גורמים עסקיים, וממעט לראות בהן כתניות מקפחות (ראו: ע"א 4602/97 רדאל (אשדוד 88) בע"מ נ'

בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נג(2) 577, 593-594 (1999); פורת, בעמ' 761), ומשכך, הרי שיש ליתן תוקף גם לתניות ברירת דין הקבועות בחוזים אחידים כשמדובר בהתקשרות בין עסקים, להבדיל מהתקשרות מול צרכנים (בהקשר זה ראו: ת"א (מרכז) 60238-05-17 סיליקון נטוורק בע"מ נ' **MICROSEMI COMORATION** (24.12.2017) [פורסם בנבו]. יצוין כי הפסיקה בנושא דלה, ובחיפושים שערכנו לא נמצאה פסיקה של בית משפט זה בעניין). ואולם, בהינתן עוצמתם של התאגידים הגלובליים, גם עוסק שהיקף פעילותו מוגבל (עסק קטן) נעדר כל יכולת מיקוח ביחס לתנאי ההסכם הנוגעים לשירותים שהוא רוכש מאותם התאגידים. אכן, המבקשים לא הביאו ראיות ביחס להיקף פעילותם. ואולם, האם אין זה ברור וגלוי כי עסקים קטנים שכמותם אינם יכולים לנהל כל משא ומתן מול פייסבוק ביחס לתנאי ההתקשרות (למעט תנאיה המסחריים), לא כל שכן על נושאים משפטיים כדוגמת תניית ברירת הדין? כשלעצמי הדברים כה מובנים וידועים, עד שהטוען נגדם, עליו נטל ההוכחה – ונטל זה לא הורם במקרה דנן על ידי פייסבוק.

41. טענה שישית היא שאין הלימה בין המסקנה כי תניית ברירת הדין של פייסבוק מקפחת, ולפיכך בטלה, מול לקוחותיה בהתדיינות פרטנית, לבין ההלכה שנקבעה בעניין בן חמו, לפיה התנייה תקפה לצורך ההתדיינות בתובענה ייצוגית. כחברי, השופט הנדל, אינני סבור כי הלכת בן חמו חלה בענייננו, וזאת לאור הנמקותיה. עם זאת, אודה ולא אסתיר, כי ההלכה שנקבעה בעניין בן חמו מעוררת קושי בעיניי, וכי אני סבור שיש לפרשה בצמצום, כמתייחסת לסוגיה שנדונה באותו עניין, ואולי אף לשקול את שינוייה. אחדד.

בתפיסתנו המשפטית, תובענה ייצוגית היא אך כלי דיוני המאפשר צבר של תובענות פרטניות תחת הליך אחד (ראו: רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטיים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220, 250-251 (2003); בג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת, פסקה 41 (29.8.2011); אלון קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר

לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על-פני תובעים רבים" מחקרי משפט כא 387, 391 (2004)). כנגזר מכך, ספק גדול אם הדין החל על התביעות הפרטניות (ובכללן תביעתו הפרטנית של התובע המייצג) יכול להיות שונה מהדין החל ביחס לתובענה הייצוגית המאגד את אותן תביעות פרטניות. כך, למשל, אם ייקבע כי תביעה ייצוגית שתוגש נגד פייסבוק בגין שימוש בשער חליפין שגוי בהתחשבנות מול לקוחותיה צריכה להתברר לפי הדין בקליפורניה, הרי שגם תביעה קטנה פרטנית שתוגש על ידי עוסק נגד פייסבוק באותו עניין צריכה להתנהל לפי הדין של קליפורניה. אם תאמר אחרת, הרי שתיווצר אנומליה, במסגרתה הדיון בהליך הייצוגי לא יבחן את היתכנות התביעה בעילות הפרטניות, אלא את היתכנות התביעה בעילות שלא עומדות כלל לפרטים (וראו והשוו: דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385, 403 ו-417 (2003); ע"א 458/06 עו"ד שטנדל נ' חברת בזק בינלאומי בע"מ (6.5.2009) [פורסם בנבו]). מכאן, שקיים קושי ניכר לקבוע שבאותו עניין, לתניית ברירת דין אין תחולה בתביעה פרטנית, אך עדיין יש לה תחולה בתביעה ייצוגית.

כיצד ניתן, אם כן, ליישב בין עמדתי לבין עניין בן חמו? מבחינה פרשנית ניתן לעשות כן, אם נייחד את הלכת בן חמו להקשר בו נדונה – תביעה בגין מדיניות הפרטיות של פייסבוק, ונניח כי לעניין זה סבר בית המשפט באותו מקרה כי יש לאפשר לפייסבוק לטעון שנדרש לבחון את התנהלותה לפי דין אחיד, דין מדינת קליפורניה, ולא לפי הדין הישראלי. קביעה שכזו עשויה להיות מוצדקת, אם קיים קושי משמעותי בהתאמת מדיניות הפרטיות באופן פרטני לכל לקוח ולכל מדינה. אודה, עם זאת, כי היבט זה של הדברים לא נבחן בעניין בן חמו, ויתכן שלא עמד ביסוד הכרעת בית המשפט באותו עניין. מכל מקום, קושי דומה אינו קיים בענייננו, בו לא הוצג כל טעם מדוע

שאלת אחריותה של פייסבוק בגין שירותי פרסום לקויים שסיפקה על פי הנטען ללקוח ישראלי בעבור אירועים המתקיימים בישראל צריכה להיבחן על פי דין אחיד בכלל, ודין מדינת קליפורניה בפרט, ולא לפי דין המדינה בה ניתן השירות, קרי דין מדינת ישראל.

42. ולבסוף, אבקש להבהיר, כי איננו מחזיק בגישה גורפת, לפיה די בכך שבעת כריתת החוזה הלקוח התקשה בהבנת משמעות התנייה עליה חתם, ואולי אף היה זקוק לסיוע מומחה לצורך הבנתה, על מנת להביא למסקנה כי מדובר בתנייה מקפחת. גישה שכזו, על פי פשוטה, עשויה לעורר קושי בהקשר החוזי בכלל, ובחוזים אחידים בפרט. מחקרים רבים מלמדים כי רוב הצרכנים, ובכלל זה גם צרכנים 'מתוחכמים', אינם קוראים את החוזים עליהם הם חותמים, לא כל שכן כל סעיף וסעיף המצויים באותם חוזים. יתרה מכך, גם במקרים שבהם הצרכנים משקיעים זמן בקריאת החוזה, הבנתם אותו, על כל ההשלכות הכרוכות בכך, היא מוגבלת. הסיבות לכך הן מגוונות ואין זה המקום להרחיב על כך (להרחבה, ראו: Yannis Bakos, Florencia Marotta-Wurgler, & David R. Trossen, *Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard-Form Contracts*, 43 J. LEGAL STUD. 1, 2 (2014); Tess Wilkinson-Ryan, *A Psychological Account of Consent to Fine Print*, 99 IOWA L. REV. 1745, 1747, 1751-53 (2014); Victoria C. Plaut & Robert P. Bartlett III, *Blind Consent? A Social Psychological Investigation of Non-Readership of Click-Through Agreements*, 36 LAW & HUM. BEHAV. 293 (2012); Debra Pogrund Stark & Jessica M. Choplin, *A License to Deceive: Enforcing Contractual Myths Despite Consumer Psychological Realities*, 5 N.Y.U. J. L. & BUS. 617, 691-700 (2009); Omri Ben-Shahar, *The Myth of the 'Opportunity to Read' in Contract Law* 1, 15 (John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 415, 2008); OREN BAR-GILL SEDUCTIONN BY CONTRACT 7-23 (2012)). מציאות זו היא, במידה רבה, היוצרת את הצורך בקיומו של חוק החוזים האחידים, הממיר את ביקורת הלקוחות על תוכן החוזה בביקורת

שיפוטית. מכאן, שאין די בכך שהצרכן לא קרא את החוזה או לא הבין את משמעותו על מנת להביא לבטלותו של החוזה או לבטלות תנאי בו. לשם כך עלינו להשתכנע כי מתקיימים התנאים הקבועים בחוק החוזים האחידים להתערבות שכזו – דהיינו כי לפנינו תנאי בחוזה אחיד, וכי ההוראות שנקבעו בו הופכות אותו לתנאי מקפח. כאמור, במקרה דנן דרישות אלה מתקיימות ביחס לתניית ברירת הדין של פייסבוק בהינתן ציפייתו הלגיטימית והסבירה של הלקוח הישראלי כי על עסקה שבוצעה בישראל יחול הדין הישראלי (ולא הדין הזר, שאין לו זיקה לעסקה, למעט מקום מושבו של הספק). אין להסיק מכך כי דרישות אלה מתקיימות בכל תנאי בחוזה אחיד שהלקוח אינו יכול להבין את משמעותו בכוחות עצמו.

43. לאחר הדברים הללו, הגיעה לידי חוות דעתה של חברתי, השופטת יעל וילנר. חברתי שותפה לעמדתי לפיה תניית ברירת הדין של פייסבוק מקפחת לקוחות שהם צרכנים, ובכלל זה גם עסקים קטנים, ומרחיבה בשאלה איזה עסק יחשב כ"עסק קטן" לעניין זה. אבהיר כי העמדה האופרטיבית שמציגה חברתי ביחס לשאלה זו מקובלת עלי, ואני מצטרף למבחן המוצע על ידה בפסקאות 26–27 לחוות דעתה.

44. חברתי מציעה כי נורה על החזרת הדיון לבית משפט השלום על מנת לאפשר לצדדים להביא ראיות ולטעון בשאלת סיווג עסקם של המבקשים. בהינתן שפסק דין זה קובע הלכה חדשה לעניין זה, אשר מטבע הדברים לא הייתה ידועה בשעת הבאת הראיות לא למבקשים ולא לפייסבוק, הרי שיש הגיון רב בעמדת חברתי.

45. סוף דבר: לאור כל האמור לעיל, עמדתי היא כי יש להורות על קבלת הערעור, במובן זה שבמישור היחסים בין הצדדים תבוטל תניית ברירת הדין של פייסבוק בהיותה תנייה מקפחת בחוזה אחיד, ככל שמדובר ב"עסק קטן". כנגזר מכך, אם כך יקבע, התביעה שהגישו

המבקשים נגד פייסבוק לבית משפט השלום בהרצליה תתברר על פי דיני מדינת ישראל. כן מקובלת עלי הצעת חברתי, השופטת וילנר, כי נורה את בית משפט השלום לאפשר לצדדים להביא ראיות ולהשמיע טיעונים בשאלה אם המבקשים הם "עסק קטן" בשים לב למבחנים המפורטים בפסקאות 26–27 לחוות דעתה של חברתי. בנסיבות אלה מקובלת עלי גם עמדת חברתי כי אין מקום לעשות צו להוצאות בערכאתנו.

ש ו פ ט

השופטת י' וילנר:

1. בתקופה הרלוונטית לתביעה מושא הליך זה נדרשו משתמשים ישראליים ברשת החברתית Facebook (להלן: פייסבוק) לחתום עם המשיבה (להלן: פייסבוק אירלנד), שסיפקה בתקופה זו את שירותי פייסבוק בישראל, על הסכם המסדיר את תנאי השימוש ברשת החברתית (להלן: הסכם השימוש או ההסכם). סעיף 15(1) להסכם קבע כי יחסי הצדדים יוסדרו לפי דין מדינת קליפורניה (להלן: תניית ברירת הדין). אין חולק כי ההסכם הוא חוזה אחיד, כמשמעותו בחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן: חוק החוזים האחידים או החוק). האם תניית ברירת הדין מקפחת את המבקשים? זוהי השאלה שניצבת במוקד דיוננו.

2. לגישת חברי, המשנה לנשיאה (בדימ') נ' הנדל, בנסיבות העניין לא הוכח כי תניית ברירת הדין מקפחת את המבקשים, שהם גורמים עסקיים אשר לאורך שנים רכשו שירותי פרסום מפייסבוק

והגישו נגדה תביעה "בסכום גבוה יחסית". השופט הנדל עומד על כך שהמבקשים לא הציגו נתונים על אודות מצבם הכלכלי ועל מידת התלות שלהם בפייסבוק, ואף לא הוכיחו כי הדין הקליפורני משנה את מערך הזכויות בין הצדדים. חברי מדגיש כי הכרעתו מבוססת על נסיבות המקרה, כך שאין מניעה כי בתי המשפט יידרשו לשאלה אם תניית ברירת הדין מקפחת בנסיבות אחרות.

3. מנגד, חברי השופט ע' גרוסקופף סבור כי תניית ברירת הדין מקפחת את לקוחות פייסבוק אשר צורכים את שירותיה בישראל – בין משתמשים פרטיים ובין עסקים קטנים. עמדתו מבוססת על כך שאין לאפשר לתאגיד גלובלי דוגמת פייסבוק המקיים פעילות עסקית בישראל, להתנער באופן גורף מתחולת הדין הישראלי ביחסיו עם הצורכים את שירותיו או מוצריו, באמצעות תניית ברירת דין בחוזה אחיד.

4. אקדים ואומר כי לדידי, יש לקבוע שתניית ברירת הדין מקפחת את משתמשי פייסבוק הצרכנים, ובכלל זאת אף עסקים קטנים הרוכשים ממנה שירותי פרסום. בכך דומה מסקנתי למסקנתו של חברי השופט גרוסקופף, אך כפי שיובהר להלן, דרכי למסקנה זו אינה חופפת את דרכו. אשר לתוצאה האופרטיבית בעניינם של המבקשים, אני סבורה כי לא הוצגו נתונים מספקים לסיווג המבקשים כ"עסק קטן", בהתאם לאמות מידה שאציג להלן. לפיכך, לדעתי, על בית משפט השלום להכריע בשאלת סיווגם כאמור לאחר שיוצגו לו הנתונים הרלוונטיים, ובהתאם לקבוע אם תניית ברירת הדין מקפחת את המבקשים ודינה להתבטל, אם לאו.

אפתח את הדיון בהצגת המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית.

תנאי מקפח בחוזה אחיד – מסגרת נורמטיבית

5. כפי שציינו חברי, חוק החוזים האחידים נועד "להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים" (סעיף 1 לחוק) ו"לאזן את אי-השוויון שבין הספק ללקוח" (דברי ההסבר להצעת חוק החוזים האחידים, התשמ"ב-1981, ה"ח 1556, בעמ' 28); וכן ראו רע"א 5860/16 **Facebook Inc** נ' בן חמו, בפסקה 20 והאסמכתאות שם (31.5.2018) [פורסם בנבו] (להלן: עניין בן חמו)). על מנת להגשים מטרה זו, מעניק החוק לבית המשפט ולבית הדין לחוזים אחידים (להלן: בית הדין) סמכות לבטל או לשנות תנאים בחוזים אחידים, שיש בהם "משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות". וכך מורה סעיף 3 לחוק:

> תנאי מקפח וביטולו
> 3. בית משפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו – בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות – משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות (להלן – תנאי מקפח).

6. עינינו הרואות, הן בית הדין הן בית המשפט נדרשים ליתן דעתם ל"מכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות", בבואם להכריע בשאלה אם תנאי מסוים בחוזה אחיד הוא מקפח. אולם, יש לציין כי ככל שבית הדין סבור כי אכן תנאי מסוים הוא מקפח, הוא מבטל תנאי זה בנוסחו של חוזה אחיד באופן שמוביל, ככלל, לבטלות התנאי בכל החוזים של הספק הרלוונטי שנכרתו לפי אותו נוסח (ראו סעיפים 17-18 לחוק על הסייגים המפורטים שם). לעומת זאת, אם מצא בית המשפט כי תנאי הוא מקפח, מוסמך הוא לבטל

את התנאי אך בחוזה הקונקרטי בין הצדדים שלפניו, כך שהביטול יחייב אותם בלבד (ראו סעיף 19 לחוק; ורדה לוסטהויז וטנה שפניץ חוזים אחידים 163 (1994)).

7. עם זאת, ההלכה היא כי בבוא בית המשפט לדון ולהכריע בשאלה אם תנאי מסוים מקפח, עליו להביא בחשבון נסיבות הנוגעות לטיב היחסים בין סוג הלקוחות הרלוונטי לבין הספק, כך שסוגיית הקיפוח אינה מוכרעת לפי הנסיבות הספציפיות של הלקוח הניצב לפני בית המשפט (ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 528 (1992) (להלן: עניין קסטנבאום); לוסטהויז ושפניץ, בעמ' 56). כלומר, הנסיבות הפרטניות של הלקוח רלוונטיות להכרעה בשאלת הקיפוח, אך במידה שהן מלמדות על היחסים בין הספק ללקוחות מאותו סוג (עניין בן חמו, בפסקה 25).

8. מושג הקיפוח הוא מושג שסתום אשר מטבעו מושפע משינוי העיתים והנסיבות (לוסטהויז ושפניץ, בעמ' 47; ראו גם אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 136 (1993)). המבחן העיקרי בהקשר זה הוא של הגינות וסבירות, ובית המשפט נדרש לצקת בו תוכן באופן שיגשים את תכלית החוק בהתאם לתנאי החיים והמסחר המצויים והרצויים בישראל (עניין קסטנבאום, בעמ' 528; עניין בן חמו, בפסקה 22 והאסמכתאות שם; אהרן ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית 498-499 (1992)). ככלל, שאלת הקיפוח תוכרע בהתאם לאיזון בין האינטרסים שעל הפרק, על רקע החוזה כמכלול והנסיבות הרלוונטיות; ולאור תכלית החוק (לוסטהויז ושפניץ, בעמ' 49). בפסיקה נקבע כי תנאי ייחשב מקפח "אם יש בו הגנה על אינטרס (כלכלי או אחר) של ספק מעבר לנתפס כראוי בסוג זה של התקשרות [...] חוסר ההגינות של התנאי המקפח הוא בהגנת היתר

שהוא נותר לספק לעומת הלקוח, 'המצוי במצב כוח נחות'" (עניין קסטנבאום, בעמ' 528, וכן האסמכתאות שם; ראו גם עניין בן חמו, בפסקה 22 והאסמכתאות שם). יש לבחון אפוא את יחסי הצדדים והאינטרסים הטיפוסיים שלהם, בראי התפיסה של שיטתנו המשפטית ביחס להוגן ולסביר בסוג היחסים הרלוונטי (עניין קסטנבאום, בעמ' 529).

9. לנוכח האמור, נסיבות עיקריות שעל בית המשפט ליתן עליהן דעתו בדונו בשאלת הקיפוח נוגעות למיהות הצדדים לחוזה ולטיב היחסים ביניהם, באשר "דיני הקיפוח מתמקדים, בראש ובראשונה, בצדדים וביחסי הכוחות שביניהם. ההגינות או חוסר ההגינות נקבעים על-פי תפיסת היסוד של החברה, אך הם נגזרים מיחסי הכוחות שבין הצדדים" (עניין קסטנבאום, בעמ' 540). יש להתחשב אפוא בנסיבות אשר מסייעות לאפיין את הספק ואת סוג הלקוחות הרלוונטי ולעמוד על טיב האינטרסים שלהם, לצורך הגעה לאיזון ראוי בעניינם (ראו לוסטהויז ושפניץ, בעמ' 69-70).

בהקשר זה מקובלת הבחנה בין לקוח מסחרי לצרכני, לנוכח ההנחה שהראשון הוא חזק ומתוחכם באופן שמצמצם את פערי הכוח והמידע בינו לבין הספק, בעוד שהצרכן סובל מנחיתות מובנית ביחס לספק מבחינת ידע, ניסיון, כוח ומעמד כלכלי (עניין בן חמו, בפסקה 22; לוסטהויז ושפניץ, בעמ' 70). כמו כן, מבחן הקיפוח יופעל בקפדנות יתרה כאשר לפעילות הספק נלווים מאפיינים מונופוליסטיים, וכאשר מושא החוזה הוא נכס חיוני מבחינת הלקוח (עניין בן חמו בפסקה 22 והאסמכתאות שם; לוסטהויז ושפניץ, בעמ' 75).

10. על רקע האמור לעיל, נבחן את השאלה העומדת לדיון בענייננו – אם תניית ברירת הדין מקפחת את המבקשים. תניית ברירת הדין דנן נדונה בעניין בן חמו, ולכן נפתח את דיוננו בהצגת תמצית ההכרעה שם ונעמוד על ההבחנה בינה לבין ענייננו.

ההבחנה בין ההכרעה בעניין בן חמו לענייננו

11. כאמור, פסק הדין בעניין בן חמו עסק, בין היתר, בשאלה אם תניית ברירת הדין דנן מקפחת את המשיב שם, אשר הגיש לבית המשפט המחוזי בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד פייסבוק בסכום של 400 מיליון דולר בטענות שעניינן פגיעה בפרטיות. בעניין בן חמו פסק בית משפט זה כי תניית ברירת הדין איננה מקפחת את המשיב שם. בית המשפט עמד על כך שתניית ברירת הדין נועדה להגן על אינטרס עסקי לגיטימי של פייסבוק אירלנד לכלכל את צעדיה לפי מערכת דינים אחת, באופן שלא יחשוף אותה לתובענות ייצוגיות בסכומי עתק. נקבע כי אינטרס זה גובר על האינטרס של משתמשים ישראליים בפייסבוק שתובענות ייצוגיות נגד פייסבוק אירלנד יוכרעו לפי דיני מדינת ישראל. בין היתר, צוין כי שיטת המשפט בקליפורניה "נחשבת לאחת המתקדמות בעולם בתחום התובענות הייצוגיות" (פסקה 43); כי התובענה הייצוגית היא "כלי דיוני רב עוצמה אשר יש בו כדי לשנות את יחסי הכוחות בין צרכנים ועוסקים" (פסקה 26); וכי יש להניח ש"אדם המבקש לנהל תובענה ייצוגית על סך 400 מיליון דולר, לא יירתע מתניה בחוזה אחיד הקובעת שתביעה זו תוכרע על פי דיני מדינת קליפורניה" (פסקה 43).

12. אם כן, נראה כי שתי נסיבות עיקריות ניצבות בלב ההכרעה בעניין בן חמו ביחס לתניית ברירת הדין. ראשית, העובדה כי המשיב שם הגיש נגד פייסבוק תובענה ייצוגית בסכום עתק. שנית, הקביעה כי

תניית ברירת הדין נועדה להגן על אינטרס עסקי לגיטימי של פייסבוק אירלנד לכלכל צעדיה לפי מערכת דינים אחת.

13. כפי שיובהר להלן, אני סבורה כי יש שוני מהותי בין הנסיבות הרלוונטיות להכרעה בעניינו לבין אלו שעמדו בבסיס ההכרעה בעניין בן חמו, בין היתר לנוכח תמורות עובדתיות ומשפטיות שאירעו לאחר מתן פסק הדין הנ"ל. לדידי, שינויים אלו משפיעים על אפיון סוג הלקוח הרלוונטי בעניינו ועל האינטרסים הטיפוסיים של הצדדים. ממילא, מתעורר צורך לבחון את האיזון הראוי בעניינו בין האינטרסים של הצדדים על מנת להכריע בשאלת הקיפוח.

14. ראשית, אין עניינו בתובענה ייצוגית. כמפורט לעיל, העובדה שעניין בן חמו עסק בתובענה ייצוגית עמדה בלב ההכרעה שם, והשפיעה על אפיון סוג הלקוח הרלוונטי, האינטרס שלו והאינטרס של פייסבוק אירלנד.

15. שנית, וזה העיקר, ביום 14.7.2018 – כחודש וחצי לאחר מועד מתן פסק הדין בעניין בן חמו – נכנס לתוקף הסכם תנאי שימוש חדש עבור משתמשים ישראליים בפייסבוק (להלן: הסכם השימוש החדש), ולפיו היחסים בין פייסבוק לבין משתמש-צרכן שלה יוסדרו לפי דין מקום מושבו של הצרכן, ולגבי משתמש-שאינו-צרכן – לפי דין מדינת קליפורניה. וכך נקבע בסעיף 4(4) להסכם השימוש החדש (להלן: תניית ברירת הדין החדשה):

> "אם אתה צרכן, חוקי המדינה שבה אתה מתגורר יחולו על כל טענה, עילה או מחלוקת שיש לך כנגדנו אשר נובעת מתוך או קשורה לתנאים אלה או למוצרי פייסבוק ('טענה'), ואתה רשאי לפתור את הטענה שלך בכל בית דין מוכר במדינה זו אשר יש

> לו סמכות שיפוט לגבי הטענה. בכל המקרים האחרים, אתה מסכים שסמכות השיפוט הייחודית בטענה תהא נתונה לבית המשפט המחוזי של ארה"ב במחוז הצפוני של קליפורניה או בבית משפט של המדינה הנמצא במחוז סן מטיאו, שאתה מכיר בסמכות השיפוט האישית של כל אחד מבתי משפט אלה למטרות התדיינות לגבי טענה זו, ושחוקי מדינת קליפורניה יחולו על תנאים אלה ועל כל טענה, ללא קשר להוראות מתקל דינים".

עוד לפי הסכם השימוש החדש, פייסבוק אירלנד איננה עוד ספקית שירותי פייסבוק בישראל, ובנעליה באה Facebook Inc. (להלן: פייסבוק ארה"ב).

אם כן, מהסכם השימוש החדש נובע כי החל מיום 14.7.2018, היחסים בין פייסבוק למשתמשיה הצרכניים בישראל מוסדרים לפי הדין הישראלי (ראו גם רע"א 7470/20 **Facebook Ireland Limited** נ' גל, בפסקה 4 (3.1.2022) [פורסם בנבו] (להלן: עניין גל)). אמנם הסכם השימוש החדש אינו חל בענייננו, מאחר שהאירועים מושא התביעה דנן אירעו בשנת 2017. עם זאת, כפי שיובהר בהמשך, אני סבורה כי תניית ברירת הדין החדשה מגלמת שינוי נסיבות רלוונטי לעניין המשקל שיש ליתן כיום לאינטרס של פייסבוק אירלנד לכלכל צעדיה לפי הדין הקליפורני בלבד.

16. בהמשך לאמור לעיל, בעניין גל דחה בית משפט זה בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי, אשר קבע כי מי שרכשו שירותי פרסום מפייסבוק במהלך עיסוקם הם בגדר "צרכנים" שלה, ובהתאם דחה בקשה לסילוק על הסף של בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד פייסבוק אירלנד וחברת האם שלה, פייסבוק ארה"ב.

בית משפט זה בעניין גל עמד על כך ש"מעצם העובדה שמפרסם מסוים הוא לקוח 'עסקי-מסחרי' כלשונה של פייסבוק, לא ניתן להסיק כי הוא בהכרח שחקן מתוחכם ושפער הכוחות בינו ובין פייסבוק הצטמצם, לא כל שכן בטל. מטבע הדברים חלק בלתי מבוטל מהמפרסמים הם עסקים קטנים וזעירים, שניתן להניח שכוח המיקוח שלהם אינו שונה מכוח המיקוח של משתמשי פייסבוק רגילים [...] לעיתים אף ההפך הוא הנכון – קרי, שהמפרסם מצוי בעמדת נחיתות רבה יותר מזו של המשתמשים הרגילים, בשל תלותו בשירותי פייסבוק" (פסקה 13 להחלטת השופטת ע' ברון). אשר לסיווג המפרסמים בפייסבוק כצרכנים, נקבע שם כי "בשלב הנוכחי שבו מצוי ההליך, ניתן להכיר במפרסמים בתור צרכנים לכאורה של פייסבוק-ארה"ב בהתאם להגדרת המונח בהסכם תנאי השירות האמריקאי" (בפסקה 16). עם זאת, לנוכח השונות הניכרת בין המפרסמים הנדרשים לשירותה של פייסבוק, בית המשפט עמד על כך שאמנם אפשר כי חלק מהמפרסמים לא יענו על הגדרת המושג "צרכן" – שראוי כי תיעשה במהלך הדיון בבקשת האישור.

17. לסיכום חלק זה, נסיבות ענייננו שונות מאלו שניצבו בלב ההכרעה בעניין בן חמו. ראשית, אין ענייננו בתובענה ייצוגית נגד פייסבוק, על כל המשתמע מכך כמפורט לעיל. שנית, החל מיום 14.7.2018 משתמשי פייסבוק בישראל חותמים על הסכם שימוש שלפיו היחסים בין פייסבוק למשתמשיה הצרכנים יוסדרו לפי דין מדינת הצרכן, ולא בהכרח לפי דין מדינת קליפורניה. בהמשך לכך, בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי, שלפיה יש לראות במפרסמים בפייסבוק כמשתמשים צרכניים שלה, נדחתה לאחרונה על-ידי בית משפט זה, בעיקר לנוכח פערי הכוחות בין פייסבוק לעסקים הקטנים המפרסמים בה.

18. לדידי, האמור לעיל מצדיק לבחון, בראי הנסיבות הרלוונטיות לענייננו, אם תניית ברירת הדין מקפחת את צרכני פייסבוק, ובכללם עסקים קטנים שרכשו ממנה שירותי פרסום. אך בטרם אדון בשאלה זו לגופה, אבהיר מדוע לגישתי יש לראות בעסקים קטנים שרכשו מפייסבוק שירותי פרסום כצרכנים שלה.

מפרסמים קטנים בפייסבוק כצרכנים

19. בעיקרו של דבר, דיני הגנת הצרכן נועדו לגשר על פערי הכוחות והמידע בין הצרכן לעוסק, ולהגן על האינטרסים הלגיטימיים של הראשון לנוכח חולשתו האינהרנטית ביחסיו עם האחרון. בבסיס דינים אלו ניצבת הנחה כי החוזה הצרכני מאופיין בחוסר שוויון מבחינה כלכלית, מבחינת מומחיות ומבחינת המידע, באופן שמגביל את כוח המיקוח של הצרכן, לא כל שכן ביחס לחוזה אחיד (דנ"א 5783/14 צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ, בפסקה 31 (12.9.2017) [פורסם בנבו] (להלן: עניין צמח)). דיני הגנת הצרכן מכוונים אפוא לקבוע "כללי משחק הוגנים" ביחסים שבין הצרכן לעוסק, למנוע ניצול לרעה של פערי הכוחות בין הצדדים ולחזק את האוטונומיה של הצרכן על ידי הבטחת יכולתו לבחור בחירה מושכלת, לרבות באמצעות קבלת כל המידע הרלוונטי (דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385, 432 (2003)).

20. בשים לב לתכליות ההגנה על הצרכן, מושג ה"צרכן" עשוי לשאת משמעות שונה בהקשרים שונים (אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט 68 (2002)). הגדרה מרכזית בדין הישראלי למושג זה מופיעה, מטבע הדברים, בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981,

שלפיו מדובר ב"מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי" (שם, בסעיף 1). הגדרה נוספת מצויה בסעיף 1 לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1957, ולפיה ה"צרכן" הוא המשתמש הסופי במוצר – מי שקנה נכס "לכל מטרה שהיא פרט לייצור או למכירה" (ראו בהקשר זה גם דויטש, בעמ' 71; עניין גל, בפסקה 19). ואכן, ככלל, במקרים המתאימים עשוי מושג הצרכן להתייחס לא רק לאדם פרטי אלא גם לעוסק, ובכלל זאת תאגיד (ראו ע"א 2512/90 סופרגז חברה ישראלית להפצת גז בע"מ נ' תופיני סער, בפסקה 25 (1991) [פורסם בנבו]; ראו גם דויטש, בעמ' 75; לוסטהויז ושפניץ, בעמ' 70). היקף תחולתו של מושג "הצרכן" בהקשר מסוים יוכרע אפוא בהתאם לנסיבות הרלוונטיות ובראי ההצדקות לדיני הגנת הצרכן, ובראשן כאמור פערי המידע והכוח בין הצדדים (ראו דויטש, בעמ' 77-78).

21. ראוי לציין בהקשר זה כי הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן פרסמה זה לא כבר קול קורא שעניינו החלת הגנות חוק הגנת הצרכן על "עסקים קטנים מאד" (הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן החלת הגנות חוק הגנת הצרכן על עסקים שהם עובד יחיד או מעסיקים מספר מצומצם של עובדים ובעלי היקף מחזור קטן (18.11.2020); להלן בהתאמה: הקול הקורא והרשות). הרשות עמדה שם על כך שחוק הגנת הצרכן נועד להגן על הצרכן בשל פערי הכוחות והמידע בינו לעוסק, והדגישה כי "ברור לכל שהאבחנה בין עוסק לצרכן בהקשר זה אינה דיכוטומית, והיא נמצאת על ציר. בצדו האחד של הציר נמצאים משקי הבית, ובקצהו השני נמצאים העסקים הגדולים, המעסיקים עורכי דין וצוותי רכש, והם בעלי כוח שוק ויכולת בזמן ובמשאבים לנהל משא ומתן. במובנים רבים, עוסק קטן מאד קרוב יותר במאפייניו לצרכן ביתי. כמו לצרכן הביתי, גם לעסק הקטן מאד קיים חוסר במומחיות ברכישת מוצר או שירות, העסק הזעיר סובל

מאותה מגבלת זמן כמו הצרכן הביתי וכן הוא בעל כוח מיקוח חלש, בדומה לצרכן הביתי. גם העוסק הקטן מאד עשוי להיות חשוף להטיות הקוגניטיביות המעוותות את שיקול הדעת שלו כמו צרכן רגיל". יודגש כי בקול הקורא צוין שדירקטיבת האיחוד האירופי לעניין זכויות צרכנים מאפשרת למדינות החברות באיחוד להחיל את כללי הדירקטיבה גם על ארגונים לא ממשלתיים, על חברות הזנק ועל חברות קטנות ובינוניות (ראו שם, בעמ' 2).

22. לסיכום, אין הגדרה משפטית אחידה למושג הצרכן, והדין מכיר באפשרות שמושג זה יכלול גם בית-עסק. תחולת המושג הנדון בהקשר מסוים תיקבע לפי הנסיבות הרלוונטיות ובראי ההצדקות לדיני הגנת הצרכן, שעיקרן פערי הכוח, הידע והמידע בין הצדדים.

23. אוסיף בהקשר זה כי רשות התחרות פרסמה לאחרונה נייר עמדה, שבמסגרתו המליצה לקדם אסדרה ביחסים שבין פלטפורמות מקוונות לבין משתמשים עסקיים, במטרה להתמודד עם פערי הכוח בין הצדדים, ולנוכח הנחה ש"פעילותו של משתמש עסקי על גבי פלטפורמה מקוונת יוצרת פערי כוחות ביניהם, שעלולים להתבטא בפרקטיקות בלתי הוגנות בתנאי הסחר". בין היתר, הוסבר שם כי "ככל שפלטפורמה מקוונת נעשית מרכזית יותר עבור תחום עיסוק מסוים, כך גדלה התועלת של המשתמשים העסקיים (והפרטיים) מהשימוש בה ובהתאם גם התלות בה"; כי "היכולות של הפלטפורמות המקוונות והתלות בהן של הלקוחות העסקיים, מעניקות לפלטפורמות המקוונות יתרון עסקי מובהק אל מול המשתמשים העסקיים העלול להתבטא בפרקטיקות בלתי הוגנות בתנאי הסחר ביניהן"; וכי "קיים יסוד סביר לחשש לפיו פערי הכוח שבאים לידי ביטוי בפרקטיקות שנוקטות הפלטפורמות המקוונות כלפי המשתמשים העסקיים יבואו לידי ביטוי גם בהליך

משפטי ביניהם" (רשות התחרות קידום רגולציה בין ספקי שירותי תיווך מקוונים ומשתמשים עסקיים (7.2.2021)).

24. לנוכח כל האמור לעיל, אני סבורה כי בענייננו יש לסווג בתור צרכנים של פייסבוק גם עסקים קטנים אשר רכשו ממנה שירותי פרסום, על רקע עצמת פערי הכוחות והמידע בין צדדים אלו. כפי שציינה השופטת ברון בעניין גל, אין מקום להניח כי עסק קטן המפרסם בפייסבוק הוא בבחינת שחקן מתוחכם, באופן שמצמצם את פערי המידע והכוח בינו לבין פייסבוק. אדרבא, לנוכח תלותם של עסקים קטנים רבים בשירותי הפרסום של פייסבוק, ניתן דווקא להניח כי פערי הכוחות בינם לבינה אף גדולים מאלו המאפיינים את היחסים בין פייסבוק לבין משתמשיה הצרכנים הפרטיים. ויודגש: לדידי, אין לראות בכל מפרסם בפייסבוק כ"צרכן" בהקשר דנן. מפרסמים בפייסבוק שהם עסקים גדולים ו"מתוחכמים", בעלי עוצמה כלכלית, ניסיון ומומחיות רלוונטיים, אין מקומם בגדר מושג ה"צרכן" בענייננו. אף אם עסקים כאלה סובלים ממידה מסוימת של פערי כוח ומידע ביחס לפייסבוק, הרי שאלו מצומצמים ביחס לפערים שבין פייסבוק לעסקים קטנים, באופן שמצדיק, לגישתי, להותיר את העסקים הגדולים מחוץ לגדרי מושג ה"צרכן" בענייננו.

25. אכן, בעיקרו של דבר, לגישתי יש להכריע בשאלה מהו "עסק קטן" בהקשר דנן על-בסיס טיב פערי הכוח והמידע בין המפרסם לפייסבוק. אפתח ואציין כי בהמשך לאמור בחוות דעתו של חברי השופט גרוסקופף (בפסקה 40), אינני סבורה כי בהקשר זה יש לראות בכוח המיקוח של המפרסם מול פייסבוק באשר לתנאי ההתקשרות בין הצדדים, כאמת מידה לאפיון פערי הכוח והמידע ביניהם. עניינו בחוזה אחיד, וממילא הלקוחות החתומים עליו לא קיימו משא ומתן על תנאיו. הלכה למעשה, אימוץ כוח המיקוח

כאמת מידה בהקשר דנן עלול להוביל למסקנה – שכמובהר, איני שותפה לה – כי כל מי שחתם על חוזה אחיד עם פייסבוק הוא צרכן.

26. חלף זאת, אני סבורה כי על בית המשפט, בבואו לקבוע אם לפניו עסק קטן בהקשר הנדון, ליתן דעתו על שורת אינדיקציות רלוונטיות שיש בהן כדי ללמד על טיב פערי הכוח והמידע בין המפרסם לפייסבוק. כך, ובלי למצות, יש מקום לבחון את חוסנו הכלכלי של המפרסם; את כמות העובדים שהוא מעסיק; אם יש לו ליווי משפטי, ובאיזה היקף; האם קיימת בו מחלקת פרסום, ובאיזה היקף; עד כמה הפרסום בפייסבוק חיוני לפעילות המפרסם באופן שיוצר תלות; אם פרסום הוא חלק אינטגרלי מפעילות העסק, או שמא אך כלי לקידום מוצרי העסק ושירותיו; מה סכום התביעה, ומה מידת ההרתעה הטמונה מבחינת המפרסם בהתדיינות לפי הדין הזר. כאמור, אין מדובר ברשימת שיקולים ממצה, ועל ההכרעה בסוגיה להביא בחשבון את מכלול האינדיקציות הרלוונטיות בכל מקרה על פי נסיבותיו.

27. כך, למשל, בעל עסק לממכר דברי מאפה בהכנה ביתית, שמעסיק שני עובדים ומפרסם את מרכולתו אך ורק בפייסבוק, ייחשב למפרסם קטן ולצרכן של פייסבוק. כך גם בעל דוכן פלאפל, שמעסיק חמישה עובדים ומפרסם עצמו בפייסבוק ובמקומון. מנגד, רשת סופרמרקטים בפריסה ארצית, עם מחלקה משפטית ומחלקת פרסום, אשר מפרסמת עצמה בפייסבוק, בטלוויזיה ובפלטפורמות אינטרנטיות נוספות – איננה עסק קטן. כך גם, לדוגמא, רשת מסעדות איתנה אשר נהנית מליווי משפטי שוטף, מעסיקה מאות עובדים ומגישה תביעה נגד פייסבוק בסך מיליוני שקלים. פערי הכוח והמידע בין רשתות אלו לבין פייסבוק, גם אם קיימים, אינם בהיקף המצדיק את הגדרתם כצרכנים לענייננו.

28. עד כאן הנחנו את היסודות הנדרשים לדיון בסוגיה דנן, ועתה בשלה העת, על רקע כל האמור לעיל, להכרעה בשאלה שלפנינו.

האם תניית ברירת הדין מקפחת צרכנים?

29. כמובהר לעיל, על מנת להכריע בשאלה אם תניית ברירת הדין מקפחת את משתמשי פייסבוק הצרכנים, ובכלל זה בעלי העסקים הקטנים, עלינו לבחון אם תנייה זו מעניקה לאינטרס של פייסבוק, המגולם באותה תנייה, הגנה העולה על הראוי בהתקשרויות עם משתמשים מסוג זה, בראי האינטרס הרלוונטי של הצרכן, אשר נפגע כתוצאה מתניית ברירת הדין.

30. כאמור, בעניין בן חמו נקבע כי תניית ברירת הדין נועדה להגן על אינטרס עסקי של פייסבוק אירלנד לכלכל צעדיה בצורה מושכלת לפי מערכת דינים אחת, בהינתן היקף משתמשיה ברחבי העולם. ביישום לענייננו, האינטרס של פייסבוק אירלנד נוגע ליכולתה לכלכל צעדיה בצורה מושכלת במישור יחסיה מול צרכניה, באמצעות החלת הדין הקליפורני בלבד על מערכת יחסים זו. מנגד, תניית ברירת הדין שוללת את האינטרס של הצרכן בישראל כי היחסים המשפטיים בינו לבין פייסבוק יוסדרו לפי הדין הישראלי.

31. אקדים ואומר, כי הגעתי לכלל מסקנה שבנסיבות הרלוונטיות לענייננו, תניית ברירת הדין מְגֻנָּה על האינטרס של פייסבוק אירלנד למעלה מן הראוי בסוג ההתקשרות הנדון, וכי האינטרס של צרכני פייסבוק בישראל – גובר.

32. כמפורט לעיל, ביום 14.7.2018 נכנס לתוקף הסכם חדש בין פייסבוק לבין משתמשיה בישראל, שלפיו היחסים בין הצדדים יוסדרו

לפי הדין החל במדינת הצרכן. לדידי, בנסיבות אלו, קטן עד מאוד המשקל שיש ליתן לאינטרס של פייסבוק אירלנד להיות כפופה אך ורק לדין הקליפורני בהקשר הצרכני. אכן, לא נעלם מעיניי כי פייסבוק אירלנד היא זו שסיפקה את שירותי פייסבוק למשתמש הישראלי עד ליום 14.7.2018, וכי החל ממועד זה – מדובר בפייסבוק ארה"ב. ואולם, גם אם הבחנה זו איננה, ככלל, בלתי רלוונטית, הרי שלנוכח היות פייסבוק אירלנד חברה-בת של פייסבוק ארה"ב (ראו עניין גל, בפסקה 1); ובהינתן שמזה למעלה מארבע שנים מוסדרים היחסים בין פייסבוק לצרכניה בישראל לפי הדין המקומי – אינני סבורה כי יש ליתן משקל משמעותי לאינטרס של פייסבוק אירלנד להתנהל בהקשר הצרכני לפי הדין הקליפורני בלבד.

אוסיף כי אף במנותק מהאמור לעיל, פייסבוק אירלנד מאפשרת למשתמשי פייסבוק בגרמניה לתבוע אותה לפי דין מדינתם ולא לפי הדין הקליפורני (ראו עניין בן חמו, בפסקה 34). מעבר לכך שלא ברור כי יש לקבל הבחנה זו בין משתמשים תושבי גרמניה למשתמשים ישראליים, הרי שיש בהחרגת תושבי גרמניה כאמור כדי להחליש אף יותר את האינטרס הנדון של פייסבוק אירלנד.

33. מנגד, אני סבורה שהאינטרס של הצרכן הישראלי, כי יחסיו מול פייסבוק יוסדרו בהתאם לדין הישראלי, הוא ברור ובעל משקל לא מבוטל.

כאמור לעיל, דיני הגנת הצרכן נועדו ביסודו של דבר לגשר על הנחיתות האינהרנטית של הצרכן ביחס לעוסק בהקשרים של כוח ומידע באמצעות קביעת "כללי משחק" הוגנים, שימנעו ניצול לרעה של פערי הכוח והמידע ויחזקו את האוטונומיה של הצרכן. ואכן,

בשל מאפייני החוזה הצרכני, דיני הגנת הצרכן הם ברובם קוגנטיים (עניין צמח, בפסקה 37; וראו, למשל, סעיף 36 לחוק הגנת הצרכן). אין לכחד, חופש החוזים נפגע כתוצאה מהיעדר היכולת להתנות על ההוראות הכופות של דיני הגנת הצרכן. ואולם, הקוגנטיות של הדין הצרכני נועדה להגשים את ערך האוטונומיה של הצרכן, שהרי "ההבנה היא כי דווקא היעדר מאפיין קוגנטי של חקיקה צרכנית היה פוגע בהגשמת האוטונומיה של הצרכן. כפי שצוין לעיל, יכולת הצרכן להשפיע על תוכן החוזה היא מוגבלת, ואלמלא הייתה החקיקה הצרכנית קוגנטית – העוסק יכול היה להתנות על ההגנות הצרכניות באמצעות החוזה בינו לבין הצרכן וכוחן של ההגנות היה מתאיין" (עניין צמח, בפסקה 37, וראו גם האסמכתאות שם). בהקשר זה ראוי להדגיש את אשר ציין חברי השופט גרוסקופף, שלפיו בהתאם לכללי ברירת הדין באיחוד האירופי ובמרבית מדינות ארצות הברית, אין בכוחן של תניות בחוזים צרכניים אשר מפנות לדין זר כדי להתנות על הוראות קוגנטיות הקבועות בדין מדינת הצרכן או לגרוע מתחולתן (בפסקה 29 לחוות דעתו).

34. יש להתבונן אפוא על האינטרס של הצרכן הישראלי, שהיחסים בינו לבין פייסבוק יוסדרו לפי הדין הישראלי, בראי תכליות דיני הגנת הצרכן בישראל, בשים לב למאפיינם הקוגנטי. באספקלריה זו, תניית ברירת הדין שוללת אינטרס חשוב של הצרכן הישראלי ומעמיקה את פערי הכוח והמידע בינו לבין פייסבוק, באופן שפוגע בעקרונות שבבסיס דיני הגנת הצרכן. אכן, יש מקום להנחה שכתוצאה מהחלת דין זר על יחסי הצדדים בנסיבות דנן, הרי שבעת החתימה על החוזה – ואף אם קרא אותו בעיון רב – אין לצרכן אפשרות ממשית להיוודע לחובות שחלות עליו מכוח החוזה לפי הדין הזר, כמו גם לזכויותיו ולפעולות שעליו לנקוט כדי להבטיח את מימושן. כאשר עסקינן בצרכן, לרבות עסק קטן, אין ציפייה סבירה

כי זה ישכור את שירותיו של מומחה לדין הזר טרם חתימה על חוזה כבענייננו. לעומת זאת, יש להניח כי פייסבוק בקיאה ברזי הדין הזר ובמשמעויות תחולתו על החוזה על דקויותיהן. ממילא, אם יתגלע סכסוך בינה לבין הצרכן תיהנה פייסבוק, מהטעמים הנ"ל, מיתרון משמעותי ביותר. בנסיבות אלו, אין מנוס מן המסקנה כי תניית ברירת הדין מעמיקה את פערי המידע והכוח, אשר מהם כידוע ממילא נהנית פייסבוק ביחס לצרכניה (לעניין ההיקף האדיר של פערים אלו בין פייסבוק לצרכניה ראו, למשל, עניין בן חמו, בפסקה 37; עניין גל, בפסקה 4).

35. הנה כי כן, תניית ברירת הדין פוגעת באינטרס של הצרכן הישראלי כי יחסיו מול פייסבוק יוסדרו לפי הדין הישראלי, באופן שמעמיק את פערי הכוח והמידע בינו לבין פייסבוק, בניגוד לתכליות דיני הגנת הצרכן. לאור זאת; בשים לב לרכיב הקוגנטי של דינים אלו בישראל; ובהינתן המשקל המועט שיש ליתן לאינטרס של פייסבוק אירלנד, להסדיר את יחסיה מול צרכנים אך ורק לפי הדין הקליפורני לנוכח הסכם השימוש החדש – מסקנתי היא שתניית ברירת הדין מְגֻנָּה למעלה מן הראוי על אינטרס זה של פייסבוק בהתקשרות מול צרכנים בישראל, כך שיש לקבוע כי מדובר בתנייה מקפחת ביחס ללקוחות אלה.

סוף דבר

36. מהטעמים שפורטו לעיל, אני מצטרפת למסקנתו של חברי השופט גרוסקופף, שלפיה תניית ברירת הדין מקפחת את צרכני פייסבוק, לרבות עסקים קטנים שרכשו ממנה שירותי פרסום. במישור הסעד האופרטיבי בעניינם של המבקשים, משלא הובאו

לפנינו נתונים הנוגעים לשאלת סיווגם כעסק קטן בהתאם לאמות המידה שהצגתי לעיל, הרי שלו תישמע דעתי, יכריע בית משפט השלום בשאלת סיווג המבקשים כאמור לאחר שיעמוד על הנתונים הרלוונטיים. הכריע בית משפט השלום כי המבקשים עונים על הגדרת עסק קטן, תבוטל בעניינם תניית ברירת הדין, לפי סעיף 19 לחוק.

בהינתן התוצאה אליה הגעתי, אציע כי לא ייעשה צו להוצאות.

37. והערה לסיום. כעולה מחוות דעתי, הכרעתי מבוססת במידה לא מבוטלת על נסיבות המקרה דנן. ברם, לא ניתן להתעלם מההיבטים העקרוניים של הסוגיה שהתגלגלה לפתחנו. לדידי, לנוכח טיב ורוחב ההשפעות שטמונות בהכרעה עקרונית בהיבטים אלו, הרשות המתאימה לעשות כן היא זו המחוקקת או הרגולטורים הנוגעים בדבר. לנוכח המפורט לעיל, דומה כי הרשויות הרלוונטיות החלו לבחון היבטים רלוונטיים לסוגיה (וראו גם: משרד המשפטים קול קורא – בחינת הסדרת הדין החל על עסקאות צרכניות מול חברות בינלאומיות (22.2.2021)), ואנו קוראים להן להשלים את האסדרה בהקשר הנדון.

ש ו פ ט ת

אשר על כן, הוחלט על קבלת הערעור ברוב דעות, השופטת י' וילנר והשופט ע' גרוסקופף כנגד דעתו החולקת של המשנה לנשיאה (בדימוס) נ' הנדל – כאמור בפסקה 36 לחוות דעתה של השופטת י' וילנר.

ניתן היום, כ"ז בתמוז התשפ"ב (26.7.2022).

המשנה לנשיאה (בדימוס) ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

_____
מא Z19.docx_20019010
מרכז מידע, טל' 077-2703333, 3852* ; אתר אינטרנט, https://supreme.court.gov.il

י' וילנר 54678313-1901/20
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן