



בבית המשפט העליון

רע"א 5860/16

לפני: כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופטת ע' ברון

המבקשות: 1. Facebook Inc.
2. Facebook Ireland Ltd.

נגד

המשיב: אוהד בן חמו

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז-
לוד מיום 10.6.2016 בת"צ 46065-09-14 אשר ניתנה על ידי
כבוד השופטת א' שטמר

תאריך הישיבה: כ"א בטבת התשע"ז (19.1.2017)

בשם המבקשות: עו"ד יעקב שרביט; עו"ד שי כגן

בשם המשיב: עו"ד עמית מנור; עו"ד גרגורי פאוסט קורצ'מני

פסק-דין

הנשיאה א' חיות:

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (כב' השופטת
א' שטמר) מיום 10.6.2016 בת"צ 46065-09-14, אשר דחה את בקשת המבקשות לסלק
על הסף בקשה לאישור תובענה ייצוגית שהגיש נגדן המשיב.

הרקע לבקשה והחלטתו של בית המשפט קמא

1. המבקשות הן חברות המפעילות את הרשת החברתית facebook (להלן: פייסבוק). המבקשת 1 (להלן: פייסבוק ארה"ב) התאגדה בארצות הברית ומשרדה

הראשי ממוקם בעיר Menlo Park שבמדינת קליפורניה. המבקשת 2 התאגדה באירלנד ומשרדה הראשי שוכן בדבלין. המבקשות דורשות מכל מי שמעוניין להירשם לפייסבוק להסכים לתנאים מסוימים המפורטים במסמך שכותרתו "Statement of Rights and Responsibilities" (להלן: תנאי השימוש) (מב/4). יצוין כי המבקשות מפרסמות את תנאי השימוש במספר שפות, ועברית בכלל זה, אך דואגות לציין כי במקרה של סתירה בין הנוסח בשפה האנגלית לנוסח בשפה אחרת, הנוסח בשפה האנגלית גובר. לפיכך, כל ההפניות לתנאי השימוש שיובאו להלן יתייחסו לנוסח בשפה האנגלית.

2. סעיף 15(1) לתנאי השימוש מורה כי כל סכסוך בין המשתמשים בפייסבוק ובין המבקשות בנוגע לתנאי השימוש או לפייסבוק יוכרע בבית משפט בקליפורניה ועל פי דיני מדינת קליפורניה. וכך קובע הסעיף:

You will resolve any claim, cause of action or dispute (claim) you have with us arising out of or relating to this Statement or Facebook exclusively in the U.S. District Court for the Northern District of California or a state court located in San Mateo County, and you agree to submit to the personal jurisdiction of such courts for the purpose of litigating all such claims. 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

3. בחודש ספטמבר 2014 הגיש המשיב בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד המבקשות בטענה כי הן קוראות ללא רשות הודעות פרטיות ששולחים משתמשים בפייסבוק אחד לשני ועושות בהן שימוש מסחרי. עוד טען המשיב כי המבקשות הפרו את הוראות חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 בנוגע לניהול ורישום מאגרי מידע וכי הן פוגעות בזכויותיהם של קטינים המשתמשים בפייסבוק. ביום 3.3.2015 עתרו המבקשות לסילוק בקשת האישור על הסף בטענה כי לאור ההסכם בינן ובין המשיב על בתי המשפט בישראל להימנע מלדון בה (להלן: בקשת הטיילוק על הסף). לחלופין טענו המבקשות כי ישראל אינה הפורום הנאות לבירורה של בקשת האישור ולחלופי חלופין נטען כי בקשת האישור אינה מגלה עילה. המשיב טען מצדו כי סעיף 15(1) לתנאי השימוש הוא תנאי מקפח בחוזה אחיד ועתר לביטולו. בערעור שבפנינו זנחו המבקשות את הטענות החלופיות הנ"ל ועל כן לא אדרש אליהן בהמשך הדברים.

4. ביום 10.6.2016 דחה בית המשפט קמא את בקשת הסילוק על הסף. בית המשפט קמא קבע כי תנאי השימוש הם חוזה אחיד וכי סעיף 15(1) לתנאי השימוש הוא תנאי מקפח בחוזה אחיד, כמשמעות הדבר בסעיף 3 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן: חוק החוזים האחידים). בית המשפט קמא הבחין בהקשר זה בין שתי תניות שונות הקבועות בסעיף 15(1): הראשונה, תניית שיפוט זר הקובעת כי כל סכסוך בין המשתמשים בפייסבוק והמבקשות בנוגע לתנאי השימוש או לפייסבוק יידון בבית משפט במדינת קליפורניה; והשנייה, תניית ברירת דין לפיה כל סכסוך בין המבקשות למשתמשים בפייסבוק בנוגע לתנאי השימוש או לפייסבוק יוכרע בהתאם לדיני מדינת קליפורניה. באשר לתניית השיפוט הזר קבע בית המשפט קמא כי היא מתנה על הוראות הדין בדבר מקום שיפוט ולפיכך חלה עליה חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים. באשר לתניית ברירת הדין קבע בית המשפט קמא כי היא מגבילה את זכותו של המשתמש להשמיע טענות מסוימות ולפיכך חלה עליה חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים. בית המשפט קמא קבע כי חרף העובדה שהמשיב לא הוכיח שאין באפשרותו לנהל נגד המבקשות הליך ייצוגי בקליפורניה, חזקות אלו לא נסתרו בענייננו. עוד קבע בית המשפט קמא כי תכליתו של סעיף 15(1) לתנאי השימוש היא להרתיע את המשתמשים בפייסבוק מלנקוט בהליכים משפטיים נגד המבקשות, ואף מטעם זה מדובר בתנאי מקפח. מטעמים אלו קבע בית המשפט קמא כי דינו של סעיף 15(1) לתנאי השימוש להתבטל.

5. בית המשפט קמא דחה את טענת המבקשות לפיה אין לפסול את סעיף 15(1) משום שיש להן אינטרס לגיטימי לרכז את כל התביעות נגדן במקום אחד, וקבע כי תאגיד העושה עסקים בהיקף ניכר במדינה מסוימת צריך להיות נכון להיתבע באותה מדינה. עוד קבע בית המשפט קמא כי אין טעם טוב להעדיף את רצונן של המבקשות להתדיין בחו"ל על פני זכותם של משתמשים ישראלים בפייסבוק לקבל סעד זמין במדינתם. כמו כן דחה בית המשפט קמא את הטענה כי המשיב אינו זכאי להשתחרר מתנאי השימוש מכיוון שלא שילם בעבור השימוש בפייסבוק וקבע כי אין בעובדה שהמבקשות סיפקו שירותים בחינם כדי להעניק להן חסינות מפני תביעה בישראל. בנוסף על כך דחה בית המשפט קמא את הטענה כי חלה בענייננו ההלכה לפיה ככלל יש לכבד תניות ברירת דין ותניות שיפוט זר, בציינו שהיא מתייחסת לחוזים מסחריים בין צדדים שווי כוח ואילו במקרה הנדון מדובר בחוזה צרכני אחיד בין צדדים שאינם שווים. בית המשפט קמא הוסיף וקבע כי העובדה שבמקרה דנן סכום התביעה עומד על 400 מיליון דולר אף היא אינה מצדיקה לאכוף על המשיב את סעיף 15(1) לתנאי השימוש.

6. בשולי הדברים ציין בית המשפט קמא כי אפילו היה מגיע למסקנה שסעיף 15(1) אינו מקפח, לא היה מקום לדחות את בקשת האישור על הסף. זאת, כך נקבע, משום שבתנאי השימוש נאמר כי הם מהווים חוזה עם פייסבוק ארה"ב במקרה שהמשתמש הוא מארצות הברית או מקנדה, וחוזה עם פייסבוק אירלנד במקרה שהמשתמש הוא ממדינה אחרת. על כן, כך קבע בית המשפט קמא, סעיף 15(1) לתנאי השימוש חל רק ביחסיו של המשיב עם פייסבוק אירלנד ואינו מונע ממנו לתבוע את פייסבוק ארה"ב.

7. המבקשות הגישו בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט קמא ובדיון שהתקיים בבקשה ביום 19.1.2017 התברר כי היועץ המשפטי לממשלה לא עודכן בנוגע להליכים שבנדון, כנדרש בסעיף 20 לחוק החוזים האחידים. לפיכך, הורינו למסור ליועץ המשפטי הודעה בנושא ולקבל את עמדתו בסוגיות המתעוררות בבקשת רשות הערעור. ביום 24.5.2017 הגיש היועץ המשפטי לממשלה עמדה בהליך, ועליה הוגשה תגובת המבקשות. סמוך לחתימת פסק הדין, ביום 22.5.2018, הודיעו המבקשות כי בכוונתן לעדכן את תנאי השימוש וכי החל מיום 14.7.2018 ייקבע בהם כי משתמש בפייסבוק שהוא "צרכן" (Consumer) רשאי להתדיין עמן במקום מושבו ועל פי דיני מדינתו וכי בכל מקרה אחר תתנהל התביעה בבית משפט בקליפורניה ועל פי דיני מדינת קליפורניה. לטענת המבקשות, מאחר שבקשת האישור שבנדון הוגשה לפני שהשינוי המדובר בתנאי השימוש נכנס לתוקפו, אין בשינוי זה כדי להשפיע על ההכרעה בהליכים דנן. מבלי להביע עמדה בטענה זו, נוכח המועד שבו הודיעו המבקשות על השינוי הצפוי בתנאי השימוש ומאחר שתנאי השימוש טרם שוננו, יתייחסו הדברים שלהלן לתנאי השימוש בנוסחם הנוכחי. ככל שלמי מהצדדים יהיו טענות בנוגע לתנאי השימוש לאחר שינויים בעתיד, טענות אלו שמורות להם.

טענותיהן של המבקשות

8. לטענת המבקשות החלטתו של בית המשפט קמא לבטל את תניית השיפוט הזר שבסעיף 15(1) לתנאי השימוש, מתעלמת מההלכה שנפסקה ברע"א 188/02 מפעל הפיס נ' כהן, פ"ד נז(4) 473 (2003) (להלן: עניין מפעל הפיס), לפיה תניית מקום שיפוט בחוזה אחיד תיפסל רק אם היא מרתיעה מפני הגשת תביעות ופוגעת באופן מהותי בזכות להתדיינות משפטית. במקרה דנן, כך טוענות המבקשות, המשיב רשאי להגיש נגדן בקשה לאישור תובענה ייצוגית בקליפורניה והוא עצמו אישר כי בהינתן העובדה שמדובר בבקשה בהיקף כספי של 400 מיליון דולר, יש לכך הצדקה כלכלית. על כן, סבורות המבקשות כי אילו הייתה תניית השיפוט הזר נבחנת על פי מבחן

ההרתעה שנקבע בעניין מפעל הפיס, היא לא הייתה נפסלת. המבקשות מדגישות בהקשר זה כי לפי חוק החוזים האחידים שומה על בית המשפט להכריע בסוגיית תוקפם של תנאים בחוזה אחיד בהתחשב בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה שלפניו. לפיכך, סבורות המבקשות כי לא היה מקום להתעלם מסכום התביעה שהגיש נגדן המשיב ומן העובדה שקיבל מהן שירותים בחינם ומנגד להביא בחשבון נתונים כגון היקף פעילותן בארץ ומספר המשתמשים הישראליים בפייסבוק.

9. המבקשות מוסיפות וטוענות כי החלטתו של בית המשפט קמא מבטלת, הלכה למעשה, את כל תניות השיפוט הזר בחוזים אחידים שכרתו תאגידיים זרים עם תושבי ישראל ואינה מתיישבת עם ההלכה המושרשת לפיה יש לכבד תניות שיפוט זר ולהתערב בהן רק במקרים חריגים וקיצוניים. עוד מציינות המבקשות כי החלטתו של בית המשפט קמא אינה מתיישבת עם הפסיקה בארצות הברית, שם נאכפת תניית השיפוט הזר באופן גורף. כמו כן טוענות המבקשות כי בית המשפט קמא לא נתן משקל הולם לכך שתניית השיפוט הזר באה להגן על אינטרס עיסקי לגיטימי. לטענתן, ישנם יותר מ-1.65 מיליארד משתמשים בפייסבוק ברחבי העולם ואין להן יכולת להתדיין עם כל משתמש במדינתו. על כן טוענות המבקשות שפסילת תניית השיפוט הזר תסב להן נזקים עצומים ותפגע קשות בפעילותן. המבקשות מוסיפות וטוענות בהקשר זה כי בית המשפט קמא התעלם מכך שמערכת המשפט בקליפורניה היא מהמתקדמות בעולם, בפרט בכל הנוגע לתחום התובענות הייצוגיות, וכי אין בדרישה להתדיין במדינה זו משום קיפוח זכויות המשתמשים. כמו כן טוענות המבקשות כי תניית השיפוט הזר שבסעיף 15(1) לתנאי השימוש אינה חד צדדית וכי אף הן מתחייבות שלא לנקוט בהליכים משפטיים נגד משתמשים בפייסבוק מחוץ לקליפורניה.

10. באשר לתניית ברירת הדין שבסעיף 15(1) לתנאי השימוש, טוענות המבקשות כי אף היא אינה תנאי מקפח בחוזה אחיד. לטענתן, חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים אינה חלה על תניה זו, שכן היא אינה מונעת מהמשיב לטעון טענות ואינה פוגעת בזכויותיו הדיוניות או המהותיות. מכל מקום, כך נטען, גם את תניית ברירת הדין היה על בית המשפט קמא לבחון על פי מבחן ההרתעה שנקבע בעניין מפעל הפיס ובהתאם להלכה הפסוקה לפיה אין להתערב בתניות ברירת דין אלא במקרים חריגים וקיצוניים. המבקשות גורסות כי אילו הייתה תניית ברירת הדין שבסעיף 15(1) נבחנת בהתאם להלכות אלו, היא לא הייתה נפסלת משום שאין בה כדי להרתיע משתמשים בפייסבוק מלנקוט נגדן בהליכים משפטיים. המבקשות מוסיפות וטוענות כי לא יכול להיות חולק שנוכח מספר המשתמשים העצום בפייסבוק יש להן אינטרס לגיטימי להיות כפופות למערכת דינים אחת, ולשיטתן תניית ברירת הדין

שבסעיף 15(1) היא קריטית ליכולתן לספק שירות אחיד ויעיל ללקוחותיהן ברחבי העולם. לבסוף, טוענות המבקשות כי בית המשפט קמא טעה משקבע כי אין לסעיף 15(1) תוקף ביחסים של משתמשים ישראלים בפייסבוק עם פייסבוק ארה"ב.

טענותיו של המשיב

11. לטענת המשיב סעיף 15(1) לתנאי השימוש מגביל את זכותם של המשתמשים בפייסבוק לפנות לערכאות ולפיכך נוגד את הוראות סעיף 5(א) לחוק החוזים האחידים. בנוסף על כך טוען המשיב כי סעיף 15(1) מתנה על הוראות הדין בנוגע לקביעת מקום שיפוט ומונע ממנו להעלות טענות מסוימות. על כן סבור המשיב כי חלות על סעיף זה חזקות הקיפוח הקבועות בסעיפים 4(8) ו-4(9) לחוק החוזים האחידים. לטענת המשיב, חזקות אלו לא נסתרו בענייננו ולפיכך בדין קבע בית המשפט קמא כי יש לבטל את סעיף 15(1) לתנאי השימוש. עוד גורס המשיב כי סעיף 15(1) מרתיע בפועל מפני נקיטה בהליכים משפטיים נגד המבקשות ולפיכך היה נפסל גם אם היה נבחן בהתאם להלכה שנפסקה בעניין מפעל הפיס. המשיב מוסיף וטוען כי ניתן לבטל את סעיף 15(1) גם מכוח סעיף 3 לחוק החוזים האחידים. לטענתו, סכום התביעה הגבוה במקרה דנן אינו מעיד על כך שיש בידיו את האמצעים לנהל הליכים משפטיים בחו"ל, ומכל מקום, כך טוען המשיב, סכום תביעה גבוה אינו הופך תניה מקפחת לתניה שאינה מקפחת. לפיכך העובדה שסכום התביעה במקרה דנן עומד על 400 מיליון דולר אינה מצדיקה לגישתו את אכיפת סעיף 15(1) לתנאי השימוש.

12. לטענת המשיב ההלכה לפיה, ככלל, יש לכבד תניות שיפוט זר ותניות ברירת דין אינה רלבנטית במקרה דנן, שכן הלכה זו מתייחסת לחוזים מסחריים שנכרתו בין צדדים שווי כוח ואילו בענייננו מדובר בחוזה צרכני אחיד בין אנשים פרטיים ותאגידי ענק רב לאומיים. כמו כן טוען המשיב כי אין לקבל את טענת המבקשות בנוגע לנזקים שייגרמו להן אם יבוטל סעיף 15(1) לתנאי השימוש. לטענתו, המבקשות פועלות בעשרות מדינות בעולם וכפופות לרגולציה מקומית ובינלאומית. לפיכך, הן אינן יכולות לצפות כי יוכלו להתדיין במקום אחד בלבד ולהיות כפופות למערכת דינים אחת בלבד. יתר על כן, כך טוען המשיב, גם אם למבקשות יש אינטרס לגיטימי להתדיין בקליפורניה, אינטרס זה אינו שקול כנגד זכותם של מיליוני המשתמשים הישראלים בפייסבוק להתדיין במדינתם. לבסוף שב המשיב וטוען כי אין לסעיף 15(1) תוקף ביחסים שבינו ובין פייסבוק ארה"ב ומכאן שגם אם יוחלט בסופו של דבר לאכוף עליו את הוראותיו של סעיף זה לא יהיה בכך כדי להביא לדחייתה של בקשת האישור על

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

13. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי סעיף 15(1) לתנאי השימוש מתנה על הוראות הדין בנוגע לקביעת מקום שיפוט ולפיכך חלה עליו חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים. עוד סבור היועץ המשפטי לממשלה כי יש להכריע בשאלה האם חזקה זו נסתרה בענייננו על פי מבחן ההרתעה שנקבע בעניין מפעל הפיס. במסגרת מבחן זה, כך לטענת היועץ, על בית המשפט להתחשב במכלול תנאי החוזה האחיד והנסיבות האופפות אותו, ובכללן זהות הצדדים לחוזה ופערי הכוחות ביניהם. כמו כן סבור היועץ המשפטי לממשלה כי במסגרת הפעלתו של מבחן ההרתעה יש להתחשב בצורך להגן על לקוחות המתקשרים בחוזים אחידים עם תאגידים זרים ובזכותם של לקוחות כאמור להתדיין במדינתם. היועץ המשפטי לממשלה מוסיף וטוען כי יש להתחשב בכך שתאגידים המנהלים עסקים בהיקף ניכר במדינה מסוימת נוטלים על עצמם סיכון כי יידרשו לנהל התדיינות משפטית במדינה זו. עוד טוען היועץ המשפטי לממשלה כי יש ליתן משקל לעובדה שתניית השיפוט הזר בענייננו היא תניה חד צדדית המחייבת את המשתמשים בפייסבוק להתדיין בקליפורניה בעוד שהמבקשות רשאיות לנקוט נגדם בהליכים משפטיים בכל מקום שיחפצו. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, התחשבות במכלול הנסיבות האמורות מוליכה אל המסקנה כי תניית השיפוט הזר הקבועה בסעיף 15(1) לתנאי השימוש, עלולה להרתיע משתמשים בפייסבוק מלנקוט בהליכים משפטיים נגד המבקשות ומכאן שחזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים לא נסתרה בענייננו.

14. היועץ המשפטי לממשלה מוסיף וטוען כי אין בעובדה שמדובר בהליך לאישור תובענה ייצוגית על סך 400 מיליון דולר, כדי לשנות מן המסקנה האמורה. זאת, כך נטען, משום שאין בסכום התביעה שהמשיב מבקש לנהל או בסוג ההליך שבו נקט כדי ללמד על כך שהוא אינו מורתע מתניית השיפוט הזר או כי יש באפשרותו להתדיין עם המבקשות בקליפורניה. כמו כן טוען היועץ המשפטי לממשלה כי העובדה שהמבקשות אינן גובות תשלום עבור השימוש בפייסבוק אינה הופכת את תניית השיפוט הזר להוגנת. זאת, בין היתר, משום שהמבקשות מרוויחות מהשימוש בפייסבוק. כמו כן סבור היועץ המשפטי לממשלה כי תניית השיפוט הזר מעניקה למבקשות יתרון בלתי הוגן ולפיכך מדובר בתנאי מקפח גם על פי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים. יתר על כן היועץ המשפטי לממשלה סבור כי יש רגליים לטענה שתניה זו נוגדת את הוראת סעיף 5(א) לחוק החוזים האחידים.

15. באשר לתניית ברירת הדין הקבועה בסעיף 15(1) לתנאי השימוש, מציין היועץ המשפטי לממשלה כי לא הוצגו ראיות לכך שהיא מונעת מהמשיב להעלות טענות נגד המבקשות. עם זאת סבור היועץ המשפטי לממשלה שבדומה לתניית השיפוט הזר, גם תניית ברירת הדין מעניקה למבקשות יתרון בלתי הוגן ועלולה להרתיע משתמשים בפייסבוק מלנקוט נגדן בהליכים משפטיים. לפיכך סבור היועץ המשפטי לממשלה כי מדובר בתניה מקפחת כאמור בסעיף 3 לחוק החוזים האחידים. עוד טוען היועץ המשפטי לממשלה כי חברה המנהלת עסקים בהיקף ניכר במדינה מסוימת צריכה להיות ערוכה להתדיין על פי הדינים של אותה מדינה. היועץ המשפטי לממשלה מוסיף וטוען כי ההלכות שעליהן מסתמכות המבקשות ולפיהן ככלל יש לכבד תניות שיפוט זר ותניות ברירת דין אינן רלבנטיות לענייננו וכי צדק בית המשפט קמא בקבעו שיש להבחין בהקשר זה בין חוזים מסחריים שהצדדים להם הינם שווי כוח ובין חוזים צרכניים שבהם קיים פער כוחות בין הצדדים המתקשרים. חיזוק לכך מוצא היועץ המשפטי לממשלה בהחלטה להחריג חוזי צרכנות מהסדרים בינלאומיים שונים בנוגע לתניות מקום שיפוט וברירת דין.

דיון והכרעה

16. עיינו בטענות שהעלו הצדדים בכתב ובעל פה, ודומה כי לא יכול להיות חולק על כך שהמקרה דנן מעורר סוגיות בעלות חשיבות המצדיקות מתן רשות ערעור. למעשה, הדיון שהתקיים בפנינו אף משקף הנחת מוצא זו והטיעונים שנשמעו במהלכו היו טיעונים לגופן של הסוגיות שהועלו בבקשה. עם זאת, משלא ניתנה במהלך הדיון החלטה פורמאלית בדבר מתן רשות ערעור, אנו מורים למען הסדר הטוב על מתן רשות ערעור ועל כך שהבקשה תידון כאילו הוגש ערעור על פי הרשות שניתנה.

17. ההחלטה נושא הערעור ניתנה על ידי בית המשפט קמא בבקשה שהגישו המבקשות לסילוק בקשת האישור על הסף. ככלל, וכך פסקנו לא אחת, אין לפצל את הדיון בבקשה לאישור תובענה ייצוגית, שהיא עצמה הליך מקדמי, ולקיים דיון בהליך מקדמי נוסף, דוגמת בקשה לסילוק על הסף. זאת להוציא מקרים חריגים אשר בהם יש אפשרות לא מבוטלת שהבקשה לאישור תסתיים בלא כלום בשל טענת הגנה שניתן היה להכריע בה בנקל כבר בפתח הדיון בה (ראו: רע"א 2022/07 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' אר-און השקעות בע"מ, פסקה 6 (13.8.2007); ע"א 6887/03 רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות עובדים, פסקה 5 (20.7.2010); רע"א 5154/08 קוטט פורר גבאי את קסירר רו"ח נ' קדמי, פסקה 5 (2.4.2009); רע"א 5653/16

סרגון נטוורקס בע"מ נ' חזן, בפסקה 7 (13.10.2016). במקרה דנן, סבר בית המשפט קמא כי עניין לנו באחד מאותם מקרים חריגים המצדיקים דיון בבקשה לסילוק על הסף ועל כן בחר לפצל את הדיון ולדון בטענות הסף תחילה (סעיף 9 להחלטה). אך בסופו של דבר, הגיע למסקנה כי יש לדחותן.

האם תנאי השימוש חלים ביחסים שבין המשיב ופייסבוק ארה"ב?

18. לטענת המשיב, גם אם ייקבע בסופו של דבר כי אין לבטל את סעיף 15(1) לתנאי השימוש לא יהיה בכך כדי להצדיק את דחייתה של בקשת האישור על הסף. זאת, כך הוא טוען, משום שסעיף 15(1) לתנאי השימוש כלל אינו חל ביחסים שבינו ובין פייסבוק ארה"ב. טענה זו נסמכת על סעיף 18(1) לתנאי השימוש המורה כי:

If you are a resident of or have your principal place of business in the US or Canada, this Statement is an agreement between you and Facebook, Inc. Otherwise, this Statement is an agreement between you and Facebook Ireland Limited. References to "us," "we," and "our" mean either Facebook, Inc. or Facebook Ireland Limited, as appropriate

לטענת המשיב, מסעיף זה עולה בבירור כי תנאי השימוש תקפים ומחייבים אך ורק במישור היחסים שבינו ובין פייסבוק אירלנד וכי הם אינם מסדירים את יחסיו עם פייסבוק ארה"ב. המבקשות טוענות מנגד כי ברור שסעיף 18(1) לתנאי השימוש לא נועד לאפשר למשתמשים בפייסבוק "לעקוף" את סעיף 15(1) לאותם תנאים ולהתדיין עמן מחוץ לקליפורניה ועל פי דיני מדינתם. לאחר ששקלתי בדבר הגעתי למסקנה כי הצדק בסוגיה זו עם המשיב.

19. הוראות סעיפים 15(1) ו-18(1) לתנאי השימוש ברורות ומדברות בעד עצמן. סעיף 15(1) לתנאי השימוש קובע כי דיני מדינת קליפורניה יחולו על כל סכסוך המתעורר בין "you" (הכוונה היא למשתמש החתום על תנאי השימוש) ו-"us", ובסעיף 18(1) מובהר באופן שאינו משתמע לשתי פנים כי המילה "us" מתייחסת לפייסבוק אירלנד בלבד במקרה שבו מקום מושבו של המשתמש מחוץ לארצות הברית או קנדה. מכאן שתנאי השימוש וסעיף 15(1) בכללם, אינם חלים ביחסים שבין פייסבוק ארה"ב למשתמשים שמושבם מחוץ למדינות אלה. ממילא לא יכולה לקום למשתמשים שמושבם מחוץ לארה"ב או לקנדה, ובהם משתמשים מישראל, עילת תביעה חוזית נגד פייסבוק ארה"ב מכוח תנאי השימוש. המבקשות טענו כי פרשנות זו

מביאה לתוצאה בלתי הגיונית ואולם כפי שציין המשיב, ייתכנו שיקולים שונים שהביאו את המבקשות לקבוע כי אין לפייסבוק ארה"ב יחסים חוזיים עם משתמשים מחוץ לארצות הברית ולקנדה ובהם: תכנוני מס ורגולציה. לפיכך, טענת המבקשות שמדובר בתוצאה בלתי הגיונית אין בה כדי לשכנע כי יש לאמץ פירוש המנוגד למשמעות המילולית-הטבעית של סעיף 18(1) לתנאי השימוש. מכל מקום, ככל שמתעורר ספק בעניין זה יש לפרש את ההוראה לרעת המבקשות כמי שניסחו אותה.

המבקשות הפנו בהקשר זה לפסק הדין שניתן בע"א 4601/02 דאדא תעשיות אלקטרוניות בע"מ נ' Bodstray Company Ltd., פ"ד נח(2) 465, 474-475 (2004) בו נקבע כי יש ליתן לתניות מקום שיפוט פרשנות רחבה וגמישה. פסק דין זה אינו מסייע למבקשות משום שהוא מדבר על חוזה מסחרי בין צדדים שווי כוח ולא על חוזה צרכני אחיד. בנוסף על כך, נוכח לשונם הברורה של תנאי השימוש בסוגיה זו, גם פרשנות רחבה וגמישה אין בה כדי להועיל למבקשות ולהוליך למסקנה שונה. המבקשות הוסיפו והפנו להחלטה ברע"א 3144/03 אלביט הדמיה רפואית בע"מ נ' Harefuah, Servicos de Saude S/C Ltda., פ"ד נז(5) 414 (2003) (להלן: עניין אלביט), שם נפסק כי יש לאכוף תניית מקום שיפוט בחוזה מסחרי שעליו חתמה חברה מסוימת על חברה אחרת הבאה בנעליה. נוכח העובדה שפייסבוק ארה"ב אינה חליפתה של פייסבוק אירלנד ולא באה בנעליה, גם בהחלטה זו אין כדי לסייע למבקשות. לבסוף הפנו המבקשות לרע"א 9542/06 ליכטנשטיין נ' איי.איי.ג'י החזקות במשכנתאות בע"מ, פסקה 13 (14.1.2010) שם נפסק כי ניתן לפרש תניית בוררות בהסכם כך שתאפשר גם למי שאינו צד לה לקחת חלק בבוררות שתיערך על פיה ולרע"א 630/06 סברילון בע"מ נ' CITRIX SYSTEMS INC, פסקה 18 (6.1.2010) שם נפסק כי יש להחיל תניית בוררות בהסכם אחד על סכסוך הנובע מהסכם אחר, משום שהסכם זה מהווה חלק מהמערך החוזי שבו נקבעה תניית הבוררות. מקרים אלו אינם דומים למקרה שבנדון ואין בהם כדי לסייע למבקשות.

המסקנה העולה מן האמור היא כי תנאי השימוש וסעיף 15(1) בכללם, חלים רק ביחסים שבין המשיב ופייסבוק אירלנד ואין להם תוקף ביחסיו של המשיב עם פייסבוק ארה"ב. לפיכך, מכאן ואילך יתייחס הדיון בשאלה האם יש לאכוף על המשיב את התניות שבסעיף זה, לפייסבוק אירלנד בלבד.

המסגרת הנורמטיבית להכרעה בבקשה לסילוק על הסף

20. התנאים שהמשתמשים בפייסבוק נדרשים להסכים להם, מהווים חוזה אחיד ועל כך אין חולק. המסגרת הנורמטיבית להכרעה בבקשת הסילוק שבפנינו היא, אפוא, חוק החוזים האחידים. חוק זה נועד "להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים" (סעיף 1 לחוק) ו"לאזן את אי-השוויון שבין הספק ללקוח" (הצעת חוק החוזים האחידים, התשמ"ב-1981, ה"ח 1556, בעמ' 28 (להלן: הצעת חוק חוזים אחידים); עוד ראו: ע"א 825/88 ארגון שחקני הכדורגל בישראל נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל, פ"ד מה(5) 89, 100 (1991) (להלן: פרשת ארגון שחקני הכדורגל); ורע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרומ הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 165-164 (1998) (להלן: עניין מילגרומ)). על מנת להגשים מטרת אלו קבע המחוקק בסעיף 5 לחוק החוזים האחידים רשימה של תנאים שאותם לא ניתן לכלול בחוזה אחיד ושאינם נכללו בו יהיו בטלים מעיקרם. כך, למשל, סעיף 5(א) לחוק החוזים האחידים קובע כי "תנאי בחוזה אחיד השולל או המגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות – בטל" (לאבחנה בין "בטל" (void) ו"ניתן לביטול" (voidable) בהקשר החוזי ראו: ע"א 5664/93 זהבה כנען נ' **United States of America**, נא(1) 114 (1997); וע"א 8163/05 הדר חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית (6.8.2007)). כמו כן, קבע המחוקק כי לבית המשפט ולבית הדין לחוזים אחידים (להלן: בית הדין) הסמכות לבטל או לשנות תנאים בחוזים אחידים, אשר יש בהם משום קיפוח לקוחות או אשר עלולים להביא לקיפוח לקוחות. הוראה זו קבועה בסעיף 3 לחוק החוזים האחידים המורה כי:

תנאי מקפח וביטול

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).

21. בנוסף על הוראות אלו קבע המחוקק בסעיף 4 לחוק, רשימה של "תנאים נפוצים בחוזים אחידים, אשר לפי מהותם ונוסחם הם... מקפחים, עד שיבוא הספק ויוכיח שאינם כאלה" (דברי ההסבר לסעיפים 3-4 להצעת חוק חוזים אחידים, עמ' 31). כך, למשל, קובעים סעיפים 4(8) ו-4(9) לחוק החוזים האחידים כי "תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסויימות בערכאות משפטיות..." ו"תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט..." ייחשבו לתנאים מקפחים בחוזה אחיד עד שיוכח אחרת.

חזקות הקיפוח שנקבעו בסעיף 4 לחוק החוזים האחידים, אין בהן כדי לייתר את מבחן הקיפוח הכללי שנקבע בסעיף 3 לחוק. על כן, השאלה האם עלה בידי ספק

לסתור את חזקות הקיפוח הקבועות בסעיף 4, תיבחן אף היא על פי אמות המידה שנקבעו בסעיף 3 (ראו: ע"א 4602/97 דדאל (אשדוד 88) בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נג(2) 577, 593 (1999) (להלן: עניין דדאל); ורדה לוסטהויז וטנה שפניץ חוזים אחידים 84 (1994) (להלן: חוזים אחידים)). ובמילים אחרות – בין אם מדובר בתנאי אשר קמה לגביו חזקת קיפוח ובין אם לאו, על בית המשפט לבחון את התנאי ולקבוע אם יש בו משום "קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות" על פי אמות המידה שנקבעו בסעיף 3 לחוק החוזים האחידים. ההבדל בין תנאי שקמה לגביו חזקת קיפוח ותנאי שלא קמה לגביו חזקה כזו נעוץ, כמובן, בנטל ההוכחה. כאשר קמה חזקת קיפוח על הספק לסתור את החזקה ולהראות כי התנאי איננו מקפח בהינתן אמות המידה הקבועות בסעיף 3, ואילו כאשר מדובר בתנאי שאינו מקים חזקת קיפוח הנטל הוא על הלקוח להוכיח את הקיפוח. הנטל הראשוני להוכיח כי תנאי מסוים בחוזה אחיד נופל לגדר אחת מחזקות הקיפוח הקבועות בסעיף 4 לחוק, מוטל אף הוא על הלקוח (ראו: לוסטהויז ושפניץ חוזים אחידים בעמ' 198).

22. חוק החוזים האחידים אינו כולל הגדרה של המושג "קיפוח" ואף אינו קובע רשימה סגורה של תנאים אשר יש בהם משום "יתרון בלתי הוגן העלול להביא לידי קיפוח". הוראות החוק יוצרות, אפוא, רקמה נורמטיבית פתוחה ואותה נדרשים בתי המשפט ובית הדין למלא תוכן על מנת שתוגשם תכליתו של חוק החוזים האחידים ועל מנת לעצב את הדין באופן המבטא תפיסה חברתית ראויה באשר ליחסים שבין ספקים ללקוחות שהתקשרו בחוזה אחיד (ראו: הצעת חוק חוזים אחידים, בעמ' 29; ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 526-527 (1992) (להלן: עניין קסטנבאום); עניין מילגרומ, בעמ' 164-165; עח"א 79/1 מפעלים לניקוי יבש קשת בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לד(3) 365, 373-375 (1980) (להלן: עניין קשת); לוסטהויז ושפניץ חוזים אחידים בעמ' 49-49); אריאל בן-נון "חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982" פירוש לחוקי החוזים כרך ד' עמ' 28-30 (גד טדסקי עורך, 1987) (להלן: חוק החוזים האחידים)). המושג "תנאי מקפח" מהווה, כך נפסק, מעין קריסטליזציה של תקנת הציבור בתחום החוזים האחידים (ע"א 1795/93 קרן הגימלאות של חברי אגד בע"מ נ' יעקב, פ"ד נא(5) 433, 468 (1997)). עוד נפסק כי מבחן ההגינות והסבירות הוא המבחן שלפיו יש להכריע בשאלה האם תנאי מסוים בחוזה אחיד הוא מקפח (עניין קסטנבאום, בעמ' 526; עניין קשת, בעמ' 374; ע"א 604/69 גרין נ' מפעל הפיס, אגודה מאוגדת כחוק, פ"ד כה(1) 401, 418 (1971) (להלן: עניין גרין); ע"א 764/76 שמעוני נ' מפעלי רכב אשדוד (מ.ל.) בע"מ, פ"ד לא(3) 113, 122 (1977); רע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון

בע"מ, פסקה 54 (11.4.2013); רע"א 2155/17 קליאוט נ' פרטנר תקשורת בע"מ, פסקה 7
 ((24.8.2017)).

מה ייחשב, אפוא, תנאי בלתי סביר או בלתי הוגן בחוזה אחיד? שאלה זו אין לה תשובה ממצה אחת, שכן מושג הקיפוח מתעצב וקורם עור וגידים ממקרה אחד למשנהו (ראו: ע"א 449/85 היועץ המשפטי לממשלה נ' גד חברה לבניין בע"מ, פ"ד מג(1) 183, 189 (1989); עניין מילגרומ, בעמ' 165). עם זאת, במהלך השנים התגבשו בפסיקה מבחני עזר שונים אשר בהם ניתן להסתייע. כך, למשל, נפסק כי סבירותו של תנאי מסוים בחוזה אחיד צריכה להיבחן בהתאם לתפיסות המוסריות והחברתיות הנוהגות בחברה חופשית בעלת משטר חוקתי וחברתי כשלנו, ובהתאם למה שנתפס כהתנהלות בלתי הוגנת בחברה הישראלית בזמן נתון (עניין קשת, בעמ' 374; ועניין קסטנבאום, בעמ' 527). עוד נפסק כי לצורך ההכרעה בשאלה האם תנאי בחוזה אחיד הוא מקפח יש להתחשב ביחסי הכוחות בין הצדדים לאותו חוזה ובאינטרסים הטיפוסיים שלהם, וכי ניתן להבחין בהקשר זה בין סוגים שונים של ספקים ולקוחות. כך, למשל, ניתן להבחין בין לקוחות צרכניים הזקוקים להגנה מוגברת ובין לקוחות מסחריים אשר פערי הכוח בינם ובין הספק קטנים יותר. כמו כן ניתן להבחין בין ספקים מונופוליסטים אשר יש לפקח על פעילותם בצורה הדוקה יותר ובין ספקים שאינם מהווים מונופול (ראו: עניין מילגרומ, בעמ' 164-165; עניין קסטנבאום, 527-526; עניין רדאל, 594-593; עניין קשת, בעמ' 371 ו-374; וכן, לוסטהויז ושפניץ חוזים אחידים, בעמ' 69-78). לבסוף נפסק כי נוכח העובדה שתכליתו של חוק החוזים האחידים היא לאזן את חוסר השוויון שבין הספק והלקוח, תנאי בחוזה אחיד המגן על האינטרסים של הספק מעבר למה שנתפס כראוי בחברה הישראלית ייחשב למקפח (עניין קסטנבאום, בעמ' 526; עניין מילגרומ, בעמ' 164-165; עניין גרין, בעמ' 418; ע"א 11081/02 דולב חברה לביטוח בע"מ נ' קדוש, פ"ד סב(2) 573, 633 (2007)).

23. חוק החוזים האחידים מורה לבית המשפט לשנות או לבטל תנאים מקפחים בחוזה אחיד ואמות המידה להתערבות על דרך של שינוי או ביטול כאמור, נקבעו בסעיף 19 לחוק החוזים האחידים הקובע:

ביטול ושינוי תנאי בבית משפט
 19. (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 העניין הנדון לפניו.

הוראה דומה מצויה בסעיף 17(א) לחוק החוזים האחידים בכל הנוגע לבית הדין.

חוק החוזים האחידים משרטט, אפוא, תהליך דו שלבי לבחינת תנאים אשר נטען לגביהם כי הנם תנאים מקפחים בחוזה אחיד: 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 לעניין זה בסעיפים 5 ו-19 לחוק, בהתאמה (ראו: עניין מילגרם, בעמ' 167-169).

24. במקרה דנן קבע בית המשפט קמא כי תניית השיפוט הזר ותניית ברירת הדין שבסעיף 15(1) לתנאי השימוש, הן תניות המקימות חזקת קיפוח לפי סעיף 4 לחוק החוזים האחידים וכי חזקות אלו לא נסתרו ומשכך דין התניות להתבטל. פייסבוק אירלנד סבורה כי מסקנה זו בטעות יסודה ובפתח טיעוניה מלינה על קביעתו העקרונית של בית המשפט קמא לפיה לצורך ההכרעה בסוגיית הקיפוח אין מקום להתחשב בנסיבות הקונקרטיות של המקרה דנן, ובעיקר בכך שעניין לנו בהליך ייצוגי אשר בו מבקש המשיב לייצג קבוצה הזכאית, לפי טענתו, לסעד המוערך על ידו בכ- 400 מיליון דולר, על כל המשמעויות הכלכליות המיטיבות העשויות לנבוע מכך עבורו.

25. ההלכה הפסוקה קובעת כי השאלה האם בפנינו תנאי מקפח אינה נבחנת מנקודת מבטו של הלקוח העומד בפני בית המשפט אלא מנקודת המבט של "לקוח אינדיווידואלי ואנונימי – העומד כביכול מאחורי מסך רולטיאני של בערות" (עניין קסטנבאום, בעמ' 526; עוד ראו: בן-נון חוק החוזים האחידים בעמ' 27-28; צבי הדר "הביקורת על תוכנם של חוזים אחידים" משפטים יב 140, 152-154 (התשמ"ב) (להלן: ביקורת על חוזים אחידים); לוסטהויז ושפניץ חוזים אחידים בעמ' 56; ואולם ראו: דברי ההסבר לסעיף 17 להצעת חוק החוזים האחידים; אריאל בן-נון "החוזים האחידים: סמכות השפיטה הכפולה" ספר זיכרון לגד טדסקי – מסות במשפט אזרחי 79, 86-89 (יצחק אנגלרד, אהרן ברק, מרדכי א' ראבילו וגבריאלה שלו עורכים, 1995) (להלן: סמכות השפיטה הכפולה); לוסטהויז ושפניץ חוזים אחידים בעמ' 181-182). על כן, הנסיבות הפרטניות של הלקוח המסוים אינן רלבנטיות לצורך ההכרעה בשאלת הקיפוח, ככל שאין בהן כדי ללמד על כלל החוזים בין ספקים ולקוחות מאותו סוג. מסקנה זו נתמכת בשוני שבין נוסחו של סעיף 3 לחוק החוזים האחידים – הקובע אמות

מידה לבחינת היותו של תנאי בחוזה אחיד מקפח – ובין נוסחו של סעיף 19(ב) – הנוגע לשלב השני של תהליך הבחינה ולתוצאות הנובעות מהיותו של התנאי מקפח. כך, בעוד שסעיף 3 מורה כי על בית המשפט להכריע בשאלת היותו של התנאי מקפח "בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות", סעיף 19(ב) מורה כי בבואו לחרוץ את גורל התנאי המקפח על בית המשפט להתחשב "במכלול תנאי החוזה ובנסיבות האחרות, וכן בנסיבות המיוחדות של הענין הנדון לפניו".

אכן, אחת ההצדקות המרכזיות להסדר הסטטוטורי שמצא את מקומו בחוק החוזים האחידים, נעוצה בהנחה שהסכמתו של הלקוח לתנאים המקפחים שנכללו בחוזה אחיד – פגומה (ראו: לוסטהויז ושפניץ חוזים אחידים בעמ' 55-56; בן-נון חוק החוזים האחידים בעמ' 4-5; הדר ביקורת על חוזים אחידים בעמ' 141-143; אוריאל פרוקצ'יה "תוקפו המחייב של חוזה אחיד כפונקציה של מבנה השוק" משפטים ט 25, 31 (התשל"ט); גבריאלה שלו "המדינה כצד לחוזה אחיד" משפטים יב 595, 597 (התשמ"ג); ע"א 285/73 לגיל טרמפולין וצידוד ספורט לישראל בע"מ נ' נחמיאס, פ"ד כט(1) 63, 83 (1974) (להלן: עניין לגיל טרמפולין)). לפיכך, 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.

מנקודת ראות זו, סוג ההליך שננקט לצורך בירור שאלת הקיפוח, אינו מעלה ואינו מוריד. ואולם, בניגוד לבית המשפט קמא, אני סבורה כי העובדה שההליך אשר בו עומדת לבירור שאלת הקיפוח הוא הליך ייצוגי נושאת משקל מסוים שיש להביאו בחשבון בעת שבוחנים את סוגיית הקיפוח על פי מבחן ההרתעה שאליו אתייחס להלן.

26. ההלכה קובעת כי לצורך ההכרעה בשאלה האם תניית מקום שיפוט בחוזה אחיד היא מקפחת, 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. כפי שנפסק בעבר, התובענה הייצוגית היא כלי דיוני רב עוצמה אשר יש בו כדי לשנות את יחסי הכוחות בין צרכנים ועוסקים (דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385, 406 (2003)). יתר על כן, 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. מטעמים אלו נראה כי ככל שהדבר נוגע למבחן ההרתעה יש מקום להבחין בין לקוחות הנוקטים בהליך ייצוגי ללקוחות הנוקטים בהליך שאינו ייצוגי. אבחנה זו מתיישבת לטעמי עם

ההלכה לפיה בבוא בית המשפט להכריע בסוגיית הקיפוח עליו לבחון, בין היתר, גם את פערי הכוחות בין הצדדים לחוזה האחיד ובענייננו יש להביא בחשבון את העובדה שהנקיטה בהליך ייצוגי מעצימה את הלקוחות, ולו בדיעבד.

כסיכום ביניים ניתן לומר, אפוא, כי 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 השלב הראשון של תהליך הבחינה הקבוע בחוק החוזים האחידים לעניין סעיפים 3 ו-4, דהיינו – לצורך ההכרעה בשאלה האם תניית מקום השיפוט ותניית ברירת הדין שבסעיף 15(1) לתנאי השימוש, מהוות תנאים מקפחים בחוזה אחיד.

האם תניית מקום השיפוט שבסעיף 15(1) לתנאי השימוש מקפחת?

27. בטרם נפנה לבחון את השאלה שהוצבה על פי אמות המידה הקבועות בסעיפים 3 ו-4 לחוק החוזים האחידים, מן הראוי לייחד מספר מילים להוראות סעיף 5(א) לחוק שכבר צוטט לעיל, הקובע כי:

“תנאי בחוזה אחיד השולל או המגביל את זכות הלקוח
לפנות לערכאות משפטיות – בטל”

בענייננו טען המשיב כי התנאי הקבוע בסעיף 15(1) לתנאי השימוש הנו תנאי מקפח כמובנו בסעיף 5(א) הנ"ל ודינו בטלות משום שהוא מגביל את זכותו כלקוח לפנות לערכאות משפטיות בישראל ומחייבו לנקוט הליכים נגד הספק בקליפורניה בלבד. היועץ המשפטי לממשלה הסתפק בהקשר זה באמירה קצרה כי ניתן לטעון כך (ראו לעניין זה: לוסטהויז ושפניץ חוזים אחידים בעמ' 416-417; עוד ראו והשוו: ת"צ (מרכז) 39292-04-13 קלינגהופר נ' Paypal Pte. Ltd פסקה 19 (31.5.2015) (להלן: עניין קלינגהופר)). אני כשלעצמי, איני משוכנעת כי סעיף 5(א) חל על הגבלת הפניה לערכאה מסוימת – למשל בקליפורניה כבענייננו – להבדיל מתניה השוללת או המגבילה באופן כללי את הזכות לפנות לערכאות משפטיות באשר הן. מכל מקום, בית המשפט קמא וכך גם הצדדים שבפנינו בחרו למקד את מירב טענותיהם בהוראות סעיפים 3 ו-4 לחוק החוזים האחידים ומשכך אלך אף אני באותו התייב ואבחן את המחלוקת שביניהם תוך התייחסות להוראות אלו.

28. פייסבוק אירלנד אינה חולקת על כך שסעיף 15(1) לתנאי השימוש הקובע כי כל סכסוך בינה ובין המשתמשים בפייסבוק הנוגע לתנאי השימוש או לפייסבוק יידון בבית משפט במדינת קליפורניה, הוא "תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט..." כמשמעות הדבר בסעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים. על כן, בפנינו תנאי המקים חזקת קיפוח. ואולם, לטענת פייסבוק אירלנד חזקה זו נסתרת במקרה דנן ולגישתה שגה בית המשפט קמא בכך שלא הכריע בסוגיה זו על פי מבחן ההרתעה שנקבע בעניין מפעל הפיס ועל פיו בלבד.

טענה זו דינה להידחות.

29. פסק הדין בעניין מפעל הפיס ניתן בשנת 2003 והשאלה שנדונה בו היא האם תנאי בחוזה אחיד לפיו יידון כל סכסוך בין הספק והלקוח בבית משפט בתל אביב, הוא תנאי מקפח. סעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים, כנוסחו באותה העת, קבע כי תנאי בחוזה אחיד "הקובע מקום שיפוט בלתי סביר, או המעניק לספק זכות לבחור על דעתו בלבד את מקום השיפוט או הבוררות שבהם יתברר סכסוך", ייחשב למקפח עד שיוכח אחרת. השאלה שעמדה בפני בית המשפט בעניין מפעל הפיס הייתה, אפוא, האם תניית מקום השיפוט הנ"ל היא בלתי סבירה ובית המשפט קבע כי תניית מקום שיפוט בחוזה אחיד תיחשב כבלתי סבירה רק אם היא פוגעת בזכות להתדיינות משפטית ומרתיעה לקוחות מלעמוד על זכויותיהם. בהחילו את מבחן ההרתעה על נסיבות אותו העניין הוסיף בית המשפט וקבע כי "התניה שבהסכם שבין המבקש לבין המשיבים אינה בלתי סבירה, שהרי לא נאמר, בשום פנים, כי הנסיעה מבאר שבע לתל אביב תרתיע בעל דין ממימוש זכויותיו" (שם, בעמ' 480).

30. כשנה לאחר שניתן פסק הדין בעניין מפעל הפיס תוקן סעיף 4(9) לחוק ונקבע בו כי כל "תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט..." בחוזה אחיד ייחשב כמקפח עד שיוכח אחרת (ראו: חוק החוזים האחידים (תיקון), התשס"ד-2004, ס"ח 1941). בדברי ההסבר לתיקון נכתב כי תניות מקום שיפוט מכבידות על הנגישות לערכאות ולפיכך "מוצע לקבוע במפורש... [כי] כל התניה על הדין הרגיל בדבר מקום שיפוט בחוזה אחיד חזקה שהיא מקפחת" (הצעת חוק החוזים האחידים (תיקון מס' 2) (תניה בדבר מקום שיפוט), התשס"ב-2002, ה"ח 3135, עמ' 661-662). בעקבות התיקון עלתה בע"א 6916/04 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (18.2.2010) (להלן: עניין בנק לאומי) טענה כי חוזה אחיד הקובע כי כל סכסוך בין בנק ללקוח יידון בבית המשפט הקרוב ביותר לסניף שבו מתנהל חשבונו של הלקוח, הוא מקפח. טענה זו נדחתה בעניין בנק לאומי ונפסק כי:

הגיונה וטעמה של הלכת רע"א 188/02 [עניין מפעל הפיס] לא נס ליחס בעקבות תיקון סעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים. המבחן לקיומו של תנאי מקפח ולהוראה שיפוטית בדבר ביטולו או שינויו איננו מבחן טכני צר, אלא קשור הוא בטבורו, כנאמר בסעיף 3 לחוק, "למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות". תנית השיפוט שבסעיף 23.2 לחוזה דנן איננה שרירותית... תניה זו הינה סבירה ולגיטימית, ואין לראות בה, בבחינת מכלול הנסיבות, משום "יתרון בלתי הוגן של הספק" או משום "קיפוח לקוחות", כמובנם בסעיף 3 לחוק החוזים האחידים. ... בנסיבות אלה, "חזקת הקיפוח" שבסעיף 4(9) לחוק, גם לאחר תיקונה בתשס"ד, נסתרה כדבעי מתוך הסבירות והלגיטימיות עליהן עמדנו לעיל, כעולה מנוסחם ומהגיונם של דברים. (שם, בפסקה 127)

31. כחודשיים לאחר מתן פסק הדין בעניין בנק לאומי, שבה והתעוררה השאלה מה דינן של תניות מקום שיפוט בחוזים אחידים לאחר תיקונו של סעיף 4(9) לחוק, הפעם במסגרת בקשת רשות ערעור "בגלגול שלישי" שהגישה חברה שהחתימה את לקוחותיה על חוזה אחיד המחייב אותם להתדיין עמה בתל אביב. השופט ע' פוגלמן דחה את בקשת רשות הערעור וקבע כי:

בבחינת תנית השיפוט בהסכם ההזמנה, יש להפריד בין שני שלבים נפרדים: בשלב הראשון יש לבחון האם היא נופלת בגדרי סעיף 4(9) לחוק, שאז חזקה שהיא מקפחת. אם נקבע כי קמה החזקה דנן, יש לבחון – בשלב השני – האם הצליח הספק לסתור אותה בנסיבות העניין. ... עיון בפסק-דינו של בית משפט זה בעניין מפעל הפיס מעלה כי מבחן ההרתעה שנקבע בו התייחס לשלב הראשון – הקמת חזקת הקיפוח לפי סעיף 4(9) לחוק כנוסחו אז. עוד עולה מפסק הדין בעניין מפעל הפיס, כי בשלב השני שבו בוחנים את התניה על יסוד הוראות סעיף 3 לחוק, קיימים שיקולים נוספים שאותם יש להביא בחשבון. זאת ניתן ללמוד גם מלשון סעיף 3 אשר קובע במפורש כי יש לשים לב "למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות" בעת בחינת השאלה האם יש בתניה מסוימת משום קיפוח הלקוח. כאמור, בעניין בנק לאומי, נפסק כי "לא נס ליחה" של הלכת מפעל הפיס ... מכאן, שבשלב השני, שבו בוחן בית משפט אם נסתרת חזקת הקיפוח ביחס לתנית שיפוט ספציפית, ייקח הוא בחשבון את שיקול ההרתעה מפני מימוש זכויות. לשון אחר, ככל שיצליח הספק להראות כי אין בתנית השיפוט כדי להרתיע את הלקוח מעמידה על זכויותיו המשפטיות, כן ייטה בית המשפט לקבוע כי התניה אינה מקפחת בנסיבות העניין. עם זאת, בכך לא מתמצה הבדיקה. כאמור בסעיף 3 לחוק, יש לבחון את התניה

”בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות”,
 כאשר בשל החזקה האמורה, נטל ההוכחה להראות כי
 התניה אינה מקפחת מוטל על כתפי הספק. (רע”א
 1108/10 מאיר חברה למכונות ומשאיות בע”מ נ’ ברפי,
 בפסקאות 7-6 (7.4.2010))

עמדה זו מקובלת עלי. אכן, מבחן ההרתעה שנקבע בעניין מפעל הפיס הוא בעל חשיבות בבואנו לבחון את השאלה האם עלה בידי הספק לסתור את חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים. ואולם, אין זה המבחן הבלעדי ואף לא המכריע ועל בית המשפט ליתן דעתו בכל מקרה ומקרה ”למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות” בטרם יקבע אם עלה בידי הספק לסתור את החזקה.

32. במקרה דנן טוענת פייסבוק אירלנד כי תניית השיפוט הזר שבסעיף 15(1) לתנאי השימוש אינה מרתיעה את המשיב מלנקוט נגדה הליך ייצוגי בקליפורניה. לטענתה, המשיב אף אישר בחקירתו כי לנוכח היקף הסעד המבוקש יש הצדקה כלכלית להגשת ההליך בקליפורניה. טענה זו דינה להידחות. אף שניתן לקבל את טענתה של פייסבוק אירלנד כי הרתיעה מנקיטה בהליכים משפטיים בשל תניית מקום שיפוט, קטנה יותר כאשר מדובר בהליך ייצוגי, העובדה שהמשיב נקט בהליך ייצוגי אינה משמיעה מניה וביה כי הוא ועורכי הדין המייצגים אותו לא היו נרתעים מלנקוט בהליך ייצוגי נגדה אילו היו מחויבים להגישו בקליפורניה. הדעת נותנת כי גם תובע ייצוגי יירתע מלנהל הליך משפטי בחו”ל בשל המשאבים הכספיים והאחרים הכרוכים בכך. ולראיה לא עלה בידי פייסבוק אירלנד להציג ולו מקרה אחד של ישראלי אשר נקט בהליך ייצוגי מחוץ לגבולות המדינה. ואולם, גם אם אניח לטובתה של פייסבוק אירלנד כי תניית מקום השיפוט אינה מרתיעה ישראלים מלנקוט נגדה בהליכים ייצוגיים בקליפורניה עדיין לא יהיה בכך כדי להועיל לה. זאת מפני שבחינת תניית מקום השיפוט על רקע מכלול תנאי החוזה והנסיבות החיצוניות להם מלמדת כי לא עלה בידיה של פייסבוק אירלנד לסתור את חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים.

33. כאשר לתנאי השימוש טוענת פייסבוק אירלנד כי ”לאחר שהמשיב נהנה מיתרונות השירות החינמי של פייסבוק, אין לאפשר לו עתה לטעון, שאותם התנאים, שמכוחם הוא נהנה כאמור, הינם כביכול בלתי אכיפים” (סעיף 59.1 לבקשות רשות הערעור). בית המשפט קמא דחה טענה זו וקבע כי העובדה שפייסבוק אירלנד מספקת שירותים בחינם אינה מקנה לה חסינות מפני תביעה בישראל. במסקנה זו לא מצאתי מקום להתערב. אמנם, ייתכנו מקרים שבהם תנאי בחוזה אחיד המרע עם הלקוחות ייחשב כמקפח בפני עצמו וכסביר על רקע ”מכלול תנאי החוזה”. כך יהיה כאשר החוזה

האחיד מכיל תנאים אשר יש בהם כדי "לאזן" את התנאי המרע ולפצות את הלקוחות על הסיכון שהוא מטיל עליהם (ראו: עניין קשת, בעמ' 375; לוסטהויז ושפניץ חוזים אחידים בעמ' 67-69; בן-נון חוק החוזים האחידים בעמ' 30-33). עם זאת, לא זה המקרה בענייננו. פייסבוק אירלנד לא הוכיחה כי יכולתה להעניק למשתמשים בפייסבוק שירותים בחינם, תלויה בכך שלא תידרש להתדיין מחוץ לקליפורניה. משמעות הדבר היא כי לא מדובר במצב שבו הספק מרע עם הלקוח במקום אחד על מנת שיוכל להטיב עמו במקום אחר, אלא בהרעת תנאים שכל מטרתה היא להטיב עם הספק ולהגן על האינטרסים שלו מעבר לנדרש. יתר על כן, גם אם נניח כי האפשרות להשתמש בפייסבוק בחינם תלויה בכך שהמשתמשים ברשת חברתית זו יתדיינו עם פייסבוק אירלנד אך ורק בקליפורניה, אין מקום לקבוע כי הטבה זו מפצה על הסיכון שהמשתמשים בפייסבוק נוטלים על עצמם בהסכימם לתניית השיפוט הזר. הטעם לכך הוא שחוסר האפשרות לנקוט בהליכים משפטיים נגד המבקשות בארץ מציב את המשתמש הישראלי בפייסבוק בסיכון שלא יוכל לזכות בסעד במקרה שיפגע מהן. פשיטא כי אין בתועלת שמניבה האפשרות להשתמש בפייסבוק בחינם כדי לפצות על סיכון כה חמור (ראו והשוו: ע"א 285/73 לגיל טרמפולין וציווד ספורט לישראל בע"מ נ' נחמיאס, פ"ד כט(1) 63, 83 (1974)). מן האמור עולה כי אין קשר רציונאלי או יחס מידתי בין תנית השיפוט הזר ובין האפשרות להשתמש בפייסבוק מבלי לשלם. מכלול תנאי החוזה שבנדון אף הם אין בהם, אפוא, כדי לסתור את החזקה כי מדובר בתניה מקפחת.

34. מכאן יש לעבור לבחון האם מתקיימות בענייננו "נסיבות אחרות" – חיצוניות לתנאי השימוש – אשר יש בכוחן לסתור את חזקת הקיפוח. פייסבוק אירלנד טענה בהקשר זה כי נוכח העובדה שהיא מספקת שירותים למיליארדי אנשים ברחבי העולם אין ביכולתה להתדיין עם כל אחד ואחד מלקוחותיה במדינתו ולפיכך, פסילתה של תניית השיפוט הזר תפגע קשות בפעילותה. טענה זו לא נתמכה בראיות כלשהן ודי בכך על מנת לדחותה. בנוסף על כך, טענה זו אינה מתיישבת עם העובדה שפייסבוק אירלנד פוטרת חלק מהמשתמשים בפייסבוק מתניית השיפוט הזר. כך, בסעיף 16(3) לתנאי השימוש נכתב: Certain specific terms that apply only for German users are available here, כאשר המילה "here" היא קישור שלחיצה עליו מובילה למסמך שכותרתו: Für Nutzer mit Wohnsitz in Deutschland (בתרגום לעברית: עבור משתמשים שמשכנם הקבוע בגרמניה). סעיף 5 למסמך המדובר מורה כי: Ziffer 15.1 wird ersetzt durch: Diese Erklärung unterliegt deutschem Recht (ועברית: במקום סעיף 15(1) יבוא: הצהרה זו כפופה לדין הגרמני). משמעות הדברים היא כי פייסבוק אירלנד מאפשרת לתושבי גרמניה לתבוע אותה במדינתם ועל פי דיני

גרמניה. בנסיבות אלו הטענה כי יש להבחין בהקשר זה בין משתמשים תושבי גרמניה ומשתמשים תושבי ישראל היא מוקשית ואין לקבלה.

35. יתר על כן, גם אם נצא מנקודת הנחה שיש לפייסבוק אירלנד אינטרס לגיטימי לרכז את כל התביעות נגדה במקום אחד, היא לא הבהירה מדוע יש להעדיף אינטרס זה על פני האינטרס של המשתמשים הישראלים בפייסבוק להתדיין בארץ. שהרי, בניגוד לפייסבוק אירלנד, למרבית המשתמשים בפייסבוק אין את האמצעים ואת הידע לנהל התדיינות משפטית בקליפורניה ומכאן שהעדפת האינטרסים של פייסבוק אירלנד בהקשר זה יוצרת מצב בלתי מאוזן. העובדה שלפייסבוק אירלנד יש לקוחות רבים בארץ (4.5 מיליון משתמשים) נושאת אף היא משקל בהקשר זה. זאת משום שבניגוד לספק שהיקף עסקיו בישראל קטן, מותר להניח כי פעילותה העסקית של פייסבוק אירלנד בישראל לא תהפוך לבלתי משתלמת אם תיאלץ להתדיין כאן ומכל מקום היא לא הוכיחה אחרת. לפיכך האינטרס של ספקים דוגמת פייסבוק אירלנד להתדיין בחו"ל ראוי להגנה מופחתת, בשל ההיקף הנרחב של עסקיה בישראל.

36. פייסבוק אירלנד הוסיפה וטענה כי יש להתחשב בכך שבתי המשפט בארצות הברית אוכפים ללא יוצא מן הכלל את תניית השיפוט הזר שבסעיף 15(1) לתנאי השימוש. אף שאין בפסקי דין של ערכאות זרות כדי לחייב את בתי המשפט בישראל, מקובל עלי כי העובדה שתניה מסוימת בחוזה אחיד נאכפת במדינות רבות בעולם עשויה להעיד על כך שלא מדובר בתניה מקפחת. אך לא זה המקרה בענייננו. בתי המשפט בארצות הברית אכפו אמנם עד כה באופן גורף את תניית השיפוט הזר שבסעיף 15(1) לתנאי השימוש (ראו: *Fteja v. Facebook, Inc.*, 841 F. Supp. 2d 829 (S.D.N.Y. 2012); *Franklin v. Facebook, Inc.*, No. 1:15-CV-00655-LMM, 2015 WL 7755670, at *2 (N.D. Ga. Nov. 24, 2015); *E.K.D. ex rel. Dawes v. Facebook, Inc.*, 885 F. Supp. 2d 894 (S.D. Ill. 2012); *Miller v. Facebook, Inc.*, No. 1:09-CV-2810-RLV, 2010 WL 9525523, at *1 (N.D. Ga. Jan. 15, 2010). עם זאת, בקנדה ובצרפת נפסק כי אין לאוכפה בשל היותה מקפחת (ראו: *Facebook, Inc. c/ Durand-Baïssas*, Cour Douez v. Facebook, Inc., 2017 SCC 33; *Frédéric X. c/ d'Appel De Paris, Pôle 2 - Chambre 2*, arrêt du 12 février 2016; *Facebook, Inc.*, Tribunal de Grande Instance de Paris, 4ème Chambre - 2ème Section, ordonnance du juge de la mise en état du 5 mars 2015), וגם באוסטריה התירו בתי המשפט לנהל הליכים משפטיים נגד המבקשות בתחומי המדינה (ראו: *Landgericht Wien* 30.06.2015, 3; *Oberlandesgericht Wien* 09.10.2015, 11 R 146/15v; *Cg 52/14k-29*).

37. בנוסף על כך, ואף שמדובר בהליך ייצוגי, לא ניתן להתעלם בהקשר זה מפערי הכוחות העצומים בין פייסבוק אירלנד והמשתמשים הישראליים בפייסבוק. פייסבוק אירלנד היא חברת ענק זרה הפועלת במספר רב של מדינות בעולם ועובדה זו מקשה על משתמשים ישראלים בפייסבוק לתבוע אותה. לפייסבוק אירלנד אין תמריץ של ממש להתחשב בזכויות ובאינטרסים של הצרכן הישראלי ומסיבה זו עמדת המיקוח של הצרכן הישראלי אל מול פייסבוק אירלנד היא גרועה במיוחד. מאפיינים אלו של ההתקשרות בין פייסבוק אירלנד והמשתמשים הישראליים בפייסבוק מצדיקים קיומו של פיקוח הדוק על פעילותה והחלת סטנדרט ביקורת מחמיר עליה. הדברים מקבלים משנה תוקף לנוכח העלייה הדרמטית בהיקף המסחר עם תאגידיים זרים באמצעות האינטרנט בשנים האחרונות (ראו: אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט עמ' 513-533 (2002)).

38. לבסוף יש לדחות את טענת פייסבוק אירלנד כי חלה בענייננו ההלכה לפיה ככלל יש לכבד תניות שיפוט זר. כפי שציין בית המשפט קמא, הלכה זו מתייחסת לתניות שיפוט זר בחוזים מסחריים בין צדדים שווי כוח ולפיכך אינה רלבנטית למקרה שבנדון (ראו, למשל: עניין אלביט). ההחלטה שניתנה ברע"א 1992/12 דפני נ' קלאב מדיטרנה (3.5.2012) ופסק הדין שניתן בע"א 5666/94 סנקרי נ' Julius Blum G.M.B.H., פ"ד נ(4) 73 (1996) אין בהם כדי לשנות ממסקנה זו. זאת משום שבמקרה הראשון לא נפסקה כל הלכה ואילו במקרה השני דובר על חוזה שהיה אחיד רק בחלקו בין צדדים מסחריים שווי כוח.

39. המסקנה מכל האמור לעיל היא כי לא עלה בידי פייסבוק אירלנד לסתור את חזקת הקיפוח החלה על תניית השיפוט הזר שבסעיף 15(1) לתנאי השימוש ומשכך נותרנו עם הקביעה כי תניה זו היא תניה מקפחת.

תוצאות הקיפוח

40. מה נפקותה של הקביעה כי תניית השיפוט הזר שבסעיף 15(1) לתנאי השימוש היא מקפחת? כמפורט לעיל, סעיף 19 לחוק החוזים האחידים מסמיך את בית המשפט לשנות או לבטל תנאים מקפחים בחוזה אחיד. החוק מוסיף וקובע עם זאת כי התערבותו של בית המשפט בתנאי החוזה האחיד שנמצאו מקפחים צריכה להיות מתונה ככל האפשר ורק "במידה הנדרשת כדי לבטל את הקיפוח" (סעיפים 17(א) ו-19(א) לחוק החוזים האחידים). לפיכך, אין הכרח לבטל תנאי מקפח בחוזה אחיד אם ניתן להסיר את הקיפוח הטמון בו על ידי שינויו (ראו: דברי ההסבר לסעיף 15 להצעת

חוק חוזים אחידים; בן-נון חוק החוזים האחידים, עמ' 89-90; לוסטהויז ושפניץ חוזים אחידים, בעמ' 174). על מנת שבית המשפט יעשה שימוש בסמכותו לשנות תנאים מקפחים בחוזה אחיד יש להציג תשתית עובדתית המאפשרת זאת (ראו: עניין מילגרומ בעמ' 168-169). תנאי נוסף לשימוש בסמכות השינוי הוא שניתן להסיר באמצעותה את הקיפוח מבלי לכתוב חוזה חדש בין הצדדים (ראו: לוסטהויז ושפניץ חוזים אחידים, בעמ' 174-175). תנאים אלו אינם מתקיימים בענייננו ולפיכך אין מנוס מלהורות על ביטולה של תניית השיפוט הזר שבסעיף 15(1) בתנאי השימוש.

האם תניית ברירת הדין שבסעיף 15(1) מקפחת?

41. תניית ברירת הדין שבסעיף 15(1) לתנאי השימוש קובעת כי כל סכסוך בין פייסבוק אירלנד והמשתמשים בפייסבוק בנוגע לתנאי השימוש או לפייסבוק יוכרע על פי דיני מדינת קליפורניה וזו לשונה:

... 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

פייסבוק אירלנד לא טענה "ברחל בתך הקטנה" בהליך דנן כי יש להחיל עליו את דיני הפרוצדורה של מדינת קליפורניה ומיקדה את טענותיה בהקשר זה בדין המהותי בלבד (ראו והשוו בהקשר זה: ת"צ (ת"א) 58064-12-12 כהן נ' Facebook inc (5.5.2016); ה"פ (י-ם) 12816-08-13 וייל נ' Facebook inc (3.12.2014)). 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 (ראו: עניין מילגרומ, בעמ' 159-160).

42. בית המשפט קמא קבע כי תניית ברירת הדין שבסעיף 15(1) לתנאי השימוש היא "תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסויימות בערכאות משפטיות..." כאמור בסעיף 4(8) לחוק החוזים. על כן קמה לגביה חזקת קיפוח ובית המשפט הוסיף וקבע כי חזקה זו לא נסתרה.

פייסבוק אירלנד סבורה כי קביעה זו בטעות יסודה ונראה כי הצדק עמה. הנטל להוכיח כי תנאי מסוים בחוזה אחיד בא בגדר אחת מחזקות הקיפוח הקבועות בסעיף 4 לחוק, מוטל על הלקוח (ראו: לוסטהויז ושפניץ חוזים אחידים בעמ' 198) ובענייננו על

המשיב. במקרה דנן לא הוצגו ראיות לכך שהכרעה בבקשת האישור על פי דיני מדינת קליפורניה תשלול מהמשיב את האפשרות להעלות טענות מסוימות. משכך לא הוכחה על ידו תחולתה של חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים והנטל להוכיח שתניית ברירת הדין היא תניה מקפחת, נותר לפתחו.

האם עלה בידי המשיב להרים נטל זה? לטעמי יש להשיב על שאלה זו בשלילה.

43. 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. זאת, להבדיל ממקרים דוגמת זה שנדון בעניין קלינגהופר שם קבע החוזה האחיד כי על התביעה להיות מוכרעת על פי דיני סינגפור. 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.

המסקנה העולה מן האמור היא כי בנסיבות המקרה דנן אין לראות בתניית ברירת הדין שבסעיף 15(1) לתנאי השימוש תניה מקפחת ואין מקום להתערב בה.

44. סיכומם של דברים: ככל שהדבר נוגע לפייסבוק אירלנד שביחסים בינה ובין המשיב חלים תנאי השימוש, אני סבורה כי יש לקבוע שתניית השיפוט הזר היא תניה מקפחת וכי בדין ביטל אותה בית המשפט קמא. לעומת זאת, לא הוכח כי תניית ברירת הדין הקבועה באותם תנאים מקפחת. משכך, יש לברר בישראל את בקשת האישור ככל שהיא נוגעת לפייסבוק אירלנד, על פי הדין המהותי של מדינת קליפורניה. באשר

לפייסבוק ארה"ב – משנקבע כי תנאי השימוש אינם חלים ביחסים בינה ובין המשיב, יש לברר את בקשת האישור לגביה בישראל ועל פי דיני ישראל.

המבקשות טענו בהקשר זה כי המסקנה לפיה תנאי השימוש אינם חלים ביחסים שבין המשיב לפייסבוק ארה"ב עלולה להוליך לפיצול בלתי רצוי של הדיון בבקשת האישור. נוכח התוצאה שאליה הגעתי אכן נוצר פיצול בלתי רצוי כזה בכל הנוגע לדיון החל על כל אחת מהמשיבות בבקשת האישור (המבקשות שבפנינו). אך עובדה זו לבדה אין בה כדי לשלול את האפשרות לברר את הטענות נגדן במסגרת אותו ההליך. כמו כן, וככל שהדבר נוגע לפייסבוק אירלנד, יהיה על המשיב לתקן את בקשת האישור ולסמוך אותה על הדיון המהותי בקליפורניה, בהינתן המסקנה שאליה הגעתי ולפיה זהו הדיון החל ביחסים שבינו ובין פייסבוק אירלנד.

סוף דבר

45. מטעמים אלו כולם אציע לחבריי לקבל את הערעור בחלקו במובן זה שייקבע כי תנאי השימוש לא חלים ביחסים שבין המשיב לפייסבוק ארה"ב וכן תבוטל קביעתו של בית המשפט קמא כי דין תניית ברירת הדיון שבסעיף 15(1) לתנאי השימוש – החלה ביחסים שבין המשיב לפייסבוק אירלנד – מבוטלת.

בנסיבות העניין ולנוכח התוצאה שאליה הגעתי אוסיף ואציע לחבריי שלא ייעשה צו להוצאות.

ה נ ש י א ה

השופטת ע' ברון:

אני מצרפת את דעתי לחוות דעתה של חברתי הנשיאה א' חיות, לתוצאה שאליה הגיעה ומנימוקיה.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

אני מצטרף בהסכמה לפסק דינה המקיף של חברתי הנשיאה, א' חיות, ולנימוקיה. עם זאת הנני מרשה לעצמי להוסיף הסתייגות מסוימת בשני עניינים:

(א) ביחס לפרשנות סעיף 5(א) לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן: חוק החוזים האחידים), הקורא כך:

"תנאי בחוזה אחיד השולל או המגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות – בטל"
(ההדגשות שלי – ח"מ).

לשיטתי, תנאי בחוזה אחיד מהסוג שבפנינו, המכביד באופן בלתי סביר על לקוח כדי כך שאיננו מאפשר לו לפנות לשום ערכאה משפטית בישראל (וזאת מכוח תניית שיפוט המפנה סכסוכים באופן בלעדי לבית משפט בקליפורניה) – יש לראותו כמגביל את זכות הלקוח במשמעות סעיף 5(א) הנ"ל. זאת אני למד הן מההקבלה לתנאי השולל לחלוטין את הזכות לפנות לערכאות משפטיות באשר הן, הנזכר בסעיף 5(א) הנ"ל, וגם ממה שניתן ללמוד מהחזקות הקבועות בסעיפים 4(9) ו-4(10) לחוק החוזים האחידים (הניתנות לסתירה).

הנה כי כן שתי החלופות האמורות – אסורות הן ובטלות, שהרי בהתקיימן נפגעת זכות הגישה החוקתית לערכאות (עיינו: יורם רבין, "זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית" 212-213 (1998)).

(ב) ביחס לתניית ברירת הדין הקבועה בסעיף 15(1) לתנאי השימוש – לתפיסתי, יש ליתן לה תוקף בנסיבות, כמוצע על-ידי חברתי הנשיאה, ובלבד שלא יעשה בתנייה האמורה שימוש כדי "לעקוף" בעזרתה הוראות קוגנטיות שבדין הישראלי (למשל בדיני הגנת הצרכן ועוד).

המשנה לנשיאה

הוחלט כאמור בפסק דינה של הנשיאה א' חיות.

ניתן היום, י"ז בסיון התשע"ח (31.5.2018).

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה