



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 41409-03-21 גרנות נ' Google LLC ואח'

תיק חיצוני:

מספר בקשה: 24

לפני כבוד השופט אבי סתיו

המבקש:

יניב גרנות

נגד

המשיבות:

1. Google LLC
2. WhatsApp LLC

בשם המבקש:

עו"ד שאול ציוני; עו"ד חן נאמן; עו"ד רעות זייטלבך

בשם המשיבה 2:

עו"ד יוסי אשכנזי; עו"ד שי כגן; עו"ד פני דואק

החלטה

לפניי בקשה לכפירה בסמכות לפי תקנה 168 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 ("תקנות סדר הדין האזרחי"), מטעם המשיבה 2 ("המשיבה").

רקע

1. המשיבה היא תאגיד אמריקאי, המאוגד לפי דיני מדינת דלאוור ומקום מושבו בקליפורניה, והיא מפעילה את אפליקציית המסרים הפופולארית הידועה בכינוי "וואטסאפ" (WhatsApp). בשנת 2014 נרכשה המשיבה על ידי חברת "Meta Platforms, Inc" (שאז נקראה "Facebook, Inc"), המפעילה את הרשת החברתית Facebook ("פייסבוק"). המבקש הוא אזרח ותושב ישראל, העושה שימוש באפליקציה.

2. על פי הנטען בבקשת האישור, לאורך השנים המשיבה יצרה מצגים ברורים וחד משמעיים לפיהם היא שומרת על פרטיות המשתמשים, והודעותיהם מוצפנות "מקצה לקצה", כך שאף צד שלישי, לרבות המשיבה, לא יכול לקרוא אותן או להאזין להן. מאוקטובר 2015 החלה המשיבה להציע ללקוחותיה המשתמשים במערכת ההפעלה "אנדרואיד" שירות גיבוי של התוכן של האפליקציה, לרבות הודעות, תמונות, קבצי מדיה וכדומה, באמצעות שירותי ה"ענן" של המשיבה 1 ("גוגל").



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 41409-03-21 גרנות נ' Google LLC ואח'

תיק חיצוני:

3. על פי הנטען בבקשת האישור, בשנת 2020 הוגשה בארצות הברית תביעה נגד גוגל על ידי מספר מדינות בטענה שהיא הפרה את הפרטיות של המשתמשים בשירותיה, בין היתר בכך שבמסגרת "הסכם סודי" בין גוגל לפייסבוק (לאחר שזו רכשה את המשיבה), ניתנה לגוגל גישה לתוכן של המשתמשים באפליקציית וואטסאפ המגובה בשרתי גוגל. זאת, מבלי ליידע על כך את המשתמשים, וממילא מבלי לקבל את הסכמתם.

4. על פי הנטען בבקשת האישור, ביום 19.3.2021, ימים מספר לאחר הגשת כתב תביעה מתוקן במסגרת ההליך האמור, פרסמה המשיבה עדכון לתנאי השירות ומדיניות הפרטיות שלה, שכלל גם שינוי ביחס לגישה למידע המגובה בשרתי צד שלישי (כגון גוגל). כלומר, עד עדכון זה לא התירו תנאי השימוש של המשיבה את הגישה של גוגל לתוכן המגובה, והמשתמשים לא ידעו על כך שיש לגוגל גישה כאמור.

5. ביום 18.3.2021 הגיש המבקש את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית הנוכחית נגד גוגל והמשיבה. הבקשה הוגשה בשם כל מי שהוא אזרח או תושב ישראל שבבעלותו מכשיר שמותקנת בו מערכת ההפעלה אנדרואיד, והוא משתמש בו באפליקציית וואטסאפ וגיבה את התוכן של האפליקציה בשירותי "גוגל דרייב" בשבע השנים האחרונות. עלות התביעה הנטענות הן פגיעה בפרטיות לפי סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; הפרת חוזה; עשיית עושר ולא במשפט; הפרת חובת אמון; הפרת חובת תום הלב; רשלנות; וניצול לרעה של מעמדה של המשיבה כמונופול. בקשת האישור תוקנה פעמיים: פעם אחת לפי בקשה שהוגשה מספר ימים לאחר הגשת בקשת האישור, ופעם שנייה מאוחר יותר.

6. ביום 14.5.2021 הגיש המבקש בקשה לקביעת דרך ביצוע ההמצאה למשיבה מחוץ לתחום. בבקשה נטען לעילות המצאה לפי תקנות 166(4), (4א), (5), (6), (9) ו-10 לתקנות סדר הדין האזרחי. בית המשפט הורה על דרך ביצוע ההמצאה וההמצאה בוצעה. ביום 19.12.2021 הגישה המשיבה בקשה לכפירה בסמכות לפי תקנה 168 לתקנות סדר הדין האזרחי. ביום 19.1.2022 הגיש המבקש בקשה שנייה לתיקון בקשת האישור. בית המשפט נעתר לבקשה. ביום 7.5.2022 קבע כבי' השופט גיא שני (בסמכותו כרשם) כי נדרשת המצאה חדשה של בקשת האישור המתוקנת. ההמצאה בוצעה ולאחריה הגישה המשיבה את הבקשה הנוכחית לכפירה בסמכות.

הבקשה לכפירה בסמכות

7. במסגרת הבקשה לכפירה בסמכות מתבקש בית המשפט לקבוע כי הוא לא רכש סמכות לדון בבקשת האישור משתי סיבות עיקריות: האחת, כי המבקש לא הראה, ולו לכאורה, עילת תביעה טובה נגד המשיבה; והשנייה, כי ישראל אינה פרום נאות לדון בהליך.

8. הטענה להעדר עילת תביעה טובה נשענת על כך שבקשת האישור מתבססת אך ורק על הדין הישראלי, בעוד שלפי תנאי השימוש של המשיבה הדין החל הוא דין מדינת קליפורניה. לטענת



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 41409-03-21 גרנות נ' Google LLC ואח'

תיק חיצוני:

המשיבה, יש ליתן לתניית ברירת הדין תוקף מלא, וזאת בהתאם לפסק דינו של בית המשפט העליון ברע"א 5860/16 **Facebook Inc נ' בן חמו** (31.5.2018) ("עניין בן חמו"). לטענת המשיבה, משעה שהמבקש לא טען כלל לקיומה של עילה לפי הדין החל, הרי שהוא ודאי לא הראה שיש לו עילת תביעה טובה.

כמו כן, נטען להעדר תום לב מצד המבקש, בכך שלא גילה בבקשה לקביעת דרך ביצוע ההמצאה את דבר קיומה של תניית ברירת הדין. זאת, במיוחד שעה שבקשת האישור המתוקנת הוגשה לאחר שהוגשה הבקשה הראשונה לכפירה בסמכות, כך שהמבקש ידע מה טענותיה של המשיבה לגבי הדין החל.

9. לטענת המבקש, הדין החל על ההליך הוא דין ישראל, ולא דין קליפורניה. טענה זו מבסס המבקש על מספר אדנים:

א. לא ניתן לומר כי הצרכנים הסכימו באמת לתניית ברירת הדין, שעה שמדובר בתניה הנחבאת בין סעיפי תנאי השימוש. על מנת לקבוע שניתנה הסכמה נדרש היה כי תינתן הסכמה מפורשת ונפרדת לתניה זו.

ג. מנוסח התניה עולה כי תניית ברירת הדין כרוכה בתניית השיפוט הזר (שאין מחלוקת שדינה להיפסל בהתאם לפסק הדין בעניין **בן חמו**), הקובעת שתביעות נגד המשיבה יידונו בקליפורניה. לפיכך, המשיבה אינה יכולה להסתמך על התניה.

ד. תניית ברירת הדין היא תניה מצומצמת שאינה חלה על כל עילות התביעה הנזכרות בבקשת האישור.

ה. תניית ברירת הדין סותרת את תנאי השימוש של חברת פייסבוק, אשר המשיבה היא חלק ממנה, ואשר מחילים את הדין הישראלי.

ו. דין קליפורניה הוא "דין ריק", אשר אינו מעניק לצרכנים דבר, והמשיבה עצמה אינה מסכימה כי חוק הפרטיות הקליפורני הרלוונטי (California Consumer Privacy Act; להלן – "CCPA") חל על תושבי ישראל.

ז. תניית ברירת הדין היא תניה מקפחת בחוזה אחיד, וזאת בהתאם להלכה שנקבעה ברע"א 1901/20 **טרוים מילר בע"מ נ' facebook Ireland limited** (26.7.2022) ("עניין **טרוים מילר**"), ובהתחשב בכך שהמשיבה לא הראתה אינטרס לגיטימי שלא להחיל את הדין הישראלי.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 41409-03-21 גרנות נ' Google LLC ואח'

תיק חיצוני:

- ח. אפילו תאמר שתניית ברירת הדין אינה מקפחת כשלעצמה, בנסיבות העניין היא מקפחת מכיוון שהחלת הדין הקליפורני תקפח את חברי הקבוצה. להוכחת טענה זו צירף המבקש לתגובתו חוות דעת של המומחית, עו"ד Qianwei Fu.
- ט. גם אם תניית ברירת הדין חלה, לא ניתן לעקוף בהסתמך עליה הוראות דין קוגנטיות, כפי שמנסה המשיבה לעשות.
- עוד טוען המבקש, כי אין ממש בטענת המשיבה, כי ישראל אינה פורום נאות לדון בהליך.
10. בתשובתה לתגובה חולקת המשיבה על טענות המבקש, ומוסיפה וטוענת כי המבקש מנוע מלהעלות את הטענות שהעלה בקשר לדין הקליפורני לראשונה במסגרת התגובה.
11. לאחר הדיון ניתנה החלטה לפיה יש ליתן הודעה ליועצת המשפטית לממשלה לפי סעיף 20 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 ("חוק החוזים האחידים"). ביום 11.6.2023 הוגשה הודעה מטעם המדינה, לפיה הגורמים המקצועיים במשרד המשפטים מצאו שאין מקום שהמדינה תמסור עמדה בהליך. בהמשך אושרה בקשת המבקש להגיש עמדה שהגישה היועצת המשפטית לממשלה בתיק אחר, תוך שמירת טענות הצדדים לגבי המשמעות שיש לייחס לעמדה זו, אם בכלל, וניתנה לצדדים אפשרות להשלים את טיעוניהם בעקבות זאת.

דין והכרעה

12. המבקש הגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד המשיבה (ומשיבה נוספת), והמציא לה את הבקשה מחוץ לתחום השיפוט של מדינת ישראל. המשיבה הגישה בקשה לפי תקנה 168 לתקנות סדר הדין האזרחי, הקובעת כך:

"הומצא לבעל דין כתב טענות מחוץ לתחום המדינה, רשאי הוא לכפור בסמכות בית המשפט לדון בתובענה או לטעון כי הפורום הישראלי אינו הפורום הנאות לדון בתובענה; רצה הנתבע לכפור או לטעון כאמור, יגיש בקשה בכתב לא יאוחר מהמועד הקבוע להגשת כתב ההגנה; עשה כן, יימנה המועד להגשת כתב הגנה מיום ההחלטה בבקשה".

התקנה לפי לשונה מאפשרת להעלות שתי טענות: כפירה בסמכות ופורום לא נאות. טענה לכפירה בסמכות עשויה לכלול טענה לפיה לא התקיימה עילת המצאה לפי תקנה 166 לתקנות סדר הדין האזרחי (שלא הועלתה במקרה הנוכחי) וכן טענה לפיה לא הראה התובע כי יש לו "עילת תביעה טובה". זאת, בדומה לטענות שניתן היה להעלות במסגרת בקשה לביטול היתר המצאה לפי התקנות הקודמות (ראו, חדל"ת (מחוזי ת"א) 15599-05-21 בן ארי נ' הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי, פסקה 25 (27.10.2022), וההפניות שם; וכן ת"צ (מחוזי מרכז) 16038-10-21 ברק נ' Master Card International Inc., פסקאות 13-16 (9.8.2022)).



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 41409-03-21 גרנות נ' Google LLC ואח'

תיק חיצוני:

כפי שנפסק בקשר להסדר לפי התקנות הקודמות, הנטל להוכיח "עילת תביעה טובה" הוא נטל קל, ודי בכך שהתובע יראה שישנה "שאלה רצינית" שיש לדון בה (ע"א 9725/04 **אשבורן חברה לסוכנויות ומסחר בע"מ נ' CAE Electronics Ltd**, פסקאות 6-8 (4.9.2007) ("עניין אשבורן"); רע"א 4199/20 **הצלחה – לקידום חברה הוגנת (ע"ר) נ' Chi Mei Corporation**, פסקה 12 (15.8.2021)). לדעתי, אותה אמת מידה חלה גם בהסדר לפי התקנות החדשות, כאשר שאלת קיומה של עילת תביעה מתעוררת במסגרת דיון בבקשה לכפירה בסמכות (ת"צ 16038-10-21 הנ"ל, פסקה 16; לדעות השונות בסוגיה זו ראו, חדל"ת 15599-05-21 הנ"ל, פסקה 25).

13. בענייננו, הטענה העיקרית שמעלה המשיבה מתייחסת לכך שהדין החל הוא דין קליפורניה, ולא דין ישראל. לשאלה זו ישנה חשיבות, שכן ככל שייקבע שחל דין זר, ובהינתן שאין בבקשת האישור התייחסות לדין זה, עשויה לנבוע מכך המסקנה כי המבקש לא הראה שיש לו "עילת תביעה טובה" (ראו, ת"צ (מחוזי מרכז) 53961-12-18 **בסון נ' Alibaba.com singapore E Commerce Private Limited** (30.8.2021) ("עניין בסון")).

בטרם נבחן את טענת המשיבה לעניין הדין החל על ההליך יש להתייחס לטענת המבקש, כי אין מקום לדון בשאלה זו בשלב הנוכחי, אלא בהליך עצמו. במסגרת החלטתי בת"צ (מחוזי מרכז) 14590-12-22 **לחן נ' KIA CORPORATION**, פסקאות 15-18 (15.3.2024), נדרשתי לשאלה מתי יהיה מקום לדון בשאלת הדין החל בשלב הדיון בסוגיית ההמצאה, ואיני רואה צורך לחזור על הדברים. בתמצית, ככל שהכרעה בשאלה זו כרוכה בליבון עובדתי מורכב או בהכרעה בסוגיות משפטיות תקדימיות כך תגבר הנטייה שלא להעמיק בשאלת הדין החל בשלב הדיון בסוגיית ההמצאה, אלא להסתפק בבחינת השאלה האם ישנה אפשרות סבירה (ברמה של "שאלה רצינית") כי יחול הדין הישראלי. מקרה נוסף בו עשוי בית המשפט להימנע מלהיכנס לשאלת הדין החל בשלב הדיון בסוגיית ההמצאה הוא כאשר הדבר אינו נחוץ בשלב זה (כגון כאשר התובע טוען לקיומה של עילה גם לפי הדין הזר ומוכיח אותה במידה הנדרשת לשלב ההמצאה).

בהקשר זה יש להדגיש, כי תהיה אשר תהיה קביעתו של בית המשפט בשלב הדיון בסוגיית ההמצאה, היא אינה מחייבת במסגרת הדיון בהליך (עניין **אשבורן**, פסקה 9). כלומר, גם אם ייקבע במסגרת הדיון בבקשת הכפירה כי חל הדין הישראלי, לא יהא בכך כדי למנוע מהנתבע לטעון במסגרת ההליך כי חל דין זר, והקביעה בשלב המקדמי לא תהווה ממצא מחייב.

על רקע האמור, נפנה לבחון את שאלת הדין החל בענייננו.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 41409-03-21 גרנות נ' Google LLC ואח'

תיק חיצוני:

תניית ברירת הדין

14. הטענה העיקרית שמעלה המבקש כנגד תניית ברירת הדין היא, כי מדובר בתנאי מקפח בחוזה אחיד, ובשאלה זו נדון בהמשך. נתייחס עתה למספר טענות נוספות שמעלה המבקש.

15. טענה אחת היא, כי יש לפרש את התניה כך שהיא אינה חלה על התביעה הנוכחית, וזאת בהתחשב בנוסח העמום של התניה ובכלל הפרשנות נגד המנסח. אין לקבל טענה זו. זה נוסח התניה מתוך תנאי השימוש (סעיף 24 מתוך הגרסה של ינואר 2020):

"Governing Law. The Laws of the State of California govern our Terms, as well as any Disputes, whether in court or arbitration, which might arise between WhatsApp and you, without regard to conflict of law provisions".

עוד קודם לכן, מוגדר באותו סעיף המונח "Dispute" ככולל:

"any Claim relating to, arising out of, or in any way in connection with our Terms, us, or our Services".

16. בניגוד לטענת המבקש, לא קיימת כל עמימות בנוסח התניה. התביעה משתרעת על כל "סכסוך" בין המשיבה לבין הלקוח, כאשר ההגדרה "סכסוך" כוללת כל עילה הקשורה לשירותים הניתנים על ידי המשיבה ולמערכת היחסים שבין המשיבה לבין הלקוח. אין ממש בטענת המבקש, כי חלק מעילות התביעה הנטענות בבקשת האישור (כגון פגיעה בפרטיות ורשלנות) אינן נכנסות לתחולתה של ההגדרה. זאת, נוכח ההגדרה הרחבה של המונח "Dispute" המתייחסת לכל מחלוקת הקשורה לשירותים שנותנת המשיבה, ואינה מוגבלת לעילות משפטיות מסוימות או לעילות הנעוצות בתנאי השימוש דווקא.

17. טענה נוספת שמעלה המבקש היא, כי תניית ברירת הדין כרוכה ושלובה בתניית מקום השיפוט הקבועה בתנאי השימוש ומקנה סמכות שיפוט ייחודית לבתי המשפט בקליפורניה. אין מחלוקת שלתניית השיפוט אין תוקף, נוכח ההלכה שנפסקה בעניין **בן חמו**, וממילא טוען המבקש כי לא ניתן לאכוף גם את תניית ברירת הדין. אין ממש בטענה זו, שכן אין דבר בתניות הרלוונטיות שמלמד כי אין לאחת קיום ללא השנייה. לא למותר לציין, כי גם בעניין **בן חמו**, בו נפסלה תניית השיפוט, אושרה תניית ברירת הדין בלא שבית המשפט ראה סתירה בין הדברים.

18. עוד טוען המבקש, כי לאור חשיבות הדין החל לא ניתן להחיל אותו על משתמשים ישראלים במסגרת תניה ה"מתחבאת" בתנאי השימוש, אלא נדרש היה לקבל בעניין זה הסכמה נפרדת של הלקוחות. כלומר, לטענת המבקש בהעדר הסכמה נפרדת לא ניתן לומר שהייתה גמירות דעת חוזית



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 41409-03-21 גרנות נ' Google LLC ואח'

תיק חיצוני:

מצד הלקוחות בקשר לתניית ברירת הדין. אין לקבל טענה זו. ככלל, כאשר אדם חותם על מסמך (או מאשר אותו בדרך אחרת) הוא נוטל על עצמו את ההתחייבויות המפורטות בו, גם אם הוא בחר שלא לקרוא אותו (ראו למשל, ע"א 467/64 שוויץ נ' בלץ, פ"ד יט 113, 117 (1965); ע"א 1691/11 בנק לאומי למשכנתאות בע"מ נ' צוברי, פסקה 41 (15.12.2015), וההפניות שם; ע"א 6916/04 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 7 (18.2.2010)). אין מדובר בכלל נוטל חריגים, ועשויים להיות מקרים בהם ייקבע כי תניה המופיעה בהסכם אינה חלק מההסכמה החוזית בין הצדדים. בהקשר זה ישנה חשיבות לשאלה עד כמה התניה חריגה ובלתי צפויה, שכן "ככל שהתניה חריגה יותר, כך יידרש הצד החפץ לכוללה בהצעה, להבליטה ולנקוט צעדים, שיעמידו בפועל את הצד האחר על כך, שתניה זו אכן מהווה חלק מן ההצעה" (דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרד א 214 (מהדורה שנייה, 2018)).

ולענייננו. תניה בדבר הדין החל אינה התייחסות חריגה או בלתי צפויה במסגרת מסמך תנאי שימוש של תאגיד הפועל במישור הבינלאומי, ודאי שלא במידה המצדיקה אי הכרה בכך שתניה זו היא חלק מההסכמה החוזית שנטל על עצמו מי שאישר את תנאי השימוש. ממילא, אין בסיס לטענה כי אין לראות בתניית ברירת הדין חלק מההסכמה החוזית בין המשיבה ללקוחותיה. אכן, הדעת נותנת כי מרבית הלקוחות שאישרו את תנאי השימוש לא קראו אותם, ויש להניח כי בפועל הם לא היו מודעים לכך שהם מסכימים לתחולת הדין הקליפורני. אלא שבכך אין כדי לגרוע מהעובדה שהתניה בדבר הדין החל היא חלק מההסכם בין הצדדים. המאפיינים הייחודיים של הסכם זה – העדר מודעות של הלקוח הטיפוסי לפרטי ההסכם, העדר כוח מיקוח וכדומה – באים לידי ביטוי בהגנות השונות שמעמיד הדין ללקוחות (כגון במסגרת דיני החוזים האחידים), אך אין בהם כדי לשלול את תחולתם של דיני החוזים הבסיסיים, לרבות הכלל לפיו מי שמאשר הסכם לא יישמע, בדרך כלל, בטענה כי לא היה מודע לפרטיו.

19. עוד טוען המבקש, כי לפי תניית ברירת הדין בתנאי השימוש של פייסבוק, חברת האם של המשיבה, הדין החל על תושבי ישראל הוא הדין הישראלי. לטענת המבקש, המשיבה יוצרת מצג לפיו קיימת "סימביוזה" בינה לבין פייסבוק, כך שישנה סתירה בין שתי תניות ברירת הדין, ובמצב דברים זה המשיבה אינה רשאית להסתמך על תניית ברירת הדין. אין כל ממש בטענה זו. ההסכם המחייב בין המשיבה ללקוחותיה הוא תנאי השימוש של המשיבה, והמבקש לא הביא שמץ של ראיה כי המשיבה יצרה מצג לפיו במישור היחסים בינה לבין לקוחותיה יש תוקף גם לתנאי השימוש של פייסבוק.

20. מן האמור עולה, כי אין ממש בטענות שהעלה המבקש כנגד תוקפה החוזי של תניית ברירת הדין, למעט הטענה כי מדובר בתנאי מקפח, שתידון עתה. בטרם נפנה לכך, נבחן את טענתה של המשיבה כי המבקש מנוע מלהעלות טענה זו.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 41409-03-21 גרנות נ' Google LLC ואח'

תיק חיצוני:

האם המבקש מנוע מלטעון כי תניית ברירת הדין היא תנאי מקפח בחוזה אחיד?

21. לטענת המשיבה, המבקש מנוע מלטעון כי תניית ברירת הדין היא תנאי מקפח בחוזה אחיד, ובהקשר זה היא מעלה שתי טענות: האחת, כי היה על המבקש להתייחס לאפשרות תחולתו של הדין הקליפורני כבר במסגרת בקשת האישור, וככל שלשיטתו התניה המחילה דין זה מקפחת היה עליו לטעון זאת במסגרת בקשת האישור ולצרף את הראיות המוכיחות את הטענה. השנייה, כי היה על המבקש להתייחס לתניית ברירת הדין במסגרת הבקשה לקביעת דרך ביצוע ההמצאה, וזאת נוכח חובת הגילוי המוגברת החלה עליו, בהינתן שמדובר בבקשה במעמד צד אחד.

22. נידרש תחילה לטענה הראשונה. גדר הספק הוא האם היה על המבקש לצפות מראש כי המשיבה תטען לתחולתה של תניית ברירת הדין ולהתמודד עם טענה זו כבר במסגרת בקשת האישור – ומשלא עשה זאת, הרי שבקשת האישור אינה מגלה "עילת תביעה טובה" – או שמא מדובר בטענה שהמבקש לא נדרש להתמודד איתה כל עוד היא לא הועלתה על ידי המשיבה. המשיבה מפנה לשני פסקי דין בהם נקבע, לטענתה, כי טענה לתנאי מקפח יש להעלות כבר בכתב התביעה (ע"א 493/69 **מדינת ישראל נ' חדד**, פ"ד כד(1) 7, 11 (1970) ("עניין חדד"); ע"א 685/81 **ליסנסס וג'נרל חברה לבטוח בע"מ נ' בורכרד ליינס בע"מ**, פ"ד לח(3) 421, 428 (1984) ("עניין ליסנסס")). אולם, מעבר לכך שפסקי דין אלו עסקו בכתב תביעה ולא בבקשת אישור, הרי שמעיון בהם עולה תמונה מורכבת יותר. בעניין **חדד** אכן נקבע, כי יש צורך לטעון לקיומו של תנאי מקפח בכתב התביעה (או בכתב ההגנה, כאשר הטענה מועלית על ידי הנתבע), אולם הדגש שם הוא שהטענה צריכה לעלות בכתבי הטענות, ולא נבחנה השאלה האם ומתי יהיה התובע רשאי להעלות את הטענה בכתב התשובה. בעניין **ליסנסס** חזר בית המשפט על ההלכה שנקבעה בעניין **חדד**. השופטת בן פורת הוסיפה, בדעת יחיד, כי בנסיבות העניין נדרש היה להעלות את הטענה בכתב התביעה, ולא הייתה אפשרות להעלותה לראשונה בכתב התשובה. אולם, מדבריה עולה כי קביעה זו נשענה על המאפיינים של התניה שנטען שהיא מקפחת (תניית פטור), וסבורני כי לא ניתן ללמוד מהם שלשיטתה בכל מקרה יהיה התובע מנוע מלטעון לקיומו של תנאי מקפח בכתב התשובה.

23. השאלה מתי נדרש התובע להתייחס בכתב התביעה לטענות הגנה שהנתבע עשוי להעלות היא שאלה מורכבת, ויש בה גישות שונות בפסיקה (לפירוט ראו, רע"א 6916/18 **הסתדרות מדיצינית הדסה נ' פלוני**, פסקה 14 (5.12.2018), וההפניות שם; יששכר רוזן-צבי **ההליך האזרחי 414-412** (2015)). כאשר מדובר בבקשת אישור השיקולים עשויים להיות מעט שונים, בהתחשב בכך שמדובר בהליך מקדמי ובכך שבשונה מתביעה רגילה, בה בשלב הגשת כתב התביעה די בהעלאת הטענה, בבקשה לאישור תובענה ייצוגית שומה על המבקש לצרף את הראיות התומכות בטענותיו כבר עם הגשת בקשת האישור, מה שעשוי להצריך השקעת משאבים ניכרים. מאפיינים אלו תומכים בצמצום החובה להתייחס לטענות הגנה אפשריות במסגרת בקשת האישור.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 41409-03-21 גרנות נ' Google LLC ואח'

תיק חיצוני:

השאלה איזה טענות חובה על המבקש להעלות במסגרת בקשת האישור ואיזה טענות ניתן להעלות במסגרת תשובה לתגובה לבקשת האישור נדונה בפסיקה לא פעם. ברע"א 141/23 ברנר נ' סאני תקשורת בע"מ (20.4.2023) ("עניין ברנר"), עמד בית המשפט העליון בהרחבה על המבחנים שנקבעו בפסיקה בהקשר זה. בית המשפט ציין, כי ככלל ניתן להעלות במסגרת התשובה טענות וראיות המהוות "מענה ישיר" לטענות שהועלו בתגובה. עם זאת, בית המשפט הדגיש, כי "ההבחנה בין טענות וראיות המהוות מענה ישיר לטענות שהועלו בכתב התשובה לבין טענות וראיות החורגות ממענה כזה, ועל כן מהוות חזית טיעון חדשה, אינה תמיד פשוטה או ברורה" (פסקה 14 להחלטה), וכי לאור קושי זה נקבעו בפסיקה מבחני עזר. עוד קבע בית המשפט, כי גם מקום בו התשובה חורגת ממבחן המענה הישיר לא בהכרח יביא הדבר למחיקתה, ויהיו מקרים בהם יינקטו אמצעים מתונים יותר (כגון מתן אפשרות למשיבה להגיש תגובה נוספת).

24. ומכאן לענייננו. סבורני, כי כאשר בקשת האישור מתבססת על הדין הישראלי, המבקש אינו נדרש להתייחס במסגרת בקשת האישור לטענה אפשרית לתחולתו של דין זר, גם אם זו נשענת על תניית ברירת דין. גישה זו מתבססת על שני טעמים עיקריים: ראשית, מאפייניה של הטענה לתחולת דין זר כטענת הגנה. כאשר מוגש הליך בבית המשפט בישראל, דרך המלך היא כי הוא יתבסס על הדין הישראלי. ככל שעולה טענה שהדין הישראלי אינו חל, הרי שמדובר בטענת הגנה באופיה, אשר המקום הטבעי להתמודד איתה הוא לאחר שהיא הועלתה, היינו במסגרת התשובה לתגובה (השוו, רע"א 2224/17 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' פרוידמן, פסקה 6 (27.6.2017)). שנית, מטעמי יעילות, שכן בשלב הגשת בקשת האישור המבקש אינו יכול לדעת בוודאות האם המשיבה תטען לתחולת הדין הזר. גם אם במקרה שבו ישנה תניית ברירת דין מדובר בהנחה סבירה, הרי שהיא אינה הכרחית, שכן ייתכן שבמקרה מסוים תסבור המשיבה כי הדין הישראלי יותר נוח לה או שהיא תעדיף משיקולים כאלו או אחרים שלא להסתמך על תניית ברירת הדין (למשל, כאשר היא סבורה שיש לה הגנה טובה לפי הדין הישראלי, והיא אינה רוצה להסתכן בקבלת החלטה שיפוטית הפוסלת את התניה). אין מקום לחייב את המבקש להתמודד עם שאלת תוקפה של תניה בדבר הדין החל (מה שעשוי לחייב השקעת משאבים משמעותיים, כגון לצורך הגשת חוות דעת מומחה לדין הזר), כאשר הטענה עדיין לא הועלתה על ידי המשיבה בכתבי טענותיה.

כפי שציין בית המשפט העליון בעניין ברנר, "על דרך הכלל, הנתבע בורר את הקרבות אותם ברצונו לנהל, כך שבבחירתו כיצד לנסח את טיעונו ובמה להתמקד במסגרת כתב התשובה, הוא מאיר ומדגיש סוגיות וטענות מסוימות על פני אחרות. רוצה לומר: נקודות המחלוקת המרכזיות והמשמעותיות ביותר בתביעה מוגדרות ומתוחמות בראש ובראשונה על ידי מגישי בקשת האישור, אך חידודן הסופי (שלעיתים אף עולה לכדי מסגורן מחדש), נעשה על ידי הנתבע במסגרת תשובתו" (פסקה 15). גם אם ישנם מקרים בהם טענת ההגנה הפוטנציאלית היא כה צפויה ומתבקשת עד כי יש לראות את ההתמודדות איתה כחלק מעילת התביעה, לדעתי טענה לתחולתו של דין זר אינה נמנית על מקרים אלו. לפיכך, המבקש רשאי לפסוע בדרך המלך ולשטוח בבקשת



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 41409-03-21 גרנות נ' Google LLC ואח'

תיק חיצוני:

האישור את טענותיו בהתאם לדין הישראלי, וככל שתעלה בתגובה לבקשת האישור טענה כי חל דין זר הוא יוכל להגיב לה במסגרת התשובה לתגובה (ודוק: הכוונה היא למענה המסביר מדוע חל הדין הישראלי, ולא לטענה לפיה ישנה עילת תביעה לפי הדין הזר).

יתרה מזו, גם אם נניח שהיה על המבקש להעלות את טענותיו כנגד תניית ברירת הדין במסגרת בקשת האישור, אין בכך כדי לומר בהכרח כי בית המשפט לא יאפשר למבקש להעלות את הטענות במסגרת תשובה לתגובה. זאת, שכן כפי שנקבע בעניין **ברנר**, לא תמיד חריגה מהמתכונת הראויה של תשובה לתגובה תביא למחיקת התשובה.

25. הנה כי כן, המבקש לא נדרש לטעון במסגרת בקשת האישור כי תניית ברירת הדין היא תנאי מקפח, והוא היה רשאי להעלות טענה כזו במסגרת התשובה לתגובה. מכל מקום, בהתחשב בנטל הקל החל על המבקש בשלב הנוכחי, די בכך שישנה אפשרות כי בית המשפט היה מאפשר להעלות את הטענה בשלב התשובה לתגובה. ממילא, ניתן להתחשב בטענות המבקש כנגד תניית ברירת הדין במסגרת הבחינה האם יש לו "עילת תביעה טובה", גם אם הן לא הועלו בבקשת האישור.

אציין, כי אני ער לטענת המשיבה כי כאשר הוגשה בקשת האישור המתוקנת המבקש היה מודע לכך שבכוונתה לטעון לתחולת תניית ברירת הדין, שכן התיקון נעשה לאחר שהוגשה בקשת הכפירה הראשונה. איני סבור שיש בכך כדי לשנות מהתוצאה אליה הגענו, שכן התשובה לשאלה מהן טענות ההגנה שעל המבקש לצפות שיעלו ולהתייחס אליהן במסגרת בקשת האישור נגזרת ממחותן של הטענות, ולא מהשאלה מה ידע המבקש במקרה הקונקרטי.

26. הטענה השנייה שמעלה המשיבה היא, כי היה על המבקש לגלות על קיומה של תניית ברירת הדין במסגרת הבקשה לקביעת דרך ביצוע ההמצאה, בהתחשב בכך שמדובר בבקשה המוגשת במעמד צד אחד. אין בידי לקבל טענה זו. בהתאם לתקנה 167(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, על המבקש להתייחס בתצהיר התומך בבקשה לקביעת דרך ביצוע ההמצאה גם לעובדות המבססות את עילת התביעה. בהינתן מסקנתנו כי המבקש לא נדרש לפרט את טענותיו בקשר לתניית ברירת הדין במסגרת בקשת האישור, הרי שוודאי שהוא אינו נדרש לעשות כן במסגרת הבקשה לקביעת דרך ביצוע ההמצאה. המשיבה מפנה להחלטות בהן נקבע כי אי גילוי של **תניית שיפוט** עולה כדי חוסר תום לב. אולם, ברי שיש הבדל בין תניה כזו, הנוגעת באופן ישיר ויסודי לבקשה לדון בהליך בארץ, לבין תניה בדבר הדין החל, אשר אינה אלא אחד מהשיקולים שעשוי להיות להם משקל במסגרת ההכרעה בסוגיית ההמצאה.

27. מן האמור עולה, כי אין פגם בכך שהמבקש העלה את טענותיו כנגד תניית ברירת הדין, לרבות הטענה כי מדובר בתנאי מקפח, לראשונה במסגרת תגובתו לבקשת הכפירה, ובוודאי שאין מקום להתעלם מטענות אלו מחמת מניעות.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 41409-03-21 גרנות נ' Google LLC ואח'

תיק חיצוני:

נפנה, אפוא, לבחון לגופה את הטענה כי תניית ברירת הדין היא תנאי מקפח בחוזה אחיד.

האם תניית ברירת הדין היא תנאי מקפח בחוזה אחיד?

28. אין חולק כי תנאי השימוש הם חוזה אחיד, כהגדרתו בסעיף 2 לחוק החוזים האחידים. טענת המבקש, תניית ברירת הדין היא תנאי מקפח, ויש מקום כי בית המשפט יבטל אותה. ניתן לרכז את טענותיו של המבקש בהקשר זה לשתי שכבות טיעון. האחת, כי יש בעצם החלתו של דין זר משום קיפוח; השנייה, כי בנסיבות העניין החלתו של הדין הקליפורני הרלוונטי (המתייחס להגנת הפרטיות של הצרכן) עולה כדי קיפוח.

29. השאלה אם יש בהחלת דין זר משום קיפוח נדונה בעניין **בן חמו**. באותו עניין הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד פייסבוק בטענה לפגיעה בפרטיות. פייסבוק טענה כי חל דין קליפורניה, בהתבסס על תניית ברירת דין שנכללה בתנאי השימוש. היינו, מדובר במקרה הדומה מאוד לענייננו. בית המשפט העליון דחה את הטענה כי תניית ברירת הדין היא תנאי מקפח. נקבע, כי לא חלה חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים, וזאת מכיוון ש"במקרה דן לא הוצגו ראיות לכך שהכרעה בבקשת האישור על פי דיני מדינת קליפורניה תשלול מהמשיב את האפשרות להעלות טענות מסוימות" (פסקה 42 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

עוד נדחתה בעניין **בן חמו** הטענה כי יש בעצם החלת דין מדינת קליפורניה משום קיפוח, תוך שנקבע כך (פסקה 43 לפסק דינה של הנשיאה חיות):

"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



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 41409-03-21 גרנות נ' Google LLC ואח'

תיק חיצוני:

ספור דינים, נראה לי כי יש להעדיף את האינטרס של פייסבוק אירלנד וכי אין בתניית ברירת הדין משום הגנת יתר על אינטרס זה".

הנה כי כן, בעניין **בן חמו** נפסק כי אין בהחלתו של דין קליפורניה משום קיפוח מעצם החלתו של הדין הזר, אלא אם יוכח כי במקרה המסוים יש בהחלתו של דין זה משום קיפוח בשל מאפייניו הספציפיים, כגון בשל כך שהוא מונע מהלקוח להעלות טענות מסוימות. ואכן, במספר מקרים הכירו בתי המשפט בתוקפן של תניות ברירת דין במסגרת דיון בבקשות לאישור תובענה ייצוגית, בהתבסס על הלכת **בן חמו** (ת"צ (מחוזי מרכז) 54491-01-156 **בשן נ' EasyJet Airline company LTD**, פסקאות 89-72 (8.6.2020) – ערעור על פסק הדין נדחה בהסכמה (ע"א 5089/20); ת"צ (מחוזי ת"א) 56348-03-17 **טדסה נ' Google LLC (Google Inc.)** (9.7.2020); עניין **בסון**; ת"צ (מחוזי חי') 7322-10-18 **אקסלרוז נ' Facebook Inc**, פסקה 80 (12.7.2022)).

30. המבקש מפנה לפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **טרוים מילר**. באותו עניין נדונה גם כן תניית ברירת הדין של פייסבוק, אולם בית המשפט העליון הגיע (ברוב דעות) לתוצאה שונה, לפיה ככל שמדובר בהליך שהוגש על ידי צרכן (לרבות עסק קטן) מדובר בתנאי מקפח. אולם, בית המשפט העליון לא שינה את ההלכה שנקבעה בעניין **בן חמו**, אלא קבע כי יש להבחין בין שני המקרים. ההבחנה העיקרית עליה הצביע בית המשפט עמדה על כך שבעניין **בן חמו** מדובר בתובענה ייצוגית על סכום עתק, בעוד שבעניין **טרוים מילר** מדובר בתביעה רגילה (ראו, פסקה 26 לפסק דינו של השופט הנדל, פסקה 12 לפסק דינו של השופט גרוסקופף ופסקאות 11-18 לפסק דינה של השופטת וילנר). שתי הבחנות אפשריות נוספות שהוזכרו הן העובדה שעניין **בן חמו** עסק בנושא של פרטיות לעומת עניין **טרוים מילר** שעסק בנושא של מתן שירות לקוי ללקוח (פסקאות 12 ו-41 לפסק דינו של השופט גרוסקופף); והעובדה שמאז שניתן פסק הדין בעניין **בן חמו** חל שינוי בתנאי השימוש של פייסבוק באופן שהחיל על לקוחות ישראלים את הדין הישראלי (פסקאות 15-17 לפסק דינה של השופטת וילנר).

מן האמור עולה, כי הלכת **בן חמו** עודנה עומדת על מכונה, הגם שגבולותיה חודדו בעניין **טרוים מילר** ובפסקי דין נוספים (ראו, ת"צ (מחוזי מרכז) 12859-12-19 **ברק נ' AMAZON.COM.INC**, פסקה 33 (3.8.2022)). אכן, הרוח בפסק דין **טרוים מילר** שונה מזו שבפסק דין **בן חמו**, וניתן למצוא בו גם תהייה האם אין מקום לסטות מהלכת **בן חמו** (פסקה 41 לפסק דינו של השופט גרוסקופף). אולם, כל עוד לא שונתה ההלכה שנקבעה בעניין **בן חמו** על ידי בית המשפט העליון, הרי שהיא ההלכה המחייבת.

31. ענייננו נכנס לדל"ת אמותיה של הלכת **בן חמו**, שעה שמדובר בתובענה ייצוגית על סכום עתק (המבקש טוען כי לא ניתן להעריך את סכום התביעה, אך לשיטתו כל חבר קבוצה זכאי לפיצוי בגין נזק לא ממוני בסך 10,000 ש"ח), בנושא של פגיעה בפרטיות, הדין שמבוקש להחיל הוא דין



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 41409-03-21 גרנות נ' Google LLC ואח'

תיק חיצוני:

קליפורניה, ואין כל טענה כי חל שינוי רלוונטי בתנאי השימוש של המשיבה. המבקש לא הצליח להצביע על הבדל מהותי בין עניין **בן חמו** לבין עניינינו בכל הנוגע לטענה לפיה עצם החלתו של דין זר יש בה משום קיפוח. הטענה היחידה שהמבקש מעלה בהקשר זה היא, כי בשונה מעניין **בן חמו**, בו התקבלה טענת פייסבוק כי יש לה אינטרס לגיטימי להיות כפופה לדין אחד, בעניינינו למשיבה אין אינטרס לגיטימי כזה, משום שהיא פועלת ממילא לפי דינים שונים. זאת, שכן בהתאם לתנאי השימוש באיחוד האירופי, מחילה המשיבה לגבי כל תושב ממדינות האיחוד את דין מדינתו (וזאת בהתאם לרגולציה של האיחוד האירופי). לטענת המשיבה, השירות במדינות האיחוד האירופי לא ניתן על ידה, אלא על ידי תאגיד שונה. מכל מקום, גם אם אניח שהמבקש צודק בטענתו, הרי שלכל היותר יש בכך כדי להפחית במידת מה מעוצמת האינטרס הלגיטימי של המשיבה לקביעת הדין החל. אין בכך כדי לגרוע מהקביעה העקרונית בעניין **בן חמו** לפיה כל עוד לא הוכח שהדין הזר מונע העלאת טענות מסוימות לא קמה חזקת קיפוח, ומיתר הנימוקים שפורטו בעניין **בן חמו** כמצדיקים את הקביעה שאין בעצם החלתו של דין זר משום קיפוח. לפיכך, סבורני שאין בהבחנה שהמבקש מצביע עליה כדי להטות את הכף.

נוכח האמור, יש לדחות את הטענה כי עצם העובדה שתנאי השימוש כוללים תניית ברירת דין המחילה דין זר יש בה משום קיפוח.

32. אולם, בכך לא תם הדיון, שכן גם לפי הלכת **בן חמו** ניתן לטעון כי במקרה מסוים יש בהחלת הדין הזר משום קיפוח בשל מאפייניו הספציפיים. המבקש לא נרתע מהאתגר, והגיש חוות דעת מומחה המתייחסת להבדלים הרלוונטיים בין הדין הישראלי לדין הקליפורני. בנוסף, טוען המבקש כי המשיבה עצמה סבורה כי ה-CCPA (החוק הקליפורני העוסק בזכות הצרכן לפרטיות) אינו חל על מי שאינם תושבי קליפורניה. לטענת המשיבה, השאלה האם דין זר מקפח נבחנת בהתאם למכלול הוראות הדין, ולפיכך אין מקום להידרש להבדלים בין הדין הישראלי לדין הקליפורני אשר חוות הדעת מצביעה עליהם.

33. בנקודה זו יש לשוב ולהזכיר את השלב הדיוני בו אנו נמצאים ואת משמעותו. השאלה שלעניינינו היא האם הראה המבקש כי יש לו "עילת תביעה טובה". הנטל החל עליו הוא נטל קל, וכל אשר עליו להוכיח הוא כי ישנה "שאלה רצינית" לדון בה. בהינתן שבקשת האישור אינה מתבססת על דין מדינת קליפורניה, ולו באופן חלופי, הרי שקביעה כי דין זה חל תחייב את המסקנה כי המבקש לא הראה "עילת תביעה טובה". מכיוון שחלה על עניינינו תניית ברירת דין המחילה את דין קליפורניה, הרי שעל מנת לשכנע שיש לו "עילת תביעה טובה" על המבקש להראות כי מדובר בתנאי מקפח שיש הצדקה לבטלו. אולם, המבקש אינו נדרש להוכיח זאת באותה רמה שיידרש לכך במסגרת ההליך עצמו. כאשר שאלת הקיפוח תלויה בבירור עובדתי מורכב או בדיון משפטי תקדימי, די בכך שהמבקש יראה כי ישנה אפשרות סבירה (ברמה של "שאלה רצינית") שייקבע שמדובר בתנאי מקפח שדינו ביטול. סבורני, כי המבקש עומד בנטל זה.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 41409-03-21 גרנות נ' Google LLC ואח'

תיק חיצוני:

34. מסקנתי זו נשענת בעיקרה על הטענה שמעלה המבקש, לפיה לגישתה של המשיבה עצמה ה-CCPA – החוק הקליפורני הקובע את זכויות הצרכן בכל הנוגע לפרטיות – אינו חל אלא על תושבי קליפורניה. טענה זו משתית המבקש על נספח לתנאי השימוש של המשיבה הנושא את הכותרת "California Privacy Notice", מפורטות בו זכויות הצרכן לפי ה-CCPA ומצוין בו כי הוא מיועד לתושבי קליפורניה. עוד טוען המבקש, כי גם בתנאי השימוש של המשיבה מצוין שהחוק מתייחס לתושבי קליפורניה. לטענת המבקש, נעשו פניות למשיבה על מנת לבדוק האם לשיטתה ה-CCPA חל על תושבי ישראל, אך היא התחמקה מלהשיב (נספח 9 לתגובה לבקשת הכפירה). על רקע זה טוען המבקש, כי דין קליפורניה שמנסה המשיבה להחיל על הלקוחות הישראלים הוא למעשה "דין ריק", שכן הוא אינו חל אלא על תושבי קליפורניה.

מעיון בתשובה לתגובה עולה, כי המשיבה אינה מתייחסת באופן ענייני לטענה זו. המשיבה תוקפת את טענת המבקש כי דין קליפורניה הוא "דין ריק", וטוענת כי מדובר בדין המעניק הגנה על האינטרסים של הצרכנים. **אולם, המשיבה אינה מתייחסת כלל לטענה לפיה לשיטתה היא החוק הקליפורני העוסק בנושא של הגנת פרטיות הצרכן אינו חל על לקוחותיה הישראלים.** חסר זה אומר דרשני. בדיון טען בא כוח המשיבה כי ה-CCPA הוא חלק ממערך שלם, וכי מחוות דעת המומחית מטעם המבקש עולה שחוק זה עוסק בענייני ידוע שאינם רלוונטיים למי שאינם תושבי קליפורניה (עמ' 4, שורות 22-25 לפרוטוקול). כלומר, בא כוח המשיבה מאשר, למעשה, את הטענה כי לשיטת המשיבה ה-CCPA אינו חל על תושבי ישראל. לא ניתן הסבר מפורט ומשכנע מהי ההצדקה להבחנה בין תושבי קליפורניה לבין מי שאינם כאלו, ובעיקר – מדוע, ככל שיש הבחנה כזו, ישנה הצדקה להחיל את הדין הקליפורני על תושבי ישראל. אוסיף, כי מעיון בחוות הדעת של המומחית מטעם המבקש לא התרשמתי שהזכויות שלגישתה מעניק ה-CCPA לצרכנים (עמ' 6 לחוות הדעת) הן כאלו שרלוונטיות מעצם טבען רק לתושבי המדינה.

35. בהעדר הכחשה מצד המשיבה, הנחתי היא כי ה-CCPA אינו חל על מי שאינו תושב קליפורניה (או לפחות כי זו עמדתה של המשיבה). זו כמובן זכותה של מדינת קליפורניה לקבוע דיני פרטיות שיחולו על תושביה בלבד (ככל שהיא עשתה זאת), אולם כאשר מבוקש להחיל את הדין הקליפורני על מי שאינם תושבי קליפורניה הדבר עשוי לעורר קושי. בהקשר זה נזכיר, כי בעניין **בן חמו** נקבע, כי לא הוכח שחוקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים חלה ביחס לתניית ברירת הדין, מכיוון שלא הוכח שהדין הקליפורני מונע מהלקוח הישראלי להעלות טענות מסוימות (פסקה 42 לפסק דינה של הנשיאה חיות). אולם, ככל שהדין הקליפורני בענייני פרטיות שולל חלק מהזכויות המוענקות לפיו מאלו שאינם תושבי המדינה, הרי שדומה כי ניתן להתייחס להחלתו של דין זה כתנאי שמונע מהלקוח הישראלי להעלות טענות מסוימות. בכך אין, כמובן, כדי לקבוע באופן נחרץ כי החלת דין קליפורניה עולה כדי קיפוח. ייתכן שהדין שאינו חל על מי שאינו



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 41409-03-21 גרנות נ' Google LLC ואח'

תיק חיצוני:

תושב קליפורניה אינו מהותי, ובהתחשב בהסדר הכולל הקבוע בדין הקליפורני אין לראות בהחלתו של דין זה על מי שאינו תושב המדינה משום קיפוח. שאלה זו מצריכה לכאורה בירור עובדתי, העשוי להיות מורכב, וממילא היא צריכה להתברר, במידת הצורך, בהליך עצמו. בשלב הנוכחי, די בכך שהמשיבה מבקשת להחיל על הלקוח הישראלי דין אשר לשיטתה שלה עצמה הזכויות הנתונות לפיו אינן חלות באופן מלא על לקוח זה, על מנת שתידלק "נורה אדומה" בדבר האפשרות כי מדובר בתנאי מקפח. "נורה אדומה" זו ודאי מספיקה כדי לקבוע כי קיימת אפשרות סבירה (ברמה של "שאלה רצינית") כי ייקבע במסגרת ההליך שתניית ברירת הדין היא תנאי מקפח, וכי יש הצדקה לבטלה בהתאם לסמכותו של בית המשפט לפי סעיף 19 לחוק החוזים האחידים.

36. נוכח מסקנתי זו, אין צורך להידרש לשאלה האם יש ביתר ההבחנות בין שתי מערכות הדינים אשר חוות הדעת מצביעה עליהן כדי לבסס אפשרות סבירה כי ייקבע שדין קליפורניה מקפח. כמו כן, אין צורך להידרש לטענה כי יש בהחלת דין קליפורניה משום התנאה על דין קונגטי (טענה המתבססת על הערת אגב של השופט מלצר בעניין **בן חמו**).

37. מן האמור עולה, כי המבקש עומד בנטל הנדרש בשלב הנוכחי להראות כי ישנה אפשרות שתניית ברירת הדין תיפסל בשל היותה תניה מקפחת. אין מחלוקת שככל שהתניה תיפסל יחול הדין הישראלי, ואין טענה של המשיבה כי על פי דין זה אין למבקש "עילת תביעה טובה" ברף הנדרש בשלב הנוכחי. ממילא, המסקנה היא שהמבקש עמד בנטל להראות כי יש לו "עילת תביעה טובה".

טענת פורום לא נאות

38. לטענת המשיבה, בית המשפט הישראלי אינו הפורום הטבעי והנאות לדון בהליך, וזאת מהשיקולים הבאים: הדין החל הוא דין קליפורניה; ציפייתם הסבירה של הצדדים היא כי סכסוכים, ככל שיהיו, יידונו בקליפורניה; בקשת האישור מתייחסת בעיקרה למעשים שבוצעו מחוץ לישראל, תוך שהיא מסתמכת על הליך שמתנהל נגד גוגל בארצות הברית; הראיות ועדי המשיבה נמצאים בארצות הברית.

39. מכיוון שבקשת האישור הומצאה מחוץ לתחום, המבקש נושא בנטל להראות כי ישראל היא פורום נאות לדון בהליך (ע"א 2547/23 **אופיס טקסטיל בע"מ נ' Broklinien Inc Delaware** **co 5469940** (28.12.2023)). המבחן המרכזי בעניין זה הוא מבחן מירב הזיקות, אשר במסגרתו יש לבחון את "העובדות המעידות על הקשר של בעלי הדין ושל העניין נשוא התובענה לכל אחד מן הפורומים האפשריים" (עניין **אשבורן**, פסקה 18). בין היתר, יש לבחון היכן התרחשו האירועים שבגינם הוגשה התביעה; מה מקום מושבם של הצדדים; באיזה פורום ישנה נגישות טובה יותר לראיות ולעדים; מהו הדין החל על המקרה; וכדומה (רע"א 9810/05 **Martin J. Hecke** נ' **Pimcapco Limited**, פסקה 10 (30.8.2009) ("עניין Hecke"); רע"א 4716/93 **החברה הערבית לביטוח שכם נ' זריקאת**, פ"ד מח(3) 265, 269 (1994); רע"א 7102/10 **רואים עולם החברה להגנת**



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 41409-03-21 גרנות נ' Google LLC ואח'

תיק חיצוני:

הטבע בע"מ נ' פרלמוטר, פסקאות 6-7 (12.4.2012)). בנוסף, הכירה הפסיקה בשני מבחנים נוספים: הציפיות הסבירות של הצדדים ולאizzo מערכת משפט יש אינטרס אמיתי בבירור התביעה (ראו, רע"א 3144/03 אלביט הדמיה רפואית בע"מ נ' Harefuah Serviços de Saude S/C Ltda, פ"ד 414 (2003); עניין Hecke, פסקה 11; ע"א 4025/13 נייגל נ' deutsche telekon ag, פסקה ח' (6.11.214)).

לדעתי, המבקש עומד בנטל להראות כי ישראל היא פורום נאות לדון בהליך.

40. לטענת המשיבה, המעשים שבגינם הוגשה התובענה נעשו מחוץ לישראל. אולם, המשיבה לא הבהירה מהם בדיוק אותם מעשים והיכן הם נעשו (ויוער כי בקשת הכפירה אינה נתמכת בתצהיר, כך שבכל מקרה קשה לייחס לה משקל כאשר מדובר בטענה עובדתית). בהקשר זה יצוין, כי הפגיעה הנטענת בפרטיות נעשתה ככל הנראה על דרך של תקשורת מחשבים, מה שמקשה על קביעת מיקום גיאוגרפי לעוולה הנטענת, ודאי שעה שלא נמסר מידע על המקום בו נמצאים השרתים של הגורמים המעורבים.

לצד זאת, סבורני שניתן לקבוע כי ישנן זיקות הקושרות את ההליך לארצות הברית, כגון העובדה ששם מקום מושבן של המשיבה ושל גוגל, אשר ההסכם שלפי הטענה נכרת ביניהן יצר את הפגיעה הנטענת בפרטיות (ושם גם מתנהלת גם התביעה נגד גוגל אשר בקשת האישור מפנה אליה). עוד נכון אני לקבל, לצורך הדיון והגם שמדובר בטענה שנדרש היה לתמוך בתצהיר, כי מקורן של הראיות שתידרש המשיבה להציג בארצות הברית. מדובר בשיקול שיש להביאו בחשבון, אולם בנסיבות העניין, ובהתחשב בהיקפה של התביעה, אין לייחס לו משקל מכריע.

לצד הזיקות הקושרות את ההליך לארצות הברית, ישנן גם זיקות הקושרות אותו לארץ. מעבר לכך שחברי הקבוצה הם תושבי ישראל, הרי שהשימוש בממשק של המשיבה אפשרי גם בשפה העברית והתוכן שלגביו נעשתה הפגיעה הנטענת בפרטיות (ההודעות שיצרו המשתמשים והקבצים ששלחו, אשר גובו בשרתי גוגל) מיוצר ברובו – כך יש להניח, נוכח זהות חברי הקבוצה – בישראל.

אשר לשיקול בדבר הדין החל, נוכח האמור לעיל סבורני כי בשלב זה לא ניתן לקבוע האם יחול הדין הישראלי או הדין הקליפורני, ולפיכך שיקול זה אינו פועל לכאן או לכאן.

41. הנה כי כן, ישנן זיקות לכאן ולכאן בכל הנוגע לפורום הנאות לדון בהליך. השיקול שלדעתי מכריע את הכף לטובת קביעה כי ישראל היא פורום נאות לדון בהליך הוא העובדה שהמשיבה פועלת בזירה הבינלאומית, תוך שהיא מספקת את שירותיה גם לקהל הישראלי. בהתחשב בכך, על המשיבה לצפות את האפשרות כי היא תיתבע לדין בבית משפט ישראלי (ע"א 98/67 ליבהר נ' גזית ושחם חברה לבניין בע"מ, פ"ד כא(2) 248, 251 (1967); רע"א 2705/97 הגבס א' סיני (1989) בע"מ נ' The Lockformer Co., פ"ד נב(1) 109, 115 (1998); עניין אשבורן, פסקה 18; רע"א 2737/08



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 41409-03-21 גרנות נ' Google LLC ואח'

תיק חיצוני:

ארבל נ' TUI AG, פסקה 19 (29.1.2009)). נוכח האמור, ובהעדר שיקול נגדי מכריע התומך בפורום חלופי, סבורני כי המבקש עומד בנטל להראות כי ישראל היא פורום נאות לדון בהליך.

סוף דבר

42. לאור כל האמור לעיל, אני סבור כי המבקש עומד בנטל הנדרש בשלב הנוכחי להראות כי יש לו "עילת תביעה טובה", וכי בית המשפט הישראלי הוא פורום נאות לדון בהליך.

לפיכך, הבקשה נדחית.

המשיבה 2 תישא בשכר טרחת עורך דין לזכות המבקש בסך 15,000 ש"ח. הסכום נקבע בהתחשב בהיקף הדיון בבקשה.

ניתנה בסמכותי כרשם.

ניתנה היום, כ"ב ניסן תשפ"ד, 30 אפריל 2024, בהעדר הצדדים.

אבי סתיו, שופט