



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1608-02-21 אלאוף ואח' נ' Airbnb Ireland UC ואח'

1

מספר בקשה: 11:

לפני כבוד השופטת הדס עובדיה

מבקשים

1. ד"ר אמיר אללוף
 2. מאור פת
- ע"י ב"כ עוה"ד רועי ריינזילבר ושי צוקרמן

נגד

משיבים

1. Airbnb Ireland UC
 2. Airbnb Payments UK Ltd
- ע"י ב"כ הרצוג, פוקס, נאמן עורכי דין

2

החלטה

3

1. לפני בקשת המשיבות (בבקשת אישור התובענה כייצוגית [להלן: "בקשת האישור"]) Airbnb Ireland UC ו-Airbnb Payment UK Ltd. לסילוק על הסף של הבקשה לאישור תובענה כייצוגית שהוגשה כנגדן על-ידי המבקשים בשל תניות שיפוט זר ייחודיות המחייבות הפניית הצדדים להתדיינות בפני בתי המשפט המוסמכים באירלנד ובאנגליה לפי העניין, ומחמת היעדר עילת תביעה.

9

עניינה של בקשת האישור

10

2. המבקשים משכירים דירות אירוח לטווח קצר בפלטפורמה המקוונת הבינלאומית המופעלת על-ידי המשיבות. הפלטפורמה יוצרת קשר בין משכירים, ולרבות מנהלי נכסים עבור אחרים, לשוכרים של נכסים לצרכי אירוח ברחבי העולם. בנוסף מספקת הפלטפורמה כלים ותמיכה ליצירת קשר בין משכירים לשוכרים וכן שירותי תשלום. אין חולק על כי למשיבות אין נוכחות פיזית בישראל.

15

3. יחסי משתמשי הפלטפורמה בישראל מוסדרים בהסכם המכונה Terms Of Service, הנכרת עם Airbnb Ireland, שהיא חברה זרה המאוגדת באירלנד, ובהסכם המכונה Payment Terms

17



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1608-02-21 אלאוף ואח' נ' Airbnb Ireland UC ואח'

- 1 of service הנכרת עם Airbnb Payment UK שהיא חברה זרה המאוגדת באנגליה (להלן: "הסכם תנאי השירות" ו-"הסכם תנאי השלום" בהתאמה).
- 2
- 3 4. עניינה של בקשת האישור בקצירת האומר הוא בטענת המבקשים כי המשיבות אפשרו
- 4 למשכירים לבטל הזמנות בתקופת התפשטות מגפת הקורונה שגררה ביטולי הזמנות מרובים
- 5 שהוזמנו על-ידי שוכרים, ללא תשלום דמי ביטול וקנסות. לטענת המבקשים בעשותן כן, פעלו
- 6 המשיבות באופן חד-צדדי, בניגוד לתנאי השימוש ותנאי התשלום התקפים באתר, באופן גורף
- 7 תוך עקיפת מדיניות הביטול של המשכירים.
- 8 5. בכך, על פי הנטען, הפרו המשיבות את תנאי השימוש והתשלום וכן את המצגים וההתחייבויות
- 9 שלהם כלפי המשכירים; פעלו בחוסר תום לב בניגוד לסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי)
- 10 תש"ג-1973; הפרו את חוק השליחות תשכ"ה-1965; הפרו את חובת הנאמנות בה הן חבות;
- 11 התעשרו שלא כדין על חשבון המשכירים וגרמו להם נזקים המתבטאים בהפרש בין דמי הביטול
- 12 שהיו צריכים לקבל מהשוכרים לפי מדיניות הביטול שנקבעה בהזמנות לדמי הביטול שקיבלו
- 13 בפועל. נזקו האישי של המבקש 1 נאמד על-ידו בלמעלה מששת אלפים ₪, ונזקו האישי של
- 14 המבקש 2 נאמד בארבעת אלפים ₪ בקירוב.
- 15 6. הקבוצה שמבוקש לייצג בבקשת האישור הוגדרה על-ידי המבקשים כך:
- 16 **"כל משכירי הדירות ו/או החדרים ו/או יחידות דיר/נופש בישראל שקיבלו הזמנות דרך**
- 17 **הפלטפורמה של Airbnb אשר בוטלו על ידי Airbnb או על ידי המזמינים לאחר ש-Airbnb**
- 18 **אפשרה את ביטולן בניגוד למדיניות הביטול הקבועה בהן - ושלא קיבלו את מלוא דמי הביטול**
- 19 **בהתאם למדיניות הביטול של ההזמנות.**
- 20 7. לאור כפירת המשיבות בסמכות בית המשפט, בטרם הוגשה תשובת המשיבות לבקשת האישור,
- 21 הסכימו הצדדים בהמלצת כב' הרשמת טל לוי מיכאלי על מחיקת הבקשה לביטול היתר
- 22 המצאה ובירור בקשות המשיבות לסילוק התובענה על הסף תוך שמירת כל טענות הצדדים.
- 23
- 24 עוללות ההליך וטענות הצדדים:
- 25 8. המשיבות טענו כי בית משפט זה נעדר סמכות לדון בתובענה עקב תניות שיפוט זר ייחודיות
- 26 המחייבות את הפניית הצדדים להתדינות בבתי המשפט המוסמכים. בנוסף טענו המשיבות כי
- 27 בקשת האישור אינה מגלה עילה כנגדן בהיותה מבוססת על הדין הישראלי ולא על הדין האירי
- 28 והאנגלי, החלים לפי העניין ביחס להתקשרויות הצדדים, ומשלא צורפה לבקשת האישור חוות
- 29 דעת מומחה לדינים הזרים.
- 30 9. לאחר דיון שהתקיים בבקשה במעמד ב"כ הצדדים ביום 6.1.22, המשיבות הגישו הודעת עדכון
- 31 מטעמן בנוגע להשלכות החלטת כב' השופטת ענת ברון ברע"א 7470/20 **Facebook Ireland Limited**
- 32 **נ' גל** (3.1.2022) (להלן: **"ענין גל"**), לפיה אינן עומדות עוד על בקשתן לסילוק על הסף
- 33 של תניות שיפוט זר ייחודיות, לאור הקביעה בהחלטה לפיה לעניין תניית השיפוט הזר בחוזה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1608-02-21 אלאוף ואח' נ' Airbnb Ireland UC ואח'

1 אחיד, יש להחיל את הלכת בן חמו גם על עסקים קטנים וזעירים ולא רק על צרכנים. זאת מבלי
 2 לוותר על הטענה שיש לאכוף את תניית השיפוט שבתנאי השימוש על חברי הקבוצה הפועלים
 3 כעסק שאינם עסקים קטנים וזעירים. המשיבות עומדות על בקשתן לסילוק על הסף של בקשת
 4 האישור מחמת היעדר עילה בשל תניות ברירת הדין. המשיבות ציינו בהודעתן כי ההחלטה
 5 בעניין גל מחזקת את המסקנה לפיה דין בקשת הסילוק בשל ברירת הדין להתקבל. המבקשים
 6 הגיבו על הודעת המשיבות.
 7 ההחלטה תתייחס לפיכך לנטען בבקשה לסילוק בקשת האישור על הסף בלבד בהיעדר עילה.

טענות הצדדים בתמצית

טענות המשיבות בבקשתן לסילוק בקשת האישור על סף בהיעדר עילה

10
 11 10. לטענת המשיבות לפי ההלכה הפסוקה כאשר בקשה לאישור תובענה ייצוגית כפופה לדין זר, על
 12 מגישה לטעון לקיומה של עילת תביעה לפי הדין הזר הרלוונטי ולתמוך את טענותיו בחוות דעת
 13 מומחה. כך נפסק ברע"א 5860/16 בן חמו נ' Facebook (31.5.2018) (להלן: "ענין בן חמו נ'
 14 פייסבוק" וגם "עניין פייסבוק") וכן בת.צ (מחוזי ת"א) 44775-02-16 כהן נ' טאואר
 15 סמיקונדקטור בע"מ (2017) שערעור על ההחלטה נמחק בהמלצת בית המשפט בע"א 2889/18
 16 (להלן: "ענין טאואר" וכן בת"צ (מחוזי ת"א) 23821-02-17 חיות נ' קורן (2017). בעניין טאואר
 17 עמד כב' השופט כבוב על הצורך להכריע בסוגיית במסגרת בקשה לסילוק על הסף בשים לב לכך
 18 כי שאלת הדין החל היא שאלה משפטית טהורה וקלה להכרעה ולצורך היעילות הדיונית.

19 11. בענין בן חמו נ' פייסבוק ובפסיקה ענפה של בתי המשפט המחוזיים שיישמה את ההלכה, נקבע
 20 כי תניות ברירת הדין שבהסכמים בין המשיבות לבין משתמשיהם הישראלים, קל וחומר אלו
 21 הפועלים כעסק, אינן מהוות תנאי מקפח בחוזה אחיד ויש לאוכפן. מכיוון שהמבקשים לא טענו
 22 בבקשת האישור לקיומן של עילות תביעה לפי דין אירלנד או אנגליה, ועילות תביעה כאמור לא
 23 הוכחו באמצעות חוות דעת מומחה, הרי שבקשת האישור וכתב התביעה אינה מגלה עילה לפי
 24 הדינים המהותיים החלים על ענייננו ודינה סילוק על הסף.

25 תניות ברירת הדין שבתנאי השירות אינן חלות רק על העילה הנטענת בבקשת האישור בדבר
 26 הפרת חוזה, כי אם גם על העילות הלב-חוזיות הנטענות בה, הקשורות בחוזה ונטענות על
 27 היחסים החוזיים בין הצדדים, בהתאם להלכה שנקבעה בע"א 5666/94 סנקרי נ' Julius
 28 blum G.M.B.H, פד נ(א) 73, 78 (1996).
 29 12. כל עילות התביעה הנטענות בבקשת האישור נובעות מההסכמים בין הצדדים ומאותה מסכת
 30 עובדתית, כשהטענה הבסיסית ביסודן היא שהמשיבות פעלו בניגוד להסכמים. תניות ברירת
 31 הדין שבתנאי השירות מצריכות כי כל תביעה כנגד המשיבות תהא מבוססת על הדין האירי או
 32 האנגלי לפי העניין פרט לחריג צר ומתוחם החל על משתמשים שהם צרכנים על פי דין מדינתם
 33 לתבוע בעילות צרכניות על פי דיני הגנת הצרכן במדינת תושבתם. זו אינה רלוונטית לבקשת





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1608-02-21 אלאוף ואח' נ' Airbnb Ireland UC ואח'

- 1 האישור בכלל ולמבקשים בפרט; ראשית, כפי שנפסק בת.צ (מחוזי- מרכז) 54491-01-15 בשן נ'
2 EasyJet Airline l.t.d 8.6.2020, שערעור עליו תלוי ועומד, (להלן: "עניין EasyJet"), חוק
3 הגנת הצרכן הישראלי כלל אינו חל על אתר אינטרנט דוגמת פלטפורמת Airbnb וממילא לא
4 ניתן לומר כי לצרכנים ישראלים זכויות כלפי המשיבות מכוח דיני הגנת הצרכן הישראליים.
5 שנית, רוב העילות הנתענות בבקשת האישור הפרת חוזה, חוסר תום לב בקיום חוזה, הפרת
6 חוק השליחות וחוק הנאמנות ועשיית עושר ולא במשפט, ממילא אינן עילות צרכניות והעילה
7 הצרכנית היחידה שנטענה מכוח סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, נזכרה רק בשולי בקשת האישור.
8 שלישית, ההסתייגות אינה רלוונטית למבקשים ולשאר חברי הקבוצה הנתענת של משכירי
9 נכסים בישראל הפועלים כעסק, מהסיבה הפשוטה שאינם צרכנים על פי הדין הישראלי.
10 המבקשים אינם עושים בפלטפורמת Airbnb שימוש שעיקרו אישי ביתי או משפחתי, אלא
11 מנהלים ומציעים להשכרה למטרת רווח שורה של נכסים, והם פועלים בה, באופן מובהק כעסק.
12 נכסיהם הושכרו מאות פעמים, המבקש 1 מנהל 9 נכסים שונים, המבקש 2 מנהל 21 נכסים
13 שונים ואף מפעיל דף פייסבוק בנושא.
14
- 15 תשובת המבקשים לבקשת המשיבות לסילוק על הסף מחמת היעדר עילה-
- 16 13. המבקשות טוענות כי תניות ברירת הדין מאפשרות דיון במכלול עילות התביעה המצויות
17 בבקשת האישור לפי הדין הישראלי.
18 14. לחילופין, אם יקבע כי תניות ברירת הדין מחילות את הדין הזר יטענו המבקשים כי מדובר
19 בתניות מקפחות שדין להתבטל. ראשית, על פי נוסחן של תניות ברירת הדין עצמן אין מניעה
20 לדון בבקשת האישור על פי הדין הישראלי. התניות רק קובעות שתנאי השירות והשימוש
21 יפורשו לפי הדין הזר, להבדיל למשל מתניית ברירת הדין בעניין בן חמו נ' פייסבוק אשר קבעה
22 שכל טענה העולה ממערכת היחסים בין פייסבוק למשתמשיה תתברר לפי הדין הקליפורני. על
23 המשיבות מוטל להראות, באמצעות חוות דעת מתאימה לדין הזר, כי כללי פרשנות החוזה
24 שוללים את עילת התביעה החוזית העומדת למבקשים וליתר חברי הקבוצה. משלא עשו כן,
25 תחול חזקת שוויון הדינים.
26 15. גם אם המשיבות היו מראות כי כללי הפרשנות בדין הזר שוללים את העילה החוזית, הריג
27 הקבוע בתניות ברירת הדין מאפשר לצרכנים של המשיבות כמו המבקשים לתבוע בכל עילות
28 התביעה הלבר חוזיות המפורטות בבקשת האישור ובכללן עשיית עושר ולא במשפט, חוסר תום
29 לב, הטעיה נזיקית והפרת חובות שליחות ונאמנות. על פי הפסיקה תניית ברירת דין צריכה
30 להיות ברורה, ולכן יש לזקוף ערפול בסוגיה זו, לחובתן של המשיבות, וודאי כשמדובר בחוזה
31 אחיד.
32 16. שנית, המשיבות טוענות שהחריג מאפשר למשתמשים שהינם צרכנים לתבוע בעילות צרכניות
33 בלבד על-פי דיני הגנת הצרכן במדינת מושבם, ככל שהם חלים. המבקשים הם צרכנים לכן אין



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1608-02-21 אלאוף ואח' נ' Airbnb Ireland UC ואח'

1 מניעה לדון בבקשת האישור על פי הדין הישראלי. לעמדת המשיבות, הדין הישראלי מסתכם
2 בחוק הגנת הצרכן בלבד וזאת לאור לשון תניות ברירת הדין. ברם, התיבה עוסקת בסט חוקים
3 'בלשון רבים' שנועדו להגן על הצרכנים. הדבר נתמך גם על-ידי תניית ברירת הדין למשתמשים
4 האירופיים בו קבעו המשיבות שהתנייה לא נועדה לפגוע בחוקים קוגנטים בלבד.
5 17. המשיבות בחרו שלא לפרש את התיבה בתנאי השימוש והשירות שנוסחו על ידן באופן חד צדדי;
6 אין לצפות מהמשתמשים שינחשו באילו עילות יוכלו לתבוע ובאילו לא; הדעת נותנת כי אם
7 המשיבות הסכימו שמשתמשים צרכנים יתדיינו במקום מושבם הם לא התכוונו לצמצם את
8 עילות התביעה העומדות לרשותם; תניית ברירת הדין איננה שוללת במפורש תחולה מקבילה
9 של הדין הישראלי; אם תניות ברירת הדין יפורשו בצמצום כך שהן יאפשרו דיון בקשת האישור
10 רק לפי עילה מכוח חוק הגנת הצרכן, הרי שיש לראותן כמקפחות ובטלות.
11 18. לבסוף, אין לראות את החלת חוק הצרכן כהחלה חוץ טריטוריאלית כי פעילות המשיבות בנוגע
12 לצרכנים הישראלים הם בעיקר בישראל. במידה ויקבע בניגוד לטענת המבקשים, הרי שנקבע
13 בבג"ץ 297/51 חיים הרץ אמסטורדם 611 אח' נ' שר אוצר ו 945 (1952) כי דבר חקיקה יפורש
14 כבעל תחולה אקס-טריטוריאלית אם הדבר מוצדק לאור לשונו או תכליתו. בענייננו, הגנה על
15 צרכנים המצויים בעמדת נחיתות מובהקת מול עוסקים כמו המשיבות ויש להחיל את חוק הגנת
16 הצרכן על עוסקים זרים המכוונים את פעילותם לשוק הישראלי.
17 19. לחילופין, אם יקבע שתניות ברירת הדין מחילות רק את הדין הזר על ההליך דן, יש לקבוע שהן
18 מקפחות, בכללותן, לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים הקובע שני מבחנים חלופיים לביטול
19 או שינוי בחוזה אחיד: קיפוח הלקוחות ויתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לקיפוח
20 הלקוחות. כפי שמציין היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה לרע"א 1901/20 בעניין **טרוים מילר**
21 **בע"מ נ' Facebook Ireland Limited**. שצורף כנספח 4 לתגובה. הקיפוח נובע שכשלקוח
22 (המבקשים) שאינו בעל מומחיות או משאבים מיוחדים, ניצב לפני כריתת חוזה עם תאגיד זר
23 עתיר כח, הכולל תניית ברירת דין. ללקוח אין יכולת להשפיע על נוסח החוזה ולהבין את מכלול
24 החובות שתנייה זו מטילה עליו, אין ציפייה כי באותם מקרים הלקוח ישכור את שירותיו של
25 מומחה לדין הזר כבר בשלב כריתת החוזה. תנאי זה מקפח ולכל הפחות מקנה לספק יתרון
26 בלתי הוגן על הלקוח המתקשר עמו כבר במועד כריתת ההסכם. ההוגנות מחייבת את
27 המשיבות, שמכוונות את פעילותן להתקשרות עם תושבי ישראל כאשר פערי הוכחות נוטים
28 בבירור לטובתן להחיל על עצמן את הדין המקומי. שאלת פערי הוכחות בין הצדדים לחוזה
29 אחיד תיבחן במועד כריתתו לכן אין בעובדה שמדובר בתביעה ייצוגית כדי להשפיע על אלו. כמו
30 כן, Airbnb כדי להקשות על פתיחה בהליכים נגדה, מבקשת להחיל על חברות שונות בקבוצות
31 שונות דינים שונים, במקרה שלנו את הדין האירי על משיבה 1 ואת הדין האנגלי על משיבה 2
32 באופן שמכביד על המשתמשים ומעצים את קיפוחם. הקביעה ביחס לתניית ברירת הדין בעניין



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1608-02-21 אלאוף ואח' נ' Airbnb Ireland UC ואח'

1 בן חמו נפסקה על רקע אינטרס לריכוז כלל התדיינותה של פייסבוק לפי הדין הקליפורני ואולם
2 במקרה שלנו אינטרס זה נחלש.

3

4 תגובה לתשובה לבקשה לסילוק על הסף בשל היעדר עילה

5 20. במענה לטענות המבקשים נטען כי העובדות המפורטות בבקשת הסילוק לפיהן המבקשים

6 פועלים כעסק בפלטפורמה כלל לא הוכחו, המבקש 2 לא צרף תצהיר והמבקש 1 אינו יכול

7 להצהיר בשמו ואף בעצמו אינו מכחיש כי הוא משכיר שורה של דירות וחדרי אירוח. המבקשים

8 נעזרים בשירותי הפלטפורמה לעסקים וגם בכך יש משום עדות לכך כי אינם כלל בבחינת

9 צרכנים, אלא מי שמנהל אופרציה עסקית באמצעות הפלטפורמה על-פי כל פרשנות למושג,

10 לבטח שכך הם פני הדברים על-פי הפרשנות המצמצמת הקבועה בפסיקה. יש לדחות את טענת

11 המבקשים לפיה תניות ברירת הדין בענייננו הן מקפחות. הטענה סותרת את הלכת פייסבוק

12 לפיה תניית ברירת דין בחוזה אחיד אינה מקימה חזקת קיפוח. בהתאם לכך, כאמור בבקשה,

13 מי שטוען שתניית ברירת דין היא מקפחת עליו הנטל להוכיח זאת באמצעות חוות דעת מומחה

14 לדין הזר. בעניין אינסטגרם נקבע, כי ההלכה בעניין פייסבוק אינה מונעת מתובע לנסות להוכיח

15 במקרה קונקרטי באמצעות חוות דעת מומחה לדין הזר, שהדין הזר מקפח. בניגוד לנטען,

16 העובדה שכל מערכות היחסים של משתמשי הפלטפורמה דין אירלנד ודין אנגליה אינה גורעת

17 מתחולתה של הלכת פייסבוק בענייננו ומחובתם של המבקשים להוכיח כי תניות ברירת הדין

18 הן מקפחות.

19 21. שנית, יש לדחות את שלל הטענות על יסוד החריג הכלול בתניות ברירת הדין החל על משתמשים

20 שהם צרכנים על פי דין מדינתם. זאת כי המבקשים אינם צרכנים. הכנסת כלל העילות שבבקשת

21 האישור אל החריג בתניות ברירת הדין ירוקן אותן מכל תוכן. אין יסוד גם לניסיון המבקשים

22 לאבחן את בעניין EasyJet בו נקבע כי חוק הגנת הצרכן אינו חל על אתר אינטרנט דוגמת

23 פלטפורמת Airbnb. אדרבא, בעניין EasyJet אף נקבע כי אין תחולה לחוק הגנת הצרכן אף

24 שהחברה פעלה פיזית בישראל וטסה ממנה ואליה. אין יסוד לטענה כאילו תניות ברירת הדין

25 מחילות דין אחד על כללי פרשנות החוזה, ודין אחר על עילת התביעה החוזית, זאת אינה

26 מתיישבת עם פסיקת בית המשפט שהחילה את הדין הזר בהם נכללו בהסכמים בין הצדדים

27 תניות ברירת דין דומות לתניות שבענייננו.

28 22. אין יסוד לטענת המבקשים כאילו נוסח תניית ברירת הדין החלה על משתמשים אירופאיים

29 מלמד שהתנייה החלה על משתמשים במדינות אחרות בעולם נועדה לחול רק על כללי פרשנות

30 חוזה, להבדיל מעילות התביעה עצמן. נוסח תניות ברירת הדין בשני המקרים דומה, הכוונה

31 שביסודן דומה ותכליתן דומה.

32 23. באשר לטענה כאילו יש להחיל את חזקת שוויון הדינים, מדובר בהרחבת חזית אסורה ובניסיון

33 להפוך את נטל ההוכחה. הלכה היא שאין לעשות שימוש בחזקת שוויון הדינים כדי לרפא מחדלו



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1608-02-21 אלאוף ואח' נ' Airbnb Ireland UC ואח'

- 1 של בעל דין להוכיח דין זר (47676-05-18 ל.פ. נ' מ.פ. פס' 24 (2019)). קל וחומר, שבעל דין שלא
2 טען לעילת תביעה לפי הדין הזר, כבענייננו, לא יכול לרפא פגם זה באמצעות חזקה זו. אם ניתן
3 היה להחיל את החזקה במצבים אלה, בתי המשפט לא היו מסלקים בקשות אישור על הסף
4 בשל אי הוכחת הדין הזר.
- 5 24. לבסוף, יש לדחות את הטענה כאילו תניות השיפוט וברירת הדין אינן חלות על עילות לבר
6 חוזיות. הלכה היא כי תניות כאמור יפורשו בהרחבה, כך שיחולו גם על העילות הלב-חוזיות
7 הקשורות עם החוזה ונשענות על היחסים העסקיים חוזיים בין הצדדים. כך בענייננו, בו כל
8 עילות התביעה נטענות נובעות מההסכמים בין הצדדים והטענה ביסוד כל העילות היא כי
9 המשיבות פעלו כביכול בניגוד להסכמים. יודגש כי המשיבות ביקשו להחיל את הדין הזר על
10 כלל סכסוכיהן עם משתמשי הפלטפורמה.
- 11
- 12 ההחלטה בברע"א 7470/20 Facebook Ireland Limited נ' גל
- 13 25. לאחר מועד הדיון, ובטרם מתן ההחלטה בבקשת המשיבות לסילוק בקשת האישור על הסף
14 נתנה החלטת כב' השופטת ברון ברע"א 7470/20 Facebook Ireland Limited נ' גל (להלן:
15 "ענין גל" זאת ביום 3.1.2022. המשיבות הגישו הודעת עדכון ביחס לפרסום ההחלטה והותר
16 להן להגיש הודעה ביחס להשלכותיה על בקשותיהם לסילוק על הסף, כך עשו. המבקשים השיבו
17 לטענותיהם.
- 18 26. בענין גל נדונה בקשת רשות ערעור על החלטת כב' השופט רחמים כהן שלא לסלק על הסף את
19 הבקשה לאישור תובענה כייצוגית שהגישו משתמשי פייסבוק הרוכשים ממנה שירותי פרסום,
20 שטענו שההסכם עמם ועם מפרסמים נוספים שהם מבקשים לייצג הופר על-ידי פייסבוק ונגרמו
21 להם נזקים ממוניים בלתי מבוטלים ואף נזקים בלתי ממוניים עקב הסרת מודעותיהם והשבתת
22 חשבונותיהם. בית המשפט המחוזי נמנע מלסלק את בקשת האישור על הסף מטעמים שונים.
23 ביחס לטענה שלפיה המפרסמים אינם צרכן נקבע בשים לב לנחיתותם מול פייסבוק כי יש
24 לראותם כמי שעונה להגדרת "צרכן" בחוק הגנת הצרכן וכמי שרכשו שירות במהלך עיסוקם
25 שעיקרו אישי, למרות שהם משלמים לפייסבוק עבור שירותיה, ואין הם חייבים להגיש את
26 תביעתם לפי תניית השיפוט בקליפורניה.
- 27 27. בהינתן הנחת היסוד כי רק במקרים חריגים תסולק על הסף בקשה לאישור תובענה כייצוגית
28 בהיותה כשלעצמה בקשת ביניים, נדחתה בקשת רשות הערעור. לא ארחיב בענין קביעות כב'
29 השופטת ברון בהחלטה עניין תניית סמכות השיפוט עם פייסבוק אירלנד וליישום הלכת בן חמו,
30 לאור הודעת המשיבות כי הן לא עומדות על בקשת הסף בעניין זה. אציין אך כי נמצא שלא ניתן
31 לקבל את הטענה שהמפרסמים אינם זקוקים להגנה מפני תניית סמכות השיפוט שבהסכם תנאי
32 השירות האירי, וכי ואין מקום להבחין בינם ובין משתמשי פייסבוק הרגילים לענין החלת
33 הלכת בן חמו, ולפיכך תניית סמכות השיפוט בהסכם תנאי השירות האירי מהווה תנייה מקפחת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1608-02-21 אלאוף ואח' נ' Airbnb Ireland UC ואח'

- 1 בחוזה אחיד גם כלפי המפרסמים והגשת בקשת אישור נגד פייסבוק אירלנד בישראל ולא
2 בקליפורניה נעשתה כדין.
- 3 28. לעניין הסכם תנאי השירות האמריקאי הפוטר את מי שהוא "צרכן" מתניות סמכות השיפוט
4 וברירת הדין וקביעת כבי' השופט כהן כי ניתן לתבוע את פייסבוק ארה"ב לפי הדין הישראלי
5 ובישראל, נקבע על-ידי כבי' השופטת ברון כי בשלב הנוכחי של ההליך בטרם בירור בקשת
6 האישור נתן להכיר במפרסמים בתור צרכנים לכאורה של פייסבוק ארה"ב בהתאם להגדרת
7 המונח בהסכם תנאי השירות האמריקאי מבלי לדון בשאלת היותן של התניות שבהסכם תניות
8 מקפחות בחוזה אחיד.
- 9 29. עוד נקבע כי לשון המונח "צרכנים" בהסכם תנאי השירות האמריקאי יכולה להתיישב עם כל
10 אחת מהפרשנויות הנטענות על-ידי הצדדים, היינו באופן צר, כפרשנותו על-פי חוק הגנת הצרכן,
11 ככוללת רק צרכן ביתי, או באופן רחב, כפרשנותו בחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, היינו
12 המשתמש הסופי. נקבע כי בנסיבות העניין, לאור השונות הגדולה בין המפרסמים הנדרשים
13 לשירותי פייסבוק הסיווג אינו בהכרח עניין בינארי. בשלב זה אין צורך להגדיר את המונח
14 "צרכן" שבהסכם תנאי השירות האמריקאי ונתן לקבוע כי לפחות חלק משמעותי מהמפרסמים
15 הם "צרכנים" כהגדרת המונח בהסכם תנאי השירות האמריקאי וההגדרה הממצה תיעשה
16 במהלך הדיון בבקשת האישור ולפיה תוגדר הקבוצה המיוצגת. בנוסף נקבע כי הגדרה רחבה
17 מדי של קבוצה בבקשת אישור אינה עילה למתן רשות ערעור.
- 18 30. לאחר מתן ההחלטה בעניין גל הוסיפו ב"כ הצדדים התייחסות קצרצרה להשלכותיה בענייננו.
19 אפרט את הטענות בקצרה:
20
- 21 טענות המשיבות בקיצור לאחר ההחלטה בעניין גל
- 22 31. המשיבות חזרו בהן כאמור מבקשתן בשל תניות שיפוט זר ייחודיות, בשים לב לקביעה
23 בהחלטה בעניין גל לפיה יש להחיל את הלכת בן חמו גם על עסקים קטנים וזעירים ולא רק על
24 צרכנים. המשיבות עומדות על טענתן לפיה יש לאכוף את תניות השיפוט שבתנאי השימוש שלהן
25 על חברי הקבוצה הפועלים כעסק, וכי אין לכלול בגדרי הקבוצה הנטענת משתמשים כאמור
26 בבקשת האישור, ולא להן שומרות על כל זכויותיהן.
- 27 32. לעניין בקשתן לסילוק בקשת האישור על הסף מחמת היעדר עילה בשל תניית ברירת הדין,
28 בהתאם להלכת בן חמו, תניית ברירת דין זר אינה מהווה תנייה מקפחת בחוזה אחיד לא לגבי
29 הצרכנים ומקל וחומר לא לגבי עסקים, תנאי השימוש של המשיבות מחילות את הדין האירי
30 והדין האנגלי, לפי העניין, על כל עילת תביעה כנגד המשיבות (ללא הבחנה בין עסקים לבין
31 צרכנים) זאת פרט לחריג אחד צר ומתוחם, החל על משתמשים שהם צרכנים, המאפשר להם
32 לתבוע בעילות צרכניות בלבד על פי דיני הגנת הצרכן במקום תושבתם.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1608-02-21 אלאוף ואח' נ' Airbnb Ireland UC ואח'

33. בנוסף, כלל הטענות בבקשת האישור, פרט לעילה הטעייה צרכנית לפי סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, אינן עילות צרכניות ולכן החריג הכלול בתניות ברירת הדין אינו חל עליהן. משכך, השאלה אם המבקשים הם צרכנים או פועלים כעסק אינה רלוונטית למרבית העילות הנטענות, עליהן יש להחיל את הלכת בן חמו ולאכוף את תניות ברירת הדין הזר.
34. באשר לעילה היחידה הכלולה בבקשת האישור הנופלת לגדר החריג לתניות ברירת הדין – עילת ההטעייה הצרכנית, זו חלה רק לגבי צרכן, לפיכך הדיון בעניין גל בנוגע לפרשנויות למונח צרכן, אינו רלוונטי ואינו נדרש לענייננו שהרי המבקשים אינם צרכן כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן.
- 8
- 9 טענות המבקשים על קצה המזלג לאחר ההחלטה בעניין גל
35. המבקשים בתגובה להודעת המשיבות טוענים כי תניית ברירת הדין לא מהווה תנייה מקפחת בחוזה אחיד. כב' השופטת ברון הבהירה כי בהינתן קביעתה לפיה בעלי העסקים הם צרכנים של פייסבוק, אין צורך לדון בשאלה האם התניות בהסכם הן תניות מקפחות בחוזה אחיד. זאת ועוד, טענת המשיבות הנוגעת לעניין אכיפת תניית דין זר בהסכם תנאי השירות החל על היחסים שבין פייסבוק אירלנד לבין כלל משתמשי פייסבוק, שגויה. בעניין גל נקבע שרק תניית סמכות השיפוט היא תנייה מקפחת בחוזה אחיד ואילו תניית ברירת הדין בהסכם האירי כלל לא עמדה במחלוקת בעניין גל. עניין גל הזהד את ההלכה שנקבעה בדנ"א 5783/14 עו"ד ליאור צמח נ' אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ, (2007) המיושמת בעקביות, ולפי המונח צרכן הוא רחב, גמיש והמבחן המהותי להחלתו הוא פערי הכוחות בין הצדדים (ס' 19 לעניין גל). גם בין משתמשים עסקיים-מסחריים לבין פלטפורמות מסוגן של המשיבות קיימים פערי כוחות עצומים ומשתמשים אלו לא מתוחכמים יותר מצרכנים ועל כן אינם ראויים להגנה מצומצמת יותר בפני הוראות חוזיות שלכאורה מקפחות. כוח המיקוח של המשתמש עסקי-מסחרי אינו שונה ואף פחות ביחס למשתמש רגיל בשל תלות הראשון בפלטפורמה. לפיכך גם אם יקבע שהמבקשים הם משתמשים עסקיים (בניגוד לעמדתם), עדיין יש לראותם כצרכנים.
36. זאת ועוד, בעניין גל נקבעו מספר קביעות חשובות נוספות לענייננו: התכלית האובייקטיבית של תנאי שירות כאלו היא איזון ראוי, המאפיין צדדים סבירים והוגנים הפועלים בתום לב להגנה על ענייניהם תוך התחשבות בענייניו של הצד האחר; נכון לפרש את המושג "צרכן" בניגוד לאינטרס מנסח תנאי השירות; אין צורך להגדיר את המונח "צרכן" בשלב הדיוני של הבקשה לסילוק על הסף וראוי שתעשה במהלך הדיון בבקשת האישור.
37. לבסוף, די בכך שניתן לקבוע שלכאורה חלק מהמשתמשים הינם צרכנים ועל בסיס הגדרה זו, שתקבע במהלך הדיון, תוגדר הקבוצה המיוצגת. בהינתן אלו, אמירת המשיבות שהדיון בעניין גל הנוגע להגדרת המונח "צרכן" אינו רלוונטי הינו סירוב לקבל את הדין. לעניין פרשנות הסיפא של תניית ברירת הדין עליה מתייחסות המשיבות, ("בחירת הדין לא משפיעה על זכויותך כצרכן לפי ההגנות והרגולציות שקבועות בחוק לפי מדינת מגוריך"). אם יקבע שהמבקשים



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1608-02-21 אלאוף ואח' נ' Airbnb Ireland UC ואח'

1 הינם בגדר צרכנים של המשיבות, משמע שהדין הישראלי חל ולכן נפקות כפולה; הראשונה,
2 לצד מערכות דינים אחרות, הרי שתניית ברירת הדין מקבילה ואינה ייחודית, והשנייה, שלא
3 ניתן להשלים עם תנייה שמגבילה את עילות התביעה העומדות לרשות המבקשים, שתחשב
4 מקפחת ובטלה, לפי סעיפים 3, 4(6), 4(8) ו-5(א) לחוק החוזים האחידים. מבלי לגרוע מטענות
5 המבקשים בתשובה לבקשות לסילוק על הסף.

דין והכרעה:

6
7 38. עתה, משהמשיבות אינן עומדות עוד על טענתן לסילוק בקשת האישור על הסף עקב תניית
8 שיפוט זר, ובהיותנו פרום המוסמך לדון בבקשת האישור, נוצר מרחב גדול יותר להפעלת
9 שיקול הדעת השיפוטי בשאלה כיצד ומתי נכון ומועיל לדון בטענות המשיבות ביחס לעילת
10 התביעה, דרכי הוכחתה, והפגמים המובנים שנפלו בבקשת האישור לשיטת המשיבות,
11 המצדיקים את דחייתה על הסף.

12 בשונה מכך, הכרעה בטענת תניית שיפוט זר וחוסר סמכות לפורום מטבע הדברים אינה
13 מאפשרת זאת, ועליה להתברר תחילה כטענת סף, שמא ימצא כי בית המשפט נעדר סמכות לדון
14 בתובענה.

15 39. בשים לב לכך כי אין המשיבות חולקות על כי על - פי חריג הקבוע בהסכמים עם המשיבות,
16 משתמשים שהם צרכנים על פי דין מדינתם רשאים לתבוע בעילות צרכניות על-פי דיני הגנת
17 הצרכן במקום תושבותם, ולפיכך יש מקום לבירור השאלה האם יש עילה לחלק מחברי הקבוצה
18 כהגדרתה בבקשת האישור, אשר עשו שימוש בפלטפורמה לשימוש אישי, ביטי ומשפחתית,
19 למטרות נופש וקיט, על פי דינים אלה לכל הפחות, הרי שלא יהיה בהכרעה בבקשת הסילוק
20 כדי לסיים את המחלוקת אף אם המשיבות יצליחו לשכנע בטענותיהם, וההליך ימשך.

21 40. במצב דברים זה ניטל עוקצו של ה"פיתוי" להקדים ולברר את טענות המשיבות כבר בשלב זה
22 של ההליך, עוד בטרם הוגשה תשובת המשיבות, ועוד בטרם נדונה בקשת האישור, שהיא
23 כשלעצמה כידוע בקשת ביניים מקדמית. אין מקום גם מטעמי יעילות מערכתית לבירור
24 הסוגיות הטעונות הכרעה טיפין וטיפין ולשיעורין, לקבלת החלטות בטרם נפרשה היריעה
25 השלמה בפני בית המשפט, ול"הזמנת" בקשות לביצוע מקצי שיפורים למיניהם. הדברים
26 נעוצים בהלכה הידועה, שלפיה בית המשפט קומץ ידו במתן הזדמנות למשיבים בתובענות
27 ייצוגיות להקדים בירור של טענותיהן או חלק מהן לשלב טרומי המקדים את בירור בקשת
28 האישור. בעניין זה בוארה ההלכה אך זה מקרוב על-ידי כבי השופטת ברון בעניין גל כך:

29
30 " נקודת המוצא לדיון היא שסילוק על הסף של תביעה שמור למקרים חריגים, ועל אחת כמה
31 וכמה כשמדובר בסילוק של בקשה לאישור תובענה כייצוגית (רע"א 7667/17 רזנצוויג נ' חזן,
32 פסקה 8 (3.12.2018)). הליך אישור תובענה כייצוגית הוא כשלעצמו הליך מקדמי, כך שבקשה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1608-02-21 אלאוף ואח' נ' Airbnb Ireland UC ואח'

- 1 לסילוק על הסף של בקשה לאישור תובענה כייצוגית היא בגדר הליך "מקדמי שבמקדמי".
2 בעוד במסגרת בקשה לאישור תובענה ייצוגית על בית המשפט לבחון אם קיימת אפשרות
3 סבירה שהשאלות שמעוררת התובענה יוכרעו לטובת הקבוצה (סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות
4 ייצוגיות, התשס"ו-2006), בבקשה לסילוק על הסף שומה על בית המשפט לבחון אם מדובר
5 בבקשת אישור תובענה כייצוגית שניתן באופן מובהק לומר שאין לה תוחלת, בין משום
6 שמדובר בבקשת סרק בין מטעם אחר (רע"א 9771/16 נובל אנרג'י מדיטרניאן לימיטד נ'
7 נזרי, פסקה 19 (28.9.2017)). על כן ככלל, טענות סף נגד אישור ניהול תובענה כייצוגית
8 יידונו במהלך הדיון בבקשת האישור עצמה, ולא בגדר בקשה לסילוק על הסף; זאת להוציא
9 מקרים חריגים, כאשר יש אפשרות לא מבוטלת שהדיון בבקשת האישור יסתיים בלא כלום,
10 בשל טענת הגנה שניתן להכריע בה כבר בפתח הדיון (עניין בן חמו, פסקה 17; רע"א 2022/07
11 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' אר-און השקעות בע"מ, פסקה 6
12 (13.8.2007))." ראו עניין גל. פסקה 10. הדברים יפים אף לענייננו.
41. התביעה "הצרכנית" לשיטת המבקשים של מי שמבקש פיצוי מהמשיבות על כך שאפשרו לבטל
13 הזמנות של דירות וחדרים בפלטפורמת Airbnb בתקופת השיא בתחלואת הקורונה של צרכני
14 הקצה, המשתמשים הסופיים, העושים שימוש בפלטפורמה לשימוש אישי ומשפחתי, מבלי
15 לקנוס את הצרכניים ולחייבם בדמי ביטול, יכולה לעורר קשיים ושאלות רבות נוספות על
16 השאלות שמעוררות המשיבות בבקשתן שאין זו העת לבררן, ובכלל זה לתועלת הנטענת של
17 התובענה, לנזיקה האפשריים לחברי הקבוצה או מי מהם, לקיומה של קבוצה, גודלה, ומדת
18 התאמת המבקשים לייצגה. לא זה הזמן ולא זו המסגרת לבירורן.
42. בשים לב לכל האמור לעיל, הבקשה נדחית, וטענות הצדדים שמורות להם להמשך הדרך.
43. מובא לידיעת היועץ המשפט לממשלה, באמצעות פמ"א אז' ההליך בו נטענת טענת קיומו של
21 סעיף מקפח בחוזה אחיד. ב"כ המבקש ימציאו ההחלטה.
44. יש להגיש תשובה לבקשת האישור תוך 90 ימים מהיום ותגובה לתשובה בהתאם לתקנה 2
23 לתקנות תובענות ייצוגיות, תשי"ע – 2010. במועד ההגשה בנט הגישו גם עותק ניר מדוגל.
45. ק.מ. נקבע ליום 20.11.22 בשעה 09:00
- 26
27
28 ניתנה היום, כ"ט אדר א' תשפ"ב, 02 מרץ 2022, בהעדר הצדדים.
29

רזס מרמרה

הדס עובדיה, שופטת

30



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 1608-02-21 אלאוף ואח' נ' Airbnb Ireland UC ואח'

1

