



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 53961-12-18 בסון נ' Alibaba.com singapore E Commerce Private Limited

לפני כבוד השופט רמי חיימוביץ

המבקשת בבקשת האישור
(התובעת) ליאור בסון

נגד

המשיבה בבקשת האישור
(הנתבעת) Alibaba.com singapore E Commerce Private Limited

1

2

3

4

5

החלטה בבקשה לביטול היתר המצאה

6

7

8

9

10

11

12

13

14

עניינה של התובענה, בתמצית, בטענה שהמשיבה, חברה זרה המפעילה את אתר המכירות הבינלאומי Aliexpress, מטעה את לקוחותיה בישראל וגובה מהם דמי משלוח גבוהים ממה שהוצג בשלביה הראשונים של העסקה.

עניינה של הבקשה הנוכחית – ביטול היתר המצאה מחוץ לתחום (המשיבה היא המבקשת בבקשה זו, אך לשם הנוחות יכונה הצדדים בהתאם לבקשת האישור). שלב ההמצאה אמור להיות מבוא למבוא, אך למרות פסיקה רבה בתחום ממשיכות לעלות (משני הצדדים) טענות שכבר הוכרעו, דבר המעכב את הדיון בבקשת האישור, לעתים לתקופות ממושכות. אפשר כי השינוי שנעשה בתקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט-2018 יביא לקיצור ההליכים וצמצום המחלוקות, אך בענייננו חלות עדיין תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, וביתר דיוק – תקנה 500 בהן.

המחלוקת מתמקדת בשני תנאים להמצאה – עילת המצאה לפי תקנה 500; ועילת תביעה, בין השאר משום שהמבקשת הגישה תביעתה לפי הדין הישראלי אף שבהסכם בין המשיבה וביןה קיימת תניית דין זר המחילה על ההסכם את דין הונג קונג. המשיבה מוסיפה טענות לגוף העניין, שלשיטתה שוללות את עילת התביעה האישית ולמצער הופכות את עניינה של המבקשת לייחודי ושוללות קיומה של קבוצה.

20

התובענה ובקשת האישור

21

22

23

24

1. המשיבה היא חברה זרה המאוגדת בסינגפור ומשרדיה בהונג קונג. המשיבה מפעילה פלטפורמת מסחר מקוון בינלאומית, רחבת היקף, הידועה בשם Aliexpress, בה משווקים מוצרים המיוצרים בסין לצרכנים ברחבי העולם. אין מחלוקת שהמשיבה עוסקת בסחר בינלאומי בהיקפים גדולים, כי היא פונה גם לציבור בישראל, וכי פלטפורמת המסחר שלה כוללת תרגום לעברית.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 53961-12-18 בס"נ 'Alibaba.com singapore E Commerce Private Limited

2. המבקשת היא ישראלית, שרכשה מוצרים באמצעות יישום רשת (אפליקציה) של המשיבה. המבקשת טוענת כי ביקשה להזמין רק מוצרים בהם המשלוח לישראל הוא חינם ובחרה במסנן תוצאות שיציג לה רק מוצרים שכאלה, ואכן בתוצאות החיפוש שעלו נכתב "שילוח חינם". המבקשת בחרה מוצרים שבחרה, אך כאשר הגיעה לשלב התשלום הסופי צוין, לראשונה, כי עליה לשלם דמי משלוח. לטענתה אישרה את העסקאות בלי ששמה לב להוספת דמי המשלוח (שכן מראש בחרה מוצרים בהם השילוח חינם). אחת הרכישות מומשה ואת השנייה ביטלה מידית כשגילתה את הפער. בהמשך בחנה 31 מוצרים, וגילתה שבכולם נוספו דמי משלוח בשלב התשלום אף שבתחילת העסקה נכתב כי השילוח חינם. המבקשת חשה כי התנהלות זו פוגעת באוטונומיה שלה, בחופש הרצון ובחופש הבחירה, ואומדת את נזקיה בראש נזק זה בסכום של 50 ₪, כשלכך יש להוסיף את דמי המשלוח ששלמה בסך 6.4 ₪.

3. ב-24/12/2018 הגישה תביעה על סך 56.4 ₪ ועמה בקשה לאישור התביעה כייצוגית בשם "כל מי שבמהלך שבע השנים שקדמו להגשת התובענה ועד למתן פסק הדין בתובענה ביצע ו/או יבצע עסקה כלשהי מול המשיבה, תוך שחויב ו/או יחויב בגין עלות דמי משלוח שבינה גבוהה מזו שהוצגה בפניו בשלבי העסקה הראשונים". המבקשת מעריכה את הנזק לקבוצה בסכום של 180,600,000 ₪. עילות התביעה מכוחן הוגשה התביעה הן עילות מן המשפט הישראלי – הטעיה והשפעה בלתי הוגנת בניגוד לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981; רשלנות והפרת חובה חקוקה בניגוד לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]; הפרת חוזה בניגוד לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973; ועשיית עושר ולא במשפט המנוגדת לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979.

היתר ההמצאה והבקשה לביטול

4. בד בבד עם התובענה ובקשת האישור הגישה המבקשת בקשה להיתר המצאה מחוץ לתחום לפי תקנות 500 (4), (5) ו-7. ב-10/1/2019 נעתר בית המשפט לבקשה להיתר המצאה לפי תקנות 500 (4) ו-7. לא התבקש, וממילא לא ניתן, היתר המצאה מכוח תקנה 500(7א), המאפשרת המצאה במקרה בו "התובענה מבוססת על נזק שנגרם לתובע בישראל ממוצר, משירות או מהתנהגות של הנתבע, ובלבד שהנתבע יכול היה לצפות שהנזק ייגרם בישראל וכן שהנתבע, או אדם קשור לו, עוסק בסחר בין-לאומי או במתן שירותים בין-לאומיים בהיקף משמעותי", ונותנת מענה לעסקאות צרכניות במרשתת (רע"א 9463/17 Hotels נ' סיליס (16/1/2019)).

5. ב-9/8/2019 הגישה המשיבה בקשה לביטול היתר ההמצאה, בטענה שלא מתקיימים שניים מהתנאים הנדרשים למתן היתר שכזה – אין עילת תביעה ואין עילת המצאה. לגוף הדברים נטען כי ברירת המחדל לשילוח אצל המבקשת הוגדרה לארה"ב ולא ישראל, ולכן התוצאות הראשוניות שקיבלה היו של שילוח חינם לארה"ב, דבר שנכתב המפורש המצגים שהוצגו לה. בשלב האחרון, כשהזינה כתובת מדויקת למשלוח בישראל, עודכנו דמי המשלוח בהתאם למדינת היעד החדשה. המשיבה סבורה כי בנסיבות אלו אין למבקשת עילת תביעה ואף נשמטת הטענה לקיומה של קבוצה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 53961-12-18 בס"נ 'Alibaba.com singapore E Commerce Private Limited

- 1 שכן מדובר בהגדרת שדה מדינת השילוח בטלפון הספציפי של המבקשת. מבחינה דיונית טוענת
2 המשיבה כי הסכם ההתקשרות שבין המבקשת לבין המשיבה כולל תניית דין זר המחילה על
3 ההסכם את דין הונג-קונג הדומה לדין האנגלי, ובהתאם להלכה שנפסקה ברע"א
4 5850/16 Facebook נ' בן חמו (31/1/2018) היה על המבקשת להגיש תביעתה לפי דין זה או
5 להוכיח כי מדובר בדין מקפח. בנוסף נטען כי אין עילת המצאה שכן לא מתקיימות החלופות
6 שבתקנה 500 (4) ו- (7) מכוחן התבקש היתר ההמצאה.
- 7 6. בתשובתה לבקשה טענה המבקשת כי קיימת עילת המצאה לפי תקנה 500(א7) אך לא
8 ביקשה לתקן את הבקשה להיתר המצאה שכן לשיטתה יש ממילא עילת המצאה גם לפי תקנות
9 500(7) – (4). המבקשת הוסיפה כי לאחר הגשת התובענה שינתה המשיבה את התנהלותה כשדה
10 מדינת השילוח הנכונה עודכן אוטומטית ובכך יש הודאת בעל דין, וכי בכל מקרה שלב ההמצאה
11 אינו מתאים לדיון מעמיק בסוגיה זו, ודי שהראתה שאלה רצינית כדי לקבוע כי התנאי מתקיים.
12 אשר לתניית הדין הזר – לטענת המבקשת מדובר בטענה שאינה רלבנטית לשלב ההיתר והמקום
13 לדון בה הוא במסגרת הדיון בבקשת האישור עצמה. המבקשת הוסיפה כי אינה צריכה להוכיח את
14 דין הונג קונג שכן אם הדין דומה לדין הישראלי ממילא יחולו עילות התביעה שבישראל ואם הדין
15 אינו דומה לדין הישראלי הוא מקפח וממילא תניית השיפוט תבוטל.
- 16 7. ב-15/6/2020 התקיים דיון בנוכחות הצדדים במסגרתו נשמעו טענות שונות וכן הערות בית
17 המשפט, לרבות בנוגע להשלכותיה של הלכת Facebook נ' בן חמו, ובסיומו ביקשה במבקשת
18 שהות להגיש בקשות מתאימות מטעמה.
- 19 8. ב-8/11/2020 הגישה המבקשת מסמך שכותרתו "השלמת טיעון ממוקדת מטעם המבקשת
20 בשאלת תחולת הדין הזר" אליו צורפה חוות דעת לעניין הדין הזר ולפיה "רוב דיני הונג קונג זהים
21 לדיני אנגליה" אך "בהונג קונג לא ניתן להגיש תובענות ייצוגיות". המבקשת סבורה אפוא כי הדין
22 הזר המוסכם הוא דין מקפח שכן לא ניתן להגיש תובענה ייצוגית, ולכן תניית ברירת הדין בטלה.
23 המבקשת מדגישה כי האפשרות להגשת תובענה ייצוגית אינה סוגיה דיונית בלבד ויש לה השלכות
24 על הדין המהותי, למשל "דרישת הוכחת ההסתמכות (הקשר הסיבתי)" ש"הושפעה ורוכזה
25 בפסיקה בישראל לאור הכרה בצורך ייחודי שנובע מעצם טיבו וטבעו של המנגנון הפרוצדורלי של
26 תובענה ייצוגית" (ההדגשה במקור).
- 27 9. המשיבה התייחסה להשלמת טיעון זו, הלינה על התנהלותה הדיונית של המבקשת
28 שבמקום להגיש בקשות מתאימות כפי שנקבע בדיון הגישה "השלמת טיעון" בבקשה שכתבי
29 הטענות והראיות בה כבר הוגשו, וטענה כי חוות הדעת אינה מלמדת שדין הונג קונג הוא דין מקפח
30 שכן מנגנון התובענה הייצוגית הוא מנגנון דיוני ואילו ברירת הדין מפנה לדין המהותי שבהתאם
31 לחוות הדעת הוא דין מתקדם ההולך אחר הדין האנגלי. המשיבה הוסיפה כי טענות המבקשת
32 בנוגע להבדל בנטלי ההוכחה לא הוזכרה בחוות הדעת וממילא גם לא הוכחה.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 53961-12-18 בס"נ 'Alibaba.com singapore E Commerce Private Limited

דיון והכרעה

1

10. התנאים למותן היתר המצאה מכוח תקנה 500 ידועים – עילת המצאה לפי תקנה 500, עילת תביעה רצינית שיש לדון בה, בית המשפט בישראל הוא הפורום הנאות לדון בתביעה. הנטל להוכיח את התנאים מוטל על מבקש ההיתר (התובע), אך מאחר ומדובר בשלב מקדמי די ברמת הוכחה מופחתת כדי להרים את הנטל. ככלל בית משפט יעשה שימוש בסמכותו זו במשורה ובזהירות, כשספק יפעל לטובת הנתבע הזר, אך מקום בו מדובר בתאגיד בינלאומי הפונה לציבור בישראל עליו להיערך להתבע בישראל (רע"א 4199/20 הצלחה נ' Chi Mei Corporation (15/8/2021); רע"א 6403/14 מזור נ' Whirlpool (7/1/2015); ע"א 4601/02 ראדא נ' Bodstray, פ"ד נח(2) 465 (2004); ע"א 9725/04 אשבורן נ' CAE Electronics (4/9/2007)).

9

עילת המצאה

10

11. המבקשת לא ביקשה היתר המצאה מכוח תקנה 500(א), אף שתקנה זו נותנת מענה, בין השאר, לעסקאות צרכניות המבוצעות במרשתת, מול תאגידים בינלאומיים, בדומה לתביעה הנוכחית (Hotels נ' טיליס, לעיל; וראו גם רע"א 925/17 הצלחה נ' AU (31/7/2017) בעקבותיו תוקנה התקנה). התקנה פורסמה ברשומות ב-21/11/2018 ונכנסה לתוקף 30 ימים לאחר מכן.

14

12. דרך המלך הייתה אפוא לפעול בהתאם לתקנה הייעודית, דבר שהיה עשוי לקצר את ההליכים ולחסוך בהתדיינויות, אך גם בהעדרה קיימת למבקשת עילת המצאה לפי תקנות 500(4) ו-(7) שעניינן הסכם שנחתם בישראל ובמעשה ומחדל שנעשו בישראל. אמנם המשיבה אינה פועלת בישראל באופן פיזי, אך מאחר והמסחר ברשת האינטרנט הוא במרחב וירטואלי ואינו כבול למיקום גאוגרפי מסוים, יש לראות בעסקאות שעושה אדם בישראל עם תאגיד בינלאומי הפונה לציבור הישראלי, כחוזים שנעשו בישראל (תקנה 500(4)) שכן זהו המקום הפיזי בו נתקבלה ההצעה על ידי הצרכן וכאן נעשה הקיבול. מטעמים אלו מקימות עסקאות מסוג זה גם עילת המצאה לפי תקנה 500(7) שנועדה למצב בו "התובענה מבוססת על מעשה או על מחדל בתחום המדינה" שכן התאגיד הזר פנה במכוון לאדם בישראל, במקרה הנוכחי בעברית, והצרכן או המשתמש (לפי העניין) הוטעה או נפגע בישראל, והיה ברור לשני הצדדים כי השפעת המעשה והמחדל תהיה דווקא בישראל. אמנם הנזק אינו אחד מיסודות התקנה (רע"א 925/17 הנ"ל) אך אין מדובר בפגיעה אקראית בצרכנים ישראלים אלא בפניה מכוונת ומודעת לצרכנים אלו.

26

עסקאות בין בין אדם בישראל ותאגיד בינלאומי הפונה לציבור הישראלי מצדיקות אפוא ככלל, למעט חריגים, היתר המצאה מחוץ לתחומי המדינה לפי תקנה 500(7) ולרוב גם לפי תקנה 500(4). ראו, למשל, ת"צ (מרכז) 10822-02-15 לנואל נ' LinkedIn (9/4/2017); ת"צ (מחוזי ת"א) 39059-05-19 GoDaddy נ' לוי (3/4/2020); ע"א (מחוזי ת"א) 68437-10-18 אוטוטו דיזיין נ' Amazon (14/4/2019); ת"צ (מחוזי ת"א) 19529-06-14 חוטה נ' Booking (19/7/15) שערעור עליו נדחה

31





בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 53961-12-18 בסון נ' Alibaba.com singapore E Commerce Private Limited

1 בע"ר 9006-03-17 (9/8/2017) וכך גם בקשת רשות ערעור רע"א 7820/17 (2/11/2017), אם כי בית
2 המשפט העליון לא נדרש לדון בטענות גופן; ות"צ (מחוזי ת"א) 23241-09-16 סיליס נ' Hotels
3 (21/7/2017) שערעור עליו נדחה בע"ר 18663-07-17 (7/11/2017) וכך גם בקשת רשות ערעור רע"א
4 9463/17 שהוזכר לעיל). בית המשפט העליון אמנם לא נדרש להכריע בסוגיה באופן מפורש, אך
5 הבהיר כי התפתחות המסחר הבינלאומי באמצעות המרשתת מחייבת תאגידים בינלאומיים אשר
6 פועלים מול הציבור הישראלי בהיקפים גדולים לצפות כי יתבעו בישראל (רע"א 2737/08 ארבל נ'
7 TUI (29/1/2009)). דומה שזו גם עמדתו של מחוקק המשנה שבאה לידי ביטוי בתקנה 500(א7)
8 הני"ל שאומצה בתקנה 166(5) לתקנות 2018.

9 נקבע אפוא כי קיימת עילת המצאה לפי תקנות 500(4) ו-500(7).

10 עילת תביעה

11 13. למשיבה שתי טענות מרכזיות – אחת לגוף הדברים והשנייה לתניית הדין הזר.

12 14. לגוף הדברים טענת המשיבה היא כי לכל משתמש באפליקציה מוגדרת מדינה שהיא
13 ברירת מחדל לשילוח. עלויות השילוח מוצגות לגבי ברירת המחדל ומתעדכנות אם מוזנת כתובת
14 אחרת למשלוח. לטענתה עם התקנת האפליקציה בטלפון הנייד נעשה זיהוי אוטומטי של מיקומו
15 הגיאוגרפי של המשתמש בהתאם לפרמטרים שונים. על בסיס זיהוי זה מעודכנת מדינת ברירת
16 המחדל למשלוח, אך לא מדובר בזיהוי הרמטי וניתנת למשתמש אפשרות לשנות את ברירת
17 המחדל. אצל המבקשת ברירת המחדל לשילוח הוגדרה לארה"ב ולא לישראל, ולכן הוצגו לה
18 עלויות שילוח לארה"ב. לא הייתה כל הטעיה שכן בהצעות שצרפה לתביעה נכתב המפורש – "שילוח
19 ל-United States". בהמשך ההזמנה, כשהזינה כתובת בישראל, עודכנו העלויות בהתאם דבר
20 שהוצג למבקשת במחיר הסופי. המשיבה סבורה כי בנסיבות אלו אין הטעיה, אין עילת תביעה,
21 ובוודאי שאין קבוצה שכן מדובר במקרה ייחודי למבקשת.

22 15. המבקשת חולקת על טענות המשיבה, וטוענת כי צפייתו הסבירה של המשתמש היא
23 שברירת המחדל תעודכן באופן נכון ומדויק ולמצער היה על המשיבה לוודא מבעוד מועד כי ברירת
24 המחדל לשילוח היא אכן מדינתו של המשתמש הספציפי או להתריע בפניו על פער אפשרי. ראיה
25 לביסוס טענותיה מצאה בכך שלאחר הגשת התובענה עדכנה המשיבה את האפליקציה והוסיפה
26 התראה ש"קופצת" מיד עם ההתחברות לחשבון ומתריעה כי ברירת המחדל לשילוח אינה
27 מתאימה למיקומו המזוהה של המשתמש. המבקשת סבורה שמדובר בהודאת בעל דין שהתביעה
28 צודקת ומבוססת.

29 16. אף שיש טעם מסוים בטענות המשיבה, הן לעניין התביעה האישית והן לעניין הקבוצה,
30 המקום לבירור טענות אלו אינו בשלב ההמצאה המקדמי (כאמור – מבוא למבוא) שבו בית המשפט
31 אינו נדרש לדון ולהכריע בטענות לכאן או לכאן, ודי שהמבקשת הראתה שמתעוררת "שאלה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 53961-12-18 בסון נ' Alibaba.com singapore E Commerce Private Limited

- 1 רצינית" שיש לדון בה, כדי לעמוד בנטל ולהצדיק המצאה. "כלל זה נובע מכך שמעת שמבקש
2 ההיתר בא בגדרי אחד מסעיפי המשנה של תקנה 500 לתקנות הישנות, אין צורך שבית משפט ינהל
3 דיון ארוך לגבי עילת התובענה עצמה, ואין טעם שכבר בשלב מקדמי של בקשה למתן היתר המצאה
4 מחוץ לתחום, יוטל על המבקש נטל כבד. כלומר, אין להפוך את הדיון בהיתר ההמצאה לדיון מלא
5 ומקיף בעילת התובענה, שכן זה צפוי להיערך במסגרת ההליך העיקרי" (רע"א 4199/20,
6 לעיל). בחינת טענות הצדדים מעלה כי המבקשת עמדה בנטל והראתה שאלה רצינית שכזו. כך,
7 למשל, עשוי להתעורר צורך לבחון את מנגנון הזיהוי האוטומטי של המשיבה, שלכאורה לא זיהה
8 נכון את מיקומה של המבקשת; מדוע לא זיהה המיקום ומדוע לא עודכנה ברירת המחדל אחרי
9 שהמבקשת כבר ביצעה רכישות לישראל; את השאלה האם מדובר בעניין ייחודי למבקשת או
10 סוגיה רוחבית למשתמשים מישראל; את המצגים שהוצגו ללקוח והאם די בהם להתריע בפניו
11 ולהסב את תשומת ליבו על השינוי שחל בדמי השילוח אף שמלכתחילה בחר שילוח חנם; ואת
12 השינוי שנעשה באפליקציה והשלכותיו. מובן שהשלכות הממצאים העובדתיים כפופה להוראות
13 הדין שיחולו (ועל כך בהמשך) אך דומה שאם אכן ימצא פער עקבי בין המצגים שהוצגו למשתמשים
14 הישראלים לבין המחיר בפועל יתעוררו גם שאלות משפטיות רציניות שיחייבו דיון.
- 15 המבקשת עמדה כאמור בנטל מופחת זה והראתה קיומן של שאלות רציניות שיש לדון בהן ודי בכך
16 להצדיק מתן היתר.
- 17 17. המצב שונה בנוגע לתניית הדין הזר. אין חולק בהסכם השימוש שבין המשיבה למשתמשים
18 נקבע כי על מערכת היחסים החוזית בין הצדדים יחולו דיני הונג קונג, ובלשון ההסכם:
- 19 this agreement shall be governed by laws of the Hong Kong special administrative
20 region...
- 21 18. ברע"א 5850/16 Facebook נ' בן חמו (31/1/2018) נקבע, בתמצית הנדרשת לענייננו, כי
22 הסכמי השירות של תאגידים בינלאומיים דוגמת המשיבה מהווים חוזה אחיד שחל עליו חוק
23 החוזים האחידים, תשמ"ג-1982; כי תניית מקום שיפוט המחייבת תושב ישראל להתדיין בבית
24 משפט בחו"ל היא מטבעה תנייה מקפחת ולכן בטלה, אלא אם התאגיד הוכיח אחרת; ואילו תניית
25 ברירת דין המחילה על העסקה הוראות דין זר, לא תחשב מקפחת באופן אוטומטי, ולכן על התובע
26 להגיש את התביעה בהתאם לדין הזר המוסכם או להוכיח כי הדין הזר המוסכם הוא דין מקפח
27 שמצדיק ביטול התניה ומאפשר הגשת התביעה לפי הדין הישראלי (בעקבות פסק הדין לא העלתה
28 המשיבה טענות בנוגע למקום השיפוט אלא רק בנוגע לברירת הדין).
- 29 19. חרף פסיקה זו – שניתנה כ-11 חודשים לפני הגשת התביעה – בחרה המבקשת להגיש
30 תביעתה לפי הדין הישראלי בלבד, מבלי שהתייחסה לתניית ברירת הדין או לדין הונג קונג עצמו.
31 לא נטענו גם טענות בנוגע לחוק החוזים האחידים, לא צורפה חוות דעת בנושא הדין הזר ולא נטען
32 שדין הונג קונג הוא דין מקפח המצדיק ביטול תנאי בחוזה האחיד. גם בתשובתה לבקשה לביטול



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 53961-12-18 בס"נ 'Alibaba.com singapore E Commerce Private Limited

1 היתר המצאה לא עלו טענות אלו אלא נטען שמדובר בסוגיה שיש לדון בה במסגרת בקשת האישור
2 ולא בשלב ההמצאה. סוגיות אלו עלו בדיון שהתקיים בנוכחות הצדדים ובסיומו ביקשו ב"כ
3 המבקשת שהות להגשת בקשות מטעמים. אלא שבמקום בקשה הגישה המבקשת מסמך הקרוי
4 "השלמת טיעון" אליו צירפה חוות דעת הנוגע לדין הונג קונג ובו טענה, לראשונה, כי הוא דין
5 מקפח.

6 יש קושי בקבלת טענות המבקשת והתנהלותה הן מבחינה דיונית והן לגופן.

7 20. אשר להתנהלות הדיונית – לא ניתן להגיש השלמת טיעון, בוודאי שלא ניתן להגיש חוות
8 דעת על הדין הזר, שהיא ראייה עובדתית (ע"א 36/50 שור נ' ויצמן, פ"ד ח, 515 (1954); ע"א
9 7884/15 רייטמן נ' Jiangsu (14/8/2017)), בבקשה שהטיעונים בה הוגשו והתקיים בה דיון. אילו
10 רצתה המבקשת להשלים טיעוניה וראיותיה בבקשה קיימת היה עליה לבקש זאת מבית המשפט.

11 21. יתרה מכך, וכאן עיקר, לא מדובר בהשלמת טיעון אלא בשינוי חזית הבקשה והעלאת
12 טענות חדשות ועובדות חדשות שלא עלו בבקשה, בתגובה לתשובה או בדיון. התנהלות זו מנוגדת
13 לדין ולפסיקה ופוגעת בזכויותיו המהותיות של הצד שכנגד. לכאורה ניתן לתקן את הפגם תוך מתן
14 אפשרות להשיב לטענות, אך כפי שנכתב בפתח הדברים התוצאה היא הארכת הדיון וסרבולו,
15 ועיכוב המעבר לדיון בבקשת האישור. הקושי לקבל התנהלות שכזו מקבל משנה תוקף לאחר
16 כניסתן של תקנות סדר הדין האזרחי 2018, שעקרונות היסוד בהן חולשים גם על הליכים תלויים
17 ועומדים, ומחייבים, בין השאר, הכרעה יעילה ושוויונית תוך זמן סביר. המבקשת טוענת כי פעלה
18 בהתאם להחלטה בדיון שאפשרה לה להגיש בקשות מתאימות ולהתאים את הבקשה להלכת
19 פייסבוק, אך ההחלטה אפשרה הגשת בקשה והתאמת התובענה לפסיקה הקיימת ואילו המבקשת
20 הגישה "השלמת טיעון" וראיות חדשות במסגרת בקשה קיימת. התוצאה מהתנהלות זו אינה
21 דיונית בלבד, משום שבמסגרת כבתי בית הדין בבקשה הקיימת לא פורט, למשל, טיעון בעניינו של
22 חוק החוזים האזרחיים וחזקת הקיפוח שבסעיף 8(4) בו, וכך נותרו טיעוני המבקשת חסרים גם
23 מבחינה מהותית, ובהעדרם ספק אם ניתן לבטל את התנייה המוסכמת.

24 22. ישאל הקורא – מדובר בפגיעה בצרכנים ו"אתה לוקח אותי לפרוצדורה?" (ארץ נהדרת),
25 והתשובה היא כי גם מבחינת המהות לא עלה בידי המבקשת להוכיח טענותיה. למעשה חוות הדעת
26 שהגישה המבקשת תומכת בטענות המשיבה כי דין הונג קונג הוא דין מפותח ונגיש, ונקבע בה כי
27 "רוב דיני הונג קונג זהים לדיני אנגליה, וכנראה הנם תוצר של שילוב בין דיני אנגלי (English
28 common law and equiyy) לבין דינים שנקבעו והתפתחו בהונג קונג כבירת מסחר בינלאומית"
29 וכי "בהקשר לדיני החוזים של הונג קונג קשה ביותר למצוא שוני בהלכה או בפסיקה לעומת
30 אנגליה. המחוקק בהונג קונג קבע בפירוש בסעיף 8 לחוק היסוד שניתן לדיני אנגליה תוקף מחייב



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 53961-12-18 בסון נ' Alibaba.com singapore E Commerce Private Limited

- 1 בהונג קונג (כל עוד אין חקיקה הסותרת את דיני אנגליה) חוות הדעת גם לא סתרה את טענות
2 המשיבה לגבי מערכת המשפט של הונג קונג או כי פסקי הדין של הונג קונג מתפרסמים באנגלית.
- 3 23. חזקה (ניתנת לסתירה) כי הדין האנגלי הוא דין מתקדם ומפותח, ואף דומה במידה רבה
4 לדין הישראלי (השוו ת"צ 15-01-54491 בשן נ' EazyJet (8/6/2020)), ומכאן שעל פי חוות הדעת
5 הדין המהותי של הונג קונג "כבירת מסחר בינלאומית" גם הוא דין מתקדם ומפותח, ולא הוצגו
6 ראיות כי הכרעה בבקשת האישור ובתובענה על פי דיני הונג קונג תקפח את המבקשת או תשלול
7 מממנה אפשרות להעלות טענות מסוימות במסגרת בקשת האישור.
- 8 24. המבקשת מודעת כמובן לקושי זה, אך סבורה כי העובדה ש"בהונג קונג לא ניתן להגיש
9 תביעות ייצוגיות" יוצרת את חזקת הקיפוח. נקדים ונאמר כי במקרים בהם החלת הדין הזר
10 שוללת אפשרות להגיש תובענה ייצוגית בישראל אכן יש מקום לקבוע כי מתקיימת חזקת הקיפוח
11 המצדיקה ביטול התנייה המחילה את הדין הזר על יחסי הצדדים. התובענה הייצוגית היא אמנם
12 מכשיר דיוני, אך לא ניתן להשקיף עליה באופן זה לבדו שכן מדובר באחד הכלים המרכזיים
13 לאכיפת זכויות המהותיות של "האזרח הקטן", ובהעדרה תגרם פגיעה בצרכנים באשר הם.
14 מניעת האפשרות להגיש תובענה ייצוגית תאיין ברוב המקרים את יכולתו של הציבור להשתמש
15 בדין המהותי לאכיפת זכויותיו, בוודאי כשמדובר בנזק קטן ובמאבק משפטי מורכב בתאגיד
16 בינלאומי, ותפר את האיזון בין תאגידי ענק לבין הציבור הרחב. אילו היינו מגיעים למסקנה כי
17 נמנעת מהמבקשת אפשרות להגיש תובענה ייצוגית בישראל אפשר כי טענתה הייתה מתקבלת.
18 אולם במקרה הנוכחי אין חשש שכזה שכן המשיבה הכירה ביכולתה של המבקשת להגיש תובענה
19 ייצוגית בישראל על יסוד הדין המהותי בהונג קונג. וכאמור בתשובתה להשלמת הטיעון "אין
20 בעובדה שבהונג קונג לא ניתן להגיש תובענה ייצוגית כדי ללמד שתניית ברירת הדין הזר 'מקפחת'.
21 זאת, שהרי הדין הזר אותו מחילה תניית ברירת הדין הוא הדין המהותי של הונג קונג, בעוד
22 שבמישור הפרוצדוראלי ההליך ינוהל לפי דין הפורום – קרי, לפי הדין הישראלי, לרבות חוק
23 תובענות ייצוגיות ... הקובע את המסגרת הדיונית לניהול ההליך" (ההדגשה במקור). מכאן שיש
24 הסכמה כי המבקשת יכולה להגיש תובענה ייצוגית בישראל לפי הדין המהותי בהונג קונג, ודומה
25 כי זו גם התוצאה העולה מפסק הדין בעניין Facebook נ' בן חמו (שם לגבי דין קליפורניה).
- 26 25. המבקשת טוענת כי אין די באפשרות הטכנית להגיש תובענה ייצוגית בישראל ויש להחיל
27 גם את הדין המהותי הישראלי שכן ניתנו בו הקלות ראייתיות ואחרות להגשת תובענה ייצוגית.
28 טענה זו לא הוכחה. חוות הדעת אינה מתייחסת לכך ואין כל ראיה לשוני בדיני הראיות בין דין
29 הונג קונג והדין הישראלי, בוודאי שוני המונע מהמבקשת להעלות טענות כלשהן. וממילא דיני
30 הראיות יופעלו בהתאם לפורום ואם יש הקלה בנטל הראיה בשלב בקשת האישור היא תיושם
31 לגופה בהתאם לפסיקת בתי המשפט בישראל בנוגע לנטל הראיה בתביעות ייצוגיות, גם אם
32 התביעה תתנהל לפי דין הונג קונג.





בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 53961-12-18 בס"נ 'Alibaba.com singapore E Commerce Private Limited

1 המסקנה מכל אלו היא כי לא עלה בידי המבקשת להוכיח כי תנית ברירת הדין בחוזה בינה לבין
2 המשיבה היא תניה מקפחת.

3 26. המבקשת סבורה כי גם תוצאה זו אינה מובילה לביטול היתר ההמצאה שכן מדובר בסוגיה
4 שיש לדון בה במסגרת בקשת האישור. לא ניתן לקבל טענה זו, שכן תנאי למתן היתר ההמצאה
5 הוא קיומה של עילת תביעה ובמקרה הנוכחי התובענה שהוגשה לפי הדין הישראלי אינה כוללת
6 עילת תביעה שניתן יהיה לדון בה בהמשך. בנסיבות אלו, ובהעדרה של עילת תביעה יש לקבל את
7 הבקשה ולבטל את היתר ההמצאה כבר עתה.

8 **סוף דבר**

9 27. בהסכם שבין המבקשת והמשיבה קיימת תניית ברירת דין המפנה לדין הונג קונג. היה
10 אפוא על המבקשת להגיש תביעתה לפי דין הונג קונג או להוכיח כי הדין המוסכם מקפח. המבקשת
11 לא עשתה זאת ולכן ניתן היה לסלק תביעתה על הסף בהתאם להלכה שנפסקה
12 בעניין Facebook 'N' בן חנן. מאחר ואיננו עוסקים בסילוק על הסף אלא בבקשה לביטול היתר
13 המצאה המשמעות הדיונית היא שלמבקשת אין עילת תביעה שהיא אחד התנאים למתן היתר
14 המצאה, ולכן הבקשה לביטול המצאה מתקבלת.

15 28. המבקשת תישא בהוצאות המשיבה בסך 30,000 ₪. מדובר בהוצאות מופחתות
16 המתחשבות, בין השאר, בהתנהלות הדיונית אך גם בהלכות הקובעות כי אין להכביד בהוצאות כדי
17 שלא להרתיע מפני הגשת תובענות ייצוגיות ראויות.

18 29. הצדדים יגישו בקשות לקידום ההליך תוך 30 ימים.

19 **תז"פ 15/11/2021.**

20 ניתנה היום, כ"ב אלול תשפ"א, 30 אוגוסט 2021, בהעדר הצדדים.



21
22
23

רמי חיימוביץ, שופט