



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 46065-09-14 בן חמו נ' Facebook Inc ואח'

1

לפני כבוד השופטת אסתר שטמר

אוהד יחיאל בן חמו

המבקש:

ע"י ב"כ עו"ד עמית מנור, עו"ד יוקי שמש ועו"ד גרגורי
פאוסט קורצ'מני

נגד

1. Facebook Inc

המשיבות:

2. Facebook Ireland Ltd

ע"י ב"כ עו"ד יעקב שרביט, עו"ד שי כגן ועו"ד רחלי פרי
רייכמן

2

החלטה

3

4 בקשה לסילוק על הסף או לעיכוב הליכים בבקשה לאישור תובענה ייצוגית שהגיש המבקש, בהתאם
5 לתניית שיפוט בהסכם שבין הצדדים.

6

7 1. המשיבה 1 Facebook Inc היא חברה אמריקאית, שמקום עסקיה העיקרי במדינת

8 קליפורניה ("פייסבוק ארה"ב"). המשיבה 2 Facebook Ireland Ltd היא חברה מאוגדת

9 באירלנד, שמקום עסקיה העיקרי הוא בדבלין שבאירלנד ("פייסבוק אירלנד"; שתי

10 המשיבות יקראו יחדו – "פייסבוק").

11 בבקשה לאישור תובענה ייצוגית טען המבקש כי המשיבות הפעילו מנגנון ניטור להודעות

12 הפרטיות של המשתמשים, קראו את תוכן ההודעות ועשו בהן שימוש פסול; התעלמו מהדין

13 הישראלי המחייב אותן לקבל הסכמה מדעת של המשתמשים לשימוש בתוכן ההודעות,

14 בפרט כשמדובר בקטינים; לא רשמו את מאגר המידע שלהן אצל רשם מאגרי המידע; ולא

15 נתנו הודעה מתאימה למשתמשים.

16



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 46065-09-14 בן חמו נ' Facebook Inc ואח'

2. במוקד הבקשה לסילוק על הסף תניית שיפוט וברירת דין ב"הצהרת הזכויות ותחומי האחריות" ("Statement of Rights and Responsibilities"; "SRR" או "הסכם ההצטרפות"), שאותו מאשר כל המבקש לפתוח חשבון משתמש.

זהו נוסח התנייה (ס' 16.1 ב- SRR):

"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".

ההסכם זמין למשתמש גם בשפה העברית. נוסח התנייה בעברית הוא:

"1. עליך לפתור כל טענה, סיבה לתביעה או מחלוקת (להלן "טענה") שיש לך מולנו הנובעת מתוך או קשורה להצהרה או לפייסבוק אך ורק בבית המשפט המחוזי של ארה"ב במחוז הצפוני של קליפורניה או בבית משפט של המדינה הנמצא במחוז סן מטיאו, ואתה מסכים לקבל את סמכות השיפוט האישית של בתי משפט אלה למטרות פסיקה בכל הטענות הללו. הצהרה זו, וכן כל טענה שעלולה לעלות בינך לבינינו, כפופות לחוקי מדינת קליפורניה, ללא קשר להתנגשות בין סעיפי חוק".

ברישא של ההסכם מצוין:

"This agreement was written in English (US). To the extent any translated version of this agreement conflicts with the English version, the English version controls..."



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 46065-09-14 בן חמו נ' Facebook Inc ואח'

טענות הצדדים בבקשה לסילוק על הסף

טענות פייסבוק

3. פייסבוק טענה כי יש לסלק על הסף את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית, משלושה טעמים: האחד, **תניית שיפוט זר** בהסכם שבין פייסבוק לבין המשתמשים שלפיה סמכות השיפוט נתונה לבית המשפט המוסמך בקליפורניה. לטענת המבקש כי תניית השיפוט מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד השיבה פייסבוק כי חוק החוזים האחידים הישראלי אינו חל, לנוכח ברירת הדין הייחודית המחילה את דין קליפורניה; כי תניית השיפוט אינה תנאי מקפח שכן לפייסבוק אינטרס לגיטימי בקיומה; כי ממילא, אין בתניית השיפוט כדי להרתיע את המבקש מלהתדיין בקליפורניה, שכן הפיצוי לקבוצה שנדרש בבקשת האישור הוערך בסכום של 400 מיליון דולר; כי המבקש עצמו מודה כי סכום התובענה יכול להצדיק את ניהול ההליך בערכאה זרה; וכי המבקש נמנע מלגלות שעוד בחודש דצמבר 2013 הוגשה לבית המשפט בקליפורניה תובענה ייצוגית דומה לבקשת האישור כאן, והיא עודנה תלויה ועומדת, *Campbell, et al. v. Facebook Inc.*, Case No. 4:13-cv-05996, in the U.S. District Court for the Northern District of California, כלומר שניתן להגיש את בקשת האישור בבית המשפט בקליפורניה. לבסוף נטען כי תניית השיפוט הייחודית חלה על שתי המשיבות הזרות, ואכיפת התניה לא תביא לפיצול הליכים.

הטעם השני הוא כי בית המשפט הישראלי **אינו הפורום הנאות** לדון בתובענה. בחינת מירב הזיקות והציפיות הסבירות של הצדדים מובילה למסקנה כי הפורום הנאות לדון בבקשה הוא בית המשפט המוסמך בקליפורניה.

והטעם השלישי הוא קיומה של **תניית ברירת דין** הקובעת כי הדין החל על כל תביעה שבין פייסבוק לבין משתמשיה הוא דין מדינת קליפורניה. משום כך, בקשת האישור המבוססת על הדין הישראלי, ואינה טוענת מהו דין קליפורניה – אינה מראה עילת תביעה.

טענות המבקש

4. בקשת הסילוק אינה מתאימה להתברר כבקשת סף בכלל, ובמסגרת בקשה לאישור תובענה ייצוגית, בפרט. בקשת האישור ארוכה, הנושאים המועלים בה מורכבים וחלקם דורש בירור עובדתי.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 46065-09-14 בן חמו נ' Facebook Inc ואח'

5. תניית השיפוט בטלה מכח חוק החוזים האחדים, תשמ"ג – 1982 ("חוק החוזים האחדים") משום שהיא נוגדת דינים שונים; משום ניסוחה הלא ברור; ומשום שמדובר בעניין צרכני שיש לפורום זה אינטרס משמעותי לברר. קיימים גם טעמים מיוחדים לאי אכיפת התניה.
- יש להבחין בין חוזים מסחריים לבין חוזים צרכניים. הסכמת הצדדים כאן אינה הסכמה מושכלת, ובאשר לחברי הקבוצה הקטינים – לא נתנו הסכמה כלל.
6. גם אם תכובד תניית השיפוט, ההסכם שעליו מבוססת בקשת הסילוק חל רק בין המשתמשים בישראל לבין פייסבוק אירלנד. אין תניית שיפוט בין חברי הקבוצה לבין פייסבוק ארה"ב. מכיוון שעילות התביעה נגד פייסבוק ארה"ב הן עילות בנוזיקין, תתברר התביעה בישראל לפי דין מקום בצוע העוולה. אין הגיון בפיצול התובענה, שחלקה (נגד פייסבוק ארה"ב) ידון בישראל, ואילו החלק האחר (נגד פייסבוק אירלנד) ידון בקליפורניה. ביחסים עם פייסבוק אירלנד, תניית השיפוט חלה רק ביחס לעילות התביעה החוזיות, ואילו העילות בנוזיקין צריכות להתברר בישראל.
- דיני הגנת הפרטיות בישראל דורשים מתן הסכמה מדעת לקביעת מקום שיפוט זר, ולוויתור על הגנות מהותיות שהדין בישראל מעניק לציבור המשתמשים. הסכמה כזו לא ניתנה.
7. מירב הזיקות בתובענה הן לישראל, ובית המשפט הישראלי הוא המוסמך לדון בה. כך גם הדין שיש להחיל על התובענה, שהוא הדין הישראלי.
- לא קיים בית משפט אחר שלפניו ניתן לברר את התובענה: בית המשפט בארה"ב לא ייטה לדון בתובענה משום שלקבוצה המיוצגת בה אין זיקה מהותית לארה"ב.
- תביעת Campbell הוגשה בשם תושבי ארה"ב בלבד, ולא בשם תושבי כל העולם; היא מתייחסת לפייסבוק ארה"ב ולא לשתי המשיבות; וכמובן אינה מתייחסת לדינים הספציפיים הנוגעים לאזרחי ישראל.
8. פייסבוק דחתה את טענות המבקש בקשר לשלב הדיון בבקשה. כן טענה כי סוגיה דומה נדונה והוכרעה לאחרונה על ידי בית המשפט לערעורים בקנדה, שקבע כי תביעה ייצוגית נטענת בשם משתמשי פייסבוק קנדים חייבת להתברר בקליפורניה, בהתאם לתניית השיפוט.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 46065-09-14 בן חמו נ' Facebook Inc ואח'

פייסבוק הדגישה כי אין מניעה מצד בית המשפט בקליפורניה לדון בתובענה ייצוגית של משתמשים ישראלים. להוכחת טענתה צירפה לתשובה חוות דעת של מומחה לדין האמריקני, פרופ' Robert H. Klonoff ("המומחה").

דיון והכרעה

סילוק על הסף

9. אמנם ככלל אין לדון בטענות סף נגד אישור התובענה הייצוגית במסגרת הליך של בקשה לסילוק על הסף, אלא בגדר בקשת האישור עצמה (ע"א 6887/03 חיים רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות פסקה 5 (20.7.15)), אולם ענייננו נמנה עם המקרים החריגים שבהם יש לדון בנפרד בבקשת הסילוק. כאשר בקשת סילוק מבוססת על טעמים שיש בהם כדי "להשמיט את הקרקע תחת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית כולה", ניתן לדון בבקשה לסילוק על הסף של בקשת האישור (רע"א 2022/07 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' אר און השקעות בע"מ פסקה 6 (13.8.2007); בש"א (מחוזי ת"א) 13468/00 אלסינט בע"מ נ' גסר דוד (31.9.2009)).

הואיל וטענות בדבר תניית שיפוט זר וברירת דין הן טענות משפטיות הנוגעות לכל חברי הקבוצה המיוצגת, אני סבורה כי ראוי לדון בהן תחילה, במסגרת דיון נפרד.

חוות דעת מומחה

10. המבקש עתר להוציא מתיק בית המשפט את חוות דעת המומחה שצורפה לתשובת פייסבוק מבלי שהתבקש היתר לכך מבית המשפט, וטען כי היה על פייסבוק לצרף את חוות הדעת לבקשת הסילוק, וכי צירופה לתשובה לתגובה אינו מאפשר למבקש להגיב על חוות הדעת. פייסבוק השיבה כי לא היתה חייבת לצרף את חוות הדעת לבקשת הסילוק. צירופה נדרש רק לאחר שבמסגרת תגובת המבקש לבקשת הסילוק הוא העלה לראשונה טענות שנסמכות באופן שגוי על הדין האמריקאי, מבלי שתמך טענותיו בחוות דעת כנדרש. הטענה כי בתי המשפט בקליפורניה לא ידונו בבקשת האישור הועלתה בתשובת המבקש לבקשה. הנטל להוכחת הטענה מוטל עליו, והוא לא עמד בו.

11. כעולה מחוות הדעת, מטרתה העיקרית היתה איון טענות המבקש, כי בית המשפט בקליפורניה לא ידון בבקשה לאישור תובענה ייצוגית שכל הקבוצה התובעת בה היא



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 46065-09-14 בן חמו נ' Facebook Inc ואח'

1 **Morrison v. National Australia Bank**, 561 פס"ד על הסתמך על פס"ד
2 **In re Vivendi Universal, S.A. Sec. Litig.**, 242 F.R.D. 76, 95 (2007) U.S. 247
3 חוות הדעת של פרופ' קלונוף עוסקת בפרשנותם של פסקי הדין, תוך הסבר מדוע מסקנת
4 ב"כ המבקש אינה נכונה, ואין ללמוד מן הפסיקה את המסקנה הגורפת שבתי המשפט
5 בקליפורניה לא ידונו בתובענה ייצוגית של תושבי ישראל. על כן איני סבורה כי היה על
6 פייסבוק לכתחילה לצרף את חוות הדעת לבקשה לסילוק על הסף ולא לתשובה לתגובת
7 המבקש לה (בשונה מרע"א 4778/12 **תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל**
8 **בע"מ נ' עו"ד אופיר נאור** (19.7.2012)).
9 פרופ' קלונוף הוסיף והבהיר בחוות דעתו, כי לפי הדין הפדרלי והמדינתי בקליפורניה, תניית
10 השיפוט הנזכרת תקבל משקל משמעותי, ולמעשה, רק במקרים חמורים שבהם ימצא בית
11 המשפט כי הפעלת תניית השיפוט תהיה בלתי סבירה בנסיבות הענין – רק אז היא תבוטל.
12 במובן זה דומה הדין לפי חוות הדעת לדין הכללי בישראל. אלא שאין בחוות הדעת
13 התייחסות כלשהיא לחוק חוזים אחידים או מקביל לו בקליפורניה, ולכן אין בה תשובה
14 לטענה העיקרית נגד תניית השיפוט, שהיא אינה משקפת את הסכמתם האמיתית של
15 הצדדים בחוזה, כי אם את כוחה העדיף של פייסבוק בהכתבת תנאי החוזה.
16
17 איני רואה משמעות מכרעת בשאלת קבלת חוות הדעת של פרופ' קלונוף: גם אם אקבל את
18 עמדת ב"כ המבקש, כי יש למחוק את חוות הדעת, יהיה צורך לדון בטענת המבקש כי הדין
19 בקליפורניה אינו מתיר תביעה של קבוצה זרה. טענה זו אינה נתמכת בחוות דעת להוכחת
20 עובדת הדין הזר. יתרה מזו, קריאה תמה בפסקי הדין שעליהם הסתמך אינה מובילה
21 למסקנה שהמבקש טוען לה, שלכאורה לא ניתן להביא את תביעת התובעים הישראלים
22 לפני בית משפט בקליפורניה:
23 בענין **Morrison**, שנפסק ע"י בית המשפט העליון בארה"ב – דובר בקבוצה זרה, שרכשה
24 ניירות ערך של חברה זרה בבורסה זרה, וביקשה להביא תובענה ייצוגית בגין מרמה בניירות
25 ערך בארה"ב. נפסק כי אין לחוק ניירות ערך האמריקני תחולה אקסטרטריטוריאלי.
26 בענין **Vivendi** נקבע כי יש לבחון אם פסק דין שינתן בתובענה הייצוגית בארה"ב ייושם
27 במקום מושבם של התובעים שאינם אמריקנים, ונקבע כי כן הוא, לגבי תושבי צרפת,
28 אנגליה והולנד שרכשו את מניות החברה בארה"ב.
29
30 המבקש טען לצורך יישום פסק דין **Vivendi**, כי מרע"א 3973/10 **דוד שטרן נ' Verifone**
31 **Holdings, Inc** (2.4.15) עולה שבית המשפט בישראל לא יכיר בפסק חוץ אמריקאי. אלא



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 46065-09-14 בן חמו נ' Facebook Inc ואח'

שאלין ללמוד כן מפסק הדין עצמו. אדרבא, נקבע (שם, בפסקה 33) כי בית המשפט יכיר
בפסק החוץ בהתקיים שני תנאים: האחד, שפסק הדין ניתן ע"י בית משפט בעל סמכות;
והשני, שהצדדים זכו שם בהליך הוגן.

המסקנה היא שאין ראיה לכך שבית משפט בקליפורניה לא יסכית וישמע לטענות קבוצה
ישראלית, בשל היותה כזו.

סמכות בית המשפט

12. ראשית לכל, ראוי להזכיר כי "עצם קיומה של תניית שיפוט זר אינה מפקיעה את סמכותו
של בית המשפט המקומי. עם זאת, אף שנתון הדבר לשיקול דעתו, הלכה מקובלת היא כי
בית המשפט יטה לכבד הסכמים שבין הצדדים (ראו, למשל, רע"א 102/88 מעדני אווז
הכסף בע"מ נ' CENT OR S.A.R.L פ"ד מב(3) 201 (1988); אורי גורן סוגיות בסדר דין
אזרחי 46 (מהדורה עשירית תשס"ט)(להלן: גורן); מיכאיל קרייניי השפעת הליך ברירת
הדין על סמכות השיפוט הבינלאומית 35-36 (2002)). בהינתן תניית שיפוט זר, השאלה
אפוא איננה האם מוסמך בית המשפט לדון בתביעה, אלא האם רשאי בעל דין להשתחרר
מהוראות ההסכם בו נקשר" (רע"א 6574/12 סאמיט פאנד ניהול השקעות בע"מ נ' אלינור
בן יעקב פסקה 8 (7.3.2013)).

תניית שיפוט זר

13. סעיף 16.1 בהסכם ההצטרפות (SSR) קובע כי הדין החל על ההסכם הוא דין קליפורניה
וסמכות השיפוט לדון בהסכם היא לבית המשפט המוסמך בקליפורניה. התניה מפורשת
וברורה, ועל כן יש לקבל את טענת פייסבוק כי מדובר בתניית שיפוט זר ייחודית (רע"א
9368/11 WEST NEVADA MANAGEMENT INC נ' עודד הראל פסקה 16 (21.5.2012)).
אינני מקבלת את טענת המבקש בדבר נוסחה המעורפל של התניה בעברית. ממילא נאמר
בהסכם כי הגרסה המחייבת היא זו שבשפה האנגלית, והאמור שם ברור לחלוטין.

14. מהו הדין שלפיו יש לבחון את תניית השיפוט הזרה? האם דין הפורום הבוחן או שמא הדין
שקבעו ביניהם הצדדים בהסכמה? בדיקת הנושא באמצעות הדין שהצדדים קבעו ביניהם
מאשרת, כשלעצמה, אותה בחירה, אפילו מניחה את המבוקש, ולכן שאלה אם ראוי
להחילה.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 46065-09-14 בן חמו נ' Facebook Inc ואח'

1 אין לפניי חוות דעת בענין הדין הפדרלי או המדינתי בקליפורניה, בנוגע לתניית שיפוט
2 בחוזה אחיד.

3 בהעדר הוכחה של הדין הזר תחול "חזקת שוויון הדינים", שלפיה במקום שלא הוכח הדין
4 הזר חזקה שהוא זהה לדין הישראלי (רע"א ע"א 65/88 **אדרת שומרון בע"מ נ' הולינגסוורת**
5 **ג.מ.ב.ה**, פ"ד מ"ד (3) 601,607 (1990)).

6 בספרות מקובל לומר שהגם שחזקת שוויון הדינים אומצה בישראל, החלתה תלויה בקיום
7 מספר תנאים, בהם התנאי כי לא ניתן להוכיח במאמץ סביר את תכנו של הדין הזר. כמובן
8 שאין כן בענייננו, כשמדובר בדיני מדינת קליפורניה שבארה"ב. לפיכך, אם ניתן היה להוכיח
9 את הדין הזר במאמץ סביר, ולא ננקט מאמץ הולם כזה, יחול הכלל שלפיו תידחה הטענה
10 המבוססת על הדין הזר שלא הוכח כנדרש (גבריאלי הלוי **תורת מתקל הדינים** כרך א 347 -
11 349 (2014); מנשה שאוה "חזקת שוויון הדינים" **עיוני משפט** ד 583, 590 (1975), וההפניה
12 שם לע"א 51/49 **יוסף ושמואל יזרי נ' רבקה יזרי**, פ"ד ד 762 (1950)). לאותה תוצאה מעשית
13 נגיע בענייננו תוך הסתמכות על דנ"א 1558/94 **ויקטוריה נפסי נ' סימנטוב נפסי** פ"ד נ(3)
14 582, 573 (1996).

15
16 15. זאת ועוד, קבלת טענת פייסבוק בדבר בחינת תניית השיפוט לפי הדין שנקבע בה תביא
17 לתוצאה שלפיה לא ניתן יהיה לבחון לפי דיני ישראל כל תניית שיפוט וברירת דין זר בחוזה
18 אחיד, ולא ניתן יהיה לקבוע כי הן מהוות תנאי מקפת. בכך תסוכל האפשרות להגיש תובענה
19 ייצוגית בישראל נגד נתבעים מסוג זה (ת"צ (מחוזי מרכז) 39292-04-13 **רז קלינגהופר נ'**
20 **Paypal Pte. Ltd** פסקה 18 (31.5.2015), השופט פרופ' ע' גרוסקופף).

21
22 16. פייסבוק נסמכת על ע"א 4866/00 **מדינת ישראל, משרד הביטחון נ' חתמי לויזס**, פ"ד (נו) 4
23 433, 444 (2002) שבו נדון ערעור המדינה על פסק דין של בית המשפט המחוזי שדחה את
24 תביעת המדינה על הסף, מחמת היעדר סמכות עניינית וקבע כי חלה על הצדדים תניית
25 שיפוט ייחודית.

26 בית המשפט העליון החזיר את הדיון לערכאה הראשונה "כדי שתקבע, לאחר שמיעת
27 ראיות וטענות, מימצא עובדתי בשאלה מה הם מסמכי הפוליסה שנמסרו למבוטחת,
28 ותקבע אם חלה תניית השיפוט שב-Policy Form, וכן תקבע אם תניה זו תופסת כלפי
29 המערער ולגבי עילות התביעה שהעלתה. כן תאפשר למדינה (אם זו תמצא לנכון לחזור
30 ולהעלות טענה זו) לטעון ולהביא ראיות בשאלה אם מדובר בכלל בחוזה אחיד, ואם התניה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 46065-09-14 בן חמו נ' Facebook Inc ואח'

- 1 בעניין מקום השיפוט היא תנאי מקפח. עניין זה יוכרע בשים לב לתניה שבפוליסה
2 המחילה את הדין האנגלי".
- 3 השאלה לפי איזה דין תידון תניית השיפוט לא נדונה בפסק הדין, וההכרעה בה ניתנה
4 בקצרה בסופו של סעיף 29 בפסק הדין, כהוראות לערכאה למטה במקרה הנדון. המסקנה
5 שאין מדובר בהלכה מחייבת מתחזקת למקרא רע"א 99/06 **Lake Marion Golf Estates Ltd נ' צבי פרוור** (28.5.2006), ששם נתקבלה גישה הפוכה, אך גם זאת ללא דיון בשאלת
6 הדין החל.
- 7 ענייננו שונה גם מפסקי הדין האחרים שפייסבוק הסתמכה עליהם: ת"א (מחוזי ת"א)
8 1222/04 **בנק הפועלים שוויץ בע"מ נ' ד"ר איסר בוגייסקי** (22.3.2006, השופט ד' גלדשטיין),
9 שבו הצדדים הסכימו כי בלא תלות בפורום שבו ידון הסכסוך, הדין הזר הוא שיחול בכל
10 מקרה ותניית השיפוט אושרה לפי הדין הישראלי (שם, בעמ' 5); ות"א (מחוזי ת"א) 41022-
11 **Mcdonald's Corp נ' אן.אפ.טי – מזון בע"מ** (27.7.2014, השופטת אביגיל כהן), שם
12 לא היה מדובר בחוזה אחיד, אלא בחוזה שנעשה לצורך ספציפי והתייחס רק לצדדים לו
13 (שם, בעמ' 9).
- 14
- 15
- 16 בספרן **חוזים אחידים** 416 (1994) מנתחות המחברות ורדה לוסטהויז וטניה שפניץ סעיף 17
17 שיפוט זר באופן שהוא כשלעצמו מגביל ולעתים שולל את זכותו של הלקוח לפנות לערכאות
18 משפטיות בישראל, ועל כן יהא תנאי בטל לפי סעיף 5 בחוק החוזים האחידים, או לפחות
19 יוחזק כמקפח לפי סעיף 4(9) בחוק זה.
- 20
- 21 יתכן גם שיש לשקול מחדש את משקלם של הכללים שלפיהם נקבעת סמכות בית המשפט 18.
22 בנוכחות תניית שיפוט ייחודית, בנסיבות מיוחדות כמו בעניננו: לטענת המבקש, לא פחות
23 מ-4 מליון משתמשים צברה פייסבוק בישראל עד כה. זהו ציבור צרכני גדול יחסית
24 לאוכלוסיית המדינה. פייסבוק רואה בציבור זה ציבור ייחודי, ובהתאם מנוהלים עסקיה
25 כאן גם בעברית, היא תרגמה את מסמכי ההצטרפות לעברית, ונותנת שירותי תמיכה
26 בעברית. אמנם המשתתף אינו משלם דבר עבור השימוש, אך פייסבוק מנצלת את עצם
27 השימוש לרווח מפרסומות, למשל. פעילות צרכנית זו היא בעלת היקף משמעותי במדינת
28 ישראל.
- 29
- 30 בעוד שכללי ברירת הדין המקובלים מקנים עדיפות לתניית שיפוט שנקבעה בין הצדדים,
31 ונותנים בכך עדיפות לספק שקבע כי ההתדיינות תהיה בחו"ל (ע"א 5666/94 **סנקרי נ'**



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 46065-09-14 בן חמו נ' Facebook Inc ואח'

1 Julius Blum G.M.B.H פ"ד (4) 73, 77 (1996), רע"א 6767/15 **דיפוכס (1989) בע"מ נ'**
2 **Wacker chemic ag** בפסקה 8 (29.10.2015) ובכך מעדיפים את פיתוח הסחר הבינלאומי
3 ומקלים על היצרנים והיבואנים - יתכן שהגיעה העת להתבונן בנושא מזוית שונה, נקודת
4 המבט של הצרכן, בעיקר כאשר הוא צרכן של גופי ענק בינלאומיים שמתמודדים על
5 הצרכנים בכל העולם כולו.
6 מדובר בחוזה אחיד, שמשמש ציבור גדול בישראל, כאשר ברור שפייסבוק התאימה את
7 האתר לשימוש המשתמשים בישראל בעברית. בין שמדובר בתביעה אישית, ששויה אינו
8 גבוה, ואז ראוי לאפשר את שמיעתה בישראל, שאם לא כן לא תבוא בפני ערכאות כלל, ובין
9 שמדובר בתביעה קבוצתית, בעניינים צרכניים.
10
11 יתכן שזכותו של בעל קניין, שהפיץ אותו ברחבי העולם, להתדיין במקום מושבו ולא להיגרר
12 למקום מושבם של כל צרכניו, מאבדת ממשקלה כאשר בעל הקניין אינו מפיץ את מרכולתו
13 זעיר פה זעיר שם, אלא בין רוב תושבי המדינה. לא ברור שמשקל זכותה של פייסבוק
14 להתדיין במקום אחד בעולם, כפי שקבעה בחוזים האחידים שהחתימה עליהם את
15 המשתמשים, גבוה ממשקל זכותם של כל המשתמשים לזכות לסעד זמין בארצותיהם.
16 נדמה שמי שמפיץ את מרכולתו כאמור צריך להיות נכון להיתבע בכל מדינה שבה הוא עושה
17 עסקים בהיקף משמעותי. בעיקר כך, כאשר קיים פער כה גדול בין גודלה של פייסבוק
18 בישראל, וכנראה גם שווי עסקיה, לבין כל אחד מן המשתמשים, ואפילו כולם יחדו. הנטל
19 שיוטל על כל אחד מהם להתדיין בחו"ל או לפי הדין בקליפורניה הוא נטל משמעותי, שעלול
20 למנוע את ההתדיינות במקרים רבים.
21 תמיכה בגישה זו ניתן ללמוד מספרו של גבריאל הלוי הנ"ל (בעמ' 594 פסקה אמצעית).
22
23 19. אפשר להניח שזו גם הסיבה למיעוט הדיון בפסיקה בתניית שיפוט ייחודית בחוזה אחיד,
24 ואם תידון לפי חוקי מדינת ישראל או לפי מקום השיפוט והדין שנקבעו באותה תניית
25 שיפוט. סביר להניח שלא היה עד כה תמריץ אישי לאיש להגיש תביעה מעין זו ולהתדיין
26 בשאלת סמכות השיפוט, שלא במסגרת תביעה ייצוגית.
27 לא למותר להוסיף, כי מדובר בעניינים צרכניים לעילא, שמראש בקש חוק החוזים
28 האחידים להגן עליהם. האמנם דוקא כאשר הפגיעה האפשרית מגיעה מחוץ לישראל, אך
29 פוגעת במשתמשים בישראל – יסוג החוק מהגנה על הצרכנים כאן?
30



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 46065-09-14 בן חמו נ' Facebook Inc ואח'

20. גישה הרואה בזכות הצרכן להתדיין "בביתו" נתמכת בכללי הדיון האירופים Brussels I Regulation, para. 16/1 (סיליה וסרשטיין פסברג **משפט בין-לאומי פרטי** כרך א 80 ((2013)).
21. זאת ואף זאת: בספרו של פרופ' מיכאיל קרייני **השפעת הליך ברירת הדין על סמכות השיפוט הבינלאומית** (2002), נקבע כי כענין שבנוהג פונה בית המשפט לדין המקומי לפרשנות תניית שיפוט, הן בישראל הן בארה"ב, גם אם לא נמצא מקור משפטי ראוי לנוהג זה (עמ' 224-227). המחבר מצדיק את התוצאה, לאור המטרה העיקרית בקביעת תניית שיפוט: הקניית סמכות בינלאומית למדינה אחת ושליטה מן המדינה האחרת, בעיקר על מנת לייצר יציבות ביחסים המשפטיים בין הצדדים, שידעו לא רק היכן עליהם להתדיין אלא גם אלו כללים יוחלו עליהם, ויוכלו לצפות את תוצאת ההליכים בהתאם. הליך מעמיק של בירור תקפה של תניית שיפוט לפי דין שאינו דין הפורום עומד בניגוד למטרה זו (עמ' 248, ה"ש 51).
- בפרק "הליך ברירת הדין כמקור להתאמה נורמטיבית של הפורום" (עמ' 162 ואילך) מדגים פרופ' קרייני דוגמאות מן הדין הפלילי ומענייני נישואין וגירושין, כיצד עצם קיומה של הנורמה בישראל מקנה לבית המשפט סמכות שיפוט בינלאומית לדון לפיה. אכן, מסקנת חיבורו היא כי ראוי שהליך ברירת הדין יהפוך לשיקול העיקרי בבחינת סמכות השיפוט (עמ' 337).
22. בעולם שכולו טוב ניתן היה לייחל לדין כללי, שיחול על כללי תושבי העולם, במיוחד בהתדיינות שמערבת אישיות משפטית שידיה רב לה בכל העולם כולו. אך לא ברור שהאפשרות המאוד תאורטית להגיע לכך, רצויה (ראה הפרק מתקל דינים מאת אוריאל פרוקצ'יה ודפנה קפליוק, בספר **הגישה הכלכלית למשפט** 542 – 549 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2002)).
23. טענת פייסבוק כי אי אכיפת תניית השיפוט הייחודית תגרום להכבדה עליה נכונה, כנראה. לא הרי התדיינות בנקודה אחת, מקום מושבה של החברה, לפי דיני אותו מקום, כסיכון להתדיינות בכל העולם כולו, בכל פעם לפי דין אחר. אכן, אך ככל שמרכז הכובד עובר מנוחות של הספק או היצרן לאינטרס המקביל של הצרכן, ואולי אף נוטה לטובתו – חוסר הנוחות האינהרנטי של הספק יילקח בגדר שיקוליו מראש. הואיל והוא נובע מאופי עסקיו, נדמה שעליו להביאו בחשבון במערך הכולל של העסקאות.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 46065-09-14 בן חמו נ' Facebook Inc ואח'

מכל הנימוקים שלעיל אני סבורה כי יש לבחון את התניה על פי הדין הישראלי.

חוק החוזים האחידים

24. סעיף 5 (א) בחוק החוזים האחידים קובע:

"תנאי בחוזה אחיד השולל או המגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות – בטל.

סעיפים 4(8) ו-4(9) בחוק החוזים האחידים קובעים:

"4. חזקה על התנאים הבאים שהם מקפחים:

...

(8) תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסויימות בערכאות משפטיות, או הקובע כי כל סכסוך בין הספק והלקוח יידון בבוררות;
(9) תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט או הבוררות שבהם יתברר סכסוך";

25. ענייננו דומה לזה שנדון בעניין PayPal, שם כלל הסכם המשתמש באתר PayPal תניית שיפוט שלפיה סמכות השיפוט לבית המשפט בסינגפור, והדין שחל על ההסכם הוא דין סינגפור. כך קובע כב' השופט פרופ' ע' גרוסקופף:

"19. משבאים אנו לבחון את הוראת החוק והפורום במשקפי חוק החוזים האחידים, קל להיווכח כי דינה של הוראה זו להתבטל. המשיבה היא חברה הנותנת, באמצעות האינטרנט, שירות למאות אלפים של אזרחים ישראלים. לצורך מתן השירות האמור היא מקיימת אתר אינטרנט בעברית, המיועד לאזרחי ישראל, ואף נותנת שירותי תמיכה המיועדים לקהל לקוחותיה העצום בישראל. במצב דברים זה, חיוב לקוחות PayPal הישראלים להתדיין בבית משפט בסינגפור (תוך שמירת זכותה של המשיבה לתבוע את לקוחותיה בישראל) ועל פי הדין הסנגפורי, היא באופן מובהק הוראה שכל תכליתה לחסום את דרכם של הלקוחות לממש את זכויותיהם כלפי המשיבה. בנסיבות אלו נוטה אני לדעה כי התניה צריכה להיחשב כבטלה לפי סעיף 5(א) לחוק



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 46065-09-14 בן חמו נ' Facebook Inc ואח'

1 החוזים האחידים: "תנאי בחוזה אחיד השולל או המגביל את זכות הלקוח
2 לפנות לערכאות משפטיות – בטל" (השוו ורדה לוסטהויז וטנה שפניץ, חוזים
3 אחידים 416 (תשנ"ד)). ואולם, אף אם לא תאמר כך, הרי שברור כי המדובר
4 בתניה שחזקה עליה שהיא מקפחת, וזאת לאור סעיפים 4(6), 4(8) ו- 4(9)
5 לחוק החוזים האחדים. בנסיבות המקרה, אינני סבור כי די בעצם היותה של
6 המשיבה חברה סינגפורית, אף אם מצרפים אותה לעובדה שהתניה קבועה
7 בצורה ברורה בהסכם המשתמש, כדי להפוך את ההוראה להוגנת כלפי ציבור
8 לקוחותיה הגדול של PayPal בישראל (והשוו גם שמואל בכר וטל ז'רסקי "על
9 הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת
10 הצרכן", מחקרי משפט כה 431, 448, 467 – 468 (תש"ע)).

11
12 20. ויובהר, השאלה של ברירת הדין בחוזים הנכרתים באינטרנט בכלל, ושל
13 תוקפן של תניות שיפוט בחוזים אלו, היא שאלה שטרם נבחנה, למיטב
14 בדיקתי, באופן יסודי במשפט הישראלי. המקרה שלפניי אף איננו מצדיק
15 בחינה מעמיקה שכזו, מאחר שהוא מקרה קל, בו תאגיד ענק בינלאומי,
16 המשווק את שירותיו באופן ממוקד לשוק הישראלי, מבקש למנוע מהמוני
17 לקוחותיו הישראליים, שמרביתם הם עוסקים זעירים או צרכנים, להתדיין
18 בבתי המשפט בישראל על פי הדין הישראלי. לכך בוודאי לא ניתן להסכים.
19 PayPal פועלת בכוונת מכוון בשוק הישראלי ממש כשם שתאגיד ענק
20 בינלאומיים אחרים, כדוגמת מיקרוסופט, פייסבוק וגוגל, פועלים בו. בית
21 המשפט העליון הבהיר כי חברה בינלאומית המשווקת את סחורתה ללקוח
22 ישראלי צריכה לצפות כי תיתבע בישראל (ראו, למשל, ע"א 9725/04 אשבורן
23 חברה לסוכנויות ומסחר בע"מ נ' CAE Electronics Ltd [פורסם בנבו] (ניתן ב-
24 4.9.2007)). הלכה זו חלה, ואף ביתר שאת, כשמדובר בתאגיד ענק בינלאומי
25 המשווק את מוצריו ושירותיו לעשרות ומאות אלפי לקוחות בישראל, שרובם
26 המוחלט הם עוסקים זעירים וצרכנים פרטיים. העובדה שפעילותם של תאגידי
27 הענק הללו נעשית באופן עיקרי או בלעדי באמצעות האינטרנט, איננה מקנה
28 להם חסינות מפני התדיינות בבתי משפט בישראל ועל פי הדין הישראלי. אם
29 תאמר אחרת, צפויים אנו למצוא עצמנו במצב בו זכויותיו של הצרכן הישראלי
30 יהיו להפקר. התפתחות מסוכנת שכזו, אשר השלכותיה רק ילכו ויחמירו ככל
31 שיתחזק ויתגבר המסחר האינטרנטי, יש לגדוע בעודה באיבה.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 46065-09-14 בן חמו נ' Facebook Inc ואח'

21. המסקנה המתחייבת מהדיון לעיל היא שהוראת החוק והפורום שבהסכם
המשתמש בעת הגשת התובענה היא הוראה שדינה בטלות. ממילא אין
בהוראה זו כדי למנוע דיון בישראל, על פי הדין הישראלי, בטענות המבקש".

גם: ת"צ (מחוזי ת"א) 19529-06-14 דוד חוטה נ' Booking.com.B.V (19.7.2015),
השופט עינת רביד. הוגשה בר"ע 59564-02-16).

26. גם במקרה שלפני מדובר בתאגיד בינלאומי, שמפעיל אתר חברתי עולמי ונותן את שירותיו
למיליוני צרכנים בישראל (סעיף 31 בבקשת האישור). לצורך כך פייסבוק מפעילה ממשק
בשפה העברית והסכמי המשתמש מתורגמים לעברית.
טענת פייסבוק כי התעלמות מתנית השיפוט תקנה יתרון בלתי מוצדק לתובע שכבר צמחה
לו טובת הנאה משמעותית מהשירות של פייסבוק שניתן לו בחינם, אינה יכולה לעמוד:
פייסבוק בוודאי מרוויחה רווח כספי מן השימוש באתר, בין היתר מפרסום. ממילא אין
בעובדה כי השירות ניתן בחינם כדי להקנות לה חסינות מהתדיינות בישראל, על פי הדין
הישראלי.
אף אם לפייסבוק אינטרס בריכוז התביעות נגדה במקום מושבה של חברת האם, יש להציב
אינטרס זה אל מול האינטרס של קבוצת צרכנים גדולה בישראל. משקלו פוחת בשל פער
הכוחות המובנה בין הצדדים והיותו של ההסכם חוזה אחיד.

תכליתה האמיתית של תנית השיפוט והדין הזר היא להרתיע את הלקוח הישראלי מפני
מימוש זכויותיו המשפטיות (השווה: רע"א 188/02 מפעל הפיס נ' אלי כהן, פ"ד נו (4) 473,
480 (2003)).

בדומה לקביעה בעניין PayPal, גם אני סבורה כי לכל הפחות מדובר בתניה שחזקה שהיא
מקפחת (סעיפים 4(8), 4(9) בחוק) (ראה גם: ע"א 3105/93 היועץ המשפטי לממשלה נ'
B.G. Financing Ltd, פ"ד נ"ג(3) 14, 20 (1998)).

לא ראיתי בסכום התביעה (400 מליון דולר) פיחות מעצמת תניית השיפוט וברירת הדין
שבתנאי המקפח לכאורה: סכום התביעה נוצר מחיבור כל תביעות הקבוצה יחדיו, ולאחר
שכל המשתמשים חתמו על ההסכם שבו תנאי מקפח (ראה למשל: ע"א 1834/07 חיים קרן
נ' פקיד שומה גוש דן פסקה 22 (12.8.2012)).



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 46065-09-14 בן חמו נ' Facebook Inc ואח'

27. במידה רבה מוציא חוק החוזים האחידים את החוזה האחיד בעל התניה המקפחת מגדר משפחת החוזים, שכן מסקנת החוק היא שאין לכבד תניה מסוג זה. אכן, תניית שיפוט בחוזה אחיד אינה "תניה מוסכמת", ומשום כך יש לבחון אותה באופן אחר מתנית שיפוט בחוזה "רגיל", ששני הצדדים הסכימו אודותיה באופן אמיתי (חוזים אחידים, 411).

משום כך אין להתחשב בתניה המקפחת כלל, גם לא כעילה לסילוק בקשת האישור על הסף. לענין זה דין דומה לתנאי בענין סמכות השיפוט, שחלה עליו חזקת קיפוח מכח סעיף 4(9) ולתנאי ברירת הדין, שחלה עליו חזקת קיפוח מכח סעיף 4(8) או מכח סעיף 3 בחוק החוזים האחידים, שלפיו יבוטל תנאי מקפח שמעניק יתרון בלתי סביר לספק, בשים לב לכלל תנאי החוזה ולנסיבות אחרות.

28. חזקת הקיפוח שבעצם תניית השיפוט וברירת הדין לא נסתרה. בשים לב לכל תנאי החוזה, התניה גם מעניקה יתרון בלתי סביר לספק. על כן אני קובעת כי מדובר בתנייה מקפחת שדינה להתבטל.

לנוכח מסקנה זו, אין צורך להוסיף ולדון בטענות המבקש כי קיימים טעמים מיוחדים שמצדיקים לא לאכוף את התניה (רע"א 3144/03 אלביט הדמיה רפואית בע"מ נ' Harefuah Servicos de Saude S/C Ltda, פ"ד נז (5) 414,419 (2003)).

פורום לא נאות

29. דוקטרינת הפורום הבלתי נאות מאפשרת לבית המשפט לבחור שלא להפעיל את הסמכות המוקנית לו, אם השתכנע כי קיים פורום אחר, זר ו"טבעי" יותר להכרעה בסכסוך (ע"א 300/84 אימן עלי אבו עטיה נ' יוסוף ערבטיסי, פ"ד לט (1) 365, 385 (1985)). לצורך החלת הדוקטרינה, יש להידרש לשלושה מבחנים: מבחן "מירב הזיקות"; מבחן הציפיות הסבירות של הצדדים לגבי מקום ההתדיינות; ומבחן השיקולים הציבוריים (רע"א 1785/15 ALISON TRANSPORT INC נ' COSCO CONTAINER LINES CO LTD פסקה 12 (15.7.2015); ע"א 7841/09 הקרן הפלסטינית לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' פלוני, פסקה 20 (28.10.15)).

30. אני סבורה כי הפורום הנאות לדון בתובענה הוא בישראל.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 46065-09-14 בן חמו נ' Facebook Inc ואח'

- 1 אכן, קיימות זיקות גם לפורום הזר. כך למשל, המשיבות הן חברות זרות שמאגדות
2 בארה"ב ובאירלנד; מקום מושבה של פייסבוק ארה"ב הוא במדינת קליפורניה; מסמכי
3 האתר כתובים בשפה האנגלית; והפעולות הנטענות המיוחסות למשיבות, נעשו לכאורה על
4 גבי שרתים שמצויים מחוץ לישראל.
- 5 ואולם קיימות זיקות משמעותיות אחרות לפורום הישראלי: פייסבוק מפעילה ממשק בשפה
6 העברית הפונה לקהל הישראלי; לפייסבוק מיליוני משתמשים ישראלים; מסמכי האתר
7 שאותם נדרשים המשתמשים לאשר מתורגמים גם לשפה העברית; פייסבוק מאפשרת
8 פרסום בעברית; עילות התביעה מתייחסות למשתמשים הישראלים של פייסבוק; ההודעות
9 הפרטיות נשלחו על ידי משתמשים מישראל; וכפי שנאמר ועוד יובהר, הדין שיחול על
10 התובענה הוא הדין הישראלי (ראה גם: ה"פ (מחוזי י-ם) 12816-08-13 **עמרי וייל נ'**
11 **FACEBOOK, INC** פסקה 51 (3.12.2014)).
- 12 עדי פייסבוק מצויים מחוץ ישראל ואילו עדי המבקש מצויים בישראל, כך שהקושי
13 בהבאתם לדיון זהה ביחס לשני הפורומים (ע"א 9725/04 **אשבורן חברה לסוכנויות ומסחר**
14 **בע"מ נ' CAE Electroics Ltd** פסקה 16 (4.9.2007)).
- 15
- 16 31. במדינת קליפורניה מתנהלת תביעת **Matthew Campbell v. Facebook, Inc.**, שדומה
17 מאוד לענייננו (כנראה למעט העילה של אי הקמת מאגר מידע כנדרש בחוק הגנת הפרטיות,
18 תשמ"א – 1981). עם זאת, הואיל והגדרת הקבוצה בבקשת האישור שם מתייחסת לתושבי
19 ארה"ב בלבד, פסיקה שם לא תועיל כאן.
- 20 לא נעלמה מעיני החלטת בית המשפט בקנדה בענין **Deborah Louise Douez v.**
21 **Facebook, Inc.** 2015 BCCA 279 (19/6/2015), שקבע כי מקום השיפוט בתביעה דומה
22 שהוגשה בקנדה הוא בבית המשפט המוסמך במדינת קליפורניה. סעיף 19.1 בהסכם
23 ההצטרפות מגדיר את המשתמשים בקנדה ובארה"ב יחדו, כקבוצה אחת, שההסכם יחול
24 בינה לבין פייסבוק ארה"ב בעוד שהמשתמשים בכל יתר עולמנו מוגדרים כבעלי חוזה של
25 Facebook Ireland. על כן, דין שונה למשתמשי קנדה ממשתמשי ישראל ואין ללמוד משם
26 ראיה.
- 27
- 28 32. גם בחינת הציפיות הסבירות של הצדדים מוליכה למסקנה דומה. ברע"א 2737/08 **אורי**
29 **ארבל נ' TUI AG** פסקה 19 (29.1.2009) נקבע לענין זה כך:
30



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 46065-09-14 בן חמו נ' Facebook Inc ואח'

1 " ...ככל שהיקף הסחר בין גופים בינלאומיים לבין עצמם ובינם לבין פרטים
2 במדינות שונות גדל, הציפייה הסבירה של אותם גופים היא כי הם עלולים
3 להיתבע באחת מן המדינות בהן הם פועלים. גוף מסחרי אשר פועל מול גורמים
4 שונים בעולם לוקח במסגרת שיקולי הכדאיות הכלכליים לפעילותו במדינה
5 פלונית את הסיכון כי ייתבע בה לדיון. הדברים נכונים הן באשר לחברות
6 בינלאומיות הפועלות בישראל והן באשר לחברות ישראליות הפועלות בחו"ל
7 [ראו: עניין הגבס הנ"ל, בעמ' 115; ע"א 98/67 ליבהר נ' גזית ושחם חברה
8 לבניין בע"מ, פ"ד כא(2) 243, 251 (1967); ע"א 9725/04 אשבורן חברה
9 לסוכנויות ומסחר בע"מ נ' CAE Electronics Ltd (לא פורסם), (פורסם בנבו),
10 4.9.2007 (להלן - עניין אשבורן), פסקה 18 לפסק דינו של כבוד השופט א'
11 גרוניס]. במקרה שלפניי המשיבה 1 הינה קונצרן תיירות בינלאומי אשר
12 משווק שירותי תיירות למקומות שונים בעולם ומשכך, סבורני כי לנוכח נפח
13 הפעילות הבינלאומי הגדול שאותו מנהלת המשיבה 1 הסיכון כי תתבע לדיון
14 באחת מן המדינות בהם היא פועלת הינו צפוי". (שם, בפסקה 19; ההדגשה
15 שלי - א"ש).

16
17 הדברים יפים גם לענייננו.

18
19 אמנם תנאי השימוש שהמשתמשים נדרשו לאשר כללו גם את תניית השיפוט, אולם לאחר
20 שנפסלה, אין ללמוד ממנה דבר, בפרט לא אודות ציפיית הצדדים. בתנאי השימוש האחרים
21 אין די ללמד כי הציפייה הסבירה היתה לניהול ההליך בקליפורניה. אדרבא, עילת התביעה
22 המשותפת לכל הישראלים המשתמשים בפייסבוק מובילה לציפיה סבירה בדבר התדיינות
23 בישראל דווקא.

24 הטענה בדבר "יירוט" ההודעות האלקטרוניות של תושבי ישראל מחוץ לישראל אינה יכולה
25 להכריע. מדובר במקום שבחרה בו פייסבוק מסיבות כלכליות ועסקיות שונות, וככל שאינו
26 מצוי בקליפורניה או בישראל – כנראה מסיבות שאינן קשורות כלל לנושא התביעה שלפני.

27
28 ובאשר לשיקולים ציבוריים: אני סבורה כי הפורום הישראלי הוא "הפורום שיש לו עניין
29 אמיתי לדון בתובענה" (עניין ארבל, בפסקה 17). לפורום זה יש אינטרס לשמוע טענות של
30 ישראלים שנפגעו לכאורה מפעילות של תאגיד בינלאומי הפועל בשוק הישראלי באמצעות
31 האינטרנט, ולאפשר להם להתדיין בישראל. מסקנה אחרת תפגע קשות בצרכן הישראלי
32 (עניין PayPal, בפסקה 20).



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 46065-09-14 בן חמו נ' Facebook Inc ואח'

ברירת הדין

33. פייסבוק טענה גם למחיקה על הסף מחמת שהמבקש לא טען את דין החוזה, שהוא הדין בקליפורניה. על כן אבחן להלן מהו הדין שיחול על בקשת האישור, המושתתת הן על עילות חוזיות הן על עילות נזיקיות, וכללי ברירת הדין שונים.

ברירת הדין בחוזים

34. בבג"צ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד סב(3) 264, פסקה 18 (2007)) קבע המשנה לנשיאה, השופט ריבלין:

"כללו של דבר, המבחן המקובל לברירת הדין בדיני חוזים הוא מבחן הסכמת הצדדים, ובהיעדרה – מבחן "מירב הזיקות", כאשר תוצאת המבחן עשויה להיות מושפעת משיקולי מדיניות רחבים יותר המשרתים אינטרסים נורמטיביים כלליים. בהפעלתו של המבחן, עשויים להשתנות, כמובן, טיבן ומשקלן של הזיקות אשר תיבחנה, וזאת בהתאם לדינים הספציפיים שתחולתם נבחנת ובהתאם לנסיבותיו המיוחדות של חוזה נתון. ככלל, ואין אנו באים לגבש רשימה ממצה, נראה כי יש לבחון את זיקתו של החוזה לדין מסוים בשים לב למקום כריתת החוזה, למקום עריכת המשא ומתן קודם לכריתתו של החוזה, למקום ביצועו (היחיד, העיקרי או השגרתי) של החוזה, לזהות הצדדים לחוזה (ובתוך כך מקום מושבם, אזרחותם, התאגדותם ופעילותם העסקית), לשפת החוזה, למטבע התשלום, למקום תשלום המיסים ולכוונת הצדדים לעניין ברירת הדין במישורים אחרים של יחסיהם. באיתורן של זיקות אלו ובקביעת משקלן, אין מניעה כי בית-המשפט יתחשב בשיקולי מדיניות כלליים של השיטה המשפטית ובעקרונות היסוד של התחום החוזי שלגביו מתבקשת ברירת הדין. בהיעדרן של זיקות קונקרטיות, יכול בית-המשפט להיזקק לזיקות אובייקטיביות של החוזה, קרי הדין המוחל על חוזים דומים, בין צדדים דומים, ובנסיבות דומות".



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 46065-09-14 בן חמו נ' Facebook Inc ואח'

כאמור לעיל בפרק הפורום, בעניינו בחינת כלל הזיקות של החוזה מובילה למסקנה כי יש להחיל על התובענה את הדין הישראלי.

ברירת הדין בנוזיקין

35. בדיני נזיקין, הדין החל על העוולה הוא דין מקום ביצועה. לכלל זה נקבע חריג המאפשר הימנעות מהחלת הכלל כאשר הדבר נדרש משיקולים של צדק. החריג יופעל רק במקרים נדירים, שבהם קיימת מדינה אחרת בעלת קשר הדוק יותר באופן משמעותי לעוולה (ע"א 1432/03 ינון ייצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ נ' מאג'דה קרעאן, פ"ד נט(1) 345, 373 – 374 (2004)).

המבקש טען כי מקום ביצוע העוולה הוא בישראל: הפגיעה בפרטיות היא של המשתמשים בישראל; הנזק נגרם למשתמשים בישראל; ההודעות הפרטיות נשלחות בישראל ורובן מיועד למשתמשים בישראל; הציפיה לפרטיות ההודעות היא בישראל; חלק מ"התוספים החברתיים" (למשל "like") נמצאים על אתרים ישראלים; פייסבוק לא רשמה את מאגרי המידע בישראל; שמוש במידע שצריך היה לרשום במאגר, בוצע בחלקו בישראל; הוצאת המידע על המשתמשים בוצעה מישראל; והפרת חובת הזהירות של פייסבוק התרחשה בישראל כאשר מסרו את המידע הפרטי של המשתמשים לאתרים ישראלים. לחלופין נטען כי אף אם מקום ביצוע העוולה איננו בישראל יש להחיל את החריג שבהלכת יינון ולקבוע כי מקום הביצוע הוא אקראי וכי לישראל הזיקה המשמעותית ביותר לאירועים דן.

פייסבוק טענה כי "יירוט" ההודעות הפרטיות נעשה על שרתים מחוץ לתחומי מדינת ישראל, ומשום כך יש להחיל על העוולות הנטענות את דין קליפורניה. שאר הנסיבות עליהן מצביע המבקש אינן רלוונטיות שכן הן אינן מלמדות על מקום ביצוע העוולה אלא על מקום הנזק הנטען בלבד. גם העוולה הנטענת של ניהול מאגר מידע ללא רישומו כדין בוצעה מחוץ לישראל, משום ששרתי פייסבוק אינם מצויים בישראל, וממילא אין בישראל "מאגר מידע". כך או אחרת, אף אם יוחל החריג שבהלכת יינון, יש לדין קליפורניה את הקשר ההדוק ביותר לעוולות הנטענות.

36. אני סבורה כי העוולות הנטענות בוצעו גם בישראל, וגם משום כך הדין החל עליהן הוא הדין הישראלי.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 46065-09-14 בן חמו נ' Facebook Inc ואח'

1 הטענה העיקרית בבקשת האישור היא כי פייסבוק מיירטת את ההודעות הפרטיות
2 הנשלחות על ידי המשתמשים הישראליים ועושה שימוש פסול בתוכן. פעולת היירוט
3 מתבצעת אמנם בשרתים המצויים מחוץ לישראל, אולם תחילת העוולה בכך שמשתמש
4 מישראל שולח הודעה פרטית בישראל למשתמש אחר. פעולת שליחת ההודעה נעשית תמיד
5 ממקום מושבו של המשתמש ולא ממקום הימצאות השרתים. פייסבוק היא שבחירה
6 במיקום השרתים, כעניין טכני מסחרי שנתון לשיקול דעתה, כמובן.
7 על כן, תחילת העוולה בוצעה בארץ, ובהתאם להלכת **יינון** – יש להחיל עליה את הדין
8 הישראלי.
9 מכל מקום ברי כי העוולה של אי רישום מאגר מידע, ככל שתוכח – היא עוולה בדיני ישראל,
10 משום אי הרישום בישראל, ולכן, ככל שבוצעה, בוצעה בישראל. בשלב זה אין מקום
11 להיעתר לבקשת פייסבוק ולראות בהוספתה לכתב התביעה תכסיסנות על מנת להבדיל
12 תביעה זו מתביעת Campbell.
13
14

פיצול הדיון בין מדינות שונות

15 37. הצדדים טענו גם לאפשרות שיחול דין שונה על התביעה כלפי פייסבוק אירלנד מאשר על
16 התביעה כלפי פייסבוק אינק, וגם לכך שיחול דין שונה לעילות התביעה שבזיקין מאשר
17 לעילות התביעה שבחוזים. האפשרות שהדיון יפוצל היא רק אחת משלל הנסיבות שנבחנות
18 במקום שכתוצאה מריבוי תובעים או נתבעים עלול להיגרם פיצול בסמכות השיפוט (רע"א
19 Nantucket Ltd 8135/12 נ' עמיקם דורון פסקאות 17, 20 (28.10.13)).
20 לאור המסקנות שלעיל שוב אין צורך לדון באפשרות זו. אומר רק, כי התנאי המקפח יחול
21 רק ביחסים עם פייסבוק אירלנד, שרק עמה חתם המבקש על הסכם הצטרפות. לא אוכל
22 לקבל את טענות פייסבוק כי יש להתייחס לשתי המשיבות יחדו, שכן פייסבוק עצמה היא
23 שהחליטה על אופן ההתקשרות; היא שהחליטה על חלוקת העולם למשתמשים מקנדה
24 וארה"ב מחד גיסא, שעליהם יחול דין אחד בהסכם ההצטרפות, ולמשתמשים משאר חלקי
25 העולם מאידך גיסא, שעליהם יחול דין אחר בהסכם ההצטרפות. יש להניח שמסיבות כבדות
26 משקל החליטה פייסבוק להבחין בין המשתמשים ואולי גם בין ההכנסות ברחבי העולם. לא
27 ראיתי מדוע תוכל להשתמש בחלוקה כרצונה, לצרכים מסוימים, ולהתנגד להחלטה לצרכים
28 אחרים, שההבדל ביניהם לא הוסבר.
29

30 38. לא ברור אם האבחנה בין עילות התביעה הנזיקיות שבבקשת האישור לבין עילות התביעה
31 החוזיות משמיעה פיצול דיון דוקא: ראשית, משום האמור לעיל, שלפיו הפורום הנאות



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 46065-09-14 בן חמו נ' Facebook Inc ואח'

והדין הנאות הוא בישראל הן בתביעה החוזית, הן בתביעה הנזיקית. שנית, "כאשר צדדים נקשרו בחוזה, אזי גם אם קיימות עילות תביעה "לבר-חוזיות", הרי שאם הן קשורות עם החוזה ונשענות באופן ישיר על היחסים העסקיים-חוזיים בין הצדדים, אזי ברגיל יש לראותן כחלק מהתביעה החוזית (ראו עניין סנקרי בעמ' 77-78; עניין אדרת שומרון, בעמ' 611) (עניין סאמיט פאנד בפסקה 21).

על כן, הסיכון בדבר פיצול הדין אינו משמעותי, ואין לו השפעה על ההחלטה.

סיכום

39. הבקשה לסילוק בקשת האישור על הסף או לעכוב הליכים בה נדחת. פייסבוק תישא בהוצאות המבקש בסכום של 10,000 ₪.

כאמור בהסדר הדיוני בין הצדדים, פייסבוק תגיש תגובתה לבקשת האישור תוך 90 ימים, והמבקש יגיש תשובה לתגובת פייסבוק תוך 60 ימים ממועד המצאת התגובה. ימי הפגרות יבואו במנין הימים.

קדם משפט נקבע ליום 12.12.2016 בשעה 09:30.

ניתנה היום, ד' סיוון תשע"ו, 10 יוני 2016, בהעדר הצדדים.

אסתר שטמר, שופטת