



## בבית המשפט העליון

רע"א 7470/20

לפני: כבוד השופטת ע' ברון

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

נגד

המשיבים: 1. רותם גל  
2. סמיון ולדברג

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 16.9.2020 (כבוד השופט ד' כהן) ב-ת"צ 27761-09-17

בשם המבקשות: עו"ד ד"ר יואב אסטרייכר; עו"ד אריאל רקובר;  
עו"ד חן שחם; עו"ד טל רוזנווסר

בשם המשיבים: עו"ד אדם לוין; עו"ד יונתן רפפורט

### החלטה

1. עניין לנו בבקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 16.9.2020 (השופט ד' כהן) ב-ת"צ 27761-09-17, בגדרה נדחתה בקשה לסילוק על הסף של בקשה לאישור תובענה כייצוגית שהוגשה נגד המבקשות, Facebook Ireland Limited וחברת האם שלה, Facebook Inc. (להלן: בקשת האישור, פייסבוק-אירלנד ו-פייסבוק-ארה"ב, בהתאמה).

רקע הדרוש לעניין ובקשת הסילוק על הסף

2. המבקשות הן חברות המפעילות את הרשת החברתית האינטרנטית Facebook (להלן: פייסבוק). במועדים הרלוונטיים לבקשת האישור, פייסבוק-אירלנד הייתה אמונה על אספקת שירותי פייסבוק למשתמשים בישראל, ובמהלך חודש ספטמבר 2017 הגישו המשיבים להליך זה את בקשת האישור נגדה. בקשת האישור עוסקת ביחסים שבין פייסבוק ובין משתמשי פייסבוק שרוכשים ממנה שירותי פרסום (להלן: המפרסמים).

לצורך הפרסום באמצעות פייסבוק המפרסמים נדרשים להחזיק בחשבונות פרסום ייעודיים בפייסבוק. בבקשת האישור נטען, בין היתר, שפייסבוק-אירלנד הפרה את ההסכם שמסדיר את מערכת היחסים בינה ובין המפרסמים. המשיבים (שהם המבקשים בבקשת האישור) טענו שפייסבוק-אירלנד הפרה את התחייבותה לבצע בדיקות מקדימות, לצורך בחינה אם יש במודעות הפרסום הפרות שבגינן יש למנוע את פרסום המודעה המבוקשת, וזאת טרם פרסומה. כתוצאה מהפרה זו, כך נטען, פייסבוק-אירלנד הסירה למפרסמים מודעות לאחר שכבר פורסמו. עוד הוסיפו וטענו המשיבים שלאחר שפייסבוק-אירלנד הסירה את המודעות, היא הפרה את התחייבותה ליידע את המפרסמים אלו הפרות הובילו להסרת מודעותיהם. כן נטען שפייסבוק-אירלנד "משביתה" חשבונות פרסום ללא התראה מוקדמת ובהיעדר הסבר. לטענת המשיבים, הפרותיה של פייסבוק-אירלנד גרמו למפרסמים נזקים ממוניים שהתבטאו באובדן ההשקעה בפרסום ואובדן המידע שנצבר בחשבון הפרסום שהושבת; כן נטען שנגרמו למפרסמים נזקים לא ממוניים בדמות רגשות כעס ותסכול. כך, למשל, נטען שלמשיב 1 שהוא בעלים של משרד פרסום, שיווק ומכירות נגרמו נזקים בסך של 48,300 ש"ח ולמשיב 2 נטען שנגרמו נזקים בסך 30,000 ש"ח. בבקשת האישור הוגשה בשם כל המפרסמים, ובמסגרתה עתרו המשיבים לפיצויים עבור הנזקים שנטען שנגרמו לחברי הקבוצה ולכך שפייסבוק-אירלנד תמסור נתונים שונים לצורך חישוב הנזקים.

בשלב זה יצוין שסעיף 15(1) להצהרת הזכויות והאחריות של פייסבוק-אירלנד (Statement of Rights and Responsibilities) (להלן: הסכם תנאי השירות האירי), מורה שכל סכסוך בנוגע לתנאי השימוש בין המשתמשים בפייסבוק ובין פייסבוק-אירלנד יידון בבית משפט בקליפורניה ועל פי דיני מדינת קליפורניה (להלן: תניית סמכות השיפוט ו-תניית ברירת הדין, בהתאמה). יצוין כי הסכם תנאי השירות האירי פורסם במספר שפות, כולל בעברית, אולם בפתח ההסכם ישנה הוראה שלפיה במקרה של סתירה בין הנוסח בשפה האנגלית לנוסח בשפה אחרת, הנוסח בשפה האנגלית גובר. לפיכך, ההפניה לסעיף 15(1) להסכם תנאי השירות האירי תהא לנוסחו בשפה האנגלית:

"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 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 provision."

3. במהלך הדיון בבית המשפט המחוזי, הגיעו הצדדים להליך להסכמה דיונית שלפיה הדיון בבקשת האישור יעוכב עד להכרעת בית משפט זה ב-רע"א 5860/16 **Facebook Inc** נ' בן חמו, שם נדונה שאלת תוקפו של סעיף 15(1) להסכם תנאי השירות האירי המצוטט לעיל (להלן: עניין בן חמו או הלכת בן חמו).

פסק הדין בעניין בן חמו ניתן בבית המשפט העליון ביום 31.5.2018, ובמסגרתו הסכם תנאי השירות האירי נבחן בראי חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן: חוק החוזים האחידים). בתוך כך נקבע שהסכם תנאי השירות האירי מהווה חוזה אחיד, וכי תניית סמכות השיפוט שבסעיף 15(1) להסכם היא תניה מקפחת בחוזה אחיד ולפיכך בית המשפט הורה על ביטולה. לעומת זאת, בכל הנוגע לתניית ברירת הדין שבסעיף 15(1), נקבע שאין לראות בה כתניה מקפחת. מעבר לכך, בית המשפט ציין שהסכם תנאי השירות האירי חל רק ביחסים שבין המשתמש הישראלי ופייסבוק-אירלנד, כך שאין לו תוקף בכל הנוגע ליחסים של המשתמשים עם פייסבוק-ארה"ב.

4. במקביל, פייסבוק פרסמה ברחבי העולם הסכם תנאי שירות חדש, שנכנס לתוקפו עבור משתמשים ישראלים ביום 14.7.2018. כחלק מתנאי השימוש החדשים, פייסבוק-אירלנד חדלה מלהיות הישות המספקת את שירותי פייסבוק למשתמשים הישראליים, והיא הוחלפה בפייסבוק-ארה"ב. בשונה מהסכם תנאי השירות האירי, הסכם תנאי השימוש של פייסבוק-ארה"ב (Terms of Service) (להלן: הסכם תנאי השירות האמריקאי), לא כולל הוראה הקובעת שנוסחו בשפה האנגלית גובר, ומשכך ההפניה להסכם זה תיעשה לנוסח שפורסם בשפה העברית. סעיף 4(4) להסכם תנאי השירות האמריקאי, שכותרתו מחלוקות, מורה כדלקמן:

"אם אתה צרכן, חוקי המדינה שבה אתה מתגורר יחולו על כל טענה, עילה או מחלוקת שיש לך כנגדנו אשר נובעת מתוך או קשורה לתנאים אלה או למוצרי פייסבוק ("טענה"), ואתה רשאי לפתור את הטענה שלך בכל בית דין מוכר במדינה זו אשר יש לו סמכות שיפוט לגבי הטענה. בכל המקרים האחרים, אתה מסכים שסמכות השיפוט הייחודית בטענה תהא נתונה לבית המשפט המחוזי של ארה"ב במחוז הצפוני של קליפורניה או בבית משפט של המדינה הנמצא במחוז סן מטיאו, שאתה מכיר בסמכות השיפוט האישית של כל אחד מבתי משפט אלה למטרות התדיינות לגבי טענה זו, ושחוקי מדינת קליפורניה יחולו על תנאים אלה ועל כל טענה, ללא קשר להוראות מתקל דינים."

כלומר, סעיף 4(4) להסכם תנאי השירות האמריקאי מבחין בין משתמשי פייסבוק המסווגים כצרכנים ובין אלה שאינם צרכנים, כך שעל סכסוך בין משתמש שהוא צרכן ובין פייסבוק לא חלות תניות סמכות השיפוט וברירת הדין. על סכסוכים מסוג זה יחול הדין של מקום מושבו של המשתמש-הצרכן, כאשר באפשרותו לנהל את ההליכים המשפטיים במקום מושבו. לעומת זאת, אם לא מדובר בצרכן, תניות ברירת הדין וסמכות השיפוט חלות, כך שהסכסוך בין המשתמש הלא-צרכן ובין פייסבוק-ארה"ב יידון בבית משפט בקליפורניה ועל פי דיני מדינת קליפורניה.

5. על רקע האמור – פסק הדין בעניין בן חמו והפסקת היחסים בין המשתמשים בישראל ובין פייסבוק-אירלנד, וכניסתו לתוקף של הסכם תנאי שימוש חדש עם פייסבוק-ארה"ב – ביום 30.8.2018 הגישו המשיבים בקשה לתיקון בקשת האישור שכללה שני תיקונים עיקריים. התיקון הראשון נוגע לפירוט עילות התביעה נגד פייסבוק-אירלנד על פי הדין הקליפורני; ואילו התיקון השני נוגע לצירופה של פייסבוק-ארה"ב כמשיבה לבקשת האישור, בהתבסס על עילות תביעה לפי הדין הישראלי. בית המשפט המחוזי (השופטת ר' ברקאי) נעתר לבקשת התיקון והמשיבים הגישו בקשה מתוקנת לאישור התובענה כייצוגית ביום 5.11.2018. לצורך ביסוס עילות תביעה בהתאם לדין הקליפורני, המשיבים צירפו לבקשת האישור המתוקנת חוות דעת מומחה מטעמם, חתומה על ידי עו"ד אהרן פרקש (להלן: חו"ד פרקש ו-עו"ד פרקש, בהתאמה).

6. בתגובה, המבקשות הגישו ביום 27.2.2019 בקשה לסילוק על הסף של בקשת האישור, שביסודה הטענה שלנוכח הלכת בן חמו ותניות סמכות השיפוט וברירת הדין שבהסכמים השונים, יש לדון בהליך בקליפורניה ועל פי דיניה (להלן: בקשת הסיילוק). המבקשות טענו שחברי הקבוצה המיוצגת הם מפרסמים מסחריים ולא משתמשים ביתיים בפייסבוק, ובנסיבות אלה עניין בן חמו אינו חל לגביהם ולכן היה על המשיבים להגיש את בקשת האישור בקליפורניה. בהקשר לכך, המבקשות טענו שהמפרסמים מהווים לקוחות עסקיים של פייסבוק-אירלנד, וככאלה הם בחרו בחירה מושכלת לרכוש שירותי פרסום. המבקשות הוסיפו וטענו שצדדים מסחריים, כדוגמת המפרסמים, מוחזקים מבחינה משפטית כמתוחכמים יותר מאשר צרכנים ועל כן הם ראויים להגנה מצומצמת יותר בפני הוראות חוזיות שלכאורה מקפחות. בתוך כך, המבקשות הוסיפו וטענו שחו"ד פרקש אינה חוות דעת תקפה לדין הזר בהינתן שהחתום עליה הוא עו"ד ישראלי הנעדר ניסיון בתחום דיני מדינת קליפורניה. בכל הנוגע לפייסבוק-ארה"ב, המבקשות טענו שבקשת האישור לא מגלה עילה או טענה נגדה, וכי היא נוספה לבקשת האישור רק בשל עדכון תנאי השירות שלפיו פייסבוק-ארה"ב החלה לספק את שירותי פייסבוק

למשתמשים הישראלים. המבקשות הדגישו שבקשת האישור עוסקת אך ורק באירועים שהתרחשו טרם שפייסבוק-ארה"ב החליפה את פייסבוק-אירלנד. ועוד נטען שגם בהסכם תנאי השירות האמריקאי ישנן תניות סמכות שיפוט וברירת דין, ומשום שהמפרסמים אינם "צרכנים" יש לסלק את בקשת האישור על הסף.

החלטת בית המשפט המחוזי

7. בית המשפט המחוזי דחה את בקשת הסילוק בהחלטה מיום 16.9.2020. ראשית נדחו טענות המבקשות בנוגע לחו"ד פרקש, ולהיעדר עילה נגד פייסבוק-ארה"ב, תוך שהובהר שדינן של טענות אלה להתברר במסגרת הדיון בבקשת האישור. בכל הנוגע לטענות המבקשות ביחס לתחולת תניות סמכות השיפוט וברירת הדין, בית המשפט הבהיר שלצורך הכרעה בשאלות אלה יש להקדים ולהכריע אם המפרסמים הם בגדר "צרכנים" של פייסבוק כלשון סעיף 4(4) להסכם תנאי השירות האמריקאי. לצורך הכרעה בשאלה זו, בית המשפט עמד על יחסי הכוחות בין המפרסמים ובין פייסבוק, תוך שדחה את הטענה שהמפרסמים זקוקים להגנה פחותה מזו של משתמשים שאינם משלמים לפייסבוק עבור שירותיה (להלן: המשתמשים הרגילים). בית המשפט עמד על כך שפייסבוק מנסחת ומשנה כראות עיניה את תנאי השירות וכללי הפרסום, בו בזמן שלמפרסמים אין אפשרות להשפיע על תנאי ההתקשרות. עוד צוין שפייסבוק מחליטה לבדה מי יישאר משתמש שלה ומי ייחסם על ידה. בהמשך לכך נקבע שאין הבדל בין משתמשים רגילים ובין המפרסמים שמשתמשים בפייסבוק תמורת תשלום. הודגש ששני סוגי המשתמשים הללו מצויים בעמדת נחיתות מול פייסבוק, כך ששניהם זקוקים להגנת דיני הגנת הצרכן. נוסף על כך, בית המשפט העיר שלנוכח העובדה שהמפרסמים משלמים עבור השירות שהם מקבלים, ניתן להניח שהם אף זקוקים להגנה משמעותית יותר מהמשתמשים הרגילים. בתוך כך נקבע שעצם העובדה שהמפרסמים משלמים עבור שירותי הפרסום אינה הופכת אותם ללא-צרכנים, אלא להפך. לבסוף, נקבע שהמפרסמים עונים להגדרת "צרכן" שבחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 שלפיה "צרכן" מוגדר כ"מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי" (להלן: חוק הגנת הצרכן). הודגש שאמנם הגדרת חוק הגנת הצרכן נוגעת ל"שימוש שעיקרו אישי", אולם בית המשפט סבר שלנוכח פערי הכוחות בין הצדדים ושינויי העיתים, ניתן לראות במשתמשים המפרסמים כמי שרכשו שירות מפייסבוק במהלך עיסוקם לשימוש שעיקרו אישי.

סופו של דבר, לנוכח סיווג המפרסמים כצרכנים דחה בית המשפט המחוזי את בקשת הסילוק וקבע שעל מערכת היחסים שבין המפרסמים ובין פייסבוק-אירלנד חלה

הלכת בן חמו, ועל יחסיהם עם פייסבוק-ארה"ב חל סעיף 4(4) להסכם תנאי השירות האמריקאי.

בקשת רשות הערעור

8. בגין החלטת בית המשפט המחוזי הגישו המבקשות את בקשת רשות הערעור הנדונה, ובגדרה הן חוזרות על כל אותן טענות שנטענו על ידן בבקשת הסילוק. לעמדתן בית המשפט המחוזי שגה בעת שסיווג את המפרסמים כצרכנים כמשמעותו של מונח זה בחוק הגנת הצרכן. לגישתן, הפרשנות שניתנה על ידי בית משפט סותרת את לשון חוק הגנת הצרכן ומתעלמת מההגבלה שלפיה צרכן הוא רק מי שרוכש נכס או מקבל שירות "לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי". לטענת המבקשות, על פי משמעותו הרגילה, "צרכן" הוא מי ש"צורך", כך שההגדרה נובעת מעצם הפעולה שבה אדם נוקט, ולא מזהותו או מטיב היחסים בינו ובין אחר. לשיטת המבקשות, אופי הפעילות שמקיימים המפרסמים בשירותי פייסבוק שולל את המסקנה שהם צרכנים כמשמעות מונח זה בחוק הגנת הצרכן. המבקשות מוסיפות וטוענות שהעובדה שבקרב הקבוצה המיוצגת הנטענת מנויים גם העסקים הגדולים ביותר בישראל, מדגישה את הקושי שבקביעת בית המשפט שהמפרסמים הם צרכנים.

עוד טוענות המבקשות, שקביעת בית המשפט המחוזי מתעלמת מהוראות ההסכמים שבין הצדדים, שלפיהן הצדדים רואים את עצמם כמי שמנהלים יחסים מסחריים. משכך, סבורות המבקשות שבכל מקרה אין צורך להידרש לשאלה אם המפרסמים הם צרכנים. לטענתן, פעילות המהווה "שימוש מסחרי" בשירותי פייסבוק מוגדרת מפורשות הן בהסכם תנאי השירות האירי הן בהסכם תנאי השירות האמריקאי. כך, למשל, המבקשות מפנות לסעיף 10 בהסכם תנאי השירות האירי שכותרתו "סעיפים מיוחדים שחלים על מפרסמים" (Special Provisions Applicable to Advertisers), שממנו עולה לשיטתן שכוונת הצדדים הייתה שהשימוש בשירותי הפרסום בפייסבוק הוא בגדר פעילות מסחרית. המבקשות אף מפנות להוראה בהסכם תנאי השירות האמריקאי, הקובעת שבעת שימוש במוצרי פייסבוק למטרה עסקית או מסחרית חל גם מסמך ה- Commercial Terms (להלן: התנאים המסחריים). בהמשך לכך, מדגישות המבקשות שבמסמך התנאים המסחריים ישנו סעיף נוסף שנועד להסדיר "מחלוקות", הקובע כי המשתמש בשירותי פייסבוק לעסקים מסכים לתניית שיפוט זר בלעדית בקליפורניה, ולתניית ברירת דין זר המחילה את הדין הקליפורני על המחלוקת. לדברי המבקשות, פרשנות בית המשפט למונח צרכן מרוקנת מתוכן את ההבחנה החוזית שבאה לידי ביטוי בהסכם תנאי השירות האמריקאי ובתנאים המסחריים בנוגע ליחס בין צרכנים ובין מי שאינם כאלה, כך שבפועל יוצא שכל המפרסמים הם צרכנים.

לעמדת המבקשות, שגיאתו של בית המשפט בפרשנות המונח צרכן הובילה לכך שלא נאכפה תניית סמכות השיפוט ביחס לפייסבוק-ארה"ב. בכל הנוגע לפייסבוק-אירלנד, המבקשות סבורות שלא היה מקום להחיל את הלכת בן חמו על המפרסמים; זאת משום היותם משתמשים מסחריים-עסקיים בשירותי פייסבוק. לטענתן, בהתאם להלכת בן חמו יש להעניק הגנה מוגברת לצרכנים, זאת בשונה ממשתמשים מסחריים-עסקיים המוחזקים כמתוחכמים. בכל הנוגע לפייסבוק-ארה"ב, המבקשות טוענות שלנוכח סיווג המפרסמים בתור צרכנים נמנע בית המשפט מלאכוף את תניות ברירת הדין וסמכות השיפוט הקבועות בהסכם תנאי השירות האמריקאי ובתנאים המסחריים של פייסבוק. המבקשות מוסיפות בעניין זה וטוענות שאף אם נקבל את המסקנה השגויה כי המפרסמים הם צרכנים, אזי לכל הפחות יש להורות על אכיפת תניית ברירת הדין ביחס לעילות נגד פייסבוק-ארה"ב. זאת לטענתן בשל הקביעה בעניין בן חמו שתניית ברירת דין היא אכיפה בהקשר של תובענות ייצוגיות צרכניות. לבסוף, המבקשות טוענות שחוו"ד פרקש אינה עומדת באמות המידה הנדרשות לצורך הכרה בה כחוות דעת מומחה לדין הזר. לטענתן, עורך הדין פרקש הוא עו"ד ישראלי העוסק בניירות ערך והוא נעדר ניסיון שמצדיק הכרה בו כמומחה לדיני מדינת קליפורניה. המבקשות מדגישות שעו"ד פרקש אינו מורשה לעסוק בעריכת דין במדינת קליפורניה, לא למד בבית ספר למשפטים במדינה זו וגם לא הועסק שם באקדמיה. משכך סבורות המבקשות שחוו"ד פרש אינה מהווה ראיה להוכחת הדין הזר, ובהיעדר חוות דעת תקפה יש להורות על סילוק בקשת האישור.

9. המשיבים מצידם עומדים על כך שיש לדחות את בקשת רשות הערעור. בפתח תשובתם, המשיבים מדגישים שרק במסגרת בקשת רשות הערעור המבקשות מצאו לנכון להעלות לראשונה טענות ביחס למסמך התנאים המסחריים, וכי מסמך זה לא אוזכר על ידן עד כה במסגרת ההליך ולא צורף לכתבי הטענות שהגישו. המשיבים מוסיפים שגם בהינתן הטענות שבפני המבקשות ביחס למסמך התנאים המסחריים, פרשנותן למונח צרכן שבסעיף 4(4) להסכם תנאי השירות האמריקאי שגויה. תחילה, המשיבים טוענים שהסכם תנאי השירות האמריקאי הוא מסמך גלובלי החל על משתמשים בפייסבוק ברחבי העולם, ופייסבוק-ארה"ב לא טענה כי היא בחנה מראש את ההגדרה המשפטית של המונח צרכן בכל מדינה ומדינה שבה היא פועלת. לדברי המשיבים, פייסבוק-ארה"ב עשתה שימוש במילה "צרכן" מתוך ציפייה שהמונח יזכה לפרשנות הנהירה לכל אדם – כך שצרכן הוא "מי שצורך את שירותיה". ועוד מוסיפים המשיבים כי בעניין בן חמו המבקשות טענו שהן קובעות את תניית ברירת הדין מתוך רצון לשמור על ודאות משפטית עבורן; אלא שטענה זו לא עולה בקנה אחד עם הטענה שמועלית כעת שיש לפרש את המונח צרכן בהתאם

לחוק הגנת צרכן. שכן המונח צרכן משתנה בין מדינה למדינה שבה פייסבוק-ארה"ב פועלת, בהתאם לדיני הגנת הצרכן של אותה מדינה. מעבר לכך, המשיבים טוענים שלו פייסבוק-ארה"ב ביקשה לקבוע שמי שרוכש שירותי פרסום לא נחשב לצרכן של שירותיה, היה עליה לציין זאת מפורשות בהסכם תנאי השירות האמריקאי. בתוך כך, המשיבים סבורים שעצם העובדה שפעילות הפרסום היא פעילות מסחרית, אינה רלוונטית למעמד של המפרסמים כצרכנים. לצד זאת, המשיבים מדגישים שהמונח "צרכן" בהסכם תנאי השירות האמריקאי אינו מגלם אימוץ ישיר של המונח בחוק הגנת הצרכן; וכי בית המשפט המחוזי היה ער להגדרת המונח בחוק וקביעתו נסמכה על העקרונות שבבסיס חוק הגנת הצרכן. ועוד טוענים המשיבים שתניית ברירת הדין שבהסכם תנאי השירות האמריקאי היא תניה מקפחת שדינה להתבטל, כך שממילא הדין הישראלי יחול על בקשת האישור בין אם המפרסמים הם צרכנים ובין אם לאו. המשיבים מציינים שאמנם בעניין בן חמו נדונה תניית ברירת הדין שבהסכם תנאי השירות האירי ונקבע שזו אינה מקפחת, אולם לטענתם נסיבות ענייננו שונות והגיעה השעה לדון בחוקיותה של תניית ברירת הדין שבהסכם תנאי השירות האמריקאי ולבטלה.

מעבר לכך, המשיבים סבורים שאין מקום להתערבות באופן שבו בית המשפט המחוזי יישם את הלכת בן חמו ביחס לתניית סמכות השיפוט שבהסכם תנאי השימוש האירי. בעניין זה המשיבים סומכים את ידם על החלטת בית המשפט המחוזי, ושבים ומציינים את פערי הכוחות שבין הצדדים ואת האפקט המצנן שעלול להיווצר אם המפרסמים יחויבו להגיש את תביעותיהם בקליפורניה. לבסוף, ביחס לטענות המכוונות כלפי עו"ד פרקש, המשיבים סבורים שהמסגרת הדיונית של בקשה לסילוק על הסף אינה המסגרת הראויה לדון בכשירותו כמומחה לדין הזר; ובכל מקרה, אין בטענות המבקשות בעניין זה כדי להוביל לפסילת עו"ד פרקש כמומחה לדין הקליפורני.

דיון והכרעה

10. לאחר עיון בבקשת רשות הערעור ובתשובה לה, על נספחיהן, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הבקשה להידחות.

נקודת המוצא לדיון היא שסילוק על הסף של תביעה שמור למקרים חריגים, ועל אחת כמה וכמה כשמדובר בסילוק של בקשה לאישור תובענה כייצוגית (רע"א 7667/17 רונצוויג נ' חזן, פסקה 8 (3.12.2018)). הליך אישור תובענה כייצוגית הוא כשלעצמו הליך מקדמי, כך שבקשה לסילוק על הסף של בקשה לאישור תובענה כייצוגית היא בגדר הליך "מקדמי שבמקדמי". בעוד במסגרת בקשה לאישור תובענה ייצוגית על בית המשפט לבחון אם קיימת אפשרות סבירה שהשאלות שמעוררת התובענה יוכרעו לטובת הקבוצה



(סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006), בבקשה לסילוק על הסף שומה על בית המשפט לבחון אם מדובר בבקשת אישור תובענה כייצוגית שניתן באופן מובהק לומר שאין לה תוחלת, בין משום שמדובר בבקשת סרק בין מטעם אחר (רע"א 9771/16 נובל אנרג'י מדיטרניאן לימיטד נ' נזרי, פסקה 19 (28.9.2017)). על כן ככלל, טענות סף נגד אישור ניהול תובענה כייצוגית יידונו במהלך הדיון בבקשת האישור עצמה, ולא בגדר בקשה לסילוק על הסף; זאת להוציא מקרים חריגים, כאשר יש אפשרות לא מבוטלת שהדיון בבקשת האישור יסתיים בלא כלום, בשל טענת הגנה שניתן להכריע בה כבר בפתח הדיון (עניין בן חמו, פסקה 17; רע"א 2022/07 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' אר-און השקעות בע"מ, פסקה 6 (13.8.2007)). בהינתן אמות מידה אלה, בקשת רשות ערעור על החלטה שדוחה בקשה לסילוק על הסף תיבחן גם היא לפי קריטריונים מחמירים; ומכל מקום הלכה היא כי ערכאת הערעור נוטה שלא להתערב בהחלטות דיוניות הנוגעות לאופן ניהול ההליך בעת דיון בבקשות מסוג זה (רע"א 7179/21 Qualcomm Incorporated נ' אשל, פסקה 6 (21.11.2021), להלן: עניין אשל; רע"א Google LLC 4243/19 נ' ברם, פסקה 5 (16.7.2019)). בנסיבות המקרה לא מצאתי כל פגם בהחלטתו של בית המשפט המחוזי, לא כל שכן פגם המצדיק את התערבות ערכאת הערעור. ואבאר.

11. טרם שנצלול לגופם של דברים, תחילה יש להפריד ולאבחן בין עילות הסילוק שנטענו על ידי המבקשות, ובין ההסכמים השונים שחלים על היחסים החוזיים שביניהן ובין המפרסמים. כפי שצוין לעיל, בקשת האישור הוגשה לכתחילה נגד פייסבוק-אירלנד בלבד, וזו טענה בבקשת הסילוק שלנוכח הסכם תנאי השירות האירי ובראי הפסיקה בעניין בן חמו, יש לסלק על הסף את בקשת האישור בהיותה נוגדת את תניית סמכות השיפוט. כלומר, לצורך הכרעה בטענותיה של פייסבוק-אירלנד, עלינו לבחון אם הלכת בן חמו חלה גם על בקשת האישור דנן. אשר לפייסבוק-ארה"ב, כאמור זו צורפה לבקשת האישור במסגרת בקשת התיקון, ועל מערכת היחסים שבינה ובין המפרסמים חל הסכם תנאי השירות האמריקאי. בהתאם, עלינו להידרש לשאלה אם המפרסמים הם בגדר "צרכנים" של פייסבוק לפי סעיף 4(4) להסכם תנאי השירות האמריקאי.

פייסבוק-אירלנד

12. הסכם תנאי השירות האירי נדון בהרחבה בפסק הדין בעניין בן חמו. עיקר הטענות של המבקשות ביחס לסילוקה על הסף של בקשת האישור נגד פייסבוק-אירלנד ממוקד בכך שלשיטתן בית המשפט המחוזי יישם באופן לקוי את ההלכה שנקבעה שם. כזכור, לעמדת המבקשות פסק הדין בעניין בן חמו מבחין בין צרכנים ובין צדדים מסחריים-עסקיים, ובעוד ביחס לתובענה ייצוגית צרכנית נקבע שם שתניית סמכות השיפוט בטלה,

האפשרות לאכוף תניה זו נותרה פתוחה כאשר מדובר בסכסוך לא-צרכני. בענייננו, בית המשפט המחוזי מצא לנכון ליישם את הלכת בן חמו גם על המפרסמים. אין כל מקום להתערבות בקביעה זו; ואבאר.

13. המבקשות נסמכות בבקשת רשות הערעור על האמור בעניין בן חמו, שלפיו בבחינת השאלה אם תניה בחוזה אחיד היא מקפחת יש להתחשב ביחסי הכוחות בין הצדדים לחוזה, וניתן לצורך כך להבחין בין לקוחות צרכניים הזקוקים להגנה מוגברת מזו שלה זקוקים לקוחות מסחריים (שם, בפסקה 22). ואולם אופיו של הלקוח אינו חזות הכל בהיבט של פערי הכוחות; וחוק החוזים האחידים אינו מגביל את הגנתו רק כלפי לקוחות "צרכניים", ומגן מפני תניות מקפחות גם כאשר מדובר בלקוחות "מסחריים-עסקיים" (אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט 321 (2002)). עובדה היא שבין פייסבוק ובין משתמשיה למיניהם קיימים פערי כוחות עצומים, ואלה היוו שיקול מרכזי בהכרעת בית המשפט בהלכת בן חמו (להרחבה בנוגע לפערים אלה בסביבה הדיגיטלית המרושתת, ראו: דפנה רבן ואיריס סרוקר "מונופולים דיגיטליים" טכנולוגיות מתפרצות: אתגרים בדין הישראלי (ליאור זמר, אביב גאון ודב גרינבאום עורכים, צפוי להתפרסם ב-2022)). מעצם העובדה שמפרסם מסוים הוא לקוח "עסקי-מסחרי" כלשונה של פייסבוק, לא ניתן להסיק כי הוא בהכרח שחקן מתוחכם ושפער הכוחות בינו ובין פייסבוק הצטמצם, לא כל שכן בטל. מטבע הדברים חלק בלתי מבוטל מהמפרסמים הם עסקים קטנים וזעירים, שניתן להניח שכוח המיקוח שלהם אינו שונה מכוח המיקוח של משתמשי פייסבוק רגילים. בעניין זה מקובלת עלי עמדת בית המשפט המחוזי, שלעיתים אף ההפך הוא הנכון – קרי, שהמפרסם מצוי בעמדת נחיתות רבה יותר מזו של המשתמשים הרגילים, בשל תלותו בשירותי פייסבוק.

הנה כי כן, עשויים להתקיים פערי כוחות משמעותיים בין פייסבוק למשתמשים גם כאשר מדובר במפרסמים. ביחס לאלה, יפים דבריה של הנשיאה א' חיות בעניין בן חמו:

"בנוסף על כך, ואף שמדובר בהליך ייצוגי, לא ניתן להתעלם בהקשר זה מפערי הכוחות העצומים בין פייסבוק אירלנד והמשתמשים הישראלים בפייסבוק. פייסבוק אירלנד היא חברת ענק זרה הפועלת במספר רב של מדינות בעולם ועובדה זו מקשה על משתמשים ישראלים בפייסבוק לתבוע אותה. לפייסבוק אירלנד אין תמריץ של ממש להתחשב בזכויות ובאינטרסים של הצרכן הישראלי ומסיבה זו עמדת המיקוח של הצרכן הישראלי אל מול פייסבוק אירלנד היא גרועה במיוחד. מאפיינים אלו של ההתקשרות בין פייסבוק אירלנד והמשתמשים הישראלים בפייסבוק מצדיקים קיומו של

פיקוח הדוק על פעילותה והחלת סטנדרט ביקורת מחמיר עליה. הדברים מקבלים משנה תוקף לנוכח העלייה הדרמטית בהיקף המסחר עם תאגידים זרים באמצעות האינטרנט בשנים האחרונות" (שם, בפסקה 37).

14. זאת ועוד. על עמדת הנחיתות שבה נתונים גם משתמשים עסקיים-מסחריים, ובכלל זה המפרסמים, במערכת היחסים מול פייסבוק ניתן ללמוד מנייר עמדה שפורסם על ידי הרשות לתחרות. בנייר העמדה, רשות התחרות ממליצה לאמץ אסדרה ביחסים שבין פלטפורמות מקוונות ובין משתמשים עסקיים בדין הישראלי, זאת בדומה לרגולציה האירופית בתחום (רשות התחרות קידום רגולציה בין ספקי שירותי תיווך מקוונים ומשתמשים עסקיים (2021)). בעמדתה, רשות התחרות מציינת שככל שפלטפורמה מקוונת נעשית מרכזית יותר עבור תחום עיסוק מסוים, כך גדלה התלות של המשתמשים העסקיים בה. כך שתלות זו מעניקה לפלטפורמה המקוונת "יתרון עסקי מובהק אל מול המשתמשים העסקיים העלול להתבטא בפרקטיקות בלתי הוגנות בתנאי הסחר ביניהם".

משאלו פני הדברים, לא ניתן לקבל את הטענה שהמפרסמים אינם זקוקים להגנה מפני תניית סמכות השיפוט שבהסכם תנאי השירות האירי, ועל כן איני רואה מקום להבחין ביניהם ובין משתמשי פייסבוק רגילים לעניין החלת הלכת בן חמו. משמע, שתניית סמכות השיפוט שבהסכם תנאי השירות האירי מהווה תניה מקפחת בחוזה אחיד גם כלפי המפרסמים, ועל כן הגשת בקשת האישור נגד פייסבוק-אירלנד בישראל ולא בקליפורניה נעשתה כדין.

15. לא מצאתי ממש גם בטענות המבקשות נגד קבילותה של חו"ד פרקש. כזכור, חוות הדעת הוגשה בעקבות פסק הדין בעניין בן חמו, והיא נועדה לבסס עילת תביעה נגד פייסבוק-אירלנד בהתאם לדין הקליפורני; ויצוין בנקודה זו כי הוכחת דין זר היא בגדר עניין עובדתי הטעון הוכחה (ע"א 7884/15 רייטמן נ' Jiangsu Overseas Group Co Ltd, פסקה 31 (14.8.2017)).

למעשה, טענות המבקשות בעניין זה מכוונות כלפי כשירותו של עו"ד פרקש לשמש כמומחה לדין הקליפורני. כבר בשלב זה ייאמר כי מקומה של טענה זו להתברר במסגרת הדיון בבקשת האישור לגופה, וזאת על מנת להימנע ממצב שבו שאלות עובדתיות העומדות ביסוד בקשת האישור ידרשו בירור במסגרת הליכים "קדם-מקדמיים", באופן שעלול להפוך את הליך הדיון הדו-שלבי בתובענה הייצוגית להליך "תלת-שלבי", ובכך לפגוע ביעילות הדיון (עניין אשל, פסקה 7). מעבר לכך, גם לגופו של עניין לא מצאתי ממש בטענות המבקשות על פניהן – שכן בית משפט זה כבר עמד

על כך שניתן להוכיח דין זר בעזרת עורך דין או משפטן אחר, וכן באמצעות אדם שאינו משפטן שמפאת עיסוקו רכש ידיעות בדין הזר (ע"א 5664/93 כנען נ' United States of America, פ"ד נא(1) 114, 120 (1997), התקיים דיון נוסף בפסק הדין אך לא בסוגיה זו; ראו גם: רע"א 9745/16 Comverse Technology Inc נ' דויטש, פסקה 14 (8.8.2017); מנשה שאוה "טיבו ואופן הוכחתו של הדין הזר במשפט האנגלו-אמריקאי ובמשפט הישראלי" עיוני משפט ג 725, 739-740 (1974)). בהקשר של הערכת בקיאותו של המומחה לדין הזר נפסק:

"לא ברור מניין שאבה המערערת את הטענה כי תנאי לכך שעד ייחשב מומחה בשיטת משפט כלשהי הוא הופעתו בכתיהמשפט באותה מדינה. קשה להגדיר באופן ממצה מיהו זה שייחשב מומחה לדין זר. אך זאת לומר, כי עורך-דין או משפטן העוסקים – בין בפרקטיקה, בין באקדמיה ובין בדרך אחרת – בשיטת המשפט שאותה צריך להוכיח, הינם בעלי כישורים לשמש כעד מומחה שניתן להוכיח באמצעותו דין זר. מובן שמידת מומחיותו והמשקל שיש לייחס לה הם עניין הנתון להערכת ביתהמשפט" (ע"א 6796/97 ברג יעקב ובניו (רהיטים) בע"מ נ' Berg East Imports Inc., פ"ד נד(1) 697, 707 (2000)).

בענייננו, לא ראיתי לנכון לסלק על הסף את בקשת האישור מן הטעם שעו"ד פרקש אינו מוסמך לעסוק בעריכת דין במדינת קליפורניה. עו"ד פרקש הצהיר בחוות דעתו כי הוא מורשה לעסוק בעריכת דין במדינת ניו יורק, וכי הוא מוסמך לייצג בבתי המשפט הפדרליים של מדינת ניו יורק במחוז הדרומי ובמחוז המזרחי. בנסיבות אלה ובהינתן העובדה שמידת מומחיותו נתונה להערכת בית המשפט בהמשך הדיון בבקשת האישור, כשירותו של עו"ד פרקש אינה מגלה עילה לסילוק בקשת האישור על הסף.

פייסבוק-ארה"ב

16. בעוד נוסחו של הסכם תנאי השירות האירי חל על כלל משתמשי פייסבוק והוא מורה שכל סכסוך בין המשתמשים ובין פייסבוק-אירלנד יידון בבית משפט בקליפורניה ועל פי דיני מדינת קליפורניה; הסכם תנאי השירות האמריקאי פוטר את מי שהוא "צרכן" מתניות סמכות השיפוט וברירת הדין, כך שצרכנים של רשת פייסבוק רשאים לתבוע את פייסבוק-ארה"ב בבתי המשפט במדינה שבה הם מתגוררים ובהתאם לדין החל באותה מדינה. כאמור, בית המשפט המחוזי פירש את המונח "צרכן" שבהסכם תנאי השירות האמריקאי באופן נרחב מהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, וקבע שהמפרסמים הם צרכני פייסבוק ועל כן באפשרותם לתבוע את פייסבוק-ארה"ב בישראל ולפי הדין הישראלי. המבקשות חולקות על קביעה זו והן סבורות שאופי הפעילות של המפרסמים, והעובדה

שתחת קבוצה זו נכללים גם עסקים מהגדולים במשק הישראלי, שוללים את המסקנה שמדובר ב"צרכנים". מנגד, המשיבים לבקשה זו מציינים שחוקיותן של התניות בהסכם תנאי השירות האמריקאי טרם הובררה, שכן עניין בן חמו נסב כזכור על תניות שהופיעו בהסכם תנאי השירות האירי; והמשיבים סבורים כי בבקשת רשות הערעור דגן יש לקבוע הלכה ברורה לגבי התניות שבהסכם תנאי השירות האמריקאי.

לנוכח התוצאה שאליה הגעתי ולדרך שהוליכה אותי לתוצאה זו, שלפיה בשלב הנוכחי שבו מצוי ההליך, ניתן להכיר במפרסמים בתור צרכנים לכאורה של פייסבוק-ארה"ב בהתאם להגדרת המונח בהסכם תנאי השירות האמריקאי, לא ראיתי צורך לדון בשאלת היותן של התניות שבהסכם זה תניות מקפחות בחוזה אחיד. טרם שאפרט את הטעמים למסקנתי, יצוין כי סעיף 20 לחוק החוזים האחידים מורה שכאשר נטענת בבית המשפט טענת תנאי מקפח בחוזה אחיד, על בית המשפט להודיע על כך ליועץ המשפטי לממשלה. במקרה דגן, נראה כי הודעה כזו לא נמסרה ליועץ המשפטי לממשלה – ותשומת ליבו של בית המשפט המחוזי מופנית לדרישה האמורה ככל שבהמשך ההליך תידרש הכרעה בסוגיה זו.

17. בחזרה להסכם תנאי השירות האמריקאי. מדובר ב"נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שימשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בזהותם" כך שעניין לנו בשאלה של פרשנות חוזה אחיד (סעיף 2 לחוק החוזים האחידים). בענייננו מתעוררת השאלה כיצד יש לפרש את המונח "צרכן" שבסעיף 4(4) להסכם.

חוזה אחיד הוא ראשית לכל חוזה, והכללים הרגילים לפירוש חוזים חלים גם על חוזים אחידים ("חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין, ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו" (סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, להלן: חוק החוזים)). אלא מקום שבו מדובר בחוזה אחיד, מתעורר קושי לתור אחר התכלית הסובייקטיבית של הצדדים, ותכליתו היא בעיקר תכלית אובייקטיבית:

"במסגרת פרשנות החוזה על-פי תכליתו יש לחוזה האחיד ייחוד משלו. ייחוד זה נובע מאופיו המיוחד של החוזה האחיד. אופי מיוחד זה מתבטא בכך שבחוזה אחיד נוסח החוזה ותנאיו נקבעו מראש על-ידי צד אחד, והוא משמש אותו צד ביחסו עם אנשים רבים, בלתי מסויימים במספרם או בזהותם (סעיף 2 לחוק החוזים האחידים). לייחוד זה כמה השפעות פרשניות. לענייננו חשוב להדגיש שתי אלה: ראשית, תכליתו של החוזה האחיד היא בעיקרה

תכלית אובייקטיבית. אף שיש לחוזה האחיד גם תכלית סובייקטיבית – 'אומד דעתם של הצדדים' (סעיף 25(א) לחוק החוזים) – זו לרוב קשה להוכחה. רק במקרים מועטים ניתן לחשוף את כוונתם המשותפת של שני הצדדים... ההשפעה הפרשנית השנייה שיש לחוזה האחיד על פרשנותו היא זו: חזקה היא כי תכליתו של החוזה האחיד הינה כזו שהתוצאה שתושג תהא נגד האינטרס של בעל השליטה על הטקסט (הספק) ולמען האינטרסים של הצד הנשלט (הלקוח). חזקה זו תחול רק אם לא עלה בידי הפרשן לגבש תכלית ברורה של החוזה" (רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון הינדה נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 158-159 (1998)).

18. מהי תכליתו האובייקטיבית של הסכם תנאי השירות האמריקאי? בהיותו חוזה אחיד, התכלית האובייקטיבית של ההסכם אינה בהכרח התכלית שפייסבוק-ארה"ב ראתה לנגד עיניה. עם זאת, היא גם איננה התכלית האובייקטיבית של משתמשי פייסבוק. התכלית האובייקטיבית של הסכם תנאי השירות האמריקאי היא התכלית של ספק ולקוח הוגנים וסבירים – "התכלית האובייקטיבית נקבעת בהתחשב בטיב העסקה. היא מתחשבת באופי ה'המוני' של החוזה. היא מביאה בחשבון את העובדה שהלקוח אינו משפיע על תוכן העסקה, אך הוא מניח כי החוזה יהא הוגן כלפיו. אכן, המתקשר הטיפוסי מניח שהספק יהיה הוגן, ויפעל כלפיו על בסיס של שוויון בינו לבין הלקוחות האחרים" (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך רביעי: פרשנות החוזה 558-559 (2001), להלן: ברק, פרשנות החוזה). תכליתו האובייקטיבית של הסכם תנאי השירות האמריקאי היא אפוא איזון ראוי, המאפיין צדדים סבירים והוגנים הפועלים בתום-לב להגנה על ענייניהם, ושעושים כן מתוך התחשבות בענייניו של הצד האחר.

19. על פני הדברים, לשון סעיף 4(4) להסכם תנאי השירות האמריקאי יכולה להתיישב עם כל אחת מן הפרשנויות הנטענות על ידי הצדדים. בבחינת פרשנות המונח "צרכנים" ישנן שתי פרשנויות עיקריות אפשריות – צרכן במובן הצר, שהוא "צרכן ביתי" כעמדת המבקשות; וצרכן במובן הרחב, ברוח קביעת בית המשפט המחוזי. ניתן למצוא ביסוס לכל אחת מפרשנויות אלה בחקיקה – כך, למשל, בחוק הגנת הצרכן הגדרתו של המונח צרכן באה לידי ביטוי במובנה הצר; ואילו פירושו של המונח צרכן במובנו הרחב מופיע בחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1957. בחוק זה הצרכן מוגדר כמשתמש הסופי במוצר, ובלבד שהרכישה לא נעשתה למטרות של ייצור או מכירה. הנה כי כן, המונח "צרכן" אינו חד משמעי ופרשנותו אינה מנביעה תוצאה אחת ובלעדית. יפים בעניין זה דבריו של המלומד סיני דויטש:

"הייחוד של הגדרת 'צרכן' הוא בכך שזו הגדרה גמישה, שניתן לכלול במסגרתה הן את הצרכן הביתי והן את

המשתמש הסופי במוצר או בשירות, בתנאי שאותה רכישה או קבלת שירות אינן חלק אינטגרלי מפעילותו העסקית. המבחן המהותי הוא אם ניתן להצדיק הגנה על הצרכן מנימוקים של חוסר ניסיון, חוסר התמחות או חולשה כלכלית מול הספק. השקעת משאבים לקבלת מידע מספיק כדי להתמודד עם הספק תהיה משום בזבוז כלכלי, ולכן גם כאשר המשתמש הסופי במוצר אינו הצרכן הביתי, אין הוא יכול להתמודד על בסיס של שוויון עם הספק המקצועי. ייחודה של הגדרת הצרכן במובן הרחב הוא גם בזה שהיא מתאימה לעסקאות שונות בהתאם לנסיבות ההתקשרות" (סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך א: יסודות ועקרונות 186 (2001); ראו גם: סיני דויטש "דיני החוזים הצרכניים מול דיני החוזים המסחריים" עיוני משפט כג 135, 144-150 (2000)).

בנסיבות העניין, ולנוכח השוונות הניכרת בין המפרסמים הנדרשים לשירותה של פייסבוק, קשה להלום את טענת המבקשות שלפיה סיווגם של המפרסמים כ"צרכנים" היא בהכרח עניין בינארי. כאשר מפרסם רוכש שירותי פרסום עבור בית העסק שלו, מצד אחד אין זו בהכרח רכישה צרכנית במובן הצר, ומנגד לא ניתן לשלול את האפשרות שמדובר ברכישה צרכנית במובן הרחב. בהקשר זה יצוין כי בעת האחרונה הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן הודיעה שהיא שוקלת את האפשרות לקדם תיקון חקיקה לחוק הגנת הצרכן, באופן שיחיל את ההגנות הניתנות לצרכן גם על עסקים שבהם עובד יחיד או שמעסיקים מספר מצומצם של עובדים ובעלי היקף מחזור קטן (הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן קול קורא – החלת הגנות חוק הגנת הצרכן על עסקים שהם עובד יחיד או מעסיקים מספר מצומצם של עובדים ובעלי היקף מחזור קטן (להלן – 'עסקים קטנים מאד') (2020)).

20. בשל הספק שמתעורר ביחס לפירוש המונח "צרכן", נכון יהיה לפרש את הוראת סעיף 4(4) להסכם תנאי השירות האמריקאי נגד האינטרס של פייסבוק-ארה"ב, בהינתן שהיא זו שניסחה אותה (סעיף 25(ב1) לחוק החוזים; ראו גם: ברק, פרשנות החוזה, 639-634). יש להניח שאילו פייסבוק-ארה"ב אכן התכוונה שהמונח "צרכן" יפורש בהתאם לחוק הגנת הצרכן, היא הייתה מציינת זאת מפורשות במסגרת הסכם תנאי השירות האמריקאי. בשלב הנוכחי שבו מצוי הדיון בבקשת האישור, אין צורך להגדיר לאשורו את המונח "צרכן" שבהסכם תנאי השירות האמריקאי, ודי לנו בשלב הדיוני שבו אנו מצויים – בקשה לסילוק על הסף – לקבוע באופן לכאורי שלפחות חלק משמעותי מהמפרסמים הינם "צרכנים" כהגדרת המונח בהסכם תנאי השירות האמריקאי. הגדרה ממצה למונח "צרכן" ראוי שתיעשה במהלך הדיון בבקשת האישור, ועל בסיסה תוגדר הקבוצה המיוצגת.

בהקשר זה יוער כי על פניו נראה שטענת המבקשות, שקביעת בית המשפט המחוזי מובילה לתוצאה בלתי הגיונית שלפיה בקבוצה המיוצגת נכללים העסקים הגדולים במשק הישראלי, מכוונות כלפי גודלה של הקבוצה המיוצגת; אלא שדינה של סוגיה זו כאמור להתברר ולהתבהר בהמשך ההליך, והיא אינה מצדיקה כשלעצמה מתן רשות ערעור בשלב הנוכחי. וטענות המבקשות בעניין זה שמורות להן. בשולי הדברים יצוין כי הגדרה רחבה מדי של הקבוצה המיוצגת בבקשת האישור אינה מהווה כשלעצמה עילה לסילוק על הסף של בקשה לאישור תובענה כייצוגית. במקרה שבו הוגדרה הקבוצה בבקשת האישור בצורה רחבה מן הראוי, נדרש בית משפט במסגרת הכרעה בבקשת האישור ליתן הוראה המצמצמת את גודל הקבוצה המיוצגת, זאת בשים לב לשאלות המהותיות המשותפות לחברי הקבוצה ומצדיקות הכרה בתובענה כייצוגית.

21. לסיום יצוין כי חלק מטענות המבקשות בבקשת רשות הערעור לעניין קיומו ונפקותו של מסמך התנאים המסחריים, הן טענות עובדתיות שמועלות כעת לראשונה. אלה מהוות "הרחבת חזית" וניסיון למקצה שיפורים שאין הצדקה להתיר – בין היתר מאחר שלא ניתן לבררן כהלכה במסגרת הדיון בערכאת הערעור, ומשום הפגיעה שהדבר מסב לצד שכנגד (השוו: רע"א 3717/20 רמי לוי שיווק השקמה תקשורת בע"מ נ' דור, פסקה 17 (3.3.2021); רע"א 9811/17 אל על נתיבי אויר בישראל בע"מ נ' מנירב, פסקה 14 (24.10.2019); ראו גם: אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי כרך ב 971 (מהדורה שלוש עשרה, 2020)). בנסיבות אלה אין מקום להידרש לטענות האמורות, וזאת ביתר שאת כאשר עסקינן בבקשת רשות ערעור על החלטה לסילוק על הסף של בקשת האישור.

סוף דבר

22. סופו של דבר, לא מצאתי מקום להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי לדחות את בקשת הסילוק. נמצא שהלכת בן חמו חלה גם במישור היחסים שבין המפרסמים ובין פייסבוק-אירלנד, ולכן לא נפל פגם בהגשת בקשת האישור נגד פייסבוק-אירלנד בישראל בהתאם לדין הקליפורני. בכל הנוגע למישור היחסים שבין המפרסמים ובין פייסבוק-ארה"ב, נמצא כי בשלב הנוכחי שבו מצוי ההליך, ניתן לקבוע ולו לכאורה שלפחות חלק מהמפרסמים הם צרכנים בהתאם להגדרת המונח "צרכן" שבסעיף 4(4) להסכם תנאי השירות האמריקאי. משכך, תניות סמכות השיפוט וברירת הדין שבהסכם תנאי השירות האמריקאי אינן חלות על המפרסמים, ובדין המשיבים הגישו את בקשת האישור נגד פייסבוק-ארה"ב בישראל לפי הדין הישראלי.



23. התוצאה היא שהבקשה לרשות ערעור נדחית. המבקשות (פייסבוק-אירלנד ופייסבוק-ארה"ב) יישאו בהוצאות המשיבים בסך כולל של 10,000 ש"ח.

ניתנה היום, א' בשבט התשפ"ב (3.1.2022).

ש ו פ ט ת