



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 27761-09-17 גל ואח' נ' Facebook Ireland Ltd. ואח'

לפני כבוד השופט רחמים כהן

מבקשים

1. רותם גל
 2. סמיון ולדברג
- ע"י ב"כ עוה"ד אדם לוין ויונתן רפפורט

נגד

משיבות

1. Facebook Ireland ltd.
2. Facebook, Inc.

החלטה

החלטה זו עוסקת בעיקרה בשאלה, האם **מפרסמים בפייסבוק** הם בגדר "צרכנים" של פייסבוק. המשיבות הגישו בקשה לסילוק על הסף של הבקשה המתוקנת לאישור התובענה כייצוגית (להלן – **הבקשה לסילוק על הסף ובקשת האישור**, בהתאמה).

בקשת האישור הוגשה ביום 12.9.2017. הצדדים הגיעו להסדר דיוני שלפיו, הדיון בבקשת האישור יעוכב עד להכרעת בית המשפט העליון ברע"א 5860/16 Facebook Inc. נ' **בן חמו** (להלן – **עניין בן חמו**). פסק הדין בעניין בן חמו ניתן ביום 31.5.2018.

ביום 5.11.2018 הוגשה בקשת אישור מתוקנת. ביום 7.2.2019 הוגשה בקשה לסילוק על הסף של בקשת האישור המתוקנת. בדיון מיום 16.6.2019 נקבע, שהבקשה לסילוק על הסף תוכרע על סמך האמור בכתבי הטענות ולאחר מתן החלטה בבקשה לסילוק על הסף **בעניין אנסבכר** (ת"צ 5940-11-16 **אנסבכר נ' Facebook Ireland Limited**). ההחלטה בעניין אנסבכר ניתנה ביום 20.7.2020.

כמו כן, ביום 6.8.2020 ניתנה החלטה **בעניין נכט** (ת"צ 1393-01-17 **נכט ואח' נ' Facebook Ireland Ltd.**). בהחלטה זו נקבע, שהמבקשים שם הם בגדר "צרכנים" של פייסבוק.

ביום 9.8.2020 הוצע לצדדים לתובענה זו "לאמץ" את ההחלטה שניתנה בעניין נכט, לרבות החלטה בערעור, אם תוגש בקשת רשות לערער על ההחלטה. בהחלטה מיום 16.8.2020 הובהר, שמדובר בהצעה דיונית בלבד. המבקשים הסכימו להצעת בית המשפט ואילו המשיבות ביקשו הכרעה בבקשה לסילוק על הסף.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 27761-09-17 גל ואח' נ' Facebook Ireland Ltd. ואח'

הצדדים ובקשת האישור

מבקש 1 הוא בעלים של משרד פרסום ומכירות בשם בלו פפר שיווק בע"מ, המספק ללקוחותיו שירותי פרסום ומכירות של מוצרים הנמכרים על ידם. בסביבות שנת 2011 החל לרכוש מפייסבוק שירותי פרסום באמצעות חשבון הפרסום שלו. בתחילת חודש יולי 2017 קיבל הודעה מפייסבוק שלפיה, חשבון הפרסום שלו מושעה והוא נרשם כמפר מדיניות (סעיפים 161 – 163, 170 לבקשת האישור).

מבקש 2 הוא איש שיווק, המשווק קורסים בנושאים שונים. בסביבות שנת 2013 החל לרכוש מפייסבוק שירותי פרסום ומכר באמצעותם את המוצרים והשירותים שלו. לאורך השנים פייסבוק סגרה למעלה מ-10 חשבונות פרסום שנפתחו על ידי מבקש 2, ללא הסבר (סעיפים 181 – 182, 195 לבקשת האישור). יצוין, שמבקש 2, סמיון ולדברג, הוא גם מבקש 2 בעניין נכט.

משיבה 1 (להלן – **פייסבוק אירלנד**) סיפקה את שירותי פייסבוק למשתמשים הישראלים עד ליום 14.7.2018. במועד זה נכנסו לתוקף תנאי שירות חדשים עבור המשתמשים הישראלים, פייסבוק אירלנד הפסיקה את אספקת השירותים למשתמשים בישראל והחל ממועד זה ואילך, הפכה משיבה 2 (להלן – **פייסבוק אינק**) לחברה המפעילה את שירות פייסבוק בישראל (סעיפים 52 – 53 לבקשה לסילוק על הסף).

פייסבוק היא פלטפורמה חברתית. משתמש המעוניין להצטרף לפייסבוק פותח פרופיל משתמש אישי. בנוסף, משתמשי פייסבוק יכולים לפתוח "עמודים" עסקיים. פתיחת חשבון בפייסבוק ופתיחת העמוד העסקי אינם כרוכים בעלות כספית. נכון ליום הגשת הבקשה לסילוק על הסף, השתמשו בפייסבוק למעלה מ-2 מיליארד אנשים בעולם (סעיפים 7, 8 לבקשה לסילוק על הסף).

משתמשים המנהלים עמודים יכולים לרכוש שירותי פרסום כדי לקדם את העמודים שלהם או תכנים שבהם (לעניין שיווק ברשתות חברתיות ראו: אמל ג'בארין, "דיני מסחר אלקטרוני צרכני", הוצאת בורסי, 2015, עמודים 281 – 283, 292, 298, 1509 – 1515).

פייסבוק הרוויחה ברבעון האחרון של שנת 2016 למעלה מ-6 מיליארד דולר מפרסום ברשת (כך, לפי האמור בסעיף 53 לבקשת האישור).

הקבוצה שבגינה הוגשה בקשת האישור הוגדרה כדלהלן: "כל הלקוחות של פייסבוק בשבע השנים שקדמו להגשת בקשת האישור ועד לאישורה, אשר רכשו מפייסבוק 'שירותי פרסום'".



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 27761-09-17 גל ואח' נ' Facebook Ireland Ltd. ואח'

לטענת המבקשים, פייסבוק מפרה באופן בוטה הוראות מהותיות ומרכזיות המפורטות ב"מסמך הנחיות הפרסום", שהוא הסכם המסדיר את הנוגע לשירותי הפרסום שפייסבוק מספקת ללקוחותיה. פייסבוק עושה כן תוך התעלמות בוטה וחסרת תום לב מזכויות לקוחותיה ומהנזקים שנגרמים להם. בבקשת האישור נטענו, בין היתר, הטענות הבאות: פייסבוק מפרה את התחייבותה לבצע בדיקות מקדימות בטרם פרסום ההודעה, שמטרתן לבחון אם ההודעה כוללת הפרות אשר מונעות את פרסומה; פייסבוק מפרה את התחייבותה ליידע ולפרט בפני לקוחותיה אילו הפרות מנעו את פרסום מודעות הפרסום שלהם; פייסבוק מפרה את חובתה לאפשר ללקוחותיה לערער על ההחלטה להשבית את הודעת הפרסום שלהם; פייסבוק משביתה את חשבונות הפרסום של לקוחותיה ללא זכות לעשות כן, ללא התראה מוקדמת וללא כל הסבר מדוע הושבת חשבון הפרסום; פייסבוק משביתה חשבונות פרסום של לקוחותיה מסיבות לא לגיטימיות, שלא פורטו במסמך הנחיות הפרסום ושאינן ידועות ללקוחות פייסבוק; כתוצאה מהפרות אלה נגרמים ללקוחות פייסבוק נזקים ממוניים ולא ממוניים (סעיפים 15 – 19 לבקשת האישור).

תמצית טענות הצדדים בבקשה לסילוק על הסף

המשיבות סבורות, שיש לסלק את בקשת האישור על הסף מהטעמים הבאים:

בקשת האישור כפופה לתניית שיפוט זר ייחודית וברירת דין זר, תקפה ואכיפה, המחייבת את בירורו של הסכסוך בקליפורניה ולפי דין קליפורניה.

המבקשים בבקשת האישור טוענים, שפייסבוק השביתה שלא כדין את חשבונות הפרסום שלהם בשירות פייסבוק, אשר עליהם נסמכים עסקיהם והם מבקשים לייצג קבוצה של לקוחות פייסבוק אשר רכשו ממנה "שירותי פרסום". בהתבסס על תיאור המבקשים עצמם בבקשת האישור ברור, כי הם והקבוצה הנטענת אותה הם מבקשים לייצג מהווים "מפרסמים מסחריים" אשר רכשו שירותים מפייסבוק ויש להתייחס אליהם ככאלה.

תנאי השירות כוללים תניית שיפוט זר ייחודית ותניית ברירת דין המחייבת הכרעה בסכסוכים בין משתמשים שאינם צרכנים לבין פייסבוק בבתי המשפט בקליפורניה ובהתאם לדין קליפורניה. על אף, שבית המשפט העליון נמנע מלאכוף את תניית השיפוט הזר של פייסבוק בעניין בן חמו, הוא עשה כן רק בהקשר של תובענה ייצוגית צרכנית, שהוגשה על ידי משתמש שלא טען לשימוש עסקי או פרסומי בשירות פייסבוק. פסק הדין לא מצא בתניה זו משום תניה מקפחת בהקשר של הליך אשר הובא על ידי משתמשים "עסקיים" או משתמשים אחרים שאינם צרכנים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 27761-09-17 גל ואח' נ' Facebook Ireland Ltd. ואח'

המשיבות טענו בבקשה לסילוק על הסף שתי טענות נוספות: המבקשים לא ביססו באופן ראוי כל טענה לפי דין קליפורניה, באמצעות מומחה לדין הזר. חוות דעת המומחה המצורפת לבקשת האישור נערכה על ידי עורך דין ישראלי, אשר אין לו ניסיון עם דין קליפורניה, לא בפרקטיקה ולא באקדמיה ואינו מוסמך לחוות דעה על דין קליפורניה. הטענה השניה היא, שלמבקשים אין כל עילת תביעה אישית נגד Facebook Inc.

במסגרת ה"הודעה" מטעם המשיבות המתייחסת להצעתו הדיונית של בית המשפט מיום 9.8.2020, "לאמץ" במסגרת הליך זה את ההחלטה שנתנה בעניין נכט, הוסיפו המשיבות וטענו, שהמסקנה המשפטית אשר נקבעה על ידי בית המשפט בעניין נכט – אם תיושם כהלכה במקרה דנן – מחייבת את סילוק בקשת האישור על הסף. בעניין נכט נקבע, שהשימוש שנעשה על ידי המבקשים שם בשירות פייסבוק הוא כזה "שעיקרו אישי" ועל כן יש לראות בהם "צרכנים". במקרה דנן, המבקשים אינם "צרכנים" מאחר, שנושא בקשת האישור הוא שימוש מסחרי ולא אישי. יישום כהלכה של הרציונל העומד ביסוד ההחלטה בעניין נכט מצריך את אכיפת תניית סמכות השיפוט ומחייב, שמחלוקת מסחרית זו תתברר בבתי המשפט בקליפורניה.

עוד נטען, בתגובה להודעת המבקשים בקשר להצעת בית המשפט, שהתייחסות בית המשפט בעניין נכט לפערים ביחסי הכוחות בין הצדדים הייתה משנית, לא מכריעה, ועל כן מהווה אך ורק הערת אגב.

המבקשים הגישו תשובה לבקשה לסילוק על הסף בה נטען, בין היתר, כדלהלן: אותם "לקוחות עסקיים" בהם מדובר הם משתמשים פשוטים של פייסבוק, בעלי עסקים פרטיים קטנים (לרבות בעל חנות פרחים, קוסמטיקאית, צלם חתונות, שיפוצניק ועוד), אשר החליטו להשקיע סכומי כסף צנועים יחסית בפרסום עסקיהם באמצעות פייסבוק. ככל שיש ללקוחות אלה עילת תביעה, בהכרח יירתעו לנוכח תניית השיפוט הקבועה בהסכם עם המשיבות. ברי, שלקוחות אלה יימנעו מלהשקיע סכומי עתק לצורך ניהול תביעתם נגד המשיבות בקליפורניה ויאלצו לוותר על תביעתם.

המבקשים דוחים את טענות המשיבות לגבי המומחה לדין הזר ולגבי מחיקת התובענה נגד משיבה 2 ומוסיפים, שאין לדון בטענות אלה במסגרת בקשה לסילוק על הסף.

המבקשים הודיעו, כאמור, שהם מסכימים "לאמץ" לתובענה זו את הקביעות בעניין נכט. במסגרת זו הפנו לפרשנות הנכונה של המילה "צרכן" ולפערי הכוחות שבין המשיבות לבין לקוחותיהן.





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 27761-09-17 גל ואח' נ' Facebook Ireland Ltd. ואח'

דיון

כפי שנקבע בעניין נכט, קביעה הנסמכת על הפסיקה כאמור בה (עמוד 2), הטענות בנוגע למומחה לדין הזר ובאשר לעילת התובענה נגד פייסבוק אינן תתבררנה במסגרת הדיון בבקשת האישור.

החלטה זו תעסוק בטענות בדבר תניות השיפוט הזר וברירת הדין, השלובות בשאלה, האם מפרסמים בפייסבוק הם בגדר "צרכנים" של פייסבוק.

תנאי השימוש של שתי המשיבות הוצגו במלואם במסגרת ההחלטה מיום 6.8.2020, בעניין נכט.

סעיף 15.1 לתנאי השימוש של פייסבוק אירלנד נדון בפסק הדין בעניין בן חמו בו נקבע, שאין לראות בתניית ברירת הדין תניה מקפחת ואין מקום להתערב בה (פסקה 43 לפסק הדין). ככל שהמבקשים סבורים, שחל שינוי נסיבות, שבגינו יש לראות בתניה כתניה מקפחת, עליהם להעלות זאת במסגרת הדיון בבקשת האישור. מנגד, לגבי תניית השיפוט הזר נקבע, שמדובר בתניה מקפחת שדינה להתבטל (פסקה 40 לפסק הדין).

בסעיף 4.4 לתנאי השירות של פייסבוק אינן, בנוסח העברי, נכתב כדלהלן: **"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... (הדגשה הוספה). בכל המקרים האחרים, סמכות השיפוט הייחודית תהא נתונה לבתי המשפט בקליפורניה וחוקי מדינת קליפורניה יחולו על ההתדיינות בין הצדדים.

סעיף 4.4 לתנאי השירות של פייסבוק אינן מבחין בין "צרכן" (consumer), שהמחלוקות בינו לבין פייסבוק יתבררו בישראל ויחולו דיני מדינת ישראל לבין "כל המקרים האחרים", שבהם סמכות השיפוט הייחודית תהא נתונה לבתי המשפט בקליפורניה ויחולו דיני מדינת קליפורניה.

הנה כי כן, השאלה העומדת להכרעה בדיון זה היא, האם מפרסמים בפייסבוק הם בגדר "צרכנים" של פייסבוק אם לאו.

תנאי השירות של פייסבוק אינם מגדירים מיהו "צרכן" ועל כן, יש צורך לפרש את הביטוי.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 27761-09-17 גל ואח' נ' Facebook Ireland Ltd. ואח'

בעניין נכט נקבע, בין היתר, כך:

"כאשר בוחנים את השאלה, האם המבקשים הם בגדר "צרכנים" של פייסבוק, לא ניתן להתעלם מהפער העצום שבין המבקשים לבין פייסבוק. המבקשים הם אנשים פרטיים, שרכשו מידי פעם שירותי פרסום ו"חבילות" שיווק ואילו פייסבוק היא תאגיד רב לאומי ורב עוצמה, שמעל לשני מיליארד אנשים ברחבי העולם משתמשים במוצרי (ת"א 50870-05-15 לן נ' Facebook Inc., מיום 14.12.2017). אי השוויון בין פייסבוק לבין המשתמשים הוא כה משמעותי, עד אשר יש בו כדי לטשטש את ההבדלים, אם קיימים, בין משתמשים שלהם פרופיל אישי בלבד לבין משתמשים שלהם גם "עמודים" עסקיים. שניהם מצויים בעמדת נחיתות ביחס לפייסבוק ושניהם ראויים להגנות החקיקה הצרכנית." (עמוד 8, הדגשות הוספו).

בבקשה הנוכחית לסילוק על הסף נטען, ש"צדדים מסחריים מוחזקים מבחינה משפטית כמתווכמים יותר מאשר צרכנים, ולפיכך הם ראויים להגנות מצומצמות יותר בפני הוראות חוזיות שהן כביכול 'מקפחות'. התאוריה העומדת מאחורי זה, היא כי הצבת הגבלות על חוזים בין צדדים מסחריים מגבילה את יכולתם לקבל החלטות עסקיות לטובת האינטרס שלהם, ומחייבת את בתי המשפט להיות פטרנליסטיים יתר על המידה, דבר אשר מבזבז זמן שיפוטי ומשאבים ועלול להביא לתוצאות המנוגדות לכוונתם של הצדדים לחוזה" (סעיף 28). בהמשך נכתב, ש"בתי המשפט אינם צריכים להתערב בשאלה כיצד צדדים מסחריים מתווכמים יותר בחרים לנהל עסקים" (סעיף 33).

תאוריה זו אינה עומדת במבחן המציאות בה "חיים" המפרסמים והמשתמשים בפייסבוק. פייסבוק מנסחת את תנאי השירות ואת כללי הפרסום כראות עיניה, וברצונה היא משנה אותם, ולמשתמשים אין כל אפשרות להשפיע על תנאי ההתקשרות עם פייסבוק. המשתמשים כפופים למעשה לתנאים שמכתיבה להם פייסבוק. פייסבוק גם מחליטה באופן עצמאי מי יישאר משתמש של פייסבוק ומי ייחסם, בבחינת - מי לשבט ומי לחסד.

למשתמשים ולמפרסמים אין יכולת מיקוח מול פייסבוק וכדי לעמוד על זכויותיהם הם נאלצים לפנות לבית המשפט על מנת לנסות ולקבל סעד (ראו לדוגמא: ת"א 50870-05-15 לן נ' Facebook Inc., מיום 14.12.2017; ת"א 59953-07-18 קריאיישן סטייג' בע"מ נ' Facebook Inc., מיום 31.1.2019; ת"א 62584-11-19 עזרזר ואח' נ' Facebook Inc., מיום 18.2.2020).

לטענת פייסבוק, "צרכנים" הם משתמשים "ביתיים" או "רגילים", שאינם משלמים עבור פתיחת הפרופיל האישי והעמודים שבצידו, ושאינם רוכשים שירותים מפייסבוק (סעיפים 27, 29 לבקשה לסילוק על הסף) ואילו מפרסמים הם משתמשים עסקיים ואינם בגדר צרכנים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 27761-09-17 גל ואח' נ' Facebook Ireland Ltd. ואח'

נדמה, שנוכח פערי הכוחות העצומים שבין פייסבוק לבין המשתמשים בפלטפורמה של פייסבוק, אין הבדל בין משתמשים "רגילים" לבין מפרסמים תמורת תשלום. שניהם מצויים באותה עמדת נחיתות ביחס לפייסבוק ושניהם זקוקים להגנת דיני הגנת הצרכן. ניתן אף לסבור, שהצרכנים המפרסמים זקוקים להגנה זו אף יותר מהמשתמש "החינמי", שכן הם משלמים לפייסבוק עבור השירות שמקבלים ממנה מחד גיסא ומצויים באותה עמדת נחיתות מול פייסבוק, מאידך גיסא.

המפרסמים בפייסבוק הם בבחינת "מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו" (מתוך הגדרת "צרכן" בחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981). "קונה", דהיינו, תמורת תשלום. כך, שעצם התשלום, להבדיל מהמשתמש הרגיל, אינו הופך את המפרסמים ל"לא צרכנים", אלא להיפך. אכן, הגדרת צרכן בחוק הגנת הצרכן מתייחסת "לשימוש שעיקרו אישי", אך, סבורני, שנוכח האמור עד כאן ונוכח שינויי העיתים (ראו: אמל ג'בארין, "דיני מסחר אלקטרוני צרכני", הוצאת בורסי, 2015) ניתן לראות במבקשים כמי שרכשו שירות מפייסבוק במהלך עיסוקם לשימוש שעיקרו אישי.

סוף דבר

המבקשים הם בגדר "צרכנים" של פייסבוק.

בהתאם לכך, על יחסיהם של המבקשים עם פייסבוק אירלנד חל פסק הדין בעניין בן חמו (אלא אם תתקבל טענת המבקשים באשר לשינוי בתנאי השירות והשפעתו על הלכת בן חמו) ועל יחסיהם עם פייסבוק אינק חל סעיף 4.4 לתנאי השירות, והדיון בבקשת האישור יתקיים בבית משפט זה, בישראל.

הבקשה לסילוק בקשת האישור על הסף נוכח תניית השיפוט הזר וברירת הדין – נדחת.

המשיבות תשלמנה למבקשים, יחד ולחוד, הוצאות משפט בסך של 40,950 ₪, תוך 30 ימים מהיום.

ניתנה היום, כ"ז אלול, תש"פ, 16 ספטמבר, 2020, בהעדר הצדדים.

רחמים כהן
רחמים כהן, שופט

