



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 17780-12-16 פלוני ואח' נ' Facebook Ireland Ltd
ת"צ 66426-06-17 ל.פ. ואח' נ' Instagram LLC

לפני כבוד השופטת אסתר שטמר

המבקשים בת"צ 66426-06-17
1. ל.פ.
2. א.פ.
המבקשים בת"צ 17780-12-16
1. פלוני
2. פלונית

נגד

המשיבה בת"צ 66426-06-17 Instagram LLC חברות
המשיבה בת"צ 17780-12-16 Facebook Ireland Lt חברות

החלטה

1
2 לפני בקשות לתיקון בקשות לאישור תובענות ייצוגיות.
3
4 1. המבקשים בת"צ 17780-12-16 פלוני נ' Facebook Ireland Limited ובת"צ 66426-06-17 ל"פ
5 נ' Instagram LLC (שתי בקשות האישור יכוננו להלן "בקשות האישור") הגישו בקשות לתיקון
6 בקשות האישור, שעיקרן בשניים:
7 האחד, צירוף חברת Facebook Inc משיבה נוספת, לאור שינויים שחלו בתנאי המשתמש
8 לאחר הגשת בקשות האישור.
9 השני, תיקון בקשות האישור, על ידי צירוף חוות דעת מומחה לדין הזר, על מנת להוכיח כי
10 בנסיבות העניין תניית ברירת הדין מקפחת. תיקון זה נתבקש בעקבות פסק הדין ברע"א
11 Facebook Inc. 5860/16 נ' אוהד בן חמו (31.5.2018) ("עניין בן חמו").

רקע

12
13 2. בקשות האישור עוסקות בעיקר בעילות תביעה מחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א – 1981.
14 המבקשים בכל אחת מן הבקשות הסכימו לתניית ברירת דין אשר מחייבת אותם להגיש
15 תביעותיהם בהתאם לדין בקליפורניה, ארה"ב.
16
17 3. ביום 31.5.2018 ניתן פסק הדין בעניין בן חמו, שקבע כי ההתייחסות למקום השיפוט שבסעיף
18 (1)15 לתנאי השימוש של פייסבוק אירלנד מקפחת.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 17780-12-16 פלוני ואח' נ' Facebook Ireland Ltd
ת"צ 66426-06-17 ל.פ. ואח' נ' Instagram LLC

ואשר לברירת הדין - נקבע כי לא הוכח שהתניה מקפחת וכי "יש לברר בישראל את בקשת האישור ככל שהיא נוגעת לפייסבוק אירלנד, על פי הדין המהותי של מדינת קליפורניה" (שם, בפסקה 44).

4. המבקשים בבקשות האישור שלפניי הגישו בקשות אישור מתוקנות לפי הדין הישראלי וצירפו להן חוות דעת מומחה לדין הזר. בנוסף צורפה פייסבוק אינק משיבה לבקשות האישור. בת"צ 17780-12-16 התנגדה המשיבה לבקשה המתוקנת. משהתברר כי אין הסכמה בין הצדדים לגבי הגשת בקשת אישור מתוקנת, הם נתבקשו לפעול לפי הדין ולהגיש בקשה מתאימה. בהמשך הוגשו בקשות לתיקון בקשות האישור; הוגשו תשובות ותגובות; התיחסות לשאלת הדין החל; והתיחסות להשתק פלוגתא.

5. המחלוקת העיקרית בקשר לבקשות התיקון נוגעת לאופן קריאתו של פסק הדין בעניין בן חמו. המשיבות בכל אחת מבקשות האישור, Facebook Ireland Limited ("פייסבוק"), ו- Instagram LLC ("אינסטגרם"), טענו כי לפי פסק דין בן חמו על המבקשים להגיש תביעותיהם לפי דין מדינת קליפורניה, בהתאם לתניית ברירת הדין שבתנאי השימוש בין לבין המשתמשים. המבקשים טענו כי הקביעה בעניין בן חמו בדבר חלות הדין הקליפורני נטועה בנסיבות הספציפיות שם, שבהן המבקש לא הרים את הנטל להוכיח חזקת קיפוח של התנאי.

טענות הצדדים

טענות המבקשים

6. לאחר הגשת בקשות האישור חל שינוי ארגוני משמעותי אצל פייסבוק, כך שחברת האם Facebook Inc, נכנסה בנעלי פייסבוק אירלנד במערכת היחסים החוזית עם חברי הקבוצה. ביום 19.4.2018 פרסמה Facebook Inc תנאי שימוש חדשים. לפיכך נטען כי Facebook Inc היא בעלת דין נדרשת ורלוונטית לבירור התביעה.

7. בעניין בן חמו לא נקבע כי תנית ברירת דין אינה מקפחת. פסק הדין התייחס לנסיבות העניין כפי שהונחו לפניו. המשיב שם לא הצליח להרים את הנטל להוכיח את תחולת חזקת הקיפוח שבסעיף 4(8) בחוק החוזים האחידים, תשמ"ג – 1982, כך שמדובר בהלכה נסיבתית, אשר תלויה בעובדות ההליך הספציפי.

8. בית המשפט העליון לא בחן את הדין המהותי של מדינת קליפורניה אלא התייחס לדין החל בענין תובענות ייצוגיות בלבד. נקבע כי הדין הייצוגי בקליפורניה אינו מקפח וכי עצם הצורך



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 17780-12-16 פלוני ואח' נ' Facebook Ireland Ltd
ת"צ 66426-06-17 ל.פ. ואח' נ' Instagram LLC

- 1 לנהל הליך לפי הדין הקליפורני לא ירתיע אדם מניהול תובענה ייצוגית. נימוקי בית המשפט
- 2 ממחישים כי פסק הדין מבוסס על שאלה פרוצדורלית ולא על שאלה מהותית.
- 3
- 4 9. עמדת כב' השופט מלצר בענין בן חמו מחייבת לדחות את עמדת המשיבות: עמדתו נועדה
- 5 להבהיר כי לא ניתן לגבור על הדין המהותי הקוגנטי בישראל באמצעות ברירת דין שהדין
- 6 המהותי בה שונה. חוק הגנת הפרטיות הוא דין קוגנטי.
- 7
- 8 10. בית המשפט העליון קבל את הטענה שלפייסבוק אינטרס לגיטימי לרכז את ההתדיינות
- 9 המשפטית לפי דין מסויים. ואולם פייסבוק שינתה את תנאי השימוש כך שעתה היא מתירה
- 10 למתקשרים לדון לפי דין מקום מושבם. כלומר שהאינטרס הלגיטימי שאליו התייחס בית
- 11 המשפט העליון אינו מתקיים במציאות. סוגיית ברירת הדין הפכה כלי בידי המשיבות להגבלת
- 12 ההליכים נגדן.
- 13
- 14 11. לא ברור מדוע מייחסות המשיבות חשיבות להתייצבות היועץ המשפטי לממשלה. בית המשפט
- 15 העליון והיועץ המשפטי לממשלה לא התייחסו לדין המהותי בקליפורניה, ולא בחנו את הקיפוח
- 16 לפיו.
- 17
- 18 12. המבקשים השיבו לתגובות המשיבות לבקשות התיקון והוסיפו כי המשיבות אינן מתנגדות
- 19 להוספת Facebook Inc. ולכן יש לאשר תיקון זה. עוד טענו כי בענין בן חמו נקבע מפורשות
- 20 שניתן יהיה להתייחס לשינויים בתנאי המשתמש של Facebook Inc. ולמשמעותם. ועוד הוסיפו
- 21 כי פסק הדין בענין בן חמו אינו מחייב ביחס לאינסטגרם, שכן ניתן ביחס למשיבה אחרת,
- 22 לתניית ברירת דין אחרת ולהסכם שונה לחלוטין; וכי הדמיון הנטען בין ענייננו לבין עניין בן
- 23 חמו אינו רלוונטי בשלב זה.
- 24
- 25 13. המבקשים התייחסו גם להשלמת הטיעון מטעם המשיבות וטענו כי דוקטרינת השתק פלוגתא
- 26 אינה חלה במקרה דנן:
- 27
- 28 א. אין זהות עובדתית בפלוגתאות: בעניין בן חמו טענת הקיפוח נסמכה בעיקר על "המטרד"
- 29 וה"הרתעה" שבניהול הליך לפי הדין הזר. כאן נסמכת טענת הקיפוח על קיפוח מהותי
- 30 שטבוע בדין הזר עצמו. עניין בן חמו לא כלל חוות דעת לדין הזר, ובית המשפט מתבקש
- 31 לבחון עובדות שלא נדונו שם.
- 32
- 33 ב. קביעת בית המשפט העליון בעניין בן חמו אינה קביעה פוזיטיבית: לא זו בלבד שבית
- 34 המשפט קבע כי מדובר בממצא של חוסר הוכחה, אלא שלא היתה לפנינו חוות דעת לדין



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 17780-12-16 פלוני ואח' נ' Facebook Ireland Ltd
ת"צ 66426-06-17 ל.פ. ואח' נ' Instagram LLC

הזר, כך שלא יכול היה לקבוע ממצא פוזיטיבי לעניין זה. הדין הזר הוא עניין שבמומחיות שיש להוכיחו באמצעות חוות דעת.

ג. ההכרעה בעניין בן חמו היתה חיונית שם, אך לא נוגעת לענייננו: הקביעה החשובה בפסק הדין היא כי הוכחת הקיפוח תלויה בנסיבות העניין, ואותה מתבקש בית המשפט ליישם גם במקרה זה.

ד. הצדדים להליכים אינם זהים: עניין בן חמו עוסק בקריאת הודעות פרטיות של משתמשים, ואילו ענייננו בהפרת פרטיות רוחבית של קטינים והוריהם. אמנם חלק מן המשתמשים בעניין בן חמו הם קטינים, אך זו אינה תכלית הבקשה, ולא כך הוגדרה הקבוצה שם. בנוסף חזרו על כך שאינסטגרם לא היתה צד להליך המקורי, וההוראות שבהסכמים שניסחה שונות מאלו שבהסכמי פייסבוק.

טענות המשיבות

14. בעניין בן חמו נקבע כי הסכם המשתמש כולל תניית ברירת דין תקפה שלפיה תובעים בתובענות ייצוגיות בישראל נדרשים להגיש את התובענות על פי הדין המהותי של מדינת קליפורניה. בקשה לאישור תובענה ייצוגית שמסתמכת על עילות מן הדין הישראלי דורשת מבית המשפט להתעלם מתקדים מחייב של בית המשפט העליון ונדונה לסילוק על הסף.

15. עניין בן חמו לא הוגבל לעובדות המקרה שם, אלא מהווה פסיקה עקרונית אשר בהתאם לתניית ברירת הדין מחילה את דין קליפורניה על תובענות ייצוגיות שעוסקות בפרטיות משתמשים בפייסבוק ובאינסטגרם. תניית ברירת הדין שהחילה אינסטגרם על המשתמשים זהה כמעט לחלוטין לזו של פייסבוק.

16. בחינת בית המשפט העליון את תניית ברירת הדין נעשתה מנקודת מבט כללית ונורמטיבית. חשיבות פסק הדין מתבטאת גם בדרישה מן היועץ המשפטי לממשלה להביע עמדתו בשאלת הקיפוח, שנדחתה לבסוף בפסק הדין.

17. חוות דעתו של השופט ח' מלצר תומכת בפרשנות המשיבות. יתר שופטי ההרכב לא אימצו את דעתו ביחס לחוקים הקוגנטיים והדבר מלמד רק על כך שהחלטה בעלת תחולה כללית ולא מוגבלת לנסיבות מסוימות, כפי שהוצע על ידי השופט מלצר.

18. העקרונות הכלליים של היררכיה שיפוטית, יעילות ועקרון סופיות הדיון מחייבים להחיל את פסק דין בן חמו מעבר לנסיבות הספציפיות שלו. העקרון של הלכה מחייבת מקדם את ערך



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 17780-12-16 פלוני ואח' נ' Facebook Ireland Ltd
ת"צ 66426-06-17 ל.פ. ואח' נ' Instagram LLC

הוודאות המשפטית, מסייע ליצור עקביות בקביעות שיפוטיות ומאפשר לצדדים לחזות אם התנהגותם מנוגדת לחוק.

19. יש להתייחס לפסק דין בן חמו בדומה להחלטה שניתנה על ידי בית הדין לחוזים אחידים, ובית המשפט העליון בערעור על בית הדין (סעיף 10 בחוק החוזים האחדים, תשמ"ג - 1982). בית המשפט העליון העניק חסינות מהותית לתניית ברירת הדין, ולא רק בנסיבות הספציפיות של פסק דין בן חמו.

20. דוקטרינת השתק פלוגתא חלה במקרה דנן:

א. קיימת זהות עובדתית ומשפטית בין הפלוגתאות:
כל אחד מן המקרים עוסק בשאלה אם תניית ברירת הדין מחייבת את המבקשים להביא טיעוניהם לפי דין קליפורניה.
תנאי השימוש חלים על כל המשתמשים בשירותי המשיבות: הצדדים בעניין בו חמו ובבקשות כאן זהים מהותית לאור מגמת ההרחבה של תנאי זה. השתק פלוגתא חל גם כאשר אין זהות מלאה בין הצדדים, אלא זהות "עניינית מהותית".

ב. קביעת בית המשפט העליון בפסק דין בן חמו באשר לתחולת דין קליפורניה היא ממצא פוזיטיבי, לאחר בחינת הדין המהותי של קליפורניה בכללותו, והשוואה כללית של מאפייני המערכת המשפטית בקליפורניה לעומת מערכת המשפט הישראלית. העובדה שמדובר בפסיקה של בית המשפט העליון ממזערת את החשש מטעויות שיפוטיות, ומטה את הכף לטובת החלת הדוקטרינה.

ג. ההכרעה בפסק דין בן חמו היתה חיונית לתוצאתו הסופית.

דין והכרעה

תיקון בקשות האישור

21. "אמות המידה לבחינת בקשה לתיקון בקשה לאישור תובענה כייצוגית נדונו זה מכבר ב-עניין אינסלר. בהלכה זו נקבע כי יש לנקוט בגישה ליברלית ביחס לבקשה לתיקון בקשת אישור המוגשת בשלבים מוקדמים של ההליך הייצוגי, בדומה לגישה הנוהגת בהליכים אזרחיים "רגילים" ובמיוחד לנוכח האינטרס הציבורי שמגולם בניהול תובענות ייצוגיות ראויות. בהינתן האמור, נקבע שככל שעל פני הדברים נראה שבקשת האישור איננה בקשת סרק



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 17780-12-16 פלוני ואח' נ' Facebook Ireland Ltd
ת"צ 66426-06-17 ל.פ. ואח' נ' Instagram LLC

וקיים יסוד סביר להניח שהתיקון המבוקש יתרום להכרעה במחלוקת בין הצדדים, יש לנקוט ביד רחבה כלפי קבלת בקשת התיקון; ולצד זאת, הובהר כי יש להיזהר פן מנגנון זה ינוצל לרעה וישמש לעריכת "מקצה שיפורים" בבקשת אישור שהוגשה בחופזה וללא שקידה ראויה". (רע"א 3955/19 פלאפון תקשורת בע"מ נ' הילה שירזי פסקה 12 (30.04.2020); ראו גם: בר"מ 4303/12 תמר אינסלר נ' המועצה האזורית עמק חפר פסקה 8 (22.11.2012)).

כאמור, הבקשות לתיקון בקשות האישור כוללות שני נושאים עיקריים:

האחד, **צירוף Facebook Inc.** משיבה נוספת, לאור שינויים שחלו בתנאי המשתמש: בתגובותיהן לבקשות התיקון המשיבות לא התנגדו לתיקון זה, ומשום כך יש לקבלו.

השני, תיקון בקשת האישור, על ידי **צירוף חו"ד מומחה לדין הזר**, על מנת לנסות להוכיח כי בנסיבות העניין תניית ברירת הדין מקפחת. כפי שיובהר להלן אני סבורה כי פסק דין בן חמו אינו מהווה מעשה בית דין בענין הדין החל. על כן ובהתחשב בשיקולים שעל בית המשפט לקחת בחשבון בבואו להכריע בבקשה לתיקון בקשת אישור - **יש לקבל את התיקון המבוקש.**

מכאן לפירוט הדברים.

פסק הדין בעניין בן חמו

22. בעניין בן חמו הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד פייסבוק אירלנד ונגד פייסבוק אינק. המשתמש נדרש לאשר תנאי שימוש עם פייסבוק אירלנד, שכללו תניית מקום שיפוט, שלפיה כל סכסוך בינה לבין המשתמשים שנוגע לתנאי השימוש או לפייסבוק יידון בבית משפט במדינת קליפורניה; ולצידה תניית ברירת דין שקבעה כי הסכסוך יוכרע על פי דיני מדינת קליפורניה. נקבע כי תנאי השימוש מהווים חוזה אחיד וכי המסגרת הנורמטיבית להכרעה היא חוק החוזים האחידים (שם, בפסקה 20).

הנשיאה חיות בחנה אם התניות הנ"ל הן תניות מקפחות בחוזה אחיד, וקבעה כי הנסיבות הפרטניות של משתמש מסוים אינן רלבנטיות לצורך הכרעה בשאלת הקיפוח, ככל שאינן מלמדות על כלל החוזים בין הספקים ללקוחות מאותו סוג (שם, בפסקה 25).

עוד קבעה כי לא עלה בידי פייסבוק לסתור את חזקת הקיפוח שבסעיף 9(4) בחוק החוזים האחידים, ומשום כך נותרה בעינה הקביעה כי תניה זו מקפחת ובית המשפט הורה על ביטולה (שם, בפסקה 40).



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 17780-12-16 פלוני ואח' נ' Facebook Ireland Ltd

ת"צ 66426-06-17 ל.פ. ואח' נ' Instagram LLC

23. לעומת זאת, באשר לתניית ברירת הדין - נקבע כי לא הוכחה תחולת חזקת הקיפוח בסעיף 4(8) בחוק החוזים האחידים:

"הנטל להוכיח כי תנאי מסוים בחוזה אחיד בא בגדר אחת מחזקות הקיפוח הקבועות בסעיף 4 לחוק, מוטל על הלקוח (ראו: לוסטוויז ושפניץ חוזים אחידים בעמ' 198) ובענייננו על המשיב. במקרה דנן לא הוצגו ראיות לכך שהכרעה בבקשת האישור על פי דיני מדינת קליפורניה תשלול מהמשיב את האפשרות להעלות טענות מסוימות. משכך לא הוכחה על ידו תחולתה של חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים והנטל להוכיח שתניית ברירת הדין היא תניה מקפחת, נותר לפתחו" (שם, בפסקה 42).

בית משפט העליון הגיע למסקנה כי לא עלה בידי התובע להרים נטל זה:

"שיטת המשפט בקליפורניה היא בעלת מאפיינים דומים לשיטת המשפט בישראל ונחשבת לאחת המתקדמות בעולם בתחום התובענות הייצוגיות. התקדימים והחוקים במדינה זו הם בשפה האנגלית המובנת לרבים מתושבי ישראל והם נגישים באמצעות האינטרנט. בנסיבות אלו, ניתן להניח כי אדם המבקש לנהל תובענה ייצוגית על סך 400 מיליון דולר, לא יירתע מתניה בחוזה אחיד הקובעת שתביעה זו תוכרע על פי דיני מדינת קליפורניה. זאת, להבדיל ממקרים דוגמת זה שנדון בעניין קלינגהופר שם קבע החוזה האחיד כי על התביעה להיות מוכרעת על פי דיני סינגפור. בנוסף על כך, מקובלת עלי טענתה של פייסבוק אירלנד כי תניית ברירת הדין באה להגן על אינטרס עסקי לגיטימי וכי יכולתה לכלכל את צעדיה בצורה מושכלת תלויה בכך שתהיה כפופה למערכת דינים אחת, בייחוד בהינתן ההיקף האדיר של המשתמשים בפייסבוק הפרושים בכל רחבי הגלובוס. בנסיבות אלו, באיזון שבין האינטרס של משתמשים ישראלים בפייסבוק שתובענות ייצוגיות נגד פייסבוק אירלנד יוכרעו על פי דיני מדינת ישראל ובין האינטרס של פייסבוק אירלנד לתכנן את צעדיה באופן שלא יחשוף אותה לתובענות ייצוגיות לתשלום פיצויים בסכומי עתק על פי דין אחד ולא על פי אין ספור דינים, נראה לי כי יש להעדיף את האינטרס של פייסבוק אירלנד וכי אין בתניית ברירת הדין משום הגנת יתר על אינטרס זה".



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 17780-12-16 פלוני ואח' נ' Facebook Ireland Ltd
ת"צ 66426-06-17 ל.פ. ואח' נ' Instagram LLC

משום כך נקבע:

"בנסיבות המקרה דנן אין לראות בתניית ברירת הדין שבסעיף 15(1) לתנאי השימוש תניה מקפחת ואין מקום להתערב בה" (שם, בפסקה 43).

24. כלומר שעל המבקש מוטל הנטל להוכיח כי תנאי בחוזה אחיד בא בגדר אחת מחזקות הקיפוח שבסעיף 4 בחוק החוזים האחידים. באותו מקרה המבקש לא הביא ראיות לכך שהכרעה לפי הדין הזר תשלול או תגביל את זכותו להעלות טענות מסוימות (סעיף 4(8) בחוק החוזים האחידים). משלא הראה כי תניית ברירת הדין מקפחת, לא הרים את הנטל, והתניה נותרה בעינה.

השתק פלוגתא

25. המשיבות טענו כי פסק דין בן חמו קובע "באופן חד משמעי, כי דין מדינת קליפורניה אינו מקפח בהקשר של תובענות ייצוגיות העוסקות בפרטיות צרכנים" (סעיף 13 בעמדתן). לשיטתן נקבעה בפסק דין בן חמו הלכה מפורשת ומחייבת שלפיה תניית ברירת דין שמפנה לדין קליפורניה אינה מקפחת, בוודאי כשמדובר בתובענה ייצוגית שעוסקת בדיני פרטיות כפי שהיה במקרה שנדון שם, וכפי שנדון בענייננו.

קשה לקבל עמדה פרשנית זו, שאינה עונה על כלל השתק פלוגתא.

26. השתק פלוגתא יחול בנוכחות ארבעה תנאים מצטברים: הפלוגתא אותה פלוגתא, על רכיביה העובדתיים והמשפטיים; בהליך הראשון בין הצדדים התקיימה התדיינות באותה פלוגתא; ההתדיינות הסתיימה בהכרעה מפורשת או מכללא, ונקבע לגביה ממצא פוזיטיבי; וההכרעה בפלוגתא היתה חיונית לפסק הדין בתובענה הראשונה (ע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' ג'מאל עמיר קאזם חלף סעידי פסקה 18 סיפא (15.12.2011)). בקשה לדיון נוסף בפסק הדין נדחתה בדנ"א 441/12, מיום 22.8.12.

27. אף אם אצא מנקודת הנחה שבענייננו מתקיימים התנאי הראשון, השני והרביעי - ואיני מכריעה בכך - לא מתקיים התנאי השלישי המחייב קביעת ממצא פוזיטיבי.

28. הפלוגתא הרלוונטית לענייננו היא האם תניית ברירת הדין בסעיף 15.1 ב- Statement of Right and Responsibilities היא תניה מקפחת?

בפסק הדין בעניין בן חמו נקבע: **"במקרה דנן לא הוצגו ראיות לכך שהכרעה בבקשת האישור על פי דיני מדינת קליפורניה תשלול מהמשיב את האפשרות להעלות טענות מסוימות"** (ההדגשה שלי - א"ש). כלומר, שהחזקה שבסעיף 4(8) בחוק החוזים האחידים לא הוכחה.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 17780-12-16 פלוני ואח' נ' Facebook Ireland Ltd
ת"צ 66426-06-17 ל.פ. ואח' נ' Instagram LLC

29. הכלל הוא שקביעה שלפיה טענה לא הוכחה אינה ממצא פוזיטיבי :

"כאשר בית המשפט אינו יכול לקבוע ממצא פוזיטיבי לגבי פלוגתא, לעומת זאת, לא יהווה פסק הדין בסיס להקמת השתק פלוגתא (יעקב קדמי על הראיות חלק שלישי 1409 (2003), להלן: קדמי). באשר לשאלה מהו "ממצא פוזיטיבי", הובהר כי קביעה לפיה טענה פלוגתא לא הוכחה, אינה מהווה ממצא פוזיטיבי כנדרש:

"דרך משל, מקום שתביעת ריבית נדחתה הואיל והשופט לא שוכנע במתן ההלוואה נושאת הריבית, אין משתיקים תביעת ההלוואה, שכן התובע רשאי למלא מה שהחסיר במשפט קודם ולנסות ולשכנע את בית-המשפט שאמנם הלווה לנתבע את הקרן. ממצא "לא הוכח" אינו ממצא פוזיטיבי ואין כוחו יפה אלא לצורך הדיון בעילה בו הוא נקבע. ... ואילו דחיית התביעה על יסוד הממצא הפוזיטיבי, שהנתבע לא לווה מהתובע את הכסף שבעבורו נתבעה הריבית, מקימה השתק ומונעת את התובע לצמיתות מלתבוע את הקרן ... הממצא "מתן ההלוואה לא הוכח" אינו כממצא "ההלוואה לא ניתנה". ... ההבדל הוא דק, אבל הוא חשוב ומכריע" (עניין ארביב, בעמ' 519; לביקורת בסוגיה זו ראו: זלצמן, בעמ' 191)."

(ע"א 2576/03 אהובה וינברג נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים פסקה 24 (21.2.2007)).

השוו: עמדת השופט דנציגר בע"א 10443/08 לופו נ' בנק איגוד לישראל פסקה 11 (22.7.10). לביקורת על הדרישה לממצא פוזיטיבי ראו: נינה זלצמן מעשה בית דין בהליך אזרחי 190-192 (1991). לגישת זלצמן דחיית תביעה מחמת אי הרמת נטל השכנוע מהווה ממצא פוזיטיבי. ראו גם: יששכר רוזן-צבי ההליך האזרחי 557-570 (2015).

30. ברע"א 2237/06 בנק הפועלים בע"מ נ' רלה וינשטין (8.3.2009) (בקשה לדיון נוסף על פסק הדין נדחתה בדנ"א 2699/09, מיום 30.8.2009), רוככה במידת מה הלכת הממצא הפוזיטיבי. באותו מקרה הגיש הבנק תביעה בסדר דין מקוצר נגד המשיבה בגין יתרת חוב בחשבון. בקשת רשות להתגונן שהגישה המשיבה בטענה שהיא אינה הבעלים בחשבון נדחתה בשל אי התייצבות. כעבור מספר שנים הגישה המשיבה תביעה נגד הבנק לסעד כספי, בגין נזקים שנגרמו לה לכאורה בשל ייחוס לחובתה של החוב בחשבון שהיא אינה בעליו. בית המשפט קבע כי פסק



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 17780-12-16 פלוני ואח' נ' Facebook Ireland Ltd
ת"צ 66426-06-17 ל.פ. ואח' נ' Instagram LLC

דין שניתן בהיעדר הגנה או התייצבות ומכריע מכללא לטובת התובע בפלוגתא עיקרית, שהיא נושא ההתדיינות הראשונה, יוצר השתק פלוגתא

עניין **רלה וינשטין** אינו דומה לענייננו: אי התייצבות לחקירה היא אמירה עובדתית מובהקת, ונקל להבין מדוע פסק דין שניתן בנסיבות אלו מהווה השתק פלוגתא. לעומתו בעניין בן חמו לא נקבע ממצא עובדתי לעניין החזקה שבסעיף 4(8), שכן הדין הקליפורני כלל לא נבחן מן הבחינה המהותית. נאמר רק: "**במקרה דנן לא הוצגו ראיות לכך שהכרעה בבקשת האישור על פי דיני מדינת קליפורניה תשלול מהמשיב את האפשרות להעלות טענות מסוימות**" (ההדגשה שלי – א"ש). קביעה שנובעת מטעם משפטי ולא מטעם עובדתי.

31. העובדה שתובע אחד לא הציג ראיות להוכחת החזקה אינה יכולה לשלול מתובעים אחרים את זכותם להביא ראיות להוכחתה. קביעה בדבר קיומו של השתק פלוגתא במקרה מעין זה עלולה לפגוע בגילוי האמת (רע"א 1945/17 **המועצה המקומית עראבה נ' פלוני** פסקה 11 (1.6.2017)).

32. קביעת ממצא פוזיטיבי בסוגית הקיפוח מצריכה חוות דעת מומחה לעניין הדין הזר, שלא עמדה לפני בית המשפט בענין בן חמו (השוו: רע"א 9771/16 **נובל אנרג'י מדיטרניאן לימיטד נ' משה נזרי** פסקה 16 (28.9.2017)). בית המשפט העליון לא דן מהותית בשאלה אם הכרעה בבקשת האישור על פי דיני מדינת קליפורניה תשלול מהתובע את האפשרות להעלות טענות מסוימות, שכן לא הוצגו בפניו ראיות לכך. בית המשפט דחה את הטענה ביחס לתניית ברירת הדין מטעמים משפטיים ולא בשל קביעה עובדתית פוזיטיבית כי דיני הפרטיות בקליפורניה אינם מקפחים (השוו: עניין **עראבה נ' פלוני**, בפסקה 11).

לשון אחר: בפסק הדין לא נקבע כי דיני הגנת הפרטיות בקליפורניה שוללים מן התובע אפשרות לטעון טענות מסוימות, אלא כי לא הוכח כך (השוו: רע"א 5138/18 **ג'אזי עוואד נ' עו"ד נפתלי נשר** פסקה 15 (16.10.2018)).

33. אכן, בעניין בן חמו נקבע כי חברה שפועלת במספר רב של מדינות ולשירותיה משתמשים רבים ברחבי העולם אוזחת אינטרס לגיטימי לרכז את מערכת היחסים עם המשתמשים תחת מערכת דינים אחת; כי שיטת המשפט בקליפורניה היא בעלת מאפיינים דומים לשיטת המשפט הישראלית ואחת המתקדמות בעולם בתחום התובענות הייצוגיות; כי החוקים והתקדימים במדינה זו הם בשפה האנגלית שמובנת ונגישה לרבים; וכי סביר להניח שאדם אשר מבקש לנהל תובענה ייצוגית, לא יירתע מכך בשל התניה. אולם קביעות כלליות אלו מלמדות רק על כך שעקרונית אין בית המשפט העליון רואה פסול בשיטת המשפט של קליפורניה. אין ללמוד מכך מה היתה עמדת בית המשפט העליון אילו הוצגה לו ראיה בדמות חוות דעת אודות הדין



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 17780-12-16 פלוני ואח' נ' Facebook Ireland Ltd
ת"צ 66426-06-17 ל.פ. ואח' נ' Instagram LLC

1 בקליפורניה בהתייחס לשאלות שבמחלוקת. פסק הדין מדגיש כי לא הוצגו ראיות לקיומו של
2 קיפוח.
3

4 34. סעיף 4(8) בחוק החוזים האחדים קובע:

5 **"4. חזקה על התנאים הבאים שהם מקפחים:**

6 ...

7 **(8) תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסוימות**
8 **בערכאות משפטיות, או הקובע כי כל סכסוך בין הספק והלקוח יידון**
9 **בבורות";**

10
11 על מנת לקבוע אם נשללה זכות הלקוח להשמיע טענות מסוימות לפי דין קליפורניה, או הוגבלה,
12 כדרישת הסעיף, יש להיזקק לדין בקליפורניה, כלומר לחוות דעת מקצועית ביחס אליו. חוות
13 דעת לעניין הדין הזר לא הונחה לפני בית המשפט העליון. בהכרח הוא לא נדרש לשאלה
14 המהותית של תנאי הדין בקליפורניה ואם יש בהם משום קיפוח. בנסיבות אלה אין מקום לקבוע
15 כי פסק הדין קובע הלכה כללית ביחס לתחולתה של חזקת הקיפוח על תניית ברירת דין שמפנה
16 לדין בקליפורניה.
17

18 35. טענת המשיבות כי "התובעים אינם יכולים ליהנות משני העולמות" ולטעון מחד גיסא כי פסק
19 דין בן חמו מחייב לעניין תניית מקום השיפוט, אולם מוגבל לנסיבות פסק הדין בקשר לתניית
20 ברירת הדין, מאידך גיסא (פסקה 22 בעמדת המשיבות מיום 3.6.2019) – אינה ברורה.

21 בעוד שבעניין תניית השיפוט נקבעה הלכה כללית, התוצאה שאליה הגיע בית המשפט בקשר
22 עם תניית ברירת הדין נבעה מנסיבות המקרה הקונקרטי, ובית המשפט דאג להבהיר זאת
23 מפורשות (שם בפסקה 42).

24 טענת המשיבות כי יש להתייחס לפסק דין בן חמו כאל החלטה שניתנה על ידי **בית הדין לחוזים**
25 **אחידים**, ומשום כך, פסיקת בית המשפט העליון בעניינה מקנה לתניית ברירת הדין "חסינות
26 מהותית", אין לה על מה שתסמוך. כפי שהובהר בית המשפט העליון לא התייחס לדיני הגנת
27 הפרטיות הקליפורניים מן הבחינה המהותית, כך שלא ניתן לומר כי ניתנה לתניה חסינות, וזאת
28 גם אם בלא להתייחס לקונסטרוקציה המשפטית שהציבו המשיבות.
29

30 36. משקל רב מיחסות המשיבות לעובדה שבית המשפט בעניין בן חמו בקש לקבל את עמדת היועץ
31 המשפטי לממשלה. לא ראיתי במה משפיעה עובדה זו על המסקנה כי הדין המהותי הקליפורני
32 לא נבחן על ידי בית המשפט.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 17780-12-16 פלוני ואח' נ' Facebook Ireland Ltd
ת"צ 66426-06-17 ל.פ. ואח' נ' Instagram LLC

1
2 37. ההחלטה שניתנה בת"צ (מחוזי ת"א) 11329-06-18 פונטה נ' Facebook Inc. (11.9.2019); כב'
3 הש' ר' ברקאי ("עניין פונטה") אינה קובעת אחרת.

4 בעניין פונטה ציין בית המשפט כך:

5 "ניסיונו של המבקש לטעון, כי רשאי הוא לנהל את התביעה כנגד פייסבוק
6 אירלנד הן על פי הדין המהותי של מדינת קליפורניה והן על פי הדין המהותי
7 של ישראל, משולל כל עוגן עובדתי ומשפטי. הלכת בו חמו ברורה ונהירה, ואין
8 בנמצא כל עוגן משפטי להוסיף ולומר כי ניתן לנהל את ההליכים כנגד פייסבוק
9 אירלנד גם על בסיס הדין הישראלי" (שם, בפסקה 13).

10 שני הבדלים עיקריים בינינו לבין עניין פונטה:

11 האחד, כעולה מן ההחלטה, לאחר שהצדדים שם הגיעו להסכמה דיונית שלפיה המבקש יגיש
12 בקשת לתיקון בקשת האישור על פי הדין המהותי של מדינת קליפורניה, הגיש המבקש בקשת
13 תיקון שכללה גם עילות מכוח הדין הישראלי. התיקון המבוקש לא עלה בקנה אחד עם ההסדר
14 הדיוני שאושר על ידי בית המשפט (שם, בפסקה 11).

15 השני, טענת המבקש שם היתה שתנאי השירות החדשים של חברת פייסבוק ביטלו את תחולת
16 הלכת בן חמו ביחס לפייסבוק אירלנד: תנאי השירות החדשים מבחינים בין תביעות צרכנים
17 שצריכות להידון במקום מושבם לפי הדין המקומי לבין תביעות של מי שאינם צרכנים שכפופות
18 לבתי המשפט בקליפורניה ולדין הקליפורני (שם, בפסקה 12). בית המשפט קבע כי תנאי
19 השירות החדשים של חברת פייסבוק אינם מסדירים את מערכת היחסים בין המבקש לבין
20 פייסבוק אירלנד, שמוסדרת בהסכם שונה, כאמור בהלכת בן חמו, וכפופה לדין הקליפורני.

21 כעולה מן ההחלטה, טענת המבקש בעניין פונטה שונה מטענת המבקש כאן ואינה נוגעת לנסיין
22 להוכיח קיפוח מהותי בדין הקליפורני. משום כך אין בסיס להשוואה בין שני המקרים. ממילא
23 אין מדובר בהחלטה מנחה או מחייבת (סעיף 20 בחוק יסוד: השפיטה).

24
25 ענייננו שונה גם מהחלטות אחרות שניתנו לאחר פסק דין בן חמו:

26
27 38. ת"א (שלום – הרצ') 32809-09-17 Facebook Ireland limited נ' טרויס מילר בע"מ
28 (14.8.2019) כב' השופט גלעד הס) (ערעור על פסק הדין נדחה ברע"א (מחוזי ת"א) 11338-10-19
29 (30.1.2020) כב' השופטת א' כהן); נפתח הליך בבית המשפט העליון (רע"א 1901/20) שטרם
30 נדון: באותו מקרה בית המשפט ציין אמנם כי נראה שהלכת בן חמו בעניין ברירת הדין (כמו
31 בעניין מקום השיפוט) היא החלטה עקרונית (פסקה 43), אולם הבהיר כי לא נטען (וממילא לא



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 17780-12-16 פלוני ואח' נ' Facebook Ireland Ltd
ת"צ 66426-06-17 ל.פ. ואח' נ' Instagram LLC

הוכח) כי הכרעה על פי הדין הקליפורני תשלול מן התובעים אפשרות להעלות טענות מסוימות (שם, בפסקאות 25,31). יתרה מזו, בפסק הדין שניתן בערעור בבית המשפט המחוזי קבע בית המשפט מפורשות כי "קביעות בית המשפט העליון בעניין בן חמו לא פוטרות מהצורך לבחון בתיק הפרטני אם עסקינן בתניה מקפחת"; כי בית משפט קמא קבע שהתובעים לא הוכיחו כי הדין הקליפורני שולל מהם טענה מהותית שעומדת להם לפי הדין הישראלי; וכי מדובר בקביעה עובדתית שאין מקום להתערב בה (שם, פסקאות 12-13).

39. בת"צ (מחוזי ת"א) 56348-03-17 ישי טדסה נ' Google LLC (Google Inc.) (9.7.2020); כב' השופט רחמים כהן) לא הגישו המבקשים חוות דעת מומחה לעניין הדין הקליפורני. נקבע כי משלא הוגשה חוות דעת שמלמדת על הקיפוח, יש להחיל את שנפסק בעניין בן חמו.

40. בת"צ (מחוזי ת"א) 5940-11-16 אריאל אנסבכר נ' Facebook Ireland Limited (20.7.2020); כב' השופט רחמים כהן) טען המבקש כי תנאי השימוש אינם מחייבים וכי תניית ברירת הדין היא תניה מקפחת בחוזה אחיד, ועל כן יש לבטלה. בית המשפט קבע כי המבקש נדרש לבסס את התובענה על הדין המהותי של קליפורניה ומשום שהתבססה על הדין הישראלי – היא נמחקה. גם במקרה זה, משלא הוגשה חוות דעת מומחה, הוחלו הקביעות שבעניין בן חמו.

חוות הדעת לשאלה אם הדין הזר מקפח

41. כאמור, המבקשים ביקשו לתקן את בקשת האישור ולטעון כי תניית ברירת הדין מקימה את חזקת הקיפוח שבסעיף 4(8) בחוק. לשם הוכחת הטענה צירפו חוות דעת מומחה לדין הזר, עו"ד אהרן פרקש, שלפיה ההגנה בדין הקליפורני דלה ומקפחת: בין היתר צוין כי הדין בקליפורניה אינו דורש לקבל הסכמה מדעת מהקטין; כי אין דרישה להצגת תנאי השימוש באופן שמתאים לגילו של הקטין; ומפעילי אתרים רשאים להתעלם מגילו של המשתמש ובכך לעקוף מגבלה שעניינה איסוף ושימוש במידע.

42. לאור המסקנה, ובשים לב לשיקולים שעל בית המשפט לשקול בבואו להכריע בבקשה לתיקון בקשה לאישור תובענה ייצוגית - יש לקבל את התיקון המבוקש.

אף שאיני נדרשת להכריע בכך כעת, ראוי לציין כי השאלה שכנראה תעמוד לדיון לנוכח חוות הדעת היא בחינת הקיפוח בתניית ברירת הדין הזר, ואופן ההשוואה בין הדין הזר לבין הדין הישראלי. ראו לענין זה ת"צ (מחוזי ת"א) 54491-01-15 עידו בשן נ' Easyjet Airline company LTD (8.6.2020); כב' השופט י' קינר). ערעור תלוי ועומד (ע"א 5089/20).



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 17780-12-16 פלוני ואח' נ' Facebook Ireland Ltd
ת"צ 66426-06-17 ל.פ. ואח' נ' Instagram LLC

סיכום

1

2 43. אני מקבלת את הבקשות לתיקון בקשות האישור, ומתירה למבקשים לתקן את בקשותיהם
3 כאמור בבקשות התיקון. הבקשות המתוקנות שהוגשו עם בקשות התיקון מתקבלות.
4 המזכירות מתבקשת להעבירן לתיקיית כתבי בי דין.

5 44. המשיבות תשבנה לבקשות האישור המתוקנות תוך 90 יום. תגובה לתשובה, ככל שיהיה בה
6 צורך, תוגש תוך 30 ימים נוספים.

7 45. נקבע ק"מ בשתי בקשות האישור, ליום 8.3.2021 בשעה 12:00.

8

9 46. המשיבות תשלמנה את הוצאות המבקשים בכל אחת מבקשות האישור, בסכום של 7,500 ₪.

10

11

12 ניתנה היום, י"ז חשוון תשפ"א, 04 נובמבר 2020, בהעדר הצדדים.

13

14

15

אסתר שטמר, שופטת

16

17

