



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 49872-07-23 שחר ואח' נ' i HERB LLC

לפני כבוד השופט מוחמד עלי

המבקשים:

1. שירן שחר
 2. אור קרבקי
- ע"י עו"ד א' רוזן

נגד

המשיבה:

i HERB LLC
ע"י עו"ד א' מלכא

החלטה

לפניי שלוש בקשות שהוגשו על ידי המשיבה – בקשה לכפירה בסמכות מכח המצאה מחוץ לתחום המדינה; ושתי בקשות לסילוק על הסף, אחת מהטעם כי קיימת תניית ברירת דין מחייבת והשנייה בשל אי התקיימות התנאים להגשת הליך ייצוגי.

רקע ובקשת האישור

1. הבקשות הוגשו על ידי המבקשים בגדרי בקשה לאישור תובענה כייצוגית בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: **החוק**). בקשת האישור הוגשה על ידי המבקשים, צרכנים ישראלים, נגד המשיבה, שהינה תאגיד זר שהתאגד בחו"ל ומקום מושבו בארה"ב, ומפעילה אתר אינטרנט ואפליקציה בהם נמכרים מוצרים שונים, כגון תוספי מזון, צמחי מרפא ומוצרי טיפוח.

2. בקשת האישור כוללת שתי עילות – עילה אחת שמבוססת על חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: **חוק הגנת הצרכן**), לפיה המשיבה מטעה את הצרכנים לגבי מחירי המוצרים המוצגים בפרסומות וכן במהלך הרכישה באתר ובאפליקציה, באופן שאין היא מציגה את המחיר הכולל. על פי הנטען, המשיבה מחייבת את הצרכנים בעלות נוספת עבור משלוח המוצרים המוצעים למכירה, ואולם עלות המשלוח לא מפורסמת לצרכן בפרסומים או במהלך הרכישה, אלא רק בסוף הרכישה, באופן שהעלות הנוספת מייקרת את המחיר שנדרש לשלם הצרכן; כמו כן, נטען כי בפרסומי המשיבה צוין במפורש כי המשלוח מסופק בחינם, ולא היא.

העילה השנייה מבוססת על חוק התקשרות (בזק ושירותים), התשמ"ב-1982 (להלן: **חוק התקשרות**), ולפיה המשיבה שולחת ללקוחותיה דברי פרסומת מבלי לציין בהם את הפרטים הנדרשים על פי דין, לרבות שמדובר בפרסומת, ומבלי לאפשר להם למסור הודעת סירוב כדי להסיר את עצמם מרשימת הדיוור.



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 49872-07-23 שחר ואח' נ' i HERB LLC

3. עוד לפני הגשת התשובה לבקשה, הגישה המשיבה את בקשותיה, וביום 10.4.2025 התקיים דיון בבקשות.

4. לפני שאידרש לגופן של הבקשות, אקדים ואציין כי יש טעם בטענת המבקשים לפיה המשיבה לא נהגה בהתאם לדין עת פיצלה את בקשת הסילוק לשתי בקשות וראוי היה לכלול את שתיהן בבקשה אחת. בעוד שניתן להבין את הגשת הבקשה לכפירה בסמכות בנפרד מבקשות הסילוק, בהינתן שמהות הבקשות שונה, פיצול בקשת הסילוק לשתיים מעלה חשש כי נועד להתגבר על המגבלה הקבועה בתקנה 50(5) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: **התקנות**), לפיה בקשה בכתב תחזיק לכל היותר חמישה עמודים. אין להתיר מהלך דיוני שכזה, אשר יש בו לעקוף את המגבלה הקבועה בתקנות וליצור מניפולציות דיוניות לא רצויות. עם זאת, לא אדחה את הבקשות מטעם זה ותרופה לכך תימצא במישור ההוצאות.

הבקשה לכפירה בסמכות

5. לאחר הגשת בקשת האישור, הגישו המבקשים בקשה לקביעת דרך ביצוע המצאה מחוץ למדינה ובהחלטתי מיום 31.7.2023 קבעתי את דרכי ההמצאה. ביום 11.1.2024 ביקשה המשיבה לקבוע כי המבקשים פעלו בניגוד לתקנות המצאת מסמכים לפי אמנת האג 1965, התשל"ו-1975, ובניגוד להחלטת בית המשפט, וכי עליהם להמציא את כתבי בית הדין כדן. ביום 31.1.2024 הגישו הצדדים הודעה מוסכמת לפיה המבקשים יפעלו בשנית וימציאו למשיבה את כל המסמכים כפי שנקבע בהחלטת בית המשפט.

6. בהמשך לכך, ביום 12.2.2025 הגישה המשיבה בקשה לכפירה בסמכות מכח המצאה מחוץ לתחום המדינה (להלן: **הבקשה לכפירה בסמכות**), בגדרה ביקשה לקבוע כי לבית משפט זה אין סמכות לדון בהליך בהתאם לתקנה 168 לתקנות, ולהורות על ביטול ההחלטה מיום 31.7.2023.

טענות הצדדים

7. לטענת המשיבה ההמצאה לא עומדת בתנאים שנקבעו בתקנות; יש לפרש את הכללים העוסקים בהמצאה אל מחוץ לישראל בצמצום; וכל ספק צריך לפעול לטובת הנתבע הזר. המשיבה טוענת כי לא מתקיימת עילת המצאה, והחלופות עליהן מתבססים המבקשים – תקנות 166(9) ו-9) לתקנות – לא חלות על נסיבות העניין. עוד נטען כי לא קיימת עילת תביעה טובה נגד המשיבה. לפי הנטען, הבקשה מבוססת על הדין הישראלי בעוד שהדין החל, בהתאם לתניית ברירת דין שתקפה ביחסים בין הצדדים, הוא דין קליפורניה. נטען עוד כי גם תחת ההנחה כי הדין הישראלי חל, התביעה לא מגלה עילת תביעה טובה – הן ביחס לעילה לפי חוק הגנת הצרכן והן ביחס לעילה לפי חוק התקשורת. לבסוף, נטען כי בית המשפט בישראל אינו הפורום הנאות לדון בהליך, וכי לא מתקיימים המבחנים שמעידים על נאותות הפורום הישראלי.



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 49872-07-23 שחר ואח' נ' i HERB LLC

8. המבקשים מבקשים לדחות את הבקשה ממספר טעמי סף. נטען כי המשיבה קיבלה על עצמה את הסמכות הבינלאומית ומושתקת לכפור בה, זאת מאחר שלצד הבקשה לכפירה בסמכות הגישה בקשות לסילוק על הסף וביקשה לדון בבקשות אלה "במקביל או לחילופין"; וכי לא צורף תצהיר ערוך כדין לבקשה. לגופם של דברים נטען כי מתקיימים התנאים הנדרשים לרכישת סמכות בינלאומית – מתקיימת עילת המצאה לפי תקנה 166(4), (4א), (5) ו(6) לתקנות; והתובענה מגלה עילת תביעה רצינית ביחס לשתי העילות. בתוך כך ביקשו המבקשים לדחות את הטענה כי הדין החל הוא דין קליפורניה והוסיפו כי תניית ברירת הדין לא חלה בהיותה סותרת דין קוגנטי ומקפחת, ומכל מקום השלב לדון בדבר הדין החל אינו כעת. זאת ועוד, נטען כי ישראל היא הפורום הנאות לדון בתובענות, משום שהמשיבה מפעילה אתר ואפליקציה בישראל בשפות עברית וערבית ופונה לקהל הישראלי, לכן מירב הזיקות הן לישראל והצדדים יכלו לצפות באופן סביר להתדיינות בישראל.

9. המשיבה הגישה תגובה לפי רשות שניתנה לה בה טענה כי אין פסול בהגשת בקשות לסילוק על הסף במקביל לבקשה לכפירה בסמכות; כי המבקשים טענו לעילות המצאה שלא נכללו בבקשה לקביעת דרכי ההמצאה; כי הבקשה מבוססת על הדין הלא נכון – הדין הישראלי ולא דין קליפורניה; וכי אף לפי הדין הישראלי לא הוכח קיומה של עילת תביעה טובה לגבי שתי העילות הנטענות בבקשת האישור.

הכרעה

10. לאחר שעיינתי בכתבי הטענות ושמעתי את טענות הצדדים, הגעתי לכלל מסקנה שדין הבקשה להידחות ויש לקבוע כי בית המשפט רכש סמכות לדון בהליך.

11. על מנת לרכוש סמכות שיפוט בינלאומית באמצעות המצאת כתב טענות אל מחוץ לתחום, יש לצלוח שלוש משוכות: הראשונה – הוכחה כי קיימת בידי התובע "תביעה הראויה לטיעון" בכל הנוגע לעילת המצאה המנויה בסעיף המשנה הרלבנטי בתקנה 166 לתקנות; השנייה – הוכחה כי עילת התביעה, לגופה, מעוררת "שאלה רצינית שיש לדון בה"; והשלישית, כי מדינת ישראל היא הפורום הנאות לניהול ההליך (רע"א 2625/24 ADESON KEVIN נ' **בטר פלייס ישראל (ח.ת)** בע"מ (4.6.2024)).

12. בפסיקה הובעה הדעה כי ההסדר על פי התקנות החדשות מותיר על כנו את עיקרי המצב שהיה קיים ערב כניסתן לתוקף של התקנות (רע"א 8854/22 **The Dow Chemicals Company** נ' **סוכנויות יעקבזון בע"מ** (27.3.2023) (להלן: **עניין סוכנויות יעקבזון**); ראו גם דברי ההסבר לתקנות – <https://www.gov.il/BlobFolder/news/16122020/he/16.12-explanatory.pdf>



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 49872-07-23 שחר ואח' נ' i HERB LLC

בעמוד 52-53)). כפי שצינתי במקום אחר (ת"צ (מחוזי חיפה) 54160-03-23 **הקטינה פלונית נ' Twitter Inc** (14.2.2024) (להלן: עניין **טוויטר**)), לא ניתן להתעלם מנקודת המוצא השונה בין ההסדר שהיה קבוע בתקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 לבין ההסדר הקבוע בתקנה 166 לתקנות. בעוד שלפי המצב הקודם היה צריך לקבל היתר להמציא את כתב בית הדין לנתבע הזר, במצב הנוכחי לא נדרש עוד היתר. כל שבית המשפט נדרש לקבוע בשלב הראשון הוא דרך ההמצאה, בכפוף לקיומה של עילת המצאה. לעמדתי, השינוי עשוי לערער את הקביעה לפיה כל ספק לגבי התקיימות תנאי ההמצאה יפעל לטובת הנתבע הזר (רע"א 6970/18 **Booking com B.V** נ' **לב**, פסקה 8 (13.11.2019); יואל זוסמן, **סדרי הדין האזרחי**, בעמ' 240-242 (1995)). כמו כן עשויה להיות השלכה על מידת הנטל המוטל על המבקש להוכיח את קיום התנאים להמצאה. כמו כן, אין להידרש ליתר החלופות להן טענו המבקשים בתשובה שלא נטענו בבקשה לקביעת דרכי המצאה, משום שהדיון בכפירה בסמכות מתבסס על העילות שעל בסיסן נקבעו דרכי ההמצאה.

13. **עילת ההמצאה** – בנתוניו של המקרה מתקיימת עילת המצאה לפי תקנה 166(5) לתקנות שעוסקת במקרה בו "**התובענה מבוססת על נזק שנגרם לתובע בישראל ממוצר, משירות או מהתנהגות של הנתבע, ובלבד שהנתבע יכול היה לצפות שהנזק ייגרם בישראל וכן שהנתבע, או אדם קשור לו, עוסק בסחר בין-לאומי או במתן שירותים בין-לאומיים בהיקף משמעותי**". בקשת האישור עוסקת בטענות לנזק שנגרם למבקשים שהינם כאמור תובעים ישראליים, ולקבוצה שניתן לצמצמה רק ללקוחות ישראליים, כתוצאה מהתנהלות שמיוחסת למשיבה – הן ביחס למצגים שהיא מציגה בעניין מחיר המוצרים הכולל באתר ובאפליקציה וכן בפרסומיה; והן ביחס להתנהלותה בכל הנוגע למשלוח דברי פרסומת. המשיבה אינה יכולה להתכחש לכך שהיא מוכרת מוצרים לישראלים באמצעות האתר והאפליקציה, משום שהנתונים מצויים בידה. יתרה מכך, המשיבה מכוונת ללקוחות בישראל משום שהיא מפעילה את הפלטפורמות בעברית ואף נטען כי עורכת מסעות פרסום שמכוונים לישראלים, כגון מסעות פרסום לקראת פסח וסימון מוצרים כשרים (ראו עמ' 3 לפרוטוקול). בנסיבות אלו המשיבה יכולה לצפות שהנזק ייגרם בישראל. ודוק: דרישת התקנה היא כי הנתבע יכל היה לצפות שהנזק ייגרם בישראל ולא כי התביעה תוגש בישראל, ולכן בשלב זה של הבחינה אין כל משמעות לקיומה של תניה שקובעת כי הדין שחל הוא דין קליפורניה. מכל מקום הצפיות בה מדובר כאן איננה צפיות נורמטיבית אלא צפיות פיזית. לעמדתי, לא יכולה להיות מחלוקת כי המשיבה עוסקת במתן שירותים בין לאומיים בהיקף משמעותי (השוו למקרים המובאים בסעיף 22 לתשובת המבקשות לבקשת הכפירה). לבסוף אין בידי לקבל את טענות המשיבה גם בהינתן כי רמת ההוכחה הנדרשת היא נמוכה מרף ההסתברות הנדרש בהליך אזרחי (רע"א 9328/12 **נירימליק בע"מ נ' סובורובה**, פסקה 7 (21.4.2013)), כך נקבע בעבר והדברים אמורים ביתר שאת לאור המצב לפי התקנות.

די בקיומה של עילת המצאה אחת ועל כן אין צורך לדון ביתר העילות. למעלה מהנדרש יצוין כי העילה הנוספת שנטענה בבקשה לקביעת דרכי המצאה המבוססת על תקנה 166(9) לתקנות לא





בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 49872-07-23 שחר ואח' נ' i HERB LLC

יכולה להתקיים בענייננו ולא בכדי עילה זו נזנחה על ידי המבקשים (רע"א 8066/22 פיוביץ' נ' עוה"ד ליאור דגן, נאמן לנכסי החייב, פסקה 32 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (5.3.2023)). כמו כן, אין להידרש ליתר עילות ההמצאה שנטענו בתשובה לבקשה לכפירה בסמכות, משום שהדין מתבסס על העילות שנטענו בבקשה לקביעת דרכי המצאה.

14. **נאותות הפורום** – דומה כי לבית המשפט בישראל יש עניין אמיתי לדון בתביעה וזיקות רבות מוליכות לקביעה כי בית המשפט בישראל הוא פורום נאות – מקום מגורי המבקשים, המקום בו מתבצעות העסקאות ומקום משלוח דברי הפרסומת. אינני סבור כי העובדה שהמשיבה מאוגדת בארה"ב ואין לה שלוחה בישראל, יש בה כדי להטות את הכף. בעידן היום אין להפריז בשיקול זה. גם הציפיות של הצדדים תומכות במסקנה כי בית המשפט בישראל הוא הפורום הנאות, שכן המשיבה לא יכולה להתיימר לספק מוצריה ולהעניק את שירותיה בכנפי תבל ובה בעת לטעון כי יש להתדיין במקום שייקבע על ידה מראש (רע"א 2737/08 ארבל נ' Tui Ag (29.1.2009)). מי שנהנה ממנעמי המסחר הבינלאומי הגלובלי, צריך לצפות כי יצטרך להתדיין במקומות שונים בעולם.

15. **התביעה מגלה לכאורה עילת תביעה** – הברור בשלב זה מתמקד בשאלה אם עילת התביעה לגופה מעוררת "שאלה רצינית שיש לדון בה". משוכה זו נועדה לערוך מיון ראשוני כדי להבטיח שלא מדובר בתביעת סרק או תביעה טורדנית (עניין סוכנויות יעקבזון, פסקה 28; ע"א 9725/05 אשבורן חברה לסוכנויות ומסחר בע"מ נ' CAE Electronics Ltd, פסקה 7 (4.9.2007) (להלן: עניין אשבורן)). בהתאם לכך, רף ההוכחה הנדרש הוא "קל למדי" (רע"א 6403/14 שירות מזור א' לתקון ושפוף מוצרי חשמל ביתיים בע"מ נ' Whirlpool Europe S.R.L. Italy, פסקה 15 (7.1.2015)). אכן, משמעות דחיית בקשת המבקשים היא אישור הפעלת הריבונות של בית המשפט הישראלי בתוך תחומי מדינה אחרת, והדבר עשוי להיחשב לכדי פגיעה בריבונות של מדינה זרה (רע"א 415/13 Hecht נ' שפירא (10.4.2013)). ואולם, בנסיבות המקרה שלפנינו אין המדובר בגוף שהתקשר בעסקה מזדמנת בישראל, אלא בגוף מסחרי שפועל ברחבי תבל ועל כן ניתן להעריך ששייכותו לריבון אחר אינה כה הדוקה. בהינתן מצב דברים זה ובהינתן שינוי נקודת המוצא שבתקנה 166 לתקנות, יש להציב את שיקול הפגיעה בריבונות במקומו הראוי (ראו והשוו: (רע"א 4199/20 הצלחה לקידום חברה הוגנת (ע"ר) נ' Chi Mei Corporation, פסקה 12 (15.8.2021); רע"א 6403/14 מזור נ' Whirlpool (7.1.2015); ע"א 4601/02 ראדא נ' Bodstray, פ"ד נח(2) 465 (2004); עניין אשבורן)).

בבסיס טענת המשיבה במקרה זה העובדה כי תנאי השימוש של הפלטפורמה שמפעילה המשיבה כוללים תניית ברירת דין זר, שקובעת שהדין החל הוא הדין בקליפורניה, בעוד שבקשת האישור מבוססת על הדין הישראלי בלבד; וכן טענות לגופן של העילות הנטענות בבקשת האישור (בהנחה שהדין הישראלי חל). לעניין הטענות בסוגיית ברירת הדין הזר הפנתה המשיבה לטיעונה בבקשת הסילוק – ועל כן אבחון את הטענות בדוני בבקשות הסילוק (מהלך שמתכתב עם השאלה



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 49872-07-23 שחר ואח' נ' i HERB LLC

מה השלב הראוי לדון בטענות לתחולת ברירת הדין – אם בשלב כפירה בסמכות או בשלב שלאחר ההכרעה בשאלת הסמכות).

בפרק זה אתמקד בטענות המשיבה לגופן של העילות הנטענות – העילה לפי חוק הגנת הצרכן והעילה לפי חוק התקשורת, טענות שכאמור מבוססות על ההנחה כי הדין הישראלי חל.

העילה לפי חוק הגנת הצרכן – לטענת המשיבה היא עמדה בחובות המוטלות עליה בחוק הגנת הצרכן. לשיטתה, סעיף 17 לחוק הגנת הצרכן נועד להבטיח כי המחיר הכולל יוצג לצרכן לפני ביצוע השלמת העסקה ואינו מטיל חובה להציג מחיר כולל דווקא בשלב שהרוכש מעיין במוצרים, ודי בכך שהמחיר הכולל מוצג לפני התשלום. כמו כן נטען כי חוק הגנת הצרכן נועד להבטיח הצגת המחיר הכולל (הנחות ומע"מ) בעוד שמחיר המשלוח אינו חלק ממחיר המוצר ומדובר בשירות נפרד. הדברים נכונים, כך ממשיכה המשיבה וטוענת, בהינתן שמדובר בעסקת מכר מרחוק שמוסדרת בסעיף 14 לחוק הגנת צרכן. טענות אלו הינן טענות הגנה ראויות שיש מקום לבררן בשלב האישור, אך אין זה המבחן לצורך רכישת סמכות בינלאומית, משום שמה שיש לבחון כעת הוא השאלה האם המבקשים הצליחו להוכיח כי באמתחתם שאלה רצינית שיש לדון בה? והתשובה לכך היא בחיוב.

סעיף 17ד' לחוק הגנת הצרכן מטיל חובה על עוסק להציג את המחיר הכולל של המוצר, שמוגדר בסעיף 17א לחוק הגנת הצרכן ככולל "מס ערך מוסף, אגרות או תשלומי חובה", אך גם "כל תשלום אחר הנלווה לרכישת אותו נכס או שירות, בלי שניתנת לצרכן אפשרות מעשית לוותר עליו במסגרת העסקה". על פני הדברים ומבלי לטעת מסמרות, עלות משלוח המוצר עשויה להיחשב "תשלום אחר נלווה". המבקשים מפנים לעמדת היועצת המשפטית לממשלה שניתנה בת"צ 38951-08-15 חוטה נ' Booking שבה הובעה הדעה כי יש להציג את המחיר המלא "כבר ברגע הצגתו לראשונה", אך שם הדברים כווננו להצגת המחיר כולל מע"מ, רכיב שמוגדר במפורש כחלק מהמחיר הכולל, ואילו בענייננו עולה השאלה אם מחיר המשלוח הוא "תשלום אחר נלווה", זאת בין היתר בהינתן טענות המשיבה לגבי התכלית של הצגת מחיר המשלוח בסוף תהליך הרכישה (ואינני מתעלם מאמור בע"א 6930/19 הר פז נ' נגד קרמיקה שיווק (1982) בע"מ, פסקה 51 (6.2.2023), אך שם דובר בהצגת הנחה על מחיר המוצרים). נוסף לכך, קיים בסיס לטענת המבקשים כי סיווג העסקה כעסקה מרחוק לא גורע מהחובות בדבר הצגת מחיר כולל, כפי שהדברים עולים מעמדת היועצמ"שית. תמצית לומר, כי בקשת האישור מעלה בהחלט שאלות רציניות שיש לדון בהן.

הדברים אמורים ואף ביתר שאת גם ביחס לעילה לפי חוק התקשורת, בעוד שהמשיבה טוענת כי היא עומדת ב"מהות" דרישות חוק התקשורת, הרי על פני הדברים המשיבה לא עמדה בחובתה לאפשר למבקשים ולחברי הקבוצה לחזור בהם מהסכמתם בכתב או בדרך אחרת ולא איפשרה לכאורה הסרה מרשימת התפוצה באותו אופן שבו נשלח דבר הפרסומת – בניגוד להוראות סעיף 30א לחוק התקשורת. המבקשים הציגו ראיות כי חובות אלו הופרו לכאורה.



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 49872-07-23 שחר ואח' נ' i HERB LLC

16. סיכומם של דברים, שאני מחליט לדחות את כפירתן של המשיבות בסמכות מכח ההמצאה מחוץ לישראל וקובע כי ההחלטה מיום 31.7.2024 תעמוד בעינה.

בקשות הסילוק

17. בד בבד עם הבקשה לכפירה בסמכות, הגישה המשיבה שתי בקשות לסילוק על הסף. בקשה שמבוססת על הטענה כי המבקשים נקשרו עם המשיבה בהסכם הכולל תניית ברירת דין מחייבת; ובקשה שבה נטען שלא התקיימו התנאים להגשת הליך ייצוגי בהתאם לסעיף 8 לחוק.

הבקשה בעניין תניית ברירת הדין

18. בבקשה העוסקת בתניית ברירת הדין, טענה המשיבה כי בחלק מתנאי השימוש בפלטפורמה מאשר המשתמש את תנאי השימוש שכוללים תניה לפיה סכסוכים בין הצדדים יתבררו לפי דין קליפורניה, מקום מושבה של המשיבה, אשר הינו בעל מאפיינים דומים לשיטת המשפט בישראל (כפי שנקבע בהלכת בן חמו: רע"א 5860/16 FACEBOOK נ' בן חמו, פסקה 17 (31.5.2018) להלן: עניין בן חמו)). לטענת המשיבה, המבקשים כשלו בהוכחת תחולת הדין הישראלי על בקשת האישור, משום שהבקשה לא מקיימת את המבחן הדו שלבי שנקבע בעניין אגודה (רע"א 6992/22 AGODA COMPANY נ' צביה (27.5.2024) (להלן: עניין אגודה)). נטען כי המשיבה לא מפעילה אתר ישראלי ואינה פעילה בישראל. נטען לחילופין כי יש לסלק את העילה לפי חוק התקשורת מאחר ותניית ברירת הדין אינה מקפחת ביחס להוראות חוק דיספוזיטיביות. נטען כי גם אם ייקבע כי הדין החל על עילת התביעה הוא הדין הישראלי, יש לבחון את שאלת תוקפה של ברירת הדין. מאחר והדין החל הוא דין קליפורניה, התנייה לא מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד. כמו כן, נטען כי חוק התקשורת אינו הסדר כופה (קוגנטי), ועל פי עניין אגודה גם אם הדין החל הוא הדין הישראלי, הרי תניית ברירת הדין לא תחול ביחס להוראות חוק דיספוזיטיביות דוגמת חוק התקשורת.

19. המבקשים טוענים כי סעד סילוק על הסף של בקשת אישור ניתן רק במקרים חריגים והמקרה שלפנינו לא נמנה עמם. לגופם של דברים נטען כי תניית ברירת הדין אליה מפנה המשיבה לא חלה על בקשת האישור, משום שעל פי לשונה היא חלה רק ביחס ל"שאלות הנוגעות למבנה, לתוקף לאכיפה ולפרשנות" של תנאי השימוש ואינן רלוונטיות לעילות התביעה. עוד נטען כי ענייננו נופל בגדר התנאים שנקבעו בעניין אגודה – המשיבה מפעילה אתר ישראלי ואין תוקף לתניית ברירת הדין, משום שהיא מתנה על הוראות כופות ומשכך היא בטלה ומבוטלת. נטען כי הוראות חוק התקשורת שהופרו הם בגדר דין כופה. לבסוף, נטען כי תניית ברירת הדין בטלה משום שהיא תניה מקפחת בחוזה אחיד.

20. בתגובה לתשובה טענה המשיבה כי אין לקבל את טענות המבקשים כי בקשה לסילוק על הסף אינה המסגרת הראויה לדון בטענות בעניין תחולת ברירת הדין. כמו כן נטען כי אין לקבל את טענת



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 49872-07-23 שחר ואח' נ' i HERB LLC

המבקשים באשר לפרשנות תניית ברירת הדין ולהיעדר תחולתה על המחלוקת. נטען עוד כי חוק הגנת הפרטיות וחוק התקשורת אינם דינים כופים.

הכרעה

21. הקשר בין תאגידים גלובליים שפועלים באמצעות פלטפורמות מקוונות לבין משתמשים ישראלים זכה לטרילוגיה של פסיקה בבית המשפט העליון: עניין **בן חמו** – שבו נקבע כי אין תוקף לתניית שיפוט המקנה סמכות שיפוט לערכאות במדינה זרה (שם דובר בקליפורניה); רע"א 1901/20 **טרויס מילר בע"מ נ' Facebook** (26.7.2022) (להלן: עניין **מילר**) – שבו נפסלה תניית ברירת דין לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחדים, התשמ"ג-1982 (להלן: **חוק החוזים האחדים**); והאחרון – עניין **אגודה**.

22. בעניין אגודה דן בית המשפט העליון ב"כלל ברירת הדין שחל בתביעה של צרכן ישראלי נגד תאגיד גלובלי ביחס לפרסום שזה הציג ברשת האינטרנט, כאשר נטען כי הפרסום אינו תואם את דרישות הדין הישראלי" (פסקה 41 לפסק דינו של כב' השופט גרוסקופף), ונקבע כי "על פי כללי ברירת הדין החלים בישראל, [הדין] הישראלי יחול על הצגת מידע בפני לקוח במרחב המקוון בהתקיים אחת משתי החלופות הבאות: הגלישה באתר היא ב'אתר ישראלי' (לרבות תצורת האתר הישראלי); או, ביחס לתאגיד בינלאומי המקיים פעילות בישראל, הגלישה באתר היא מ- IP ישראלי" (פסקה 54 לפסק דינו של כב' השופט גרוסקופף).

23. בעניין מילר (פסקה 36 לפסק דינו של כב' השופט גרוסקופף) צוין כי המבחן לזיהוי "פעילות בישראל" של אתר אינטרנט המופעל על ידי תאגיד זר צריך להתייחס לפחות לשני מרכיבים – אובייקטיבי וסובייקטיבי:

"המרכיב האובייקטיבי, הוא היקף הפעילות הכלכלית המבוצעת באמצעות האתר למול לקוחות ישראלים, הן באופן אבסולוטי והן ביחס לשוק בו פועל האתר; המרכיב הסובייקטיבי, הוא היקף המאמצים שמשקיע האתר לצורך חדירה לשוק הישראלי (מאמצים הנלמדים מרכיבים כגון הקמת נציגות בישראל, קיום אתר בעברית, מתן שירות לקוחות בעברית, מתן שירות במטבע ישראלי, קבלת אמצעי תשלום ישראליים, הספקת מוצרים לישראל או מתן שירותים בה, פרסום קמפיינים שיווקיים המכוונים לקהל הישראלי, שימוש בנתוני מיקום והתאמת התוכן המוצג למשתמש וכיו"ב)..." (ההדגשות אינן במקור – מ"ע).

עוד נקבע כי:



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 49872-07-23 שחר ואח' נ' i HERB LLC

"בין הרכיב האובייקטיבי לבין הרכיב הסובייקטיבי מתקיימת מקבילית כוחות, כאשר ככל שעולה היקף הפעילות הכלכלית בישראל, כך גם יידרשו פחות מאמצי שיווק ממוקדים על מנת להכיר בכך שפעילות האתר מתבצעת בישראל, ולהיפך".

24. כפי שניתן להבין מעניין אגודה, "אתר ישראלי" עשוי להיחשב ככזה גם אם הוא מציג תצורה שכוללת מאפיינים כגון מידע באתר הניתן לצפייה בעברית – כאשר נעשו בו התאמות משמעותיות לשפה העברית, דוגמת תרגום תנאי השימוש ומדיניות הפרטיות הנוהגת באתר, כך שייועדו ללקוחות ישראליים; האתר כולל חלופה של תשלום בעברית, והמידע השיווקי מפורסם תחת חלופה המכוונת לישראלים (פסקה 51 לפסק דינו של כב' השופט גרוסקופף). זאת ועוד, **"עצם הפעלתו של אתר ישראלי (ובכלל זה תצורת אתר ישראלי), יוצרת לכל הפחות חזקה ניתנת לסתירה בדבר פעילות בישראל מצד תאגיד זר, כאשר בהתקיימה הנטל צריך להיות מוטל על התאגיד הזר לשכנע כי למרות קיומו של האתר הישראלי, אין לראות בו כבעל פעילות בישראל, בהינתן בחינה של מכלול מאמצי השיווק שהוא נוקט ביחס לשוק הישראלי, והיקף הפעילות הכלכלית שלו מול לקוחות ישראליים"** (עניין אגודה, פסקה 53 לפסק דינו של כב' השופט גרוסקופף).

25. נתוניו של המקרה שלפנינו מצביעים בבירור על כך שהמשיבה מפעילה אתר בתצורה של אתר ישראלי, מה שמקים חזקה כי המשיבה מקיימת פעילות בישראל. המשיבה לא סתרה חזקה זו. אף בהתעלם מהחזקה ניתן לקבוע כי המשיבה מפעילה אתר ישראלי.

ראשית, העברית היא מרכיב שולט בתצורת הפלטפורמה הישראלית – התצורה הישראלית היא למעשה גרסה של אתר המשיבה מתורגמת לעברית (ראו הדוגמאות המובאות בגוף בקשת האישור וכן הנספחים לבקשת האישור); הפלטפורמה כוללת תרגום לעברית של תנאי השימוש ומדיניות הפרטיות (נספחים 9 ו-14 לבקשת האישור); האישורים על ביצוע הרכישות שנשלחים ללקוח הם בשפה העברית; ההודעות הפרסומיות הן בעברית; וקיימת אפשרות לפנות לשירות לקוחות בעברית. המבקשים אף טוענים כי למיטב ידיעתם התצורה העברית היא ברירת המחדל עבור משתמשים הגולשים מישראל. טענת המשיבה לפיה חלקים מן האתר מופיעים בשפה האנגלית ואינם מתורגמים, אין בה כדי לגרוע מהנוכחות המסיבית של העברית בפלטפורמה והמסקנה שיש לגזור מכך, זאת שלא לדבר על כך שטענת המשיבה נותרה ללא תימוכין. שנית, המחירים בפלטפורמה מוצגים בש"ח וניתן לשלם בש"ח.

שלישית, מהמידע המוצג בבקשת האישור ניתן להסיק כי המשיבה התקשרה עם חברות שילוח שפועלות בישראל למסירת המוצרים. כך למשל המשיבה מעמידה ללקוחות שיטות משלוח שונות (נומרטור 86 לנספחי בקשת האישור) ומציינת בהודעותיה מקומות יעד ספציפיים לקבלת



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 49872-07-23 שחר ואח' נ' i HERB LLC

המוצרים (נומרטור 77 בנספח בקשת האישור). נוסף כי לטענת המבקשים המשיבה מפרסמת באופן ייעודי גולשים ישראלים ולטענתם בפסח האחרון אף סימנה מוצרים שונים שהם כשרים (עמ' 3 לפרוטוקול), אך לא הוצגו ראיות לטעון זה. מכל מקום,

התמונה שהציגו המבקשים מלמדת כי המשיבה מפעילה אתר בתצורה ישראלית שמכוון ללקוחות ישראלים. נציין כי בעניין אגודה ציינה כב' השופטת רונן בחוות דעתה כי "הדגש צריך להיות על 'המרכיב הסובייקטיבי'..." – קרי על היקף המאמצים שמשקיע האתר לצורך חדירה לשוק הישראלי. בכלל זה דובר שם על אתר בשפה העברית, מתן שירות לקוחות בעברית, מתן שירות במטבע ישראלי והספקת מוצרים לישראל" (פסקה 8 לפסק דינה).

26. הנתונים הסובייקטיביים שהוצגו עד כה מלמדים כי המשיבה מקיימת באופן מובהק פעילות בישראל. המרכיב האובייקטיבי בוחן את היקף הפעילות הכלכלית המבוצעת באמצעות האתר למול לקוחות ישראלים, הן באופן אבסולוטי והן ביחס לשוק בו פועל האתר. לדברי המשיבה, היקף הפעילות בישראל אינם משמעותיים, 98% מהמשתמשים באתר המשיבה אינם ישראלים ופעילות המשתמשים הישראלים מהווה אך כ-2%. לעניין ההכנסות נטען כי 95% מהכנסות המשיבה "הן גלובליות ולא נובעות מהשוק בישראל" (סעיף 18 לתשובה). ברם, אין בנתונים אלה להעיד על היקף הפעילות הנדרש לצורך בחינת השאלה העומדת על הפרק. המשיבה לא מחדדת את הפער בין היקף השימוש של ישראלים באתר (2%) לבין היקף ההכנסות (כנראה 5%), ועל פני הדברים ניתן להסיק כי הפעילות בישראל מניבה למשיבה הכנסות גבוהות יחסית לפעילות. זאת ועוד, בהינתן גודל האוכלוסייה בישראל ביחס למדינות בהן פעילה המשיבה, אין פלא שהיקף הפעילות הוא קטן. לא בכדי הפסיקה דרשה הצגת נתונים אבסולוטיים. המשיבה, שהנתונים בעניין זה מצויים בידה, לא הציגה ראיות המלמדות על היקף הפעילות בישראל באופן אבסולוטי והדבר עומד לחובתה. לבסוף נזכיר כי בצלעה הסובייקטיבי של מקבילית הכוחות הנתונים הם מובהקים.

27. לצורך בהירות הדיון נציין כי הדיון בבירור הדין נעשה בשני שלבים – **השלב הראשון** עוסק בכלל ברירת הדין החל – ובכך דנו עד כה והגענו למסקנה כי הדין הישראלי הוא הדין החל. **השלב השני** עוסק בתוקפה של תניית ברירת דין שנקבעה בהסכם השימוש בין המשיבה למשתמשים בפלטפורמה (ראו גם פסקה 3 לפסק דינה של כב' השופטת רונן בעניין אגודה). בכך נדון להלן.

ביחס לשלב השני יש לדון בשתי חלופות: אפשרות התניה על הוראות חוק כופות באמצעות תניית ברירת דין, ותוקפה של תניית ברירת דין ביחס להתקשרות בחוזה אחיד עם לקוחות קטנים. נדון להלן בשלב השני, אך לפני כן נידרש לטענת המבקשים כי על פי פרשנותה – תניית ברירת הדין הכלולה בתנאי השימוש לא חלה על המחלוקות שבמוקד בקשת האישור.



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 49872-07-23 שחר ואח' נ' i HERB LLC

28. הסכם תנאי השימוש אשר המשתמש בפלטפורמה שמציעה המשיבה נדרש לאשר, כולל תניה בנוסח זה –

"All questions concerning the construction, validity, enforcement and interpretation of this Agreement shall be governed by and construed in accordance with the domestic laws of the State of California, without giving effect to any choice of law or conflict of law."

29. אין בידי לקבל את טענת המבקשים כי התניה אינה חלה על המחלוקת מושא בקשת האישור. התניה מצויה תחת הכותרת "החוק הרלוונטי; תחום שיפוט..." (ראו התנאים שצורפו כנספח 14 לבקשת האישור). לשון התניה ברורה והוא חל על כל הנושאים המוסדרים בתנאי השימוש ובכלל זה – המבנה, התוקף, האכיפה והפרשנות של תנאי השימוש. בקשת האישור מבוססת על השימוש שנעשה על ידי המבקשים בפלטפורמה והשימוש בה מוסדר בתנאי השימוש שהמשתמש נדרש לאשר לפני תחילת השימוש בה. עיון בתנאי השימוש מלמד כי הם מתייחסים לכלל הנושאים הקשורים בשימוש בפלטפורמה (ראו סעיף 1 לתנאי השימוש) ובכלל זה לעילות שנטענו בבקשת האישור. כך לדוגמה ניתן להפנות לסעיף 6 שעוסק ב"מחירים" וסעיף 9 שעוסק ב"הסכמה לקבלת הודעות". טענתם של המבקשים היא, כי מעשים ומחדלים של המשיבה שנובעים מהשימוש בפלטפורמה גרמו להם נזק, ומכאן הקשר הישיר בין האכיפה והפרשנות של תנאי השימוש לבין עילות התביעה. אני קובע אפוא כי תנאי השימוש כוללים תניית ברירת דין שבה נקבע כי הדין החל הוא הדין בקליפורניה.

30. **חלופה ראשונה: התניה על הוראות חוק כופות באמצעות תניית ברירת דין –**

בעניין אגודה נקבע כי "לפי הדין הישראלי אין בכוחה של תניית ברירת דין המתנה על תחולת הדין הישראלי (מקום שהוא חל לפי כללי ברירת הדין הנהוגים בישראל), כדי לגרוע מזכות של צרכן להתבסס על הוראות חוק כופות שנקבעו בחוקי הגנת הצרכן" (פסקה 64 לפסק דינו של כב' השופט גרוסקופף). נזכיר כי בעניין אגודה, כמו במקרה שלפנינו, נדונה סוגיית הצגת "המחיר הכולל" כאמור בסעיף 17ד לחוק הגנת הצרכן. הוראות אלו, הן הוראות חוק כופות (קוגנטיות) ועל כן, לא יכולה להיות מחלוקת כי תניית ברירה לא חלה על העילה המבוססת על חוק הגנת הצרכן.

שונים הם פני הדברים לגבי העילה המבוססת על סעיף 30א לחוק התקשורת. בעוד שהמבקשים טוענים כי הוראה זו היא בבחינת דין כופה, המשיבה טוענת כי המדובר בדין דיספוזיטיבי. הדין עם המשיבה. בת"צ (מחוזי מרכז) 36086-07-11 **חריט נ' ידיעות אינטרנט**, פסקה 38 (19.9.2012) (להלן: **עניין חריט**) ציין כב' השופט גרוסקופף כי סעיף 30א(ה)(1)(א) לחוק



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 49872-07-23 שחר ואח' נ' i HERB LLC

התקשורת אינו בגדר דין כופה. אמנם, הדברים בעניין חרסט כווננו להפרת החובה לציין בהודעות כי מדובר ב"דבר פרסומי" ואילו במקרה שלפנינו הטענה היא להפרת החובה לתת בידי המבקשים וחברי הקבוצה האפשרות להסיר את עצמם מרשימת הדיוור בדרך פשוטה וסבירה, אך איני רואה נפקות לשוני האמור. שתי ההפרות הן חלק מסעיף 30א לחוק התקשורת אשר כולל בתוכו הסדר של הסכמה (לקבל דבר דואר) שמעיד על האפשרות לקבל דבר פרסומי – שהיא אם כל רעות הספאם. ואם הסכמה זו אפשרית – מדוע לא להכיר בהסכמה לקבל דבר פרסומי שלא תוך הקפדה על תגיו ותוויו של ההסדר, כשהיא נעשית בתנאים שיבטיחו יידוע אקטיבי.

משהגענו למסקנה כי סעיף 30א לחוק התקשורת אינו בבחינת דין כופה, הטענה כי אין בכוחה של תניית ברירת דין המתנה על תחולת הדין הישראלי לגרוע מזכות הצרכן להתבסס על חוק כופה – לא יכולה לעמוד. במילים אחרות, המסלול הראשון המבוסס על הטענה כי תניית ברירת דין לא יכולה להביא להתגברות על דין כופה – אין בו כדי לעמוד לימין המשיבה. האם המסלול השני יכול לסייע לה?

נקדים ונציין כי לעמדתו של כב' השופט גרוסקופף "גם אילו לא היה מדובר בניסיון להתגבר על הוראת חוק כופה, הרי שבהינתן ההלכה שנקבעה בדעת הרוב בעניין טרויס מילר ביחס לתוקפה של תניית ברירת דין כלפי לקוחות קטנים (צרכנים פרטיים ועוסקים זעירים), דין התניה להתבטל" (פסקה 57 לעניין אגודה; וראו גם דבריה של כב' השופטת רונן, פסקאות 12-14). אפנה לדון בדברים באופן סדור.

31. החלופה השנייה: תוקף תניית ברירת הדין ביחס להתקשרות בחוזה אחיד עם לקוחות קטנים –

דומה כי אין מי שיחלוק על כך שתנאי השימוש הם בגדר חוזה אחיד. כידוע, בהתאם לסעיף 3 לחוק האחוזים האחידים ניתן לבטל תניה שיש בה "משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות". על פי עמדתו של כב' השופט גרוסקופף בעניין מילר עליה חזר בעניין אגודה: "שימוש בתניית ברירת דין בחוזה אחיד באופן המונע מלקוח את האפשרות להתבסס על הדין הישראלי, שהיה חל אלמלא התניה לפי כללי ברירת הדין הישראליים, מקים, על פני הדברים חזקת קיפוח", זאת בהתבסס על סעיפים 4(8) לחוק החוזים האחידים אשר קובע כי "תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסוימות בערכאות משפטיות", ויתכן אף לפי סעיף 4(6) לחוק בהיות ברירת הדין "תנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין". נקבע עוד כי "כשתניה כזו משמשת תאגיד גלובלי הפועל בישראל... ביחסיו עם לקוחותיו הקטנים (צרכנים פרטיים ועוסקים זעירים) בישראל, הרי שיש בה משום 'יתרון בלתי הוגן' בראיית סעיף 3 לחוק החוזים האחידים" (פסקה 71 לפסק דינו של כב' השופט גרוסקופף בעניין אגודה).



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 49872-07-23 שחר ואח' נ' i HERB LLC

זאת ועוד, על פי עמדתו של כב' השופט גרוסקופף בעניין אגודה אין מקום להתחשב כלל בשאלה אם הדין הזר הוא ראוי והוגן בפני עצמו אף כשמדובר בהליך ייצוגי (תוך סיווג הקביעה בעניין בן חמו), וכדבריו –

"בהינתן התפתחויות שחלו במהלך השנים והטעמים שהוזכרו בחוות דעתי בעניין טרונים מילר ובחוות דעתי זו, יש לסייג את הלכת בן חמו, ולהבהיר כי אין לה תחולה ככל שמדובר על זכויות קונקרטיות של לקוחות קטנים (צרכנים פרטיים ועסקים קטנים) כלפי תאגידים גלובליים, וזאת ללא קשר להליך הדיוני בו מדובר (תביעה פרטנית או תובענה ייצוגית). ההלכה שתחול היא, אם כך, שביחסים בין תאגידים גלובליים הפועלים בישראל לבין לקוחות קטנים לא ניתן להתנות על כללי ברירת הדין הישראליים באמצעות תניית ברירת דין הכלולה בחוזה אחיד. תניה כזו היא מקפחת בהגדרה, וזאת מבלי שהלקוח נדרש להוכיח כי הדין הזר כשלעצמו הוא מקפח. לפיכך דינה להיפסל" (עניין אגודה, פסקה 77).

32. לשלמות התמונה יצוין כי כב' השופטת וילנר התייחסה לחלופה לפיה יש לפסול את תניית ברירת הדין בהיותה תנאי מקפח בחוזה אחיד וציינה דברים אלו –

"איני סבורה כי יש מקום בענייננו לקבוע כלל גורף, שלפיו תניית ברירת דין אשר מתנה על תחולת הדין הישראלי, בחוזה אחיד בין תאגיד גלובלי הפועל בישראל לבין צרכנים פרטיים ועסקים זעירים, היא "מקפחת בהגדרה". קביעה גורפת זו חולשת לא רק על הוראות חוק קוגנטיות בדין הישראלי, כבענייננו, אלא גם על הוראות חוק דיספוזיטיביות, וממילא לא נדרשת להכרעה במקרה דנן. מעבר לכך, וזה העיקר, מדובר בהכרעה כללית וגורפת אשר כרוכה באיזון בין שיקולי מדיניות כבדי משקל מתוך נקודת מבט רחבה, וככזו מתאימה יותר למעשה חקיקה או הוראות רגולטוריות. זאת, להבדיל מהלכה שיפוטית, אשר תוכנה נגזר מנסיבות המקרה הקונקרטי" (פסקה 10).

33. לסיכום, על פי דעת השופטים הנכבדים בעניין אגודה, תניית ברירת הדין, בנסיבות כגון אלה שלפנינו, לא יכולה לחול על העילה המבוססת על חוק הגנת הצרכן בהיותו דין כופה. לעניין העילה המבוססת על חוק התקשורת, אמנם אין היא בגדר דין כופה, אך לפי דעת הרוב – יש לפסול את תניית ברירת הדין בהיותה תנאי מקפח בחוזה אחיד. המסקנה אפוא שיש לדחות את בקשת המשיבה לסילוק הבקשה על הסף.



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 49872-07-23 שחר ואח' נ' i HERB LLC

הבקשה בעניין אי את התקיימות דרישות סעיף 8 לחוק (כריכת שתי העילות בבקשה אחת)

34. המשיבה מבקשת לסלק את בקשת האישור על הסף. המשיבה טוענת כי כריכתן של מספר עילות תביעה שאין ביניהן קשר בבקשה אחת, צריך להביא לסילוק הבקשה על הסף. זאת, משום שהדבר משליך על הדרישה כי השאלות העובדתיות או המשפטיות יהיו משותפות; וכן משליך על יעילות ניהול ההליך, ויפגע בחברי הקבוצה. כמו כן נטען כי יש בכריכתן של מספר עילות כדי לעקוף את החובה לשלם אגרה. עוד נטען כי חיבורן של שתי עילות עשוי להשפיע על הדיון בדין החל בשל השוני בין העילות, זאת בפרט כאשר אחת העילות מתייחסת לדין כופה והשנייה לדין דיספוזיטיבי.

35. המבקשים סבורים כי יש לדחות את הבקשה משום שהמקרה שלפנינו אינו מקרה חריג שמצדיק סילוק על הסף. לגוף הדברים, המבקשים הפנו לתקנה 24 לתקנות אשר לגישתם משקפת את זכותם לאחד בכתב תביעה אחד עילות תביעה שונות אף שאין ביניהן קשר. לטענתם, איחוד העילות עולה בקנה אחד עם סעיף 8(א) לחוק. נטען כי התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכל חברי הקבוצה, כי איחוד העילות נעשה כדי לקיים את היעילות הדיונית וכי קיימת חפיפה רבה בין חברי הקבוצה שנפגעו מהפרקטיקה שהיא הצגת מחיר כולל, לאלה שנפגעו ממשלוח דיור ספאם. עוד נטען, כי הדרך בה נהגו המבקשים היא הדרך היעילה להכרעה במחלוקת. לבסוף נטען כי לחיבור העילות אין השלכה על הדין החל.

36. בתגובה לתשובה חזרה המשיבה על חלק מטענותיה בתשובה והפנתה למקרים שמצדדים בעמדתה. נטען כי אין בכוחה של תקנה 24 לתקנות כדי להכשיר את איחוד העילות משום שעסקינן בהליך ייצוגי שצריך לקיים את דרישות הסף המופיעות בסעיף 8 לחוק. לבסוף, ביקשה המשיבה לדחות את הטענה בדבר קיומה של חפיפה בין שתי הקבוצות.

הכרעה

37. לאחר שעיינתי בטענות הצדדים ובכתבי הטענות וכן שמעתי טענות הצדדים, הגעתי למסקנה שיש לקבל את הבקשה במובן זה, שיש להורות על מחיקת העילה המבוססת על סעיף 30א' לחוק התקשורת ולהמשיך את ההליך בתיק זה רק ביחס לטענה המבוססת על הפרת החובה להציג מחיר כולל לפי חוק הגנת הצרכן.

38. כידוע, בקשת האישור כוללת שתי עילות: האחת, טענות בעניין סימון מחירים המבוססת על חוק הגנת הצרכן, והשנייה, טענות בעניין שיגור דברי פרסומת שלא כדין בניגוד לסעיף 30א' לחוק התקשורת. שתי העילות המובחנות יוצרות כמובן שתי קבוצות נפרדות ובהתאם לכך צוין בבקשת האישור כי הבקשה מוגשת בשם שתי קבוצות.



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 49872-07-23 שחר ואח' נ' i HERB LLC

39. תקנה 24 לתקנות קובעת כי: **"תובע יאחד בכתב תביעה אחד את כל עילות התביעה כלפי נתבע בשל אותה מסכת עובדתית, ורשאי הוא לאחד בכתב תביעה אחד גם עילות תביעה אחרות כלפי אותו נתבע, והכול בכפוף לסמכותו העניינית של בית המשפט"**. כידוע, התקנות הוחלו "בשינויים המחויבים, והכול אם אין בחוק או בתקנות אלה הוראה אחרת לעניין הנדון" (תקנה 19 א' לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010 (להלן: **תקנות תובענות ייצוגיות**)).

40. תקנה 24 לתקנות תובענות ייצוגיות מטילה על התובע חובה לאחד בכתב תביעה אחד את כל עילות התביעה בגין "אותה מסכת עובדתית". ביטוי זה עשוי להתפרש ככולל מעשה אחד או עסקה אחת שמזכים את התובע בסעדים שהוא ביקש מן הנתבע בכתב התביעה. לצד חובה זו, התקנה קובעת כי התובע רשאי לאחד בכתב תביעה אחד עילות תביעה נוספות שאינן נובעות מאותה מסכת עובדתית (יששכר רוזן צבי, **הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים**, בעמ' 207 (מהדורה שלישית – דיגיטלית 1.2025) (להלן: **רוזן צבי**)). לעמדתו, במקרה שלפנינו עילות התביעה שאוחדו בהליך הייצוגי אינן נובעות מאותה מסכת עובדתית ואין לומר כי הן נובעות ממעשה אחד או עסקה אחת. המקרה שלפנינו הוא מקרה שבו בכתב תביעה אחד אוחדו מספר עילות תביעה כלפי אותו נתבע. הגם שהליך זה הוא אפשרי, המצב שקדם לתקנות אפשר לבית המשפט להורות על **"צמצום התובענה לאותן עילות שאפשר לדון או לפסוק בהן בדרך נוחה או על הפרדת הדין או על דרך דין אחרת שתיראה לו וכן להורות על התיקונים הכרוכים בכך"**, זאת כאשר בית המשפט מגיע למסקנה כי: **"אין דרך נוחה לדון יחד או לפסק יחד בעילות שאוחדו בתובענה אחת"** (תקנה 48 לתקנות). ההיגיון מחייב כי סמכות כזו תישמר לבית המשפט גם לאחר התקנת התקנות (רוזן צבי, בעמ' 207-208).

41. עניין לנו כאן בהליך ייצוגי ועל כן יש לבחון את האפשרות לאחד עילות בהליך ייצוגי אחד בראי ההוראות הייחודיות שחלות על ההליך. סעיף 8(א) לחוק מציב בין היתר שני תנאים הנדרשים כדי שבית המשפט יאשר תובענה ייצוגית: האחד, כי: **"התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהם יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה"**; והשני, כי: **"תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין"**.

42. אני סבור כי בנסיבות המקרה אין זה ראוי לאחד את שתי העילות בהליך ייצוגי אחד והיה מקום להגיש שני הליכים נפרדים – אחד שיתייחס לעילות לפי חוק התקשורת ואחד שיתייחס לעילות המבוססות על חוק הגנת הצרכן.

43. ראשית, עילות התביעה שרוכזו לכדי הליך אחד הן עילות תביעה שונות המבוססות על שאלות משפטיות שונות ועל יישום דינים שונים. בעוד שעילה אחת מבוססת על הפרת חוק הגנת הצרכן בכל הקשור באופן הצגת מחירי המוצרים הנמכרים בפלטפורמה של המשיבה, העילה



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 49872-07-23 שחר ואח' נ' i HERB LLC

השנייה מבוססת על הפרת סעיף 30א' לחוק התקשורת. השוני אינו רק במצע המשפטי שעל בית המשפט להידרש אליו לגבי כל עילה אלא גם בפן העובדתי הקשור בכל אחת מן העילות. אמנם שתי העילות צמחו מקשר שיש ללקוחות עם המשיבה באמצעות הפלטפורמה שהיא מציעה אך אין בכך כדי להצדיק ניהול ההליך בשתי העילות יחד. קבלת טענת המבקשים בעניין זה, תרחיב אל מעבר למידה הרצויה את האופן בו יש לנהל את ההליך הייצוגי.

44. שנית, השוני בעילות מוצא ביטוי גם בהגדרת הקבוצות. בקשת האישור כוללת שתי קבוצות נפרדות: קבוצה אחת שכוללת "כל אדם שרכש מוצרים באתר ו/או באפליקציה של המשיבה וחויב במחיר גבוה מזה שהוצג לו, בין היתר עבור דמי משלוח ודמי איסוף; ו/או כל מי שרצה לרכוש ממוצריה של המשיבה אך ויתר לאחר שגילה שיחויב במחיר גבוה יותר מזה שהוצג לו; ו/או כל אדם שנחשף לפרסומיה המטעים של המשיבה שאינם מציגים מחיר כולל ו/או מציגים הבטחה למשלוח חינם". קבוצה נוספת הוגדרה כך: "כל אדם אשר קיבל מהמשיבה דברי פרסומת באמצעות הודעה אלקטרונית". בהינתן העובדה כי חברי שתי הקבוצות היו בקשר עם המשיבה באמצעות הפלטפורמה, סביר מאוד להניח כי קיימת חפיפה וייתכן אף חפיפה רבה בין חברי הקבוצה, אך חפיפה זו לא מצדיקה לנהל הליך ייצוגי אחד בגין שתי העילות, זאת בשל השוני הניכר בין שתי העילות.

45. שלישית, על רקע השוני המשפטי והעובדתי וכן המובחנות בין שתי הקבוצות, אני סבור כי איחודן של שתי העילות אין בו כדי לתרום לניהול ההליך באופן יעיל. שיקול העילות הינו שיקול משמעותי בבוא בית המשפט להפעיל את סמכותו לפצל את העילות גם אם מלכתחילה היו רשאים המבקשים לאחדן בהליך אחד. ודוק: בשונה ממצב בו הליך ייצוגי מוגש נגד מספר נתבעים שונים בגין עילה אחת, במקרה שלפנינו אין חשש להכרעות סותרות.

46. רביעית, יש לקחת בחשבון גם שיקולים של תום לב דיוני אשר יכולים להתבטא במספר מישורים. הראשון נוגע לענייני אגרה וזאת משום שהגשת בקשה אחת בגין מספר עילות נפרדות משמעותה תשלום אגרה אחת, חלף מספר אגרות כמספר העילות. המישור השני, נוגע לענייני סמכות שכן במקרים רבים הגשת בקשת אישור בגין כל אחת מהעילות תביא לתוצאה כי הסמכות נתונה לבית משפט שלום בעוד שצירוף העילות יגרום לכך שהסמכות תהיה נתונה לבית המשפט המחוזי (השוו ת"צ (מחוזי חיפה) 54883-06-24 **חריש נ' מחלבות יטבתה על שם אורי חורזו ז"ל בע"מ** (23.9.2024)). במקרה שלפנינו נוכח ניסוח בקשת האישור (סעיף 108), לא ניתן לדעת אם איחוד העילות גרם להקניית סמכות לבית המשפט או שממילא כל אחת מהעילות מגלמת סכום שנופל בגדר סמכותו של בית משפט זה. לעניין האגרה, ברי כי איחוד העילות הביא לחיסכון באגרה. זאת ועוד, נוכח העובדה כי הנתבעת היא תאגיד זר, ייתכן ואיחוד העילות נבע מהרצון לחסוך בעלויות ההמצאה אל מחוץ לתחום.



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 49872-07-23 שחר ואח' נ' i HERB LLC

47. הסוגיה שלפנינו היא איחודן של מספר עילות תביעה בהליך אחד. סוגיה משיקה היא הסוגיה של כריכת עניינים של מספר נתבעים בהליך ייצוגי בגין אותה עילה. נזכיר כי בהחלטה בבקשה לעיכוב ביצוע שניתנה בעע"מ 852/23 סודמי נ' המועצה הדתית אשקלון (8.3.2024) עמד בית המשפט העליון על מורכבות השאלה ועל הצורך בקביעת אמות מידה ראויות. בית המשפט ציין בין היתר דברים אלו:

"[...] טרם גובשו בפסיקה כלים אופרטיביים מספקים להתמודדות עם התופעה; וטרם הותוו אמות המידה על-פיהן ראוי להכריע בין ניהול תובענות במאוחד או בנפרד. בתוך כך, לא ניתנה גם הדעת לשאלה המתעוררת בעניינו כאן – והיא האם הגשה מאוחדת, מלכתחילה, מגשימה במובן זה את תכליותיה של התובענה הייצוגית – או דווקא שומטת את הקרקע תחתיהן. בתוך כך, מתעוררת גם השאלה עליה הצביעו המבקשים כאן – והיא שאלת היחס שבין סעיף 7 לחוק תובענות ייצוגיות לבין תקנה 26 לתקנות סדר הדין האזרחי. כל אלו, כאמור, טרם הותוו באופן סדור בפסיקה – ויכול כי הגיעה העת לעשות כן".

באותו מקרה הוגש ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי למחוק על הסף בקשת אישור נגד חלק מן המשיבות תוך הותרת משיבה אחת, זאת מתוך רצון לקיים דיון כלפי כל אחת מן המשיבות בהליך נפרד. לאור הערות בית המשפט הצדדים הסכימו לקבלת הערעור (עע"מ 852/23 סודמי נ' המועצה הדתית אשקלון (4.2.2024)) ואגב כך הבהיר בית המשפט העליון דברים אלו:

"אין מניעה בדין, שבקשה לאישור תובענה כייצוגית תוגש נגד מספר משיבות שונות, ובלבד שביסוד התובענה עומדת שאלה עובדתית או משפטית משותפת (וראו תקנה 26 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט–2018 (להלן: תקסד"א), החלה גם ביחס לתובענות ייצוגיות מכוח הוראת תקנה 19 לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע–2010). במקרים מתאימים, אף רצוי לפעול בדרך זו על מנת להביא לייעול הדיון, ולמנוע הכרעות סותרות. משכך, לא היה מקום למחוק את המשיבות 2-4 מבקשת האישור שהגישו המערערים, רק מהטעם שכריכת התביעות נגדן נעשתה ביוזמת מגישי בקשת האישור, וזאת גם אם סמכות השיפוט המקומית בעניינם של חלק מהמשיבות היא במחוז אחר.

ודוק, סעיף 7(א) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006 מאפשר לבית המשפט שאליו הוגשה בקשה לאישור תובענה כייצוגית להורות כי הדיון בתובענה יועבר לבית משפט אחר בו 'תלויה ועומדת בקשה לאישור



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 49872-07-23 שחר ואח' נ' i HERB LLC

קודמת או תובענה ייצוגית קודמת, אשר מתעוררות בה שאלות משותפות של עובדה או משפט, הזהות או דומות בעיקרן לשאלות המתעוררות בבקשה לאישור'. הוראה חשובה זו מקנה לבית המשפט סמכות להביא לריכוז הליכים ייצוגיים שהוגשו בנפרד, בפני הערכאה הדנה בהליך הייצוגי הראשון שהוגש. ואולם, מקיומה של סמכות זו אין להסיק כי האפשרות לרכז מלכתחילה במסגרת תובענה ייצוגית אחת הליכים נגד מספר נתבעים שונים באותה שאלה משפטית או עובדתית, מכוח תקנה 26 לתקסד"א, אינה עומדת למגישי בקשת האישור".

48. סיכומם של דברים, אני סבור כי אין לנהל את ההליך הייצוגי בגין שתי העילות יחד בהליך אחד ויש לנהל הליך ייצוגי בגין כל אחת מהעילות בנפרד. לפיכך, אני קובע כי ההליך בתיק זה ימשיך להתנהל רק בעילה המבוססת על חוק הגנת הצרכן ולא בעילה של הפרת סעיף 30א' לחוק התקשורת. עם זאת, מובהר כי ככל שהמבקשים יחליטו להגיש בקשת אישור בגין העילה של הפרת סעיף 30א' לחוק התקשורת שאינה חורגת ממה שנטען בבקשת האישור מושא הליך זה תוך 90 ימים, אין צורך בהמצאה למשיבה בחו"ל, זאת לנוכח קביעתי בעניין הבקשה לכפירה בסמכות שהתייחסה לבקשה בכללותה על שתי העילות המוזכרות בה.

התוצאה

49. לאור התוצאה אליה הגעתי אינני רואה לדון בטענת המבקשים לפיה המשיבה לא הייתה רשאית להגישה בנשימה אחת בקשת להכפירה בסמכות ומבקשות לגופו של ההליך. כמו כן, אינני רואה להתייחס לטענות המבקשים ביחס לתקינות התצהיר שצורף לבקשה. ביחס לבקשה בעניין כריכת שתי העילות, המדובר בהכרעה המבוססת על ניתוח משפטי ולכן לתצהיר אין נפקות.

50. התוצאה אפוא שאיני דוחה את הבקשה לכפירה בסמכות ואת הבקשה לסילוק על הסף בעניין תניית ברירת הדין, ומקבל את בקשת הסילוק שעניינה כריכת שתי העילות בבקשת האישור, במובן שצוין בהחלטה. נוכח התוצאה – בה שתי בקשות נדחו והתקבלה באופן מסויים אחת מהבקשות, ונוכח הערותי לגבי הדרך הדיונית בה בחרה המשיבה להגיש את בקשות הסילוק, אני מחייב את המשיבה לשלם למבקשים הוצאות בסכום כולל של 7,500 ₪.

המזכירות תשלח את ההחלטה לצדדים.

ניתנה היום, כ"ט ניסן תשפ"ה, 27 אפריל 2025, בהעדר הצדדים.



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 49872-07-23 שחר ואח' נ' i HERB LLC

מוחמד עלי, שופט

