



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 56348-03-17 טדסה ואח' נ' Google LLC

לפני כבוד השופט רחמים כהן

ישי טדסה ואח'
ע"י ב"כ עוה"ד גיא אופיר ובן לוי

מבקשים
(בבקשת האישור)

נגד

משיבה
(בבקשת האישור)
Google LLC (Google Inc.)
ע"י ב"כ עוה"ד אהוד ארצי, גיתית לוין גרינברג וניר אוגולניק

פסק דין

המבקשים הגישו בקשה לאישור תובענה ייצוגית, שעניינה בביצוע עסקאות בחנות התוכן המקוונת של המשיבה, Google Play, באמצעות כרטיסי אשראי (להלן – **בקשת האישור**). סכום התביעה הכולל המוערך מגיע כדי – 241,500,000 ₪.

בקשת האישור נסמכת על הדין החל בישראל: חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 ותקנותיו, חוק כרטיסי חיוב, תשמ"ו-1986, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 וחוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975 (סעיפים 99 – 118, 152 לבקשת האישור המתוקנת).

המשיבה (להלן – **גוגל**) הגישה תשובה לבקשת האישור המתוקנת בה נטען, שיש לסלק את הבקשה לאישור על הסף. בין היתר, נוכח קיומה של "**תניית שיפוט זר ייחודית**" לפיה, סמכות השיפוט לדון בכל סכסוך או מחלוקת הנובעים מתנאי השימוש של גוגל נתונה באופן בלעדי לבתי המשפט במדינת קליפורניה ארצות הברית וזאת לפי הדין החל בקליפורניה.

בתגובה לתשובה לבקשת האישור נטען, שתניית השיפוט הקבועה בתנאי השימוש של גוגל היא תנייה מקפחת בחוזה אחיד, כאמור בסעיף 94(9) לחוק החוזים האחדים, תשמ"ג-1982 (להלן – **חוק חוזים אחדים**) ויש להורות על ביטולה.

בין לבין, ניתן על ידי בית המשפט העליון פסק דין ברע"א 5860/16 Facebook Inc. נ' **בן חמו** (מיום 31.5.2018; להלן – **עניין בן חמו**).

לאחר קדם המשפט הראשון בתובענה הגישה גוגל בקשה לסילוק הבקשה לאישור על הסף (להלן – **הבקשה לסילוק על הסף**). המבקשים הגישו תשובה לבקשה, גוגל הגישה תגובה לתשובה וביום 8.1.2019 התקיים קדם משפט שני בתובענה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 56348-03-17 טדסה ואח' נ' Google LLC

במסגרת קדם המשפט הוצע לב"כ המבקשים לשקול הגשת חוות דעת מומחה לגבי הדין הקליפורני.

ביום 10.2.2019 הוגשה הודעה מטעם המבקשים, שבה נכתב כדלהלן: "יש בכוונתם לקבל חוות דעת של עו"ד מומחה בדין האמריקאי, וכי בימים אלה נערכים מגעים עם מומחים בתחום כאמור, אולם לח"מ נדרשים 60 ימים כדי להגיש לבית המשפט הנכבד את חוות דעתו של מומחה מטעמו". גוגל הגישה התייחסות להודעה מטעם המבקשים בה נטען, שבהמשך לקדם המשפט מיום 8.1.2019 עומדות בפני המבקשים שתי אפשרויות: מחיקת הבקשה לאישור או הגשת בקשה לתיקון הבקשה לאישור, כך שתוגש בהתאם לדין הקליפורני.

ביום 19.2.2019 הוגשה מטעם המבקשים "בקשת ארכה מוסכמת" להגשת תגובה להתייחסות גוגל להודעה מיום 10.2.2019. בסעיף 1 לבקשה זו נכתב כדלהלן: "ביום 8.1.2019 קבע בית המשפט הנכבד כי על המבקשים לעדכן, האם יש בכוונתם לתקן הבקשה בהתאם להלכת בן חמו, היינו לפי הדין האמריקאי, בין אם באמצעות מחיקה והגשה מחודשת ובין באמצעות בקשה לתיקון הבקשה". ובסעיף 3 נכתב כדלהלן: "קיים קושי לגבש עמדה בעניין הנדון, בטרם קיבלו המבקשים חוות דעת מומחה בדין האמריקאי, לכן נדרשים 60 ימים כדי לקבל תמונה ברורה יותר ובהתאמה יוכלו המבקשים לכלכל צעדיהם".

ביום 26.2.2019 הוגשה הודעה נוספת מטעם המבקשים, הודעה ובקשה לצידה: "ליתן למבקשים להגיש חוות דעת מומחה בדין קליפורניה, בד בבד עם הודעה מטעמם האם למחוק הבקשה ולהגישה מחדש על פי דיני קליפורניה או שמא להגיש בקשה לתיקון הבקשה" (סעיף 3 להודעה). עוד התבקשה ארכה נוספת של 60 ימים.

גוגל הגישה תגובה ל"הודעה" והמבקשים הגישו תגובה לתגובה בה נכתב, בין היתר, כדלהלן: "... כל דרישתם של המבקשים היא לקבל ולהגיש חוות דעת מומחה שתסקור את הדין הקליפורני, ובשים לב זאת מאחר והלכת בן חמו נפסקה לאחר הגשת הבקשה דנא... כפי שצוין בהודעה מטעם המבקשים, אלו במגעים מתקדמים עם עורך דין מומחה בתחום, וכעת מצויים בשלב גיוס מימון לכך, לכשיתקבל, יוכלו המבקשים לקבל ההחלטה המתאימה ביותר לכל חברי הקבוצה באשר להמשך ניהול ההליך... בית המשפט מתבקש כאמור לקבל את בקשת המבקשים להגיש חוות דעת מומחה לדין הקליפורני" (סעיפים 5, 7, 9 לתגובה מיום 16.4.2019).

ביום 17.4.2019 התבקשו המבקשים להודיע, עד ליום 5.5.2019, "מדוע לא תימחק התובענה, מבלי שהמחיקה תהווה מחסום מפני הגשת בקשה חדשה".



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 56348-03-17 טדסה ואח' נ' Google LLC

בתגובה לכך הגיש ב"כ המבקשים ביום 14.5.2019, את התייחסותו להחלטה בה נכתב, בין היתר, כדלהלן: "גם אם סבור בית המשפט הנכבד כי ניתן לתת הוראות בדבר מחיקה עם שמירת האפשרות להגיש מחדש הבקשה ללא תשלום אגרה, מן הראוי שראשית יש לעיין בחוות הדעת כדי לענות על שאלות מהותיות בקבלת ההחלטה האם למחוק או לבקש לתקן הבקשה, אחת היא – האם על פי הדין הקליפורני קיימת עילה כנגד המשיבה, בנסיבות העניין או מהו הפער בין הדין הישראלי ובין הדין הקליפורני? ועוד... נניח וחוות הדעת תאמר שאין הבדל בין הדין בקליפורניה לישראל, האם אז מוצדקת המחיקה, או נניח והתיקון יהיה מינורי, האם יש הצדקה למחיקה?...! בית המשפט מתבקש כאמור לקבל את בקשת המבקשים להגיש חוות דעת מומחה לדין הקליפורני ולא למחוק את בקשת המבקשים".

ביום 15.5.2019 ניתנה ארכה אחרונה להגשת עמדת המבקשים וזאת עד ליום 16.6.2019 וביום 20.5.2019 ניתנה החלטה, על בקשה למתן הבהרה של המבקשים, המורה להם להגיש "את עמדתם לגבי המשך ההליכים בתיק זה, בדרך זו או אחרת".

ביום 16.6.2019 הוגשה תגובה נוספת מטעם המבקשים ונקבע דיון במעמד הצדדים ליום 10.10.2019. בדיון התברר, שלמרות הזמן הרב שחלף אין בידי ב"כ המבקשים חוות דעת מומחה וכי אין בכוונתו לפנות למומחה, אלא אם תתקבל הסכמה מראש לתיקון הבקשה לאישור (עמודים 5, 6 לפרוטוקול).

עד לדיון האמור, ולמעשה עד היום, לא הגישו המבקשים חוות דעת לעניין הדין הקליפורני.

דיון

לטענת גוגל, הדין החל על הבקשה לאישור הוא דין מדינת קליפורניה וזאת מכוח תניית ברירת דין מפורשת הקבועה בתנאי השימוש, המהווים הסכם מחייב בין גוגל לבין המשתמשים בשירותיה.

תניית ברירת הדין הקבועה בתנאי השימוש של גוגל קובעת, בנוסח השפה העברית, כדלהלן:

"**חוקי קליפורניה, ארצות הברית, למעט כללי ברירת הדין של קליפורניה, יחולו בכל מקרה על מחלוקות הנובעות מתנאי שימוש אלה ומהשירותים או בקשר אליהם.** כל התביעות הנובעות מתנאי שימוש אלה או השירותים או קשורות להם יעלו לדיון משפטי רק בבתי המשפט הפדרליים במחוז סנטה קלרה, קליפורניה, ארה"ב, או בבתי המשפט של מדינת קליפורניה במחוז סנטה קלרה, ואתה ו-Google מסכימים לסמכות שיפוט פרסונלית של בתי משפט אלו" (נספח 1 לבקשה לסילוק על הסף, הדגשה הוספה).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 56348-03-17 טדסה ואח' נ' Google LLC

לטענת גוגל, תניית ברירת הדין היא תנייה לגיטימית ויש לכבדה. זאת, כפי שנקבע בפסק הדין בעניין בן חמו, בקשר לתנייה דומה המפנה אף היא לדין הקליפורני.

עוד טוענת גוגל, שהבקשה לאישור נעדרת התייחסות כלשהי לדין הקליפורני ונעדרת התייחסות לעצם קיומה של תניית ברירת הדין שבתנאי השימוש. המבקשים לא הגישו חוות דעת מומחה בדבר הוראות הדין הקליפורני הרלוונטיות לבקשת האישור. המבקשים לא הצביעו על עילת תביעה העומדת לזכותם מכוח הדין החל ומשכך, דין הבקשה לאישור להיות מסולקת על הסף.

פסק הדין בעניין בן חמו עוסק בתניית ברירת דין הקבועה בתנאי השימוש של חברת פייסבוק. התניה שם קובעת, שכל סכסוך בין המשתמשים בפייסבוק לבין פייסבוק בנוגע לתנאי השימוש או לפייסבוק יוכרע בבית משפט בקליפורניה ועל פי דיני מדינת קליפורניה. בית המשפט העליון (כבוד הנשיאה א' חיות) קבע, בעניין זה, כדלהלן:

"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 האחד 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 יוכרעו על ידי 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. המסקנה העולה מן האמור היא כי בנסיבות המקרה דנו אין לראות בתניית ברירת הדין שבסעיף 15 (1) לתנאי השימוש תניה מקפחת ואין מקום להתערב בה". (הדגשות הוספו).

הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון (סעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 56348-03-17 טדסה ואח' נ' Google LLC

תניית ברירת הדין של גוגל דומה לתניית ברירת הדין של פייסבוק בכך, שהיא מפנה לדיני מדינת קליפורניה ויש לכבדה, כפי שקבע בית המשפט העליון לגבי תניית ברירת הדין של פייסבוק.

המבקשים עצמם טוענים לתחולתו של פסק הדין בעניין בן חמו (בתחילה, במועד הגשת הבקשה לאישור, הסתמכו על החלטת בית המשפט המחוזי בעניין בן חמו, סעיף 11 לתגובה לבקשה לסילוק הבקשה על הסף) אך מוסיפים וטוענים, שתניית ברירת הדין היא – תניה מקפחת בחוזה אחיד, בהתאם לאמור בסעיף 94(9) לחוק החוזים האחידים (פרק א' לתגובה לתשובה לבקשת האישור). עוד נטען שם, שגוגל לא עמדה בנטל להוכיח, שבנסיבות דנן אין בתניה משום קיפוח של המבקשים (סעיף 2 לתגובה לתשובה).

לא ניתן לקבל את טענות המבקשים. בעניין בן חמו נקבע באופן מפורש, שאין לראות בתניית ברירת הדין, הדומה לתנייה בענייננו, משום תניה מקפחת בחוזה אחיד. לטענת המבקשים, סכום התביעה הכולל המוערך בתובענה מגיע כדי – 241,500,000 ₪. בדומה למה שנפסק בעניין בן חמו, ניתן להניח, שאדם המבקש לנהל תובענה ייצוגית על סך של 241 מיליון ₪ לא יירתע מתניה בחוזה אחיד הקובעת, שהתובענה תוכרע על פי דיני מדינת קליפורניה.

לחלופין, טוענים המבקשים, שאף אם יינתן תוקף לתניית ברירת הדין, על גוגל להוכיח, שהדין הנוהג במדינת קליפורניה אינו מאפשר לה לעקוף הוראות קוגנטיות בדין הישראלי (סעיף 16 לתגובה לתשובה לבקשת האישור). הטענה מתבססת על פסקה ב. לדעת היחיד של המשנה לנשיאה, כבוד השופט ח' מלצר, בפסק הדין בעניין בן חמו לפיה, יש לתת לתניית ברירת הדין תוקף "ובלבד שלא ייעשה בתנייה האמורה שימוש כדי 'לעקוף' בעזרתה הוראות קוגנטיות שבדין הישראלי (למשל בדיני הגנת הצרכן ועוד)".

מדובר בטענה הראויה לעיון ולדיון, אך המבקשים לא הניחו תשתית עובדתית לביסוס טענה זו באמצעות חוות דעת מומחה לדין הזר (שכן את הדין הזר יש להוכיח כעניין שבעובדה). המבקשים לא השכילו להוכיח, שהכרעה בבקשת האישור על פי דיני מדינת קליפורניה תשלול מהם את האפשרות להעלות טענות כלשהן.

המבקשים היו מודעים לצורך בהגשת חוות דעת מומחה לגבי הדין הקליפורני ולשם כך ביקשו הארכות מועד פעם אחר פעם. בסופו של דבר וחרף חלוף הזמן לא הוגשה חוות דעת מומחה, מטעמים השמורים עם המבקשים וב"כ.





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 56348-03-17 טדסה ואח' נ' Google LLC

בתשובת המבקשים לבקשה לסילוק על הסף נטענו טענות נוספות, משפטיות ועובדתיות, שלא בא זכרם בבקשה לאישור ובתגובה לתשובה לבקשת האישור ולא נתמכו בתצהיר ערוך כדין. משכך ונוכח הנסיבות מתייטר הצורך לדון בהם.

סוף דבר

נוכח האמור, הבקשה לאישור נמחקת על הסף.

בנסיבות העניין אין לאפשר להגיש בקשה לתיקון בקשת האישור, שכן נתנה למבקשים האפשרות לעשות כן והם בחרו, שלא להגישה.

המבקשים ישלמו למשיבה הוצאות משפט בסך של 11,700 ₪, תוך 30 ימים מהיום.

ניתן היום, י"ז תמוז, תש"פ, 9 יולי, 2020, בהעדר הצדדים.

רחמים כהן
רחמים כהן, שופט

