



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 17-09-32809 טרונים מילר בע"מ נ' Facebook Ireland Ltd.

לפני כבוד השופט גלעד הס

facebook Ireland limited

המבקשת
(הנתבעת)

נגד

1. טרונים מילר בע"מ
2. יונתן טרונים

המשיבים
(התובעים)

החלטה

מבוא

1. התובעים, המשיבים בהליך זה (להלן: "התובעים") הגישו תביעה כנגד חברת facebook Ireland limited (להלן: "המבקשת" או "פייסבוק").

במסגרת התביעה טוענים התובעים כי הם מפיקים של ירידי אופנה ולייף סטייל אשר הפעילו ארבעה דפים הקשורים לפעולתם העסקית ברשת הפייסבוק, כאשר בשלב מסוים פנו למבקשת על מנת לאחדם לדף עסקי אחד.

טענתם המרכזית של התובעים בתביעה הינה, כי המבקשת הטעתה אותם לגבי הליך מיזוג הדפים וכשלה בביצועו. כתוצאה מכך, לטענת התובעים, מספר ירידים שאורגנו על ידי התובעים נכשלו כלכלית היות ומדובר בירידים שהשתתפות בהם תלויה במידה רבה בפרסום ברשת הפייסבוק.

העילות המשפטיות המרכזיות של התובעים הינן- רשלנות, הטעיה, חוסר תום לב והפרת חוזה.

אציין כי בתחילה הוגש כתב התביעה רק על ידי התובעת 1, אולם בשלב מאוחר יותר צורף גם מר טרונים כתובע.



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 32809-09-17 טרונים מילר בע"מ נ' Facebook Irland Ltd.

2. ביום 21.11.17 הגישה המבקשת את הבקשה הראשונה לסילוק על הסף. במסגרת הבקשה מיום 21.11.17, טענה המבקשת שתי טענות עיקריות, הראשונה כי סמכות השיפוט אינה נתונה לבית משפט זה אלא לבית המשפט בקליפורניה והשנייה כי על מערכת היחסים בין הצדדים חל דין מדינת קליפורניה.
3. כמו כן, הגישה המבקשת בקשה להשהות את ההליך, ובפרט את ההכרעה בבקשת הסילוק על הסף, עד להכרעה שתתקבל ברע"א 5860/16 פייסבוק אינק. נ. בן חמו (להלן: "עניין בן חמו"), הליך שהיה תלוי ועומד באותה עת בבית המשפט העליון, היות ולטענת המבקשת בעניין בן חמו נידונה בפני בית המשפט העליון תניה דומה לתנית השיפוט כאן.
4. לאור בקשה זו, הגיעו הצדדים להסדר דיוני כי הכרעה בבקשת הסילוק על הסף תינתן רק לאחר הכרעת בית המשפט העליון בעניין בן חמו לעיל.
5. ביום 22.6.18 הגישו התובעים הודעה כי בית המשפט נתן פסק דין בעניין ברע"א 5860/16 פייסבוק אינק. נ. בן חמו [פורסם בנבו] (31.5.2018) ולפיכך מתבקש בית המשפט לחדש את ההליכים בתיק.
6. ביום 31.10.18 הגישה המבקשת כתב הגנה. במסגרת כתב ההגנה חזרה המבקשת על טענות הסף שלה בעניין העדר סמכות השיפוט ותחולת הדין הזר. כמו כן, חזרה המבקשת על הטענה כי אין יריבות כנגד התובעת 1.
7. ביום 28.3.2019 התנהל קדם משפט. בקדם המשפט הבהירה המבקשת כי היא עומדת על טענותיה בעניין העדר סמכות שיפוט בינלאומית, בעניין תחולת הדין הזר וכן בעניין העדר היריבות. בסיומו של קדם המשפט החליט בית המשפט שלא להיעתר לטענת המבקשת בעניין העדר היריבות וזאת מהנימוקים שפורטו בהחלטה שם.
- לעניין הסילוק על הסף, קבע בית המשפט כי המבקשת רשאית להגיש בקשה מחודשת בעניין וזו תידון בהתאם לתקנות. בעניין תחולת הדין הזר, קבע בית המשפט כי אין מדובר בעילה לסילוק על הסף. עם זאת קבע בית המשפט כי ראוי שבשלב הראשון ייקבע לפי איזה דין תידון תביעה זו. לפיכך אישר למבקשת להגיש בקשה גם לעניין זה.
8. ביום 15.5.19 הוגשה הבקשה החדשה לסילוק על הסף, היא הבקשה נשוא החלטה זו.



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 32809-09-17 טרונים מילר בע"מ נ' Facebook Irland Ltd.

9. ביום 6.8.19 ולאחר שהוגשה תשובה ותגובה לתשובה, ולאור פסק הדין בעניין **בן חמו**, הציע בית המשפט לתובעים כי יסכימו כי הדיון יתנהל לפי דין מדינת קליפורניה ולמבקשת הציע כי תסכים שהתיק יתנהל לפני מותב זה בישראל.
10. התובעים הגישו הודעה כי הם עומדים על כך שתנית ברירת הדין הקובעת כי הדין החל הינו דין מדינת קליפורניה הינה תניה מקפחת שיש לבטלה ולכן ביקשו כי בית המשפט יכריע בבקשה. המבקשת הסכימה, לצרכי תיק זה בלבד, כי התיק יתנהל בישראל לפני מותב זה, וכך קבע בית המשפט.
11. מכאן, נותר להכריע בשאלת ברירת הדין.

טענות הצדדים

12. במסגרת הבקשה טוענת המבקשת כי בהתאם לתנאי השירות אשר אליהם כפופים התובעים, נקבע כי במקרה של סכסוך משפטי הסכסוך יתנהל בבית המשפט של מדינת קליפורניה ובהתאם לדין מדינת קליפורניה.
13. במסגרת הבקשה מפנה המבקשת ל –"הצהרת הזכויות ותחומי האחריות", המכונה בראשי תיבות "SSR" (להלן: "**הסכם השירות**"). בפרט מפנה המבקשת לסעיף 15.1 להסכם השירות. לטענת המבקשת סעיף 15.1 קובע כי כל טענה של מקבל השירות כנגד המבקשת, יש להעלותה בבית המשפט בקליפורניה וזו תידון לפי דיני מדינת קליפורניה.
14. עוד במסגרת הבקשה מתמודדת המבקשת עם הטענה כי סעיף 15.1 נחזה להיות תנאי מקפח בחוזה אחיד אשר דינו בטלות. כאשר לגבי תנית ברירת הדין מפנה המבקשת לפסק הדין בעניין **בן חמו** לעיל, אשר במסגרתו נמנע בית המשפט מלפסול את תנית ברירת הדין. המבקשת מחדדת וטוענת כי בעניין **בן חמו** נדון עניינו של משתמש פרטי, ומכאן קל וחומר, כי יש לאכוף תניה זו על משתמש מסחרי, כמו במקרה שלפניי.
15. התובעים הגישו תשובה מפורטת לטענות הסף של המבקשת.
16. התובעים טוענים לעניין תנית 'ברירת הדין' כי לאור הרציונאליים של חוק החוזים האחידים, ובפרט לאור מניעת 'אפקט ההרתעה' יש לקבוע כי תנית ברירת הדין הינה תניה מקפחת, כאשר המבקשת לא סתרה את חזקת הקיפוח.



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 17-09-32809 טרונים מילר בע"מ נ' Facebook Irland Ltd.

ביחס לעניין **בן חמו** בו נמנע כאמור בית המשפט מלפסול תניה דומה, טוענים התובעים כי יש לאבחן בין המקרה שלפנינו לבין מקרה **בן חמו** לעיל וזאת בשתי אבחנות עיקריות: הראשונה, כי בעניין **בן חמו** נדונה בקשה לאישור תובענה ייצוגית בהיקף של כ- 400 מליון דולר ואילו כאן מדובר תביעה בהיקף של 700 אלף ₪ בלבד. ההבחנה השנייה נעוצה לטענת התובעים בכך שהשירות שניתן בעניין **בן חמו**, היה שירות חינמי ואילו כאן שילמו התובעים תמורה בעד השירות. התובעים אף מציינים מספר מקרים בהם ויתרה המבקשת על תנית 'ברירת הדין' והסכימה לנהל את התיק לפי הדין בישראל.

דין והכרעה

הכלל- פסק הדין בעניין **בן חמו**

17. לטעמי, נקודת המוצא לדין במחלוקת שלפני הינה פסק הדין בעניין **בן חמו**. אכן, אין ספק כי טענות התובעים לעניין ברירת הדין, הינן טענות חשובות, מהותיות ומעניינות כאשר עסקינן במערכת יחסים בין משתמש מסחרי לענקית טכנולוגית כגון המבקשת.

יתרה מזו, הסוגיות שמעלים התובעים בעניין ברירת הדין וחזקות הקיפוח במערכת יחסים מסחרית, כגון מערכת היחסים נשוא הליך זה, יש בהן הצדקה לבחון פעם נוספות הלכות ישנות שניתנו על רקע הכלכלה "הישנה" ועל רקע מערך הכוחות של הכלכלה הישנה, וייתכן וקיימת הצדקה לרענן הלכות אלו.

18. אלא, שבמקרה שלפני, תניית ברירת דין זהה, של אותה הנתבעת בדיוק, פייסבוק, נדונה לאחרונה ממש בבית המשפט העליון.

כלומר, אין מדובר ביישום הלכה ישנה שניתנה בעבר על סמך עולם טכנולוגי אנלוגי לגבי חברה כדוגמת קודאק, אלא מדובר בהלכה שנפסקה על ידי בית המשפט העליון, לאחרונה ממש, ביחס לנתבעת הספציפית - פייסבוק.

19. לפיכך, לטעמי, נקודת המוצא לדין בטענות התובעים הינה פסק הדין בעניין **בן חמו**.

20. בית המשפט בעניין **בן חמו** קובע בפתח הכרעתו כי החוזה בין המשתמש לבין פייסבוק הינו חוזה אחיד ומכאן קובע כי המסגרת הנורמטיבית להכריע במחלוקת הינה חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982 (להלן: "חוק החוזים האחידים").

על סמך הנחה זו פונה בית המשפט העליון לבדוק האם התניות בדבר מקום השיפוט וברירת הדין, הינן בגדר תניות מקפחות בחוזה אחיד, ואם כן, האם דינן ביטול.





בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 32809-09-17 טרונים מילר בע"מ נ' Facebook Irland Ltd.

21. לצורך זה מציין בית המשפט העליון כי בחינת היותה של תניה כתניה מקפחת בחוזה אחיד, לא נבחנת מנקודת מבטו של הצרכן הספציפי, אלא מנקודת המבט של "לקוח אינדיבידואלי ואנונימי – העומד כביכול מאחורי מסך רולסיאני של בערות". ובית המשפט העליון מחדד וקובע:

"על כן, הנסיבות הפרטניות של הלקוח המסוים אינן רלבנטיות לצורך ההכרעה בשאלת הקיפוח, ככל שאין בהן כדי ללמד על כלל החוזים בין ספקים ולקוחות מאותו סוג"

22. על סמך האמור לעיל בית המשפט בוחן את תנית מקום השיפוט וקובע כי מדובר בתניה שלגביה חלה חזקת קיפוח וכי פייסבוק לא הצליחה לסתור את חזקת הקיפוח לגביה. עוד קובע בית המשפט העליון כי בנסיבות העניין הסעד הראוי הוא ביטול התניה.

23. מכאן פונה בית המשפט העליון לבחון את טענת ברירת הדין.

לעניין זה ראשית קובע בית המשפט העליון, כי תנית ברירת הדין חלה רק על הדין המהותי, כך שהדין הדיוני יהיה בכל מקרה בהתאם לדיני מדינת ישראל.

24. לעניין גופו, בוחן בית המשפט העליון את הסוגיה, האם חלה על תנית ברירת הדין חזקת הקיפוח מכוח סעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים, הקובע:

"תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסויימות בערכאות משפטיות..."

בית המשפט העליון, בניגוד לפסיקת בית המשפט קמא בעניין **בן חמו**, קובע כי חזקת הקיפוח אינה חלה על החלק בסעיף 15.1 להסכם השירות המתייחס לברירת הדין, ואצטט:

"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."

25. אקדים ואומר במאמר מוסגר, כי גם בעניין שלפניי לא הוצגו כל ראיות כי הכרעה בתובענה על סמך דיני מדינת קליפורניה תשלול מהתובעים את האפשרות להעלות טענה כלשהי.

26. מכאן, בהעדר חזקת קיפוח, בית המשפט העליון פונה לבחון, האם עלה בידי הלקוח להוכיח כי תנית ברירת הדין הינה תניה מקפחת. בית המשפט מגיע למסקנה כי הלקוח לא עמד בנטל זה.



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 17-09-32809 טרונים מילר בע"מ נ' Facebook Irland Ltd.

בית המשפט העליון מבסס את הכרעתו בנושא זה על שלושה נימוקים עיקריים:

הנימוק הראשון נוגע לעניין "מבחן ההרתעה", כאשר בית המשפט העליון קובע כי אדם המבקש לנהל תובענה ייצוגית רחבת היקף לא יירתע להגישה גם כאשר זו תידון לפי דיני מדינת קליפורניה. בית המשפט נותן שני טעמים למסקנתו זו ביחס לדיני מדינת קליפורניה: הראשון כי "שיטת המשפט בקליפורניה היא בעלת מאפיינים דומים לשיטת המשפט בישראל ונחשבת לאחת המתקדמות בעולם בתחום התובענות הייצוגיות". הטעם השני כי "התקדימים והחוקים במדינה זו הם בשפה האנגלית המובנת לרבים מתושבי ישראל והם נגישים באמצעות האינטרנט".

הנימוק השני להעדר קיפוח לטעמו של בית המשפט העליון הינו, כי תנית ברירת הדין באה להגן על אינטרס עסקי לגיטימי של פייסבוק, בין היתר, על יכולתה לכלכל את צעדיה בצורה מושכלת על סמך העובדה כי היא כפופה למערכת דינים אחת בכל העולם.

27. לאור האמור לעיל המסקנה של בית המשפט העליון הינה:

"המסקנה העולה מן האמור היא כי בנסיבות המקרה דנן אין לראות בתניית ברירת הדין שבסעיף 15(1) לתנאי השימוש תניה מקפחת ואין מקום להתערב בה."

28. להשלמת התמונה אציין, כי כב' המשנה לנשיאה השופט מלצר הוסיף הבהרה לעניין תנית ברירת הדין, ולמרות שהסכים כי זו אינה תניה מקפחת, התנה זאת בכפוף לכך שאין בדינים אלו בכדי לעקוף הוראות קוגנטיות בדין הישראלי, כדוגמת דיני הגנת הצרכן.

מן הכלל אל הפרט

29. כאמור התובעים כאן מבקשים לאבחן את הלכת **בן חמו** לעיל ומבקשים כי בית המשפט יבטל את הוראות ברירת הדין מכוח סעיף 15.1 וזאת לאור הוראות חוק החוזים האחידים, וזאת למרות פסיקת בית המשפט העליון בעניין **בן חמו** לעיל.

לא מצאתי מקום לערוך הבחנה בין במקרה שנדון בעניין **בן חמו** למקרה שלפני, ואני סבור כי גם כאן סעיף ברירת הדין אינו סעיף מקפח בחוזה אחיד, ואנמק:

30. התובעים טוענים כי חלה על תנית ברירת הדין חזקת קיפוח מכוח סעיפים 4(6) ו-4(8) לחוק החוזים האחידים.

אלא שטענה **זהה** נדחתה בעניין **בן חמו** לעיל, כאשר בית המשפט העליון קבע בהתייחס לסעיף 4(8) (והדברים נכונים מכוח קל וחומר לסעיף 4(6)):





בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 17-09-32809 טרונים מילר בע"מ נ' Facebook Irland Ltd.

"הנטל להוכיח כי תנאי מסוים בחוזה אחיד בא בגדר אחת מחזקות הקיפוח הקבועות בסעיף 4 לחוק, מוטל על הלקוח (ראו: לוסטהויז 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"

31. עיינתי בתשובת התובעים ולא מצאתי כל טיעון, שלא לומר הוכחה או ראיה, כי הכרעה בתביעה לפי דיני מדינת קליפורניה שוללת מהתובעים את האפשרות להעלות טענה כלשהי. לא מצאתי בתשובת התובעים גם טיעון או ראיה כלשהי, כי הכרעה בתביעה לפי דיני מדינת קליפורניה שוללת מהתובעים תרופה כלשהי העומדת להם בהתאם לדין הישראלי.
32. אציין כי לעניין חזקת הקיפוח, אין כל רלוונטיות לכך שבעניין בן חמו נדון לקוח שהגיש תובענה ייצוגית ואילו כאן נדון עניינו של לקוח מסחרי, היות והבחינה - האם תניה מסוימת עונה לקריטריונים המנויים בסעיף 4 לחוק החוזים האחידים, היא בעיקרה בחינה אובייקטיבית שאינה תלויה בלקוח הספציפי.
33. התובעים הפנו כתמיכה לעמדתם בדבר חזקת הקיפוח לפסק הדין בעניין ת"צ (מרכז) -10822-02-15 LinkedIn Corporation נ. איתי לנואל [פורסם בנבו] (9.4.17). אלא שפסק דין זה לא עסק ישירות בשאלת תחולת הדין הזר אלא בהיתר המצאה לחו"ל. בכל מקרה בית המשפט בעניין זה, כאשר הוא עוסק בתנית תחולת הדין הזר, מסתמך על פסק הדין בן חמו בבית המשפט המחוזי [ת"צ (מחוזי מרכז) 46065-09-14 בן חמו נ' Facebook Inc [פורסם בנבו] (10.6.2016)] ואף מצטט ממנו. אלא, שכמבואר לעיל, פסק דין מחוזי זה אשר קבע כי ברירת הדין מהווה תנאי מקפח ובטל, נהפך בבית המשפט העליון בעניין בן חמו.
- גם פסק הדין בעניין ת"א (מחוזי ת"א) 30480-07-17 טורו מדיה בע"מ נ' סימון סיק מון לוק [פורסם בנבו] (8.5.2018) אליו מפנים התובעים אין בו לטעמי להועיל לתובעים כאן, לאור הנסיבות הספציפיות של אותו המקרה, ובפרט כאשר שם דובר על החלת דין מדינת "אי מרשל", ובכל הכבוד, אין דינו של דין איי מרשל כדינו של דין קליפורניה.
34. לפיכך לעניין העדר חזקת קיפוח, לא מצאתי כל מקום להבחין בין עניין בן חמו לבין העניין שלפניי, כאשר מדובר באותה תניה חוזית, וכאשר גם כאן לא הוכיחו התובעים כי הדין הזר הקליפורני שולל מהם טענה מהותית או תרופה כלשהי.



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 32809-09-17 טרונים מילר בע"מ נ' Facebook Irland Ltd.

35. מכאן, לאור קביעתי כי אין מדובר בתניה הנכללת בחזקת הקיפוח, יש לבחון האם עלה בידי התובעים להוכיח כי התניה הינה מקפחת בהתאם לסעיף 3 לחוק החוזים האחידים.
36. בעניין זה התובעים מפרטים בדבר הכוח העצום של חברת פייסבוק ובדבר פער הכוחות יוצא הדופן בין פייסבוק לבין התובעים כאן.
- לטעמי יש ממש בטענות התובעים לגבי העוצמה יוצאת הדופן שיש למבקשת כאן. אין מדובר רק בעוצמה כלכלית, אלא גם בעוצמה חברתית הנובעת מעצם היותה הרשת החברתית המובילה בעולם.
- אלא שצד זה, הצד של פייסבוק, ב- "משוואת הכוחות", לרבות העוצמה של פייסבוק, עמד לנגד עיניו של בית המשפט העליון בעניין **בן חמו**, כך שבית המשפט העליון הביא בחשבון את פסק כי תניית ברירת הדין **אינה** תניה מקפחת כי מדובר ב**פייסבוק**, על כל המשתמע מכך.
37. לפיכך, כאשר צד אחד של המשוואה כאן הינו זהה לצד שעמד לפני בית המשפט העליון בעניין **בן חמו**, יש לבחון את הסוגיה - האם העובדה כי אל מול פייסבוק כאן עומד משתמש מסחרי ולא תובע ייצוגי, יש בה בכדי לשנות את האיזון שנקבע בעניין **בן חמו**.
- לטעמי אין די בעובדה כי כאן מדובר במשתמש מסחרי על מנת לבצע אבחנה שכזו, ואנמק:
38. המבחן השולט לענייננו לבחינת הסוגיה - האם התניה הינה תניה מקפחת - הינו "מבחן ההרתעה". ר' עניין **בן חמו**, לעניין תניית מקום השיפוט, אמירה הנכונה גם לעניין ברירת הדין:
- "ההלכה קובעת כי לצורך ההכרעה בשאלה האם תניית מקום שיפוט בחוזה אחיד היא מקפחת, יש לבחון האם תניה זו מרתיעה את הלקוחות החתומים על החוזה מלנקוט בהליכים משפטיים."**
39. כלומר, השאלה הינה, האם העובדה כי הדין המהותי על פיו תוכרע התובענה הינו דין קליפורניה יש בה להרתיע לקוחות כדוגמת התובעים מלנקוט הליכים משפטיים כנגד פייסבוק?
40. כאמור, בית המשפט העליון בעניין **בן חמו** פסק כי אין הרתעה שכזו וזאת משני טעמים. הראשון, היותה של שיטת המשפט בקליפורניה מתקדמת, נגישה ומובנת לאזרח הישראלי בהיותה באנגלית ונוכחת ברשת האינטרנט. הטעם השני הינו כי מדובר בתביעה ייצוגית על סך של 400 מליון דולר, ואצטט: **"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"**.



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 32809-09-17 טרונים מילר בע"מ נ' Facebook Irland Ltd.

41. ברור כי הטעם הראשון מתקיים גם במקרה שלפני. כפי שהבהירו התובעים בתגובתם, עילתם מבוססת על עוולת הרשלנות וכן על הטעיה והפרת חובת תום הלב. בנושאים בסיסיים אלו שיטת המשפט בקליפורניה דומה לשיטת המשפט הישראלית ומפותחת לא פחות. ר', לשם הדוגמא, את הגישה המרחיבה של דין קליפורניה לעניין עוולת "חיים בעוולה":

Turpin v. Sortini , 31 Cal.3d 220] S.F. No. 24319. Supreme Court of California. May 3, 1982.[

אין גם מחלוקת של ממש, כי דיני קליפורניה מנוסחים בשפה האנגלית ונגישים בקלות לאזרח הישראלי.

42. יש אפוא לבחון האם קיים שוני מהותי בין התובע הייצוגי בעניין **בן חמו** לתובעים כאן. לטעמי, על אף שקיים **שוני** בין התובעים כאן לתובע הייצוגי בעניין **בן חמו**, אין מקום לערוך הבחנה לגבי תניית ברירת הדין, ואנמק:

43. ראשית, ספק גדול בעיני, האם בית המשפט העליון בעניין **בן חמו** החליט החלטה נקודתית לגבי ברירת הדין החלה רק על תובעים ייצוגיים ולא החלטת רוחב לגבי כל משתמש בפייסבוק. מדובר בהליך בבית המשפט העליון, במסגרתו ניתנה רשות לערער על החלטת ביניים של בית המשפט המחוזי, כאשר התבקשה אף עמדת היועץ המשפטי לממשלה בסוגיה. מכאן נראה כי מדובר בהחלטה עקרונית של בית המשפט העליון בדבר ברירת הדין (כמו גם בעניין מקום השיפוט) ולא החלטה נקודתית לנסיבות ענין **בן חמו** בלבד.

44. לגופם של דברים, התובעים כאן הינם תובעים **מסחריים** ואינם משתמשים פרטיים ברשת הפייסבוק. העובדה כי התובעים כאן הינם תובעים מסחריים מובילה לשתי השלכות חשובות לעניין שלפני:

ראשית, הנטייה של בתי המשפט הינה להעניק הגנה **פחותה** מכוח חוק החוזים האחידים כאשר מדובר בלקוח מסחרי ולא לקוח פרטי, ר' ע"א 4602/97 **רדאל (אשדוד 88) בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ** [פורסם בנבו] (30.3.1999):

"ראשית, שם דובר בלקוח צרכני ואילו לפנינו לקוח מסחרי. לקוחות צרכניים נבדלים בדרך-כלל מלקוחות מסחריים בידע שברשותם, בניסיונם, בכוח המיקוח שלהם, במעמדם הכלכלי וכיוצא בזה. משום כך, כאשר בלקוח צרכני עסקינן, יש לבדוק את סעיפי הפטור של הספק בדיקה קפדנית יותר."

וכן ר' פרופ' אריאל פורת, 'חוזים אחידים' (2003), עמ' 761.



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 32809-09-17 טרונים מילר בע"מ נ' Facebook Irland Ltd.

שנית ומהותית, החשש מהרתעה קטן בצורה משמעותית כאשר מדובר בגוף מסחרי. כך התובעים במקרה שלפניי, בהתאם לכתב התביעה, עוסקים שנים בייזום והפקה של ירידי אופנה ולייף סטייל, כאשר היו להם עשרות אלפי עוקבים ברשת הפייסבוק.

עוד יש לזכור כי התביעה הוגשה על סכום משמעותי ולא מובטל של 700,000 ₪.

ניתן גם להתרשם כי התובעים זוכים לייצוג משפטי ברמה הגבוהה ביותר וזאת כפי שמשתקף מניסוח כתב התביעה ומהתשובה המפורטת לבקשת הסילוק על הסף.

לפיכך, כאשר מדובר על תובעים שהינם אנשי עסקים, אשר מגישים תביעה משמעותית בגין אירוע עיסקי, נראה כי אפקט ההרתעה מכך שדיני מדינת קליפורניה יחולו על התביעה הינו קטן.

עוד אציין בהקשר זה, כי ניתן לגרוס כי דווקא הרתעת התובע הייצוגי תהיה גדולה יותר מאשר המשתמש המסחרי. אכן התובע הייצוגי בעניין **בן חמו** הגיש בקשה לאשר תובענה ייצוגית בהיקף של 400 מיליון דולר. אולם יש לזכור כי תביעתו האישית הינה קטנה ועליו יהיה לממן מהמקורות שלו, הפרטיים ולא העסקיים, את ניהול התובענה הייצוגית. לפיכך, ניתן לטעון כי דווקא תובע ייצוגי פרטי יירתע יותר מלנקוט בהליך של תביעה ייצוגית בהתאם לדין הקליפורני מאשר תובע מסחרי, אשר הפרוטה מצויה בכיסו ואשר ההליך המשפטי הוא בגדר הוצאה מוכרת.

מכאן, כאשר בית המשפט העליון קבע כי תובע ייצוגי, אשר מימון התובענה חל עליו באופן אישי ופרטי, לא יירתע מהגשת תובענה ייצוגית שתנוהל לפי דיני מדינת קליפורניה, קל וחומר שתובע מסחרי לא יירתע מכך.

בהקשר זה גם לא מצאתי ממש בטענת התובעים כי עצם העובדה שהתובעים שילמו על השירות מהווה עילה לאבחן את עניינם מעניין **בן חמו**, כאשר דווקא האפקט המסחרי של העסקה, לרבות התשלום, מקטין לשיטתי את אפקט ההרתעה.

ושוב, ראוי להזכיר במה מדובר. אין הכוונה לשלוח את התובעים להתדיין בארץ זרה בעלויות גבוהות, דבר שאכן מהווה חסם של ממש בהגשת הליכים. כל אשר נדרש מהתובעים הינו הגשת חוות דעת לגבי הדין הזר, כאשר הדין הזר הינו באנגלית והוא של אחת המדינות אשר הדין שלה הוא מהמפורסמים, השקופים והידועים בעולם. אמנם הצדדים לא הציגו ראיות לגבי עלות חוות דעת שכזו, אולם מידיעה שיפוטית, מכוח מינוי מומחה לדין הזר בתיקים אחרים, אין מדובר בהוצאה משמעותית ומרתיעה, בוודאי לא כאשר מדובר בתביעה של 700,000 ₪.



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 17-09-32809 טרונים מילר בע"מ נ' Facebook Irland Ltd.

45. חשוב לציין כי אף אם קיימת הרתעה מסוימת, אין די בכך על מנת לקבוע כי מדובר בתניה מקפחת, ויש לבחון ולאזן את מכלול הנסיבות, לרבות האינטרסים הלגיטימיים של המבקשת. לעניין זה קיבל בית המשפט העליון בעניין **בן חמו** את האינטרס של המבקשת לקיים את התדיינויותיה לפי דין זהה כאינטרס לגיטימי, ואצטט:

"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."

בסיכומם של דברים, בית המשפט העליון בחן לעומקה את סוגיית תנית ברירת הדין של המתקשרים עם פייסבוק והגיע למסקנה:

"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."

לטעמי, קביעה זו של בית המשפט העליון והאיזון שנערך על ידו, איזון שכמובן מחייב את בית משפט זה, נכונים גם כאשר נחליף את המילים **"תובענה ייצוגית"** במילים **"תביעה מסחרית"**, כתביעה שלפניי.

46. התובעים טענו כי במספר מקרים הסכימה המבקשת להתדיין בהתאם לדין הישראלי. אף אם אניח כי טענה זו של התובעים נכונה היא, הרי אין לכך משמעות להכרעה בתיק זה. מותר למבקשת לוותר על זכות הקיימת לה מכוח הסכם השירות, וויתור על זכות בתיק מסוים אינה אומרת כי על המבקשת לוותר על זכות זו בכל תיק ותיק.

סיכום

47. לאור האמור לעיל, אני קובע כי תביעה זו תבורר לפי הדין המהותי של מדינת קליפורניה.

48. המבקשת טוענת כי תוצאה של קביעה זו הינה סילוק התביעה על הסף. איני מקבל טענה זו. ראשית, הדין הזר המהותי מהווה **"עובדה"**, עובדה אשר אותה יש להוכיח בשלב הראיות, כך שאין מניעה כי התובעים יגישו בשלב הבאת הראיות חוות דעת לגבי הדין הזר.





בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 17-09-32809 טרונים מילר בע"מ נ' Facebook Irland Ltd.

שנית, אף אם אקבל את עמדת המבקשת כי היה מקום לטעון בדבר הדין הזר עוד בכתב התביעה, הרי הסעד המידתי הינו מתן רשות לתובעים לתקן את תביעתם ולא סילוק התביעה על הסף (על מתן רשות לתקן ולא סילוק, ר' עניין **בן חמו** לעיל בסעיף 44 לפסק הדין).

49. בנסיבות תיק זה, ועל מנת למנוע ספקות בהמשך ההליך, אני סבור שלמען הזהירות על התובעים לתקן את כתב התביעה ולהוסיף במסגרתו התייחסות לסוגיית הדין הזר, ואני מתיר להם לעשות כן.

לפיכך, התובעים יגישו כתב תביעה מתוקן עד ליום 15.9.19.

50. לאור העובדה כי קיבלתי את עמדת המבקשת ביחס לתנית הדין הזר, לאור כך שהמבקשת ויתרה על הטענה בדבר מקום השיפוט, ועל אף שדחיתי את הבקשה לסילוק על הסף, אני קובע כי התובעים יישאו בהוצאות בקשה זו (הוצאות אשר מביאות בחשבון גם את תיקון כתב התביעה) בסך של 2,500 ₪ אשר ישולמו למבקשת בתוך 30 יום מהיום.

תז"פ 16.9.19.

ניתנה היום, י"ג אב תשע"ט, 14 אוגוסט 2019, בהעדר הצדדים.

גלעד הס, שופט

