

1. Facebook, Inc.

2. Facebook Ireland Ltd.

ע"י ב"כ עו"ד ממושרד הרצוג, פוקס, נאמן עורכי דין
מרח' ויצמן 4, בית אסיה, תל אביב, 64239
טל': 03-6922020; פקס: 03-6966464

המבקשות

- נגד -

אוהד בן חמו

ע"י ב"כ ע"ד מנור ואו"י שמש ואו"כ לייפר ואו"ג קורצ'מני
מרח' ברקוביץ' 4, מגדל המוזיאון
תל אביב, 6423806
טל': 03-6075001; פקס: 03-6075029

המשיב

ובענין:

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה
מרח' קריית המדע 5, בנין B3, קומה 5, הר חוצבים
ירושלים, 9777605
טל': 02-6362027; פקס': 02-6467038

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

בהתאם להחלטתו של בית המשפט הנכבד מיום 19.1.2017 מוגשת בזאת עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה.

עמדה זו של היועץ המשפטי לממשלה מוגשת בנוגע לשאלה האם תניית השיפוט המופיעה בסעיף 16.1 ל"הצהרת הזכויות ותחומי האחריות" המעודכנת ליום 15.11.2013 (statement of rights and responsibilities and להלן: "srr" או "הסכם ההצטרפות") עולה כדי תנאי מקפח בחוזה אחיד, לפי חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982 (להלן: "החוק" או "חוק החוזים האחידים").

עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה היא, כי תניית השיפוט הינה מקפחת לפי החוק, כפי שיפורט להלן.

א. רקע

1. המבקשת 1, חברת פייסבוק היא חברה אמריקאית שמקום עסקיה העיקרי במדינת קליפורניה ("פייסבוק ארצות הברית"). המבקשת 2, היא חברה מאוגדת באירלנד, שמקום עסקיה העיקרי הוא בדבלין שבאירלנד ("פייסבוק אירלנד") (להלן יקראו המבקשות: "פייסבוק").
2. בבקשה לאישור התובענה כייצוגית טען המשיב, כי פייסבוק הפעילה מנגנון ניטור להודעות פרטיות של משתמשים, קראה את תוכן ההודעות ועשתה בהן שימוש פסול. עוד טוען המשיב, כי פייסבוק התעלמה מהדין הישראלי המחייב אותה לקבל הסכמה מדעת של המשתמשים לשימוש בתוכן ההודעות, בפרט כשמדובר בקטינים, לא רשמה את מאגר המידע שלה ברשם מאגרי המידע, ולא נתנה הודעה מתאימה למשתמשים.
3. פייסבוק הגישה בקשה לסילוק על הסף במסגרתה ביקשה לקבוע, כי תניית שיפוט זר וברירת דין המופיעה בהסכם ההצטרפות, לו נדרש להסכים כל משתמש בטרם הוא פותח חשבון באתר, מחייבת את המשיב. להלן נוסח התנייה המופיעה בסעיף 16.1:

"You will resolve any claim, cause of action or dispute (claim) you have with us arising out of or relating to this Statement or Facebook exclusively in the U.S. District Court for the Northern District of California or a state court located in San Mateo County, and you agree to submit to the personal jurisdiction of such courts for the purpose of litigating all such claims. The laws of the State of California will govern this statement, as well as any claim that might arise between you and us, without regard to conflict of law provisions".

ההסכם זמין למשתמש גם בשפה העברית:

"עליך לפתור כל טענה, סיבה לתביעה או מחלוקת (להלן "טענה") שיש לך מולנו הנובעת מתוך או קשורה להצהרה או לפייסבוק אך ורק בבית המשפט המחוזי של ארה"ב במחוז הצפוני של קליפורניה או בבית משפט של המדינה הנמצא במחוז סן מטיאו, ואתה מסכים לקבל את סמכות השיפוט האישית של בתי משפט אלה למטרות פסיקה בכל הטענות הללו. הצהרה זו, וכן כל טענה שעלולה לעלות בינך לבינינו, כפופות לחוקי מדינת קליפורניה, ללא קשר להתנגשות בין סעיפי חוק" (ההדגשות של הח"מ).

ברישא של ההסכם מצוין:

"This agreement was written in English (US). To the extent any translated version of this agreement conflicts with the English

version, the English version controls..".

4. הסעיף אפוא קובע תניית שיפוט, לה שני חלקים: הראשון, תניית שיפוט זר ולפיה סמכות השיפוט בתביעות נגד פייסבוק נתונה לבית המשפט המוסמך בקליפורניה, והשני, תניית ברירת דין ייחודית המחילה את דין קליפורניה על כל התקשרות בין הצדדים.
5. המשיב טען בבית המשפט קמא, כי תניית השיפוט הזר ותניית ברירת הדין המופיעות בהסכם ההצטרפות, מקפחות ולפיכך בטלות מכוח חוק החוזים האחידים. עוד טען המשיב, כי דיני הגנת הפרטיות בישראל דורשים מתן הסכמה מדעת לקביעת מקום שיפוט זר ולוויתור על הגנות מהותיות שהדין בישראל מעניק לציבור המשתמשים. לטענתו, הסכמה כזו לא ניתנה.
6. פייסבוק השיבה, כי תניית השיפוט הזר איננה מקפחת וכן, כי חוק החוזים האחידים אינו חל על תובענה זו לנוכח תניית ברירת הדין הייחודית המחילה את דיני קליפורניה. כמו כן, טענה פייסבוק, כי בית המשפט הישראלי אינו הפורום הנאות לדון בתובענה, משום שבחינת מירב הזיקות והציפיות הסבירות של הצדדים מובילה למסקנה כי הפורום הנאות לדון בבקשה הוא בית המשפט המוסמך בקליפורניה לפי הדין הקליפורני. לאור האמור, סברה פייסבוק, כי בקשת האישור שהוגשה לבית משפט בישראל והתבססה על הדין הישראלי, אינה מראה עילת תביעה.
7. בית המשפט קמא בחן את טענות הצדדים וקבע בפסק דינו, כי תניית השיפוט על שני חלקיה, מקפחת (להלן: "פסק הדין").
8. בפסק הדין נקבע, כי יש לבחון את תניית השיפוט לפי הדין הישראלי, וזאת ממספר טעמים: ראשית, נקבע כי מדובר בעניינים צרכניים, שתכליתו של חוק החוזים האחידים היא להגן עליהם. פסק הדין מפנה לספרו של פרופ' מיכאיל קרייני (מיכאיל קרייני **השפעת הליך ברירת הדין על סמכות השיפוט הבינלאומית** (2002) (להלן: "קרייני"), בו צוין, כי כעניין שבנוהג פונה בית המשפט לדין המקומי לפרשנות תניית שיפוט, הן בישראל הן בארצות הברית, גם אם לא נמצא מקור משפטי ראוי לנוהג זה (עמ' 224-227). דומה, כי בסוגיה זו אין עוד מחלוקת בין הצדדים משהמבקשות בחרו שלא לערער על קביעה זו.
9. עוד קבע בית המשפט קמא, שחברה המפיצה את מרכולתה בעולם, צריכה להיות נכונה להיתבע בכל מדינה שבה היא עושה עסקים בהיקף משמעותי, וזאת בעיקר כאשר קיים פער כה גדול בין גודלה של פייסבוק בישראל, וכנראה גם שווי עסקיה, לבין כל אחד מן המשתמשים, ואפילו כולם יחדיו. נקבע, כי הנטל שיוטל על כל אחד מהמשתמשים להתדיין בחוץ לארץ או לפי הדין בקליפורניה הוא נטל משמעותי, שעלול למנוע מהמשתמשים לתבוע.
10. בית המשפט קמא קבע, כי בעוד שכללי ברירת הדין המקובלים מקנים עדיפות לתניית שיפוט שנקבעה בין הצדדים, ובכך מעדיפים את פיתוח הסחר הבין-לאומי ומקלים על הצרכנים והיבואנים, בענייננו יש להתבונן בנושא מזווית שונה, נקודת המבט של הצרכן, בעיקר משמדובר בגופי ענק בין-לאומיים שפונים לצרכנים בכל העולם כולו.

11. עוד נקבע, כי במקרה זה מדובר בנסיבות מיוחדות: לפייסבוק בישראל רשומים כ-4 מיליון משתמשים; פייסבוק רואה בציבור זה ציבור ייחודי, ובהתאם מנוהלים עסקיה כאן גם בעברית; היא תרגמה את מסמכי ההצטרפות לעברית ונותנת שירותי תמיכה בעברית. אמנם, השירות של פייסבוק ניתן ללא עלות, אך פייסבוק מנצלת את עצם השימוש לקבלת רווח מפרסום, וזאת בהיקף משמעותי במדינת ישראל.
12. לעניין תניית השיפוט הזר, בית המשפט המחוזי קבע, בדומה לקביעות בפסק הדין בת"צ (מחוזי ת"א) 19529-06-14 **דוד חוטה נ' Booking.com.B.V** (פורסם בנבו, 19.7.2015) (להלן: "**עניין בוקינג**"), ובת"צ (מחוזי מרכז) 39292-04-13 **רז קלינגהופר נ' PayPal Pte. Ltd** (פורסם בנבו, 31.05.2015) (להלן: "**עניין PayPal**"), כי אף אם יש לפייסבוק אינטרס בריכוז התביעות נגדה במקום מושבה של חברת האם, יש להציב אינטרס זה אל מול האינטרס של קבוצת צרכנים גדולה בישראל. משקל האינטרס של החברה פוחת בשל פער הכוחות המובנה בין הצדדים והיותו של ההסכם חוזה אחיד. חוסר הנוחות האניהרנטי של הספק, בהתדיינות לא במקום מושבו, צריך להילקח על ידו בחשבון בגדר שיקוליו לעשיית עסקים ברחבי העולם.
13. לעניין תניית השיפוט הזר נקבע, כי מדובר בתנייה שחזקה שהיא מקפחת, לפי סעיף 8(4) ו-9(4) לחוק החוזים האחידים. עוד נקבע, כי אין בסכום התביעה, 400 מיליון דולר, כדי להפחית מעוצמת הקיפוח. סכום התביעה נוצר מחיבור כל תביעות הקבוצה יחדיו.
14. לנוכח הקביעה כי קיימת חזקת קיפוח, בית המשפט המחוזי בחן את טענת פייסבוק ביחס לפורום הנאות לבירור התובענה. נקבע, כי הפורום הנאות לדון בתובענה הוא בישראל וזאת משום שעל אף שקיימות גם זיקות לפורום הזר, קיימות זיקות משמעותיות יותר לפורום הישראלי. עוד נקבע, כי גם בחינת הציפיות הסבירות של הצדדים מוליכה למסקנה דומה. לפורום הישראלי יש אינטרס לשמוע את טענתם של ישראלים שנפגעו לכאורה מפעילות של תאגיד בין-לאומי הפועל בשוק הישראלי באמצעות האינטרנט. עוד נקבע, כי כל מסקנה אחרת תפגע בצרכן הישראלי.
15. לעניין ברירת הדין נקבע, כי חלה חזקת קיפוח גם ביחס אליה וזאת מכוח סעיף 8(4) או מכוח סעיף 3 לחוק. לפי סעיף 3 לחוק, תנאי מקפח יבוטל כאשר הוא מעניק יתרון בלתי סביר לספק וזאת בשים לב לכלל תנאי החוזה ולנסיבות אחרות. נקבע, כי בשים לב לתנאי החוזה, תניית ברירת הדין מעניקה יתרון בלתי סביר לפייסבוק, ועל כן נקבע, כי מדובר בתנייה מקפחת שדינה להתבטל.
16. לבסוף נקבע בפסק דינו של בית המשפט קמא, כי בחינת כלל הזיקות מובילה למסקנה כי יש להחיל על התובענה את הדין הישראלי. בנויקין הדין החל הוא דין מקום ביצועה של העוולה ובית המשפט המחוזי קבע, כי העוולות הנטענות בוצעו גם בישראל ומשום כך הדין החל עליהן הוא הדין הישראלי.

ב. חוק החוזים האחידים – כללי

17. חוק החוזים האחידים קובע הסדר מיוחד לגבי "עוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו ובין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם" (סעיף 2 לחוק).

18. מטרתו של החוק היא להגן על לקוחות, לאו דווקא צרכניים במובן הצר, מפני תנאים מקפחים בחוזים מעין אלה (כך מצהיר סעיף המטרה, סעיף 1 לחוק). החוק עוסק בחוזים, אשר התנאים המופיעים בהם נקבעים מראש בידי הספק, שעה שקיים בינו לבין הלקוח פער מבחינת המיומנות, המידע וכושר המיקוח, דבר היוצר חוסר איזון משמעותי ביחסים בין הצדדים. (לרקע החקיקה ולמטרות החוק ראו ו' לוסטהויז וט' שפניץ חוזים אחידים (1994), בעמ' 15-18 (להלן: "לוסטהויז ושפניץ"); ג. שלו, דיני חוזים - החלק הכללי (תשס"ה), בעמ' 52; הצעת חוק החוזים האחידים, ה"ח תשכ"ב בעמ' 312, וה"ח התשמ"ב בעמ' 28).

19. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, כאשר מדובר בחוזה אחיד, אין לבחון את תניית השיפוט במשקפיים הרגילים של חופש ההתקשרות החוזי, וזאת מאחר שחוזים מעין אלה אינם משקפיים הסכמה אמיתית של לקוח. לפיכך, אין להתייחס לתניית שיפוט ייחודית בחוזה אחיד באופן דומה לתניית שיפוט ייחודית שהוסכמה בין הצדדים, כפי שמציינות לוסטהויז ושפניץ בספרך בנוגע לתניית שיפוט מקומית:

"כאשר הוראה בדבר מקום שיפוט מעוגנת בחוזה אחיד, קשה לקרוא לכך "תניה מוסכמת", שכן חוזה אחיד מטיבו אינו משקף הסכמה אמיתית של לקוח. למעשה, הרעיון העומד בבסיסה של תקנה 5 לתקנות סדר הדין האזרחי אינו הולם הוראה בחוזה אחיד, המשקפת את האינטרס של הספק ואת שיקולי הנוחיות שלו. לפיכך אין לבחון הוראה בחוזה אחיד בדבר מקום שיפוט מוסכם באותו קנה מידה שבה נבחנת תניית שיפוט שהוסכם עליה באופן ממשי ואמיתי בין צדדים לחוזה" (ר' לוסטהויז ושפניץ, בעמ' 411).

20. בסעיף 3 לחוק החוזים האחידים נקבע, כי:

"בית משפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו - בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות - משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות (להלן - תנאי מקפח)".

סעיף זה מהווה מבחן קיפוח כללי הקובע, כי כל תנאי בחוזה שמקפח לקוחות או מהווה יתרון בלתי הוגן של הספק – יבוטל או ישונה על ידי בית המשפט או בית הדין.

21. בנוסף למבחן הקיפוח הכללי, בסעיף 4 לחוק מפורטים מספר תנאים שככל שהם מופיעים בחוזה אחיד, חזקה כי הם מקפחים. לאחר שקמה חזקת הקיפוח, הנטל עובר לספק ועליו להוכיח כי התנייה איננה מקפחת והיא סבירה בנסיבות העניין. לענייננו רלוונטיות החזקות המופיעות בסעיף 4(8) ו-4(9):

"חזקה על התנאים הבאים שהם מקפחים:

(8) תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסויימות בערכאות משפטיות, או הקובע כי כל סכסוך בין הספק והלקוח יידון בבוררות;

(9) תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט או הבוררות שבהם יתברר סכסוך..."

22. אם כן, לפי החוק קיימת חזקת קיפוח ביחס לתניית שיפוט זר בחוזה אחיד אותה יש לבחון באופן אחר מתניית שיפוט זר בחוזה רגיל, בו שני הצדדים שווים והסכימו אודותיה באופן אמיתי ומלא.

23. במסגרת הדיון יש לציין גם את סעיף 19 לחוק, הקובע כדלקמן:

”19. (א) מצא בית משפט, בהליך שבין ספק ולקוח, שתנאי הוא מקפח, יבטל את התנאי בחוזה שביניהם או ישנה אותו במידה הנדרשת כדי לבטל את הקיפוח.

(ב) בהשתמשו בסמכותו לפי סעיף קטן (א) יתחשב בית המשפט במכלול תנאי החוזה ובנסיבות האחרות, וכן בנסיבות המיוחדות של הענין הנדון לפניו.”

24. לאור זאת חשוב להבהיר, כי בכל מקרה של תניית שיפוט זר בחוזה אחיד, כמו גם בחזקות קיפוח אחרות, יש לבחון את מכלול תנאי החוזה ויתר נסיבותיו של המקרה שעומד לפני בית המשפט, ואין לגזור מסקנות כלליות לכלל החוזים העוסקים באותו עניין.

ג. תניית שיפוט זר בהסכם ההצטרפות

25. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי הסכם ההצטרפות הינו חוזה אחיד העונה על ההגדרה הקבועה בחוק החוזים האחידים. נוסח הסכם ההצטרפות הוא נוסח סטנדרטי שנועד לשימוש במספר רב של מקרים, ואינו נוסח שהוכן במיוחד להתקשרות שבין המבקשות למשיב כתוצר של משא ומתן מאוזן בין הצדדים.

26. עתה תיבחן תניית השיפוט הזר הקבועה בסעיף 16.1 להסכם ההצטרפות.

27. התנייה הקובעת, כי התדיינות בין הצדדים תתקיים בקליפורניה, דהיינו במקום הנוח לספק, עשויה להרתיע את המשתמשים בישראל מלתבוע את החברה. תביעה נגד פייסבוק, במדינת קליפורניה, תהיה בעלת עלויות רבות בהן, הוצאות הכוללות העסקת עורך דין זר, נסיעות לחוץ לארץ לצורך ההכנות להתדיינות ולהתדיינות עצמה, הוצאות נוספות אפשריות בכל מה שקשור לעדים ולמומחים, וכן הצורך להתמודד עם התדיינות בשפה זרה. על כן, היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי תניית השיפוט הזר, המופיעה בהסכם ההצטרפות לפייסבוק, הינה תנייה מקפחת בחוזה אחיד, והדברים יפורטו להלן.

28. עד לתיקון החוק, בשנת 2004, קבע סעיף 4(9) כי נטל ההוכחה יעבור משכמי הלקוח לספק אם מקום השיפוט שנקבע בחוזה האחיד הוא בלתי סביר. סעיף זה נידון ברע"א 188/02 **מפעל הפיס נ' אלי כהן** (פורסם בנבו, 2.6.2003) (להלן: **”מפעל הפיס”**). שם נקבע, כי המבחן לבחינת חוסר סבירותו של מקום השיפוט (שם נדונה סמכות מקומית) **הוא מבחן ההרתעה:**

”משנפלו המבחנים הללו שב ועולה המבחן שדחה בית-משפט קמא, הוא מבחן ההרתעה מפני מימוש זכויות... מבחן זה אינו מסתפק בפגיעה בנוחות, שהיא כפי שכבר בואר, בבחינת שיקול משני, על-מנת לפסול תניה; הוא מחייב פגיעה מהותית בזכות להתדיינות משפטית.”

29. סעיף 4(9) תוקן כאמור, וכעת הוא קובע חזקה מיוחדת המתייחסת לתניית שיפוט בחוזה אחיד. תנאי המופיע בחוזה אחיד, ומתנה על מקום השיפוט או מקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט, חזקה כי הוא מקפח. גם לאחר תיקון החוק אושרר בפסיקה השימוש ב"מבחן ההרתעה" שנקבע בעניין מפעל הפיס:

"בבחינת תנית השיפוט בהסכם ההזמנה, יש להפריד בין שני שלבים נפרדים: בשלב הראשון יש לבחון האם היא נופלת בגדרי סעיף 4(9) לחוק, שאז חזקה שהיא מקפחת. אם נקבע כי קמה החזקה דנו, יש לבחון – בשלב השני – האם הצליח הספק לסתור אותה בנסיבות העניין. לעניין השלב הראשון, תכליתו של תיקון החוק, אשר נלמדת מדברי ההסבר להצעת החוק, היתה להרחיב את היקף החזקה ולקבוע כי כל תניה בחוזה אחיד אשר יש בה כדי להתנות על הדין הרגיל בדבר מקום שיפוט חזקה שהיא מקפחת... בשלב השני, משקמה החזקה האמורה, על הספק מוטל הנטל לסתור אותה ולהראות כי התניה אינה מקפחת בנסיבות העניין, וזאת לפי הקבוע בסעיף 3 לחוק... עיון בפסק-דינו של בית משפט זה בעניין מפעל הפיס מעלה כי מבחן ההרתעה שנקבע בו התייחס לשלב הראשון - הקמת חזקת הקיפוח לפי סעיף 4(9) לחוק כנוסחו אז. עוד עולה מפסק הדין בעניין מפעל הפיס, כי בשלב השני שבו בוחנים את התניה על יסוד הוראות סעיף 3 לחוק, קיימים שיקולים נוספים שאותם יש להביא בחשבון. זאת ניתן ללמוד גם מלשון סעיף 3 אשר קובע במפורש כי יש לשים לב "למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות" בעת בחינת השאלה האם יש בתניה מסוימת משום קיפוח הלקוח... כאמור, בעניין בנק לאומי, נפסק כי "לא נס ליחה" של הלכת מפעל הפיס (שם, פסקה 127 לפסק-דינו של השופט י' אלון). נקבע כי "הגיונה וטעמה" של הלכת מפעל הפיס, בדגש על הפיחות שחל במעמד הסמכות המקומית ככלי לקדם את נוחות בעל הדין (מפעל הפיס, בעמ' 478; וגם: רע"א 6920/04 לוי נ' פולג, פ"ד מט(2) 731, 734), עודם רלוונטיים, גם לאחר התיקון בחוק. מכאן, שבשלב השני, שבו בוחן בית משפט אם נסתרת חזקת הקיפוח ביחס לתנית שיפוט ספציפית, ייקח הוא בחשבון את שיקול ההרתעה מפני מימוש זכויות. לשון אחר, ככל שיצליח הספק להראות כי אין בתנית השיפוט כדי להרתיע את הלקוח מעמידה על זכויותיו המשפטיות, כן ייטה בית המשפט לקבוע כי התניה אינה מקפחת בנסיבות העניין. עם זאת, בכך לא מתמצה הבדיקה. כאמור בסעיף 3 לחוק, יש לבחון את התניה "בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות", כאשר בשל החזקה האמורה, נטל ההוכחה להראות כי התניה אינה מקפחת מוטל על כתפי הספק. וכך נקבע בעניין בנק לאומי: 'המבחן לקיומו של תנאי מקפח ולהוראה שיפוטית בדבר ביטולו או שינויו אינו מבחן טכני צר, אלא קשור הוא בטבורו, כנאמר בסעיף 3 לחוק, 'למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות'" (שם, פסקה 127 לפסק-דינו של השופט י' אלון). " (ר' רע"א 1108/10 מאיר חברה למכונניות ומשאיות בע"מ נ' מאיר ברפי (פורסם בנבו, 7.4.2010)).

30. האמור לעיל מלמד, כי יש לבחון האם נסתרה חזקת הקיפוח המופיעה בסעיף 4(9) ו-4(8) לחוק לפי מבחן ההרתעה (ר' אורי גורן **סוגיות בסדר דין אזרחי** (מהדורה 12, 2015) בעמ' 69).
31. כקבוע בסעיף 19, בדיקת הקיפוח איננה מתמצה בבדיקת תנאי החוזה כשלעצמם, והיא אינה תיאורטית או מנותקת מסביבת החוזה. יש לבדוק את החוזה גם על הרקע המיוחד של הנסיבות האחרות המלוות אותו. אחת הנסיבות החשובות שנבחנות בהקשר של מבחן הקיפוח היא השאלה מי הם הצדדים לחוזה. המאפיין החשוב ביותר של החוזים האחידים הוא חוסר שוויון בין הצדדים, והבחינה של האינטרסים והציפיות של הצדדים הנעשית במסגרת מבחן הקיפוח, נובעת במידה רבה מסוג הלקוחות או הספקים עליהם נמנים צדדים לחוזה (ר' לוטטהוויז ושפניץ, בעמ' 67-69).
32. כפי שצוין לעיל, חוק החוזים האחידים לא חל רק על צרכן במובנו "הקלאסי" שהוא מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי ביתי או משפחתי (ר' סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן), אלא גם על לקוחות שאינם צרכנים. מטרת החוק היא לאזן את חוסר השוויון הקיים בין לקוח לעוסק העומד מולו, שהוא בדרך כלל בעל מומחיות ומיומנויות רבות יותר, כאשר ללקוח אין המשאבים הכלכליים, המקצועיים והמשפטיים, לנהל משא ומתן, לקשור את העסקה ולעמוד על זכויותיו לאחר קשירת העסקה מתוך עמדה של שוויון. מאחר שלקוח כזה מצוי, בדרך כללי בפער גדול יותר כלפי הספק מבחינת ידע וניסיון וכן מעמד כלכלי וכושר מיקוח, תהיה בדיקתם של חוזים צרכניים קפדנית יותר, וקנה המידה לקיפוח מחמיר יותר. בדרך כלל, כאשר לקוח כזה נאלץ ליזום תביעה נגד ספק, הוא נמצא בעמדה נחותה ביחס לספק מבחינת נטל ההוכחה, הזמן לבירור התביעה וההוצאות הכרוכות בכך. חוסר האפשרות לבחור במקום שיפוט נוח לו מחמיר במיוחד את מצבו (ר' לוטטהוויז ושפניץ, בעמ' 41).
33. לענייננו, התופעה של שיווק מוצרים ושירותים על ידי גורמים זרים במדינות שונות, בין באופן ישיר ובין על ידי נציגות מקומית כלשהי, הינה תופעה כלל עולמית, ההולכת וצוברת תאוצה בשנים האחרונות. תופעה זו טומנת בחובה יתרונות, אך גם סיכונים וקשיים בהם נתקלים הלקוחות. כך למשל, תופעה נלווית להתפתחותו המואצת של הסחר הבין-לאומי הינה הקושי הגובר של הלקוח לממש את זכויותיו. עלויות גבוהות הכרוכות בתביעה במדינה זרה, המרחק הגיאוגרפי המשמעותי במדינה שבה על התביעה להתברר לעומת מדינתו של הצרכן והקושי המובנה בהגשת תביעה לפי דין זר, מוסיפים על פער הכוחות המשמעותי המתקיים במערכת היחסים ועשויים להרתיע באופן ממשי מלתבוע את החברה.
34. לכן, יש חשיבות לקביעתן של נורמות שיסייעו להתמודד עם השאלות והבעיות המתעוררות בסוגיות אלו, במיוחד מול חברות ענק (ר' שמואל בכר, טל ז'רסקי, "על הסדרה ראויה של חוזים צרכנים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן" **מחקרי משפט** כה 431 (2009)).
35. נראה, כי קיימת כיום בעולם המערבי מגמה ברורה החותרת להרחבת ההגנה על הלקוח במישור זה. לדוגמה, אמנת ה-Choice of Courts (2005) אשר מחריגה, בין היתר, את תחום חוזה הצרכנות מתחולתה:

"2(1) This Convention shall not apply to exclusive choice of court agreements – a) to which a natural person acting primarily for

personal, family or household purposes (a consumer) is a party;"

36. אמנם ישראל אינה צד לאמנה האמורה, אך מאחר שהיא עוסקת בתחולה מחייבת של תניות שיפוט זרות בלעדיות בהתקשרויות מסחריות, ניתן להקיש ממנה גם לענייננו (באמנה, שנכנסה לתוקף בשנת 2015, כ-30 חברות - 29 מדינות, בהן כל מדינות האיחוד האירופי מלבד דנמרק וכן מקסיקו, סינגפור והאיחוד האירופי. ארצות הברית חתמה על האמנה, אך טרם אשררה אותה).

37. לפי הספרות המקצועית שעוסקת בפרשנות האמנה, המטרה הברורה של הסעיף היא להגן על צדדים מוחלשים בעסקאות מסחריות מפני תחולה מלאה של כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי ובעיקר מפני החלה של תניות שיפוט בלעדיות במקרים של חוזים צרכניים (Ronald A. Brand, Paul Herrup, The 2005 Hague Convention on Choice of Courts Agreements - (Commentary and Documents (2008)) כאמור להלן בעמ' 55 :

"Article 2(1) serves the classic private international law function of excluding certain national "protective" jurisdiction of the operation of private international law treaties. The exclusion embodies the view that certain classes of persons (or persons acting in a certain capacity) deserve and require "protection" from the full rigors of the application of private international law, often because these persons are viewed as intrinsically vulnerable in civil or commercial transactions. In many instances there are mandatory rules of national law which apply in these situations and express strong public policy"(ההדגשות של הח"מ).

38. ניתן לבסס את המגמה האמורה גם על ההכרה, כי כמדיניות ראויה בתחום השיווק הצרכני, במקום בו הספק מטריח עצמו ומגיע עד למקום מושבו של הלקוח, ומשקיע מאמצים בשיווק וכריתת עסקאות על מנת להרחיב את היקף עסקיו ורווחיו, עליו להיות נכון לעמוד מאחורי התחייבויותיו, ולאפשר ללקוח לממש את הזכויות העומדות לו כתוצאה מהעסקה בלא קושי ומאמצים מיוחדים. מעבר לכך, על הספק לקחת בחשבון, כחלק מתכניתו להרחבת עסקיו ורווחיו את האפשרות של התדיינות משפטית במקום בו הוא משווק את שירותיו, ובכלל זה לגדר את הסיכון הכלכלי הנובע מכך. הדברים שנקבעו בעניין PayPal יפים לענייננו :

"ויובהר, השאלה של ברירת הדין בחוזים הנכרתים באינטרנט בכלל, ושל תוקפן של תניות שיפוט בחוזים אלו, היא שאלה שטרם נבחנה, למיטב בדיקתי, באופן יסודי במשפט הישראלי. המקרה שלפניי אף איננו מצדיק בחינה מעמיקה שכזו, מאחר שהוא מקרה קל, בו תאגיד ענק בינלאומי, המשווק את שירותיו באופן ממוקד לשוק הישראלי, מבקש למנוע מהמוני לקוחותיו הישראלים, שמרביתם הם עוסקים זעירים או צרכנים, להתדיין בבתי המשפט בישראל על פי הדין הישראלי. לכך בוודאי לא ניתן להסכים. פייפאל פועלת בכוונת מכוון בשוק הישראלי ממש כשם שתאגידי ענק בינלאומיים אחרים, כדוגמת מיקרוסופט, פייסבוק וגוגל, פועלים בו. בית

המשפט העליון הבהיר כי חברה בינלאומית המשווקת את סחורתה ללקוח ישראלי צריכה לצפות כי תיתבע בישראל ... הלכה זו חלה, ואף ביתר שאת, כשמדובר בתאגיד ענק בינלאומי המשווק את מוצריו ושרותיו לעשרות ומאות אלפי לקוחות בישראל, שרובם המוחלט הם עסקים זעירים וצרכנים פרטיים. העובדה שפעילותם של תאגידי הענק הללו נעשית באופן עיקרי או בלעדי באמצעות האינטרנט, איננה מקנה להם חסינות מפני התדיינות בבתי משפט בישראל ועל פי הדין הישראלי. אם תאמר אחרת, צפויים אנו למצוא עצמנו במצב בו זכויותיו של הצרכן הישראלי יהיו להפקר. התפתחות מסוכנת שכזו, אשר השלכותיה רק ילכו ויחמירו ככל שיתחזק ויתגבר המסחר האינטרנטי, יש לגדוע בעודה באיבה". (ר' עניין PayPal פס' 20).

39. בכל הנוגע למקום השיפוט, הרי שעל ספק המביא את מרכולתו ללקוחות במדינה אחרת להיות ערוך גם להתמודד עם העובדה שבין מספר רב של עסקאות שעלו יפה ותרמו להרחבת היקף עסקיו, יהיו גם מיעוט של מקרים בהם עלול להתעורר סכסוך שיצריך התדיינות משפטית. גם מבחינת היכולת להיערך מראש ולהעריך מראש את הסיכון, יש לספק עדיפות על הלקוח, אשר בדרך כלל איננו ער לסיכונים ולעלויות הכרוכים בכך. כמו כן, לחברה הפועלת בארץ יש נגישות גדולה יותר לערכאות המשפטיות המקומיות, מאשר נגישותו של הלקוח לערכאות משפטיות בארץ זרה אשר אין לו שום קשר וזיקה אליה.

40. יודגש, כי בענייננו מדובר בחברת פייסבוק, חברת ענק, המנהלת את עסקיה גם בישראל; יש לפייסבוק, לפי טענת המשיב כ-4 מיליון משתמשים ישראלים; פייסבוק מפעילה ממשק בשפה בעברית הפונה לקהל הישראלי; מסמכי ההצטרפות לאתר מתורגמים לעברית; פייסבוק מעניקה שירותי תמיכה בעברית ואמנם המשתתף אינו משלם דבר עבור השימוש, אך פייסבוק מנצלת את עצם השימוש באתר לפרסום ולרווחים הנובעים ממנו, כאשר גם הפרסום הינו לרוב בעברית. לעניין זה ראו את הדיון בעניין בוקינג:

"אשר לטענות הנוספות בדבר נאותות הפורום ההולנדי במקרה זה, הרי שלטעמי דומה המקרה שבפנינו למקרה פייפאל במובן זה שגם במקרה שבפני, כמו במקרה פייפאל, נדונה חברה הנותנת, באמצעות האינטרנט, שירות למאות אלפים של אזרחים ישראלים. לצורך מתן השירות האמור היא מקיימת אתר אינטרנט בעברית, המיועד לאזרחי ישראל, ואף נותנת שירותי תמיכה המיועדים לקהל לקוחותיה בישראל. במצב דברים זה, חיוב לקוחות בוקינג, כמו לקוחות פייפאל, הישראלים להתדיין בבית משפט בהולנד ועל פי הדין ההולנדי, היא באופן מובהק הוראה שכל תכליתה לחסום את דרכם של הלקוחות לממש את זכויותיהם כלפי המשיבה... אשר לטענה כי הפורום הנאות הוא הפורום ההולנדי על פי מבחן מירב הזיקות, הרי שאיני מקבלת טענה זו. מדובר בנושא ישראלי מובהק, משום שעילת התביעה מתייחסת רק ללקוחות הישראליים של חברת בוקינג, אשר רק לגביהם נטען כי בוקינג אינה מיישמת בעבורם את הגנת חוק הגנת הצרכן הישראלי הקובע כי על המחיר המפורסם לכלול את המע"מ, וזאת כאשר בוקינג מפעילה את האתר, בין היתר, בישראל, בעברית ופונה ללקוחות הישראלים... לפיכך הזיקות לפורום הישראלי הן: הלקוחות

הישראלים המשתמשים בשירותי בוקינג להזמנת חדרים במלונות; בתי המלון הישראלים שמשתמשים בשירותי בוקינג לצורך שיווק וקבלת הזמנות און ליין מלקוחות, ביניהם לקוחות ישראלים; העילה מתבססת על הפרת חוק הגנת הצרכן הישראלי בהקשר הנוגע לישראלים בלבד (סעיפים 17א ו-17ד' לחוק הגנת הצרכן בהקשר של שירותי מלון), ועל הפרת חוק החוזים האחידים, שגם הוא חוק ישראלי; והזיקה העיקרית היא, שהעילה הנטענת היא אך ורק בנוגע להזמנת חדרים במלונות בישראל על ידי ישראלים המשתמשים באתר בוקינג. מכאן שמירב הזיקות בהקשר לתובענה ייצוגית זו דווקא מפנות לישראל כפורום הנאות ולא להולנד... לכך יש להוסיף כי שיקולי מדיניות ושיקולי ציפיות סבירים של הצדדים מצביעים על כך שחברה בינלאומית המנהלת את עסקיה באמצעות האינטרנט תבוא להתדיין במקום שבו נמצאים לקוחותיה ולא להפך".

(ר' עניין בוקינג, פס' 51-55, וכן ר' עניין PayPal, פס' 19).

41. אמנם, יש גם שוני בענייננו לעומת תביעת בוקינג, שכן הטענות שמועלות בתובענה דנן בוודאי אינן ייחודיות למשתמשים הישראלים. הראיה הטובה ביותר לכך היא שלפי הטענה התובענה הייצוגית הועתקה ברובה מתביעה ייצוגית קודמת אשר הוגשה בקליפורניה, **Matthew Campbell v. Facebook, Inc** (להלן: "עניין קמפבל") בשם משתמשי פייסבוק ארצות הברית. מכאן ניתן ללמוד, כי אין מדובר בפגיעה ייחודית למשתמשי פייסבוק ישראל. עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי בשים לב להתאמתו של האתר לציבור המשתמשים הישראלים, וכן לעילות התביעה הנטענות בבקשת האישור הנשענות על החוק הישראלי, בנוסף להרתעה הממשית הקיימת בהגשת תובענה ייצוגית בקליפורניה, תניית השיפוט הזר הינה תנייה מקפחת אף אם התובענה הייצוגית עצמה הינה, כך כאמור לפי הטענה, מועתקת.
42. אין לגישת היועץ המשפטי לממשלה, בסכום התביעה הגבוה (שהינו סכומם המצרפי של כלל תביעות המשתמשים), או בעצם היות התביעה תובענה ייצוגית, כדי לבטל את הקיפוח או לסתור אותו. תובענה ייצוגית אמנם תחול בסופו של יום על ציבור רחב, אך היא מנוהלת על ידי תובע ייצוגי אחד, הנדרש לממנה והוא עשוי להיות מורתע מלהמשיך לנהל את התביעה אם זו צריכה להיות מוגשת במדינה מרוחקת. בנוסף, גישה כזו לפיה יש להחמיר בכל הנוגע לחזקות קיפוח דווקא עם תובענה ייצוגית הינה מנוגדת לתכלית העומדת בבסיס חוק התובענות הייצוגיות לפיה ביקש המחוקק להקל על תובעים ייצוגיים ולא להקשות עליהם. יפים לעניין זה הדברים שנקבעו בבג"ץ 2171/06 שני כהן נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו, 29.8.2011) בפס' 3:

"העתירות שלפנינו מעמידות לבחינת בית המשפט שורה של הוראות בחוק תובענות ייצוגיות, אשר נחקק בשנת 2006 מתוך מטרה "לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות". בפרט ביקש החוק לקדם את אלה: 'מטרת החוק 1. ... (1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים; (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו; (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין; (4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות'. כידוע, התובענה הייצוגית הינה מכשיר משפטי-דיוני המאפשר לאדם אחד או לקבוצת אנשים, אשר נזקם האישי קטן יחסית, לתבוע את המזיק בשם

כל מי שנפגע כמותם, כך שסך התביעה הכולל יהיה גבוה. באפשרה כן, מקדמת התובענה הייצוגית שורה של יעדים חברתיים וכלכליים חשובים: היא מעניקה הגנה לפרטים השונים אשר מטעמים של אי-כדאיות כלכלית, או אחרת, נמנעים מלהגיש את תביעתם האישית; היא מגבירה את אכיפת הוראות הדין העומדות ביסודה ומרתיעה מפני הפרתן בעתיד; יש בה כדי להשוות את פערי הכוחות בין הפרט הבודד לבין תאגידים וגופים עתירי ממון וכוח משפטי, המבקשים להחצין את סיכוניהם כלפי הציבור; היא מקטינה את החשש מפני הכרעות סותרות; ולבסוף, שימוש מושכל בה יכול להביא לחיסכון במשאבים שיפטיים".

43. שוני נוסף שמתקיים לעומת ענייני בוקינג ו-PayPal הוא, שלכאורה בענייננו המשתמשים לא מחויבים בתשלום והשירות שהם מקבלים הוא "חינמי". עם זאת, ניתן לטעון, כי השימוש בעמוד הפייסבוק למטרות פרסום, המניב לפייסבוק רווחים כספיים, הוא "מחיר" שאותו מקבלת פייסבוק בגין השימוש. כך או אחרת, לגישתו של היועץ המשפטי לממשלה בעובדה זו אין כדי לשנות את התוצאה.

44. נסיבה נוספת שלדעת היועץ המשפטי לממשלה, מחזקת את הקיפוח בתניית השיפוט הינה העובדה, כי מדובר בתניית שיפוט חד צדדית. כלומר, ככל שפייסבוק תרצה, היא תוכל לתבוע את הלקוחות בארץ בבית משפט בישראל. חוסר הסימטריה בעניין זה, מעיד אף הוא על פערי הכוחות בין פייסבוק לבין הלקוחות בארץ. יובהר, כי לגישת היועץ המשפטי לממשלה גם אם תניית השיפוט היתה הדדית היא היתה מקפחת, אך ללא ספק היתה חד צדדית מחזקת את הקיפוח שטמון בה.

45. לא ניתן להקל ראש בטענותיה של פייסבוק, כי קיימת פסיקה רחבה אודות כיבוד תניות שיפוט שנקבעו בין הצדדים, והכרה באינטרסים השונים של החברות הבין-לאומיות כלגיטימיים (ר' ע"א 5666/94 סלים סנקרי נ' Julius Blum G. M. B. H, פ"ד (4) 73, 76 (1996)). בתגובתה הפנתה פייסבוק למספר פסקי דין בהם בתי המשפט אכפו תניות שיפוט גם בחוזים צרכניים. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי הנסיבות של פסקי דין אלה אינן דומות ולכן לא ניתן להקיש מהם לענייננו. להלן תובא סקירה קצרה של מספר פסקי דין שהוצגו. ברע"א 1992/12 זפני גאולה נ' קלאב מזיטרנה (פורסם בנבו, 3.5.2012), התובעת אשר נפצעה במהלך חופשת סקי בצרפת, תבעה את חברת הסקי בארץ, וזאת בניגוד לתניית השיפוט המפורשת שנקבעה בהסכם, כי הליך משפטי בין הצדדים ינוהל בצרפת. במקרה זה נאכפה תניית שיפוט הזר, אולם, לא היה חולק כי השירות, שם, לא ניתן בארץ, אלא בחוץ לארץ והתאונה עצמה התרחשה בחוץ לארץ.

46. בנוסף, מפנה חברת פייסבוק, למספר תיקים בהם תבעו צרכנים בנקים, כאשר בחוזה מול הבנק הופיעה תניית שיפוט הקובעת כי ההתדיינות תהיה בחוץ לארץ. אף במקרים אלה מדובר בצרכנים, אשר ניהלו חשבון או השקיעו כסף בחשבונות בארץ זרה, ועל כן במקרים אלה החליט בית המשפט, כי יש מקום לאכוף את תניית השיפוט. בנוסף יצוין, כי הפסיקה שהוזכרה על ידי פייסבוק (בין היתר, רע"א 6767/15 דיפוכס (1989) בע"מ נ' wacker chemic ag (פורסם בנבו, 29.10.2015); ע"א 5666/94 סלים סנקרי נ' Julius Blum G. M. B. H, פ"ד (4) 73 (1996)) אינה רלוונטית, שכן במסגרת פסקי דין אלה בתי המשפט לא בחנו האם תניות השיפוט הינן מקפחות לפי חוק החוזים האחידים.

47. כאמור לעיל, כאשר מדובר בחוזה אחיד לא ניתן לבחון תניית שיפוט המופיעה בו במשקפיים הרגילים בהם בוחן בית המשפט תניית שיפוט בחוזה רגיל, מאחר שלא ניתן להניח, כי בסיטואציה זו קיימת הסכמה אמתית של הלקוח. לקוחות של פייסבוק בארץ, לא נתנו את הסכמתם האמתית לתניית השיפוט המופיעה בהסכם ההצטרפות.

48. לטענת פייסבוק יש ללמוד לענייננו מקביעת בית המשפט לערעורים של בריטיש קולומביה שבקנדה בעניין Douez v. Facebook, Inc., שניתן בשנת 2015 (19/6/2015) BCCA 279 (2015) (להלן: "עניין דואז"), הנזכר בפסק דינו של בית המשפט קמא.

49. במקרה זה התבררה תביעה דומה נגד חברת פייסבוק ובמסגרתו טענה פייסבוק, כי קיימת תניית סמכות שיפוט בחוזה הסטנדרטי שלה, לפיה סמכות השיפוט ניתנת לבתי המשפט של סנטה קלארה שבקליפורניה. בית המשפט לערעורים, שם, קיבל את טענתה של פייסבוק בקבעו, כי לפי עיקרון הטריטוריאליזם, חקיקת בריטיש קולומביה חלה רק על השטח של אותה מדינה, כך שיש לפרש את סעיף 4 לחוק הפרטיות הקנדי, המקנה סמכות שיפוט למדינה זו באופן שאינו שולל סמכות השיפוט של בתי משפט זרים. בהתאם לכך, בית המשפט פירש את סעיף 4 כסעיף המעניק סמכות בלעדית לבית משפט ספציפי בתוך בריטיש קולומביה, ולא כסעיף אשר שולל את סמכותם של בתי משפט של מדינות אחרות (פס' 48, 64 ו-65 לפסק הדין).

50. בנוסף, בפסק הדין נבחנה אנלוגיה לחוק הגנת הצרכן של בריטיש קולומביה, אשר כולל סעיף ברור לפיו תניות בחוזה צרכנות אשר שוללות את ההגנות הקבועות בחוק, נחשבות כבטלות. בית המשפט ציין, כי חוק הפרטיות אינו כולל הסדר דומה. עוד הוסיף בית המשפט, כי אין בדין הנוגע לפרטיות כל אמירה שהוא גובר על הסכמה חוזית (פס' 71-69). מקרה דואז איננו דומה למקרה שלפנינו, במובן זה שלא התקיימה במסגרתו בחינה במשקפיים של חוק החוזים האחידים והדיון התמקד בנוסח של סעיף ספציפי בחוק הפרטיות ובשאלה האם יש בו כדי לשלול הקניית סמכות שיפוט למדינה זרה. בין שיטת המשפט הישראלית לשיטת המשפט הקנדית הבדלים נוספים וממילא לא ניתן לגזור גזירה שווה מפסיקה עקרונית שניתנה שם לענייננו.

51. לאור כל האמור, היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי לא נסתרו החזקות בסעיף 4 לחוק החוזים האחידים שפורטו לעיל ועל כן תניית השיפוט הזר המופיעה בהסכם ההצטרפות הינה מקפחת.

52. ניתן אף לטעון, כי תניית השיפוט הזר עולה כדי תנאי בטל בחוזה אחיד, כאמור בסעיף 5(א) לחוק:

"תנאי בחוזה אחיד השולל או המגביל את זכות הלקוח לפנות

לערכאות משפטיות – בטל".

סעיף 5 לחוק, מדגיש את החשיבות שרואה המחוקק ביכולת הלקוח לגשת לבתי המשפט, תנאי המחייב את משתמש האתר הישראלי להתדיין בקליפורניה, תחת דין שאין הוא מכיר, בשפה שאינה שלו מגביל את אפשרותו לפנות לערכאה משפטית (ר' לוסטהויז ושפניץ, בעמ' 416-417). לנוכח המסקנה שאליה הגיע היועץ המשפטי לממשלה בדבר חזקת הקיפוח שלא נסתרה אין צורך לקבוע מסמרות ביחס ליישומו של סעיף 5 לחוק החוזים האחידים בענייננו.

53. בנוסף, תניית השיפוט הזר עולה כדי תנאי מקפח כאמור בהגדרתו בסעיף 3 לחוק. התנייה

הקובעת, כי על המשתמש הישראלי לתבוע את פייסבוק בבית דין בקליפורניה, הינה תנייה המעניקה יתרון בלתי הוגן לחברת פייסבוק המביאה, הלכה למעשה, לידי קיפוח המשתמשים.

54. יצוין, כי היועץ המשפטי לממשלה רואה חשיבות רבה בקביעת נורמות הוגנות בתחום זה של תניות שיפוט זר בחוזים אחידים, לגבי מוצרים ושירותים המופצים ללקוחות בארץ מגוריהם.

55. היועץ המשפטי לממשלה יפרט, כי גם בעבר עלתה שאלה דומה ביחס אליה התבקשה עמדתו של אחד מקודמיו בתפקיד וזאת בת"א (מחוזי תל אביב-יפו) 1919/02 **פרוור צבי ו-50 אח'** נ' **LAKE MARION GOLF ESTATES, LTD** (פורסם בנבו, 13.4.2005). במסגרת הליך לביטול היתר המצאה, התבקשה עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, וזאת בהתאם לחוק החוזים האחידים הקובע, כי יש לשמוע את עמדת היועץ המשפטי בטרם ביטול תניית שיפוט עקב היותה תנאי מקפח בחוזה אחיד. עמדת היועץ המשפטי לממשלה בתיק הייתה, כי סעיף 13 שהופיע בחוזה הרכישה בין היוזמים לבין הרוכשים הקובע, כי כל התדיינות שתהיה בין הצדדים תהיה בבתי המשפט של מחוז פולק הינו תנאי מקפח לפי החוק. עותק מעמדת היועץ המשוחזרת שהוגשה באותו הליך מצ"ב.

56. בעקבות המסקנה, כי תניית השיפוט הזר מקפחת, ולאור טענת פייסבוק כי בית המשפט איננו הפורום הנאות, נדרש בית המשפט קמא לבחון האם הפורום הישראלי הוא הפורום הנאות לדון בבקשת אישור התובענה, וזאת בהתאם למבחנים שנקבעו בפסיקה. יצוין, כי הנטל להראות, כי הפורום המקומי אינו הפורום הנאות לדון בהליך מוטל על כתפי מי שמעלה טענה זו (ר' ת"צ (מחוזי מרכז) **LinkedIn Corporation 10822-02-15** נ' **איתי לנואל** (פורסם בנבו, 9.4.2017) (להלן: "עניין לינקדין"). עוד יצוין בעניין לינקדין כי, בפסיקה מסתמנת מגמה של צמצום ההיענות לטענת "פורום לא נאות" וזאת בעקבות התפתחויות שחלו באמצעי התחבורה ואמצעי התקשורת המודרניים. בעניין לינקדין מצוטט בג"צ 8754/00 **רון נ' בית הדין הרבני הגדול פ"ד** נו(2) 625, עמ' 660 – 661 (2002), בו נקבע כי:

"... תכליתה של דוקטרינת הפורום הלא נאות היא למנוע מהנתבע ומבית המשפט הליכים שאינם יעילים באופן בולט, עקב ניהול התביעה בפורום המקומי... יחד עם זאת, הגישה המסתמנת בפסיקתנו הינה כי הערכאות בישראל לא ייטו להיענות בקלות לטענת פורום לא נאות. הטעם לכך כפול: ראשית, כפי שכבר נאמר, הכלל הוא כי משקנתה ערכאה בארץ סמכות-שיפוט, עליה להפעיל סמכותה. סטייה מכלל זה לא תעשה כדבר שבשגרה. הטעם השני הינו כי נוכח ההתפתחויות שחלו בתקשורת ובדרכי התנועה המודרניים, יינתן פחות משקל לקשייו של נתבע לבוא עם עדין לארץ אחרת. משכך – הנטייה להעתר לטענת פורום לא נאות, מצטמצמת..."

57. כך עולה, כי הפסיקה הנוהגת אינה רואה עוד בקושי של חברה זרה לקיום דיון בארץ משום בסיס להעדפת ההתדיינות בפורום הזר:

"להנחה זו, שעל-פיה בדרך כלל יטה בית-המשפט לדחות טענת פורום לא נאות, ישנו רציונל נוסף. רציונל זה מבוסס על ההתפתחויות שחלו בתקשורת ובדרכי התנועה המודרניים. בעבר, קשיים שנגרמו לנתבעים, אשר נדרשו להתדיין בפני פורום זר, היו רבים ואמיתיים. אלה נבעו הן מקשיי

הקומוניקציה והן מעלותם הרבה. בימנו, בעידן מטוסי הסילון, הטלפון הסלולרי, הפקסימיליה והאינטרנט, איבדו קשיים אלה חלק ניכר מעוצמתם, העולם כולו הולך והופך ל"כפר אחד גדול", שבו למרחקים שבינן מקום אחד למשנהו אין עוד אותה משמעות מכבידה כבעבר. להיפך, אין להפריז במשקל שניתן לקשייו של נתבע לבוא עם עדין לארץ אחרת, ומכאן גם מתבקש שהנטייה להיעתר לטענת פורום לא נאות תלך ותקטן". (רע"א 2705/97 הגבס א' סיני (1989) בע"מ נ' The Lockformer Co ואח', פ"ד נב(1) 109, 114 (1998)).

58. לצורך החלת דוקטרינת פורום לא נאות, יש להידרש לשלושה מבחנים: מבחן מירב הזיקות; מבחן הציפיות הסבירות של הצדדים לגבי מקום ההתדיינות, ומבחן השיקולים הציבוריים: "...שלושה מבחנים משמשים לצורך בחינת השאלה האם הפורום הישראלי, או שמא פורום זר כלשהו, הוא הפורום הנאות לדון בתובענה: (1) איזה פורום משפטי הוא בעל "מרב הזיקות" בנוגע לסכסוך; (2) מהן הציפיות הסבירות של הצדדים ביחס למקום ההתדיינות בסכסוך שנתגלע ביניהם; (3) שיקולים ציבוריים, והעיקרי שבהם הוא מהו הפורום שיש לו עניין אמיתי לדון בתובענה..." (ר' רע"א 2737/08 אורי ארבל נ' TUI AG (פורסם בנבו, 29.1.2009) (להלן: "עניין אורי ארבל"))).

וכן:

"... אבקש רק להוסיף לעניין טענת הפורום הלא נאות, כי הואיל ועסקינן בפסק דין במוטב תלתא, ראוי לשוב ולדעתי ליתן תוקף לתפיסה ההולכת ומשתרשת, כי משקלה של טענה זו פוחת והולך. במקום אחר (רע"א 749/05 Insight Venture Partners נ' טכנו הולד אחד (לא פורסם) נזדמן לי לומר, 'כי ככל שהגלובליזציה חודרת ליומיום העסקי והמשפטי, בשעה שצדדים שונים ביבשות שונות משתמשים בערוצי תקשורת אלקטרוניות ובאינטרנט באופן שוטף לניהול פעילותם, ושעה שאנשי עסקים מנהלים את עסקיהם בצינורות אלה ומצודתם פרושה ממקום מושבם על פני יבשות, תוך הסתייעות במסע בן יום ויומיים למדינות אחרות, יש מן ההגיון שבגישה הנוטה להמעיט במשקלה של טענת הפורום הלא נאות'... לדידי, אין הדברים מעוגנים בהתפתחויות הטכנולוגיות ובנוחות בלבד, אלא אף במבט כולל על "שדרוג" המסחר הבינלאומי. וזאת בלא שאתעלם משיקולי עומס על בתי המשפט בישראל ושיקולי ברירת דין שמעלה ד"ר קרייני בספרו השפעת הליך ברירת הדין על סמכות השיפוט הבינלאומית (תשס"ב-2002), 318. באשר לעומד על בתי המשפט, אציין כי הדעת נותנת שהתמונה הכוללת תתאזן, שעה שהליכים ייערכו פעם במדינה זו ופעם באחרת" (ר' ע"א 9725/04 אשבורן חברה לסוכנויות ומסחר בע"מ נ' CAE Electroics Ltd (פורסם בנבו, 4.9.2007)).

59. ביחס לסוגיה זו, קבע בית המשפט המחוזי, כי הפורום בישראל הוא הפורום הנאות בשל מבחן מירב הזיקות כמו גם מבחן הציפיות הסבירות, לפיו נראה כי תאגיד ענק, דוגמת פייסבוק המשווק את סחורתו במדינות שונות יכול וצריך לצפות כי הוא עלול להיתבע באחת מן

המדינות בהן הוא פועל. יפים לענייננו הדברים שנקבעו בעניין אורי ארבל:
"... ככל שהיקף הסחר בין גופים בינלאומיים לבין עצמם ובינם לבין פרטים במדינות שונות גדל, הציפייה הסבירה של אותם גופים היא כי הם עלולים להיתבע באחת מן המדינות בהן הם פועלים. גוף מסחרי אשר פועל מול גורמים שונים בעולם לוקח במסגרת שיקולי הכדאיות הכלכליים לפעילותו במדינה פלונית את הסיכון כי ייתבע בה לדין. הדברים נכונים הן באשר לחברות בינלאומיות הפועלות בישראל והן באשר לחברות ישראליות הפועלות בחו"ל... במקרה שלפניי המשיבה 1 הינה קונצרן תיירות בינלאומי אשר משווק שירותי תיירות למקומות שונים בעולם ומשכך, סבורני כי לנוכח נפח הפעילות הבינלאומי הגדול שאותו מנהלת המשיבה 1 הסיכון כי תתבע לדין באחת מן המדינות בהם היא פועלת הינו צפוי". (שם, בפסקה 19).

יפים לענייננו גם הדברים הבאים:

"בעידן ה"כפר הגלובלי", המאופיין בעיקר בשימוש ברשת האינטרנט, אין עוד מקום לגישה, לפיה "הולך התובע אחר הנתבע" ועל תאגידי ענק המספקים את שירותיהם לרחבי העולם באמצעות האינטרנט לקחת בחשבון אפשרות כי יתבעו לדין במקום מושבם של הצרכנים הטוענים לפגיעה כתוצאה משירות זה, כאשר זהותם ברורה וידועה להם. משכך, אין לקבל את טענת המבקשות לפיה הפורום הישראלי אינו הפורום הנאות לדון בהליך". (לינקדין, פס' 87).

60. על קביעותיו של בית המשפט קמא, כי בית המשפט בישראל הוא פורום נאות לבירור התובענה לא הוגש ערעור על ידי חברת פייסבוק ועל כן נראה כי אין צורך לדון ולגבש עמדה ביחס אליהן.

ד. תניית ברירת הדין

61. בסעיף 16.1 להסכם ההצטרפות נקבע, כי כל תביעה נגד פייסבוק תתברר לפי הדין הקליפורני.
62. בית המשפט קמא לא קיים דיון נפרד לשני חלקיה של תניית השיפוט אלא קיים לגביה דיון אחד, כשמסקנתו היתה שהתנייה הינה מקפחת. כך, בפסקה 28 המסכמת את הדיון בסוגיית הקיפוח צויין, כי: "חזקת הקיפוח שבעצם תניית השיפוט וברירת הדין לא נסתרה. בשים לב לכל תנאי החוזה, התניה גם מעניקה יתרון בלתי סביר לספק. על כן אני קובעת כי מדובר בתנייה מקפחת שדינה להתבטל". בפסקה 26 מציין בית המשפט המחוזי וגם מכך ניתן ללמוד כי הוא קיים את בחינת הקיפוח ביחס לתניית השיפוט על שני חלקיה, כי: "ממילא אין בעובדה כי השירות ניתן בחינם כדי להקנות לה חסינות מהתדיינות בישראל, על פי הדין הישראלי".
63. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, ניתן גם לבחון את חזקת הקיפוח ביחס לכל אחד מחלקיה של תניית הקיפוח – ברירת הדין ומקום השיפוט בדיון נפרד. נפנה עתה לדון בתניית ברירת הדין.
64. יובהר, כי שני חלקי התנייה – דיון בבית משפט זר ולפי דין זר – יוצרים יחדיו הרעתה משמעותית ועולים כדי קיפוח. לצד זאת, לגישת היועץ המשפטי לממשלה, גם תניית ברירת הדין הזר כשלעצמה – מקימה קיפוח, כמפורט להלן.

65. בחינת הקיפוח בתניית ברירת הדין יכולה להיעשות הן לפי סעיף 4(8) והן לפי סעיף 3. בשני סעיפים אלה ידון היועץ המשפטי להלן.

66. חזקת הקיפוח העולה מסעיף 4(8) לחוק, מתייחסת לקיפוח ביחס לתנאי השולל או מגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסויימות בערכאות המשפטיות. לפיכך חזקה זו תתקיים כאשר יוכח, כי במסגרת התובענה הייצוגית דן לא ניתן יהיה להעלות טענות ועילות מסויימות אם התיק יתברר לפי הדין בקליפורניה. חזקה זו מחייבת בירור עובדתי וטעונה הוכחה. בענייננו לא הוגשה חוות דעת לעניין הדין בקליפורניה ולכן היועץ המשפטי לממשלה לא ינקוט עמדה ביחס לקיומו של קיפוח לפי חזקה זו.

67. עתה תיבחן חזקת הקיפוח לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים שלפיו בית המשפט יבטל תנייה אם יש בה משום יתרון בלתי הוגן לספק. הדין בקליפורניה, שלפיו מעוניינת חברת פייסבוק לברר את התובענה הייצוגית, הוא הדין שהיא מכירה ומעדיפה, וככל הנראה מקיימת לפיו את עסקיה. בירור לפי דין זה עשוי להעניק לה יתרון משמעותי על פני צרכנים ממדינה אחרת שאינם פועלים לפי דין זה ואינם מכירים את הדין הקליפורני. זאת ועוד, ניהול התיק על פי הדין הזר עלול להרתיע תובע, שכן הדבר מחייב לימוד עקרונית של שיטה משפטית זרה ולא מוכרת ומביא להגדלת העלויות שלו בבירור הסכסוך. בענייננו, כאשר מתקיים פער כוחות כה משמעותי ובשים לב לכל יתר נסיבות העניין, ניהול התיק לפי הדין הזר שנבחר על ידי החברה צפוי להעניק לה יתרון נוסף. לחברה בין-לאומית גדולה הבוחרת להרחיב את עסקיה באופן גלובאלי ולקיים את עסקיה במדינת ישראל, קיימת יכולת משפטית וכלכלית לברר סכסוכים בבית משפט בישראל על פי הדין הישראלי. יכולת שאיננה מתקיימת בהכרח כשמדובר בצרכניה של חברה זו.

68. אף אם כוונת תניית ברירת הדין הייתה לגדור סיכונים, הרי שניתן לצפות כי חברה בין-לאומית גדולה תהיה ערוכה לבירור משפטי גם לפי הדין המקומי שחל במדינות אליהן היא מבקשת לספק את השירות.

69. במישור הבין-לאומי יצוין, כי עקרונית האג לברירת דין בהתקשרויות בין-לאומיות, אשר אומצו על-ידי ועידת האג למשפט בין-לאומי פרטי (ארגון בין-לאומי בין-ממשלתי בו חברות ארצות הברית וישראל), בשנת 2015 ונועדו לשקף מוסכמות בין-לאומיות ביחס לתחולת דין זר בהתקשרויות בעלות אופי בין-לאומי, מחריגים מתחולתם חוזים צרכניים, כאמור בס' 1 לעקרונית:

"1. These Principles apply to choice of law in international contracts where each party is acting in the exercise of its trade or profession. They do not apply to consumer or employment contracts." (ההדגשות של הח"מ).

70. דברי ההסבר שנלווים לעקרונית מצביעים על גישה דומה לגישה שהתבטאה ביחס לתניות שיפוט במישור הבין-לאומי, קרי הצורך בהגנה על צרכנים מפני תחולת המסגרות הרגילות של כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי. ראו להלן בעמ' 30 למסמך העקרונית:

"I.10. Non-commercial contracts are excluded from the scope of application of the Principles. In particular, and to avoid any

doubt, Article 1(1) explicitly excludes consumer and employment contracts.... This exclusion is justified by the fact that the substantive law of many States subjects consumer and employment contracts to special protective rules from which the parties may not derogate by contract. These rules are aimed at protecting the weaker party – consumer or employee – from an abuse of the freedom of contract and this protection extends to private international law where it appears as an exclusion or limitation on party autonomy...." (ההדגשות של הח"מ).

71. לכן סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי מכלול נסיבות העניין והחוזה הקונקרטי מטים את הכף לטובת המסקנה כי יש גם בתניית ברירת הדין כדי לקפח את המשתמשים הישראלים ביחס לעילות הנתבעות במסגרת התובענה הייצוגית דנן.

72. באשר לשאלה מהו הדין החל על החוזה, בהתקיים קיפוח ביחס לתניית ברירת הדין, יצוין כי ככלל, ברירת הדין נקבעת בהתאם למבחן מירב הזיקות (ר' בג"ץ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, (פורסם בנבו, 10.10.2007) (להלן: "עניין קו לעובד").

73. בפסק הדין בעניין קו לעובד התקיים דיון מעמיק בנוגע לברירת הדין במשפט הפרטי הישראלי והדברים שנקבעו באותה פרשה, אף שאינם מתייחסים לברירת הדין במקרה של "תנאי מקפח" יפים גם לענייננו, לפיהם במהלך השנים:

"נשחק קמעה מעמדה של הגישה הטריטוריאלית, אשר מילאה תפקיד מרכזי בעיצוב כללי ברירת הדין במשפט המקובל ובמשפט הקונטיננטלי עד למחצית המאה העשרים, וזאת בשל נוקשותה של גישה זו ובהתחשב בכך שלעיתים, הקשר של החוזה לטריטוריה מסוימת, דוגמת מקום כריתת החוזה, איננו רב-משמעות (ראו גם קרייני, בעמ' 51-52). דוגמאות מרכזיות לגישה המודרנית הגמישה ניתן למצוא בסעיפים 3 ו-4 לאמנת רומא משנת 1980 (EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, 1980, להלן: אמנת רומא), המציעים הסדר ברירת דין בחוזים עבור מרבית מדינות היבשת ואנגליה; ובסעיפים 6, 186-188 ל- Restatement of the Law (Second), Conflict of Laws (להלן: RESTATEMENT), המסדירים את כללי ברירת הדין בחוזים במשפט האמריקאי (וראו גם DICEY & MORRIS ON THE CONFLICT OF LAWS 1195-1250 (Lawrence Collins ed., 13th ed, 2000) (להלן: DICEY & MORRIS)).

מעיון בכללים אלה מסתמנת מגמה משפטית ברורה לפיה בהיעדר הסכמה של הצדדים, בדבר הדין שיחול על החוזה, יחול על כל נושא או הוראה ספציפיים בחוזה דין המדינה שלה מירב הזיקות לאותו נושא. אמנם במסגרת משטר אמנת רומא וה- Restatement נודעת משמעות ממשית לזיקה

הטריטוריאלי, אך המגמה הכללית העולה גם ממסמכים אלו, היא כי "מרכז הכובד" של היחסים המשפטיים יוכרע על סמך שקלול מכלול הזיקות של החוזה, כשהמדינה בעלת הזיקה האמיצה ביותר לסכסוך נתון תקבע כמדינת הדין. מגמה זו מאפשרת להחדיר מימד של גמישות להליך ברירת הדין, ובכך להעניק, מצד אחד, לבית-המשפט מרחב של שיקול-דעת בברירת הדין, ולמנוע, מצד אחר, פעולת בחירה מכאנית באופייה" (פס' 15 לעניין קו לעובד).

74. כך או אחרת, חברת פייסבוק ביקשה למקד את ערעורה רק בקביעותיו של בית המשפט קמא בעניין קיומו של קיפוח ולכן לא ערערה על קביעותיו, כי מירב הזיקות נתונות לדין הישראלי ולכן תתברר התביעה לפי הדין הישראלי בבית משפט בישראל.

ה. סיכום

75. תכליתו של חוק החוזים האחידים הינה לגשר על פער בין שני הצדדים לחוזה, אשר ביניהם פערי כוחות משמעותיים. לדעת היועץ המשפטי לממשלה ראוי לקבוע, כי גם כאשר הפגיעה בצרכנים הישראלים נעשית על ידי גופים בין-לאומיים, בית המשפט יבחן בשים לב למכלול נסיבות העניין האם מתקיים קיפוח בהתאם לחוק. נראה שגישה זו מקבלת ביטוי גם במישור הדין הבין-לאומי, כפי שעולה מההחלטות חוזי צרכנות מתחולתם של הסדרים בין-לאומיים מהעת האחרונה בעניין תניות שיפוט וברירת דין זרות.

76. הסוגיה הנידונה בתיק זה עולה חדשות לבקרים בבתי המשפט הישראליים, כאשר חברות בין-לאומיות הפונות לקהל בין-לאומי (ענייני פיפאל, בוקינג ולינקדין שנזכרו לעיל) מוסיפות לחוזים תניות שיפוט המגבילות את יכולת הצרכנים לשמור על זכויותיהם. הפסיקה בבתי המשפט המחוזיים בתיקים אלה קבעה, כי תניות אלו עולות כדי תנאי מקפח בחוזה אחיד. מסקנה זו ראויה לאור הרציונליים של חוק החוזים האחידים, המושתתים על פער הכוחות המובנה בין הצדדים. לחברה בין-לאומית הפותחת סניף במדינה חדשה יש אפשרות לגדר את הסיכונים שלה ואף לתמחר אותם, וזאת בשונה מהצרכן.

77. תניית השיפוט המופיעה בהסכם ההצטרפות של חברת פייסבוק עשויה להרתיע את המשתמשים הישראליים מפני מימוש זכויותיהם ועל כן היא מקפחת כפי שפורט לעיל.

אשר על כן עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה היא, כי תניית השיפוט המופיעה בהסכם ההצטרפות הינה מקפחת לפי חוק החוזים האחידים.