

### מעקב אחר פסיקה לתאריכים 24.5.18 – 1.6.18

רע"א 5860/16 Facebook Inc נ' אוהד בן חמו (פורסם בנבו 31.5.18) ערכאה: ביהמ"ש העליון מפי הנשיאה אסתר חיות:

בית המשפט העליון, מפי הנשיאה אסתר חיות, פסק כי תביעות של ישראלים כנגד חברת פייסבוק אירלנד יתבררו בבתי המשפט בישראל על פי הדין המהותי של מדינת קליפורניה ואילו תביעות של ישראלים כנגד פייסבוק ארה"ב יידונו בישראל על פי דיני ישראל.

ברקע להחלטה זו עומדת בקשה לאישור תובענה כייצוגית,<sup>1</sup> שהוגשה כנגד החברות פייסבוק אירלנד ופייסבוק ארה"ב בשנת 2014, בטענה שאלה קוראות ללא רשות הודעות פרטיות ששולחים משתמשי פייסבוק אחד לשני ואף עושות בהן שימוש מסחרי. נטען כי החברות הפרו את הוראות חוק הגנת הפרטיות<sup>2</sup> בנוגע לניהול ורישום מאגרי מידע וכי הן פוגעות בזכויותיהם של קטינים המשתמשים בפייסבוק.

החברות עתרו לבית המשפט המחוזי לסילוק בקשת האישור על הסף. זאת בטענה כי לאור סעיף 15(1) להסכם תנאי השימוש בין ובין המבקש,<sup>3</sup> הקובע תניית שיפוט לפיה סכסוכים בין החברה למשתמשיה יידונו בבית המשפט בקליפורניה, על בתי המשפט בישראל להימנע מלדון בה. בית המשפט המחוזי, מפי השופטת שטמר, דחה את בקשת הסילוק,<sup>4</sup> בקבעו כי תנאי השימוש מהווים חוזה אחיד וכי תניית השיפוט שבסעיף 15(1) לתנאי השימוש מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד.<sup>5</sup> המשיבות הגישו בקשת רשות ערעור על החלטה זו. בדיון שהתקיים בבקשה ביום 24.5.2017 הגיש היועץ המשפטי לממשלה עמדה בהליך, התומכת בהחלטת בית המשפט קמא.

בפתח ההכרעה בערעור, קבעה הנשיאה כי תנאי השימוש תקפים רק ליחסים שבין המבקש ובין פייסבוק אירלנד (להלן: פייסבוק) ואין להם תוקף ביחסיו עם פייסבוק ארה"ב. זאת, לאור בחינה של סעיף 18(1) לתנאי השימוש.<sup>6</sup> בהמשך, הנשיאה חיות קבעה שהתנאים שמשתמשי פייסבוק נדרשים להסכים להם מהווים חוזה אחיד וכי המסגרת הנורמטיבית להכרעה בבקשת הסילוק היא חוק החוזים האחידים. הנשיאה שרטה תהליך דו-שלבי – ראשית, יש לקבוע האם סעיף 15(1) לתנאי השימוש קובע תנאי מקפח בחוזה אחיד. במקרה שייקבע כי אכן מדובר בתנאי מקפח, עוברים לשלב השני, בו יש להכריע מה דינו של התנאי המקפח המצוי בסעיף (ביטול או שינוי של התנאי). היות והתנאי המדובר נוגע למקום שיפוט, הרי שחלה עליו חזקת הקיפוח ולכן על פייסבוק אירלנד לסתור חזקה זו.<sup>7</sup>

לצורך בדיקת האפשרות לסתור את חזקת הקיפוח, נדרשה הנשיאה למבחן ההרתעה שנקבע בעניין מפעל הפיס.<sup>8</sup> לפי מבחן זה, כדי להחליט אם תניית מקום שיפוט בחוזה אחיד היא מקפחת, יש לבחון האם תנייה זו מרתיעה את החותמים על החוזה מלנקוט בהליכים משפטיים. במסגרת בחינה זו, קבעה הנשיאה שלא

<sup>1</sup> רע"א 5860/16 Facebook Inc נ' אוהד בן חמו (פורסם בנבו 31.5.15).

<sup>2</sup> חוק הגנת פרטיות, תשמ"א 1981, סימן א' לחוק – רישום מאגר מידע והשימוש בו

<sup>3</sup> סעיף 15(1) לתנאי השימוש מורה כי כל סכסוך בין המשתמשים בפייסבוק ובין המבקשות בנוגע לתנאי השימוש או לפייסבוק יוכרע בבית משפט בקליפורניה ועל פי דיני מדינת קליפורניה.

<sup>4</sup> תצ (מרכז) 46065-09-14 אוהד יחיאל בן חמו נ' Facebook Inc (פורסם בנבו 10.6.16).

<sup>5</sup> ס' 3 לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג 1982.

<sup>6</sup> סעיף 18(1) לתנאי השימוש של פייסבוק מדגיש כי יחסיהם המשפטיים של משתמשי פייסבוק הם מול פייסבוק אירלנד. אין התייחסות לפייסבוק ארה"ב.

<sup>7</sup> ס' 4(א) לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג 1982.

<sup>8</sup> ראה לעניין: רע"א 188/02 מפעל הפיס נ' כהן, פ"ד נז(4) 473 (פורסם בנבו 2.6.2003) המשיבים, שהפעילו דוכני מכירה של המבקש, הגישו תביעה בבית המשפט המחוזי בבאר שבע נגד המבקש. המבקש הגיש בקשה להעברת הדיון לבית המשפט בתל-אביב-יפו בהסתמך על תנייה בהסכם שבו התקשר עם המשיבים. כדי לקבוע אם התנייה מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד, קבע ביהמ"ש העליון שהמבחן שיש להפעיל הוא מבחן ההרתעה מפני מימוש זכויות. מבחן זה מחייב פגיעה מהותית בזכות להתיינות משפטית. החלטת מבחן זה במקרה דנן הביאה למסקנה כי התנייה שבהסכם שבין המבקש לבין המשיבים אינה בלתי סבירה.

ניתן להתעלם ממאפייניו הייחודיים של ההליך הייצוגי בו בחר המשיב. הנשיאה התייחסה לפסק הדין בעניין ברזני,<sup>9</sup> שם הודגש כי התובענה הייצוגית משנה את מאזן הכוחות בין הצרכנים והעוסקים ועשויה להניב תועלת כלכלית משמעותית למי שיזם אותה. לפיכך, ניתן תמריץ לנקוט בה למרות הקשיים שנוגעים למקום השיפוט ולברירת הדין. הנשיאה סיכמה, כי מטעמים אלו נראה שככל שהדבר נוגע למבחן ההרתעה, יש מקום להבחין בין לקוחות הנוקטים בהליך ייצוגי ללקוחות הנוקטים בהליך שאינו ייצוגי.

על אף הבחנה זו ולמרות העובדה שמדובר הליך ייצוגי, קבעה הנשיאה כי פערי הכוחות העצומים בין פייסבוק והמשתמשים הישראלים ברשת החברתית נותרים גדולים. לשיטתה, בנסיבות העניין, יש להניח כי גם תובע ייצוגי יירתע מלנהל הליך משפטי בחו"ל בשל המשאבים הרבים הכרוכים בכך. ראייה למסקנה זו היא חוסר יכולתה של פייסבוק להציג ולו מקרה אחד של ישראלי אשר נקט בהליך ייצוגי כנגדה מחוץ לגבולות המדינה. לפיכך, קבעה הנשיאה שמבחן ההרתעה מתקיים והסיקה בהתאם שסעיף 15(1) מהוה תנאי מקפח בחוזה האחיד מול פייסבוק.

הנשיאה בחרה שלא להתערב במסקנת בית המשפט קמא, לפיה העובדה שפייסבוק מספקת שירותים בחינם אינה מקנה לה חסינות מפני תביעה בישראל. בהמשך, ניסתה פייסבוק לסתור את חזקת הקיפוח בטענה שאין ביכולתה להתדיין עם כל אחד ואחד מלקוחותיה במדינתו, שכן מדובר במיליארדי לקוחות. הנשיאה דחתה טענה זו בשל היעדר ראיות התומכות בה. בנוסף, הדגישה את היעדר האיזון בין חברת פייסבוק, שהיא בעלת אמצעים וידע עצום, לבין לקוחותיה. לשיטתה, העדפת פייסבוק בבחירת מקום ההתדיינות תיצור מצב בלתי מאוזן.

ביחס לתנייה השנייה, הנוגעת לברירת הדין, קבעה הנשיאה כי לא עלה בידו של המבקש להוכיח כי תנייה זו באה בגדר אחת מחזקות הקיפוח הקבועות בחוק חוזים אחידים, ועל כן הנטל עליו להוכיח שהתנאי מקפח. עוד הוסיפה, ששיטת המשפט בקליפורניה היא בעלת מאפיינים דומים לשיטת המשפט בישראל ונחשבת מהמתקדמות בעולם בתחום התובענות הייצוגיות. גם השפה האנגלית, שמובנת לרוב תושבי ישראל, הופכת שיטת משפט זו לנגישה. לכן יש להניח שאדם המבקש לנהל תובענה ייצוגית על סך 400 מיליון דולר, לא יירתע מתניית ברירת הדין שמפנה לשיטת המשפט בקליפורניה, ובהתאם זוהי איננה תנייה מקפחת.

על סמך מסקנותיה שלעיל, פנתה הנשיאה לשלב השני ביחס לתניית השיפוט המקפחת. הנשיאה פסקה שאין מנוס אלא להורות על ביטולה של תנייה זו. המסקנה מהדברים היא שעל הצדדים לברר בישראל את בקשת האישור ככל שהיא נוגעת לפייסבוק אירלנד, על פי הדין המהותי של מדינת קליפורניה. באשר לפייסבוק ארה"ב – משנקבע כי תנאי השימוש אינם חלים ביחסים בין החברה ובין המבקש, יש לברר את בקשת האישור לגביה בישראל ועל פי דיני ישראל.

שאלת נפקותן של תניות שיפוט זר, אשר נכללות בחוזים בין משתמשים ישראלים ותאגידי ענק שפועלים בישראל, נדונה לא אחת במסגרת תובענות ייצוגיות בבתי המשפט בארץ. פסיקה זו צפויה לחזק את המגמה שניכרת בפסיקה, אשר רואה בתניות אלה תניות מקפחות בחוזה אחיד. דוגמא למקרה נוסף הממחיש את המגמה הוא הבקשה לאישור תובענה ייצוגית שהוגשה כנגד חברת בוקינג בטענה של פרסום מטעה של דירוג המלון.<sup>10</sup> חברת בוקינג טענה שיש לבטל את היתר ההמצאה מחוץ לתחום השיפוט שלה,

<sup>9</sup> דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385 (פורסם בנבו 11.8.03).

<sup>10</sup> תצ (ת"א) 40940-10-16 ליבי דאון נ' BOOKING.com B.V (פורסם בנבו 30.10.16). התובעת טענה כי הנתבעים פרסמו מלון מסוים כבעל דירוג של חמישה כוכבים ובכך הטעו אותה ואת ציבור הצרכנים ופעלו בניגוד לדין. בד בבד עם הגשת הבקשה והתביעה, הגישה התובעת בקשה להיתר המצאה מחוץ לתחום השיפוט לבוקינג, אשר מושבה בהולנד. ביום 1.1.17 התקבלה הבקשה ונקבע בין היתר, כי התביעה היא תביעה הראויה לטיעון ומעוררת שאלה שיש מקום לדון בה.

אשר ניתן בשלב ראשוני של ההליך. בהחלטתו מיום 10.12.17,<sup>11</sup> דחה השופט נפתלי שילה את הבקשה וקבע שקיים סיכוי סביר שתניית השיפוט הזר בחוזה מול בוקינג מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד. החלטה זו תקבל משנה תוקף לאור פסיקת העליון, כמו גם החלטתה של השופטת מיכל עמית-אניסמן בתביעה שהוגשה כנגד חברת לינקדין בטענה של פגיעה בפרטיות.<sup>12</sup> השופטת עמית-אניסמן הגיעה להכרעה דומה, לפיה מתקיימת עילת המצאה מחוץ לתחום השיפוט של חברת לינקדין.<sup>13</sup> השופטת הסבירה שתאגידי ענק המספקים שירותים בצורה גלובאלית צריכים לקחת בחשבון אפשרות שייתבעו במקום מושבם של צרכני השירות.

ת"צ (ת"א) 10202-08-17 דביר אינדיג נ' ווייז מוביל בע"מ (פורסם בנבו 24.5.18) ערכאה: ביהמ"ש המחוזי בתל-אביב יפו מפי השופטת רחל ברקאי:

בית המשפט המחוזי בתל-אביב יפו, מפי השופטת רחל ברקאי, אישר בקשת הסתלקות מתוגמלת מתובענה ייצוגית כנגד חברת Waze, שעניינה בטענה להפרת פרטיות המשתמשים באפליקציה שמפעילה החברה.<sup>14</sup> על פי הטענה, החברה לא יידעה את לקוחותיה כי פרטי המיקום שלהם נמסרים לאנשים אחרים, בזמן השימוש באפליקציה. הפגיעה הנטענת בפרטיות נגרמה למשתמשים שנרשמו לאפליקציה עם חשבון הפייסבוק שלהם ומידע הנוגע למיקומם נמסר לחבריהם בפייסבוק. לטענת המבקש, העברת המידע בוצעה בניגוד למצג שמציגה הנתבעת ללקוחותיה, לפיו פרטי מיקומם לא ייחשפו.

הקבוצה המיוצגת בתובענה הוגדרה ככוללת את כל לקוחות המשיבה אשר פרטיותם נפגעה על ידה, בנסיבות הנ"ל. התובענה התבססה על פריט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות<sup>15</sup> ובה נטען שהמשיבה לא הביאה לידיעת משתמשי האפליקציה את האפשרות להפעילה במצב "בלתי נראה", אשר מונע מאחרים לצפות בפרטי המיקום של המשתמש. המבקש דרש סעד של פיצוי כספי ובנוסף, ביקש שורה של צווים אשר יחייבו את המשיבה לבצע שינויים במדיניות הפרטיות באפליקציה שלה. שינויים אלה מטרתם להבטיח את פרטיותו של המשתמש באופן שגילוי מיקומו ייעשה רק לאחר שבחר באפשרות זאת באופן יזום.

המשיבה מצידה טענה כי היא מקפידה על פרטיות המשתמשים ולפיכך קיימת האפשרות להשתמש באפליקציה במצב "בלתי נראה". בנוסף, חלקה על טענת הפגיעה בפרטיות ביחס לאדם אשר בוחר לעשות שימוש באפליקציית וויז. זאת, משום שהאפליקציה מבוססת על רעיון של שיתוף מידע בין חברי הקהילה. לסיכום, טענה המשיבה שחלק ניכר מחברי הקבוצה הנטענת אינם סבורים כלל שפרטיותם נפגעה. בשל כך,

<sup>11</sup> תצ (ת"א) 40940-10-16 B00KING.com B.V ליבי זאון (פורסם בנבו 10.12.17). בהחלטתו, קבע השופט כי העובדה שקיימת בתנאי השימוש באתר תניית שיפוט זר הן ביחס לדין והן למקום השיפוט, לא מלמדת כי לא קיימת לתובעת עילת תביעה רצינית כנגד בוקינג. ייתכן כי מדובר בתנאי מקפח שדינו להתבטל. נקבע כי על חברות רב לאומיות כגון בוקינג, לקחת בחשבון כשהן פועלת בישראל בהיקף כה נרחב, כי הן יצטרכו להתמודד עם תביעות משפטיות ועליהן לתמחר סיכון זה בפעילותיהן.

<sup>12</sup> תצ (מרכז) 10822-02-15 איתי לוניאל נ' LinkedIn Corporation (פורסם בנבו 4.2.15). בבקשת האישור נטען כי המשיבה, המפעילה רשת חברתית בתחום המקצועי, שולחת בניגוד להתחייבותה שתי הודעות דואר אלקטרוני נוספות מעבר לאישור חד פעמי שניתן במהלך ההרשמה, לאנשי הקשר של החבר הנרשם, ללא קבלת רשותו. עוד טוענים המשיבים, כי בניגוד להתחייבותה המפורשת של LinkedIn היא אוגרת מידע פרטי של המשתמש ושומרת אותו במאגריה.

<sup>13</sup> תצ (מרכז) 10822-02-15 LinkedIn Corporation נ' איתי לוניאל (פורסם בנבו 9.4.17). בהחלטתה הדגישה השופטת כי תובענה המבוססת על משלוח דואר אלקטרוני לנמען ישראלי, אשר נטען לגבי השולח כי הוא מפר חוק ישראלי, באה בגדרה של תקנה (7) 500 לתקנות סדר דין אזרחי (תנאים להמצאה מחוץ לתחום השיפוט). בנסיבות העניין, הבקשה לאישור התובענה הייצוגית מגלה עילת תביעה לכאורה ומעוררת "שאלה רצינית שיש לדון בה". זאת, כאשר קיימת זיקה ברורה למדינת ישראל והיא הפורום הנאות. בעידן ה"כפר הגלובלי", על תאגידי ענק המספקים את שירותיהם לרחבי העולם באמצעות האינטרנט לקחת בחשבון אפשרות כי יתבעו במקום מושבם של הצרכנים הטוענים לפגיעה כתוצאה משירות זה, כאשר זהותם ידועה להם. עוד קבעה השופטת כי יש לראות בתנייה בדבר מקום השיפוט והדין החל, המופיעה בהסכם השימוש, משום תניה מקפחת בחוזה אחיד.

<sup>14</sup> תצ (ת"א) 10202-08-17 דביר אינדיג נ' ווייז מוביל בע"מ (פורסם בנבו 6.8.17).

<sup>15</sup> חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006.

יידרש הליך בירור עובדתי פרטני לצורך קביעת מספר המשתמשים שנכללים בקבוצת התביעה. על כן, לשיטתה הליך זה אינו מתאים להתברר במסגרת תובענה ייצוגית.

בהמשך, הודיעה המשיבה כי שינתה את תוכנת האפליקציה, כך שמצב "בלתי נראה" יישאר פעיל עד לביטולו בידי המשתמש. בנוסף, עדכנה את המבקש כי בכוונתה לערוך שינויים באופן שילוב האפליקציה עם רשתות חברתיות אחרות, כך שהטענות עליהן הלין המבקש לא תהיינה קיימות עוד כפי שנוסחו בתביעה. בעקבות שינויים אלה, הגיע המבקש למסקנה כי הושגה מטרת ההליך. לפיכך, הגישו הצדדים בקשת הסתלקות מתוגמלת, בה עתרו להסתלקות ללא פרסום וללא החלפת תובע.

בהחלטתה, בחנה השופטת את אופן מיצוי ההליך וכן את השינויים להם התחייבה הנתבעת. לאור אלה, הגיעה למסקנה שיש לאשר את בקשת ההסתלקות.

השופטת בחנה את סוגיית הגמול לתובע המייצג ובא כוחו במקרה של הסתלקות.<sup>16</sup> לפי תיקון 10 לחוק, ביהמ"ש נדרש לשני שיקולים בטרם יאשר טובת הנאה לתובע לפני שאושרה התובענה הייצוגית – האם התובענה גילתה עילת תביעה לכאורה, והאם התובענה הביאה תועלת מסוימת לחברי הקבוצה. השופטת הסבירה כי תכלית ההוראה הינה להבטיח כי תובע ובא כוחו יתוגמלו רק כנגד תועלת ממשית שהושגה לחברי הקבוצה בעצם הגשת התביעה.<sup>17</sup> ביחס לשיקול הראשון, קבעה השופטת כי התובע הניח תשתית לקיומה של עילת תביעה לכאורה. השופטת המשיכה וקבעה כי גם שיקול התועלת לקבוצה מתממש, בעקבות השינויים שנעשים באפליקציה בכדי למנוע את הפגיעה בפרטיות. השופטת התייחסה גם לגובה הגמול המבוקש למבקש ובא כוחו,<sup>18</sup> באמרה כי מדובר בדרישה לסכומים שהינם על הסקאלה הגבוהה לפסיקת גמול בהסתלקות. למרות זאת ולנוכח ההישג המשמעותי שנעשה לטובת משתמשי האפליקציה, בחרה לאשר את הגמול.

בפסיקתו במקרה עידן לוי נ' פסטה נונה,<sup>19</sup> דן השופט יצחק ענבר בחסרונותיהן של בקשות הסתלקות מתוגמלות מתובענות ייצוגיות העוסקות באופן סימונם של מוצרי מזון. באותו עניין דובר בחמש בקשות שונות להסתלקות מתוגמלת, אשר לכולן קווי מתאר דומים. בכל המקרים הוגשו בקשות ההסתלקות לפני שהמשיבות הגישו תשובה לבקשות האישור, ולאחר שהמשיבות הודיעו כי ישנו את סימון המוצרים נשוא התביעה. בהחלטתו, הדגיש השופט ענבר את חסרונותיהם של הסדרי הסתלקות מתוגמלת וזקיקהם הגבוהים. השופט הסביר ששכיחותם הגוברת מכרסמת בתכליות חוק תובענות ייצוגיות ומכבידה על הנתבעים ועל ביהמ"ש שלא לצורך. ראשית, הדגיש השופט את החשש מפני תביעות סרק, בהן יעדיף הנתבע לשלם טובת הנאה לתובע, בכדי לסיים את ההליך ולהימנע מהסיכון הכרוך בו. בהמשך פירט השופט כי גם במקרים בהם התובענה מבוססת, ישנו חשש מאישור הסתלקות מתוגמלת. זאת בשל האפשרות לבעיית נציג, שתתבטא בהסתלקות התובע עקב רצונו לגרוף טובת הנאה מהנתבע, וזאת מבלי למצות כראוי את זכויותיהם של חברי הקבוצה. בסיכום דבריו ציין השופט כי על אף האמור, ניתן להעלות על הדעת מקרים בהם יתרונותיו של הסדר הסתלקות מתוגמלת, המסדיר את התנהלותו העתידית של הנתבע, עולים על חסרונותיו.

<sup>16</sup> [חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006](#), סעיף 16(א)

<sup>17</sup> ראה לעניין: [דברי ההסבר לחוק תובענות ייצוגיות](#). מוסבר כי מטרתו של סעיף 16(א) היא למנוע עשיית שימוש בבקשה לאישור ותובענה הייצוגית כאמצעי להפקת רווח אישי ללא תועלת לקבוצה.

<sup>18</sup> הגמול המבוקש למבקש - 24,000 ש"ח. שכר טרחה המבוקש לבאי כוח המבקש - 70,000 ש"ח.

<sup>19</sup> [תצ \(ת"א\) 1469-02-13 עידן לוי נ' פסטה נונה בע"מ](#) (פורסם בנבו 26.11.14).