

בעניין

1. Facebook Inc.

2. Facebook Ireland Ltd.

שתיהן על ידי ב"כ עוה"ד הרצוג, פוקס, נאמן ושות'
מבית אסיה, רחוב ויצמן 4, תל-אביב 64239
טל': 03-6922020; פקס': 03-6966464

המבקשות

- נ ג ד -



אוהד בן חמו

על ידי ב"כ ממשרד עמית מנור - יוקי שמש, עורכי דין
ו/או גרגורי פאוסט קורצ'מני
ממגדל "המוזיאון" רח' ברקוביץ 4 תל-אביב 6423806
טל: 03-6075001; פקס: 03-6075029

תשובה לבקשת רשות ערעור

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד, מתכבד המשיב להגיש תשובה לבקשת רשות הערעור שהגישו המבקשות (על החלטת כ"ב השופטת א. שטמר שניתנה ב-14-09-2016 46065-09 בן חמו נ' Facebook Inc. ואח', ביום 10.6.2016 (להלן: "ההחלטה").

המשיב מסכים לכך שבית המשפט הנכבד יעשה שימוש בסמכות המוקנית לו לפי תקנה 410 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: "תקנות סדר הדין האזרחי").

כמו כן המשיב מסכים לכך שדברי התשובה שבפנינו יחשבו כסיכומים בכתב.

ההדגשות אינן במקור, אלא אם צוין אחרת.

להלן תשובת המשיב

א. פתח דבר

1. המשיב הגיש בקשה לאישור הגשת תביעה ייצוגית נגד המבקשות (להלן: "בקשת האישור") ובצידה, תביעה ייצוגית (להלן ביחד: "התובענה").

2. המבקשות (מטעמי נוחות בלבד שתי המבקשות שבפנינו יכוננו: "פייסבוק") מפעילות אתר אינטרנט בשם: www.facebook.com. אתר זה מאפשר למשתמשים בו לתקשר האחד עם האחר בשתי דרכים מרכזיות. האחת - באמצעות שיתוף רחב היקף לקבוצה של משתמשים; השניה - בדרך של הודעות פרטיות (בין שני משתמשים).

3. בבקשת האישור נטען להתנהגות פסולה ומנוגדת לדין של פייסבוק. התנהלותה המנוגדת לדין של פייסבוק באה לידי ביטוי בשלושה נושאים עיקריים¹, כדלקמן:

3.1. פייסבוק הפעילה מנגנון ניטור להודעות הפרטיות של המשתמשים, קראה את תוכן ההודעות ועשתה שימוש פסול בתוכן ההודעות הפרטיות של המשתמשים בניגוד גמור להוראות הדין ולהתחייבותה כלפי המשתמשים.

3.2. פייסבוק הפרה את הוראות חוק הגנת הפרטיות בכל הקשור לניהול מאגרי מידע ופגעה באופן נרחב בכלל משתמשיה בישראל.

3.3. פייסבוק פגעה בזכות לפרטיות של קטינים המשתמשים בשירותיה.

4. פייסבוק הגישה בקשה לסילוק התובענה על הסף (להלן: "**בקשת הסילוק**") (היא טרם הגישה תשובה עניינית לבקשת האישור). בבקשת הסילוק טענה פייסבוק כי בסעיף 16.1 ל- Statement of Rights and Responsibilities אותו מאשרים המשתמשים בעת רישום לאתר פייסבוק (להלן: "**הסכם ההצטרפות**")², נקבע שהדין החל על הסכם ההצטרפות הוא דין קליפורניה וסמכות השיפוט הינה לבית המשפט המוסמך בקליפורניה (להלן: "**תניית השיפוט**"). הנה כי כן, תניית השיפוט בהסכם ההצטרפות מתייחסת לשני עניינים: (1) סמכות השיפוט; ו- (2) ברירת הדין.

5. טענתה העיקרית של פייסבוק בבקשת הסילוק הינה שיש לסלק את התובענה נוכח תניית השיפוט. בהקשר זה טענה פייסבוק כי לאור תוכנה של תניית השיפוט התביעה הייצוגית שבפנינו צריכה להיות מוגשת לבית המשפט המוסמך בקליפורניה (סמכות שיפוט) והדיון צריך להתנהל לפי החוק הנוהג בקליפורניה (ברירת הדין). בנוסף, פייסבוק טענה כי הפורום הנאות לדון בתובענה הנו בית המשפט המוסמך בקליפורניה (פייסבוק זנחה טענה זו בבקשת רשות הערעור).

6. בית המשפט המחוזי דחה את בקשת הסילוק. בית המשפט המחוזי דן בטענות שהועלו במסגרת בקשת הסילוק ובהחלטה מקיפה ומאוזנת, הגיע, בכל הכבוד, לתוצאה נכונה וצודקת לפיה תניית השיפוט הינה - תנייה מקפחת כאמור בחוק חוזים אחרים תשמ"ג-1982 (להלן: "**חוק חוזים אחרים**") ומשכך היא בטלה. מטעם זה ומטעמים נוספים שנמנו בהחלטה, נקבע כי התובענה תידון בבית המשפט בישראל לפי הדין הישראלי.

7. פייסבוק איננה משלימה עם החלטת בית המשפט המחוזי ולפיכך הגישה את בקשת רשות הערעור שבפנינו. להלן נעמוד בתמצית על הנימוקים לפיהם יש לדחות את בקשת רשות הערעור.

7.1. **אין מקום לדון בהחלטה על בקשת הסילוק במסגרת בקשת רשות ערעור** - המשיב סבור כי אין מקום לדון בבקשת רשות הערעור לגופה ויש לדחותה בשל העובדה שעסקין בהליך מקדמי ביותר ולאור יישום ההלכות של בית המשפט העליון בעניין. דומה שערכאת הערעור תדון במקרה מעין זה רק במקרים חריגים שבחריגים, שהרי באופן תיאורטי תהינה למבקשות עוד שתי הזדמנויות "ערעוריות" על קביעות בית המשפט המחוזי בעניין הנדון (האחת, בקשת רשות ערעור על החלטה שתאשר את הגשת התביעה הייצוגית

¹ מובן כי אין בכך משום מיצוי עילות התביעה המתוארות בתובענה הייצוגית; מדובר בסקירה תמציתית בלבד, כאשר העילות כולן מפורטות בבקשת האישור.

² הסכם זה מכונה על ידי המשיבה "SRR".

(ככל ותינתן החלטה כזו); והשנייה, ערעור על פסק דין שיקבל את התביעה הייצוגית (ככל שיינתן פסק דין כזה)). בנוסף, הרציונאל של עניין **פתאל** ויישום הקביעות שנקבעו בו על עניינו (בשינויים המחייבים) מוביל אף הוא למסקנה חד משמעית לפיה אין מקום לדון בבקשת רשות הערעור.

7.2. **תניית השיפוט אינה חלה על פייסבוק ארה"ב** - בהתאם ללשון המפורשת של סעיף 18(1) להסכם ההצטרפות, הסכם זה חל רק על מערכת היחסים בין חברי הקבוצה המיוצגת לבין פייסבוק אירלנד (מבקשת 2). ודוק, פייסבוק עצמה אבחנה, בכוונת מכון ומשיקולי מס, בין המשתמשים בארצות הברית ובקנדה (להם מערכת יחסים משפטית מול פייסבוק ארה"ב) לבין המשתמשים מ"שאר העולם" (להם מערכת יחסים משפטית מול פייסבוק אירלנד). טענת פייסבוק בעניינו, כשהדבר משרת מטרות שונות שלה, שהכוונה בהסכם ההצטרפות היתה לראות את שתי המבקשות כיישות אחת בהסכם ההצטרפות הינה בבחינת "לעג לרש", וחמור מכך - שימוש לרעה בהליכי משפט.

7.3. **תניית השיפוט - על שני ראשיה - הינה תנייה מקפחת ופסולה ולכן יש היא בטלה.**

סמכות שיפוט - תניית השיפוט בהיבט של סמכות השיפוט **בטלה** שכן היא בגדר תנאי בחוזה אחד השולל את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות בישראל (סעיף 5 לחוק חוזים אחדים); בנוסף, תניית השיפוט בהיבט של סמכות השיפוט הינה תנייה מקפחת ודינה **להתבטל** שכן היא מקימה את חזקת הקיפוח (סעיף 4(9) לחוק חוזים אחדים) ולא עלה בידי פייסבוק לסתור חזקה זו. בנוסף, אין מקום להורות על אכיפת תניית השיפוט נוכח כפל ההליכים הצפוי וההכבדה על הצדדים ועל שתי מערכות משפט.

ברירת הדין - תניית השיפוט בהיבט של ברירת הדין הינה תנייה מקפחת (סעיף 3 לחוק חוזים אחדים) לכן **דינה בטלות**. בנוסף, קמות בעניינו חזקות הקיפוח שבסעיף 4 לחוק חוזים אחדים, ובראשן זו הקבועה בסעיף 4(8) לחוק זה, וזאת לא נסתרה על-ידי פייסבוק. גם מטעם זה יש להורות על **בטלות התנייה**. בנוסף, אפילו לא היה מדובר בתנייה מקפחת, הרי שבהתאם למבחנים המקובלים לבחינת ברירת הדין יש לדון בתביעה הייצוגית על-פי הדין הישראלי.

8. במסגרת התשובה שבפנינו נעמוד ראשית על עיקרי הדברים בהחלטת בית המשפט המחוזי ולאחר מכן נתייחס בהרחבה לטענות שהעלתה פייסבוק בבקשת רשות הערעור.

ב. החלטת בית משפט המחוזי

9. לאחר הגשת בקשת הסילוק, הגשת תשובה לבקשת הסילוק, הגשת תשובה לתגובה לבקשת הסילוק וקיום דיון בעל-פה, ניתנה החלטת בית המשפט המחוזי, בה ראה בית המשפט הנכבד לדחות את בקשת הסילוק.

10. בראשית הדרך פנה בית המשפט המחוזי לבחון איזה דין חל על בחינת חוקיות תניית השיפוט; האם הדין שחל על תניית השיפוט הינו זה הקבוע בתניית השיפוט (הדין הקליפורני) או שמא דין הפרום (הדין הישראלי).

11. לאחר בחינת הסוגיה הגיע בית המשפט המחוזי למסקנה לפיה חוקיות תניית השיפוט תבחן לפי הדין הישראלי. בית המשפט המחוזי תמך מסקנה זו בשורה של טעמים, עליהם נעמוד להלן.

11.1. **ראשית**, בית המשפט המחוזי קבע כי אין בפניו חוות דעת בעניין הדין הפדרלי או המדינתי בקליפורניה, בנוגע לתניית שיפוט בחוזה אחד (סעיף 14 להחלטה). יתרה מכך, בית המשפט המחוזי קבע כי בחוות דעת המומחה שצורפה לתשובת פייסבוק לתשובת המשיב לבקשת הסילוק, אין התייחסות לחוק חוזים אחדים או מקביל לו בקליפורניה, ולכן אין בה תשובה לטענה העיקרית נגד תניית השיפוט,

שהיא אינה משקפת את הסכמתם האמיתית של הצדדים בחוזה, כי אם את כוחה העדיף של פייסבוק בהכתבת תנאי החוזה (סעיף 12 להחלטה). בית המשפט המחוזי קבע אפוא כי לא הוכח הדין הזר העוסק בתניית שיפוט בחוזה אחיד. משכך, המשיך בית המשפט המחוזי וקבע שבהתאם לחזקת "שיוויון הדינים", הדין הישראלי יחול על תניית השיפוט (סעיף 14 להחלטה).

11.2. שנית, בית המשפט המחוזי קבע כי קבלת עמדת פייסבוק לפיה בחינת תניית השיפוט לפי הדין שנקבע בה, תסכל את האפשרות לבחון את תניית השיפוט ואת ברירת הדין בהתאם לדין הישראלי וכפועל יוצא לא תתאפשר הגשת תביעה ייצוגית בישראל נגד נתבעים מסוגה של פייסבוק (סעיף 15 להחלטה).

11.3. שלישית, בית המשפט המחוזי קבע בעניין שבפניו קיימות נסיבות מיוחדות המחייבות את בחינת תוקפה של תניית השיפוט בהתאם לדין הישראלי. בית המשפט המחוזי מנה את הנסיבות המיוחדות המובילות למסקנה לפיה הדין המקומי חל על תניית השיפוט, ביניהן: (1) עסקינן בחוזה אחיד; (2) התביעה הייצוגית הוגשה בשמם של 4 מיליון משתמשים של בישראל; (3) פייסבוק פעילה בישראל בשפה העברית ובין היתר תרגמו את מסמכי ההתקשרות לעברית ונותנות תמיכה למשתמשים הרבים בעברית; (4) פייסבוק מנהלת בישראל עסקים בהיקף משמעותי בשל הכמות הרבה של המשתמשים בישראל (סעיף 18 להחלטה).

11.4. רביעית, בית המשפט המחוזי מצא חיזוק לקביעתו בדברי מלומדים. בית המשפט המחוזי הפנה לספרו של פרופ' מיכאל קרייני "השפעת הליך ברירת הדין על סמכות השיפוט הבינלאומית" (2002), בו מבהיר המחבר המלומד, כי בתי המשפט הן בישראל והן בארצות הברית נוהגים לפרש תניות שיפוט בהתאם לדין המקומי, גם אם לא נמצא מקור משפטי ראוי לנוהג זה (סעיף 21 להחלטה).

12. לאחר שקבע שתניית השיפוט תבחן לפי הדין הישראלי, פנה בית המשפט המחוזי לבחון את תניית השיפוט בראי חוק חוזים אחידים. בית המשפט המחוזי קבע, כי התכלית האמיתית של תניית השיפוט היא להרתיע את הלקוח הישראלי מפני מימוש זכויותיו המשפטיות וכי הן מעניקות למבקשות יתרון בלתי סביר.

13. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי לכל הפחות, חלות על העניין דכאן, החזקות הקבועות בסעיפים (8)4 ו-(9)4 לחוק חוזים אחידים - הקובעות חזקות קיפוח בתניות הדנות בדין החל (סעיף (8)4 לחוק חוזים אחידים) ובתניות הדנות בסמכות השיפוט (סעיף (9)4 לחוק חוזים אחידים) - יפות לענייננו, וכי החזקות הנ"ל לא נסתרו על-ידי פייסבוק. בנוסף קבע בית המשפט המחוזי כי תניית השיפוט מעניקה יתרון בלתי סביר לספק (פייסבוק), למיצער בהיבט של ברירת הדין, ולכן ובהתאם להוראת סעיף 3 לחוק חוזים אחידים מדובר בתנייה מקפחת ומכאן שיש להורות על ביטולה (סעיף 27 להחלטה).

14. לאור זאת קבע בית המשפט המחוזי כי תניית השיפוט בענייננו (המתייחסת כאמור הן לסמכות השיפוט והן לדין החל) הינה תנייה מקפחת שדינה להתבטל (סעיף 28 להחלטה).

15. לאחר שקבע שתניית השיפוט בטלה, פנה בית המשפט המחוזי לבחון את סוגיית נאותות הפורום. בית המשפט המחוזי קבע שהפורום הנאות לדון בתביעה הנו הפורום הישראלי וזאת לאחר שדן בשלושת מבחני המשנה שנקבעו בפסיקה בעניין זה: מבחן "מירב הזיקות"; מבחן הציפיות הסבירות של הצדדים לגבי מקום ההתדיינות; ומבחן השיקולים הציבוריים.

15.1. מבחן "מירב הזיקות" - בית המשפט המחוזי עמד על כך שקיימות זיקות משמעותיות לפורום הישראלי: (1) פייסבוק מפעילה ממשק בשפה העברית הפונה לקהל הישראלי; (2) לפייסבוק מיליוני משתמשים

ישראליים; (3) מסמכי האתר שאותם נדרשים המשתמשים לאשר מתורגמים גם לשפה העברית; (4) פייסבוק מאפשרת פרסום בעברית; (5) עילות התביעה מתייחסות למשתמשים הישראליים של פייסבוק; (6) ההודעות הפרטיות נשלחו על ידי משתמשים מישראל. נוכח הזיקות שזונו לעיל קבע בית המשפט המחוזי מבחן "מירב הזיקות" מתקיים בעניינו (סעיף 30 להחלטה).

15.2. מבחן הציפיות והסבירות: בית המשפט המחוזי עמד כל כך שעילת התביעה המשותפת לכל הישראלים המשתמשים בפייסבוק מובילה לציפיה סבירה בדבר התדיינות בישראל. נוכח זאת, בית המשפט המחוזי קבע כי מבחן הציפיות והסבירות של הצדדים לגבי מקום ההתדיינות מתקיים בעניינו סעיף 32 להחלטה).

15.3. מבחן השיקולים הציבוריים: בית המשפט המחוזי עמד על כך שלפורום המקומי יש אינטרס לשמוע טענות של ישראלים שנפגעו לכאורה מפעילות של תאגיד בינלאומי הפועל בשוק הישראלי באמצעות האינטרנט, ולאפשר להם להתדיין בישראל. נוכח זאת, בית המשפט המחוזי קבע כי מבחן השיקולים הציבוריים מתקיים בעניינו (סעיף 32 להחלטה).

16. לאחר שהשתכנע בדבר נאותות הפורום הישראלי לדון בתביעה, פנה בית המשפט המחוזי לבחון את שאלת הדין שיחול על עילות התביעה (במנותק ובלי קשר לדיון שערך בנפקות של חוק חוזים אחידים על תניית השיפוט).

17. הואיל והתביעה הייצוגית נסמכת בעיקרה על עילות תביעה שמקורן בדיני החוזים ועילות תביעה שמקורן בדיני הנזיקין (בכלל זה עילות מכח חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981; וחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981) בחן בית המשפט המחוזי הן את ברירת הדין החוזית והן את ברירת הדין הנזיקית והגיע למסקנות הבאות:

17.1. ברירת הדין בחוזים: המבחן קובע את ברירת הדין בחוזים הנו מבחן מירב הזיקות בו דן בית המשפט את בחן את סוגיית נאותות הפורום. בהתאם למבחן מירב הזיקות, כך קבע בית המשפט המחוזי, יש להחיל את הדין הישראלי על העילות החוזיות בתביעה הייצוגית.

17.2. ברירת הדין בנזיקין: בית המשפט המחוזי עמד על כך שהדין החל על עוולה הוא דין מקום ביצועה. בית המשפט המחוזי קבע כי העולות שנטענו בבקשת האישור בוצעו גם בישראל, וגם משום כך הדין החל עליהן הוא הדין הישראלי.

18. בסיום ההחלטה בחן בית המשפט את סוגיית פיצול הדיון בין מדינות שונות. בית המשפט המחוזי עמד על כך שהמבקש חתם על הסכם תנאי שימוש מול פייסבוק אירלנד (מבקשת 2) בלבד. כפועל יוצא **זחה** בית המשפט המחוזי את טענת פייסבוק לפיה יש להתייחס לשתי המבקשות כיישות אחת לצורך תניית השיפוט. משכך, וככל שהדברים מתייחסים לפייסבוק ארה"ב (מבקשת 1), ההתדיינות מולה צריכה בכל מקרה להיות בהתאם לדין הישראלי ובבית המשפט בישראל.

19. לאחר שסיים את הדיון בסוגיות שהונחו לפתחו קבע בית המשפט המחוזי שיש לדחות את בקשת הסילוק וכי יש לדון בתובענה בישראל בהתאם לדין הישראלי.

ג. הטיעון הענייני

11. דיון בהחלטה על בקשת הסילוק במסגרת בקשת רשות ערעור

20. המשיב סבור, בכל הכבוד, שאין מקום לדון בבקשת רשות הערעור לגופה וזאת בשל העובדה שעסקינן בהחלטה על בקשה לסילוק על הסף, שהיא עצמה בקשה חריגה ונדירה בהליכים של תביעות ייצוגיות (רע"א 2022/07 **הבנק הבינלאומי הראשון לישראל נ' אר און השקעות בע"מ** (13.8.2007)).

במקרה שבפנינו הדיון בתובענה הייצוגית שהוגשה הפך לתלת שלבי. ראשית בקשת הסילוק, לאחר מכן תבורר בקשת האישור ובשלב השלישי (ככל והמבקש יצלח את בקשת האישור) תדון התביעה הייצוגית גופה. כפועל יוצא, באופן תיאורטי למבקשות תהינה עוד שתי הזדמנויות לערער על קביעות בית המשפט המחוזי בעניין הנדון (האחת, בקשת רשות ערעור על החלטה שתאשר את הגשת התביעה הייצוגית (ככל ותינתן החלטה כזו); והשנייה, ערעור על פסק דין שיקבל את התביעה הייצוגית (ככל שיינתן פסק דין כזה)). משכך, ולאור ריבוי אפשרויות הערעור של פייסבוק על ההחלטה, יש להחיל את ההלכה הקבועה בפסיקתו של בית משפט נכבד זה לפיה ככלל לא תינתן בקשת רשות ערעור על החלטות שמבכרות את המשך בירור ההליך על פני זחייתו על הסף (ראו: פסקה 4 לפסק דינו של כבוד השופט הנדל בעניין רע"א 2387/13 **איי.די.איי חברה לביטוח בע"מ נ' לשכת סוכני ביטוח בישראל** (26.12.2013); פסקה 9 לפסק דינו של כבוד השופט זילברטל בעניין רע"א 213/16 **שירותי בריאות כללית נ' פלוני** (8.3.2016)).

21. זאת אף זאת; כידוע, דיון בבקשת רשות ערעור על החלטה המאשרת הגשת תביעה ייצוגית אינו דבר טריוויאלי. ברע"א 8761/09 **סלקום ישראל בע"מ נ' פתאל** (6.5.2010) (להלן ולעיל: "**עניין פתאל**") מנה בית המשפט העליון רשימה לא סגורה של שיקולים שעל יסודם יש להכריע האם לדון בבקשת רשות הערעור לגופה אם לאו: (1) השלכות אישור הגשת התביעה הייצוגית על הנתבע - כאשר המשמעות מבחינת הנתבע תמורה במיוחד (סכום התביעה; איתנותו הפיננסית של הנתבע) ייטה בית המשפט לדון בבקשת רשות הערעור; (2) מהותן של השאלות העובדתיות והמשפטיות שנתרו לדון בהן במסגרת התובענה הייצוגית - האם הדיון בבקשת רשות הערעור והכרעה בהן ייתר את השאלות שנתרו פתוחות (שהינן רבות ומורכבות); (3) סיכויי בקשת רשות הערעור - ככל שסיכויי הבקשה לרשות ערעור נחזים להיות גבוהים יותר, יש הצדקה לדון בה לגופה.

יישום ההחלטה שניתנה בעניין **פתאל** על ענייננו, בשינויים המחייבים כמובן, מוביל למסקנה לפיה אין מקום לדון בבקשת רשות הערעור.

(1) דיון בבקשת האישור לא יפגע כהוא כזה בפייסבוק מבחינת איתנותו הפיננסית, בפרט לאור העובדה שאנו מצויים רק בשלב בקשת האישור ולסכום התביעה אינו מהווה בשלב זה "איום" קרוב.

(2) דיון בבקשת רשות הערעור לא ייתר את השאלות המורכבות והפתוחות שנתרו לדיון במסגרת בקשת האישור, בפרט על רקע העובדה שאפילו תתקבל בקשת פייסבוק בעניין תניית השיפוט - עדיין יפוצל ההליך לשתי ערכאות ובין שתי מערכות דינים.

(3) סיכויי הצלחת בקשת רשות הערעור נמוכים וזאת בשל העובדה שהחלטת בית המשפט המחוזי שקלה היטב את טענות הצדדים איזנה ביניהם והגיעה לתוצאה נכונה וצודקת.

22. ואף זאת, על רקע הרציונאל של ההחלטה בעניין **פתאל**, המשיב סבור כי יש לקבוע שרק במקרים חריגים ביותר ייאות בית המשפט לדון בבקשת רשות ערעור על החלטה שדנה בעניין מקדמי הקודם להכרעה בבקשת האישור

עצמה. המקרה שבפנינו אינו נופל לגדר מקרה חריג ביותר. כפי שהובהר לעיל, שעה משערו ראשה של פייסבוק לא תיפול אם תאלץ להתמודד עם בקשת האישור שבפנינו בישראל ולפי הדין הישראלי.

יוער בהקשר זה כי לא בכדי לא הצביעה פייסבוק בבקשת רשות הערעור על החלטה אחת לרפואה בה נדונה בקשת רשות ערעור על החלטה דוגמת זו שבפנינו.

23. לסיכום נקודה זו - אין מקום לדון בבקשת רשות הערעור לגופה ויש לדחותה בשל העובדה שעסקינן בהליך מקדמי ביותר ולאור יישום ההלכות של בית המשפט העליון בעניין.

24. תניית השיפוט אינה חלה על פייסבוק ארה"ב

24. בסעיף 18(1) להסכם ההצטרפות צוין כדלקמן:

"If you are a resident of or have your principal place of business in the US or Canada, this Statement is an agreement between you and Facebook, Inc. Otherwise, this Statement is an agreement between you and Facebook Ireland Limited. References to "us," "we," and "our" mean either Facebook, Inc. or Facebook Ireland Limited, as appropriate."

25. סעיף 18(1) להסכם ההצטרפות קובע שמשותפים שהינם תושבי ארה"ב או קנדה המאשרים את הסכם ההצטרפות נקשרים בהסכם מול פייסבוק ארה"ב (מבקשת 1) ואילו תושבי "שאר העולם" מתקשרים בהסכם מול פייסבוק אירלנד (מבקשת 2).

26. לשון התנייה הקבועה בסעיף 18(1) להסכם ההצטרפות אינה משתמעת לשני פנים. בהתאם ללשון התנייה, רק למבקשת 2 (פייסבוק אירלנד) יש קשר חוזי עם חברי הקבוצה בהליך שכאן. יתרה מכך, מקום בו רק המבקשות נטלו חלק בניסוח התנייה הנ"ל, אין מקום לפרשנות לפיה הן התכוונו לכך שלשתי המבקשות יהיה קשר חוזי עם המשתמשים הישראליים - חברי הקבוצה המיוצגת (ראו: ס' 25(ב1) לחוק החוזים (חלק כללי), תשלי"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים"); רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרומ הינדה ז"ל ואח' נ' מרכז משען פ"ד נב(4) 145, 160-159).

27. הנה כי כן, לחברי הקבוצה המיוצגת בתביעה הייצוגית שבפנינו יש הסכם מול פייסבוק אירלנד בלבד. משכך, תניית השיפוט (סעיף 16 להסכם ההצטרפות), על שני ראשיה, אינה חלה על פייסבוק ארצות הברית.

28. נוכח האמור לעיל, צדק, בכל הכבוד, בית המשפט המחוזי עת קבע כדלקמן:

"אומר רק, כי התנאי המקפח יחול רק ביחסים עם פייסבוק אירלנד, שרק עמה חתם המבקש על הסכם הצטרפות. לא אוכל לקבל את טענות פייסבוק כי יש להתייחס לשתי המשיבות יחדיו, שכן פייסבוק עצמה היא שהחליטה על אופן ההתקשרות; היא שהחליטה על חלוקת העולם למשתמשים מקנדה וארה"ב מחד גיסא, שעליהם יחול דין אחד בהסכם ההצטרפות, ולמשתמשים משאר חלקי העולם מאידך גיסא, שעליהם יחול דין אחר בהסכם ההצטרפות. יש להניח שמסיבות כבדות משקל החליטה פייסבוק להבחין בין המשתמשים ואולי גם בין ההכנסות ברחבי העולם. לא ראיתי מדוע תוכל להשתמש בחלוקה כרצונה, לצרכים מסוימים, ולהתנגד להחלטה לצרכים אחרים, שההבדל ביניהם לא הוסבר."

29. ויודגש, החלוקה של פייסבוק בין אזרחי ארצות הברית וקנדה לבין "שאר העולם" אינה מקרית או שרירותית. נראה כי סיבה מרכזית לכך היא תכנון מס בינלאומי מוקדם של פייסבוק (בתשקיף של פייסבוק צוין באופן מפורש שמחויבויות המס של פייסבוק מושפעות מהמבנה התאגידי של פייסבוק). מכאן שטענותיה של פייסבוק שיש לראות את משתמשיה ככאלו שהתקשרו בהסכם עם שתי המבקשות **למרות הלשון המפורשת בהסכם, ותוך בחירה מושכלת מצדה לגבי "חלוקת העולם"** גובלים בשימוש לרעה בהליכי משפט ויש לדחותם בעודם באיכס.

30. לפני סיום יוער, כי בניגוד לטענת פייסבוק, בסעיף 86 לבקשת רשות הערעור, ב-ה.פ. (י-ם) 12816-08-13 **עמרי וייל נ' FACEBOOK, INC (3.12.2014)** (להלן: "**עניין עמרי וייל**"), לא נקבע כי תניית השיפוט הקבועה בהסכם ההצטרפות חלה לגבי משתמש ישראלי כנגד פייסבוק ארה"ב ופייסבוק אירלנד¹. אך מובן הוא כי אפילו היתה קביעה מעין זו בהחלטה הנ"ל, אין בכוחה לחייב את בית המשפט המחוזי בוודאי שלא את בית המשפט העליון.

31. לסיכום נקודה זו - יש לדחות את טענת פייסבוק לפיה יש לקבוע כי שתי המבקשות כפופות לתניית השיפוט. מדובר בטענה המנוגדת ללשון המפורשת של התנייה בהסכם ההצטרפות. יתרה מכך, פייסבוק עצמה אבחנה, בכוונת מכוון ומשיקולי מס, בין המשתמשים בארצות הברית ובקנדה לבין המשתמשים ב"שאר העולם". והנה כשבעניין אינו משרת את מטרותיה, מבקשת היא לחזור בה. משכך, בכל הכבוד, אין מקום להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי בעניין זה.

ג. תניית השיפוט

ג.1. כללי

32. כפי שהבהרנו לעיל תניית השיפוט הקבועה בסעיף 16.1 להסכם ההצטרפות מתייחסת הן לסמכות השיפוט (בית משפט בקליפורניה), והן לברירת הדין (הדין הנוהג בקליפורניה). בפרק ג' בבקשת רשות הערעור מתייחסת פייסבוק לסוגיית סמכות השיפוט ואילו פרק ד' בבקשת רשות הערעור מתייחסת פייסבוק לסוגיית ברירת הדין.

33. בטרם נבחן את טענות פייסבוק לגופן ועל מנת לפשט את הדיון, מן הראוי לעמוד על מספר עניינים **שאינם** נטענים בבקשת רשות הערעור:

33.1. **אין** טענה לפיה יש לבחון את תניית השיפוט בהתאם לדין הישראלי. לאמור - פייסבוק מסכימה עם הקביעה של בית המשפט המחוזי לפיה תוקפה של תניית השיפוט נשוא ענייננו, ייבחן לפי הדין הישראלי.

33.2. **אין** טענה לפיה אין המדובר בחוזה אחיד.

33.3. **אין** טענה לפיה ישראל אינה הפורום המתאים לדון בתביעה הייצוגית.

¹ בהתאם להחלטה, המבקש הסכים כי תנאי השימוש חלים ביחסים בינו לבין פייסבוק העולמית ופייסבוק אירלנד. הסכמתו אינה יכולה לקשור את המבקש וחברי הקבוצה בשום צורה שהיא (וזאת גם אם היה מדובר בפסק דין).

2.3.3 סמכות השיפוט

34. בסעיף 16.1 להסכם ההצטרפות (שהנו חוזה אחיד גם על דעתה של פייסבוק) נקבע כדלקמן:

"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..."

35. תניית השיפוט קובעת אפוא שבכל מחלוקת בין המשתמש לפייסבוק, תהא סמכות שיפוט בלעדית לבית המשפט המוסמך בקליפורניה.

36. כאמור, פייסבוק מסכימה לכך שסוגיית סמכות השיפוט תבחן בראי חוק חוזים אחידים. להלן נבחן את נפקות תניית השיפוט על ענייננו.

ג1.2.3 תניית השיפוט הקובעת שסמכות השיפוט מסורה לבית המשפט בקליפורניה - היא בטלה מעיקרה.

37. בסעיף 5(א) לחוק החוזים האחידים נקבע:

"5. (א) תנאי בחוזה אחיד השולל או המגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות - בטל."

תניית השיפוט נשוא ההליך שבפנינו, נופלת בבירור לגדר סעיף 5 לחוק חוזים אחידים. עמדו על כך המלומדות לוטסהויז ושפניץ בספרם - "חוזים אחידים" (עמ' 416) (להלן: "שפניץ"):

"קביעת תניית שיפוט בחוץ-לארץ מגבילה ולעתים שוללת את זכותו של הלקוח לפנות לערכאות משפטיות בישראל, וניתן לראות בה משום תנאי בטל כאמור בסעיף 5 לחוק."

38. במקרה שבפנינו מדובר בתניית שיפוט צרכנית, אשר מכוונת למשתמשים שהנוק שגרם לכל אחד מהם אינו גדול, והם מחוייבים להתדיין בצד השני של כדור הארץ. מדובר בהגבלה משמעותית על זכות הגישה לערכאות, שכן היא מטילה על המשתמשים עלויות גבוהות ביותר בבואם לממש את זכויותיהם. די בכך כדי לקבוע שהתנייה בה עסקינן "נופלת" לגדר סעיף 5 לחוק חוזים אחידים.

39. ב-ת"צ 39292-04-13 רז קלינגהופר נ' PayPal Pte. Ltd (31.5.2015) (להלן: "עניין Paypal"), ציין כבוד השופט פרופ' ע. גרוסקופף כי תניית שיפוט בחוזה אחיד צרכני הקובעת סמכות לבית משפט מחוץ לישראל - בטלה:

"19... המשיבה היא 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 העצום בישראל. במצב דברים זה, חיוב לקוחות פייפאל הישראלים להתדיין בבית משפט בסינגפור (תוך שמירת זכותה של המשיבה לתבוע את לקוחותיה בישראל) ועל פי הדין הסנגפורי, היא באופן מובהק הוראת שכל תכליתה לחסום את דרכם של הלקוחות לממש את זכויותיהם כלפי המשיבה. בנסיבות אלו נוטה אני לדעה כי התניה צריכה להיחשב כבטלה לפי סעיף 5(א) לחוק חוזים אחידים."

40. פייסבוק טוענת בפרק ג3. לבקשת רשות הערעור, שבית המשפט המחוזי נסמך "באופן מוחלט" על ההחלטה שניתנה בעניין **Paypal**, (שהיא אליבא דפייסבוק החלטה שגויה). טענה זו מוטב היה לו לא נטענה מאשר נטענה.
41. ראשית, בית המשפט המחוזי לא נסמך "באופן מוחלט" על ההחלטה שניתנה בעניין **Paypal**. בית המשפט המחוזי החליט על יסוד טענות הצדדים בעניין שבפנינו וראה (בצדק) בהחלטה שניתנה בעניין **Paypal** משום חיזוק לחלק מקביעותיו.
42. שנית, ההחלטה בעניין **Paypal**, שלמיטב הבנת הח"מ לא נבחנה על-ידי ערכאת ערעור, אינה עומדת למבחן במסגרת בקשה זו. משכך, הטענה לפיה ההחלטה הנ"ל הינה שגויה מרחיבה את חזית המחלוקת ומסרבלת את ההליך שבפנינו שלא לצורך.
43. שלישית, הקביעה לפיה **Paypal** (ובעניינו - פייסבוק) מבקשת, באמצעות תניית שיפוט, לחסום את ציבור המשתמשים מפניה לערכאות לצורך מימוש זכויותיהם, הינה נכונה וצודקת ולא נפל בה פגם.
44. הנה כי כן לאור האמור בסעיף 5(א) לחוק חוזים אחידים תניית השיפוט בטלה ודי בכך כדי לדחות את בקשת רשות הערעור⁴.
45. יצוין כי בית המשפט המחוזי איזכר בהחלטתו את סעיף 5(א) לחוק החוזים האחידים אך בחר שלא להכריע בשאלה האם התניה בטלה מכוחו. יחד עם זאת, בית המשפט המחוזי קבע ש"לכל הפחות מדובר בתניה שחזקה שהיא מקפחת" (סעיף 26 להחלטת בית המשפט המחוזי). להלן נדון את חזקת הקיפוח ונפקותה על ענייננו.

ג2.2.3 תניית השיפוט הקובעת שסמכות שיפוט מסורה לבית המשפט בקליפורניה - מקפחת והינה בטלה

46. בסעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים נקבע כדלקמן:
- "4. חזקה על התנאים הבאים שהם מקפחים:**
- (9) תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט או הבוררות שבהם יתברר הסכסוך";**
47. כאמור לעיל תניית השיפוט הקבועה בסעיף 16(1) להסכם ההצטרפות קובעת שבכל מחלוקת בין המשתמש לפייסבוק, תהא סמכות שיפוט בלעדית לבית המשפט המוסמך בקליפורניה. לאמור - המדובר בתנייה המקנה לספק (פייסבוק) זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט בו יתברר הסכסוך (סעיף 4(9) לחוק חוזים אחידים⁵).

⁴ עוד נעיר לפי הדין הכללי התניה בטלה גם לאור סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) תשלי"ג-1973 המאפשר דרך תקנת הציבור לפתוח את שערי בית המשפט ולאכוף את הזכות החוקתית לגישה לערכאות. ראו לעניין זה: סעיף 13 לפסק דינו של כבי השופט זמיר בע"א 3833/93 לז"ן, פ"ד מח (2) 862.

⁵ נזכיר כי לפורום בו נדון הסכסוך יש השפעה על הזכויות וחטענות שניתן להעלות ומשכך ברי כי תניית השיפוט נופלת גם לגדר החזקות שבסעיף 4(6) ו-8(4) לחוק החוזים האחידים. ראו לעניין זה: עניין **Paypal**, סי' 19.

48. הואיל ובענייננו לפייסבוק (הספק) עומדת הזכות הבלעדית לבחור את מקום השיפוט בו יתברר הסכסוך, כמה בענייננו "חזקת הקיפוח". במקרה זה, עובר נטל הראיה לפייסבוק להראות כי התנאי אינו מקפח (ראו: פסקה 3 לע"א 6916/04 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (מיום 18.2.2010)).
49. יאמר מיד, אין בפי פייסבוק טענה של ממש הסותרת את חזקת הקיפוח.
50. פייסבוק ממקדת את טענותיה בעניין אחד המופיע לאורך כל בקשת רשות הערעור. לשיטת פייסבוק, הסכום הכולל של התביעה הייצוגית סותר את חזקת הקיפוח (ראו סעיפים 36, 45, 76 לבקשת רשות הערעור). פייסבוק סבורה, בשוגג, שכיום זה אינו מרתיע את התובע הייצוגי מלנהל את תביעתו בארצות הברית. כפי שנראה להלן, מדובר בטענת סרק.
51. במסגרת דני"א 5712/01 ברזני נ' בזק ישראלית לתקשורת בע"מ פ"ד נו(6) 385 (2003) קבע כב' השופט (כתוארו אז) מ. חשין כי התובענה הייצוגית "לא נתכונה - מעיקרה - כזכות מהותית ובעלת תביעה. תובענה ייצוגית, עם כל חשיבותה - וחשיבות רבה נודעת לה - אין היא אלא כלי דיוני לאיחודן של תביעות רבות."
- משכך, אין לסכום התביעה המצטבר נפקות כלשהי לענייננו. סכום התביעה המצטבר משקף את סכימת התביעות האישיות של חברי הקבוצה מיוצגת, והוא אינו הופך את התביעה המובלת על-ידי אדם בודד לתביעה אישית על סך של 400 מיליון דולר. ויוזכר, התביעה האישית של כל אחד ואחד מחברי הקבוצה בענייננו היא נמוכה (\$100)⁶.
52. עמדת פייסבוק יוצרת אבסורד לפיו כל תובע לחוד, יכול לתבוע בישראל (הואיל והסעיף מקפח ביחסים של תביעה פרטנית), אך האגרגציה של התביעות לכדי תובענה ייצוגית אחת הופכת לפתע את התניה לחוקית. על האבסורד האמור עמד בית המשפט המחוזי בעניין Paypal:
- "18... לשיטת המשיבה די בהכללת תניית שיפוט המקנה סמכות ייחודית לבית משפט זר, אפילו אם ברור לחלוטין שלא תכובד בהליך פרטני שיוגש בישראל, על מנת למנוע הגשת תובענה ייצוגית בישראל. לכך כמובן לא ניתן להסכים."**
53. זאת ועוד; התובע הייצוגי הנו אדם אחד בעל משאבים מוגבלים. הטענה לפיה הוא אינו מורתע מלתבוע בארצות הברית לפי דין אמריקאי הינה מופרכת. תובע ייצוגי ישראלי שיאלץ להגיש את התביעה הייצוגית בארצות הברית יידרש, בין היתר, לעניינים הבאים:
- 53.1. לקבל יעוץ משפטי מעורך דין אמריקאי שקיימת עילה להגשת תביעה ייצוגית בהתאם לדין האמריקאי;
- 53.2. לשכור שירותים של עורכי דין אמריקאים שינהלו את התביעה הייצוגית בארצות הברית;
- 53.3. לשאת בעלויות בלתי מבוטלות (נסיעות, תרגומים, הוצאות שונות, שכר טרחה);
- 53.4. להתמודד עם מערכת דינים זרה ולא מוכרת בשפה זרה;

⁶ לכך נוסף כמובן שהמבחן בחוק החוזים האחידים הוא לא הקיפוח בפועל אלא האפשרות שעניינו של הלקוח יקופח (סעיף 3 לחוק החוזים האחידים).

- 53.5. להשקיע משאבים רבים (זמן, ממון);
54. על רקע האמור לעיל, קשה להלום טענה לפיה תביעה ייצוגית שתנוהל בארצות הברית לפי חזין האמריקאי לא תרתיע תובע ייצוגי ישראלי. נהפוך הוא, החלטה לפיה יש להותיר את תניית השיפוט ולפעול על-פיה, תוביל לתוצאה לפיה, קרוב לוודאי שלא תוגש כלל תביעה ייצוגית בשם חברי הקבוצה הישראלים.
55. במקרה שבפנינו בית המשפט המחוזי קבע שתניית השיפוט מרתיעה את התובע הייצוגי. בית המשפט המחוזי קבע כי: **"תכליתה האמיתית של תניית השיפוט והזין הזר היא להרתיע את הלקוח הישראלי מפני מימוש זכויותיו המשפטיות (השווה: רע"א 188/02 מפעל הפיס נ' אלי כהן, פ"ד נו (4) 473, 480 (2003))."** בנוסף, בית המשפט המחוזי דחה את טענת פייסבוק לפיה סכום התביעה מאיין את אפקט ההרתעה: **"לא ראיתי בסכום התביעה (400 מליון דולר) פיחות מעצמת תניית השיפוט וברירת הזין שבתנאי המקפח לכאורה: סכום התביעה נוצר מחיבור כל תביעות הקבוצה יחדיו, ולאחר שכל המשתמשים חתמו על ההסכם שבו תנאי מקפח (ראה למשל: ע"א 1834/07 חיים קרן נ' פקיד שומה גוש דן [פורסם בנבו] פסקה 22 (12.8.2012))."** בכל הכבוד קביעות בית המשפט המחוזי בעניין אפקט ההרתעה וסכום התביעה נכונות. קביעות אלה לא נקבעו בחלל הריק. הן מבוססות על ניתוח ודיון בטענות הצדדים בסוגיות אלה. המשיב סבור, בכל הכבוד, כי אין מקום להתערב בקביעות אלה של בית המשפט המחוזי.
56. פייסבוק טוענת שהמשיב הודה שסכום התביעה יכול להצדיק ניהול תביעה בארצות הברית (סעיף 50 לבקשת רשות הערעור). דא עקא, המשיב גורס - ובית המשפט המחוזי הסכים עימו - כי עת עסקין בתביעה ייצוגית, אין לסכום התביעה המצטבר השלכה על ההרתעה הטמונה בתנאי המקפח והדברים הובהרו לעיל.
57. פייסבוק נסמכת על חוות דעת המומחה, בטענה לפיה בית המשפט האמריקאי לא ימאן לכבד את תניית השיפוט ולדון בתביעה ייצוגית שבה חברי הקבוצה הינם ישראלים בלבד. טענה זו מעלה קשיים לא מבוטלים.
- 57.1. ראשית, חוות דעת המומחה צורפה לתשובת פייסבוק לתגובת המשיב לבקשת הסילוק. דהיינו צורפה, לראשונה, בסיבוב שלישי, בלא שהתבקשה רשות לצרפה (רע"א 4778/12 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עו"ד אופיר נאור (19.7.2012)). ודוק, דבר לא מנע מפייסבוק לצרף חוות דעת מומחה לבקשת הסילוק. נהפוך הוא פייסבוק היתה חייבת לצרף את חוות דעת המומחה לבקשת הסילוק בתמיכה לטענותיה בקשר לדין הזר (פסקה 7 ל-רע"א 3600/16 שלום אלמוג נ' נוגם תמרוקים בע"מ (8.8.2016)). בפרט כאשר נטל הראיה להוכחת היעדר קיפוח מוטל עליה.
- בעקבות הגשת חוות דעת מומחה, לראשונה, בסיבוב השלישי והמסיים של הגשת כתבי הטענות (בבקשת הסילוק) הגיש המשיב בקשה במסגרתה ביקש למחוק את חוות הדעת או ליתן לו הזדמנות להתמודד איתה. בית המשפט המחוזי לא הכריע בבקשה זו של המשיב. המשיב סבר ועודנו סבור כי לא היה מקום להותיר את חוות דעת המומחה על כנה ואם היה מקום לעשות כן, מן הראוי היה לאפשר למשיב להגיב לה. בשל כך סבור המשיב כי אין מקום להסתמך על דברי המומחה מטעם המשיבות במסגרת החלטה בבקשת רשות הערעור.
- 57.2. שנית, למיטב ידיעת המשיב, אין תקדים לפיו בית משפט בארצות הברית דן בתביעה ייצוגית צרכנית, כאשר איש מחבריה לא היה אזרח או תושב ארצות הברית, אלא אזרחים או תושבים של מדינה זרה.

ודוק, פייסבוק מפנה לתביעה מקבילה לתביעה שבפנינו שהוגשה בארחה"ב בשם אזרחי ארה"ב (תביעת Campbell). הדעת נותנת כי אילו באי-כוחו של Campbell היו סבורים שבית המשפט בקליפורניה יכבד את תניית השיפוט, היו הם מגישים תביעה כלל עולמית. מטבע הדברים, שכן טרחתם הצפוי במקרה של הצלחה בתביעה כלל עולמית עולה עשרות מונים על זה הצפוי להם מתביעה בשם אזרחי ארצות הברית בלבד. עצם העובדה שעד היום לא הוגשה בארצות הברית תביעה כלל עולמית אחת אומרת דרשני ומצביעה על כך שטענות המומחה בדבר כיבוד תניית השיפוט הינם אקדמאיים ותיאורטיים בלבד ואין להם כל עיגון במציאות. בכך גם מתחדד החסר הדיוני והמהותי של המשיב, שכשהוא נותר חשוף לחוות הדעת המומחה בלא אפשרות להגיב לה.

58. מוסיפה פייסבוק וטוענת כי שיש לה אינטרס לגיטימי בהכללת תניית השיפוט בהסכם ההצטרפות. פייסבוק מפנה בעניין זה לע"א 5666/94 סלים סנקרי נ' Julius Blum G. M. B. H (להלן: "עניין סנקרי"). דא עקא, פסק דין זה אינו רלוונטי לעניינו.

59. פסק דין בעניין סנקרי (כמו הרוב המוחלט של פסקי דין הנזכרים בבקשת רשות הערעור על-ידי פייסבוק) ניתן בסכסוך בין שני צדדים מסחריים. במקרה שבפנינו, לעומת זאת, פער הכוחות בין הצדדים לסכסוך הוא משמעותי ביותר. בין יתר פערי הכוחות שבין הצדדים שבפנינו ניתן למנות את העובדה שהמבקשות הן חלק מקונצרן חברות רב לאומיות. שוויה של המבקשת 1 בשוק עולה על 200 מיליארד דולר! פי שניים מתקציבה הכולל של מדינת ישראל. מנגד ניצב המשיב שהנו בסך הכל משתמש באתר פייסבוק. אין למשיב יכולת מיקוח; אין לו יכולת השפעה על תוכנו של מסמך ההצטרפות (כמו גם על מסמכים אחרים); הוא אינו מבין את ההשלכות העתידיות של התניות המופיעות בו; ועוד.

60. פערי הכוחות ופערי המידע שבין הצדדים צריכים להוות את הזרקור אשר לאורו ייבחן האינטרס ה"לגיטימי" של פייסבוק לרכז את ההתדיינות במקום אחד. ודוק, לא מדובר בעניינו על נסיעה מבאר שבע לתל אביב. מדובר על טיסה לצד השני של הגלובוס.

לצורך המחשת פערי הכוחות בין הצדדים די עם נציין כי פייסבוק עצמה אינה כפופה כלל לתניית השיפוט, אשר לפי לשונה, היא יכולה להגיש תביעה בכל מקום בו תחפוץ.

61. זאת ועוד; פייסבוק כפופה לרגולציה בינלאומית במדינות רבות ושונות. פייסבוק, ונאגיד רב לאומי, המתנהל בעשרות מדינות, מביאה בחשבון את הצורך שלה להתדיין במקומות רבים ושונים. לאמור, לא ניתן לטעון ברצינות כי הציפייה הלגיטימית של המבקשות הינה להתדיין בקליפורניה בלבד. ההפך הוא הנכון, פייסבוק צופה שהיא תיתבע במדינות שבהן היא עושה עסקים⁷. בכל מקרה - עליה לצפות כך. עמד על כך בית המשפט העליון בעניין רע"א 2737/08 אורי ארבל נ' TUI AG (29.1.2009):

"19... גוף מסחרי אשר פועל מול גורמים שונים בעולם לוקח במסגרת שיקולי הכדאיות הכלכליים לפעילותו במדינה פלונית את הסיכון כי ייתבע בה לדין."

⁷ פייסבוק מודה בכך במפורש בדוח השנתי שלה לשנת 2014 (כפי שהובא בתשובה לבקשת הסילוק של פייסבוק בבית משפט קמא):
risks related to the legal and "We are subject to a variety of risks inherent in doing business internationally, including regulatory environment in foreign jurisdictions, including with respect to privacy, tax, law enforcement, content, intellectual property, and terrestrial infrastructure matters

וראו גם ה"פ (י-ם) 3137/04 AHAVA (USA) Inc. נ' ג'. דבליו. ג'י בע"מ (J.W.G. Lts.) פמ תשס"ג (2) 337, 351:

"מי שמנסה לסחור עם צרכנים בארץ יעד מסוימת, אינו יכול לצפות "להשתחרר" מדיני אותה ארץ, ו"הרוצה הכנסות גלובאליות ייטיב לעשות אם ייזהר מסכנות גלובאליות"... , וליתר דיוק יביא בחשבון את אפשרות סמכותו של בית-המשפט בארץ היעד."

62. גם בית המשפט המחוזי עמד בהחלטה מושא הדיון בפנינו על האינטרס של פייסבוק בקשר עם תניית השיפוט:

"טענת פייסבוק כי אי אכיפת תניית השיפוט הייחודית תגרום להכבדה עליה נכונה, כנראה. לא הרי התדיינות בנקודה אחת, מקום מושבה של החברה, לפי דיני אותו מקום, כסיכון להתדיינות בכל העולם כולו, בכל פעם לפי דין אחר. אכן, אך ככל שמרכז הכובד עובר מנוחותו של הספק או היצרן לאינטרס המקביל של הצרכן, ואולי אף נוטה לטובתו – חוסר הנוחות האינהרנטי של הספק יילקח בגדר שיקוליו מראש. הואיל והוא נובע מאופי עסקיו, נדמה שעליו להביאו בחשבון במערך הכולל של העסקאות."

ובהמשך:

"אף אם לפייסבוק אינטרס בריכוז התביעות נגדה במקום מושבה של חברת האם, יש להציב אינטרס זה אל מול האינטרס של קבוצת צרכנים גדולה בישראל. משקלו פוחת בשל פער הכוחות המובנה בין הצדדים והיותו של ההסכם חוזה אחיד."

63. הנה כי כן האינטרס של פייסבוק בדבר התנהלות משפטית במקום אחד נלקחה בחשבון ולאחר בחינת מכלול השיקולים הועדף האינטרס של חברי הקבוצה המיוצגת על-פני זה של פייסבוק. בכל הכבוד, מדובר בתוצאה נכונה וצודקת.

ג3.2.3. סמכות בית המשפט הישראלי לדון בתובענה חרף תניית שיפוט

64. ברע"א 6574/12 סאמיט פאנד ניהול השקעות בע"מ נ' אלינור בן יעקב (7.3.2013) (להלן: "עניין סאמיט פאנד"), חזר כבי' השופט ג. עמית על ההלכה הנוהגת לפיה תניית שיפוט אינה מפקיעה באופן אוטומטי את סמכות בית המשפט בישראל והדבר נתון לשיקול דעתו של בית המשפט. ובלשון ההחלטה:

"עצם קיומה של תניית שיפוט זר אינה מפקיעה את סמכותו של בית המשפט המקומי. עם זאת, אף שנתון הדבר לשיקול דעתו, הלכה מקובלת היא כי בית המשפט יטה לכבד הסכמים שבין הצדדים (ראו, למשל, רע"א 102/88 מעדני אווז הכסף בע"מ נ' CENT OR S.A.R.L פ"ד מב(3) 201 (1988); אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 46 (מהדורה עשירית תשס"ט) (להלן: גורן); מיכאלי קרייני השפעת הליך ברירת הדין על סמכות השיפוט הבינלאומית 35-36 (2002)). בהינתן תניית שיפוט זר, השאלה אפוא איננה האם מוסמך בית המשפט לדון בתביעה, אלא האם רשאי בעל דין להשתחרר מהוראות ההסכם בו נקשר."

65. אחד המקרים אשר בהתקיימותם, רשאי בית המשפט בישראל שלא לכבד תניית שיפוט זרה, הוא כאשר התדיינות בישראל תתקיים גם ללא קשר למתן תוקף לתניית השיפוט.

ודוק, כאמור לעיל, המבקשת 1 (פייסבוק ארה"ב) אינה חוסה תחת תניית השיפוט. אי לכך, ובכל מקרה, ההליך דגן כנגד המבקשת 1 - פייסבוק ארה"ב, יתנהל בישראל.

מאידך, המבקשת 2 (פייסבוק אירלנד) - חברה מאירלנד עומדת על בירור ההליך דווקא בארה"ב.

יפים לעניין זה דברי כב' השופט י. עמית ב-רע"א Nantucket Ltd 8135/12 נ' עמיקם דורון ואח' (28.10.2013):

"17... אמנם, כפי שהזכרנו, פיצול הדיון עקב צירוף נתבעים לא יביא בדרך כלל להתעלמות מתניית שיפוט זר. ברם, כאשר מדובר בצירוף שאינו תכסיסני, עשוי הדבר להוות שיקול ענייני, ולטעמי זהו המצב במקרה דנן."

ובהמשך:

"19... משעה שהמבקשות עתידות להימצא בפני בית המשפט בישראל בנוגע לתביעת משקיעים לגבי הפרויקט בתאילנד, מה עניינן בכך שדווקא תביעת המשיבים תוגש נגדן בתאילנד? שמא, כדברי השופט לנדוי, כוונתן היא "להכביד סתם" על התובעים?"

66. ודוק, פייסבוק ארה"ב (המבקשת 1) הינה נתבעת מרכזית ומהותית בתובענה דן והיא צד נכון וראוי בהליך זה. המבקשת 1 לא צורפה להליך באופן תכסיסני⁸. פייסבוק ארה"ב היא צד שמעבד את המידע. היא זו שעומדת בראש האשכול, היא זו שמחזיקה ראיות רלבנטיות להליך זה, ועוד.

67. נוכח דברים אלה, ושעה שברור כי התביעה הייצוגית צריכה להתנהל נגד פייסבוק ארה"ב בישראל, הרי שדווקא אכיפת תניית ברירת הדיון, כפי שמבקשת פייסבוק אירלנד לעשות, תוביל לכפל הליכים, תטיל הוצאות מיותרות על המשיב - התובע (ואף על המבקשות עצמן) ותטיל מעמסה כבדה על שתי מערכות משפט במקום אחת.

68. פיצול הדיון צפוי גם מטעם נוסף. התביעה הייצוגית נסמכת על עילות תביעה נזיקיות (נגד שתי המבקשות) שהינן על טהרת הדין הישראלי. כך, בירורן של עילות התביעה שעניינן: (1) אי רישום מאגר מידע; ו-(2) העברת המידע לארה"ב (3) יתר העילות הנזיקיות, הנו בהתאם לדין הישראלי. לפיכך, אם בית המשפט יקבע כי יש לנהל את ההליך כנגד שתי המבקשות בארצות הברית, יהיה צורך להוכיח את הדין הישראלי בארצות הברית על סמך חוות דעת מסורבלות ויקרות.

69. ואף זאת; אין מקום לכבד את תניית השיפוט בין הצדדים הוא האינטרס הציבורי של מדינת ישראל לברר את הסכסוך בישראל.

70. תביעה ייצוגית היא הליך שמהווה חלק מתחום האכיפה הפרטית. במסגרת ההליך הייצוגי מתקיימת הפרטה בטיפול בזכויות של הציבור לידי תובע אחד. האינטרסים בעטיים מוגשת תביעה ייצוגית הם אינטרסים של הציבור בישראל ולא של הציבור בארצות הברית.

71. כך למשל, יש חשיבות בהליך שכאן להגנה על האינטרס של הזכות לפרטיות של אזרחי ישראל (4 מיליון מהם!). לרשות בארה"ב אין אינטרס להגן על זכויות של מחצית מאזרחי המדינה בישראל כמו שיש למדינת ישראל עצמה.

⁸ הטענה לפיה פייסבוק ארה"ב צורפה לתביעה באופן תכסיסני לא נטענה על ידי המבקשות בבקשת הסילוק והעלתה לראשונה בשלב זה פסולה.

72. אי לכך, בתביעה ייצוגית בישראל, היועץ המשפטי לממשלה נותן דעתו על הסדרי פשרה מוצעים; הממונה על הגנת הצרכן מקבל לידיעתו את דבר ההליך ויכול להתייצב בו על מנת לומר את דברו; קרן לתמיכה בתביעות ייצוגיות עשויה לממן את התביעה הייצוגית; ועוד. אלו הם ביטויים לכך שמדינת ישראל וגופיה מתעניינים בהליכי אכיפה פרטית הנוגעים לאזרחיה. כל אלו מצביעים על כך שלמדינת ישראל יש אינטרס להגן על אזרחיה הישראליים באמצעות כלי התובענה הייצוגית ואף לתת ביטוי וקול לעמדתה בהליך.

73. ואף זאת; לבית המשפט הישראלי יש את האינטרס לדון בתובענה ייצוגית אשר הזכות הנטענת בה ואשר עליה צריך לחגן - הינה הזכות לפרטיות של אזרחיה.

74. לסיכום נקודה זו - תניית השיפוט בהיבט של סמכות השיפוט בטלה שכן היא בגדר תנאי בחוזה אחיד השולל את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות בישראל (סעיף 5 לחוק חוזים אחידים); בנוסף, תניית השיפוט בהיבט של סמכות השיפוט הינה תנייה מקפחת ודינה להתבטל שכן היא מקימה את חזקת הקיפוח (סעיף 4(9) לחוק חוזים אחידים) ולא עלה בידי פייסבוק לסתור חזקה זו. בנוסף, אין מקום להורות על אכיפת תניית השיפוט נוכח כפל ההליכים הצפוי וההכבדה על הצדדים ועל שתי מערכות משפט. משכך, בכל הכבוד, אין מקום להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי בעניין זה.

ג3.3 ברירת הדין

75. כזכור תניית השיפוט מתייחסת גם לברירת הדין. סעיף 16.1 להסכם ההצטרפות נאמר כך:

"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."

76. תניית השיפוט קובעת אפוא כי חוקי מדינת קליפורניה יחולו על כל סכסוך בין המשתמש לבין פייסבוק, גם במקרה של "התנגשות דינים".

ג3.3.1 תניית השיפוט הקובעת שהדין החל הנו הדין בקליפורניה - מקפחת ודינה בטלות

77. בתי המשפט לא היססו לעשות שימוש בחוק החוזים האחידים על מנת לבטל תניות ברירת דין בחוזים צרכניים כל אימת שהגיעו למסקנה שקיימים פערי מידע וכוחות משמעותיים בין הצדדים (כפי המצב בענייננו)? כך, למשל, ב-ת.א. 14281-05-10 גולדשמיט ואח' נ' טי.ג.י. איי השקעות נדל"ן בע"מ (13.4.2011), בוטלה תנייה בחוזה אחיד לגבי ברירת הדין:

"הדין קובע שכל תנייה בחוזה אחיד המגבילה/מצמצמת את זכות הלקוח לפנות לערכאות, לרבות תניה המגבילה את סמכות השיפוט ואף תניית ברירת דין - מעצם מהותה - הינה תניה מקפחת."

כך גם נקבע בעניין Paypal:

"20... 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

⁹ זהו ביטוי לגישה שמבקשת לעשות "צדק חוזי". על התערבות בחוזים להשגת צדק ראו: פרידמן וכהן חוזים כרך א' - 45-66 בו מדובר על דיני החוזים בכלל, ובאופן ספציפי לחוזים צרכניים - ד"ר ארנה דויטש מעמד הצרכן במשפט, 303.

לקוחותיו הישראליים, שמרביתם הם עוסקים זעירים או צרכנים, להתדיין בבתי המשפט בישראל על פי הדין הישראלי. לכך בוודאי לא ניתן להסכים."

גם בית המשפט המחוזי בתל אביב (כבי' השופטת עינת רביד) קבע דברים דומים בעניין ת"צ 14-06-19529 דוד חוטה נ' Booking.com. B.V (19.7.2015):

"51... חיוב לקוחות בוקינג, כמו לקוחות פייפאל, הישראליים להתדיין בבית משפט בהולנד ועל פי הדין ההולנדי, היא באופן מובהק חוראה שכל תכליתה לחסום את דרכם של הלקוחות לממש את זכויותיהם כלפי המשיבה."

78. בענייננו, קבע בית המשפט המחוזי (בצדק) כי תניית השיפוט המגבילה את ברירת הדין הינה תנייה מקפחת. בית המשפט המחוזי קבע כדלקמן:

"לענין זה דין דומה לתנאי בענין סמכות השיפוט, שחלה עליו חזקת קיפוח מכח סעיף 4(9) ולתנאי ברירת הדין, שחלה עליו חזקת קיפוח מכח סעיף 4(8) או מכח סעיף 3 לחוק החוזים האחדים, שלפיו יבוטל תנאי מקפח שמעניק יתרון בלתי סביר לספק, בשים לב לכלל תנאי החוזה ולנסיבות אחרות."

79. בית המשפט המחוזי קבע אפוא שהתנייה הקובעת שחוקי מדינת קליפורניה יחולו על סכסוך בין משתמש שהגיש בישראל תביעה ייצוגית נגד פייסבוק, בשם ארבעה מיליון משתמשים ישראלים, הינה תנייה מקפחת הן מכח חזקת הקיפוח (סעיף 4(8) לחוק חוזים אחדים) והן מכח סעיף 3 לחוק חוזים אחדים, בו נקבע כי תנייה המעניקה לספק יתרון בלתי סביר, הינה תנייה מקפחת.

80. פייסבוק לא מתמודדת עם קביעת בית המשפט המחוזי לפיה תניית השיפוט בהיבט של ברירת הדין מקפחת לאור סעיף 3 לחוק חוזים אחדים¹⁰. פייסבוק טוענת בעניין זה בלאקוניות (סעיף 73 לבקשת רשות הערעור). פייסבוק אינה טורחת להבהיר, ולא בכדי, מדוע לשיטתה תניית השיפוט בהיבט של ברירת הדין, איננה "נופלת" לגדר סעיף 3 לחוק חוזים אחדים. כלום תנייה הקובעת כי הדין שיחול על תביעה של ארבעה מיליון ישראלים הנו הדין בקליפורניה, אינה מעניקה לפייסבוק יתרון בלתי סביר? פייסבוק כאמור שותקת בעניין זה.

81. פייסבוק מתייחסת בבקשת רשות הערעור לחזקת הקיפוח בקשר עם ברירת הדין וטוענת, בדומה לטענה שנטענה על-ידה ביחס לסמכות השיפוט, כי חזקת הקיפוח נסתרת נוכח העובדה שברירת הדין אינה מרתיעה את התובע הייצוגי בשל הסכום הכולל של התובענה (סעיף 76 לבקשת רשות הערעור). על מנת שלא להלאות לא יחזור המשיב על הדברים שצוינו לעיל ביחס לסוגיית ההרתעה ולסכום התביעה הכולל ויציין כי הטענות המפורטות בסעיפים 54-50 לעיל, מהוות מענה גם לטענת פייסבוק בעניין ברירת הדין ומובילות למסקנה לפיה לא עלה בידי פייסבוק לסתור את חזקת הקיפוח.

¹⁰ נציין כי גם אם המבקשות היו מתמודדות עם האמור בסעיף 3 לחוק חוזים אחדים, לא היה בכך לאיין את החלת הדין הישראלי על הסכסוך - ראו: גבריאל הלוי מתקל דינים עמ' 591-590.

82. לכך נוסף כי לגבי תנייה שמתנה על הדין החל מצטרפים פערי מידע עצומים¹¹, הואיל והצרכן אינו יודע מה הדין החל במדינה הזרה, אינו מסוגל להעריך את העלות של התניה מצידו, לא צופה את הסכסוך העתיד לבוא, הוא סובל מאופטימיות יתר ולא יודע איזו תועלת תצמח לו מההסכם¹².
83. בית המשפט המחוזי לא הסתפק בניתוח חוק החוזים האחדים בהקשר של ברירת הדין. בית המשפט המחוזי ערך מבחן עצמאי, הבדוק את הדין שיש להחיל על ענייננו ומצא כי יש להחיל את הדין הישראלי על התביעה הייצוגית דנא.
84. התביעה הייצוגית נסמכת בעיקרה על עילות תביעה שמקורן בדיני החוזים ועילות תביעה שמקורן בדיני הניזקין (בכלל זה עילות מכח חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981; וחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981). משכך, בחן בית המשפט המחוזי את ברירת הדין החלה על עילות תביעה חוזיות ואת ברירת הדין החלה על עילות תביעה נזיקיות והגיע למסקנות שלהלן.
85. ברירת הדין בחוזים: המבחן קובע את ברירת הדין בחוזים הנו מבחן מירב הזיקות בו דן בית המשפט את בחן את סוגיית נאותות הפורום. בהתאם למבחן מירב הזיקות, כך קבע בית המשפט המחוזי, יש להחיל את הדין הישראלי על העילות החוזיות בתביעה הייצוגית.
86. בהתאם למבחן "מירב הזיקות", לרב העניינים נשוא התביעה הייצוגית יש זיקה לישראל. להלן נציין את זיקות התביעה הייצוגית לישראל:
- 86.1. זהות התובע - התובע המייצג הוא ישראלי. נוסף אליו יש כ-4 מיליון תושבי ישראל שהם משתמשים בשירותי המבקשות. 4 מיליון איש הם חברי הקבוצה המיוצגת.
- 86.2. הקהל שהמבקשות מכוונות אליו את פעילותן - לאתר יש ממשק בשפה העברית, הוא מכוון למשתמשים ישראלים, הפרסומות בו ממוקדות לקהל הישראלי, ועוד. במסגרת זאת יש להדגיש כי המבקשות גם מתרגמות את מסמכי האתר לעברית.
- 86.3. פייסבוק ארה"ב - תניית הדין הזר אינה רלוונטית למבקשת 1 (היא אינה צד להסכם ההצטרפות).
- 86.4. מקום האירועים הנטענים הוא בישראל. הפגיעה בפרטיות נגרמה לאזרחי ישראל. המידע הגיע מישראל. הרגולציה שחלה בקשר עם פרטיות והאזנות סתר נוגעת לישראל. גם המחדל מלרשום מאגר מידע הינו בישראל.
- 86.5. עדי התובע מצויים בישראל.
- 86.6. המבקשות מחזיקות בסניף ישראלי, וכפי שהוכח בבקשה להכרה בהמצאה לפי תקנה 482 לקנות סדר הדין האזרחי, קיים קשר הדוק בין הסניף בישראל לבין המבקשות.

¹¹ אלו כידוע מהווים סיבה חשובה להתערבות בחוזים אחידים - ראו לעניין זה אריאל פורת "חוזים אחידים" בספרם של פרידמן וכתן "חוזים" כרך ג', 739-733.

¹² ראו לעניין זה: אמל ג'בארין "המסחר במידע האישי: בין המצוי לרצוי" מאזני משפט ז' (תשי"ע), 254, 272 - 279, וכן דויטש מעמד הצרכן, 123-87.

- 86.7. **הביצוע של פסק הדין יתקיים בישראל** - הואיל וחברי הקבוצה הוא בישראל, כך גם ככל שיזכה התובע בתביעתו יהיה צורך לבצע את פסק הדין בישראל.
- 86.8. **הראיות** - בעיקרן הראיות הן דיגיטליות. הראיות עוברות ממקום למקום במהירות האור. הן יכולות להימצא בישראל ממש כשם שהן יכולות להימצא בכל מקום אחר.
- 86.9. **המידע שמתקבל מגיע מהמשתמשים מישראל ומקורו בישראל.**
- 86.10. **הודעות פרטיות נשלחות על ידי משתמשים מישראל ומתקבלות בישראל.**
- 86.11. **איסוף המידע נועד לייצר פרופיל מעמיק על כל משתמש בישראל.**
- 86.12. **פרופיל המשתמש אצל המבקשות משמש אותן לפרסם מוצרים למשתמשים בישראל.**
- 86.13. **המפרסמים של פייסבוק למשתמשים בישראל הם ישראלים.**
87. בצדק קבע אפוא בית המשפט המחוזי כי בהתאם למבחן מירב הזיקות הדין שיחול על העילות החוזיות נשוא התביעה הייצוגית יהא הדין הישראלי¹³.
88. **ברירת הדין בנויקין:** בית המשפט המחוזי עמד על כך שהדין החל על עוולה הוא דין מקום ביצועה. בית המשפט המחוזי קבע כי העוולות שנטענו בבקשת האישור בוצעו גם בישראל, וגם משום כך הדין החל עליהן הוא הדין הישראלי. וכך קבע בית המשפט המחוזי:

"אני סבורה כי העוולות הנטענות בוצעו גם בישראל, וגם משום כך הדין החל עליהן הוא הדין הישראלי."

הטענה העיקרית בבקשת האישור היא כי פייסבוק מיירטת את ההודעות הפרטיות הנשלחות על ידי המשתמשים הישראליים ועושה שימוש פסול בתוכן. פעולת היירוט מתבצעת אמנם בשרתים המצויים מחוץ לישראל, אולם תחילת העוולה בכך שמשתמש מישראל שולח הודעה פרטית בישראל למשתמש אחר. פעולת שליחת ההודעה נעשית תמיד ממקום מושבו של המשתמש ולא ממקום הימצאות השרתים. פייסבוק היא שבחברה במיקום השרתים, כעניין טכני מסחרי שנתון לשיקול דעתה, כמובן.

על כן, תחילת העוולה בוצעה בארץ, ובהתאם להלכת יינון – יש להחיל עליה את הדין הישראלי.

מכל מקום ברי כי העוולה של אי רישום מאגר מידע, ככל שתוכח - היא עוולה בדיני ישראל, משום אי הרישום בישראל, ולכן, ככל שבוצעה, בוצעה בישראל. בשלב זה אין מקום להיעתר לבקשת

¹³ נציין כי פסק הדין המנתה בבירית הדין בחוזים - בג"ץ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים (10.10.2007) שואב השראתו, בין היתר מכללי ברירת הדין הנהוגים באירופה הידועים כרגולציית ROME I (Regulation (EC) No 593/2008) של הפרלמנט האירופאי בדבר הדין החל על התחייבויות חוזיות). כללים אלו קובעים כי הסכמה של צדדים לא יכולה לאיין את ההגנות המוענקות לו על ידי מדינת תושבותו.

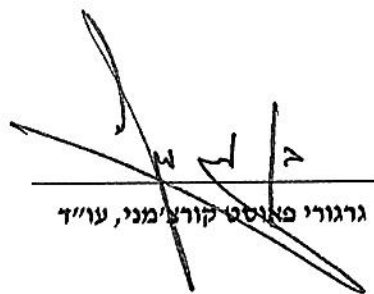
ראו: פרק 6 לרגולציית רומא I הזמינה בקישור הבא - <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN>.

**פייסבוק ולראות בהוספתה לכתב התביעה תכסיסנות על מנת להבדיל תביעה זו מתביעת
".Campbell**

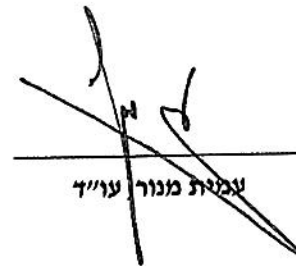
89. לסיכום נקודה זו - תניית השיפוט בהיבט של ברירת הדין הינה תנייה מקפחת (סעיף 3 לחוק חוזים אחידים) לכן **דינה בטלות**. בנוסף, קמה בענייננו חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(8) לחוק חוזים אחידים וזאת לא נסתרה על-ידי פייסבוק וגם מטעם זה יש להורות על **בטלות התנייה**. בנוסף, אפילו לא היה מדובר בתנייה מקפחת, הרי שבהתאם למבחנים המקובלים לבחינת ברירת הדין יש לדון בתביעה הייצוגית על-פי הדין הישראלי. לפיכך, בכל הכבוד, אין מקום להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי בעניין זה.

ד. סוף דבר

90. מכל האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את בקשת רשות הערעור ולהשית על המבקשות את הוצאותיה ושכר טרחת עו"ד בצירוף מע"מ.


גרגורי פאפאס קורצ'מני, עו"ד

ב"כ המשיב


עמית מנור, עו"ד