

בעניין:

1. טרוים מילר בע"מ, ח"פ 514937242

2. יונתן טרוים

ע"י ב"כ עו"ד ליעד ורציהזר

מרחוב הארבעה 28, מגדל צפוני, קומה 11,

תל אביב, 6473925

טל': 03-5367770, פקס: 077-4704415

דוא"ל: liad@lv-law.co.il

המבקשים 1-2

- נ ג ד -

1. Facebook Ireland Limited

ע"י ב"כ עוה"ד יואב אסטרייכר וואו הגר פוסטובסקי

ממשרד מיתר ליקוורניק גבע לשם טל ושות', עורכי דין

מדרך אבא הלל סילבר 16,

רמת גן, 5250608

טלפון: 03-6103100, פקס: 03-6103111

דוא"ל: yoavo@meitar.com

המשיבה

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהמשך להודעתו בדבר התייצבותו להליך מכוח סמכותו לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש] ובהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 29.10.2020, מוגשת בזאת עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה.

לימור פלד, עו"ד

סגנית מנהל המחלקה האזרחית

פרקליטות המדינה

א. כללי

1. בקשת רשות הערעור בהליך דגן מעלה את השאלה האם יש לראות בתניית ברירת הדין, המופיעה בסעיף 15.1 לתנאי ההתקשרות בין Facebook Ireland Limited (להלן: "פייסבוק אירלנד" או "המשיבה" או "פייסבוק") לבין המתקשרים עימה, כתנאי מקפח בחוזה אחיד לפי חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן: "חוק החוזים האחידים"). הדיון בתניית מקום השיפוט התייתר לאור הסכמת המשיבה.
2. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, שגה בית המשפט קמא הנכבד בדרך בה בחן קיומה של תנייה מקפחת בחוזה שלפנינו.
3. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי בחינת קיפוח לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים אינה מתמצה ב"מבחן ההרתעה" וכי היה על בית המשפט קמא לבחון פרמטרים ושיקולים נוספים. קיומו של יתרון בלתי הוגן בתנייה האמורה וקיומם של פערי כוחות גדולים, הם הבסיס לבחינת קיומו של קיפוח לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים כאשר פרמטרים חשובים לעניין זה הם: מיהות הצדדים, טיב ההתקשרות והיקפה, מידת התלות של הלקוח בהתקשרות, ייחודיותה וכיוצא בזאת. זאת ועוד, יש לקחת בחשבון בבחינת הסוגיה דגן כי אין מדובר בהליך ייצוגי ואף לקחת בחשבון כי לאור התפתחויות שונות נחלש עד מאד האינטרס העסקי של פייסבוק בקיומו של דין אחד בכלל תיקיה והתדיינויותיה. כל אלה שיקולים אשר הוענק להם משקל רב בהכרעתו של בית משפט נכבד זה ברע"א Facebook Inc 5860/16 נ' אוהד בן חמו (פורסם בנבו, 31.5.2018) (להלן: "עניין בן חמו"), במסגרתה נקבע כי תניית ברירת הדין, בעת שזו נבחנת בפריזמה של סעיף 3 לחוק החוזים האחידים, איננה מקפחת. לאור שינויים והבדלים אלה ומטעמים נוספים, יש מקום לקבוע כי נקודת שיווי המשקל השתנתה וכי זו החדשה תומכת במסקנה כי בנסיבות מסוימות עשויה תניית ברירת הדין להיחשב כמקפחת וזאת אף מבלי שיוכח כי הדין הזר שולל זכויות או סעדים המגיעים ללקוח.

ב. רקע

4. המבקש 2 הקים את המבקשת 1 (יחד להלן: "המבקשים") אשר היא חברה פרטית בעירבון מוגבל העוסקת בתחום הפקת ירידי אופנה וסגנון חיים ואירועי תרבות. פייסבוק אירלנד היא חברה המאוגדת באירלנד. בזמנים הרלוונטיים לתובענה, פייסבוק אירלנד סיפקה את שירותי הרשת החברתית Facebook למשתמשים המתגוררים בישראל.
5. כתנאי לשימוש בשירות Facebook, למטרות פרטיות או עסקיות כאחד, כל משתמש המתגורר בישראל נדרש בזמנים הרלוונטיים לתובענה להסכים להיכנס להסכם מחייב עם פייסבוק אירלנד – "הצהרת הזכויות ותחומי האחריות" המכונה "SSR" (להלן: "תנאי השירות" או "תנאי השימוש"). לענייננו, חשוב לציין כי בסעיף 15.1 לתנאי השירות שהיו בתוקף נכון ליום 30.1.2015 נקבע, כי תנאי השירות כמו גם כל מחלוקת שתתעורר כפופים לדין הקליפורני.

ההליכים המשפטיים:

6. המבקשים הגישו תביעה בבית משפט השלום (ת"א (שלום הרצליה) 32809-09-17 facebook Ireland limited נ' טרוים מילר בע"מ (פורסם בנבו, 14.8.2019)) בטענה, כי המשיבה הטעתה אותם לגבי הליך מיזוג של דפי העסק השונים וגרמה להם לפגיעה כלכלית (כתב התביעה צורף כנספח 1 לבקשת רשות הערעור).

7. המשיבה הגישה בקשה לסילוק התביעה על הסף בשתי טענות עיקריות. הראשונה, כי סמכות השיפוט נתונה לבית המשפט בקליפורניה והשנייה כי על הצדדים חל דין קליפורניה. הצדדים הגיעו להסדר דיוני לפיו הכרעה בבקשת הסילוק על הסף תינתן לאחר הכרעת בית המשפט העליון בעניין **בן חמו**. לאחר פסק הדין בעניין **בן חמו** ועם חידוש ההליכים, הוגשה בקשה חדשה לסילוק התביעה על הסף. בתגובה לה נטען על ידי המבקשים, בין היתר, כי פייסבוק שינתה את תנאי השימוש, כך שהחל מיום 14.7.2018 נקבע כי משתמש בפייסבוק שהוא "Consumer", דהיינו צרכן, רשאי להתדיין עמה במקום מושבו ועל פי דיני מדינתו, ואין כל טעם ענייני להבחנה בין צרכנים אחרים לבנים.

8. המבקשים טענו, כי לאור הרציונאלים של חוק החוזים האחידים ובפרט לאור "אפקט ההרתעה" יש לקבוע כי תניית ברירת הדין היא מקפחת. כמו כן, הם טענו כי יש לאבחן את המקרה מעניין **בן חמו** בשל שתי הבחנות עיקריות – ראשית, בעניין **בן חמו** דובר בבקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית בהיקף של כ-400 מיליון דולר, ואילו כאן בתביעה "רגילה" בהיקף של 700 אלף ש"ח בלבד. שנית, בעניין **בן חמו** היה מדובר בשירות חינמי, וכאן שולמה תמורה כספית.

9. בהחלטת הביניים שניתנה בבית משפט השלום (כבוד השופט גלעד הס) נקבע, כי אין מקום לערוך הבחנה בין המקרה דן לעניין **בן חמו**, וכי גם במקרה זה סעיף ברירת הדין אינו סעיף מקפח בחוזה אחיד. כמו כן, נקבע כי היותם של המבקשים "תובעים מסחריים" ולא משתמשים פרטיים מביאה דווקא להגנה פחותה בעניינם מכוח חוק החוזים האחידים, כמו גם שהחשש מהרתעה קטן בצורה משמעותית לאור עובדה זו.

10. המבקשים הגישו בקשת רשות ערעור (רע"א (מחוזי ת"א) 11338-10-19 **טרויים מילר בע"מ נ' Facebook Ireland limited** (פורסם בנבו, 30.1.2020)) וזו ניתנה (כב' השופטת אביגיל כהן). עם זאת, הערעור נדחה. בהחלטה נקבע, כי בעניין **בן חמו** נעשתה הבחנה ברורה בין תובעים ייצוגיים לבין כל השאר. עם זאת, נקבע כי לא מתקיימות החזקות הקבועות בסעיפים 4(6) ו-4(8) לחוק החוזים האחידים בהתבסס על קביעתו של בית משפט השלום כי המבקשים לא הוכיחו שהדין הקליפורני שולל מהם טענה מהותית או תרופה. כמו כן, נקבע כי לא עלה בידי המבקשים להוכיח כי התנייה מקפחת בהתאם לסעיף 3 לחוק החוזים האחידים. זאת, על בסיס נימוקי בית משפט השלום ולאור קביעתו כי הדין הקליפורני לא ירתיע לקוחות מסוגם של המבקשים מנקיטת אמצעים משפטיים נגד פייסבוק. כמו כן, נקבע כי באיזון בין האינטרס של משתמשים ישראלים בפייסבוק שתובענה בנוגע לתחום העסקי תוכרע על פי הדין המהותי של מדינת ישראל ובין האינטרס העסקי של פייסבוק שתהיה כפופה למערכת דינים אחת בשל ההיקף האדיר של המשתמשים בשירותים הפרושים בעולם, יש להעדיף את האינטרס של פייסבוק, וכי התנייה האמורה אינה מגנה על פייסבוק מעבר למה שנתפס כראוי. על פסק הדין הוגשה בקשת רשות הערעור דן.

ג. דין:

11. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, "מבחן ההרתעה" בו עשה שימוש בית המשפט קמא אינו המבחן הרלוונטי, או לפחות אינו המבחן הבלעדי לבחינת קיומו של קיפוח, לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים. היועץ המשפטי לממשלה יבקש להניח בעמדה זו את מכלול הפרמטרים והשיקולים בהם יש לעשות שימוש בעת בחינת קיומה של תנייה מקפחת לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים. שימוש בפרמטרים אלה עשוי להוביל למסקנה כי התנייה בענייננו היא מקפחת.

12. בנוסף, לגישת היועץ המשפטי לממשלה, יש בהתפתחויות שהתרחשו מאז עניין **בן חמו** כדי לתמוך במסקנה כי האינטרס של פייסבוק בקיום התדיינות בישראל על פי דין אחד נחלש משמעותית. לכך יש השלכה על האיזון הראוי שבין שמירה על האינטרס העסקי של פייסבוק לבין הגנה על לקוחותיה, ועל המסקנה כי תניית ברירת הדין בענייננו עשויה להיות מקפחת. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי לנוכח העובדה שבחינת הקיפוח נעשתה על ידי בית המשפט קמא, בעיקרה על פי בחינת "מבחן ההרתעה", יש מקום לשוב ולבחון קיומה של תנייה מקפחת בהתאם לפרמטרים שיוגדרו בהמשך העמדה, ובהתחשב בשינוי בנקודת האיזון, כפי שיורחב להלן, וזאת על פי מבחן ההוגנות והסבירות.

13. יצוין כבר כעת, כי לגישת היועץ המשפטי לממשלה, פרמטר חשוב ומשמעותי בבחינת קיומו של קיפוח הוא יכולת המתקשר בעסקה להבין את תנאי העסקה ואת מכלול החובות המוטלות עליו כמו גם הזכויות המוענקות לו. לא בכדי ראה המחוקק בקיום "האותיות הקטנות" בחוזה משום יתרון בלתי הוגן שניתן לצד שערך את החוזה האחיד כלפי המתקשר עימו, קל וחומר כאשר מדובר באותיות שאינן מופיעות כלל והן בגדר "נעלם". כלומר, החלת דין זר על חוזה שנכרת בפערי כוחות משמעותיים משמעה כי פעמים רבות כבר ברגע כריתת החוזה הלקוח, אף אם יעבור בעיון על כל הוראותיו של חוזה זה, איננו יכול לדעת איזה חובות חלות עליו מכוח הדין הזר ואיזה סעדים מגיעים לו מכוחו כמו גם באיזה פעולות עליו לנקוט כדי להבטיח את מימושו. כך למשל, עשוי הדין הזר לחייב התנגדות מפורשת בכתב להעברת מידע אישי השייך למתקשר או לחייב בהתראה בכתב לפני הגשת תביעה – חובות שאף אם אינן מופיעות כתניות בחוזה עצמו עשויות לחול מכוחו של הדין הזר החל על החוזה. לפיכך, בחירת הדין הזר וההיכרות עימו מעניקה לבעל החוזה האחיד יתרון רב, ובנסיבות מסוימות אף בלתי הוגן, ועשויה להוביל למצב של קיפוח לקוחותיו, ובפרט לאור כך שתנייה זו חלה על כל חיי החוזה – מרגע כריתתו ועד לסיומו או להפרתו. בנסיבות שבהן הלקוח המתקשר אינו מודע לחובות אשר מוטלות עליו ולזכויות שניתנו לו, ועיון בחוזה על כל סעיפיו לא יועיל לו, בעוד שהצד השני מכיר את פרטי העסקה וגם את מכלול החובות והזכויות הנובעות מהדין הזר, משול הדבר לחתימה על "דף נקי". זאת, בפרט כשאין ציפיה כי בטרם יחתום הלקוח על ההתקשרות האחידה הוא יתייעץ עם מומחה לדין זר. הדבר איננו מעשי ואף איננו מקובל בחוזים מהסוג שלפנינו. לכן, בחינת קיפוח רק לפי "מבחן ההרתעה", המאזן בין יכולת הלקוח להיעזר במומחה לדין זר לצורך הגשת התביעה וניהולה והעלויות הכרוכות בכך, לבין ההטבה הצפויה מההליך המשפטי הננקט על ידו, איננה מתאימה ביחס לקיפוח המתקיים כבר בכריתת החוזה עצמו. אף לא ניתן להתעלם מכך שחברות מסחר גלובאליות ופייסבוק בכללן מחזיקות כוח רב ומשמעותי המהווה אף הוא פרמטר חשוב בענייננו, שעשוי להטות את הכף בנסיבות מסוימות למסקנה בדבר קיומה של תנייה מקפחת. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, במצב זה, ובהתקיים מספר נסיבות ושיקולים כפי שיפורט בהמשך, הלקוח אינו נדרש להוכיח כי הדין הזר שולל סעדים או טענות הניתנות על פי הדין הישראלי ודי בהוכחת הקיפוח על פי סעיף 3, כאמור.

חוק החוזים האחידים – כללי

14. חוק החוזים האחידים מבקש לאזן בין הצדדים לחוזה האחיד – הספק והלקוח, ולהגשים את תכלית החוק, שהיא "להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים" (סעיף 1). החוק מגן על לקוחות, לאו דווקא צרכניים

במובן הצר, כאשר הבחינה הרלוונטית היא של פערי הכוחות בין הצדדים ומידת ההשפעה שלהם על עיצוב החוזה (ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 1393-01-17 **אלי נכט נ' Facebook Ireland Ltd** (פורסם בנבו, 06.8.2020) (להלן: "עניין נכט"), ת"צ (מחוזי ת"א) 27761-09-17 **רותם גל נ' Facebook Ireland Ltd** (פורסם בנבו, 16.9.2020) (להלן: "עניין גל").

15. נקודת המוצא של החוק היא פערי הכוחות הקיימים בין הספק לבין הלקוח, המתבטאים במשאבים הכלכליים, המשפטיים והמקצועיים העומדים לרשות הספק בלבד, והמאפשרים לו לנהל משא ומתן במיומנות, תוך שימוש במידע רב העומד לרשותו ותוך מיצוי כושר המיקוח שלו. זאת, כאשר הלקוח אינו בעל משאבים שווי ערך (וראו ספרם של ורדה לוסטהויז וטנה שפניץ **חוזים אחידים 15-18** (1994) (להלן: "לוסטהויז ושפניץ"); גבריאלה שלו **דיני חוזים – החלק הכללי 52** (התשס"ה); הצעת חוק החוזים האחידים, ה"ח תשכ"ב בעמוד 312, וה"ח התשמ"ב בעמוד 28).

16. שיקול דעת השופט באיזון בין מכלול התנאים והנסיבות לצורך הקביעה מהו "קיפוח" מוגבל למסגרת הברורה של מטרת החוק והיא הגנה על הלקוחות, אשר עשויה להכריע את הכף במקרים הגבוליים בהם כפות המאזניים לא נטו לצד זה או אחר (לוסטהויז ושפניץ, 48).

מעמדה של פייסבוק ופערי הכוחות

17. חוסר השוויון בין צדדים לחוזה הוא המאפיין החשוב ביותר של החוזים האחידים ולבחינתו של קיפוח (לוסטהויז ושפניץ, עמוד 69). "דיני הקיפוח מתמקדים, בראש ובראשונה, בצדדים וביחסי הכוחות שביניהם. ההגינות או חוסר ההגינות נקבעים על-פי תפיסת היסוד של החברה, אך הם נגזרים מיחסי הכוחות שבין הצדדים" (ע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464 (1992), (להלן: "עניין קסטנבאום"), 538).

18. פייסבוק אירלנד היא תאגיד ענק אשר לו מעל 4.5 מיליארד משתמשים (ראו פסקה 35 בעניין **בן חמו**). בית משפט נכבד זה ציין בפסק דינו בעניין **בן חמו** (פסקה 37) כי:

"בנוסף על כך, ואף שמדובר בהליך ייצוגי, לא ניתן להתעלם בהקשר זה מפערי הכוחות העצומים בין פייסבוק אירלנד והמשתמשים הישראלים בפייסבוק. פייסבוק אירלנד היא חברת ענק זרה הפועלת במספר רב של מדינות בעולם ועובדה זו מקשה על משתמשים ישראלים בפייסבוק לתבוע אותה. לפייסבוק אירלנד אין תמריץ של ממש להתחשב בזכויות ובאינטרסים של הצרכן הישראלי ומסיבה זו עמדת המיקוח של הצרכן הישראלי אל מול פייסבוק אירלנד היא גרועה במיוחד... הדברים מקבלים משנה תוקף לנוכח העלייה הדרמטית בהיקף המסחר עם תאגידי זרים באמצעות האינטרנט בשנים האחרונות (ראו: אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט עמ' 513-533 (2002))."

19. על פערי הכוחות העצומים נכתב גם בעניין **נכט**:

"אי השוויון בין פייסבוק לבין המשתמשים הוא כה משמעותי, עד אשר יש בו כדי לטשטש את ההבדלים, אם קיימים, בין משתמשים שלהם פרופיל אישי בלבד לבין משתמשים שלהם גם "עמודים" עסקיים. שניהם מצויים בעמדת נחיתות ביחס לפייסבוק ושניהם ראויים להגנות החקיקה הצרכנית".

20. בעניין **גל** קבע בית המשפט המחוזי כי:

"נדמה, שנוכח פערי הכוחות העצומים שבין פייסבוק לבין המשתמשים בפלטפורמה של פייסבוק, אין הבדל בין משתמשים "רגילים" לבין מפרסמים תמורת תשלום, למצער בכל הנוגע לחוק החוזים האחידים... ניתן אף לסבור, שהצרכנים המפרסמים זקוקים להגנה זו אף יותר מהמשתמש "החינמי", שכן הם משלמים לפייסבוק עבור השירות שמקבלים ממנה מחד גיסא ומצויים באותה עמדת נחיתות מול פייסבוק, מאידך גיסא".

21. יש לציין כי שני ההליכים, **בעניין נכט** ו**בעניין גל**, נדונו על רקע שינוי המדיניות של פייסבוק, אשר שינתה את תניות ברירת הדין ותניות השיפוט כלפי "צרכנים", כפי שיפורט בהמשך.

22. מכאן עולה, כי בתי המשפט מצאו שבמקרים מסוימים ולאור פערי הכוחות העצומים אף אין מקום להבחנה בין משתמשים שאינם משלמים לבין המשתמשים בשירותיה של פייסבוק בתשלום. **בעניין גל** נדחתה במפורש טענת פייסבוק, אשר נטענה גם בהליך דנן, לפיה "צדדים מסחריים מוחזקים מבחינה משפטית כמתחכמים יותר מאשר צרכנים, ולפיכך הם ראויים להגנות מצומצמות יותר בפני הוראות חוזיות שהן כביכול 'מקפחות'". בית המשפט

בעניין גל התייחס לטענה זו וציין כי:

"תאוריה זו אינה עומדת במבחן המציאות בה "חיים" המפרסמים והמשתמשים בפייסבוק. פייסבוק מנסחת את תנאי השירות ואת כללי הפרסום כראות עיניה, וברצונה היא משנה אותם, ולמשתמשים אין כל אפשרות להשפיע על תנאי ההתקשרות עם פייסבוק. המשתמשים כפופים למעשה לתנאים שמכתיבה להם פייסבוק...למשתמשים ולמפרסמים אין יכולת מיקוח מול פייסבוק וכדי לעמוד על זכויותיהם הם נאלצים לפנות לבית המשפט על מנת לנסות ולקבל סעד".

23. למען שלמות התמונה נציין כי ביום 7.2.21 פירסמה רשות התחרות "הודעה לעיתונות" בכותרת "רשות התחרות ממליצה לאמץ אסדרה ביחס שבין פלטפורמות מקוונות לבין משתמשים עסקיים בדין הישראלי" ונייר עמדה בנושא.¹ רשות התחרות התייחסה לכך ש"ככל שפלטפורמה מקוונת נעשית מרכזית יותר עבור תחום עיסוק מסוים, כך גדלה התלות של המשתמשים העסקיים (והפרטיים) בה. היכולות של הפלטפורמות המקוונות והתלות בהן מעניקות להן יתרון עסקי מובהק אל מול המשתמשים העסקיים, העלול להתבטא בפרקטיקות בלתי הוגנות בתנאי הסחר ביניהן ובפגיעה בפוטנציאל הצמיחה הכלכלית והרווחה החברתית הטמון בתחומי הסחר המקוון". כמו כן, התייחסה רשות התחרות לרגולציה האירופית אשר קבעה כללים של הוגנות ושקיפות בין הפלטפורמות ובין המשתמשים העסקיים. אחת השאלות אשר הפנתה רשות התחרות לציבור היא השאלה "על אלו פלטפורמות מקוונות יש להחיל את הרגולציה בישראל" בפרטה כי לעמדתה יש להעמיד תנאי סף גבוהים יותר מאלו שנקבעו באיחוד האירופי. הרשות הציעה פרמטרים שונים שיכולים להוות תנאי סף – כמו מחזור המכירות של הפלטפורמות, מאזן הנכסים או מספר העובדים שלהן, מספר המשתמשים הפרטיים או המשתמשים העסקיים של הפלטפורמות וכיו"ב.

24. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, אין מקום לקביעה קטגורית לפיה לקוח המשלם על שירותי פייסבוק בהכרח אינו נמצא בעמדת נחיתות משמעותית למולה וכי לא יתכנו במצבו פערים משמעותיים ביחסי הכוחות. יש לבחון מהם יחסי הכוחות המתקיימים בין הצדדים בהתאם לנסיבות. בבחינה זו ניתן לבחון הן את כוחו של הספק והן את כוחו של הלקוח, התלות שלו בהתקשרות, מהות החוזה והיקפו, חיוניותו וייחודו של המוצר ועוד. בוודאי שאין מקום לקביעה קטגורית כזו כאשר חוק החוזים האחידים עצמו אינו קובע כי הוא חל רק על צרכנים, אלא הדגש העולה ממנו הוא על פערי הכוחות בין הצדדים. כוחה וגודלה העצום של פייסבוק אירלנד מביא, לעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, למצב בו גם לקוחות עסקיים, בנסיבות מסוימות, עשויים להיות בעלי כוח מיקוח קטן עד לא

¹ (קישור ל"הודעה לעיתונות" ולנייר העמדה: https://www.gov.il/he/departments/publications/Call_for_bids/onlineplatforms-draft). קישור לרגולציה האירופאית: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1150&from=EN> כפי שמצוין בנייר העמדה, בנוסף לרגולציה האירופאית, מקדמת הנציבות האירופאית יוזמות חקיקה נוספות הנוגעות אף הן לפעילות השחקנים בכלכלה הדיגיטלית. ראו: Regulation of the European Parliament and of the Council on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector (Digital Markets Act) <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=en> Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and Amending Directive 2000/31/ec <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=en> בנוסף, ראו דו"חות של הרשות האוסטרלית והרשות הבריטית הדנים בפלטפורמות דיגיטליות ועוסקים באופן ספציפי בכוח השוק של פייסבוק – לינק לדו"ח הבריטי – https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf – לינק לדו"ח האוסטרלי - <https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report%20-%20executive%20summary.pdf>

קיים למולה, ולנוכח פערי הכוחות העצומים עשויות להתקיים גם לגביהם תניות מקפחות המעניקות לפייסבוק יתרון בלתי הוגן.

קיפוח לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים

25. סעיף 3 לחוק החוזים האחידים קובע שני מבחנים לביטול או לשינוי תנאי בחוזה אחיד, האחד הוא קיפוח הלוקחות והשני הוא יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לקיפוח הלוקחות. תנאי החשוד כמקפח, ואינו נכלל בחזקות הקיפוח הקבועות בסעיף 4 לחוק החוזים האחידים, עדיין יכול להיתפס בגדר מבחן הקיפוח ומבחן היתרון הבלתי הוגן הקבועים בסעיף 3 לחוק, כאשר נטל ההוכחה מוטל במקרה זה על הלוקח. מבחניו של סעיף 3 יש להפעיל בשים לב ל"מכלול תנאי החוזה ונסיבות אחרות". מבחן הקיפוח מתגבש בדרך של פרשנות ממקרה למקרה (**הפירוש הקצר לחוקים במשפט הפרטי** 324 (איל זמיר, מרדכי א' ראבילו, גבריאלה שלו עורכים, 1996) (להלן: "**זמיר, ראבילו ושלוי**"); ע"א 449/85 **היועץ המשפטי לממשלה נ' גד חברה לבניין בע"מ**, פ"ד מג(1) 183, 189 (1989)), "כאשר המבחן הנו מבחן ההגינות והסבירות ומושפע מהאיזון הראוי שהחברה יוצרת. לבית המשפט מוענק שיקול דעת שיפוטי נרחב בעניין זה" (זמיר, ראבילו ושלוי, עמוד 324; עח"א 1/79 **מפעלים לניקוי יבש קשת בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לד(3) 374, 365 (1989) (להלן: "**עניין קשת**"); עניין **קסטנבאום**, עמודים 526-527).

26. בית המשפט קמא בחן האם תניית ברירת הדין בענייננו מקפחת. תחילה קבע כי לא מתקיימות החזקות הקבועות בסעיפים 4(6) ו-4(8). לאחר מכן, בחן האם מתקיים קיפוח לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים, ובהקשר לכך ציין, כי "עפ"י הפסיקה, השאלה האם תנאי בחוזה אחיד הוא מקפח נבחנת עפ"י אמת מידה מוסרית וחברתית; תנאי מקפח בחוזה הוא תנאי שלוקה בהגינותו וסבירותו...". אכן, המבחן כאמור לבחינת היות תנאי מקפח לפי סעיף 3 הוא מבחן ההגינות והסבירות. עם זאת, בהמשך אותה פסקה צוין, כי: "ההלכה קובעת כי המבחן שיש להפעילו עת עומדים על סבירותה של התנייה הוא "מבחן ההרתעה מפני מימוש זכויות" – האם יש בתנייה כדי להרתיע את הלוקח מפני עמידה על זכויותיו המשפטיות", וזאת בנוסף לשימת לב "למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות".

27. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, קביעה זו של בית המשפט קמא הנכבד, בכל הכבוד, מבלבלת בין בחינת הסבירות וההוגנות לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים לבין "מבחן ההרתעה" הנוגע בעיקרו לתניית מקום השיפוט. היועץ המשפטי לממשלה יקדים את המאוחר וציין, כי במקרה של תניית השיפוט עיקר הכובד הוא ב"מקום השיפוט" ולכן ההרתעה מהגשת התביעה בשל ריחוק מקום השיפוט היא לב העניין. ברי כי במקרה כזה הצורך להגיש את התביעה בבית משפט מרוחק, באופן שמגדיל משמעותית את עלויות התביעה עשוי להרתיע מהגשתה בפרט כאשר לעלויות מתווסף החשש להגיע ולהתדיין במדינה זרה. טעם זה, קרי הרתעה בהגשתה של התביעה, עשוי להיות בעל משקל גם כשמדובר בדין זר שאינו מוכר לתובע ומחייבו לשאת בעלויות נוספות שכרוכות בהעסקת מומחה לדין זר. אולם, כשמדובר בתניית ברירת דין נקודת הכובד היא כבר ברגע כריתת החוזה ובעובדה שהלוקח מתקשר ולוקח על עצמו מכלול של חובות כאשר הוא איננו מודע להן ובמובן זה הוא חותם "בעיניים עצומות" על חוזה שאיננו נהיר לו ושעל מנת להבינו, יהיה עליו לשכור את שירותיו של מומחה לדין הזר, כבר בשלב כריתת החוזה.

'מבחן ההרתעה'

28. שורש שימושו של "מבחן ההרתעה" הוא בבחינת סבירות תניית מקום שיפוט, וביתר דיוק, האם התנאי עומד

ברישא של חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים בנוסחה דאז "תנאי הקובע מקום שיפוט בלתי סביר..." (ראו בר"ע (מחוזי באר שבע) 16/90 **זרעד בע"מ נ' שחר שמואל**, תש"ן (3) 133 (1990); רע"א 188/02 מפעל הפיס נ' אלי כהן, נו(4) 473 (2003)). בשנת 2004 תוקן נוסח חזקת הקיפוח המפורטת בסעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים והוחלפו המילים "מקום שיפוט בלתי סביר" במילים "תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט". למבחן ההרתעה נותרה חשיבות גם לאחר תיקון החוק. זאת כעולה מפסק הדין בע"א 6916/04 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 18.2.2010) (להלן: "**עניין לאומי**") ומפסק הדין ברע"א 1108/10 **מאיר חברה למכונות ומשאיות בע"מ נ' ברפי** פסקאות 6-7 (פורסם בנבו, 7.4.2010) (להלן: "**עניין ברפי**").

29. בעניין בן חמו ציינה כב' הנשיאה חיות כי מקובלת עליה העמדה שהובאה בעניין **ברפי** באשר למבחן ההרתעה: "**אכן, מבחן ההרתעה שנקבע בעניין מפעל הפיס הוא בעל חשיבות בבואנו לבחון את השאלה האם עלה בידי הספק לסתור את חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים. ואולם, אין זה המבחן הבלעדי ואף לא המכריע ועל בית המשפט ליתן דעתו בכל מקרה ומקרה "למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות" בטרם יקבע אם עלה בידי הספק לסתור את החזקה. (ההדגשה אינה במקור)**" (פסקה 31).

כמתואר לעיל, מקומו של "מבחן ההרתעה" יפה כאשר אנו נמצאים בשלב השני של בחינת חזקת הקיפוח לפי סעיף 4(9), כלומר כאשר הספק מנסה לסתור חזקת קיפוח זו, אך אין הוא המבחן הבלעדי או העיקרי לצורך בחינת קיומו של קיפוח לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים ונראה כי בעניין זה חל בלבול בבתי המשפט השונים (ראו למשל פסק דין ת"צ (מחוזי מרכז) 52768-07-15 **זרון אשל נ Google Inc**, פסקה 13 (פורסם בנבו, 22.10.2020)).

30. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, לפי מבחן הקיפוח, יכול שייקבע כי תניית ברירת דין "מקפחת לקוחות" או שמעניקה "יתרון בלתי הוגן" מסיבות אחרות שאינן הרתעת הלקוחות מלנקוט בהליכים משפטיים. מכאן, וכפי שנקבע בעניין **בן חמו**, בעניינה של תניית ברירת דין גם כאשר מבחן ההרתעה זוכה למשקל, אין מדובר במבחן בלעדי או מכריע.

31. בית משפט השלום בענייננו קבע, כי "המבחן השולט לענייננו לבחינת הסוגיה - האם התניה הינה תניה מקפחת - הינו "מבחן ההרתעה". כך גם בית המשפט המחוזי הנכבד קמא פסק, כי: "ההלכה קובעת כי המבחן שיש להפעילו עת עומדים על סבירותה של התנייה [תניית ברירת הדין] הוא "מבחן ההרתעה מפני מימוש זכויות" ולאור כך פסק "מן הכלל אל הפרט" כי: "איני סבורה כי במקרה דנן העובדה כי הדין המהותי על פיו תוכרע התובענה הינו דין הקליפורני יש בה להרתיע לקוחות מסוג התובעים מנקיטת אמצעים משפטיים נגד פייסבוק". וכן הוסבר מדוע בענייננו אפקט ההרתעה יהיה אף קטן יותר וזאת בין היתר כי התובעים הם גורמים מסחריים, וכי הדין הקליפורני נגיש.

32. מכאן שבכל הכבוד נפלה טעות בבחינת בתי המשפט את הסוגיה בענייננו. התנייה הניצבת במרכז הדיון היא תניית ברירת דין ולא תניית שיפוט זר. המבקשים לא טענו לחזקה הקבועה בסעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים, בעניינה של תניית ברירת הדין, אלא לחזקות הקבועות בסעיפים 4(6) ו-4(8) לחוק. חזקות אלו נדחו על ידי בית המשפט. או אז פנה בית המשפט המחוזי קמא כדי לבחון האם התנאי מהווה תנאי מקפח לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים וכאמור במסגרת בחינה זו העניק משקל מכריע ל"מבחן ההרתעה", וקבע כי תובע עסקי לא יירתע מהגשת תביעה המצריכה ממנו להביא חוות דעת לגבי הדין הזר הקליפורני אשר נגישותו גבוהה. על רקע זה בחן בית המשפט האם

האינטרס של פייסבוק זוכה להגנה מעבר למה שנתפס כראוי. כאמור, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה רקע זה לוקה בחסר.

33. במסגרת בחינת סעיף 3, מבחן ההרתעה הוא לכל היותר מבחן ראוי באשר לשאלה האם התנייה מקפחת על רקע הרתעת תובע מנקיטת הליכים משפטיים, אך בגדר סעיף 3 ניתן לטעון לקיפוח בשל תניית ברירת דין גם מטעמים נוספים, וכידוע אין בחינתו של סעיף 3 מוגבלת רק להרתעה ביחס לנקיטת הליכים משפטיים: "אין כמעט גבול לסוגי הנושאים שבהם ניתן להעלות טענת קיפוח" (לוסטוהויז ושפניץ, עמוד 49). המבחן לבחינת קיפוח לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים הוא מבחן ההגינות והסבירות כאשר אופייה המיוחד של תניית ברירת דין בצירוף פערי הכוחות המשמעותיים ויתר נסיבות העניין הם אלה העשויים ליצור יתרון בלתי הוגן וקיפוח, כפי שיורחב להלן.

תניית ברירת הדין מחייבת את הצדדים להיעזר במומחה לדין הזר כדי להבין את ההשלכות של השימוש בשירות כבר במועד כריתת ההסכם

34. כאשר לקוח, שאינו בעל מומחיות או משאבים מיוחדים, ניצב לפני כריתת חוזה עם תאגיד זר עתיר כח, הכולל תניית ברירת דין, וכאשר מדובר בעסקה שאיננה גדולה בהיקפה המצדיקה היעזרות במומחה לדין הזר, וללקוח אין יכולת להשפיע על נוסח החוזה, במרבית המקרים הוא לא יוכל להבין את מכלול החובות שתנייה זו מטילה עליו. לשם כך יהיה עליו לשכור את שירותיו של מומחה לדין הזר, כבר בשלב כריתת החוזה, על מנת שיבאר לו את מערכת הדינים אשר תחול עליו בהתאם לאותה התנייה – בדיקה אשר לה אף עלויות גבוהות. אין ציפייה כי הלקוח, באותם מקרים, יבדוק מראש את הדין הזר אליו מפנה התנייה שבתנאי השימוש טרם הסכמתו, וכי יבין את המשמעות והסיכונים של הסכמה שכזו לעומקה (וראו, Bakos Yannis, Florencia Marotta-Wurgler & David R. Trossen, Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard Form Contracts, 43 J. LEGAL STUD. 1 (2014); Ian Ayres & Alan Schwartz, The No-Reading Problem in Consumer Contract Law, 66 STAN. L. REV. 545 (2014); גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 33 (2019)).

35. תנאי מסוג זה, בנסיבות המתאימות, מקנה לספק, מנסח התנייה, אשר בחר במערכת דינים מסוימת שלרוב מוכרת ונוחה לו, יתרון בלתי הוגן על הלקוח המתקשר עימו וזאת כבר מרגע כריתת ההסכם. הלקוח, בשונה מהספק, אינו מודע למשמעות החלת הדין הזר על ההסכם ולאור חוסר ההיכרות שלו עם דין זה הוא אף אינו מודע לחובות שנטל על עצמו, בין היתר למימוש הזכויות המגיעות לו. שאיבת הוראות הדין הזר לתנאי החוזה, ובפרט חוזה עם חברה גלובלית עתירת כוח, כאילו אפפו את תנאי החוזה מראשיתם, עשויה להיות מקפחת ולהקנות יתרון בלתי הוגן לספק.

36. חוסר ההוגנות מתעצם לאור העובדה שהספק החליט לכוון פעילותו להתקשרויות עם תושבים של מדינה זרה ואף זוכה לרווחים כתוצאה מפעילות זו, ועל כן ההוגנות מחייבת כי בהתקשרויות אלו, כאשר פערי הכוחות נוטים בבירור לטובתו הוא יחיל על עצמו את הדין המקומי ויאפשר ללקוחות המקומיים לעמוד על זכויותיהם. חוסר ההוגנות אף מתבטא בעובדה שהלקוח, שאינו יכול להבין את משמעות החלת הדין הזר ולשקול אותה כראוי כאשר הוא מקבל החלטה לכרות את החוזה, מוותר לכאורה על אפשרותו להתדיין לפי כללים של מקום מושבו (הדין הישראלי), ומכפיף עצמו לדין זר, שאינו מכיר (בשונה מהדין הישראלי המוכר לו). כל זאת, בשל פערי הכוחות המשמעותיים בין הצדדים.

37. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, על מנת לעמוד על קיומו או אי קיומו של "יתרון בלתי הוגן" המביא למצב של קיפוח לקוחות היה על בית המשפט קמא לבחון את קיומם של קיפוח ויתרון בלתי הוגן על רקע שיקולים ופרמטרים נוספים ולא להסתפק ב"מבחן ההרתעה", שנוסד לעניינה של תניית מקום השיפוט.

38. בבוחנו את מבחן הקיפוח לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים, על בית המשפט להתחשב בנסיבות עובדתיות המשפיעות בפועל על יחסי הכוחות בין הצדדים (זמיר, ראבילו ושל, עמוד 325; עניין קשת עמוד 375). תנאי ייחשב כמקפח אם יש בו הגנה על אינטרס כלכלי או אחר של ספק, מעבר לנתפס כראוי בסוג זה של התקשרות (עניין קסטנבאום, 526). יש להתחשב גם בנסיבות כלכליות ואחרות, מחוץ לחוזה (של, חוזים, 631). ככל שללקוח אפשרות בחירה גדולה יותר להתקשר, כן תפחת הנטייה להתערב. במונופולין יחמירו יותר (של, חוזים, 631), אם כי אין להגביל את קיומו של "קיפוח" רק לספק מונופוליסטי (עניין קסטנבאום, 527). כשמדובר בנכס חיוני או בחוזה למתן שירותים אישיים, כשללקוח אין תחליף לשירות, תהא הבדיקה מחמירה יותר (זמיר, ראבילו ושל, 326 וההפניות שם). המבחן השני בסעיף 3, מבחן "יתרון בלתי הוגן" מתמקד בזכויות יתר שהספק נטל לעצמו, אשר יכולות לשמש כאינדיקציה לקיפוח (לוסטאהויז ושפניץ, 244-245).

39. בעניין בן חמו הודגשו פערי הכוחות המשמעותיים שבין פייסבוק ובין משתמשיה והיעדר התמריץ של פייסבוק להתחשב בזכויות הצרכן הישראלי. אולם, לבסוף, ניתן משקל רב לעובדה שמדובר בתובענה ייצוגית וזאת בשילוב עם האינטרס העסקי של פייסבוק בריכוז כלל התדיינויותיה לפי דין אחד – שני שיקולים אשר דומה כי הכריעו את הכף בעניין בן חמו ושלא מתקיימים בענייננו. לכן לא דומה העניין שלפנינו לעניין בן חמו, לפחות במובן זה.

האינטרס העסקי של פייסבוק לרכז את כלל התדיינויותיה לפי דין אחד:

40. האינטרסים שניצבו זה מול זה בבחינתו של בית המשפט קמא הנכבד בשאלה האם האינטרס של פייסבוק אירלנד זוכה להגנה מעבר למה שנתפס כראוי היו "האינטרס של משתמשים ישראלים בפייסבוק שתובענה בנוגע לתחום העסקי תוכרע עפ"י הדין המהותי של מדינת ישראל" ובין "האינטרס העסקי של פייסבוק שתהיה כפופה למערכת דינים אחת בשל ההיקף האדיר של המשתמשים בשירותיה הפרושים בעולם. (ההדגשות אינן במקור)" בנוגע לכך ציין בית המשפט קמא: "אני סבורה כי גם במקרה שלפני (כמו בעניין בן חמו – ראה סעיף 44 לפסה"ד), יש להעדיף את האינטרס של פייסבוק והתנייה בענייננו אינה מגנה על פייסבוק מעבר למה שנתפס כראוי".

41. בית משפט קמא אמנם ציין בפסק דינו כי חל שינוי בתניית ברירת הדין, אך בהמשך לא ייחס לכך משמעות. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, שינוי בתנאי השימוש מצמצם במידה רבה את האינטרס העסקי של פייסבוק להיות "כפופה לאותה מערכת דינים" ושונה ממצב הדברים לאורו נבחן הדבר בעניין בן חמו.

42. בעניין בן חמו נזכר השינוי הצפוי ונקבע, כי: "... מבלי להביע עמדה בטענה זו, נוכח המועד שבו הודיעו המבקשות על השינוי הצפוי בתנאי השימוש ומאחר שתנאי השימוש טרם שונו, יתייחסו הדברים שלהלן לתנאי השימוש בנוסחם הנוכחי. ככל שלמי מהצדדים יהיו טענות בנוגע לתנאי השימוש לאחר שינויים בעתיד, טענות אלו שמורות להם" (ההדגשה אינה במקור). מעניין נכט ניתן ללמוד על השינוי שנערך בתנאי השירות: "משיבה 1 (להלן – פייסבוק אירלנד) סיפקה את שירותי פייסבוק למשתמשים שמקום מושבם בישראל עד ליום 14.7.2018. במועד זה נכנסו לתוקף תנאי שירות חדשים עבור המשתמשים הישראלים. החל מיום זה, משיבה 2 (להלן – פייסבוק אינק) הייתה לחברה המספקת את שירותי פייסבוק לתושבי מדינת ישראל (להלן יחד – פייסבוק)". עוד צוין שם כי תנאי

השירות של פייסבוק אינך מבחינים בין משתמש שהוא "צרכן", שאז המחלוקות בינו לבין פייסבוק יתבררו בישראל ויחולו דיני מדינת ישראל לבין "כל המקרים האחרים" שבהם סמכות השיפוט הייחודית תהא נתונה לבתי המשפט בקליפורניה ויחול הדין הקליפורני.

43. על בסיס שינוי מדיניות זו לבדו, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ואף מבלי להידרש לנפקות השינוי כלפי המבקשים בעניין הנדון, נראה כי אין לפייסבוק כוונה להיות "כפופה למערכת דינים אחת" ולכן אינטרס זה נחלש משמעותית.

האינטרס שנבחן על ידי בית המשפט קמא הנכבד השתנה גם בשל שינויים שערכה חברת פייסבוק במקומות נוספים

בעולם

44. באירופה, בשנת 2017, פנו נציבות האיחוד האירופי ורשויות הגנת הצרכן באיחוד האירופי לתאגידים זרים שונים בבקשה לשנות את תנאי השימוש שלהם, באופן שיתאים לדין האירופאי (ראו European Commission Press Release IP/17/631, The European Commission and Member States consumer authorities ask social media companies to comply with E.U. consumer rules (Mar. 17, 2017), p. 4).

45. בחודש פברואר 2018 דווח, כי פייסבוק תתאים את תנאי השימוש שלה להוראות חוק הגנת הצרכן האירופאיות, ובתוך כך תשנה את תניית השיפוט ותניית ברירת הדין באופן בו ייקבע שהדין שיחול על הצרכנים האירופאים הוא הדין האירופאי וכי סכסוך יתברר במקום מושבם. יש לציין בנוסף, כפי שגם צוין בפסק הדין בעניין **בן חמו** שפייסבוק ויתרה על אינטרס זה גם עבור משתמשים שמשכנם הקבוע בגרמניה (ראו סעיף 34 לפסק הדין בעניין **בן חמו**).

האם יש לראות במבקשים "צרכנים"?

46. לאחרונה התחדדה שאלה זו במספר תיקים שהגיעו לפתחם של בתי המשפט. בעניין **נכט** נדונה בקשה לסילוק על הסף בשל אותה תנייה שעולה בענייננו וכן על בסיס תניית מקום השיפוט שקבועה באותו סעיף. בית המשפט קבע באותו מקרה, כי: "בענייננו, מדובר בשימוש מעורב הן שימוש אישי, ביתי ומשפחתי (בפרופיל האישי) והן שיווק קורסים וקידום נושאים ציבוריים ב"עמודים". בשים לב לכך, שמדובר בשירות "שעיקרו אישי" ולכך, שפייסבוק סגרה את הפרופיל האישי נראה, שיש לראות במבקשים כ"צרכנים" של פייסבוק".

47. בהקשר זה אף הודגש בפסק הדין "הפער העצום שבין המבקשים לבין פייסבוק" ונקבע כי אי השוויון הוא כה משמעותי, עד אשר יש בו כדי לטשטש את ההבדלים, אם קיימים, בין משתמשים שלהם פרופיל אישי בלבד לבין משתמשים שלהם גם "עמודים" עסקיים וכי שניהם מצויים בעמדת נחיתות ביחס לפייסבוק.

48. בעניין **גל** התעוררה שאלה דומה. פייסבוק אירלנד ופייסבוק אינך טענו כי אין מדובר ב"צרכנים" משום שנושא

² בתוך כך, אלו דרשו לשנות את נוסחן של תניות ברירת הדין המופיעות בהסכמים באופן הבא:

"Any different choice of law should not deprive the consumer of the protection afforded to him by EU Consumer Law. Choice of law clauses must be sufficiently transparent, in that they should specify unambiguously that consumers still have the possibility to invoke mandatory provisions of the laws of their own country (under Article 6 (2) Rome I). Choice of law clauses which convey the incorrect impression that the contract is governed only by a distant and non-accessible jurisdiction and a foreign and unclear applicable law is unfair pursuant to Directive 93/13/EC and it is not valid under EU law".

בקשת האישור הוא שימוש מסחרי. הבקשה לסילוק על הסף נדחתה תוך שנקבע כי צדדים עסקיים אינם ראויים להגנה מצומצמת יותר שכן גם להם "אין כל אפשרות להשפיע על תנאי ההתקשרות עם פייסבוק. המשתמשים כפופים למעשה לתנאים שמכתיבה להם פייסבוק. פייסבוק גם מחליטה באופן עצמאי מי יישאר משתמש של פייסבוק ומי ייחסם, בבחינת - מי לשבט ומי לחסד".

49. למען שלמות התמונה יצוין, כי ביום 18.11.2020 פרסמה הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן (להלן: "הרשות") "קול קורא – החלת הגנות חוק הגנת הצרכן על עסקים שהם עובד יחיד או מעסיקים מספר מצומצם של עובדים ובעלי היקף מחזור קטן (להלן – "עסקים קטנים מאוד")". (קישור ל"קול קורא" – https://www.gov.il/he/departments/news/cpfta_asakimnov2020).

50. קיומה של תנייה מקפחת אינו מוגבל אם כן, על פי חוק החוזים האחידים, לשונו ותכליתו, רק לצרכנים, והדגש הניתן במסגרתו הוא לפערי הכוחות, ולכן השאלה אם עסקים קטנים הם בגדר צרכנים איננה נדרשת לענייננו. קיומו של צרכן עשוי ללמד על פערי כוחות אך אין לשלול קטגורית כי גם במקרה של עוסק יתקיים פער כוחות משמעותי ויתרון בלתי הוגן בקיומה של תניית ברירת דין. זאת, בפרט כאשר מדובר בעסקה בהיקף שאינו גדול, במוצר חיוני לגביו קיימת תלות מצד הלקוח ובהיעדר יכולת להשפיע על נוסח התנייה כמו גם היעדר יכולת להבין את מלוא החובות והזכויות פי החוזה, כבר ברגע כריתתו, כך שיתאפשר ללקוח לכלכל את צעדיו.

לסיכום:

51. היועץ המשפטי לממשלה לא מבקש לטעת מסמרות ולקבוע כי בכל מקרה של התקשרות בין פייסבוק לעוסק ייקבע כי מתקיים פער כוחות המביא לקיפוח וליתרון בלתי הוגן ומצדיק ביטול תניית ברירת דין, אלא סבור כי יש לבחון קיפוח על פי מבחן ההגינות והסבירות ובהתאם למכלול השיקולים והפרמטרים הנדרשים, ובכלל זה מיהות הצדדים וקיומם של פערי כוחות ביניהם, מהות העסקה והיקפה כמו גם מידת התלות של הלקוח בעסקה וחיוניות המוצר וייחודיותו, כאשר "מבחן ההרתעה" אינו המבחן הדרוש או הבלעדי. בחינה כזו נדרשת גם בענייננו והיא עשויה להוביל למסקנה כי תניית ברירת הדין מקפחת וזאת אף אם לא הוכח כי נשללו סעדים או זכויות המגיעות על פי הדין הישראלי. כך בפרט כאשר שני השיקולים שעמדו בבסיס פסק הדין בעניין **בן חמו** ושללו מסקנה זו, אינם מתקיימים בענייננו – קיומה של תובענה ייצוגית ואינטרס עסקי של פייסבוק בקיומו של דין אחד לכלל התדיינויותיה.