

## מעקב פסיקה

ת"צ 56348-03-17 טדסה ואח' נ' Google LLC (פורסם בנבו, 9.7.2020). ערכאה: בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, מפי כבוד השופט רחמים כהן

בית המשפט המחוזי קיבל את בקשת המשיבה, חברת גוגל (להלן: "גוגל") למחוק על הסף את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית נגדה, נוכח תניית ברירת דין הקבועה בתנאי השימוש, תוך שנקבע כי אין מדובר בתנייה מקפחת לפי ס' 8(4) לחוק החוזים האחידים.<sup>1</sup> המדובר בבקשה לאישור תובענה ייצוגית אשר נסמכת על הדין החל בישראל<sup>2</sup> ועניינה בביצוע עסקאות בחנות התוכן המקוונת של גוגל, Google Play, תוך חיוב כרטיסי האשראי של המבקשים, ללא אישורם וידעתם. זאת, על ידי מתן הצעות שונות לילדי המבקשים הקטינים תוך כדי שהם משחקים, ללחוץ על כפתורים כדי "להתחזק" במשחק ולעבור שלבים נוספים. כתוצאה מכך, כרטיסי האשראי של המבקשים שפרטיהם שמורים במאגריה, חויבו בסכומי עתק ללא ידיעתם וללא קבלת אישורם. עוד נטען כי גוגל מפרה בבוטות את חוק הגנת הפרטיות לאור שמירתה במאגריה את פרטי כרטיסי האשראי, הנחשבים "מידע" לפי ס' 7 לחוק הגנת הפרטיות<sup>3</sup> ומאפשרת לאפליקציות שונות גישה לחיובם בקלות, מבלי שיש בידיה רישיון לנהל ולהחזיק מאגר "מידע", משום שהיא לא קיימה את חובתה לרשום את מאגר המידע בפנקס כנדרש בס' 8 לחוק הגנת הפרטיות.

תניית ברירת הדין הקבועה בתנאי השימוש המאושרים על ידי כל משתמש בקליק והמהווים, לטענת גוגל, הסכם מחייב בין גוגל לבין המשתמשים בשירותיה, קובעת כי סמכות השיפוט לדון בכל סכסוך או מחלוקת הנובעים מתנאי השימוש של גוגל, נתונה בבלעדיות לבתי המשפט במדינת קליפורניה ולפי הדין החל בה.

במקביל להליך זה, קבע בית המשפט העליון בעניין **בן חמו**,<sup>4</sup> כי אין לראות בתניית ברירת דין, הקובעת כי כל סכסוך בין המשתמשים לבין פייסבוק בנוגע לתנאי השימוש יוכרע על פי דיני מדינת קליפורניה, כתנייה מקפחת לפי ס' 8(4) לחוק החוזים האחידים.<sup>5</sup> זאת, שכן המשיב לא הוכיח על ידי ראיות שהכרעה בבקשת האישור על פי דיני קליפורניה תשלול ממנו את האפשרות להעלות טענות מסוימות וכן לאור העובדה כי שיטת המשפט בקליפורניה היא בעלת מאפיינים דומים לשיטת המשפט בישראל ונחשבת למתקדמות בעולם בתחום התובענות הייצוגיות. אולם, נקבע כי תניית שיפוט הקובעת כי התביעה תוכרע בבית המשפט בקליפורניה הינה מקפחת, לכן נפסק כי התביעה תתנהל בישראל אך לפי דין קליפורניה.

השופט בענייננו קבע כי התנאי של גוגל לגבי תחולת הדין של קליפורניה דומה לזו של פייסבוק, ויש לכבדו שכן הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון לפי סעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה.<sup>6</sup> עוד ציין כי בדומה לנפסק בעניין **בן חמו**, ניתן להניח, שאדם המבקש לנהל תובענה ייצוגית על סך של 241 מיליון ₪ לא יירתע מתנייה בחוזה אחיד הקובעת, שהתובענה תוכרע על פי דיני מדינת קליפורניה לאור היותם, כפי שנקבע, נגישים וכתובים באנגלית ברורה. השופט הדגיש כי לאור הלכת **בן חמו**, המבקשים היו מודעים לצורך בהגשת חוות דעת מומחה לגבי הדין הקליפורני להנחת תשתית עובדתית

<sup>1</sup> ס' 9(4) לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982 (להלן: "חוק החוזים האחידים"): "תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט או הבוררות שבהם יתברר סכסוך".

<sup>2</sup> חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 ותקנותיו, חוק כרטיסי חיוב, תשמ"ו-1986, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, וחוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975.

<sup>3</sup> ס' 7 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הפרטיות") הקובע כי "מידע" הינו, בין היתר, מידע כלכלי ומגדירו כמידע רגיש; ס' 8 לחוק מחייב רישום מאגר מידע בפנקס ושימוש בו רק למטרה שלשמה הוקם המאגר.

<sup>4</sup> רע"א 5860/16 Facebook Inc נ' בן חמו (פורסם בנבו, 31.5.2018) (להלן: "עניין בן חמו"). בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי אשר דחה את בקשת המבקשות לסלק על הסף את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית שהגיש נגדן המשיב בהתאם לתניית שיפוט בין הצדדים. הבקשה לאישור נגדן הוגשה בטענה כי הפעילו מנגנון ניטור להודעות הפרטיות של המשתמשים, קראו את תוכן ההודעות ועשו בהן שימוש פסול. בנוסף, התעלמו מהדין הישראלי המחייב אותן לקבל הסכמה מדעת של המשתמשים לשימוש בתוכן ההודעות, בפרט כשמדובר בקטינים, והפרו את הוראות חוק הגנת הפרטיות בנוגע לניהול ורישום מאגרי מידע.

<sup>5</sup> שם, בפס' 43 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

<sup>6</sup> ס' 20 לחוק-יסוד: השפיטה.

שהכרעה בבקשת האישור על פי דיני מדינת קליפורניה תשלול מהם את האפשרות להעלות טענות כלשהן. אך, למרות חלוף הזמן ומתן הארכות, לא הוגשה חוות דעת מומחה ולכן נפסק כי התביעה תימחק. אם כן, פסק הדין בענייננו מיישם את החלטת העליון בעניין פייסבוק גם על גוגל וכך מרחיב את הגנת דיני קליפורניה שנותן בית המשפט גם לגוגל. להלכת **בן חמו** ולהרחבה המסתמנת בפסק דין זה, המעודדת את ענקיות אינטרנט לקבוע בתנאי השימוש תניית ברירת דין לפיה הדין שיחול הינו הדין של מדינת קליפורניה, שתי השלכות מרכזיות שאינן חיוביות עבור האזרחים הישראלים:

**ראשית**, בית המשפט מטיל קושי עצום על מגישי תביעות ייצוגיות נגד ענקיות אינטרנט שרוצים להסתמך על הדין הישראלי.<sup>7</sup> כפי שנוכחנו לדעת מפסק הדין בענייננו, כבר במועד הגשת התביעה על המבקשים להוכיח על ידי ראיות ובאמצעות חוות דעת משפטיות יקרות כי דין קליפורניה אינו מעניק לתובע הישראלי זכויות מסוימות, ולכן מקפח אותו. רק אם יצליחו להוכיח זאת — בכל תביעה בנפרד — יפסול בית המשפט את הסעיף בתנאי השימוש שמחיל את דיני קליפורניה. אולם, אם הדבר לא יוכח, התביעה ככל הנראה תידחה על הסף.

זאת, למרות שמדובר בחוזה אחיד על פי הגדרתו בס' 2 לחוק החוזים האחידים.<sup>8</sup> לכן, הגם שמדובר בחוזה בין שני צדדים, בחוזה מסוג זה ישנם פערי כוחות משמעותיים בין הצדדים. על פי דברי ההסבר לחוק החוזים האחידים, החוק נועד לאזן את אי השוויון שבין הספק ללקוח מבחינת המיומנות, המידע וכושר המיקוח.<sup>9</sup> בענייננו, במסגרת איזון אי השוויון, החוק מגדיר תנאי מקפח כתנאי המקפח לקוחות או מעניק משום יתרון בלתי הוגן לספק<sup>10</sup> ובהתאם לדברי ההסבר לחוק, ס' 4(8) קובע חזקה כי תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסוימות בערכאות משפטיות, הינו תנאי מקפח לפי מהותו ונוסחו, עד שיוכיח הספק אחרת.<sup>11</sup> אולם, לפי עניין **בן חמו**, הנטל הראשוני להוכיח כי תנאי מסוים בחוזה אחיד נופל בגדר חזקות הקיפוח מוטל על הלקוח. בנוסף, לפי ס' 5(א) לחוק החוזים האחידים, תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות, בטל.<sup>12</sup>

ואכן, בית המשפט העליון קבע כי פערי הכוחות העצומים בין הצדדים נותרים גדולים למרות העובדה שמדובר בהליך ייצוגי.<sup>13</sup> אולם, למרות זאת, קבע כי אין בתניית ברירת דין משום הגנת יתר על האינטרס העסקי הלגיטימי של פייסבוק לתכנן צעדיה באופן שלא יחשוף אותה לתובענות ייצוגיות ולפיצויים גבוהים על פי דין אחד וקבוע ולא על פי אין ספור דינים. לפי נוסחת האיזון של בית המשפט העליון, יש להעדיף אינטרס זה על פני אינטרס המשתמשים הישראלים שתובענות ייצוגיות נגדה יוכרעו על ידי דיני מדינת ישראל.<sup>14</sup> אולם, לא למותר לציין כי העדפת המשתמשים הישראלים את הדין הישראלי נובעת מהיכרות החוק הישראלי ובקיאיות בו למול החוק הקליפורני והמדובר בקריטריון בעל משקל משמעותי שעלול להרתיע את הלקוח מלנקוט צעדים משפטיים. לכן, בניגוד לנקבע, ניתן לראות בתנייה זו כמעניקה יתרון בלתי הוגן לענקית האינטרנט, כך שמדובר בתנייה מקפחת לפי ס' 3 לחוק חוזים אחידים.<sup>15</sup>

יתרה, בית המשפט העליון דחה את עמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה בעניין בן חמו, בין היתר, באשר לתניית ברירת הדין בחוזה אחיד. לפי היועץ המשפטי לממשלה, תניית ברירת דין הינה תנייה מקפחת מאחר

<sup>7</sup> עידו באום "למה מדינת קליפורניה מחליטה בשבילנו מהי זכותנו לפרטיות ברשת" **themarker 5.6.2018** (להלן: "עידו באום").

<sup>8</sup> ס' 2 לחוק החוזים האחידים, לעיל ה"ש 1. תנאי השימוש נקבעו מראש על ידי צד אחד, פייסבוק או גוגל, כדי שימשו לחוזים רבים בין לבין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם.

<sup>9</sup> **דברי הסבר לסעיפים 3-4 להצעת חוק חוזים אחידים, תשמ"ג-1982, ה"ח 1556, עמ' 28.**

<sup>10</sup> ס' 3 לחוק החוזים האחידים, לעיל ה"ש 1.

<sup>11</sup> דברי ההסבר להצעת חוק חוזים אחידים, לעיל ה"ש 9, בעמ' 31; ס' 4(8) לחוק החוזים האחידים, לעיל ה"ש 1.

<sup>12</sup> ס' 5 לחוק החוזים האחידים, לעיל ה"ש 1.

<sup>13</sup> עניין בן חמו, לעיל ה"ש 4, פס' 37 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

<sup>14</sup> שם, בפס' 43 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

<sup>15</sup> לעיל ה"ש 1.

שהיא מעניקה לפייסבוק יתרון בלתי הוגן ועלולה להרתיע משתמשים מלנקוט נגדה בהליכים משפטיים.<sup>16</sup> עוד טוען היועץ המשפטי לממשלה כי חברה המנהלת עסקים בהיקף ניכר במדינה מסוימת צריכה להיות ערוכה להתדיין על פי דיני אותה מדינה, שכן היא בעלת נגישות גדולה יותר לערכאות משפטיות מקומיות, לשפה ולנורמות המדינה, מאשר נגישות הלקוח לערכאות משפטיות בארץ זרה עבורו. כמו כן, הוא תומך בהבחנה שביצע בית משפט קמא בהקשר של תניית ברירת דין בין חוזים מסחריים שהצדדים להם הינם שוויי כוח ובין חוזים צרכניים שבהם קיים פער כוחות בין הצדדים המתקשרים. זאת, לפי טענתו, בדומה להחלטת הממשלה להחריג חוזי צרכנות מהסדרים בינלאומיים שונים בנוגע, בין היתר, לתניית ברירת דין.<sup>17</sup> שנית, במתן הגנה לענקיות הטכנולוגיה, ביניהן פייסבוק וגוגל, בית המשפט למעשה נותן להן את הכוח להחליט איזה דין נכון, נוח ויעיל עבורן מבחינה משפטית-כלכלית ולהחילו בתנאי השימוש שלהן. כתוצאה מכך, פייסבוק, גוגל והחברות שינצלו הזדמנות זו ויקבעו תניית ברירת דין לפי הדין הקליפורני, יכתיבו את הזכויות של אזרחי ישראל לפרטיות ברשת לפי הדין של מדינת קליפורניה. המשנה לנשיאה מלצר ניסה להחליש מעט את הכוח שניתן לפייסבוק להכתיב את הדין הקליפורני, כשטען כי אם השימוש בתניית ברירת הדין נועד לעקוף בעזרתה הוראות קוגנטיות שבדין הישראלי אין לתת לה תוקף, אך הוא נותר בעמדת יחיד.<sup>18</sup> ככלל, מדינת קליפורניה נחשבת לחלוצת הפרטיות בארה"ב בעיקר בשל כניסתו לתוקף של חוק הגנת פרטיות הצרכן בקליפורניה (CCPA) (להלן: "חוק הגנת הפרטיות הקליפורני") בתחילת השנה הנוכחית, המחמיר את כללי איסוף וניהול המידע האישי של צרכנים תושבי קליפורניה ברשת ומחוצה לה<sup>19</sup> ותחולתו הינה אקס-טריטוריאלי.<sup>20</sup> בין הזכויות המוענקות לצרכנים בחוק היא הזכות לדעת איזה מידע אישי נאסף לרבות מספר כרטיס אשראי, על ידי מי ולאילו צרכים. מנגד, אין חובת הסכמה פוזיטיבית מהצרכן לשם איסוף והחזקת מידע אך הוא קובע את זכות הצרכן למנוע מהעסק למכור את המידע האישי שלו לצדדים שלישיים לרבות הנגשתו, גילוי או הפצתו.<sup>21</sup> יתרה מזאת, נציבות הסחר הפדרלית (FTC) בארה"ב אחראית, נכון להיום, בנוסף לאכיפת חוק ההגבלים העסקיים וקידום הגנת הצרכן, גם על סוגיית הפרטיות ואבטחת המידע בארה"ב<sup>22</sup> על ידי מתן קנסות גבוהים ואכיפה עבור אזרחי אמריקה.

לעומת זאת, בישראל, על מנת לשמור במאגר פרטי כרטיס אשראי של משתמשים כמו בענייננו, או תמונות לצורך החזקת מאגר ביומטרי, כפי שנטען כלפי פייסבוק בבקשה לאישור תביעה ייצוגית לגביה בית הדין הישראלי עדיין לא הכריע,<sup>23</sup> חלה על בעל המאגר חובה לרשום את המאגר בפנקס לפי חוק הגנת הפרטיות ולבצע חובות נוספות כגון אחריות לאבטחת המידע, שמירת סודיות, הגדרת מטרות השימוש במידע וכן ליישם חובות לפי תקנות הגנת הפרטיות (אבטחת מידע).<sup>24</sup> ניתן להבחין כי הדין הישראלי מחמיר יותר באיסוף מידע אישי ושמירתו במאגרי מידע, בעוד שנראה כי בדין הקליפורני אין איסור לאסוף פרטי אשראי או מידע ביומטרי על משתמשים ישראלים ללא הסכמתם המפורשת כפי שגוגל ופייסבוק אספו בהנחה

<sup>16</sup> עניין בן חמו, לעיל ה"ש 4, בפס' 15.

<sup>17</sup> שם.

<sup>18</sup> עניין בן חמו, לעיל ה"ש 4, בעמ' 33: "לתפיסתי, יש ליתן לה תוקף בנסיבות, כמוצע על-ידי חברתי הנשיאה, ובלבד שלא יעשה בתנייה האמורה שימוש כדי "לעקוף" בעזרתה הוראות קוגנטיות שבדין הישראלי".

<sup>19</sup> צוות חי דן ברשת "CCPA – חוק הגנת פרטיות הצרכן בקליפורניה אושר" הגנת הפרטיות 12.7.2018: בדומה לתקנות הגנת המידע האירופאיות (GDPR), גם החוק הקליפורני מחייב קיום שקיפות כלפי המשתמש בקשר למידע הנאסף ממנו ולגבי אופן השימוש בו, דבר שאמור לבוא לידי ביטוי במדיניות הפרטיות שיישמו האתרים שמבקשים לפעול בקליפורניה.

<sup>20</sup> אור-חוף עורכי דין "המדרוך לחוק הגנת פרטיות הצרכן בקליפורניה – CCPA" 2019 בעמ' 2: החוק חל הן על חברות שמקום מושבן הוא במדינת קליפורניה והן על חברות שמקום מושבן מחוצה לה אך מספקות שירותים או מוצרים לתושבי קליפורניה.

<sup>21</sup> שם, בעמ' 8, 9, 16 ו-17; להרחבה ראו Cal. Civ. Code Title 1.81.5. California Consumer Privacy Act of 2018 [1798.100 – 1798.199] Ch. 55, Sec. 3, 2018.

<sup>22</sup> יסמין יבלונקו "עם חילוקי דעות פנימיים ותקציב נמוך: כך נראה הגוף שנלחם בענקיות הטכנולוגיה" גלובס 4.2.2020.

<sup>23</sup> ת"צ 32672-02-17 אבי אברהם ברק נ' Facebook inc. כאמור, בית המשפט הישראלי עדיין לא הכריע בתביעה, אך אם יתקש להחיל עליה את דין קליפורניה, הסיכוי של התביעה להצליח אינו גדול, שכן אין ככל הידוע איסור על פעולותיה.

<sup>24</sup> סעיפים 8, 9, 16 ו-17 לחוק הגנת הפרטיות, לעיל ה"ש 3; תקנות הגנת הפרטיות (אבטחת מידע), תשע"ז-2017.

שיידעו את המשתמשים בתקנון הפרטיות באתר. בכל מקרה, לאור היותם של המבקשים תושבי מדינת ישראל ולא תושבי קליפורניה החוק המחמיר של מדינת קליפורניה ונציבות הסחר הפדרלית אינם חלים על המבקשים. לכן ניתן להניח כי אין זה מפתיע שגוגל ופייסבוק בחרו לפעול לפי חוקי מדינת קליפורניה. בניגוד לדין הישראלי, אחד ממניעי הרגולציה האירופית, האסדרה הכללית להגנה על מידע (GDPR), הוא מניעת מצב שבו מעצמות האינטרנט יפקיעו ממדינות אירופה את היכולת להכתיב את רמת ההגנה על המידע.<sup>25</sup> לדוגמא, בצרפת, גוגל נקנסה בין היתר על שימוש במידע פרטי של משתמשים ללא אישורם.<sup>26</sup> גם באילינוי נדחה הניסיון של פייסבוק בתביעה שעניינה איסוף מידע ביומטרי להכתיב את דין קליפורניה בו אין איסור לאסוף מידע ביומטרי באופן שבו אספה את המידע, בעוד שבחוק שאומץ באילינוי ישנו איסור.<sup>27</sup> לסיכום, ההגנה שמספקים דיני קליפורניה והרחבתם אל ענקיות הטכנולוגיה והאינטרנט מקשה על תובעים ומכרסמת בהגנה על פרטיותם של אזרחי ישראל בפלטפורמות אינטרנט אחרות, שמפנות במקרים רבים לדין של קליפורניה. נראה כי זו לא התוצאה שאליה התכוון בית המשפט העליון, אולם, זו המציאות החדשה.

---

<sup>25</sup> באום, לעיל ה"ש 7.

<sup>26</sup> [רפאל קאהאן "אכיפה ראשונה של תקנות הפרטיות החדשות באירופה: גוגל נקנסה" כלכליסט – טכנולוגי 2019.1.21.](#)

<sup>27</sup> באום, לעיל ה"ש 7.