

המבקש :

***** ת"ז: *****

על ידי ב"כ עו"ד רן שפרינצק ואח' ממשרד ארדינסט, עורכי דין, מ"ר עו"ד 33736
מרח' ברקוביץ 4, ת"ד 642380
טל': 037770111 ; פקס: 037770101
כתובת דוא"ל: ran@ebnlaw.co.il

- נ ג ד -

המשיבות :

1. Apple Inc.

2. Apple Distribution International Limited

על ידי ב"כ עו"ד ד"ר יואב אוסטרייכר ואח'
ממשרד מיתר עורכי דין
מדרך אבא הלל סילבר 16, רמת גן 5250608
טל': 03-6103100 ; פקס: 03-6103111

מתייצבת להליך:

היועצת המשפטית לממשלה

על ידי ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז מרכז – אזרחי
מדרך מנחם בגין 154, בית קרדן, ת"ד 33260
תל אביב-יפו 6492107
טל': 073-3924700 ; פקס: 02-6468017
כתובת דוא"ל: mazkirut-merkaz-ezra@justice.gov.il

עמדה מטעם היועצת המשפטית לממשלה

בהמשך להודעתה בדבר התייצבותה להליך, מכוח סמכותה לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], ולאחר שנמסרה לה הודעה לפי סעיף 20 לחוק החוזים האחדים, התשמ"ג-1982 (להלן: "**חוק החוזים האחדים**" או "**החוק**") על פי החלטת בית המשפט הנכבד מיום 25.10.2022, מתכבדת היועצת המשפטית לממשלה להגיש את עמדתה בהליך זה.

כללי :

השאלה העומדת לדיון לפני בית המשפט הנכבד היא האם תניית ברירת הדין הקבועה בתנאי ההתקשרות של חברי הקבוצה עם המשיבות (Apple Media Services Terms and Conditions, המכונים על ידי המשיבות וכך להלן: "**תנאי השירות**" או "**תנאי השימוש**"), ואשר לפיה הדין המהותי אשר יחול על הצדדים הוא דין מדינת קליפורניה, ארצות הברית, היא תניה מקפחת בחוזה אחיד כהגדרתה בחוק החוזים האחדים, ועל כן דינה להתבטל, וכן האם יש בכוחה להתגבר על תניות קוגנטיות בדין הישראלי.

בפתח הדברים יצוין, כי בין הצדדים ניטשה מחלוקת באשר לתחולת תניית ברירת הדין על המשיבה 1, Apple Inc (להלן: "אפל אינק") כאשר לטענת המבקש, תניה זו חלה אך ורק ביחס למשיבה 2, Apple Distribution International Limited (להלן: "ADI") (להלן ביחד: "אפל"). ואילו לטענת המשיבות, התניה חלה ביחס לשתי המשיבות. מדובר במחלוקת שאין בדעת היועצת המשפטית לממשלה להידרש אליה משאין לה השלכה על הדיון בסוגיות המהותיות העומדות בלב עמדה זו.

כפי שיפורט להלן, בחינת קיומו של קיפוח ביחס לתניית ברירת הדין האמורה, לפי חוק החוזים האחדים, ובפרט לפי סעיף 3 לחוק, אשר עיקרו בבחינת קיומו של יתרון בלתי הוגן של הספק וקיומם של פערי כוחות גדולים בין הצדדים, מובילה למסקנה כי תניית ברירת הדין, בעניין הנדון, היא תניה מקפחת. בהקשר זה, יובהר, כי פערי הכוחות בין הצדדים וקיומו של יתרון בלתי הוגן נבחנים עוד בשלב כריתת החוזה ולא במועד הגשת התביעה, בהתחשב בכך שהצרכן העומד מול חברה עסקית גלובלית ומתוחכמת, הפועלת במספר רב של מדינות, אינו יכול להכיר את דין החוזה אותו בחרה.

לפיכך, יש מקום בענייננו לבחון את קיומו של קיפוח מכוחו של סעיף 3 לחוק החוזים האחדים, בשים לב **"למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות"** כלשונו של סעיף זה.

נקודת המוצא, כפי שנקבע בפסקה 6 לפסק דינו של כבוד השופט גרוסקופף ברע"א 1901/20 **טרויס מילר בע"מ נ' Facebook Ireland limited** (נבו 26.7.2022) (להלן: "עניין טרויס מילר") היא, כי מדינת ישראל, ככל מדינה ריבונית, ובית המשפט, כגורם המופקד על פרשנות הדין בתחומי מדינת ישראל, אינם יכולים (ובוודאי שאינם צריכים) לתת ידם ל"מיקור חוץ" של דיני החוזים הצרכניים החלים במדינת ישראל – לבטח שלא על דרך של מתן כוח הבחירה לידי תאגידים גלובליים לקבוע איזה דין זר יחול על עסקאות צרכניות הנערכות הלכה למעשה בישראל. כך, גם אם המדינה ובתי המשפט שומרים לעצמם את הכוח לבחון את אותו דין זר, וקובעים כי עליו להיות ראוי לפי מבחן זה או אחר. זהו לב העניין, ולאורו ראוי לעסוק בפרטי הדברים.

עמדת היועצת המשפטית לממשלה, לפיה תניית ברירת הדין מקפחת את צרכני המשיבות, מיישמת את ההלכה שנקבעה בעניין טרויס מילר. הדברים יפים ביתר שאת שעה שבענייננו עסקין בצרכנים, ולא בצדדים מסחריים.

כפי שיפורט בעמדה זו, היועצת המשפטית לממשלה סבורה כי בנסיבות מסוימות, עשויה תניית ברירת הדין להיחשב כמקפחת וזאת אף מבלי שיוכח כי הדין הזר שולל זכויות או סעדים המגיעים לצרכן. בענייננו, בעולם הכלכלה הדיגיטלית, בעסקאות מקוונות/מכר מרחוק לאור פערי הכוחות הגדולים בין המבקש, המשתמש בחנות היישומנים של המשיבות – App Store (להלן: "האפ סטור"), לבין המשיבות, חברות ענק גלובליות המפעילות חנות יישומנים מבין הגדולות בעולם, מספקות שירותים למיליוני משתמשים, והכנסותיהן השנתיות נאמדות במיליארדים רבים, יש הצדקה להגן על המשתמש/הצרכן באופן משמעותי עוד יותר.

בשאלת היחס בין תניית ברירת הדין בענייננו לבין חוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988 (להלן: "חוק התחרות"), והוראות קוגנטיות הנכללות בו, המסקנה המתבקשת היא שעל פי לשונו של חוק התחרות ותכליתו, אין בכוחה של תניית ברירת הדין, בנסיבות דנן, כדי לגבור על הוראותיו של חוק התחרות, שהוא דין קוגנטי. מסקנה זו עולה אף מפסק הדין בעניין בן חמו, רע"א 5860/16 **Facebook Inc נ' אוהד בן חמו** (נבו 31.5.2018) (להלן: "עניין בן חמו"), כפי שפורט בהמשך.

היועצת המשפטית לממשלה סבורה כי חברה גלובלית עתירת ממון, המנהלת עסקים בהיקף ניכר בישראל והמכווינה את פעילותה לקהל הלקוחות הישראליים, צריכה ואף יכולה להיות ערוכה להתדיין על פי הדינים של המדינה. בפרט כאשר ברירת הדין שניסחה אפל, **מחריגה אזרחים של מדינה כלשהי באיחוד האירופי, בריטניה, שווייץ, נורבגיה או איסלנד, לגביהם נקבע כי החוק והפורום החלים יהיו החוקים ובתי המשפט של מקום מגוריהם הרגיל, קרי דין מקום מושבם**, בשים לב לחוק הגנת הצרכן האירופי המונע קביעת תניית ברירת דין זר (ר' סעיף 56 לתשובת המבקש לבקשה לסילוק בקשת האישור על הסף).

לבסוף, היועצת המשפטית לממשלה תידרש במסגרת עמדה זו לסוגיות מעולם דיני התחרות העולות מבקשת האישור, וזאת לנוכח חשיבותן של סוגיות אלו והשלכתן על חיי אזרחים רבים במדינת ישראל.

רקע וטענות הצדדים:

1. כעולה מכתבי הטענות, המשיבות, אפל אינק ו-ADI הן חברות גלובליות המייצרות מכשירים חכמים בהם טלפונים סלולריים (המכונים "אייפון"), מחשבי לוח (המכונים "אייפד"), שעונים ועוד, אשר מותקנת בהם מערכת הפעלה המפותחת על ידי אפל והמכונה iOS (עבור מכשירי אייפון) ומערכת הפעלה iPadOS (עבור מכשירי אייפד). השימוש ביישומונים (בין אם הן פותחו על ידי אפל ובין אם על ידי גורמים אחרים) במכשירים המיוצרים על ידי אפל, מבוססי iOS, נעשה אך ורק דרך חנות היישומונים האפ סטור בה מוצעים יישומונים שחלקם בתשלום וחלקן בחינם.

2. ביום 26.1.2021 הגיש המבקש בקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית (להלן: "**הבקשה**"), נגד אפל אינק, אשר על פי הנטען היא תאגיד אמריקני הפועל בתחומי פיתוח החומרה והתוכנה ובעלת הזכויות והמפתחת של חנות היישומונים לטלפונים סלולריים, האפ סטור, אשר על פי הטענה מהווה **הדרך היחידה** להורדת והפצת יישומונים למכשירים מבוססי IOS. כמו כן נטען בבקשה כי ADI היא בשליטתה (בשרשור) של אפל אינק, ומחזיקה בבעלות מלאה באפל ישראל בע"מ. בהתאם לבקשה, ADI מתקשרת, יחד עם אפל אינק, בהסכמים שונים הקשורים לשירותיה באפ סטור, מול המשתמשים הישראליים.

3. מהבקשה עולה כי **המבקש** הוא אזרח ישראלי המחזיק, לטענתו, במכשירים חכמים תוצרת אפל ומשתמש באפ סטור לצורך הורדת יישומונים, חלקם בתשלום וחלקן בחינם, כאשר על אלה שבתשלום הוא משלם ישירות לאפל. כמו כן, המבקש טוען כי הוא משלם למשיבות על רכישות שהוא מבצע בתוך היישומונים.

4. **הקבוצה** בשמה הוגשה בקשת האישור תוארה כך (בסעיף 2 לבקשה): "**כל מי שהוא אזרח או תושב ישראל ובעלותו מכשיר שמותקנת בו מערכת ההפעלה iOS (לרבות טלפון סלולר, טאבלט, מחשב, שעון, או כל מכשיר אחר), אשר רכש אפליקציה אחת או יותר בחנות היישומונים App Store ("אפ סטור") או ביצע רכישה אחת או יותר "בתוך אפליקציה" (in app) וכן כל מי שנמנע מרכישה באפ סטור או בתוך אפליקציה בשל המחיר הגבוה**".

5. בבקשה טוען המבקש, שאפל היא בעלת מונופולין מוחלט בשוק היישומונים במכשירים המבוססים על מערכת ההפעלה iOS, וזאת באמצעות חנות היישומונים אפ סטור. נטען, כי אפל מנצלת את מעמד המונופולין לרעה, שעה שהיא פועלת מתוך מטרה למנוע תחרות ולחסל כל מתחרה קיים או פוטנציאלי בשוק היישומונים למכשירים מסוג זה, ותוך הפרת הוראות חוק התחרות.

6. לטענת המבקש, אפל מבצעת קשירה בין האייפון המיוצר על ידה ובין האפ סטור ובכך היא דוחקת את כל מתחריה של האפ סטור ומונעת תחרות כליל (ראו סעיף 20 לבקשה). כך, נטען כי העובדה שאפל מונעת כל אפשרות להתקנת יישומונים על ידי שימוש בחנות מתחרה, "...מהווה ניצול לרעה של מעמדה המונופוליסטי" באופן הפוגע קשות בתחרות ומאפשר לה בין היתר לגבות מחיר מופרז ממפתחי היישומונים, אשר לבסוף מגולגל אל הצרכן (ראו סעיף 31 לבקשה).
7. לטענת המבקש, אפל מפעילה תכנית מכוונת ומשולבת ליצירת מונופול בשוק היישומונים. ראשית, נטען כי הדרך היחידה הפתוחה בפני מפתחים להפיץ יישומונים פרי יצירתם, במכשירים בהם מופעלת מערכת iOS, היא באמצעות האפ סטור, המותקנת במכשירים מראש. בהקשר זה, נטען, כי אפל עשתה כל שאל ידה על מנת למנוע קיומן של חנויות יישומונים אחרות במכשיריה. שנית, נטען כי אפל "נעלה" את מערכת ההפעלה iOS באופן שלא ניתן להכניס לתוכה כל אפליקציה ללא אישורה של אפל.
8. עוד נטען, כי אפל כוללת בהסכמיה עם מפתחי היישומונים הגבלות הפוגעות בתחרות – תנאים האוסרים עליהם להפיץ את היישומונים שלהם או לאפשר לאחרים להפיץ בכל מקום אחר זולת האפ סטור, והאוסרים עליהם להפיץ חנויות יישומונים אחרות במסגרת האפ סטור. כמו כן, אפל מציבה לפני מפתחי היישומונים תנאים לצורך הפצת היישומונים שלהם באפ סטור ובין היתר, גובה מהם עמלות שונות בסכומים מופרזים.
9. כמו כן נטען, כי אפל מגבילה את המחירים שהמפתחים יכולים להציע למשתמשים, תוך קביעת מדרג מחירים מסוים שרק ממנו יכולים המפתחים לבחור את המחיר עבור רכישת האפליקציה או ביצוע רכישה בתוך האפליקציה, ואף מחייבת אותם להשתמש במערכת התשלום שלה (IAP) לרכישות שנעשות בתוך היישומונים. נטען, כי בבית הנבחרים האמריקני נשמעו עדויות בעניין זה.
10. כמו כן נטען, כי נגד אפל מתנהלים הליכים נוספים מחוץ ישראל הנוגעים לסוגיה שלפנינו, ובכלל זה בטענות לניצול כוחה המונופוליסטי בחנות האפ סטור. במסגרת זו הפנה המבקש להחלטת הנציבות האירופאית, ולדו"ח שפרסם בית הנבחרים האמריקני בחודש אוקטובר 2020, בין היתר, בעניין פעילות אפל המתאר את ההתנהלות הפוגענית של אפל באפ סטור, נושא בקשה זו (ראו סעיף 62 לבקשה).
11. נטען, כי גביית עמלות מופרזות וקביעת מדרג מחירים מחייב פוגעות במשתמשים, בכך שהן מביאות לעליה במחירים למשתמשים ולקיצוץ בעלויות מצד המפתחים באופן שפוגע באיכות האפליקציה ושירותי התמיכה למשתמשים, וכן מפחיתות את ההיצע של היישומונים בשוק.
12. עוד נטען, כי אפל מבצעת סינון קפדני באפ סטור, באופן שמאפשר לה להסיר ממנה יישומונים שאינם מתיישבים עם המדיניות שלה, והכל בהתאם לשיקול דעתה. כמו כן, אפל מפתחת יישומונים משלה ומשווקת אותם באפ סטור, ובהקשר זה, נטען כי שליטתה של אפל באפ סטור מאפשרת לה לשמר את כוחה לתעדף יישומונים, להשפיע על דירוגם ואף להדיר מתחרים שלה בכובעה כמפתחת.

13. המבקש מפנה לחוות דעת המומחה פרופ' אשר בלס, שצורפה לבקשת האישור, בה נקבע כי השוק הרלוונטי לבחינת קיומו של הגבל עסקי, לרבות מונופולין במקרה דנן הינו שוק חנויות היישומונים במכשירים עם מערכת ההפעלה iOS בישראל. לטענת המבקש, בחינת התנהלותה של אפל, בהתאם למבחנים הקבועים בסעיף 26(א) לחוק התחרות, מעלה כי אפל היא בעלת מונופולין בשוק חנויות היישומונים במכשירי iOS. בבחינת המבחנים שנקבעו בסעיף 26(א) לחוק התחרות נטען, כי על פי המבחן הטכני, אפל מחזיקה באופן מוחלט, באמצעות האפ סטור, בשוק חנויות היישומונים במכשירי iOS. בהתאם למבחן המהותי, נטען שאין ספק כי אפל מחזיקה בכוח שוק משמעותי ביותר בתחום חנויות היישומונים במכשירי iOS (בעולם ובישראל) וזאת, בין השאר, בהתחשב בכך שהשוק הרלוונטי נשלט על ידיה באמצעות האפ סטור באופן מוחלט ללא קיומן של מתחרות אחרות. לצד האמור, אפל הצליחה לקבוע תנאים מגבילים וכובלים בהסכמים עם המפתחים ואף לבצע קשירות אסורות שונות ביחס למפתחים ולמשתמשים.

כמו כן, גובה העמלות הנגבות על ידי אפל מהמפתחים נשאר קבוע במשך למעלה מעשור, חרף ההתפתחויות הטכנולוגיות והניסיון שצברה בהפעלת חנות היישומונים. כל אלו מעידים על כוח השוק שלה ועל היותה מונופולין בשוק זה. המבקש מפנה להחלטת ארגון ה-FAS אשר קבעה לטענתו כי אפל היא מונופולין בשוק חנויות היישומונים העולמי במכשירי iOS ומחזיקה בנתח שוק בשיעור של 100%.

14. לטענת המבקש, אפל **מנצלת לרעה את מעמדה כבעלת מונופולין** בשוק חנויות היישומונים במכשירי iOS, וזאת בניגוד להוראות סעיף 29א(א) לחוק התחרות. המבקש טוען שבמקרה דנן, מתקיימות החזקות הקבועות בסעיפים 29א(ב)(1) ו-4 לחוק התחרות. לטענתו, אפל מונעת כניסה של מתחרים חדשים לשוק חנויות היישומונים במכשירי iOS, מונעת התפתחות של שירותים חדשניים ואיכותיים יותר, חוסמת מגוון של יישומונים, ומאפשרת לעצמה גביית מחיר מונופוליסטי מהמפתחים אשר מגלגלים אותו למשתמשים. התנהלותה של אפל הפועלת לדחיקת מתחריה כאמור, מהווה הפעלת כוח עודף שבידי בעל מונופולין, ופעולותיה חורגות בהרבה מהפעולות שהן בגדר "תחרות הוגנת", וכתוצאה מהן נגרמים פגיעה קשה בתחרות ונזקים לחברי הקבוצה. לטענת המבקש, לו אפל לא הייתה נוקטת בפרקטיקות שתוארו לעיל, היה מתאפשר למפתחים להציע את היישומונים שלהם בחנויות יישומונים נוספות, להרחיב את חשיפתן למשתמשים, לשלם עמלת סליקה נמוכה יותר, לקבוע את עלויות השימוש ביישומונים ולהוזיל את המחירים שהמשתמשים משלמים עבורן. ההוזלה הייתה מתאפשרת גם לו אפל לא הייתה מונעת תחרות במערכת התשלומים שלה ה-IAP.

15. כאמור, המבקש טוען להתקיימותן של שתיים מהחזקות הקבועות בסעיף 29א(ב) לחוק התחרות. לטענת המבקש, בהתאם למבחנים שנקבעו בפסיקה, מתקיימת החזקה הראשונה הקבועה בסעיף 29א(ב)(1) לחוק – קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או השירות שבמונופולין, היות ואפל הינה בעלת מונופולין בשוק חנויות היישומונים במכשירי iOS, היא פועלת באופן חופשי מרסנים תחרותיים ומחזיקה בכוח שוק מוחלט. כמו כן נטען שקיים פער בין התמחור אותו קובעת אפל לבין תמחור מבוסס עלויות, שכן, כפי שנקבע בחוות הדעת שצורפה לבקשת האישור, העמלות הנגבות על ידי אפל ממפתחים גבוהות פי 2.5 לערך מהעמלות אשר היו נגבות בשוק תחרותי. כל האמור, לצד הפער בין המשתמשים והמפתחים לבין אפל, וכן חסמי המעבר הרבים בשוק הראשוני של המכשירים, מלמדים לטענת המבקש על היותו של **המחיר בלתי הוגן**.

16. לטענת המבקש, חזקה נוספת המתקיימת בענייננו, היא זו הקבועה בסעיף 29א(ב)(4) לחוק התחרות. לטענתו, אפל נוקטת בעניין זה בשתי פרקטיקות של "קשירה אסורה". הראשונה, היא קשירה בין המכשיר החכם בעל מערכת הפעלה iOS לבין חנות האפ סטור, באמצעות התקנת חנות האפ סטור בכל מכשיר חכם שהיא מייצרת כברירת מחדל, ומניעת קיומן של חנויות יישומונים אחרים במכשיריה או הפצתם של אלו באפ סטור, ללא קשר להעדפת המשתמש. השניה, לטענת המבקש, קיימת בהסכמי אפל עם המפתחים, וזאת על ידי חיובם של המפתחים בשימוש במערכת התשלומים שלה IAP. בשני המקרים מדובר בקשירה בין מוצרים נפרדים, שהביקוש וההיצע שלהם שונה, הם מספקים צרכים שונים, להם מתחרים שונים וכן יכולת קיום נפרדת ועצמאית לכל אחד מהם. קשירה אסורה זו, כך לטענת המבקש, מאפשרת לאפל לגבות עמלות מופרזות בגין שני השירותים ומונעת תחרות בשוק חנויות היישומונים במכשירי iOS, ובשוק שירותי התשלומים ליישומונים.

17. המבקש מוסיף וטוען כי ההסכמים בין אפל לבין המפתחים כוללים **הסדרים כובלים**, כהגדרתם בסעיף 2(א) ו-2(ב) לחוק התחרות, וכן כי הם מקימים את החזקות הקבועות בסעיף 2(ב)(1) ו-3(3) לחוק התחרות. הסדרים כובלים אלה באים לידי ביטוי בקביעת דרגות מחיר להן כפופים המפתחים; קביעת בלעדיות לשימוש במערכת התשלומים IAP; וקביעת איסור על המפתחים ליידע את המשתמשים בדבר קיומו של אמצעי תשלום אחר. בהקשר זה נטען כי מדובר בהסדרים כובלים אסורים על פי החוק, כי ההסדרים מונעים תחרות חופשית בשוק היישומונים, מייצרים תיאום מחירים כפוי ומונעים הורדת מחירים עבור המשתמשים.

18. עוד טוען המבקש כי התנהלותה של אפל מהווה "**סירוב בלתי סביר לספק שירות שבמונופולין**" האסור על פי סעיף 29 לחוק התחרות. לשיטת המבקש, כתוצאה מהתנהלותה של אפל, האפ סטור הפכה לצינור היחיד להפצת יישומונים במכשירים iOS באופן שמיצב אותה כגורם הכרחי בשרשרת הפצת חנויות היישומונים למשתמשים ובכך היא חוסמת כניסה של מתחרות אחרות לשוק. סירובה של אפל לאפשר התקנת חנות יישומונים אחרת מהאפ סטור ויתר הפרקטיקות בהן היא נוקטת, באופן הפוגע בתחרות ובצרכנים כפי שבואר לעיל, הינו בלתי סביר בנסיבות העניין.

19. בנוסף טוען המבקש כי התנהלותה של אפל מקימה נגדה **עילה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט**, תשל"ט-1979. על פי הנתען, לא רק שהתנהלותה של אפל גורמת נזקים למשתמשים, אלא שהיא מביאה לגריפת רווחים ולהתעשרותה של אפל. לצד הפרקטיקות המפורטות בהן נוקטת אפל, לטענת המבקש, היא פועלת במכוון לדחיקת מתחרי האפ סטור גם לנוכח היות האפ סטור פלטפורמת פרסום במסגרתה מפתחים משלמים לאפל על מנת לקדם את היישומונים שלהם בחנות, וגם מכך גורפת אפל רווחים עודפים על חשבון המשתמשים.

20. המבקש טוען כי בשל התנהלותה של אפל, נגרמים **נזקים** המתבטאים בעליית מחירים והקטנת מספר העסקאות כתוצאה מהעמלות המופרזות הנגבות. כמו כן נגרמים נזקים נוספים בשל הפרותיה של אפל את דיני התחרות, ובכלל זאת מניעת חדשנות ופגיעה באיכות בשוק היישומנים. לטענת המבקש, אלמלא אפל ניצלה לרעה את מעמדה המונופוליסטי תוך שימוש בפרקטיקות פסולות ופגיעה מכוונת בתחרות, לא היו נגרמים למשתמשים הנזקים האמורים, מכאן שקיים קשר סיבתי בין התנהלותה של אפל לבין נזקיהם המלאים של המשתמשים. אשר לכימות הנזק, המבקש מפנה לחוות הדעת שצורפה לבקשת האישור, ואשר מעריכה, בשלב זה, את הגביה העודפת מרכישות באפ סטור בכ-38 מיליון דולר ארצות הברית בשנה, המגולגלים כולם על המשתמשים, וזאת לצד נזקים נוספים שאינם ניתנים להערכה בשלב זה.

21. אשר ל**ברירת הדין** במקרה דנן, המבקש טוען תחילה כי היות שהמשיבה ADI-2, מחזיקה בבעלות מלאה באפל ישראל בע"מ, הרי שלפי תקנה 163(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט-2018, אפל ישראל מהווה נציג מטעמן של המשיבות, וניתן לבצע באמצעותה המצאה למשיבות. המצאה כזו, כשלעצמה, מאפשרת הקניית סמכות שיפוט בין-לאומית לדון על נתבעים בין-לאומיים.

22. **מבחינת הדין** שיש להחילו על המשיבות, המבקש טוען כי עילות התביעה עוסקות בעבירות על חוק התחרות אשר מקימות, בהתאם לסעיף 50 לחוק התחרות, עילות נזיקיות. כללי ברירת הדין הישראליים בנויקין קובעים כי הדין שיחול הוא דין מקום ביצוע העוולה. המבקש מפנה לפסיקה שקבעה כי ניתן לראות בפעולה שבוצעה במרשתת כמעשה שבוצע בכל מקום, כך מעשה כזה נעשה הן בישראל והן במקום מושבו של המפר. במקרה של פעולות שבוצעו בחנות וירטואלית כמבקרה דנן, הרי שהפסיקה קבעה כי אלו בוצעו בישראל ולכן הדין שצריך לחול הינו הדין הישראלי, זאת בפרט כשאפל **מתאימה את החנות לכל מדינה ומדינה (בעניין זה המבקש מפנה לתוכן השונה, אופן התשלום וגובהו השונה בישראל ממדינה אחרת ועוד)**. לחילופין, המבקש טוען כי יש להחיל את הדין הישראלי על ידי הפעלת "חריג הצדק" שנקבע בפסיקה. לגישת המבקש ניתן להחיל את הדין הישראלי לנוכח הכלל הקובע כי לדיני התחרות תחולה על כל תאגיד, לרבות תאגיד זר אשר התנהלותו משליכה על הצרכן הישראלי, וזאת מכוח "דוקטרינת ההשפעות" שאומצה בפסיקה, בשים לב לנתח השוק בו שולטת אפל בקרב הצרכנים הישראליים.

23. עוד טען המבקש כי הבקשה מתאימה להתברר כתובענה ייצוגית, שכן היא עונה על התנאים לאישור ניהול התובענה כייצוגית, אשר נקבעו בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "**חוק תובענות ייצוגיות**").

24. ביום 25.8.2021 הגישו המשיבות בקשות לכפירה בסמכות מכוח המצאה מחוץ לתחום המדינה. לאחר הגשת תשובה מטעם המבקש לבקשות לכפירה, והגשת תגובת המשיבות לתשובת המבקש, נשמעו הבקשות בדיון ביום 8.2.2022. בעקבות המלצת בית המשפט הנכבד בדיון, הודיעו המשיבות על משיכת הבקשות ביום 10.3.2022, ואלו נמחקו בהחלטתו של בית המשפט הנכבד מיום 16.3.2022.

25. ביום 7.6.2022 הגישו המשיבות בקשות לסילוק בקשת האישור על הסף לנוכח קיומו של סעיף ברירת דין בהסכמים של אפל עם משתמשיה – בתנאי השימוש באפ סטור. הבקשות הוגשו באופן נפרד אך הן זהות בעיקרן. בתמצית נטען כי הסכם תנאי השירות כולל תניית ברירת דין לפיה הדין החל על ההסכם ועל הפעולות מכוחו הוא דין מדינת קליפורניה. נטען כי תניית ברירת הדין חלה על שתי המשיבות שכן שתיהן צד להסכמים עם המשתמשים, כפי שהמבקש עצמו ציין בבקשת האישור ובהזדמנויות נוספות בהליך ומשכך, הוא מושתק מלטעון כעת כי ההסכם, ובכללו תניית ברירת הדין, איננו חל על המשיבה 1–אפל אינק (כפי שטען בתשובתו לבקשת הכפירה).

26. לטענת המשיבות שאלת תוקפה והיקפה של תניית ברירת הדין צריכה להתברר בהתאם לדין החל על החוזה. במקרה דנן, המבקש לא צירף לבקשתו חוות דעת לדין הזר לצורך בירור שאלת תוקפה של תניית ברירת הדין, ולא הוכיח קיומה של עילה מכוח הדין הזר החל על התובענה, ומשכך דין בקשת האישור לסילוק על הסף. מנגד, אפל צירפה חוות דעת של מומחה לדין הזר, בה נקבע כי תניית ברירת הדין אכיפה בנסיבות העניין. כמו כן, היות שמקום מושבה של אפל אינק הוא בקליפורניה, הרי שהחלת דין מדינת קליפורניה מיטיב עמה ומשרת אינטרס לגיטימי שלה ויש לאכפו.

27. עוד נטען בבקשות לסילוק כי אף לפי הדין הישראלי תניית ברירת הדין תקפה במקרה דנן שכן, לא ניתן לעקוף את תניית ברירת הדין על ידי צירופה של אפל אינק כמשיבה תוך העלאת טענה כי התנייה איננה חלה עליה. לחילופין, נטען כי מדובר בהסכם לטובת צד שלישי שגם הוא יכול ליהנות מתניית ברירת הדין. נטען עוד כי יש להחיל את תניית ברירת הדין, אף אם עילות התובענה אינן חוזיות, לאור הפסיקה ששבה והחילה תניות ברירת דין גם כאשר נטען לקיומן של עילות נזיקיות לרבות עילות המבוססות על דיני נזיקין קוגנטיים לרבות מתחום דיני התחרות, בפרט נוכח לשונה המרחיבה של תניית ברירת הדין בה עסקינן.

28. אפל מוסיפה וטוענת כי יש לדחות את טענתו של המשיב (שהועלתה בתשובתו לבקשת הכפירה) לפיה מדובר בתניה מקפחת בחוזה אחיד, וזאת משזו נטענה באופן סתמי, כך לעמדת אפל שכן התובע לא הוכיח קיומו של קיפוח ביחסי הצדדים (לרבות בדרך של צירוף חוות דעת). עוד נטען כי הטענה לפיה החלת תניית ברירת הדין תאפשר עקיפת הוראות דין קוגנטיות, היא שגויה, וממילא אין די בה. בנקודה זו נטען כי המבקש עצמו הפנה בבקשת האישור לתביעה ייצוגית שהוגשה כנגד אפל בקליפורניה, וטען כי תביעתו מקימה עילות טובות נגד אפל אפילו לפי הדין האמריקני, מכאן שהוא מושתק מלטעון עתה שהדין הקליפורני מקפח אותו. אפל מתנגדת לטענת המבקש כי החלת תניית ברירת הדין תמנע ממנו הגשת תובענה ייצוגית בהתאם לפרט 4 לתוספת לחוק תובענות ייצוגיות שכן התביעה הוגשה גם לפי פרט 1 לתוספת.

29. ביום 17.7.2022 הגיש המבקש תשובה מאוחדת לבקשות לסילוק, במסגרתה ביקש לדחות את הבקשות ולחייב את המשיבות בהגשת תשובות לבקשת האישור. נטען כי טענות המשיבות **אינן מתאימות להתברר במתכונת של בקשה לסילוק על הסף**, שכן הן מתייחסות לגופה של התביעה. נטען כי בקשת האישור מבוססת די הצורך, והיא מוכיחה, באמצעות המסמכים וחוות הדעת שצורפו לה, כי אפל הפרה באופן חמור ונמשך את דיני התחרות, גרמה נזקים משמעותיים למשתמשיה והתעשרה שלא כדין על גבם. ממילא, נקבע בפסיקה כי שאלת תחולתם של דיני התחרות הישראלים על תאגיד זר הפועל בישראל דורשת בירור עובדתי מורכב שאין מקום לקיימו בבקשה לסילוק על הסף. אפל אף ביקשה לשמור על זכותה להעלות טענות נוספות הנוגעות לתחולת דין קליפורניה מכוח כללי ברירת הדין, וצירפה לבקשות הסילוק חוות דעת מומחה לדין הזר, באופן שמלמד על כך **שגם לשיטתה בקשת הסילוק מצריכה בירור מורכב שלא ניתן למצותו במסגרת דיון בבקשה לסילוק על הסף**.

30. המבקש מוסיף וטוען כי בקשת הסילוק מטעם אפל אינך מהווה ניסיון לאחוז את החבל משתי קצותיו, כך שמצד אחד, היא טוענת להיעדר יריבות בינה לבין המבקש משלא הייתה צד לתנאי השירות, ומצד שני, מבקשת לסלק את בקשת האישור נגדה בשל תניית ברירת הדין הכלולה בתנאי השירות. לטענת המבקש הדין החל על בקשת האישור הוא הדין הישראלי. אפל מנועה ומושתקת מלטעון כי הדין החל הוא דין מדינת קליפורניה מחמת **השתק שיפוט**. בהקשר זה מפנה המבקש לטענות אפל בהליכים אחרים שם עמדת אפל היתה כי דיני התחרות החלים בקליפורניה הם טריטוריאליים ואינם חלים על עסקאות מחוץ לקליפורניה למרות תניית ברירת הדין.

31. עוד טען המבקש, כי מדובר בתביעה שעילותיה אינן חוזיות, אלא נזיקיות המבוססות על **עילות קוגנטיביות מתחום דיני התחרות** ועניינן בפעולות שביצעה אפל תוך ניצול מעמדה המונופוליסטי לרעה, קשירה אסורה, כריתת הסדרים כובלים וסירוב בלתי סביר. לשיטת המבקש, מדובר בפעולות העומדות בפני עצמן ואינן נובעות מהפרת ההסכם עם המשתמשים. מכאן, ובהתאם לפסיקה, תניית ברירת הדין לא תחול אלא יחול דין מקום ביצוע העוולה ובענייננו, זהו הדין הישראלי. לחילופין, יש להחיל את חריג הצדק (הדין שלו מירב הזיקות) ולחילופי חילופין את דוקטרינת ההשפעות, כאשר בכל אחת מהחלופות האלו הדין החל הינו הדין הישראלי. בהקשר זה נטען כי במסגרת הבקשה לכפירה בסמכות אותה הגישה אפל הועלו טענות בדבר כללי ברירת הדין בנזיקין, משכך היא מנועה ומושתקת מלטעון כעת אחרת. אשר לעילה של עשיית עושר ולא במשפט, נטען כי בהתאם לפסיקה, יש להחיל את הדין הנאות של העילה או הדין בעל הזיקה האמיצה לעניין. לטענת המבקש, **אפל שהיא חברת ענק המוכרת מוצרים ושירותים למילוני ישראלים מדי שנה, ואשר מקיימת פעילות נרחבת בישראל, מכוונת לשוק הישראלי וגורפת ממנו רווחים רבים, מבקשת לחמוק מדיני התחרות הישראלים, אשר נועדו ליתן בידי הציבור הישראלי כלים משפטיים על מנת למנוע עוולות שמבצע מונופולין כדוגמתה. לגישת המבקש, תניית ברירת דין אינה יכולה לעקוף את חוק התחרות שהוא חוק כופה וקוגנטי**.

32. בנוסף, טוען המבקש, כי על פי הפסיקה, יש לבחון את תניית ברירת הדין לפי הדין הישראלי ולא לפי הדין הזר ומסקנה זו עולה אף מחוות הדעת שצורפה לבקשות הסילוק. יתרה מזו, המבקש טוען כי תניית ברירת הדין הקבועה בתנאי השירות איננה מתיימרת להחיל את הדין הקליפורני על הסכסוך דנן. לשיטתו, **לשון התניה** מעידה על כך שהתניה חלה רק על מערכת היחסים החוזית (לגבי "עסקאות" בלבד) ואיננה מתיימרת להיות חובקת כל. לעומת זאת, בתניית מקום השיפוט ובתניית ברירת הדין שיחול באיחוד האירופי, הקבועות בתנאי השירות, נקטה אפל בלשון של "כל סכסוך". מכאן שאילו התכוונה אפל לכך שתניית ברירת הדין תחול על כל סכסוך באשר הוא, היא הייתה מנסחת את התניה בהתאם.

33. לטענת המבקש, דיני התחרות הם קוגנטיים ולא ניתן להתנות עליהם, בוודאי שלא במסגרת חוזה אחיד, והם חלים על כל גורם הפועל בתחומי ישראל. לשיטת המבקש, אין זה מתקבל על הדעת, מבחינת מדיניות משפטית, כי תחול מערכת דינים שונה על עוסקים ישראלים שאינם רשאים להתנות על דין קוגנטי, ואילו עוסקים זרים הפועלים בישראל כן יוכלו להתנות על דינים אלה באמצעות תניית ברירת דין, וכל זאת בשעה שגם אלה וגם אלה פועלים ומתחרים בשוק הישראלי, כך שפערי אסדרה יפגעו בשוויון ביניהם. המבקש מוסיף וטוען כי יש להבחין בין טענת דין קוגנטי, הגובר על כל הסכמה בין הצדדים, לבין טענת תנאי מקפח בחוזה אחיד, ולגישתו, אין אפשרות להתנות באמצעות חוזה על דין כופה קוגנטי גם אם התניה תוביל להחלת דין זר שאיננו מקפח.

34. מעבר לאמור, המבקש טוען כי **תניית ברירת הדין הינה תניה מקפחת**. לטענת המבקש, מסמך תנאי השירות הינו חוזה אחיד ובנסיבות העניין, מתקיימות חזקות הקיפוח הקבועות בסעיפים 4(6), 4(8), 4(9) לחוק החוזים האחידים וכן מתקיימים מבחני סעיף 3 לחוק ומבחן הקיפוח הכללי. לעמדת המבקש, הקיפוח מתקיים, במקרה דנן, מעצם הדרישה להחיל את הדין הזר (ללא קשר לתוכנו) וכן מעמדתה הסותרת של אפל בהליכים אחרים. עוד לטענתו, הנימוקים והראיות שהובאו בתשובה (לרבות עמדות היועץ המשפטי לממשלה שהוגשו במקרים דומים) מוכיחים את הקיפוח ולא נדרשת הגשתה של חוות דעת לדין הזר.

35. אשר לחזקות הקיפוח (סעיפים 4(6) ו-4(8) לחוק החוזים האחידים) ולסעיף 5 לחוק החוזים האחידים נטען, כי החלת תניית ברירת הדין תוביל להגבלת יכולתם של המשתמשים הישראליים להעלות טענות מסוימות ותגביל את זכותם לגישה לערכאות. בהקשר זה נטען, כי בבקשת הכפירה טענה אפל כי האפשרות של משתמש להגיש תביעה ייצוגית בהתאם לפרט 4 לתוספות לחוק תובענות ייצוגיות (בעילה לפי חוק התחרות) תלויה בתחולת דיני התחרות על המקרה. מכאן שהחלת תניית ברירת הדין, השוללת את תחולת חוק התחרות, תשלול את האפשרות של המשתמשים להגיש תובענה ייצוגית כנגד אפל בעילה לפי חוק התחרות. מדובר אף ביתרון בלתי הוגן לאפל, כך שגם מטעם זה מתקיים מבחן הקיפוח שבסעיף 3 לחוק החוזים האחידים.

36. המבקש מוסיף וטוען כי גם לפי מבחני סעיף 3 לחוק החוזים האחדים ומבחן הקיפוח הכללי מתקיים כאן קיפוח מובהק. לשיטתו, פערי הכוחות בין הצדדים עצומים – אחת החברות הגדולות והחזקות בעולם אל מול משתמשים פרטיים ומפוזרים. תניית ברירת הדין מופיעה בתנאי השימוש שהמשתמש חייב להסכים להם אף מבלי לעיין בהם ואף אם הוא מעיין, הרי שלא יכול להבין את משמעות התניה והשלכותיה מבחינת הדין הישראלי והדין הזר במועד כריתת ההסכם. חוסר ההוגנות מתעצם, כך לגישת המבקש, משעה שאפל בחרה לפעול בישראל ולפתוח חנות יישומונים ישראלית המכוונת לקהל הישראלי. המבקש מוסיף וטוען כי אפל פועלת כמונופולין כאשר היא מעמידה את המשתמשים לפני אופציה יחידה להתקנת יישומונים, והיא דרך האפ סטור, כפועל יוצא, אין לפני המשתמשים ברירה אחרת אלא לאשר את תנאי השימוש לצורך התקנת היישומונים, במיוחד שמדובר בשירות חיוני.

37. נטען עוד כי תניית ברירת הדין שניסחה אפל מחריגה את תושבי אירופה, לגביהם נקבע כי יחול דין מקום מושבם בשים לב לחוק הגנת הצרכן האירופי המונע קביעת תניית ברירת דין זר, באופן שמחליש את האינטרס של אפל להיות כפופה למערכת דינים אחת. גם טענותיה של אפל בהליכים אחרים שהתנהלו בארצות הברית ולפיהן דין מדינת קליפורניה איננו חל על מי שאינם תושבי המדינה, מלמדות על כוונתה של אפל להחיל על הישראליים דין "חסר" באופן מקפח וחסר תום לב. כמו כן, תקופת ההתיישנות של חוק התחרות הקליפורני עומדת על 4 שנים, בעוד שתקופת ההתיישנות בדין הישראלי היא 7 שנים וגם בשל כך תניית ברירת הדין מקפחת.

38. בחודש אוגוסט 2022 הגיש המבקש שתי בקשות לצירוף אסמכתאות: האחת – פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין טרויס מילר. השניה – החלטת בית המשפט הנכבד, כבוד השופט ר' חיימוביץ בת"צ 12859-12-19 ברק נ' AMAZON.CO.INC (נבו 3.8.2022) (להלן: "עניין אמזון") (רע"א 7675/22 בעניין, תלויה ועומדת).

39. ביום 29.9.2022 הגישו המשיבות תשובה לבקשות המבקש להוספת אסמכתאות, וכן הוגשה תגובת אפל לתשובת המבקש לבקשות הסילוק. בתגובה שבה אפל וטענה כי יש להכריע בבקשות הסילוק כבר עתה, כי תניית ברירת דין חלה גם על עילות שאינן חוזיות, וכי היה על המבקש לצרף חוות דעת לדין הזר על מנת להוכיח שהדין הקליפורני הינו דין מקפח ביחס לדין הישראלי. עוד הוסיפה אפל כי בהתאם לפסיקה הנוהגת, אין בטענה כי דיני התחרות הם דינים קוגנטיים כדי למנוע החלת תניית ברירת הדין. בהקשר זה נטען שהמבקש מבלבל בין המונחים "דין קוגנטי" ו"דין כופה" אשר אינם היינו הך. לגישת אפל, לא ניתן למנוע מראש החלת דין זר במקרה שעילות התביעה מבוססות על דין קוגנטי. להבדיל מדין כופה שאינו מאפשר החלת הדין הזר מכוח תניית ברירת הדין, הרי שדין קוגנטי מונע החלת הדין הזר רק כאשר כללי ברירת הדין קובעים כי הדין שיחול הינו הדין הישראלי. עוד נטען כי הסתירות בין טענות המבקש בנוגע לתחולת ברירת הדין על אפל אינן מחייבות את דחיית טענותיו.

40. ביום 24.10.2022 התקיים דיון לפני בית המשפט הנכבד בבקשות לסילוק על הסף.

41. ביום 25.10.2022 ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד, במסגרתה הורה על מתן הודעה ליועצת המשפטית לממשלה בהתאם להוראות סעיף 20 לחוק החוזים האחדים.

עמדת היועצת המשפטית לממשלה :

42. בעמדת היועצת המשפטית לממשלה להלן תובא התייחסות לסוגיות העיקריות לפי סדרן. תחילה תבהיר עמדתה בשאלת קיומו של קיפוח ביחס לתניית ברירת הדין בעניין הנדון, לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים ולפי החזקות הקבועות בסעיף 4 לחוק זה, שעליהן נשען המבקש בתשובתו לבקשות הסילוק. לאחר מכן תובא התייחסות בעמדה לשאלת היחס בין תניית ברירת הדין לבין חוק התחרות.

בחירת קיומו של קיפוח לפי חוק החוזים האחידים

43. המסגרת הנורמטיבית בענייננו היא חוק החוזים האחידים. סעיף 2 לחוק מגדיר חוזה אחיד כ"נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו ובין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם".

44. מסמך "תנאי השימוש" של חנות האפ סטור הוא בבחינת "חוזה אחיד" העונה על ההגדרה הקבועה בחוק החוזים האחידים. נוסח מסמך שקבע מראש בידי צד אחד – אפל – הוא נוסח סטנדרטי שנועד לשימוש במספר רב של מקרים, ואינו נוסח שהוכן במיוחד להתקשרות שבין המבקש לבין אפל כתוצר של משא ומתן מאוזן בין הצדדים.

45. תכליתו של חוק החוזים האחידים, היא "להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים" (סעיף 1 לחוק החוזים האחידים), וכן "לאזן את אי-השוויון שבין הספק ללקוח" (הצעת חוק החוזים האחידים, תשמ"ב-1981, ה"ח 1556, בעמוד 28 (להלן: "הצעת חוק חוזים אחידים")).

46. סעיף 3 לחוק החוזים האחידים מעניק לבית המשפט ולבית הדין לחוזים אחידים את הסמכות לבטל או לשנות תנאים בחוזים אחידים, אשר יש בהם, בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות, משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן לספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות.

47. לצד הוראות אלו, קבע המחוקק בסעיף 4 לחוק רשימה של "תנאים נפוצים בחוזים אחידים, אשר לפי מהותם ונוסחם הם... מקפחים, עד שיבוא הספק ויוכיח שאינם כאלה" (דברי ההסבר לסעיפים 3-4 להצעת חוק חוזים אחידים, עמוד 31).

48. בין התנאים הקבועים בסעיף 4 לחוק החוזים האחידים, ואשר נקבע לגביהם כי ייחשבו כתנאים מקפחים בחוזה אחיד עד שיוכח אחרת, נכללים תנאים שלמעשה מגבילים את זכות הגישה לערכאות על כל היבטיה. אלה הם "תנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין, או המסייג באופן בלתי סביר זכות או תרופה העומדות לו מכוח החוזה, או המתנה אותן במתן הודעה בצורה או תוך זמן בלתי סבירים, או בדרישה בלתי סבירה אחרת" (סעיף 4(6) לחוק החוזים האחידים), וכן "תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסוימות בערכאות משפטיות, או הקובע כי כל סכסוך בין הספק והלקוח יידון בבוררות" (סעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים), וכן "תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט או הבוררות שבהם יתברר סכסוך" (סעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים).

49. בית המשפט העליון עמד בעניין בן חמו על ההבדל בין תנאי שקמה לגביו חזקת קיפוח ותנאי שלא קמה לגביו חזקה כזו, וכך קבע בסעיף 21 לפסק הדין :

"ההבדל בין תנאי שקמה לגביו חזקת קיפוח ותנאי שלא קמה לגביו חזקה כזו נעוץ, כמובן, בנטל ההוכחה. כאשר קמה חזקת קיפוח על הספק לסתור את החזקה ולהראות כי התנאי איננו מקפח בהינתן אמות המידה הקבועות בסעיף 3, ואילו כאשר מדובר בתנאי שאינו מקים חזקת קיפוח הנטל הוא על הלקוח להוכיח את הקיפוח".

50. כלומר, ההבדל בין שני סוגי התנאים נעוץ אפוא בנטל ההוכחה (ראו גם ורדה לוסטהויז וטניה שפניץ **חוזים אחידים**, 198 (1994) (להלן: "לוסטהויז ושפניץ").

51. כעולה מפסק הדין בעניין בן חמו, כאשר מדובר בתניה הקובעת ברירת דין, הרי שלצורך ביסוס חזקת קיפוח מכוח סעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים, יש להציג ראיות שההכרעה על פי הדין הזר תשלול מהלקוח את האפשרות לטעון טענות מסוימות. מן הטעם הזה החליט בית המשפט העליון בעניין בן חמו לדחות את טענת התובע הייצוגי, לפיה תניית ברירת הדין היא תנייה מקפחת מכוח חזקת הקיפוח המנויה בסעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים, וכך נקבע בפסקה 42 לפסק הדין: **"בית המשפט קמא קבע כי תניית ברירת הדין שבסעיף 15(1) לתנאי השימוש היא "תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסוימות בערכאות משפטיות..." כאמור בסעיף 4(8) לחוק החוזים. על כן קמה לגביה חזקת קיפוח ובית המשפט הוסיף וקבע כי חזקה זו לא נסתרה. פייסבוק אירלנד סבורה כי קביעה זו בטעות יסודה ונראה כי הצדק עמה. הנטל להוכיח כי תנאי מסוים בחוזה אחיד בא בגדר אחת מחזקות הקיפוח הקבועות בסעיף 4 לחוק, מוטל על הלקוח (ראו: לוסטהויז ושפניץ חוזים אחידים בעמ' 198) ובענייננו על המשיב. במקרה דנן לא הוצגו ראיות לכך שהכרעה בבקשת האישור על פי דיני מדינת קליפורניה תשלול מהמשיב את האפשרות להעלות טענות מסוימות. משכך לא הוכחה על ידו תחולתה של חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים והנטל להוכיח שתניית ברירת הדין היא תניה מקפחת, נותר לפתוח".**

52. ברם, בענייננו, המבקש טוען לקיפוח מכוח סעיף 3 לחוק החוזים האחידים, כמו גם מכוח סעיף 4 לחוק. לגבי סעיף 3 לחוק, עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא כי על הלקוח להוכיח את הקיפוח, אך אין הכרח בהצגת ראיות לכך שהמקרה נופל בגדרי אחת החזקות כפי שנעשה בעניין בן חמו שעסק בחזקות לפי סעיף 4. בפרט אין הכרח, במקרה דנן, בהוכחת החזקה מכוח סעיף 4(8) לחוק.

53. לצורך בחינת הקיפוח לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים, יש להתחקות אחר תכליתו של חוק החוזים האחידים, כאשר נקודת המוצא של חוק זה 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, לעומת הלקוח שאינו בעל משאבים שווי ערך (ר' ורדה לוסטהויז וטניה שפניץ **חוזים אחידים** עמוד 15-18 (1994); גבריאלה שלו **דיני חוזים – החלק הכללי** עמוד 52 (תשס"ה); הצעת חוק החוזים האחידים, ה"ח תשכ"ב בעמוד 312, וה"ח התשמ"ב בעמוד 28).

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

מעמדה של אפל ופערי הכוחות בין הצדדים לחוזה

55. חוסר השוויון בין צדדים לחוזה הוא המאפיין החשוב ביותר של החוזים האחידים ולבחינתו של קיפוח (לוסטהויז ושפניץ, עמוד 69). נקבע בפסיקה כי "דיני הקיפוח מתמקדים, בראש ובראשונה, בצדדים וביחסי הכוחות שביניהם. ההגינות או חוסר ההגינות נקבעים על-פי תפישת 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) 538).

56. על פערי הכוחות, ראו גם את החלטתו של בית המשפט הנכבד, כבוד השופט ר' חיימוביץ', בעניין אמזון, שם דחה בית המשפט את בקשת אמזון העולמית לבטל היתר המצאה שניתן בעניינה מחוץ לגבולות המדינה, וכך נקבע בפסקה 34 לפסק הדין:

"קיימים פערי כוחות כמעט בלתי ניתנים לגישור בין אמזון, שהיא אחת מחברות הקמעונאות הגדולות בעולם, ובין הצרכן הישראלי. פערים אלה יוצרים, באופן מובנה, מצב בו התאגיד עלול לנצל לרעה את מעמדו ומחייבים את בית המשפט להגן על "האדם הקטן" אשר מתנהל התנהלות עסקית מול תאגיד הענק".

57. אפל היא תאגיד רב לאומי אמריקני. על פי האמור בחוות הדעת שהוגשה מטעם המבקש, שווי השוק של החברה עומד נכון ליום 26.1.2021 על כ-2.4 טריליון דולר ארצות הברית. עוד על פי האמור בחוות הדעת מטעם המבקש, סך מכירותיה של אפל עמד בשנת 2020 על כ-275 מיליארד דולר ארצות הברית. אפל היא אחת מחמש חברות הביג טק – חברות טכנולוגיות המידע הגדולות ביותר בארצות הברית, היא אחד העסקים הגדולים והמשפיעים ביותר הפועלים בישראל. בנוסף, הן מבחינה אבסולוטית והן מבחינת השוק הישראלי, אין מדובר בפעילות מבוטלת כלל ועיקר – המדובר בפעילות מסחרית שהיקפה עצום, והמהווה, בתחומים מסוימים, חלק משמעותי מהיקף פעילות המסחר של אותם מוצרים ושירותים בישראל – לעיתים עד כדי מעמד מונופוליסטי.

58. בענייננו, אין ספק כי קיימים פערי כוחות גדולים בין אפל לבין המשתמשים. אפל היא חברה גלובלית גדולת מימדים ובעלת כוח שוק רב בעולם, לרבות במדינת ישראל. לחברה מסוג זה כוח כלכלי רב, המאפשר לה ליהנות ממעטפת רחבה של משאבים מקצועיים ומשפטיים וכפועל יוצא, לעצב את מדיניותה והסכמיה עם המשתמשים באופן מתוחכם המשרת את האינטרסים שלה. המשתמשים בשירותי אפל לעומת זאת הם לרוב דלי משאבים ביחס אליה, והם נאלצים לקבל על עצמם את התנאים הקבועים בהסכמים בינם לבינה מבלי כל יכולת או כוח מיקוח. הדברים נכונים ביתר שאת בכל הנוגע למשתמשי חנות האפ סטור, המוצגת לפני המשתמשים כפלטפורמה בלעדית להתקנת יישומונים במכשירי iOS.

קיפוח לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים

59. כפי שפורט בפסק הדין בעניין בן חמו, חוק החוזים האחידים אינו כולל הגדרה של המושג "קיפוח" ואף לא נקבעה בו רשימה סגורה של תנאים אשר יש בהם משום "יתרון בלתי הוגן העלול להביא לידי קיפוח":

"הוראות החוק יוצרות, אפוא, רקמה נורמטיבית פתוחה ואותה נדרשים בתי המשפט ובית הדין למלא תוכן על מנת שתוגשם תכליתו של חוק החוזים האחידים ועל מנת לעצב את

**הדין באופן המבטא תפיסה חברתית ראויה באשר ליחסים שבין ספקים ללקוחות
שהתקשרו בחוזה אחיד" (פסקה 22 לפסק דינה של כבוד הנשיאה חיות).**

60. כמו כן, הובהר שם, כי מבחן ההגינות והסבירות הוא המבחן שלפיו יש להכריע בשאלה האם תנאי מסוים בחוזה אחיד הוא מקפח, כאשר לשאלה מהו תנאי בלתי סביר או בלתי הוגן אין תשובה ממצה אחת, שכן מושג הקיפוח מתעצב וקורם עור וגידים ממקרה אחד למשנהו. ראו: ע"א 449/85 **היועץ המשפטי לממשלה נ' גז חברה לבניין בע"מ**, פ"ד מג(1) 183, 189 (1989); ע"א 1185/97 **יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרום הינדה ז"ל ואח' נ' מרכז משען ואח'**, פ"ד נב(4) 145 בעמוד 165 להלן "עניין מילגרום". עם זאת, וכעולה מעניין בן חמו, במהלך השנים התגבשו בפסיקה מבחני עזר שונים אשר בהם ניתן להסתייע. כך, למשל, נפסק בעניין מילגרום כי לצורך ההכרעה בשאלה האם תנאי בחוזה אחיד הוא מקפח יש להתחשב ביחסי הכוחות בין הצדדים לחוזה, וכי ניתן להבחין בהקשר זה בין לקוחות צרכניים הזקוקים להגנה מוגברת ובין לקוחות מסחריים שפערי הכוח בינם ובין הספק קטנים יותר (ראו: עניין מילגרום, בעמודים 164-165; וכן, לוסטהויז ושפניץ, בעמודים 69-78).

61. כידוע, אין בחינתו של סעיף 3 מוגבלת רק להרתעה ביחס לנקיטת הליכים משפטיים: "**אין כמעט גבול לסוגי הנושאים שבהם ניתן להעלות טענת קיפוח**" (לוסטהויז 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.

62. השיקולים האמורים נלקחו בחשבון במסגרת פסק הדין בעניין בן חמו, כאשר נקבע במסגרתו כי יש לדחות את טענת התובע הייצוגי, שם, ואת עמדת היועץ המשפטי לממשלה, שלפיה תניית ברירת הדין באותו מקרה היא תנייה מקפחת. בסופו של יום הכריעו את הכף בעניין בן חמו שלושה שיקולים עיקריים: האחד, שהמבקש הייצוגי לא עמד בנטל להוכיח את החזקה הקבועה בסעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים מאחר שלא הוצגו ראיות שההכרעה על פי הדין הזר תשלול מהלקוח את האפשרות לטעון טענות מסוימות; השני, שמדובר בתובענה ייצוגית בהיקף של 400 מיליון דולר ארצות הברית; והשלישי, שבאותה העת היה בידי פייסבוק אינטרס עסקי לגיטימי לרכז את כל התדיינותיה לפי דין אחד, הוא הדין הקליפורני, שנחשב לדין מתקדם בתחום התובענות הייצוגיות.

63. לאור ההבדלים בין המקרים, ומטעמים נוספים המפורטים בעמדה זו, 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.

64. בענייננו יש שיקולים רלוונטיים נוספים שאותם יש לשים על כף המאזניים ואלה לא עמדו בבסיס ההכרעה בעניין בן חמו, ויש בהם כדי להכריע את הכף לטובת המסקנה כי תניית ברירת הדין היא מקפחת: השיקול האחד, שעליו יש לשים את מרכז הכובד, הוא שבחינת הקיפוח צריכה להיעשות במועד כריתת החוזה בשים לב ליחסי הכוחות בין הצדדים, והשני הוא שמדובר בענייננו בטענות לקיומו של דין קוגנטי ולהפרת הוראות מתחום דיני התחרות. לא ניתן להתעלם מכך שחברות מסחר גלובאליות ואפל בכללן מחזיקות בכוח רב ומשמעותי המהווה אף הוא פרמטר חשוב בענייננו, שעשוי להטות את הכף בנסיבות מסוימות למסקנה בדבר קיומה של תנייה מקפחת, דברים אלה מצאו את ביטויים בפסיקה

מאוחרת, בפרט ההלכה שנפסקה בעניין טרומים מילר, ולאורם יש לבחון גם את הקביעות שנכללו בהלכת בן חמו.

65. להלן יפורטו שיקולים אלה אחד אחד, ותחילה תוצג בחינת הקיפוח במועד כריתת החוזה. אין חולק כי אחת ההצדקות המרכזיות לחוק החוזים האחידים, היא ההנחה שהסכמתו של הלקוח לתנאים המקפחים שנכללו בחוזה אחיד – פגומה (לוסטהויז ושפניץ, בעמודים 55-56). לפיכך, בחינת יחסי הכוחות בין הצדדים צריכה להיעשות במועד שבו התקשרו בחוזה.

66. בהקשר זה, כאשר לקוח, שאינו בעל מומחיות או משאבים מיוחדים, ניצב לפני כריתת חוזה עם תאגיד זר, הכולל תניית ברירת דין, הוא אינו יכול להבין את משמעות התנייה, את מכלול החובות שהיא מטילה עליו והאם היא תמנע ממנו בעתיד מלהעלות טענות מסוימות במקרה שיתעורר סכסוך משפטי. על מנת שיהיה מסוגל להבין את משמעותה של אותה תנייה, 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 משמעותה אף עלויות גבוהות אשר יושתו על הלקוח.

67. בהינתן האמור, תניית ברירת הדין מקנה לאפל, מנסחת התנייה, תאגיד גלובלי ענק, אשר בחר במערכת דינים מסוימת שלרוב מוכרת ונוחה לו, ובפרט שעה שזו נשאבת מדין זר, יתרון בלתי הוגן על הלקוח המתקשר עמו וזאת כבר מרגע כריתת ההסכם.

68. חוסר ההוגנות מתעצם לנוכח העובדה שהספק החליט לכוון את 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 ללא קושי. זאת, להבדיל מחברה זרה אשר אינה מעוניינת לפעול בישראל. בהתאם, קיימת ציפייה, לגיטימית וסבירה, של הלקוח הישראלי כי על עסקה שביצע בישראל יחול הדין הישראלי (ראה פסקה 42 לפסק דינו של השופט גרוסקופף בעניין טרומים מילר).

69. קיומו של יתרון בלתי הוגן בתנייה האמורה וקיומם של פערי כוחות גדולים, הם הבסיס לבחינת קיומו של קיפוח לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים.

70. לפיכך, יכולתה של אפל לבחור בדין הזר והיכרותה עמו מעניקה לה, כמנסחת החוזה האחיד, יתרון רב, ובנסיבות מסוימות אף בלתי הוגן, ועשויה להוביל למצב של קיפוח לקוחותיה. בפרט כשתניה 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, ובהינתן ציפייתו הלגיטימית והסבירה של הלקוח כי על עסקה שביצע בארץ מגוריו יחול הדין של הארץ זו, הרי שקביעת תניית ברירת דין בהסכם בין הצדדים מקפחת.

71. בחינת קיומו של קיפוח ברגע כריתת החוזה איננה מתמצה רק ב"מבחן ההרתעה", מבחינת הלקוח, ולעניין הגשת התביעה, המאזן בין יכולת הלקוח להיעזר במומחה לדין זר לצורך הגשת התביעה וניהולה והעלויות הכרוכות בכך לבין ההטבה הצפויה מההליך המשפטי הננקט על ידו. מבחן זה עמד במרכז פסק הדין בעניין בן חמו. בנטילת היתרון הבלתי הוגן מצד אפל שניסחה את התניה, כמו גם לחוסר ההוגנות ביחס ללקוח שכביכול מסכים לקחת על עצמו מערכת דינים זרה ובכלל זאת חובות שאינן נהירות לו,

לצד פערי הכוחות העצומים בשלב כריתת החוזה, יש גם כדי להפחית מן האינטרס העסקי של אפל בניהול התדיינויותיה לפי דין אחד. לא כל שכן, לנוכח ההחרגה ביחס לתושבי אירופה (ברירת הדין שניסחה אפל **מחריגה את תושבי אירופה, לגביהם נקבע כי יחול דין מקום מושבם** בשים לב לחוק הגנת הצרכן האירופי המונע קביעת תניית ברירת דין זר) אשר כרסמה במשקל האינטרס העסקי של אפל בריכוז ההתדיינויות תחת קורת דין מהותי אחד.

72. זאת ועוד, למועד בחינת פערי הכוחות שבין הצדדים לחוזה האחיד קיימת השלכה נוספת. בשים לב לכך שהצרכן/המשתמש הישראלי הבודד עומד מול חברה עסקית גדולה ומתוחכמת הפועלת במספר רב של מדינות, אין בכוח העובדה שהתביעה הוגשה לבסוף כתובענה המנוהלת כייצוגית ולא כתביעה אישית כדי לשנות מן השאלה **האם קיימים פערי כוחות בין הצדדים**.¹ פערי הכוחות מתקיימים ביחס לכל אחד ואחד מחברי הקבוצה, כבר בשלב בו כל אחד מהם כרת את החוזה מול הספק. התובענה המנוהלת כייצוגית היא אמצעי פרוצדורלי למיצוי הזכויות של כל חברי הקבוצה המתגבש רק בהמשך, בעקבות הפרת החוזה ואין בה, כשלעצמה, כדי לרפא את פער הכוחות הקיים. מדובר ב**לקוחות פרטיים**, אשר פערי הכוחות כמפורט לעיל, בינם לבין חברות מסוג המשיבות, הם מובהקים יותר ומובנים מאליהם.

73. על כן, מתקיים בענייננו המבחן השני בסעיף 3 לחוק – מבחן "יתרון בלתי הוגן" במצב של פערי כוחות בין הצדדים – שלפיו נטילת זכויות יתר מצד המשיבה משמשת כאינדיקציה נוספת לקיפוח (ראה לוסטוויז ושפניץ, בעמודים 244-245).

74. בדומה לפסיקה **בעניין טרוים מילר**, בענייננו, חברה זרה המנהלת עסקים בישראל, הקובעת תנאי בחוזה אחיד מול לקוחותיה בישראל, לפיו דין זר הוא שיחול על העסקה בין הצדדים, מחילה למעשה על לקוחותיה תניה מקפחת ובלתי הוגנת. היא מקנה לספק הגנה החורגת מהנדרש לצורך שמירה על האינטרסים הלגיטימיים שלו מול ציבור לקוחותיו. ראשית, משום שהלקוח הבודד, אינו יכול לדעת מה הדין הזר, לא בעת כריתת החוזה ולא בעת התגלעות הסכסוך, ואין לדרוש ממנו לברר דין זה בבואו לעשות שימוש בשירותי אפל בישראל. שנית, מאחר שההכבדה הכרוכה בהוכחת דין זה במסגרת התדיינות בישראל היא משמעותית, ואין הצדקה להטילה על צרכן/משתמש המצוי בישראל ואשר עשה שימוש בחנות האפ סטור במדינת ישראל. שלישית, מאחר שההסדרה של התקשרויות חוזיות צרכניות מסוג זה בתחומי מדינת ישראל צריכה להתבצע על פי הכללים שהגדיר המחוקק הישראלי, ולא על פי אלה שנקבעו על ידי המחוקק האמריקאי בקליפורניה.

75. וכפי שציין כבוד השופט חיימוביץ, בפסקה 36 לפסק הדין בעניין אמזון:

"עסקה צרכנית מתבססת על אינטרסים כלכליים של הצדדים, יוצרת ציפיות ייחודיות ושונות משימוש חינוך ברשת חברתית, ותומכת במסקנה כי ביטול ההגנות שמקנה המשפטי הישראלי מהווה תנאי מקפח, וכי יש מקום להחיל על העסקה את הוראות המשפט הישראלי."

¹ ודוק, אמנם **בעניין בן חמו** ציינה כבוד הנשיאה חיות בפסקאות 25-26 לפסק דינה כי לעובדה שההליך הוא הליך ייצוגי יש משקל מסוים בעת בחינת סוגיית הקיפוח של תניית מקום שיפוט לפי מבחן ההרתעה, אך לא לשם בחינת שאלת קיומם של פערי כוחות בין הצדדים.

76. לעניין ההכבדה שבהחלת הדין של קליפורניה על ידי אפל, תאגיד גלובאלי, על הצרכן או המשתמש הישראלי, יופנה בית המשפט הנכבד לפסיקתו של כבוד השופט גרוסקופף **בעניין טרוים מילר** (פסקאות 28-29 לפסק הדין) כאשר התייחס לכך שהלקוח הישראלי נדרש להיזקק לשליטה בשפה זרה בישראל, לא כל שכן כאשר עסקין בשפה זרה הנוקטת בלשון משפטית, שאפילו משפטן ישראלי המתמצא בשפה האנגלית עשוי למצוא את עצמו משקיע משאבים שאינם מבוטלים לצורך הבנת הכתוב ומשמעותו האופרטיבית. ואכן, כפי שנסקר בהרחבה בפסק הדין בעניין טרוים מילר, ברבות ממדינות העולם, אין בתניות ברירת הדין המופיעות בחוזים צרכניים כדי להקנות לספק המתקשר באותם חוזים פטור, בוודאי שלא פטור מוחלט, מתחולת הדינים המהותיים. כאמור, אין בעובדה כי התאגיד הגלובלי פועל במספר רב של מדינות שונות בעולם כדי להצדיק מתן פטור מתחולת הדין הישראלי.

77. על פי הנטען בבקשת האישור, וכן בתשובה מאוחדת מטעם המבקש לבקשות לסילוק על הסף, אפל מקיימת פעילות מיוחדת המיועדת לקידום פעילותה בשוק הישראלי, עובדה המשתקפת בשורה של מאפיינים: אפל בחרה לפעול בישראל ולפתוח חנות אפ סטור ישראלית המכוונת לקהל הישראלי, עובדה המשפיעה על שלל נושאים ובהם התכנים, המחיר המשולם, המטבע בו נעשה שימוש (מטבע ישראלי – שקלים חדשים) וכן אמצעי התשלום המותרים; קיומו של אתר מרשתת בעברית; הקמת נציגות בישראל; מתן שירותים בשפה העברית; והחזקת שירות לקוחות המיועד לאזרחי ישראל. אין לתת לגיטימציה לניסיון גורף של תאגיד גלובאלי המקיים פעילות עסקית בישראל להתנער מתחולת הדין הישראלי כלפי ציבור לקוחותיו הצורך את שירותיו, באמצעות תניית ברירת דין הקבועה בחוזה אחיד. תניית ברירת הדין של אפל המיועדת להחיל על כלל פעילותה אל מול ציבור לקוחותיה בישראל דין מדינתי אחר (דין מדינת קליפורניה) היא בגדר תנייה מקפחת על פי הדין הישראלי כלפי לקוחות הרוכשים את שירותיה בישראל. לפיכך, דינה להתבטל, תוך שבמקומה יוחל על התקשרויות צרכניות אלו הדין הישראלי, וזאת בהתאם למבחן "מירב הזיקות".

78. יפים לענייננו דבריו של בית המשפט המחוזי בת"צ (מרכז) 39292-04-13 **רז קלינגהופר נ' Pay Pal Pte Ltd** (נבו 31.5.2015) (להלן: "**פרשת קלינגהופר**"), שם, בפסקאות 20-21 לפסק הדין, קבע כבוד השופט גרוסקופף, כך:

"20. ויובהר, השאלה של ברירת הדין בחוזים הנכרתים באינטרנט בכלל, ושל תוקפן של תניות שיפוט בחוזים אלו, היא שאלה שטרם נבחנה, למיטב בדיקתי, באופן יסודי במשפט הישראלי. המקרה שלפניי אף איננו מצדיק בחינה מעמיקה שכזו, מאחר שהוא מקרה קל, בו תאגיד ענק בינלאומי, המשווק את שירותיו באופן ממוקד לשוק הישראלי, מבקש למנוע מהמוני לקוחותיו הישראלים, שמרביתם הם עוסקים זעירים או צרכנים, להתדיין בבתי המשפט בישראל על פי הדין הישראלי. לכך בוודאי לא ניתן להסכים. פייפאל פועלת בכוונת מכוון בשוק הישראלי ממש כשם שתאגידי ענק בינלאומיים אחרים, כדוגמת מיקרוסופט, פייסבוק וגוגל, פועלים בו. בית המשפט העליון הבהיר כי חברה בינלאומית המשווקת את סחורתה ללקוח ישראלי צריכה לצפות כי תיתבע בישראל (ראו, למשל, ע"א 9725/04 אשבורן חברה לסוכנויות ומסחר בע"מ נ' CAE Electronics Ltd [פורסם בנבו] (ניתן ב- 4.9.2007)). הלכה זו חלה, ואף ביתר שאת, כשמדובר בתאגיד ענק בינלאומי המשווק את מוצריו ושירותיו לעשרות ומאות אלפי לקוחות בישראל, שרובם המוחלט הם עוסקים זעירים וצרכנים

פרטיים. העובדה שפעילותם של תאגידי הענק הללו נעשית באופן עיקרי או בלעדי באמצעות האינטרנט, איננה מקנה להם חסינות מפני התדיינות בבתי משפט בישראל ועל פי הדין הישראלי. אם תאמר אחרת, צפויים אנו למצוא עצמנו במצב בו זכויותיו של הצרכן הישראלי יהיו להפקר. התפתחות מסוכנת שכזו, אשר השלכותיה רק ילכו ויחמירו ככל שיתחזק ויתגבר המסחר האינטרנטי, יש לגדוע בעודה באיבה.

21. המסקנה המתחייבת מהדיון לעיל היא שהוראת החוק והפורום שבהסכם המשתמש בעת הגשת התובענה היא הוראה שדינה בטלות. ממילא אין בהוראה זו כדי למנוע דיון בישראל, על פי הדין הישראלי, בטענות המבקש".

79. כאשר מרכז הכובד של הבחינה עובר לשלב כריתת החוזה ולא לשלב הגשת התביעה, מועצמים פערי הכוחות כמו גם אוזלת היד של הלקוח, אל מול היתרון הבלתי הוגן של הספק. בעניין זה ראוי להפנות לפסקה 25 בפסק דינה של כבוד הנשיאה חיות בפרשת בן חמו, אשר קבעה כי "בבואנו להכריע בשאלה האם תנאי מסוים בחוזה אחיד הוא מקפח, יש לבחון את יחסי הכוחות בין הצדדים במועד שבו התקשרו בחוזה ולא במועד הגשת התביעה".

80. במסגרת האיזונים שיש לערוך בין האינטרסים השונים של הצדדים, לצורך בחינת השאלה אם תניית ברירת הדין מקפחת, יש להביא בחשבון גם את הטענה לפיה כוח השוק של אפל כלפי המשתמשים שלה, מצדיק ריסון לרבות ביחס לתניות שיפוט. בעולם הכלכלה הדיגיטלית בו תאגידי פועלים בכל העולם, יש קושי בתניות ברירות דין המגבילות את הצרכנים, בטענה כי אינטרס התאגיד לרכז את התדיינויותיו המשפטיות במקום אחד ועל פי דין אחד הוא אינטרס בעל משקל גבוה יותר מאינטרס הצרכן המעוניין לתבוע את התאגיד. תניה כזו, הפוטרת למעשה את התאגיד מכפיפות לדיני המדינות בהן הוא פועל כאשר הוא בוחר לפעול באופן גלובאלי ומכוון פעילותו למדינת ישראל, היא בעייתית. דברים דומים נקבעו על ידי כבוד השופט גרוסקופף בעניין טרוים מילר, בפסקאות 30-36 בפסק הדין. מובן כי כאשר מדובר בתאגיד ענק המחזיק בכוח משמעותי כלפי הצרכנים שלו, הקושי אף גדול יותר, שכן יש לכך השפעה נוספת על איזון האינטרסים של הצדדים ופערי הכוחות ביניהם.

81. שיקול נוסף אותו יש לשים על כף המאזניים, הוא שבענייננו מדובר, בין היתר, בטענות להפרת דין קוגנטי – חוק התחרות. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, חוק התחרות הינו **דין קוגנטי**, אף אם לא נכללו בו הוראות מפורשות הקובעות כי לא ניתן להתנות עליו. על חשיבותה של תחרות חופשית נכתבו בע"א 2247/95 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ**, פ"ד נב(5) 213 דברים נכוחים אלה:

"חופש התחרות הוא אינטרס מובהק של הציבור (ראה בג"ץ 344/89 ח.ס.ה. – סחר בינלאומי בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר ואח' [7], בעמ' 470). התחרות החופשית היא אבן יסוד בכל שיטת משטר דמוקרטי, בהיותה סממן בולט של חירות הפרט להגשמת האוטונומיה שלו. בהגשמת התחרות החופשית ובשמירה עליה יש משום ביזור מוקדי ההכרעה החברתיים ומניעת ריכוז יתר של כוח בידי השלטון או בידי גופים מונופוליים פרטיים. היו שראו בשמירה על התחרות החופשית כמנגנון הכרעה דמוקרטי בקבלת החלטות חברתיות בתחום הכלכלי, כאשר שמירת כוחו של הצרכן להכריע בין אלטרנטיבות כלכליות מקנה לו,

למעשה, כוח להשפיע ולהכריע גם בהכרעות כלכליות כלליות של החברה.

ההגנה על התחרות החופשית עומדת גם ביסוד ההגנה על זכויות יסוד אחרות. כך, לדוגמה, אין לנתק בין חופש התחרות לבין חופש העיסוק (ראה בג"ץ 3344/94 שחף נתיבי אוויר בע"מ נ' שר התחבורה ואח' [8]). קיומו של מונופולין או היעדר זכות שווה לעסוק, פוגעת בחופש העיסוק. כך, מצב שבו שוק מסוים נשלט על-ידי יצרן בודד יכול למנוע לעתים את יכולתו של פרט אחר להיכנס בשערי של העיסוק האמור. מטעם זה בחן בית-משפט זה בקפדנות מיוחדת מצב שבו הרשות העניקה זיכיון בלעדי – גם כאשר העניקה זו נומקה בקיום "טובת הציבור" (ראה בג"ץ 125/57 אניות מיכל ומשא בע"מ נ' שר-האוצר ואח' [10], בעמ' 1501-1499). חופש התחרות ויתרונותיו אינם אך יתרונות של היצרנים המתחרים זה מול זה. תחרות חופשית וההגנה עליה באים להגן גם על הצרכן. דיני ההגבלים העסקיים הם ה"מגנא כרטא" של זכויות הצרכן והתחרות החופשית (ראה United States v. Topco Associates (1972) [11], at p. (610)).

82. דין קוגנטי מחייב הגנה רחבה בפרט כשהמסחר הגלובלי המקוון הפך לנפוץ כל כך. חשיבות הטיפול בפערי הכוחות המתוארים מתעצמת לאור היקף ההתקשרויות המבוצעות כיום בין לקוחות לבין תאגידים זרים המבקשים להשיא רווחים מקהל הלקוחות הישראלי, שצברו תאוצה רבה בשנים האחרונות. להתקשרויות אלו יתרונות רבים, אך הן טומנות בחובן גם סיכונים וקשיים בהם נתקלים הלקוחות, וביניהם הקושי להבין את משמעותם והשלכותיהם של תנאי החוזה עוד בשלב כריתת החוזה, ובהמשך קושי לממש את זכויותיהם.

83. לאור כלל האמור, מתקיים בעניינו מבחן הקיפוח ודין תניית ברירת הדין, בהתחשב בשיקולים שנמנו לעיל, להתבטל. פסיקת בית המשפט העליון בעניין **טרויס מילר** מחזקת ביתר שאת את המסקנה האמורה.

84. בנוסף, ככל שהדברים מתייחסים לכך שבעניין טרויס מילר נדונה תביעה פרטנית, בעוד בעניינו עסקין בתובענה ייצוגית, בדומה לעניין בן חמו, ראוי להפנות לפסיקת כבוד השופט גרוסקופף בפסקה 41 לפסק דינו בעניין טרויס מילר, ביחס להלכה שנפסקה בעניין בן חמו, לפיו:

"...אודה ולא אסתיר, כי ההלכה שנקבעה בעניין בן חמו מעוררת קושי בעיניי, וכי אני סבור שיש לפרשה בצמצום, כמתייחסת לסוגיה שנדונה באותו עניין, ואולי אף לשקול את שינוייה. אחדד.

...כנגזר מכך, ספק גדול אם הדין החל על התביעות הפרטניות (ובכללן תביעות הפרטניות של התובע המייצג) יכול להיות שונה מהדין החל ביחס לתובענה הייצוגית המאגד את אותן תביעות פרטניות...

אם תאמר אחרת, הרי שתיווצר אנומליה, במסגרתה הדיון בהליך הייצוגי לא יבחן את היתכנות התביעה בעילות הפרטניות, אלא את היתכנות התביעה בעילות שלא עומדות כלל לפרטים (וראו והשוו: דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית

לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385, 403 ו-417 (2003); ע"א 458/06 עו"ד שטנדל נ' חברת בזק בינלאומי בע"מ (6.5.2009) [פורסם בנבו]. מכאן, שקיים קושי ניכר לקבוע שבאותו עניין, לתניית ברירת דין אין תחולה בתביעה פרטנית, אך עדיין יש לה תחולה בתביעה ייצוגית".

בבחינת יישום ההלכה שנפסקה בעניין בן חמו, ראוי לזכור גם את שנקבע בהחלטה בעניין אמזון, פסקה 33 להחלטה, לפיה:

"ספק אם ניתן להשוות בין דפוסי הצריכה המקוונים ב-2018, עת נפסק פסק דין בן חמו, לדפוסי הצריכה ב-2022 אחרי מגפת קורונה והשלכותיה ואחרי ארבע שנים של התקדמות טכנולוגית."

85. לנוכח המסקנה דלעיל, ממילא מתייתר הצורך בבחינת התקיימותן של החזקות הקבועות בסעיף 4 לחוק החוזים האחרים אליהן מפנה המבקש.

פרשנות תניית ברירת הדין

86. בהסכם תנאי השירות, תחת הכותרת "הדין החל", מצוין, כי "למעט במידה המצוינת במפורש בפסקה, הסכם זה והיחסים בינך לבין אפל יהיו כפופים לחוקי מדינת קליפורניה, למעט במקרים של סתירות עם הוראות החוק. אתה ואפל מסכימים לסמכות השיפוט האישית והבלעדית של בתי המשפט הממוקמים במחוז סנטה קלרה, קליפורניה, כדי לפתור כל מחלוקת או תביעה הנובעת מהסכם זה. אם (א) אינך אזרח אמריקאי; (ב) אינך מתגורר בארה"ב; (ג) אינך ניגש לשירות מארה"ב; וכן (ד) אתה אזרח של אחת מהמדינות המוגדרות להלן, אתה מסכים בזאת שכל מחלוקת או תביעה הנובעת מהסכם זה יהיו כפופים לדין החל המפורט להלן, ללא התחשבות בהוראות ניגוד חוק, אם אתה אזרח של מדינה כלשהי באיחוד האירופי או בריטניה, שווייץ, נורבגיה או איסלנד, החוק והפורום החלים יהיו החוקים ובתי המשפט של מקום מגוריך הרגיל.

באופן ספציפי, החוק המכונה אמנת האומות המאוחדות בדבר מכירת טובין בינלאומית מוחרג מתחולת הוראות הסכם זה". (הציטוט האמור הוא תרגום להוראות ההסכם).

87. לנוכח חשיבות הדברים תובא ההוראה כלשונה:

i. Except to the extent expressly provided in the following paragraph, this Agreement and the relationship between you and Apple shall be governed by the laws of the State of California, excluding its conflicts of law provisions. You and Apple agree to submit to the personal and exclusive jurisdiction of the courts located within the county of Santa Clara, California, to resolve any dispute or claim arising from this Agreement. If (a) you are not a U.S. citizen; (b) you do not reside in the U.S.; (c) you are not accessing the Service from the U.S.; and (d) you are a citizen of one of the countries identified below, you hereby agree that any dispute or claim arising from this Agreement shall be governed by the applicable law set forth below, without regard to any conflict of law provisions, and you hereby irrevocably submit to the non-exclusive jurisdiction of the courts located in the state, province or country identified below whose law governs:

If you are a citizen of any European Union country or Switzerland, Norway or Iceland, the governing law and forum shall be the laws and courts of your usual place of residence.

Specifically excluded from application to this Agreement is that law known as the United Nations Convention on the International Sale of Goods.

88. לטענת המבקש ב-"תשובה מאוחדת מטעם המבקש לבקשות לסילוק בקשת האישור על הסף מטעם המשיבות", הוראת התניה עצמה מלמדת כי היא אינה מתיימרת להחיל את הדין הקליפורני על הסכסוך בענייננו. במסגרת זו טען המבקש כי לשון התניה מעידה במפורש כי התניה חלה רק על **מערכת היחסים החוזית** (לגבי "עסקאות" בלבד) בין הצדדים, וכי התניה אינה מתיימרת להיות "חובקת כל" ולהכפיף תחולתה גם על סכסוכים נזיקיים. עוד טען המבקש, כי ביחס לתניית השיפוט המופיעה בהמשך אותו הסעיף בתנאי השימוש, וביחס לנוסח תניית ברירת הדין שיחול באיחוד האירופאי, אפל נקטה לשון אחרת המדגישה את השוני ואת כוונת המנסח. מכאן, לגישת המבקש כאשר התניה נועדה לחול על "כל סכסוך" אפל בוחרת לנסח זאת בהתאם, והיא בחרה שלא לעשות כן ביחס לתניית ברירת הדין בענייננו. זה אומד דעתה של אפל הנלמד מלשון החוזה. למצער, אי הבהירות צריכה לפעול לחובת אפל, בהתאם לפסיקה ביחס לפרשנות תניית ברירת הדין בחוזה אחיד ולכלל הפרשנות נגד המנסח. מכיוון שאפל לא ציינה כי התניה חלה על "כל סכסוך" או הבהירה כי היא חלה גם על סכסוך שאינו חוזי, אין ליתן לה תוקף בענייננו.

89. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, ניתן להגיע למסקנה לפיה המשתמש הסביר שקורא את תניית ברירת הדין עשוי להבין שעל המחלוקת נושא תביעה זו בינו ובין אפל יחול הדין הישראלי. כך למקרא לשון תניית ברירת הדין וזו גם הפרשנות הראויה מבחינה תכליתית – בשים לב לאופיו הייחודי של הסכם תנאי השירות כחוזה אחיד, כמפורט להלן.

90. הנדבך המרכזי בבחינת פירושו של חוזה נעוץ כידוע בלשונו. על פני הדברים, ניתן להסיק מלשון תניית ברירת הדין כי ניתן להחיל את הדין הישראלי על הסכסוך דנן. המשמעות של לשון הסעיף היא כי הסכם תנאי השימוש והיחסים בין המשתמש לבין אפל יהיו כפופים לחוקי מדינת קליפורניה, למעט במקרים בהם קיימת סתירה בין הוראות ההסכם לבין החוק הקליפורני. מלשון הסעיף ניתן להבין אפוא, כי קיימים מקרים בהם לא תחול מערכת הדינים שבקליפורניה. ואולם, אפילו ניתן היה לקבל שלשון התניה סובלת פרשנות נוספת, כפי שיבואר מיד, הרי שיישומם של כללי הפרשנות החוזיים מוביל אף הוא למסקנה שהדין הישראלי הוא הדין החל על בקשות האישור.

91. בעניין זה ראוי להפנות להחלטת המשפט העליון שניתנה ברע"א 8160/20 Google LLC נ' אשל (נבו) (20.2.2022) (להלן: "**עניין אשל**"), בפסקה 12, לפיה:

"הסכם תנאי השירות הוא "נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בזהותם" כהגדרת "חוזה אחיד" בחוק החוזים האחידים (סעיף 2 לחוק החוזים האחידים), כך שבבואנו לפרש את הסכם תנאי השירות יש ליתן את הדעת לעובדה שמדובר בחוזה אחיד. במקביל, גם הכללים "הרגילים" לפירוש חוזים חלים ולפיהם "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין, ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו" (סעיף 25א) לחוק החוזים). אלא במקום שבו מדובר בחוזה אחיד, מתעורר קושי לתור אחר התכלית הסובייקטיבית של הצדדים, ותכליתו היא בעיקר תכלית אובייקטיבית:

"במסגרת פרשנות החוזה על-פי תכליתו יש לחוזה האחיד ייחוד משלו. ייחוד זה נובע מאופיו המיוחד של החוזה האחיד. אופי מיוחד זה מתבטא בכך שבחוזה אחיד נוסח החוזה ותנאיו נקבעו מראש על-ידי צד אחד, והוא משמש אותו צד ביחסיו עם אנשים רבים, בלתי מסוימים במספרם או בזהותם (סעיף 2 לחוק החוזים האחידים). לייחוד זה כמה השפעות פרשניות. לענייננו חשוב להדגיש שתי אלה: ראשית, תכליתו של החוזה האחיד היא בעיקרה תכלית אובייקטיבית. אף שיש לחוזה האחיד גם תכלית סובייקטיבית – 'אומד דעתם של הצדדים' (סעיף 25(א) לחוק החוזים) – זו לרוב קשה להוכחה. רק במקרים מועטים ניתן לחשוף את כוונתם המשותפת של שני הצדדים. במרכז תכליתו של החוזה האחיד עומדת התכלית האובייקטיבית... ההשפעה הפרשנית השנייה שיש לחוזה האחיד על פרשנותו היא זו: חזקה היא כי תכליתו של החוזה האחיד הינה כזו שהתוצאה שתושג תהא נגד האינטרס של בעל השליטה על הטקסט (הספק) ולמען האינטרסים של הצד הנשלט (הלקוח). חזקה זו תחול רק אם לא עלה בידי הפרשן לגבש תכלית ברורה של החוזה" (רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון מילגרום נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 158-159 (1998))."

92. מהי התכלית האובייקטיבית של הסכם תנאי השירות? כפי שצוין בפסקה 13 להחלטת בית המשפט העליון בעניין אשל, תכליתו האובייקטיבית של חוזה אחיד אינה בהכרח התכלית שהספק – בענייננו חברת אפל – ראה לנגד עיניו, והיא גם איננה התכלית שמשתמשי אפל ראו לנגד עיניהם בעת שנרשמו לשירות (ראה גם רע"א 7470/20 Facebook Ireland Limited נ' גל, פסקה 18, (פורסם בנבו, 3.1.2022)). התכלית האובייקטיבית של הסכם תנאי השירות היא התכלית של ספק ולקוח הוגנים וסבירים – "התכלית האובייקטיבית נקבעת בהתחשב בטיב העסקה. היא מתחשבת באופי ה'המוני' של החוזה. היא מביאה בחשבון את העובדה שהלקוח אינו משפיע על תוכן העסקה, אך הוא מניח כי החוזה יהא הוגן כלפיו. אכן, המתקשר הטיפוסי מניח שהספק יהיה הוגן, ויפעל כלפיו על בסיס של שוויון בינו לבין הלקוחות האחרים" (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך רביעי: פרשנות החוזה 559 (2001)). תכליתו האובייקטיבית של הסכם תנאי השירות צריכה אם כן לבטא איזון ראוי, המאפיין צדדים סבירים והוגנים הפועלים בתום לב להגנה על ענייניהם, ושעושים כן מתוך התחשבות בענייניו של הצד האחר. בהתאם, יש לפרש את הסכם תנאי השירות באופן שבו משתמש סביר היה מפרשו.

93. לטענת אפל, תניית ברירת הדין מנוסחת באופן רחב ועולה ממנה שהיא חלה על כל סכסוך הנוגע ליחסים שבין הצדדים. עוד לטענת אפל, המבקש התעלם מניסוח רחב זה, ומהעובדה שעילת התביעה שלו מבוססת על הרכישות שביצע, שבלעדיהן לא היתה לו כל עילת תביעה. פרשנות זו של התניה הגיונה בצידה, אלא שמשתמש סביר המעיין בנוסחה עשוי להסיק שבמקרה של סכסוך בינו ובין אפל הדין שיחול הוא הדין הישראלי. מכל מקום, המשתמש אינו נדרש לשים עצמו בנעליה של אפל, ולנסות לשער מהם השיקולים שעמדו מאחורי נוסח הסכם תנאי השירות ותניית ברירת הדין שבו, והוא רשאי להניח שכוונת אפל היא למשמעות המסתברת למקרא לשון תניית ברירת הדין.

94. זאת ועוד, כפי שנקבע בפסקה 14 להחלטת בית המשפט העליון בעניין אשל, אשר ביססה את החלת הדין הישראלי על כללי הפרשנות החוזיים, ובכלל זה הפעלת הכלל של פרשנות נגד המנסח:

"...הסכם תנאי השירות הוא חוזה צרכני אחיד בין משתמש שאינו מיומן בקריאת חוזים מסחריים, ובין תאגיד גלובלי מסחרי בעל משאבים פיננסיים רבים וסוללת יועצים משפטיים. פערי כוחות אלה מחייבים להטיל על גוגל אחריות לניסוח הסכם תנאי השירות באופן בהיר ככל האפשר, בשפה פשוטה יחסית, וללא סייגים מיותרים. זאת על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בתניית ברירת דין המגלמת השלכות מהותיות בנוגע לאופן שבו המשתמש זכאי לממש את זכויותיו המשפטיות במקרה של סכסוך; וכאשר מדובר בתניה שבמקרים מסוימים עלולה אף ליצור אפקט מצנן למימוש זכות הגישה לערכאות של צד לחוזה..."

95. בעניינו, תניית ברירת הדין במקרה דנן מנוסחת באופן עמום, ולא מבהירה בצורה חד משמעית מהו הכלל המשפטי שיש להחיל, בעוד שביחס להחרגה (לעניין ברירת הדין שתחול על אזרחי מדינות מסוימות) התנייה מנוסחת באופן רחב וברור. במצב דברים זה, יש לפרש את הסכם תנאי השירות נגד האינטרס של אפל, וזאת בהינתן העובדה שאפל היא הגורם שניסח את ההסכם (ראו סעיף 25(ב1) לחוק החוזים, פסקה 41 לפסק הדין בעניין בן חמו). בהתאם לכך, יש לבכר את הפרשנות שלפיה הדין הישראלי הוא שחל במקרה של סכסוך בין המשתמש/הצרכן ובין אפל – משמע שהדין הישראלי הוא שחל על בקשות האישור.

הכרסום באינטרס העסקי של אפל לרכז את כלל התדיינויות לפי דין אחד

96. האינטרסים שניצבים זה מול זה בבחינתו של בית המשפט הנכבד את השאלה האם האינטרס של אפל זוכה להגנה מעבר למה שנתפס כראוי, הם מחד גיסא האינטרס של משתמשים ישראלים באפל שתובענה תוכרע על פי הדין המהותי של מדינת ישראל, ומאידך, האינטרס העסקי של אפל שתהיה כפופה למערכת דינים אחת בשל ההיקף האדיר של משתמשיה בשירותיה הפרושים בעולם.

97. ההחרגה שנערכה בתנאי השימוש של אפל ביחס למשתמש ש-(א) אינו אזרח אמריקני; (ב) אינו מתגורר בארצות הברית; (ג) אינו ניגש לשירות מארצות הברית; וכן (ד) אזרח של אחת מהמדינות באיחוד האירופי או בריטניה, שווייץ, נורבגיה או איסלנד, מצמצמת במידה רבה את האינטרס העסקי של אפל להיות "כפופה לאותה מערכת דינים" ושונה ממצב הדברים לאורו נבחן הדבר בעניין בן חמו.

98. יצוין, כי בעניין בן חמו הודגשו פערי הכוחות המשמעותיים שבין פייסבוק ובין משתמשיה והיעדר התמריץ של פייסבוק להתחשב בזכויות הצרכן הישראלי. אולם, לבסוף, ניתן משקל רב לאינטרס העסקי של פייסבוק בריכוז כלל התדיינויות לפי דין אחד – שיקול אשר דומה כי הכריע את הכף בעניין בן חמו ושלא מתקיים בעניינו, כמפורט להלן. גם מן הטעם הזה לא דומה העניין שלפנינו לעניין בן חמו.

99. ההחרגה שנכללה בתנאי השירות היא, כאמור, "אם (א) אינך אזרח אמריקני; (ב) אינך מתגורר בארה"ב; (ג) אינך ניגש לשירות מארה"ב; וכן (ד) אתה אזרח של אחת מהמדינות המוגדרות להלן, אתה מסכים בזאת שכל מחלוקת או תביעה הנובעת מהסכם זה יהיו כפופים לדין החל המפורט להלן, ללא התחשבות בהוראות ניגוד חוק, אם אתה אזרח של מדינה כלשהי באיחוד האירופי או בריטניה, שווייץ, נורבגיה או איסלנד, החוק והפורום החלים יהיו החוקים ובתי המשפט של מקום מגוריך הרגיל".

(הציטוט האמור הוא תרגום להוראות ההסכם). על בסיס החרגה זו בלבד, נראה כי אין לאפל כוונה להיות "כפופה למערכת דינים אחת" ולכן אינטרס זה נחלש משמעותית.

100. בעניין זה, ראוי להפנות לפסיקת בית המשפט העליון, שיצאה מלפני כבוד השופטת וילנר בפסקה 32 לפסק דינה בעניין טרויס מילר, לפיה:

"...כמפורט לעיל, ביום 14.7.2018 נכנס לתוקף הסכם חדש בין פייסבוק לבין משתמשיה בישראל, שלפיו היחסים בין הצדדים יוסדרו לפי הדין החל במדינת הצרן. לדידי, בנסיבות אלו, קטן עד מאוד המשקל שיש ליתן לאינטרס של פייסבוק אירלנד להיות כפופה אך ורק לדין הקליפורני בהקשר הצרכני. אכן, לא נעלם מעיני כי פייסבוק אירלנד היא זו שסיפקה את שירותי פייסבוק למשתמש הישראלי עד ליום 14.7.2018, וכי החל ממועד זה – מדובר בפייסבוק ארה"ב. ואולם, גם אם הבחנה זו איננה, ככלל, בלתי רלוונטית, הרי שלנוכח היות פייסבוק אירלנד חברה-בת של פייסבוק ארה"ב (ראו עניין גל, בפסקה 1); ובהינתן שמזה למעלה מארבע שנים מוסדרים היחסים בין פייסבוק לצרכניה בישראל לפי הדין המקומי – אינני סבורה כי יש ליתן משקל משמעותי לאינטרס של פייסבוק אירלנד להתנהל בהקשר הצרכני לפי הדין הקליפורני בלבד..".

101. בהקשר זה יוער, כי בעניין טרויס מילר, כבוד השופט גרוסקופף נדרש ליחס שבין קביעותיו בעניין זה לבין הקביעות בעניין בן חמו, בכל הנוגע לסוגיות המהותיות העולות בכל אחת מהתובענות הייצוגיות שעמדו בלבו של ההליך, וכך קבע בפסקה 41 לפסק דינו:

"כיצד ניתן, אם כן, ליישב בין עמדותי לבין עניין בן חמו? מבחינה פרשנית ניתן לעשות כן, אם נייחד את הלכת בן חמו להקשר בו נדונה – תביעה בגין מדיניות הפרטיות של פייסבוק, ונניח כי לעניין זה סבר בית המשפט באותו מקרה כי יש לאפשר לפייסבוק לטעון שנדרש לבחון את התנהלותה לפי דין אחיד, דין מדינת קליפורניה, ולא לפי הדין הישראלי. קביעה שכזו עשויה להיות מוצדקת, אם קיים קושי משמעותי בהתאמת מדיניות הפרטיות באופן פרטני לכל לקוח ולכל מדינה. אודה, עם זאת, כי היבט זה של הדברים לא נבחן בעניין בן חמו, ויתכן שלא עמד ביסוד הכרעת בית המשפט באותו עניין. מכל מקום, קושי דומה אינו קיים בענייננו, בו לא הוצג כל טעם מדוע שאלת אחריותה של פייסבוק בגין שירותי פרסום לקויים שסיפקה על פי הנטען ללקוח ישראלי בעבור אירועים המתקיימים בישראל צריכה להיבחן על פי דין אחיד בכלל, ודין מדינת קליפורניה בפרט, ולא לפי דין המדינה בה ניתן השירות, קרי דין מדינת ישראל".

102. החרגי שנכלל בתנאי השימוש של אפל אשר מכרסם באינטרס העסקי שלה לרכז את ההתדיינות נגדה במקום אחד, כאמור לעיל, רלוונטי ונכון גם במקרה בו עוסקת התובענה בסוגיות מתחום דיני התחרות. ברי, כי הדברים נכונים שבעתיים עת מדובר במשתמשים פרטיים/צרכנים פרטיים. יובהר ויודגש, כי אין באמור משום קביעת מסמרות לעניין הטענות העובדתיות המועלות בבקשות האישור, אשר מטבע הדברים יתבררו במסגרת הדיון בהליך.

סוגיות לפי דיני התחרות

103. כאמור, אפל היא חברה שמכוונת את פעילותה לצרכנים הישראלים ומנהלת בישראל עסקים בהיקף רחב. אפל מנהלת פלטפורמה להתקנת יישומונים עבור צרכנים ישראלים, נהנית מרווחים מהשוק הישראלי, ומנגישה את האפ הסטור לקהל הישראלי. כל אלה מהווים אינדיקציות לכך שפעילות אפל בכל הנוגע לצרכנים הישראלים מכוונת גם לישראל ולמעשה היא פועלת ככל עוסק ישראלי. לפיכך, סבורה היועצת המשפטית לממשלה, כי במקרה דנן אין לראות את החלת חוק התחרות על אפל כהחלה חוץ-טריטוריאלית.

לחלופין, גם בהינתן בטלות התנייה המקפחת מהטעמים דלעיל, ולנוכח מכלול מאפייניה של אפל כמתואר לעיל, יש הצדקה להחיל על פעולותיה של אפל, המשפיעות על התחרות בישראל את הוראות חוק התחרות במסגרת תחולה "חוץ-טריטוריאלית". בהקשר זה יובהר, כי אף אם ימצא כי במקרה דנן מדובר בתחולה "חוץ-טריטוריאלית", אין מניעה עקרונית מבחינת הדין הפנימי להחיל את חוק התחרות על אפל. בבג"ץ 279/51 **חיים הרץ אמסטרדם ו-162 ואח' נ' שר-האוצר** (נבו 11.9.1952) התווה בית המשפט העליון את הכללים לקביעת היקף התחולה של הדין הישראלי, גם בהיעדר הוראה מפורשת בדין לגבי כך, על גורמים זרים. לפי פסק דין זה, כאשר החוק שותק לגבי היקף תחולתו, על בית המשפט לקבוע את תחולתו באמצעות פרשנות החוק, בהתבסס הן על תכלית החוק והן על עקרונות כלליים, כגון עיקרון הריבונות.

104. בענייננו, לאור פעילותה המקיפה והמכוונת של אפל בארץ, עצם התאגדות החברה במדינות אחרות לא פוטרת אותה מתחולת החוק הישראלי. בהקשר זה ראוי להפנות לעמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה במסגרת רע"א 6646/19 **ר.ל.פ.י חקלאות בע"מ נ' MAN Truck and Bus AG ואח'**, שם צוין, בפרק הסיכום, כי "חוק התחרות, על פי תכליתו הברורה, חל גם על התנהגות של זרים הנעשית מחוץ לגבולות המדינה, בהתאם לדוקטרינת ההשפעות המקובלת בעולם.. בהתאם לכך, ובשים לב למקובל בעולם, החוק חל על התנהגות שיש לה השפעה משמעותית, ישירה וניתנת לצפייה על התחרות בישראל. לא נדרש, כי ההתנהגות תהיה מכוונת להשפיע על השוק הישראלי דווקא, אלא נדרשת צפייה להשפעה כזו".

עמדת היועץ המשפטי לממשלה בהליך רע"א 6646/19 ר.ל.פ.י חקלאות בע"מ נ' MAN Truck and Bus AG ואח', מצ"ב ומסומנת 1.

105. בפרק ד' לחוק התחרות נקבע כי לבעל מונופולין אסור לנצל את מעמדו לרעה או לסרב סירוב בלתי סביר לספק את הנכס או השירות שבמונופולין. היותו של גוף בעל מונופולין נבחן על ידי מבחן נתח השוק (גבוה מ-50%) או כוח שוק משמעותי (כלומר יכולת לקבוע תנאי אספקה שנחותים באופן משמעותי מאלו שהיו נקבעים בשוק תחרותי).

106. בצד האיסור הכללי על ניצול מעמד לרעה הקבוע בסעיף 29א(א) לחוק התחרות, קבועים בסעיף 29א(ב) לחוק ארבע חזקות אשר בהתקיימן יראו את בעל המונופולין כמי שמנצל את מעמדו לרעה בשוק. ראו רע"א 1248/19 **החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' רונן גפניאל** (נבו 26.7.2022) (להלן: **"עניין גפניאל"**), שם נקבע כי חזקות אלו הן חלוטות. לפיכך, עם הוכחת היסודות העובדתיים שביסוד כל חזקה, רואים את בעל המונופולין כמנצל לרעה את מעמדו באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. יוער כי החזקות בסעיף 29א(ב) לחוק התחרות עוסקות בפרקטיקות שהן חשודות מבחינה תחרותית כאשר בעל מונופולין נוקט אותן, אך הן כוללות מושגי שסתום שדורשים הכרעה כלכלית תחרותית. כך למשל, סעיף 29א(ב)(4) לחוק זה עוסק ב"התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות", ולכן, מחייב בחינה של "תנאי מסחר מקובלים".

107. בבקשת האישור, נטען כי אפל היא בעלת מונופולין בשוק חנות היישומונים למכשירי iOS בישראל. במסגרת בחינת היותו של גוף בעל מונופולין יש לבחון, בין היתר, גם את הגדרת השוק בו נטען כי הוא בעל מונופולין. בחינת הגדרת השוק המתאימה וכן כוח השוק של אפל באותם שווקים היא בחינה מורכבת הדורשת חוות דעת כלכלית. עם זאת, יש בסיס לטענה כי קיים **שוק המשך לשירותים להם נזקקים משתמשים שרכשו מכשיר חכם מתוצרת אפל** (שהוא השוק הראשוני). בהתאם לדיני התחרות, ייתכן ובעל מונופולין יוגדר ככזה רק ביחס לשוק המשך בו הוא פועל. מוצר המשך הוא מוצר שנרכש לאחר רכישת מוצר ראשוני אחר וכתוצאה ממנו, ובמקרה זה, הוא השירותים הנצרכים על ידי המשתמשים שרכשו מכשיר טלפון חכם מתוצרת אפל, שהוא השוק הראשוני. על פני הדברים, לא מן הנמנע כי אפל תוגדר כבעלת מונופולין בשוק ההמשך – כלפי משתמשיה, גם במנותק משאלת כוח השוק שלה בשוק הראשוני (דהיינו, גם אם חלקה של אפל במכירת טלפונים חכמים (השוק הראשוני) אינו גבוה, או שהיא אינה מחזיקה בכוח שוק משמעותי בו), שכן ניתן לטעון כי כוח שוק יכול לבוא לידי ביטוי גם בקביעת התנאים אל מול המשתמשים (להרחבה ראה גילוי דעת 2/19 של רשות התחרות בעניין אופן בחינת כוח שוק משמעותי).

גילוי דעת 2/19 של רשות התחרות בעניין אופן בחינת כוח שוק משמעותי מיום 21.7.2019, מצ"ב ומסומן 2.

108. בבקשת האישור נטען כי הפרקטיקות בהן אפל נוקטת מהוות ניצול מעמד לרעה לפי סעיף 29א(א) לחוק התחרות, וכן כי הן נכללות בחזקות החלוטות שבסעיף 29א(ב)(1) ו-(4) לחוק התחרות (תמחור קו גבוה בלתי הוגן וקשירה אסורה). ככל שיימצא כי אפל היא בעלת מונופולין כאמור, יש מקום לבחון את טענות המבקשים באשר לאפשרות כי מכלול הפרקטיקות המוזכרות בבקשת האישור, ביניהן מניעת הפצת חנות יישומונים נוספת למשתמשי iOS, ואיסור השימוש במערכת תשלומים שאינה מערכת התשלומים של אפל, עשויות לעלות כדי ניצול מעמד לרעה. על פני הדברים, יש בסיס לטענות המבקש ולמצער הן אינן מופרכות, כפי שיפורט בתמצית להלן.

109. יצוין כי להוכחת תחולת החזקה הקבועה בסעיף 29א(ב)(4) לחוק התחרות, יש צורך להראות כי החיוב להתקין את חנות היישומונים של אפל בלבד, או החיוב בשימוש במערכת התשלומים של אפל בלבד, אינם בבחינת תנאי מסחר מקובלים (בהשוואה, לדוגמא, לפרקטיקה הנהוגה במכשירי אנדרואיד) וכן, שאין הצדקה לפרקטיקה זו שיש לה ערך לציבור (למשל – חדשנות טכנולוגית, אבטחת מידע וכו').

110. באשר לחזקת התמחור המופרז הקבועה בסעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות, יופנה בית המשפט הנכבד לעניין **גפניאל** שם נקבע בדעת רוב כי השימוש בעילת התמחור המופרז צריך להיעשות באופן זהיר ומרוסן (ר' פסקאות 40-43 לפסק הדין בעניין גפניאל). בית המשפט העליון חזר על דברים אלה אך לאחרונה בע"א 4120-20 **אופיר נאור עו"ד נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל** (נבו 20.3.23), ואף הוסיף כי השימוש בעילת המחיר המופרז צריך שיעשה באיפוק ובריסון, **במיוחד במסגרת ניהול תובענות ייצוגיות**. כמו כן יצוין כי בהלכה בעניין **גפניאל** אשר נקבעה בחודש יולי 2022, קרי לאחר הגשת בקשת האישור, נמנו מספר מבחנים לתחולת החזקה, וזאת בשונה ממבחן "מקבילית הכוחות" המוזכר בבקשת האישור, והדברים מובאים להסב את תשומת לבו של בית המשפט הנכבד בהכרעתו בבקשה שלפנינו. בשים לב למועד בו נפסקה ההלכה בעניין גפניאל, הרי שהמבקש, מטבע הדברים, לא נדרש לכלל המבחנים המנויים בפסק הדין.

111. מעבר לכלל האמור, בבקשת האישור נטען כי אפל סירבה סירוב בלתי סביר לספק את השירות או הנכס שבמונופולין. סעיף 29 לחוק התחרות קובע נורמה נוספת האוסרת על בעל מונופולין לסרב לספק מוצר או שירות שבמונופולין. על פני הדברים, הפרקטיקה אשר המבקש טוען כי אפל נקטה בה, לפיה אפל מסרבת לאפשר הפצת חנויות יישומונים נוספים במסגרת האפ סטור, או לאפשר למפתחי היישומונים לעשות שימוש במערכת תשלומים שאינה של אפל, עשויה לעלות כדי סירוב בלתי סביר, ככל שייקבע כי אפל היא בעלת מונופולין בשוק הרלוונטי.

112. באשר לטענת המבקש, כי ההסכם בין אפל לבין מפתחי היישומונים המופצים באפ סטור הוא הסדר כובל, יש להבחין בין הטענה כי מדובר בהסדר כובל אנכי או שמא מדובר בהסדר כובל אופקי. בענייננו, נראה שהמבקש טוען כי מדובר בהסדר כובל אנכי (שכן לא כל היישומונים המופצים באפ סטור מתחרות ביישומונים של אפל וייתכן שאף לא רובן). במצב כזה, ככלל, מדובר בהסדר שיש לבחון בהתאם לסעיף 2(א) לחוק התחרות, הכולל דרישה להוכחת עלילות לפגיעה בתחרות. יצוין כי חריג לכלל זה נקבע בפסיקת בית המשפט העליון בעניין שופרסל (על פי 5823/14 **שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל** (נבו 10.8.2015)), בפסקה פ' לפסק דינו של כבוד השופט רובינשטיין, שם נקבע כי הסדר אנכי, בו הפגיעה התחרותית כה מובנת מאליה והערך הכלכלי בו נמוך עד מאוד, ייכנס לגדרי החזקות החלוטות המנויות בסעיף 2(ב) לחוק התחרות. בנוסף, פטור הסוג (הקבוע בסעיף 15א לחוק התחרות) להסדרים שאינם אופקיים, מאפשר לצדדים שאינם מתחרים לבחון בעצמם את חוקיות ההסדר ביניהם, בהתאם למידת ההשפעה שלו על התחרות ולעיקרו של ההסדר. משכך, אף אם הסדר הוא הסדר כובל בהתאם לסעיף 2(א) לחוק התחרות, ייתכן שהוא עומד בתנאי פטור הסוג בהתאם לסעיף 15א' לחוק התחרות. להרחבה בעניין זה ראו פסקאות 70-78 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה בע"א 7154/19 **"דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' כסלו**.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה אשר הוגשה בעניין כסלו מצ"ב ומסומנת 3.

113. בכל הנוגע להסדרי הכתבת מחיר, יופנה בית המשפט הנכבד לגילוי דעת 1/23 שהוציאה רשות התחרות בעניין RPM (הסדרי הכתבת מחיר אנכית), על פיו, בין היתר כשהגורם המכתיב הינו גורם בעל כוח שוק, מתגבר החשש כי הכתבת מחיר מינימום עלולה לפגוע בתחרות. יצוין כי הדברים האמורים הם כאמור על בסיס הנתען בכתבי הטענות, וטרם נבחנו במסגרת ההליך המשפטי.

גילוי דעת 1/23 של רשות התחרות בעניין הסדרי הכתבת מחיר אנכית מיום 12.2.2023, מצ"ב ומסומן 4.

סיכומם של דברים

114. עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא כי תניית ברירת הדין מקפחת את לקוחות אפל אשר צורכים את שירותיה בישראל, אשר בענייננו הם משתמשים פרטיים. עמדה זו מבוססת על כך שאין לאפשר לתאגיד גלובלי, דוגמת אפל, המקיים פעילות עסקית בישראל, ומכוון את פעילותו לישראל, להתנער באופן גורף מתחולת הדין הישראלי ביחסיו עם הצרכנים הצורכים את שירותיו או מוצריו, באמצעות תניית ברירת דין בחוזה אחיד. לפיכך, יש להורות על ביטול תניית ברירת הדין בהיותה תניה מקפחת בחוזה אחיד.



סנא דלאשה חוסרי, עו"ד



קרן אביסרור, עו"ד

פרקליטות מחוז מרכז - אזרחי
ב"כ היועצת המשפטית לממשלה