

## המשתמש העסקי בפלטפורמות דיגיטליות: העדשה החוזית

מאת

אוהד סומך\*, מעיין פרל\*\* וניבה אלקין קורן\*\*\*

### תקציר

כלכלת הפלטפורמות הפכה חלק מרכזי מהכלכלה העולמית. המסחר המקוון המתנהל באמצעות פלטפורמות דיגיטליות מוסדר באמצעות חוזים. המדיניות המשפטית בנוגע לחוזים אלה מניחה לעיתים קרובות שציבור המשתמשים בפלטפורמות דיגיטליות הוא הומוגני. במאמר זה נתמקד ביחסים שבין פלטפורמות ומשתמשים עסקיים, במטרה להצביע על המאפיינים הייחודיים ליחסים חוזיים אלה ולבחון כיצד ראוי לסווגם, על מנת לתת מענה משפטי הולם לציפיות הצדדים.

שוק הפלטפורמות הוא שוק דו־צדדי המונע על ידי מידע שבו אפקט הרשת, הגישה העדיפה של פלטפורמות למידע ועלויות המעבר יוצרים שוק ריכוזי שבו המנצח־זוכה־בכול. מאפיינים אלה יוצרים תלות של משתמשים עסקיים בפלטפורמות דיגיטליות, שמקורה בפערי כוחות מבניים, שליטת הפלטפורמות במידע, והשקעתם הספציפית של המשתמשים העסקיים בביסוס ובהרחבת עסקיהם המקוונים. מנקודת המבט החוזית, פערי הכוחות שבין הצדדים והתלות של המשתמשים העסקיים בפלטפורמה הדיגיטלית אינם תואמים למאפיינים של החוזה העסקי־מסחרי הטיפוסי, ודומים יותר לאלה של החוזה הצרכני. נוסף על כך, ריבוי התפקידים של הצדדים בחוזה פלטפורמות, שבמסגרתו פלטפורמות דיגיטליות מתווכות בין משתמשים, מנהלות תוכן, מהוות תשתית לשיח ציבורי ולמסחר, מאסדרות פעילות, מיישבות סכסוכים ומסייעות בבניית קהילות, בעוד שמשתמשים עסקיים יוצרים חלק ניכר מהתכנים המופיעים בפלטפורמה ומשתמשים בשירותי

\* פוסט־דוקטורנט, המעבדה למשפט, מדעי הנתונים ואתיקה דיגיטלית, אוניברסיטת בר־אילן; עמית מחקר, המכללה האקדמית צפת.

\*\* מרצה בכירה, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה.

\*\*\* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. תודה למיכאל בירנהק, אורי הכהן, איל זמיר, למשתתפי הסדנה למשפט פרטי ומסחרי, האוניברסיטה העברית, משתתפי הסמינר המחלקתי בפקולטה למשפטים אוניברסיטת תל אביב, למשתתפי סדנת המחקר Radical Reforms: Bringing Fairness to Social Media Contracts באוניברסיטת אוטריכט הולנד ולחברי מערכת "עיוני משפט" על הערות מצוינות. מחקר זה (מס' 1870/21) נתמך על ידי הקרן הלאומית למדע.

הפלטפורמה המוצעים בחינם ובתשלום, מקשים על סיווג החוזה, בין אם כחוזה מסחרי ובין אם כחוזה צרכני.

בשנים האחרונות נקראו בתי המשפט בישראל להתמודד עם הקושי שבסיווג היחסים החוזיים שבין פלטפורמות למשתמשים עסקיים. בשורה של פסקי דין, שרובם עסק בתוקפן ובהיקף תחולתן של תניות מקום שיפוט וברירת דין על משתמשים ישראלים, כחנו בתי המשפט את ההחלטה בדבר סיווג החוזה – כחוזה מסחרי או צרכני – כהכרעה בינארית, והגיעו למסקנות שונות ואף מנוגדות, על יסוד מגוון נרחב של שיקולים.

האתגר שבסיווג היחסים החוזיים שבין פלטפורמות דיגיטליות ומשתמשים עסקיים אינו ייחודי לישראל, ומלומדים מישראל ומחוצה לה הציעו מגוון דרכים נוספות להתמודד עימו. במאמר זה נציע מסגרת תאורטית שתבהיר את הקושי הכרוך בסיווגם של יחסים חוזיים אלה, תסביר את התפתחות הפסיקה בישראל אל מול האתגרים שמעורר סוג חדש זה של יחסים חוזיים, ותבחן את הפתרונות שהוצעו בישראל ומחוצה לה כמענה לאתגר. לאור דיון זה, ולנוכח היקף הפעילות המסחרית שיחסים חוזיים אלה מסדירים, נטען שיש להכיר ביחסים שבין הצדדים כסוג חדש של חוזה: חוזה פלטפורמה-משתמש עסקי; נציע מתווה ראשוני לפיתוח הכללים החוזיים שיחולו עליו; ונבחן האם וכיצד עקרונות אלה מיושמים כבר עתה בפסיקה הישראלית.

בשונה מהגישה החוזית שמאמר זה נוקט, האיחוד האירופי אימץ מודל רגולטורי לאסדרת היחסים שבין פלטפורמות ומשתמשים עסקיים. בסופו של מאמר זה נבחן את היחס בין שתי הגישות, ונעמוד על היתרונות והחסרונות של כל אחת מהן להסדרת היחסים בין פלטפורמות למשתמשים עסקיים. בפרט, נציע שבעוד שלרגולציה יתרונות מסוימים בהתמודדות עם יחסי התלות של המשתמשים העסקיים בפלטפורמה, המאפיינים של דיני החוזים – רגישות לעובדות, ריבוי ערכים, והתפתחות הדרגתית באמצעות בתי המשפט (bottom-up) – מעניקים להם יתרון בהתמודדות עם שני הגורמים האחרים לפערי הכוחות: שליטת הפלטפורמה במידע וההשקעה השקועה של המשתמשים העסקיים, וכן עם מגוון התפקידים שהצדדים ממלאים ביחסים שביניהם. מכאן, לגישתנו, יש לראות בפתרון הרגולטורי ובפרשנות החוזית כלים המשלימים זה את זה.

- 233 מבוא
- 238 א. המשתמש העסקי וכלכלת הפלטפורמות
- 238 1. שוק הפלטפורמות
- 238 (א) שוק דו-צדדי
- 239 (ב) שוק מבוסס מידע
- 240 (ג) ריכוזיות השוק וההשקעה הספציפית של המשתמשים
- 241 2. ריבוי התפקידים של פלטפורמות דיגיטליות והמשתמשים העסקיים בהן

- 241 (א) ריבוי התפקידים של הפלטפורמות הדיגיטליות
- 247 (ב) ריבוי התפקידים של המשתמשים
- 248 3. האתגרים המשפטיים שבהסדרת יחסי פלטפורמה-משתמשים עסקיים
- 248 (א) ממאפייני השוק ליחסי תלות
- 250 (ב) ריבוי תפקידים וטשטוש הגבולות בין סוגי היחסים
- ב. גישתם של בתי המשפט בישראל ליחסים החוזיים שבין פלטפורמות ומשתמשים עסקיים
- 252 ג. הסדרת היחסים בין פלטפורמות ומשתמשים עסקיים: מסגרת תאורטית ופתרונות קיימים
- 257 1. השימוש בדיני החוזים להסדרת יחסים הוריזונטליים
- 257 (א) מרגישות לעובדות וריבוי ערכים לחלוקה לסוגי חוזים
- 257 (ב) מתי יהוו יחסים חוזיים סוג חדש של חוזה?
- 260 2. הסדרת היחסים בין פלטפורמות ומשתמשים עסקיים: פתרונות חוזיים
- 261 (א) נקודת המוצא: החוזה המסחרי (חוזה העסקה)
- 261 (ב) גישתם של בתי המשפט בישראל: החוזה הצרכני והחוזה המסחרי האחיד
- 263 (ג) פתרונות מהספרות: חוזה אמונ(אות), חוזה יחס ורשת חוזים
- 266 ד. מסווגים מחדש
- 271 1. אופיים המסחרי של היחסים
- 273 2. הוגנות (שוויון) מהותית
- 275 3. החוזה כמסגרת לשיתוף פעולה מתמשך
- 278 4. הוגנות פרוצדורלית וזכויות צדדים שלישיים
- 281 ה. לפני סיכום: על היחס שבין הסדרה חוזית ורגולטורית
- 283 1. הרגולציה החלה על פלטפורמות דיגיטליות
- 285 (א) דיני התחרות
- 285 (ב) רגולציה ייעודית
- 287 (ג) ניהול תוכן
- 288 2. היחס שבין הסדרה חוזית ורגולטורית של יחסי פלטפורמה-משתמש עסקי
- 289 סיכום
- 293

## מבוא

נידה קומי הקימה את העסק המקוון שלה באמזון למכירת מוצרים לתינוקות לאחר שפוטרה מעבודתה. בתוך חודשים ספורים החל העסק להניב הכנסה של אלפי שקלים בחודש, מקור פרנסתה היחיד באותה תקופה. אלא שאז קיבלה קומי הודעה שחשבונה מושעה לאלתר, בלא פירוט סיבת ההשעה. אמזון אומנם החזירה את העסק לפעילות לאחר כחודשיים, אך

בזמן שעבר איבדה קזמי את הדירוג במנוע החיפוש של הפלטפורמה, את המוניטין ואת קהל לקוחותיה, והיא נאלצה לסגור את העסק כשברשותה מלאי בשווי עשרות אלפי שקלים.<sup>1</sup> סיפורה של קזמי אינו ייחודי,<sup>2</sup> ובשנים האחרונות הגיעו מקרים דומים לפתחם של בתי המשפט בישראל – כלומר, מקרים העוסקים במי משתמשים בפלטפורמות דיגיטליות למטרות רווח באופן שיטתי ושאותם אנו מכנים "משתמשים עסקיים". במובן רחב יותר, בשנת 2020 דיווחו כ-76% מהמוכרים באמזון שהם חוששים מסיום ההתקשרות עימה מסיבה שרירותית ובלא הודעה מראש,<sup>3</sup> תופעה שמסבירה את הופעתם של גופים המתמחים במתן שירותי "החזרה לפעילות" של חשבונות מושעים.<sup>4</sup> ואמזון אינה לבד. משתמשים עסקיים של פלטפורמות דיגיטליות כאפל, פייסבוק ויוטיוב נסמכים על פלטפורמות אלה למכירת מוצרים, אפליקציות ושירותים, וכן לקידום ופרסום של עסקיהם.<sup>5</sup> תלות זו מאפשרת לפלטפורמות הדיגיטליות להכתיב את תנאי ההתקשרות בין הצדדים ולפעול מולם באופן שרירותי או אופורטוניסטי. כך, הן עשויות לתת עדיפות למוצריהן על פני מוצרים מתחרים של משתמשים עסקיים; לנצל את מעמדם כדי לדרוש שיתוף מידע מצד המשתמשים העסקיים ולהגביל את גישתם של האחרונים למידע; או למנוע ממשמשים עסקיים את היכולת להתקשר עם לקוחותיהם מחוץ לפלטפורמה.<sup>6</sup> היחסים בין פלטפורמות דיגיטליות ומשתמשים עסקיים והאתגרים הכרוכים בהם עומדים במרכז מאמר זה, שבמסגרתו נציע את נקודת המבט החזוית לניתוח ההשלכות של

- 1 Lydia DePillis, *The high-risk, high-reward world of selling stuff on amazon*, CNN BUSINESS (Oct. 9, 2018, 8:14 AM) <https://edition.cnn.com/2018/10/09/tech/amazon-sellers-marketplace/index.html>
- 2 ראו למשל יונתן בן חורין "השתלטות עוינת וחסימת משתמשים עסקיים בפלטפורמות מטא איגוד האינטרנט הישראלי (פברואר 2023) - [https://www.isoc.org.il/netica/digital-security-\(פברואר-2023\)-and-online-safety/hostile-takeover-and-blocking-of-business-users-on-meta-platforms;](https://www.isoc.org.il/netica/digital-security-(פברואר-2023)-and-online-safety/hostile-takeover-and-blocking-of-business-users-on-meta-platforms;) Uri Benoliel & Shmuel I. Becher, *Termination without Explanation Contracts*, 2022 U. ILL. L. REV. 1059, 1086 (2022) (שמצאו כי בכ-95% מהחוזים של 500 אתרי האינטרנט הגדולים בארצות הברית מוקנית בחוזה הזכות לסיים את ההתקשרות באופן חד-צדדי ובלא נימוק).
- 3 *The State of the Amazon Seller 2020*, JUNGLE SCOUT, 24 <https://perma.cc/6RYT-MPEL> (last visited May 9, 2023) (הדו"ח מוסיף ומציין כי 58% מהמוכרים באמזון מציינים שאמזון הקשתה עליהם להתחרות בשוק המוצרים שלהם).
- 4 ראו למשל Smartsellerhelp Home Page, <https://www.smartsellerhelp.com> (last visited May 9, 2023); ecommerceChris Home Page, <https://www.ecommercechris.com/amazon-suspension/> (last visited May 9, 2023)
- 5 ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 50870-05-15 ל'נ' Facebook Inc (נבו) (14.12.2017) (להלן: עניין ל'ן); ת"א (מחוזי ת"א) 63470-05-19 זוהר נ' Facebook Inc (נבו) (23.8.2021) (להלן: עניין זוהר); ת"א (מחוזי מרכז) 18763-04-15 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd (נבו) (26.8.2019) (להלן: עניין ויוה מדיה); רע"א 7470/20 Facebook Ireland Inc נ' גל (נבו) (3.1.2022) (להלן: עניין גל). וראו עוד: Mishiye v. Alphabet, Inc. et al., 444 F. Supp. 3d (2020); Lewis v. YouTube, 197 Cal. Rptr. 3d 219 (Cal. Ct. App. 2015) (להלן: פרק א.3).
- 6 ראו להלן פרק א.3.

מאפייניהם הייחודיים של יחסים אלו. נציג מסגרת נורמטיבית לבחינת סיווגו של החוזה על ידי בתי המשפט בישראל ועל ידי מלומדים מהארץ ומחוצה לה; נטען כיצד ראוי, לגישתנו, לסווג את היחסים החוזיים בין הצדדים ומה הם העקרונות החוזיים הנובעים מסיווג זה. פלטפורמות דיגיטליות הוא שם כולל לשווקים דיגיטליים (אמזון), חנויות אפליקציות (אפל), רשתות חברתיות (פייסבוק) ומנועי חיפוש (גוגל).<sup>7</sup> על אף הבדלים מסוימים בין סוגי הפלטפורמות, מאמר זה מתמקד במשותף להן – קישור בין משתמשים לשם שיתוף תכנים, רכישת מוצרים, אפליקציות ושירותים, וקידום ופרסום של עסקים על בסיס הפלטפורמה ועל פי הכללים שנקבעו על ידה.<sup>8</sup>

פרק א יעמוד על מורכבות היחסים שבין פלטפורמות דיגיטליות ומשתמשים עסקיים ועל האתגרים הנובעים מהם. חלקו הראשון של הפרק ידון במאפייניו של שוק הפלטפורמות ויראה כיצד אלה מסבירים את פערי הכוחות שבין פלטפורמות דיגיטליות ומשתמשיהן העסקיים ואת התלות של האחרונים בפלטפורמות. ראשית, כמי שפועלות בשוק דו־צדדי, פלטפורמות יכולות לספק את שירותיהן למשתמשים צרכניים בלא עלות כספית ותוך גביית עמלות גבוהות מהמשתמשים העסקיים בפלטפורמה; שנית, פלטפורמות דיגיטליות פועלות בשוק מכוון מידע, מחזיקות במידע על כלל הפעולות שנערכות על גבי הפלטפורמה, ושולטות בהיקף וסוג המידע שמשתמשים עסקיים וצרכניים כאחד נחשפים אליו; שלישית, אפקט הרשת והריכוזיות המשקית יוצרים פערי כוחות מבניים ניכרים בין הצדדים; רביעית ולבסוף, השקעתם הספציפית של משתמשים עסקיים בפלטפורמה לקידום עסקיהם יוצרת שכבה נוספת של תלות, ומעמיקה את פערי הכוחות ביניהם במהלך הקשר החוזי.<sup>9</sup>

חלקו השני של הפרק יעסוק בריבוי התפקידים של הצדדים. פלטפורמות דיגיטליות אינן רק מתווכות פסיביות בין משתמשים. הן מנהלות את התוכן המפורסם בהן, מהוות תשתית לשיח ציבורי ולמסחר, מאסדרות את פעילות המשתמשים, מיישבות סכסוכים ביניהם, ותורמות לבניית קהילות המשתמשים. המשתמשים גם הם ממלאים מספר רב של תפקידים. משתמשים עסקיים, העומדים במרכז מאמר זה, יוצרים חלק ניכר מהתכנים המופיעים בפלטפורמה; משתמשים בשירותי הפלטפורמה המוצעים בחינם (כשירותי התיווך בין משתמשים) ובשירותים המוצעים בתשלום (כשירותי פרסום, שיווק, אחסון והפצה); ומהווים קהל יעד עיקרי לפעילותן של פלטפורמות כתשתית למסחר וכמאסדר של הפעילות המסחרית. להשוואה, ובשונה מהמשתמשים העסקיים, משתמשים צרכניים צורכים את התכנים המוצגים בפלטפורמה; רוכשים מוצרים, אפליקציות ושירותים המוצעים על ידי המשתמשים העסקיים והפלטפורמות עצמן; וכן מקדישים זמן ותשומת לב לתכנים המוצגים בפלטפורמה, תשומות שמהוות מקור משיכה עיקרי של פלטפורמות דיגיטליות. חלקו השלישי של פרק א יעמוד על האופן שבו מאפייני שוק הפלטפורמות וריבוי התפקידים של הצדדים מאפשרים לפלטפורמות לנהוג באופן שרירותי ואופורטוניסטי כלפי

7 לצורך מאמר זה נבקש להבחין בין הפלטפורמות הדיגיטליות שהזכרנו ובין פלטפורמות ושירותים שמהווים בסיס ל"כלכלת השיתוף", דוגמת אובר (Uber).

8 Ryan Calo & Alex Rosenblat, *The Taking Economy: Uber, Information, and Power*, 117 COLUM. L. REV. 1623, 1625 (2017).

9 לדיון ראו להלן פרק א.3.

המשתמשים העסקיים, תוך טשטוש הגבולות בין שימושים מסחריים וצרכניים בפלטפורמה, ובאופן המקשה על סיווג החוזה בין הצדדים.

על חשיבות סיווג החוזה בדין הישראלי ניתן ללמוד מפסק הדין המוביל בנושא פרשנות חוזים בעניין **ביבי כבישים**.<sup>10</sup> לאחר שהכריזו כי "לא כל החוזים נולדו שווים",<sup>11</sup> פיתחו השופט שטיין והשופט גרוסקופף טיפולוגיה של סוגי חוזים. השופט שטיין הבחין בין חוזים מפורטים וחוזים "פתוחים", ואילו השופט גרוסקופף הציע חלוקה המבוססת על זהות הצדדים לחוזה – עוסק או אדם פרטי – ושכוללת את החוזה העסקי, החוזה הפרטי והחוזה הצרכני.<sup>12</sup> משותפת לשני השופטים היא הקביעה שלפיה, תהה החלוקה אשר תהה, יש להתאים את כללי הפרשנות למאפיינים ולמטרות השונים של כל אחד מסוגי החוזים.

פסק הדין בעניין **ביבי כבישים** מבהיר את ההשלכות המשפטיות של סיווג החוזה. כפי שנפרט בפרק ב, בתי המשפט בישראל התמודדו עם שאלת סיווג החוזה שבין פלטפורמות דיגיטליות ומשתמשים עסקיים בשורה של פסקי דין. חלקם הניחו שההקשר המסחרי די בו כדי לסווג את החוזה כעסקי, בעוד שמרבית בתי המשפט שמו דגש על פערי הכוחות בין הצדדים על מנת לסווג את החוזה כצרכני, תוך שהם מאמצים גישה תכליתית שלפיה סיווג החוזה עשוי להשתנות על פי ההקשר הנדון.

חלוקתו של עולם החוזים לסוגי חוזים הוא מהמאפיינים המרכזיים של דיני החוזים המודרניים.<sup>13</sup> עם זאת, קיימות גישות שונות בדבר נוקשות החלוקה. בקצה האחד של המנעד יש הרואים בכל אחד מסוגי החוזים תחום משפטי מובחן שעליו יש להחיל דינים שונים. אלן שוורץ ורוברט סקוט, למשל, הציעו לראות את דיני החוזים הכלליים כחלים על הסכמים בין גופים מסחריים מתחכמים בלבד, בעוד שחוזים צרכניים, חוזי עבודה וחוזי נישואין מאוסדרים באמצעות דיני הגנת הצרכן, דיני העבודה ודיני המשפחה, בהתאמה.<sup>14</sup> בהקשר של המאמר הנוכחי, ניתן לראות ביטוי לגישה זו בחקיקה האירופית המגדירה את החוזים שבין פלטפורמות ומשתמשים עסקיים כסוג מיוחד של חוזי פלטפורמה-עוסק (P2B) ומחילה עליהם הוראות פרטיקולריות הקבועות ברגולציית ה-DMA ו-DSA.<sup>15</sup> מאידך גיסא, יש המתנגדים לעצם הסיווג בטענה שהרמיון בין החוזים השונים עולה על ההבדלים שביניהם וכי אותם עקרונות ושיקולי מדיניות צריכים לחול על כלל החוזים בלא

10 ע"א 7649/18 **ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ** (נבו 20.11.2019) (להלן: **עניין ביבי כבישים**).

11 שם, בפס' 12 לפסק הדין של השופט שטיין, בפס' 1 לפסק הדין של השופט פוגלמן, ובפס' 1 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

12 שם, בפס' 12-13 לפסק הדין של השופט שטיין ובפס' 2 לפסק הדין של השופט גרוסקופף. וראו עוד לעניין זה: Roy Kreitner, *On the New Pluralism in Contract Theory*, 45 SUFFOLK U. L. REV. 915, 919-921 (2012).

13 ראו להלן פרק ג.1.

14 Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, 113 YALE L.J. 541, 554 (2003) (להלן: **Schwartz & Scott, Contract Theory and the Limits of Contract Law**).

15 לדיון ברגולציה זו ראו להלן פרק ה.1.ב.

קשר לסיווגם.<sup>16</sup> גישתנו דומה לזו האחרונה בכך שאין היא מאמצת סיווג נוקשה של חוזים או קוראת ליצירתם של דינים מיוחדים שיחולו על היחסים שבין פלטפורמות דיגיטליות והמשתמש העסקי. הגישה המוצעת כאן רואה בחוזה פלטפורמה-עוסק התקשרות בעלת מאפיינים ייחודיים המבחינים אותה מחוזה מסחרי או צרכני טיפוסי. גישתנו קוראת לבתי המשפט לזהות את המאפיינים והאתגרים הייחודיים לסוג זה של התקשרות על מנת שיוכלו לפתח, להתאים וליישם את דיני החוזים הכלליים לאורם. לאור האמור לעיל, פרק ג יציע מסגרת תאורטית המעגנת ומסבירה את התפתחות הפסיקה בישראל בנוגע לסיווג החוזה שבין הפלטפורמה ובין המשתמש העסקי. במופעה המודרני, החלוקה של עולם החוזים לסוגים מהווה מענה לשני אתגרים שהתעוררו עקב הניסיון ליצור תאוריה ודיני חוזים מאוחדים.<sup>17</sup> האתגר הראשון, שאותו נכנה בקצרה "הפער העובדתי", נובע מיצירתם של דיני חוזים המבוססים על המאפיינים העובדתיים של חוזה מסוים – חוזה העסקה – והחלתם על כלל היחסים החוזיים. האתגר השני, ה"פער הנורמטיבי", משקף את המתח שבין תאוריות חוזיות מוניסטיות, הרואות בדיני החוזים אמצעי לקידום ערך מסוים, כיעילות או חירות, ובין המציאות החוזית שבה הצדדים מבקשים לקדם מגוון ערכים ומטרות נוספים.

שילובם של שני הפערים – העובדתי והנורמטיבי – יוצר את מה שאנו מכנים "המרחק החוזי", המבטא את הפער שבין המאפיינים העובדתיים והנורמטיביים של חוזה טיפוסי מסוג מסוים – החוזה המסחרי או הצרכני הטיפוסיים – ובין המאפיינים העובדתיים והנורמטיביים של היחסים החוזיים במקרה הנדון. בהתאם, ככל שהמרחק החוזי גדול יותר נפגעת היכולת של דיני החוזים להתמודד באופן אפקטיבי עם האתגרים שמעוררים יחסים אלה.

חלקו השני של פרק ג יישם את המסגרת התאורטית לעיל על האופן שבו סיווגו בתי המשפט בישראל ומלומדים בארץ ומחוצה לה את החוזה שבין פלטפורמות ומשתמשים עסקיים, ויצביע על הפערים העובדתיים והנורמטיביים שעומדים ביקשו הסיווגים השונים להתמודד ועל המרחק החוזי שנותר לאחר יישומם.

בפרק ג נציע שהחוזה שבין משתמשים עסקיים ופלטפורמות דיגיטליות מאתגר את הסיווגים הקיימים ואת הטיפולוגיה שהציג בית המשפט העליון בעניין ביבי כבישים. לאור זאת, בפרק ד נטען שסיווג החוזה בין פלטפורמות דיגיטליות ומשתמשים עסקיים באמצעות אחת מהקטגוריות החוזיות הקיימות אינו משרת את תכלית הסיווג החוזי. בהתאם, נציע להכיר ביחסים שבין הצדדים כסוג חדש של חוזה: חוזה פלטפורמה-משתמש עסקי; נציג רשימה ראשונית של עקרונות שעל פיהם ראוי, לגישתנו, לפתח את הכללים החוזיים שיחולו על סוג חדש זה של חוזה; ונבחן האם וכיצד עקרונות אלה מיושמים כבר עתה בפסיקה הישראלית. טרם נסכם, פרק ה יבחן את היחס שבין הגישה החוזית העומדת במרכז מאמר זה ובין הגישה הרגולטורית לאסדרת היחסים שבין פלטפורמות דיגיטליות ומשתמשים עסקיים, הנפוצה, בין היתר כאמור, במדינות האיחוד האירופי. תלותם של המשתמשים העסקיים

16 ראו למשל איל זמיר "דיני הגנת הצרכן – האומנם תחום משפטי שונה ונפרד?" מאזני משפט ח 409 (2013) (להלן: זמיר, "דיני הגנת הצרכן – האומנם תחום משפטי שונה ונפרד?").

17 ולדיון בסיבות ובהשלכות לחלוקה לסוגים, ראו לדוגמה מנחם מאוטנר "פרסאוס ושלוש הנשים הזקנות של דיני החוזים בעקבות ספרו של רועי קרייטנר: Calculating Promises" עיוני משפט לא 489, 493-494 (2009).

בפלטפורמות דיגיטליות לא נעלמה מעיניהם של מחוקקים ורגולטורים, המקדמים מגוון יוזמות רגולטוריות שנועדו להעצים את המשתמש העסקי ביחסיו עם הפלטפורמה ולצמצם את פערי הכוחות ביניהם.<sup>18</sup> לרגולציה של פלטפורמות דיגיטליות תרומה ניכרת להתמודדות עם פערי הכוחות הנובעים ממבנהו הריכוזי של שוק הפלטפורמות. ואולם, לגישתנו, אין בכך כדי לערער על חשיבותם של דיני החוזים בהתמודדות עם שני הגורמים הנוספים לפערי הכוחות בין הצדדים – שליטתן של פלטפורמות במידע על הנעשה בפלטפורמה ובכלל זה ההשקעה הספציפית של המשתמש העסקי – וכן עם ריבוי התפקידים של הצדדים לחוזה. בהקשר זה, נציע לראות בכלי הרגולטורי ובפרשנות החוזית כלים משלימים. הסדרה אפקטיבית של היחסים בין פלטפורמות דיגיטליות ומשתמשים עסקיים מחייבת שילוב של כלים אלה יחדיו.

### א. המשתמש העסקי וכלכלת הפלטפורמות

היחסים המורכבים שבין פלטפורמות דיגיטליות למשתמשים עסקיים נבנו והתפתחו על בסיס מאפייני הייחודיים של כלכלת הפלטפורמות. המונח "פלטפורמות דיגיטליות" מתאר טכנולוגיה המקשרת בין משתמשים לשם שיתוף תכנים מסוגים שונים, ובכללם: טקסטים, קטעי קול ווידאו, מוצרים, שירותים ואפליקציות. טרם נפנה לסיווג היחסים החוזיים בין פלטפורמות ובין משתמשים עסקיים, פרק זה יוקדש לבחינת המאפיינים של היחסים אלה. חלקו הראשון של הפרק יעסוק בשוק הפלטפורמות ומאפייניו, היותו שוק דו־צדדי, מכוון מידע ובעל מבנה ריכוזי; חלקו השני של הפרק יציג את התפקידים השונים שהצדדים לחוזה ממלאים; חלקו השלישי יראה כיצד שני המאפיינים לעיל יוצרים את התלות של המשתמשים העסקיים בפלטפורמה ומטשטשים את ההבחנות המקובלות שבין סוגי החוזים השונים.

#### 1. שוק הפלטפורמות

כלכלת הפלטפורמות זכתה בשנים האחרונות לתשומת לב נרחבת בספרות הכלכלית והמשפטית.<sup>19</sup> זו הצביעה על מאפיינים מרכזיים של שוק הפלטפורמות המייחדים אותו משווקים אחרים: שוק הפלטפורמות הוא שוק דו־צדדי, המונע על ידי מידע, ושבו אפקט הרשת, גישה עדיפה למידע ועלויות מעבר יוצרים שוק ריכוזי שבו המנצח־זוכה־בכול.<sup>20</sup>

#### (א) שוק דו־צדדי

פלטפורמות דיגיטליות פועלות בשוק דו־צדדי,<sup>21</sup> שבו חברות מוכרות שירותים ומוצרים לשני הצדדים בשרשרת הערך,<sup>22</sup> ומכאן שעליהן להיענות לדרישות משתמשים צרכניים

18 ראו להלן פרק ה.

19 ראו למשל Nick Srnicek, Platform Capitalism (2016); Lina M. Khan, Amazon's Antitrust Paradox, 126 YALE L. J. 710, 750–753 (2017) (להלן: Khan, Amazon's Antitrust Paradox).

20 ראו למשל Srnicek, לעיל ה"ש 19, בעמ' 43–46.

21 ראו למשל Howard A. Shelanski, Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet, 161 U. PA. L. REV. 1663, 1678 (2013).

22 Thomas Eisenmann et al., Strategies for Two-Sided Markets, 84 HARV. BUS. REV., 92, 92–94 (2006).



ועסקיים כאחד. הפעולה בשוק דו-צדדי, עם זאת, היא שמאפשרת לפלטפורמות להציע את שירותיהן למשתמשים צרכניים בלא עלות כספית, כשהשליטה בגישה למספר רב של משתמשים מאפשרת להן בצד הספקים לגבות מחירים ועמלות גבוהים בגין פרסום בפלטפורמה ומכירות שנעשות באמצעותה.<sup>23</sup>

ככאלה שפועלות בשוק דו-צדדי, פלטפורמות דיגיטליות חשופות לחצים משני צידי השוק, תוך כדי כך שעליהן ליצור ולשמר מוניטין המושך משתמשים צרכניים ועסקיים כאחד. פעמים רבות אין קונפליקט בין היבטים אלה,<sup>24</sup> אך לעיתים משתמשים ומפרסמים עשויים להחזיק באינטרסים מנוגדים. כך, בעוד שפלטפורמות מבקשות לחשוף משתמשים לתכנים שימשכו את תשומת ליבם ויעודדו שימוש ומעורבות בפלטפורמה, תכנים אלה לא תמיד תואמים את העדפות המפרסמים שבצידו האחר של השוק. לדוגמה, ב-2017 הביעו מפרסמים גדולים ביריבויות עם לאחר שמחקר עיתונאי גילה שפרסומותיהם הוצגו לצד קטעי וידאו המכילים ביטויי שנאה וקריאות לאלימות, אף שפרסומים אלה צפויים לעורר עניין ומעורבות מצד משתמשים.<sup>25</sup> בצידו האחר של השוק, צד המשתמשים, איים הנשיא האמריקני לשעבר, דונלד טראמפ, שתומכיו יעברו לפלטפורמה מתחרה אם חשבונו שנחסם עקב הפצת פרסומים בלתי ראויים לא יוחזר לפעילות.<sup>26</sup>

### (ב) שוק מבוסס מידע

מאפיין נוסף של שוק הפלטפורמות הוא היותו שוק המבוסס ומונע על ידי מידע. בהשוואה לעסקים מסורתיים, לפלטפורמות דיגיטליות גישה למידע רב בהרבה, הכולל למשל מוצרים שמשמשים שקלו לרכוש, מהו משך הזמן שהשקיעו טרם הרכישה, מהי חשיבות ההחלטה בפרופיל הרכישות הכולל של המשתמש ומה זה מנבא על אודות ההעדפות והצרכים שלו.<sup>27</sup>

23 ראו Shelanski, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1678; Niva Elkin-Koren et al., *Social Media as Contractual Networks: A Bottom Up Check on Content Moderation*, 107 IOWA L. REV. 987 (2022) (להלן: Elkin-Koren et al., *Social Media as Contractual Networks*); ליאור ברוך ואח' "תחרות ופערי כוחות בשוק המוזיקה הדיגיטלי: חישוב מסלול מחדש" מחקרי רגולציה ד 331, 349 (2021).

24 ראו Elkin-Koren et al., *Social Media as Contractual Networks*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 19 (עם זאת, וכפי שהכותבות מציינות, פעולות אלה הובילו להסרה גם של תכנים פרוגרסיביים שנועדו למנוע אלימות).

25 ראו Rachel Dunphy, *Can YouTube Survive the Adpocalypse?*, N.Y. MAG. (Dec. 28, 2017) <http://nymag.com/intelligencer/2017/12/can-youtube-survive-the-adpocalypse.html>.

26 ראו Alexandra Ma, *Trump suggests Facebook's user base declined because people quit to get ready for his social-media platform*, BUS. INSIDER (Feb. 4, 2022) <https://www.businessinsider.com/trump-suggests-facebook-users-dropped-people-waiting-for-his-site-2022-2>; Nick Farrell, *Trump Orders Republicans to Pressure Social Media*, FUDZILLA (Oct. 2, 2020) <https://www.fudzilla.com/news/51640-trump-orders-republicans-to-pressure-social-media>.

27 ראו לדוגמה Julie Weed, *Simple Tools Help Owners Sift Data for Eager Customers*, N.Y. TIMES (Dec. 13, 2012) <https://www.nytimes.com/2012/12/13/business/smallbusiness/>

נוסף לאלה, פלטפורמות דיגיטליות צוברות מידע מאינטראקציות שאינן מסחריות, כמו למשל שיח של משתמשים עם משתמשים אחרים.

המידע הרב והמגוון שהפלטפורמות צוברות מאפשר ריבוי שימושים. בתחילת דרכן הסתמכו מרבית הפלטפורמות על מודל עסקי שביסודו החלפת שירותים תמורת מידע עם משתמשים ומכירת המידע למפרסמים. מודל זה נותר נפוץ, אך לצידו מצאו פלטפורמות דרכים נוספות להרוויח מהמידע שברשותן, ובהן: עיצוב הארכיטקטורה והממשק של הפלטפורמה; קביעת תנאי ההתקשרות עם משתמשים והכוונת התנהגותם. לדוגמה, אפל ייחסה את הדירוג הגבוה שהאפליקציות שפיתחה בחנות האפליקציות שלה זוכות לו לשימוש במידע שצברה על אודות התנהגות המשתמשים בפלטפורמה, ואמזון משתמשת במידע שצברה בעת קבלת החלטות על תחומי הפעילות של החברה כמוכרת בשוק, פיתוח מוצרים והתמחור שלהם.<sup>28</sup>

### (ג) ריכוזיות השוק וההשקעה הספציפית של המשתמשים

מרבית השווקים שפלטפורמות דיגיטליות פועלות בהם הם שווקים ריכוזיים, ואפקט הרשת מהווה סיבה מרכזית לכך.<sup>29</sup> אפקט הרשת מתאר נסיבות שבהן משתמש מפיך תועלת רבה יותר ככל שיותר אנשים משתמשים ברשת, כשעלייה זו היא לרוב מערכית.<sup>30</sup> לדוגמה, ככל שלרשת חברתית משתמשים רבים יותר, קיים סיכוי גדול יותר שכל אחד מהם ימצא תכנים ואנשים המעוררים בו עניין, כשבכך צפויים לגבור כמות ומשך השימוש בפלטפורמה, והמידע הרב יותר שנוצר הופך את הפלטפורמה לאטרקטיבית יותר למפרסמים.<sup>31</sup> אפקט הרשת מהווה חסם כניסה עבור פלטפורמות חדשות (קרי, מתחרים). זאת, משום שבעידר רשת ענפה של משתמשים התועלת שמשתמשים יכולים להפיק מפלטפורמה חדשה היא, בהינתן שכל שאר התנאים שווים, פחותה יחסית.<sup>32</sup> חסם כניסה נוסף הוא גישתן העדיפה של פלטפורמות למידע, שממנו פלטפורמות אינן נהנות בראשית דרכן. הגישה למידע ייחודי מספקת לפלטפורמות מבוססות תובנות על ההעדפות, הצרכים וההתנהגות של משתמשים ומאפשרת להן לעצב את הפלטפורמה כך שזו תתאים להעדפות של משתמשים צרכניים ומסחריים כאחד.<sup>33</sup> בצד זאת, העלויות הקבועות

.data-analysis-helps-stores-compete.html

Nikolas Guggenberger, *Essential Platforms*, 24 STAN. TECH. L. REV. 237, 260–261, 265 28  
(2021).

שם, בעמ' 243. 29

ראו למשל Mark A. Lemley & David McGowan, *Legal Implications of Network Economic Effects*, 86 CAL. L. REV. 479, 503–504 (1998) 30

ראו למשל Mark Armstrong, *Competition in Two-Sided Markets*, 37 RAND J. ECON. 668, 668–670 (2006) 31

CARL SHAPIRO & HAL R. VARIAN, *INFORMATION RULES: A STRATEGIC GUIDE TO THE NETWORK ECONOMY* 184 (1999) 32

U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 116<sup>TH</sup> CONG., REPORT ON INVESTIGATION OF COMPETITION IN DIGITAL MARKETS: MAJORITY STAFF REPORT AND RECOMMENDATIONS 45 (2020) (להלן: דו"ח הקונגרס לעניין שווקים דיגיטליים). 33

הגבוהות והעלויות השוליות הנמוכות של איסוף ועיבוד המידע מספקות לפלטפורמות מבוססות יתרון נוסף על פני מתחרים חדשים.<sup>34</sup>

חסם שלישי ואחרון, שלו חשיבות מיוחדת בהקשר הנוכחי, הוא עלויות המעבר הגבוהות של משתמשים המבקשים לעבור לפלטפורמה אחרת. עלויות אלה עלולות להיות מכבידות במיוחד עבור משתמשים עסקיים, המשקיעים כסף, זמן ומאמץ רבים ביצירת קהל עוקבים ובשיפור הדירוג והמוניטין שלהם. מנקודת המבט החוזית, עלויות המעבר של המשתמשים העסקיים נובעות מההשקעה הספציפית לפלטפורמה. כלומר, השקעה שלא תמיד ניתן יהיה לנייד את כלל תוצריה לפלטפורמות או ערוצי פעילות אחרים. האיום שבאובדן ההשקעה הספציפית לבדו עשוי להיות מספיק כדי שמעבר לפלטפורמה מתחרה יהיה בלתי מעשי עבור המשתמש העסקי.<sup>35</sup>

לא נעלמה מעינינו קיומה של תחרות מסוימת בשוק הפלטפורמות.<sup>36</sup> עם זאת, רבות מהפלטפורמות שזכו להצלחה, כאינסטגרם ויוטיוב, נרכשו על ידי פלטפורמות מבוססות (מטא וגוגל, בהתאמה).<sup>37</sup> הצלחתן של פלטפורמות אחרות, דוגמת טאובאו (Taobao), מרוכזות בשוקים גאוגרפיים מסוימים (כשוק הסיני). לבסוף, הדומיננטיות של הפלטפורמות המבוססות עשויה להימשך על אף ההצלחה הנחזית של פלטפורמות מתחרות. כך, לגוגל יותר מ-85% משוק מנועי החיפוש העולמי;<sup>38</sup> ואמזון מגדילה בהתמדה את חלקה בשוק המסחר הקמעונאי המקוון, כשבשנת 2021 החזיקה ב-50% מהשוק בארצות הברית.<sup>39</sup>

2. ריבוי התפקידים של פלטפורמות דיגיטליות והמשתמשים העסקיים בהן

(א) ריבוי התפקידים של הפלטפורמות הדיגיטליות

פלטפורמות דיגיטליות אינן רק משרתות של שני אדונים, הן גם ממלאות מגוון נרחב של תפקידים ביחסן עם משתמשים, אף שלא כולם משותפים לכלל סוגי הפלטפורמות

34 Dirk Bergemann et al., *The Economics of Social Data*, 53 RAND J. ECON, 263 (2022)

35 ראו למשל Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 750-753.

36 בהקשר זה נסיף ונציין ששוק הפלטפורמות מאופיין גם בהיותו שוק גלובלי שבו משתמשים מתקשרים, לעיתים באופן ישיר, עם חברות שאינן מקומיות, ראו להלן ה"ש 1162-1126 והטקסט שלידן.

37 Chenda Ngak, *Facebook to Acquire Instagram for \$1 Billion*, CBS NEWS (Nov. 6, 2012, 1:54 PM) <https://www.cbsnews.com/news/facebook-to-acquire-instagram-for-1-billion/>; *Google Buys YouTube for \$1.65 Billion*, NBC NEWS (Oct. 9, 2006) <https://www.nbcnews.com/id/wbna15196982>.

38 *Worldwide Desktop Market Share of Leading Search Engines from January 2010 to March 2023*, STATISTA (Mar. 2023) <https://www.statista.com/statistics/216573/worldwide-market-share-of-search-engines>.

39 *Projected Retail E-commerce GMV Share of Amazon in the United States from 2016 to 2021*, STATISTA (Oct. 2021) <https://www.statista.com/statistics/788109/amazon-retail-market-share-usa/>.

הדיגיטליות. הבנה של תפקידים אלה חיונית לאפיון היחסים בין הצדדים, ובחלק זה נעמוד על כל אחד מהם בנפרד.

### תיווך בין משתמשים

משותף לכלל הפלטפורמות הדיגיטליות הוא היותן טכנולוגיה לתיווך בין משתמשים.<sup>40</sup> ואומנם, החלוקה בין סוגי הפלטפורמות מבוססת, פעמים רבות, על סוג התוכן או המוצרים המתווכים באמצעותן. לדוגמה, חנויות אפליקציות עוסקות בתיווך בין מפתחי אפליקציות וקהל הלקוחות שלהם, בעוד ששווקים מקוונים עוסקים בתיווך בין קונים ומוכרים של מגוון מוצרים.<sup>41</sup>

### ניהול תוכן (Content Moderation)

ניהול תוכן בפלטפורמות דיגיטליות מתייחס קודם כול להתאמת התוכן לכל משתמש ספציפי (למשל, תוכן מותאם אישית בטיקטוק, או תוצאות חיפוש במנוע החיפוש גוגל) וכן לכל "סינון, הערכה, קטגוריזציה, אישור או הסרה/הסתרה של תוכן מקוון בהתאם למדיניות המפורסמת... לשם תמיכה ואכיפה של התנהגות מקוונת רצויה, ומזעור התנהגות אגרסיבית ואנטי חברתית".<sup>42</sup> מרבית ניהול התוכן נעשית באמצעים טכנולוגיים מבוססי בינה מלאכותית.<sup>43</sup> ניהול תוכן הוא אחד מהתפקידים המרכזיים של פלטפורמות דיגיטליות. הסיבה לכך, כפי שנראה בהמשך, היא שפעולות הכרוכות בניהול תוכן קשורות באופן הדוק עם רבים מתפקידיה האחרים של הפלטפורמה. בשלב זה, נבקש להתמקד בניהול התוכן במובנו הצר ומנקודת המבט של הפלטפורמה. מפרספקטיבה זו, לניהול התוכן שלוש מטרות מיידיות: התאמה בין התוכן המוצג למשתמשים ובין התוכן שצפוי לעורר בהם עניין; התאמת התכנים להעדפות מפרסמים; והבטחת הציות לנורמות פנימיות (של הפלטפורמה) וחיזוניות (של הרגולטור).<sup>44</sup>

המטרות לעיל מקושרות בספרות עם שלושה מניעים כלליים: מניע פנימי, בדמות אחריות תאגידית, המשלב מניע עסקי ובניית מוניטין;<sup>45</sup> השאת רווחים ממפרסמים, המחייב פלטפורמות לאזן בין הרצון להסיר תכנים שמפרסמים אינם רוצים להיות מקושרים אליהם מחשש לפגיעה במוניטין או תכנים שעשויים לפגוע במשתמשים המעוניינים ב"סביבה בטוחה" מחד גיסא, והפגיעה באמון המשתמשים כתוצאה מהסרת תכנים אלה ואובדן הכנסות

40 Calo & Rosenblat, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1625.

41 Rory Van Loo, *Rise of the Digital Regulator*, 66 DUKE L.J. 1267, 1281–1285 (2017) (להלן: Van Loo, *Rise of the Digital Regulator*).

42 Terry Flew et al., *Internet Regulation as Media Policy: Rethinking the Question of Digital Communication Platform Governance*, 10 J. DIGIT. MEDIA & POLICY 33, 40 (2019).

43 Elkin-Koren et al., *Social Media as Contractual Networks*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 12.

44 שם, בעמ' 12.

45 Kate Klonick, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, 131 HARV. L. REV. 1598, 1625–1626 (2018).

צפוי עקב העניין והמעורבות שהם מעוררים מאידך גיסא;<sup>46</sup> ולחצים רגולטוריים, בין אם רגולציה המחייבת ניהול תוכן ובין אם איום ביצירתה של רגולציה במידה שפלטפורמות לא תבצענה פעולות אלה באופן וולונטרי.<sup>47</sup>

### תשתית לשיח ציבורי – פלטפורמות כמכוננות ושולטות ב"כיכר העיר" החדשה

פלטפורמות דיגיטליות משמשות כר פורה לשיח ציבורי ולדיונים חברתיים ופוליטיים. עבור משתמשים רבים פלטפורמות הן מקור למידע בנוגע למתרחש בסביבתם, במדינתם ובעולם; למפגש עם מגוון דעות שאינן זוכות לתהודה בכלי התקשורת המסורתיים; לדיונים ולהחלפת רעיונות; ולהתאגדות עם אנשים בעלי השקפות עולם דומות.<sup>48</sup> כמי ששולטות בתשתית ומנהלות את התוכן הזמין למשתמשים, לפלטפורמות השפעה מכרעת על אופיו ותוכנו של השיח הציבורי, וביכולתן להתאים תכנים על פי ההעדפות הקיימות של המשתמשים ואף לעצב העדפות אלה וליצור ביקוש לדעות, או לעמדות פוליטיות.<sup>49</sup> לבסוף נציין שאף שניהול התשתית לשיח ציבורי נעשה בכלים זהים לאלה של ניהול התוכן במובנו הצר, אחדות האמצעים אינה מלמדת על זהות התפקידים.<sup>50</sup> כמנהלי תוכן במובן הצר, פלטפורמות פועלות לקידום מטרותן הפרטית-עסקית. כתשתית לחופש הביטוי ניהול התוכן משפיע גם על תועלת ציבורית, כגון קיומו וקידומו של שיח ציבורי.

### תשתית לשווקים מסחריים

פלטפורמות דיגיטליות מייצרות תשתית לשווקים מסחריים, תפקיד החורג במידה רבה מפעולות התיווך. שווקים דיגיטליים וחנויות אפליקציות מבצעים פעולות לכינון השוק, ובהן: שליטה בתנאי הכניסה והיציאה (או ההוצאה) מהשוק; קביעת כללי ההתקשרות בין ספקים ולקוחות; קביעה ואכיפה של כללי ההתנהגות בשוק; שליטה בדרכים שבהן המוצרים משווקים, מקודמים ונמכרים בשוק; ויצירת מנגנונים בוני אמון ואבטחת הפעילות בשוק. פלטפורמות מעצבות גם את האופן שבו מוצרים מוצגים, את זהות וסוג המוצרים שאליהם המשתמשים נחשפים במנוע החיפוש של הפלטפורמה, ואת דירוג המוצרים בפלטפורמה והאופן שבו הביקורות עליהם מוצגות. נוסף על אלה, שווקים דיגיטליים וחנויות אפליקציות מרכזים את פרטי הלקוחות ומעבירים אותם למוכרים; מהווים גורם שמשתמשים צרכניים

46 שם, בעמ' 1627, וראו עוד Elkin-Koren et al., *Social Media as Contractual Networks*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 17.

47 ראו למשל שם, בעמ' 21.

48 ראו למשל נועה מור "רשתות חברתיות מקוונות כזירה לעיצוב זכויות והקצאתן: לקראת החלתן של חובות מן המשפט הציבורי" דין ודברים יד 127, 138 (2020), וראו עוד: בג"ץ 7846/19 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' פרקליטות המדינה יחידת הסייבר, פס' 8 לפסק הדין של השופט מלצר (נבו 12.4.2021) (להלן: עניין עדאלה).

49 ראו למשל Niva Elkin-Koren & Maayan Perel, *Separation of Functions for AI: Restraining Speech Regulation by Online Platforms*, 24 LEWIS & CLARK L. REV. 857, 869–870 (2020) (להלן: Elkin-Koren & Perel).

50 שם, בעמ' 887.

יכולים להסתמך עליו במקרה של פגם במוצר או כישלון באספקתו; סולקים תשלומים ומחזיקים בכספים עבור משתמשים עסקיים, וגובים תשלום בגין (חלק) משירותים אלה.<sup>51</sup> שווקים מקוונים כאמון גם מספקים למשתמשים עסקיים מגוון של שירותים נלווים, ובהם שירותי אחסון, תובלה והפצה של המוצרים. היכולת לספק שירותים נלווים במחירים נמוכים היא אחד מגורמי המשיכה של אמזון, כשהרוב המכריע של המוכרים בפלטפורמה נעזרים בשירותים אלה, שאפשרו לכ-60% מהם להקים עסק מקוון בתוך שלושה חודשים ובעלות של \$5,000 או פחות.<sup>52</sup> מעורבות מוגברת זו של הפלטפורמה במסחר זכתה לביטוי בהחלטתו של בית המשפט של המחוז השלישי בארצות הברית כי בשל ריבוי השירותים (שמעבר לתיווך בין משתמשים) שאמזון מציעה יש לייחס לה אחריות כמוכרת גם בנוגע למוצרים הנמכרים על ידי צדדים שלישיים.<sup>53</sup>

### רגולטורים מגויסים

תפקיד נוסף שפלטפורמות דיגיטליות ממלאות הוא זה של "רגולטורים מגויסים". שני תפקידי המרכזיים של הרגולטור הם עיצוב כללים ואכיפתם. לטענתו של רורי ואן לון, כיום פלטפורמות דיגיטליות ממלאות תפקידים אלה, כשפעמים רבות הן עושות זאת מכוח חובה המוטלת עליהן על ידי הרגולטור ולשם מטרת שנקבעו על ידו (top-down). לדוגמה, ב-2012 הטילה רשות הסחר הפדרלית על פייסבוק את החובה לפקח על אבטחת המידע והשמירה על הפרטיות מצד צדדים שלישיים המציעים שירותים באמצעות הפלטפורמה.<sup>54</sup> לפי ואן לון, רגולטורים נשענים על פלטפורמות דיגיטליות לשם פיקוח על פרקטיקות בעייתיות ואופטימיזציה של קבלת ההחלטות הצרכניות בשל הרצון למזער את ההתערבות הממשלתית בשוק ולאפשר לצדדים להסדיר את יחסיהם.<sup>55</sup> דוגמה לכך היא נוהל "הודעה והסרה", שבו נדון בהרחבה בהמשך, ושקובע כיצד על פלטפורמות להתנהל אל מול טענות של צדדים שלישיים שתכנים שפרסמו משתמשים מפירים את זכויות הקניין הרוחני שלהם.<sup>56</sup> פלטפורמות דיגיטליות אינן הגוף הפרטי הראשון שעליו מוטלים תפקידים רגולטוריים, כשבאופן מסורתי מילאו בנקים, חברות ביטוח וראיית חשבון ומשקיעים מוסדיים תפקידים

- 
- 51 ראו למשל Shelly Kreiczer-Levy, *The Duties of Online Marketplaces*, 58 SAN DIEGO L. REV. 269, 283–286 (2021), לעיל ה"ש 28, בעמ' 254–262.
- 52 Guggenberger, לעיל ה"ש 28, בעמ' 256–257.
- 53 Oberdorf v. Amazon.com Inc., 930 F.3d 136, 151, 182 (3d Cir. 2019), (vacated, reh'g en banc granted).
- 54 Rory Van Loo, *The New Gatekeepers: Private Firms as Public Enforcers*, 106 VA. L. REV. 467, 482 (2020) (להלן: Van Loo, *The New Gatekeepers*).
- 55 Van Loo, *Rise of the Digital Regulator*, לעיל ה"ש 41, בעמ' 1277–1279, 1319.
- 56 ראו להלן פרק ה.1(ג). בדומה, Airbnb פועלת בתפקידי אכיפה ואסדרה בשוק ההשכרה לטווח קצר. למשל, באמסטרדם Airbnb מבצעת את הגבייה בפועל של מיסי תיירות עירוניים, וכן אוכפת באופן אלגוריתמי את מגבלת האירוח שקבעה העירייה לגבי מכסת ימי השכרה. ראו אבנר בירך ברק ויפעת הולצמן-גזית "אורח נטה ללון: השלכות על שוק הדיור ואסדרה של Airbnb בישראל" מחקרי רגולציה א: כלכלה משתפת (2019).

דומים.<sup>57</sup> ואולם, בשונה ממקרים אלה, פלטפורמות דיגיטליות מפקחות על פעילותם של מי שתלויים בהן כתשתית למסחר, מה שמספק להן אמצעי אכיפה אפקטיבי בדמות האיום שבהפסקת הקשר.<sup>58</sup> בנוסף, פלטפורמות זכות לשיקול דעת נרחב יחסית בכתיבת הרגולציה, כשלרוב הרגולטור מספק הנחיות כלליות בלבד ועל הפלטפורמה לפרוט אותן לכללים.<sup>59</sup> עוד בשונה ממקרים אחרים, לפחות בחלק מפעולות האכיפה פלטפורמות משתמשות בכלים טכנולוגיים, ובהם אלגוריתמים מורכבים ובינה מלאכותית, שנועדו לנטר ולנתח את המידע הרב המפורסם בפלטפורמה.<sup>60</sup> השימוש בכלים טכנולוגיים אלה, שלא פעם זוכים להגנה מכוח דיני הקניין הרוחני,<sup>61</sup> פוגם בשקיפות בנוגע לשיקולים המנחים את פעולתם ואת "קבלת ההחלטות" שלהם. הסתמכות זו מאפשרת גם ניצול לרעה. לדוגמה, ביקורות ותלונות כוזבות מצד לקוחות ומתחרים עסקיים הן תופעה נפוצה בפלטפורמות כאמזון, והשפעותיהן השליליות על משתמשים עסקיים מתועדות היטב.<sup>62</sup> האצלת סמכויות רגולטוריות, לצד היעדר שקיפות ואפשרות ניצולן לרעה, מעוררים, אם כן, בעיה מהותית.<sup>63</sup> לבסוף, אכיפת הכללים דורשת לעיתים פיקוח וניטור פעילותם של הגופים המפוקחים, באופן המאפשר לפלטפורמות לשאוב מידע נוסף מהגופים המפוקחים. פייסבוק, למשל, הודיעה למפתחי אפליקציות כי היא עשויה לבצע ביקורות כדי לבחון האם האפליקציות שפיתחו תואמות לכללים שקבעה פייסבוק בתפקידה כרגולטור, ולוודא שהחברה המפוקחת קבעה נהלים לשמירה על פרטיות המשתמשים.<sup>64</sup>

### יישוב סכסוכים

ככאלה שמתווכות בין משתמשים ומהוות תשתית למסחר, פלטפורמות דיגיטליות נדרשות ליישב סכסוכים רבים בין משתמשים. מערכת יישוב הסכסוכים של אמזון, למשל, מטפלת ביותר מקרים מכלל בתי המשפט הפדרליים של ארצות הברית יחדיו.<sup>65</sup> חלק מהפלטפורמות הדיגיטליות מתמודדות עם אתגר זה על ידי פיתוח מערכות ליישוב סכסוכים הדומות, במידה רבה, למערכת המשפט המדינתית. פייסבוק, לדוגמה, קבעה כי החלטות ועדת הביקורת שלה (Oversight Board) תהיינה תקדים מחייב בסכסוכים עתידיים,

57 Van Loo, *The New Gatekeepers*, לעיל ה"ש 54, בעמ' 474-480.

58 שם, בעמ' 471.

59 שם, בעמ' 499.

60 לדיון ראו Koren & Perel, *Separation of Functions for AI*, לעיל ה"ש 49.

61 ראו לדוגמה עניין ויוה מדיה, לעיל ה"ש 5, בפס' 33 לפסק הדין ("גוגל הדגישה כי מנגנוני הניטור שלה הם אחד הסודות המסחריים העיקריים והשמורים של גוגל").

62 ראו למשל בן חורין, לעיל ה"ש 2.

63 לדיון ראו עניין עדאלה, פס' 46-56 לפסק הדין של השופט מלצר (השופט דן ב"רגולציה הפוכה" המדגישה הן את תפקידן של פלטפורמות כ"רגולטור מגויס" והן את הקשר (האפשרי) שבין פעולתן ובין פעולה שלטונית).

64 Van Loo, *The New Gatekeepers*, לעיל ה"ש 54, בעמ' 482-483.

65 Van Loo, *Rise of the Digital Regulator*, לעיל ה"ש 41, בעמ' 1319; Rory Van Loo, *Federal Rules of Platform Procedure*, 88 U. Chi. L. Rev 829, 837 (2021) (להלן: Van

(Loo, *Federal Rules of Platform Procedure*).

ופלטפורמות אחרות מכירות גם הן בכוחן התקדימי של החלטות קודמות.<sup>66</sup> עם זאת, בשונה ממערכת המשפט, הסכסוך מתנהל ברובו באופן אוטומטי וללא מעורבות אנושית. בהיותה אחראית על עיצוב התשתית הטכנולוגית לכירור הסכסוך, כמו גם על שלביו המהותיים של ההליך, קשה לומר כי הפלטפורמה מספקת מנגנון אובייקטיבי ליישוב סכסוכים. מנגנון ה-Content ID של יוטיוב,<sup>67</sup> לדוגמה, בוחן את שאלת הדמיון המהותי בין היצירה המוגנת לסרטון באופן כמותי ובהתאם לרף שיוטיוב קובעת, בשונה מהבחינה האיכותית הקבועה בדיני זכויות יוצרים. רף נוקשה זה מתעלם משיקולים של שימוש הוגן, ומאפשר ליוטיוב להשיא את רווחיה מפרסומות המוצמדות לסרטונים המשתמשים ביצירות מוגנות. יוטיוב אף מאפשרת לבעלי זכויות היוצרים להחליט האם לחסום את אפשרות הצפייה בסרטון כולו; לבחור לייצר רווח מהסרטון באמצעות הצגת פרסומות לציודו; או לעקוב אחר נתוני הצפייה בסרטון, באופן המטה את מאזן הכוחות באופן קיצוני לטובת בעלי זכויות היוצרים.<sup>68</sup> מנתוני דו"ח השקיפות של יוטיוב עולה כי 99% מפעולות אכיפת זכויות היוצרים על ידי יוטיוב נעשות באמצעות מנגנון ה-Content ID ומחוץ לכותלי בית המשפט,<sup>69</sup> מה שהופך את השימוש במנגנון ההודעה וההסרה המסורתי לשיורי בלבד.<sup>70</sup>

### בניית קהילות

תפקידן האחרון של פלטפורמות דיגיטליות שנדון בו הוא בניית קהילות. כפי שנועה מור מציינת, בדומה לקהילות הקיימות בעולם הפיזי, קהילות מקוונות מאופיינות ביחסי אמון ותחושת שייכות המעודדים יצירה; שיתוף והסתמכות על מידע בין חברי הקהילה; תמיכה ועזרה הדדית; ויצירת התנאים לפעולה משותפת לשם הגשמת מטרות חברתיות, ואזרחיות ופוליטיות שחברי הקהילה חולקים.<sup>71</sup>

עבור הפלטפורמה, קהילות מקוונות משרתות מטרות נוספות. ראשית, החברות בקהילה צפויה להגביר את מעורבות המשתמשים ואת משך זמן השימוש בפלטפורמה; שנית, פלטפורמות נסמכות על חברי קהילה שהפנימו את כללי ההתנהגות שקבעו לשם אכיפתם על חברים אחרים בקהילה; שלישית, ולבסוף, קהילות מקוונות תורמות גם למיתוג הפלטפורמה

66 שם, בעמ' 867.

67 איך פועלת מערכת Content Id, YouTube **עזרה**, <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=iw>

68 Katharine Trendacosta, *Unfiltered: How YouTube's Content ID Discourages Fair Use and Dictates What We See Online*, ELEC. FRONTIER FOUND. (Dec. 10, 2020), <https://www.eff.org/wp/unfiltered-how-youtubes-content-id-discourages-fair-use-and-dictates-what-we-see-online>

69 The YouTube Team, *Access for all, a balanced ecosystem, and powerful tools*, YOUTUBE OFFIC. BLOG, (Dec. 6, 2021), <https://www.blog.youtube/news-and-events/access-all-balanced-ecosystem-and-powerful-tools>

70 Niva Elkin-Koren & Maayan Perel, *Democratic Contestation by Design: Democratizing Speech Governance by AI*, FLA. ST. U. L. REV. (Forthcoming 2023) (להלן: Elkin-Koren & Perel, *Democratic Contestation by Design*)

71 מור, לעיל ה"ש 48, בעמ' 136-139.



כבעלת ערכים התואמים לערכי המשתמשים ולבניית אמון בין המשתמשים ובין הפלטפורמה עצמה. לאור זאת, פלטפורמות דיגיטליות לוקחות חלק פעיל בבניית קהילות מקוונות. זאת, למשל, באמצעות שימוש ב"כללי הקהילה" ותניות חוזיות נוספות שמטרתן ליצור את יחסי האמון הדרושים לבניית קהילה, גם כאשר השימוש בתניות אלה מגביר את חוסר הוודאות המשפטית עבור הפלטפורמות.<sup>72</sup>

### (ב) ריבוי התפקידים של המשתמשים

משתמשי הפלטפורמות, כפלטפורמות עצמן, ממלאים תפקידים מגוונים ביחסים שבין השניים. כיוון שקיימת הקבלה בין תפקידים אלה ובין תפקידי הפלטפורמות שנדרונו בהרחבה לעיל, נדון בהם בקצרה בלבד. ראשית, משתמשים הם צרכנים של השירותים הבסיסיים שהפלטפורמות מספקות בלא תשלום.<sup>73</sup>

שנית, משתמשים הם גם לקוחות של השירותים שפלטפורמות מספקות בתשלום, דוגמת שירותי פרסום וקידום, ושירותים נלווים כשירותי אחסון, אריזה ותובלה. עבור חלק מהפלטפורמות, השירותים בתשלום מהווים חלק מהותי מההכנסה שלהם. לדוגמה, הכנסותיה של אמזון ממכירת שירותים למשתמשים עסקיים מהוות כ-20% מכלל הכנסותיה, כשמקורם של כ-5% נוספים מההכנסות הוא פרסום בפלטפורמה, שלפחות בחלקו נרכש גם הוא על ידי משתמשים עסקיים.<sup>74</sup>

שלישית, משתמשים הם צרכנים של מוצרים, אפליקציות, שירותים ותכנים המוצעים (או מפורסמים) על ידי צדדים שלישיים. בהקשר זה חשוב להדגיש גם את המובן מאליו: רשתות חברתיות מספקות חיבור בין משתמשים, וללא משתמשים ספק אם תהיה לרשתות חברתיות זכות קיום.

רביעית, משתמשים הם גם ספקים של תכנים ויוצרים של קהילות, כשהתוכן שנוצר על ידי משתמשים והאינטראקציות בין משתמשים ובין עצמם הם גורם המשיכה המרכזי של פלטפורמות והסיבה העיקרית שמשתמשים משקיעים בהן את זמנם.<sup>75</sup>

חמישית, משתמשים הם ספקים של מידע ותשומת לב שפלטפורמות מוכרות לצדדים שלישיים. לפחות עבור חלק מהפלטפורמות, דוגמת פייסבוק ויוטיוב, תשומות אלה מהוות את מקור הרווח העיקרי והבסיס למודל העסקי שלהן.<sup>76</sup>

שישית, ולבסוף, כפי שראינו בחלק הקודם, משתמשים לוקחים חלק בעיצוב ובאכיפת הכללים הפנימיים של הפלטפורמה.

לצורך הדיון הנוכחי נבקש להתמקד בהבחנה שבין משתמשים עסקיים, שבהם עוסק מאמר זה, ובין כלל הסוגים האחרים של משתמשים, כמשתמשים צרכניים או משתמשים

David A. Hoffman, *Relational Contracts of Adhesion*, 85 U. CHI. L. REV. 1395, 1422–1445 (2018).

Elkin-Koren et al., *Social Media as Contractual Networks*, בעמ' 7.

Carmen Ang, *How Amazon Makes Its Money*, VISUAL CAPITALIST (13.10.2020) <https://www.visualcapitalist.com/how-amazon-makes-its-money>

Elkin-Koren et al., *Social Media as Contractual Networks*, בעמ' 7.

שם, בעמ' 26.

עובדים.<sup>77</sup> חלק מהתפקידים, כצריכה של השירותים בלא תשלום שהפלטפורמות מספקות ואספקת מידע ותשומת לב לפלטפורמה, משותפים לכלל סוגי המשתמשים. ייחודם של משתמשים עסקיים הוא בתפקידים שהפלטפורמות הדיגיטליות ממלאות עבורן כמתווכות, מאסדרות, ותשתית לשווקים שהמשתמשים העסקיים פועלים בהם; ובתפקידים שהמשתמשים העסקיים עצמם ממלאים, כמי שמספקים חלק ניכר מהתוכן המופיע בפלטפורמות – כמוצרים ואפליקציות המוצעים למכירה בשווקים מקוונים וחנויות אפליקציות (בהתאמה), וכקהל היעד העיקרי של השירותים בתשלום שפלטפורמות מציעות, ובהם שירותי קידום ושיווק על גבי הפלטפורמה ושירותים נלווים כאחסון, אריזה והפצה.<sup>78</sup> להשוואה, משתמשים צרכניים אינם נוטים לצרוך שירותים בתשלום, ועיקר פעילותם היא בצריכת התכנים המופקים על ידי צדדים שלישיים ועל ידי הפלטפורמה עצמה.<sup>79</sup>

3. האתגרים המשפטיים שבהסדרת יחסי פלטפורמה-משתמשים עסקיים

#### (א) ממאפייני השוק ליחסי תלות

משעמדנו על המאפיינים העיקריים של יחסי פלטפורמה-משתמשים עסקיים ושל השוק שבו הם מתקיימים, נבקש לפנות לאתגרים העולים מהם. ראשית, מאפייניו של שוק הפלטפורמות, מבנהו הריכוזי, האסימטריה במידע, וההשקעה הספציפית של המשתמשים העסקיים יוצרים תלות של האחרונים בפלטפורמה. תלות זו זוכה לביטוי משמעותי בתוכן החוזים בין הצדדים, שבתי המשפט נוהגים להסתמך עליהם בפתרון סכסוכים, ומציירת אתגרים משמעותיים בהסדרת היחסים ביניהם.<sup>80</sup>

ככלל, על הצדדים חלים שלושה הסכמים מרכזיים. הראשון והעיקרי שביניהם הוא הסכם תנאי השימוש (Terms of Service [ToS]), השני הוא "כללי הקהילה" והשלישי מדיניות הפרטיות. כלל ההסכמים נכתבים על ידי הפלטפורמות, שלרוב שומרות לעצמן את הזכות לשנותם בכל עת ובאופן חד-צדדי.<sup>81</sup> הסכם תנאי השימוש קובע את מרבית הזכויות

77 לחלוקה מפורטת יותר ראו שם, בעמ' 6. נבהיר כבר עתה שבהתמקדות במשתמשים עסקיים אין כוונתנו שמשמשים אחרים, כמשתמשים-צרכניים או משתמשים-עובדים, אינם חשופים לבעיות הנובעות מפערי כוחות ואסימטריה במידע. ראו לעניין זה Calo & Rosenblat, לעיל ה"ש 8; Natali Helberger et al., *Consumer Protection 2.0: Structural Asymmetries in Digital Consumer Markets*, BEUC, (Mar. 2021) <https://www.beuc.eu/brochure/eu-consumer-protection-20-structural-asymmetries-digital-consumer-markets-0>; Orly Lobel, *The Law of the Platform*, 101 MINN. L. REV. 87 (2016).

78 הבדל מרכזי בין משתמשים עסקיים ומשתמשים עובדים נובע מכך שמשמשים עובדים מספקים שירותים שהם חלק בלתי נפרד מפעילות הפלטפורמה עצמה.

79 ראו לעניין זה Hoffman, לעיל ה"ש 72, בעמ' 1453.

80 ראו לדוגמה ת"א (מחוזי ת"א) 35377-03-17 *בן ישראל קריו נ' פייסבוק ישראל בע"מ* (נבו 12.12.18) (להלן: עניין קריו) ("ככל שמבקש התובע ליהנות מהפלטפורמה של פייסבוק כדי לקדם עסקיו עליו לקבל על עצמו את כללי ההתנהגות המקובלים והראויים בקהילת פייסבוק").

81 ראו Elkin-Koren et al., *Social Media as Contractual Networks*, לעיל ה"ש 23, בעמ' Lauren Henry Scholz, *Fiduciary Boilerplate: Locating Fiduciary Relationships in Information Age Consumer Transactions*, 46 J. CORP. L. 143, 157–158 (2020).

והחובות של הצדדים, כזכותן ה(כמעט) בלתי מסויגת של פלטפורמות לסיים את היחסים,<sup>82</sup> ופלטפורמות נוטות להשתמש בו כדי לתאר בשפה משפטית את הכללים המרכזיים החלים על היחסים בין הצדדים. מנגד, מרבית הפלטפורמות נעזרות בהסכם "כללי הקהילה" כדי לפרט את מדיניות ניהול התוכן שלהן. הסכם זה כתוב בשפה פשוטה, ומרבית ההסדרים בו נכתבים ככללים ומאפשרים הבנה ויישום קלים יותר.<sup>83</sup> כפי שמציין סוזר, דואליות זו – שבה שני הסכמים השונים בסגנון ובתוכן מסדירים כל אחד היבטים שונים של מערכת היחסים – אינה מקרית, ופלטפורמות נעזרות בה כדי להכווין את התנהגות המשתמשים מחד גיסא, ולהתנער מאחריות בנוגע להתנהגות זו מאידך גיסא.<sup>84</sup>

להסדרה חוזית של היחסים בין צדדים יתרונות מוכרים, שנובעים מהידע והניסיון העדיפים של הפלטפורמות בהשוואה למתכנן מרכזי (כרגולטור) או לבתי המשפט.<sup>85</sup> לצד יתרונות אלה, השימוש בהסדרה פרטית בנסיבות של יחסי תלות מתמשכים שבהם הצד החזק מנמיך את תנאי ההתקשרות מעורר אתגרים מהותיים.

בפרט, יחסי התלות בין הצדדים מאפשרים לפלטפורמות להשתמש בכוחן באופן שרירותי ואופורטוניסטי. אחד הביטויים המשמעותיים לכך הוא האפשרות (החוזית) לסיים את ההתקשרות עם המשתמש העסקי באופן חד-צדדי. לדוגמה, במחקר שפורסם ב-2022 מצאו אורי בן-אוליאל ושמואל בכר שלמעלה מ-95% מאתרי האינטרנט הגדולים בארצות הברית שומרים לעצמם את הזכות לסיים את ההתקשרות עם לקוחותיהם באופן חד-צדדי ובלא נימוק.<sup>86</sup> חשש זה יש להבין לאור ההשפעות ההרסניות על משתמשים עסקיים מסיים היחסים עם הפלטפורמה. ראשית, החלטה על הפסקת פעילותו של משתמש עסקי בפלטפורמה עלולה לגרום לו לנזק כלכלי ישיר מחוסר היכולת למכור את מוצריו או לזכות בהכנסות ממפרסמים. עבור יוצרים וזימי תרבות, למשל, הסדר שיתוף הרווחים מפרסום עם הפלטפורמה הוא הדרך העיקרית (ולעיתים היחידה) ליצירת הכנסה מפעילותם, וסיום ההתקשרות עם הפלטפורמה עלול לשלול מהם את מקור הכנסתם העיקרי.<sup>87</sup> מוכרים באמזון תלויים גם הם בפלטפורמה הן כשער הגישה לצרכנים והן לצורכי פרסום, אחסון, אריזה ואספקה של מוצריהם. כפי שתיאר זאת עובר של אמזון:

82 Elkin-Koren et al., *Social Media as Contractual Networks*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 8; Michael Karanicolas, *Too Long: Didn't Read: Finding Meaning in Platforms' Terms of Service Agreements*, 52 U. Tol. L. Rev. 1, 16 (2021).

83 Elkin-Koren et al., *Social Media as Contractual Networks*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 21; Klonick, לעיל ה"ש 45, בעמ' 1632.

84 Nicolas Suzor, *Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms*, 4 Soc. MEDIA & Soc'Y 1, 3 (2018).

85 Van Loo, *The New Gatekeepers*, לעיל ה"ש 54, בעמ' 511.

86 Benoliel & Becher, לעיל ה"ש 2. ראו גם Scout, לעיל ה"ש 3, בעמ' 24. שם מצוין כי החשש הנפוץ ביותר בין מוכרים באמזון הוא שאמזון תסיים עימם את ההתקשרות באופן שרירותי. הרו"ח מוסיף ומציין ש-58% מהמוכרים באמזון דיווחו כי אמזון הקשתה עליהם להתחרות בשוק המוצרים שלהם.

87 Stuart Cunningham & David Craig, *Creator Governance in Social Media* ראו למשל, *Entertainment*, 5 Soc. MEDIA & Soc'Y 1, 2 (2019).

"If they don't get their Amazon account back, they might be insolvent, laying off 10, 12, 14 people, maybe more. I've had people begging me for help. I've had people at their wits' end. I've had people crying".<sup>88</sup>

בנוסף, סיום היחסים עם הפלטפורמה – ואף השעיה זמנית של החשבון העסקי – עלולים ליצור נזק ארוך טווח למוניטין של המשתמש העסקי ולפגוע בדירוג ובחשיפה של העסק ללקוחות ולקהל העוקבים. אף משחודשו היחסים לא תמיד הפלטפורמה מחזירה את המצב לקדמותו ולעיתים אין למשתמש העסקי גישה לתכנים, לקהל העוקבים או לדירוג שהתקיימו טרם ההשעיה.<sup>89</sup>

פלטפורמות עשויות גם להשתמש בכוחן העודף בדרכים אפורטוניסטיות. פייסבוק, לדוגמה, דורשת ממפתחי אפליקציות לשתף מידע נרחב על אודות האפליקציה שפיתחו והשימוש בה, ונוהגת לפגוע בגישה של משתמשים לאפליקציות שהיא רואה כמתחרות פוטנציאליות.<sup>90</sup> פלטפורמות עשויות גם לפעול בדרך של העדפה עצמית. אמזון, למשל, נותנת עדיפות למוצריה על פני אלה של מוכרים אחרים בפלטפורמה ומשתמשת במידע מהפעילות של משתמשים עסקיים כדי לזהות מגמות, לתמוך מוצרים, ו"להעתיק" מוצרים שזכו להצלחה.<sup>91</sup> משתמשים עסקיים שמבקשים להתחרות במוצרי אמזון נדרשים להשקעה נרחבת בשיווק ובפרסום – כלומר, עליהם לשלם לאמזון בכובעה כבעלת התשתית כדי להתחרות באמזון כמוכרת.<sup>92</sup> דברים דומים נכונים גם בנוגע לחנויות אפליקציות, כאפל סטור וגוגל-פליי, שנוהגות לתעדף את האפליקציות של עצמן ואוסרות על רכישת מוצרים ושירותים שלא דרך חנות האפליקציות.<sup>93</sup>

## (ב) ריבוי תפקידים וטשטוש הגבולות בין סוגי היחסים

ט אחד של אתגרים בהסדרת היחסים שבין פלטפורמות דיגיטליות ומשתמשים עסקיים נובע, אם כן, ממאפייני שוק הפלטפורמות וכפועל יוצא מהתלות של המשתמשים העסקיים בפלטפורמות. לצד אלה, ריבוי התפקידים של הצדדים יוצר אתגרים נוספים. זאת, הן משום שהתפקידים השונים מלמדים על מטרות וערכים שונים (ואף מנוגדים) שהצדדים מבקשים

88 Van Loo, *Federal Rules of Platform Procedure*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 838.

89 וראו עוד לעניין זה Mishiyev v. Alphabet, Inc. et al., 444 F. Supp. 3d 1154 (N.D. Cal. 2020); Lewis v. YouTube, 197 Cal. Rptr. 3d 219 (Cal. Ct. App. 2015). עוד נציין שבעניין זוהר, לעיל ה"ש 5, מצוין בפס' 4, 92 כי התובעת טענה שסגירת חשבונותיה מפירה את זכויות היוצרים שלה בחשבונות, אך הטענה לא נדונה לגופה.

90 ראו למשל Lina M. Khan, *The Separation of Platforms and Commerce*, 119 COLUM. L. REV. 973, 1001–1003 (2019). (Khan, *The Separation of Platforms and Commerce*: להלן).

91 Dana Mattioli, *Amazon Scooped Up Data from Its Own Sellers to Launch Competing Products*, WALL ST. J. (Apr. 23, 2020) <https://www.wsj.com/articles/amazon-scooped-up-data-from-its-own-sellers-to-launch-competing-products-11587650015>; Stacey Mitchell & Shaoul Sussman, *How Amazon Rigs Its Shopping Algorithm*, PROMARKET (Nov. 6, 2019), <https://promarket.org/2019/11/06/how-amazon-rigs-its-shopping-algorithm/>.

92 Guggenberger, לעיל ה"ש 28, בעמ' 261.

93 שם, בעמ' 265–268.

להגשים, והן משום שהפלטפורמות עצמן מטשטשות את ההבחנה שבין התפקידים השונים, באופן שמקשה על ההסדרה החוזית של היחסים.

התפקידים השונים שהפלטפורמות והמשתמשים עצמם ממלאים עשויים היו לכאורה לסייע להבחנה שבין סוגים שונים של משתמשים בפלטפורמה. בפועל, הבחנה זו אינה חדה וזאת, לא פעם, בשל האופן שבו הפלטפורמה בוחרת לעצב את הממשק בינה ובין המשתמש. דוגמה לכך ניתן למצוא בפסק הדין בעניין דרורי.<sup>94</sup> בועז דרורי ניהל בפייסבוק דף אישי ו"עמוד" עסקי, כשבאחרון קידם את עסקיו כקבלן שיפוצים. לאחר שפרסם בדף האישי פוסט בעל התבטאויות מעוררות מחלוקת, השעתה פייסבוק את חשבונו האישי ואת הדף העסקי שלו לתקופה של 30 ימים, שבמהלכה פורסמו בעמוד העסקי ביקורות, המהוות לשון הרע בדבר עבודתו המקצועית, מצד חמישה משתמשים שמעולם לא העסיקו את דרורי ושעיים הגיע להסכמות מחוץ לכותלי בית המשפט. השעיית החשבון לא הותירה לדרורי אפשרות להגיב לפרסום,<sup>95</sup> ומשכשל ניסיונו להשתמש במנגנון ההודעה וההסרה פנה דרורי לבית המשפט בבקשה שיורה לפייסבוק לפצותו בגין אי-הסרת הביקורות.

בית המשפט דחה את תביעתו של דרורי וקבע שהשעיית החשבון הייתה מוצדקת ושהביקורות לא היו שונות בתוכנן מביקורות לגיטימיות.<sup>96</sup> החשוב לענייננו הוא שהמקרה מראה את הקשר ההדוק שיצרה פייסבוק בין העמוד האישי ובין הדף העסקי, כשפעולתו של דרורי בהקשר האישי הובילה לחסימת הדף העסקי שלו באופן שכורך בין הממד האישי והמסחרי של היחסים בין הצדדים, ושמשמעותה שפרסומים בעמוד האישי החורגים מ"כללי הקהילה" עלולים להוביל לפגיעה כלכלית-מסחרית בעסקיו של המפרסם, ככל שפעילות מסחרית זו נשענת, כולה או חלקה, על אותה פלטפורמה.

דוגמה נוספת לטשטוש הגבולות ניתן למצוא בעניין אבי לן, שעסק בסגירתו של דף הפייסבוק "סטטוסים מצייצים", שמטרתו "ללקט סטטוסים או פוסטים מאתר פייסבוק ומרחבי רשת האינטרנט ולרכז את הטובים והמעניינים" לצד פרסום תכנים מקוריים של משתמשים ישירות בעמוד. עמוד הפייסבוק פעל במשך שנים, זכה להצלחה, ו"צבר השפעה על השיח הישראלי".<sup>97</sup> הסכסוך בין הצדדים התעורר כשפייסבוק החליטה על סגירתם המיידית של העמוד ושל הפרופילים האישיים של מפעיליו לאחר שמצאה כי מנהליו גבו תשלום עבור פרסום תכנים בדף, בניגוד לתנאי ההסכם שביניהם. החשוב לענייננו, בשלב זה, הוא הקושי של בית המשפט בהגדרת פעילות העמוד. כך, בעוד שהוא מתאר את הסכסוך כ"סוגיה מסחרית-כלכלית", בית המשפט מציין כי מדובר ב"מספר קטן של סטטוסים עבור תשלום" ובהכנסה שנועדה ל"קיום פעילות העמוד" ולא ליצירת רווח, כשפעילות העמוד "כילתה את מרבית זמנם... ואת חסכוניותיהם" של התובעים, ונערכה לשם הערך האישי והחברתי שבה וכ"חלק בלתי נפרד מזהותם",<sup>98</sup> מאפיינים שאינם תואמים לאלה של פעילות מסחרית טיפוסית ודומים יותר לפעילות חברתית שמטרתה יצירת שיח ציבורי. גם במקרה זה נבע

94 ת"א (שלום ת"א) 42815-12-16 דרורי נ' דסקל (נבו 12.4.2020) (להלן: עניין דרורי).

95 שם, בפס' 3-8.

96 שם, בפס' 25.

97 עניין לן, לעיל ה"ש 5.

98 שם.

טטטוש הגבולות, בין היתר, מהבחירה הבינרית שפייסבוק מציע למשתמשים: לפעול באמצעות הפרופיל האישי או באמצעות "עמוד", מבלי שניתנת להם האפשרות להבחין בין עמודים שמטרתם מסחרית, צרכנית, חברתית או פוליטית. לבסוף, פלטפורמות פועלות לטטטוש הגבולות גם בנוגע לפעולות הנעשות מחוץ לפלטפורמה. עניין עזרור, למשל, עסק בהשעיית חשבונות הפייסבוק הפרטיים של עובדי חברת NSO בשל חלקה של החברה במתקפת סייבר שנערכה נגד פייסבוק. כפי שבית המשפט מציין, פייסבוק השעתה את החשבונות האישיים מבלי לטעון "שעזרור, או מי מהמבקשים, עשו שימוש לרעה בחשבונות הפרטיים שלהם" או היו מעורבים במתקפת הסייבר, ורק משום ש"מתוקף עבודתם [הם] תומכים ומאפשרים את פעילותה [של NSO]". בהתייחסו לטטטוש זה של הגבולות בית המשפט מציין כי "פרשנותה של פייסבוק לתנאי השימוש, לפיה היא רשאית להשבית את חשבונותיהם של כל עובדי NSO מעצם עבודתם בחברה, מעוררת קושי"<sup>99</sup>.

## ב. גישתם של בתי המשפט בישראל ליחסים החוזיים שבין פלטפורמות ומשתמשים עסקיים

משעמדנו על אופיים של היחסים בין פלטפורמות דיגיטליות ומשתמשים עסקיים ועל האתגרים הנובעים מאלה, נבקש לבחון מה הייתה גישתם של בתי משפט בישראל לאתגרים אלה וכיצד בחרו לסווג את החוזה בין הצדדים. בתי המשפט בישראל התמודדו עם שאלת סיווג היחסים שבין פלטפורמות ובין משתמשים עסקיים בשורה של פסקי דין, שמשותף לרבים מהם הוא העיסוק בשאלת תחולתן של תניות מקום השיפוט וברירת הדין. בהקשר זה, נהוג לראות בפסק הדין בעניין בן חמו את נקודת המוצא להתפתחות ההלכה בנוגע ליחסי פלטפורמה-משתמשים.<sup>100</sup> לאור חשיבותו, ואף שאינו עוסק בהקשר המסחרי, נבקש להציגו בקצרה. עניין בן חמו עסק בבקשה לאישור תביעה ייצוגית של משתמש צרכני נגד פייסבוק, בטענה שהאחרונה קוראת הודעות פרטיות של משתמשי הפלטפורמה ועושה בהן שימוש מסחרי. ההחלטה בעניין בן חמו, שניתנה ב-2018, עסקה בבקשתה של פייסבוק לסילוק על הסף של בקשת האישור בטענה שלפי החוזה בין הצדדים כל סכסוך ביניהם יתנהל בקליפורניה ועל פי דיני מדינה זו. בית המשפט העליון דחה את טענת פייסבוק בדבר תחולתה של תניית מקום השיפוט, אך מצא שיש להחיל את תניית ברירת הדינים. זאת, בשל אופייה הייצוגי של התביעה וסכומה הגבוה (400 מיליון דולר) מחד גיסא, ופערי הכוחות בין הצדדים והאפשרות שתניות מקום השיפוט ירתיעו משתמשים מהגשת תביעה, ובכלל זה תביעות ייצוגיות, מאידך גיסא.<sup>101</sup>

99 רע"א 2251/20 Facebook Inc נ' עזרור, פס' 8 (נבו 9.6.2020).

100 רע"א 5860/16 Facebook Inc נ' בן חמו, פס' 2 לפסק הדין של הנשיאה חיות (נבו 31.5.2018). ("תנאי השירות החדשים, של פייסבוק אינק, מכילים הוראות הדורשות ממשתמשים שאינם 'צרכנים' להגיש כל תביעה כנגד Facebook Inc, במערכת בתי המשפט בקליפורניה בהתאם לדין קליפורניה"). (להלן: עניין בן חמו).

101 שם, בפס' 37-43 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

לאחר פסק הדין שינתה פייסבוק את תנאי השימוש, כך שתניות מקום השיפוט וברירת הדינים יחולו כלפי משתמשים שאינם "צרכנים", כך שהסכסוך בין המשתמש הלא-צרכן ובין פייסבוק-ארה"ב יידון בבית משפט בקליפורניה ועל פי דיני מדינת קליפורניה, בעוד שצרכנים המבקשים להתדיין נגד פייסבוק יוכלו לעשות זאת במדינתם ובהתאם לדין המקומי.<sup>102</sup> אף שההבחנה שקבעה פייסבוק אינה עוקבת אחר זו שנקבעה בעניין בן חמו – כך, למשל, היא אינה עוסקת בסכום התביעה או באופייה הייצוגי (או הפרטי) – משמעותה היא שבתי המשפט נדרשו לסווג את היחסים החוזיים בין הצדדים כבר בשלבי המקדמיים של ההליך המשפטי, כשהחווה עצמו מנתב אותם להכרעה בינארית שבין סיווג החווה כצרכני ובין סיווגו כמסחרי.<sup>103</sup> ואומנם, בשורה של פסקי דין פיתחו בתי המשפט בישראל את ההלכה בדבר סיווג החווה בין הצדדים, כשאת המרכזיים מאלה, שלפחות על פניהם עוסקים בהקשרים עסקיים, נביא להלן.

באוגוסט 2020 ניתן על ידי בית המשפט המחוזי בתל אביב פסק הדין בעניין אלי נכט, שעסק בשני משתמשי פייסבוק שלצד הפרופיל האישי שלהם פתחו "עמוד" שבו קידם האחד סוגיות פוליטיות והאחר קורסים המשווקים על ידו. המשותף לשני המשתמשים הוא רכישתן של "חבילות שיווק מפייסבוק תמורת תשלום", פעולה שבגינה ביקשה פייסבוק לראות בהם משתמשים עסקיים. בית המשפט דחה טענה זו בקביעה כי "בעולם הרגיל (להבדיל מהעולם שיצרה פייסבוק), צרכן משלם עבור השירותים שהוא צורך. לפיכך, עצם התשלום אינו הופך את המבקשים ללא צרכנים".<sup>104</sup>

את הכרעתו שיש לראות במשתמשים צרכנים של פייסבוק ביסס בית המשפט על טשטוש הגבולות שבין הצרכני והמסחרי, בציינו ש"בענייננו, מדובר בשימוש מעורב הן שימוש אישי, ביתי ומשפחתי (בפרופיל האישי) והן שיווק קורסים וקידום נושאים ציבוריים ב'עמודים' ". כמו כן עמד בית המשפט על פערי הכוחות הניכרים בין הצדדים ש"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 להגנת החקיקה הצרכנית".<sup>105</sup>

כמה חודשים לאחר שניתן פסק הדין בעניין נכט פרסם בית המשפט העליון את החלטתו בעניין גל, שעסק בתובענה ייצוגית שהוגשה בשם מי שרכשו שירותי פרסום מפייסבוק, בטענה שהאחרונה הפרה את החווה בין הצדדים כשלא בחנה מראש האם יש בפרסומים תוכן מפר שעשוי להוביל להסרתם, וש בשל כך הוסרו בפועל מודעות שנרכשו לאחר פרסומן.<sup>106</sup> גם במקרה זה טענה פייסבוק כי יש לראות במי שרכשו ממנה שירותי פרסום בתשלום משתמשים עסקיים, ומכאן שיש להחיל לגביהם את תניות מקום השיפוט וברירת הדינים. השופטת ברון דחתה טענה זו, כשהיא מבחינה בין הגדרת המונח "צרכן" בחוק הגנת הצרכן

102 ת"צ (מחוזי ת"א) 1393-01-17 נכט נ' Facebook Ireland Ltd (נבו 6.8.2020) (להלן: עניין נכט).

103 שם, בעמ' 5-6.

104 שם, בעמ' 7.

105 שם, בעמ' 8.

106 עניין גל, לעיל ה"ש 5, בפס' 2.

ובין הגדרתו בחוזה שבין פייסבוק ומשתמשיה. חשובה לא פחות לענייננו היא קביעתה של השופטת כי אין לראות ב"סיווגם של המפרסמים כ'צרכנים'... עניין בינארי. כאשר מפרסם רוכש שירותי פרסום עבור בית העסק שלו, מצד אחד אין זו בהכרח רכישה צרכנית במובן הצר, ומנגד לא ניתן לשלול את האפשרות שמדובר ברכישה צרכנית במובן הרחב". לאור דברים אלה, ותוך שהיא מדגישה את פערי הכוחות בין הצדדים, קבעה השופטת שיש לאמץ את כלל הפרשנות כנגד המנסח, במובן זה שאילו רצתה פייסבוק לקבוע הגדרה מצומצמת למונח "צרכן" – הדומה לזו שבחוק הגנת הצרכן – היה עליה לעשות זאת במפורש, ומשלא עשתה כן יש לתת למונח "צרכן" בחוזה פרשנות רחבה ולראות בקבוצת התובעים "צרכנים", לפחות לצורך בירור הבקשה לסילוק על הסף.<sup>107</sup>

כפי שנפרט בשני הפרקים הבאים, אנו מוצאים היגיון רב בקביעתה של השופטת ברוך כי אין לראות בסיווג היחסים בין הצדדים שאלה בינארית, וכי יש להבחין בין פרשנות המושג "צרכן" בחוזה ובין פרשנותו בהקשרים אחרים. לגישתנו, שעליה נפרט בפרק ד, יש לראות בחוזה שבין פייסבוק ובין משתמשים עסקיים סוג חדש של חוזה שבמסגרתו ניתן להבחין בין סוגים שונים של משתמשים עסקיים מבלי לראות במי מהם צרכן או בחוזה חוזה צרכני כמשמעות המושג בחקיקה ופסיקה. בפרט, וכפי שיידון בהמשך, כיוון שלסיווג החוזה השלכות על פרשנות תניותיו ועל החובות והזכויות הנובעות ממנו, גישה שלפיה חוזה מסוים הוא צרכני בהקשרים מסוימים ומסחרי באחרים עלולה להקשות על ראייה של החוזה כמכלול ועל ההבנה של היחס בין חלקיו ותניותיו השונים. מנגד, תפיסה של היחסים כיוצרים סוג חדש של חוזה תאפשר פיתוחם של כללים חוזיים המתאימים למאפיינים ולאתגרים הייחודיים שהם מעוררים, מבלי שיהיה על בית המשפט להתאים כללים אלה למאפיינים (ולאתגרים) של חוזים צרכניים (או מסחריים) טיפוסיים.

רמז לבעייתיות שבסיווג הבינארי של היחסים החוזיים ניתן למצוא בפסק הדין בעניין בן ישראל קרוי.<sup>108</sup> במקרה זה חסמה פייסבוק את יכולתו של התובע לשתף קישורים לאתרי אינטרנט שהפעיל ושבהם הופיעו פרטי הקשר של עובדי פייסבוק. חשובה לענייננו היא קביעתו של בית המשפט שלפיה כיוון שהתובע הגיש את תביעתו כאדם פרטי, אין הוא יכול להישען על חוק עוולות מסחריות או לטעון כי הסרת הקישורים מכבידה על פעילותו כעסק מתחרה. אף אם צדק בית המשפט בדחיית הטענה לגופה, לא תמיד יהיו אלה פני הדברים, והגדרת המשתמש העסקי כצרכן, אף אם תפעל לטובתו בהקשרים מסוימים, יכולה לפעול נגדו באחרים.

פסק הדין השלישי והאחרון שבו נדון, ושעוסק בתחולתה של תניית ברירת הדינים, הוא פסק הדין בעניין טרוים מילר שניתן ביולי 2022 על ידי בית המשפט העליון.<sup>109</sup> עניין טרוים מילר עסק בחוזה שבין פייסבוק ובין משתמשים – מפיקי ירידים – שרכשו שירותי פרסום בפלטפורמה, והרשת החברתית שימשה עבורם ערוץ פרסום עיקרי וכמעט בלעדי. במקרה זה ביקשו התובעים לאחד ארבעה עמודי פייסבוק כדי לקדם ירידים שערכו, והתביעה הוגשה

107 שם, בפס' 19-20.

108 עניין קרוי, לעיל ה"ש 80.

109 רע"א 1901/20 טרוים מילר בע"מ נ' Facebook Ireland Limited (נבו) (26.7.2022) (להלן: עניין טרוים מילר).



בשל עיכוב באיחוד העמודים שהיטב להם נזק, מאחר שלטענת התובעים הפרסום שרכשו מפייסבוק לא הגיע לקהל היעד שלהם במועד.

בדין בטענת הסף של פייסבוק למחיקה בגין תניית ברירת הדין<sup>110</sup> נחלקו השופטים בעמדתם. דעת המיעוט, מפי השופט הנדל, הדגישה את היות התובעים "גורמים עסקיים" ומצאה שעל הסכסוך לידון על פי חוקי מדינת קליפורניה.<sup>111</sup> דעת הרוב, שלה היו שותפים השופטים גרוסקופף ורילנר, מצאה שיש להתייחס לתובעים – ולעסקים קטנים בכלל – כצרכנים, וכי לאור זאת תניית ברירת הדין מהווה תנייה מקפחת בחוזה אחיד.

שתי מחלוקות עיקריות עמדו בין שופטי הרוב והמיעוט. הראשונה, שחורגת מגבולות מאמר זה, עוסקת בתגובתו הראויה של הדין לגלובליזציה של שווקים בכלל, ולמסחר המקוון בשירותים ומוצרים בפרט.<sup>112</sup> בהקשר זה, נציין בקצרה, הציגו השופטים גרוסקופף והנדל עמדות מנוגדות. לגישתו של האחרון, "ראוי להזכיר את מרכיב הגלובליזציה בכלכלה של המאה ה-21, ולשים לב לקידמה שעשתה את העולם לכפר גלובלי", תוך "הכרה בכך שגולציה צרכנית זרה עשויה לתת מענה מספק ללקוח הישראלי – מקום בו קיים רצון 'למשוך' גופים עסקיים שונים אל השוק המקומי".<sup>113</sup> על פי גישה זו, אם כן, הגלובליזציה השוקית היא תהליך רצוי (או, לכל הפחות, בלתי נמנע) שיש לאמצו לא רק בהקשר המסחרי אלא גם בזה המשפטי, ובכלל זה ביכולת של תאגידים גלובליים להכפיף את עצמם ואת לקוחותיהם לדינים החלים במדינה שבה בחר התאגיד – בניגוד לזו שהמשתמש מתגורר בה – ובלבד שדינים אלה מספקים למשתמש הגנה סבירה, אף אם שונה בתוכנה ומהותה מזו שמעניקים הדינים החלים במקום מגוריו.<sup>114</sup> מנגד, לגישתו של השופט גרוסקופף, כשאנו עוסקים בתאגידים שלהם "פעילות בישראל", כהגדרתו,<sup>115</sup> "נקודת המוצא היא כי מדינת ישראל, ככל מדינה ריבונית, ובית משפט זה, 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".<sup>116</sup>

המחלוקת השנייה, והרלוונטית יותר לענייננו, עוסקת בסיוג היחסים החוזיים בין הצדדים. בהקשר זה גרסה עמדת המיעוט שאף ש"ניתן להניח כי בין הצדדים מתקיימים

110 באותו מקרה ויתרה פייסבוק על טענתה ביחס למקום השיפוט. ראו שם, בפס' 8 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל.

111 שם, בפס' 30 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל.

112 שם, בפסקה 31 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

113 שם, בפסקה 33 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל.

114 כך, למשל, ייתכן שצרכנים במדינה שבה ההגנה על הצרכן באה לידי ביטוי בכללים קוגנטיים ייתפסו ככאלה שזוכים להגנה סבירה גם אם, ביחסם עם התאגיד הבינלאומי, יחולו עליהם דיני הגנת צרכן של מדינה הנוקטת גישה של חופש חוזים רחב יותר לצד חובות גילוי מקיפות ונוקשות יותר. זאת, אף שכעניין מעשי הזכויות שמעניקות כל אחת מהגישות לצרכן והנדרש מהצרכן בעת הליך ההתקשרות החוזית לשם הגנה על האינטרסים שלו שונים מהותית, ואף ספק אם הצרכן הסביר מכיר את הגישה של דיני הגנת הצרכן במדינה האחרת.

115 עניין טרוים מילר, לעיל ה"ש 109, בפס' 30-31 ובפס' 36 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

116 שם, בפס' 6 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

פערי כוחות מסוימים", פערים אלה "מצומצמים מאלה הקיימים בין פייסבוק למשתמש פרטי" בשל היות התובעים "גורמים עסקיים". לאור קביעה זאת אימץ השופט הנדל את עמדתו של בית המשפט המחוזי שלפיה: "כאשר מדובר על תובעים שהינם אנשי עסקים, אשר מגישים תביעה משמעותית בגין אירוע עסקי, נראה כי אפקט ההרתעה מכך שדיני מדינת קליפורניה יחולו על התביעה הינו קטן [...] כל אשר נדרש מהתובעים הינו הגשת חוות דעת לגבי הדין הזר [...] אין מדובר בהוצאה משמעותית ומרתיעה, בוודאי לא כאשר מדובר בתביעה של 700,000 ש"ח".<sup>117</sup>

דעת הרוב הגיעה למסקנה הפוכה. השופט גרוסקופף קבע ש"תניית דין זר תתקשה לצלוח את מבחני הסבירות וההגינות של חוק החוזים האחידים",<sup>118</sup> וזאת כיוון ש"הלקוח הבורד, בין אם הוא אדם פרטי ובין אם עסק קטן, אינו יכול לדעת מהו הדין האיטלקי/הצרפתי/הניו־יורקי, לא בעת כריתת החוזה ולא בעת התגלעות הסכסוך",<sup>119</sup> ומשום ש"עוסק שהיקף פעילותו מוגבל (עסק קטן) נעדר כל יכולת מיקוח ביחס לתנאי ההסכם הנוגעים לשירותים שהוא רוכש" מתאגידים בעלי עוצמה תאגידית גלובלית, דוגמת פייסבוק.<sup>120</sup>

השופטת וילנר אימצה את הגישה התכליתית שהציעה השופטת ברוך, כשגם לגישה מושג "ה'צרכן' עשוי לשאת משמעות שונה בהקשרים שונים" והיקף תחולתו יוכרע "בהתאם לנסיבות הרלוונטיות ובראי ההצדקות לדיני הגנת הצרכן, ובראשן כאמור פערי המידע והכוח בין הצדדים",<sup>121</sup> כש"אין לראות בכל מפרסם בפייסבוק כ'צרכן'... [ו]מפרסמים בפייסבוק שהם עסקים גדולים ו'מתחכמים', בעלי עוצמה כלכלית, ניסיון ומומחיות רלוונטיים, אין מקומם בגדר מושג ה'צרכן' בענייננו".

כדי להבחין בין מפרסמים "צרכניים" ו"עסקיים" הציעה השופטת רשימה (לא סגורה) של מבחני משנה, ואליה הצטרף השופט גרוסקופף.<sup>122</sup> בפרט, על בית המשפט לבחון: "את חוסנו הכלכלי של המפרסם; את כמות העובדים שהוא מעסיק; אם יש לו ליווי משפטי, ובאיזה היקף; האם קיימת בו מחלקת פרסום, ובאיזה היקף; עד כמה הפרסום בפייסבוק חיוני לפעילות המפרסם באופן שיוצר תלות; אם פרסום הוא חלק אינטגרלי מפעילות העסק, או שמא אך כלי לקידום מוצרי העסק ושירותיו; מה סכום התביעה, ומה מידת ההרתעה הטמונה מבחינת המפרסם בהתדיינות לפי הדין הזר".<sup>123</sup>

כפי שניתן לראות, בעוד שדעת המיעוט ראתה ביחסים שבין פייסבוק ובין המפרסמים בה יחסים עסקיים-מסחריים, דעת הרוב הגדירה יחסים אלה כצרכניים, תוך שהיא מאמצת גישה תכליתית להבחנה בין השניים, כזו הרואה בעסקים קטנים "צרכניים" לצורך תחולתה של תניית ברירת הדינים, אך מאפשרת מסקנה שונה בנוגע לתחולתן ופרשנותן של תניות אחרות בחוזה ושל דברי חקיקה ופסיקה רלוונטיים.

117 שם, בפס' 30 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל.

118 שם, בפס' 24 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

119 שם, בפס' 27 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

120 שם, בפס' 40 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

121 שם, בפס' 20 לפסק הדין של השופטת וילנר.

122 שם, בפס' 45 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

123 שם, בפס' 26 לפסק הדין של השופטת וילנר.

עד כה דנו בפסקי דין שעסקו בהגדרת היחסים החוזיים בנוגע לתחולתן של תניות מקום שיפוט וברירת דין. בנוגע לאלה, מצאנו שבתי המשפט נוטים לסווג את החוזה שבין פלטפורמות דיגיטליות ומשתמשים עסקיים כחוזה צרכני. לסיום הדברים נסיף שבהקשרים אחרים לא ניתן בהכרח למצוא נטייה דומה. לדוגמה, עניין זוהר, שנדון בבית המשפט המחוזי בתל אביב, עסק בתביעה להשבה לפעילות של קבוצת הפייסבוק שהקימה התובעת, דיאנה זוהר, שמנתה כרבע מיליון חברים ועסקה במתן המלצות לרכישת מוצרים שהוצעו למכירה בפלטפורמות מסחר אחרות (דוגמת עלי אקספרס). לטענת פייסבוק, השעיית הקבוצה נעשתה בהתאם לחוזה החל על הצדדים האוסר על הפרת קניין רוחני כיוון שזוהר פעלה למכירת מוצרים לא מקוריים, "זיופים", של חברות אופנה מוכרות, דוגמת אדידס.<sup>124</sup> כחלק מנימוקיו בדחיית התביעה קבע בית המשפט כי זוהר "מבקשת להשתמש בפלטפורמת פייסבוק ואינסטגרם למטרות עסקיות",<sup>125</sup> ומכאן שהחוזה בין הצדדים הוא חוזה מסחרי. דוגמה נוספת היא עניין ויוה מדיה, שנדון בבית המשפט המחוזי מרכז-לוד, ועסק בחברה שהפעילה אתר אינטרנט ובמסגרתו השתמשה בשירות AdSense של גוגל. גוגל סיימה את ההתקשרות עם ויוה מדיה בטענה שהאחרונה הפרה את החוזה בין הצדדים כשביצעה מניפולציות שגרמו למבקרים באתר ללחוץ על הפרסומות בלא שהתכוונו לכך.<sup>126</sup> בפסק הדין בית המשפט מתאר את ויוה מדיה כ"שחקן חוזר ומתוחכם" שמטרתו השאת רווחים, ובהתאם רואה בחוזה שבין הצדדים חוזה מסחרי.<sup>127</sup> כפי ששני המקרים לעיל מעידים, כשבתי המשפט נדרשים לסווג את היחסים בין הצדדים שלא בנוגע לתחולתן של תניות מקום השיפוט וברירת הדינים, אין הם נוטים (בהכרח) לסווגם כצרכניים, ולפחות בחלק מהמקרים רואים בחוזה ביניהם חוזה מסחרי "טיפוסי".

## ג. הסדרת היחסים בין פלטפורמות ומשתמשים עסקיים:

### מסגרת תאורטית ופתרונות קיימים

#### 1. השימוש בדיני החוזים להסדרת יחסים הוריוזנטליים

##### (א) מרגישות לעובדות וריבוי ערכים לחלוקה לסוגי חוזים

דיני החוזים והתאוריה החוזית מאופיינים בתהליכים מנוגדים של האחדה ופלורליזם.<sup>128</sup> בתקופה של טרום דיני החוזים הקלאסיים התאפיינו דיני החוזים בהיותם "דינים שהסדירו את היחסים שבין מעביד ועובד, משכיר ושוכר... וכיוצא בהם".<sup>129</sup> משהסכימו הצדדים להתקשר בחוזה, מרבית ההסדרים הקבועים בו נבעו מאופי היחסים כשלצדדים חופש מועט לשנותם.<sup>130</sup> דיני החוזים הקלאסיים, המיוחסים לתקופה של סוף המאה ה-19 ותחילת

124 עניין זוהר, לעיל ה"ש 5, בפס' 20-23.

125 שם, בפס' 31.

126 עניין ויוה מדיה, לעיל ה"ש 5, בפס' 30.

127 שם, בפס' 16.

128 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 17; Kreitner, לעיל ה"ש 12.

129 מאוטנר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 493.

130 שם.

המאה ה-20, הפכו מצב זה על פיו: ראשית, בתפיסה של חוזה העסקה כ"חוזה הפרדיגמטי" שעל בסיסו נוצרו ההסדרים הקבועים בדיני החוזים ושהוחלו על כלל סוגי היחסים; ושנית, וכפועל יוצא מכך, בהרחבה ניכרת של חופש החוזים.<sup>131</sup>

תהליך האחדה דומה התרחש גם בתאוריה החוזית, אף אם בתקופה מאוחרת יותר. תאוריות חוזיות מוניסטיות ביקשו להצביע על ערך יחיד – כיעילות או חירות – כערך המצדיק את השימוש בכוחה הכופה של המדינה לאכיפת החוזה, ומכאן כמטרה (היחידה או האולטימטיבית) שעל דיני החוזים לקדם.<sup>132</sup>

האחדתם של הדינים והתאוריה החוזיים עוררה קשיים לא מבוטלים. עבור דיני החוזים, כפי שציין מנחם מאוטנר, פיתוח הדין על בסיס המאפיינים העובדתיים של חוזה העסקה והחלתו על יחסים חוזיים בעלי מאפיינים עובדתיים שונים "אינה יכולה לא להוביל לשגיאות נורמטיביות". כדי להימנע משגיאות אלה, הציע מאוטנר, על בתי המשפט להפעיל את "דיני החוזים והתיאוריה תוך רגישות למאפיינים העובדתיים הייחודיים של ההתקשרויות החוזיות הרבות והמגוונות".<sup>133</sup> במילים אחרות, דיני חוזים מאוחדים, המבוססים על מאפייני העובדתיים של סוג מסוים של יחסים, יוצרים "פער עובדתי" בין הנסיבות הטיפוסיות שבהן נערך חוזה העסקה – הוא החוזה "הפרדיגמטי" – והנסיבות הטיפוסיות של סוגי יחסים אחרים. כדי להתגבר על פער עובדתי זה וה"שגיאות" הנובעות ממנו, עלינו להכיר בשוני העובדתי שבין סוגי היחסים החוזיים השונים ולהתאים את הכללים החוזיים למאפיינים אלה.<sup>134</sup> דברים דומים נכונים גם כאשר ל"פער הנורמטיבי" העולה מהחלת תאוריות חוזיות מוניסטיות על מציאות חוזית שבה, לפחות בחלק מהמקרים, הצדדים לחוזה מבקשים לקדם מגוון מטרות וערכים. ככלל, ריבוי הערכים החוזיים עשוי לבוא לידי ביטוי באחד (או יותר) משלושה היבטים: הפרקטיקה החוזית, שמשקפת את הערכים שהצדדים לחוזה עצמם מבקשים לקדם; דיני החוזים, המשקפים את הערכים שבבסיס ההכרעה המשפטית; והתאוריה החוזית, המבקשת להצדיק את השימוש בכוחה הכופה של המדינה לאכיפת החוזה בין הצדדים. רבים מסכימים שהצדדים עשויים להשתמש בכלי החוזי כדי לקדם מגוון ערכים, ובהם: השאת רווחתם, קהילתיות, שיתוף פעולה, חירות, ואוטונומיה במובנה החיובי (self-determination).<sup>135</sup> מנגד, רבות מהתאוריות החוזיות הן תאוריות מוניסטיות המבקשות להצדיק את השימוש בכוחה הכופה של המדינה לשם אכיפת החוזה על בסיס

131 ראו לדוגמה HANOCH DAGAN & MICHAEL HELLER, THE CHOICE THEORY OF CONTRACTS 3–12 (להלן: (DAGAN & HELLER, THE CHOICE THEORY OF CONTRACTS (CAMB. UNIV. PRESS 2017).

132 ראו לדוגמה Kreitner, לעיל ה"ש 12, בעמ' 916–917.

133 מאוטנר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 504. ראוי לציין שבדברים אלה אין מאוטנר מבקש לשלול את קיומם של דיני חוזים כלליים, אלא שאלה מהווים, לפי מאוטנר, "קטגוריה שיווית שבגדרה נידונות ומבוררות בעיות אופייניות חוזיות שעשויות להתעורר, ומתעוררות שוב ושוב, כל אימת שבני-אדם מצויים בקשר חוזי", דוגמת תהליך כריתת החוזה ופגמים ברצון. ראו שם, בעמ' 502.

134 למאפיינים אלה כמבססים את החלוקה לסוגי החוזים השונים ראו Kreitner, לעיל ה"ש 12, בעמ' 919–920.

135 ראו למשל Daniel Markovits & Alan Schwartz, *Plural Values in Contract Law: Theory and Implementation*, 20 THEORETICAL INQUIRIES L. 571, 572 (2019).

אחד בלבד מערכים אלה.<sup>136</sup> פער נורמטיבי זה, בדומה לפער העובדתי שנדרון לעיל, צפוי גם הוא להוביל ל"שגיאות" בעת פרשנות החוזה ובקביעת הזכויות והחובות של הצדדים הנובעות ממנו.

חלוקת עולם החוזים לסוגים קנתה מקום במשפט הישראלי כפסק הדין בעניין ביבי כבישים. במקרה זה הסכימו שלושת שופטי ההרכב כי "לא כל החוזים נולדו שווים",<sup>137</sup> וכי על דיני החוזים לחול באופן שונה על סוגי החוזים השונים. עם זאת, בעוד שהשופט שטיין הדגיש את ההבחנה שבין חוזים שלמים ומפורטים ובין חוזים "פתוחים",<sup>138</sup> השופט גרוסקופף הציע להבחין בין סוגי החוזים על פי זהות המתקשרים – בין אם אנשים פרטיים ובין אם אנשי עסקים – באופן היוצר חלוקה לשלושה סוגי חוזים: החוזה העסקי שבין שני אנשי עסקים, החוזה הצרכני שבין עוסק ואדם פרטי, והחוזה הפרטי שבין שני אנשים פרטיים.<sup>139</sup> נוסף שמעבר לחלוקה המבוססת על הברלים עובדתיים לעיל – זהות הצדדים ומידת הפירוט של החוזה – עמד השופט גרוסקופף גם על ה"פער הנורמטיבי" בקביעתו כי "לשיטתי, דיני הפרשנות שראוי להפעיל ביחס לכל אחד מסוגי החוזים הללו (העסקי, הצרכני והפרטי) אינם זהים", כש"הטעם לשונות" הוא שדיני החוזים מבקשים לקדם תכליות שונות – בהן יעילות, רצון הצדדים והוגנות – ש"חשיבותן היחסית... משתנה בהתאם לסוג החוזה".<sup>140</sup>

חלוקתו של עולם החוזים נובעת מהפערים העובדתי והנורמטיבי ומביאה לידי ביטוי את המאפיינים של דיני החוזים: גמישות בהיקף תחולתה של ההכרעה המשפטית, המשקפת את עצם החלוקה לסוגי החוזים; רגישות לעובדות המהווה מענה לפער העובדתי; ופלורליזם

136 ראו לדוגמה Kreitner, לעיל ה"ש 12, בעמ' 916-917. הפער הנורמטיבי משקף את המתח שבין ריבוי הערכים בפרקטיקה החוזית והתאוריה החוזית המוניסטית, ומעורר קשיים דומים לאלה שמעורר הפער העובדתי. דניאל מרקוביץ ואלן שוורץ (Markovits & Schwartz), לעיל ה"ש 135, בעמ' 576-585) הציעו שכרי להתמודד עם מתח זה, תאוריות מוניסטיות עשויות לאמץ אחת משלוש אסטרטגיות: הראשונה, כניעה (capitulation), כרוכה בצמצום תחולת התאוריה לסוגי היחסים שבהם הצדדים לחוזה מבקשים לקדם ערך יחיד – הערך שהתאוריה מבוססת עליו (ראו לעניין זה גם עניין ביבי כבישים, לעיל ה"ש 10, בפס' 3-4 לפסק הדין של השופט גרוסקופף); השנייה, מינוף (leveraging), מבקשת לאתר דוקטרינות חוזיות שניתן להצדיקן על ידי כל אחד מהערכים החוזיים, והשלישית והאחרונה, אימוץ (embracing), מבוססת על טקסונומיה של סוגי חוזים שכל אחד מהם משקף שילוב מסוים של הערכים החוזיים. כפי שניתן לראות, האסטרטגיה הראשונה והשלישית רואות בחלוקה לסוגי חוזים דרך לפתור את הפער הנורמטיבי, כשהראשונה עוברת מהתאוריה לפרקטיקה (top down), והשלישית מהפרקטיקה לתאוריה (bottom up). ראו גם איל זמיר "הסדרת החוזים המיוחדים בהצעת הקודקס האזרחי" משפטים לו 531, 532 (2007). לפיו, רבע מהוראותיו של הקודקס האזרחי החדש עוסקות בחוזים מיוחדים. האסטרטגיה השנייה מצביעה על אותן "בעיות אופייניות חוזיות כל אימת שבני-אדם מצויים בקשר חוזי" שביחס אליהן אין הפער הנורמטיבי מתעורר. מסיבה זו, גם היקף התחולה של אסטרטגיה זו מוגבל.

137 עניין ביבי כבישים, לעיל ה"ש 10, בפס' 12 לפסק הדין של השופט שטיין ובפס' 1 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

138 שם.

139 שם, בפס' 2 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

140 שם, בפס' 3-4 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

ערכי המבקש להתמודד עם הפער הנורמטיבי. יתרון נוסף בהבחנה שבין סוגי חוזים הוא שיצירתו של סוג חוזה חדש מאפשר חשיבה סדורה על טיבם ואופיים של היחסים החוזיים והנסיבות העובדתיות הטיפוסיות שבהן הם נערכים, ובכך ליצור בדין מענה ברור ומובחן לאתגרים שיחסים חוזיים אלה מעוררים. בהתאם, ולסיום הדיון, בתת-החלק הבא נבחן מתי ראוי שדיני החוזים יכירו בקיומו של סוג חדש של חוזה.

### (ב) מתי יהוו יחסים חוזיים סוג חדש של חוזה?

השאלה מתי ראוי להכיר בסוג חדש של חוזה כרוכה בשתי סוגיות מרכזיות, שאחת מהן רלוונטית לדיון הנוכחי. חלק ניכר מהדיון בסוגי חוזים עוסק ביצירתו של סוג חוזה על ידי המדינה מבלי שזה התקיים קודם לכן בעולם המעשה. בהקשר זה, קיימת מחלוקת בדבר הזהות והכשירות המוסדית של הגוף היוצר את סוג החוזה.<sup>141</sup> ואולם, דיון זה אינו רלוונטי לענייננו, העוסק ביחסים חוזיים קיימים, ושואל האם יש להכיר בהם כחוזה מסוג חדש.

הסוגיה המרכזית הנוספת שואלת מתי יש לראות בשני הסדרים חוזיים סוגים שונים של חוזה. אורן בר-גיל וקלייטון ג'ילט הציעו לבחון שאלה זו לאור ההפרש בערך שכל אחד מהסדרים החוזיים מספק לצדדים, ושאותו הם מכנים "מרחק חוזי".<sup>142</sup> לצורך הדיון הנוכחי נבקש לאמץ את רעיון המרחק החוזי, אך להגדירו כמידת הפער העובדתי והנורמטיבי שבין הסדרים חוזיים, כך שככל שהמרחק החוזי רב יותר קיים סיכוי גדול יותר שתתרחשנה "שגיאות נורמטיביות" בעת יישומם של דיני החוזים, ומתחזקת ההצדקה להכיר בהסדר שבין הצדדים כמהווה סוג חדש של חוזה. גישה זו משקפת את הסיבות לחלוקת עולם החוזים לסוגים, ואף תואמת את מטרת המאמר הנוכחי: בחינת השימוש בדיני החוזים להסדרת היחסים בין פלטפורמות דיגיטליות ומשתמשים עסקיים.

קיומו של מרחק חוזי, כהגדרתנו, מהווה סיבה תקפה להכרה בסוג חדש של חוזה. עם זאת, ולפחות במידה מסוימת, דיני החוזים מושפעים גם משיקולים נוספים, כשיקולים אדמיניסטרטיביים והרצון ליצור ודאות משפטית. הכרה בסוג חדש של חוזה כרוכה בעלות אדמיניסטרטיבית – ברמות זמן ומאמץ שיפוטי – שבפיתוח הכללים החלים על סוג חוזה חדש. נוסף לאלה, השלבים הראשוניים של הכרה ביחסים חוזיים כסוג חדש ועיצוב הכללים החוזיים החלים לגביו של חוזה צפויים לעורר מידה של אי-ודאות, שעשויה לכוא לידי ביטוי בעלויות כלכליות, פגיעה בחירות,<sup>143</sup> וערעור יכולתם של הצדדים להשתמש בכלי החוזי לקידום הפרויקטים שהם בחרו לקדם.<sup>144</sup> לאור זאת, בהינתן מרחק חוזי המצדיק, על פניו,

141 לדיון ראו לדוגמה, Hanoch Dagan & Michael Heller, *Freedom, Choice, and Contracts*, 20 THEORETICAL INQUIRIES L. 595, 615–619 (2019) (להלן: Dagan & Heller, *Freedom, Choice, and Contracts*).

142 Oren Bar-Gil & Clayton P. Gillette, *On the Optimal Number of Contract Types*, 20 THEORETICAL INQUIRIES L. 487, 490 (2019).

143 זאת, בשל האפשרות שיוטלו על צד חיובים רבים מאלה שהתכוון לקחת על עצמו. ראו Peter Benson, *The Idea of a Public Basis of Justification for Contract*, 33 OSGOOD HALL L. J. 273, 327–329 (1995).

144 ראו Hanoch Dagan, *Types of Contracts and Law's Autonomy-Enhancing Role*, in EUROPEAN CONTRACT LAW AND THE CREATION OF NORMS 109 (Stefan Grundman & Mateusz

הכרה ביחסים בין הצדדים כיוצרים סוג חדש של חוזה, יש להוסיף ולבחון האם מרחק זה והשלכותיו על הסדרת היחסים בין הצדדים מצדיק את העלות – במונחי יעילות, חירות, ואוטונומיה – שנובעת מהכרה ביחסים אלה כסוג חדש של חוזה.<sup>145</sup>

## 2. הסדרת היחסים בין פלטפורמות ומשתמשים עסקיים: פתרונות חוזיים

משעמדנו על הרקע והמטרות של חלוקת עולם החוזים לסוגים, נבקש ליישם מסגרת תאורטית זו על האופן שבו התמודדו בתי המשפט ומלומדים עם שאלת סיווג החוזה שבין פלטפורמות ומשתמשים עסקיים. לצורך כך, ומהסיבות שפורטו בחלק הקודם, נראה בחוזה המסחרי "הטיפוסי" (חוזה עסקה) את נקודת המוצא להסדרה החוזית של היחסים, ונבחן את המרחק החוזי שבין חוזה זה ובין מאפייני היחסים בפועל. בהתאם, את הסיווגים השונים של החוזה נבחן לאור יכולתם להתגבר על הפערים העובדתיים והנורמטיביים שנובעים מסיווג החוזה בין הצדדים כחוזה עסקה. כפי שנראה, אף שכל אחד מהפתרונות המוצעים בספרות מתמודד עם היבטים מסוימים של המרחק החוזי, אף אחד מהם אינו מתגבר עליו באופן מלא, וחלקם אף יוצרים פערים עובדתיים או נורמטיביים חדשים.

### (א) נקודת המוצא: החוזה המסחרי (חוזה העסקה)

החוזה המסחרי הוא חוזה שנערך בין "עוסקים" – בין אם חברות פרטיות ובין אם אנשי עסקים – ושנתפס ככזה שבו הערך המרכזי (ואף היחיד) שהצדדים מבקשים לקדם הוא השאת רווחתם הכלכלית, ומכאן שמטרתם המשותפת היא השאת ערכו הכלכלי של החוזה.<sup>146</sup> החשיבות העיקרית שבסיווג חוזה כחוזה מסחרי נובעת מההנחות הכרוכות בו, ובפרט: שזה נערך בין צדדים שמידת התחכום, הידע וכוחם היחסי דומים, ושלהם עדיפות, על פני הרגולטור ובתי המשפט, ביצירת ההסדרים המתאימים לצורכיהם.<sup>147</sup> כפועל יוצא מהנחות אלה, מקובל לראות את דיני החוזים ככאלה שעליהם לאפשר לצדדים את החופש לעצב את העסקה כרצונם, ואת בתי המשפט ככאלה שתפקידם להסתמך על שיקול דעתם של הצדדים.<sup>148</sup>

(Grochowski eds., 2021).

145 נבהיר שבדברים אלה אין אנו טוענים שעל התאוריה החוזית לאמץ גישה פלורליסטית (או מוניסטית), ותאוריות חוזיות שונות עשויות (וצפויות) לתת משקל שונה לעלויות השונות שבהכרה בסוג חדש של חוזה.

146 ראו למשל Schwartz & Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 551-550; עופר גרוסקופף ויפעת נפתלי בן ציון "תכליות דיני פרשנות החוזים: באיזו דרך עלינו ללכת כשחשוב לנו לאן נגיע?" ספר גבריאלה שלו – עיונים בתורת החוזה 523, 545-546 (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים, 2021).

147 נציין שיש המטילים ספק בדבר נכונות הנחות אלה בנוגע לרוב המכריע של החוזים המסחריים. ראו למשל זמיר, "דיני הגנת הצרכן – האומנם תחום משפטי שונה ונפרד?", לעיל ה"ש 16. אין אנו מבקשים להביע עמדה ביחס לשאלה עובדתית זו, כשלצורך הדיון הנוכחי די בכך שהנחות אלה מתארות את האופן שבו נתפס החוזה המסחרי על ידי בתי משפט.

148 ראו למשל Schwartz & Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 548; גרוסקופף ונפתלי בן ציון, לעיל ה"ש 146, בעמ' 545-546. ראו גם ע"א

החווה שבין משתמשים עסקיים ובין הפלטפורמות דיגיטליות תואם לכאורה את ההגדרה של החווה המסחרי. במרבית המקרים החווה נערך בין עוסקים שמטרתם להשיא את רווחתם הכלכלית, ושמעוניינים בכלי משפטי שיגשים מטרה זו בצורה היעילה ביותר. ואומנם, תפיסה זו של היחסים תואמת את דעת המיעוט של השופט הנדל בעניין טרוים מילר, שלפיה החווה בין הצדדים הוא חווה עסקי-מסחרי שנערך בין אנשי עסקים.<sup>149</sup> אלא שתיאור זה הוא תיאור חלקי בלבד של היחסים. ראשית, בניגוד להנחה המקובלת לגבי חוזים מסחריים, בין הצדדים מתקיימים פערי כוחות ומידע ניכרים שיש להם השפעה מהותית על עיצוב הקשר שביניהם.

בנוסף, ועוד בשונה מחווה העסקה הטיפוסי, לרוב יהיו היחסים בין פלטפורמות דיגיטליות יחסים ארוכי טווח הדורשים מידה רבה (יחסית) של שיתוף פעולה, הן בשלב הקמת העסק המקוון והן במהלך פעילותו. יתר על כן, אף אם טרם תחילת פעילותו עשוי המשתמש העסקי לפנות לערוצים מסחריים אחרים – כהקמתו של עסק ממשי – לאחר ההחלטה לפעול באמצעות הפלטפורמה צפויים להיווצר יחסי תלות בין הצדדים. זאת, בשל הישענות המשתמש על השירותים שהפלטפורמה מספקת לשם המשך קיומו של העסק ובשל ההשקעה הספציפית של המשתמש בפלטפורמה, שלפחות חלק מתוצריה אינם ניתנים להעברה.

כפי שראינו, הפסיקה בישראל הכירה בפער העובדתי שבין החווה המסחרית ובין חווה המסדיר יחסי פלטפורמות עם משתמשים עסקיים. דוגמה לכך ניתן למצוא בעניין גל, שבו ביקשה פייסבוק להסתמך על סיווג החווה כמסחרי בטענה ש"צדדים מסחריים מוחזקים מבחינה משפטית כמתוחכמים יותר מאשר צרכנים", ומכאן ש"הצבת הגבלות על חוזים בין צדדים מסחריים מגבילה את יכולתם לקבל החלטות עסקיות לטובת האינטרס שלהם".<sup>150</sup> בדחיית הדברים בית המשפט מדגיש את בעיית הפער העובדתי בקביעתו כי "תאוריה זו [של פייסבוק] 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".<sup>151</sup> סיווג החווה כחווה מסחרית מוביל גם לפער נורמטיבי, שנובע מריבוי התפקידים של הצדדים. אף שגם לגישתנו השאת רווחתם הכלכלית היא מטרתם העיקרית של הצדדים, פלטפורמות דיגיטליות ממלאות תפקיד גם בתיווך ויצירת יחסי אמון בין המשתמשים בפלטפורמה, בניית קהילת הלקוחות (או "העוקבים") של המשתמש העסקי, אסדרת פעילותו המסחרית, ויישוב סכסוכים בינו ובין לקוחותיו. בנוגע לאלה, סביר שהצדדים מבקשים לקדם ערכים נוספים לערך היעילות, כשיתוף פעולה וקהילה.

8506/13 זאבי תקשורת אחזקות בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ (נבו) 23.8.2015.

149 עניין טרוים מילר, לעיל ה"ש 109, בפס' 24, 26, ר-30 לפסק הדין של השופט הנדל.

150 עניין גל, לעיל ה"ש 5. ההדגשה שלנו. לתמיכה מסוימת בפסיקה ובספרות לגישה זו ראו למשל Frigalimint Importing Co. v. B.N.S. International Sales Corp., 190 F. Supp. 116 (S.D.N.Y. 1960); State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Norcold, Inc., 849 F.3d 328, 333 (6<sup>th</sup> Cir. 2017); J.A. Walker Co. v. Cambria Corp., 159 P.3d 126, 131 (Colo. 2007).

151 עניין גל, לעיל ה"ש 5.



**(ב) גישתם של בתי המשפט בישראל: החוזה הצרכני והחוזה המסחרי האחד**

הדרך המרכזית שבה הציעה הפסיקה בישראל להתמודד עם הפער העובדתי והנורמטיבי, תוך שמירה על סיווגו כחוזה מסחרי, היא ראייתו כחוזה (מסחרי) אחד.<sup>152</sup> בשונה מחוקי הגנת הצרכן, תחולתו של חוק החוזים האחידים אינה מוגבלת לחוזים שבין עוסק וצרכן,<sup>153</sup> ובעוד שסיווג זה לא יזכה את המשתמשים העסקיים בהגנות הקבועות בחקיקה הצרכנית, הוא מאפשר להם לבסס את תביעתם על טענת הקיפוח. האופן שבו נבחנת טענת הקיפוח מסביר את תרומתו של סיווג זה של החוזה להתגברות על הפער העובדתי והנורמטיבי שעליהם עמדנו לעיל, אך מצביעה גם על גבולותיו.

בהקשר העובדתי, טענת הקיפוח מקפלת בתוכה שיקולים בדבר "יחסי הכוחות בין הצדדים... ובאינטרסים הטיפוסיים שלהם".<sup>154</sup> מכאן שבהגדרת החוזה כחוזה מסחרי אחד (עשויים) לבוא לידי ביטוי הן פערי הכוחות בין הצדדים שנובעים ממבנה השוק והן פערי הידע שביניהם.<sup>155</sup> ואומנם, כפי שראינו בפרק הקודם, בתי המשפט בישראל נעזרו בדיני החוזים האחידים כדי לשלול את תחולתן של תניות מקום שיפוט אף כשמדובר היה בהקשרים מסחריים.<sup>156</sup> עם זאת, גם ביחס לחוזה האחד בתי המשפט מוסיפים ומבחינים "בין לקוחות צרכניים הזקוקים להגנה מוגברת ובין לקוחות מסחריים אשר פערי הכוח בינם ובין הספק קטנים יותר".<sup>157</sup> כך, בעניין טרוים מילר, מציינת השופטת וילנר כי "מקובלת הבחנה בין לקוח מסחרי לצרכני, לנוכח ההנחה שהראשון הוא חזק ומתוחכם באופן שמצמצם את פערי הכוח והמידע בינו לבין הספק, בעוד שהצרכן סובל מנחיתות מובנית ביחס לספק מבחינת ידע, ניסיון, כוח ומעמד כלכלי".<sup>158</sup> כלומר, החוזה המסחרי האחד לא בהכרח מבטא באופן מלא את עמדת הנחיתות של המשתמש העסקי.

סיווג החוזה כחוזה מסחרי אחד עשוי גם לעמעם את עומק היחסים שבין הצדדים. ככלל, נהוג למקם את סוגי החוזים השונים על רצף שבין חוזה העסקה (קצר המועד) ובין חוזה היחס, המשקף יחסי קרבה משמעותיים יותר (כחוזה הנישואין או העבודה).<sup>159</sup> ככלל, מקובל לראות בחוזה האחד חוזה קצר מועד שאינו דורש מהצדדים שיתוף פעולה מהותי. ככל שזהו אכן המצב, סיווג החוזה שבין פלטפורמות דיגיטליות והמשתמש העסקי כחוזה אחד אינו מבטא היטב את עומק ומשך היחסים בין הצדדים, שנובעים (בין היתר) מריבוי התפקידים שהצדדים ממלאים ומהתלות של המשתמשים העסקיים בפלטפורמה.<sup>160</sup>

152 עניין זוהר ועניין ויוה מדיה, לעיל ה"ש 5. לדיון, ראו להלן חלק ד.2.

153 ס' 2 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982.

154 עניין בן חמו, לעיל ה"ש 100, בפס' 22 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

155 ואולם, ראו אריאל פורת "חוזים אחידים" חוזים כרך ג, 739 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003) (לטענה שהתערבות בחוזים אחידים ראוי שתיעשה רק בהינתן אסימטריה במידע).

156 ראו למשל עניין גל, לעיל ה"ש 5.

157 פורת, לעיל ה"ש 155, בעמ' 739.

158 עניין טרוים מילר, לעיל ה"ש 109, בפס' 9 לפסק הדין של השופטת וילנר.

159 ראו לדוגמה Kreitner, לעיל ה"ש 12, בעמ' 920-921.

160 ראו למשל "Contracts" (Aditi Bagchi, *Parallel Contract*, 75 U. Pitt. L. Rev. 139, 142 (2014)) ("Contracts and relational contracts are in some ways opposites of each other").

סיווג החוזה כחוזה מסחרי אחד, אם כן, תורם לצמצום הפער העובדתי באופן חלקי בלבד. דברים דומים נכונים גם בנוגע לפער הנורמטיבי. מחד גיסא, טענת הקיפוח נבחנת לאור "מבחן ההגינות והסבירות" ולאור מה "שנתפס כהתנהלות בלתי הוגנת בחברה הישראלית בזמן נתון", ובכך משקפת ערכים נוספים לערך היעילות.<sup>161</sup> ואולם, בצירוף ערכי ההוגנות וההגינות אין בכדי לבטא את מכלול הערכים הכרוכים במערכת היחסים שבין הצדדים, את שיתוף הפעולה הנדרש מהם, ואת ריבוי התפקידים שהפלטפורמות הדיגיטליות ממלאות במסגרתם בתיווך בין משתמשים. אלה, כפי שראינו, משקפים ערכים נוספים כשיתוף פעולה, קהילה ואוטונומיה.

החלופה העיקרית שהציעו בתי המשפט בישראל לסיווג החוזה כחוזה מסחרי היא סיווגו כצרכני. החוזה הצרכני מאופיין בפערי כוחות ומידע ניכרים בין הצדדים, שמאפשרים ניצול הצרכן על ידי העוסק,<sup>162</sup> ושפועל יוצא שלהם הוא הגנה נרחבת יותר על הצרכן. ביטוי אחד לכך הוא דיני הגנת הצרכן, שמשקפים את הפערים ככוח ובמידע,<sup>163</sup> ומבקשים לענות עליהם באמצעות יצירתן של חובות גילוי ואיסור הטעיה,<sup>164</sup> ושל זכות הביטול הצרכנית.<sup>165</sup> נוסף על דינים אלה, ההגנה על האינטרס הצרכני באה לידי ביטוי באופן יישומם של דיני החוזים הכלליים. כך, בעניין כיבי כבישים קבע השופט גרוסקופף שבעת פרשנות החוזה הצרכני על בית המשפט לתת משקל פחות לחופש החוזים וללשון החוזה ומשקל רב יותר לפרשנותו האובייקטיבית, כלומר על בית המשפט לבחון "כיצד היו צדדים הוגנים מכריעים במחלוקת הפרשנית".<sup>166</sup>

מסקנה דומה עולה גם מהספרות המשפטית. ריאן קאלו ואלכס רוזנבלט, למשל, הציעו שבחינת היסטוריית החקיקה הצרכנית בארצות הברית מעלה שהיעדר תחכום, אסימטריה במידע ופערי כוחות הן המכנה המשותף שלאורו קובצו החוזים הצרכניים יחדיו, וכי בעיות אלה מהוות את הבסיס הרעיוני ליצירתם של דיני הגנת הצרכן.<sup>167</sup> בהתאם, בדין האמריקאי סיווג חוזה כצרכני מוביל להגנה נרחבת יותר על הציפיות הסבירות של הצדדים, בין אם

161 עניין בן חמו, לעיל ה"ש 100, בפס' 19 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

162 שם; גרוסקופף ונפתלי בן ציון, לעיל ה"ש 146, בעמ' 548.

163 ראו למשל סיני דויטש "דיני החוזים הצרכניים מול דיני החוזים המסחריים" עיוני משפט כג 135, 145 (2000).

164 ראו למשל ס' 2-4 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, העוסקים באיסור הטעיה ובחובות גילוי.

165 וזאת בפרט במקרים שבהם אין לצרכן יכולת לעמוד על טיב הממכר (או השירות) או על הצורך הסובייקטיבי שלו בהם – כלומר, בנסיבות של פערי מידע, ראו ס' 13-14 לחוק הגנת הצרכן (העוסקים בביטול עסקה לתקופה קצובה או מתמשכת; בביטול עסקה מתמשכת בעניין שירותי רפואה; ובביטול עסקת מכר מרחוק למתן שירותי תיירות מחוץ לישראל); ראו גם תקנות הגנת הצרכן (ביטול עסקה), התשע"א-2010.

166 גרוסקופף ונפתלי בן ציון, לעיל ה"ש 146, בעמ' 549. ראו גם רע"א 617/08 מלון עדן נהריה בע"מ נ' קסל, פס' 30 לפסק הדין של השופט מלצר (נבו 21.9.2014).

167 Calo & Rosenblat, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1671-1676.

באמצעות דוקטרינת העושה האמריקאית (unconscionability) ובין אם על ידי קריאת ציפיות אלה אל תוך החוזה.<sup>168</sup>

סיווג החוזה שבין פלטפורמות דיגיטליות ומשתמשים עסקיים כחוזה צרכני זכה לתמיכה נרחבת לא רק בבתי המשפט בישראל אלא גם של רשות הסחר הפדרלית של ארצות הברית, הפלטפורמות הדיגיטליות עצמן וכותבים בולטים בתחום,<sup>169</sup> והוא תואם לגישה העקרונית בדבר סיווג חוזים שהציג השופט גרוסקופף בעניין *ביבי כבישים* ושלפיה יש להבחין בין סוגי החוזים על פי זהות הצדדים, כשצרכנים הם מי ש"יכולתם להשתמש בשפה החוזית מוגבלת בשל היכרותם החלקית עם רזי דיני הפרשנות החוזיים" וש"חוסר השוויון הקיים בין הצדדים, מעורר חשש לניצול לרעה של כללי הפרשנות החוזיים על ידי הצד החזק".<sup>170</sup> סיווג זה גם מספק מענה מסוים לפער העובדתי שעליו עמדנו בנוגע לחוזה המסחרי, ובפרט לפערי הכוחות והמידע בין הצדדים. יתר על כן, יש בו גם כדי לבטא את טשטוש הגבולות שבין משתמשים עסקיים וצרכניים שעליו עמדנו בפרק הראשון.<sup>171</sup>

יחד עם זאת, ראייה של חוזה בין הצדדים כחוזה צרכני מותירה מרחק חוזי ניכר, ואף יוצרת פערים חדשים. בהיבט העובדתי, תפיסה של משתמשים עסקיים כצרכנים אינה מבטאת את מכלול המאפיינים הייחודיים של יחסי הצדדים כתלות של המשתמש העסקי בפלטפורמה שנובעת מהשקעתו הספציפית. זאת, משום שהשקעה כאמור אינה מאפיינת יחסים צרכניים טיפוסיים שעל יסודם פותחו דיני החוזים הצרכניים.<sup>172</sup>

בהיבט הנורמטיבי, החוזה הצרכני מבטא ערכים של הוגנות והגינות, אך לא ערכים אחרים המאפיינים את הקשר בין הצדדים, דוגמת שיתוף פעולה, קהילה ואוטונומיה. חשוב עוד יותר, בסיווג החוזה כצרכני יש כדי לעמעם את המטרה המסחרית-כלכלית שהצדדים מבקשים לקדם ואת ערך היעילות הקשור בה.

168 בהקשר זה נציין שבנוגע לפלטפורמות דיגיטליות הציעה שולץ שיכולתן לעצב את ציפיות המשתמשים עשויה לפגום בתרומה שבהגנה על ציפיות אלה. להרחבה ראו Scholz, לעיל ה"ש 81, בעמ' 183-184. הפתרון שהוצע לכך בספרות הוא מעבר מהגנה על ציפיות סבירות בפועל להגנה על ציפיות סבירות נורמטיבית. ראו לדוגמה Ethan J. Leib, *What Is the Relational Theory of Consumer Form Contract?*, in REVISITING THE CONTRACTS SCHOLARSHIP OF STEWART MACAULAY: ON THE EMPIRICAL AND THE LYRICAL 259, 281 (Jean Braucher et al. eds., 2013); פתרון שעל פניו מוביל לתוצאה דומה לזו של עקרון הפרשנות האובייקטיבי.

169 ראו למשל FEDERAL TRADE COMMISSION STAFF REPORT, THE "SHARING" ECONOMY: ISSUES IN FACING PLATFORMS, PARTICIPANTS & REGULATORS (Nov. 2016); Calo & Rosenblat, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1632 ובעמ' 1660.

170 עניין *ביבי כבישים*, לעיל ה"ש 10, בפס' 4 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

171 עניין *דרורי*, לעיל ה"ש 94.

172 בעיה זו אינה ייחודית לפלטפורמות דיגיטליות. כך, למשל, היא מסבירה את הצורך לשינוי החוק וקביעת ההסדר המיוחד לעסקאות לרכישת יחידת נופש ומינני לחדר כושר, וראו ס' 1א13 והתוספת הרביעית לחוק הגנת הצרכן.

פועל יוצא של הפערים העובדתיים והנורמטיביים לעיל הוא תרומתם המוגבלת של דיני הגנת הצרכן להסדרה אפקטיבית של היחסים.<sup>173</sup> כפי שציינו, עיקר פעולתם של דיני הגנת הצרכן הוא ביצירתן של חובות גילוי ואיסור אפליה ושל זכות הביטול הצרכנית. נוסף לביקורת המקובלת על חובות הגילוי ואיסור האפליה, שלפיה אין צרכנים קוראים (או מנסים לקרוא) חוזים ומכאן שהחובה לספק להם יותר מידע ובצורה ברורה אינה צפויה לשפר את מצבם,<sup>174</sup> למשתמשים עסקיים אין חלופה ממשית להתקשרות עם הפלטפורמה הדיגיטלית או יכולת לנהל משא ומתן על תנאי החוזה, ומכאן שאף אם היו קוראים את החוזה ספק אם היה בחובת הגילוי בכדי לשפר את מצבם.

יחסי התלות והיעדר חלופות מעשיות משמעותם שגם לזכות הביטול תרומה מוגבלת למשתמשים העסקיים. לדוגמה, כשיילפ הלינה בפני גוגל על כך שהאחרונה שילבה תוכן מהאתר יילפ בשירות Google Local בלא שקיבלה אישור מיילפ, הציעה גוגל להפסיק פעילות זו ובתנאי שאתר יילפ לא יופיע עוד בתוצאות החיפוש של גוגל. בחירה זו תיאר ג'רמי סטופלמן, מנכ"ל יילפ, כבחירה כוזבת שבין לאפשר לגוגל לנכס את התוכן המופיע באתר ובין שלילת האפשרות של האתר להתקיים.<sup>175</sup> במילים אחרות, גם עבור משתמשים בעלי מוניטין כיילפ, התלות בפלטפורמה משמעותה שלזכות הביטול ערך מועט, אם בכלל.

### (ג) פתרונות מהספרות: חוזה אמונ(אות), חוזה יחס ורשת חוזים

נוסף לשתי החלופות שאומצו על ידי בתי המשפט בישראל הציעו מלומדים דרכים נוספות לסיווג החוזה בין פלטפורמות דיגיטליות ומשתמשים עסקיים, וטרם נציג את גישתנו, נבקש לדון בפתרונות אפשריים אלה.

#### חוזה אמונ(אות)

חלופה נפוצה בספרות לסיווג החוזה בין פלטפורמות דיגיטליות ומשתמשים עסקיים היא ראייתו כיוצר יחסי אמונ(אות), והכתיבה החוקתית בנושא – תחת הכותרת "אמונאי מידע" (information fiduciaries) – זכתה לתהודה (אוהדת וביקורתית) רחבה.<sup>176</sup> בהקשר החוזי, סיווג זה של החוזה מבוסס על שלושה נימוקים מרכזיים, שהמשותף להם הוא הדגשת

173 בהקשר זה נעיר בקצרה שאף שדיני הגנת הצרכן נדונו במסגרת הליכים בין משתמשים עסקיים ופלטפורמות דיגיטליות, דיון זה נעשה לצורך סיווג החוזה בין הצדדים. לעניין זה ראו למשל עניין נכט, לעיל ה"ש 102, ולא במסגרת עילת התביעה או המקור לסעד שעליהם ביקש להישען המשתמש העסקי.

174 ראו לדוגמה: OMRI BEN-SHAHAR & CARL E. SCHNEIDER, MORE THAN YOU WANTED TO KNOW: THE FAILURE OF MANDATED DISCLOSURE (2016); Yannis Bakos et al., *Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard-Form Contracts*, 43 J. LEGAL STUD. (2014) 1. דברים אלה, הציעה ג'ולי כהן, נכונים במיוחד בהקשר של פלטפורמות דיגיטליות ששולטות בסביבה הווירטואלית ויכולות לבצע מניפולציות בהצגת המידע. וראו Julie E. Cohen, *Law for the Platform Economy*, 51 U.C Davis L. Rev. 133 (2017).

175 Shelanski, לעיל ה"ש 21 בעמ' 1699.

176 Jack M. Balkin, *Information Fiduciaries and the First Amendment*, 49 U.C. DAVIS L. REV. 1183 (2016).

תפקידן של פלטפורמות כמתווכות, תשתית למסחר ו"רגולטור", ושמעניקים לפלטפורמות שיקול דעת באשר לאינטרסים כלכליים של המשתמשים העסקיים. בסיס רעיוני זה מסביר גם את ההשלכות המעשיות של הכרה בקשר החוזי כיוצר יחסי אמון, ושעיקרן: איסור על פעולה בניגוד עניינים והתנהגות מפלה של הפלטפורמה כלפי משתמשים, החובה למנוע אפליה של משתמשים על ידי משתמשים אחרים, וחובות שקיפות והגנות פרוצדורלית בכניסה וביציאה (הוצאה) מהפלטפורמה.<sup>177</sup>

הנימוק הראשון להכרה בחוזה בין הצדדים כיוצר יחסי אמון(אות), שאותו הציעה שלי קרייצר-לוי, טוען שאלה נובעים מהיות פלטפורמות דיגיטליות "מכוננות שוק", כלומר כאלה שתפקידן לתווך בין משתמשים; לקבוע את כללי ההתנהגות בשוק; ולשלוט בכניסה וביציאה ממנו.<sup>178</sup> מאפיינים אלה, מציעה קרייצר-לוי, מחייבים את המשתמשים העסקיים להסתמך על שיקול דעתה של הפלטפורמה, ומעניקים לה כוח ניכר בנוגע לאינטרסים הכלכליים שלהם.<sup>179</sup> טיב זה של היחסים – הכוח להפעיל שיקול דעת באופן חד-צדדי ובנוגע לאינטרסים כלכליים של האחר – הוא שיוצר את חובת האמון של הפלטפורמה.

על פי קרייצר-לוי חובת האמון של פלטפורמות אינה עולה לכדי יחסי אמוןאות, זאת משום שפלטפורמות אינן פועלות בשם המשתמשים ואינן מכפילות את האינטרסים שלהן לאלה של המשתמשים.<sup>180</sup> מנגד, שולץ הציעה שיכולתן של פלטפורמות לפעול על פי שיקול דעתן הבלעדי בנוגע לאינטרסים חשובים של הצד האחר, קרי המשתמשים העסקיים, מבסס את הטיעון לקיום של יחסי אמוןאות בין הצדדים.<sup>181</sup>

פינאר אקמן הציעה נימוק שלישי לסיווג החוזה כיוצר יחסי אמון(אות), ולפיו פלטפורמות דיגיטליות פועלות כשלוחות של המשתמשים העסקיים.<sup>182</sup> דיון מקיף בדיני השליחות חורג מגבולות מאמר זה. בתמצית נציין שלפי אקמן, תפקידן של פלטפורמות כמתווכות דומה, משפטית ומעשית, לתפקיד שממלאים מתווכים, כמתווכי מקרקעין. בדומה למתווכים אחרים, פלטפורמות דיגיטליות מקשרות בין משתמשים, שולטות בתקשורת ביניהם, מחזיקות עבורם בכספים, וזכאיות לחלק מההכנסה של המשתמשים העסקיים (עמלה). מאפיינים אלה משקפים תיאום (alignment) אינטרסים בין הצדדים, ובכך מקיימים את התנאי לקיומה של שליחות ויחסי האמוןאות הנובעים ממנה.<sup>183</sup>

סיווג החוזה כיוצר יחסי אמון(אות) הוא דרך נוספת לצמצם את המרחק החוזי שבין היחסים החוזיים בפועל ובין סיווג החוזה כחוזה מסחרי. בהקשר העובדתי, הסיווג משקף

177 חובה מרכזית נוספת, הרלוונטית בעיקר למשתמשים עובדים, היא להודיע מראש על הכוונה להפסיק פעילות באזור גאוגרפי מסוים. ראו Kreiczer-Levy, לעיל ה"ש 51, בעמ' 294-306; Scholz, לעיל ה"ש 81, בעמ' 191-194.

178 Kreiczer-Levy, לעיל ה"ש 51, בעמ' 282-285.

179 שם, בעמ' 288-290.

180 שם, בעמ' 291.

181 Scholz, לעיל ה"ש 81, בעמ' 191-192.

182 Pinar Akman, *Online Platforms, Agency, and Competition Law: Mind the Gap*, 43

*FORDHAM INT'L L. J.* 209 (2019).

183 שם, בעמ' 295-275. נציין שלתוצאה מעשית דומה אפשר שניתן להגיע על ידי סיווג החוזה כחוזה רשות עסקי, וראו לעניין זה: גרוסקופף ונפתלי בן ציון, לעיל ה"ש 146, בעמ' 560.

את היקף ועומק היחסים בין הצדדים ואת יחסי התלות שביניהם. באשר לפער הנורמטיבי, סיווג זה מרחיב את קשת הערכים שהחווה מבקש לקדם, וכולל בה ערכים כשיתוף פעולה וקהילה הנובעים מיחסי האמונה (אות) ושמסקפים את תפקידיה של הפלטפורמה בבניית הקהילה המקוונת, תיווך בין משתמשים, תשתית למסחר ו"דגולטור".

צמצום הפער החוזי מוביל גם לתוצאות מעשיות התורמות להסדרה אפקטיבית של היחסים בין הצדדים. בפרט, לחובות בדבר הוגנות פרוצדורלית, מניעת אפליה ואיסור על פעולה בניגוד עניינים חשיבות רבה למשתמשים העסקיים כחסם להתנהגות שרירותית או אופורטוניסטית מצד הפלטפורמות.

אף על פי כן, גם סיווג זה של היחסים אינו משקף באופן מלא את המאפיינים העובדתיים והנורמטיביים שלהם. בהיבט העובדתי, הכרה ביחסי אמונה (אות) בין הצדדים אינו מלמד על קיומם של פערי כוחות. לפחות בחלק מהיחסים החוזיים שבהם מתקיימים יחסי אמונה (אות) – כחוזי הפצה או סוכנות – המאפיינים העובדתיים הטיפוסיים הם שלנהנה (principle) כוח מיקוח רב יותר, וחב-האמון הוא שביצע את ההשקעה הספציפית ליחסים. בהקשרים אלה פותחו דיני החוזים כדי להגן על חב-האמון מפני התנהגות אופורטוניסטית של הנהנה, כסיום היחסים לפני שהייתה לחב-האמון ההזדמנות להחזיר את השקעתו.<sup>184</sup> במובן זה, עצם ההכרה ביחסים כיחסי אמונה לא רק שאינו משקף (בהכרח) את המציאות העובדתית, אלא שהוא עשוי אף להוביל להנחות העומדות בסתירה אליה.

בהיבט הנורמטיבי, הכרה בחובות אמונה בין הצדדים משקפת תפיסה של יחסים כמבוססים על ערכים של קהילה ושיתוף פעולה. ואולם, כפי שהציעה קרייצר-לוי, לפחות בנוגע לסיווג החווה כיוצר יחסי אמונות אפשר שיש בכך כדי לשים דגש רב יותר על ערכים אלה משהצדדים עצמם התכוונו, תוך עמעום החשיבות של האינטרסים הכלכליים וערך העיילות שביחסים שביניהם.<sup>185</sup>

### חווה יחס ורשתות חוזיות

החלופה האחרונה שבה נדון רואה בחווה שבין פלטפורמות ומשתמשים עסקיים חווה יחס המתקיים כחלק מרשת של חוזים.<sup>186</sup> כפי שציינו, חווה היחס מובחן מחווה העסקה. האחרון, מציע איל זמיר, "נערך בין שני צדדים, הוא קצר-טווח, פשוט... המטלות של הצדדים מוגדרות היטב מראש ואינן ניתנות לשינוי. ביצוע החווה אינו תלוי בשיתוף-פעולה והתחשבות הדדית. הקשר בין הצדדים הוא ממוני בעיקרו ושטחי".<sup>187</sup> מנגד, "בחווה היחס מעורבים במקרים רבים יותר משני צדדים, הוא ארוך-טווח מורכב ודינמי",<sup>188</sup> כשהקושי

184 ראו לדוגמה ע"א 442/85 משה זוהר ושות' נ' מעבדות טרכנול (ישראל) בע"מ, פ"ד (מד) 3) 661, 687-688 (1990) וההפניות שם.

185 Kriczer-Levy, לעיל ה"ש 51, בעמ' 292.

186 נציין שעל פניהם יחסי אמונות מהווים חווה יחס. דיון בהבחנה בין שני מושגים אלה והמידה שבה הראשון מכיל (בהכרח) את השני חודגת מגבולות מאמר זה.

187 ראו Ian R. Macneil, *The Many Futures of Contracts*, 47 S. CAL. L. REV. 691, 735-805 (1974). לדיון בחוזי יחס בהקשר של הדין הישראלי ראו, למשל, איל זמיר "פירוש חוזים:

תיאוריה, דין, עובדות וערכים" משפטים נא 81, 95-96 (2021).

188 שם, בעמ' 96.

להגדיר מראש את מטלות הצדדים מוביל לכך ש"ניתן דגש על יצירת מנגנונים להחלטות, להתאמות ולשינויים עתידיים... ומכאן החשיבות היתרה של שיתוף פעולה והתחשבות הדדיים. הקשר בין הצדדים עמוק ומורכב... התועלות שהם מפיקים מהחווה חורגות מהמישור הכספי הצר, ון הצדדים תופסים עצמם כחלק מפרויקט משותף ושואפים להצלחתו".<sup>189</sup> כלומר, לצד שיקולים כלכליים, הצדדים לחוזה היחס מונעים משיקולים מוסריים וחברתיים (כמוניטין), וממעטים להיזקק למערכת המשפט לאכיפת זכויותיהם.<sup>190</sup>

חווה היחס, אם כן, מהווה מסגרת לשיתוף פעולה יותר משהוא כלי לחלוקת סיכונים.<sup>191</sup> לדוגמה, כפי שמתארת ליסה ברנשטיין, היחסים בין יצרניות גדולות ובין ספקיהן חורגים במידה רבה מיחסים מסחריים "רגילים", כשהיצרניות פורטות לפרטים את תהליכי הייצור ובקרת האיכות שבהם על ספקיהן לעמוד; שולחות נציגים מטעמן לפקח על הליכי הייצור במפעלי הספק; ומקיימות תוכניות הכשרה לעובדי הספק.<sup>192</sup>

בהקשר של הדיון הנוכחי, אם כן, סיווג החווה שבין פלטפורמות דיגיטליות ומשתמשים עסקיים כחווה יחס מגשר על חלק מהפערים העובדתיים שעליהם עמדנו. בפרט, הוא משקף את משך, היקף ועומק היחסים בין הצדדים; את היותם יחסים המבוססים על אמון הדדי; את חשיבותן של נורמות חוץ-משפטיות והפנמתן על ידי הצדדים; ואת החשיבות הפחותה של אכיפת החווה בבתי המשפט.<sup>193</sup>

הדברים לעיל, מציע הופמן, משקפים חלקים מסוימים של החווה בין הצדדים, שאותם הוא מכנה "תניות משאלה" – תניות שבשונה מתניות "רגילות" לא נועדו ליצור תמריצים לביצוע החווה ולא נכתבו מתוך ציפייה לאוכפן בבית המשפט. תניות אלה, מציע הופמן, הן שתואמות את סיווגו של החווה כחווה יחס.<sup>194</sup> דוגמה לכך מהעת האחרונה ניתן למצוא בהודעת גוגל על שינוי תנאי השימוש בפלטפורמה. למיטב ידיעתנו, גוגל לא קיימה דיאלוג עם המשתמשים באשר לתוכן השינוי וההודעה עליו היא בגדר הצעה לקבלו או לחדול מהשימוש בפלטפורמה. בעוד שמאפיינים אלה אינם תואמים את סיווג החווה כחווה יחס, לשון ההודעה שונה מהותית כשעל פי גוגל השינוי נועד להקל על המשתמש להבין מה ניתן לצפות מגוגל ומה גוגל מצפה ממנו;<sup>195</sup> דברים, כפי שראינו, שתואמים לרעיון של חווה היחס כאמצעי לשיתוף פעולה שבו לציפיות הצדדים ולנורמות חוץ-משפטיות חשיבות מרכזית.

189 שם, בעמ' 97-96 וההפניות שם.

190 שם, בעמ' 97-98, וראו עוד: Lisa Bernstein, *Beyond Relational Contracts: Social Capital and Network Governance in Procurement Contracts*, 7 J. LEGAL ANALYSIS 561, 562 (2015).

191 להבחנה זו ראו לדוגמה Market Street Associates L.P. v. Frey, 941 F.2d 588, 595 (7<sup>th</sup> Cir. 1991).

192 שם, בעמ' 572-575.

193 Hoffman, לעיל ה"ש 72, בעמ' 1454.

194 שם, בעמ' 1404.

195 *Google Terms of Service*, GOOGLE, <https://policies.google.com/terms?hl=en-US> (Jan. 5, 2022), "We know it's tempting to skip these Terms of Service, but it's important to establish what you can expect from us as you use Google services, and what we expect from you"

נוסף להיותו חוזה יחס, במאמר אחר הציגו אחדים מאיתנו לראות חוזה שבין פלטפורמות דיגיטליות ומשתמשים עסקיים כחלק מרשת חוזית המבטאת את הציפיות החוזיות של מגוון משתמשי הפלטפורמה, גם בנוגע לפלטפורמה וגם בנוגע למשתמשים האחרים. ככלל, רשתות חוזים מורכבות מחוזים בי-טרליים בין מספר רב של משתתפים, ופועלות ליצירת התיאום ושיתוף הפעולה הנדרשים להגשמת מטרה משותפת לכלל חברי הרשת. בדומה לחוזה היחס, רשתות חוזיות מאופיינות בצורך לשיתוף פעולה בין חברי הרשת, בחשיבותן של נורמות חוץ-משפטיות להסדרת היחסים, ובהסתמכות המועטה על כלי האכיפה הפורמליים.<sup>196</sup> חשיבותן היא בהכרה בקשר שבין החוזים השונים ברשת ובזכויותיהם של החברים האחרים בה בעת פתרון סכסוכים חוזיים בין שני צדדים מסוימים החברים ברשת.<sup>197</sup>

לרשתות חוזיות עשויים להיות מבנים שונים. הרלוונטי לענייננו הוא זה שבו גוף מסוים נמצא במרכז הרשת (hub) ושבמידה רבה גם שולט בה.<sup>198</sup> במקרים אלה, הרשת נועדה לקדם את האינטרסים של מי שעומד במרכזה והוא זה שיכול לתפוס את מרבית ההחצנות החיוביות שהיא יוצרת. בשל כך, הוא מתואר כעכביש הטווה את חוטי הרשת ושולט בתנועותיהן.<sup>199</sup> ההצעה היא לראות יחסים בין פלטפורמות דיגיטליות ומשתמשים עסקיים כיחסים המהווים חלק מרשת חוזים. זאת, כיוון שפלטפורמות דיגיטליות מתאמות את ייצור התוכן של המשתמשים ומנהלות תוכן זה; לצדדים לחוזה מטרה משותפת של יצירת והרחבת קהילת המשתמשים בפלטפורמה; וקידום מטרה משותפת זו נשען, לפחות בחלקו, על נורמות חוץ-משפטיות שנאכפות על ידי הפלטפורמה והמשתמשים כאחד.<sup>200</sup>

לסיווג היחסים כחוזה יחס המהווה חלק מרשת חוזים שלוש השלכות מרכזיות. ראשית, כחלק מרשת חוזים, חוזה היחס יוצר נורמות התנהגות המופנמות על ידי הצדדים ובכך מקטינות את הצורך להסתמך על בתי המשפט לשם אכיפתן.<sup>201</sup> שנית, רשת חוזים מחייבת לפרש את ההתקשרות החוזית כזו שנועדה להגן על ציפיות חברי הרשת הנובעות מהמטרה המשותפת של הצדדים וזאת, למשל, על ידי הגבלת שיקול הדעת של הפלטפורמה לסיים את ההתקשרות.<sup>202</sup> שלישית, על דיני החוזים להכיר באינטרסים ובזכויות של החברים הנוספים ברשת ולהביא את אלה בחשבון בעת פתרון הסכסוך שבין שני צדדים מסוימים.<sup>203</sup> השלכות אלה, כפי שניתן לראות, משקפות את מגוון הערכים שהצדדים מבקשים לקדם, ובהם: שיתוף פעולה, הוגנות והגינות, וקהילה.

196 Elkin-Koren et al., *Social Media as Contractual Networks*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 56-52.

197 ראו ככלל Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Third-Party Beneficiaries and Contractual Networks*, 7 J. LEGAL ANALYSIS 325 (2015).

198 Elkin-Koren et al., *Social Media as Contractual Networks*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 56.

199 ראו למשל Ariel Porat & Robert E. Scott, *Can Restitution Save Fragile Spiderless Networks*, 8 HARV. BUS. L. REV. 1 (2018).

200 Elkin-Koren et al., *Social Media as Contractual Networks*, ראו לעיל ה"ש 23, בעמ' 56-52.

201 Hoffman, לעיל ה"ש 72, בעמ' 1455.

202 Elkin-Koren et al., *Social Media as Contractual Networks*, ראו לעיל ה"ש 23, בעמ' 50.

203 שם, בעמ' 51.



יחד עם זאת, גם במקרה זה נותר מרחק חוזי בין מאפייני היחסים ובין הגדרת החוזה כחוזה יחס, בין אם אלה מהווים חלק מרשת חוזית ובין אם לא. ראשית, היקף המעורבות של פלטפורמות דיגיטליות בפועלם של משתמשים עסקיים אינו בהכרח דומה לזה הקיים בחוזי יחס טיפוסיים, כחוזים שבהם דנה ברנשטיין.<sup>204</sup> עוד בשונה מחוזי יחס טיפוסיים, התניות הקבועות בחוזה בין הצדדים אינן "תחילתה של שיחה", אלא נקבעות באופן חד-צדדי על ידי הפלטפורמות ומוצעות למשתמשים כהכול-או-לא כלום (take-it-or-leave-it).<sup>205</sup> במובן זה, הגדרת החוזה כחוזה יחס עשויה דווקא ליצור פער עובדתי – הנחה בדבר דיאלוג שמתקיים בין הצדדים באשר לתנאי החוזה. יתר על כן, סיווג היחסים כיוצרים חוזה יחס מבוסס על קריאה חלקית של ההסכם (או ההסכמים) החלים עליהם, ומכאן שאינו משקף את המציאות העובדתית במלואה. פרט לאותן תניות משאלות שהוזכרו לעיל, היחסים החוזיים בין הצדדים מוסדרים באמצעות מגוון הסכמים, לרבות כאלו המשקפים דווקא התקשרות עסקית, ברורה וקצרת טווח, כגון הסכם למתן שירותי שילוח. לבסוף, וכפי שציינו לגבי יחסי האמון(אות), חוזה היחס (ורשת החוזים) עשוי להתקיים גם כשאין למי מהצדדים כוח שוק, ובהיעדר יחסי תלות העולים על הצורך ההדדי בשיתוף פעולה.

#### ד. מסווגים מחדש

הדרכים השונות לסיווג החוזה בין הצדדים מותירות מרחק חוזי ניכר. מרחק חוזי זה, כפי שציינו בפרק השלישי, מהווה סיבה תקפה לראות ביחסים שבין פלטפורמות דיגיטליות ומשתמשים עסקיים סוג חדש של חוזה. לאור זאת, פרק זה יציע ארבעה עקרונות שנועדו לגשר על המרחק החוזי שעליו עמדנו לאורך הדיון. נדגיש שעקרונות אלה אינם רשימה סגורה, אלא תמרורי דרך שנועדו לתרום לעיצוב הדין ולעמוד על ההשלכות האפשריות של ההכרה ביחסים בין הצדדים כיוצרים סוג חדש של חוזה.

ליצירתו של סוג חדש של חוזה יתרון מעשי ותאורטי כאחד. כעניין מעשי, אף אם העקרונות שיידונו משתקפים בפסיקה של בתי המשפט, יש חשיבות בשילובם בהקשר של היחסים בין פלטפורמות דיגיטליות ומשתמשים עסקיים. חשוב עוד יותר, עקרונות אלה אינם רשימה סגורה אלא תמרורי דרך – ראשית דרכו של עיצוב הדין. הבחירה להשתמש בדוגמאות מהדין הקיים נובעת מכך שלגישתנו, יתרונם של דיני החוזים בא לידי ביטוי ברגישות לעובדות וריבוי ערכים, ופיתוח כללים פרטניים עבור סוג חדש של חוזה ראוי שיעשה בהדרגתיות ותוך תשומת לב לעובדות המקרה המסוים. לבסוף, וכפי שאנו מראים במהלך הדיון, אף אם ניתן להחיל את הפרשנות שניתנה לדיני החוזים בהקשרים השונים כדי להגיע לתוצאה הרצויה בסכסוך שבין משתמש עסקי ופלטפורמה דיגיטלית, הרי שפעמים רבות אין זה המקרה בפועל.

204 זאת, אף שבחלק מהמקרים פלטפורמות מציעות למשתמשים עסקיים להשתתף בתוכניות מקוונות למטרות לימודיות. ראו לדוגמה, *Sell with Amazon seller university*, AMAZON, ראו לדוגמה, <https://sell.amazon.com/learn> (last visited May 9, 2023).

205 Hoffman, לעיל ה"ש 72, בעמ' 1456.

כעניין תאורטי, יצירתו של סוג חדש של חוזה יוצר מסגרת אנליטית לכחינת היחסים בין הצדדים.<sup>206</sup> לדוגמה, הן החוזה המסחרי והן החוזה הצרכני הם חוזים הנערכים בספרה המסחרית (ולרוב) במסגרת שוקית. בהתאם, אפשר שניתן היה לראות בחוזה הצרכני חוזה מסחרי "מיוחד" שבו צד אחד סובל באופן שיטתי מנחיתות במידע, בתכום ובכוח המיקוח. ואומנם, כפי שראינו, חלקים ניכרים מדיני הגנת הצרכן משקפים התאמה של הדינים הכלליים – ובפרט האיסורים בדבר הטעיה, כפייה ועושה – למאפיינים המיוחדים של היחסים החוזיים שבין עוסק לצרכן. מדוע, אם כן, אנו נדרשים לקטגוריה של "חוזה צרכני"? יצירתו של סוג חוזה חדש מאפשר חשיבה סדורה על טיבם ואופיים של היחסים החוזיים והנסיבות העובדתיות הטיפוסיות שבהן הם נערכים, ובכך ליצור בדין מענה ברור ומובחן לאתגרים שיחסים חוזיים אלה מעוררים.

הדברים לעיל תקפים גם כשאנו בוחנים את היחס שבין החוזה שבין המשתמש העסקי והפלטפורמה דיגיטלית ובין סוגי החוזים הקיימים, דוגמת החוזה הצרכני. כך, אף אם נראה בחוזה שבין משתמשים עסקיים ופלטפורמות דיגיטליות חוזה צרכני, הרי שבניגוד לחוזים צרכניים טיפוסיים הוא מאופיין בכך ששני הצדדים פועלים למטרות רווח; היחסים ביניהם הם ארוכי-טווח ודורשים מידה רבה של שיתוף פעולה; ושלמשתמש העסקי תלות שיטתית בפלטפורמה המסוימת שאיתה הוא נקשר, כך שלאחר זמן אין עבורו חלופה מעשית בשוק. לבסוף, וכפי שראינו בפרק ג, אין די בקיומו של מרחק חוזי, ואף מרחק חוזי ניכר, כדי להצדיק יצירתו של סוג חוזה חדש ויש לוודא שהיקף הפעילות הרלוונטית מצדיק את יצירתו. זאת, משום שיצירתו של סוג חדש כרוכה בעלויות הן במובן הכלכלי והן כפיגעה אפשרית בחירות ובאוטונומיה של הצדדים בשל חוסר הוודאות הכרוך בשלבים הראשונים של עיצוב הדין. במקרה הנוכחי, השימוש המסחרי בפלטפורמות דיגיטליות הופך נפוץ עם הזמן, מהווה מערכת כלכלית (ecosystem) בפני עצמה (כלכלת הפלטפורמות), וכולל מספר גדול יחסית של משתמשים העשויים להיפגע.<sup>207</sup> אלה מצדיקים את העלויות – במונחי חירות, אוטונומיה ועלות כלכלית – שנובעות מהכרה ביחסים כסוג חדש של חוזה: חוזה פלטפורמה-משתמש עסקי, שעל (חלק) מעקרונותיו נעמוד להלן.

\* \* \*

ההכרה ביחסים חוזיים כסוג חדש של חוזה נועדה לגשר על המרחק החוזי שבין יחסים אלה ובין האופן שבו סוג החוזה. בהתאם, על המאפיינים העובדתיים של יחסים אלה והערכים הקשורים בהם להוות את נקודת המוצא לדיון.

היחסים החוזיים בין הצדדים נערכים במסגרת שוק הפלטפורמות, שמאופיין בהיותו שוק דו-צדדי ושבו פלטפורמות מתחרות על השוק כולו ונהנות משליטה במידע (ובגישה למידע) על הנעשה בפלטפורמה, כשהמשתמשים העסקיים נוהגים להשקיע השקעות ספציפיות לפלטפורמה לשם ביסוס העסק והמשך פעילותו. בנוסף, יחסים אלה מאופיינים בריבוי

206 Dagan & Heller, The Choice Theory of Contracts, לעיל ה"ש 131, בעמ' 96-97.  
 207 כיום, לדוגמה, כ-7.5% מהאוכלוסייה בישראל משתמשים באינטרנט למכירה של מוצרים ושירותים. ראו טל אדמון ונורית דוברין "נתונים אודות מסחר ובנקאות אינטרנטיים בישראל – מתוך הסקר החברתי לשנת 2020" איגוד האינטרנט הישראלי (31.12.2020). <https://www.isoc.org.il/sts-data/ecommerce-banking-services-social-survey-2020>

התפקידים שכל צד ממלא, ושמהם נובע ריבוי הערכים שהחווה מבקש לקדם. פלטפורמות דיגיטליות מתווכות בין הצדדים, מנהלות את התוכן המופיע על גבי הפלטפורמה, מהוות תשתית לביטוי ולמסחר, מאסדרות את השוק, ומיישבות סכסוכים בין השחקנים בו. משתמשים עסקיים, מצידם, מספקים חלק ניכר מהתכנים המופיעים בפלטפורמה, משתמשים ורוכשים את השירותים המוצעים על ידה, והם קהל יעד עיקרי לפעילות האסדרה ויישוב הסכסוכים. מה הם, אם כן, העקרונות החוזיים הנובעים ממאפיינים אלה?

## 1. אופיים המסחרי של היחסים

העיקרון הראשון שנציע הוא הכרה באופיים המסחרי של היחסים. משתמשים עסקיים מובחנים ממשתמשים אחרים בתפקידים שהם ממלאים, ובפרט בהיותם גם לקוחות של שירותי הפלטפורמה המוצעים בתשלום וספקי התוכן העיקריים שלה. תמורות חוזיות אלה חורגות מהמודל המקובל של "שירות-תמורת-מידע" ומגלות דמיון רב יותר לחוים מסחריים "מסורתיים" שבהם שירותים מוחלפים בכסף או בשירותים אחרים. מוכר באמזון, לדוגמה, מספק לפלטפורמה כסף – בדמות עמלות ותשלומים – עבור שירותים כתיאור, אחסון וסליקת תשלומים.

למאפיין זה של החווה שתי השלכות מרכזיות שעליהן נבקש לעמוד. הראשונה היא ראיית החווה ככזה שבאמצעותו הצדדים מבקשים להשיא את רווחתם החומרית.<sup>208</sup> ערך זה, כאמור, אינו הערך היחיד הרלוונטי ליחסים שבין הצדדים, ועם זאת הוא זה שיוצר את המוטיבציה העיקרית להתקשרות שביניהם ולכן זה שעומד במרכז היחסים.

הדברים לעיל אינם נראים כתואמים את גישתם של בתי המשפט בישראל, שנוטים לראות חווה שבין פלטפורמות דיגיטליות ומשתמשים עסקיים קטנים ובינוניים כחווה צרכני. ואולם, ככל שנטייה זו נובעת מההקשר שבו נערך הדיון המשפטי – תחולתן של תניות מקום השיפוט וברירת הדינים – אין בה כדי לשלול הכרה באופיו המסחרי של החווה ובקידום הערך של השאת הרווחה המשותפת של הצדדים בהקשרים אחרים. דברים אלה, נדמה, תואמים גם לגישה התכליתית שבה נקט בית המשפט העליון, ושלפיה על סיווג החווה (והמשתמש) להיות תלוי הקשר. עם זאת, לגישתנו, חשיבות ההבחנה שבין החווה העסקי "הטיפוסי" ובין החווה שבין משתמשים עסקיים ופלטפורמות דיגיטליות אינה מתרכזת בתחולתם של דיני הגנת הצרכן (או בהגדרת המשתמש העסקי ככזה). זאת, משום שסיווג כאמור של החווה עשוי לטשטש את האינטרסים העסקיים-מסחריים של המשתמש בעת פרשנות החווה וקביעת החובות והזכויות הנובעות ממנו, ובכך להרחיב את הפער הנורמטיבי שבין מטרות הצדדים בפועל והמטרות המיוחסות להם לאור סיווג החווה.

ההכרה באופיים המסחרי של היחסים תורם גם לחידוד ההבחנה שבין משתמשים עסקיים ובין סוגים אחרים של משתמשים (כצרכנים, עובדים ופעילים חברתיים) – וזאת בניגוד להבחנה בין סוגים שונים של משתמשים עסקיים שבה נדון בהמשך. לפחות כפי שהיא נראית, ההכרה באופיים המסחרי של היחסים מרמזת שלא כל מי שפעילותו כרוכה בהכנסה כספית (כלשהי) הוא משתמש עסקי, ושיש לשקול גם את המידה שבה הרווח הכלכלי מהפעילות

208 ראו למשל Schwartz & Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 551-550; גרוסקופף ונפתלי בן ציון, לעיל ה"ש 146, בעמ' 546-545.

הוא מטרתו העיקרית; שכיחות והיקף הפעילות המסחרית; והאופן שבו הגדירו הצדדים את היחסים. לדוגמה, בעניין אבי לן, שעסק בסגירת דף הפסיביות "סטטוסים מציצים", נמצא כי מנהליו גבו תשלום עבור פרסום תכנים בדף. האם עובדה זו לבדה הופכת את התובעים למשתמשים עסקיים? לגישתנו התשובה לכך שלילית. בפרט, מדובר היה ב"מספר קטן של סטטוסים עבור תשלום" ובהכנסה שנועדה ל"קיום פעילות העמוד" ולא ליצירת רווח, כשפעילות העמוד "כילתה את מרבית זמנם... ואת חסכוניותיהם" של התובעים, ונערכה לשם הערך האישי והחברתי שבה, כ"חלק בלתי נפרד מזהותם".<sup>209</sup>

הדברים לעיל מובילים אותנו להשלכה השנייה של ההכרה באופיים המסחרי של היחסים, זו המרמזת על חובותיו של המשתמש העסקי. ככלל, דיני החוזים רואים את הצדדים לחוזה המסחרי כמי שעליהם להכיר את תוכן החוזה ואת הסביבה העסקית-רגולטורית שבה הוא נערך ("הסביבה החוזית").<sup>210</sup> לגישתנו, דברים אלה עשויים להיות רלוונטיים גם לגבי משתמשים עסקיים, במובן זה שיתכן שיהיה עליהם להכיר (במידה מסוימת) את תוכן החוזה, אף אם אין הם נדרשים לעקוב אחר השינויים שנערכו לאחר מועד תחילת היחסים. הנטל להכיר את הסביבה החוזית מספק יתרונות אחדים. הוא עשוי לתרום ל"סינון" משתמשים עסקיים, באופן שישפר את איכות המוצרים והשירותים המוצעים בפלטפורמה ואת הנכונות של משתמשים לשלם עבורם; ולהגביר את הוודאות בנוגע לפרשנות החוזה, ובכך להפחית את עלויות ההתקשרות. עם זאת, את תחולתו בפועל של הנטל יש לבחון, ובמקרים מסוימים לצמצם, לאור שלושה שיקולים מרכזיים. האחד הוא רצון הצדדים, בדגש על מקרים שבהם אין זה סביר שהצדדים ירצו בקיומו של הנטל, למשל כשהעלויות הכרוכות בעמידה בנטל – כחיפוש המידע והתייעצות עם אנשי מקצוע – עלולות להוות חסם להקמת העסק המקוון ולמנוע עסקאות שבהן שני הצדדים מעוניינים.

שיקול נוסף הוא הציפיות הסבירות של המשתמש העסקי. כפי שראינו, נוסף לתיווך בין משתמשים, פלטפורמות דיגיטליות קובעות גם את תנאי ההתקשרות, מיישבות סכסוכים בין המשתמשים, ומציעות למשתמשים העסקיים שירותי אחסון, אריזה, הפצה, סליקת תשלומים, פרסום ושיווק, וכלי מעקב וניתוח של הפעילות השוטפת של העסק. במילים אחרות, פלטפורמות מציעות עצמן כמי שמספקות את כלל השירותים הנלווים הנדרשים לניהול העסק (one-stop-shop). אמזון, לדוגמה, קוראת למשתמשים "להתחיל למכור היום",<sup>211</sup> ומציעה שהקמת העסק המקוון דורשת ארבעה צעדים פשוטים בלבד.<sup>212</sup> בכך יש כדי ליצור ציפייה (סבירה) שלפיה המשתמש העסקי יוכל לנהל את עסקו מבלי להסתמך על שירותים חיצוניים מעבר לאלה המוצעים על ידי הפלטפורמה. בהתאם, ולפחות בנוגע

209 עניין לן, לעיל ה"ש 5. נציין שאין מניעה להכיר במקרים שבהם תכלית השימוש היא מעורבת, כשעל הפרשן להכריע מהי התכלית הדומיננטית בסכסוך הנדון.

210 ראו למשל עניין ביבי כבישים, לעיל ה"ש 10, בפס' 5 לפסק הדין של השופט גרוסקופף. נדגיש שהנטל להיכרות עם הסביבה החוזית אין משמעותו הנחה בדבר הרמיון במידת התחכום העסקי או רצינותיות בקבלת ההחלטות של הצדדים.

211 *Sell with Amazon Beginner's Guide*, AMAZON, <https://www.sell.amazon.com/beginners-guide> (last visited May 9, 2023).

212 *How to Sell Your Used Items on Amazon*, PASSION FOR SAVINGS (Jan. 23, 2015) <https://www.passionforsavings.com/sell-used-items-amazon/>.

למי שנשמכים בפועל על שירותים אלה, הדרישה לבצע פעולות נוספות ולהיעזר באנשי מקצוע לשם היכרות עם הסביבה החוזית עשויה לעמוד בניגוד לציפיותיהם הסבירות. במילים אחרות, לגישתנו יש להבחין, למשל, בין משתמש עסקי שעסקיו קיימים על גבי הפלטפורמה בלבד ושנסמך עליה באופן נרחב לניהול העסק, ובין משתמש עסקי שלו עסק הפועל (גם) באופן עצמאי מהפלטפורמה ושלכן נדרש להשתמש בשירותים של גורמים שאינם הפלטפורמה.<sup>213</sup>

הנטל להכיר את הסביבה העסקית מחייב, אם כן, הבחנה בין סוגים שונים של משתמשים עסקיים, מבלי שמי מהם יוגדר כצרכן. כפי שציינו, מקורו של הנטל הוא בהנחה שעל מי שמבקש להקים עסק מסחרי לבצע פעולות הכנה נאותות טרם החל בפעילותו. בהתאם, כשבית המשפט בוחן מהו היקף הנטל שחל על משתמש עסקי מסוים יש לשאול האם סביר לדרוש ממשתמש מהסוג זה לבצע פעולות הכנה כאמור. לגישתנו, זהו ההקשר שבו יש ליישם את מבחני המשנה שהציעה השופטת וילנר בעניין טרוים מילר, הבוחנים את חוסנו הכלכלי, כמות העובדים, קיומו של ליווי משפטי, ותלותו של המשתמש העסקי בפלטפורמה לשם פעילותו המסחרית.<sup>214</sup> מבחינים אלה, כפי שניתן לראות, מתמקדים ביכולותיו של המשתמש העסקי במנותק מפערי הכוחות שבינו ובין הפלטפורמה, ויש בהם כדי ללמד על היקפן (הסביר) של הדרישות שבהן עליו לעמוד בשל היותו משתמש עסקי.

לסיכום, משתמשים בפלטפורמות דיגיטליות נמצאים על רצף שבין המשתמש הצרכני מחד גיסא ובין המשתמש העסקי שלו עסקים "מסורתיים" הקיימים בלא תלות בפלטפורמה מאידך גיסא. מיקומו של המשתמש על רצף זה הוא שיקבע את המידה שבה עליו לעמוד בחובות ובנטלים שדיני החוזים נוהגים להטיל על משתמשים עסקיים "מסורתיים", כשמשתמשים צרכניים אינם נדרשים לעמוד בנטל זה כלל, משתמשים עסקיים "קטנים" יידרשו לעמוד בחלקו, ואילו משתמשים עסקיים "גדולים" ומבוססים יידרשו לעמוד בנטל במלואו.

## 2. הוגנות (שוויון) מהותית

מאפיין חשוב נוסף של היחסים הוא פערי הכוחות המבניים שבין הפלטפורמות ומשתמשיהם העסקיים, שאותם יש לבחון לאור תפקידה של הפלטפורמה כתשתית למסחר וככזו שבשל שליטתה במידע יכולה (במידה מסוימת) לנתבו כרצונה.

כפי שראינו, פערי הכוחות בין הצדדים מאפשרים לפלטפורמות לנצל את מעמדן וליטול לידיהן חלק ארי מערכו הכלכלי של החוזה. מענה אחד לבעיה זו מצוי בדיני התחרות, שבהם נדון בפרק הבא, ובאיסורים והחובות הקבועים בהם בנוגע לניצול מעמדו הדומיננטי של מי שבידיו כוח שוק משמעותי.<sup>215</sup> ההצדקות להתערבות דיני החוזים בשל פערי כוחות מבניים שנויות במחלוקת, ודיון מקיף בהן חורג מגבולות מאמר זה. ככלל, ניתן להצביע על ארבע

213 דוגמה לכך היא החלוקה של אמזון בין התוכנית ל"יחידים", שמיועדת למי שמוכרים עד 40 פריטים ביום, ובין התוכנית למי שפעילותו היא משלח ידו (professionals), ושמוכר מעל 40 פריטים ביום. ראו <https://sell.amazon.com/pricing#selling-plans>, AMAZON, (last visited May 9, 2023). *Sell with Amazon Selling plans*, AMAZON, <https://sell.amazon.com/pricing#selling-plans> (last visited May 9, 2023).

214 עניין טרוים מילר, לעיל ה"ש 109, בפס' 26 לפסק הדין של השופטת וילנר.

215 ראו לעיל פרק ב.1.(א).

הצדקות מרכזיות להתערבות במקרים אלה: צדק חלוקתי, שעל פיו על דיני החוזים להימנע ממתן תוקף לתניות או חוזים המאפשרים לצד החזק לנצל את כוחו העודף כדי להכתיב תנאי עסקה עדיפים עבורו; צדק ביחסים, היינו, העיקרון שלפיו על דיני החוזים להגן על צדדים הנמצאים במצבי תלות או פגיעות, בין היתר, בעת ביצוע חיובים חוזיים המעניקים לצד החזק שיקול דעת באשר לאופן הביצוע, ובפרט במקרים שבהם צד רשאי לבטל את החוזה באופן חד-צדדי; מוסר בינאישי, וחובתה של המדינה שלא להשתמש בכוחה הכופה במצבים שבהם צד מבקש לנצל את מצב פגיעותו וחולשתו של הצד האחר; ופגם בהסכמה, שרלוונטי במקרים שבהם פערי הכוחות והמידע עולים לכדי פגם בהסכמת הצדדים.<sup>216</sup> בהקשר של פלטפורמות דיגיטליות, בתי המשפט בישראל נוטים לאמץ את החלופה האחרונה.<sup>217</sup> מהו היחס בין מאפיין זה ובין אופיים המסחרי של היחסים והדרישה להיכרות עם הסביבה החוזית הנובעת מהם? מענה לכך ניתן למצוא בחוק החוזים האחידים, מהכלים המרכזיים להגנה על הצד החלש בהקשרים מסחריים. חוק זה וההסדרים הקבועים בו מהווים חלק מהסביבה החוזית, והדרישה להיכרות עם הסביבה החוזית אינה שוללת את זכותו של המשתמש העסקי להסתמך על טענת הקיפוח.<sup>218</sup> יתר על כן, ביישום החוק בתי המשפט מבחינים בין צרכנים "הזקוקים להגנה מוגברת" ובין לקוחות מסחריים, וכן בין "ספקים מונופוליסטים אשר יש לפקח על פעילותם בצורה הדוקה יותר ובין ספקים שאינם מהווים מונופול".<sup>219</sup> בעוד שההבחנה הראשונה עוסקת בזהות הצד החלש, ההבחנה השנייה מתמקדת בכוח השוק של הצד החזק ואינה סותרת את אופיים המסחרי של היחסים.<sup>220</sup> חוק החוזים האחידים אינו הכלי החוזי היחיד שרלוונטי למאפיין של פערי הכוחות המבניים שבין הצדדים. לצידו קיימים עקרון הפרשנות כנגד המנסח; עילת העושק; ועקרון ההדדיות (reciprocity).<sup>221</sup> עמדת הנחיתות המשמעותית שמשמשים עסקיים סובלים ממנה

216 לדיון בהצדקות השונות, ראו למשל James Gordley, *Equality in Exchange*, 69 CAL. L. REV. 1587 (1981); Robert W. Gordon, *Unfreezing Legal Reality: Critical Approaches to Law*, 15 FLA. ST. U.L. REV. 195 (1987); Seana V. Shiffirin, *Paternalism, Unconscionability Doctrine, and Accommodation*, 29 PHIL. & PUB. AFFAIRS 205 (2000); Hanoch Dagan & Avihay Dorfman, *Justice in Contracts*, 67 AM. J. JURIS. (2022); Richard A. Epstein, *Unconscionability: A Critical Reappraisal*, 18 J. L. & ECON. 293 (1975); Anthony Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, 89 YALE L. J. 472 (1980).

217 עניין **בן חמו**, לעיל ה"ש 100, בפס' 25 לפסק הדין של הנשיאה חיות ("אחת ההצדקות המרכזיות [לחוק חוזים האחידים]... נעוצה בהנחה שהסכמתו של הלקוח לתנאים המקפחים שנכללו בחוזה אחיד – פגומה"). עם זאת, בחלק אחר של פסק הדין קובע בית המשפט כי "המושג 'תנאי מקפח' מהווה... קריסטליזציה של תקנת הציבור..." (שם, בפס' 22).

218 למעשה, כאמור בחוקת הקיפוח בס' 4(12) לחוק החוזים האחידים, חזקה כי תניה שלפיה הלקוח מתחייב שקרא והבין את תוכן החוזה היא מקפחת.

219 שם.

220 וואלם, ראו פורת, לעיל ה"ש 155, בעמ' 739 (לטענה שהתערבות בחוזים אחידים ראוי שתיעשה רק בהינתן פערי מידע עובדתיים או משפטיים).

221 ראו למשל פורת, לעיל ה"ש 155, בעמ' 773; אביגיל פאוסט "שיקול ההדדיות בדיני החוזים: מבט על שלוש סוגיות בפסיקה הישראלית" *דין ודברים* י 91 (2018).

מרמזת שעל בתי המשפט ליישם כלים אלה באופן נרחב וכדי לקדם ערכים החורגים מהבטחת היעילות הכלכלית של החוזה, אף שהיקף ואופן היישום של העקרונות ראוי שייבחן ממקרה למקרה ותוך רגישות לעובדות. ואומנם, דוגמה לכך ניתן למצוא בקביעתה של השופטת ברון כי יש לאמץ את כלל הפרשנות כנגד המנסח בעת פירוש המונח "צרכן" בחוזה שבין פייסבוק ומשתמשיה.<sup>222</sup>

גם בפסקי הדין שהכירו במאפיינים המסחריים של היחסים בין הצדדים הדגישו בתי המשפט את פערי הכוחות שביניהם, ואת הצורך לאזן את חוסר השוויון שביניהם. בעניין ויוה מדיה, למשל, לצד הקביעה כי היחסים בין הצדדים הם יחסים מסחריים, בית המשפט מדגיש את "פערי הכוחות המבניים, שבין גורם גלובלי שמנהל פלטפורמה דיגיטאלית אדירת ממדים לבין בעלי האתרים שמבקשים להיבנות מהתשתיות שמספקת הפלטפורמה" כאחד הנימוקים להפחתת גובה הפיצוי המוסכם שעל ויוה מדיה לשלם לגוגל בשל הפרת החוזה על ידי הראשונה.<sup>223</sup> בדומה, בפסק הדין בעניין עומרי חיון דחה בית המשפט את בקשת פייסבוק לאכוף את תניית השיפוט הזר שבחוזה בין הצדדים בקביעה כי "הגם שסיווג ההתקשרות בין התובע לבין פייסבוק הוא סיווג עסקי ומסחרי... הרי שאין מדובר ביחסים בין שני לקוחות מסחריים שווי מעמד או כאלה שפערי הכוחות ביניהם קטנים... התובע הוא אדם פרטי המפעיל בלוג בתפוצה מקומית ואילו פייסבוק היא ענקית האינטרנט המפעילה את הרשת החברתית הגדולה בעולם, שבה למעלה מ-2 מיליארד משתמשים".<sup>224</sup>

עם זאת, לא תמיד אלה הם פני הדברים. בעניין זוהר, למשל, בית המשפט כותב כי "הגם שהדבר נפוץ מאד במחוזותינו אין כל הכרח עסקי להשתמש בשירותי פייסבוק דווקא".<sup>225</sup> לגישתנו, נימוק זה בעייתי לאור המציאות הכלכלית שעליה עמדנו בפרק הראשון ולנוכח אופי הפעילות המסחרית של זוהר – יצירתה של קהילה צרכנית ופרסום המלצות רכישה לקהילה זו – שמהותה וקיומה תלויים בגישה לרשת החברתית. חשוב לא פחות, בדברים אלה יש כדי לעמעם את פערי הכוחות שבין הצדדים ואת הצורך להחיל את דיני החוזים באופן שימנע את יכולתן של פלטפורמות לנצלם. בדומה, כשבית המשפט דן ביכולת של פייסבוק לשנות את תנאי החוזה באופן חד-צדדי, הוא קובע כי זהו "תנאי לגיטימי שעולה בקנה אחד עם הצרכים המשתנים והדינאמיים של הרשת החברתית", וכי האיזון לזכות זו בא לידי ביטוי באפשרות של המשתמש העסקי "לעתור לסעד של השבת פעילות בחשבונותיו על בסיס חוזי", שבמסגרתו "תבוצע בדיקה פרטנית של הנסיבות וייקבע לגוף אותו עניין האם הופרו תנאי השימוש אם לאו".<sup>226</sup> גם כאן, הקושי בדברים הוא שלאור זכותה הבלתי מסויגת של הפלטפורמה לקבוע ולשנות את תנאי ההתקשרות ויכולתה לממש זכות זו בפועל לאור פערי הכוחות בין הצדדים, תהיה למשתמש העסקי תועלת מועטה מבידור טענותיו על סמך התנאים הקבועים בחוזה לבדם.

222 עניין גל, לעיל ה"ש 5, בפס' 20.

223 עניין ויוה מדיה, לעיל ה"ש 5, בפס' 51.

224 ת"א (שלום ת"א) 91-08-19 עומרי חיון נ' Facebook, Inc (נבו 21.10.2020).

225 שם, בפס' 34.

226 שם, בפס' 86-87.

### 3. החוזה כמסגרת לשיתוף פעולה מתמשך

העיקרון השלישי שנציע רואה בחוזה שבין פלטפורמות דיגיטליות ומשתמשים עסקיים מסגרת לשיתוף פעולה ארוך טווח, המשקף את אופיים המתמשך של היחסים, השקעתם הספציפית של המשתמשים העסקיים בפלטפורמות, ואת תפקידן של האחרונות בבניית קהילות וניהול תוכן. בדומה לעקרונות האחרים, לא נעמוד על כלל ההשלכות האפשריות של מאפיין זה ונתמקד באחת מהמרכזיות שבהן: היקף ותוכן חובת תום הלב.

ברין הישראלי נבחנת חובת תום הלב על פי נסיבות המקרה וסוג היחסים. ככלל, היקפה של חובת תום הלב בחוזי יחס מסחריים הוא רחב, כש"צדדים לחוזים כאלו מצפים לרמה גבוהה יחסית של תום לב – קרי: אלטרואיזם וסולידריות – ביחסיהם החוזיים. ומכיוון שחובת תום הלב מכוונת להביא להגשמת הצפיות הסבירות של כל צד מהעסקה שלו, יש להביא להגשמתן של ציפיות אלו גם בנוגע למידת האלטרואיזם והסולידריות שכל צד לחוזה כזה יכול להניח בסבירות כי יזכה להן מהצד האחר".<sup>227</sup> עיקרה של חובת תום הלב, אם כן, הוא הגנה מפני התנהגות אופורטוניסטית, שעשויה לבוא לידי ביטוי בפעולות בניגוד לציפיות הסבירות, חתירה תחת המטרה המשותפת, סירוב לשתף פעולה, ושימוש בתכסיסים פסולים לשלילת זכות האחר.<sup>228</sup> בתת-חלק זה נראה כיצד נורמות התנהגות אלה עשויות לבוא לידי ביטוי ביחסים שבין פלטפורמות דיגיטליות ומשתמשים עסקיים.

הציפיות הסבירות של משתמשים עסקיים מעוצבות, בין היתר, לאור השקעתם הספציפית בפלטפורמה, כשהגנה על מי שביצע את ההשקעה מפני התנהגות אופורטוניסטית היא מהמטרות העיקריות של דיני החוזים.<sup>229</sup> ההשקעה הספציפית של משתמשים עסקיים עשויה ללוכד צורות שונות, ובהן: המאמצים וההוצאות הכרוכים בעצם הקמת העסק ("חנות" וירטואלית, עמוד עסקי או ערוץ יו-טיוב); פרסומו ושיווקו בפלטפורמה; ויצירה ושימור של קהל הלקוחות (או ה"עוקבים"). התועלות מההשקעה המשותפת לצדדים מגוונות גם הן, וכוללות: עידוד השימוש והמעורבות של משתמשים בפלטפורמה; גידול בהיקף המכירות (והעמלה) לפלטפורמה; והמידע שנוצר עקב הפעילות המסחרית. לפחות בחלקם, תוצרים אלה אינם ניתנים להעברה לפלטפורמות או זירות מסחר אחרות, והגנה על זכותו של המשתמש העסקי ליהנות מהם היא חלק חשוב מפועלה של חובת תום הלב.

עניין זוהר מדגים מקרה שבו אין בית המשפט מייחס משקל רב (אם בכלל) להשקעה הספציפית של המשתמש העסקי. זוהר, ניתן להניח, השקיעה משאבים לא מועטים ביצירת קבוצה המונה כרבע מיליון משתמשים, ושאותם אין היא יכולה "להעביר" לפלטפורמה אחרת. השקעה ספציפית זו, והעובדה כי "מספר ההפרות עליהן הצביעה אדידס [כולל]

227 מנחם מאוטנר "תום לב ותנאים מכללא" חוזים כרך שלישי, 349 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003). ליישום ברין הישראלי, ראו למשל ע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עזבון מילגרומ נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145 (1998).

228 שם, בעמ' 347-349.

229 לדוגמה, הצד שביצע את ההשקעה חשוף לסיכון שהצד האחר יאיים להותיר אותו עם השקעה חסרת ערך אלא אם יסכים לשנות את תנאי ההתקשרות, ואכיפת החוזה על ידי המדינה נועדה להבטיח את ביצוע ההשקעה מלכתחילה ומניעת הניצול של הצד שביצע אותה. ראו Schwartz & Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 559-562.



רכישה מוכחת של שלושה מוצרים מזויפים", ושמוצרי אידס "מהווים 0.005% בלבד מכלל המוצרים המוצגים באתר", ראוי היה שיהיו חלק מהשיקולים בהחלטת בית המשפט. במילים אחרות, כפי שנראה בתת-החלק הבא, את זכותה של פייסבוק להפסיק את ההתקשרות עם דיאנה ביסס בית המשפט, בין היתר, על זכותו של צד שלישי – חברת אידס – להגנה על קניינו הרוחני. אין אנו מקילים ראש בחובותיה של פייסבוק בהקשר זה. טענתנו היא שאף אם ההכרעה המשפטית במקרה המסוים נכונה, לנימוקים שביסודה עלולות להיות השלכות שליליות במקרים עתידיים. לגישתנו, עדיף היה לצמצם את תחולת ההכרעה המשפטית על מקרים עתידיים על ידי קשירה בין עובדות המקרה – השעיית החשבון בשל פעילות שמטרתה היא מכירה של מוצרים מזויפים – ובין התוצאה המשפטית; ולגלות רגישות רבה יותר לעובדות על ידי מתן ביטוי לשיקולים נוספים הקשורים ביחסים שבין פייסבוק וזוהר, ובהם: היקף הפעילות המפירה, אופיים המתמשך של היחסים, והציפיות הסבירות של זוהר לנוכח השקעתה הספציפית בפלטפורמה. כל זאת, לאור זכותה של אידס – חברה גדולה ומתוחכמת – לפעול משפטית ישירות נגד זוהר.

בחינת הציפיות הסבירות של המשתמש העסקי, אם כן, צריכה לשקף את השקעתו הספציפית בעת פרשנות תניות חוזיות המאפשרות לפלטפורמה לסיים את היחסים, באופן זמני או קבוע, ולשם צמצום שיקול דעתה. במקרים אלה, לגישתנו, על בית המשפט לשקול: האם סיום היחסים בנסיבות המקרה מערער על הסולידריות הנדרשת מהצדדים; האם משתמש עסקי סביר היה מוכן לבצע את ההשקעה הספציפית אילו היה ער לסיכון של הוצאתו מהפלטפורמה בנסיבות הנדונות; והאם ניתנה למשתמש הזדמנות נאותה להחזיר את השקעתו בזמן שבו פעל בפלטפורמה. דברים אלה מרמזים, למשל, שלא תמיד יהיה די ביכולתה של הפלטפורמה להצביע על פעולה הנוגדת את תוכן ההסכם בין הצדדים כדי להצדיק את סיום ההתקשרות, וכי גם בנסיבות אלה על בית המשפט לבחון כיצד מאפייני היחסים בין הצדדים משפיעים על יסודיות ההפרה; תקופת הזמן שיש להעניק למשתמש כדי לתקנה; האפשרות להשתמש בצעדים פוגעניים פחות; והמידה שבה ראוי לתת למשתמש העסקי הודעה מוקדמת כדי שיוכל להחזיר את השקעתו.

ואומנם, בעניין ויוה מדיה בית המשפט מייחס משקל רב למאפיינים שפורטו לעיל ומציין כי "הסכם השירות שנערך בין גוגל לבין ויוה, קרוב יותר להסכם מתמשך למתן שירותים מאשר להסכם מכר".<sup>230</sup> יתר על כן, בית המשפט עוסק בהרחבה בפעולות שנקטה גוגל טרם החליטה על סיום החוזה, ובהן עריכת חקירות עצמאיות וקביעת ממצאים אמפיריים על בסיסן, מסירת שלוש התראות המפרטות את הפגמים בפעילות האתר, ומתן אפשרות לתקן את ההפרות טרם סיום היחסים,<sup>231</sup> ונסמך על פעולות אלה בקביעתו שכיטלונה של ויוה לתקן את ההפרות מאפשר לגוגל לבטל את החוזה על אף היקפה הקטן יחסית של הפעילות המפירה.<sup>232</sup> קריאה אפשרית של הדיון בפעולותיה של גוגל היא שחשיבותן של פעולות אלה מבטאת תפיסה של החוזה כמסגרת לשיתוף פעולה, ושאינולא מאפיין זה לא היה צורך בפעולות מקדימות אלה טרם סגירת החשבון. עוד באותו הקשר, בית המשפט בעניין ויוה

230 עניין ויוה מדיה, לעיל ה"ש 5, בפס' 54.

231 שם, בפס' 30.

232 שם, בפס' 43.

מדיה מבהיר כיצד פעולותיה של ויוה מדיה עלולות לסקל את המטרה המשותפת של הצדדים, בהיותן "נוגעות ללב-ליבו של המודל העסקי שעל בסיסו פועל שירות ה-AdSense".<sup>233</sup> גם דברים אלה ניתן לקרוא לאור אופיים המתמשך של היחסים, וכנימוק מדוע בכל זאת אפשר בית המשפט את סיום היחסים על ידי גוגל.

תוצר חשוב נוסף של השקעתו הספציפית של המשתמש העסקי הוא המידע הנוצר עקב הפעילות העסקית. ככלל, דיני החוזים הכירו במידע כאחד התוצרים העיקריים של השקעתו הספציפית של צד ליחסים החוזיים, באופן שעשוי לרמוז על איסור להשתמש במידע באופן שיפגע במי מהצדדים, ואף על חובה (מסוימת) לחלוק בתוצר זה של ההשקעה.<sup>234</sup>

שתי המשמעויות אחרונות שבהן נבקש לדון קשורות בדוקטרינת האשם התורם והשימוש בתכססים פסוליים. דוקטרינת האשם התורם בדיני החוזים נקלטה בדין הישראלי בפסק הדין בעניין Eximin, ולפיה: כשצד לחוזה נתקל "בקשיי ביצוע אשר הצד השני יכול לעזור לו להיחלץ מהם בנקל", חלה על האחרון החובה לעשות זאת אף אם אין לדבר ביטוי בלשון החוזה.<sup>235</sup> הדברים רלוונטיים במיוחד לענייננו בשל שליטתן הנרחבת של פלטפורמות במידע והיותן תשתית למסחר, תפקידים המרמזים על יכולתן לעזור בקלות יחסית למשתמש העסקי הנתקל בקשיים לקיים את חיוביו. דוגמה לכך היא מקרים שבהם האמצעים הטכנולוגיים שהפלטפורמה מפעילה מזהים תוכן כחשוד בהפרת זכויות יוצרים. בנסיבות אלה, ייתכן שקיימת לפלטפורמה החובה ליידע את המשתמש, גם כשהחליטה שלא להסיר את התוכן. דוגמה נוספת העולה מעניין ויוה מדיה קשורה בטענה המרכזית של החברה שלפיה הסיקה "מעצם הותרת הסימון 'resolved' בחשבון ה-AdSense של ויוה, כי גוגל אישרה שההפרות תוקנו". בית המשפט דחה טענה זו בנימוק שמדובר ב"עדות סברה שאין לה תימוכין בראיות שהובאו לפניי". לגישתנו, טענה זו ראוי היה לבחון לאור דוקטרינת האשם התורם, וחובתו של צד לעזור לצד האחר לקיים את חיוביו החוזיים כשהאחרון נתקל בקשיי ביצוע והראשון יכול לעזור לו להיחלץ מהם בנקל. דברים אלה, נדמה, תואמים היטב את הציפייה של ויוה כי בהותרת הסימון "resolved" יש משום הכרה מצד גוגל שפעולת התיקון בוצעה בהצלחה. זאת, לאור העובדה כי גוגל היא שהגדירה את שיש לתקן, הייתה חשופה

233 שם.

234 על חשיבותו של סוג זה של תוצר בהקשר של השקעה ספציפית, ראו ע"א 415/88 החברה הכלכלית לאילת בע"מ נ' ברטון תכנון וייצור בע"מ, פ"ד מג(4) 672 (1989). במקרה זה הקימו המערערות והמשיב מיום משותף; לאחר הצלחת המיזם המשותף ביקשה המערערת להרחיבו והציעה למשיב לעשות זאת, אך בתנאים עדיפים עבור המערערת בהשוואה להסכם המקורי. לאחר שהמשיב סירב לשינוי התנאים התקשרה המערערת עם שותף אחר והקימה עסק שהתחרה במיזם הקיים, מעשה שבית המשפט קבע שהינו חסר תום לב, כיוון שהמערערת לא הציעה למשיב להמשיך בתנאים דומים להסכם המקורי. דרך אחת להבין את פסק הדין היא שהחווה המקורי היה כרוך בסיכון בדבר הצלחתו. רק לאחר ובשל המידע בדבר הצלחת המיזם הראשוני יכלה המערערת להציע לאחרים להתקשר עימה בתנאים טובים יותר עבורה בהשוואה להסכם המקורי. כלומר, המערערת ביקשה לנצל את המידע שגילתה מהפעלת (והצלחת) המיזם המקורי כדי לקבל תנאי התקשרות טובים יותר, מעשה שבית המשפט ראה כחסר תום לב.

235 ע"א Eximin S.A 3912/90. נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ, פ"ד מז(4) 64, 83 (1993).

לתיקונים שביצעה ויוה ולסימון "resolved" עצמו, המעיד, לגישת ויוה מדיה, שהיא עמדה בדרישותיה של גוגל. כפועל יוצא, ניתן היה לייחס לגוגל מידה של אשם תורם שעשויה הייתה לכוא לידי ביטוי בקביעת היקפו של הפיצוי המוסכם.

הנורמה האחרונה שבה נדון עוסקת בתכסיסים פסולים, כדווקנות ללשון החוזה או חוסר תשומת ליבו של הצד האחר לפרטיו, באופן המקדם את מטרתו של צד אחד על חשבון הצד האחר ובלא התאמה לציפיות הסבירות של האחרון בדבר הסולידריות ושיתוף הפעולה הנדרשים בחוזי יחס ארוכי טווח. דוגמה רלוונטית במיוחד לענייננו היא דבריו של השופט פוזנר בפסק הדין האמריקאי בעניין Market Street:<sup>236</sup>

What this case comes down to... is that an immensely sophisticated enterprise simply failed to read the contract... and deliberately to take advantage of your contracting partner's mistake during the performance stage... is a breach of good faith.<sup>237</sup>

דברים אלה מציעים שהנטל להכיר את הסביבה החוזית אין משמעותו שעל הצדדים לחוזה להיות ערים לכל אחד מפרטיו, ושאינן די ביכולת של פלטפורמה להצביע על הפרתו של אחד מסעיפי החוזה על ידי המשתמש העסקי כדי לזכותה בסעד בגין ההפרה. במקום זאת, יש להוסיף ולבחון: האם ניתן לצפות מהמשתמש להיות ער לתנייה, בין היתר, לאור יכולתה של הפלטפורמה לשנות ולעדכן את החוזה באופן חד-צדדי; והאם היה על הפלטפורמה להתריע מראש על ההתנהגות המפירה ועל השלכותיה המשפטיות.

#### 4. הוגנות פרוצדורלית וזכויות צדדים שלישיים

העיקרון האחרון שבו נדון עוסק בהוגנות פרוצדורלית וזכויותיהם של צדדים שלישיים לחוזה, כפי שאלה נובעים מתפקידה של הפלטפורמה כתשתית למסחר וכ"רגולטור", ומאופיו של החוזה כחלק מרשת של חוזים.

בהוגנות פרוצדורלית כוונתנו לחובות שקיפות, גילוי, והיעדר אפליה של הפלטפורמה כלפי משתמשים ושל משתמשים כלפי משתמשים אחרים. כפי שהציע ניקולס סוזר, שיקול הדעת הנרחב שניתן לפלטפורמות ביצירתם ובאכיפתם של כללים המשפיעים על אינטרסים מהותיים של המשתמשים מחייב שפעולות אלה תזכנה למידה רבה יותר של לגיטימיות, כשהדרך העיקרית להגשים זאת היא יצירתם של כללים פרוצדורליים שיגבילו את שיקול דעתן של הפלטפורמות.<sup>238</sup>

מקור נוסף לדרישה להוגנות פרוצדורלית היא חובת תום הלב הנרחבת של הצדדים. לדוגמה, את חובתה של הפלטפורמה לשקיפות ולשוויון פורמלי כלפי משתמשים עסקיים ניתן לבסס על הסולידריות הנדרשת בסוג זה של חוזים. במובן זה, הן תוכן החובה להוגנות פרוצדורלית והן הנימוקים שביסודה דומים לאלה שהציע, בדעת מיעוט, השופט ברק (כתוארו אז) להטיל על מי שפרסם מכרז:

.Market Street Associates L.P. v. Frey, 941 F.2d 588 (7th Cir. 1991) 236

שם, בעמ' 597. 237

NICOLAS P. SUZOR, LAWLESS: THE SECRET RULES THAT GOVERN OUR DIGITAL LIVES 106–109, 238

.115 (2019)

מכרז הוא עניין רציני. פרנסתם של רבים מהמשתתפים תלויה בו. לעתים קרובות, נגרמות למשתתף הוצאות רבות בעצם ההיענות למכרז... כל אלה יוצרים ציפייה סבירה של כל משתתף, כי יטופל בו בדרך שוויונית.<sup>239</sup>

הכרה בחובות פרוצדורליות אלה נובעת ותואמת גם את היות החוזה חלק מרשת חוזים. מנקודת מבט זו, על הפלטפורמה, כגוף העומד במרכז הרשת החוזית ואחראי על ניהולה, לקדם את המטרות והערכים המשותפים לחברי הרשת כולה. אלה, כפי שראינו, כוללים עקרונות של שוויון פורמלי והיעדר אפליה, וזאת, לכל הפחות, כשאין הפלטפורמה יכולה להצביע על שוני רלוונטי בין המקרים השונים.<sup>240</sup>

לכסוף, קיומו של החוזה כחלק מרשת חוזים מבססת גם את חובותיהם של הצדדים לכל חוזה מסוים כלפי החברים האחרים ברשת. מכאן שחובות השוויון הפורמלי והיעדר האפליה קיימות לא רק ביחסים בין כל משתמש ובין הפלטפורמה, אלא גם בין המשתמשים ובין עצמם. חובות אלה עשויות לחול על המשתמשים העסקיים באופן ישיר, למשל אם בשל היותם חלק מרשת חוזים על הצדדים להביא בחשבון לא רק את הציפיות הסבירות האחד של האחר אלא גם את אלה של החברים האחרים ברשת, וכשם שמשתמש סביר מצפה ליחס שוויוני מצד הפלטפורמה כלפיו כך סביר שיצפה ליחס שוויוני מצד המשתמשים האחרים בפלטפורמה. אפשרות אחרת היא שכחלק מהחובה של הפלטפורמה להבטיח יחס שוויוני כלפי המשתמשים עליה ליצור מנגנוני פיקוח ואכיפה חוזיים שיבטיחו קיומו של שוויון פורמלי ביחסים שבין המשתמשים ובין עצמם.

פסקי הדין בעניין זוהר ובעניין ויה מדגים עיקרון אחרון זה. בעניין זוהר בית המשפט מבטא את היות החוזה בין הצדדים חלק מרשת חוזים, וקובע ש"חובתה של פייסבוק" לקבוע כללים ש"עולין" בקנה אחד עם עקרונות נורמטיביים מקובלים וסבירים של גלישה בטוחה במרשתת" ו"לדאוג באופן סביר כי המרחב שהיא מספקת למשתמשיה, יהא בטוח ולא ישמש להפרת זכויות של אחרים".<sup>241</sup> בית המשפט אף מוסיף ומתאר את מעשיה של פייסבוק כ"ביצוע פעולות אכיפתיות של הפרות קניין רוחני המתבצעות ברחבי הרשת החברתית", ואת המשתמשים כמי ש"פועלים באישור ובהסכמה של פייסבוק ונתונים במידה מסוימת לפיקוחה וליכולות האכיפה שלה".<sup>242</sup>

במילים אחרות, בית המשפט רואה את תפקידן של פלטפורמות כרגולטור – ה"עכביש" העומד במרכז רשת החוזים בין המשתמשים והפלטפורמה ובנים לבין עצמם. תפקיד זה הוא שיוצר חובות פרוצדורליות ביחסן הביטורלי של הפלטפורמות עם המשתמש העסקי וביחסן עם צדדים שלישיים – הוא הציבור. ואומנם, בית המשפט מבהיר ש"על פייסבוק להשתמש באותן מערכות אכיפה העומדות לרשותה באופן מידתי, סביר ושוויוני ותוך הפעלת שיקול

239 ר"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה בע"מ, פ"ד מג(1) 441 (1989) 483-482.

240 למשל, החלטה לגבות תשלום רק ממי שעושה שימוש מסחרי בפלטפורמה עשויה להיות מבוססת על שוני (רלוונטי) בין סוגי המשתמשים.

241 עניין זוהר, לעיל ה"ש 5, בפס' 72.

242 שם.

דעת, על מנת שלא תיפגענה זכויותיו של המשתמש להפעיל ולהשתמש בקבוצה או בדף הפייסבוק באופן סביר.<sup>243</sup> לסיים, גם בעניין ויזה מדיה בית המשפט רואה את תפקידה זה של הפלטפורמה כיצור חובות כלפי צדדים שלישיים. כך, בדיון על תניית הפיצוי המוסכם בחוזה, בית המשפט קובע כי מדובר ב"תניית קנס (Penalty)", אך מוסיף כי:

"גוגל היא 'גורם ביניים' בזירה האינטרנטית. מעמדה מטיל עליה חובות מסוימות, כאשר לתכנים שמועלים בפלטפורמה אותה היא מנהלת. אחריות זו היא שמחייבת מתן יכולת לביצוע פעולות אכיפה דיגיטאלית כלפי 'Bad Actors'. מנקודת מבט זו, סעיף שמטיל סנקציות במקרים בהם הוברר כי בעל האתר הפר הפרדה מהותית שיש בה פגיעה בטוהר הפעילות ברשת מתיישב עם תכלית זו... יתר על כן, קיים קושי באכיפה הדיגיטלית כלפי בעלי האתרים וגורמים אחרים שפועלים ברשת. שחקנים אלה פועלים לעיתים תחת כסות אנונימית... בכך יש להוות טעם בעל משקל מיוחד, שמצדיק מתן אפשרות לסעד עצמי עוצמתי כדוגמת ניכוי או הפחתה משמעותיים של תקבולים שאמורים להיות משולמים לבעל האתר."<sup>244</sup>

מעמדה של גוגל כ"רגולטור" של פעילות מסחרית הוא שמבסס את זכותה לקבוע פיצוי מוסכם "עונשי", וזאת מנימוקים דומים לאלה הקיימים בנוגע להשתתפות פיצוי עונשי על ידי המחוקק, כלומר לשם הרתעה של "שחקנים רעים" הפועלים באופן שקול ומכוון ובנסיבות של הרתעת חסר.<sup>245</sup> בכך בית המשפט מדגיש את הצורך להביא בחשבון, במסגרת ההכרעה המשפטית, לא רק את הזכויות והאינטרסים של הצדדים לחוזה המסוים, אלא גם את אלה של החברים האחרים ברשת החוזית.

## ה. לפני סיכום: על היחס שבין הסדרה חוזית ורגולטורית

טרם נסכם, נבקש לעמוד על המקום של דיני החוזים בהסדרת היחסים בין הצדדים לנוכח הרגולציה הקיימת בתחום. בפרט, נבקש להראות שהכלי החוזי וזה הרגולטורי מהווים אמצעים משלימים – ולעיתים חופפים – להסדרה אפקטיבית של היחסים בין פלטפורמות דיגיטליות ומשתמשים עסקיים. לצורך כך, נעמוד על האתגרים שבשימוש ברגולציה לשם הסדרת היחסים ועל ההקשרים שבהם דיני החוזים זוכים ליתרון יחסי. רגולציה היא כלי חשוב להסדרת היחסים בין משתמשים עסקיים ופלטפורמות דיגיטליות. בעוד שבישראל הרגולציה של פלטפורמות דיגיטליות נמצאת בראשית דרכה,<sup>246</sup> האיחוד

243 שם, בפס' 36.

244 עניין ויזה מדיה, לעיל ה"ש 5, בפס' 54.

A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 245 111 HARV. L. REV. 869, 874–875 (1998).

246 ראו למשל רשות התחרות "קידום רגולציה בין ספקי שירותי תיווך מקוונים ומשתמשים עסקיים – קריאה להערות הציבור" אתר רשות התחרות (7.2.2021), [https://www.gov.il/he/departments/publications/Call\\_for\\_bids/onlineplatforms-draft](https://www.gov.il/he/departments/publications/Call_for_bids/onlineplatforms-draft); משרד המשפטים, "הוועדה

האירופי וארצות נוספות קידמו ומקדמות יוזמות רגולטוריות רבות שמטרתן להגן ולהעצים משתמשים עסקיים.<sup>247</sup> מסיבה זו, חלק מהדיון להלן יתמקד בדין הזר, תוך שאנו מפנים להוראות מקבילות בדין הישראלי, ככל ובמידה שאלה קיימות. במילים אחרות, בפרק זה נבקש לעמוד על מאפייניה הכלליים של הרגולציה של פלטפורמות דיגיטליות והיחס בינה ובין ההסדרה של היחסים באמצעות דיני החוזים. מכאן, שאין אנו מבקשים להתמקד במצב הרגולטורי הקיים במדינה מסוימת, אלא לבחון האם ובאיזו מידה די בכלים הרגולטוריים שבהם נעשה שימוש, בישראל או מחוצה לה, ובאלה שהוצעו בספרות, כדי להתמודד עם הבעיות שמשמשות עסקיים ניצבים מולן.

לצורך הדיון הנוכחי, נאמץ הבחנה מוסדית-פונקציונלית שלפיה המשפט הפרטי מאפשר ליחידים לממש את זכויותיהם המשפטיות באמצעות מערכת בתי המשפט ואל מול יחידים אחרים (קרי, במישור ההוריוזונטלי), בעוד שרגולציה מאופיינת בקידום האינטרס הציבורי (תהה הגדרתו אשר תהה); אימוץ נקודת מבט מצרפית (aggregative); וקיומה של רשות ממשלתית (agency), שהיא הגוף העיקרי שאמון על פרשנות ואכיפת ההוראות הרגולטוריות, ושלה סמכויות להשית סנקציות על הגופים המפוקחים, באופן המחייב את פעולת הרגולטור בלא פנייה מוקדמת לבתי המשפט (אך בכפוף לביקורת שיפוטית).<sup>248</sup>

לאור ההגדרה לעיל, נציין כבר עתה שבמסגרת הדיון אנו מבקשים לשים בצד את הסוגיה העקרונית בדבר הגבול שבין רגולציה ומשפט פרטי, כשאלה האם ראוי לראות בהוראות הדין העוסקות בחוזים מיוחדים – כחוק הגנת הצרכן וחוק החוזים האחידים – כלי רגולטורי או חלק מדיני החוזים במונח הרחב; מכאן שההבחנה שאנו מציעים אינה חדה כפי שהיא

---

להתאמת המשפט לאתגרי החדשנות והאצת הטכנולוגיה" אתר משרד המשפטים (13.10.21), פעילותן של רשתות חברתיות כמעט ולא קיימת".  
<https://www.gov.il/he/Departments/Guides/davidi-committee-main> ("הרגולציה על

247 ראו למשל Council Regulation (EU) 2022/1925, on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector and Amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Council Regulation (EU) 2022/2065 on a Single (להלן: DMA) Act) (2022) O.J (L 265) 1 Market for Digital Services and Amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) Council Regulation (EU) 2019/1150, on Promoting (להלן: DSA) (2022) O.J (L 277) 1 Fairness and Transparency for Business Users of Online Intermediation Services (2019) Commission Proposal for a Regulation of the European (P2B: להלן) O.J (L 186) 57 Parliament and of the Council on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector (Digital Markets Act), COM (2020) 842 final (Dec. 15, 2020)

248 ראו Hanoch Dagan & Roy Kreitner, *The Other Half of Regulatory Theory*, 52 CONN. L. REV. 605, 612–620 (2020) (אף שדגן וקרייטנר מבקרים גישה זו, הם מציינים אותה כגישה המקובלת להבחנה שבין רגולציה ומשפט פרטי); Julia Black, *Critical Reflections on Regulation*, 27 AUSTL. J. LEGAL PHIL. 1 (2002). נבהיר שההבחנה לעיל אינה מבוססת על תפיסה של המשפט הפרטי כמקדם צדק מתקן או ככזה הרואה בצדדים לסכסוך המשפטי סוכנים חופשיים בעלי שוויון פורמלי. למשל, וכפי שעולה מהדיון בפרק ד, הגדרה זו אינה שוללת את האפשרות שזכויות היחיד שהמשפט הפרטי מבקש להגשים כוללות זכויות לשוויון מהותי ו"חובות הצלה" מסוימות.

נחזית. לדוגמה, הוראות דיני הגנת הצרכן מאפשרות אכיפה פרטית ומנהלית כאחת.<sup>249</sup> בדומה, ניתן לראות את ההוראות הקבועות בחוק שכר מינימום כמקדמות הן את האינטרס ציבורי והן יחסים בינאישיים צודקים במקרה המסוים.<sup>250</sup> אף על פי כן, דיון מעמיק בהבחנה שבין רגולציה והמשפט הפרטי יחרוג מגבולות מאמר זה, וההבחנה לעיל נבחרה בהיותה נפוצה בספרות. במובן זה, למשל, מי שרואה בדיני החוזים המיוחדים כלי רגולטורי עשוי לקרוא את הפרקים הקודמים של מאמר זה כמפת דרכים ליצירה ופרשנות של רגולציה של היחסים בין פלטפורמות דיגיטליות ומשתמשים עסקיים, ובתנאי שזו תביא לידי ביטוי את המאפיינים של דיני החוזים, ובהם: פלורליזם ערכי; מתן זכות תביעה לנפגע מההפרה; ופיתוח הדין על ידי בתי המשפט ממקרה למקרה ותוך גישות לעובדות. חלקו הראשון של פרק זה יציע תיאור תמציתי של ההסדרים הרגולטוריים החלים על פלטפורמות, במטרה להבין את האתגרים שבשימוש ברגולציה להסדרת היחסים בינן ובין משתמשים עסקיים. חלקו השני של הפרק ידון ביחס שבין ההסדרה החוזית וזו הרגולטורית של היחסים בין הצדדים.

## 1. הרגולציה החלה על פלטפורמות דיגיטליות

הגדרת העבודה לעיל מאפשרת לחלק את הרגולציה החלה על פלטפורמות דיגיטליות ביחסיהן עם משתמשים עסקיים לשלושה ענפים מרכזיים: דיני התחרות והסחר ההוגן; רגולציה ייעודית; ורגולציה על ניהול תוכן.

### (א) דיני התחרות

אחד מהכלים הרגולטוריים המרכזיים להסדרת היחסים שבין פלטפורמות ומשתמשים עסקיים הוא דיני התחרות והסחר ההוגן. אלה נועדו לקדם את האינטרס הציבורי הטמון בקיומו של שוק תחרותי, כשרשות התחרות אמונה על פרשנות ההוראות ואכיפתן. השימוש בדיני התחרות בהקשר של פלטפורמות דיגיטליות נדון בהרחבה בספרות המשפטית,<sup>251</sup> בין היתר לנוכח כוח השוק הניכר שהפלטפורמות הדיגיטליות הדומיננטיות מחזיקות בו,<sup>252</sup> והאפשרות להשתמש בדיני התחרות כדי להצר את צעדיהן של פלטפורמות דיגיטליות שומנת בחובה שתי סוגיות עקרוניות: הגדרת האינטרס הציבורי וקביעת סנקציות בגין התנהגות בלתי תחרותית. באשר לסוגיה הראשונה, קיימות גישות מרכזיות. המצמצמת ביותר, שידועה בשם "אסכולת שיקגו", רואה בדיני התחרות אמצעי להשאת רווחתו של הצרכן, שנמדדת במחיר לצרכן לבדו.

249 פרק ה לחוק הגנת הצרכן.

250 לדיון ודוגמאות נוספות ראו Dagan & Kreitner, לעיל ה"ש 248.

251 ראו לדוגמה Khan, *The Separation of Platforms and Commerce*, לעיל ה"ש 90; Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, לעיל ה"ש 19; Guggenberger, לעיל ה"ש 28; Shelanski, לעיל ה"ש 21; ברוך ואח', לעיל ה"ש 23.

252 כך, למשל, במאמר אחר, קראנו בעבר לרשות התחרות לבחון את כוח השוק של יוטיוב בשוק המוזיקה הדיגיטלי תחת תיקון 21 לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988, שהרחיב לאחרונה את ההגדרה המשפטית למונח "מונופול", ראו ברוך ואח', לעיל ה"ש 23.

בשנים האחרונות זכתה אסכולת שיקגו לביקורת נרחבת שמהווה את הבסיס לשתי הגישות הנוספות להגדרת האינטרס הציבורי.<sup>253</sup> הגישה השנייה, גישה הביניים, מבקשת לכלול במושג "רווחת הצרכן" היבטים נוספים, ובהם: איכות, מגוון וחדשנות.<sup>254</sup> הגישה השלישית והמרחיבה ביותר רואה את דיני התחרות כמקדמים גם אינטרסים של עובדים, יזמים ואזרחים.<sup>255</sup> כך, לינה קאהן – שביוני 2021 מונתה ליושבת הראש של רשות הסחר הפדרלית של ארצות הברית<sup>256</sup> – הציעה לראות את דיני התחרות כמקדמים ארבע מטרות מיידיות – תחרותיות, צדק חלוקתי, ביזור הכוח הכלכלי ויציבות המשק – המשקפות שני ערכים כלליים: הערך הכלכלי שבקיומו של שוק תחרותי; והערך הרפובליקאי של שוויון בגישה למשאבים חיוניים ומניעת הסכנה של ריכוז הכוח בידי מעטים.<sup>257</sup>

הסוגיה השנייה במחלוקת עוסקת בסנקציות בגין התנהגות אנטי-תחרותית, הכוללות תרופות התנהגותיות, האוסרות (או מחייבות) אימוץ של פרקטיקה מסוימת; ותרופות מבניות, שבמרכזן פירוק תאגידיים שצברו כוח שוק גדול. לפי קאהן, דיני התחרות המודרניים שגו כשזנחו את הסנקציות המבניות, ואלה נדרשות לשם מימוש האינטרס הציבורי במובנו הרחב.<sup>258</sup> בכתבתה האקדמית הציעה קאהן ליישם את עמדתה כלפי אמזון, ולהפריד מבנית בין פעילות אמזון כפלטפורמת מסחר ובין פעילויותיה האחרות.<sup>259</sup>

- 253 בהקשר של משתמשים עסקיים הראתה קאהן כי אסכולת שיקגו מקשה על הגנה עליהם מפני ניכוס מידע עסקי על ידי פלטפורמות המתחרות בהם בשוק המוצרים; פגיעה בתמריצים להשקעה ובחדשנות; ושלילת הגישה לפלטפורמה. ראו Khan, *The Separation of Platforms and Commerce*, לעיל ה"ש 90, בעמ' 1031-1032.
- 254 Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 737. לדברים ברוח דומה במשפט הישראלי ראו בג"ץ 1030/99 חבר הכנסת חיים אורון נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640, כפס' 26 לפסק הדין של השופט אור (נבו, 26.3.2002).
- 255 Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 737.
- 256 FED. TRADE COMM'N, *Lina M. Khan Commissioner Biography Page*, <https://www.ftc.gov/about-ftc/commissioners-staff/lina-m-khan>
- 257 ראו Khan, *The Separation of Platforms and Commerce*, לעיל ה"ש 90, בעמ' 1064, וראו עוד, ככלל: Tim Wu, *THE CURSE OF BIGNESS: ANTITRUST IN THE NEW GILDED AGE* (2018). לדברים ברוח דומה במשפט הישראלי ראו בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל כפס' מ"ח לפסק הדין של השופט רובינשטיין וכפס' 28 לפסק הדין של השופט ג'ובראן (נבו 27.3.2016).
- 258 ראו ככלל Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, לעיל ה"ש 19.
- 259 שם, בעמ' 802. דוגמה מהעת האחרונה לשימוש בדיני ההגבלים הקיימים ביחס לפלטפורמות דיגיטליות היא פסק הדין 591 F. Supp. 3d 975 (W.D. Wash. 2022). באותו מקרה, לטענת התובעים, אמזון השתמשה בכוח השוק שלה כדי לחייב משתמשים עסקיים שלא למכור את מוצריהם במחירים נמוכים מאלה שבהם הם נמכרים באמזון (MFN), באופן שהוביל לעליית מחירים בשוק המקוון כולו.



## (ב) רגולציה ייעודית

לצד דיני התחרות והסחר ההוגן הובילו מדינות מספר, ובראשן מדינות האיחוד האירופי, יוזמות רגולטוריות המתמקדות בפלטפורמות דיגיטליות. דוגמאות בולטות לכך הן הצעת הרגולציה לקידום תחרותיות והוגנות בשוק הדיגיטלי (DMA);<sup>260</sup> הרגולציה לקידום הוגנות ושקיפות למשתמשים עסקיים של שירותי תיווך מקוונים (P2B);<sup>261</sup> והרגולציה של השירותים הדיגיטליים בשוק האירופי (DSA).<sup>262</sup> יוזמות רגולטוריות אלה נועדו להשלים את החלל הרגולטורי שנוצר בשל תחולתם המוגבלת של דיני התחרות והסחר ההוגן,<sup>263</sup> והן חולקות עם דינים אלה את המטרה של קידום החדשנות, האיכות והמגוון בשוק, כלומר את קידום רווחתו של הצרכן במוכנו הרחב.<sup>264</sup>

תוכנו של היוזמות הרגולטוריות מגוון, אך ניתן לחלקו לשלושה סוגים מרכזיים של הוראות: ראשית, הוראות הכוללות חובות ואיסורים פרטניים שנועדו למנוע התנהגות אנטי-תחרותית, כשימוש במידע שנאסף ממשתמשים עסקיים לשם תחרות עימם, וחובות תפעוליות ביניות (interoperability), קרי, היכולת להשתמש בפלטפורמה באמצעות כלים שפותחו על ידי אחרים;<sup>265</sup> שנית, חובות גילוי ושקיפות;<sup>266</sup> ושלישית, חובות בדבר ניהול סכסוכים, כחובה להקים מנגנונים ליישוב סכסוכים.<sup>267</sup>

לבסוף, וכביטוי נוסף להבחנה שבין רגולציה ומשפט פרטי, אכיפתן של היוזמות הרגולטוריות לעיל וקביעת הסנקציות בגין הפרתן היא בסמכותה של הרשות האירופית (European Commission) ושל הרשויות הייעודיות במדינות האיחוד, כשהחלטותיהן כפופות לביקורת שיפוטית של בית המשפט האירופי לצדק.<sup>268</sup> בהקשר זה, אף שהרגולציה אינה

Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council 260  
on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector (Digital Markets Act), COM  
on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector (Digital Markets Act), COM  
(2020) 842 final (Dec. 15, 2020).

P2B, לעיל ה"ש 247. 261

DSA, לעיל ה"ש 247. בישראל המליצה רשות התחרות לאמץ עקרונות דומים לאלה הקבועים 262  
ב-P2B, ואף לאלה הקבועים ב-DMA וב-DMA, שם: רשות התחרות "קידום רגולציה בין  
ספקי שירותי תיווך מקוונים ומשתמשים עסקיים – קריאה להערות הציבור" אתר רשות  
התחרות (07.02.2021) [https://www.gov.il/he/departments/publications/Call\\_for\\_bids/](https://www.gov.il/he/departments/publications/Call_for_bids/)  
onlineplatforms-draft, בעמ' 3 ובה"ש 5 שם.

263 ראו לעניין זה למשל את דברי ההסבר ל-DMA, לעיל ה"ש 246: "It follows that the market processes are often incapable of ensuring fair economic outcomes with regard to core platform services. Whereas Articles 101 and 102 TFEU [antitrust regulation] remain applicable to the conduct of gatekeepers, their scope is limited to certain instances of .market power (e.g. dominance on specific markets) and of anti-competitive behavior"

264 ראו, לדוגמה DMA, לעיל ה"ש 247, ס' 8 לדברי ההסבר.

265 שם, בס' 5-6 (article 5-6).

266 ראו לדוגמה DSA, לעיל ה"ש 247, בס' 12-15; P2B, לעיל ה"ש 247, בס' 3-5.

267 ראו DSA, לעיל ה"ש 247, בס' 17-18.

268 ראו DMA, לעיל ה"ש 247, בס' 18-27, 35; DSA, וראו לעיל ה"ש 247, בס' 38-67; P2B, וראו לעיל ה"ש 247, בס' 14-18 (המאפשרים פנייה לבתי משפט בשל הפרת הרגולציה גם

שוללת מפורשות זכות תביעה של יחידים שנפגעו מהפרת ההוראות, בתצורתה הנוכחית אין היא מציינת שהפרת ההוראות מהווה עוולה או הפרה של החוזה בין הצדדים.

### (ג) ניהול תוכן

הסוג השלישי והאחרון של הוראות רגולטוריות חל על פעולתן של פלטפורמות דיגיטליות כמנהלות תוכן, שנועדו לקדם אינטרס ציבורי כשמירה על חופש הביטוי וקיומו של "שוק רעיונות" עשיר ומגוון.<sup>269</sup> מטרתן של הוראות אלו היא להבטיח את חוקיות התכנים המועברים בו על מנת לשמור על מרחב דיגיטלי מוגן ובטוח. בהקשר זה, הדין הישראלי אימץ גישה של "הודעה והסרה" לגבי תכנים החשודים כמפירי זכויות יוצרים. לפיו, פלטפורמה עשויה להימצא אחראית בגין תוכן מפר שפורסם על ידי משתמשיה רק במידה שנמנעה מהסרת התוכן לאחר שנמסרה לה הודעה בדבר היותו תוכן מפר;<sup>270</sup> כשאין לייחס לפלטפורמות ידיעה אך בשל שימוש באמצעים טכנולוגיים לזיהוי והסרת תכנים מפירים.<sup>271</sup> הסדרים דומים קיימים בחוק זכות יוצרים האמריקני ובדין האירופי.<sup>272</sup>

הדין הישראלי אינו מחיל על פלטפורמות דיגיטליות הוראות רגולטוריות נוספות בנוגע לתכנים בלתי חוקיים אחרים. באירופה, לעומת זאת, הרגולציה בהקשר זה רחבה וכוללת, בין היתר, את ה־Network Enforcement Act הגרמני מ־2018 המחייב פלטפורמות להסיר תוכן לא חוקי תוך 24 שעות.<sup>273</sup> בארצות הברית, רגולציה על תוכן מצומצמת מאוד נוכח ההגנה החוקתית על חופש הביטוי.<sup>274</sup> סעיף 230 ל־Communication Decency Act<sup>275</sup> מעניק חסינות כוללת לפלטפורמות מאחריות לנזק שנגרם עקב תכנים שפורסמו על ידי משתמשים, בכפוף לחריגים ספורים, ובכללם קניין רוחני.<sup>276</sup>

בהקשר החוזי, האסדרה של ניהול תוכן לרוב אינה עוסקת בתוכן המהותי של החוזה בין הצדדים, לרבות בנוגע לעניינים בעלי חשיבות ייחודית למשתמשים העסקיים, כגון הסרת תכנים וסיום ההתקשרות עם מי שפרסומיו מפירים את תנאי החוזה עם הפלטפורמה; זכויותיהם של משתמשים אחרים; או זכותם של צדדים שלישיים למוניטין ושם טוב. הדין

לארגונים ואגודות המייצגים אינטרסים של משתמשים).

269 ראו לדוגמה ברוך ואח', לעיל ה"ש 23.

270 ראו למשל ע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ, פ"ד סד (3) 740 (2011); ת"א (מחוזי מרכז) 567-08-09 א.ל.י.ס אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ נ' רוטר.נט בע"מ (נבו, 8.8.2011); ע"א (מחוזי ת"א) 44711-14 סכיר נ' בר נוי (נבו, 22.6.2015); ת"א (שלום ת"א) 37692/03 יצחק סודרי נ' ארנון שטלרד (נבו, 1.8.2005); עניין דרורי, וראו לעיל ה"ש 94.

271 ראו למשל ברוך ואח', לעיל ה"ש 23, בעמ' 349.

272 ראו למשל (2016) 512 C-J U.S.C. § 17; DSA, לעיל ה"ש 247, בס' (1) 5 ובס' 6.

273 Deutscher Bundesrat: Drucksachen [BR-Drs.] 536/17 (June 30, 2017)

274 .Maayan Perel, *Enjoining Non-Liable Platforms*, 34 HARV. J. L. & TECH. 1, 4 (2020)

275 47 U.S.C § 230 (1996)

276 ראו למשל שרון בר־זיו וניבה אלקין־קורן "בין שתי זירות: אכיפת זכויות יוצרים באינטרנט" משפטים מח 411, 425-420 (2019).

האירופי מתמקד גם הוא ביצירת חובות שקיפות ושוויון פורמלי באכיפה,<sup>277</sup> כשגם לגבי הסרת תכנים המפירים זכויות של צדדים שלישיים או פוגעים בשמם הטוב הרגולציה מותרת שיקול דעת נרחב לפלטפורמות.<sup>278</sup>

## 2. היחס שבין הסדרה חוזית ורגולטורית של יחסי פלטפורמה-משתמש עסקי

משסקרנו את הכלים הרגולטוריים המרכזיים לאסדרת שוק הפלטפורמות הדיגיטליות, בתת-חלק זה נטען שעל אף מאמצים אלה, התמודדות אפקטיבית עם האתגרים שמשמשים עסקיים ניצבים מולם מחייבת שילוב של כלים רגולטוריים וחוזיים כאחד. זאת, בין היתר, משום שבמקרים שבהם הרגולציה נתקלת בקשיים, דיני החוזים נהנים מיתרון יחסי, ומכאן שיש לראות בשני אמצעים אלה כלים משלימים – ובמידה מסוימת חופפים – להסדרת היחסים שבין משתמשים עסקיים ופלטפורמות דיגיטליות.

נבהיר: אף שהדברים להלן מחדדים את יתרונם היחסי של דיני החוזים, אין בהם משום טענה כנגד רגולציה של פלטפורמות דיגיטליות. להפך, לנוכח כוח השוק וריבוי התפקידים של פלטפורמות – ובפרט תפקידן כתשתית למסחר ולשיח ציבורי – הרי שיש מקום נרחב לרגולציה של פעולתן.

יתרון אחד של דיני החוזים נובע ממאפייני הרגולציה כמכוונת לקידומו של האינטרס ציבורי, ומכאן כמי שאמצת פרספקטיבה מצרפית. זאת, בשונה מדיני החוזים שנועדו (גם) לשמירה על זכויותיהם המשפטיות של יחידים. בהקשר של פלטפורמות דיגיטליות ראינו שהאינטרס הציבורי העיקרי שהרגולציה מבקשת לקדם הוא זה הטמון בקיומו של שוק תחרותי, ובפרט השאת רווחתו של הצרכן. הגברת התחרות בשוק הפלטפורמות עשויה להפחית את כוח השוק של הפלטפורמות הדומיננטיות. ואולם, כפי שצינו, מבנה השוק הוא גורם אחד מבין שלושה לתלות של המשתמשים העסקיים בפלטפורמה. נוספים אליו שליטתן של פלטפורמות במידע, והשקעתם הספציפית של המשתמשים העסקיים. באשר לאלה, שנובעים מהיחסים שבין הצדדים ולא ממבנה השוק, רגולציה שמבקשת לקדם את האינטרס הציבורי מנקודת המבט המצרפית אינה מספקת מענה מלא.

דוגמה לכך ניתן למצוא בפסק הדין של בית המשפט העליון בארצות הברית בעניין Ohio v. American Express Co., שלפיו בתביעה על בסיס דיני התחרות נגד גופים הפועלים בשוק דו-צדדי על התובע להראות "שהנזק שנגרם ללקוחות בצד אחד של השוק אינו מתקוז עם התועלת שנוצרה ללקוחות בצידו האחר של השוק".<sup>279</sup> תוצאה משפטית זו מעמידה רף ראייתי גבוה עבור משתמשים עסקיים המבקשים להשתמש בדיני התחרות והסחר ההוגן להגבלת כוחן של פלטפורמות דיגיטליות. חשוב עוד יותר לענייננו, הרף הראייתי הגבוה

277 ראו DSA, לעיל ה"ש 247, בס' 12; P2B, לעיל ה"ש 247, בס' 3-4.

278 ראו לדוגמה Suzor, לעיל ה"ש 238, בעמ' 106-109.

279 Ohio v. American Express Co., 138 S. Ct. 2274, 2287 (2018). לדיון, ראו Khan, *The Separation of Platforms and Commerce*, לעיל ה"ש 90, בעמ' 1032 ("In Ohio v. American Express Co... the Court introduced a special rule... requiring [plaintiffs]... show that (the purported harm was not offset by benefits on the other side)").

נובע מהתפיסה המצרפית של הרגולציה, כלומר מהאפשרות "לקזוז" פגיעה באינטרסים של לקוחות מצד אחד של השוק עם התועלת ללקוחות (אחרים) בצידו האחר. נקודת המבט המצרפית, אם כן, עשויה למנוע התערבות רגולטורית במקרים שבהם, על אף הפגיעה במשתמשים העסקיים, קיים ספק אם התנהגות הפלטפורמות פוגעת גם באינטרס הציבורי. נסיבות אלה רלוונטיות במיוחד להתנהגות שרירותית או אופורטוניסטית, המתאפשרת משליטת הפלטפורמות במידע והשקעתם הספציפית של המשתמשים העסקיים. לדוגמה, משום ששימוש במידע כדי להתחרות במשתמשים העסקיים אינו בהכרח פוגע באינטרס הציבורי, ועשוי (בטווח הקצר) להפחית את המחיר לצרכן ולהגביר את המגוון והתחרות בשוק. במקרים אלה, הסדרת היחסים באמצעות דיני החוזים עשויה להוות חלופה עדיפה להעצמת כוחם של המשתמשים העסקיים. זאת, משום שדינים אלה אינם כפופים לנקודת המבט המצרפית ונועדו לממש את זכויותיהם של יחידים; וכיוון שנוסף לשיקולים הקשורים באינטרס הציבורי (כהשאת הרווחה המצרפית ויציבות המסחר)<sup>280</sup> דיני החוזים מאפשרים לקדם ערכים נוספים, הקשורים בצדדים עצמם, ובהם: הדדיות, שיתוף פעולה, חירות, ואוטונומיה במובנה החיובי.<sup>281</sup>

יתרון נוסף של דיני החוזים קשור בעמדת הנחיתות של הרגולטור כלפי המידע הנמצא ברשותו. כוונתנו אינה לביקורת המקובלת שלפיה לגופים המפוקחים יתרון יחסי במידע ומכאן שהם נמצאים בעמדה טובה יותר להסדיר (באופן פרטי) את היחסים ביניהם,<sup>282</sup> שכידוע חלה גם ביחס לבתי המשפט.<sup>283</sup> טענתנו היא שבשל הנחיתות במידע, לעיתים הרגולטור בוחר להאציל את סמכויותיו לפלטפורמות דיגיטליות דומיננטיות, ומקנה לאחרונות שיקול דעת בעיצוב הכללים הרגולטוריים ובאכיפתם. האצלה זו של סמכויות רגולטוריות עשויה להגדיל את פערי הכוחות שבין הפלטפורמות הדיגיטליות והמשתמשים העסקיים, ובכך להוביל לתוצאה הפוכה מהעצמת האחרונים.<sup>284</sup>

ביטוי לאמור לעיל ראינו בהקשר של פייסבוק, שנדרשה בשנת 2012 על ידי רשות הסחר הפדרלית (FTC) לוודא שפרטיות המשתמשים נשמרת גם בעת שימוש באפליקציות של צדדים שלישיים על גבי הפלטפורמה. החלטה זו העניקה לפייסבוק כוח (נוסף) ביחסיה עם מפתחי האפליקציות. זאת, גם משום שהותירה לפייסבוק שיקול דעת בפרשנות ובאכיפת

280 גרוסקופף וכן ציון, לעיל ה"ש 146, בעמ' 530-534.

281 ראו למשל Todd D. Rakoff, *The Five Justices of Contract Law*, 4 Wis. L. Rev. 733 (2016); Dagan & Dorfman, לעיל ה"ש 216; Markovits & Schwartz, לעיל ה"ש 135, בעמ' 576. בישראל, חלק מערכים אלה זוכים לקדימות על פני אינטרסים ציבוריים-אגרגטיביים. ראו למשל ד"ר 20/82 אדרס נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה, פ"ד מב(1) 221 (1988); ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויוזם (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995).

282 לדיון בצורך לאזן בין מניעת התנהגות פסולה ובין הרצון לעודד חדשנות בשוק הפלטפורמות, ראו Shelanski, לעיל ה"ש 21.

283 ראו למשל Robert E. Scott & George G. Triantis, *Anticipating Litigation in Contract Design*, 115 YALE L.J. 814, 843-844 (2006); Jody S. Kraus & Robert E. Scott, *Contract Design and the Structure of Contractual Intent*, 84 N.Y.U. L. Rev. 1023, 1074-1076 (2009).

284 ראו לעיל פרק א.3(א).

ההוראה, ובכלל זאת את האפשרות להסיר מהפלטפורמה אפליקציות שאינן עומדות בדרישות שקבעה פייסבוק; וגם כיוון שהיא הובילה (ואף חייבה) את פייסבוק לנטר ולפקח באופן הדוק על פעילותם של מפתחי האפליקציות, וכך לצבור מידע נוסף על אופן פעולתם, תוכן האפליקציות, והאינטראקציות שבין מפתחי האפליקציות והמשתמשים שנערכות מחוץ לפלטפורמה.<sup>285</sup>

בעיה דומה עשויה אומנם להתעורר גם בבתי המשפט, בהקשרים טכנולוגיים. בפרט, בבואם להורות על פתרון סכסוך משפטי באמצעים טכנולוגיים, שאותם ניתן להפעיל באמצעים מגוונים השונים מהותית זה מזה. כך, למשל, צו חסימת אתר אינטרנט עשוי להאציל לספק האינטרנט את הסמכות לבחור בין טכנולוגיות חסימה יקרות, זולות, מדויקות או כאלו שחודרות יתר על המידה לפרטיות הגולש.<sup>286</sup> לצד זאת, בתי המשפט יכולים, לפחות במידה מסוימת, לשלוט על היקף תחולתה של ההכרעה המשפטית על מקרים עתידיים, ובכך לצמצם את היקפה. זאת, למשל, על ידי אופן תיאור העובדות הרלוונטיות להכרעה המשפטית, כך שבנסיבות של חוסר ודאות באשר להשפעתה של ההכרעה המשפטית על מקרים עתידיים, בית המשפט יכול לקשור בין ההכרעה המשפטית ובין עובדות המקרה המסוים באופן שיגביל את תחולתה. במובן זה, השימוש בדיני החוזים כדי להגן על האינטרסים של המשתמש העסקי עשוי להיעשות תוך חשש מופחת מפגיעה בחדשנות ובתחרות.

יתרון נוסף של דיני החוזים נובע מכך שככל רגולציה של גופים בעלי כוח פוליטי-כלכלי, הרגולציה של פלטפורמות דיגיטליות חשופה לבעיית השבי הרגולטורי. בנוגע לפלטפורמות דיגיטליות בעיה זו עשויה להיות חריפה במיוחד, וזאת בשל יכולתן לקדם את עמדתן במסגרת הפלטפורמה, לעצב את השיח החברתי, ולהשפיע על הליכים דמוקרטיים.<sup>287</sup>

רביעית, בירור הסכסוך בבית המשפט מאפשר, ולעיתים מחייב, רגישות רבה יותר לעובדות המקרה המסוים.<sup>288</sup> בהקשר של הדין הנוכחי, חשיבות הרגישות לעובדות נובעת מהחשש להתנהגות אופורטוניסטית הנובעת משליטת הפלטפורמות במידע והשקעתם הספיציפית של משתמשים עסקיים בפלטפורמה. התנהגות אופורטוניסטית עשויה ללבוש צורות שונות ומגוונות, ולכן התמודדות עימה דורשת שימוש בסטנדרטים (בניגוד לכללים), שיישומם מחייב בירור עובדתי.<sup>289</sup> כפי שראינו בפרק הקודם, דיני החוזים מתמודדים עם בעיות אלה באמצעות שימוש בסטנדרטים כ"תום לב" ו"סבירות", שיישומם על המקרה

285 Van Loo, *The New Gatekeepers*, לעיל ה"ש 54, בעמ' 482-483.

286 ניבה אלקיין-קורן ומעיין פרל "השטן הוא בפרטים הטכנולוגיים": על צווי חסימה והפטרות האכיפה בעקבות חוק זכות יוצרים (תיקון 5), התשע"ט-2019" חוקים יג 9 (2020).

287 Elkin-Koren et al., *Social Media as Contractual Networks*, ראו לעיל ה"ש 23, בעמ' 22.

288 בהקשר של פלטפורמות דיגיטליות ראו למשל עניין טרוים מילר, וראו לעיל ה"ש 109, בפס' 13 לפסק הדין של השופט הנדל ("ראוי לציין כי התמורות שחלו בחוק החוזים האחידים במהלך השנים מאשררות ומחזקות את חשיבות הביקורת השיפוטית, המבוססת על העובדות הקונקרטיות, בהשוואה לבחינה הכוללנית של בית הדין לחוזים אחידים").

289 ראו לדוגמה Robert E. Scott, *Contract Design and the Shading Problem*, 99 MARQ. L. REV. 1, 17-18 (2015); Dagan & Dorfman; REV. 1, 17-18 (2015), לעיל ה"ש 216, בעמ' 15.

המסוים מבוסס על בחינה מפורטת של עובדות המקרה.<sup>290</sup> כוונתנו, נבהיר, אינה שהכרעות אלה נעשות אדר-הוק, אלא שגם בהינתן קווים מנחים להחלת הסטנדרטים, יישומם נעשה תוך בירור העובדות, דוגמת סוג החוזה, זהות הצדדים ונסיבות המקרה, באופן שמאפשר גמישות והתאמת הכללים לנסיבות. מנגד, כיוון שרגולציה נועדה לחול על מגוון נרחב של מקרים ועל סביבה עסקית וטכנולוגית המשתנה במהירות, פעמים רבות אין ביכולתה לקחת בחשבון את נסיבות המקרה המסוים. עובדה זאת, בשילוב היתרון של פלטפורמות בגישה למידע, משמעותה שאינטרסים מהותיים של משתמשים עסקיים עשויים להיות בלא הגנה,<sup>291</sup> ושלפלטפורמות אפשרויות מגוונות להתחמק מהרגולציה שחלה עליהן.<sup>292</sup> יתרון נוסף של דיני החוזים נובע מהישענות הרגולציה על הרגולטור לאכיפת הוראותיה, כשלפחות בחלק מהמקרים נשללת האכיפה הפרטית של הוראותיה. בהקשר של פלטפורמות דיגיטליות ראינו שהרגולציה הייעודית של האיחוד האירופי – ה־DMA וה־DSA – מקנה סמכויות אכיפה לרשות האירופית (EU Commission) ולרשויות הרלוונטיות במדינות האיחוד, מבלי שהיא מעגנת את האפשרות לאכיפה פרטית של הוראות אלה.<sup>293</sup> הסתמכות על הרגולטור למטרות אכיפה עשויה לגשר על פערי הכוחות שבין הצד הנפגע (המשתמש) ובין הצד הפוגע (הפלטפורמות), והיא גם תואמת היטב את מאפייני הרגולציה כמקדמת את האינטרס הציבורי מנקודת המבט המצרפית. עם זאת, ומסיבה זו ממש, שלילת יכולות האכיפה ממי שנפגעו מהפרת הוראות הרגולציה עשויה לצמצם במידה ניכרת את יכולתה להיות מענה לפגיעה באינטרסים של המשתמשים העסקיים. זאת, הן משום שלא כל פגיעה כאמור מהווה פגיעה באינטרס הציבורי, והן כיוון שלא ניתן לצפות (וייתכן שאין זה רצוי) שהרשות תפעיל את כוחה ואת סמכויותיה בכל מקרה של פגיעה במשתמש עסקי מסוים.<sup>294</sup> במילים אחרות, כשנפגע אינטרס של משתמש עסקי מסוים, אך פגיעה זו אינה מהווה חלק מהתנהגות שיטתית של הפלטפורמה, לא ניתן לצפות שהרגולטור יפעל כדי לתקן את הפגיעה, ומכאן שאין הרגולציה מספקת מענה עבורו.<sup>295</sup>

לסיום נוסיף בקצרה שאף אם הדברים אינם מתחייבים ממאפייני הרגולציה, הוראות רגולטוריות נוטות לקבוע הסדרים המהווים מינימום נדרש להתנהלות תקינה. זאת, בין היתר, בשל הרצון להימנע מהתערבות כופה (top-down) ביחסים שבין צדדים פרטיים.

290 ראו למשל בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(1) 835, 828 (1980). ראו גם Duncan Kennedy, *Distributive and Paternalistic Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 Md. L. Rev. 563, 638 (1982).

291 השוו Scholz, לעיל ה"ש 81, בעמ' 193-194.

292 Cohen, לעיל ה"ש 174, בעמ' 184-191.

293 בדומה, הוראות ה-P2B, וראו לעיל ה"ש 247, מאפשרות אכיפה גם באמצעות גופים וארגונים המייצגים את האינטרסים המצרפיים של המשתמשים העסקיים, אך לא על ידי המשתמש העסקי עצמו.

294 DSA, לעיל ה"ש 247, בס' 38-39; DMA, לעיל ה"ש 247, בס' 18-27.

295 בנוסף, כיוון שאין הרגולציה הייעודית קובעת סעדים לנפגע, אלא קנסות בלבד. ראו DSA, לעיל ה"ש 247, בס' 59-60; DMA, לעיל ה"ש 247, בס' 26-27 (אין היא מציעה תמריצים לניהול ההליך, כאלה הקיימים בדיני החוזים).

דיני החוזים, מנגד, משלבים הוראות הקובעות את המינימום ההכרחי לקיומם של יחסים בינאישיים תקינים עם הוראות המשקפות את האידיאל הרצוי מנקודת המבט של הדין. לדוגמה, כללי ברירת המחלף החוזיים כוללים כללים "נורמטיביים" שמבטאים את ההסדר החוזי הרצוי, שאף אם הצדדים רשאים לסטות ממנו, מהווה נקודת מוצא והשוואה עבורם (reference point).<sup>296</sup> מכאן שהישענות על דיני החוזים להסדרת היחסים עשויה ליצור יחסים מאוזנים יותר בהשוואה להסדרתם בכלים רגולטוריים בלבד.

## סיכום

בעשור האחרון הפכו פלטפורמות דיגיטליות לחלק חשוב ומרכזי מהכלכלה העולמית. לצד היתרונות שבמסחר המקוון, כלכלת הפלטפורמות (כפי שהיא כיום) מאופיינת ביחסי תלות של משתמשים עסקיים בפלטפורמות דיגיטליות, שמקורם במבנה השוק, שליטת הפלטפורמות במידע וההשקעה הספציפית של המשתמש העסקי. יחסי תלות אלה, לצד ריבוי התפקידים שהצדדים ממלאים, מעוררים אתגרים חדשים ומשמעותיים בהסדרת היחסים שבין הצדדים. התמודדות עם אתגרים אלה מחייבת שימוש במגוון אמצעים משפטיים, ובהם כלים רגולטוריים וחוזיים. בפרט, בעוד שלרגולציה מקום מרכזי בהתמודדות עם בעיות מבניות, המאפיינים של דיני החוזים – רגישות לעובדות, ריבוי ערכים, והתפתחות הדרגתית באמצעות בתי המשפט (bottom-up) – מקנים להם יתרון יחסי בהתמודדות עם שני הגורמים הנוספים ליחסי התלות שבין הצדדים: שליטה במידע ובגישה למידע, וההשקעה הספציפית של המשתמש העסקי בפלטפורמה. הסדרה אפקטיבית של היחסים בין פלטפורמות דיגיטליות ומשתמשים עסקיים דורשת את התאמת הכללים המשפטיים למציאות הייחודית שמשתמשים עסקיים מתמודדים עימה. בהקשר זה הראינו שדיני החוזים הקיימים – ובפרט סוגי החוזים המוכרים בדין – אינם משקפים באופן הולם את המציאות הכלכלית שהצדדים פועלים בה ואת הערכים שהם מבקשים לקדם באמצעות החוזה שביניהם. לגישתנו, פערים עובדתיים ונורמטיביים אלה מצדיקים הכרה ביחסים החוזיים שבין משתמשים עסקיים ופלטפורמות דיגיטליות כסוג חדש של חוזים, והצענו מתווה להתאמה וליישום של הכללים החוזיים על סוג חדש זה של חוזים. לסיום נוסיף, כפי שציינו בפרק ב, שחלקים נרחבים ממתווה זה עשויים להיות רלוונטיים גם לפרשנות של הוראות רגולטוריות המבקשות להסדיר את היחסים שבין משתמשים עסקיים ופלטפורמות דיגיטליות (top-down).

296 Dagan & Dorfman, לעיל ה"ש 216, בעמ' 48.

