

מועד חתימת המסמך:

המועד האחרון להגשה: 27.2.2022.

בבית המשפט המחוזי-מרכז

ת"צ 12859-12-19

לפני כבוד השופט רמי חיימוביץ'

המבקש:

אבי אברהם ברק, ת"ז 030557953

ע"י ב"כ עו"ד יצחק אבירם ועו"ד שחר בן מאיר

מרחוב מצדה 7, מגדל ב.ס.ר בני ברק

טל': 03-6110505; פקס: 03-7522095

- נ ג ד -

המשיבה:

Amazon, Inc.

ע"י ב"כ עו"ד יואב אוסטרייכר ו/או אריאל רקובר ואח'

ממשרד מיתר ושות', עורכי דין

מרחוב אבא הלל 16 רמת גן

טל': 03-6103100; פקס: 03-6103111

ובעניין:

מדינת ישראל

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז מרכז - אזרחי

מדרך מנחם בגין 154 בית קרדן, ת"ד 33260

תל אביב 6492107

טל': 073-3924700, פקס: 02-6468017

כתובת דוא"ל: mazkirut-merkaz-ezra@justice.gov.il

### הודעה על התייצבות היועצת המשפטית לממשלה

מכוח סמכותי לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש] ולאחר שראיתי כי זכות של מדינת ישראל או עניין ציבורי עלולים להיות מושפעים או כרוכים בהליך שלפני בית המשפט הנכבד, הריני להודיע על התייצבותי להליך זה.

אני מסמיכה כל פרקליט מפרקליטות המדינה על שלוחותיה להיות נציגי בהליך זה.

גלי בהרב מיארה  
היועצת המשפטית לממשלה

היום, כ"ו אדר א', 27 פברואר 2022

מועד חתימת המסמך: 27.2.2022 ;

ת"צ 12859-12-19

בבית המשפט המחוזי-מרכז

לפני כבוד השופט רמי חיימוביץ'

המבקש : **אבי אברהם ברק, ת"ז 030557953**

ע"י ב"כ עו"ד יצחק אבירם ועו"ד שחר בן מאיר

מרחוב מצדה 7, מגדל ב.ס.ר. בני ברק

טל': 03-6110505 ; פקס : 03-7522095

- נ ג ד -

המשיבה : **.Amazon, Inc**

ע"י ב"כ עו"ד יואב אוסטרייכר /או אריאל רקובר ואח'

ממשרד מיתר ושות', עורכי דין

מרחוב אבא הלל 16 רמת גן

טל': 03-6103100 ; פקס : 03-6103111

ובענין :

מתייצבת להליך : **היועצת המשפטית לממשלה**

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז מרכז - אזרחי

מדורך מנחם בגין 154 בית קרדן, ת"ד 33260

תל אביב 6492107

טל': 073-3924700, פקס : 02-6468017

כתובת דוא"ל : mazkirut-merkaz-ezra@justice.gov.il

### עמדה מטעם היועצת המשפטית לממשלה

בהמשך להודעתה בדבר התייצבותה להליך מכוח סמכותה לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]; בהתאם לסעיף 20 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן: "חוק החוזים האחידים"); ובהתאם להחלטתו של בית המשפט הנכבד מיום 5.7.2021, מתכבדת היועצת המשפטית לממשלה להגיש את עמדתה בהליך זה, כדלקמן:

## כללי:

השאלה העומדת לדיון על ידי בית המשפט הנכבד היא האם תניית ברירת הדין המופיעה בתנאי ההתקשרות עם חברת Amazon, Inc היא תניה מקפחת בחוזה אחיד לפי חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן: "חוק החוזים האחידים") שדינה בטלות, והאם יש בכוחה של תנייה זו לגבור על תניות קוגנטיות בדין הישראלי. בית המשפט הנכבד בהחלטתו מיום 6.4.2021 קבע כי קיימת שאלה – "בנוגע לעילת התביעה בעיקר ביחס שבין חוק הגנת הצרכן לבין תניית תחולת דין זר שבמקרה הזה הוא דין מדינת וושינגטון, ויישומו של פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין בן חמו על תביעות לפי חוק הגנת הצרכן".

לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, בחינת קיומו של קיפוח ביחס לתניית ברירת הדין, וזאת לפי חוק החוזים האחידים, ובפרט לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים, אשר עיקרו בבחינת קיומו של יתרון בלתי הוגן של הספק וקיומם של פערי כוחות גדולים בין הצדדים, מובילה למסקנה כי תניית ברירת הדין, בענייננו, היא תנייה מקפחת. בהקשר זה יובהר כבר עתה כי פערי הכוחות בין הצדדים וקיומו של יתרון בלתי הוגן נבחנים עוד בשלב כריתת החוזה ולא במועד הגשת התביעה, בשים לב לכך שהצרכן העומד מול חברה עסקית גלובלית ומתוחכמת הפועלת במספר רב של מדינות אינו יכול להכיר את דין החוזה אותו בחרה.

בהכרעתו של בית המשפט העליון ברע"א 5860/16 Facebook Inc נ' אוהד בן חמו (נבו 31.5.2018) (להלן ולעיל: "עניין בן חמו") בהתייחס לתניית ברירת הדין נדחתה טענת הקיפוח מכח סעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים, מאחר שלא הוצגו ראיות לכך שההכרעה בבקשת האישור על פי דיני מדינת קליפורניה תשלול מהמשיב שם את האפשרות להעלות טענות מסוימות. לגישת היועצת המשפטית לממשלה, יש מקום בענייננו לבחון קיומו של קיפוח מכוחו של סעיף 3 לחוק החוזים האחידים, בשים לב "למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות" כלשונו של סעיף זה.

בשאלת היחס בין תניית ברירת הדין בענייננו לבין חוק הגנת הצרכן הישראלי והוראות קוגנטיות הנכללות בו סבורה היועצת המשפטית לממשלה, כי על פי לשונו של חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן") ותכליתו, אין בכוחה של תניית ברירת דין, בנסיבות דנן, כדי לגבור על הוראותיו של חוק הגנת הצרכן, שהוא דין קוגנטי. מסקנה זו עולה אף מפסק הדין בעניין בן חמו, כפי שפורסם בהלן.

המסחר המקוון הגלובלי אשר הולך ומתפתח, לצד דרישת החברות הגלובליות לשלילה מוחלטת וגורפת של הגנה שהמחוקק הישראלי מצא לנכון להעניק לצרכנים הישראליים, מעניקה יתרון בלתי הוגן לחברות הגלובליות, ומותירה צרכנים ישראלים רבים חשופים לפגיעה. היועצת המשפטית לממשלה סבורה כי חברה גלובלית עתירת ממון המנהלת עסקים בהיקף ניכר בישראל המכווניה את פעילותה לקהל הלקוחות הישראליים צריכה ואף יכולה להיות ערוכה להתדיין על פי דינים של המדינה. בפרט כאשר תחולת דיני הגנת הצרכן המדינתיים על חברות גלובליות חרף תניית ברירת דין בחוזה אינה ייחודית לישראל.

לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, בעסקאות מכר מרחוק, שם פערי הכוחות בין הצדדים גדולים אף יותר, יש הצדקה להגן על הצרכנים באופן משמעותי עוד יותר.

לבסוף תתייחס היועצת המשפטית לממשלה בקצרה לשתי תניות נוספות בתנאי ההתקשרות עם המשיבה, האחת מחייבת פנייה למנגנון של בוררות, והשנייה מאיינת את האפשרות לנקוט בהליך ייצוגי, ותבהיר כי לגישתה מדובר בתניות מקפחות, המבקשות לשלול את זכות הגישה לערכאות משפטיות, שדין להתבטל.

### רקע וטענות הצדדים

1. המשיבה היא חברה גלובלית העוסקת במסחר מקוון ומפעילה אתר מרשתת שבו ניתן לבצע הזמנות של מוצרים (להלן: "האתר"). האתר נושא בקשת האישור, הוא אתר שמפעילה המשיבה בשפה העברית, משלוח המוצרים הוא לישראל והוא פונה לקהל הישראלי.
2. לטענת המבקש, הצרכנים הרוכשים מוצרים באמצעות אתר המשיבה מחויבים בשער המרה מדולר ארה"ב לשקלים חדשים בשיעור מופרז ולא חוקי, כ-6% מעל השער הייצוגי, וזאת אף מבלי שעניין זה נזכר בתנאי העסקה (ראו סעיף 1 לסיכומי המבקש "סיכומים לעניין העילה בבקשה לביטול היתר המצאה" (להלן: "סיכומי המבקש")), ובניגוד להוראות קוגנטיות בחוק הגנת הצרכן (וראו, למשל, סעיף 14 לבקשת האישור וסעיף 20 לסיכומי המבקש).
3. המבקש הגיש לבית המשפט הנכבד ביחד עם בקשתו לאישור ניהול התובענה כייצוגית גם בקשה להמצאה מחוץ לתחום ובקשתו התקבלה במעמד צד אחד. בהמשך לכך הגישה המשיבה בקשה לביטול היתר ההמצאה שניתן, כאמור, במעמד צד אחד וטענה, בין היתר, כי בתנאי השימוש נכללה תניית ברירת דין, לפיה הדין שיחול על מערכת היחסים בינה ובין לקוחותיה הוא דין מדינת וושינגטון בארצות הברית (ראו סעיף 74 לבקשת המשיבה לביטול היתר המצאה מחוץ לתחום).
4. כמו כן, טענה המשיבה, כי על המבקש מוטל הנטל להוכיח קיומה של עילת תביעה טובה בהתאם לדיני מדינת וושינגטון, כמתחייב מתנאי השימוש בשירות Amazon וכי על המבקש רובץ הנטל להראות כי חלה תניה מקפחת, וזאת, לטענתה, באמצעות הגשת חוות דעת מומחה (ראו סעיפים 9-10 לסיכומי המשיבה). לשיטתה, המבקש לא הוכיח עילת תביעה לפי דין מדינת וושינגטון ואף לא הוכיח באמצעות חוות דעת מומחה כי נמנעת ממנו האפשרות, לאור דין זה, להעלות טענות מסוימות בבית משפט בישראל, וזאת לצורך ביסוסה של חזקת קיפוח לפי סעיף 8(4) לחוק החוזים האחידים.
5. עוד טענה המשיבה כי בתנאי ההתקשרות נכללה גם תניית בוררות חובה וכן תנייה הקובעת כי המתקשר מוותר על האפשרות להגיש תובענה ייצוגית נגדה. לבסוף טענה המשיבה כי העסקאות שפורטו בבקשת האישור נעשו עם חברות אחרות ולכן התובענה נעדרת עילה גם מן הטעם הזה.
6. לטענות אלו השיב המבקש בסיכומיו בציינו כי חוק הגנת הצרכן קוגנטי ועל כן לא ניתן להתנות עליו, בהתאם לסעיף 36 לחוק הגנת הצרכן ומכאן כי המשיבה כפופה להוראותיו (ראו למשל סעיף 33 לסיכומי המבקש). בעניין זה, הפנה המבקש גם לדברי כבוד השופט מלצר (כתוארו אז) בפרשת בן חמו, לפיהם אין להתיר עקיפת הוראות קוגנטיות שבדין הישראלי, בחוק הגנת הצרכן, באמצעות תניית ברירת הדין (ראו למשל סעיף 29 לסיכומי המבקש).
7. לכך השיבה המשיבה בסיכומיה כי הוראות דין זר תסוגנה רק כאשר הן נוגדות את תקנת הציבור אך לא כאשר הן אינן תואמות הוראות דין קוגנטי של הדין המקומי. לשיטתה, במקרה שיש הסכמה להחיל מערכת דין שלמה ומלאה, כמו בענייננו, לא יחולו הוראות הדין המקומי ובכלל זאת הוראות דין קוגנטיות בדין המקומי. זאת, לשיטתה מן הטעם שתכליתן של הוראות

קוגנטיות היא לתת הגנה על צדדים במערכת דינים נתונה ובהיעדר ראייה לסתור וחווה דעת מומחה יש לצאת מנקודת הנחה כי הדין הזר כולל איזונים והגנות.

8. יצוין, כי המשיבה טענה טענות נוספות בעניין עילת ההמצאה ובעניין התאמת הפרוס, אך בית המשפט קמא קבע בהחלטתו מיום 6.4.2021, כי אין צורך להוסיף בשאלות אלו, אך קיימת בנוגע לעילת התביעה "בעיקר ביחס שבין חוק הגנת הצרכן לבין תחולת דין זר שבמקרה זה הוא דין מדינת וושינגטון, ויישומו של פסק הדין בעניין בן חמו על תביעות לפי חוק הגנת הצרכן" (ראו שורות 29-30 בעמוד 5 לפרוטוקול הדיון מיום 6.4.2021).

#### עמדת היועצת המשפטית לממשלה:

9. היועצת המשפטית לממשלה תתייחס להלן לסוגיות העיקריות לפי סדרן. תחילה תבהיר עמדתה בשאלת קיומו של קיפוח ביחס לתניית ברירת הדין בענייננו, לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים. לאחר מכן תתייחס לשאלת היחס בין תניית ברירת הדין לבין חוק הגנת הצרכן ויישומו של פסק הדין בעניין בן חמו על תביעות לפי חוק הגנת הצרכן, ולבסוף תתייחס בקצרה לתניות הנוספות שנזכרו בטענות המשיבה אשר שוללות אף הן את עילת התביעה בענייננו.

#### בחנית קיומו של קיפוח לפי חוק החוזים האחידים:

10. המסגרת הנורמטיבית בענייננו היא חוק החוזים האחידים. בחוק החוזים האחידים נקבע הסדר מיוחד לגבי "נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו ובין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם" (סעיף 2 לחוק החוזים האחידים).

11. היועצת המשפטית לממשלה סבורה, כי מסמך "תנאי השימוש" של המשיבה, המופיע באתר המרשתת של המשיבה, הוא בבחינת "חוזה אחיד" העונה על ההגדרה הקבועה בחוק החוזים האחידים. נוסח מסמך זה נקבע מראש בידי צד אחד – היא המשיבה, וכן הוא נוסח סטנדרטי שנועד לשימוש במספר רב של מקרים, ואינו נוסח שהוכן במיוחד להתקשרות שבין המבקש לבין המשיבה כתוצר של משא ומתן מאוזן בין הצדדים.

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

13. לפי חוק זה לבית המשפט הנכבד ולבית הדין לחוזים אחידים (להלן: "בית הדין") הסמכות לבטל או לשנות תנאים בחוזים אחידים, אשר יש בהם משום קיפוח לקוחות או אשר עלולים להביא לקיפוח לקוחות. הוראה זו קבועה בסעיף 3 לחוק החוזים האחידים המורה כי: "בית משפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו – בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות – משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות" (להלן: "תנאי מקפח").

14. בנוסף על הוראות אלו קבע המחוקק בסעיף 4 לחוק, רשימה של "תנאים נפוצים בחוזים אחידים, אשר לפי מהותם ונוסחם הם... מקפחים, עד שיבוא הספק ויוכיח שאינם כאלה" (דברי ההסבר לסעיפים 3-4 להצעת חוק חוזים אחידים, עמוד 31). כך, למשל, נקבע בסעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים כי "תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסוימות בערכאות משפטיות..." ייחשב לתנאי מקפח בחוזה אחיד, עד שיוכח אחרת.

15. כפי שהובהר בפסק הדין בעניין בן חמו, ההבדל בין תנאי שקמה לגביו חזקת קיפוח ותנאי שלא קמה לגביו חזקה כזו נעוץ בנטל ההוכחה. כאשר קמה חזקת קיפוח על הספק לסתור את החזקה ולהראות כי התנאי איננו מקפח, בהינתן אמות המידה הקבועות בסעיף 3, ואילו כאשר מדובר בתנאי שאינו מקים חזקת קיפוח הנטל הוא על הלקוח להוכיח את הקיפוח (ראו: לוסטהויז ושפניץ חוזים אחידים בעמוד 198).

16. יצוין כבר עתה כי כעולה מפסק הדין בעניין בן חמו, כאשר מדובר בתניה הקובעת ברירת דין, לצורך ביסוס חזקת קיפוח מכוח סעיף 4(8), יש להציג ראיות שהכרעה על פי הדין הזר תשלול מהלקוח את האפשרות לטעון טענות מסוימות. מן הטעם הזה החליט בית המשפט העליון בעניין בן חמו לדחות את טענת התובע הייצוגי, שם, כי תניית ברירת הדין היא תנייה מקפחת מכוח חזקת הקיפוח המנויה בסעיף 4(8) האמור:

**"בית המשפט קמא קבע כי תניית ברירת הדין שבסעיף 15(1) לתנאי השימוש היא "תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסוימות בערכאות משפטיות...". כאמור בסעיף 4(8) לחוק החוזים. על כן קמה לגביה חזקת קיפוח ובית המשפט הוסיף וקבע כי חזקה זו לא נסתרה. פייסבוק אירלנד סבורה כי קביעה זו בטעות יסודה ונראה כי הצדק עמה. הנטל להוכיח כי תנאי מסוים בחוזה אחיד בא בגדר אחת מחזקות הקיפוח הקבועות בסעיף 4 לחוק, מוטל על הלקוח (ראו: לוסטהויז ושפניץ חוזים אחידים בעמ' 198) ובענייננו על המשיב. במקרה דנן לא הוצגו ראיות לכך שהכרעה בבקשת האישור על פי דיני מדינת קליפורניה תשלול מהמשיב את האפשרות להעלות טענות מסוימות. משכך לא הוכחה על ידו תחלתה של חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים והנטל להוכיח שתניית ברירת הדין היא תניה מקפחת, נותר לפתחו".**

17. אולם, בענייננו ככל שהדברים מתייחסים לחוק החוזים האחידים, בקשת האישור מתבססת בעיקרה על טענת קיפוח מכוח סעיף 3 לחוק החוזים האחידים, לגביו אין הכרח כי יוצגו ראיות לכך שהכרעה בבקשת האישור על פי הדין הזר תשלול מהמבקש את האפשרות להעלות טענות מסוימות, וזאת בניגוד לדרישה להצגת ראיות כאמור לשם הוכחת החזקה מכוח סעיף 4(8) לחוק, בהתאם להלכת בן חמו. לצורך השלמת בחינת הקיפוח, נותר לבחון האם מתקיים קיפוח מכוח סעיף 3 לחוק החוזים האחידים.

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

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

20. חוסר השוויון בין צדדים לחוזה הוא המאפיין החשוב ביותר של החוזים האחידים ולבחינתו של קיפוח (לוסטהויז ושפניץ, עמוד 69). "דיני הקיפוח מתמקדים, בראש ובראשונה, בצדדים וביחסי הכוחות שביניהם. ההגינות או חוסר ההגינות נקבעים עלפי תפישת היסוד של

החברה, אך הם נגזרים מיחסי הכוחות שבין הצדדים" (ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992), (להלן: "עניין קסטנבאום"), 538). כפי שפורט בפסק הדין בעניין בן חמו, חוק החוזים האחידים אינו כולל הגדרה של המושג "קיפוח" ואף לא נקבעה בו רשימה סגורה של תנאים אשר יש בהם משום "יתרון בלתי הוגן העלול להביא לידי קיפוח": "הוראות החוק יוצרות, אפוא, רקמה נורמטיבית פתוחה ואותה נדרשים בתי המשפט ובית הדין למלא תוכן על מנת שתוגשם תכליתו של חוק החוזים האחידים ועל מנת לעצב את הדין באופן המבטא תפיסה חברתית ראויה באשר ליחסים שבין ספקים ללקוחות שהתקשרו בחוזה אחיד".

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

22. כידוע אין בחינתו של סעיף 3 מוגבלת רק להרתעה ביחס לנקיטת הליכים משפטיים: "אין כמעט גבול לסוגי הנושאים שבהם ניתן להעלות טענת קיפוח" (לוסטהוויז ושפניץ, עמוד 49). המבחן לבחינת קיפוח לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים הוא מבחן ההגינות והסבירות כאשר אופייה המיוחד של תניית ברירת דין בצירוף פערי הכוחות המשמעותיים ויתר נסיבות העניין הם אלה העשויים ליצור יתרון בלתי הוגן וקיפוח.

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

24. היועצת המשפטית לממשלה סבורה, כי בענייננו יש לשים על כף המאזניים שני שיקולים נוספים אשר רלבנטיים למקרה זה ובענייננו, בשונה מעניין בן חמו, יש בהם כדי להכריע את הכף לטובת המסקנה כי תניית ברירת הדין היא מקפחת: לטעמה של היועצת המשפטית לממשלה השיקול האחד שעליו יש לשים את מרכז הכובד הוא בחינת הקיפוח במועד כריתת החוזה בשים לב ליחסי הכוחות בין הצדדים; והשני הוא שמדובר בענייננו בטענות לקיומו של דין קוגנטי ולהפרת הוראות מתחום דיני הגנת הצרכן, כאשר חלה בשנים האחרונות עלייה דרמטית בהיקף המסחר עם תאגידי ענק גלובליים באמצעות המרשתת וזו מחייבת הגנה מוגברת ובפרט כאשר

מבחן הקיפוח מתגבש בדרך של פרשנות ממקרה למקרה ומעת לעת (**הפירוש הקצר לחוקים במשפט הפרטי** 324 (איל זמיר, מרדכי א' ראבילו, גבריאלה שלו עורכים, 1996) וראו: אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט, עמודים 513-533 (2002)).

25. היועצת המשפטית לממשלה תפרט שיקולים אלה אחד לאחד ותחילה תציג את בחינת הקיפוח במועד כריתת החוזה. אין חולק כי אחת ההצדקות המרכזיות לחוק החוזים האחידים, היא ההנחה שהסכמתו של הלקוח לתנאים המקפחים שנכללו בחוזה אחיד – פגומה (ראו: לוטסהויז ושפניץ חוזים אחידים בעמודים 55-56). לפיכך, בחינת יחסי הכוחות בין הצדדים צריכה להיעשות במועד שבו התקשרו בחוזה.

26. בהקשר זה, כאשר לקוח, שאינו בעל מומחיות או משאבים מיוחדים, ניצב לפני כריתת חוזה עם תאגיד זר, הכולל תניית ברירת דין, הוא אינו יכול להבין את משמעות התנייה, את מכלול החובות שהיא מטילה עליו והאם היא תמנע ממנו בעתיד מלהעלות טענות מסוימות במקרה שיתעורר סכסוך משפטי. על מנת שיהיה מסוגל להבין את משמעותה של אותה תנייה, יהיה עליו לשכור את שירותיו של מומחה לדין הזר, כבר בשלב כריתת החוזה, על מנת שיבאר לו את מערכת הדינים אשר תחול עליו בהתאם לאותה התנייה – בדיקה אשר משמעותה אף עלויות גבוהות אשר יושתו על הלקוח. על כן אין ציפייה כי הלקוח יבדוק מראש את הדין הזר אליו מפנה התנייה שבתנאי השימוש טרם הסכמתו, וכי יבין את המשמעות והסיכונים של הסכמה שכזו לעומקה (וראו, Bakos Yannis, Florencia Marotta-Wurgler & David R. Trossen, Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard Form Contracts, 43 J. LEGAL STUD. 1 (2014); Ian Ayres & Alan Schwartz, The No-Reading Problem (in Consumer Contract Law, 66 STAN. L. REV. 545 (2014); גבריאלה שלו ואפי צמח **דיני חוזים** 33 (2019)).

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

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

29. כאשר מדובר בתניית ברירת דין משמעות העברת נקודת הכובד לרגע כריתת החוזה היא שבמועד זה הלקוח לוקח על עצמו מכלול של חובות שהוא איננו מודע להן ובמובן זה הוא חותם



"בעיניים עצומות" על חוזה שאיננו נהיר לו. לכך מתווספת העובדה שלרוב אין ללקוח ברירה אמתית אלא לאשר את החוזה, כתנאי לרכישת המוצרים באתר. קיומו של יתרון בלתי הוגן בתנייה האמורה וקיומם של פערי כוחות גדולים, הם הבסיס לבחינת קיומו של קיפוח לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים. לגישת היועצת המשפטית לממשלה, פרמטר חשוב ומשמעותי בבחינת קיומו של קיפוח הוא יכולת המתקשר בעסקה להבין את תנאי העסקה ואת מכלול החובות המוטלות עליו כמו גם הזכויות המוענקות לו. לא בכדי ראה המחוקק בקיום "האותיות הקטנות" בחוזה משום יתרון בלתי הוגן שניתן לצד שערך את החוזה האחיד כלפי המתקשר עימו, קל וחומר כאשר מדובר באותיות שאינן מופיעות כלל והן בגדר "נעלם" וזאת ביחס לדין זר שאינו נהיר לצרכן.

30. כלומר, משמעות החלת דין זר על חוזה שנכרת בפערי כוחות משמעותיים היא שכבר ברגע כריתת החוזה הלקוח, אף אם יעבור בעיון על כל הוראותיו של חוזה זה, איננו יכול לדעת אילו חובות עליו מכוח הדין הזר ואלו סעדים מגיעים לו מכוחו כמו גם באיזה פעולות עליו לנקוט כדי להבטיח את מימושו.

31. לפיכך, בחירת הדין הזר וההיכרות עימו מעניקה לבעל החוזה האחיד יתרון רב, ובנסיבות מסוימות אף בלתי הוגן, ועשויה להוביל למצב של קיפוח לקוחותיו, ובפרט לאור כך שתנייה זו חלה על כל חיי החוזה – מרגע כריתתו ועד לסיומו או להפרתו. בנסיבות שבהן הלקוח המתקשר אינו מודע לחובות אשר מוטלות עליו ולזכויות שניתנו לו, ועיון בחוזה על כל סעיפיו לא יועיל לו, בעוד שהצד השני מכיר את פרטי העסקה וגם את מכלול החובות והזכויות הנובעות מהדין הזר, משול הדבר בנסיבות מסוימות לחתימה על "דף נקי". זאת, בפרט כאשר אין ציפייה כי בטרם יחתום הלקוח על ההתקשרות האחידה הוא יתייעץ עם מומחה לדין זר.

32. הדבר איננו מעשי ואף איננו מקובל בחוזים מהסוג שלפנינו. לכן, בחינת קיומו של קיפוח ברגע כריתת החוזה איננה מתמצה רק ב"מבחן ההרתעה", מבחינת הלקוח, לעניין הגשת התביעה, המאזן בין יכולת הלקוח להיעזר במומחה לדין זר לצורך הגשת התביעה וניהולה והעלויות הכרוכות בכך לבין ההטבה הצפויה מההליך המשפטי הננקט על ידו. מבחן שעמד במרכז פסק הדין בעניין בן חמו. לנטילת היתרון הבלתי הוגן מצד אמזון שניסחה את התניה כמו גם לחוסר ההוגנות ביחס ללקוח שכביכול מסכים לקחת על עצמו מערכת דינים זרה ובכלל זאת חובות שאינן נהירות לו לצד פערי הכוחות העצומים בשלב כריתת החוזה, יש גם כדי להפחית מן האינטרס העסקי של אמזון בניהול התדיינויותיה לפי דין אחד.

33. זאת ועוד, למועד בחינת פערי הכוחות שבין הצדדים לחוזה האחיד קיימת השלכה נוספת. בשים לב לכך שהצרכן הישראלי הבודד עומד מול חברה עסקית גדולה ומתוחכמת הפועלת במספר רב של מדינות, אין בכוח העובדה שהתביעה הוגשה לבסוף כתובענה ייצוגית ולא כתביעה אישית כדי לשנות מן השאלה האם קיימים פערי כוחות בין הצדדים.<sup>1</sup> פערי הכוחות מתקיימים ביחס לכל אחד ואחד מחברי הקבוצה, כבר בשלב בו כל אחד מהם כרת את החוזה מול הספק. התובענה הייצוגית היא אמצעי פרוצדורלי למיצוי הזכויות של כל חברי הקבוצה המתגבש רק בהמשך, בעקבות הפרת החוזה ואין בה כדי לרפא את פער הכוחות הקיים.

<sup>1</sup> ודוק, אומנם ברע"א 5860/16 Facebook Ink נ **אוהד בן חמו** (נבו 31.5.2018) כבוד הנשיאה א' חיות ציינה בפסקאות 26-25 בפסק הדין כי לעובדה שההליך הוא הליך ייצוגי יש משקל מסוים בעת בחינת סוגיית הקיפוח של תניית מקום שיפוט לפי מבחן ההרתעה, אך לא לשם בחינת שאלת קיומם של פערי כוחות בין הצדדים.

34. על כן מתקיים בענייננו המבחן השני בסעיף 3 לחוק, מבחן "יתרון בלתי הוגן" במצב של פערי כוחות בין הצדדים, לפיו נטילת זכויות יתר מצד המשיבה-אמזון, משמשת כאינדיקציה נוספת לקיפוח (ר' לוסטוויז ושפניץ, 244-245).

35. יפים לענייננו דבריו של בית המשפט המחוזי בת"צ (מרכז) 39292-04-13 רז קלינגהופר נ' Pay Pal Pte Ltd (נבו 31.5.2015) (להלן: "פרשת קלינגהופר"), שם קבע כבוד השופט פרופ' עופר גרוסקופף כך:

"ויובהר, השאלה של ברירת הדין בחוזים הנכרתים באינטרנט בכלל, ושל תוקפן של תניות שיפוט בחוזים אלו, היא שאלה שטרם נבחנה, למיטב בדיקתי, באופן יסודי במשפט הישראלי. המקרה שלפניי אף איננו מצדיק בחינה מעמיקה שכזו, מאחר שהוא מקרה קל, בו תאגיד ענק בינלאומי, המשווק את שירותיו באופן ממוקד לשוק הישראלי, מבקש למנוע מהמוני לקוחותיו הישראלים, שמרביתם הם עוסקים זעירים או צרכנים, להתדיין בבתי המשפט בישראל על פי הדין הישראלי. לכך בוודאי לא ניתן להסכים.

פייפאל פועלת בכוונת מכוון בשוק הישראלי ממש כשם שתאגידי ענק בינלאומיים אחרים, כדוגמת מיקרוסופט, פייסבוק וגוגל, פועלים בו. בית המשפט העליון הבהיר כי חברה בינלאומית המשווקת את סחורתה ללקוח ישראלי צריכה לצפות כי תיתבע בישראל (ראו, למשל, ע"א 9725/04 אשבורן חברה לסוכנויות ומסחר בע"מ נ' CAE Electronics Ltd [פורסם בנבו] (ניתן ב- 4.9.2007)). הלכה זו חלה, ואף ביתר שאת, כשמדובר בתאגיד ענק בינלאומי המשווק את מוצריו ושירותיו לעשרות ומאות אלפי לקוחות בישראל, שרובם המוחלט הם עסקים זעירים וצרכנים פרטיים. העובדה שפעילותם של תאגידי הענק הללו נעשית באופן עיקרי או בלעדי באמצעות האינטרנט, איננה מקנה להם חסינות מפני התדיינות בבתי משפט בישראל ועל פי הדין הישראלי. אם תאמר אחרת, צפויים אנו למצוא עצמנו במצב בו זכויותיו של הצרכן הישראלי יהיו להפקר. התפתחות מסוכנת שכזו, אשר השלכותיה רק ילכו ויחמירו ככל שיתחזק ויתגבר המסחר האינטרנטי, יש לגדוע בעודה באיבה.

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

36. מפסק הדין בעניין בן חמו עולה כי תניית ברירת הדין בפרשת בן חמו איננה מקפחת משום שאין בה כדי להרתיע את מגישי התובענה הייצוגית בסך של 400 מיליון דולר מפני נקיטה בהליך משפטי. עם זאת, כפי שכבר הוזכר לעיל, עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא כי כאשר מרכז הכובד של הבחינה עובר לשלב כריתת החוזה ולא לשלב הגשת התביעה, מועצמים פערי הכוחות כמו גם אוזלת היד של הלקוח אל מול היתרון הבלתי הוגן של הספק. בעניין זה ראוי להפנות לפסקה 25 בפסק דינה של כבוד הנשיאה א' חיות בפרשת בן חמו, לפיה:

"לפיכך, בבואנו להכריע בשאלה האם תנאי מסוים בחוזה אחיד הוא מקפח, יש לבחון את יחסי הכוחות בין הצדדים במועד שבו התקשרו בחוזה ולא במועד הגשת התביעה."

37. שיקול נוסף אותו יש לשים על כף המאזניים, הוא שבענייננו מדובר בטענות להפרת דין קוגנטי ובדיני הגנת הצרכן שמחייבות הגנה רחבה ובפרט כשהמסחר הגלובלי המקוון הפך לנפוץ כל כך וזאת, כפי שיפורט להלן. חשיבות הטיפול בפערי הכוחות המתוארים מתעצמת לאור היקף

ההתקשרויות המבוצעות כיום בין לקוחות לבין תאגידי זרים המבקשים להשיא רווחים מקהל הלקוחות הישראלי, שצברו תאוצה רבה בשנים האחרונות. להתקשרויות אלו יתרונות רבים, אך הן טומנות בחובן גם סיכונים וקשיים בהם נתקלים הלקוחות, וביניהם הקושי להבין את משמעותם והשלכותיהם של תנאי החוזה עוד בשלב כריתת החוזה, ובהמשך קושי לממש את זכויותיהם. על חשיבותו של העניין שלפנינו ועל היקפו ניתן ללמוד, בין היתר, מהעמדות של היועץ המשפטי לממשלה שהוגשו בהליכים רבים בסוגיות דומות ואף זהות וראו למשל, ת"צ 17737-01-18 **אורי הכהן נגד Hotels.com L.P. שותפות מוגבלת הרשומה בטקסס, ארצות הברית** (להלן: "עניין הכהן"); ת"צ 9139-05-18 **צביה נ' Agoda Company Pte. Ltd** (להלן: "עניין Agoda"); ולת"צ 8295-10-17 **שפירא נ' Booking.com B.V** (להלן: "עניין Booking"); ת"צ 45354-02-18 **חיין הירשפלד, עו"ד נגד Travelljigsaw Limited**.  
38. על מגמה זו ניתן ללמוד גם מהחלטה של בית המשפט העליון שניתנה לאחרונה בעניין google, רע"א **Google LLC. 8160/20 נגד דורון אשל ואח'** (מיום 20.2.2022) אשר ביסס את החלטת הדין הישראלי על כללי הפרשנות החוזיים, ובכלל זה הפעלת הכלל של פרשנות נגד המנסח. שם קבעה כבוד השופטת ע' ברון את הדברים הבאים:

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

לאור זאת סבורה היועצת המשפטית לממשלה כי מתקיים בעניינו מבחן הקיפוח ודין תניית ברירת הדין בהתחשב בשיקולים שנימנו לעיל להתבטל.

#### **היחס בין הדין הזר לבין חוק הגנת הצרכן:**

39. עיקר חוק הגנת הצרכן בשני עקרונות בסיסיים: האחד – כי בין הצרכן לעוסק קיימים פערי כוחות, והשני – כי לצורך קיומם של יחסים הוגנים וסחר הוגן בין עוסק לצרכן נדרשות שקיפות וחובות גילוי מוגברות על מנת שניתן יהיה, ככל הניתן, לצמצם את פערי הכוחות ולהנגיש לצרכן את המידע המהותי הנחוץ לו על מנת לקבל החלטה מושכלת לגבי העסקה (ר' אורנה דויטש **מעמד הצרכן במשפט 27 (2002)**).

40. חוק הגנת הצרכן מניח כי הצדדים בעסקה צרכנית אינם שווים והפערים האמורים בין העוסק לצרכן משרתים את טובת העוסקים. לפיכך, מצא המחוקק הצדקה להקנות לצרכנים הגנות מיוחדות ולהתערב בחופש החוזים שקיים לצדדים בהסכם.

41. המשיבה היא חברה שמכוונת את פעילותה לצרכנים הישראליים, ולפיכך סבורה היועצת המשפטית לממשלה כי במקרה דנן אין לראות את החלת חוק הגנת הצרכן על המשיבה כהחלה חוץ-טריטוריאלית, כפי שהמשיבה מנסה לטעון. המשיבה מנהלת פלטפורמת מסחר מקוונת עבור צרכנים הישראליים, נהנית מרווחים מהשוק הישראלי, ומנגישה את האתר לקהל הישראלי. כל אלה, מהווים אינדיקציות לכך שפעילות המשיבה בכל הנוגע לצרכנים הישראליים היא בעיקר בישראל ולמעשה היא פועלת ככל עוסק ישראלי.

42. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, גם בהינתן בטלות התנייה המקפחת מהטעמים דלעיל, ולנוכח מכלול המאפיינים המתוארים לעיל, יש הצדקה להחיל על המשיבה את הוראות חוק הגנת הצרכן ולראות את פעילותה ככזאת שנעשתה בישראל. קרי, לאור פעילותה המקיפה והמכוונת בארץ, עצם התאגדות החברה במדינות אחרות לא פוטרת אותה מתחולת החוק הישראלי. זאת גם הציפייה של הצרכן הישראלי, כאשר הוא נכנס לאתר בשפה העברית ממש כמו כל אתר מרשתת אחר של עוסק ישראלי.
43. אף אם ימצא כי במקרה דנן מדובר בתחולה "חוץ-טריטוריאלית", אין מניעה עקרונית מבחינת הדין הפנימי להחיל את חוק הגנת הצרכן על המשיבה. בבג"ץ 279/51 **חיים הרץ אמסטורדס ו-162 ואח' נ' שר-האוצר** (נבו 11.9.1952) (להלן: "**פרשת אמסטורדס**"), התווה בית המשפט העליון את הכללים לקביעת היקף התחולה של הדין הישראלי, גם בהעדר הוראה מפורשת בדין לגבי כך, על גורמים זרים.
44. לפי פסק דין זה, כאשר החוק שותק לגבי היקף תחולתו, על בית המשפט לקבוע את תחולתו באמצעות פרשנות החוק, בהתבסס הן על תכלית החוק והן על עקרונות כלליים, כגון עיקרון הריבונות.
45. בענייננו ניתן ללמוד מלשון החוק על כך שהוראותיו גוברות על כל הסכם נוגד. כך, לאור המאפיינים הייחודיים האמורים של החוזה הצרכני והצורך המיוחד להבטיח את זכויות הצרכנים, קבע המחוקק בסעיף 36 לחוק הגנת הצרכן, שהוראות החוק הן הוראות קוגנטיות: "**הוראות חוק זה יחולו על אף כל ויתור או הסכם נוגד**".
46. כפי שהוצג לעיל, העמדה לפיה יש להחיל את חוק הגנת הצרכן גם על עוסקים זרים המכוונים את פעילותם לצרכנים הישראליים, בדומה למשיבה, מתאפשרת לאור לשון החוק ולכך מצטרפת גם תכליתו של החוק אשר באה להגן על צרכנים המצויים בעמדת נחיתות אל מול העוסקים והכל כפי שפורט בהרחבה לעיל.
47. לא זו אף זו, המסחר המקוון הגלובלי מחייב את המשפט לפתח שיטות מתאימות על מנת לבחון את תחולתו של הדין המקומי. אם בעבר די היה בזיקה פיסית של נוכחות הצדדים, היום המשפט במדינות לא מעטות בעולם מפתח תפיסות מתאימות על מנת לקבוע את תחולת משפט המדינות על המתרחש במרשתת.
48. ברי, כי בעת חקיקת חוק הגנת הצרכן הישראלי, שיטות השיווק והמכר היו שונות ו"פשוטות" ועסקאות צרכניות חוצות גבולות היו פחות מקובלות. נראה כי התפתחותו ושכלולו של המסחר המקוון, ומסחר מקוון חוצה גבולות בפרט, מצדיקים פרשנות רחבה של החוק ותכליותיו ובכלל זה הענקת ההגנות המוקנות כיום בחוק הגנת הצרכן ואף ביתר שאת.
49. בעסקאות מקוונות ובעסקאות חוצות גבולות בפרט, הצרכן כורת עסקה עם עוסק שהוא וירטואלי. הוא אינו רואה מקרוב את המוצר שנמכר ויכולתו לשאול שאלות לגביו ולגבי ההסכם שעליו הוא נדרש לחתום ובין היתר על משמעות תניית ברירת הדין היא מוגבלת. לכך מתווספת העובדה שהחוזה עם העוסק הוא חוזה אחיד שיכולת ההשפעה של הצרכן על תנאיו אינה קיימת, אין לו יכולת לקבל הבהרות לגבי תנאיו ומשמעות הדבר תוארה לעיל.
50. לאור כל אלה, מתחזקת המסקנה כי לפי תכליתו של החוק יש להחילו, במקרים המתאימים, גם על עוסקים שמאוגדים מחוץ לישראל אך פועלים בתוך ישראל, זאת על מנת להשיג את תכליות החוק ותוך שמירה על איזון והוגנות גם כלפי העוסקים.

51. לעניין זה יפים דברי כבוד השופט חנן מלצר (כתוארו אז), כפי שהובאו בסוף פסק דינו בפרשת **בן חמו**, שם צוין כך:

**"ביחס לתניית ברירת הדין הקבועה בסעיף 15(1) לתנאי השימוש – לתפיסתי, יש ליתן לה תוקף בנסיבות, כמוצע על-ידי חברתי הנשיאה, ובלבד שלא יעשה בתנייה האמורה שימוש כדי "לעקוף" בעזרתה הוראות קוגנטיות שבדין הישראלי (למשל בדיני הגנת הצרכן ועוד)".**

52. עמדה זו של כבוד השופט חנן מלצר (כתוארו אז) היא גם העמדה המקובלת לפירוש הוראת חוק החוזים האחידים. כך כתב בזמנו פרופ' זמיר (איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים 38-40 ירושלים, 1996):

**"אם הסטייה מהכלל הדיספוזיטיבי נעשית בחוזה אחיד ולטובת הספק, חזקה על סטייה זו שהיא מקפחת את הלקוח ואז דינה להתבטל או להשתנות. בכך עוסקות אחדות מחזקות הקיפוח שבסעיף 4 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982.**

**פיסקה 4(1), רישא, קובעת חזקת קיפוח לגבי תניית פטור השוללת או המסייגת אחריות שהייתה מוטלת על הספק "על פי דין". ברור שהכוונה לדין דיספוזיטיבי, משום שלהתנאה על דין קוגנטי אין תוקף מעצם היות הדין קוגנטי, ללא צורך במבחניו של חוק החוזים האחידים.**

**פיסקה 3(3) קובעת חזקת קיפוח לגבי התנאה על סעיף 6 לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969, שלפיו המחאת חבות טעונה הסכמת הנושה.**

**פיסקה 6(6) מתייחסת לשלילה או הגבלה של זכויות או תרופות העומדות ללקוח "על פי דין", או התנאתן בקיום נטלים או תנאים בלתי-סבירים.**

**פיסקה 7(7) עוסקת בהתנאה על כללי נטל ההוכחה.**

**אף התנאה על דין דיספוזיטיבי שאיננה כלולה באחת החזקות הללו עשויה להיחשב כמקפחת לפי מבחן הקיפוח הכללי שבסעיף 3, ואז דינה להתבטל או להשתנות".**

53. יצוין, כי כפי שעולה מדבריו של כבוד השופט חנן מלצר (כתוארו אז), בעניין **בן חמו** נדונו הוראות דיספוזיטיביות מכוח חוק הגנת הפרטיות, בעוד שהמקרה שלפנינו עוסק בדין הקוגנטי (שהתנייה לא יכולה לעקוף אותו). גם מבחינה זו שונה המקרה שלפנינו מהנסיבות שנדונו בעניין **בן חמו**.

54. יובהר, כי חוק הגנת הצרכן חל לפי לשונו באופן ספציפי על הסחר המקוון (כלשון החוק – 'מכר מרחוק') וזהות העוסק כחברה גלובלית שבין השאר מכוונת את פעילותה לישראל, מתאימה גם לעניין הגדרת עוסק בחוק כמי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן.

55. כך אף לאור לשונו של הסדר זה. בעסקה שמבוצעת במכר מרחוק הצרכן פגיע יותר ופערי המידע הולכים ומעמיקים ובהתאם נדרשות חובות מוגברות והגנות משמעותיות יותר על הזכות הצרכנית. בפסק הדין בדנ"א 5783/14 עו"ד ליאור צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ (נבו) 12.9.2017, עמד בית המשפט העליון על מאפייניה של העסקה המקוונת המצדיקים קביעת הגנות רחבות יותר לגביה. בין היתר, ניתנה התייחסות רחבה להשפעת העוסק על הצרכן לאור היכולת לאסוף עליו נתונים, לנתח אותם ולהתאים את אמצעי השיווק והפעלת הלחץ לצרכן ספציפי. כמו כן, הורחבה התייחסות למאפיינים נוספים כגון הקלות שבה צרכן יכול לבצע רכישה, היעדר היכולת של הצרכן לקבל מידע מהעוסק לגבי השירות או המוצר או להשיג על תנאי העסקה – דבר שגורם לצרכן שלא לקרוא את החוזה. עוד ניתנה התייחסות לעניין היכולת הבלעדית של העוסק לקבוע את כללי המשחק באופן שהצעתו היא בבחינת 'Take it or leave'

"it, וכן ניתנה התייחסות לכך שהרשת מוצפת במידע שחלק ניכר ממנו אינו אמין, ואף אם היה אמין הצרכן נתקל בקושי אמיתי לברור את המידע הרלוונטי לעסקה מסוימת בה הוא מעוניין (ראו פסקאות 42 עד 43 לפסק הדין). ובהמשך נקבע באותו פסק הדין כך:

"... כאמור, לא נעשו תיקוני חקיקה ייחודיים בחוק הגנת הצרכן שמטרתם הייתה להתמודד עם הצרכנות המקוונת. אולם, ההגנות על הצרכן המתקשר בעסקת מכר מרחוק שהוספו במסגרת תיקון מס' 7 – רלוונטיות גם עבור צרכנים המתקשרים בעסקאות צרכניות מקוונות".

56. בסעיף 17ד' לחוק הגנת הצרכן נקבע, כי: "לא יפרסם עוסק ולא ינקוב, במפורש או במשתמע, מחיר של נכס או של שירות המוצע לצרכן, אלא אם כן הוא המחיר הכולל בלבד ורק במטבע ישראלי".

התיבה "המחיר הכולל" מוגדרת בסעיף 17א' לחוק הגנת הצרכן:

"17א. בפרק זה, "המחיר הכולל" - מחיר הכולל את סך כל התשלומים בעבור נכס או שירות ואת סך כל המסים החלים עליהם או על מכירתם והנגבים על ידי עוסק, לרבות-

(1) מס ערך מוסף, אגרות או תשלומי חובה;

(2) כל תשלום אחר הנלווה לרכישת אותו נכס או שירות, בלי שניתנת לצרכן אפשרות מעשית לוותר עליו במסגרת העסקה."

57. בסעיף 17ז' לחוק שכותרתו "פטור" נקבע, כי:

"17ז. (א) הוראות פרק זה לא יחולו –

(1) על נכס המיועד להימכר מחוץ לישראל, או על שירות המיועד להתבצע במלואו מחוץ לישראל; לענין זה, "מחוץ לישראל" - למעט האזור שהגדרתו בחוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1976;

(2) (נמחקה);

(3) על נכס או שירות המפורט בחלק א' של התוספת הראשונה, ובתנאים הקבועים בה.

(ב) על אף האמור בסעיפים 17ב(1), 17ג ו-17ד, הצגה, פרסום ונקיבה של מחירו הכולל של נכס או של שירות, כמפורט בחלק ב' של התוספת הראשונה, יכול שיהיה במטבע חוץ, ובלבד שמחירו במטבע ישראלי ייקבע לפי שער החליפין הקבוע בה.

(ג) השר, ולגבי תחומים שבסמכותו של שר אחר - בהתייעצות עם אותו שר, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, רשאי לשנות את התוספת הראשונה".

58. בהתאם לפרט 3 לחלק ב של התוספת הראשונה ניתן לסמן את המחיר הכולל במטבע חוץ בהתאם לסעיף 17ז(ב) גם על:

"3. שירות של הולכת נוסעים או הובלת מטענים באוויר, ביבשה או בים, מישראל או אליה, לרבות במסופי המעבר היבשתיים, וכן של החכרת כלי שיט או כלי טיס למטרות האמורות, ובלבד שמחירם בשקלים חדשים ייקבע לפי שער המכירה האחרון ביום העסקים שקדם למועד התשלום, כפי שפורסם בעיתון יומי בישראל. ההוראה בסעיף זה, כי המחיר בשקלים חדשים ייקבע לפי שער המכירה האחרון, לא תחול על הובלת מטענים בין-לאומית בים או

**באוור, שנקבע לגביה הסדר בין מוביל בים או באוויר לבין איגוד בין-לאומי של חברות תעופה או ספנות, כמשמעותו בסעיף 3(7) בחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988.**

59. על כן, הפטור מהצגת מחיר במטבע ישראלי נוגע אך ורק למחיר הובלת מטענים, קרי, שירותי המשלוח לישראל (מחו"ל). לפיכך, בכל הנוגע לרכיב המשלוח לישראל של מוצר הנשלח מחו"ל, על המשיבה להמיר את המחיר לש"ח לפי שער המכירה האחרון ביום העסקים שקדם למועד התשלום, כפי שפורסם בעיתון יומי בישראל (בכפוף לסיפא שבפסקה 3 לעיל).
60. מעבר לאמור סבורה היועצת המשפטית לממשלה, כי עמדת המשיבה כאמור עלולה לפתוח פתח רחב למניפולציה ולהותיר את הצרכן הישראלי פגיע במרחב הווירטואלי או לפחות בחוסר ידע והבנה לגבי היקף ההגנה שתינתן לו, אם בכלל, בשונה מההגנה שהמחוקק הישראלי ביקש להקנות לו. היעילות שניתנת לחברה, דין אחד החל על כלל עסקאותיה, פוגעת ביעילות ובהגינות כלפי הצרכן שהוא הצד החלש בעסקה ואינו יודע ולא יכול לדעת במאמץ סביר מהו הדין החל, ומרוקנת מתוכן הגנות שהמחוקק הישראלי ביקש לקבוע לו. עוד סבורה היועצת המשפטית לממשלה כי גישה זו מרחיקת לכת. זאת, שכן אם תתקבל, היא עשויה לעודד עסקים להפנות בתניית ברירת הדין בחוזים האחידים שלהם לדין החל במדינות שבהן יש אסדרה צרכנית נמוכה, ובכך להתחמק מהנטל האסדרתי המקומי.
61. זאת ועוד היא מייצרת פערי אסדרה לא סבירים בין עוסקים ישראלים לעוסקים זרים, אשר נוקטים באותם אמצעי שיווק ופונים בצורה מכוונת לצרכן הישראלי, רק בשל השוני במקום מושבם. הסחר המקוון הגלובאלי הולך ומתפתח ושלילה מוחלטת וגורפת של הגנה שהמחוקק מצא לנכון להעניק לצרכנים הישראליים, תותיר רבים מהם חשופים לפגיעה ואולי אף תייצר הרתעה מפני התקשרויות מעין אלה.
62. להשלמת התמונה יצוין, כי ניתן לזהות תפיסה דומה גם באיחוד האירופי. בשנת 2017 פנו נציבות האיחוד האירופי ורשויות הגנת הצרכן באיחוד האירופי לתאגידים זרים שונים בבקשה לשנות את תנאי השימוש שלהם, באופן שיתאים לדין האירופאי (ראו European Commission Press Release IP/17/631, The European Commission and Member States consumer authorities ask social media companies to comply with E.U. consumer rules (Mar. 4, 2017), p. 17). בתוך כך, אלה דרשו לשנות את נוסחן של תניות ברירת הדין המופיעות בהסכמים באופן הבא:

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

63. כפי שיפורט, גם מדינות אחרות אינן סבורות כי חברות גלובליות צריכות ליהנות מדין אחד שיחול בעניינים צרכניים. תחולת דיני הגנת הצרכן המדינתיים על חברות זרות והעדפת מתן

הגנה לצרכן על פני חופש החוזים של הצדדים, כאשר מדובר במסחר מקוון, אינה ייחודית לישראל. שיטות משפט רבות בעולם המודרני נוהגות להגן על צרכנים גם במקרים שבהם הצרכנים מסכימים לדין זר בחוזה שיש בו משום שלילת הגנות צרכניות מכוח דינן הפנימי – ניתן לראות אופנים שונים בהם בחרו מדינות שונות להגביל את הסכמת הצדדים לטובת הגנה על הצרכן בחוזה אל מול העוסק הזר.

64. כך למשל, ב-Rome I Regulation (חקיקת האיחוד האירופאי החלה על מרבית המדינות החברות באיחוד) נקבעה הגבלה מהותית לפיה, לא ניתן לשלול מצרכן את ההגנה המהותית המוענקת לו מהכללים המנדטוריים שבמקום מושבו. דהיינו, על דין החוזה הצרכני פועלים שני דינים במקביל, הדין הנבחר על ידי הצדדים ולצדו חלות הגנות צרכניות מהותיות מדין מקום מושבו של הצרכן, כאשר הדין הנבחר אינו יכול להתנות על הגנות אלו. סעיף 6 ל-Rome I Regulation קובע כי דיני צרכנות מקומיים חלים גם על חברה זרה אשר מכוונת את פעילותה לצרכנים של אותה מדינה:

#### *Article 6*

#### **Consumer contracts**

1. Without prejudice to Articles 5 and 7, a contract concluded by a natural person for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession (the consumer) with another person acting in the exercise of his trade or profession (the professional) **shall be governed by the law of the country where the consumer has his habitual residence**, provided that the professional:

- (a) **pursues his commercial or professional activities in the country where the consumer has his habitual residence, or**
- (b) **by any means, directs such activities to that country or to several countries including that country, and the contract falls within the scope of such activities”.**

65. בית הדין האירופי לצדק דן בהגדרת חברה זרה אשר מכוונת את פעילותה לצרכנים של אותה מדינה. הוא פסק שאין מדובר בכל חברה שאתר המרשתת שלה נגיש ממדינה מסוימת באמצעות המרשתת. אלא, על בית המשפט לבחון אם היו עדויות לפניה ספציפית לצרכנים במדינה או לחבר מדינות שנעשתה טרם חתימת החוזה בין הצרכן לספק. בין השאר, פירט בית הדין האירופי לצדק קריטריונים לבחינת הפניה לצרכני המדינה: שימוש בשפת המדינה, במטבע המדינה, אזכור מספרי טלפון עם קידוד מדינתי, שימוש בשם המתחם של המדינה בכתובת אתר המרשתת ועוד (להרחבה ראו Ferrari, F. (Ed.). (2020). Concise Commentary on the Rome I Regulation (2nd ed.). Cambridge: Cambridge University Press p.113-117. doi: 10.1017/9781108596633).

66. בשווייץ, שאינה חלק מהאיחוד האירופי, נקבע בצורה חד משמעית שהליכים לגבי עסקה צרכנית יתנהלו במקום מושבו של הצרכן ולפי הדין של מקום מושבו. זוהי קביעה קוגנטית שהצדדים לא יכולים להתנות עליה והיא תחול על החוזה שכרתו. כך, למשל, בסעיף 120 לחוק המשפט הבין-לאומי הפרטי הפדרלי השווייצרי, נקבע כי כל אימת שהספק בעצמו קיבל את ההזמנה באותה המדינה או שנעשה פרסום במדינה לאותה עסקה או שהצרכן בעצמו עשה את הנדרש כדי להתקשר בעסקה באותה המדינה – הדין יהיה דינו של הצרכן. זאת, אף אם הצרכן



הונע לגשת למדינה זרה למען מסירת ההזמנה (והשוו: איריס קנאור "משפט בין-לאומי פרטי בעולם גלובלי – ברירת הדין בחוזי צרכנות" מחקרי משפט לא 833 (2018):

"Contracts pertaining to goods or services of ordinary consumption intended for a consumer's personal or family use, provided such use is not connected with the consumer's professional or business activity, **are governed by the law of the state of the consumer's habitual residence:**

- a. if the supplier received the order in that state;
- b. if the contract was entered into after an offer or advertising in that state and if the consumer performed in that state the acts required to enter into the contract; or
- c. if the consumer was induced by the supplier to go to a foreign state for the purpose of delivering the order.

2 No choice of law is allowed".

67. זאת ועוד, ועידת האג למשפט בין-לאומי פרטי (Hague Conference on Private International Law) (הארגון הבין-לאומי המוביל ליצירת כללים בתחום, שבו חברות 85 מדינות כולל ישראל וארצות הברית) גיבשה, בשנת 2015, עקרונות לברירת דין בחוזים בין-לאומיים – Hague Principles on Choice of Law in International Contracts – <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>. עקרונות אלה משקפים במידה רבה את הפרקטיקה הקיימת ברחבי העולם, לפיה ישנה הכרה בין-לאומית גוברת והולכת כי עקרונות ברירת הדין חלים בצורה אחרת כאשר מדובר בחוזי צרכנות, בשל פערי הכוחות בין הצדדים:

"I.10 Non-commercial contracts are excluded from the scope of application of the Principles. In particular, and to avoid any doubt, Article 1(1) explicitly excludes consumer and employment contracts. [...] This exclusion is justified by the fact that the substantive law of many States subjects consumer and employment contracts to special protective rules from which the parties may not derogate by contract. These rules are aimed at protecting the weaker party – consumer or employee – from an abuse of the freedom of contract and this protection extends to private".

68. כפי שהוצג לעיל, העמדה לפיה יש להחיל את חוק הגנת הצרכן גם על עוסקים זרים המכוונים את פעילותם לצרכנים הישראלים, בדומה למשיבה, מתאפשרת לאור לשון החוק ומגשימה את תכלית החוק להגן על צרכנים המצויים בעמדת נחיתות אל מול העוסקים והכל כפי שפורט בהרחבה לעיל.

69. ביחס לשתי התניות הנוספות – תניית בוררות והיעדר אפשרות להגיש תובענה ייצוגית תבקש היועצת המשפטית לממשלה להבהיר, כי תניות החוסמות את זכות הגישה לערכאות הן תניות מקפחות אף ביתר שאת. בתמצית יצוין כי סעיף 5(א) לחוק החוזים האחידים קבע כי: "תנאי בחוזה אחיד השולל או המגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות – בטל". ומכאן

שתניות שמחייבות את הלקוח לפנות לבוררות ובפרט מנגנון בוררות פנימי ושוללות את זכות הגישה לערכאות, הן בטלות לפי חוק החוזים האחידים (ראו לעניין זה: לוסטהויז ושפניץ חוזים אחידים בעמ' 416-417; עוד ראו והשוו: ת"צ (מרכז) 39292-04-13 קלינגהופר נ' **Paypal Pte. Ltd** פסקה 19 (נבו 31.5.2015). עם זאת, משהדיון לא מתמקד בתניות אלה דומה שאין צורך בשלב זה להרחיב לגביהן וככל שיהיה צורך תוסיף היועצת המשפטית לממשלה ותבהיר עמדתה גם ביחס לתניות אלה.

70. למען שלמות התמונה יצוין, כי ביום 22.2.2021, פרסם משרד המשפטים "טיוטת הסדר חוזי – קול קורא לבחינת הסדרת הדין החל על עסקאות צרכניות מול חברות בינלאומיות" (קישור ל"קול קורא" - <https://www.tazkirim.gov.il/s/law-item/a093Y00001VdwCkQAJ>).

 ב' 

קרון אביסרור, עו"ד יעל קלטניק, עו"ד

בפרקליטות מחוז מרכז - אזרחי