

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

תאריך החתימה: כ' באדר תשפ"א (4 במרץ 2021).

ת"צ 9139-05-18

לפני כבוד השופטת מיכל עמית – אניסמן

בבית המשפט המחוזי

בתל אביב-יפו

בעניין:

שי צביה

המבקש:

ע"י ב"כ עוה"ד אוהד רוזן ואח'
ממשרד קלעי, רוזן ושות', עורכי דין
מרח' קלישר 30, תל אביב 6525724
טל' 03-7943040; פקס' 03-7943065

- נ ג ד -

Agoda Company Pte. Ltd

המשיבה:

ע"י ב"כ עו"ד ד"ר אסף רנצלנר
ממשרד ש. הורוביץ, עורכי דין
מרח' אחד העם 31, תל אביב 6520204
טל' 03-5670700; פקס' 03-5660974

היועץ המשפטי לממשלה

ובעניין:

על ידי ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז תל-אביב (אזרחי)
מרחוב מנחם בגין 154 בית קרדן, תל-אביב 6492107, ת"ד 33051
טל' 073-3924888/29; פקס' 02-6468005 ממוחשב 02-6467863

דוא"ל: Shlomoc@justice.gov.il

בהמשך להודעתו בדבר התייצבותו להליך מכוח סמכותו לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], ובהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד מיום 4.6.2020, מיום 5.8.2020 ומיום 1.11.2020, מתכבד היועץ המשפטי לממשלה להגיש את עמדתו. עמדה זו גובשה בשיתוף עם הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן (להלן: "הרשות להגנת הצרכן" או "הרשות").

יובהר, כי ההדגשות בעמדה דנן אינן במקור אלא אם נכתב אחרת.

א. רקע עובדתי הדרוש לעניין

1. המשיבה היא חברה העוסקת בתחום שירותי נופש, ומפעילה אתר מרשתת שבו ניתן לבצע הזמנות של חדרי מלון בארץ ובחוץ לארץ (להלן: "האתר"). האתר שמפעילה המשיבה הוא בשפה העברית, המחירים בו מוצגים בש"ח והוא פונה לקהל הישראלי.
2. לטענת המבקש, המחיר שמוצג באתר הוא ללא מע"מ ובכך מפרה המשיבה הן את הוראות סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן" או "החוק"), הקובע איסור להטעות צרכן בכל עניין מהותי בעסקה לרבות במחיר, והן את סעיף 17 לחוק האוסר על נקיבת מחיר של מוצר או שירות שאינו המחיר הכולל.

3. עוד טוען המבקש, שהמשיבה מציגה מחיר ללא מע"מ במספר שלבים ובהם בפרסומים שמופיעים באתר "גוגל", בכניסה לאתר המשיבה עצמו, בכניסה לדף של מלון מסוים, בדף המאפשר בחירה של אפשרויות הזמנה שונות במחירים שונים אשר גם הם אינם כוללים מע"מ, וכן בשלב ההזמנה שבו נדרש הצרכן למלא את פרטיו. בכל השלבים הללו המחירים המפורסמים לצרכן, לטענת המבקש, הם ללא מע"מ.

4. הצרכן מקבל לראשונה מידע כלשהו על אודות קיומה של תוספת תשלום בגין מע"מ, בשלב שבו עליו לבחור האם לשלם בעת ביצוע ההזמנה או בעת ההגעה למלון. מיד לאחר בחירת מועד התשלום מוצג לצרכן דף ההזמנה שבו הוא נדרש למלא את פרטיו ולשלם עבור המלון, כשבצד העמוד מופיעה הערה באותיות קטנות המציינת כי צרכן ישראלי יידרש לשלם 17% מע"מ בעת ההגעה למלון בנוסח הבא:

"שימו לב: לידיעתכם אזרחי ישראל מחויבים בתשלום מע"מ בשיעור של 17% בהתאם לחוק. מס זה אינו כלול במחיר הסופי המוצג באתר זה. תוספת המס תיגבה במלון בעת ההגעה."

5. לאחר הזנת פרטי כרטיס האשראי, נשלחים לצרכן בדואר האלקטרוני שני מסמכים – האחד, אישור בדבר הזמנה, והשני, מסמך ובו מצוין כי צרכן ישראלי יידרש לשלם בבית המלון, מע"מ בגובה 17%.

6. לטענת המשיבה, סעיף 17ד לחוק אינו מאפשר פרסום ונקיבה במחיר כולל לכלל לקוחות בתי המלון, שכן המחיר הכולל לתייר והמחיר הכולל לצרכן ישראלי שונים, ומכאן שיש לאקונה בהוראת החוק, ולכן יש לפרש את התנהלותה ככזו שאינה עומדת בניגוד להוראות החוק.

7. עוד טוענת המשיבה, כי אם תפרסם באתר מחיר הכולל מע"מ, היא תטעה את התיירים מאחר שהמע"מ לתייר הוא מע"מ בשיעור אפס, ולכן תיירים יוכלו לתבוע אותה.

8. כמו כן טוענת המשיבה, כי לא נגרם כל נזק לחברי הקבוצה, כי אין למשיבה כל אחריות מאחר שהיא לא זו שגובה את המע"מ, וכי הדין שחל על המשיבה הוא הדין הסינגפורי ולפיו אין למבקש כל עילת תביעה.

ב. מסגרת נורמטיבית

1.1. תכליתו של חוק הגנת הצרכן¹

9. לבו של חוק הגנת הצרכן, מבוסס על שתי תובנות עיקריות: האחת – כי בין הצרכן לעוסק קיימים פערי כוחות, והשנייה – כי לצורך קיומם של יחסים הוגנים וסחר הוגן בין עוסק לצרכן נדרשות שקיפות וחובות גילוי מוגברות, וכן נדרשות הגנות נוספות לצרכנים (שהם הצד החלש) מעבר לאלו הקבועות בחקיקה הכללית.²

¹ עמדת היועץ המשפטי לממשלה לעניין תחולת הוראות חוק הגנת הצרכן על המשיבה בענייננו מפורטת בפרק ב.4. להלן.

² אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט 27 (2002).

10. הוראותיו של החוק **מחייבות גילוי ואוסרות הטעיה והשפעה לא הוגנת**.³ הוראות אלו נועדו להבטיח כי צרכן יוכל לקבל את מלוא המידע המהותי הנחוץ לו, טרם קבלת החלטה לרכישת הטובין או לקבלת השירות, וכי התנהלותו של העוסק מולו, לא תהיה כזו שמנצלת את פערי הכוחות הטבעיים לרעתו של הצרכן, והכל במטרה להבטיח כי עסקאות צרכניות יתבצעו על בסיס יחסים הוגנים המאפשרים לצרכן לקבל החלטה מושכלת וחופשית באשר לכריתת העסקה. יפים לעניין זה דברי בית המשפט העליון בדנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 11.8.2003):

"לחוק שהוא חלק מן החקיקה הצרכנית, תכליות רבות שליבתן היא הגנה על הצרכן מפני העוסק, בעל המעמד הכלכלי העדיף, וצמצום פערי הכוחות וחוסר השוויון בעמדות המיקוח של הצדדים. מטרתו להשליט אורחות התנהגות ראויות על המגזר העסקי ולקבוע כללי משחק הוגנים ביחסים שבין הצרכן לעוסק. הוא נועד לחזק את האוטונומיה האישית של הצרכן ואת זכותו לכבוד על-ידי הבטחת יכולתו לבחור בחירה מושכלת במוצר ובשירות על-ידי כך שיקבל את כל המידע האמיתי הרלוונטי ולמנוע ניצול לרעה של מעמדו החלש יותר של הצרכן."

ראו גם דברי בית המשפט העליון ברע"א 3429/13 ישי רז נ' גוליבר תיירות בע"מ (פורסם בנבו, 13.4.2014):

"אחת ממטרותיו המרכזיות של חוק הגנת הצרכן, החשובה לענייננו, היא מסירת מלוא המידע הנדרש לצרכן לצורך קבלת החלטה מושכלת המגשימה במלואה את עיקרון חופש ההתקשרות בחוזים (עניין תנובה, פסקה 25; עניין ברזני, בעמ' 398; ע"א 3613/97 אזוב נ' עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 801, 787 (2002)). במסגרת זו מנסה החוק באמצעות הסדרים שונים לגשר על פערי המידע המובנים הקיימים בין העוסק לבין הצרכן."

2.ב. סעיף 2(א) לחוק – הטעיה בפרט מהותי בעסקה

11. סעיף 2(א) לחוק קובע כהאי לישנא:

"לא יעשה עוסק דבר – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה – העלול להטעות צרכן בכל עניין מהותי בעסקה (להלן – הטעיה)."

יודגש, כי איסור זה חל בכל שלבי העסקה, החל מהשלב הטרם-חוזי, קרי, שלב השיווק.

12. סעיף זה קובע את אחד האיסורים המרכזיים והחשובים ביותר בחוק ומבטא את אחת מתכליותיו החשובות ביותר, כך כפי שנקבע בפסק הדין ע"א 3613/97 אזוב נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 10.2.2002):

"מטרתו של חוק הגנת הצרכן היא להגן על הצרכן מפני מעשה מרמה, עושק והטעיה ולהבטיח כי בעשותו עסקה יעמדו לרשות הצרכן מידע, מלא ככל האפשר, על טיב העסקה ועל פרטיה. ההנחה שעמדה בבסיסו של החוק

³ סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך א' 571 (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, 2001).

הייתה כי בהינתן מידע מלא והוגן, יוכל הצרכן לכלכל את דרכיו ולהתקשר בעסקה מטיבה ורצויה. לשם כך נכללה בחוק חובת גילוי רחבה, ונקבע בו איסור על עוסק לעשות מעשה או מחדל "העלול להטעות את הצרכן".

13. איסור ההטעיה חל על כל מעשה או מחדל העלול להטעות את הצרכן, קרי הטעיה לפי סעיף 2 לחוק אינה רק כאשר מתקיימת הטעיה בפועל.⁴ השימוש במילים "עלול להטעות" נועד להבהיר כי מעשה שיש בו משום חשש להטעות, מהווה הטעיה לפי סעיף זה. לעניין זה יפים דבריו של כבוד בית המשפט בבש"א (ת"א) 24655/06 דניאל פרחן נ' מולטילוק בע"מ (פורסם בנבו, 9.2.2009) (להלן: "פרשת מולטילוק"):

"אשר למהותה של ההטעיה על פי סעיף 2 לחוק, הבהירה כב' השופטת ט' שטרסברג-כהן ברע"א 2837/98 ארד נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת, פ"ד נד(1) 600, בעמ' 607:

"הטעיה היא הצהרה כוזבת. ההטעיה נוצרת כאשר קיים פער בין הדברים הנאמרים (או המוסתרים) לבין המציאות. הטעיה יכולה ללוש שתי צורות: האחת, הטעיה במעשה על דרך של מצג שוא הכולל פרטים שאינם תואמים את המציאות; והשניה, הטעיה במחדל, קרי: אי גילוי פרטים מקום שיש חובה לגלותם (ראו: ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שניה, תשנ"ה) 225; ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (תשנ"ג, כרך ב') 787).

הטעייה לפי סעיף 2 לחוק איננה עוולה תוצאתית, אלא עוולה התנהגותית: העוולה קיימת אם נעשה מעשה או מחדל "העלול להטעות", גם אם לא אירעה הטעייה בפועל, ולא נגרם כל נזק (דנ"א 5712/01 הנ"ל, פסקה 10 לפסק דינו של כב' השופט מ. חשין, ופסקה 7 לפסק דינה של כב' השופטת ט' שטרסברג-כהן).

14. איסור ההטעיה כפי שמוסדר בסעיף 2 לחוק, קובע רשימה (שאינה סגורה) של עניינים שיראו בהם עניינים מהותיים לגביהם חל איסור הטעיה וביניהם:

"(13) המחיר הרגיל או המקובל או המחיר שנדרש בעבר, לרבות תנאי האשראי ושיעור הריבית;"

3.ב. החובה לפרסם ולנקוב במחיר כולל

15. סעיף 17ד לחוק קובע כך:

"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."

16. סעיף 17א לחוק קובע:

"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-

⁴ ע"א 1977/97 ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 2.7.2001).

- (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.

17. לעניין חשיבות הצגת מחיר כולל, אחיד וברור, ראו דברי כבוד השופט נפתלי שילה בע"א (ת"א) 14597-07-18 הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן נ' בילי האוס בע"מ (פורסם בנבו, 10.6.2020) (להלן: "עניין בילי האוס"), כדלהלן:

"המונח 'המחיר הכולל' מוגדר [בסעיף 17א](#) לחוק כ'מחיר הכולל את סך כל התשלומים בעבור נכס או שירות...'. אכן, מטרתו העיקרית היתה למנוע מצב בו הקונה יופתע לרעה בקופה, כשיתברר לו שעליו לשלם תוספות נוספות על המחיר המצוין עליו. ברם, זו אינה המטרה היחידה. בנוסף למטרה זו, קיימת מטרה נוספת, והיא שהצרכן יידע מה בדיוק המחיר שעליו לשלם לאחר ההנחה. המחוקק רצה להבטיח שכל קונה יוכל לדעת בדיוק מה המחיר הסופי והוא לא יצטרך לערוך חישוב בעצמו. המטרה אינה רק למנוע 'הפתעה לרעה' בקופה, אלא גם לפשט ולהבהיר לקונה מה בדיוק המחיר לאחר ההנחה, מבלי שהוא יצטרך 'לפתוח מחשבון' ולהתחיל לחשב חישובים. באופן זה מתגשמת אחת ממטרות החוק 'להביא לידיעתו מידע מלא ככל האפשר על טיב העסקה שהוא עומד לעשות' (מתוך המבוא להצעת [חוק הגנת הצרכן](#), תש"ס-1980 (חוברת 1469, 16.7.80)). מגמת החוק היא להרחיב את חובת הצגת המחירים, לפשטה ולהיטיב עם הצרכן. הכוונה של המחוקק היא להועיל ולהגן על הצרכנים, תוך העמקת והרחבת החובה שהמחירים יגולו באופן ברור ואחיד. לכן, הגדרת הביטוי 'המחיר הכולל' כ – 'מחיר הכולל את סך כל התשלומים בעבור הנכס' צריך להיות מפורש כמחיר הסופי ולא המחיר לפני ההנחה. רק ציון המחיר לאחר הנחה, מביא לידיעת הצרכן את 'המידע המלא' אודות המחיר האמיתי שעליו לשלם עבור המוצר."

18. בעניין בילי האוס כאמור, נקבע כי רק ציון המחיר הסופי, לאחר הנחה, מביא לידיעת הצרכן את 'המידע המלא' על אודות המחיר האמיתי שעליו לשלם. לאור האמור, ברי שכאשר מדובר בתוספת למחיר אותה הצרכן יידרש לשלם עבור השירות שהוא רוכש (ללא אפשרות לוותר עליה, כפי הנסיבות בענייננו), יש לכלול אותה במחיר הסופי, עוד בשלבי שיווק העסקה, אחרת אין הצרכן מקבל מידע מלא על אודות המחיר האמיתי שעליו לשלם, בסופו של יום, עבור השירות, ויכולתו לקבל החלטה מושכלת עבורו נפגעת.

19. כמו כן, לעניין חשיבות הצגת המחיר הכולל ראוי להביא גם את דבריו של כבוד בית המשפט בת"פ (ראשל"צ) 3596/07 מדינת ישראל נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ (פורסם בנבו 8.9.2008):

"באשר למחיר המוצר: אין צורך להרבות מילים ולנתח ניתוחים צרכניים מלומדים, הדברים ברורים וניסיון החיים אומר לנו שמחירו של המוצר הוא שיקול כבד משקל כאמור לעיל, במכלול שיקולי הצרכן עת עומד הוא לרכוש מוצר. משום כך, קבע המחוקק שאין להעמיס על הצרכן, מטלות חשבונאיות וחשוביות כאלה ואחרות. בבוא הצרכן אל המוצר, ובהביטו אל המחיר הנקוב, ידע כי המחיר הנקוב הוא זה ולא אחר."

20. עוד נקבע לעניין חשיבות הצגת המחיר הכולל בת"צ 14-06-14247 בועז גדיש נ' מחסני מזון – חינוס פלוס בע"מ (פורסם בנבו, 6.12.2017), כדלהלן:

"תכלית חוק הגנת הצרכן היא יצירת פשטות וודאות ביצירת עסקאות ובכלל זה עסקה לרכישת מוצר. הוראת סעיף 17 לחוק הגנת הצרכן נועדה לאפשר לצרכן להשוות מחירים של מוצרים שונים בצורה מושכלת בהתבסס על מידע מלא ואחיד אודות מחירי המוצרים, על מנת להגיע להחלטה מיטבית איזה מוצר לרכוש, וזאת על פי המחיר המלא אותו יידרש הצרכן לשלם בבואו לקופה.

סעיף 17 לחוק הגנת הצרכן מטיל חובה על עוסקים כדוגמת המשיבה, להביא לידיעת הצרכנים את מחירו הכולל של המוצר מבלי לאלצם לערוך חישוב כלשהו או להשקיע מחשבה באשר למשמעות מילולית או אחרת של מונחים".

21. על אף החשיבות שראה המחוקק בחובה לפרסם ולנקוב במחיר כולל, ראה המחוקק לנכון לקבוע גם חריגים לחובה זה כמו לחובות האחרות המוסדרות בפרק ד' להוראות החוק. בהתאם נקבע בסעיף 17(א) לחוק בזו הלשון:

"הוראות פרק זה לא יחולו –

- (1) על נכס המיועד להימכר מחוץ לישראל, או על שירות המיועד להתבצע במלואו מחוץ לישראל; ...
- (2) על נכס או שירות המפורט בחלק א של התוספת הראשונה, ובתנאים הקבועים בה."

22. עם זאת, עניינו לא נכלל בפטורים מחובת הפרסום ונקיבת המחיר הכולל. למען הסר ספק ומעל לדרוש יפנה היועץ המשפטי לממשלה לפרט 1 בחלק א' של התוספת הראשונה לחוק הגנת הצרכן, ויובהר כי פטור זה אינו רלוונטי בעניינו. פרט 1 בחלק א' של התוספת הראשונה קובע כך:

"שירותי מלונאות בישראל המוצגים בבית מלון והניתנים לתייר, ובלבד שמחירים יוצג בהתאם לתקנות שקבע השר, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, בהתייעצות עם שר התיירות."

23. כעולה מהסעיף, הסדר זה של פטור ניתן לגבי שירות המוצע לתייר והמוצג בשטח בית המלון עצמו ובלבד שמחירו יוצג בהתאם לתקנות שקבע השר.

24. תקנה 2(א) לתקנות הגנת הצרכן (כללים בדבר הצגת מחיר של שירותי מלונאות לתייר), התשס"ב-2005 (להלן: "התקנות") קובעת בזו הלשון:

"בית מלון רשאי להציג בכל מקום שבו מוצג מחיר, מחיר לתייר הכולל לינה ושירותים נוספים אגב לינה, לאחר הפחתת המסים שתייר פטור מהם, במטבע חוץ, ובלבד שצוין במפורש ובאופן בולט לעין כי מחיר זה הוא לתייר בלבד."

25. התקנות מלמדות כי כוונת המחוקק בפטור זה, שעניינו הצגת מחיר של שירותי מלונאות לתייר בבית מלון ברורה – ניתן להציג מחיר ללא מע"מ לתייר בכל מקום שבו מוצג מחיר

בשטח בית מלון ובלבד שלצד הצגת המחיר לתייר קיימת **הבהרה באופן בולט לעין כי המחיר האמור הוא לתייר בלבד**.

26. מדובר אם כן במתן אפשרות להציג לצד "המחיר הכולל" המוצג לצרכן הישראלי, מחיר שממנו מופחת המס לתייר, ככל שמדובר בשירות שמתקיימים לגביו התנאים המפורטים בסעיף 30(א)(8) לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975 (להלן: "**חוק המע"מ**"), והכל בתנאים הקבועים בתקנות, שעיקרם הוא כי המחיר מוצג **בבית המלון וכי לצד המחיר לתייר ללא המע"מ יובהר כי המדובר במחיר לתייר בלבד**. כך למעשה מבטיחות התקנות כי לכל סוג של צרכן – ישראלי או תייר – מוצג המחיר הכולל הרלוונטי אליו.

27. קיומו של ההסדר כפי שנקבע בסעיף 17 לחוק, וכפי שנקבע בתקנות, מעיד באופן מובהק על כך שלא רק שהמחוקק נתן דעתו לאותם המקרים שבהם יש להחריג את החובה לפרסם ולנקוב במחיר של שירות כלשהו, אלא שבמסגרת בחינת הנושא נדרש המחוקק באופן ספציפי לסוגיית הצגת מחיר לשירותי תיירות לתייר, ובחר לקבוע כי פטור מהחובות הקבועות בפרק ד' יינתן רק לגבי מחיר של שירות **לתייר המוצג בבית מלון ובלבד שהצגתו נעשה בהתאם לתקנות שקבע השר**.

28. לאור האמור, טענת המשיבה לפיה קיימת לאקונה בסעיף 17 לחוק, אשר בשלה אין חובה לפרסם מחיר כולל אחד לצרכן הישראלי ולתייר ולכן יש להכיר באופן פרסום המחיר על ידי המשיבה – **אינה מתיישבת עם כוונת המחוקק שהובהרה בהסדר האמור באופן נהיר**.

29. ההסדר כפי שפורט כאן מעיד דווקא על הסדר שלילי ועל כוונתו הברורה של המחוקק. כוונת המחוקק כפי שמתקבלת מסעיפים 17 ו-17 לחוק אחת היא – עוסק חייב להציג את המחיר הכולל של המוצר או השירות, לרבות כל תוספת שהצרכן אינו יכול לוותר עליה במסגרת העסקה ובכלל זה כל מס או תשלום חובה אחר, **אלא בהתקיים אחד מהפטורים שנקבעו בחוק ובתקנות שמכוחו**.

בענייננו חל סעיף 17 לחוק, שהוא הסעיף העוסק בחובה לפרסם ולנקוב במחיר כולל. לא מדובר בענייננו בחובת הצגת מחיר ובוודאי לא כזה הנובע מסעיף 17 לחוק שעוסק בחובה להציג מחיר לגבי מוצר בלבד ולא לגבי שירות.

יוער לעניין זה, שכאשר המחוקק ביקש לקבוע חובה להציג מחיר של שירות הוא התנה זאת בקביעת תקנות מכוח סעיף 17 לחוק. תקנות הגנת הצרכן (הצגת מחירי שירותים), התשע"ב-2012 קובעות חובה להציג מחיר של השירותים המנויים בהן **בלבד** – מספרות, מכבסות, בתי אוכל ובתי עינוג). מכאן, **ברי שהמינוח הצגת מחיר של שירות מכוון להצגת המחיר בבית העסק עצמו**.

ככל שעסקינן במחיר של שירות שאינו מוסדר בתקנות כאמור, המינוח המתאים הוא פרסום מחיר, ועל כן יחול סעיף 17 לחוק. מכאן שחובה **לפרסם** מחיר כולל (ולא חובה להציג מחיר כולל) וכמו כן, ברי שסעיף 17 לחוק ופרט 1 לתוספת הראשונה אינם חלים כלל על המשיבה ואינם רלוונטיים.

30. עוד יובהר, כי מצירוף העובדות – פניית האתר לצרכן בשפה העברית, תמחור בש"ח ושירות שניתן בבתי מלון בישראל עולה, שבראש ובראשונה מטרתו העיקרית של האתר היא לפנות

לקהל הצרכנים הישראלי ולא לתייר חוץ שאינו חב במע"מ בהתקיים התנאים המפורטים בסעיף 30(א)(8) לחוק המע"מ, כאמור. לכל היותר היה מקום לציון הערה לטובת התיירים.

גם אם היועץ המשפטי לממשלה היה סבור כי פרט 1 לתוספת הראשונה חל על המשיבה (וכאמור היועץ המשפטי לממשלה אינו סבור כך), הרי שהמשיבה אינה עומדת באותם כללים שעה שהיא מפרסמת אד ורק מחיר שאינו כולל מע"מ ואינה מציינת שמדובר במחיר לתייר חוץ בלבד.

31. עוד יצוין בהקשר זה, כי המקור החוקי לחובת הצגת מחיר כולל בבתי מלון מצוי בכלל בסעיף 5 לחוק שירותי תיירות, התשל"ו-1976. בין היתר, מכוח חוק זה גם הותקנו תקנות שירותי תיירות (בתי מלון), התשע"ג-2013 (להלן: **"תקנות שירותי תיירות"**).

32. תקנה 19 לתקנות שירותי תיירות קובעת בזו הלשון:

"(א) בעל בית מלון יפרסם ויצג באופן הנראה לעין ובספרות ברורות וקריאות

—

(1) את מחיר השירות הניתן בו, כשהוא כולל כל מס, אגרה ותשלום חובה, וכל תשלום אחר הנלווה לשירות ושהצרכן אינו יכול לוותר עליו (להלן – מחיר כולל), ואת המחיר לתייר חוץ לאחר הפחתת המסים שהתייר פטור מהם, בציון מפורש ובולט לעין כי מחיר זה הוא לתייר חוץ בלבד, בכל מקום שבו הוא מציגם;"

33. תקנות אלו החליפו תקנות קודמות שאף הן קבעו חובה להציג מחיר בבית מלון (ראו תקנה 4 לתקנות שירותי תיירות (בתי מלון), התשס"א-2001 אשר בוטלו לאור התקנת התקנות משנת 2013).

34. עולה גם מהאמור שהמחוקק נתן דעתו לאותם המקרים בהם המחיר יופיע בניכוי מס וגם כאן קבע רשות לעשות כן בבית מלון עצמו, תוך הבהרה שהמחיר המוצג הוא לתייר בלבד, זאת בניגוד לעסקאות שמתבצעות באתר במכר מרחוק.

35. לגבי עסקאות במכר מרחוק קבע המחוקק חובות מוגברות מצד העוסק ובכלל זה חובות גילוי מוגברות ותנאי ביטול רחבים וגמישים יותר, והכל מתוך הבנה כי בעסקאות מסוג זה פערי המידע הולכים ומעמיקים ובהתאם נדרשות הגנות משמעותיות יותר על הזכות הצרכנית. לעניין זה יפים דבריו של בית המשפט בע"ש 7053/99 כ.י.ד. ערוץ הקניות בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 7.8.2001), כדלהלן:

"הקושי הכרוך בסוג זה של התקשרות הוא שהצופה בערוץ מקבל פרטים בסיסיים על המוצר – תיאורו, מחירו, דמי המשלוח ומספר הטלפון של המבקשת. אולם בעת ההזמנה הצופה-הקונה איננו רואה את המוצר הנרכש, והוא אינו יכול לעמוד בדרך של בחינה בלתי אמצעית על טיבו של המוצר ותכונותיו, כפי שהוא יכול לעשות בעסקת מכר רגילה הנרקמת בחנות. הקונה איננו רואה בשלב זה גם את הסכם המכר והוא אינו מודע לתנאיו, למעט אלה שהופיעו על גבי המרקע. בנסיבות אלה נדרשת זהירות יתרה בבואנו לאשר את נוסח החוזה האחיד הנוגע לעסקה זו."

36. חובת גילוי מחיר הנכס או השירות בענייננו קבועה בסעיף 14(א)(3) לחוק:

14ג. (א) בשיווק מרחוק חייב העוסק לגלות לצרכן פרטים אלה לפחות:

(1) [...]

(3) מחיר הנכס או השירות ותנאי התשלום האפשריים;

37. בהמשך, סעיף 14ג(ו) לחוק מגדיר את המונחים הבאים כך:

"מחיר הנכס" – מחירו הכולל של הנכס או של השירות, לרבות דמי ההובלה

וכן כל תוספת או הוצאה אחרות שיחולו על הצרכן;

"עסקת מכר מרחוק" – התקשרות בעסקה של מכר נכס או של מתן שירות,

כאשר ההתקשרות נעשית בעקבות שיווק מרחוק, ללא נוכחות משותפת של

הצדדים לעסקה;

"שיווק מרחוק" – פניה של עוסק לצרכן באמצעות דואר, טלפון, רדיו,

טלוויזיה, תקשורת אלקטרונית מכל סוג שהוא, פקסימיליה, פרסום קטלוגים

או מודעות, או באמצעי כיוצא באלה, במטרה להתקשר בעסקה שלא בנוכחות

משותפת של הצדדים, אלא באחד האמצעים האמורים."

38. לאור האמור, מאחר שעסקה למכירת שירותי תיירות המתבצעת בעקבות פניה לצרכן

באמצעות המרשתת (ולעניין זה, קיומו של אתר במרשתת – מהווה פניה לצרכן) היא עסקת

מכר מרחוק, חלה חובה לפרסם ולנקוב את מחירו הכולל של הנכס או השירות כבר בשלב

השיווק מרחוק.

39. בשולי הדברים יובהר, כי ניסיון המשיבה ללמד על אופן פרסום המחיר באמצעות סעיף

30(א)(8)(א) לחוק מע"מ, שגוי מיסודו. ויובהר – סעיף זה קובע שעל "לינה של תייר בבית

מלון ושירותים נוספים שקבע שר האוצר, באישור ועדת הכספים של הכנסת, הניתנים אגב

לינה כאמור" – יוטל מע"מ בשיעור אפס.

עם זאת, חוק מס ערך מוסף אינו קובע דבר וחצי דבר לעניין אופן פרסום ונקיבה במחיר ואין

זו מהותו ותכליתו. לעניין זה חלות הוראות חוק הגנת הצרכן והתקנות שמכוחו וכן תקנות

שירותי תיירות כפי שפורטו כאן בהרחבה.

4.ב. שאלת ברירת הדין ומקום השיפוט

40. בסעיפים 55-67 לבקשה לאישור ניהול התובענה כייצוגית (להלן: "בקשת האישור") טוען

המבקש, כי תנאי השימוש המוצגים לצרכן כוללים תנייה לגבי ברירת הדין וכן לגבי מקום

השיפוט. לטענת המבקש מדובר בתנאי מקפח בחוזה אחיד שיש לבטלו בהתאם להוראות

סעיף 3 ולהוראת סעיף 5 לחוק החוזים האחדים, התשמ"ג-1982 (להלן: "חוק החוזים

האחדים").

41. התנאי הרלוונטי מובא במסמך "תנאי השימוש" כך:

"תנאי השימוש ומתן השירותים של קבוצת החברות של אגודה יהיו כפופים ויפורשו בהתאם לחוקי סינגפור, ללא התייחסות לכללי מתקל הדינים של סינגפור, וכל מחלוקת הנובעת מתנאי שימוש והשירותים של קבוצת החברות של אגודה תוגש באופן בלעדי לבתי המשפט המוסמכים בסינגפור. החוזים (זכויות של צדדים שלישיים) חוק 2001 (Cap,53b) מוחרג באופן מפורש ולא יחול על תנאי השימוש".

42. בסעיפים 113-127 לתשובת המשיבה לבקשת האישור טוענת המשיבה, כי הדין שצריך לחול על העסקאות שבוצעו באמצעות האתר הוא הדין הסינגפורי. המשיבה טוענת, כי החלת הדין הישראלי על כל אתר שניתן לצפות בו בישראל מרחיקת לכת וכי אין טעם לחייב את המשיבה להתאים את האתר לדין של כל מדינה בה הוא מופעל וכי נכון יותר לקבוע דין אחד שיחול על פעילות האתר ללא קשר למדינה בה הוא מופעל.

לבסוף טוענת המשיבה, כי רשויות המדינות השונות אינן מפעילות אכיפה על אתרים זרים וכי אף עמדת הרשות היא שהוראות חוק הגנת הצרכן חלות על עסקאות שבוצעו באתרים ישראלים בלבד ועם עוסקים ישראלים בלבד.

ב.4.א. עמדת היועץ המשפטי לממשלה לעניין ברירת הדין

43. חוק החוזים האחידים קובע 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).

היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי מסמך "תנאי השימוש" בין המשיבה לבין לקוחותיה, המופיע באתר המרשתת של המשיבה (סומנו נספח 10 לבקשת האישור), הוא בבחינת "חוזה אחיד" העונה על ההגדרה הקבועה בחוק החוזים האחידים. נוסח מסמך זה הוא נוסח סטנדרטי שנועד לשימוש במספר רב של מקרים, ואינו נוסח שהוכן במיוחד להתקשרות שבין המבקש למשיבה כתוצר של משא ומתן מאוזן בין הצדדים. רוצה לומר, אותם תנאי שימוש נקבעו על ידי המשיבה מראש, במטרה לעשות בהם שימוש בהסכמים רבים בין המשיבה לבין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם.

44. חוק החוזים האחידים מבקש לאזן בין הצדדים לחוזה האחיד, הספק והלקוח, ולהגשים את תכלית החוק שהיא **"להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים"** (סעיף 1 לחוק החוזים האחידים).

נקודת המוצא של החוק היא פערי הכוחות הקיימים בין הספק לבין הלקוח, המתבטאים במשאבים הכלכליים, המשפטיים והמקצועיים העומדים לרשות הספק בלבד, המאפשרים 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 15-18 **חוזים אחידים** (1994); גבריאלה שלו **דיני חוזים – החלק הכללי** 52 (התשס"ה); הצעת חוק החוזים האחידים, ה"ח תשכ"ב בעמ' 312, וה"ח התשמ"ב בעמ' 28).

45. על מנת להתמודד עם מורכבות זו, לאזן את אותם פערי הכוחות בין הצדדים ולהקל על לקוחות הטוענים לקיומן של תניות מקפחות, קובע סעיף 3 לחוק החוזים האחידים כך:

**"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".**

46. מושג הקיפוח ומשמעותו של יתרון בלתי הוגן נבחנו בפסקי דין רבים. כפי שעולה מהפסיקה, קיפוח נבחן בשלב כריתת החוזה, מנקודת מבטו של לקוח אינדיבידואלי ואנונימי. השאלה המרכזית בבחינת יתרון בלתי הוגן היא האם, בראייה רטרואקטיבית, התנייה מעניקה לספק הגנה יתרה על האינטרסים שלו (וראו ע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2), פס' 14 לפסק דינו של כבוד הנשיא ברק (1992)).

47. חשיבות הטיפול בפערי הכוחות המתוארים מתעצמת לאור היקף ההתקשרויות המבוצעות כיום בין לקוחות לבין תאגידים זרים, 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.

48. בתוך כך, יודגש כי תניית ברירת דין אינה ככל התניות והיא מוסיפה קושי ייחודי. כאשר לקוח, שאינו בעל מומחיות או משאבים מיוחדים, ניצב בפני כריתת חוזה עם תאגיד זר הכולל תניית ברירת דין, ודאי שהוא אינו יכול להבין מה משמעותה של אותה תנייה והאם היא תמנע ממנו בעתיד מלהעלות טענות מסוימות לפני בית המשפט במקרה שיתעורר סכסוך משפטי, ככל שאכן קיימת מניעת כאמור. 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 עלויות גבוהות אשר יושתו על הלקוח. לפיכך, ודאי שאין זה סביר ומעשי לצפות מהלקוח לבדוק מראש את הדין הזר אליו מפנה התנייה שבתנאי השימוש טרם הסכמתו אליהם, ולהבין את המשמעות ואת הסיכונים 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); גבראלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 33 (2019)).

49. לכך יש להוסיף, כי מדובר בחוזה אחיד שממילא אין ללקוח אפשרות לשנות את התניות שבו ואם הלקוח מעוניין להתקשר עם העוסק, אין לו ברירה אלא להסכים לתנייה שכאמור אינה מובנת לו, על השלכותיה.

50. את שאלת פערי הכוחות שבין הצדדים לחוזה האחיד יש לבחון במועד כריתתו של החוזה ולא במועד הגשת התביעה, בשים לב לכך שהצרכן הישראלי הבודד עומד מול חברה עסקית גדולה ומתוחכמת הפועלת במספר רב של מדינות. על כן, אין בכוח העובדה שהתביעה הוגשה לבסוף כתובענה ייצוגית ולא כתביעה אישית כדי לשנות מן השאלה האם קיימים פערי כוחות בין

הצדדים.⁵ 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.

51. ההכרה המשפטית בתועלת שיש בחוזה אחיד על אף האתגר שהיא מציבה בפני דוקטרינת "חופש החוזים" ידועה, ומכאן נוהגים, ככלל, לכבד חוזים כאלה ככל שהם הולמים את תנאי החקיקה. בארץ חלות לעניין זה חובות איסור התנאה על הוראות שהדין קובע שלא ניתן להתנות עליהן, הוראות שמקפחות או שמעניקות יתרון בלתי הוגן, והוראות הנוגדות את תקנת הציבור וחובת תום הלב. היעילות מצדו של הלקוח מחייבת שהוא יוכל להבין את החוזה שאותו הוא כרת, שהחוזה יכלול את כל ההוראות הנוגעות ליחסים החוזיים, ולמצער שהחוזה יפנה לדין הישראלי ולא לדין זר שכדי לגשת אליו הוא נדרש לנקוט אמצעים לא סבירים ובטח לא יעילים מבחינתו. שאיבת הוראות הדין הזר לתנאי החוזה, כלומר הכללת תניית ברירת דין במסגרת תנאי החוזה, ובפרט במסגרת חוזה בין צרכן לחברה גלובלית, כך שתנאי החוזה כוללים את אותן הוראות כאילו נכתבו בו באופן מפורט וברור, מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד.

52. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, תניית ברירת דין בחוזה אחיד עשויה להקנות לספק, מנסח התנייה, אשר בחר כמובן במערכת דינים מסוימת שלרוב מוכרת ונוחה לו, יתרון בלתי הוגן על הלקוח בניהול ההליך המשפטי כולו.

מחד גיסא, העוסק מתיר לעצמו להתקשר עם תושביה של מדינה זרה ואף מכוון את פעילותו לאותם תושבים, אך מאידך הוא מסרב לקבל על עצמו את הדין המקומי הנוגע למחלוקת המשפטית העלולה להתעורר בעניין ההתקשרות עם הצרכן [והשווה ת"צ (מחוזי מרכז) 18509-15-06 **יותם בן דוד נ' 012 סמייל טלקום בע"מ** (פורסם בנבו 10.4.2019), סעיפים 18-20 לפסק דינה של כבוד השופטת בן-ארי].

הלקוח, שאינו יכול כלל להבין את משמעות התנאי ולשקול אותו 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 ואף כופה על עצמו עלויות נוספות כתוצאה מניהול ההליכים בהתאם לדין הזר. כל זאת, בשל פערי הכוחות המשמעותיים בין הצדדים. לפיכך, תנאי זה עולה כדי תנאי מקפח בהתאם לסעיף 3 לחוק החוזים האחידים.

53. 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. 17, 2017), p. 4). בתוך כך, אלו דרשו לשנות את נוסחן של תניות ברירת הדין המופיעות בהסכמים באופן הבא:

⁵ ודוק, אומנם ברע"א 5860/16 **Facebook Ink נ אוהד בן חמו** (פורסם בנבו, 31.5.2018) כבוד הנשיאה א' חיות ציינה בפסקאות 25-26 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.

"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."

54. עמדת היועץ המשפטי לממשלה, בנסיבות המקרה דנן, היא שתניית ברירת הדין המופיעה בתנאי השימוש שבין המשיבה לבין המבקש מפנה לדין שאינו נגיש וברור, והיא מטעה את משתמשי המשיבה להניח כי אין להם זכויות לפי הדין המקומי. בכך, ניתן לראות חיזוק נוסף לעמדה כי יש לראות בתנייה כמקפחת כשלעצמה, מבלי להידרש לבחינת הדין החל.

55. החלטה ברע"א 5860/16 Facebook Ink נ אוהד בן חמו (פורסם בנבו, 31.5.2018) (להלן: "פרשת בן חמו"), לפיה החלת הדין הקליפורני אינה מהווה תנייה מקפחת ניתנה לגבי הנסיבות הפרטניות בפרשת בן חמו ולגבי הדין הקליפורני באופן ספציפי, כפי שיפורט להלן. לעניין זה ראו דברי כבוד הנשיאה השופטת אסתר חיות בסעיף 43 שם נקבע כך:

"שיטת המשפט בקליפורניה היא בעלת מאפיינים דומים לשיטת המשפט בישראל ונחשבת לאחת המתקדמות בעולם בתחום התובענות הייצוגיות. התקדימים והחוקים במדינה זו הם בשפה האנגלית המובנת לרבים מתושבי ישראל והם נגישים באמצעות האינטרנט. בנסיבות אלו, ניתן להניח כי אדם המבקש לנהל תובענה ייצוגית על סך 400 מיליון דולר, לא יירתע מתניה בחוזה אחיד הקובעת שתביעה זו תוכרע על פי דיני מדינת קליפורניה. זאת, להבדיל ממקרים דוגמת זה שנדון בעניין קלינגהופר שם קבע החוזה האחיד כי על התביעה להיות מוכרעת על פי דיני סינגפור.

בנוסף על כך, מקובלת עלי טענתה של פייסבוק אירלנד כי תניית ברירת הדין באה להגן על אינטרס עסקי לגיטימי וכי יכולתה לכלכל את צעדיה בצורה מושכלת תלויה בכך שתהיה כפופה למערכת דינים אחת, בייחוד בהינתן ההיקף האדיר של המשתמשים בפייסבוק הפרושים בכל רחבי הגלובוס.

בנסיבות אלו, באיזון שבין האינטרס של משתמשים ישראלים בפייסבוק שתובענות ייצוגיות נגד פייסבוק אירלנד יוכרעו על פי דיני מדינת ישראל ובין האינטרס של פייסבוק אירלנד לתכנן את צעדיה באופן שלא יחשוף אותה לתובענות ייצוגיות לתשלום פיצויים בסכומי עתק על פי דין אחד ולא על פי אין ספור דינים, נראה לי כי יש להעדיף את האינטרס של פייסבוק אירלנד וכי אין בתניית ברירת הדין משום הגנת יתר על אינטרס זה." (ההדגשה אינה במקור – הח"מ).

56. החלטה זו מבוססת למעשה על האיזון שבין האינטרס של המשתמש הישראלי שהתובענה תוכרע לפי הדין הישראלי ובין האינטרס של המשיבה, שתובענות ייצוגיות בעניינה ידונו לפי דין אחד.

57. מפסיקתה של כבוד הנשיאה השופטת אסתר חיות עולה כי עובדות אלו יש בהן כדי ללמד שתניית ברירת הדין בפרשת בן חמו איננה מרתיעה את הצרכן מפני נקיטה בהליך משפטי ולכן איננה תנייה מקפחת. יחד עם זאת, כפי שכבר הוזכר לעיל, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי יש לבחון את הקיפוח בשלב כריתת החוזה ולא בשלב בו מוגשת התביעה, ולכן העובדה כי טענת הקיפוח התעוררה במסגרת תובענה ייצוגית אין בה כדי להפחית מעוצמת הקיפוח שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה בעת כריתת החוזה עם הספק.

58. בת"צ (מרכז) 39292-04-13 רז קלינגהופר נ' Pay Pal Pte Ltd (פורסם בנבו, 31.5.2015) (להלן: "פרשת קלינגהופר"), קבע כבוד השופט פרופ' עופר גרוסקופף כך:

"... בנסיבות המקרה, אינני סבור כי די בעצם היותה של המשיבה חברה סינגפורית, אף אם מצרפים אותה לעובדה שהתניה קבועה בצורה ברורה בהסכם המשתמש, כדי להפוך את ההוראה להוגנת כלפי ציבור לקוחותיה הגדול של פייפאל בישראל (והשוו גם שמואל בכר וטל ז'רסקי "על הסדרה ראווה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן", מחקרי משפט כה 431, 448, 467 – 468 (תש"ע)).

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 הישראליים, שמרביתם הם עוסקים זעירים או צרכנים, להתדיין בבתי המשפט בישראל על פי הדין הישראלי. לכך בוודאי לא ניתן להסכים.

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

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."

59. למעלה מן הצורך וגם אם לא היה מדובר בחוזה אחיד, ראוי להדגיש את כללי ברירת הדין בדיני החוזים הכלליים. בבג"ץ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים (פורסם בנבו, 10.10.2007) פסקה 18 קבע המשנה לנשיאה (בדימוס), כבוד השופט אליעזר ריבלין כך:

"כללו של דבר, המבחן המקובל לברירת הדין בדיני חוזים הוא מבחן הסכמת הצדדים, ובהיעדרה – מבחן "מירב הזיקות"."

60. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי בהתאם למבחנים המקובלים (מבחן מירב הזיקות, מבחן הצפיות והסבירות ומבחן השיקולים הציבוריים) אלמלא תניית ברירת דין, הדין שהיה חל על ענייננו הוא הדין הישראלי לפני בית משפט בישראל:

א. מבחן מירב הזיקות – מבחן זה מבקש לעשות שימוש בנתונים אודות קהל היעד, השפה אליה פונה העוסק לאותו קהל, כמות המשתמשים באתר שבאמצעותו מבקש העוסק לפנות לקהל, מקום מגוריהם של הצדדים להליך, התאמות שמבצע העוסק לאותו קהל יעד ובכלל זה פרסומים, תרגום של מסמכי האתר, שימוש במידע שהצרכנים מזינים באתר לרבות שליחת פרסומים הרלוונטיים לתחומי העניין של הצרכנים, וכיוצא בזה, והכל במטרה לקבוע למי מבין הפורומים האפשריים יש קשר הדוק יותר לבעלי הדין ולעניין נושא המחלוקת [נע"א 9725/04 **אשבורן חברה לסוכנויות ומסחר בע"מ נ' CAE Electroics Ltd** (פורסם בנבו, 4.9.2007), פסקה 17]. מבחן זה מצביע בבירור על כך שמירב הזיקות נוטות להחלת הדין הישראלי.

ב. מבחן הציפיות הסבירות של הצדדים – לגביו נקבע ברע"א 2737/08 **אורי ארבל נ' TUI AG** (פורסם בנבו, 29.1.2009) (להלן: "**עניין ארבל**"), כי "**ככל שהיקף הסחר בין גופים בינלאומיים לבין עצמם ובינם לבין פרטים במדינות שונות גדל, הציפייה הסבירה של אותם גופים היא כי הם עלולים להיתבע באחת מן מהמדינות בה הם פועלים. גוף מסחרי אשר פועל מול גורמים שונים בעולם לוקח במסגרת שיקולי הכדאיות הכלכליים לפעילותו במדינה פלונית את הסיכון כי ייתבע בה לדין. הדברים נכונים הן באשר לחברות בינלאומיות הפועלות בישראל והן באשר לחברות ישראליות הפועלות בחו"ל**". גם יישומו של מבחן זה מוליכנו להחלת הדין הישראלי.

ג. מבחן השיקולים הציבוריים – יישומו של מבחן זה מוביל אף הוא לכך שהפורום הישראלי הוא הפורום שיש לו עניין אמיתי לדון בתובענה, כיוון שמדובר בישראלים שנפגעו לכאורה מפעילות של תאגיד בינלאומי הפועל בשוק הישראלי באמצעות האינטרנט וקיים שיקול ציבורי לאפשר להם להתדיין בישראל. מסקנה אחרת תפגע קשות בצרכן הישראלי.

ראו לעניין זה גם ת"צ (מחוזי ת"א) 19529-06-14 **דוד חוטה נ' Booking.com.B.V.** (פורסם בנבו, 19.7.2015), שם צוין כי: "**... במצב דברים זה, חיוב לקוחות בוקינג, כמו לקוחות פייפאל, הישראלים להתדיין בבית משפט בהולנד ועל פי הדין ההולנדי, היא באופן מובהק הוראה שכל תכליתה לחסום את דרכם של דרכם של הלקוחות לממש את זכויותיהם...**", ובהמשך "**לכך יש להוסיף כי שיקולי מדיניות ושיקולי ציפיות סבירים של הצדדים מצביעים על כך שחברה בינלאומית המנהלת**

את עסקיה באמצעות האינטרנט תבוא להתדיין במקום שבו נמצאים לקוחותיה ולא להיפך".

61. בשולי הדברים יתייחס היועץ המשפטי לממשלה לטענה שהעלתה המשיבה בסעיף 124 לתגובתה בו צוין, כי עמדת הרשות להגנת הצרכן היא כי הוראות חוק הגנת הצרכן חלות על עסקאות שבוצעו באתרים ישראלים בלבד ודרך חברות ישראליות בלבד.

62. בעניין זה יובהר, כי הכיתוב האמור הופיע באתר המרשתת של הרשות להגנת הצרכן באופן זמני, ובשים לב למדיניות האכיפה לשעתה וההתפתחות הטכנולוגית בעניין. עם התגבשות פסיקה בנושא, לפיה מקום מושב העוסק ומיקומו של השרת אינם המבחנים העיקריים להכרעה בשאלת מקום השיפוט – תוקן המידע לעניין זה באתר.

ב.4.ב. עמדת היועץ המשפטי לממשלה לעניין תחולת הוראות חוק הגנת הצרכן על המשיבה

63. חוק הגנת הצרכן, מבוסס על שתי הנחות עיקריות. האחת – כי בין הצרכן לעוסק קיימים פערי כוחות ופערי מידע, והשנייה – כי לצורך קיומם של יחסים הוגנים בין עוסק לצרכן נדרשים שקיפות וגילוי מוגבר על מנת שניתן יהיה, ככל הניתן, לצמצם את פערי הכוחות ולהנגיש לצרכן את המידע המהותי הנחוץ לו על מנת לקבל החלטה מושכלת לגבי העסקה.

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.

64. התפתחות הסחר המקוון הגלובלי מחייבת 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.

65. 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.

66. בעסקאות מקוונות ובעסקאות חוצות גבולות בפרט, הצרכן כורת עסקה עם עוסק שהוא וירטואלי. הוא אינו רואה מקרוב את המוצר שנמכר ויכולתו לשאול שאלות לגביו היא מוגבלת. גם אם הוא יכול למצוא מידע ברשת על המוצר, לעיתים הדבר יוביל לעודף מידע שבחלקו הוא לא בהכרח מהימן. לכך מתווספת העובדה שהחווה עם העוסק הוא חווה אחיד שיכולת ההשפעה של הצרכן על תנאיו אינה קיימת, אין לו יכולת לקבל הבהרות לגבי תנאיו ומשמעות הדבר תוארה לעיל.

67. לאור כל אלו, ראוי להתאים את הפרשנות הניתנת לחוק הגנת הצרכן ולהחיל אותו, במקרים המתאימים, גם על עוסקים שמאוגדים בחוץ לארץ אך פועלים בתוך ישראל על מנת להשיג את תכליות החוק ותוך שמירה על איזון והגנות גם כלפי העוסקים. יובהר, כי גם מבחינה לשונית, ברי כי חוק הגנת הצרכן חל 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.

68. בתשובה לבקשת האישור טוענת המשיבה כי להוראות הדין הישראלי בכלל, ולחוק הגנת הצרכן ובפרט, אין תחולה חוץ-טריטוריאלית, ומשכך אין לחוק תחולה על החוזה בין החברה לבין הצרכן הישראלי (סעיפים 123-128 לכתב התשובה).

69. המשיבה היא חברה שמכוונת את פעילותה לצרכנים הישראליים, ולפיכך סבור היועץ המשפטי לממשלה כי במקרה דנן אין לראות את החלת חוק הגנת הצרכן על המשיבה כהחלה חוץ-טריטוריאלית, כפי שהמשיבה מנסה לטעון. המשיבה מנהלת פלטפורמה מקוונת עבור צרכנים הישראליים, נהנית מרווחים מהשוק הישראלי, היא משווקת בתי מלון ישראליים, הצרכנים כורתים את ההסכם בהיותם בישראל. כל אלו, מהוות אינדיקציות לכך שפעילות המשיבה בכל הנוגע לצרכנים הישראליים היא בעיקר בישראל ולמעשה היא פועלת ככל עוסק ישראלי. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, מכלול המאפיינים המתוארים מצדיק 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 והימצאותם של השרתים בחוץ לארץ לא פוטרת אותה מתחולת החוק הישראלי. זאת גם הציפייה של הצרכן הישראלי, כאשר הוא נכנס לאתר בשפה העברית שבו אף מוצגים המחירים בעברית ממש כמו כל אתר אחר של עוסק ישראלי. על כן, התשובה לשאלה של החברה כמכוונת את פעילותה לישראל היא חיובית. ובהתאם, אין צורך להכריע בסוגיה הכללית של היקף תחולת חוק הגנת הצרכן מחוץ לשטח ישראל, כפי שמנסה המשיבה לטעון.

70. וממה נפשך, 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 אמסטרדם ו-162 ואח' נ' שר-האוצר (פורסם בנבו, 11.9.1952) (להלן: "פרשת אמסטרדם"), התווה בית המשפט העליון את הכללים לקביעת היקף התחולה של הדין הישראלי, גם בהעדר הוראה מפורשת בדין לגבי כך, על גורמים זרים.

71. 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.

72. 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 ומגשימה את תכלית החוק להגן על צרכנים המצויים בעמדת נחיתות אל מול העוסקים והכל כפי שפורט בהרחבה לעיל.

73. לטענת המשיבה (בסעיף 126 לתגובתה לבקשת האישור) "...המחוקק מבקש להתאים את הדין הישראלי לדין הזר ולא מצפה הן מהאתרים הישראליים והן מהאתרים הזרים לפעול בהתאם לדין הישראלי".

74. את הטענה הזו מבקשת המשיבה לסמוך על תיקון 58 לחוק הגנת הצרכן. במסגרת תיקון 58 לחוק התווסף לחוק סעיף 14ג הקובע הוראות מיוחדות לעניין ביטול עסקת מכר מרחוק למתן שירותי תיירות מחוץ לישראל ובכלל זה קובע כי :

"(א) על אף האמור בסעיפים 14(ג) ו-14(ה), עוסק המציע לצרכן להתקשר בעסקת מכר מרחוק למתן שירותי תיירות הניתנים במלואם מחוץ לישראל באמצעות נותן שירות מחוץ לישראל, רשאי להציע לצרכן, לגבי אותו שירות

שהוצע, לבחור בין החלופות שלהלן, בכפוף להוראות סעיפים קטנים (ב) ו- (ג):

- (1) זכות ביטול לפי הוראות סעיפים 14ג(ג) ו-14ה (בסעיף זה – זכות ביטול);
- (2) מדיניות הביטול של נותן השירות מחוץ לישראל (בסעיף זה – מדיניות ביטול).

(ב) לא יציע עוסק לצרכן עסקה הכוללת מדיניות ביטול, אלא אם כן מסר לצרכן בעת השיווק מרחוק וטרם ההתקשרות מידע בדבר מדיניות הביטול בעסקאות מהסוג המוצע, ובכלל זה אם היא כוללת זכות לבטל את העסקה; כללה מדיניות הביטול זכות כאמור, יכלול המידע גם את מועדי הביטול, ואם ישנם – את דמי הביטול והאפשרות לקבל החזר כספי; עוסק ימסור לצרכן פרטים כאמור גם במסמך לפי סעיף 14ג(ב).

(ג) פרסם עוסק באתר האינטרנט שלו עסקאות שיש לגביהן זכות ביטול ומדיניות ביטול, יפרסם גם מידע בדבר מדיניות הביטול, ובכלל זה את הפרטים כאמור בסעיף קטן (ב)..."

75. תיקון זה נועד להתמודד עם הקושי של עוסקים ישראלים המציעים לצרכן הישראלי שירותי תיירות שניתנים במלואם מחוץ לישראל. לעניין זה יפנה היועץ המשפטי לממשלה לדברי ההסבר לתיקון שם צוין כך:

"בעסקאות למתן שירותי תיירות, הנעשות לא אחת באינטרנט, מציעים עוסקים בישראל – סוכני נסיעות וחברות תעופה ישראליות – גם שירותים הניתנים במלואם מחוץ לישראל, כגון לינה בבתי מלון וכרטיסים למופעים. ככלל, עוסקים בישראל משווקים שירותים אלה באמצעות צדדים שלישיים – ספקים הפועלים במדינות אחרות, שמדיניות ביטול העסקאות בהן, בין מכוח הדין החל באותן מדינות ובין מכוח נוהג מסחרי או מדיניות של ספק מסוים, עשויה להיות שונה מההוראות החוק בישראל, ולעיתים אף אינה מקנה לצרכן זכות ביטול. לפיכך, עוסקים בישראל המקבלים הודעות ביטול לפי החוק מצרכנים בעסקאות מכר מרחוק, נאלצים לעיתים לשלם מכיסם את ההפרש בין דמי הביטול שהם גובים מהצרכן ובין ההחזר הכספי ודמי הביטול שהספק מחוץ לישראל גובה מהם."

ובהמשך:

"הצעת החוק המתפרסמת בזה נועדה להתמודד עם הקשיים של עוסקים בישראל המציעים רכישה באינטרנט של שירותי תיירות הניתנים במלואם מחוץ לישראל, ולאפשר להם להציע לצרכנים את אותם שירותים הן ללא זכות ביטול במחיר מוזל, בדומה לאתרי האינטרנט הבין-לאומיים כאמור, והן עם זכות ביטול לפי החוק בנוסחו הנוכחי, וכך לקדם תחרות הוגנת בתחום שיווק שירותי תיירות באינטרנט."

76. בשונה מטענת המשיבה, לפיה התיקון מלמד כי המחוקק מבקש להתאים את הדין הישראלי לדין הזר ולא מצפה מהאתרים הישראליים והזרים לפעול בהתאם לדין הישראלי, תיקון 58

מצביע בדיוק על המסקנה ההפוכה – המחוקק סבור כי הדין הישראלי הוא המחייב ולכן במקום שנראה כי קיים קושי שיש להחריג לגבי את תחולת הוראות החוק – רואה המחוקק צורך לקבוע זאת בתיקון לחוק.

77. כמו כן, ההסדר שנקבע בתיקון 58 קובע למעשה חלופות שונות לגבי שירותי תיירות הניתנים במלואם מחוץ לישראל. חלופות אלו נתונות לבחירתו של הצרכן. משמעות הדברים היא כי ההקלות נקבעו לצד הוראות החוק ולא במקומן. גם דברים אלו מלמדים על כך שאין כוונת המחוקק להתאים את הדין הישראלי לדין הזר וברור כי אין בכך משום רשות לפעול שלא בהתאם להוראות החוק.

78. כאמור, הוראות חוק הגנת הצרכן מושתתות על ההבנה של מאפייני היחסים שבין הצרכן לעוסק והם אלו המצריכים התייחסות מיוחדת על זו שנקבעה בדין הכללי ובדיני החוזים. 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".

79. בהינתן ההנחה האמורה לעיל, לפיה חוק הגנת הצרכן הישראלי חל גם על המשיבה, היא לא הייתה רשאית לכלול בהסכמיה עם הצרכנים הישראלים תנייה אשר יש בה משום ויתור על תחולתו של חוק הגנת הצרכן והחלתו של דין צרכני אחר. בעשותה כן, היא קבעה תנייה שסותרת את הדין ולכן תוקפה המשפטי מוטל בספק.

80. 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)."

81. עמדה זו של כבוד השופט חנן מלצר (כתוארו אז) היא גם העמדה המקובלת לפירוש הוראת חוק החוזים האחידים. לפיה, חוק החוזים האחידים אינו מאפשר התנאה על הוראות קוגנטיות. 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) קובעת חזקת קיפוח לגבי התנאה על סעיף 6 לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969, שלפיו המחאת חבות טעונה הסכמת הנושה.

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

פיסקה (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."

82. יצוין, כי כפי שעולה מדבריו של כבוד השופט חנן מלצר (כתוארו אז), בעניין **בן חמו** נדונו הוראות דיספוזיטיות 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**.

83. זאת ועוד, המשיבה טוענת כי החלת החוק כאמור תפגע במודל העסקי של חנויות מקוונות רבות וכי אין זה נכון לדרוש מחברות זרות להתאים את עצמן לחקיקה של כל מדינה בה הן פועלות (סעיף 123 לכתב התשובה מטעם המשיבה). עמדת המשיבה משמעה כי חברות זרות שמכוונות את פעילותן לצרכנים ישראלים פטורות מהדין המקומי, מעצם כך שהן פועלות במרשתת ומשווקות את מוצריהן ברחבי העולם. כלומר היא מבקשת להעדיף את האינטרס שלה על פני האינטרס של הצרכן בקביעת תנית שיפוט שבהעדרה חל הדין הישראלי כפי שפורט לעיל.

לפי הכללים האמורים לעיל, הדין השיורי הוא הדין הישראלי, הוראות חוק הגנת הצרכן הן קוגנטיות וממילא לא ניתן להתנות עליהן בכל נימוק שהוא. לגופה של הטענה ולמעלה מן הצורך, סבור היועץ המשפטי 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 שניתנת 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 סבור היועץ המשפטי לממשלה כי גישה זו מרחיקת לכת. זאת, שכן אם תתקבל, היא עשויה לעודד עסקים להתאגד במדינות בהן יש אסדרה צרכנית נמוכה, או להקים שם את שרתי המחשב שלהם, ובכך להתחמק מהנטל האסדרתי המקומי.

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.

84. 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 דין הפנימי

– ניתן לראות אופנים שונים בהם בחרו מדינות שונות להגביל את הסכמת הצדדים לטובת הגנה על הצרכן בחוזה אל מול העוסק הזר.

85. 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 ולצידו 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."

86. 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 לפניו 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).

87. בשוויון, 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, סעיף 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."

Federal Act on Private International Law of 18 December 1987 in effect as from 1 st January 2017 - http://www.unine.ch/files/live/sites/florence.guillaume/files/shared/publications/pil_act_1987_as_from_1_1_2017.pdf

88. נוסף לדוגמאות לחקיקה צרכנית כללית ביחס לברירת הדין, כמפורט לעיל, קיימות גם הוראות דין ספציפיות במספר מדינות ביחס לדין שיחול על חברות תיירות המשווקות את שירותיהן לצרכנים:

א. בבריטניה, הרשות להגנת הצרכן פרסמה בשנת 2019 מדריך עבור חברות אינטרנט אשר משווקות שירותי הזמנת בתי מלון, לרבות המשיבה, שבו הצהירה על כוונתה לאכוף את חוק הגנת הצרכן הבריטי כלפי חברות שלא יפעלו בהתאם לאמור בו;

ב. בקליפורניה, חקיקת הגנת הצרכן החלה על מכירת שירותי תיירות קובעת כי בתי עסק זרים שמכוונים את פעילותם לצרכנים בקליפורניה ייחשבו כאילו הקימו עסק בקליפורניה;

ג. באופן דומה, קבע בית המשפט הפדרלי של אוסטרליה בשנת 2017, ביחס לאתר משחקים ברשת האינטרנט שפעל מארצות הברית אך כיוון את פעילותו בין היתר לצרכנים אוסטרליים, כי הדין האוסטרלי חל על החברה שהפעילה אותו (Valve Corporation v Australian Competition and Consumer Commission [2017] FCAFC 224).

89. 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.

90. להשלמת התמונה יציין היועץ המשפטי לממשלה, כי ניצנים של חקיקה ישראלית חדשה בעניין התאמת החלת הדין הישראלי גם על חברה גלובאלית ניתן למצוא בסעיף 47 לחוק שירותי תשלום, התשע"ט-2019, אשר נכנס לתוקף באוקטובר 2020. הסעיף מחיל את הוראות החוק גם על נותן שירותי תשלום שאינו תושב ישראל כשהוא נותן שירותי תשלום ללקוח שהוא תושב ישראל אם הוא מכוון את שירותיו ללקוחות בישראל :

"תחולה על נותן שירותי תשלום שאינו תושב ישראל

47. (א) ההוראות לפי חוק זה יחולו גם על נותן שירותי תשלום שאינו תושב ישראל כשהוא נותן שירותי תשלום ללקוח שהוא תושב ישראל אם הוא מכוון את שירותיו ללקוחות בישראל; בסעיף זה, "תושב ישראל" – כל אחד מאלה, לפי העניין:

- (1) לעניין יחיד – אזרח ישראלי או בעל רישיון לישיבת קבע או לישיבת ארעי בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952;
- (2) לעניין תאגיד – תאגיד הרשום בישראל או שעסקיו או פעילותו בישראל.
- (ב) לעניין סעיף זה, יראו נותן שירותי תשלום כמי שמכוון את שירותיו ללקוחות בישראל, בשים לב למכלול נסיבות העניין, בין השאר, אם הוא איפשר ללקוח לספק לו במסגרת ההתקשרות מען בישראל או אם נותן שירותי התשלום פנה ללקוח בעברית או הציע את שירותיו ללקוח במטבע ישראלי."

91. עוד נקבעו בסעיף מספר נסיבות, שיבחנו בשים לב למכלול נסיבות העניין, המעידות על הכוונת שירותים ללקוחות בישראל ובכלל זה פניה ללקוח בעברית. כאמור, מדובר בחקיקה חדשה מהעת האחרונה אשר מבקשת להתאים את ההסדר למציאות שבה חברות גלובליות מעניקות שירותים בישראל לצרכנים ישראלים. בימים אלה, גורמים מקצועיים במשרד המשפטים בוחנים אפשרות של תיקונים דומים בחוקים נוספים על מנת לקבוע את הדברים בחקיקה מפורשת ומבלי לגרוע מהמצב המשפטי החל.

92. הוראת סעיף 47 לחוק שירותי תשלום היא למעשה אימוץ מפורש ראשון של הכלל שהתפתח בעולם בענין תחולת הדין הישראלי. הטענה שמעלה המשיבה כי ראוי לקדם מדיניות שמבטיחה לחברות זרות הגנות מפני דין זר מחמת היעילות שלהן, לא מצאה קשב אצל המחוקק הישראלי, בתחום שירותי התשלום שהוא תחום שמאופיין בפעילות מצד חברות גלובליות, בדומה לתחומים נוספים.

ב.4.ג. עמדת היועץ המשפטי לממשלה לעניין תניית השיפוט

93. סעיף 4 לחוק החוזים האחידים קובע רשימה של תנאים שבמהותם יראו בהם תנאים מקפחים, אלא אם הוכיח הספק שאינם כאלה.

94. כך למשל, נקבע בסעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים כי "תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט", ייחשב תנאי מקפח.

95. על מנת לבחון האם תנייה מסוימת מקימה את חזקת הקיפוח, נעזר בית המשפט, במבחן ההרתעה ובו נבחנת השאלה האם תנית השיפוט מרתיעה את הצרכן מלנקוט בהליך משפטי. לעניין זה נקבע על ידי כבוד השופטת אסתר חיות בפרשת **בן חמו** כהאי לישנא:

"במקרה דנן טוענת פייסבוק אירלנד כי תניית השיפוט הזר שבסעיף 15(1) לתנאי השימוש אינה מרתיעה את המשיב מלנקוט נגדה הליך ייצוגי בקליפורניה. לטענתה, המשיב אף אישר בחקירתו כי לנוכח היקף הסעד המבוקש יש הצדקה כלכלית להגשת ההליך בקליפורניה. טענה זו דינה להידחות. אף שניתן לקבל את טענתה של פייסבוק אירלנד כי הרתיעה מנקיטה בהליכים משפטיים בשל תניית מקום שיפוט, קטנה יותר כאשר מדובר בהליך ייצוגי, העובדה שהמשיב נקט בהליך ייצוגי אינה משמיעה מניה וביה כי הוא ועורכי הדין המייצגים אותו לא היו נרתעים מלנקוט בהליך ייצוגי נגדה אילו היו מחויבים להגישו בקליפורניה. הדעת נותנת כי גם תובע ייצוגי יירתע מלנהל הליך משפטי בחו"ל בשל המשאבים הכספיים והאחרים הכרוכים בכך. ולראיה לא עלה בידי פייסבוק אירלנד להציג ולו מקרה אחד של ישראלי אשר נקט בהליך ייצוגי מחוץ לגבולות המדינה.

ואולם, גם אם אניח לטובתה של פייסבוק אירלנד כי תניית מקום השיפוט אינה מרתיעה ישראלים מלנקוט נגדה בהליכים ייצוגיים בקליפורניה עדיין לא יהיה בכך כדי להועיל לה. זאת מפני שבחינת תניית מקום השיפוט על רקע מכלול תנאי החוזה והנסיבות החיצוניות להם מלמדת כי לא עלה בידיה של פייסבוק אירלנד לסתור את חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים."

96. למבחן זה מצטרף מבחן חשוב נוסף המסייע לבית המשפט בבואו לבחון את השאלה האם תנאי מסוים נכנס בגדר חזקת הקיפוח והוא מבחן ההגינות והסבירות, שהוא המבחן המרכזי לבחינת קיפוח (ראו **פירוש הקצור לחוקים במשפט הפרטי** 324 (איל זמיר, מרדכי א' ראבילו וגבראלה שלו עורכים, 1996); ע"א 1/79 **קשת נ' היועמ"ש** (פורסם בנבו, 20.3.1980); ע"א 294/91 **חברא קדישא גחש"א נ' קסטנבאום** (פורסם בנבו, 30.4.1992), עמודים 526-527); רע"א 2155/17 **קליאוט נ' פרטנר תקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 24.8.2017), סעיף 7 לפסק דינה של כבוד השופטת אסתר חיות ופסקי הדין המוזכרים שם).

על מנת להכריע בשאלה מהו תנאי בלתי הוגן או בלתי סביר בחוזה אחיד התגבשו בפסיקה מבחני עזר שונים, כפי שציננה כבוד השופטת אסתר חיות בסעיף 22 בפרשת **בן חמו**:

"עם זאת, במהלך השנים התגבשו בפסיקה מבחני עזר שונים אשר בהם ניתן להסתייע. כך, למשל, נפסק כי סבירותו של תנאי מסוים בחוזה אחיד צריכה להיבחן בהתאם לתפיסות המוסריות והחברתיות הנוהגות בחברה חופשית בעלת משטר חוקתי וחברתי כשלנו, ובהתאם למה שנתפס כהתנהלות בלתי הוגנת בחברה הישראלית בזמן נתון (עניין קשת, בעמ' 374; ועניין קסטנבאום, בעמ' 527).

עוד נפסק כי לצורך ההכרעה בשאלה האם תנאי בחוזה אחיד הוא מקפח יש להתחשב ביחסי הכוחות בין הצדדים לאותו חוזה ובאינטרסים הטיפוסיים שלהם, וכי ניתן להבחין בהקשר זה בין סוגים שונים של ספקים ולקוחות. כך, למשל, ניתן להבחין בין לקוחות צרכניים הזקוקים להגנה מוגברת ובין לקוחות מסחריים אשר פערי הכוח בינם ובין הספק קטנים יותר. כמו כן ניתן להבחין בין ספקים מונופוליסטים אשר יש לפקח על פעילותם בצורה הדוקה יותר ובין ספקים שאינם מהווים מונופול (ראו: עניין מילגרם, בעמ' 165-164; עניין קסטנבאום, 526-527; עניין רדאל, 593-594; עניין קשת, בעמ' 371 ו-374; וכן, לוסטהויז ושפניץ חוזים אחידים, בעמ' 69-78). לבסוף נפסק כי נוכח העובדה שתכליתו של חוק החוזים האחידים היא לאזן את חוסר השוויון שבין הספק והלקוח, תנאי בחוזה אחיד המגן על האינטרסים של הספק מעבר למה שנתפס כראוי בחברה הישראלית ייחשב למקפח (עניין קסטנבאום, בעמ' 526; עניין מילגרם, בעמ' 164-165; עניין גרין, בעמ' 418; ע"א 11081/02 דולב חברה לביטוח בע"מ נ' קדוש, פ"ד סב(2) 573, 633 (2007)).

ובהמשך:

"בנוסף על כך, ואף שמדובר בהליך ייצוגי, לא ניתן להתעלם בהקשר זה מפערי הכוחות העצומים בין פייסבוק אירלנד והמשתמשים הישראלים בפייסבוק. פייסבוק אירלנד היא חברת ענק זרה הפועלת במספר רב של מדינות בעולם ועובדה זו מקשה על משתמשים ישראלים בפייסבוק לתבוע אותה. לפייסבוק אירלנד אין תמריץ של ממש להתחשב בזכויות ובאינטרסים של הצרכן הישראלי ומסיבה זו עמדת המיקוח של הצרכן הישראלי אל מול פייסבוק אירלנד היא גרועה במיוחד.

מאפיינים אלו של ההתקשרות בין פייסבוק אירלנד והמשתמשים הישראלים בפייסבוק מצדיקים קיומו של פיקוח הדוק על פעילותה והחלת סטנדרט ביקורת מחמיר עליה. הדברים מקבלים משנה תוקף לנוכח העלייה הדרמטית בהיקף המסחר עם תאגידים זרים באמצעות האינטרנט בשנים האחרונות (ראו: אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט עמ' 513-533 (2002)).

97. דברים אלה מבהירים היטב מדוע תניית השיפוט בענייננו מהווה תנייה מקפחת. בדומה לפרשת בן חמו, ומקל וחומר משם לענייננו הרי שיש בתניית השיפוט כדי להרתיע את הצרכן מלנקוט בהליך משפטי, וגם כאן מבחן ההגינות והסבירות מלמד שאין מקום להעדיף את האינטרס של המשיבה על פני זה של הצרכן הישראלי לאור פערי הכוחות האינהרנטיים בין הצדדים.

98. אשר לאפשרות הסתירה של חזקת הקיפוח לעניין תניית השיפוט – הרי שבנסיבות שלפנינו, המשיבה לא כללה התייחסות מספקת בתגובתה לבקשת האישור שיש בה כדי לסתור את החזקה לפי סעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים, ולמעשה מעיון בתגובתה עולה כי אין כל התייחסות לתניית השיפוט ובהתאם חזקת הקיפוח בעינה עומדת.

99. למעלה מן הצורך יובהר, כי אף אם הייתה המשיבה מעלה טענות בניסיון לסתור את קיומה של חזקת הקיפוח בעניינה של תניית השיפוט, ספק אם לאור המבחנים והרציונאליים כפי שפורטו בפרשת **בן חמו** היה ניתן להכיר בנסיבות שלפנינו בתנייה כאמור כתנייה שאינה מקפחת.

100. בנסיבות אלו סבור היועץ המשפטי לממשלה כי תניית השיפוט בענייננו מהווה תנייה מקפחת.

ג. סיכומו של דבר

101. חוק הגנת הצרכן קובע כי יש לפרסם ולנקוב במחיר כולל בלבד של מוצר או שירות, לרבות מסים וכל תשלום חובה שהצרכן אינו יכול לוותר עליו במסגרת ההתקשרות. הרציונל עליו מבוסס החוק הוא כי "המחיר הכולל" הוא המחיר הסופי אותו ישלם הצרכן, וכי מחיר זה יהיה מחיר ברור, שאינו מצריך את הצרכן לבצע תחשיבים, אינו מבלבל אותו או עלול להטעותו ומסייע לו לקבל בקלות החלטה מושכלת ביחס להתקשרותו בעסקה.

102. בענייננו, אתר המרשתת של המשיבה פונה באופן ייעודי לצרכנים ישראלים – הפנייה נעשית בשפה העברית לצרכנים ופרסום המחיר הוא במטבע ישראלי. משמעות הדבר היא שהמשיבה פועלת בישראל ועליה לפעול בהתאם להוראות חוק הגנת הצרכן. אף אם גם תיירים שאינם חייבים במע"מ מזמינים באמצעות אתר המרשתת של המשיבה שירותים, ככל שאין באפשרותה של המשיבה לדעת עוד בשלב השיווק אם מדובר בצרכן ישראלי שחייב בתשלום מע"מ או בתייר שאינו חייב במע"מ, עליה לפרסם ולנקוב במחיר הכולל לעסקה עבור צרכנים אלה, החל משלב זה בהתאם לדין הישראלי.

103. לצד פרסום מחירו הכולל של השירות, הכולל גם את המע"מ אשר כאמור צרכן ישראלי אינו יכול לוותר על תשלומו, ניתן להציג הודעה לפיה תייר לא יידרש לשלם מע"מ. בהיעדר פרסום מחיר כולל כנדרש בהוראות הדין, המשיבה מונעת מהצרכן להשוות מחירים של השירותים אותם מציעה עם אתרים מתחרים שמציעים שירותים דומים, מטעה אותם לגבי המחיר האמתי של העסקה ובכך פוגעת ביכולתו לקבל החלטה צרכנית מושכלת על בסיס מידע מלא ונכון.

104. המשיבה הפרה את חובתה לפרסם מחיר כולל באתר המרשתת שלה בו היא מציעה בעברית את שירותיה. האתר אינו מיועד אך ורק לתיירים אלא להיפך – נועד בראש ובראשונה לצרכנים ישראלים, וכל צרכן יכול לרכוש באמצעותו שירות אותו מציעה המשיבה. לפיכך, חלה על המשיבה החובה לפרסם את מחירו הכולל של השירות החל משלב השיווק, ובכל שלב אחר עד תום העסקה. כאמור, אין זה משנה מי גובה בפועל את כל התשלום או חלקו.

כמו כן, מובן שלמשיבה תועלת מכך שהמחיר מפורסם ללא מע"מ ובכך שהצרכן מגלה עובדה זו רק ברגע האחרון.

105. בשולי הדברים יצוין, כי המשיבה המשיכה לפרסם מחירים ללא מע"מ גם בתקופת הקורונה שבה לא הייתה תיירות נכנסת לישראל ועל כן צרכניה הפוטנציאליים היו ישראלים בלבד או לפחות ישראלים ברובם המכריע.

106. עמדת היועץ המשפטי לממשלה, שפורטה לעיל בהרחבה, היא שתניית ברירת הדין המופיעה בתנאי השימוש שבין המשיבה לבין המבקש היא מקפחת (בהתאם לסעיף 3 לחוק החוזים האחידים), מכמה סיבות: האחת – כאשר לקוח, שאינו בעל מומחיות או משאבים מיוחדים, ניצב לפני כריתת חוזה עם תאגיד זר הכולל תניית ברירת דין, ודאי שהוא אינו יכול להבין מה משמעותה של אותה תנייה והאם היא תמנע ממנו בעתיד מלהעלות טענות מסוימות לפני בית המשפט במקרה שיתעורר סכסוך משפטי, ככל שאכן קיימת מניעות כאמור. 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 עלויות גבוהות אשר יושתו על הלקוח. לפיכך, ודאי שאין זה סביר ומעשי לצפות מהלקוח לבדוק מראש את הדין הזר אליו מפנה התנייה שבתנאי השימוש טרם הסכמתו אליהם, ולהבין את המשמעות ואת הסיכונים של הסכמה שכזו לעומקה.

השניה – תניית ברירת הדין מפנה לדין שאינו נגיש וברור, והיא מטעה את משתמשי המשיבה להניח כי אין להם זכויות לפי הדין המקומי, ובכך, ניתן לראות בתנייה כמקפחת כשלעצמה.

השלישית – המשיבה אינה יכולה להסתייע בקביעה לעניין ברירת הדין בפרשת **בן חמו**, שכן בענייננו ברירת הדין היא הדין הסינגפורי בעוד שבפרשת **בן חמו** ברירת הדין הייתה הדין הקליפורני ובית המשפט אף התייחס לכך שהדין הסינגפורי שונה.

107. זאת ועוד, היועץ המשפטי לממשלה סבור שתניית השיפוט בענייננו מהווה תנייה מקפחת וזאת מהנימוקים שפורטו לעיל בהרחבה.

108. אשר לטענות המשיבה בדבר היעדר אכיפה של פעילות של עוסקים זרים, יובהר כי הרשות מבצעת אכיפה בעניין אי פרסום מחיר כולל, ואף חקרה את המשיבה. ההליך מול המשיבה טרם הגיע לסיומו.

למעלה מן הצורך יובהר, כי היעדר אכיפה על עוסקים זרים, ככל שכך היו הדברים, אין בה כדי ללמד על הוראות הדין או על השלכותיו על תביעות המוגשות בהליכים אזרחיים.

כ"ע"ז

שלמה כהן, עו"ד

סגן בכיר בפרקליטות מחוז ת"א (אזרחי)