

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"א 17-04-23156

לפני כבוד השופט אליהו בכר

התובע:

XXXXXXX

ע"י ב"כ עו"ד דוד פייל
מרחוב היצירה 14, רמת גן 7512231
טל': 03-6126983 ; פקס: 03-7512231

- נ ג ד -

הנתבעות:

- 1. קלאב מדיטראנה (ישראל) בע"מ**
- 2. CLUB MED VAL THORENS SENSATION**

ע"י ב"כ עו"ד משה לשם
מרחוב בלפור 13, תל אביב 65211
טל': 03-6290780 ; פקס: 03-6290789

ובענין:

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז תל אביב (אזרחי)
מדרך מנחם בגין 154, תל אביב 6133302
טל': 073-3736222 ; פקס: 02-6468005

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

מוגשת בזאת עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה, בנוגע לשאלה האם תניית השיפוט הזר, שעליה מבססות הנתבעות את בקשתן לעיכוב הליכים, היא מקפחת לאורו של חוק החוזים האחדים, תשמ"ג-1982 (להלן: "חוק החוזים האחדים" ו/או "החוק").

התניה שלגביה נטען כי היא מקפחת היא סעיף להסכם, שטוענות הנתבעות שנכרת בין התובע לבין הנתבעת 1, שעל פיה:

"בכל מקרה של תביעה כנגד חב' Club Med SAS מצרפת ו/או כנגד לה קלאב מדיטראנה (ישראל) בע"מ, המבוססת על איזה דין שהוא ו/או על הסכם כלשהו עם מי מהחברות האלה ו/או על תנאי אלה ואשר מתייחסת לאיזה מעשה ו/או מחדל ו/או ונזק שאירע מחוץ לישראל, בין במועדון של קלאב מד® ו/או במסגרת פעילות שאורגנה על-ידי קלאב מד® ובין בדרך ו/או בתחבורה אל המועדון ו/או ממנו - תהיה סמכות השיפוט נתונה באופן בלעדי לבתי המשפט של צרפת ויחול על אותה תביעה הדין הצרפתי" (להלן: "תניית השיפוט").

יודגש בפתח הדברים, כי בחינת תניית השיפוט נעשית בראיה **מראש**, כלומר, האם בעת כריתתו של החוזה, היה בתניה משום קיפוחו של הלקוח. זאת, **בשונה מאופן בחינתה של טענת פורום לא נאות**, אשר נעשית בראיה **בדיעבד**, כאשר הסכסוך המסוים הגיע כבר לפתחו של בית המשפט ועליו להחליט, לאור נסיבות המקרה, האם ראוי לו לדון בו. יתכן שחלק מן השיקולים שישקלו בשני המקרים יהיו דומים, אך אין הם בהכרח זהים. עמדה זו תתרכז, לפיכך, בשיקולים הרלבנטיים לנושא תניית השיפוט בלבד.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי תניית השיפוט מקפחת לפי חוק החוזים האחדים, מן הטעמים אשר יפורטו להלן. יובהר, כי אין משמעותה של עמדה זו כי על התביעה להתברר בישראל. משמעות העמדה היא, כי תניית השיפוט לא תוכל למנוע מבית המשפט לדון **במבחן המהותי** לבחינת הפורום הנאות, הוא מבחן מירב הזיקות, שכן כפי שיפורט להלן, כשעניינו בחוזה אחד, אין לבחון את תניית השיפוט במשקפיים הרגילים של חופש ההתקשרות החוזי, מאחר שחוזים מעין אלה אינם משקפים, באופן רגיל, הסכמה ממשית של הלקוח. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, יש לבחון את מקום השיפוט לפי המבחן המהותי של הפורום הנאות.

א. תניית שיפוט וחופש ההתקשרות החוזי

1. מקום השיפוט של תובענות מוסדר בתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 (להלן: **"תקנות סדר הדין האזרחי"**). כאשר המדובר בתובענה שאינה במקרקעין, הבחירה בידי התובע להגיש את התביעה באחת החלופות המפורטות בתקנה 3. כל עוד קיימת עמידה פורמלית בדרישות התקנה, אין בוחנים את הזיקה העניינית הקונקרטית לתובענה. ככל שעומדות לפני התובע מספר חלופות לפי תקנה 3, הוא רשאי לבחור היכן להגיש את תביעתו, לפי שיקוליו שלו (בכפוף לאפשרותו של הנתבע לפנות לנשיא בית המשפט העליון, כדי שיעשה שימוש בסמכותו על פי סעיף 78 חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984).

2. תניה בחוזה אחיד הקובעת מקום שיפוט ייחודי עלולה, אם כן, לקפח את הלקוח הן מבחינת מעמדו כתובע והן מבחינת מעמדו כנתבע בכוח. כתובע - תניה כזו מגבילה את זכותו לבחור את החלופה הנוחה לו מבין החלופות שהדין מקים לו ומצמצמת את אפשרויותיו. כנתבע - התניה שוללת ממנו את הזכות לבקש את העברת הדיון, ומונעת ממנו את האפשרות להוכיח כי מקום השיפוט הוא פורמלי בלבד, או שמקום אחר מתאים מבחינת מאזן הנוחיות (ראו בספרן של לוסטהויז ושפניץ "חוזים אחדים", בעמודים 411-412; להלן: **"לוסטהויז ושפניץ"**).

3. ככלל, ייטה בית המשפט לכבד הסכם שיפוט בין הצדדים, אשר נעשה בהתאם לתקנה 5 לתקנות סדר הדין האזרחי. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי כאשר מדובר בחוזה אחד, אין לבחון את תניית השיפוט במשקפיים הרגילים של חופש ההתקשרות החוזי, מאחר שחוזים מעין אלה אינם משקפים, באופן רגיל, הסכמה ממשית של הלקוח, הסכמה שהיא הרעיון העומד בבסיסה של תקנה 5 האמורה.

4. להלן תיבחן, אפוא, תניית השיפוט לאור הוראות ומטרתו המיוחדת של חוק החוזים האחידים, אשר מטרתו **"להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים"** (סעיף 1 לחוק).

ב. תניית שיפוט לאור חוק החוזים האחידים

5. 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 לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בזהותם"** (סעיף 2 לחוק). מטרתו של החוק היא להגן על לקוחות - לאו דווקא צרכניים במובן הצר - מפני תנאים מקפחים בחוזים מעין אלה (כך מצהיר סעיף המטרה, הלא הוא סעיף 1 לחוק, אשר איננו שכיח בחקיקה). בניגוד לחוקים המטפלים בעסקאות ספציפיות, חוק החוזים האחידים לא נועד לטפל בעסקה מסוג מסוים, והוא חל על מגוון עצום של חוזים. מטרת החוק לטפל בתופעה - תופעה של הסכם שתנאיו נקבעים מראש ובו הפער מבחינת המיומנות, המידע וכושר המיקוח בין הספק הקובע את תנאי החוזה ללקוח הוא גדול, דבר היוצר חוסר איזון משמעותי ביחסים בין הצדדים (לרקע החקיקה ולמטרות החוק ראו לוסטהויז ושפניץ בעמ' 15-18; ג' שלו, **חוזים** (ירושלים, התשנ"ה) בעמ' 611-613; הצעת חוק החוזים האחידים, ה"ח תשכ"ב בעמ' 312, וה"ח התשמ"ב בעמ' 28).

6. סעיף 3 לחוק קובע מבחן קיפוח, על פיו **"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"** - הינו תנאי מקפח ובית המשפט ובית הדין לחוזים אחידים יבטלו או ישנו אותו בהתאם להוראות החוק. בנוסף למבחן הקיפוח הכללי, קובע סעיף 4 לחוק מספר תנאים אשר אם הם מצויים בחוזה אחיד, חזקה עליהם שהם מקפחים. כלומר, הנטל עובר לספק ועליו להוכיח כי התניה איננה מקפחת והיא סבירה בנסיבות העניין.

7. סעיף 4(9) לחוק קובע חזקה מיוחדת המתייחסת לתניית שיפוט. סעיף זה תוקן בחקיקה בשנת 2004 ונקבע בו, כי **"תנאי המתנה על הדין או המעניק לספק זכות לבחור על דעתו בלבד את מקום השיפוט או הבוררות שבהם יתברר הסכסוך"** חזקה שהוא מקפח.

8. חזקת קיפוח זו מבוססת על יחסו החשדני של המחוקק לתניות שיפוט ייחודיות, המשובצות במסגרתו של חוזה אחיד. יחס זה נובע מניסיון החיים המראה, כי חוזה אחיד איננו משקף הסכמה אמיתית של לקוח להסכם שיפוט - אותו הסכם אליו מתייחסת תקנה 5 לתקנות סדר הדין האזרחי. הרעיון העומד בבסיסה של תקנה 5 כאמור אינו הולם הוראה בחוזה אחיד, המשקפת את האינטרס של הספק ואת שיקולי הנוחיות שלו. לפיכך, אין לבחון הוראה בחוזה אחיד בדבר מקום שיפוט מוסכם באותו קנה מידה שבה נבחנת תניית שיפוט שהוסכם עליה באופן ממשי ואמיתי בין צדדים לחוזה (ראו לעניין זה לוסטהויז ושפניץ, בעמ' 411).

9. עד לתיקון החוק, קבע סעיף 4(9) לחוק, כי נטל ההוכחה יעבור משכמי הלקוח לספק, אם מקום השיפוט שנקבע בחוזה האחיד הוא בלתי סביר. בדברי ההסבר לתיקון נכתב כי תניות מקום שיפוט **מכבידות** על הנגישות לערכאות ולפיכך **"מוצע לקבוע במפורש... [כי] כל התניה על הדין הרגיל בדבר מקום שיפוט בחוזה אחיד חזקה שהיא מקפחת"** (הצעת חוק החוזים האחידים (תיקון מס' 2) (תניה בדבר מקום שיפוט), התשס"ב-2002, ה"ח 3135, עמ' 661-662).

10. סעיף 4(9), כנוסחו עובר לתיקון האמור, נדון ברע"א 188/02 **מפעל הפיס נ' אלי כהן**, פ"ד נ"ז(3) 473 (להלן: **"עניין מפעל הפיס"**). פסק דין זה עסק בתניית שיפוט מקומית, ונקבע בו כי המבחן לסבירותה של תניית שיפוט הוא מבחן ההרתעה. לפי מבחן זה, תניית מקום שיפוט בחוזה אחיד תיחשב כבלתי סבירה רק אם היא פוגעת בזכות להתדיינות משפטית ומרתיעה לקוחות מלעמוד על זכויותיהם.

11. לאחר תיקון החוק, נדון הנוסח החדש של סעיף 4(9) במספר פסקי דין שניתנו על ידי בית המשפט העליון, כפי שיפורט להלן. בע"א 6916/04 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה** (18.2.2010; נבו), נקבע על ידי בית המשפט העליון כי לא נס ליחה, הגיונה וטעמה של ההלכה שנקבעה בעניין מפעל הפיס בעקבות התיקון לסעיף 4(9) לחוק, אך לא ניתנה התייחסות למבחן שיש להפעיל לפי סעיף 4(9) או לאופן יישומו לאחר תיקון הסעיף. כפי שחודד בפסק דין מאוחר יותר של בית המשפט העליון בעניין **מאיר** (ראו להלן), קביעה זו ניתנה בדגש על הפיחות שחל במעמד הסמכות המקומית ככלי לקדם את נוחות בעל הדין.

12. בהמשך לכך, ברע"א 1108/10 **מאיר חברה למכוניות ומשאיות בע"מ נ' ברפי** (7.4.2010; נבו), התייחס בית המשפט העליון למבחן ההרתעה שנקבע בעניין מפעל הפיס, וקבע כי מבחן זה מתייחס לשלב הראשון - הקמת חזקת הקיפוח לפי סעיף 4(9) לחוק כנוסחו אז. משתוקן הסעיף, מבחן זה אינו רלוונטי עוד לשלב הראשון, שכן חזקת הקיפוח קמה כל אימת שהתנאי מתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט. בשלב השני, שבו נבחנת סתירת החזקה ביחס לתניית שיפוט ספציפית, נקבע, כי על בית המשפט לקחת בחשבון את שיקול ההרתעה מפני מימוש זכויות, לצד שיקולים נוספים שיש להביא בחשבון. זאת, במסגרת בחינת התניה לפי סעיף 3 לחוק, שלפיו יש לבחון את התניה בשים לב "למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות". וכך נקבע בפסק הדין (ראו פסקאות 6-7):

"... עיון בפסק-דינו של בית משפט זה בעניין מפעל הפיס מעלה

כי מבחן ההרתעה שנקבע בו התייחס לשלב הראשון - הקמת

חזקת הקיפוח לפי סעיף 4(9) לחוק כנוסחו אז. עוד עולה מפסק

הדין בעניין מפעל הפיס, כי בשלב השני שבו בוחנים את התניה

על יסוד הוראות סעיף 3 לחוק, קיימים שיקולים נוספים שאותם

יש להביא בחשבון. זאת ניתן ללמוד גם מלשון סעיף 3 אשר קובע

במפורש כי יש לשים לב 'למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות' בעת בחינת השאלה האם יש בתניה מסוימת משום קיפוח הלקוח.

כאמור, בעניין בנק לאומי, נפסק כי 'לא נס ליחה' של הלכת מפעל הפיס (שם, פסקה 127 לפסק-דין של השופט י' אלון). נקבע כי 'הגיונה וטעמה' של הלכת מפעל הפיס, בדגש על הפיחות שחל במעמד הסמכות המקומית ככלי לקדם את נוחות בעל הדין (מפעל הפיס, בעמ' 478; וגם: רע"א 6920/04 לוי נ' פולג, פ"ד מט(2) 731, 734), עודם רלוונטיים, גם לאחר התיקון בחוק. מכאן, שבשלב השני, שבו בוחן בית משפט אם נסתרת חזקת הקיפוח ביחס לתנית שיפוט ספציפית, ייקח הוא בחשבון את שיקול ההרתעה מפני מימוש זכויות. לשון אחר, ככל שיצליח הספק להראות כי אין בתנית השיפוט כדי להרתיע את הלקוח מעמידה על זכויותיו המשפטיות, כן ייטה בית המשפט לקבוע כי התניה אינה מקפחת בנסיבות העניין. עם זאת, בכך לא מתמצה הבדיקה. כאמור בסעיף 3 לחוק, יש לבחון את התניה 'בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות', כאשר בשל החזקה האמורה, נטל ההוכחה להראות כי התניה אינה מקפחת מוטל על כתפי הספק. "...

13. עמדה זו אומצה בפסק הדין ברע"א 5860/16 Facebook Inc. ואח' נ' בן חמו (31.5.2018; נבו) (להלן: "עניין פייסבוק"), שניתן לאחרונה על ידי בית המשפט העליון. נקבע, כי מבחן ההרתעה הינו "בעל חשיבות בבואנו לבחון את השאלה האם עלה בידי הספק לסתור את חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים. ואולם, אין זה המבחן הבלעדי ואף לא המכריע ועל בית המשפט ליתן דעתו בכל מקרה ומקרה 'למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות' בטרם יקבע אם עלה בידי הספק לסתור את החזקה" (ראו סעיף 31 לפסק הדין; ההדגשה אינה במקור - ד.י.).

14. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי בבחינת הנסיבות, יש לשקול, לצד שקילת שיקול ההרתעה מפני מימוש זכויות, גם את שיקול ההכבדה על הצד החלש. מבחן אי ההכבדה על הצד החלש, כך לגישת היועץ המשפטי לממשלה, הינו מבחן בעל משקל משמעותי בבחינה. לפי מבחן זה, יש לבחון את מאזן הנוחיות, ומעבר לשקילת שיקולי נוחיות, אין לדרוש דרישות מכבידות מהצד החלש לחוזה.

15. יובהר, כי מבחן זה גמיש יותר ממבחן ההרתעה, אשר מחייב פגיעה מהותית בזכות להתדיינות משפטית ואינו מסתפק בפגיעה בנוחות. מבחן ההכבדה אמנם נדחה בפסק הדין בעניין מפעל הפיס, שבו הוחל מבחן ההרתעה. יחד עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי נוכח תיקון סעיף 4(9) לחוק, ופסקי הדין שבאו אחריו בהם נקבע כי מבחן ההרתעה יהיה שיקול אחד מבין שיקולים שונים שיש לבחון במסגרת השלב השני, כפי שתואר לעיל, הרי שיש ליתן משקל משמעותי גם לשיקול ההכבדה. כאמור לעיל, בעניין פייסבוק קבע בית המשפט העליון במפורש, כי מבחן ההרתעה אינו המבחן הבלעדי ואף לא המכריע בבחינת

סתירת חזקת הקיפוח. יצוין, כי פסקי הדין המאוחרים לפסק הדין בעניין **מפעל הפיס** כלל לא דנו במבחן ההכבדה. עוד יזכרו, דברי ההסבר לתיקון סעיף 4(9) לחוק, שבהם נכתב כי תניות מקום שיפוט מכבידות על הנגישות לערכאות, ולפיכך מוצע לקבוע במפורש כי כל התניה על הדין הרגיל בדבר מקום שיפוט בחוזה אחיד חזקה שהיא מקפחת.

16. מכל מקום, הן לפי מבחן ההכבדה והן לפי מבחן ההרתעה, וכן לאורן של נסיבות נוספות בענייננו, שיש לשקול בהתאם לסעיף 3 לחוק, נראה שבענייננו לא נסתרת חזקת הקיפוח, כפי שיפורט להלן.

ג. תניית השיפוט בהליך דין

17. תניית השיפוט, כפי שהובאה במלואה בפתח הדברים, קובעת כי בכל מקרה של תביעה נגד מי מהנתבעות, המבוססת על דין או הסכם כלשהו עם מי מהנתבעות, ו/או על מעשה או מחדל או נזק שאירע מחוץ לישראל, תהא סמכות השיפוט נתונה באופן בלעדי לבתי המשפט בצרפת, ויחול הדין הצרפתי.

18. סביר להניח, כי נופש ישראלי אשר חותם על החוזה בארץ ומקום מגוריו בארץ, עשוי להירתע מלתבוע את החברה על נזק שנגרם לו אם יהא עליו לתבוע בצרפת בלבד. משמעותה של תביעה כזו היא העסקת עורך דין צרפתי, נסיעות לצרפת לצורך ההכנות להתדיינות ולהתדיינות עצמן, הצורך להתמודד עם התדיינות בשפה זרה וכו'. דבר זה הוא בוודאי נכון לגבי נזקים קטנים יחסית, אך גם לגבי נזקים גדולים יותר עלולה להיווצר הרתעה שתמנע מן הלקוח לתבוע. מקל וחומר, בנסיבות אלו הגשת תביעה בחוץ-לארץ גם תכביד על הנופש הישראלי.

19. ניתן אף לטעון, כי התניה עשויה לעלות לכדי תנאי בטל לפי סעיף 5 לחוק החוזים האחידים, שם נתן דעתו המחוקק על חשיבות הגישה של הלקוחות לבית המשפט כאשר קבע, כי **"תנאי בחוזה אחיד השולל או המגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות – בטל"** (ראו לוסטהוויז ושפניץ, בעמ' 416). נוכח המסקנה שאליה הגיע היועץ המשפטי לממשלה בדבר חזקת הקיפוח שלא נסתרה, לא נראה שיש צורך לקבוע מסמרות ביחס ליישומו של סעיף 5 לחוק החוזים האחידים בענייננו.

20. נסיבה משמעותית נוספת שיש להביא בחשבון בשקילת הקיפוח היא **מי הם הצדדים לחוזה**. המאפיין החשוב ביותר של החוזים האחידים הוא חוסר השוויון בין הצדדים, והבחינה של האינטרסים והציפיות של הצדדים הנעשית במסגרת מבחן הקיפוח, נובעת במידה רבה מסוג הלקוחות או הספקים שעליהם נמנים הצדדים לחוזה (ראו לוסטהוויז ושפניץ בעמ' 67-76 והאסמכתאות המובאות שם).

21. חוק החוזים האחידים חל לא רק על צרכן במובן ה"קלאסי" (שהוא מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי ביתי או משפחתי - ראו סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981), אלא גם על לקוחות עסקיים. מטרתו של חוק

החוזים האחדים לאזן חוסר שוויון שקיים בין לקוח לעוסק העומד מולו, שהוא בדרך כלל בעל מומחיות ומיומנות רבות יותר, כאשר ללקוח אין את המשאבים הכלכליים, המקצועיים והמשפטיים לנהל משא ומתן, לקשור את העסקה ולעמוד על זכויותיו לאחר קשירת העסקה מתוך עמדה של שוויון. מאחר שלקוח צרכני מצוי, בדרך כלל, בפער גדול יותר כלפי הספק מבחינת ידע וניסיון וכן מעמד כלכלי וכושר מיקוח, תהיה בדיקתם של חוזים צרכניים קפדנית יותר, וקנה המידה לקיפוח מחמיר יותר (ראו לוסטהויז ושפניץ בעמ' 70-71 והאסמכתאות המובאות שם).

22. בדרך כלל, כאשר לקוח צרכני נאלץ ליזום תביעה נגד ספק, הוא נמצא בעמדה נחותה ביחס לספק מבחינת נטל ההוכחה, הזמן לבירור התביעה וההוצאות הכרוכות בכך. חוסר האפשרות לבחור במקום שיפוט נוח לו מחמיר במיוחד את מצבו (שם, בעמ' 411).

23. בענייננו, מדובר במערכת יחסים צרכנית בין צדדים לחוזה: לקוח, שרכש חבילת נופש בצרפת, וספק, שמכר לו חבילת נופש זו. מערכת יחסים צרכנית זו מתאפיינת בפערי כוחות גדולים בין הצדדים לה.

24. התופעה של שיווק מוצרים ושירותים על ידי חברות זרות במדינות שונות, בין באופן ישיר ובין על ידי נציגות מקומית כלשהי, היא תופעה כלל עולמית רחבה. תופעה זו מביאה בכנפיה יתרונות, אך גם סיכונים ובעיות, בהם נתקלים הלקוחות. כך למשל, תופעה נלווית לסחר הבינלאומי הוא הקושי הגובר של הלקוח לממש את זכויותיו. על כן, יש חשיבות לקביעתן של נורמות, אשר יסייעו להתמודד עם השאלות והבעיות המתעוררות. יצוין כי התופעה נוגעת לכלל הלקוחות, ולא דווקא לצרכנים במובן הצר, כאשר הבעיות והפער מתעצמים עת מדובר בלקוח צרכני כבענייננו.

25. נראה, כי קיימת כיום בעולם המערבי מגמה ברורה המכירה במצב הייחודי בו נמצאים צרכנים אשר מתקשרים בהסכמים עם תאגידים שיש להם פעילות בין-לאומית כאשר הסכמים אלו כוללים תניות שיפוט במישור זה. לדוגמא, אמנת ה-Choice of Courts (2005) אשר מחריגה, בין היתר, את תחום חוזה הצרכנות מתחולתה:

"2(1) This Convention shall not apply to exclusive choice of court agreements – a) to which a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (a consumer) is a party;"

26. אמנם ישראל אינה צד לאמנה האמורה, אך מאחר שהיא עוסקת בתחולה מחייבת של תניות שיפוט זרות בלעדיות בהתקשרויות מסחריות, ניתן להקיש ממנה גם לענייננו. באמנה, אשר נכנסה לתוקף בשנת 2015, כ-30 חברות - 29 מדינות, בהן כל מדינות האיחוד האירופי (כולל צרפת), מלבד דנמרק אשר תהפוך לצד לאמנה בתחילת ספטמבר 2018, וכן מקסיקו, סינגפור והאיחוד האירופי. ארצות הברית חתמה על האמנה, אך טרם אשררה אותה.

27. לפי הספרות המקצועית העוסקת בפרשנות האמנה, המטרה הברורה של הסעיף היא להגן על צדדים מוחלשים בעסקאות מסחריות מפני תחולה מלאה של כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי, ובעיקר מפני החלה של תניות שיפוט בלעדיות במקרים של חוזים צרכניים. ראו למשל Ronald A. Brand, Paul Herrup, The 2005 Hague Convention on Choice of Courts (2008) Agreements (Commentary and Documents), בעמ' 55 :

"Article 2(1) serves the classic private international law function of excluding certain national "protective" jurisdiction of the operation of private international law treaties. The exclusion embodies the view that certain classes of persons (or persons acting in a certain capacity) deserve and require "protection" from the full rigors of the application of private international law, often because these persons are viewed as intrinsically vulnerable in civil or commercial transactions. In many instances there are mandatory rules of national law which apply in these situations and express strong public policy".

(ההדגשות אינן במקור - ג.ד.).

28. ניתן לבסס את הגישה המתבטאת בהחרגת תחולת האמנה, בין היתר, על ההכרה, כי כמדיניות ראויה בתחום השיווק הצרכני, במקום בו הספק מטריח עצמו ומגיע עד למקום מושבו של הלקוח, ומשקיע מאמצים בשיווק וכריתת עסקאות על מנת להרחיב את היקף עסקיו ורווחיו, עליו להיות נכון לעמוד מאחורי התחייבויותיו, ולאפשר ללקוח לממש את הזכויות העומדות לו כתוצאה מהעסקה בלא קושי ומאמצים מיוחדים. מעבר לכך, על הספק לקחת בחשבון, כחלק מתכניתו להרחבת עסקיו ורווחיו, את האפשרות של התדיינות משפטית במקום בו הוא משווק את שירותיו, ובכלל זה לגדר את הסיכון הכלכלי הנובע מכך. לכך יש להוסיף, כי כאשר ספק משווק מוצרים ושירותים במקום מושבו של הלקוח הוא למעשה יוצר בכך מצג לפיו הלקוח יוכל לממש זכויותיו באותו מקום.

29. בכל הנוגע למקום השיפוט, הרי שעל ספק המביא את מרכולתו ללקוחות במדינה אחרת להיות ערוך גם להתמודד עם העובדה שבין מספר רב של עסקאות שעלו יפה ותרמו להרחבת היקף עסקיו, יהיו גם מיעוט של מקרים שבהם עלול להתעורר סכסוך שיצריך התדיינות משפטית. גם מבחינת היכולת להיערך מראש ולהעריך מראש את הסיכון, יש לספק עדיפות על הלקוח, אשר בדרך כלל איננו ער לסיכונים ולעלויות הכרוכים בכך. כמו כן, לחברה הפועלת בארץ יש נגישות גדולה יותר לערכאות המשפטיות המקומיות, מאשר נגישותו של הלקוח לערכאות משפטיות בארץ זרה אשר אין לו שום קשר וזיקה אליה.

30. גם בארץ קיימות דוגמאות בחקיקה למגמה האמורה של הגנה על הצרכן מבחינת מקום השיפוט, הן ברמה המקומית והן ברמה הבינלאומית. כך למשל נקבע בתקנה 3(א1) לתקנות

סדר הדין האזרחי, כי "על אף האמור בתקנת משנה (א), היו לעסקו של התובע מספר סניפים, והיה אחד מהם בתחום השיפוט שבו מצוי מקום מגוריו או מקום עסקו של הנתבע, תוגש התובענה לבית המשפט באותו תחום שיפוט". נראה שהמגמה שמאחורי התקנת התקנה דומה למגמה שתוארה לעיל. במקרה בו הספק מגיע באמצעות סניפיו אל לקוחותיו במקומות מגוריהם, הרי שעליו גם לתבעם באותו מקום.

31. יצוין, כי תניית השיפוט הזר דנן כוללת גם התייחסות לדין שיחול על ההליך, וקובעת כי הדין שיחול הוא הדין הצרפתי.

32. בחינת הקיפוח בתניית ברירת הדין יכולה להיעשות הן לפי סעיף 4(8) לחוק והן לפי סעיף 3 לחוק.

33. חזקת הקיפוח העולה מסעיף 4(8) לחוק, מתייחסת לקיפוח ביחס לתנאי השולל או מגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסוימות בערכאות המשפטיות. לפיכך חזקה זו תתקיים כאשר יוכח, כי במסגרת התובענה דנן לא ניתן יהיה להעלות טענות ועילות מסוימות אם התיק יתברר לפי הדין בצרפת. חזקה זו מחייבת בירור עובדתי וטעונה הוכחה. בענייננו לא הוגשה חוות דעת לעניין הדין בצרפת, ולכן היועץ המשפטי לממשלה לא ינקוט עמדה ביחס לקיומו של קיפוח לפי חזקה זו.

34. עתה תיבחן חזקת הקיפוח לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחדים שלפיו בית המשפט יבטל תניה אם יש בה משום יתרון בלתי הוגן לספק.

35. הדין בצרפת, שלפיו מעוניינת קלאב מד לברר את התביעה, הוא הדין שהיא מכירה ומעדיפה, וככל הנראה מקיימת לפיו את עסקיה. בירור לפי דין זה עשוי להעניק לה יתרון משמעותי על פני צרכנים ממדינה אחרת שאינם פועלים לפי דין זה ואינם מכירים את הדין הצרפתי. זאת ועוד, ניהול התיק על פי הדין הזר עלול להרתיע תובע או לכל הפחות להכביד עליו, שכן הדבר מחייב לימוד עקרונותיה של שיטה משפטית זרה ולא מוכרת ומביא להגדלת העלויות שלו בבירור הסכסוך. לפיכך, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי גם תניית ברירת הדין בענייננו הינה מקפחת.

36. כמו כן, במישור הבין-לאומי, בדומה למגמה שתוארה לעיל בקשר לתניות שיפוט בהסכמים של צרכנים, מקובלת בעולם המערבי גישה שעומדת על הצורך בהגנה על צרכנים מפני המסגרות הרגילות של כללי המשפט הבין-לאומי פרטי. ראו לעניין זה עקרונות האג לברירת דין בהתקשרויות בין-לאומיות, אשר פורסמו בשנת 2015 על-ידי ועידת האג למשפט בין-לאומי פרטי, שבה חברות צרפת וישראל. עקרונות אלה, שנועדו לשקף מוסכמות בין-לאומיות ביחס לתחולת דין זר בהתקשרויות בעלות אופי בין-לאומי, מחריגים מתחולתם חוזים צרכניים (ראו סעיף 1 לעקרונות).

37. יצוין, כי בעניין **פייסבוק** נדונה שאלת הקיפוח של תניית ברירת דין לפי סעיף 3 לחוק, שנקבעה בחוזה כדין קליפורניה. בית המשפט, בפסק דינה של כב' הנשיאה חיות, נתן משקל למספר נסיבות, ובהן: שיטת המשפט בקליפורניה דומה לזו שבישראל; הדין הקליפורני

הוא בשפה האנגלית, המובנת לרבים מתושבי ישראל; מדובר בתובענה ייצוגית על סך 400 מיליון ש"ח; תניית ברירת הדין באה להגן על אינטרס עסקי לגיטימי כי כל התביעות תהיינה כפופות למערכת דינים אחת. בנסיבות אלה, כך קבע כבוד בית המשפט, אין בתניית ברירת הדין משום הגנת יתר על האינטרס של הספק. כב' המשנה לנשיאה מלצר הוסיף לעניין זה, כי יש לתת תוקף לתניית ברירת הדין בנסיבות המקרה, ובלבד שלא יעשה בתניה האמורה שימוש כדי "לעקוף" בעזרתה הוראות קוגנטיות שבדין הישראלי.

38. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, הנסיבות בענייננו שונות מהנסיבות שבעניין פייסבוק, שכן בענייננו ההתדיינות לפי תניית ברירת הדין תצטרך להתבצע בשפה הצרפתית, שאינה מוכרת למרבית אזרחי ישראל ולא בשפה האנגלית וכן ענייננו בתביעה אישית ולא בתובענה ייצוגית. כמו כן, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי יש לתת משקל משמעותי לשיקול ההכבדה ולשיקול ההרתעה, ולהעדיף אותם על פני האינטרס של הספק כי כל התביעות שמוגשות נגדו תהיינה כפופות למערכת דינים אחת. על כן, היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי תניית ברירת הדין בענייננו היא מקפחת.

39. יצוין לקראת סיום, כי לכאורה, ניתן לטעון כי בתיק דנן מדובר במקרה מיוחד מאחר שהתניה עוסקת בנזק שנגרם בחוץ-לארץ, ולפיכך הספק מניח מראש שמירב הזיקות יהיה למקום אירוע התאונה. ואולם, ראשית, לא הוכח כי השיקול המרכזי של הספק כאן הינו שיקול זה, ויתכן כי השיקול של ריכוז תביעות בצרפת הוא השיקול המשמעותי מבחינתו. שנית, התניה בענייננו היא גורפת, ולפיה התביעה תתברר בצרפת, אף אם היא מתייחסת לנזק שאירע מחוץ לצרפת (למשל, בישראל שבה בוצעה ההתקשרות החוזית או באתר נופש של קלאב מד באיטליה). שלישית, יתכן שאכן בבדיקה בדיעבד יסתבר שראוי יותר לנהל את התביעה בצרפת, אך בדיקה זו יכולה להתבצע באופן קונקרטי רק לאחר מעשה במסגרת הטענה של פורום לא נאות ולא כתנאי סף טרם הגשת התובענה, ויש משום קיפוח במניעה מראש של כל אפשרות תביעה במדינת המגורים של הלוקח, שכן כפי שצוין בפתח הדברים, לגישת היועץ המשפטי לממשלה, יש לבצע הבחנה בין תניית שיפוט שנקבעת באופן חד צדדי על ידי הספק לבין המבחן המהותי של הפורום הנאות לדיון. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי על בית המשפט להפעיל את המבחן המהותי, מבלי לקחת בחשבון את תניית השיפוט המקפחת.

ד. התייחסות לטענות נוספות שהעלו הנתבעות

40. היועץ המשפטי לממשלה יבקש להתייחס לשתי טענות נוספות שהעלו הנתבעות. הנתבעות ציטטו בבקשתן לעיכוב הליכים מספר פסקי דין (דלשדפר, דפני, קורן). בכל הכבוד, לא ניתן לראות בפסקי דין אלה משום הלכות מחייבות לענייננו. פסקי הדין בעניין דלשדפר נ' קלאב מדיטראנה (ת"א (שלום כ"ס) 1186/09) וקורן נ' קלוב מדיטראנה ישראל בע"מ (ת"א (שלום ת"א) 24187-09-16) ניתנו על ידי בתי משפט שלום. פסק הדין בעניין קלאב מד נ' דפני (ע"א (מחוזי ת"א) 15828-05-11) ניתן על ידי בית משפט מחוזי, ועל כן אף הוא אינו בגדר הלכה מחייבת. בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין דפני (רע"א 1992/12) לא

נפסקה כל הלכה (כפי שגם צוין במפורש על ידי בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין **פייסבוק**, ראו בפסקה 38 לפסק הדין).

41. כמו כן, הנתבעות טוענות כי עמדת היועץ המשפטי לממשלה תומכת בעמדתן, לאור העמדה אשר הגיש בעניין **פייסבוק**, בה אוזכרה פרשת דפני, אשר עסקה אף היא בעסקת רכישת חבילת נופש. אמנם, היועץ המשפטי לממשלה הזכיר את פרשת דפני בעמדתו, אך כל שציין לעניין זה הוא, שבשונה מנסיבות העניין בפייסבוק שבו השירות ניתן בארץ, בפרשת דפני השירות ניתן בחוץ-לארץ. היועץ המשפטי לממשלה לא המשיך וקבע בעמדה זו כי מסיבה זו, במצב שבו השירות ניתן בחוץ-לארץ, התניה אינה מקפחת, ולא זו הייתה כוונתו.

ה. סיכום

42. עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה היא, כי תניית השיפוט הנדונה הינה מקפחת. כאשר מדובר בחוזה אחיד יש לזכור, כי לא ניתן לבחון תניית שיפוט המופיעה בו במשקפיים הרגילים שבהם בוחן בית המשפט תניית שיפוט, מאחר שלא ניתן להניח, בסיטואציה זו, הסכמה ממשית של הלקוח. יש לבחון תניית שיפוט בחוזה אחיד באמצעות הכלים המצויים בחוק החוזים האחידים. סעיף 9(4) לחוק קובע כי חזקה שתניית שיפוט מעין זו הנדונה בתיק זה הינה מקפחת, ולפיכך על הספק לסתור אותה. בנסיבות העניין, בין אם מפעילים מבחן מחמיר יותר של הרתעת הלקוח מלתבוע ובין אם מפעילים מבחן מקל יותר של שיקולי נוחות, נראה כי התניה הנוכחית יוצרת חוסר איזון בין הצדדים, העולה כדי קיפוח, ויש לבטלה. גם תניית ברירת הדין, כך לגישת היועץ המשפטי לממשלה, הינה מקפחת, שכן בירור לפי הדין הצרפתי עשוי להעניק לקלאב מד יתרון משמעותי על פני צרכנים ממדינה אחרת שאינם פועלים לפי דין זה ואינם מכירים אותו. זאת ועוד, ניהול התיק על פי הדין הזר עלול גם הוא, בדומה לתניית השיפוט, להרתיע תובע או לכל הפחות להכביד עליו.

43. נסיבות נוספות הקיימות במקרה זה ושלאורן יש לבחון את התניה הן העובדה שמדובר בלקוחות צרכניים והעובדה שהשיווק נעשה במקום מגוריהם. נראה שנסיבות אלה מחזקות את המסקנה שמדובר בתניה מקפחת. כפי שצוין לעיל, קיימת כיום בעולם המערבי מגמה ברורה של הכרה במעמד המיוחד והמוחלט של צרכנים במישור זה, וניתן לבססה, בין היתר, על ההכרה כי כמדיניות ראויה בתחום השיווק הצרכני, במקום בו הספק מטריח עצמו ומגיע עד למקום מושבו של הלקוח, ומשקיע מאמצים בשיווק וכריתת עסקאות על מנת להרחיב את היקף עסקיו ורווחיו, הרי שעליו להיות נכון לעמוד מאחורי התחייבויותיו, ולאפשר לצרכן לממש את הזכויות העומדות לו כתוצאה מן העסקה בלא קושי ומאמצים מיוחדים. נראה כי מגמה זו אף משקפת את הציפיות הסבירות של הצרכנים, הרוכשים מוצרים ושירותים לשימוש אישי, בתי או משפחתי ואת מעמד הייחודי כקבוצה שראויה להגנה מפני אכיפה גורפת של תניות שיפוט זרות.

44. כפי שצוין בפתח הדברים, עמדה זו מתייחסת אך ורק לשאלת הקיפוח שבתניית השיפוט, ובכך שאין למנוע מהלקוח מראש את האפשרות לתבוע על פי כללי הסמכות הרגילים. גם

אם תבוטל התניה, עדיין יש צורך לבחון לגופו של עניין, מהו הפורום המתאים לדיון במקרה קונקרטי זה, ובנושא זה אין היועץ המשפטי לממשלה מביע את עמדתו.

ד"ר דניאל

דורית (יפרח) דרורי, עו"ד
פרקליטות מחוז תל אביב (אזרחי)