

## **Hotels.com L.P שותפות מוגבלת הרשומה במדינת טקסס, ארה"ב**

### **על ידי ייפוי כוח מוגבל**

ע"י ב"כ עוה"ד ד"ר גיל אוריון ו/או שירלי קציר ו/או יעד רותם  
ממשרד פישר בכר חן וול אוריון ושות', עו"ד  
מרחוב דניאל פריש 3, תל אביב, 6473104  
טלפון: 03-6941348; פקסימיליה: 03-6091116

### **המבקשת**

- נ ג ד -

### **נדב סיליס**

ע"י ב"כ עוה"ד אמיר ישראלי ו/או שלומי כהן  
מרחוב העמקים 3, קריית ביאליק, 2701402  
טלפון: 04-8555099; פקסימיליה: 04-8555110

### **המשיב**

### **ובעניין:**

#### **היועץ המשפטי לממשלה**

ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה  
מרחוב קריית המדע 5, בנין B3, קומה 5, הר חוצבים  
ירושלים, 9777605  
טל': 02-6362027; פקס': 02-6362050

### **עמדת היועץ המשפטי לממשלה**

- בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד, היועץ המשפטי לממשלה מתכבד בזאת להגיש את עמדתו, כדלקמן:
1. השאלה המרכזית המונחת לפתחו של בית משפט נכבד זה היא באילו נסיבות רשאי בית משפט ליתן היתר המצאה לחו"ל, מכוח תקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 (להלן: "**התקנות**"), נגד נתבעת שקשריה עם הצרכן הישראלי הם דרך פלטפורמת האינטרנט בלבד, ואין לה כל נוכחות פיזית בישראל.
  2. שאלה זו, טרם הוכרעה על ידי בית משפט נכבד זה, כפי שעמד על כך לאחרונה כב' השופט פוגלמן ברע"א **Booking.com B.V 7820/17 נ' דוד חוטה**, בפסקה 8 (פורסם בנבו, 2.11.2017) (להלן: "**רע"א Booking**"):
 

"בענייננו מצביעה בוקינג על שאלה עקרונית החורגת ממגבלות ההליך שלפנינו: "האם עצם העובדה שאדם בישראל יכול **לצפות** בפרסום אשר נעשה באתר אינטרנט **בינלאומי**, מובילה למסקנה שהפרסום **בוצע** בישראל, וכפועל יוצא – שאתר האינטרנט הבינלאומי כפוף **לסמכותם של בתי המשפט בישראל ולדין הישראלי** בכל הנוגע לאותו פרסום" (ההדגשות במקור – ע' פ'). אין לחדד כי השאלה האמורה טרם זכתה למענה מקיף בפסיקת בית משפט זה".
  3. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי לסוגיה זו עשויות להיות השלכות במישורים שונים הן ביחס לפרשנות של תנאי שימוש אתרי אינטרנט והן ביחס לכללי ברירת הדין וסמכות שיפוט בישראל.
  4. עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה היא שבמקרה דנן, קניית הסמכות בישראל מוצדקת. עיקרי עמדתו יובאו בסדר שלהלן: תחילה, יפורטו בתמצית הרקע העובדתי הנדרש לעניין והחלטות בתי המשפט קמא שהתירו את

ההמצאה. לאחר מכן, תוצג המסגרת המשפטית בדין הישראלי להמצאת כתבי בי-דין לחו"ל. בהמשך לכך, יבחן היועץ המשפטי לממשלה מדוע במקרה דנן יש תחולה לתקנה 500(7), וכן יתייחס בקצרה לחלופות המנויות בתקנות 500(6) ו-500(4), וכן ירחיב על הצורך להתאים את פרשנות תקנה 500 למרחב הווירטואלי העכשווי. במסגרת זו, יעמוד היועץ המשפטי לממשלה על סוגיית נאותות הפורום, כפי שבאה לידי ביטוי בהקשר הנדון. לבסוף, תתייחס העמדה בקצרה לשאלת מעמדה של תניית השיפוט הזר וברירת הדין המופיעה בהסכם בין הצדדים, תוך הפנייה לעמדה שהגיש היועץ המשפטי לממשלה, לאחרונה, ברע"א 5860/16 *Facebook inc* נ' **אוהד בן חמו**.

#### **א. רקע עובדתי**

5. חברת Hotels.com L.P (להלן: "**המבקשת**") מפעילה אתר ברשת האינטרנט (להלן: "**האתר**"), שמאפשר לבתי מלון ברחבי העולם לפרסם חדרים ללקוחות, וכן מאפשרת להזמין חדרים באמצעותו. המבקשת מאוגדת בטקסס, ארה"ב, ולטענתה, האתר מופעל משרתי מחשב הממוקמים באריזונה, מבלי שיש לה נציגות פיזית בארץ. האתר נגיש בשפות רבות, ובהן גם השפה העברית. באתר מפורסמות הצעות של מלונות בארץ ובחו"ל, הממשק לגולשים בארץ הוא ככלל בעברית והמחירים הם בשקלים חדשים. ביצוע הזמנה באתר מחייב את המשתמש לאשר את הסכמתו לתנאי ההזמנה הקבועים שם, ובהם גם תנייה המכפיפה את ההסכם לסמכות השיפוט ומקום השיפוט בדאלאס, טקסס ולדין שם.
6. ביום 11.9.2016 הגיש נדב סיליס (להלן: "**המשיב**") תובענה ובקשה לאשרה כתובענה ייצוגית. התביעה מכוונת נגד אופן הצגת המחיר באתר, אשר מוצג ללא רכיב המע"מ. לטענת המשיב, בכך מטעה החברה את לקוחותיה הישראליים, שכן הלקוחות שמזמינים דרך המבקשת חדרים במלונות בישראל נדרשים לשלם לבתי המלון תוספת תשלום בגין המע"מ, וזאת בנוסף לתשלום בו חויבו דרך האתר. לטענתו, המבקשת מפרה את חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 (להלן: "**חוק הגנת הצרכן**") ואת חוק החוזים האחדים, תשמ"ג-1982 (להלן: "**חוק החוזים האחדים**").
7. במקביל להגשת תביעתו, הגיש המשיב בקשה למתן היתר לביצוע המצאה מחוץ לתחום השיפוט. בקשת ההמצאה הוגשה מכוח תקנה 500(7), תקנה 500(4) ותקנה 500(6) לתקנות. בהחלטתו מיום 24.9.2016 נעתר בית משפט השלום (כב' השופט חסדאי) לבקשה להיתר המצאה לחו"ל.
8. בהמשך לכך, פנתה המבקשת לבית המשפט המחוזי לביטול היתר ההמצאה שניתן ע"י בית משפט השלום. בהחלטתו מיום 21.6.2017 (כב' הרשם נפתלי שילה) דן בית המשפט המחוזי בשאלת קיומה של סמכות לדון בתובענה לפי החלופות הרלוונטיות בתקנה 500, ודחה את הבקשה לבטל את היתר ההמצאה. על החלטה זו הגישה המבקשת ערעור, שנדון לפני כב' השופטת שרה דותן ונדחה בהחלטתה מיום 7.11.2017.

#### **ב. החלטות בית משפט קמא בתמצית**

##### *החלטת כב' השופט שילה*

9. בפתח החלטה זו צוין כי על מבקש היתר ההמצאה להראות כי תביעתו ראויה לטיעון, וזאת על מנת למנוע את הרחבת סמכות השיפוט במקרים של תביעות טורדניות או תביעות סרק. מבלי להידרש לעומקן של הטענות גופן, נפסק כי במקרה דנן מדובר בשאלה ראויה לדיון. לאחר מכן, נבחנו כל אחת משלוש החלופות המנויות בתקנה 500, מכוחן הגיש המשיב את בקשתו להיתר המצאה. באשר לעילת המצאה לפי תקנה 500(7), שעניינה תובענה "המבוססת על מעשה או מחדל בתחום המדינה", נקבע כי לנוכח התפתחות הטכנולוגיה, שהפכה את המרחב האינטרנטי לחוצה גבולות לאומיים, יש לראות בכל מקום שאליו מגיע הפרסום כמקום בו התרחש ה"מעשה" או ה"מחדל". משכך, נמצא כי ניתן להמציא את התביעה לחו"ל מכוח תקנה 500(7).

10. באשר לעילת המצאה לפי תקנה 500(4), שעניינה תובענה בגין חוזה, כשהחלופה הרלוונטית היא ש"החוזה נעשה בתחום המדינה", נפסק כי עילה זו אינה מתקיימת בענייננו וזאת מאחר שההסכם נכרת בארה"ב. ההנמקה לקביעה זו התבססה על סעיף 60(ב) לחוק החוזים, חלק (כללי), תשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים"), ולפיו יש לראות את מועד מסירת ההודעה במועד בו הגיעה אל הנמען או למענו. לפיכך, נקבע כי חוזה נכרת במקום קבלת הודעת קיבול, קרי מקום מושבו של המציע. במקרה דנן, מאחר והודעת הקיבול נמסרה למבקשת שיושבת בארה"ב, יש לראות בארה"ב כמקום כריתת החוזה.
11. כן נבחנה החלופה מכוח תקנה 500(6), שעניינה בקשת צו מניעה לדבר הנעשה או יעשה בתחום המדינה. כב' הרשם פסק שהיא מתקיימת בענייננו, וזאת משום שהמבקש עתר, לצד עתירתו לסעדים כספיים, גם לצווי עשה. נמצא כי על אף שהסעד מנוסח כצו עשה, קרי דרישה לביטול התנאים המקפחים בהסכם וכן להורות למבקשת לפרסם את מחיריה כולל רכיב המע"מ, ניתן לראות בו כבקשה לצו מניעה – להימנע מפרסום מחיר שלא כולל מע"מ.
12. טענת המבקשת כי אין לראות במעשה ככזה שנעשה בתחומי המדינה, לאור העובדה שאתר האינטרנט אינו מצוי בשטחי המדינה והחברה פועלת מחו"ל, נדחתה. נפסק כי מאחר ולכל הפחות חלק מהמעשה נעשה בישראל – רכיב הפרסום – מתקיים התנאי האמור בתקנה 500(6).
13. בהמשך לכך, נבחנה השאלה האם ישראל היא הפורום הנאות לדון בתובענה. כב' הרשם בחן את שלושת המבחנים לבדיקת תחולת דוקטרינת הפורום הבלתי נאות, ומצא שהיא אינה מתקיימת במקרה דנן. ראשית, ביחס למבחן 'מרב הזיקות', נקבע כי הנסיבות מעידות כי הפורום הנאות הוא ישראל, שכן התביעה מתייחסת לתחולת חוק הגנת הצרכן וזאת רק ביחס ללקוחות הישראליים; החברה מפעילה את האתר בעברית; וכן, האתר מקודם באתרים ישראליים.
14. שנית, ביחס למבחן 'הציפיות הסבירות' נקבע כי במקרה דנן, בו החברה הנגישה את האתר בעבור הציבור הישראלי, עד כי יתכן שחלק מהמשתמשים אף לא ידעו שמדובר בחברה אמריקאית, היא הייתה צריכה לצפות כי היא תהא חשופה לתביעות במקומות שונים ברחבי העולם, לרבות ישראל.
15. שלישית, ביחס למבחן 'השיקולים הציבוריים', נקבע כי במקרה דנן האינטרס הציבורי של הגנה על הצרכן הישראלי מכריע את הכף. צוין כי ראוי לקבוע נורמה לפיה במקרה בו חברה זרה מפרסמת את מוצריה בעברית, ובפרט כשהסחורה נמצאת בישראל והלקוחות משלמים עבורה במטבע ישראלי, יש להכפיפה לסמכות שיפוט ישראלית במקרים בהם ביצעה עוולה או הפרה את הדין הישראלי.
16. זאת ועוד, טענת המבקשת כי יש למלא אחר תניית השיפוט הזר, לפיה יש לקיים את ההתדיינות בטקסס ולפי הדין שם, נדחתה, וזאת בשל היותה תנייה מקפחת בחוזה אחד.

#### החלטת כב' השופטת דותן

17. בערעור על החלטת כב' השופט שילה (בתפקידו כרשם), בחנה כב' השופטת דותן צילומי מסך מתוך האתר של המבקשת, ועמדה על האופן בו מוצגים המחירים באתר זה. נמצא כי, לכאורה, אופן הצגת המחיר הוא מטעה, שכן המחיר ללא מע"מ מוצג באופן מודגש ונדרש לעשות מאמץ מיוחד על מנת להבחין בכיתוב המתייחס לרכיב המע"מ. ניתן לטעון לכאורה כי הצגת המחיר מטעה, וזאת לנוכח סעיף 17א לחוק הגנת הצרכן, שמגדיר את המונח "מחיר כולל" ככזה שמכיל בתוכו את כל התשלומים בגין הנכס או השירות, לרבות המע"מ (כאמור בס"ק 1). לפיכך, נמצא כי למשיב עומדת "תביעה ראויה לטיעון".

#### ג. דיון

#### מסגרת משפטית כללית – המצאת כתבי בי-דין לחו"ל

18. כפי שהסביר במאמרו פרופ' קרייני, זיקת הסמכות המסורתית המופעלת במשפט המקובל וכך גם בישראל, היא הימצאות הנתבע בתחומי השיפוט הטריטוריאליים בעת שנמסרה לו ההזמנה לדין (עיקרון מוכר זה מכונה – "כלל התפיסה"). כלל זה משקף את עיקרון הריבונות הטריטוריאלית, ולפיו לכל מדינה נתונה הסמכות לחוקק, לשפוט ולבצע את דיניה בשטחה. כפועל יוצא מכך, אם האדם או הנכס (כתלות בסוג ההליך) מצוי בשטחי המדינה בעת פתיחת ההליך, קונה בית המשפט של אותה מדינה סמכות שיפוט בין-לאומית [מיכאיל קרייני "שיקולי הפורום הנאות: מסעם אל תום האלף השני ומעבר לו: הרהורים ומחשבות בעקבות פסק דין הגבס א' סיני (1989) בע"מ נ' The Lockformer Co." **מחקרי משפט יט** 67, 78-80 (2002) (להלן: "קרייני")].
19. עם השנים, נחלשה ההצמדות הדוקנית לכלל התפיסה וכן ירד קרנה של הגישה הטריטוריאלית. זאת, בין היתר, לאור התמורות שחלו באמצעי התחבורה שהגבירו את ניידות האנשים, ותרמו לכך שבמקרים רבים נוכחותו של אדם במדינה זו או אחרת הינה ארעית או אף מקרית בלבד [קרייני, בעמודים 80-81].
20. בדין הישראלי, רשאי בית המשפט, המוסמך לדון בהליך, להרחיב את סמכותו הבינלאומית מעבר לאותו כלל תפיסה, בין היתר, מכוח שלוש חלופות מרכזיות: מכוח חוק מפורש המרחיב את הסמכות הבין-לאומית של בית המשפט בעניין מסוים (ראה, למשל: סעיף 76 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962); מכוח הסכמת הצדדים; מכוח ההסדר להמצאת כתבי בי-דין לחו"ל המעוגן בתקנה 500 לתקנות [איילת בן-עזר ויעד רותם "רכישת הסמכות הבינלאומית מכוח תקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984: גישה חדשה" **מאזני משפט ד** 317, 318-317 (תשס"ה) (להלן: "בן-עזר ורותם")].
21. המקרה שלפנינו עוסק בשאלת סמכותו הבין-לאומית של בית המשפט מכוח תקנה 500, באמצעותה קונה בית המשפט הישראלי סמכות שיפוט על נתבע זר, ומשכך נרחיב עליה את הדיון. תקנה 500 מפרטת רשימה סגורה של עילות המצאה, מכוחן רשאי בית המשפט להתיר המצאת כתבי בי-דין לחו"ל [ע"א 9725/04 **אשבורן חברה לסוכנויות ומסחר בע"מ נ' CAE Electroics Ltd**, בפסקה 6 לפסק דינו של כב' השופט גרוניס (כתוארו אז) (פורסם בנבו, 4.9.2007) (להלן: "עניין אשבורן")].
22. על המבקש מבית המשפט היתר המצאה מכוח תקנה 500 לעבור שלוש משוכות: ראשית, עליו להראות שעניינו מקיים לפחות אחת מן העילות של זיקה למדינה המפורטות בתקנה; שנית, אם הוכחה עילת המצאה, על המבקש להראות כי אין מדובר בתביעת סרק או בתביעה טורדנית, ולשכנע את בית המשפט כי תביעתו מעוררת לכל הפחות "שאלה רצינית שיש לדון בה"; לבסוף, לבית המשפט נתון שיקול הדעת להחליט האם להיענות לבקשה, ובמסגרת הפעלת שיקול דעת זה הוא נדרש לבחון האם בית המשפט הישראלי הוא הפורום הנאות לדון בתביעה, או אם יש פורום זר המתאים לכך יותר [רע"א 6403/14 **שירות מזור א' לתקון ושפץ מוצרי חשמל ביתיים בע"מ נ' WHIRLPOOL EURPE S.R.L ITALY**, בפסקה 15 לפסק דינו של כב' השופט סולברג (פורסם בנבו, 7.1.2015) (להלן: "עניין מזור")]; רע"א 2939/13 **זיל פלדמן נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ**, בפסקה ח' לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 19.5.2013); **עניין אשבורן**, בפסקה 6].
23. כאמור, ההסדר המגולם בתקנה 500 אינו מסתפק בהתקיימות אחת מהעילות המנויות בו, המבטאות זיקה כלשהי לישראל, כי אם דורש כי יתקיימו תנאים נוספים. הפסיקה והספרות עמדו על כך שהסדר זה מקדם שתי תכליות מרכזיות: האחת, למנוע "עימות" בין הפורום הישראלי לבין פורום זר בנוגע לבירור התביעה; השנייה, לנהוג בכיבוד הדדי של ריבונות מדינות זרות, בהן נמצא הנתבע לגביו ניתן היתר המצאה, וזאת כמתחייב מעיקרון ה"נימוס" הבין-לאומי המסורתי [ע"א 837/87 **סרג'יו הויזה נ' דן הינדי**, פ"ד מד(4) 545, בפסקה 3 לפסק דינו של כב' השופט גולדברג (פורסם בנבו, 9.1.1990) (להפניות המפורטות שם)]. לאור הרגישות הכרוכה בהפעלת סמכות השיפוט הבינלאומית, גישת הפסיקה הישראלית להפעלת סמכות זו היא "זהירה" [רע"א 1739/17 **Michael Flacks נ' Stephen Bisk**, בפסקה 14 לפסק דינו של כב' השופט דנציגר (פורסם בנבו, 31.12.2017) (וההפניות המצוינות שם)].

24. כפי שיפורט בהמשך, ניתן להצביע, בשנים האחרונות, על מגמה כללית שמשקפת פרשנות דינאמית של תקנה 500 ומותאמת למציאות העכשווית. פרשנות זו נדרשת לאור ההתפתחויות הטכנולוגיות של ימינו. בעידן הנוכחי, מתפרסת הפעילות האנושית והמסחרית מעבר למתחמים גאוגרפיים פיזיים, וברובה מתקיימת במרחב שהוא בעיקרו וירטואלי – באינטרנט ובאמצעות דואר אלקטרוני.

#### **בחינתן של החלופות המנויות בתקנה 500**

25. החלטת כב' הרשם שילה בבקשה לביטול היתר ההמצאה, קבעה כי במקרה דנן מתקיימות הן החלופה שבתקנה 500(6) והן החלופה שבתקנה 500(7), ונדחתה החלופה שבתקנה 500(4). היועץ המשפטי לממשלה סבור שבצדק ניתן היתר המצאה בהתבסס על שתי החלופות הללו, ועל כך יורחב להלן.

**"מעשה או מחדל בתחום המדינה" או "דבר הנעשה או עומד להיעשות בתחום המדינה".**

26. תקנה 500(7) קובעת כי-

500. רשאי בית המשפט או רשם שהוא שופט, להתיר המצאת כתב בי-דין אל מחוץ לתחום המדינה באחת מאלה:

...  
(7) התובענה מבוססת על מעשה או על מחדל בתחום המדינה

הפסיקה הישראלית יישמה תקנה זו על תביעות מתחומי משפט שונים, כגון תביעות בעילות נזיקיות ותביעות בעילות חוזיות [רע"א 925/17 **הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת** (ע"ר) נ' **AU Optronics Corporation**, בפסקה 5 לפסק דינה של כב' השופטת חיות (כתוארה אז) (פורסם בנבו, 31.7.2017) (להלן: "**עניין התנועה הצרכנית**")]. בפרשנותם את התקנה, בתי המשפט חזרו והדגישו כי על המעשה או המחדל להתרחש בישראל, ואין די בהתקיימות הנזק בתחומי המדינה [ע"א 565/77 **אפרים מזרחי נ' NOBEL'S EXPLOSIVES CO. LTD**, לב(2) 115 (פורסם בנבו, 16.3.1978); **עניין מזור**, בפסקה 18; **עניין התנועה הצרכנית**, בפסקה 5].

27. עם זאת, ובבחינת למעלה מן הצורך, שכן במקרה דנן סבור היועץ המשפטי לממשלה שהמעשה העולתי נעשה בתחומי המדינה ולא רק הנזק שנגרם בעקבותיו, יוער כי נשמעו קולות, הן בפסיקה והן בספרות, הקוראים לרפורמה בתקנה זו על מנת שתחול גם על מקרים בהם הנזק נגרם בתחומי המדינה. לעניין זה, יפים דברי כב' השופטת חיות (כתוארה אז) בעניין **התנועה הצרכנית** (בפסקה 6), הקוראת למחוקק להידרש שוב לנוסח התקנה-

... לפני סיום אוסיף כי התוצאה שאליה הגעתי יש בה כדי לעורר אי נחת מסוימת. אכן, מצב שבו הצרכן הישראלי לא יוכל להיפרע מגופים שחברו, לכאורה, לקרטל בינלאומי שבעטיו נגרם לו נזק הוא מצב בלתי רצוי, ומבחינה זו ספק אם התקנה בנוסחה הנוכחית הולמת את מגמות הגלובליזציה וההתפתחויות הטכנולוגיות בעולמנו...

[ראה גם: רע"א 8195/02 **אלעד שיטרי נ' Sharp Corporation**, נח(1) 193, בפסקה 2 (פורסם בנבו, 24.8.2003); **בן-עזר ורותם**, בעמודים 334-335].

28. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, עמדה זו, המשקפת אי נוחות ממצב שבו הצרכן הישראלי לא יוכל להיפרע מחברות גדולות בינלאומיות, מחזקת אף היא את המסקנה כי ניתן לראות בפרסום הנעשה באינטרנט ומכוון לצרכן הישראלי כמעשה שנעשה בישראל לצרכי תקנה 500(7). בפרט כשבעניינו הפרסום נעשה בעברית וכוון לצרכן הישראלי ובפרט כשמדובר בשירות הממוקם בתחומי המדינה (בתי המלון הישראליים), פרשנות זו תואמת את המציאות הטכנולוגית בימינו אנו, ואת הפיכתו של האינטרנט לכלי צרכני מרכזי במרחב הווירטואלי.

29. עתה יבהיר היועץ המשפטי לממשלה את הרציונאלים העומדים בבסיס גישה זו: לידתה של רשת האינטרנט, ובפרט התפשטותה הגלובלית המהירה בעשורים האחרונים, מציבה אתגרים משפטיים רבים לפני מערכות משפט מסורתיות. כפי שעמדה על כך ד"ר אגמון-גונן במאמרה, בעוד שרשת האינטרנט מאופיינת בגלובליות ובקישוריות שהיא יוצרת בין גולשים מלאומים ומדינות שונים, שיטות המשפט המדיניות הן מטבען מקומיות וחלות בעיקר באזורים גאוגרפיים תחומים [מיכל אגמון-גונן "האינטרנט

כעיר מקלט! הסדרה משפטית לאור אפשרויות העקיפה הטכנולוגיות וגלובליות הרשת" **משפט, חברה ותרבות** 207, 213-214 (תשע"א).

30. יתרה מכך, האינטרנט מציב לפנינו אף קושי קונספטואלי להחיל כללים ועקרונות שעוצבו מתוך מחשבה על המתקיים במישור הפיזי-טריטוריאלי. כאמור-

הרשת אינה נמצאת במדינה אחת יותר מאשר במדינה אחרת. הרשת נמצאת בכל מדינה בכל רגע נתון. כיוון שכך, עלינו להתנתק מהתפישות הטריטוריאליות שאנו כבולים אליהן כל כך ולחפש פתרונות אחרים. [נאוה כהן-צוריאלי "סמכות השיפוט באינטרנט" **שערי משפט** א(2) 1, 11 (תשנ"ח)]

31. בשנים האחרונות התחזקה הגישה כי בהפעלת כלל הסמכות המקומית יש לראות במעשה או מחדל שנעשה על גבי רשת האינטרנט כמעשה או מחדל ש"נעשה בכל מקום".

32. כך נקבע, בפסיקת בתי המשפט בערכאות דלמטה, כי ככלל, בתובענות הנוגעות להתקשרות באמצעות האינטרנט, הסמכות המקומית מוקנית לכל בית משפט בישראל שכן בהיות האינטרנט חסר מיקום מוחשי או קונקרטי שבו מתבצעת הפעולה נשוא התביעה, הרי שהסמכות היא "כלל מדינתית" [רע"א 530/12 **שמחה יעקובוביץ נ' יוסף (ג'ו) אדוארד זיאס**, בפסקה 14 (פורסם בנבו, 28.3.2012); ב"ש (י-ם) 8033/06 **אלון שטיינברג נ' חיים לוי**, בפסקאות 45-46 (פורסם בנבו, 10.4.2007) (להלן: "**עניין שטיינברג**")]; בש"א (י-ם) 2841/03 **רעות אלקטרוניקה ורכיבים בע"מ נ' מראות אימאג' בע"מ** (פורסם בנבו, 14.12.2003); ת"ק (ת"א) 5331/06 **לחמי סער נ' חב' "אלקטרו - שופ בע"מ"** (פורסם בנבו, 26.11.2006)].

33. ברוח זו אף תוקנה בשנת 2016 תקנה 3 לתקנות שעניינה סמכות המקומית, והוסף ס"ק (א2) שקובע כי-  
(א2) על אף האמור בתקנת משנה (א), תובענה בשל פרסום או סחר ברשת האינטרנט תוגש לבית המשפט שבאזור שיפוטו מצוי מקום מגוריו או מקום עסקו של הנתבע או מקום מגוריו או מקום עסקו של התובע, בלבד, ויחולו האמור בתקנת משנה (א1).  
34. ברי, כי אין מקום להקיש באופן אוטומטי מהכללים בדבר הסמכות המקומית לכללים בדבר הסמכות הבין-לאומית, שכן השיקולים שעומדים ביסוד כל אחת מן הסמכויות הללו אינם זהים. הפסיקה אף הפחיתה בחשיבות הסמכות המקומית, ובייחוד נוכח שטחה הקטן יחסית של המדינה, ולנוכח השיקולים העומדים ביסוד סמכות זו שהינם בעיקרם מערכתיים ונוגעים לניתוב תיקים וויסות העומס המוטל על כתפי בתי המשפט, וכן שיקולי נוחות הצדדים [רע"א 11180/08 **עיריית מודיעין - מכבים-רעות נ' ארד ד. הנדסה בע"מ**, בפסקה 8 (פורסם בנבו, 6.5.2009)].

35. קושי נוסף בהיקש מכללי הסמכות המקומית הינו שבמקרה של הפעלת סמכות השיפוט הבין-לאומית בכלל, ובפרט במדיום הווירטואלי, קיימים אתגרים נוספים, ובכללם התנגשויות סמכויות ודינים והיעדר הרמוניה בין מערכות משפט שונות. ר' דברי כב' השופט טננבוים-

"נדגיש שוב, השיקולים בעניין הסמכות המקומית שונים ופשוטים. האינטרס בפירוש התקנות איננו קשור לצורך בהרמוניה של הדין העולמי, יצירת הסכמה בין מדינות ריבוניות, וכיוצא בזה. כולו טכני ונוגע בעיקר לנוחיות הדיון ואיזון האינטרסים בין שני המתדיינים. המתדיינים כולם ישראלים, הדין החל הוא זהה בכל מחוז ומחוז של מדינתנו הרחבה, ודבר אין לו עם שאלת סמכות השיפוט באינטרנט".

[**עניין שטיינברג**, בפסקה 19]

36. לצד האמור לעיל, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי במקרים המתאימים ניתן לאמץ את העקרונות שנקבעו במסגרת כללי הסמכות המקומית בהקשר זה גם לעניין הסמכות הבינלאומית.

37. כך למשל, גישה לפיה במקרה של פרסום הנעשה באינטרנט, מקום ה"מעשה" או ה"מחדל" יצומצם רק למקום בו נמצאים שרתי הגוף המפרסם, או לחילופין מקום מושבו של המפרסם, היא גישה שאינה הולמת את המציאות הטכנולוגית העכשווית, מאפשרת מקריות, במקרה הטוב, ופורום שופינג במקרה הפחות טוב.

38. אף פסיקתו של בית משפט נכבד זה שדנה בסוגיה זו בהקשר של סמכות שיפוט בין-לאומית קבעה, כי בעולם המודרני ההתנהלות חורגת מגבולות טריטוריאליים מוגדרים. כך למשל, כבר לפני למעלה מעשור, **בעניין אשבורן**, שבו ניתן היתר המצאה לחו"ל מכוח תקנה 500(7) בגין ניהול משא ומתן בחוסר תום לב, נדון מיקומו של משא ומתן המתנהל באמצעות דואר אלקטרוני. נקבע כי בעצם העובדה שהמבקש קיבל את הדוא"ל במדינה

די בה כדי להקנות היתר המצאה מכוח מעשה שנעשה בתחומי המדינה. מפאת חשיבותם, יובאו הדברים כלשונם-

כאשר מדובר בשני צדדים למשא ומתן הנפגשים סביב שולחן, ברורה מאלה התשובה לשאלה היכן התנהל המשא ומתן. אולם, פעמים רבות אין הדברים מתנהלים כך בעולם המודרני. בעולם זה, על אמצעי התקשורת הקיימים בו, קשה לעיתים לקבוע היכן מתנהל משא ומתן, והיכן השתכלל חוזה. כך, ביכולתם של צדדים לנהל משא ומתן באמצעות טלפון, פקסימיליה ודואר אלקטרוני, תוך שימוש בכל אחד מאלה או בכלם יחדיו. אפשרות נוספת שיש להזכירה הינה שיחת וידאו מרובת משתתפים, כאשר כל משתתף נמצא במדינה אחרת. במצבים הנזכרים מתעוררות שאלות באשר למקום כריתת החוזה. בענייננו, אין אנו עוסקים בשאלת מקום הכריתה, אלא בשאלה היכן בוצע המעשה, שהיווה לכאורה ניהול משא ומתן בחוסר תום לב. המערערת סומכת את טיעוניה, כאמור, בעיקר על הודעות דוא"ל שנשלחו אליה ארצה. די בכך על מנת שנאמר כי נתמלאה הדרישה שבתקנה 500(7) באשר למקום המעשה.

[עניין אשבורן, בפסקה 16].

39. ברוח זו פסקו בשנים האחרונות גם בתי משפט מחוזיים. למשל, בעניין **Linkdin**, נפסק -

41. אין בידי לקבל טענת המבקשות, לפיה המעשים או המחדלים המיוחסים להן לא בוצעו בישראל. סבורתני כי בעידן האינטרנטי, די בכך כי הפעולה נשוא התובענה, קרי משלוח הדואר האלקטרוני, בוצעה עבור או עם ישראלים, על מנת להקים עילת המצאה מכוח הוראות תקנה זו. אין מקום לקבל את הטענה, לפיה קבלת הדואר האלקטרוני נשוא התובענה בישראל משמעה כי אך הנזק נגרם בישראל, ולא המעשה או המחדל. במילים אחרות: קבלת הדואר האלקטרוני בישראל משמעה כי המעשה נעשה בישראל.

45. דומה כי הפעילות בעולם הווירטואלי, ובכללה באינטרנט ובאמצעות הדואר האלקטרוני, חוצה גבולות. על בית המשפט להתאים את הוראות החוק למציאות המתפתחת ולהגיע למסקנות, המתיישבות עם החוק הקיים, הקידמה וההיגיון גם יחד. משכך, אין עוד מקום לשיטתי להשקפה מצומצמת, ולפיה מקום משלוח הדואר האלקטרוני או מקום הימצאם של השרתים הוא מקום המעשה. המעשה, לשיטתי, מתפרס גם על מקום קבלתו של המייל על ידי הנמען, קרי ישראל.

[ת"צ (מרכז) 10822-02-15 **LinkedIn Corporation** נ' **איתי לנואל**].

40. בעניין אחר נפסק, בהסתמך על עניין **יעקובוביץ'**, כי-

הפרסום ברשת האינטרנט מעצם טיבו וטבעו פורץ גבולות טריטוריאליים, חשוף לעיני כל משתמש ברשת האינטרנט ברחבי העולם כולו בכל זמן נתון ומשכך אין עוד, לדידי, מקום לראיה מצמצמת התוחמת את המעשה למקום מושבו של המפר.

המעשה המפר התבצע ומתבצע שעה, שעה בכל מקום בו קיים חיבור לרשת האינטרנט, לרבות בישראל, קרי; בתחום המדינה ומשכך להשקפתי יש לקבוע כי תובענה המבוססת על פרסום מפר זכויות שנעשה ברשת האינטרנט באה בגדרה של תקנה 500 (7) לתקנות...

[ת"א (ת"א) 30847-12-13 **OLIVIER CIAPPA** נ' **שאל דדון**, בפסקה 14 (פורסם בנבו, 8.6.2014)].

41. כך גם בעניין **Booking**, שעניינו אישור תובענה ייצוגית נגד חברה בינלאומית המפעילה אתר להזמנת שירותי מלונאות, המותאם בין היתר, לצרכן הישראלי. כמו בענייננו, נטען לגבי **Booking** כי היא מבצעת הטעיה נגד הצרכן הישראלי בהצגת המחיר ללא רכיב המע"מ. בהליך שהתנהל לפני בית המשפט המחוזי בתל-אביב יפו, טענה החברה כי מאחר ושרתיה ממוקמים בהולנד, אין לראות בהטעיה, לכאורה, בהצגת המחיר כמעשה המבוצע בתחומי המדינה. כב' השופטת דותן דחתה טענה זו, תוך שעמדה על האנלוגיה שניתן לערוך משאלת הסמכות המקומית לתחולת תקנה 500(7) על פרסום הנעשה באינטרנט-

לשון תקנה 3(א)5) ותכליתה זהים להוראות תקנה 500(7) המעניקה סמכות שיפוט מקומית ביחס לעוולה שבוצעה מחוץ לתחום המדינה. לטענת המערערת עניין **יעקובוביץ'** כוחו יפה לבחינת הסמכות המקומית בישראל ואין להרחיב האמור בו לענייננו. סבורני כי הנקודה המהותית שיש ליישמה בשאלה המונחת לפני הנה מקום ביצוע העוולה, שעה שמדובר בפרסום חובק עולם המבוצע באמצעות רשת האינטרנט.

[ע"ר (ת"א) 9006-03-17 **Booking.com B.V** נ' **דוד חוטה**, בעמ' 5 (פורסם בנבו, 9.8.2017)].

42. יש לציין כי הוגשה על כך בקשת רשות ערעור לבית משפט נכבד זה (רע"א 7820/17). נפסק כי מאחר וניתן לתת היתר המצאה מכוח בתקנה 500(10), לא נדרש להכריע בשאלה האם פרסום באינטרנט הינו כ"מעשה הנעשה בתחומי המדינה".

43. לבסוף, יובהר כי אין בעמדה זו כדי לקבוע מסמרות כי תמיד ובכל מקום בו נעשה פרסום באינטרנט יש לקבוע כי הוא בגדר מעשה שנעשה בתחומי המדינה. לדעת היועץ המשפטי לממשלה, ניתן לקבוע כן במקרים המתאימים. בענייננו חברו יחד מספר אינדיקציות שבגינן יש לראות את המעשה כנעשה בתחומי המדינה- הפרסום באתר המבקשת הוגש לצרכן הישראלי; התביעה מוגשת על ידי משתמשים ישראלים ועילתה היא עילה צרכנית; ובתי המלון הנוגעים לתביעה נמצאים בישראל. לא מתחייב כי כל התנאים הללו יתקיימו גם

במקרים אחרים, על מנת לקבוע כי יש מקום ליתן היתר המצאה, אך בוודאי בענייננו, בו הצטברו נסיבות רבות יש מקום לקבוע כי המעשה או המחדל נעשה בישראל ולפיכך מתקיימת תקנה 500 (7).

44. יתרה מכך, כפי שעמדה על כך כב' השופטת דותן, לאחר שבחנה צילומי מסך מתוך האתר של המבקשת, בעמודים שהציגו את המחיר של מלונות בארץ היה מצוין (אם כי, בכיתוב קטן) **"כולל מיסים ועמלות לא כולל מע"מ לאזורי מדינת ישראל"** [ראה בעמ' 6 לפסד הדין]. לפיכך, על פניו, נראה שקשה להלום את טענת המבקשת לפיה הפרסום אינו מכוון לתייר הישראלי.

45. היועץ המשפטי לממשלה יבחן עתה, בקצרה, את תקנה 500(6), הקובעת כי –

מבקשים צו מניעה לגבי דבר הנעשה או עומד להיעשות בתחום המדינה, או מבקשים למנוע או להסיר מטרד בתחום המדינה, בין אם מבקשים גם דמי נזק בקשר לכך ובין אם לאו;  
46. כפי שהסבירה פרופ' פסברג, תקנה 500(6), בדומה לתקנה 500(7), מבוססת על הזיקה העניינית של התנהגות בתחומי ישראל. כאמור, בעוד תקנה 500(7) מתמקדת במעשה או מחדל שנעשה בתחומי ישראל, תקנה 500(6) מאפשרת להזמין נתבע הנעדר מהמדינה על מנת שניתן יהיה להוציא כנגדו צו מניעה להימנע מעשיית אותו מעשה, וללא תלות בשאלה האם התבקשו גם דמי נזק [סיליה וסרשטיין פסברג **משפט בין-לאומי פרטי**, כרך א', בעמ' 387 (2013)]. משכך, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי ניתן להחיל בענייננו גם את תקנה 500(6).

47. לבסוף, היועץ המשפטי לממשלה סבור שיש להידרש בקצרה לחלופה שבתקנה 500(4)(א), הקובעת כי –

(4) התובענה היא לאכוף חוזה, לבטלו, להפקיעו או לפסלו או לעשות בו על דרך אחרת, או לקבל דמי נזק או סעד אחר בשל הפרתו, באחד המקרים האלה:  
(א) החוזה נעשה בתחום המדינה;

48. כב' השופט שילה קבע שבענייננו חלופה זו אינה מתקיימת, וזאת כי יש לראות בארה"ב, מקום מושבה של המבקשת, את מקום כריתת החוזה. הנמקתו התבססה על עמדתם של פרופ' כהן ופרופ' פרידמן, לפיה יש להקיש מסעיף 60(ב) לחוק החוזים, שקובע כי יש לראות את מועד מסירת הודעת הקיבול כמועד בו הגיעה אל הנמען או למענו. מכאן, נובע כי החוזה נכרת עם מסירת הודעת הקיבול, קרי במקום קבלתה על ידי המציע [עמודים 10-11 להחלטת כב' השופט שילה; דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים, כרך א', 208-210 (1991)].

49. ניתוח זה עולה בקנה אחד אף עם פסיקת בית משפט נכבד זה **בעניין נירמליק** [רע"א 9328/12 **נירמליק בע"מ נ' חברה באחריות מוגבלת סובורובה** (פורסם בנבו, 21.4.2013) (להלן: **"עניין נירמליק"**)]. כפי שהבהיר כב' השופט עמית (פסקה 8) –

סעיף 5 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים) קובע כי "הקיבול יהיה בהודעת הניצע שנמסרה למציע". בכך ביכר המחוקק הישראלי את "תורת המסירה" ולפיה החוזה נכרת עם מסירת הודעת קיבול למציע (או למענו), על פני "תורת השיגור" ולפיה החוזה נכרת עם משלוח הודעת הקיבול

50. יובהר כי קביעה זו לא נתקפה וכי הצדדים לא העלו טענות הנוגעות לה בהליך זה, ומשכך היא אינה עומדת לדיון. על אף האמור, היועץ המשפטי לממשלה סבור שמבלי לקבוע מסמרות בעניין, יש מקום לבחון באופן מעמיק, בבוא העת ובנסיבות המתאימות, האם פרשנות זו תואמת את תמורות הטכנולוגיות שהתחוללו בעשורים האחרונים.

#### **הפעלת סמכות השיפוט הבין-לאומית במרחב הווירטואלי – דוגמאות ממדינות אחרות:**

51. בדומה לאתגר שמציבה המציאות הטכנולוגית העכשווית להפעלת סמכות השיפוט הבין-לאומית של מערכת המשפט הישראלית, גם בתי משפט נוספים ברחבי העולם מתמודדים עם צורך להתאים דוקטרינות סמכות שיפוט שעוצבו לפני שנים רבות לעידן הווירטואלי [Alan M. Trammell and Derek E. Bambauer, *Personal Jurisdiction and the Interwebs*, 100 CORNELL L. REV. 1129, 1130-1131 (2015)]. בשל חשיבותו של הנושא, נציג בקצרה מספר דוגמאות המלמדות כיצד בתי משפט במדינות אחרות התמודדו עם המורכבות המתעוררת בסוגיית החלת סמכות השיפוט הבין-לאומית על המרחב הווירטואלי, ובפרט בסוגיית הפעלת הכללים הנוגעים לשליחת הזרוע הארוכה ולמתן היתרי המצאה מחוץ לתחומי המדינה ("long arm statutes"). נציין כי אין מדובר בניתוח משווה ממצה וכי בסוגיה הנדונה בהליך זה עולות, כל העת, שאלות רבות ודילמות ברחבי העולם, שבחלקן חורגות מהדיון שלפנינו.



52. בתי משפט במדינות שונות בארצות הברית מתמודדים בשנים האחרונות תדיר עם השלכות המרחב האינטרנטי, ובעקבות כך אף פותחו מספר גישות ייחודיות להפעלת סמכות השיפוט על מעשים המתבצעים ברשת האינטרנט [Bharat Saraf and Ashraf U. Sarah Kazi, *United States and Australian Principles on Internet Jurisdiction: A Case for Australia to Consider United States' Hegemony on Internet Jurisdiction*, 26 INT'L REV. L. COMPUTERS & TECH. 49, 50 (2012)].
53. בתי משפט בארה"ב יישמו עקרונות שהתווה בית המשפט העליון של ארה"ב בשנת 1984 בעניין **Calder** [Calder v. Jones (1984) 465 U.S. 783] תוך אדפטציה שלהם למרחב הווירטואלי. בתמצית, בעניין **Calder** נדונה תביעה בגין לשון הרע שהגישה תובעת בבית משפט בקליפורניה, נגד כתב ועורך מגזין תושב פלורידה. הסכסוך עסק בכתבת מגזין שנכתבה ונערכה בפלורידה, בעוד שהתביעה הוגשה בקליפורניה, כשהצדקה לכך היא שהמגזין הנ"ל זכה לתפוצה רחבה בקליפורניה. בית המשפט העליון נדרש לשאלה האם קליפורניה הייתה רשאית להחיל סמכות שיפוט בין-לאומית על התביעה, וענה על כך בחיוב.
54. לפי מבחן זה, החלת סמכות השיפוט של קליפורניה הייתה הולמת במקרה הנ"ל, שכן הנזק נגרם לתובעת בקליפורניה, שם היא עבדה וחייה, וכן, שם הייתה תפוצה נרחבת למגזין. עוד נקבע כי בהיבט של הגינות דיונית, ניתן להחיל סמכות שיפוט אישית נגד נתבע בכל פורום בו יש לו "קשרים מינימליים" (minimum contacts), קרי יש לבחון הקשרים הקיימים בין הנתבע לפורום ולהליך הנדון [Saraf and Kazi, בעמ' 50].
55. מבחן נוסף שהתפתח בפסיקה האמריקאית הוא "מבחן המטרה" (targeting test). לפי מבחן זה, ניתן להחיל סמכות שיפוט בין-לאומית כלפי נתבע אשר היה מעורב במעשה עוולתי נגד תובע מסוים, אם הוא היה מודע לכך שאותו תובע הוא תושב בפורום המקומי וכי קיימת כוונה ליעד את העוולה כלפי אותו תובע. קרי, בלב המבחן עומדות כוונות בעלי הדין, והצעדים שהם נקטו בבואם לפעול בתחומי סמכות השיפוט של הפורום. כאשר מבחן מיובא למישור הווירטואלי, יש לבחון האם אותם מעשים היו מכוונים באופן ספציפי לפורום המקומי [Saraf and Kazi, בעמודים 50-51].
56. לצד שתי דוקטרינות מסורתיות אלו, שהתפתחו עוד טרם העידן הווירטואלי, דוקטרינה מודרנית שאומצה בבתי משפט רבים בארה"ב פותחה בשנת 1997 בעניין **Zippo**. בבסיסה, הרחבת מבחן ה"קשרים המינימליים" המסורתי, וזאת באמצעות בחינת רמת ה"אינטראקטיביות" (interactivity) של אתר האינטרנט הנדון ואופיו המסחרי, קרי היקף העברת המידע בין מפעילי האתר למשתמשים והאפשרות לבצע באמצעותו עסקאות מסחריות. לפי דוקטרינה זו, שזכתה לפופולריות רבה בפסיקה ובספרות [Saraf and Kazi, בעמוד 51] ישנו מנעד של סוגי אתרים (ומשך היא מכונה Sliding scale), המאופיינים ברמות אינטראקטיביות משתנות ובאופיים המסחרי. בקצה האחד אתרים "פסיביים", המשמשים, בלבד, להפצת מידע, ומשך הם, ככלל, לא משמשים בסיס ליצירת סמכות שיפוט בין-לאומית. בקצה השני של המנעד, אותם אתרים המשמשים באופן מובהק ליצירת קשרים עסקיים עם משתמשים. לפיכך, כאשר מפעילי אתרים מסוג זה, באופן מודע ושיטתי, יוצרים קשרים באמצעות פלטפורמת האינטרנט, ניתן יהיה להחיל עליהם את סמכות השיפוט הבין-לאומית, תוך מתן היתר המצאה לחו"ל. לבסוף, מצבי הביניים הם אתרי אינטרנט בהם מתקיימת החלפת מידע מסוימת בין המשתמש למחשב המארח, ומשך לגביהם החלת סמכות השיפוט הבין-לאומית תקבע בכל מקרה לגופו, בהתאם לרמת האינטראקטיביות של האתר ולאופיו המסחרי [Zippo Mfg. Co. v. Zippo Dot Com, Inc., 119 F. Supp. 1123-1124 U.S. Dist. (1997)].
57. בעניין **Zippo**, נדונה תביעה להפרת סימן מסחר, ובמסגרתה יצרן מציתים (Zippo) מפנסילבניה תבע סוכנות ידיעות אינטרנטית שבסיסה בקליפורניה (Zippo Dot Com). הנתבעת, סיפקה ידיעות לכ-3000 משתמשים היושבים בפנסילבניה, כאשר אותה פלטפורמה נועדה להשאת רווחים מסחריים מבחינת החברה, בין היתר, על ידי פרסומים שונים באתר החברה. לפיכך, נפסק כי הנתבעת בחרה במודע לקיים עסקים עם מדינת פנסילבניה, ומשך נטלה על עצמה את הסיכון כי ביום מן הימים היא עלולה להיתבע בפורום המקומי.

Dot Com was under no obligation to sell its services to Pennsylvania residents. It freely chose to do so, presumably in order to profit from those transactions. If a corporation determines that the risk of being subject to personal jurisdiction in a particular forum is too great, it can choose to sever its connection to the state. Id. If Dot Com had not wanted to be amenable to jurisdiction in Pennsylvania, the solution would have been simple - it could have chosen not to sell its services to Pennsylvania residents.

**עניין Zippo**, בעמודים 1126-1127; ראה גם: Thomas A. Dickerson, Cheryl E. Chambers and Jeffrey A. Cohen, *Personal Jurisdiction and the Marketing of Goods and Services on the Internet*, 41 HOFSTRA L. REV. 31, 38-39 (2012).

בתביעה אחרת בגין הפרת סימן מסחר, נבחן האופן בו בית משפט בקולורדו יישם את מבחן האינטראקטיביות של האתר, וזאת במסגרת הפעלת כלל מדינתי להיתר המצאה שקובע כי לבית המשפט בקולורדו סמכות ליתר היתר כאשר 'מעשה עוולתי התבצע בתחומי המדינה' (The commission of a tortious act within this state). בית המשפט בקולורדו פסק כי במקרה הנ"ל היה מדובר באתר בעל רמת אינטראקטיביות בינונית, שכן הוא אפשר לרכוש מוצרים שלא דרכו ישירות, כי אם באמצעות קישורים שהפנו לכתובות מייל או טלפונים של מפצים. יחד עם זאת, נפסק כי התקיימה הזיקה הדרושה למדינה, שכן האתר אפשר ליצור קשרים עסקיים באמצעים דיגיטליים, וכן הוא פנה באופן מודע ומכוון לרוכשים פוטנציאליים בקולורדו. כמו כן, צוין שם כי אין חשיבות לעצם השאלה האם בפועל התבצעו רכישות דרך האתר [Nestle Prepared Foods Co. v. Pocket Foods Corp., 2007 U.S. Dist. Ct. 13, 8, 13 (2015)]. גישה מצמצמת יותר באה לידי ביטוי בפסק דין **בעניין Burdick** העוסק בלשון הרע [Burdick v. Superior Court, 233 Cal. App. 4th 8, 13 (2015)].

58. הדוגמאות שהובאו מתייחסות בעיקרן להפעלת סמכות השיפוט בין מדינות בתוך ארה"ב, אך ניתן ללמוד מהן גם לענייננו. חלק מהכללים שפורטו לעיל נזכרו גם במקרים בהם נדרש היתר המצאה כלפי נתבעים במדינות מחוץ לארה"ב. כך למשל, **בעניין Triple**, בו נדונה תביעה כנגד חברה סינית, נזכר מבחן "קשרים מינימאליים" כאשר בסופו של יום נקבע כי בנסיבות המקרה לא הצליחה המבקשת להראות שיש לנתבעת מספיק "קשרים מינימאליים" כדי להקנות סמכות שיפוט [Triple Up Ltd. v. Youku Tudou Inc., 235 F. Supp. 3d 15 (2017)]. כעולה מפסק דין זה, בתי משפט בארצות הברית קבעו כי יש סמכות שיפוט ביחס לפעילות במרחב הווירטואלי בעיקר בשני מקרים: האחד, כאשר אתר האינטרנט מאפשר קיום טרנסאקציות אלקטרוניות; השני, כאשר פעילות הנתבע מכוונת כלפי הפורום בו מתבקש היתר ההמצאה ויש לה השפעה עליו [בעמ' 24]. עוד צוין שם כי בית המשפט העליון של ארה"ב טרם הכריע בסוגיה זו [בעמ' 23; ראה גם: Walden v. Fiore, 134 S. Ct. 1115, 1126 (2014)].

59. המורכבות של הפעלת סמכות השיפוט בגין עוולות באינטרנט התחדדה בפסק דין מכון שניתן בבית המשפט העליון של אוסטרליה **בעניין Jones** [Dow Jones v. Gutnick [2002] HCA 56], שנקט בגישה שונה מהגישה המצמצמת **בעניין Burdick**. במקרה זה הוגשה תביעת לשון הרע על ידי תובע, תושב מדינת ויקטוריה באוסטרליה, נגד חברת פרסום אמריקאית, שפרסמה מגזין אינטרנטי, שהגישה אליו דורשת הרשמה ותשלום, ובו רשומים גם משתמשים ברחבי אוסטרליה. בית המשפט העליון של ויקטוריה התיר להמציא את כתב-התביעה בהתבסס על שתי זיקות: ביצוע מעשה עוולתי בתחומי המדינה והעובדה שנגרם נזק בתחומי המדינה. על החלטה זו ערערה הנתבעת לבית המשפט העליון של אוסטרליה, שדחה את הערעור. הנתבעת טענה, בין היתר, כי יש לראות את מקום הפרסום בניו ג'רזי, שם המידע הועלה על שרתי המחשב [Saraf and Kazi], בעמודים 52-53; ראה גם: Dan Jerker B. Svantesson, *Celebrating 20 Years of WWW - A Reflection on the Concept of Jurisdiction*, 6 MASARYK U. J.L. & TECH. 177, 183-184 (2012). חשובה לענייננו

קביעת דעת הרוב, לפיה מקום ה"פרסום" של מידע ברשת האינטרנט אינו בהכרח הפורום בו נכתב המידע או הועלה לאתר, אלא עשוי להיות גם המקום בו הייתה גישה לאותו מידע-

[40] Because publication is an act or event to which there are at least two parties, the publisher and a person to whom material is published, publication to numerous persons may have as many territorial connections as there are those to whom particular words are published. It is only if one starts from a premise that the publication of particular words is necessarily a singular event which is to be located by reference only to the conduct of the publisher that it would be right to attach no significance to the territorial connections provided by the several places in which the publication is available for comprehension.

60. יש לציין שהחלטה זו ספגה ביקורת של מלומדים, בשל כך שבפועל היא עלולה להוביל למצב שעל אותו פרסום בודד ניתן יהיה לתבוע כמעט בכל מקום בעולם ולהתנגשות בין מערכות דינים שונות. בפרט עלה חשש לאפקט מצנן לחופש הביטוי במרחב הווירטואלי [Saraf and Kazi, בעמ' 55].

61. לבסוף, דוגמה שמלמדת על המורכבות המיוחדת בהפעלת סמכות השיפוט הבין-לאומית במרחב הווירטואלי היא **פרשת Yahoo** שנדונה בבית משפט בצרפת נגד ענקית האינטרנט האמריקאית Yahoo, שיושבת במדינת קליפורניה [International League Against Racism & Anti-Semitism (LICRA) v. Yahoo! Inc. [2000] County Court of Paris]. בקצרה, הסכסוך נסוב סביב תביעה שהגישו שתי קבוצות הפועלות נגד הפליה, בגין העובדה שהחברה אפשרה נגישות לתושבי צרפת לאתרי מכירות פומביות ווירטואליות, אשר הציעו למכירה, בין היתר, מזכרות בעלות אופי נאצי, דבר המנוגד לחוק הצרפתי. בית המשפט שם פסק כי Yahoo הפרה את החוק הצרפתי, ומשכך עליה לשלם פיצויים, וציווה עליה למנוע מתושבי צרפת גישה לאותם אתרים [Svantesson, בעמודים 184-185, ראה גם :

"Landmark ruling against Yahoo! in Nazi auction case" *The Guardian* (20.11.2000), <https://www.theguardian.com/technology/2000/nov/20/internetnews.freespeech>].

62. להשלמת התמונה יצוין כי בעקבות פסק הדין שניתן בצרפת, עתרה Yahoo לבית המשפט בארה"ב לקבלת החלטה שתקבע כי לא ניתן לאכוף את פסק הדין הצרפתי בארה"ב. בית המשפט נעתר לבקשה, וקבע כי פסק הדין הצרפתי מנוגד להגנה החוקתית על חופש הביטוי בארה"ב, ומשכך לא ניתן לאכוף [ראה Yahoo!, Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme et L'Antisemitisme, 169 F. Supp. 2d 1181 (2001)]. נציין כי החלטה זו נהפכה בדיון מורחב שנערך בשנת 2006 [Yahoo! Incv. La Ligue Contre Le Racisme, 433 F.3d 1199] (2006).

63. לסיכום חלק זה, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי ניתן להצביע על מגמה של נכונות הולכת וגוברת בשיטות משפט נוספות לראות בפעולות המתבצעות על גבי רשת האינטרנט, ובפרט בפרסומים ובאתרים מסחריים, כמעשים שמקום התרחשותם אינו רק במדינה בו יושב המפרסם או השרת דרכו הועלה המידע. ניתן משקל גם לפורום אליו יועד הפרסום, וכן לפורום בו אותו מידע נגיש למשתמש. אולם, כאמור יש לנהוג בזהירות, שכן הדבר מעורר אתגרים לא פשוטים כגון התנגשות דינים, פגיעה בריבונות מדינות זרות, ניצול מניפולטיבי מצד תובעים ונתבעים כאחד וכן עידוד תופעה של forum shopping. משכך, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי יש לבחון כל מקרה לנסיבותיו וכפי שהובהר ופורט לעיל המקרה שלפנינו הינו מקרה מתאים להחלת תקנה 500(7) ו- 500(6). עתה נותר לבחון את רצינות השאלה העומדת במרכז של התביעה ואת בחינת נאותות הפורום הישראלי.

שאלה רצינית שיש לדון בה

64. התנאי השני הנדרש לקבלת היתר המצאה לחו"ל עוסק בעילת התביעה לגופה, ולפיו על המבקש לשכנע את בית המשפט כי תביעתו מעוררת "שאלה רצינית שיש לדון בה". זאת, כדי למנוע שיוטרד הנתבע להתדיין בארץ אחרת בתביעה טורדנית או תביעת סרק [יואל זוסמן **סדרי הדין האזרחי** 247-248 (מהדורה שביעית, 1995); **אשבורן**, בפסקאות 6-7].

65. הפסיקה קבעה כי סטנדרט ההוכחה לשכנע את בית המשפט כי מדובר בתביעה בשאלה "רצינית" הוא נמוך מרף ההוכחה הנדרש להראות כי התקיימה עילת המצאה. שכן, משנמצא כי מתקיימת עילת המצאה מכוח תקנה 500, אין צורך להטיל על המבקש נטל כבד להוכיח את תביעתו לגופה ובכך גם לפגום ביעילות הדיון-כלומר, אין להפוך את הדיון בהיתר ההמצאה לדיון מלא ומקיף בעילת התובענה, כפי שעוד ייעשה בגדר ההליך העיקרי, אם היתר ההמצאה יעמוד על כנו. **[אשבורן]**, בפסקה 7; ראה גם: **עניין נירמליק**, בפסקה 7.

66. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שהמשיב עמד ברף הנדרש לצורך מתן היתר המצאה, ומשכך אין להרחיב את הדיון בסוגיה זו. עם זאת, העמדה תתייחס בקצרה לטענה שעלתה בבקשת רשות הערעור של המבקשת בנוגע לחוק הגנת הצרכן. בתמצית, המבקשת טוענת כי היא לא הפרה את הוראות חוק הגנת הצרכן, וזאת מאחר שהוראות סעיף 17, בצירוף התוספת הראשונה לחוק, מחריגות את שירותי המלונאות בישראל המוצגים בבית מלון והניתנים לתייר, מהחובה המעוגנת בסעיף 17ד, והיא להציג מחיר כולל, לרבות רכיב המע"מ [ראה פסקאות 99-105 לבקשת רשות ערעור].

67. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שבמקרה דנן ניתן לקבוע, ולו באופן לכאורי, כי חלה הוראת סעיף 14ג(א) לחוק, שכותרתו "עסקת מכר מרחוק", כשבחלקו הרלוונטי נקבע-  
בשיווק מרחוק חייב העוסק לגלות לצרכן פרטים אלה לפחות:

...  
(3) מחיר הנכס או השירות ותנאי התשלום

68. סעיף זה מגדיר את חובת הגילוי בעסקה שנעשית שלא בנוכחות משותפת של הצדדים, קרי עסקת מכר מרחוק, דוגמת "חנות מקוונת". זהו הסדר ספציפי המיועד לעסקאות המתבצעות מרחוק, כגון עסקאות המתבצעות באינטרנט [שמואל בכר וטל ז'רסקי "על הסדרה ראווה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן" **מחקרי משפט** כה 431, 451 (2009) (להלן: "**בכר וז'רסקי**")].

69. בניגוד להסדר שבסעיף 17ז, שמחריג שירותי מלונאות (אם כי ניתן לטעון כי הכוונה הינה להחרגת מחירים המוצגים באופן פיזי בבית המלון עצמו), הסדר זה אינו מחריג שירותים אלו, ומשכך חלה חובה להציג את מחיר הנכס או השירות, הכולל את רכיב המע"מ, כנלמד מהוראת סעיף 17ד, לפחות באותה צורה כפי שמפורסם המחיר לתייר שאינו כולל את רכיב המע"מ.

70. כך או אחרת, הבחנה זו בין אופן הצגת המחיר לתייר לאופן הצגת המחיר לצרכן הישראלי משתקפת אף בתקנה 19 לתקנות שירותי תיירות (בתי מלון), תשע"ג-2013:

19. (א) בעל בית מלון יפרסם ויציג 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;

71. נציין כי בימים אלו מנהלת הרשות להגנת הצרכן הליכים מנהליים נגד חברת Booking, בעילה דומה של הפרת חוק הגנת הצרכן, בגין הצגת מחיר ללא רכיב המע"מ.

#### **נאותות הפורום**

72. כנזכר לעיל, אף אם התקיימו שני המבחנים הראשונים (המבקש ביסס את אחת מעילות ההמצאה המעוגנות בתקנה 500 והראה כי העילה לגופו של עניין מעוררת "שאלה רצינית שיש לדון בה"), רשאי בית המשפט לבחון האם בית המשפט הישראלי הוא הפורום הנאות לדון בתביעה. לאור התאמת הדרישות בתקנה 500(7) ו-500(6) למציאות העכשווית, יש שסוברים, כי במובנים רבים מרכז הכובד עובר כיום לבחינת נאותות הפורום. בהקשר זה יפים דבריו של פרופ' קרייני -

כדי שניתן יהיה לחפות על המקריות שבזיקות להמצאת ההזמנה לדין אל מחוץ לתחום השיפוט שומה עלינו להשתמש בשיקולי הפורום הנאות, ובעידן המודרני – אף ביתר שאת, שהרי תנאי המודרנה רק יגדילו את כוח המקריות שבזיקות תקנה 500, ועל פגם זה יהיה אפשר לחפות רק אם ניזקק לשיקולים משלימים של פורום נאות.  
[קרייני, בעמ' 98]

73. את מגוון השיקולים שעל בית משפט לבחון בהפעלת דוקטרינת הפורום הבלתי נאות, מקובל לחלק לשתי קטגוריות מרכזיות: הקבוצה הראשונה הם אותם שיקולים "פרטיים" או שיקולים של "נוחות גיאוגרפית", כגון הדין החל על התביעה; זהות הצדדים לסכסוך (קרי האם התובע ו/או הנתבע הם אזרחים או תושבים מקומיים); נוחות הגישה לראיות; היכולת לזמן עדים; האפשרות לראות את המקום בו התרחש האירוע; קידום יעילות הדיון, דוגמת האם ניתן לצרף בפורום אחד את כלל הצדדים המעורבים בסכסוך והרצון להכריע בסכסוך במהירות המרבית; וכו'. הקבוצה השנייה הם שיקולים "ציבוריים", ובהם ה"עניין" שיש לפורום להכריע בתובענה; האינטרס הערכי לדון בה (כך למשל, בית המשפט קבע בעניין אחד שיש לו אינטרס מיוחד להכריע בתביעות יורשים של קורבנות הנאצים, וזאת בשל הקשר של מדינת ישראל לעם היהודי); האינטרס הרגולטורי של הפורום הזר או של הפורום המקומי להסדיר את מערכת היחסים; היכולת לאכוף את פסק הדין בפורום המקומי; היכולת והאמצעים העומדים לרשות בעלי הדין לממן התדיינות בפורום המקומי או בפורום הזר, גם אם כיום התדיינות בפורום זר מכבידה פחות מבחינת תחבורה, תקשורת ועלויות; החשיבות שמייחס הפורום להגנה על קבוצת תובעים מסוימת ועוד [ראה גם: עידו באום "חופשה בטורקיה, תביעה בישראל: שיקולים ציבוריים בדוקטרינת הפורום הלא נאות" **משפטים מב** 309, 312-344 (תשע"ב) (להלן: "**באום**")]; **קרייני**, בעמודים 69-70, 100].

74. כאמור בפסיקת בית משפט נכבד זה, על בית המשפט להחיל שלושה מבחנים בבואו לבחון האם הפורום הישראלי הוא פורום נאות, או שמא פורום זר הוא פורום נאות יותר: מבחן מרב הזיקות; מבחן ציפיות הצדדים; מבחן השיקולים הציבוריים [רע"א 2737/08 **אורי ארבל נ' TUI AG**, בפסקה 17 לפסק דינו של כב' השופט דנציגר (פורסם בנבו, 29.1.2009) (להלן: "**עניין ארבל**")]; **עניין נירמליק**, בפסקה 10 לפסק דינו של כב' השופט עמית].

75. באשר למבחן "מירב הזיקות", במקרה דנן קיימות זיקות משמעותיות הקושרות לפורום האמריקאי, במרכזן העובדה שהמבקשת היא חברה המאוגדת בטקסס ופועלת משם; שרתי המחשב שלה יושבים אף הם מחוץ לתחומי המדינה; אין למבקשת משרדים, נציגות או עובדים בישראל; וכן, המידע המפורסם על ידה מפורסם באופן גלובלי ומופץ למדינות רבות. עם זאת, זיקות משמעותיות יותר קושרות לפורום הישראלי: מדובר בבקשה לאישור תובענה ייצוגית שהוגשה ע"י קבוצת צרכנים ישראלים, ועניינה בהטעיה, לכאורה, במחיר של שירותי מלונאות הניתנים בישראל. זאת ועוד, הממשק באתר מותאם ומכוון לצרכן הישראלי, בין היתר בהיותו בעברית ובציון המחיר בשקלים.

76. לפיכך, על אף שמבחן מירב הזיקות מושך לכיוונים מנוגדים, היועץ המשפטי לממשלה סבור שבמקרה דנן מכלול הזיקות הקושרות את הסכסוך לפורום הישראלי גובר.

77. באשר למבחן "הציפיות הסבירות של הצדדים", בית המשפט בוחן האם קיום הדיון לפני הפורום הישראלי הוא בבחינת "סיכון טבעי וצפוי" [**אשבורן**, בפסקה 18 לפסק דינו של כב' השופט גרוניס (כתוארו אז)]. עוד טרם עידן האינטרנט, קבע בית משפט נכבד זה כי- יש לומר שיצרן של ציוד המבקש לשווק את תוצרתו ברחבי תבל חייב להשלים עם האפשרות שבאחד הימים הוא ייתבע לדין באחת הארצות שעמן הוא מבקש לסחור [ע"א 98/67 **הנס ליבהר נ' "גזית ושחם" חברה לבנין בע"מ**, כא (2) 243, בעמ' 251 (פורסם בנבו, 14.6.1967)]. כפי שנאמר בעניין **אשבורן**, ככל שהיקף הסחר הבין-לאומי גובר, ציפייה סבירה של גוף מסחרי הסוחר במדינות שונות היא כי הוא עלול להיתבע בהן, וזאת במסגרת השיקולים הכלכליים והכדאיות שמובאת בחשבון. בפרט, נדון שם קונצרן תיירות המשווק שירותי תיירות ברחבי העולם.

78. כך גם בעניינינו, מדובר בחברה בינלאומית גדולה, הפועלת ברחבי העולם, ומשכך עליה ליטול על עצמה את הסיכון כי היא תתבע במדינות שונות אליהן היא פונה.
79. לבסוף, באשר למבחן השיקולים הציבוריים, לפורום הישראלי אינטרס להגן על הצרכן הישראלי, אשר נפגע בתחומי המדינה, ובפרט כשמאזן הכוחות נוטה לטובת חברה בינלאומית גדולה. על שיקול זה עמדו גולדשטיין וטאוסינג במאמרים -
- במקרים "מסחריים", כמו פרשת הגבס, למעשה המאזניים הם מעוינים: אותו קושי שיהיה לנתבע הזר להתגונן בארץ יהיה לתובע הישראלי לתבוע בחו"ל. במקרה כזה אין שום סיבה שבית משפט ישראלי לא יבוא לקראת התובע הישראלי, ואם הדבר נכון לגבי סכסוך מסחרי בין שני גורמים מסחריים, קל וחומר הדבר נכון כאשר התובע הוא צרכן ישראלי. ההעדפה למקום המגורים של הצרכן בהתדיינות עם גורם מסחרי מעוגנת כיום באמנות בינלאומיות, הן הקיימות והן המתגבשות, וראוי שהיא תבוא לידי ביטוי גם במשפט הישראלי.
- [סטיבן גולדשטיין וערן טאוסיג "הפחתה במעמד שאלת הסמכות בבתי-המשפט הכלליים" **עלי משפט ג** 311, 279 (תשס"ג)].
80. **בפרשת הגבס** [רע"א 2705/97 **הגבס א' סיני (1989) בע"מ נ' The Lockformer Co.** ואח', נב(1) 109 (פורסם בנבו, 26.1.1998)] פסק כב' השופט אור, כי לאור התמורות שחלו באמצעי התחבורה והתקשורת, בית המשפט ייטה פחות להיעתר לטענות כי הפורום הישראלי אינו הפורום הנאות. כדברי כב' השופט אור (בפסקה 5) -
- בעבר, קשיים שנגרמו לנתבעים, אשר נדרשו להתדיין בפני פורום זר, היו רבים ואמיתיים. אלה נבעו הן מקשיי הקומוניקציה והן מעלותם הרבה. בימינו, בעידן מטוסי הסילון, הטלפון הסלולרי, הפקסימיליה והאינטרנט, איבדו קשיים אלה חלק ניכר מעוצמתם. העולם כולו הולך והופך ל"כפר אחד גדול", שבו למרחקים שבין מקום אחד למשנהו אין עוד אותה משמעות מכבידה כבעבר. לפיכך, אין להפריז במשקל שניתן לקשייו של נתבע לבוא עם עדיו לארץ אחרת, ומכאן גם מתבקש שהנטייה להיעתר לטענת פורום לא נאות תלך ותקטן.
- קביעה זו צוטטה מאז בפסקי דין רבים [ראה, למשל: **עניין תיקו**, בפסקה 17; **עניין ארבל**, בפסקה 19 לפסקה הדין של כב' השופט דנציגר; רע"א 2903/96 **אליהו מסיקה נ' פרופ' וינקו דולנס**, נב (1) 817, בפסקה 5 (פורסם בנבו, 10.3.1998)]. עם זאת יוער, כי בספרות נמתחה, לא אחת, ביקורת על קביעה זו [באום, בעמודים 312-313].
81. לא ניתן לסיים פרק זה מבלי להתייחס לטענת המבקשת, שלפיה היא "נענשת" על נכונותה להנגיש את האתר שלה לצרכן הישראלי באופן ידידותי ועל כך שהיא עומדת על חשיבות פתיחת השוק הישראלי לשוק הגלובלי, מטרה שתכליתה להטיב עם הצרכן שיזכה מהיצע רחב ומגוון יותר, וכן ממחירים אטרקטיביים ותחרותיים. לשיטתה, מתן היתר המצאה במקרים כגון אלו, נגד חברות זרות אשר אינן בעלות כל זיקה או נוכחות פיזית בשוק הישראלי, תוך התעלמות מתניית שיפוט זר וברירת דין, עשויה להרתיע אותן מלפעול בו, ומשכך לפגוע בסופו של יום בצרכנים עליהם אנו מבקשים להגן. אף אם לא יהיה בכך להניא חברות זרות מלהתקשר עם הצרכן הישראלי, עולה חשש כי בכך יהיה להשפיע על התנהגות החברות הזרות, למשל בכך שהן ימנעו מפרסום בשפה העברית, וזאת כדי לחמוק מבירור תובענות בישראל.
82. חרף שיקולים כבדי משקל אלה, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי במקרה דנן, בו חברה פועלת באופן משמעותי בישראל ואף נהנית מהרווחים הגלומים בשוק הישראלי, האינטרס שבהגנה על הצרכן הישראלי גובר. יש לזכור שהחברה נהנית מכניסה לשווקים שונים ובכלל זה גם לשוק הישראלי, ופעילותה בו, ככל הנראה משתלמת לה מבחינה כלכלית. הנתבעת וגורמים זרים אחרים הפועלים בשוק המקומי נהנים מקיום עסקאותיהם עם הצרכנים בו, ומשכך עליהם לקבל על עצמם את "חוקי המשחק" שנועדו להבטיח תחרות הוגנת והגנה על הצרכנים בפורום המקומי אליו הם מבקשים להביא את שירותיהם. דווקא בשל התחרות העזה במרחב הדיגיטלי והעלייה בנפח העסקאות הצרכניות המבוצעות בו, אין לאפשר כי הצרכן יוותר ללא הגנה מינימלית במרחב זה. זאת ועוד, יש למנוע התחמקות מרגולציה צרכנית באמצעות פעילות באינטרנט.
83. לבסוף, לאור המגמה הבין-לאומית להכיר בקוגנטיות של חקיקה שנועדה להגן הצרכן, כך שהיא תגבור אף על כללי ברירת הדין במשפט הבין-לאומי, היועץ המשפטי לממשלה אינו סבור כי הגישה שהובעה בעמדה זו תניא בהכרח את החברות הזרות מלשווק את מרכולתן לצרכן הישראלי, יותר מאשר לצרכנים במדינות מערביות אחרות.

84. בית משפט נכבד זה קבע כי לשאלת הדין החל על החוזה השפעה על בחירת הפורום הנאות לבירור התובענה, ואף כי "השיקול מהו הדין החל קשור קשר בל ינתק לשאלת נאותות הפורום" [עא 3299/06 רוני יובינר נ' נטע-לי סקלאר, בפסקה 16 לפסק דינה של כב' השופטת נאור (כתוארה אז) (פורסם בנבו, 26.4.2009); ראה גם: ע"א 2705/91 רג'אח סאלם אבו-ג'חלה נ' חברת החשמל מזרח ירושלים, מח(1) 554, בעמ' 569 (פורסם בנבו, 30.12.1993)].
85. באשר להיבט של ברירת הדין, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי הדין שחל על התביעה הוא אכן שיקול רלוונטי בבחינת נאותות הפורום, אך שיקול זה אינו שיקול מכריע שעומד לבדו. שכן, בתי המשפט בישראל יכולים לפסוק גם לפי דינים זרים אם ידרשו לכך.
86. במקרה שלפנינו ההסכם שניסחה המבקשת מתנה הן על ברירת הדין והן על מקום השיפוט: ההסכם כפוף לדינים של מדינת טקסס, ארה"ב, והפורום המוסמך הוא מחוז דאלאס, טקסס. כאמור, כשבית המשפט מתבקש ליתן היתר המצאה לחו"ל מכוח תקנה 500, עליו לתת את הדעת לקיומה של תניית שיפוט זר, שכלל יש לכבדה.
87. לאור הרלוונטיות של קיומה של תניית שיפוט זר ותניית ברירת דין גם לבחינת נאותות הפורום, יש לעמוד, בקצרה, על תניית השיפוט הזר וברירת הדין בחוזה בין המבקשת לבין המשתמשים. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי במקרה דנן תניית השיפוט הזר וברירת הדין בחוזה של המבקשת עשויה להוות תנייה מקפחת בחוזה אחיד. לפיכך, אין המבקשת יכולה להיתלות בקיומה על מנת למנוע את קניית סמכות השיפוט הבין-לאומית על ידי בית המשפט בישראל.
88. היועץ המשפטי לממשלה נדרש לשאלה דומה בעניין רע"א 5860/16 Facebook inc נ' אוחד בן חמו (הליך תלוי ועומד), ובו נבחנה תניית שיפוט זר וברירת דין בהסכם ההצטרפות של חברת פייסבוק. הסעיף שנדון שם הכיל תניית שיפוט בת שני חלקים: החלק הראשון, תניית שיפוט זר שקובעת כי סמכות השיפוט לדון בתביעות נגד פייסבוק נתונה לבית המשפט בקליפורניה; החלק השני, תניית ברירת דין המחילה את דין קליפורניה על כל התקשרות בין הצדדים. ביום 24.5.2017 הוגשה עמדת היועץ המשפטי לממשלה והיא מצרפת כנספח א'. היועץ המשפטי לממשלה מפנה את בית המשפט הנכבד לעמדה זו לפיה תניית שיפוט זר וברירת דין בחוזה מקוון בין תאגיד בין-לאומי למשתמש הישראלי הינה תנייה מקפחת בחוזה אחיד.
89. לאור חשיבות הסוגיה לענייננו, עיקרי העמדה שהוגשה יובאו בתמצית להלן, תוך יישום העקרונות המפורטים בה לנסיבות המקרה דנן.  
*i. חוזה אחיד*
90. חוק החוזים האחדים מהווה מסגרת משפטית שחלה על חוזים בעלי מאפיין משותף עיקרי, והוא שאת תנאי החוזה, כולם או מקצתם, ניסח מראש אחד הצדדים, במטרה שנוסח זה ישמשו לעריכת חוזים רבים עם אנשים נוספים. כאמור בסעיף 2 לחוק, חוזה אחיד מוגדר באופן זה –  
"חוזה אחיד" - 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
91. מטרתו של החוק, כעולה מסעיף המטרה [סעיף 1] היא להגן על לקוחות, לאו דווקא צרכניים במובן הצר, מפני תנאים מקפחים בחוזים אחדים. כפועל יוצא מכך, החוק עוסק בחוזים, שהתנאים המופיעים בהם נקבעו מראש בידי הספק, כשמתקיימים פערי מידע, מיומנות וכושר מיקוח בינו לבין הלקוח.
92. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי בענייננו צדק כב' השופט שילה בקביעתו כי יש לראות בחוזה השימוש באתר חוזה אחיד [פסקה 7 לפסק דינו]. תנאי השימוש באתר [ראה מוצג 14 לנספח 2 לכרך הנספחים מטעם המשיב] הם בבחינת חוזה קבוע, שניסחה המבקשת, ואינם פרי משא ומתן בין הצדדים. נוסח זה משמש את המבקשת להתקשרויות עם כל משתמשי האתר, קרי קבוצת אנשים "בלתי מסויימים במספרם או בזהותם", ולשימוש

חוזר. כמו כן, על פניו, כפי שיפורט, מתקיים פער בין משתמשי האתר, אנשים פרטיים, לבין המבקשות, חברה בין-לאומית.

## ii. תנאי מקפח בחוזה אחיד

93. כאמור בסעיף 3 לחוק (וראה גם סעיף 19), לבית המשפט סמכות לבטל או לשנות תנאי "מקפח". הסעיף קובע מבחן קיפוח כללי, ולפיו תנאי מקפח הוא 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. לצד מבחן הקיפוח הכללי, סעיף 4 לחוק מונה רשימה של תנאים בחוזה אחיד שחזקה כי הם מקפחים. בהתקיים אחת או יותר מחזקות אלו, הנטל להוכיח כי מדובר בתנאי שאינו מקפח עובר אל שכמו של הספק, שיידרש לסתור את החזקה ולהוכיח כי התנאי סביר בנסיבות העניין.

94. בענייננו, בסעיף 4 הנ"ל שתי חזקות רלוונטיות ביחס לתניית שיפוט זר וברירת הדין –

- (8) תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסוימות בערכאות משפטיות, או הקובע כי כל סכסוך בין הספק והלקוח יידון בבוררות;  
(9) תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט או הבוררות שבהם יתברר סכסוך;  
בנוסף לכך, סעיף 5(א) לחוק קובע כי-

תנאי בחוזה אחיד השולל או המגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות – בטל.  
95. הוראה זו משקפת אף היא את החשיבות הרבה שרואה המחוקק בהגנה על היכולת של הלקוח לממש בפועל את זכותו לפנות לערכאות משפטיות. תניית שיפוט זר המחייבת את הלקוח להתדיין בפורום מרוחק, ולפי מערכת דינים שהוא אינו מכיר, בשפה זרה, עלולה להוות הגבלה משמעותית על אפשרותו לפנות לערכאות משפטיות.

## iii. תניות שיפוט זר וברירת דין

96. סעיף 4(9) לחוק, שתוקן בשנת 2004, מעגן חזקה המתייחסת באופן פרטני לתנייה בחוזה אחיד המתנה על מקום השיפוט, או מקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט. המבחן המנחה, כפי שפורט בהרחבה בעמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין פייסבוק, לבחינת סבירות תניית מקום שיפוט הוא "מבחן ההרתעה", ולפיו משנמצא בחוזה אחיד תנייה מסוג זה, על הספק להראות כי, בשים לב למכלול החוזה והנסיבות, אין בקיומה להרתיע את הלקוח מלעמוד על זכויותיו המשפטיות.

97. כאמור בסעיף 3 לחוק, בחינה זו תיעשה לאור מכלול התניות בחוזה ונסיבות המקרה. נסיבה חשובה בבדיקה זו היא מיהות הצדדים לחוזה. כלומר, יש לעמוד על הפערים וחוסר השוויון הקיימים בין הספק ללקוח, ולאורם לבחון גם את תניית מקום השיפוט. במקרים רבים, הספק, שזהו תחום עיסוקו, נהנה ממומחיות רבה יותר מהלקוח, וכן ממיומנויות ומשאבים רבים יותר, לרבות משאבים כלכליים, מקצועיים ומשפטיים. לפיכך, כאשר הלקוח מעוניין ליזום תביעה נגד הספק, הוא נמצא בעמדת נחיתות בהיבטים שונים, כגון הידע המשפטי וההוצאות הכרוכות בניהול התביעה, נחיתות המתעצמת כאשר הספק בחר במקום השיפוט ובמערכת הדינים הנוחה לו.

98. כפי שפורט לעיל, התופעה של שיווק מוצרים ושירותים על ידי חברות בין-לאומיות הפועלות באופן גלובלי, ובפרט בפלטפורמה של האינטרנט, הופכת שכיחה יותר ויותר. לצד היתרונות הגלומים במגמה זו, יש לתת את הדעת לסיכונים להם חשופים הצרכנים בשוק הגלובלי, ובהם המרחק הגיאוגרפי הרב בין הצרכן לספק וקיומן של חברות גדולות, מאפיינים שבתורם מקשים על הצרכן לעמוד על זכויותיו במדינה זרה ולמול גופים בעלי עתודות משפטיות וכלכליות רבות. לאור הקשיים הללו, ניתן לעמוד על צמיחתה של מגמה להרחבת ההגנה על הלקוחות גם במישור הבין-לאומי. לראיה, הן אמנת ה-Choice of Courts והן עקרונות האג בדבר ברירת דין בחוזים מסחריים בינלאומיים החריגו מתחולתם חוזים צרכניים [ראה פסקאות 37-33 לנספח א].

99. לדוגמא, אמנת ה-Choice of Courts (2005) אשר מחריגה, בין היתר, את תחום חוזי 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;

ישראל אומנם אינה צד לאמנה, אך לאור החברות הרחבה בה (באמנה חברות כ-30 מדינות), היא משקפת עמדה שמקובלת על מדינות רבות בעולם.

100. דוגמא נוספת היא עקרונות האג בדבר ברירת דין בחוזים צרכניים בינלאומיים (אומצו בשנת 2015), שמחריגים אף הם את תחולתם מחוזים צרכניים, וראה סעיף 1.1 :

These Principles apply to choice of law in international contracts where each party is acting in the exercise of its trade or profession. They do not apply to consumer or employment contracts.

[Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, 19 March 2015].

101. היועץ המשפטי לממשלה סבור שאף תניית ברירת דין בענייננו, המכפיפה את התקשרות הצדדים לדין זר, עשויה להיות מקפחת. ראשית, תניה זו, במקרים המתאימים, תקיים את חזקת הקיפוח שבסעיף 4(8), שעניינה תנאי השולל או מגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות משפטיות בערכאות המשפטיות. קרי, חזקה זו מתקיימת אם הוכיח הלקוח כי לא יוכל להעלות טענות משפטיות מסוימות אם תתברר התביעה לפי דין זר.

102. שנית, תניית ברירת דין עשויה להוות גם תניה מקפחת בהתאם למבחן הקיפוח הכללי המעוגן בסעיף 3 לחוק, וזאת משום שיש בה להקנות יתרון לא הוגן לספק. בירור התביעה לפי הדין שהספק מכיר ומעדיף מקנה לו יתרון משמעותי על פני צרכנים ממדינות זרות, שאינם פועלים לפי דין זה ואינם בקיאים בו. זאת ועוד, בירור התביעה לפי דין זר מטיל נטל על הלקוח ללמוד את נבכי הפורום הזר ומגדיל את עלויות בירור הסכסוך, ובכך עשוי להרתיעו ואף להניאו מהגשת תביעה [ראה פסקאות 67-68 לנספח א'].

103. בשנים האחרונות בתי המשפט בישראל נדרשו במספר מקרים לטענות בדבר היות תניות שיפוט זר וברירת דין בחוזים אחידים מקפחות, ומצאו במקרים מסומים כי תניות אלו עלולות להיחשב כמקפחות את הצרכן.

#### כך למשל, פסק כבוד השופט גרוסקופף בעניין **Paypal** –

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 שתאגיד 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.

[תצ (מרכז) 39292-04-13 **רז קלינגהופר נ' PayPal Pte. Ltd**, בפסקה 20 (פורסם בנבו, 31.5.2015); דברים אלה

צוטטו גם בעניין **Booking**, בפסקה 49 ובעניין **Linkdin**, בפסקה 69].

104. לגישתו של היועץ המשפטי לממשלה, בעידן הנוכחי, על ספק להיות ערוך לאפשרות שביום מן הימים הוא עשוי להתבע במדינות אליהן מגיעים מוצריו ושירותיו, וכי זהו הסיכון שעליו ליטול במסגרת הרחבת עסקיו וההטבות הכרוכות בכך. ברי כי מבחינת היכולת לשקלל מראש את הסיכונים ולהיערך להם, הנגישות לערכאות המשפטיות ולייעוץ משפטי, והעלויות הכרוכות בניהול תביעה במדינה זרה, לספק, לרוב, יתרון על פני הלקוח.

105. סוגיה דומה הוכרעה לפני שנה על ידי בית המשפט העליון בקנדה בעניין **Douez**, בתביעה שהוגשה נגד חברת Facebook, ובה נקבע כי אין לאכוף את תניית השיפוט הזר וברירת הדין בהסכם השימוש באתר

[Douez v. Facebook, Inc., 2017, SCC 33] מפאת הרלוונטיות של החלטה זו לענייננו, היועץ המשפטי לממשלה יעמוד על עיקרה.

106. התובעת, תושבת פרובינציה קולומביה הבריטית בקנדה ומשתמשת באתר פייסבוק, הגישה תביעה לבית המשפט בקולומביה הבריטית בטענה כי פייסבוק מפירה את חוק הגנת הפרטיות המקומי. פייסבוק טענה מנגד כי יש לסלק את התביעה מכוח תניית שיפוט זר וברירת דין המצויה בהסכם השימוש באתר, ולפיה על התביעה להתברר בקליפורניה ולפי דיניה. הערכאה הראשונה דחתה את עמדת פייסבוק, שהגישה על כך ערעור וזכתה בבית המשפט לערעורים. על כך הוגש ערעור נוסף לבית המשפט העליון הקנדי, שכאמור פסק (בדעת רוב) שאין לאכוף תנייה זו מהטעמים שיפורטו להלן.

107. יובהר כי, בשונה מענייננו, מעמדה של תניית השיפוט לא נבחנה מכוח חקיקה המאפשרת פסילת תניות בחוזה דומת חוק החוזים האחדים, כי אם מכוח שיקולים שעניינם פערי הכוחות ויכולות המיקוח בין הצדדים וכן שיקולי מדיניות ציבוריים.

108. בית המשפט העליון בקנדה עמד תחילה על הייחודיות של חוזים צרכניים, לעומת חוזים מסחריים אחרים, בהם פערי הכוחות בין הצדדים יותר מאוזנים. נקבע שלאור הנחיות היחסית של הצרכן למול חברות בינלאומיות או גופים גדולים אחרים, תהיה נטייה גדולה יותר, במקרים המתאימים, שלא לאכוף תניות שיפוט זר-

[33] But commercial and consumer relationships are very different. Irrespective of the formal validity of the contract, the consumer context may provide strong reasons not to enforce forum selection clauses. For example, the unequal bargaining power of the parties and the rights that a consumer relinquishes under the contract, without any opportunity to negotiate, may provide compelling reasons for a court to exercise its discretion to deny a stay of proceedings, depending on the other circumstances of the case...

109. זאת ועוד, השופטת Abella דנה גם בצורך לבחון אף ביתר תניות אלו בהסכמים מקוונים, בהם הצרכן מבטא את הסכמתו, כביכול, בלחיצת כפתור פשוטה-

[99] Online contracts such as the one in this case put traditional contract principles to the test. What does "consent" mean when the agreement is said to be made by pressing a computer key? Can it realistically be said that the consumer turned his or her mind to all the terms and gave meaningful consent? In other words, it seems to me that some legal acknowledgment should be given to the automatic nature of the commitments made with this kind of contract, not for the purpose of invalidating the contract itself, but at the very least to intensify the scrutiny for clauses that have the effect of impairing a consumer's access to possible remedies.

110. בית המשפט העליון הקנדי המשיך וקבע כי על אף שככלל, אין לאפשר לצדדים לחוזה להתחמק מההסכמות החוזיות שלהם, לרבות הסכמה מראש על פורום וברירת דין, לבית המשפט שיקול דעת שלא לאכוף תניות אלו במקרים בהם קיימים שיקולים חזקים נגד אכיפתן. שיקולים אלו ניתן לסווג לשתי קטגוריות עיקריות: שיקולים שעניינם הגנה על צדדים חלשים ושיקולי מדיניות ציבוריים, דוגמת שיקולים כלכליים, פוליטיים או חברתיים [ראה פסקה 52]. לפיכך, במקרה דנן נפסק כי שני סוגי השיקולים האלו מתקיימים: משתמשי האתר הם צד חלש למול תאגיד בינלאומי ענק כפייסבוק, וכן, יש אינטרס חזק שבית המשפט בקנדה יברר תביעה שעניינה הזכות הפרטיות.

111. ממקרה זה ניתן ללמוד על האפשרות להחיל "כללים מחייבים", אף בהיעדר חקיקה מפורשת ואף במקרים בהם נטענת טענה כי החקיקה המקומית איננה יכולה לחול באופן אקס-טריטוריאלי. בפסק הדין ניכרת נכונות להחיל חקיקה מדינתית גם באופן אקס-טריטוריאלי מתוך שיקולים של הגנה על הצרכנים או משיקולים ציבוריים רחבים. כך נפסק, שם, כי לאור פערי הכוחות בין משתמשי האתר לחברה, ולאור החשיבות הרבה

שבהגנה על הזכות לפרטיות, ההגנה עליה גוברת על תניות שיפוט זר, ויש אינטרס שהיא תתברר בהתאם לדין המדינתי ובפורום המקומיים.

[70] ... Furthermore, even if a choice of law clause is generally enforceable, local laws may still apply to a dispute if the local forum intends such laws to be mandatory and not avoidable through a choice of law clause...

112. בחזרה לענייננו, במקרה דנן קובעת תניית השיפוט הזר וברירת הדין בחוזה השימוש כי-

הסכם, וכל עניין הקשור אליו (כולל, וללא הגבלה, מדיניות הגבלת הפרטיות שלנו) זה כפוף לדינים של מדינת טקסס שבארצות הברית, ללא קשר לברירת דינים. אתה מסכים בזאת לסמכות השיפוט ולמקום השיפוט הבלעדי של בתי המשפט של מחוז דאלאס שבטקסס, ארצות הברית, בכל הסכסוכים הנובעים מהשימוש באתר אינטרנט זה או הקשורים אליו, כל אחד מהצדדים מכפף עצמו בזאת לסמכותם הבלעדית של בתי משפט אלה, למטרת כל פעולה כאמור ומסכים לוותר ולדחות כל סמכות אחרת. הצדדים דוחים באופן ברור וחד משמעי את אמנת האו"ם בדבר חוזים למכר בינלאומי של טובין. השימוש באתר אינטרנט זה אסור בכל תחום בו הסמכות השיפוטית שוללת את התוקף של כל הסעיפים של תנאים ותניות אלה, כולל, בין השאר, פסקה זו.

113. לפיכך, קובעת תניה זו סמכות שיפוט בלעדית וגורפת לבתי המשפט בדאלאס ובהתאם לדיני טקסס. בכך, היא מטילה נטל משמעותי על תובע ישראלי לשאת בעלויות של ניהול תביעה במדינה זרה, ובהתאם לדינים שהוא איננו מכיר. גם בענייננו מדובר בתאגיד בינלאומי גדול, אף כי המבחן הרלוונטי אינו רק גודל הספק, כי אם פערי הכוחות בין הספק ללקוח. ישנן דוגמאות בפסיקה לקביעתו של תנאי כמקפח גם בקשר לחברות קטנות יותר, וזאת לאור –

מגמה זו, הרואה בתניית שיפוט זר כתנייה מקפחת בחוזה אחיד, הלכה והתחזקה בשנים האחרונות, בעיקר במקרים בהם דובר בהסכמים צרכניים, ובפרט במקרים בהם חברה אינטרנטית זרה ביקשה לאכוף על לקוחותיה בישראל תניית שיפוט זר.

[תא (ת"א) 39265-04-16 **Forex Capital Markets Limited נ' רון דראל**, בעמ' 9 (פורסם בנבו,

23.11.2016; עניין **Linkdin**, בפסקה 71].

114. לסיכום חלק זה, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי, גם בענייננו תניית השיפוט בהסכם השימוש באתר, המשלבת הן תניית מקום שיפוט והן תניית ברירת דין, הינה בבחינת תנייה מקפחת בחוזה אחיד. לנוכח מסקנה זו אף אין בתניה זו כדי לשלול את היתר ההמצאה אות את היות הפורום הישראלי פורום נאות.

#### ד. תחולת החקיקה הישראלית

115. לטענת המבקשת, להוראות חוק החוזים האחידים, מכוחן גזר בית המשפט קמא כי תניית השיפוט הזר היא תנייה מקפחת, אין תחולה אקס-טריטוריאלי, ולכן אין לחוק תחולה על החוזה בין Hotels לבין הצרכן הישראלי [ראה פסקאות 55-91 לבקשת רשות ערעור] נחדד שטענה זו לא עלתה בתיק פייסבוק, שכן המערערת ויתרה על בירור טענה זו בהגשה בקשת רשות ערעור לבית משפט נכבד זה.

116. בפרשת **אמסטרדם** התווה בית המשפט העליון את הכללים לקביעת היקף התחולה של הדין הישראלי וקבע כי כאשר החוק שותק לגבי היקף תחולתו, על בית המשפט לקבוע תחולתו באמצעות פרשנות, בהתבסס הן על תכלית החוק והן על עקרונות כלליים, כגון עיקרון הריבונות ואפקטיביות [בגץ 279/51 **חיים הרץ אמסטרדם ו-162 ואח' נ' שר-האוצר**, ו 945 (פורסם בנבו, 11.9.1952); רע"א 653/16 - **O.P.A.I.E Organization for the Care and Rehabilitation of the Greek Jews נ' החברה לאיתור ולהשבת נכסים של נספי השואה בע"מ**, בפסקה 11 לפסק דינו של כב' השופט מזוז (פורסם בנבו, 6.3.2017); **פסברג**, בעמודים 441-442].

117. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי במקרה שלפנינו יש לראות במעשי המבקשת כמעשים שהתבצעו, ולכל הפחות בחלקם, בתחומי מדינת ישראל, ולכן ממילא אין לראות בהחלת חוק החוזים האחידים עליהם כהחלה אקס-טריטוריאלי, כפי שפורט לעיל. כך גם ביחס לחוק להגנת הצרכן שאת הפרת הוראה מהוראותיו רואים כעילה נזיקית – "כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין" [סעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן]. הפסיקה הישראלית אמצה

את הכלל כי הדין שחל על עוולה נזיקית הוא דין מקום ביצוע העוולה, תוך שמירת שיקול הדעת של בית המשפט לסטות מכלל זה במקרים נדירים שבהם שיקולי הצדק דורשים זאת [ע"א 1432/03 ינון יצור ושיוק מוצרי מזון בע"מ נ' מאג'דה קרעאן, נט (1) 345, בפסקה 34 לפסק הדין של כב' השופט ריבלין (פורסם בנבו, 1.9.2004); עניין יובינר, בפסקה 22 לפסק דינה של כב' השופטת נאור (כתוארה אז)]. ככל שבית המשפט הנכבד יקבל את העמדה, כי יש לראות בפרסומי המבקשת כמעשה שנעשה בתחומי המדינה, הרי שגם ביחס לחוק הגנת הצרכן מדובר בעוולה שבוצעה בתחומי המדינה, וניתן להחיל עליה את הדין הישראלי.

118. קבלת עמדת המבקשת, לפיה יש לראות בפרסום כמעשה שבוצע מחוץ לתחומי המדינה עלולה לפתוח פתח רחב למניפולציה ולהותיר את הצרכן הישראלי פגיע במרחב הווירטואלי. גישה זו עשויה, למשל, לעודד עוסקים להתאגד במדינות בהן יש רגולציה צרכנית נמוכה, או לחילופין, לקבוע שם את שרתי המחשב שלהם, ובכך להתחמק מהנטל הרגולטורי המקומי. סיכסם זאת פרופ' רייך במאמרו-

רשת האינטרנט מציבה אתגרים קשים לכל תחולה טריטוריאלית של דינים, שהרי אין דבר קל יותר מאשר להתחמק מתחולה כזו של דין מדינתי על ידי הצבת האתר של המוכר בשרת המצוי מחוץ לתחולתו הטריטוריאלית של המשטר המשפטי הבלתי רצוי לבעל האתר. מכאן גם, שקיים קושי רב להגן על ציבור הצרכנים באמצעות הוראות קוגנטיביות של חוקי הצרכנות, אלא אם כן תהיה החלה בין-לאומית רחבה של סטנדרטים אחידים כאלה.

[אריה רייך "גלובליזציה ומשפט: השפעת המשפט הבין-לאומי על המשפט המסחרי בישראל ביוכל הבא"

מחקרי משפט י"ז 17 (2001)].

119. המבקשת התייחסה בטענותיה ל"דוקטרינת ההשפעה" (effects doctrine), המיושמת במשפט האמריקאי, ולפיה ניתן להחיל חקיקה באופן אקס-טריטוריאלי כאשר הפעילות הנדונה נעשתה מחוץ לטריטוריה אך השפעותיה והשלכותיה מורגשות בתחומי המדינה. תחילה, חשוב להבהיר כי דוקטרינה זו אינה רלוונטית בענייננו, משום שלא מדובר במעשה שהתרחש כולו מחוץ לשטחי המדינה.

120. בניגוד לטענת המבקשת כי דוקטרינה זו נדחתה במשפט הישראלי, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי שאלה זו טרם הוכרעה, כפי שעמדה על כך כב' השופטת חיות (כתוארה אז) בעניין התנועה הצרכנית:

כמו כן מקובלת עליי קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה "דוקטרינת ההשפעות", ככל שהיא חלה במשפט הישראלי, עניינה בבירור הדין החל ולא בקניית סמכות שיפוט בינלאומית. [ההדגשה הוספה – ל.פ.]

121. כמו כן, כפי שציין המשיב [פסקה 52 לתשובה מטעם המשיב], למשל בתחום של הגבלים עסקיים, יש נכונות להחיל את החוק הישראלי גם על הסדרים שהתבצעו מחוץ לתחומי המדינה ועל ידי גורמים זרים, וזאת בשל השפעתם על השוק המקומי.

בהחלטות קודמות של הממונה נדונה בהרחבה תחולתו של חוק ההגבלים העסקיים על הסדרים שנערכו מחוץ לגבולות המדינה. אחת ההחלטות המרכזיות בהקשר זה היא קביעה לפי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים בעניין שוק הבשמים הסלקטיביים, הגבלים עסקיים 3002438, 1999 (להלן: "החלטה בעניין הבשמים הסלקטיביים"). במסגרת אותה ההחלטה, מצא הממונה כי על מנת להגשים את תכלית החוק - הגנה על התחרות בישראל - יש ללכוד ברשת החוק כל פעילות כלכלית שתוצאתה פגיעה בתחרות בישראל, אף אם הפעילות העסקית עצמה נערכת מחוץ לגבולות המדינה. עוד מצא הממונה כי יש לפרש את הדין הישראלי ברוח "דוקטרינת ההשפעות" ("Effects Doctrine").

[קביעה לפי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 בדבר הסדר כובל בין יצרניות מסדרי מתח מבודדי גז (16.9.2013)].

ואולם, היועץ המשפטי לממשלה סבור שיש להדגיש שגם במקרים אלו הובהר שם כי, יש צורך בהתקיימות של זיקה חזקה בין ההתנהלות מחוץ לתחומי המדינה לבין השפעתה על המתרחש בתחומיה-

הדעת נותנת כי לא כל השפעה זרה על השוק המקומי מצדיקה אכיפת דיני ההגבלים העסקיים החלים על אותו השוק כלפי המדינה הזרה או נתיניה. כמעט כל הסדר כובל עשוי להשפיע, ולו באופן עקיף, על התחרות במדינות אחרות, המקיימות קשרי מסחר עם המדינה בה נעשה אותו הסדר כובל, ולהוות כך, ולו על פניו, הפרה של דיני ההגבלים העסקיים של אותה מדינה. נטילת סמכות לאכוף דינים מקומיים כנגד הסדר כובל שהשפעתו על השוק המקומי הינה עקיפה או זניחה עשויה להביא למצב לא רצוי של התנגשות דינים. משכך, העמדה המקובלת בדין הבינלאומי ביחס לתחולה האקס-טריטוריאלית של דיני ההגבלים העסקיים, היא כי ניתן להחיל דינים אלו על התנהלות המתרחשת מחוץ לגבולות המדינה רק כאשר מתקיימת זיקה ברורה בין אותה התנהלות לשוק המקומי באותה מדינה. ואכן, כיום מדינות רבות בעולם אוכפות את הדין המקומי כנגד הפרות בינלאומיות של דיני תחרות ובראשן עבירות קרטל.

122. לדיוק הדברים, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, דוקטרינת ההשפעה מהווה לא רק כלל של ברירת דין, אלא בסיס סמכות, על פי כללי המשפט הבינלאומי, המאפשר למדינה, במקרים המתאמים, להחיל את חקיקתה על גורמים זרים [UN International Law Commission, Report of the International Law Commission, J]. [Annex E, U.N. Doc. A/61/10, 522, 525-527 (2006)].

123. יצוין, כי בית הדין האירופי לצדק הכיר לאחרונה בדוקטרינה כמקור סמכות להחלת החקיקה המקומית על גורמים שפועלים מחוץ לאיחוד האירופי, לפי המשפט הבינלאומי [Case C-413-14 P, Intel v European J]. [Commission, paras.46, 49 (6 September 2017)].

#### ה. לסיכום

124. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי במקרה הנדון רשאי בית המשפט לתת היתר המצאה מחוץ לתחומי המדינה מכוח תקנה 500(7) ומכוח תקנה 500(6) לתקנות. פרשנות זו מתחייבת לאור השינויים הטכנולוגיים שהתחוללו בעת האחרונה, והיא עולה בקנה אחד עם מהותה של התביעה שלפנינו ועם תכליות החוק, הפסיקה וכן הספרות, שעסקו בסוגיה זו.

אשר על כן עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה היא כי ניתן לתת במקרה דנן היתר המצאה.

לימור פלד, עו"ד

לימור פלד, עו"ד  
סגנית מנהל המחלקה האזרחית  
פרקליטות המדינה