

נחתם היום, א' באייר התשפ"ב (2 במאי 2022)
המועד האחרון להגשת העמדה (בהתאם להחלטה מיום 27.4.2022) – 4.5.2022

ת"צ 38951-08-15

ת"צ 19529-06-14

קבוע לדיון ליום 19.5.2022 בשעה 10:00

לפני כבוד השופטת מיכל עמית - אניסמן

בבית המשפט המחוזי

בתל אביב - יפו

בעניין:

1. *** המבקשים:

2. ***

3. ***

באמצעות ב"כ עו"ד אמיר ישראלי ו/או שלומי כהן

מרחוב העמקים 3, קריית ביאליק

טל' 04-8555099 ; פקס 04-8555110

וכן באמצעות עו"ד (רו"ח) סימון אלישקוב

מרחוב שער האריות 11, חולון 5849706

טל' 03-9634208 ; פקס 03-9634208

- נ ג ד -

1. *** המשיבים:

באמצעות ב"כ ממושרד ש. הורוביץ ושות'

מרחוב אחד העם 31, תל אביב 6520204

טל' 03-5670700 ; פקס 03-5660974

2. ***

באמצעות ב"כ עוה"ד נועם רונן ו/או נגה חרובי ואח'

ממושרד גורניצקי ושות', עו"ד

משדרות רוטשילד 45, תל אביב 65784

טל' 03-7109191 ; פקס 03-5606555

3. ***

באמצעות עורכי הדין רם דקל ואוהד אנטמן

מרחוב רוטשילד 22, תל אביב-יפו

טל' 03-7549999 ; פקס 03-7549998

היועצת המשפטית לממשלה

ובעניין:

על ידי ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז תל-אביב (אזרחי)

מדרכ מנחם בגין 154 (בית קרדן), תל-אביב 6492107, ת"ד 33051

טל' 073-3924888/29 ; פקס' 02-6468005 ממוחשב 02-6467863

דוא"ל: Shlomoc@justice.gov.il

עמדה מטעם היועצת המשפטית לממשלה

בהמשך להודעתה בדבר התייצבותה להליך מכוח סמכותה לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]; בהתאם לסעיף 20 לחוק החוזים האחדים, התשמ"ג-1982 (להלן: "**חוק החוזים האחדים**"), ובהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד שניתנו בבקשות הארכה מטעם מדינת ישראל, מתכבדת היועצת המשפטית לממשלה להגיש את עמדתה בהליך זה, כדלהלן.

א. כללי

1. הסוגיות המרכזיות העומדות לדיון במסגרת עמדה זו - כפי שעולות מהבקשה המתוקנת לאישור תובענה ייצוגית, שהוגשה בהליכים שבכותרת ביום 21.7.2020 (להלן: "**בקשת האישור המתוקנת**") – הן בתמצית, כך:¹

(א) האם קמות בענייננו עילות להגשת תביעה ייצוגית מכוח הוראות חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: "**חוק הגנת הצרכן**") ואם כן - מהן;

(ב) האם קיימת עילת תביעה נגד המשיבות 2 ו-3;

(ג) האם תניית ברירת הדין (פרשנות וקביעה בהתאם לחוק ההולנדי) ותניית מקום השיפוט (סמכות בלעדית לבתי המשפט ***), המופיעות בסעיף 11 לתקנון המשיבה 1 (נספח 7 לבקשת האישור המתוקנת) מהוות תנאי מקפח בחוזה אחיד לפי חוק החוזים האחדים ובפרט בהתאם לחזקה הקבועה בסעיף 4(9) לחוק החוזים האחדים, שדינה בטלות;

(ד) האם בכוחן של תניית ברירת הדין, תניית מקום השיפוט או סעיף הפטור לגבור על הוראות חוק קוגנטיות בדין הישראלי;

(ה) האם וכיצד יישומו של פסק דינו של בית המשפט העליון ברע"א 5860/16 **Facebook Ink נ אוהד בן חמו** (נבו 31.5.2018) (להלן: "**עניין בן חמו**") ביחס לתניית ברירת דין זר (שבבענייננו הוא הדין *** (דין זר)), משפיע על התביעה בענייננו;

(ו) האם סעיף הפטור שבסעיף 1 לנוסח התנאים הכלליים שבאתר המרשתת של המשיבה 1 (להלן: "**סעיף הפטור**") - שלפיו בין היתר המשיבה 1 לא תוודא ולא יכולה לערוב שכל המידע המופיע באתר המרשתת שלה מדויק, מושלם או נכון ושהיא אינה יכולה להיות אחראית לטעויות שהן אי הצגת מידע לא מדויק, מטעה או לא נכון או אי הכללת מידע ושכל מקום אירוח אחראי למידע לרבות המחירים והזמינות המוצגים באתר המרשתת שלה - מהווה סעיף מקפח לפי חוק החוזים האחדים, בהיותו כולל למעשה פטור מפני עילת תביעה שמקורה בהצגת מחירים שגויה באתר המרשתת של המשיבה 1 והוא מנוגד לחזקות הקבועות בין היתר בסעיפים 4(1), 4(3) ו-4(6) לחוק החוזים האחדים.

¹ יוזכר כי בהחלטת בית המשפט הנכבד מיום 11.7.2021 נקבע שעמדת היועץ המשפטי לממשלה תוגש ביחס לסוגיות העולות מבקשת האישור המתוקנת.

ב. רקע עובדתי הדרוש לעניין ותמצית טענות הצדדים

1. המשיבה 1 היא חברה הרשומה ב***, אשר עוסקת בתחום שירותי נופש, ומפעילה יישומון ואתר מרשתת, שבו ניתן לבצע הזמנות של חדרי מלון בארץ ובחוץ לארץ (להלן: "האתר"). האתר שמפעילה המשיבה 1 פועל במדינות רבות ברחבי העולם. בישראל, האתר והיישומון מופיעים בשפה העברית (לרבות שירות הלקוחות), המחירים בהם מוצגים בש"ח והם פונים לקהל הישראלי.
2. לטענת המבקשים, המחירים שמוצגים באתר וביישומון הם ללא מע"מ ובכך מפרה המשיבה 1 הן את הוראות סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, הקובע איסור להטעות צרכן בכל עניין מהותי בעסקה לרבות במחיר, והן את סעיף 17ד לחוק האוסר על נקיבת מחיר של מוצר או שירות שאינו המחיר הכולל.
3. עוד טוענים המבקשים, שהמשיבה 1 נמנעת מלגלות למשתמשים שלה באתר את העובדה שהמחירים שהיא מציגה בו, וברשת המרשתת בכללותה, הם מחירים שאינם כוללים מע"מ. לטענת המבקשים, רק בשלב האחרון מתוך מספר השלבים בהם קרוי המחיר המוצג באתר "מחיר כולל", מתווספת הערה מילולית באופן שאינו מובלט, המסבירה שעל אזרח ישראל חל חיוב במע"מ בשיעור של 18% שאינו כלול במחיר הכולל.
4. כמו כן טוענים המבקשים, כי ביישומון המשיבה 1 המצב חמור בהרבה, שכן באפליקציה לא כלולה שום הערה - בכל מהלך ההזמנה ועד לאישורה - על התוספת הנדרשת בתשלום המע"מ.
5. עוד טוענים המבקשים שתקנון המשיבה 1 כולל תנאים מקפחים שיש להורות על ביטולם מכוח סעיף 19 לחוק החוזים האחידים.
6. לטענת המשיבה 1, סעיף 17ד לחוק אינו מאפשר פרסום ונקיבה במחיר כולל לכלל לקוחות בתי המלון, שכן המחיר הכולל לתייר והמחיר הכולל לצרכן ישראלי שונים, ומכאן שיש לאקונה בהוראת החוק, ולכן יש לפרש את התנהלותה ככזו שאינה עומדת בניגוד להוראות החוק.
7. עוד טוענת המשיבה 1, כי אם תפרסם באתר מחיר הכולל מע"מ, היא תטעה את התיירים מאחר שהמע"מ לתייר הוא מע"מ בשיעור אפס, ולכן תיירים יוכלו לתבוע אותה.
8. כמו כן טוענת המשיבה 1, כי לא נגרם כל נזק לחברי הקבוצה, כי אין למשיבה 1 כל אחריות מאחר שהיא לא זו שגובה את המע"מ, וכי הדין שחל על המשיבה 1 הוא הדין *** (דין זר) ולפיו אין למבקשים כל עילת תביעה.
9. המשיבה 2, ***, היא חברה הרשומה בישראל, המפעילה עשרות בתי מלון ברחבי המדינה. לטענת המבקשים, המשיבה 2 משתפת פעולה באופן מלא עם המשיבה 1; מאפשרת ללקוחותיה להזמין את שירותי המלונאות אותם היא מפעילה דרך אתר המרשתת של המשיבה 1; מפיקה רווחים מאותן הזמנות והיא ערה למצוקת הלקוחות מול המשיבה 1 (המבקשים צירפו תשובה של נציגת המשיבה 2 ללקוח, שבמסגרתה נכתב שנעשו פניות רבות למשיבה 1 בעניין אופן הצגת רכיב המע"מ באתר המרשתת של המשיבה 1 – אך ללא הצלחה).
10. לטענת המשיבה 2, היא אינה שותפה, אינה תומכת ואינה נהנית ממדיניותה של המשיבה 1 להציג את מחירי השירותים ללא מע"מ ומשכך היא אינה צריכה לשאת באחריות.

11. המשיבה 3 הינה חברת *** , (להלן : "המשיבה 3"). לטענת המבקשים, המשיבה 3 היא חברה תושבת ישראל שנוסדה *** בבעלות מלאה על ידי המשיבה 1. בחודש אוגוסט בשנת 2013, העבירה חברת השליטה של המשיבה 3 את המניות שבידה לחברה חדשה שהוקמה על ידי בשם ***. לטענת המבקשים המשיבה 3 היא חלק אינטגרלי במבנה האחזקות של המשיבה 1.
12. עוד טוענים המבקשים, שהמשיבה 3 משפיעה באופן ישיר על המידע, המחירים והנתונים המוצגים באתר ובאפליקציית המשיבה 1. לטענתם, המשיבה 3 עומדת בקשר שוטף וישיר עם בתי האירוח הישראליים ונותנת להם שירות שוטף. לטענת המבקשים, המשיבה 3 משלימה עם הפרות הדין שהמשיבה 1 מבצעת ולכן מעשיה ומחדליה של המשיבה 3 מהוות כשלעצמן הפרות דין.
13. לטענת המבקשים עיון במסמכי הרישום של המשיבה 3 ובדוחות קבוצת המשיבה 1, מלמד את הדברים הבאים :
- א. המשיבה 1 ייסדה והייתה בעלת המניות היחידה והבלעדית של המשיבה 3 (כך שבמועד הרישום המשיבה 3 הייתה חברה בת בבעלות מלאה של המשיבה 1) ;
- ב. שלושת הדירקטורים הראשונים שמונו למשיבה 3 אינם מחזיקים בתעודת זהות ישראלית והם מכהנים כדירקטורים במשיבה 1 ומענם של כל הדירקטורים הוא מענה הרשום של המשיבה 1 ועוד חברות נוספות בקבוצה ;
- ג. מר *** , אחד משלושת חברי הדירקטוריון הראשונים שמונו למשיבה 3, משמש כמורשה חתימה, כיועץ משפטי וכמזכיר המשיבה 1 ; הוא חתם בשמה של המשיבה 1 על מסמכי הבקשה לרישום המשיבה 3, לרבות על הצהרת בעלת המניות הראשונה (המשיבה 1) ;
- ד. המען הרשום של המשיבה 3 היה *** , וביום 21.4.2013 *** הודיע לרשם החברות שהמען הרשום של החברה שונה ל***, בעוד שלידעת המבקשים משרד *** מטפל בעסקי המשיבה 1 בישראל.
14. עוד טוענים המבקשים שביום 24.5.2013 בוצע שינוי במבנה האחזקות של המשיבה 1, שעיון בו מגלה שאחת ממטרותיה הוא ליצור חיץ בינה לבין לחברות המקומיות הקשורות אליה כדוגמת המשיבה 3, באמצעות הקמת חברת אחזקות (***) והעברת הבעלות במניות החברות המקומיות הקשורות לידי חברת האחזקות. בהקשר זה הודגש שכל שלושת הדירקטורים ב*** הם שלושת הדירקטורים הראשונים של המשיבה 3.
15. בהמשך לכך, נטען שביום 19.8.2013 העבירה המשיבה 1 את מלוא מניותיה במשיבה 3, שהייתה חברה בת בבעלות מלאה של המשיבה 1 עד לשינוי המבני, לחברת *** , אשר נוסדה במסגרת השינוי המבני והיא מוחזקת בבעלות מלאה של *** , היא החברה האם (בבעלות מלאה) של המשיבה 1 ומשמשת כחברת האחזקות של הקבוצה ממועד השינוי המבני (כך שהמשיבה 1 ו*** הן "חברות אחיות" בבעלות מלאה וזהה של ***) – ראו נספח 8 לבקשת האישור המתוקנת.
16. לטענת המשיבה 3, היא למעשה חברת תמיכה והיא מעניקה למשיבה 1 שירותי תמיכה. לטענתה, היא אינה הבעלים או המפעילה של האתר, אינה מספקת את השירותים נשוא בקשת האישור המתוקנת ואין לה שליטה עליהם.
17. באשר להשפעתה על הצגת המחירים באתר של המשיבה 1, טוענת המשיבה 3 כי היא לא משפיעה באופן ישיר על אופן הצגת המידע באתר ושלמעשה אין לה כל השפעה על אופן הצגת המחירים באתר או יכולת, כמו גם סמכות, לבצע שינויים מבניים באתר המרשתת של

המשיבה 1 אלא היא מסייעת למקומות האירוח הישראליים בהזנת התכנים לאתר ובייעוץ כיצד לשפר את ביצועיהם באתר. עוד טוענת המשיבה 3, כי מקומות האירוח הם אלו שמזינים לאתר את התכנים הרלוונטיים לעסקה אותה הם מעוניינים לפרסם, לרבות את מחיר העסקה, ואין לה כל סמכות לשנות את התכנים המוצגים באתר על דעת עצמה.

18. כמו כן, מפנה המשיבה 3 לפסק הדין שניתן בעש"א 46570-06-18 בוקינג.קום ישראל הזמנות למלונות און ליין בע"מ נ' הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן (נבו, 9.2.2020), במסגרתו ביטל בית משפט השלום את ההחלטה להטיל עיצום כספי על המשיבה 3 בשל אי הצגת מחיר כולל מע"מ באתר המרשתת של המשיבה 1.

ג. חוק הגנת הצרכן והחלתו בענייננו

ג.1. תכליתו של חוק הגנת הצרכן

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

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

"לחוק שהוא חלק מן החקיקה הצרכנית, תכליות רבות שליבתן היא הגנה על הצרכן מפני העוסק, בעל המעמד הכלכלי העדיף, וצמצום פערי הכוחות וחוסר השוויון בעמדות המיקוח של הצדדים. מטרתו להשליט אורחות התנהגות ראויות על המגזר העסקי ולקבוע כללי משחק הוגנים ביחסים שבין הצרכן לעוסק.

הוא נועד לחזק את האוטונומיה האישית של הצרכן ואת זכותו לכבוד על-ידי הבטחת יכולתו לבחור בחירה מושכלת במוצר ובשירות על-ידי כך שיקבל את כל המידע האמיתי הרלוונטי ולמנוע ניצול לרעה של מעמדו החלש יותר של הצרכן."

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

² אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט 27 (2002).

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

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

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

21. בסעיפים 114-130 לבקשת האישור המתוקנת טוענים המבקשים כי אי הצגת המחיר כולל מע"מ מהווה הטעיה לפי סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן. סעיף זה קובע כהאי ליסנא:

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

יודגש, כי איסור זה חל בכל שלבי העסקה, החל מהשלב הטרם-חוזי, קרי, שלב השיווק. בהתייחס לענייננו, המועד בו לקוח פוטנציאלי גולש באתר המרשתת של המשיבה 1 או משתמש בישומון שלה ורואה פרסומים של שירותי נופש.

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

"מטרתו של חוק הגנת הצרכן היא להגן על הצרכן מפני מעשה מרמה, עושק והטעיה ולהבטיח כי בעשותו עסקה יעמדו לרשות הצרכן מידע, מלא ככל האפשר, על טיב העסקה ועל פרטיה. ההנחה שעמדה בבסיסו של החוק הייתה כי בהינתן מידע מלא והוגן, יוכל הצרכן לכלכל את דרכיו ולהתקשר בעסקה מטיבה ורצויה. לשם כך נכללה בחוק חובת גילוי רחבה, ונקבע בו איסור על עוסק לעשות מעשה או מחדל "העלול להטעות את הצרכן".

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

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

"הטעיה היא הצהרה כוזבת. הטעיה נוצרת כאשר קיים פער בין הדברים הנאמרים (או המוסתרים) לבין המציאות. הטעיה יכולה ללוש שתי צורות: האחת, הטעיה במעשה על דרך של מצג שוא הכולל פרטים שאינם תואמים את המציאות; והשניה, הטעיה במחדל, קרי: אי גילוי פרטים מקום שיש

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

חובה לגלותם (ראו: ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שניה, תשנ"ה) 225; ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (תשנ"ג, כרך ב') 787).
הטעייה לפי סעיף 2 לחוק איננה עוולה תוצאתית, אלא עוולה התנהגותית: העוולה קיימת אם נעשה מעשה או מחדל "העלול להטעות", גם אם לא אירעה הטעייה בפועל, ולא נגרם כל נזק (דנ"א 5712/01 הנ"ל, פסקה 10 לפסק דינו של כב' השופט מ. חשין, ופסקה 7 לפסק דינה של כב' השופטת ט' שטרסברג-כהן).

24. איסור ההטעייה כפי שמוסדר בסעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, קובע רשימה (שאינה סגורה) של עניינים שיראו בהם עניינים מהותיים לגביהם חל איסור הטעייה וביניהם:

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

ג. החובה לפרסם ולנקוב במחיר כולל

25. בסעיפים 96-113 לבקשת האישור המתוקנת טוענים המבקשים כי המשיבה 1 מפרה את החובה לפרסם ולנקוב ב"מחיר כולל".

26. בסעיף 17ד לחוק הגנת הצרכן נקבע כי עוסק יפרסם מחיר כולל של שירות המוצע לצרכן ובמטבע ישראלי:

"לא יפרסם עוסק ולא ינקוב, במפורש או במשתמע, מחיר של נכס או של שירות המוצע לצרכן, אלא אם כן הוא המחיר הכולל בלבד ורק במטבע ישראלי."

27. סעיף 17א לחוק הגנת הצרכן מגדיר את המונח "מחיר כולל" בהאי לישנא:

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

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

(2) כל תשלום אחר הנלווה לרכישת אותו נכס או שירות, בלי שניתנת לצרכן

אפשרות מעשית לוותר עליו במסגרת העסקה."

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

"המונח "המחיר הכולל" מוגדר [בסעיף 17א](#) לחוק כ"מחיר הכולל את סך כל התשלומים בעבור נכס או שירות...". אכן, מטרתו העיקרית היתה למנוע מצב בו הקונה יופתע לרעה בקופה, כשיתברר לו שעליו לשלם תוספות נוספות על המחיר המצוין עליו. ברם, זו אינה המטרה היחידה. בנוסף למטרה זו, קיימת מטרה נוספת, והיא שהצרכן יידע מה בדיוק המחיר שעליו לשלם לאחר ההנחה. המחוקק רצה להבטיח שכל קונה יוכל לדעת בדיוק מה המחיר הסופי והוא לא יצטרך לערוך חישוב בעצמו. המטרה אינה רק למנוע "הפתעה לרעה" בקופה, אלא גם לפשט ולהבהיר לקונה מה בדיוק המחיר לאחר ההנחה, מבלי שהוא יצטרך "לפתוח מחשבון" ולהתחיל לחשב חישובים.

באופן זה מתגשמת אחת ממטרות החוק "להביא לידיעתו מידע מלא ככל האפשר על טיב העסקה שהוא עומד לעשות" (מתוך המבוא להצעת [חוק הגנת הצרכן](#), תש"ס-1980 (חוברת 1469, 16.7.80)). מגמת החוק היא להרחיב את חובת הצגת המחירים, לפשטה ולהיטיב עם הצרכן. הכוונה של המחוקק היא להועיל ולהגן על הצרכנים, תוך העמקת והרחבת החובה שהמחירים יגולו באופן ברור ואחיד. לכן, הגדרת הביטוי "המחיר הכולל" כ – "מחיר הכולל את סך כל התשלומים בעבור הנכס" צריך להיות מפורש כמחיר הסופי ולא המחיר לפני ההנחה. רק ציון המחיר לאחר הנחה, מביא לידיעת הצרכן את "המידע המלא" אודות המחיר האמיתי שעליו לשלם עבור המוצר."

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

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

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

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

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

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

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

"הוראות פרק זה לא יחולו –

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

33. עם זאת, ענייננו לא נכלל בפטורים מחובת הפרסום ונקיבת המחיר הכולל. למען הסר ספק ומעל לדרוש, תפנה היועצת המשפטית לממשלה לפרט 1 בחלק א' של התוספת הראשונה לחוק הגנת הצרכן, ויובהר כי פטור זה אינו רלוונטי בענייננו. פרט 1 בחלק א' של התוספת הראשונה קובע כך:

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

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

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

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

36. התקנות מלמדות כי כוונת המחוקק בפטור זה, שעניינו הצגת מחיר של שירותי מלונאות לתייר בבית מלון, ברורה – ניתן להציג מחיר ללא מע"מ לתייר בכל מקום שבו מוצג מחיר בשטח בית מלון ובלבד שלצד הצגת המחיר לתייר קיימת הבהרה באופן בולט לעין כי המחיר האמור הוא לתייר בלבד.

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

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

39. לאור האמור, טענת המשיבה 1 לפיה קיימת לאקונה בסעיף 17ד לחוק הגנת הצרכן,⁵ אשר בשלה אין חובה לפרסם מחיר כולל אחד לצרכן הישראלי ולתייר ולכן יש להכיר באופן פרסום המחיר על ידי המשיבה 1 – אינה מתיישבת עם כוונת המחוקק שהובהרה בהסדר האמור באופן נהיר.

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

בענייננו חל סעיף 17ד לחוק הגנת הצרכן, שהוא הסעיף העוסק בחובה לפרסם ולנקוב במחיר כולל. לא מדובר בענייננו בחובת הצגת מחיר ובוודאי לא כזה הנובע מסעיף 17ב לחוק הגנת הצרכן, שעוסק בחובה להציג מחיר לגבי מוצר בלבד ועל גבי המוצר עצמו (ולכן אינו רלוונטי לעסקאות מכר מרחוק), ולא לגבי שירות.

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

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

41. עוד יובהר, כי מצירוף העובדות – פניית האתר לצרכן בשפה העברית, תמחור בש"ח ושירות שניתן בבתי מלון בישראל - עולה, שבראש ובראשונה מטרתו העיקרית של האתר היא לפנות לקהל הצרכנים הישראלי ולא לתייר חוץ שאינו חב במע"מ בהתקיים התנאים המפורטים בסעיף 30(א)(8) לחוק המע"מ, כאמור. לכל היותר היה מקום לציון הערה לטובת התיירים.

גם אילו היועצת המשפטית לממשלה הייתה סבורה שפרט 1 לתוספת הראשונה חל על המשיבה 1 (וכאמור היועצת המשפטית לממשלה אינה סבורה כך), הרי שהמשיבה 1 אינה עומדת באותם כללים שעה שהיא מפרסמת אך ורק מחיר שאינו כולל מע"מ ואינה מציינת שמדובר במחיר לתייר חוץ בלבד.

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

43. תקנה 19 לתקנות שירותי תיירות קובעת בזו הלשון:

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

⁵ ראו פרק ב' לכתב התשובה מטעמה ובפרט סעיפים 13-17 שם.

(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;

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

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

4.ג. חובות גילוי בעסקאות המתבצעות במכר מרחוק

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

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

47. סעיף 14 לחוק הגנת הצרכן קובע הוראות שונות לעניין עסקאות שבוצעו במכר מרחוק ובכלל זה קובע את חובת גילוי מחיר הנכס או השירות בשיווק מרחוק, כבענייננו, בסעיף 14(א)(3) לחוק הגנת הצרכן:

"14.ג. (א) בשיווק מרחוק חייב העוסק לגלות לצרכן פרטים אלה לפחות:
(1) [...]

(3) מחיר הנכס או השירות ותנאי התשלום האפשריים;"

48. בהמשך, סעיף 14(ו) לחוק הגנת הצרכן מגדיר את המונחים הבאים כך:

"מחיר הנכס" – מחירו הכולל של הנכס או של השירות, לרבות דמי ההובלה וכן כל תוספת או הוצאה אחרות שיחולו על הצרכן;

"עסקת מכר מרחוק" – התקשרות בעסקה של מכר נכס או של מתן שירות, כאשר ההתקשרות נעשית בעקבות שיווק מרחוק, ללא נוכחות משותפת של הצדדים לעסקה;

"שיווק מרחוק" – פניה של עוסק לצרכן באמצעות דואר, טלפון, רדיו, טלוויזיה, תקשורת אלקטרונית מכל סוג שהוא, פקסימיליה, פרסום קטלוגים או מודעות, או באמצעי כיוצא באלה, במטרה להתקשר בעסקה שלא בנוכחות משותפת של הצדדים, אלא באחד האמצעים האמורים."

49. הוראות אלו נקבעו מתוך הבנה של המחוקק, כי בעסקה שמבוצעת במכר מרחוק הצרכן פגיע יותר ופערי המידע הולכים ומעמיקים ובהתאם נדרשות חובות מוגברות והגנות משמעותיות יותר על הזכות הצרכנית.

50. בפסק הדין בדנ"א 5783/14 עו"ד ליאור צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ (נבו 12.9.2017) (להלן: "עניין צמח"), עמד בית המשפט העליון על מאפייניה של העסקה המקוונת המצדיקים קביעת הגנות רחבות יותר לגביה. בין היתר, ניתנה התייחסות רחבה להשפעת העוסק על הצרכן לאור היכולת לאסוף עליו נתונים, לנתח אותם ולהתאים את אמצעי השיווק והפעלת הלחץ לצרכן ספציפי.

כמו כן, הורחבה התייחסות למאפיינים נוספים כגון הקלות שבה צרכן יכול לבצע רכישה, היעדר היכולת של הצרכן לקבל מידע מהעוסק לגבי השירות או המוצר או להשיג על תנאי העסקה – דבר שגורם לצרכן שלא לקרוא את החוזה.

עוד ניתנה התייחסות לעניין היכולת הבלעדית של העוסק לקבוע את כללי המשחק באופן שהצעתו היא בבחינת 'Take it or leave it', וכן ניתנה התייחסות לכך שהרשת מוצפת במידע שחלק ניכר ממנו אינו אמין, ואף אם היה אמין הצרכן נתקל בקושי אמיתי לברור את המידע הרלוונטי לעסקה מסוימת בה הוא מעוניין (ראו פסקאות 42-43 לפסק הדין).

51. עוד נקבע בעניין צמח כך:

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

52. לאור האמור, הרי שעסקה – למכירת שירותי תיירות – המתבצעת בעקבות פניה לצרכן באמצעות היישומון או המרשתת (ולעניין זה, קיומו של אתר במרשתת – מהווה פניה לצרכן), היא עסקת מכר מרחוק שלגביה עוסק חייב, מכוח סעיף 14ג(א)(3) לחוק הגנת הצרכן, להציג לצרכן את התכונות העיקריות של השירות, מחירו, תנאי התשלום האפשריים לגביו טרם עשיית העסקה, וכן למסור לו טופס גילוי לפי סעיף 14ג(ב) לחוק הגנת הצרכן לאחר ביצוע העסקה.

כאמור, לענייננו, שעה שמדובר בעסקאות מכר מרחוק, רלוונטית החובה לפרסם ולנקוב את **מחירו הכולל** של הנכס או השירות כבר בשלב השיווק מרחוק. ראו בעניין זה גם את סעיף 14ג(ו) לחוק, שצוטט בסעיף 48 לעיל, בו נקבעה הגדרת המונח "**מחיר הנכס**",⁶ שאינה מסתפקת באימוץ הגדרת המונח "מחיר כולל", כפי שנקבע בסעיף 17א לחוק הגנת הצרכן שצוטט בסעיף 27 לעיל, אלא אף מרחיבה יותר (וכזו הכוללת "כל תוספת או הוצאה אחרות שיחולו על הצרכן").

53. כאמור לעיל, לטענת המבקשים, רק בשלב האחרון מתוך מספר השלבים בהם קרוי המחיר המוצג באתר "מחיר כולל", מתווספת הערה מילולית באופן שאינו מובלט, המסבירה שעל אזרח ישראל חל חיוב במע"מ בשיעור של 18% שאינו כלול במחיר הכולל.

לעמדת היועצת המשפטית לממשלה אי הצגת המחיר המלא, הכולל מע"מ, בנסיבות שנטענות על ידי המבקשים, מהווה, הן הטעיה לפי סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן, שכן מחיר העסקה מהווה פרט מהותי בעסקה והן הפרה של הוראות סעיפים 17ד ו-14ג לחוק הגנת הצרכן. אי גילוי העובדה שהמחיר המוצג אינו כולל מע"מ כאמור פוגע באפשרות של הצרכן לשקול את שיקוליו השונים ולערוך השוואה מהימנה בין ההצעות השונות, על מנת לקבל החלטה מושכלת לגבי התקשרותו בעסקה.

בהמשך לאמור, היועצת המשפטית לממשלה סבורה שהמחיר המוצג בשיווק מרחוק - אם באמצעות אתר המרשתת של המשיבה 1 ואם באמצעות הישומון שלה – צריך לכלול את רכיב המע"מ כבר ברגע הצגתו לראשונה ועל המשיבה למצוא את הכלים והפתרונות לכך. זאת, בין היתר באמצעות הוספת ברירת בחירה האם הצרכן הוא תושב ישראל או תייר וכן באמצעות "שאיבת מידע" לגבי רכיב המע"מ בהתאם לבחירת מקום יעד לנופש וכד'. בכל הכבוד, חברה גלובאלית וגדולה כמו המשיבה 1 אשר פונה לצרכנים בישראל יכולה ואף חייבת למצוא את הפתרונות לכך על מנת לעמוד בהוראות הדין הישראלי.

54. בשולי הדברים יובהר, כי ניסיון המשיבה 1 ללמד על אופן פרסום המחיר באמצעות סעיף 30א(8)(א) לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975 (להלן - **חוק מע"מ**),⁷ שגוי מיסודו. ויובהר – סעיף זה קובע שעל "**לינה של תייר בבית מלון ושירותים נוספים שקבע שר האוצר, באישור ועדת הכספים של הכנסת, הניתנים אגב לינה כאמור**" – יוטל מע"מ בשיעור אפס.

עם זאת, חוק מע"מ אינו קובע דבר וחצי דבר לעניין אופן פרסום ונקיבה במחיר ואין זו מהותו ותכליתו. לעניין זה חלות הוראות חוק הגנת הצרכן והתקנות שמכוחו וכן תקנות שירותי תיירות כפי שפורטו כאן בהרחבה.

⁶ לפיה מחיר הנכס הוא "**מחירו הכולל של הנכס או של השירות, לרבות דמי ההובלה, וכן כל תוספת או הוצאה אחרות שיחולו על הצרכן**".

⁷ ראו סעיפים 13-17 לכתב התשובה מטעם המשיבה 1.

ג.5. עמדת היועצת המשפטית לממשלה לעניין תחולת הוראות חוק הגנת הצרכן על

המשיבה 1

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

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

56. התפתחות הסחר המקוון הגלובלי מחייבת את המשפט לפתח שיטות מתאימות על מנת לבחון את תחולתו של הדין המקומי. אם בעבר די היה בזיקה פיסית של נוכחות הצדדים, היום המשפט במדינות לא מעטות בעולם מפתח תפיסות מתאימות על מנת לקבוע את תחולת משפט המדינות על המתרחש במרשתת.

57. ברי כי בעת חקיקת חוק הגנת הצרכן הישראלי, שיטות השיווק והמכר היו שונות ו"פשוטות" ועסקאות צרכניות חוצות גבולות היו פחות מקובלות. נראה כי התפתחותו ושכלולו של המסחר המקוון, ומסחר מקוון חוצה גבולות בפרט, מצדיקים פרשנות רחבה של החוק ותכליותיו ובכלל זה הענקת ההגנות המוקנות כיום בחוק הגנת הצרכן ואף ביתר שאת.

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

59. לאור כל אלו, היועצת המשפטית לממשלה סבורה שראוי להתאים את הפרשנות הניתנת לתחולת חוק הגנת הצרכן ולהחיל אותו, במקרים המתאימים, גם על עוסקים שמאוגדים בחוץ לארץ אך פועלים בתוך ישראל ומכוונים את פעילותם לצרכנים הישראלים, על מנת להשיג את תכליות החוק והכל תוך שמירה על איזון והוגנות גם כלפי העוסקים. יובהר, כי גם מבחינה לשונית, אין מניעה לפרשנות כזו - ברי כי חוק הגנת הצרכן חל על הסחר המקוון (כלשון החוק – מכר מרחוק) וזהות העוסק כחברה גלובלית שבין השאר מכוונת את פעילותה לישראל, מתאימה גם לעניין הגדרת עוסק בחוק כמי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן.

60. בתשובה לבקשת האישור המתוקנת טוענת המשיבה כי להוראות הדין הישראלי בכלל, ולחוק הגנת הצרכן ובפרט, אין תחולה חוץ-טריטוריאלית, ומשכך אין לחוק תחולה על ההסכם שבין החברה לבין הצרכן הישראלי (פרק י"ג לכתב התשובה לבקשת האישור המתוקנת).

61. המשיבה 1 היא חברה שמכוונת את פעילותה לצרכנים הישראלים, ולפיכך סבורה היועצת המשפטית לממשלה כי בניגוד לטענת המשיבה 1, במקרה דנן חוק הגנת הצרכן חל עליה. המשיבה 1 מנהלת פלטפורמה מקוונת עבור צרכנים הישראלים, נהנית מרווחים מהשוק הישראלי, היא משווקת בתי מלון ישראליים, הצרכנים כורתים את ההסכם בהיותם בישראל. כל אלו, מהוות אינדיקציות לכך שפעילות המשיבה 1 בכל הנוגע לצרכנים הישראלים היא בעיקר בישראל ולמעשה היא פועלת ככל עוסק ישראלי.

לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, מכלול המאפיינים המתוארים מצדיק להחיל על המשיבה 1 את הוראות חוק הגנת הצרכן ולראות את פעילותה ככזאת שנעשתה בישראל. קרי, לאור פעילותה המקיפה והמכוונת בארץ, עצם התאגדות החברה במדינות אחרות והימצאותם של השרתים בחוץ לארץ לא פוטרת אותה מתחולת החוק הישראלי. זאת גם הציפייה של הצרכן הישראלי, כאשר הוא נכנס לאתר בשפה העברית שבו אף מוצגים המחירים בעברית ממש כמו כל אתר אחר של עוסק ישראלי. על כן, התשובה לשאלה של החברה כמכוונת את פעילותה לישראל היא חיובית.

62. וממה נפשך, אף אם ימצא כי במקרה דנן מדובר בתחולה "חוץ-טריטוריאלית", אין מניעה עקרונית מבחינת הדין הפנימי להחיל את חוק הגנת הצרכן על המשיבה 1. בבג"ץ 279/51 **חיים הרץ אמסטרדם ו-162 ואח' נ' שר-האוצר** (נבו 11.9.1952) (להלן: "**פרשת אמסטרדם**"), התווה בית המשפט העליון את הכללים לקביעת היקף התחולה של הדין הישראלי, גם בהעדר הוראה מפורשת בדין לגבי כך, על גורמים זרים.

לפי פסק דין זה, כאשר החוק שותק לגבי היקף תחולתו, על בית המשפט לקבוע את תחולתו באמצעות פרשנות החוק, בהתבסס הן על תכלית החוק והן על עקרונות כלליים, כגון עיקרון הריבונות.

63. כפי שהוצג לעיל, העמדה לפיה יש להחיל את חוק הגנת הצרכן גם על עוסקים זרים המכוונים את פעילותם לצרכנים הישראלים, בדומה למשיבה 1, מתאפשרת לאור לשון חוק הגנת הצרכן ומגשימה את תכלית החוק להגן על צרכנים המצויים בעמדת נחיתות אל מול העוסקים והכל כפי שפורט בהרחבה לעיל.

64. לטענת המשיבה 1 (בסעיף 211 לתשובה לבקשת האישור המתוקנת) "**...המחוקק מבקש להתאים את הדין הישראלי לדין הזר ולא מצפה הן מהאתרים הישראליים והן מהאתרים הזרים לפעול בהתאם לדין הישראלי**".

65. את הטענה הזו מבקשת המשיבה 1 לסמוך על תיקון 58 לחוק הגנת הצרכן. במסגרת תיקון 58 לחוק התווסף לחוק סעיף 14ג2 הקובע הוראות מיוחדות לעניין ביטול עסקת מכר מרחוק למתן שירותי תיירות מחוץ לישראל ובכלל זה קובע כי –

"(א) על אף האמור בסעיפים 14(ג) ו-14(ה), עוסק המציע לצרכן להתקשר בעסקת מכר מרחוק למתן שירותי תיירות הניתנים במלואם מחוץ לישראל באמצעות נותן שירות מחוץ לישראל, רשאי להציע לצרכן, לגבי אותו שירות שהוצע, לבחור בין החלופות שלהלן, בכפוף להוראות סעיפים קטנים (ב) ו- (ג):

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

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

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

66. תיקון זה נועד להתמודד עם הקושי של עוסקים ישראלים המציעים לצרכן הישראלי שירותי תיירות שניתנים במלואם מחוץ לישראל. לעניין זה תפנה היועצת המשפטית לממשלה לדברי ההסבר לתיקון שם צוין כך:

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

ובהמשך:

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

67. בשונה מטענת המשיבה 1, לפיה התיקון מלמד כי המחוקק מבקש להתאים את הדין הישראלי לדין הזר ולא מצפה מהאתרים הישראליים והזרים לפעול בהתאם לדין הישראלי, תיקון 58 מצביע בדיוק על המסקנה ההפוכה – המחוקק סבור כי הדין הישראלי הוא המחייב ולכן במקום שהוא השתכנע שקיימת הצדקה לכך, ושיש להחריג לגביו את תחולת הוראות החוק – ראה המחוקק צורך לקבוע זאת בתיקון לחוק.

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

69. כאמור, הוראות חוק הגנת הצרכן מושתתות על ההבנה של מאפייני היחסים שבין הצרכן לעוסק והם אלו המצריכים התייחסות מיוחדת על זו שנקבעה בדין הכללי ובדיני החוזים. לאור המאפיינים הייחודיים האמורים של החוזה הצרכני והצורך המיוחד להבטיח את זכויות הצרכנים, קבע המחוקק בסעיף 36 לחוק הגנת הצרכן, שהוראות החוק הן הוראות קוגנטיות: "הוראות חוק זה יחולו על אף כל ויתור או הסכם נוגד".

70. בהינתן ההנחה האמורה לעיל, לפיה חוק הגנת הצרכן הישראלי חל גם על המשיבה 1, היא לא הייתה רשאית לכלול בהסכמיה עם הצרכנים הישראלים תנייה אשר יש בה משום ויתור על תחולתו של חוק הגנת הצרכן והחלתו של דין צרכני אחר, של מדינה אחרת. בעשותה כן, היא קבעה תנייה שסותרת את הדין ולכן תוקפה המשפטי מוטל בספק.

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

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

72. עמדה זו של כבוד השופט חנן מלצר (כתוארו אז) היא גם העמדה המקובלת לפירוש הוראה בחוזה אחיד לפי חוק החוזים האחדים. לפיה, תניה בחוזה אחיד לא יכולה להתנות על הוראות קוגנטיות. כך כתב בזמנו פרופ' זמיר (איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים 38-40 (ירושלים, 1996):

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

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

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

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

פיסקה (7) עוסקת בהתנאה על כללי נטל ההוכחה.

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

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

74. ראו בעניין זה החלטת בית המשפט המחוזי מרכז (כב' השופטת איריס ברון רבינוביץ) שניתנה לאחרונה בת"צ 45354-02-18 חיים הירשפלד נ' Traveljigsaw Limited (נבו 24.3.2022) (להלן: "עניין הירשפלד"). שם בית המשפט מתייחס לכך שבאותו הליך התביעה מבוססת על הפרה של דיני הגנת הצרכן, בדומה לענייננו, וכך נקבע על ידו:

"42. מעבר לכך, התביעה מבוססת על הפרה של דיני הגנת הצרכן, המדובר בדינים קוגנטיים. יש לבחון האם, כאשר מפרשים את הוראות הדין הישראלי, מגיעים לכלל מסקנה כי הדין מכון לחול במצב דברים זה. לצורך כך, יש לפרש את הוראות הדין.
טענת המשיבה לפיה הוראות קוגנטיות נבחנות רק לאחר קביעה כי דין החוזה הוא דין ישראל דינה להידחות. זאת מהטעם שבכל מקרה בית המשפט נדרש להכריע בשאלה האם הוראות הדין הישראלי המהותי, כדין הפורום, ובכלל זאת הוראות חוק הגנת הצרכן, חלות על ההתקשרות. ר' בהקשר זה – פסברג, שם, בעמ' 1151:
"כללי ברירת הדין מופעלים רק לאחר שברור כי דין הפורום אינו מסדיר את העניין בעצמו, באמצעות כלל מהותי מיוחד, כלל לתחולה מיידית או כלל בעל תחולה מורחבת....".

75. זאת ועוד, המשיבה 1 טוענת כי החלת החוק כאמור תפגע במודל העסקי של חנויות מקוונות רבות וכי אין זה נכון לדרוש מחברות זרות להתאים את עצמן לחקיקה של כל מדינה בה הן פועלות (סעיפים 207.3 ו-207.4 לכתב התשובה מטעם המשיבה 1). עמדת המשיבה 1 משמעה כי חברות זרות שמכוונות את פעילותן לצרכנים ישראלים ונהנות מהכנסות השוק הישראלי, פטורות מהדין המקומי, מעצם כך שהן פועלות במרשתת ומשווקות את מוצריהן ברחבי העולם. כלומר היא מבקשת להעדיף את האינטרס שלה על פני האינטרס של הצרכן בקביעת תניית שיפוט שבהעדרה חל הדין הישראלי כפי שפורט לעיל.

76. לפי הכללים האמורים לעיל, הדין השיורי הוא הדין הישראלי, הוראות חוק הגנת הצרכן הן קוגנטיות וממילא לא ניתן להתנות עליהן בכל נימוק שהוא. לגופה של הטענה ולמעלה מן הצורך, סבורה היועצת המשפטית לממשלה, כי עמדת המשיבה 1 כאמור עלולה לפתוח פתח רחב למניפולציה ולהותיר את הצרכן הישראלי פגיע במרחב הווירטואלי או לפחות בחוסר ידע והבנה לגבי היקף ההגנה שניתנת לו, אם בכלל, בשונה מההגנה שהמחוקק הישראלי ביקש להקנות לו. היעילות שניתנת לחברה, דין אחד החל על כלל עסקאותיה, פוגעת ביעילות ובהגינות כלפי הצרכן שהוא הצד החלש בעסקה ואינו יודע ולא יכול לדעת במאמץ סביר מהו הדין החל, ומרוקנת מתוכן הגנות שהמחוקק הישראלי ביקש לקבוע לו. מעבר לכך, נראה שכאשר צרכן ישראלי גולש באתר בעברית שהמחירים בו מוצגים בעברית והוא רוכש שירות שאמור להינתן בישראל, הצפייה הסבירה שלו היא שהוא נתון לדין הישראלי ולהגנות הכלולות בו.

77. עוד סבורה היועצת המשפטית לממשלה כי אם תתקבל עמדת המשיבה 1, היא עשויה לעודד עסקים להתאגד במדינות בהן יש אסדרה צרכנית נמוכה, או להקים שם את שרתי המחשב שלהם או להפנות במסגרת החוזה למדינות מעין אלה ובכך להיטיב עם האינטרסים הכלכליים שלהם ולהתחמק מהנטל האסדרתי המקומי, והכל של חשבון האינטרסים של הצרכן.

זאת ועוד, עמדת המשיבה 1 מייצרת פערי אסדרה לא סבירים בין עוסקים ישראלים לעוסקים זרים, אשר פועלים באופן דומה בשוק הישראלי, רק בשל השוני במקום מושבם. השאלה של מקום התאגדות איננה בסיס נכון להשתית עליו את הדין. לומר כי חברה זרה מעצם התאגדותה יכולה למשוך לעצמה את הדין הזר שהיא מחליטה כי יחול עליה בעוד העוסקים הישראליים כפופים לחוק הישראלי מטיבם, מעלה קשיים במובן השיוויון של תחולת הדינים על עיסוק מסוים. התוצאה איננה שיוויונית, עשויה לפגוע בעוסקים הישראליים. היא חוטאת להבחנות העקרוניות בדין הישראלי שחלות על עוסק כעוסק, על בנק כבנק או מבטח כמבטח שאינן קשורות כלל ועיקר למקום ההתאגדות אלא להיותן פעילות בישראל.

78. חשיבות הטיפול בפערי הכוחות המתוארים מתעצמת לאור היקף ההתקשרויות המבוצעות כיום בין לקוחות לבין תאגידים זרים המבקשים להשיא רווחים מקהל הלקוחות הישראלי, שצברו תאוצה רבה בשנים האחרונות. להתקשרויות אלו יתרונות רבים, אך הן טומנות בחובן גם סיכונים וקשיים בהם נתקלים הלקוחות, וביניהם הקושי להבין את משמעותם והשלכותיהם של תנאי החוזה עוד בשלב כריתת החוזה, ובהמשך קושי לממש את זכויותיהם. על חשיבותו של העניין שלפנינו ועל היקפו ניתן ללמוד, בין היתר, מהעמדות של היועץ המשפטי לממשלה שהוגשו בהליכים רבים בסוגיות דומות ואף זהות וראו למשל עניין הירשפלד; ת"צ 17737-01-18 **אורי הכהן נגד Hotels.com L.P. שותפות מוגבלת הרשומה בטקסס, ארצות הברית**; ת"צ 9139-05-18 **צביה נ' Agoda Company Pte. Ltd**; ת"צ 8295-10-17 **שפירא נ' Booking.com B.V.** ות"צ 12859-12-19 **ברק נ' Amazon, Inc**.

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

"תחולה על נותן שירותי תשלום שאינו תושב ישראל"

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

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

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

הטענה שמעלה המשיבה 1 – כי ראוי לקדם מדיניות שמבטיחה לחברות זרות הגנות מפני דין זר מחמת היעילות שלהן – לא מצאה קשב אצל המחוקק הישראלי בתחום שירותי התשלום, שהוא תחום שמאופיין בפעילות מצד חברות גלובליות, בדומה לתחומים נוספים. חוק שירותי תשלום הוא חקיקה מודרנית הרואה לנגד עיניה פעילות של חברות שהתאגדו במדינות אחרות כפעילות בישראל, והוא מבהיר את התפישה של המחוקק הישראלי כי צרכנים ראויים להגנה וכי הדין צריך להיות שווה לכלל העוסקים שעוסקים באותו עיסוק ומקום ההתאגדות אינו רלוונטי.

81. בשולי הדברים תתייחס היועצת המשפטית לממשלה לטענה שהעלתה המשיבה 1 בסעיפים 114.6, 208 ו-210 לתשובתה, ממנה משתמע כי עמדת הרשות להגנת הצרכן היא שהוראות חוק הגנת הצרכן חלות על עסקאות שבוצעו באתרים ישראלים ודרך חברות ישראליות בלבד.

82. בעניין זה יובהר, כי הדברים המיוחסים לרשות להגנת הצרכן או לעומד בראשה נאמרו בשים לב למדיניות האכיפה לשעתה וההתפתחות הטכנולוגית בעניין. עם התגבשות פסיקה בנושא, לפיה מקום מושב העוסק ומיקומו של השרת אינם המבחנים העיקריים להכרעה בשאלת מקום השיפוט – חל שינוי גם בתפיסה לגבי החלת הדין הישראלי על חברות בינלאומיות שמקום מושבם אינו בישראל, שאומנם יש קושי מסוים (בשל כללי נימוס בינלאומיים) אך בהחלט ניתן לנקוט בהליכים נגד חברות בינלאומיות ולהחיל את הדין הישראלי עליהן. הא ראייה שגם הכיתוב שהופיע באתר המרשתת של הרשות להגנת הצרכן תוקן בעניין זה.

83. סיכומו של דבר, נראה כי בענייננו קמות עילות להגשת תביעה ייצוגית מכוח הוראות חוק הגנת הצרכן, אשר חל על המשיבות ומהווה חוק קוגנטי. כמו כן, הוראת סעיף 47 לחוק שירותי תשלום היא למעשה אימוץ מפורש ראשון של הכלל שהתפתח בעולם בעניין תחולת הדין הישראלי.

ג.6. עמדת היועצת המשפטית לממשלה בשאלת קיומה של עילת תביעה נגד

המשיבות 2 ו-3

84. ביחס לטענות המבקשים לגבי המשיבה 2, היועצת המשפטית לממשלה סבורה כי בהיותה של המשיבה 2 הגורם שמספק את השירות, ולפחות בחלקם של המקרים גובה את הכספים בעד השירותים שהיא מספקת לצרכנים, ובשים לב לטענה שההפרה הייתה מצויה בידיעתה [שכן צרכנים התלוננו לפניה בעניין והיא אף פנתה בנושא למשיבה 3]⁸ והיא הנהנית (ביחד עם המשיבה 1) באופן ישיר מההכנסות בגין אותן עסקאות – קיימת אפשרות שתקום חבות כלפי הצרכנים.

85. בשולי הדברים יוער שכעוסק ישראלי המשיבה 2 מודעת או לפחות צריכה להיות מודעת לכך שחוק הגנת הצרכן מופר⁹ וניתן להניח בסבירות גבוהה כי יש לה את היכולת לפנות לפלטפורמות מקוונות אחרות ולהתקשר עמן חלף המשך ההתקשרות עם המשיבה 1 תוך השאת רווחיה כתוצאה מהפרת הוראות חוק הגנת הצרכן.

86. אשר למשיבה 3, מפנה היועצת המשפטית לממשלה לפסק הדין שניתן בע"א *** **הרשות להגנת הצרכן נ' ***** (נבו 24.3.2021) (להלן: "**ע"א *****"). במסגרת פסק דין זה, דחה בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו את הערעור שהגישה הרשות על החלטת בית משפט השלום בתל אביב-יפו לקבל את הערעור שהגישה המשיבה 3 על החלטת הרשות להטיל עליה עיצום כספי [ראו ע"א *** **נ' הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן** (נבו ***)] שם ציין בית המשפט כי ה"כתובת המתאימה" להטלת העיצום היא המשיבה 1 וזו לא הייתה צד להליך.¹⁰

בית המשפט קבע ברוב דעות (כבוד השופטות י' שבח ושי' יעקובוביץ') כי החלטת הרשות להטיל עיצום על המשיבה 3 לא הייתה סבירה בשל כך שלא הוכח כי המשיבה 3 היא בעלת יכולת לבצע שינוי באופן הצגת הנתונים באתר המרשתת של המשיבה 1. עוד צוין כי המשיבה 3 ניסתה לפעול מול המשיבה 1 לצורך התאמת אתר המרשתת לדרישות החוק הישראלי והסרת ההפרה הנטענת.

⁸ סעיף 15 בבקשת האישור המתוקנת.

⁹ למשיבה 2 יש קשר עסקי ברור ומובהק עם המשיבה 1. יש ביניהן מערכת של הסכמים לעניין פרסום השירות של המשיבה 2 באתר המרשתת והיישומון של המשיבה 1. כמו כן המשיבה 2 מודעת לכך שמחירי השירות שלה המפורסמים באתר המרשתת של המשיבה 1 מוצגים ללא מע"מ. התאחדות המלונות, המייצגת את בתי המלון בישראל, אף פנתה בעבר (18.4.2016) לרשות להגנת הצרכן ולמועצה הישראלית לצרכנות בטענה שהמשיבה 1 מציגה באתר המרשתת שלה את מחירי המלונות ללא מע"מ. כמו כן, המשיבה 2 מודעת להפרה גם מתוך התלונות שקיבלה מצרכנים לעניין זה וכן מודעת להפרה כשצרכן בא לשלם בבית המלון ונדרש ממנו סכום גבוה מהסכום שהוצג לו בעת ביצוע ההזמנה (כך שסביר להניח שלפחות חלק מהצרכנים התלוננו כבר במעמד התשלום על ההבדל).

¹⁰ בית משפט השלום בתל אביב-יפו (כבוד השופט ע' הדר) מצא שיש לבטל את העיצום שהוטל על המשיבה 3 ולקבל את הערעור שהוגש מטעמה בהתבסס על אותן טענות שהועלו מטעמה בהליך דנן.

מנגד, סבר כבוד השופט י' אטדגי בדעת מיעוט, כי לנוכח האמור בהסכם השירותים שבין המשיבה 3 לבין המשיבה 1, ולאור יכולתה של המשיבה 3 לשנות תכנים באתר המרשתת באישורה של המשיבה 1, ניתן לראות במשיבה 3 כ"עוסק במשותף" עם המשיבה 1 וכמי "שנותנת את ידה במישרין" להפרתן של הוראות הדין הרלוונטיות שבחוק הגנת הצרכן. וגם אם למשיבה 3 אין יכולת להשפיע על אופן הצגת המחיר, אזי עליה להימנע מלתת ידה להצגת מחירים שאינם עולים עם הוראות החוק. כאשר המשיבה 3 מודעת להפרת החוק ומסייעת בתמיכה שהיא נותנת ובמעורבותה להפרתו, היא מפרה אותו בעצמה ומכאן שקמה הצדקה להטיל עליה את העיצום הכספי. כבוד השופט י' אטדגי אף העלה חשש מפני יצירת "מסלול נוח" לעקיפת החוק הישראלי.

על פסק הדין בע"א *** הוגשה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון (רע"א ***), וזו נדחתה בפסק דינו של כב' השופט א' שטיין ביום ***.

החלטת בית המשפט לעניין ביטול העיצום הכספי שיקפה את תפישתו כי הטלת העיצום הכספי על המשיבה 3 אינה מקיימת את מטרת העיצום המנהלי המבקש לתפוס את העוסק המרכזי המבצע את ההפרה, זאת שעה שלא הוכח כי למשיבה 3 יש יכולת לשנות את אופן הצגת הנתונים.

87. עם זאת, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה אין ללמוד מהקביעות בהליכים שאוזכרו בסעיף קמא לענייננו:

ראשית, שם דובר על אכיפה מנהלית (יעילה ומהירה), שתכליתה היא כפיית ציות להוראות הדין, מניעה ישירה של ההפרה והרתעה באמצעות שלילת התמריץ הכלכלי להפרת חוק הגנת הצרכן – בעוד שענייננו בתובענה אזרחית במסגרתה נבחנת אחריות אזרחית שכרוכה בשיקולים אחרים;

שנית, המשיבה 1 לא הייתה צד להליך האכיפה המנהלית שנקטה בו הרשות להגנת הצרכן וממילא היא לא הייתה צד להליכים המשפטיים שבאו בעקבותיו, ולפיכך כלל לא נדונו יחסי הקרבה בין המשיבה 1 למשיבה 3, בעוד שבענייננו המשיבה 1 והמשיבה 2 הן צד להליך וניתן לבחון במסגרתו את היחסים שבין שלוש המשיבות, שעשוי להיות בהם כדי להשפיע על שאלת האחריות של כל אחת מהן;

שלישית, בהליכים המשפטיים שאוזכרו לעיל נקבע כי לא הוכח שבסמכותה וביכולתה של המשיבה 3 לתקן או להסיר את ההפרה הנטענת ולמנוע את הישנותה. דהיינו, לא נקבע באופן פוזיטיבי שאין למשיבה 3 כל נגיעה לעניין אופן הצגת המחירים באתר, אלא שלא הוכח שיש לה היכולת להסיר את ההפרה הנטענת.

לפיכך, סבורה היועצת המשפטית לממשלה כי הסוגיה המשפטית שעניינה זקיפת אחריות למשיבה 3, כרוכה גם בנסיבות העובדתיות הספציפיות נושא התובענה ולא ניתן להכריע בסוגיה זו במנותק מהעובדות שיכולות להתברר במסגרת ההליך, ולכן עובר להטלת אחריות ביחס למשיבה 3 צריך להתקיים בירור עובדתי באשר לנסיבות המקימות את האחריות הנטענת.

ד. חוק החוזים האחידים והחלתו בענייננו

1.1. חוק החוזים האחידים - כללי

88. כפי שהובהר לעיל, בענייננו חל על המשיבות¹¹ הדין הישראלי. בהמשך לכך עולה השאלה האם המסגרת הנורמטיבית בענייננו היא חוק החוזים האחידים, אשר מבקש לאזן בין הצדדים לחוזה האחיד – הספק והלקוח, ולהגשים את תכלית החוק, שהיא **"להגן על לקוחות צפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים"** (סעיף 1).

89. בענייננו, היועצת המשפטית לממשלה סבורה, כי התקנון (להלן גם: **"תנאי השימוש"**) של המשיבה 1, המופיע באתר המרשתת שלה, הוא בבחינת "חוזה אחיד" העונה על ההגדרה הקבועה בחוק החוזים האחידים. נוסח מסמך זה נקבע מראש בידי צד אחד – המשיבה 1 – וכן הוא נוסח סטנדרטי שנועד לשימוש במספר רב של מקרים, ואינו נוסח שהוכן במיוחד להתקשרות שבין המבקשים לבין המשיבה 1 כתוצר של משא ומתן מאוזן בין הצדדים.

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

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

92. חוסר השוויון בין צדדים לחוזה הוא המאפיין החשוב ביותר של החוזים האחידים ולבחינתו של קיפוח (לוסטהויז ושפניץ, עמוד 69). **"דיני הקיפוח מתמקדים, בראש ובראשונה, בצדדים וביחסי הכוחות שביניהם. ההגינות או חוסר ההגינות נקבעים על פי תפישת היסוד של החברה, אך הם נגזרים מיחסי הכוחות שבין הצדדים"** (ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א **"קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464 (1992), (להלן: **"עניין קסטנבאום"**), 538).

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

"בית משפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו – בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות – משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות".

94. נוסף על הוראה זו קבע המחוקק בסעיף 4 לחוק החוזים האחידים, רשימה של **"תנאים נפוצים בחוזים אחידים, אשר לפי מהותם ונוסחם הם... מקפחים, עד שיבוא הספק ויוכיח שאינם כאלה"** (דברי ההסבר לסעיפים 3-4 להצעת חוק חוזים אחידים, עמוד 31).

¹¹ היינו, גם על המשיבה 1 על אף היותה עוסקת זרה.

95. אם כן, בסעיף 3 לחוק חוזים אחידים נקבעו שני מבחנים לביטול או לשינוי תנאי בחוזה אחיד, האחד, הוא קיפוח לקוחות והשני הוא יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לקיפוח הלקוחות. תנאי החשוד כמקפת, ואינו נכלל בחזקות הקיפוח הקבועות בסעיף 4 לחוק החוזים האחידים, עדיין יכול להיתפס בגדר מבחן הקיפוח ומבחן היתרון הבלתי הוגן שנקבעו בסעיף 3 לחוק חוזים אחידים, כאשר נטל ההוכחה מוטל במקרה זה על הלקוח.

96. כלומר, כאשר קמה חזקת קיפוח – על הספק לסתור את החזקה ולהראות כי התנאי אינו מקפת בהינתן אמות המידה שנקבעו בסעיף 3 לחוק החוזים האחידים, ואילו כאשר מדובר בתנאי שאינו מקים חזקת קיפוח – הנטל הוא על הלקוח להוכיח את הקיפוח (ראו: לוטטהווי ושפניץ חוזים אחידים בעמוד 198).

97. את מבחניו של סעיף 3 לחוק חוזים אחידים יש להפעיל בשים לב ל"מכלול תנאי החוזה ונסיבות אחרות". מבחן הקיפוח מתגבש בדרך של פרשנות ממקרה למקרה (הפירוש הקצר לחוקים במשפט הפרטי 324 (איל זמיר, מרדכי א' ראבילו, גבראלה שלו עורכים, 1996 (להלן: "זמיר, ראבילו ושלו"); ע"א 449/85 היועץ המשפטי לממשלה נ' גד חברה לבניין בע"מ, פ"ד מג(1) 189, 183 (1989).

המבחן לבחינת קיפוח לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים הוא מבחן ההגינות והסבירות, כאשר אופייה המיוחד של תניית ברירת דין בצירוף פערי הכוחות המשמעותיים ויתר נסיבות העניין, הם אלה העשויים ליצור יתרון בלתי הוגן וקיפוח. בתוך כך, לשאלה מהו תנאי בלתי סביר או בלתי הוגן אין תשובה ממצה אחת, שכן מושג הקיפוח מתעצב וקורם עור וגידים ממקרה אחד למשנהו (ראו: ע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרום הינדה ז"ל ואח' נ' מרכז משען ואח', פ"ד נב(4) 145 (בעמוד 165) (להלן: "עניין מילגרום").

במהלך השנים התגבשו בפסיקה מבחני עזר שונים, אשר בהם ניתן להסתייע. כך, למשל, נפסק בעניין מילגרום כי לצורך ההכרעה בשאלה האם תנאי בחוזה אחיד הוא מקפת יש להתחשב ביחסי הכוחות בין הצדדים לחוזה, וכי ניתן להבחין בהקשר זה בין לקוחות צרכניים הזקוקים להגנה מוגברת ובין לקוחות מסחריים שפערי הכוח בינם ובין הספק קטנים יותר (ראו עניין מילגרום, בעמודים 164-165; וכן, לוטטהווי ושפניץ, בעמודים 69-78).

98. כפי שעולה מהפסיקה, קיפוח נבחן בשלב כריתת החוזה, מנקודת מבטו של לקוח אינדיבידואלי ואנונימי. השאלה המרכזית בבחינת יתרון בלתי הוגן היא האם, בראייה רטרואקטיבית, התניה מעניקה לספק הגנה יתרה על האינטרסים שלו (ראו עניין קסטנבאום, פסקה 14 לפסק דינו של כבוד הנשיא ברק (1992)).

99. חשיבות הטיפול בפערי הכוחות המתוארים מתעצמת לאור היקף ההתקשרויות המבוצעות כיום בין לקוחות לבין תאגידים זרים, שצברו תאוצה רבה בשנים האחרונות. להתקשרויות אלו יתרונות רבים, אך הן טומנות בחובן גם סיכונים וקשיים בהם נתקלים הלקוחות, וביניהם הקושי להבין את משמעותם והשלכותיהם של תנאי החוזה עוד בשלב כריתת החוזה, ובהמשך קושי לממש את זכויותיהם.

100. בסעיפים 131-141 לבקשת האישור המתוקנת טוענים המבקשים, כי תניית ברירת הדין (פרשנות וקביעה בהתאם לחוק ההולנדי) ותניית מקום השיפוט (סמכות בלעדית לבתי המשפט בהולנד), המופיעות בסעיף 11 לתקנון המשיבה 1 (נספח 7 לבקשת האישור המתוקנת) מהוות תנאי מקפת בחוזה אחיד לפי חוק החוזים האחידים ובפרט בהתאם לחזקה הקבועה בסעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים, ודין בטלות.

101. לשון סעיף 11 לתקנון המשיבה 1 היא כך:

"תנאים אלה והסעיפים של השירותים שלנו יפורשו וייקבעו בהתאם לחוק ההולנדי וכל סכסוך הנובע מתנאים כלליים אלה והשירותים שלנו, יוגש בלעדית לבתי המשפט המתאימים באמסטרדם, הולנד".

2.ד. שאלת ברירת הדין ומקום השיפוט

2.ד.א. עמדת היועצת המשפטית לממשלה לעניין ברירת הדין

102. תניית ברירת דין בחוזה צרכני אינה ככל התניות והיא מוסיפה קושי ייחודי. כאשר לקוח, שאינו בעל מומחיות או משאבים מיוחדים (כבעניינו), ניצב בפני כריתת חוזה עם תאגיד זר הכולל תניית ברירת דין, ודאי שהוא אינו יכול להבין מה משמעותה של אותה תנייה והאם היא תמנע ממנו בעתיד מלהעלות טענות מסוימות לפני בית המשפט במקרה שיתעורר סכסוך משפטי, ככל שאכן קיימת מניעות כאמור.

על מנת שאותו לקוח יהיה מסוגל להבין את משמעותה של אותה תנייה, יהיה עליו לשכור את שירותיו של מומחה לדין הזר, כבר בשלב כריתת החוזה, על מנת שיבאר לו את מערכת הדינים אשר תחול עליו בהתאם לאותה התנייה, בדיקה אשר משמעותה עלויות גבוהות אשר יושתו על הלקוח. לפיכך, ודאי שאין זה סביר ומעשי לצפות מהלקוח לבדוק מראש את הדין הזר אליו מפנה התנייה שבתנאי השימוש טרם הסכמתו אליהם, ולהבין את המשמעות ואת הסיכונים של הסכמה שכזו לעומקה (וראו, Bakos Yannis, Florencia Marotta-Wurgler & David R. Trossen, Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard Form Contracts, 43 J. LEGAL STUD. 1 (2014); Ian Ayres & Alan Schwartz, The No-Reading Problem in Consumer Contract Law, 66 STAN. L. REV. 545 (2014); גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 33 (2019)).

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

104. את שאלת פערי הכוחות שבין הצדדים לחוזה האחיד יש לבחון במועד כריתתו של החוזה ולא במועד הגשת התביעה, בשים לב לכך שהצרכן הישראלי הבודד עומד מול חברה עסקית גדולה ומתוחכמת הפועלת במספר רב של מדינות. על כן, אין בכוח העובדה שהתביעה הוגשה לבסוף כתובענה ייצוגית ולא כתביעה אישית כדי לשנות מן השאלה האם קיימים פערי כוחות בין הצדדים¹². פערי הכוחות מתקיימים ביחס לכל אחד ואחד מחברי הקבוצה, כבר בשלב בו כל אחד מהם כרת את החוזה מול הספק. התובענה הייצוגית היא אמצעי פרוצדורלי למיצוי הזכויות של כל חברי הקבוצה המתגבש רק בהמשך, בעקבות הפרת החוזה ואין בה כדי לרפא את פער הכוחות הקיים.

¹² ודוק, אומנם בעניין **בן חמו** כבוד הנשיאה א' חיות ציינה בפסקאות 25-26 בפסק הדין כי לעובדה שההליך הוא הליך ייצוגי יש משקל מסוים בעת בחינת סוגיית הקיפוח של תניית מקום שיפוט לפי מבחן ההרתעה, אך לא לשם בחינת שאלת קיומם של פערי כוחות בין הצדדים.

105. ההכרה המשפטית בתועלת שיש בחוזה אחיד על אף האתגר שהיא מציבה בפני דוקטרינת "חופש החוזים" ידועה, ומכאן נוהגים, ככלל, לכבד חוזים כאלה ככל שהם הולמים את תנאי החקיקה. בארץ חלות לעניין זה חובות איסור התנאה על הוראות שהדין קובע שלא ניתן להתנות עליהן, הוראות שמקפחות או שמעניקות יתרון בלתי הוגן, והוראות הנוגדות את תקנת הציבור וחובת תום הלב.

היעילות מצדו של הלקוח מחייבת שהוא יוכל להבין את החוזה שאותו הוא כרת, שהחוזה יכלול את כל ההוראות הנוגעות ליחסים החוזיים, ולמצער שהחוזה יפנה לדין הישראלי ולא לדין זר שכדי לגשת אליו הוא נדרש לנקוט אמצעים לא סבירים ובטח לא יעילים מבחינתו. שאיבת הוראות הדין הזר לתנאי החוזה, כלומר הכללת תניית ברירת דין במסגרת תנאי החוזה, ובפרט במסגרת חוזה בין צרכן לחברה גלובאלית, כך שתנאי החוזה כוללים את אותן הוראות כאילו נכתבו בו באופן מפורט וברור, מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד.

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

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

הלקוח, שאינו יכול כלל להבין את משמעות התנאי ולשקול אותו כראוי כאשר הוא מקבל החלטה לכרות את החוזה, ומוותר לכאורה על אפשרותו להתדיין לפי כללים של מקום מושבו (הדין הישראלי), מכפיף עצמו לדין זר, שאינו מכיר ואף כופה על עצמו עלויות נוספות כתוצאה מניהול ההליכים בהתאם לדין הזר. כל זאת, בשל פערי הכוחות המשמעותיים בין הצדדים. **לפיכך, היועצת המשפטית לממשלה סבורה, כי תנאי זה עולה כדי תנאי מקפח בהתאם לסעיף 3 לחוק החוזים האחידים.**

107. כפי שיפורט, ישנן מדינות נוספות אשר מחילות את הדין המקומי ביחס לחוזי צרכנות. תחולת דיני הגנת הצרכן המדינתיים על חברות זרות והעדפת מתן הגנה לצרכן על פני חופש החוזים של הצדדים, כאשר מדובר במסחר מקוון, אינה ייחודית לישראל. שיטות משפט רבות בעולם המודרני נוהגות להגן על צרכנים גם במקרים שבהם הצרכנים מסכימים לתנייה בחוזה שקובעת תחולה של דין זר שיש בו משום ניסיון לגבור על הדין הצרכני המקומי.

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

Consumer contracts

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

- (a) **pursues his commercial or professional activities in the country where the consumer has his habitual residence, or**
- (b) **by any means, directs such activities to that country or to several countries including that country,**

and the contract falls within the scope of such activities."

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

110. בשווייץ, שאינה חלק מהאיחוד האירופי, נקבע בצורה חד משמעית שהליכים לגבי עסקה צרכנית יתנהלו במקום מושבו של הצרכן ולפי הדין של מקום מושבו. זוהי קביעה קוגנטית שהצדדים לא יכולים להתנות עליה והיא תחול על החוזה שכרתו. כך, למשל, בסעיף 120 לחוק המשפט הבין-לאומי הפרטי הפדרלי השווייצרי, נקבע כי כל אימת שהספק בעצמו קיבל את ההזמנה באותה המדינה או שנעשה פרסום במדינה לאותה עסקה או שהצרכן בעצמו עשה את הנדרש כדי להתקשר בעסקה באותה המדינה – הדין יהיה דינו של הצרכן. זאת, אף אם הצרכן הונע לגשת למדינה זרה למען מסירת ההזמנה (והשוו: איריס קנאור "משפט בין-לאומי פרטי בעולם גלובלי – ברירת הדין בחווי צרכנות" מחקרי משפט לא 833 (2018):

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

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

2 No choice of law is allowed.”

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

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

(א) בבריטניה, הרשות להגנת הצרכן פרסמה בשנת 2019¹³ מדריך עבור חברות אינטרנט אשר משווקות שירותי הזמנת בתי מלון, לרבות המשיבה 1, שבו הצהירה על כוונתה לאכוף את חוק הגנת הצרכן הבריטי כלפי חברות שלא יפעלו בהתאם לאמור בו ;

(ב) בקליפורניה, חקיקת הגנת הצרכן החלה על מכירת שירותי תיירות קובעת כי בתי עסק זרים שמכוונים את פעילותם לצרכנים בקליפורניה ייחשבו כאילו הקימו עסק בקליפורניה;¹⁴

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

112. זאת ועוד, ועידת האג למשפט בין-לאומי פרטי (Hague Conference on Private International Law) (הארגון הבין-לאומי המוביל ליצירת כללים בתחום, שבו חברות 90 מדינות כולל ישראל וארצות הברית) גיבשה, בשנת 2015, עקרונות לברירת דין בחוזים בין-לאומיים – Hague Principles on Choice of Law in International Contracts – <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>. עקרונות אלה משקפים במידה רבה את הפרקטיקה הקיימת ברחבי העולם, לפיה ישנה הכרה בין-לאומית גוברת והולכת כי עקרונות ברירת הדין חלים בצורה אחרת כאשר מדובר בחוזי צרכנות, בשל פערי הכוחות בין הצדדים :

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

¹³ <https://www.gov.uk/cma-cases/online-hotel-booking>

¹⁴ <https://oag.ca.gov/privacy/ccpa>

113. להשלמת התמונה יצוין, כי ניתן לזהות תפיסה דומה גם באיחוד האירופי. בשנת 2017 פנו נציבות האיחוד האירופי ורשויות הגנת הצרכן באיחוד האירופי לתאגידים זרים שונים בבקשה לשנות את תנאי השימוש שלהם, באופן שיתאים לדין האירופאי (ראו European Commission Press Release IP/17/631, The European Commission and Member States consumer authorities ask social media companies to comply with E.U. consumer rules (Mar. 17, 2017), p. 4). בתוך כך, אלו דרשו לשנות את נוסחן של תניות ברירת הדין המופיעות בהסכמים באופן הבא:

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

114. אשר לפסק הדין בעניין בן חמו, לפיו החלת הדין הקליפורני אינה מהווה תנייה מקפחת, סבורה היועצת המשפטית לממשלה כי זו ניתנה לגבי הנסיבות הפרטניות בפרשת בן חמו ולגבי הדין הקליפורני באופן ספציפי (בעוד שבענייננו מדובר בדין ההולנדי שאינו מוכר ונגיש לצרכן הסביר בדומה לדין הסינגפורי), וזאת כפי שיפורט להלן. לעניין זה ראו דברי כבוד הנשיאה השופטת אסתר חיות בסעיף 43 שם נקבע כך:

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

115. בפסק הדין בעניין בן חמו – במסגרתו נדחתה טענת התובע הייצוגי שם וכן לא התקבלה עמדת היועץ המשפטי לממשלה, שלפיה תניית ברירת הדין באותו מקרה היא תניה מקפחת – הכריעו את הכף שלושה שיקולים עיקריים: האחד, התובע הייצוגי לא עמד בנטל להוכיח את החזקה הקבועה בסעיף 4(8) לחוק מאחר שלא הוצגו ראיות שההכרעה על פי הדין הזר תשלול מהלקוח את האפשרות לטעון טענות מסוימות; השני, היה שמדובר בתובענה ייצוגית בהיקף של 400 מיליון דולר; והשלישי, הוא שיש בידי פייסבוק אינטרס עסקי לגיטימי לרכז את כל התדיינויותיה לפי דין אחד, הוא הדין הקליפורני, שנחשב לדין מתקדם.

116. היועצת המשפטית לממשלה סבורה, כי בענייננו יש לשים על כף המאזניים שני שיקולים נוספים אשר רלוונטיים למקרה זה ובענייננו, בשונה מעניין בן חמו, יש בהם כדי להכריע את הכף לטובת המסקנה כי תניית ברירת הדין היא מקפחת: האחד, שיש לשים עליו את מרכז הכובד הוא בחירת הקיפוח במועד כריתת החוזה (ולא בשלב בו מוגשת התביעה), ולכן העובדה כי טענת הקיפוח התעוררה במסגרת תובענה ייצוגית אין בה כדי להפחית מעוצמת הקיפוח שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה בעת כריתת החוזה עם הספק, בשים לב ליחסי הכוחות בין הצדדים; והשני, שמדובר בענייננו בטענות לקיומו של דין קוגנטי ולהפרת הוראות מתחום דיני הגנת הצרכן (בשונה מהוראות הדין שנדונו בעניין בן חמו שעניינן הגנת הפרטיות), כאשר חלה בשנים האחרונות עלייה דרמטית בהיקף המסחר עם תאגידי ענק גלובליים באמצעות המרשתת וזו מחייבת הגנה מוגברת ובפרט כאשר מבחן הקיפוח מתגבש בדרך של פרשנות ממקרה למקרה ומעת לעת (הפירוש הקצר לחוקים במשפט הפרטי 324 (איל זמיר, מרדכי א' ראבילי, גבריאלה שלו עורכים, 1996) וראו: אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט, עמודים 513-533 (2002)).

117. סיכומי של דבר, עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא שלאור השיקולים שהוצגו לעיל ובנסיבות המקרה דנן, תניית ברירת הדין המופיעה בסעיף 11 לתקנון המשיבה 1 היא תניה מקפחת, בין היתר, בשל כך שענייננו בטענות לקיומו של דין קוגנטי והפרות מתחום דיני הגנת הצרכן; בשל פערי הכוחות שבין הצדדים (בשים לב לכך שבענייננו מדובר בלקוחות צרכניים שזקוקים להגנה מוגברת), ובשל כך שההתניה מפנה לדין שאינו נגיש וברור והיא לא מבהירה כי עומדות לצרכנים זכויות מסוימות לפי הדין המקומי, ובכך היא מטעה את משתמשי המשיבה 1 להניח כי אין להם זכויות לפי הדין המקומי.

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

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

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

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

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

119. למעלה מן הצורך יצוין שגם אם לא היה מדובר בחוזה אחיד הכולל תניית ברירת דין (וכאמור, זה לא המצב בענייננו), היו חלים כללי ברירת הדין החלים בדיני החוזים הכלליים. בבג"ץ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים (נבו 10.10.2007) פסקה 18 קבע המשנה לנשיאה (בדימוס), כבוד השופט אליעזר ריבלין כך :

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

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

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

ב. **מבחן הצפיות הסבירות של הצדדים** – לגביו נקבע ברע"א 2737/08 אורי ארבל נ' TUI AG (נבו 29.1.2009) (להלן: "עניין ארבל"), כי "ככל שהיקף הסחר בין גופים בינלאומיים לבין עצמם ובינם לבין פרטים במדינות שונות גדל, הציפייה הסבירה של אותם גופים היא כי הם עלולים להיתבע באחת מן מהמדינות בה הם פועלים. גוף

מסחרי אשר פועל מול גורמים שונים בעולם לוקח במסגרת שיקולי הכדאיות הכלכליים לפעילותו במדינה פלונית את הסיכון כי ייתבע בה לדין. הדברים נכונים הן באשר לחברות בינלאומיות הפועלות בישראל והן באשר לחברות ישראליות הפועלות בחו"ל". גם יישומו של מבחן זה מוליכנו להחלת הדין הישראלי.

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

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

121. לא למותר לציין, כי בית המשפט המחוזי מרכז התייחס לסוגיית תוקפה של תניית ברירת הדין (החלת הדין האנגלי בהתאם לתניה בחוזה אחיד), כבעניינו, וכך נקבע על ידו בעניין הירשפלד:

"37. אוסיף, מעבר לנדרש, כי גם אם מדובר היה בתנייה ברורה וגלויה, המחילה את הדין האנגלי, היה מקום לבחון את תוקפה, לאור הוראות חוק החוזים האחדים. אני סבורה כי ניתן לפרש את חוק החוזים האחדים כחל ביחס לחוזה שבין המבקש למשיבה וזאת שעה שהמשיבה מפעילה אתר בשפה העברית תוך הצגת מחיר בשקלים (לבחינה לפי חוק החוזים האחדים של תניה בחוזה הכוללת תניית דין זר ותניית שיפוט המפנה לפורום זר, ר' רע"א 7470/20 Facebook Ireland ואח' נ' רותם גל ואח' (פורסם במאגרים, פורסם בנבו), 3.1.22".

122. בנסיבות אלו סבורה היועצת המשפטית לממשלה כי תניית ברירת הדין בעניינו מהווה תנייה מקפחת, ודינה להתבטל.

ד.2.ב. עמדת היועצת המשפטית לממשלה לעניין תניית השיפוט

123. כאמור, בסעיף 4 לחוק החוזים האחדים נקבעה רשימה של תנאים שבמהותם יראו בהם תנאים מקפחים, אלא אם הוכיח הספק שאינם כאלה.

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

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

"במקרה דנן טוענת פייסבוק אירלנד כי תניית השיפוט הזר שבסעיף 15(1) לתנאי השימוש אינה מרתיעה את המשיב מלנקוט נגדה הליך ייצוגי בקליפורניה. לטענתה, המשיב אף אישר בחקירתו כי לנוכח היקף הסעד המבוקש יש הצדקה כלכלית להגשת ההליך בקליפורניה. טענה זו דינה להידחות. אף שניתן לקבל את טענתה של פייסבוק אירלנד כי הרתיעה מנקיטה בהליכים משפטיים בשל תניית מקום שיפוט, קטנה יותר כאשר מדובר בהליך ייצוגי, העובדה שהמשיב נקט בהליך ייצוגי אינה משמיעה מניה וביה כי הוא ועורכי הדין המייצגים אותו לא היו נרתעים מלנקוט בהליך ייצוגי נגדה אילו היו מחויבים להגישו בקליפורניה. הדעת נותנת כי גם תובע ייצוגי יירתע מלנהל הליך משפטי בחו"ל בשל המשאבים הכספיים והאחרים הכרוכים בכך. ולראיה לא עלה בידי פייסבוק אירלנד להציג ולו מקרה אחד של ישראלי אשר נקט בהליך ייצוגי מחוץ לגבולות המדינה. ואולם, גם אם אניח לטובתה של פייסבוק אירלנד כי תניית מקום השיפוט אינה מרתיעה ישראלים מלנקוט נגדה בהליכים ייצוגיים בקליפורניה עדיין לא יהיה בכך כדי להועיל לה. זאת מפני שבחינת תניית מקום השיפוט על רקע מכלול תנאי החוזה והנסיבות החיצוניות להם מלמדת כי לא עלה בידיה של פייסבוק אירלנד לסתור את חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים".

126. למבחן זה מצטרף מבחן חשוב נוסף המסייע לבית המשפט בבואו לבחון את השאלה האם תנאי מסוים נכנס בגדר חזקת הקיפוח והוא מבחן ההגינות והסבירות, שהוא המבחן המרכזי לבחינת קיפוח (ראו הפירוש הקצר לחוקים במשפט הפרטי 324 (איל זמיר, מרדכי א' ראבילו וגבריאלה שלו עורכים, 1996); עח"א 1/79 קשת נ' היועמ"ש (נבו 20.3.1980); עניין קסטנבאום, עמודים 526-527); רע"א 2155/17 קליאוט נ' פרטנר תקשורת בע"מ (נבו 24.8.2017), סעיף 7 לפסק דינה של כבוד השופטת אסתר חיות ופסקי הדין המוזכרים שם). על מנת להכריע בשאלה מהו תנאי בלתי הוגן או בלתי סביר בחוזה אחיד התגבשו בפסיקה מבחני עזר שונים, כפי שציינה כבוד השופטת (כתוארה אז) אסתר חיות בסעיף 22 בעניין בן חמו:

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

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

ובהמשך:

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

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

127. דברים אלה מבהירים היטב מדוע תניית השיפוט בענייננו מהווה תנייה מקפחת. בדומה לעניין בן חמו, ומקל וחומר משם לענייננו הרי שיש בתניית השיפוט כדי להרתיע את הצרכן מלנקוט בהליך משפטי, וגם כאן מבחן ההגינות והסבירות מלמד שאין מקום להעדיף את האינטרס של המשיבה 1 על פני זה של הצרכן הישראלי לאור פערי הכוחות האינהרנטיים בין הצדדים.

128. אשר לאפשרות הסתירה של חזקת הקיפוח לעניין תניית השיפוט – הרי שבנסיבות שלפנינו, המשיבה 1 לא כללה התייחסות מספקת בתשובתה לבקשת האישור המתוקנת שיש בה כדי לסתור את החזקה לפי סעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים, ולמעשה מעיון בתשובתה עולה כי אין כל התייחסות לתניית השיפוט ובהתאם חזקת הקיפוח בעינה עומדת.

129. למעלה מן הצורך יובהר, כי אף אם הייתה המשיבה 1 מעלה טענות בניסיון לסתור את קיומה של חזקת הקיפוח בעניינה של תניית השיפוט, ספק אם לאור המבחנים והרציונאליים כפי שפורטו בעניין **בן חמו** היה ניתן להכיר בנסיבות שלפנינו בתנייה כאמור בתנייה שאינה מקפחת.

130. בנסיבות אלו סבורה היועצת המשפטית לממשלה כי תניית השיפוט בענייננו מהווה תנייה מקפחת, הן לעניין מקום השיפוט והן לעניין ברירת הדין ולכן דינה להתבטל, בוודאי מקום שהיא מאפשרת התנאה על דין קוגנטי במשפט הישראלי.

ד.2.ב. שאלת מעמדו של סעיף פטור מפני עילת תביעה שמקורה בהצגת מחירים שגויה

131. בסעיפים 142-143 לבקשת האישור המתוקנת טוענים המבקשים שסעיף הפטור¹⁵ - שלפיו בין היתר המשיבה 1 לא תוודא ולא יכולה לערוב שכל המידע המופיע באתר המרשתת שלה מדויק, מושלם או נכון ושהיא אינה יכולה להיות אחראית לטעויות שהן הצגת מידע לא מדויק, מטעה או לא נכון או אי הכללת מידע ושכל מקום אירוח אחראי למידע לרבות המחירים והזמינות המוצגים באתר המרשתת שלה – מהווה סעיף מקפח לפי חוק החוזים האחידים, בהיותו כולל למעשה פטור מפני עילת תביעה שמקורה בהצגת מחירים שגויה באתר המרשתת של המשיבה 1 והוא מנוגד לחזקות הקבועות בין היתר בסעיפים (1)4, (3)4 ו-4(6) לחוק החוזים האחידים.

132. בסעיף 4 לחוק חוזים אחידים נקבע כך:

"חזקה על התנאים הבאים שהם מקפחים:

(1) תנאי הפוטר את הספק, באופן מלא או חלקי, מאחריות שהיתה מוטלת עליו על פי דין אילולא אותו תנאי, או המסייג באופן בלתי סביר את האחריות שהיתה מוטלת עליו מכוח החוזה אילולא אותו תנאי;

[...]

(3) תנאי המקנה לספק זכות להעביר את אחריותו לצד שלישי;

[...]

(6) תנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין, או המסייג באופן בלתי סביר זכות או תרופה העומדות לו מכוח החוזה, או המתנה אותן במתן הודעה בצורה או תוך זמן בלתי סבירים, או בדרישה בלתי סבירה אחרת;..."

133. בעניין זה סבורה היועצת המשפטית לממשלה כי לאור המפורט לעיל, ענייננו בסעיף מתוך חוזה אחיד ויש לבחון האם סעיף הפטור מהווה תנאי מקפח לפי החזקות הקבועות בסעיפים (1)4, (3)4 ו-4(6) לחוק החוזים האחידים. ככל שלא – יש לבחון את סעיף הפטור בהתאם לסעיף 3 לחוק חוזים אחידים, שעיקרו בחינת קיומו של יתרון בלתי הוגן של המשיבה 1 וקיומם של פערי כוחות גדולים בין הצדדים בשלב כריתת החוזה, בשים לב שהצרכן בענייננו עומד מול חברה עסקית גלובאלית ומתוחכמת, הפועלת במספר רב של מדינות.

¹⁵ שבסעיף 1 לנוסח התנאים הכלליים שבאתר המרשתת של המשיבה 1.

134. בהמשך לכך, סבורה היועצת המשפטית לממשלה כי סעיף הפטור מהוה תנאי מקפח לפי החזקות הקבועות בסעיפים 4(1), 4(3) ו-4(6) לחוק החוזים האחידים, שכן חזקות אלו הן בדיוק מה שסעיף הפטור מבקש להחריג את המשיבה 1 מהן (תנאי הפטור ספק מאחריות; המקנה זכות להעביר אחריות לצד שלישי והשולל או מגביל זכות או תרופה ללקוח).

135. כמו כן ולאור האמור לעיל, היועצת המשפטית לממשלה סבורה כי סעיף הפטור מהוה תנאי מקפח אף בהתאם לסעיף 3 לחוק החוזים האחידים לאור הנימוקים הבאים:

ראשית, בענייננו, המידע שהושמט או לא נכלל בהצגת המחיר באתר המרשתת של המשיבה 1 הוא רכיב המע"מ – מידע חשוב ומהותי שהמשיבה 1 אמורה להיות מודעת אליו ולחשיבותו לצרכן ובהתאם גם להציגו כנדרש;

שנית, המשיבה 1 היא הגורם המרכזי שניצב אל מול הצרכן החל מהשלב הטרם חוזי עד לשלב קיום החוזה. עוד בשלב הטרם חוזי, המשיבה 1 היא זאת שמספקת ללקוחות שירות של קבלת מידע והזמנת שירותי תיירות. במסגרת זאת, היא זאת שמספקת מידע חיוני לגבי המלונות, מציגה ללקוחות חוות דעת ודירוגים של לקוחות אחרים, מציגה מידע לגבי הזמינות של המלון, מחירים וצילומים של המלונות. היא מאפשרת לגולשים לערוך חיפוש לגבי מלון ספציפי או לחפש מלון באופן כללי לפי קריטריונים שהוא מזין ועוד. זהו השלב בו מוצג לצרכן המידע שעל בסיסו הוא מקבל את ההחלטה האם להתקשר בעסקה או לא, שבו המשיבה 1 מפרה את הוראות החוק וגורמת לצרכן להתקשר בעסקה על בסיס מידע שגוי.

התנאים שמופיעים באתר המרשתת של המשיבה 1 מהווים חוזה שנכרת בין הלקוח לבין המשיבה 1. חוזה זה מסדיר את מערכת היחסים המשפטית שבין המשיבה 1 ללקוח, ולא את מערכת היחסים שבין ספק השירותים (המשיבה 2) ללקוח. החוזה מקנה למשיבה 1 זכויות והגנות כלפי הלקוח, ומקים ללקוח זכויות כלפיה. בעת ההזמנה הלקוח מוסר את פרטיו, לרבות פרטי אמצעי התשלום למשיבה 1 (שלעיתים אף מחייבת בעצמה את הלקוח). כמו כן, שינויים או ביטולים של ההזמנה באתר ככלל מתבצעים דרך המשיבה 1, אשר גם מקימה שירות לקוחות משל עצמה לגולשים. יפים לעניין זה דברי בית המשפט לחוזים אחידים בח"א 804/07 דיזנהויז יוניתורס נסיעות ותיירות (1979) בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 13.10.2009):

"סוכנות נסיעות איננה יכולה לטעון כי מעמדה מוגבל למתן שירותי "תיווך" או למעמד של "שלוח" בלבד, שכן פעולות רבות שהיא מבצעת חורגות מגדר מאפייניו הידועים של מוסד התיווך או של יחסי שליחות. המבקשת נוטלת חלק פעיל ביצירת העסקאות, כאשר היא זו המחתימה את הלקוחות על חוזים (הנערכים מולה ולא אל מול הספקים), גובה מהלקוחות את הכספים ומתחייבת לספק להם את השירותים המוצעים. בנסיבות אלה, אין מקום לראות אותה כמתווכת, תפקיד המתמצה בהפגשת הצדדים בלבד ולא ביצירת ההתחייבות המשפטית עצמה, או כשלוח, היוצר אומנם התחייבות משפטית, אך אינו מהוה צד לה. ודוק, איננו שוללים את האפשרות שגורם העוסק בתחום שירותי התיירות יבחר להגביל את פעילותו, באופן כללי או במקרה נתון, למתן שירותי "תיווך" או "שליחות"

לפיכך, תפקידה אינו רק לשמש כ"צינור" טכני ויש לה תפקיד מהותי ואחריות אל מול הצרכן לכל הפחות לגבי אופן הצגת המידע בהתאם לדין (וזאת מבלי לקבוע מסמרות שלא לצורך בכל הנוגע לחובות שעשויות לחול עליה מכוח דינים אחרים);

שלישית, גם אם המשיבה 1 היא רק "צינור" לשיטתה, וכאמור היועצת המשפטית אינה סבורה כך, אין מחלוקת שיש התקשרות חוזית בינה לבין הצרכן והיא עולה לכדי הגדרת "עוסק" ולפיכך חלות עליה הוראות חוק הגנת הצרכן. נראה שזוהי גם הציפייה הלגיטימית של הצרכנים שעה שבוחרים לבצע את ההזמנה דרך המשיבה 1 ולא במישרין דרך בית המלון (לדוגמה, המשיבה 2 בענייננו). החובה להצגת מחיר כולל מע"מ היא חובה, המתייחסת לאופן הצגת המחירים לצרכן. אין מדובר בחובה שלא ניתן לקיימה במאמצים סבירים ולכן על המשיבה 1 היה לוודא שהמחירים שאותם היא מציגה לצרכנים הם המחירים הסופיים והכוללים, גם אם הוזנו כך על ידי הספקים בעצמם ובטח שעליה לתקן ולדייק את אופן הצגת המחיר מרגע שנודע לה כי היא מפרה את החוק הישראלי לענין זה;

רביעית, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, פלטפורמה מקוונת שבאמצעותה צרכן יכול לבצע הזמנה, גם אם היא מסופקת על ידי צד שלישי – אחראית כלפי הצרכן ואין זה משנה מי קובע את תנאי ההתקשרות, מה קובעים התנאים שבין הפלטפורמה המקוונת לבין הספק וכו'. שכן, העסקה מתבצעת בין הצרכן לבין המשיבה 1 על בסיס המידע שמוצג לצרכן באתר המרשתת של המשיבה 1. החוזה המחייב את הצרכן נכרת בעת ביצוע ההזמנה באמצעות הפלטפורמה של המשיבה 1 (ולא בעת הגעתו של הצרכן למלון). מרגע שהצרכן בוחר באתר המרשתת של המשיבה 1 על מנת לבצע את ההזמנה – נוצרת המחויבות של הצדדים לעסקה. למשיבה 1 יש אינטרסים כלכליים בעסקאות ובכלל זה להגדיל את כמות העסקאות והיא בוודאי מרוויחה מכל עסקה הנכרת עם צרכן. לפיכך, על המשיבה 1 לעמוד בחובותיה בהתאם להוראות חוק הגנת הצרכן, ואין היא יכולה להתחמק מהאחריות שנקבעה לה בחוק בשל הסתמכות על צד שלישי. גם אם המידע אינו מוזן באתר על ידה, בכוחה של המשיבה 1 לכל הפחות להבטיח אל מול הספקיות איתם היא מתקשרת, שהמידע יוזן בהתאם להוראות הדין.

חמישית, ובבחינת למעלה מן הצורך יצוין כי בעת חקיקת סעיפי חוק מסוימים נראה כי עמד לעיני המחוקק אב טיפוס מסוים של עסקה צרכנית בין פירמה לצרכן. אך המציאות בשווקים הדיגיטליים שונה. ראו למשל לדוגמא מצב בו הצרכנים אינם מודעים לזהותו האמיתית של המוכר עת הם נעזרים באתר המהווה מעין "קניון וירטואלי". ראו מקרים בהם בית המשפט התייחס לכך שבית המשפט נדרש להתמודד עם מציאות טכנולוגית שהתקדמה מאז נחקק ההסדר החקיקתי שעל הפרק בת"צ (מרכז) 1862-11-12 **יוסף טויסטר נ' Google Inc** פס' 16 (נבו, 18.9.2014), דנ"א 6407/01 ערוצי זהב ושות' נ' TELE ' EVENT Ltd., פ"ד נח (2004) 6, 22 ((6).

על רקע האמור, יש להתייחס בגמישות מחשבתית אשר יוצאת מן הגבולות המסורתיים כאשר בוחנים את העסקה הצרכנית הנעשית במרשתת ולנקוט בפרשנות מרחיבה ביחס להגדרות החוק, וזאת על מנת לספק הגנה לצרכן גם בעסקה שכזו. פרשנות כזו מטילה אחריות על המשיבה 1 למידע המוצג באתר המרשתת שלה.

ה. סיכומו של דבר

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

137. בענייננו, אתר המרשתת של המשיבה 1 פונה באופן ייעודי לצרכנים ישראלים – הפנייה נעשית בשפה העברית לצרכנים ופרסום המחיר הוא במטבע ישראלי. משמעות הדבר היא שהמשיבה 1 פועלת הלכה למעשה בישראל ועליה לפעול בהתאם להוראות חוק הגנת הצרכן. גם אם תיירים שאינם חייבים במע"מ מזמינים באמצעות אתר המרשתת של המשיבה 1 שירותים, ככל שאין באפשרותה של המשיבה 1 לדעת עוד בשלב השיווק אם מדובר בצרכן ישראלי שחייב בתשלום מע"מ או בתייר שאינו חייב במע"מ, במצב שבו היא מפעילה פלטפורמה שמכוונת לצרכנים הישראלים, עליה לפרסם ולנקוב במחיר הכולל לעסקה עבור צרכנים אלה, החל משלב זה בהתאם לדין הישראלי.

138. לצד פרסום מחירו הכולל של השירות, הכולל גם את המע"מ אשר כאמור צרכן ישראלי אינו יכול לוותר על תשלומו, ניתן להציג הודעה לפיה תייר לא ידרש לשלם מע"מ. בהיעדר פרסום מחיר כולל כנדרש בהוראות הדין, המשיבה 1 מונעת מהצרכן להשוות מחירים של השירותים אותם מציעה עם אתרים מתחרים שמציעים שירותים דומים, מטעה אותם לגבי המחיר האמיתי של העסקה ובכך פוגעת ביכולתו לקבל החלטה צרכנית מושכלת על בסיס מידע מלא ונכון. זאת, בניגוד מוחלט למטרות של החוק הגנת הצרכן והאינטרסים הצרכניים עליהם הוא מבקש להגן.

139. לאור כל המפורט לעיל בהרחבה, עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא שהמשיבה 1 הפרה את חובתה לפרסם מחיר כולל באתר המרשתת שלה בו היא מציעה בעברית את שירותיה ומציגה את מחירים בש"ח. האתר אינו מיועד אך ורק לתיירים אלא להיפך – נועד בראש ובראשונה לצרכנים ישראלים, וכל צרכן יכול לרכוש באמצעותו שירות אותו מציעה המשיבה 1. לפיכך, חלה על המשיבה 1 החובה לפרסם את מחירו הכולל של השירות החל משלב השיווק, ובכל שלב אחר עד תום העסקה. כאמור, אין זה משנה מי גובה בפועל את כל התשלום או חלקו.

כמו כן, מובן שלמשיבה 1 צומחת תועלת מכך שהמחיר מפורסם ללא מע"מ ובכך שהצרכן מגלה עובדה זו רק ברגע האחרון או למצער לאחר שהשקיע מזמנו בחיפושים אחר העסקה הרלוונטית והמשתלמת עבורו, שכן בכך היא "מושכת" צרכנים רבים להזמין באמצעותה את השירות כי המחיר נחזה להיות זול יותר, לעומת אתרי מרשתת אחרים.

140. למעלה מן הצורך יצוין, כי המשיבה 1 המשיכה לפרסם מחירים ללא מע"מ גם בתקופת משבר התפרצות נגיף הקורונה שבה לא הייתה תיירות נכנסת לישראל ועל כן צרכניה הפוטנציאליים היו ישראלים בלבד או לפחות ישראלים ברובם המכריע.

141. ביחס לטענות המבקשים לגבי המשיבה 2, היועצת המשפטית לממשלה סבורה כי בהיותה של המשיבה 2 הגורם שמספק את השירות, ולפחות בחלקם של המקרים גובה את הכספים בעד השירותים שהיא מספקת לצרכנים, ובשים לב לכך שההפרה הייתה מצויה בידיעתה והיא הנהנית (ביחד עם המשיבה 1) באופן ישיר מההכנסות בגין אותן עסקאות – אזי היא לא יכולה להתנער מהיותה חבה במידה מסוימת באחריות כלפי הצרכנים.

142. אשר לטענות המבקשים לגבי המשיבה 3, היועצת המשפטית לממשלה הפנתה לפסקי הדין שניתנו בעניינה, וציינה שהמדובר בסוגיה משפטית שכרוכה גם בנסיבות העובדתיות הספציפיות נושא התובענה ולא ניתן להכריע בסוגיה זו במנותק מהעובדות שיכולות להתברר במסגרת ההליך. לפיכך, עובר להטלת אחריות ביחס למשיבה 3 צריך להתקיים בירור עובדתי באשר לנסיבות המקימות את האחריות הנטענת.

143. אשר לתניית ברירת הדין המופיעה בתנאי השימוש שבין המשיבה 1 לבין המבקשים, עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא שתניה זו מקפחת (בהתאם לסעיף 3 לחוק החוזים האחדים), מכמה סיבות:

האחת – כאשר לקוח, שאינו בעל מומחיות או משאבים מיוחדים, ניצב לפני כריתת חוזה עם תאגיד זר הכולל תניית ברירת דין, ודאי שהוא אינו יכול להבין מה משמעותה של אותה תנייה והאם היא תמנע ממנו בעתיד מלהעלות טענות מסוימות לפני בית המשפט במקרה שיתעורר סכסוך משפטי, ככל שאכן קיימת מניעת כאמור. על מנת שיהיה מסוגל להבין את משמעותה של אותה תנייה, יהיה עליו לשכור את שירותיו של מומחה לדין הזר, כבר בשלב כריתת החוזה, על מנת שיבאר לו את מערכת הדינים אשר תחול עליו בהתאם לאותה התנייה, בדיקה אשר משמעותה עלויות גבוהות אשר יושטו על הלקוח. לפיכך, ודאי שאין זה סביר ומעשי לצפות מהלקוח לבדוק מראש את הדין הזר אליו מפנה התנייה שבתנאי השימוש טרם הסכמתו אליהם, ולהבין את המשמעות ואת הסיכונים של הסכמה שכזו לעומקה.

השניה – תניית ברירת הדין מפנה לדין שאינו נגיש וברור (הדין ההולנדי) ואינה מזכירה את הוראות הדין המקומי הקוגנטיות שיעמדו לזכות הצרכנים. בכך ההתניה מטעה את משתמשי המשיבה 1 להניח כי אין להם זכויות לפי הדין המקומי, ויש לראות בה תניה מקפחת.

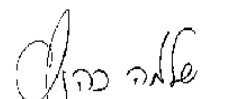
השלישית – המשיבה 1 אינה יכולה להסתייע בקביעה לעניין ברירת הדין בעניין **בן חמו**, שכן בענייננו ברירת הדין היא הדין ההולנדי בעוד שבעניין **בן חמו** ברירת הדין הייתה הדין הקליפורני ובית המשפט אף התייחס לכך שהדין הקליפורני מוכר ונגיש, בעוד שהדין הסינגפורי שונה (ונתן להקיש ממנו על הדין ההולנדי); כמו כן, התביעה בענייננו מבוססת על הפרה של דיני הגנת הצרכן, שהם דינים קוגנטיים, בשונה מעניין **בן חמו** שם נדונו הוראות דיספוזיטיביות מכוח חוק הגנת הפרטיות.

144. זאת ועוד, היועצת המשפטית לממשלה סבורה שתניית השיפוט בענייננו מהווה תנייה מקפחת וזאת מהנימוקים שפורטו לעיל בהרחבה.

145. כמו כן, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה סעיף הפטור מפני עילת תביעה שמקורה בהצגת מחירים שגויה עולה כדי קיפוח, הן בהתאם לחזקות הקיפוח הקבועות בסעיפים (1), (4), (3) ו- (6) לחוק החוזים האחדים, והן בהתאם לסעיף 3 לחוק החוזים האחדים, כפי שפורט לעיל בהרחבה.

146. אשר לטענות המשיבה 1 בדבר היעדר אכיפה של פעילות של עוסקים זרים, יובהר כי הרשות מבצעת אכיפה בעניין אי פרסום מחיר כולל. הרשות להגנת הצרכן אף הוציאה לאחרונה הודעה על כוונת חיוב למשיבה 1 בגין אותן הנסיבות אשר נטענו בתובענה זו – אי פרסום מחיר כולל מע"מ בעסקאות מכר מרחוק.

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



שלמה כהן, עו"ד
סגן בכיר א' בפרקליטות מחוז ת"א (אזרחי)
ב"כ היועצת המשפטית לממשלה