

ת"צ 45354-02-18

בבית משפט המחוזי מרכז-לוד
לפני כב' השופטת א' רבינוביץ' ברון

מועד חתימת המסמך: 23.7.2021

בעניין שבין:

המבקש:

חיים הירשפלד, עו"ד

ע"י ב"כ עו"ד שוקי אליוביץ
מרח' שאול המלך 8, תל אביב-יפו 64954
טל': 036968686 ; פקס: 03-6968687

וע"י ב"כ עו"ד אברהם ניזרי
מרח' תדהר 2, רעננה 4366504
טל': 09-9530000 ; פקס: 09-9530001

- נ ג ד -

המשיבה:

TravelJigsaw Limited

ע"י ב"כ עוה"ד אסף רנצלר ואח'
ממשרד ש. הורוביץ ושות', עורכי דין
מרח' אחד העם 31, תל אביב יפו 6520204
טל': 03-5670700 ; פקס: 03-5660974

ובעניין:

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז מרכז – אזרחי
מדרך מנחם בגין 154, בית קרדן, ת"ד 33260
תל אביב-יפו 6492107
טל': 073-3924700 ; פקס: 02-6468017

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהמשך להודעתו בדבר התייצבותו להליך מכוח סמכותו לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]; בהתאם לסעיף 20 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן: "חוק החוזים האחידים"); ובהמשך להחלטתו של בית המשפט הנכבד מיום 12.8.2020, מתכבד היועץ המשפטי לממשלה להגיש את עמדתו בהליך זה.

לאור זהות הסוגיות המרכזיות המתעוררות בהליך שבכותרת לסוגיות שהתעוררו בת"צ 9139-05-18 **צביה נ' Agoda Company Pte. Ltd** (להלן: "**עניין Agoda**") ; ובת"צ 8295-05-18 **שפירא נ' Booking.com B.V** (להלן: "**עניין Booking**") התלויים ועומדים בבית המשפט המחוזי בתל אביב (כבוד השופטת מ' עמית אניסמן), בהם הוגשה עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה, מופנה בית המשפט הנכבד לעמדות אלו.

להלן יובאו השינויים הרלוונטיים להליך שלפנינו.

העתק עמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין Agoda, מצ"ב ומסומן **נספח 1**.

העתק עמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין Booking, מצ"ב ומסומנת **נספח 2**.

כמו כן, יציין היועץ המשפטי לממשלה כבר עתה, כי נגד המשיבה מתנהל הליך מקביל (ת"צ 1203-04-19 **כץ נ' Traveljigsaw limited**) בבית המשפט השלום בתל אביב-יפו (להלן: "**ההליך הנוסף**"). עניינו של ההליך שם, הוא בטענה כי המשיבה מפרה את סעיף 17ד לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 בכך שהיא מציגה מחירים אשר כוללים מע"מ בשיעור 0%, החל על תיירים, גם כאשר היא מציגה מחירים ללקוחות ישראלים – עליהם חל מע"מ בשיעור 17%. במסגרת אותו ההליך הגישו הצדדים בקשה לאישור הסדר פשרה שביחס אליו הוגשה התנגדות מטעם היועץ המשפטי לממשלה.

ההתנגדות שהוגשה מטעם היועץ המשפטי לממשלה בהליך הנוסף, מצ"ב ומסומנת **נספח 3**.

ההדגשות בעמדה אינן במקור אלא אם נכתב אחרת.

רקע עובדתי רלוונטי וטענות הצדדים

1. מתשובת המשיבה עולה, כי המשיבה היא חברה המאוגדת על פי הדין האנגלי ומקום מושבה באנגליה. עוד עולה מהתשובה, כי המשיבה מפעילה את אתר המרשתת "**Rentalcars.com**" (להלן: "**האתר**"), באמצעותו מתקשרים המשתמשים בעסקאות להזמנת שירותי השכרת רכב מחברות השכרה שונות. המשיבה טוענת, כי היא אינה חברת השכרת רכב וכי היא אינה מחזיקה במלאי של כלי רכב. לטענתה, פעילותה מתמצית בקישור בין הלקוח ובין חברת ההשכרה ממנה בוחר הלקוח לשכור את הרכב, ובפועל, חברת ההשכרה מספקת ללקוח את הרכב שהזמין. האתר פועל בין היתר בשפה העברית.

2. בתמצית יצוין, כעולה מהבקשה לאישור ניהול התובענה כייצוגית (להלן: "**הבקשה**") או "**בקשת האישור**"), כי ביום 4.5.2017 התקשר המבקש בעסקה להזמנת שירותי השכרת רכב באמצעות האתר, וזאת לקראת חופשה שתכנן עם רעייתו בשווייץ. הזמנת הרכב בוצעה לטענתו לתקופה שבין הימים 16.7.2017 בשעה 10:00 ועד 25.7.2017 בשעה 10:00. לטענתו, במהלך ביצוע ההזמנה, הוא מילא את פרטי הטיסה, וכן את מספר הטלפון הנייד שלו. המבקש טוען, כי הוא בחר להוסיף להזמנתו תשלום עבור תוספת "הגנה מלאה", המהווה שירות ביטוחי מצד המשיבה. עוד באותו היום, טוען המבקש, התקבל באמצעות הדוא"ל שובר הזמנה. בסופו של דבר, טיסתו של המבקש לא המריאה בזמן כי אם בעיכוב של כמה שעות. המבקש טוען, כי כאשר הוא הגיע לדלפק חברת ההשכרה לממש את הזמנתו, נמסר לו כי הרכב שהזמין נמסר לגורם אחר, וכן כי בקשתו לשכירת רכב חלופי נדחתה. כך, לגישת המבקש, מצא עצמו ללא רכב בעת שהייתו בחוץ לארץ, ולכן, נאלץ לשכור רכב מחברת השכרה אחרת בעלות כפולה מזו ששילם בהזמנה שביצע מהמשיבה. כמו כן, טוען המבקש, כי

- המשיבה העניקה לו זיכוי כספי על תמורת ההשכרה שביצע אך זאת בניכוי שלושה ימי השכרה מתוך התשעה שהוזמנו. המבקש מוסיף, כי בקשתו לפיצוי מלא סורבה על ידי המשיבה. בעקבות פניה לחברת "אל על", פוצה המבקש על נזקיו הנטענים באופן חלקי.
3. המבקש מלין על התנהלות המשיבה וטוען כי בהתנהלותה זו היא מפרה את הוראות הדין, כפי שיפרט היועץ המשפטי לממשלה.
4. המבקש טוען כי הקשר בין הלקוח ובין חברת ההשכרה מתבצע באמצעות המשיבה, אשר מציגה באתר את כלל הנתונים ואפשרויות השכרת הרכב הרלוונטיות, וכן גובה את התשלום.
5. המבקש טוען כי כאשר לקוח ישראלי מתקשר עם המשיבה בעסקה באתר, הוא משלם את תמורתה המלאה של השכרת הרכב. במסגרת תהליך ההזמנה הכולל כמה שלבים, "מומלץ" למזמין למלא את פרטי הטיסה שלו. בלחיצה על המילה "מומלץ" נכתב: "מה יקרה אם המטוס שלך יאחר? מה יקרה אם לחברת Enterprise יש דלפקי השכרה בשני טרמינלים? מספר הטיסה שלך מידע אותם מתי ואיפה לצפות לך" (ראו נספח 3 לבקשה, עמודים 46-47).
- המבקש מפנה לאמירות נוספות בהקשר זה (סעיפים 24-28 לבקשה). המבקש טוען, כי המשיבה מציגה באתר מצג לפיו כאשר ממלא הלקוח את פרטי הטיסה, היא וחברת ההשכרה תדענה על עיכוב ותצפנה ללקוח, בהתאם לפרטים שמסר הלקוח על טיסתו.
6. המבקש מוסיף כי בתום ההזמנה, בסמוך לכפתור "הזמן עכשיו", מופיע האמור: "על מנת לסיים את תהליך ההזמנה, אנא לחץ על כפתור 'הזמן עכשיו' ונשלח את הפרטים לכתובת המייל שלך. בביצוע פעולה זו אתה מאשר את התנאים הנלווים שלנו". לטענת המבקש, בניגוד לאתרים אחרים, בהתקשרות שלפנינו הלקוח אינו נדרש לאשר כי קרא את התנאים הנלווים הנ"ל (להלן: "התנאים הנלווים"), המונים שמונה עמודים. המבקש מלין על האמור בעמוד 7 למסמך, תחת הכותרת "ביטולים", אי אסיפת רכב ושינויים שם מתייחסת המשיבה למצב דברים של אי איסוף רכב, אי הגעה בזמן וניכוי שלושה ימי השכרה.
7. המבקש טוען, כי מזווית הראיה של הלקוח, חברת ההשכרה נכנסת לפעולה רק בשלב של איסוף הרכב. קודם לשלב זה אין לחברת ההשכרה כל קשר עם הלקוח למעט מתן אישורה למשיבה בשלב כלשהו בדבר הסכמתה להשכרת הרכב בתנאי ההזמנה.
8. עוד טוען המבקש, כי הקיבול להצעת הלקוח מתבצע על ידי המשיבה לאחר שקיבלה את אישורה של חברת ההשכרה, ובאמצעות משלוח שובר אישור הזמנה ללקוח. המבקש טוען, כי בתהליך ההזמנה אין התייחסות מצד המשיבה לחשיבות שעת איסוף הרכב ולנזקים שעלולים להיגרם ללקוח אשר לא הגיע בזמן לאסוף את רכבו לנוכח איחור בטיסה.
9. המבקש מוסיף, כי מסמך התנאים הנלווים מפנה למסמך "התנאים הכלליים", המונה עשרה עמודים, המהווה לטענת המבקש מסמך מסורבל שאינו מבהיר את החשיבות בהגעה בזמן לאיסוף הרכב.
10. בבקשה נטען, כי המשיבה מפרה את סעיפים 2, 4 ו-14 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן" או "החוק"), את סעיף 8 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965; ואת עיקרון תום הלב על פי סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים"); וכן את חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979. כמו כן, טוען המבקש כי בפעולות המשיבה יש משום מעשה לפי עוולת הרשלנות.

11. כמו כן, טוען המבקש בבקשת האישור, כי תניות שונות במסגרת ה"תנאים הנלווים" מהוות תניות מקפחות על פי חוק החוזים האחדים: התניה לפיה הלקוח מאשר את התנאים הנלווים מהווה תניה מקפחת לפי סעיף 4(12) לחוק החוזים האחדים; התניה הנכללת בעמוד 7 ל"תנאים הנלווים" ולפיה למשיבה ניתן שיקול דעת לא למסור את הרכב וכן לנכות פיצוי מוסכם בגובה של שלושה ימי השכרה מהווה תניה מקפחת בין היתר לפי סעיפים 4(1)-(4), (6) ו-6(א) לחוק החוזים האחדים; החובה המוטלת על הלקוח בסעיף 8 ל"תנאים הכלליים" להתקשר מדלפק ההשכרה מקום בו הרכב לא סופק, וזאת כדי לקבל את הפיצוי בגין אי השכרת הרכב, למעט, כאמור הניכוי של שלושת ימי ההשכרה; ניסוחם הרחב של התנאים המותירים בידי המשיבה שיקול דעת רחב בנוגע לאי הגעה בזמן; וההוראות הכלולות ב"תנאים הכלליים", הקובעות כי: **"תנאי שירות אלה תקפים תחת החוקים השולטים באנגליה, ויהיו תחת תחום שיפוטו הבלעדי של בית המשפט האנגלי"** – מהוות לדעת המבקש תנאי מקפח לפי סעיף 9(4) לחוק החוזים האחדים. המבקש מוסיף וטוען כי הפורום הנאות הוא בישראל.

12. המבקש טוען, כי הבקשה מקיימת את התנאים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 ועל כן יש לאשרה כתובענה ייצוגית.

13. המשיבה מתנגדת לבקשה. לטענת המשיבה אין להחיל את הדין הישראלי על הבקשה מכיוון שבתנאי השימוש של האתר, המפורטים בארבע שפות לפחות, קיימת תניית "ברירת דין", לפיה כל סכסוך יידון על פי הדין האנגלי. המשיבה מוסיפה, כי תנאי השימוש מהווים חוזה מחייב בין המשיבה לבין לקוחות האתר. המשיבה טוענת, כי היא מפעילה את האתר ב-180 מדינות ויש הגיון בקביעת דין אחד בנוגע לכלל ההתקשרויות באמצעותו. לגישת המשיבה, החלת הדין הישראלי על מערכת היחסים בינה ובין המשתמשים היא בעלת משמעות מרחיקת לכת על כלל אתרי המרשתת הזרים וכי **"רשויות האכיפה של מדינת ישראל טרם הגיעו למסקנה, לפיה הדין הישראלי חל על כל אותם אתרים זרים"** (ראו סעיף 20.3 לבקשה). כמו כן, טוענת המשיבה, כי לא ניתן לצפות ממנה לוודא שכל אחת מ-900 חברות ההשכרה תפעל על פי הדין הישראלי.

14. המשיבה מפנה לרע"א 5860/16 **facebook Inc נ' בן חמו** (נבו 13.5.2018) (להלן: **"עניין פייסבוק"**) ומוסיפה, כי אם תתקבל הטענה להחלת הדין האנגלי על המקרה שלפנינו, אין להחיל את חוק החוזים האחדים על המקרה שלפנינו. כמו כן נטען, כי כאשר מוגשת בקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית כפי המקרה שלפנינו מצופה מהתובע המייצג כי יוכל להתדיין בהתאם לדין האנגלי, אשר ייתכן כי מחמיר עם המשיבה יותר מהדין הישראלי. לטענת המשיבה, החזקה הקבועה בסעיף 4(9) לחוק החוזים האחדים אינה חלה על תניית ברירת הדין, במקרה שלפנינו.

15. המשיבה טוענת, כי מכל מקום אין להחיל את הדין הישראלי וזאת בהתאם לכללי ברירת הדין.

16. לגופם של דברים טוענת המשיבה, כי הפרקטיקה הנוהגת בקרב חברות ההשכרה היא כי הן אינן מחויבות לשמור את הרכב עבור לקוחות שאינם מגיעים בזמן לאיסוף רכבם, אולם היא מוסיפה, כי לחברות ההשכרה אין מדיניות אחידה בשאלה זו. המשיבה מוסיפה וטוענת כי קיימות הצדקות שונות לאי שמירת כלי הרכב שהוזמנו וזאת בשל מאפייניו של ענף זה. מכל

מקום טוענת המשיבה, כי ההחלטה אם לשמור את הרכב עבור הלקוח אם לאו נתונה בידי חברת ההשכרה ולא בידיה, והאחריות בעניין זה רובצת על חברת ההשכרה.

17. המשיבה טוענת, כי היא אינה מטעה את הלקוח, וכי שעת איסוף הרכב מהווה "יסוד מהותי" בתהליך ההזמנה.

18. כמו כן נטען בתשובה, כי ההוראות לפיהן המשיבה עשויה שלא לספק את הרכב במקרה של איחור, וכן, כי ניכוי הסך של שלושה ימי השכרה ללקוחות שיתקשרו מהדלפק למשיבה, אינן מהוות תניות מקפחות. כמו כן נטען, כי לנוכח הפרקטיקה הנוהגת, ניכוי שלושת ימי ההשכרה מהווה הוראה המיטיבה עם הלקוח, שכן לו היה הלקוח מזמין את הרכב ישירות דרך חברת ההשכרה, ייתכן כי לא היה מזוכה כלל.

19. המשיבה מתנגדת לעילות התביעה במסגרת הבקשה, וכן טוענת כי התובענה אינה מתאימה להתברר כתובענה ייצוגית.

20. לסיום טוענת המשיבה, כי מדינת ישראל אינה הפורום הנאות לדיון בתובענה אלא אנגליה, שכן מירב הזיקות בנוגע לפורום השיפוט הם לאנגליה. המשיבה מתנגדת לטענה כי מתן סמכות שיפוט לבתי המשפט באנגליה מהווה תנאי מקפח בחוזה אחד.

21. בהשלמת הטיעון שהגישה המשיבה לעניין הדין החל, היא שבה על טענותיה וכן טוענת כי משנחשפו חברי הקבוצה לנוסחים בכמה שפות יש לבחון את תנאי החוזה בהתייחס לכלל השפות אליהם נחשפו. כמו כן נטען, כי המבקש לא עמד בנטל להוכיח כי התניה מקפחת. כמו כן טוענת המשיבה, כי תנאי השימוש קובעים כי כל סכסוך יידון תחת הדין האנגלי וכן, הם מהווים חוזה מחייב. המשיבה טוענת, כי היא חברה אנגלית היושבת באנגליה ונדרשת לציית לדין האנגלי ולמאסדרים האנגליים הרלוונטיים. כמו כן נטען, כי התניה ברורה ומובנת.

22. בתגובתו לתשובת המשיבה טען המבקש, בין היתר, כי טענת המשיבה לפיה מדינת ישראל אינה הפורום הנאות נדונה ונדחתה בהחלטתו של בית המשפט הנכבד (כב' השופטת בן ארי) מיום 20.2.2019. כמו כן טוען המבקש, כי המשיבה תיקנה כשלים באתר בנוגע לתנאי ההזמנה, מיקום הפיסקה הנוגעת לדמי הביטול, ואחריותה במקרה של "בעיה בטיסה". המבקש הוסיף כי נוסח סעיף סמכות השיפוט שונה וקובע כיום כי סמכות השיפוט לבתי המשפט באנגליה אינה בלעדית. המבקש מוסיף ומתנגד לטענה בדבר ה"נורמה" בענף השכרת הרכב, באומרו, כי במקרה של עיכוב, חברות השכרה אחרות נוטות לשמור את הרכב המושכר עד שעות לאחר המועד שהוזמן. מכל מקום, טוען המבקש, כי אין בנורמה נטענת כדי להתיר לה להחיל תנאים מקפחים על התקשרותה עם לקוחות.

23. כמו כן טוען המבקש בהשלמת טיעון מטעמו לעניין תחולת הדין בתגובה לטיעוני המשיבה, כי ניסוחה של התניה אינו ברור, לא נאמר בה כי הדין האנגלי יחול על סכסוכים או תביעות. במצב דברים זה, לטענת המבקש, לא ניתן לראות באמירה הרלוונטית כתניית שיפוט, וממילא, יש להחיל על הסעיף את כלל הפרשנות נגד המנסח. המבקש טוען, בין היתר, כי גם נוסחי הסעיף בשפות האחרות אינם ברורים. המבקש שב על טענותיו כי הפורום הנאות הוא במדינת ישראל וזאת על פי כללי ברירת הדין.

24. במסגרת הליך זה נדונה בקשה לביטול היתר המצאה מחוץ לתחום. לאחר שהצדדים הגישו כתבי טענות בעניין זה, ביום 20.2.2019 החליט בית המשפט, כבוד השופטת מ. בן ארי, לדחות

את הבקשה. במסגרת החלטה זו נקבעו, בין היתר, הדברים הבאים (ראו פסקה 57 להחלטה): "57. לכך יש להוסיף שתחולתה של ההתנייה כלל אינה ברורה, וטענה בירור עובדתי. זאת, לנוכח טענת המבקש לפיה התניה לא הובאה לידיעתו והוא לא הסכים לה. כך גם, טען המבקש שבנוסחים בשפות אחרות באתר המשיבה (למשל, הנוסח האנגלי), תניית השיפוט אינה בלעדית.

המשיבה עצמה ציינה בבקשתה כי היא נכונה להכיר בכך שתניית השיפוט אינה בלעדית (סעי' 69.4 לבקשה), ועל כן אינה מקפחת. מעת שהמשיבה עצמה הסכימה, שתניית השיפוט אינה בלעדית, ממילא נותר לבחון אך ורק את טענת הפורום הלא נאות. בטענה אחרונה ידה של המשיבה על התחתונה, וממילא התוצאה זהה."

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

25. להלן תובא עמדת היועץ המשפטי לממשלה בהליך שלפנינו.

תכליתו של חוק החוזים האחידים

26. בע"א 3977/07 מדינת ישראל נ' גרנות, אגודה שיתופית חקלאית מרכזית בע"מ (נבו 18.5.2008), עמד בית המשפט העליון על תכליתו של חוק החוזים האחידים:

"חוק החוזים האחידים הינו חוק צרכני במובן הרחב של מושג זה" (ע"א 825/88 ארגון שחקני הכדורגל בישראל נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל, פ"ד מה(5) 89, 100 (1991) (להלן: עניין ארגון שחקני הכדורגל)). מטרתו של חוק החוזים האחידים "להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים" (סעיף 1 לחוק). "ביסוד הגנה זו עומד חוסר השוויון שבין הצדדים. ... כאשר קיים חוסר שוויון הוא יוצר פתח להשגת יתרון בלתי הוגן, אשר באמצעותו שולט צד אחד על תוכן החוזה, ומכתיב תנאים הנראים לו" (רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרם הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 164 (1998)). בהסדרים שנקבעו בחוק החוזים האחידים "ביטא המחוקק את רצונו להשיג 'החזרתו על כנו של איזון הכוחות שהופר בחברה הצרכנית המודרנית' (עניין ארגון שחקני הכדורגל, בעמ' 100).

27. הנה כי כן, נקודת המוצא של חוק החוזים האחידים היא קיומם של פערי כוחות בין ספק ללקוח. בעניין פייסבוק עמד בית המשפט העליון על כך, שלבית המשפט ולבית הדין לחוזים אחידים הסמכות לבטל או לשנות תנאים בחוזים אחידים "אשר יש בהם משום קיפוח לקוחות או אשר עלולים להביא לקיפוח לקוחות"; וכן: "בנוסף על הוראות אלו קבע המחוקק בסעיף 4 לחוק, רשימה של "תנאים נפוצים בחוזים אחידים, אשר לפי מהותם ונוסחם הם... מקפחים, עד שיבוא הספק ויוכיח שאינם כאלה" (דברי ההסבר לסעיפים 3-4 להצעת חוק חוזים אחידים, עמ' 31). כך, למשל, קובעים סעיפים 4(8) ו-4(9) לחוק החוזים האחידים כי "תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסויימות בערכאות משפטיות..." ו"תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט..." ייחשבו לתנאים מקפחים בחוזה אחיד עד שיוכח אחרת." (וראו פסק הדין בעניין בן חמו, פסקאות 20-21 לפסק דינה של כב' הנשיאה א' חיות).

28. כפי שציין היועץ המשפטי לממשלה ברע"א 1901/20 מילר נ' Facebook Ireland Limited (להלן: "עניין מילר") התלוי ועומד בבית המשפט העליון, שיקול דעתו של בית המשפט באיזון בין מכלול התנאים והנסיבות בבואו לקבוע מהו "קיפוח" כקבוע בחוק, תחום למסגרת הברורה של מטרת החוק, היא הגנה על כלל הלקוחות, אשר עשויה להכריע את הכף במקרים המסויימים בהם כפות המאזניים אינן נוטות לצד זה או אחר (ראו פסקאות 14-16 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין מילר, וכן האסמכתאות שם).

עמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין מילר, מצ"ב ומסומנת 4.

29. לבחינת הגדרתו של תנאי מקפח, יפנה היועץ המשפטי לממשלה לת"א 18763-04-15 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd (פורסם בנבו, 26.8.2019; להלן: "עניין ויוה"), כדלקמן:

"חוק החוזים האחידים מתווה מבחן דו-שלבי באשר להגדרתו של תנאי מקפח. בשלב ראשון, על בית המשפט להכריע האם התנאי הוא אכן מקפח. השאלה האם בפנינו תנאי מקפח נבחנת מנקודת מבטו של "לקוח אינדיבידואלי ואנונימי – העומד כביכול מאחורי מסך רולסיאני של בערות". בשלב שני על בית המשפט להכריע מה ייעשה בענייננו של התנאי – בטלות, ביטול או שינוי [רע"א 5860/16 Facebook Inc. נ' בן חמו, פסקאות 23-25 בפסק דינה של הנשיאה א' חיות (פורסם בנבו, 31.05.2018) (להלן – עניין פייסבוק) והאסמכתאות הרבות שמאזכרות שם]."

האם תניה בחוזה אחיד הקובעת פיצוי מוסכם בן 3 ימי השכרה מקום בו לא הגיע הלקוח לאסוף את רכבו, היא תניה מקפחת

30. כאמור, המבקש טוען, כי אם הלקוח לא מגיע בזמן לאסוף את רכבו ובשל כך חברת ההשכרה אינה מספקת לו רכב חלופי, הוא יפוצה בגובה עלות ההשכרה אך זאת בניכוי שלושה ימי השכרה המהווים פיצוי מוסכם לספק.

31. סעיף 4(א6) לחוק החוזים האחידים (שנוסף לחוק בשנת 2014, במסגרת תיקון מספר 5 לחוק) קובע כדלקמן:

"4(א6) תנאי המקנה לספק באופן בלתי סביר תרופה שאינה עומדת לו על פי דין, לרבות תנאי המתיר לספק לצרף תרופות שאין לצרפן על פי דין או תנאי הקובע פיצויים מוסכמים שאינם סבירים לטובת הספק;"

תניה זו היא חזקה הניתנת לסתירה.

השאלה המתעוררת במקרה שלפנינו היא האם הפיצוי המוסכם שקבעו הצדדים לטובת הספק, קרי, פיצוי בגובה שלושה ימי השכרת רכב, מהווה פיצוי סביר בנסיבות העניין, או שמא מהווה פיצוי בלתי סביר לטובת המשיבה עד כדי היותו תניה מקפחת.

לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, במקרה הקונקרטי שלפנינו, ניסוחה של התניה, הנותנת בידי הספק פיצוי מוסכם של שלושה ימי השכרה, מעלה חשש כי היא מקפחת את הלקוחות. הכלל לגבי פיצויים מוסכמים קבוע בסעיף 15 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 המסדיר את הכוח של הצדדים לקבוע פיצויים מוסכמים. החוק קובע, כי הסכמת הצדדים כפופה למגבלה מסוימת לפיה בית המשפט מוסמך להתערב בפיצויים אם אלה נקבעו "ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה". בהקשר של חוזים אחידים, לאור הכוח המוגבל של הלקוח להתערב בנוסח החוזה, המבחן של פיצויים מוסכמים צריך לשקף את הנזק הסביר העשוי להיגרם לצד הנפגע ולבחון האם מנקודת מבט אובייקטיבית, בהתאם לנסיבות, פיצוי זה עשוי לעלות כדי קיפוח. היטיב להציג זאת בית הדין לחוזים אחידים בפסק דינו ח"א (חוזים אחידים ירושלים) 702/06 היועץ המשפטי לממשלה נ' שיכון ופיתוח לישראל בע"מ (נבו 6.12.2011):

"...אלא שהדברים האמורים עד כאן נוגעים, כאמור, לסמכות ההפחתה הכללית הקבועה בחוק החוזים תרופות. בענייננו מדובר בחוזה אחיד ובשאלה האם קביעת פיצויים מוסכמים בשיעור גבוה לטובת הספק מהווה תנאי מקפח לפי

חוק החוזים האחידים. מדובר בשתי סוגיות שונות ונפרדות. בהחלטת בית הדין בח"א 9005/03 היועץ המשפטי לממשלה נ' שח"ל טלרפואה בע"מ [פורסם בנבו] (מיום 26.6.06) נדונה, בין היתר, שאלת היחס שבין סמכות ההפחתה של פיצויים מוסכמים הנתונה לבית המשפט מכוח סעיף 15(א) לחוק החוזים תרופות, לבין סמכות הביטול או השינוי של תנאי מקפח (ובכלל זה תנית פיצויים מוסכמים) הנתונה לבית המשפט או לבית הדין מכוח חוק החוזים האחידים. באותו ענין נקבע, כי הסמכות להפחית פיצויים מוסכמים והסמכות לבטל או לשנות תניה מקפחת בחוזה אחיד הן סמכויות העומדות זו בצד זו, ואין האחת גורעת מרעותה (ראו גם סעיף 24 לחוק החוזים האחידים). יתר על כן, מדובר בשתי סמכויות שהמבחנים להפעלתן אינם זהים.

115. סמכות ההפחתה שבסעיף 15(א) לחוק החוזים תרופות חלה על כלל החוזים (משמע, גם חוזים שאינם אחידים). עקרון חופש החוזים מחייב לפיכך זהירות יתר מפני התערבות בתניה חוזית מוסכמת. לאור זאת סמכות ההתערבות שבחוק החוזים תרופות מנוסחת – ומופעלת הלכה למעשה בידי בתי המשפט – בזהירות ובמשורה. ההתערבות תהיה מוצדקת רק כאשר שיעור הפיצויים המוסכמים שנקבע בחוזה משקף סטייה משמעותית ממטרתם הקומפנסטורית של הפיצויים. לא כך ביחס לחוזים אחידים: כאן, כידוע, נחלשת עוצמתו של השיקול המבוסס על עקרון חופש החוזים. משום כך נראה כי מבחני ההתערבות בתנית פיצויים מוסכמים במסגרת חוק החוזים האחידים עשויים להיות רחבים יותר מאשר בדין הכללי. נובע כי היחס שבין סמכות ההתערבות הנתונה לבית המשפט בסעיף 15(א) לחוק החוזים תרופות, לבין סמכות ההתערבות מכוח חוק החוזים האחידים, הוא "חד-כיווני", לאמור: תניה של פיצויים מוסכמים שבית המשפט היה מתערב בה בהתאם למבחני סעיף 15(א) לחוק החוזים תרופות, מהווה קרוב לוודאי – אם נכללה בחוזה אחיד – גם תניה מקפחת. אולם, אין לומר היפוכו של דבר: אין לגרוס שכל תניה של פיצויים מוסכמים שבית המשפט היה נמנע מלהתערב בה במסגרת סמכותו לפי סעיף 15(א) לחוק החוזים תרופות, היא גם בהכרח תניה שאיננה מקפחת בראי חוק החוזים האחידים.

116. המבחן שלאורו יש לבחון תנית פיצויים מוסכמים במסגרת חוק החוזים האחידים הוא מבחן הקיפוח. לצורך בחינת הקיפוח בנוגע לתניה הקובעת פיצויים מוסכמים לטובת הספק, יש לתת את הדעת בעיקר לשאלה עד כמה נדרשת התניה לשם הגנה על אינטרס לגיטימי של הספק לעומת הפגיעה שעלולה להיגרם ממנה ללקוח. בהינתן העובדה שתכליתם העיקרית של סעיפי פיצויים מוסכמים איננה עונשית, אלא חסכון בעלויות הוכחת הנזק, יש לברר מהם סוגי הנזקים שהפרת הלקוח עלולה לגרום לספק, ומהי מידת הקושי הצפויה לספק בהוכחת נזקו. מנגד, יש לשקול את הפגיעה העלולה להיגרם ללקוח לאור האפשרות שיחויב בפיצויים בסכום העולה על הנזק שגרמה הפרתו בפועל (השוו: לוסטהויז ושפניץ בעמ' 383-384). מבלי לקבוע מסמרות בענין זה, אנו סבורים כי שיקולים נוספים העשויים להילקח בחשבון לצורך בחינת הקיפוח הם, למשל, באיזו מידה תנית הפיצויים המוסכמים מבחינה בין הפרות קלות לבין הפרות חמורות (ראו לוסטהויז ושפניץ בעמ' 383). כמו כן ראוי לתת את הדעת גם לשאלת ההדדיות: מצב בו קיימת תנית פיצויים מוסכמים לגבי

הפרות של הלקוח, אך נעדרת תניה כזו לגבי הפרות מצד הספק, עלול אף הוא לעורר חשד לקיפוח. כאמור, הרשימה איננה סגורה ובחינת הקיפוח תלויה, כתמיד, במכלול תנאי החוזה ושאר הנסיבות".

32. המשיבה הציגה נימוקים כבדי משקל, ובהם הפרקטיקה הנוהגת בענף השכרת הרכב, והעלויות שבהן נושאות חברות ההשכרה. אין להתעלם מנימוקי המשיבה ובהם הנזקים שעשויים להיגרם לה בעקבות אי ההגעה לאיסוף הרכב בהתאם להזמנה שנעשתה. כמו כן, יש להביא בחשבון את האינטרס הלגיטימי של הספק לקבל פיצוי מוסכם בשיעור מסוים. עם זאת, על המשיבה להבהיר כיצד היא חישה את דמי הנזק ואין די בהתייחסות כללית לכך שנגרם לה נזק. במקרה דנן, יש לזכור כי החברה הקטינה את נזקה בכך שהיא לא שמרה את הרכב ללקוח שנחת באיחור ועל כן לא ברורה הטענה כי נגרם לה נזק בכלל, וגם לכך צריכה להיות התייחסות שתבהיר מהו הנזק שנגרם בצורה קונקרטית. ממילא דומה כי הסעיף היה צריך לכלול מלכתחילה התייחסות לכך, שהרי לא יתכן שהחברה תקטין את נזקה בכך שתשכיר את הרכב לאחר ותותיר את הלקוח ללא רכב ותטען במקביל כי נגרם לה נזק שעליו היא זכאית לקבל פיצוי ולנכות אותו מסכום ההשבה. כמבואר בעניין ויוה, היעדר קשר סיבתי בין הנזק שניתן לצפות כתוצאה מהפרת החוזה לבין גובה הפיצוי המוסכם "הופכת אותו לתניית קנס, (Penalty) שנפסלה אף בשיטות המשפט המקובל... בכך יש להוות אינדיקציה ברורה להיותה של התניה מקפחת..."

33. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, תנאי הקובע פיצוי מוסכם כללי וקבוע ללא תלות סבירה במשך תקופת ההשכרה, בשיעור הנזק שנגרם לעוסק ולנסיבות המקרה, עלול להקנות לספק יתרון בלתי הוגן, ובכך, להוות תנאי מקפח בחוזה אחיד. טענה זו לא נסתרה על ידי המשיבה.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה לעניין תחולת הוראות הדין הישראלי על המשיבה

34. כאמור, בתשובה לבקשת האישור טוענת המשיבה, כי הדין הישראלי לא חל בהתקשרויות בין המשיבה לבין לקוחותיה, בין מכוח תניית ברירת הדין, ובין מכוח כללי ברירת הדין הנזיקיים המחילים את הדין החל בהתאם למקום ביצוע העוולה. ומשכך אין לחוק הגנת הצרכן וכן לחוק החוזים האחידים תחולה על החוזה בין החברה לבין הצרכן הישראלי.

35. בהקשר זה יפנה היועץ המשפטי לממשלה תחילה להתנגדות שהוגשה מטעמו בהליך הנוסף, אשר כאמור הופנה נגד המשיבה כאן, שם העלתה המשיבה טענה לפיה יש לנהל את התביעה על פי הדין האנגלי בשל קיומה של תניית ברירת דין. בהתנגדותו בהליך הנוסף ציין היועץ המשפטי לממשלה בסעיף 6, כדלקמן:

"למעלה מן הצורך, ועל קצה מזלג, בקשת האישור כוללת עילות תביעה מחוק הגנת הצרכן. לפיכך, ומכיוון שהחברה מכוונת את פעילותה ללקוחות ישראלים עם פלטפורמה בעברית (כעולה מסעיף 9 לבקשת האישור), ומציגה את העלויות בש"ח לגבי שירותים הניתנים בישראל, הרי שלטעמו של היועץ המשפטי לממשלה, חוק הגנת הצרכן הישראלי חל עליה. לעניין זה, אין לתת משקל לכך שהחברה פועלת מחוץ לשטח מדינת ישראל".

נוסף על האמור, יפנה היועץ המשפטי לממשלה למפורט בפרק ב.4.ב. בעמדתו בעניין Agoda, ובפרט לסעיפים 69-82 שם, וכן למפורט בפרק ב' לעמדתו בעניין Booking, בפרט לסעיף 17 שם.

36. אשר לטענת המשיבה כי אין לצפות ממנה כי כל אחת מ-900 חברות ההשכרה מהן ניתן לבצע הזמנה באמצעות האתר תפעל לפי הדין המקומי ובפרט לפי הדין הישראלי (סעיף 24 לתשובתה), יפנה היועץ המשפטי לממשלה למפורט בסעיפים 83-92 בפרק ב.4.ב. בעמדתו בעניין Agoda ולמפורט בפרק ב' לעמדתו בעניין Booking, ובפרט לסעיף 18 שם במלואו, וראו בין היתר את הדברים הבאים:

”...

בתמצית יצוין, כי הדין השיורי הוא הדין הישראלי והוראות חוק הגנת הצרכן הן קוגנטיות וממילא לא ניתן להתנות עליהן בכל נימוק שהוא. כמו כן, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי עמדת המשיבה עלולה לפתוח פתח רחב למניפולציה ולהותיר את הצרכן הישראלי פגיע במרחב הווירטואלי או לפחות בחוסר ידע והבנה לגבי היקף ההגנה שתינתן לו, אם בכלל, בשונה מההגנה שהמחוקק הישראלי ביקש להקנות לו. היעילות שניתנת לחברה בצורת 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.

...

הסחר המקוון הגלובלי הולך ומתפתח ושליה מוחלטת וגורפת של הגנה שהמחוקק מצא לנכון להעניק לצרכנים הישראליים, תותיר רבים מהם חשופים לפגיעה ואולי אף תייצר הרתעה מפני התקשרויות מעין אלה.

כמו כן, וכפי שפורט בעמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין Agoda, גם מדינות אחרות אינן סבורות כי חברות גלובליות צריכות ליהנות מדין אחד שיחול בעניינים צרכניים. תחולת דיני הגנת הצרכן המדינתיים על חברות זרות והעדפת מתן הגנה לצרכן על פני חופש החוזים של הצדדים, כאשר מדובר במסחר מקוון, אינה ייחודית לישראל.

”...

37. אשר לטענה שהעלתה המשיבה בסעיף 20.3 לתשובתה, לפיה עמדת הרשות להגנת הצרכן היא כי הוראות חוק הגנת הצרכן חלות על עסקאות שבוצעו באתרי מרשתת ישראלים בלבד ודרך חברות ישראליות בלבד, יפנה היועץ המשפטי לממשלה למפורט בפרק ב' לעמדתו בעניין Booking, ובפרט לסעיף 19 שם. יובהר גם במסגרת זו, כי הכיתוב האמור הופיע באתר המרשתת של הרשות להגנת הצרכן באופן זמני, ובשים לב למדיניות האכיפה לשעתה וההתפתחות הטכנולוגית בעניין. עם התפתחות הפסיקה בנושא (וראו המובא בעניין Booking, שם) תוקן המידע באתר המרשתת של הרשות להגנת הצרכן.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה לעניין חובות גילוי בעסקאות המתבצעות במכר מרחוק

38. סעיף 14ג לחוק הגנת הצרכן קובע הוראות שונות לעניין עסקאות שבוצעו במכר מרחוק ובכלל זה קובע בסעיף קטן (א) את הדברים הבאים :

- "בשיווק מרחוק חייב העוסק לגלות לצרכן פרטים אלו לפחות:
- (1) השם, מספר הזהות והכתובת של העוסק בארץ ובחוץ לארץ ;
 - (2) התכונות העיקריות של הנכס או של השירות ;
 - (3) מחיר הנכס או השירות ותנאי התשלום האפשריים ;
 - (4) מועד ודרך הספקת הנכס או השירות ;
 - (5) התקופה שבה ההצעה תהיה בתוקף ;
 - (6) פרטים בדבר אחריות לנכס ;
 - (7) פרטים בדבר זכות הצרכן לבטל את החוזה, בהתאם להוראות סעיף קטן (ג) או סעיף 14ג1(ג).

39. סעיף 14ג(ו) לחוק מגדיר את המונחים הבאים כך :

"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.

40. סעיף 2(א)(21) לחוק הגנת הצרכן קובע כדלקמן :

"2. (א) לא יעשה עוסק דבר – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה – העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי בעסקה (להלן – הטעיה) ; בלי לגרוע מכלליות האמור יראו ענינים אלה כמהותיים בעסקה :

...

(21) תנאי הביטול של עסקה."

41. אשר למאפייניה של העסקה המקוונת ולתכליות העומדות בבסיס הוראות החוק הנ"ל הנוגעות לביצוע עסקת מכר מרחוק, יפנה היועץ המשפטי לממשלה לפרק ב' בעמדתו בעניין Booking, ובפרט לסעיפים 21-25 בעמדה זו.

42. בתמצית יצוין, כי הוראות אלו נקבעו מתוך הבנה של המחוקק כי בעסקה שמבוצעת במכר מרחוק הצרכן פגיע יותר ופערי המידע הולכים ומעמיקים ובהתאם נדרשת הטלת חובות מוגברות על המוכר והגנות משמעותיות יותר על הזכות הצרכנית.

43. במקרה שלפנינו, ההוראה בדבר תנאי הביטול כוללת למעשה התייחסות לכך שהרכב לא יחכה לצרכן אם טיסתו תתאחר וכן כוללת התייחסות כי מסכום החזר הכספי תנוכה עלותם של שלושה ימי השכרה. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, מאחר שמדובר בפרטים מהותיים,

ובהינתן, כאמור, כי חלה חובת גילוי מוגברת בעסקת מכר מרחוק החלה במקרה שלפנינו, התנאים צריכים להיות ברורים וגלויים לעין, ולהופיע במקום בולט בעת ביצוע ההזמנה. לדוגמה, ניתן יהיה לפרסם לצד שעת איסוף הרכב שנבחרה.

44. נזכיר עוד, כי לצד המלצת המשיבה לצרכן המתקשר בעסקה למלא בעת ההזמנה את פרטי טיסתו, המשיבה מציגה מצג לפיו מילוי מספר הטיסה יידע את חברת ההשכרה מתי ואיפה לצפות לצרכן וכי החברה המשכירה תדע על כל עיכוב אשר ישפיע על איסוף הרכב ("מה יקרה אם המטוס שלך יאחר? מה יקרה אם לחברת Enterprise יש דלפקי השכרה בשני טרמינלים? מספר הטיסה שלך מידע אותם מתי ואיפה לצפות לך"). הצגת מצג כאמור לצד אי גילוי מפורש וברור בדבר תנאי ביטול העסקה כפי שפורטו בסעיף הקודם, עלולים להביא את הצרכן לחשוב בטעות כי הרכב יישמר עבורו במיוחד, דבר המהווה הטעיה בניגוד לסעיף 2(א)(21) לחוק הגנת הצרכן.

45. חובות הגילוי המוגברות, כפי שקבע אותן המחוקק לגבי עסקאות במכר מרחוק, מחייבות לדעתו של היועץ המשפטי לממשלה את המשיבה להבהיר לצרכן את תנאי העסקה, לרבות תנאי ביטול העסקה.

שאלת ברירת הדין ומקום השיפוט

46. בבקשה וכן בהשלמת הטיעון שהגיש המבקש לעניין הדין החל, טוען המבקש נגד הסעיף הנכלל במסגרת מסמך ה"תנאים הכלליים" תחת הכותרת: "משוב לקוחות" המנוסח כדלקמן: "תנאי שירות אלה תקפים תחת החוקים השולטים באנגליה, ויהיו תחת תחום שיפוט הבלעדי של בית המשפט האנגלי".

47. בעמדתו במסגרת ההליך הנוסף, התייחס היועץ המשפטי לממשלה לסוגיה, כדלקמן (וראו סעיפים 9-10 לעמדה):

"9. היועץ המשפטי לממשלה לא מוצא לנכון להרחיב בעניין זה שעה שהצדדים החליטו שלא להסדיר סוגיה זו במסגרת הסדר הפשרה. עם זאת, ולמעלה מן הצורך, יצוין בתמצית, כי לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, תנאי מסוג זה, שהלקוח אינו יכול להבין את משמעויותיו ולשקול אותן כראוי כאשר הוא מקבל החלטה לכרות את החוזה, מקנה לספק, מנסח התניה, יתרון בלתי הוגן על הלקוח ועולה כדי תנאי מקפח בהתאם לסעיף 3 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982. כמו כן, חוק הגנת הצרכן הוא חוק קוגנטי שלא ניתן להתנות עליו בהתאם לסעיף 36 לחוק זה. משחוק הגנת הצרכן חל על החברה, כפי שכאמור סבור היועץ המשפטי לממשלה, תנית ברירת הדין אותה מבקשת החברה לכלול בהסכם מתנה על דין קוגנטי ומטעם זה היא בטלה.

10. כאמור, הצדדים לא התייחסו לסוגיה זו במסגרת הסדר הפשרה וההסדר המוצע אינו כולל הסדרה עתידית ביחס אליה. לכן, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, אין מקום להחיל כלל מעשה בית דין בסוגיה זו תוך שתישמר זכותם של חברי הקבוצה לטעון כל טענה בעניין זה, בכל הליך משפטי מתאים. קביעת מעשה בית דין מקפחת את זכותם המהותית של חברי הקבוצה, ועל כן, לגישת היועץ המשפטי לממשלה, אין מקום לאשר את הסדר הפשרה במתכונתו הנוכחית".

48. היועץ המשפטי לממשלה יבקש לשוב על דברים אלה גם כאן, שעה שעולה, בין היתר, טענה ממוקדת בשאלת הפורום הנאות. נוסף על כך, בנסיבות אלה יבקש היועץ המשפטי לממשלה להפנות לאמור בעמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה בעניין booking, פרק ד' על שני חלקיו, וכן בעניין agoda, פרק ב'4. בהקשר זה, יפנה היועץ המשפטי לממשלה בפרט לסעיפים 48-50 לעמדתו בעניין agoda, שם התייחס לכך שתניית ברירת הדין מוסיפה קושי ייחודי, שכן, לקוח שאינו בעל מומחיות או משאבים וניצב בפני כריתת חוזה עם תאגיד זר ובו תניית ברירת דין, אינו יכול להבין את משמעות התנייה ועליו לשכור מומחה לדין הזר כדי להבינה עוד בשלב כריתת החוזה, על מנת שיבאר את מערכת הדינים החלה - בדיקה אשר עלויותיה גבוהות והן יושטו על הלקוח. על כן, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, אין זה סביר או מעשי לצפות מהלקוח לבדוק מראש את הדין הזר אליו מפנה התנייה שבתנאי השימוש טרם הסכמתו אליהם ולהבין את המשמעות והסיכונים של בדיקה זו לעומקה (וראו האסמכתאות המובאות שם).

בפרט, בעניין agoda, בפיסקה 50, התייחס היועץ המשפטי לממשלה לכך שיש לבדוק את שאלת פערי הכוחות בין הצדדים עוד בשלב כריתת החוזה ולא במועד הגשת התביעה בשים לב לכך שהצרכן עומד מול חברה עסקית גדולה ומתוחכמת הפועלת במספר רב של מדינות. לפירוט הדברים, כאמור, יפנה היועץ המשפטי לממשלה לאמור בעמדתו הנ"ל.

בפרט, בעניין booking הדגיש היועץ המשפטי לממשלה כי חוק החוזים האחידים הוא חוק קוגנטי, וכן לעמדתו פועל יוצא של קבלת הטענה היא כי לא ניתן יהיה לתקוף תנאים מקפחים בחוזה אחיד עם עוסק גלובאלי.

בעמדתו בעניין booking הביע היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו אף לעניין פסקי הדין הנכללים בעמדת המשיבה בעניין שלפנינו [ע"א 294/67 **מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' American Export Lines Inc.**, פ"ד כא(2) 789, 791 (1967) (להלן: "**עניין מגדל**") ות"א 1222/04 **בנק הפועלים (שוויץ) בע"מ נ' בוגייסקי** (פורסם בנבו, 22.3.2006) (להלן: "**פס"ד בנק הפועלים**")], וציין, כי הם אינם תומכים בטיעוניה של המשיבה.

לנימוקיו בעניין זה יפנה היועץ המשפטי לממשלה לפרק ד'1 לעמדה בעניין booking.

49. יתר על כן, הן בעניין agoda, הן בעניין booking, דן היועץ המשפטי לממשלה בשאלה האם תניית השיפוט מהווה תניה מקפחת. לעניין זה, יפנה היועץ המשפטי לממשלה לפרק ב.4.ג לעמדתו בעניין agoda, ובפרק ד'1 לעמדתו בעניין booking.

היועץ המשפטי לממשלה ידגיש, כי החזקה הקבועה בסעיף 9(4) לחוק החוזים האחידים היא חזקה הניתנת לסתירה, אולם, טענות המשיבה אינן סותרות חזקה זו.

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

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

סיכומם של דברים

52. לפנינו בקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית שעניינה בטענות שמקורן בעסקה להזמנת שירותי השכרת רכב באמצעות אתר המרשתת המופעל על ידי המשיבה. במסגרת הבקשה, הועלו טענות לתניות מקפחות שונות בהתאם לחוק החוזים האחידים.
53. חוק החוזים האחידים נועד להגן על לקוחות המתקשרים עם ספקים שונים לנוכח קיומם של פערי הכוחות בין כל אחד מהצדדים. לבית המשפט ולבית הדין לחוזים אחידים הסמכות לבטל או לשנות תנאים בחוזים אחידים שיש בהם, בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות – משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות (וראו סעיף 3 לחוק החוזים האחידים). כמו כן, בסעיף 4 לחוק החוזים האחידים נקבעה חזקה על תנאים מסוימים בחוזה אחיד כי הם מקפחים.
54. שיקול דעתו של בית המשפט באיזון בין מכלול השיקולים בבואו לקבוע מהו "קיפוח" כקבוע בחוק, תחום למסגרתו הברורה של מטרת החוק, היא הגנה על הלקוחות, אשר עשויה להכריע את הכף במקרים בהם כפות המאזניים שקולות.
55. בנסיבות המקרה שלפנינו, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, תניה הקובעת כי אם הלקוח לא יתייצב לדלפק חברת ההשכרה בשדה התעופה במועד, מכל טעם שהוא ובכלל זה, בעקבות איחור בהגעת הטיסה, תזכה אותו חברת ההשכרה בהשבה של כספו בניכוי שלושה ימי השכרה, עלולה להוות תנאי מקפח בהתאם לסעיף 4(א6) לחוק החוזים האחידים. זאת שכן, תניה זו עשויה לקפח את הלקוח מהטעמים שהוצגו לעיל. טענה זו לא נסתרה על ידי המשיבה.
56. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, חוק החוזים האחידים וכן חוק הגנת הצרכן חלים על המשיבה.
57. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, בעסקאות מכר מרחוק, יש צורך לנקוט חובה מוגברת על המוכר והגנות משמעותיות על הזכות הצרכנית. בכלל זה, חלה חובת גילוי מוגברת על המשיבה בכל הנוגע לפירוט תנאי הביטול של העסקה, המהווה פרט מהותי בהליך ההתקשרות.
58. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי תניית ברירת הדין במקרה שלפנינו היא תנייה מקפחת בהתאם לסעיף 3 לחוק החוזים האחידים.
- לדעת היועץ המשפטי לממשלה, יש לבדוק את שאלת פערי הכוחות בין הצדדים עוד בשלב כריתת החוזה ולא במועד הגשת התביעה, בשים לב לכך שהצרכן עומד מול חברה עסקית גדולה ומתוחכמת הפועלת במספר רב של מדינות.
59. אשר לתניית מקום השיפוט, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, תניה זו מהווה תניה מקפחת בהתאם לחזקה הקבועה בסעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים. טענות המשיבה לא סתרו חזקה זו.

יעל קלטניק, עו"ד

בפרקליטות מחוז מרכז – אזרחי

ב"כ היועץ המשפטי לממשלה