



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

רע"א 6992/22

לפני: כבוד השופטת יי וילנר
כבוד השופט ע' גרוסקופף
כבוד השופטת ר' רונן

המבקשת: AGODA COMPANY Pte. Ltd.

נגד

המשיב: שי צביה

צד קשור: היועצת המשפטית לממשלה

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 28.6.2022 בת"צ 9139-05-18 שניתנה על ידי כבוד השופטת מיכל עמית-אניסמן

תאריך הישיבה: ז' בשבט התשפ"ג (29.01.2023)

בשם המבקשת: עו"ד אסף רנצלר; עו"ד עופר קובץ; עו"ד אורי לבנת

בשם המשיב: עו"ד אוהד רוזן; עו"ד נטע סרוסי

בשם היועצת המשפטית לממשלה: עו"ד לימור פלד

פסק-דין

השופט ע' גרוסקופף:

חברה זרה מפעילה פלטפורמת מכירות ופרסום מקוונת, ובמסגרתה, על פי הנטען, היא מפרה נורמות המעוגנות בחוק הגנת הצרכן הישראלי. צרכנים ישראליים מבקשים לתבוע את החברה בגין ההפרה הנטענת, אך במסגרת תנאי השימוש באתר החברה נכתב כי הדין שיחול על מחלוקות בין הצדדים הוא דין מדינת סינגפור. מהם השיקולים והמבחנים שעל פיהם יש לנתח סוגיה זו? וכנגזר מכך, מהו הדין שעל פיו

יידון הסכסוך בין הצרכנים לבין החברה הזרה במקרה דנן? אלו השאלות העיקריות העומדות לפתחנו בתיק זה.

העובדות הרלוונטיות

1. המבקשת, Agoda Company Pte. Ltd., חברה המאוגדת לפי הדין הסינגפורי (להלן: אגודה), מפעילה אתר אינטרנט המהווה פלטפורמה להזמנת שירותי אירוח ברחבי העולם (להלן: האתר). בפני המשתמשים באתר עומדת האפשרות לגלוש בשפה העברית (כמו בשפות רבות אחרות) ולשלם בשקלים חדשים (כמו במטבעות רבים אחרים) במסגרת ביצוע העסקאות עבור שירותי האירוח. בחודש מאי 2018 הגיש המשיב בענייננו, שי צביה (להלן: מר צביה), בקשה לאישור תובענה כייצוגית נגד אגודה בהתבסס על הטענה שמחירי האירוח במלונות וצימרים בישראל המוצגים באתר אינם כוללים מע"מ, בניגוד לדין (להלן: הבקשה לאישור).

2. לפי הבקשה לאישור, מר צביה התכוון לנפוש במלון "כרמים", וביצע הזמנה דרך הממשק העברי של האתר, אליו הגיע לאחר חיפוש שם המלון במנוע חיפוש מקוון. עבור החופשה שילם מר צביה, באמצעות האתר, ובשקלים חדשים, סכום שאינו כולל את חיוב המע"מ – כפי שהופיע באתר. כאשר הגיע מר צביה למלון התברר לו כי עליו לשלם סך נוסף של 307 ש"ח, אשר לא נכלל במצג המחיר באתר, בגין תוספת מע"מ. לגרסתו של מר צביה (שהתקבלה על ידי בית משפט קמא), הודעה שלפיה "אזרחי ישראל מחויבים בתשלום מע"מ בשיעור של 17% בהתאם לחוק. מט זה אינו כלול במחיר הסופי המוצג באתר זה. תוספת המס תיגבה במלון בעת ההגעה" הופיעה באתר אגודה רק לאחר מספר שלבים בהליך ההזמנה, וגם זאת בצד המסך ובאותיות קטנות. מעבר לכך, גם במסגרת אישור התשלום שנשלח אל מר צביה לאחר ביצוע ההזמנה מוזכר כי אזרחי ישראל יידרשו להוסיף מע"מ כאשר יעזבו את המלון.

3. בשל התנהלות זו של אגודה הגיש מר צביה לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בקשה לאישור תובענה כייצוגית. התנהלותה של אגודה, כך טען מר צביה, מגלמת מספר עוולות שביצעה, והפרה של חובות שונות שחלות עליה, ובגין כך עליה לפצות "כל אזרח או תושב ישראלי (לרבות תושב בתושבות ארעית) אשר הזמין ו/או שילם על מלון בישראל באמצעות אתר המשיבה, ואשר הוצג בפניו מחיר שאינו המחיר הכולל בשקלים (כולל מע"מ)" (להלן: הקבוצה המיוצגת). עילת התביעה העיקרית לה טען מר צביה היא הפרת החובה הקבועה בסעיף 17ד לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת

הצרכן), שלפיה "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". לצד זאת, נטען להטעיה לפי סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, לתיאור כוזב, להתרשלות ולהפרת חוזה. בשל אלו, מר צביה תבע כי אגודה תשיב לחברי הקבוצה המיוצגת את סכומי המע"מ שנגבו מהם באירועים הרלוונטיים, ותפרסם בממשק העברי של האתר את המחירים של שירותי האירוח בישראל כשהם כוללים מע"מ.

4. בשולי תזת ההגנה שהציגה אגודה ניצבה הטענה, אשר כעת עומדת במרכז הבקשה שלפנינו, כי הדין הישראלי כלל אינו חל על נסיבות המקרה. אגודה ביססה טענה זו על כללי ברירת הדין בנוזיקין, וכן על תנאי השימוש להם נדרש להסכים כל משתמש שמבצע הזמנה באתר (להלן: תנאי השימוש), אשר כוללים סעיף שלפיו כל הליך משפטי בנוגע לעסקאות המתבצעות באתר יידון לפי הדין הסינגפורי (סעיף 11 בתנאי השימוש כפי שהוצגו במועדים הרלוונטיים). וזוהי לשון הסעיף, כפי שהופיעה בממשק העברי של האתר במועד הרלוונטי להגשת התביעה:

"תחום שיפוט ומחלוקות": "תנאי השימוש ומתן השירותים של קבוצת החברות של אגודה יהיו כפופים ויפורשו בהתאם לחוקי סינגפור, ללא התייחסות לכללי מתקל הדינים של סינגפור, וכל מחלוקת הנובעת מתנאי שימוש והשירותים של קבוצת החברות של אגודה תוגש באופן בלעדי לבתי המשפט המוסמכים בסינגפור".

(יצוין כי נוסח זה אינו זהה לנוסח העדכני, הכלול כיום בסעיף 36.10 לתנאי השימוש העדכניים של אגודה (גרסה 5.2.2), כפי שנצפו בתאריך 26.5.2024 (להלן: תנאי השימוש העדכניים). מטבע הדברים, התייחסותנו בפסק דין זה, ככל שלא נאמר אחרת, תהיה לתנאי השימוש הרלוונטיים למועד הבקשה לאישור, ולהתקשרויות חברי קבוצה אותה היא מבקשת לייצג).

5. יודגש כבר עתה, כי על אף שאגודה כללה בסעיף הן תניית שיפוט – המקנה סמכות שיפוט לערכאות בסינגפור בכל סכסוך הקשור בשירותיה הניתנים באתר – והן תניית ברירת דין, היא מתייחסת בטענותיה בתיק דנן לתניית ברירת הדין בלבד (שתכונה להלן: תניית ברירת הדין). ולא בכדי, שהרי פסיקת בית משפט זה הבהירה זה מכבר כי לתניית שיפוט מסוג זה אין תוקף, והלכה זו ידועה ואינה שנויה במחלוקת (ראו רע"א 5860/16 Facebook Inc. נ' בן חמו (31.5.2018) (להלן: עניין בן חמו או הלכת בן חמו)). זאת ועוד, ניתן לתמוה על עצם הכללתה של תניית שיפוט במסגרת תנאי השימוש המתפרסמים באתר (למצער, אלה המופיעים בגרסה העברית), שכן משנקבע שמדובר

בתניה פסולה על פי הדין הישראלי, הרי שהמשך הופעתה כחלק מתנאי השימוש באתר אגודה עלולה להוות, כשלעצמה, הטעיה כלפי ציבור לקוחותיה. ולא הטעיה חסרת משקל, שהרי אדם מהיישוב, שאינו בקיא ברזי הדין, השוקל בינו לבין עצמו אם להגיש תביעה בישראל נגד אגודה, עלול להיות מורתע מלהגיש תביעה בישראל בשל הימצאותה של תניה שכזו במסמך שאגודה טוענת כי הוא בעל תוקף חוזי מחייב ביחסי הצדדים. טוב תעשה, איפוא, אגודה אם תשמיט תניה זו, או למצער תסייג אותה באופן שישקף את הדין המחייב ביחס למערך יחסיה המשפטיים עם לקוחותיה בישראל. ודוק, עיון בנוסח העדכני של תנאי השימוש המצוי באתר מלמד כי היא יודעת היטב להציג בו מה שמכונה על ידה "תנאים ספציפיים למדינה" (ראו קטע ח' לתנאי השימוש העדכניים). ואם יכולה אגודה להקפיד לטובת לקוחותיה באוסטרליה, בהונג-קונג, בארה"ב, בדרום קוריאה ובמקומות נוספים, על הוראות הדין החלות במדינותיהם, מדוע לא תעשה כן ביחס ללקוחותיה הישראליים? מכל מקום, משעניין זה לא עמד לפני בית משפט קמא, נימנע מלהוסיף להידרש לו בפסק דין זה, ונמקד מבטנו בסוגיית ברירת הדין – היא הסוגיה העיקרית בה עוסקת בקשת רשות הערעור דנן.

6. לאחר שהיועצת המשפטית לממשלה (להלן: היועמ"ש) הגישה אף היא את עמדתה בתיק, בגדרה תמכה בטענותיו של מר צביה, בין היתר בסוגיית ברירת הדין, ביום 28.6.2022 נתן בית המשפט המחוזי את ההחלטה מושא בקשת רשות הערעור. כפי שיפורט להלן, בית המשפט קיבל את בקשתו של מר צביה ואישר את ניהולה התובענה שהגיש כייצוגית (להלן: ההחלטה קמא או ההחלטה).

החלטתו של בית משפט קמא

7. נקודת המוצא ממנה החל בית משפט קמא את דרך הילוכו היא תחולתו של חוק הגנת הצרכן בנסיבות המקרה. בית המשפט הבהיר כי הוראת סעיף 17 לחוק הגנת הצרכן, כמו רוב הוראות חוק זה, היא הוראה קוגנטית עליה לא ניתן להתנות. תכליתה של החובה לפרסם מחיר כולל הקבועה בסעיף זה, כך נקבע, היא "להגן על ציבור הצרכנים ולוודא כי הם מקבלים החלטה מושכלת על סמך מידע מלא שמוצג בפניהם" (פסקה 90 להחלטה קמא), וכדי לממש תכלית זו יש לחסום התניה עליה, אף "בעקיפין" – באמצעות תניית ברירת דין. לחיזוק מסקנה זו העלה בית המשפט אף חשש מפני שימוש שיטתי של עוסקים זרים בעקיפה כזו של ההגנה על הצרכן הישראלי, וכך מפני ההפליה בהקשר זה כלפי חברות ישראליות הכפופות לדין הישראלי. בית המשפט המחוזי פסק כי

לנוכח כל אלו יש לדון בתביעה על פי הדין הישראלי, גם מבלי להכריע בדרכי תקיפה אחרות של תניית ברירת הדין.

8. על אף האמור, בית המשפט הוסיף וקבע בבחינת "למעלה מן הצורך" כי תניית ברירת הדין חסרת תוקף הן בשל ניסוחה הלקוי, שאינו בהיר דיו ביחס לסטנדרט הנדרש, והן בהיותה תנאי מקפח בחוזה אחיד שדינו בטלות. בהקשר אחרון זה, בית משפט קמא בחן את הגינותה וסבירותה של תניית ברירת הדין, תוך התמקדות ביחסי הכוחות בין הצדדים לחוזה, והכריע כי מדובר בתניה מקפחת לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן: חוק החוזים האחידים), וזאת אף מבלי להידרש לחוות דעת שתעמוד על טיבו של הדין הסינגפורי. בית המשפט אבחן, בהקשר זה, את המקרה דנן מהמקרה שנדון בעניין בן חמו, על בסיס ההבדל בין דין קליפורניה (שתחולתו נידונה שם) לבין דין סינגפור (שתחולתו נידונה כאן) – הבדל שהוזכר באופן מפורש במסגרת הלכת בן חמו – ובהתחשב בכך שבשונה מהמקרה שנדון בעניין בן חמו, בו נתבעה חברה ש"אינה מוכרת שירותים הניתנים בתחומי המדינה", אגודה פועלת למתן שירותים במדינת ישראל ומכוונת פעילותה ללקוחות ישראליים. בהמשך לכך, בית המשפט הבהיר כי את פערי הכוחות בין הצדדים יש לבחון במועד כריתת ההסכם (להבדיל ממועד הגשת התביעה), והדגיש כי מהיעדרה של הכחשה של אגודה בעניין קיומו של הליך ייצוגי בדין הסינגפורי ניתן להסיק שכלי כזה לא ימצא בידי התובעים לפי דין זה. בגין כל אלו הורה בית המשפט קמא כי תניית ברירת הדין היא בגדר תניה מקפחת ומשכך כי דינה בטלות.

9. בטרם חתימה פנה בית משפט קמא לטענת אגודה שלפיה העובדה שעובדיה ושרתיה אינם מצויים בישראל מביאה למסקנה כי על פי כללי ברירת הדין הרלוונטיים – אלו שנוהגים בדיני הנזיקין – הדין הישראלי אינו זה שעל פיו יש לדון במקרה. בית המשפט דחה טענה זו בקצרה, תוך שהוא מסתמך על פסיקות עבר בהן נקבע כי פרסום ברשת האינטרנט נחשב למעשה שמתרחש "בכל מקום", ועל הזיקות השונות של הפרסום הנדון לישראל, בהן מקום מושבו של הצרכן (מר צביה), מקום ביצוע ההזמנה ומאפייני האתר.

10. לצד ההכרעה בסוגיית ברירת הדין – שניצבת, כזכור, במוקד התיק דנן – בית המשפט המחוזי דן במספר נושאים שאינם מצדיקים בחינה בערכאת הערעור בשלב זה, ועל כן אציגם אך בתמצית. ראשית, בית המשפט בחן את תחולתם של סעיפים 17 א ו-17 ד לחוק הגנת הצרכן, הקובעים את החובה להצגת מחיר כולל, על אגודה, ופסק כי זו אכן נחשבת ל"עוסק" לעניין זה. בהמשך לכך, נדונה ונדחתה אף טענת אגודה שלפיה

בהוראות סעיף 17ד לחוק הגנת הצרכן קיימת לאקונה ביחס למצב שבו קבוצות שונות נדרשות לשלם מחיר שונה בגין השירות המפורסם – לאקונה שבגינה, לטענת אגודה, היא פעלה כדין. לבסוף, לאחר שהכריע כי יש לבחון את בקשת האישור על פי הדין הישראלי, פסק בית המשפט כי היא עונה על התנאים הנדרשים לשם אישור ניהול התובענה כייצוגית: כי מתקיימת עילת התביעה הקבועה בפרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות); כי התובענה מעלה שאלות משותפות לקבוצת המשתמשים הישראליים באתר שנחשפו למחירים המפורסמים בו ללא תוספת מע"מ ובעקבות כך נגרם להם נזק – שאלות שקיים סיכוי סביר שיוכרעו לטובת קבוצה זו; וכי תובענה ייצוגית היא האמצעי היעיל וההוגן להכרעה במחלוקת.

11. נוכח כל האמור, בית המשפט קמא אישר את ניהול התובענה כייצוגית, תוך קבלת הגדרת הקבוצה המיוצגת לה טען מר צביה (ראה פסקה 3 לעיל).

על החלטה זו הגישה אגודה את הבקשה שלפנינו.

טענות הצדדים

12. טענותיה של אגודה במסגרת בקשת רשות הערעור דנן מתייחסות לחמש סוגיות עיקריות: תחולת כללי ברירת הדין בנזיקין בענייננו; נוסח תניית ברירת הדין; זיהויה כתנאי מקפח בחוזה אחיד; תחולתו של חוק הגנת הצרכן בשל היותו חוק קוגנטי; ותיחום הקבוצה המיוצגת. מעבר לכך, וממעוף הציפור, אגודה טוענת כי בהחלטה נפל פגם מבני הנוגע לאופן הילוכו של בית משפט קמא, ולאופן בו סידר את רכיבי הכרעתו. לגישתה של אגודה, הסדר בו נכון לדון בסוגיות הנזכרות, לפי טיבן, דורש לבחון תחילה איזה דין חל על התובענה לפי כללי ברירת הדין בנזיקין, ורק ככל שהתשובה לכך היא הדין הישראלי, לבחון האם תחולתו נשללת לאור תניית ברירת הדין. וכעת לסקירת הסוגיות המהותיות שמעלה אגודה.

13. ראשית, אגודה טוענת שלפי כללי ברירת הדין בנזיקין אין להחיל את הדין הישראלי על התובענה. לגישת אגודה, מקום ביצוע העוולה – הגורם הקובע בעניין – צריך להיקבע אך ורק על פי מקומו של המזיק בעת ביצוע העוולה, ובמקרה הנדון אין ספק כי לא מדובר על ישראל. בהינתן שאף עובד של אגודה לא יושב בתחומי ישראל, ושאר שרתי המחשב של החברה, שעל גביהם נעשה הפרסום העוולתי הנטען, ממוקמים במדינות אחרות, גורסת אגודה, הגורמים ששקל בית משפט קמא בהחלטתו – מקום

מושבו של הצרכן, מקום ביצוע ההזמנה, מקום שירות האירוח שהוזמן, שפת האתר והמטבע הרלוונטי – אינם יכולים להוביל לתחולת הדין הישראלי. אגודה מוסיפה כי אף אם נראה בגורמים האמורים כרלוונטיים, היה על בית משפט קמא להביא בחשבון כי האתר מציג מקומות אירוח מכל רחבי העולם; כי ניתן להציג את תכניו בשפות ומטבעות שונים; וכי ניתן להזמין דרכו גם כאשר גולשים בו מחוץ לתחומי ישראל, באופן שמצדיק לכל הפחות את צמצום הקבוצה המיוצגת כך שתכלול רק "ישראלים שגלשו בממשק העברי של האתר, ראו מחירים בש"ח וביצעו את ההזמנה בעמדם על אדמתן] ישראל" (פסקה 10 לבקשת רשות הערעור).

14. שנית, לגישת אגודה תניית ברירת הדין הקבועה כתנאי השימוש באתר מובילה להחלתו של דין סינגפור, ולא ישראל, על הסכסוך הנדון. בהקשר זה דוחה אגודה שתי קביעות של בית משפט קמא: אחת, כי התניה "איננה מנוסחת בשפה פשוטה ונגישה" (פסקה 125 להחלטה קמא); שנייה, כי מדובר בתניה מקפחת שדינה בטלות.

15. באשר לנוסח התניה, נטען כי בית משפט קמא ניתח רק את נוסח העברי של תניית ברירת הדין, וכי ממילא קביעותיו באשר לביטולה צריכות לחול רק על צרכנים שגלשו בממשק העברי של האתר. כמו כן, ביחס לנוסח העברי, אגודה טוענת כי בית המשפט התעלם מהמשפט הפותח של תניית ברירת הדין – "תנאי השימוש ומתן השירותים של קבוצת החברות של אגודה יהיו כפופים ויפורשו בהתאם לחוקי סינגפור", שלשונו ברורה, ומשמיעה לצרכנים באופן שאינו משתמע לשתי פנים כי הדין הסינגפורי הוא החל על ההתקשרות. לבסוף נטען כי הביטויים שבית משפט קמא זיהה כלא ברורים די צורכם אומנם לא מוכרים לכל אדם, אך הם ביטויים משפטיים ידועים ומקובלים – ודי בכך כדי לתת תוקף לתניה הנדונה, למצער ביחס למשפטנים.

16. באשר לקביעות שעניינן טיבה המקפח של התניה, לאגודה טענות שונות אשר תופסות חלק ניכר מבקשת רשות הערעור:

חטיבה אחת של טענות אגודה בהקשר זה עוסקת ביישומה של הלכת בן חמו על נסיבות המקרה דנן. אגודה גורסת כי, בניגוד לקביעתו של בית משפט קמא, במסגרת הלכת בן חמו הנשיאה אסתר חיות לא "התייחסה עניינית לדין הסינגפורי", וממילא לא ביססה את ההבחנה בינו לבין דין מדינת קליפורניה באופן שעולה כדי קביעה מחייבת. קביעות באשר לטיבו של הדין הסינגפורי, מדגישה אגודה, הן קביעות שבעובדה שיש לבסס על ראיות – וברי כי כאלו נעדרו מהפסיקה בעניין בן חמו. לאור האמור, אגודה

טוענת כי הסתמכותו של בית משפט קמא על הלכת בן חמו אינה יכולה להחליף חקירה עובדתית מלאה ביחס למאפייני הדין הסינגפורי, ובמסגרתה דיון לגופן של טענות אגודה ביחס לאופיו המתקדם והנגיש. לבסוף, אגודה דוחה את ההבחנות שביצע בית המשפט בין אופיו של ספק השירותים שעניינו נדון בעניין בן חמו (Facebook) לבינה, כאשר לשיטתה הזיקה של פעילות Facebook לישראל חזקה לא פחות מאשר הזיקה הנטענת של השירות שמספקת אגודה במסגרת האתר.

בהמשך לאמור, אגודה תוקפת את קביעתו של בית המשפט המחוזי שלפיה היא לא הכחישה כי כלי התובענה הייצוגית אינו עומד לצרכן לפי הדין הסינגפורי, וכן את המשקל שבית המשפט העניק, לשיטתה, לקביעה זו. הנטל להוכיח את הטענה האמורה הוא מלכתחילה על התובע, דהיינו של מר צביה, טוענת אגודה, וממילא, בהיעדר כל ראיות ביחס לדין הסינגפורי (חסר שאף בית משפט קמא בעצמו ציינו), לא יתכן שאי-הכחשת טענה כלשהי בעניין זה תוביל לקבלתה. בתוך כך, אגודה טוענת כי קביעתו של בית משפט קמא כי "פערי הכוחות בין צרכנים ועוסקים נותרים גדולים" (פסקה 144 להחלטה קמא), במסגרת הדין הסינגפורי, בהיעדרו של כלי התובענה הייצוגית, שגויה אף היא ללא בירור עובדתי ביחס לדין זה – בירור שבוחן את מכלול הנורמות שמסדירות את מערכת היחסים בין עוסק לצרכן, אף מעבר לכלי התובענה הייצוגית.

17. רכיב נוסף בהחלטה שאליו מפנה אגודה את טענותיה הוא זה שעניינו משמעות זיהויו של חוק הגנת הצרכן כקוגנטי – כלומר תחולתו בנסיבות העניין חרף תניית ברירת הדין. לגישתה של אגודה, לא רק שקביעה זו מנוגדת להלכת בן חמו (בה עמדה מעין זו נותרה במיעוט, לשיטתה), אלא שהטעמים עליהם נשען בית משפט קמא בקביעתה אינם הולמים את נסיבות המקרה, שכן אגודה אינה פועלת "ככל עוסק ישראלי" (פסקה 48 להחלטה קמא), בהינתן שמרבית פעילותה נעשית מחוץ לישראל. עוד טוענת אגודה כי בשונה מהוראות דין אחרות בספר החוקים הישראלי, אופיין הכופה של ההוראות בחוק הגנת הצרכן שעליהן מבוססת התובענה במקרה דנן ניתן להן "מסיבה פרקטית" (פסקה 31 לבקשת רשות הערעור), כלשונה, ולא מפני שהן משקפות עקרונות יסוד של שיטת המשפט הישראלי. מטעם זה, גורסת אגודה, הוראות חוק אלה אינן גוברות על תניית ברירת הדין, כנטען.

18. לבסוף, לגישת אגודה גם אם טענותיה בעניין תחולת ברירת הדין לא יתקבלו במלואן, יש לכל הפחות לתקן את הגדרת הקבוצה המיוצגת כך שתכיל רק את מי שגלשו

במשק העברי של האתר וביצעו הזמנה במטבע ישראלי. לתמיכה בטענה זו מפנה אגודה למקומות שונים בהחלטה בהם בית משפט קמא מעניק משקל לגורמים האמורים.

19. מר צביה, מנגד, סבור כי יש לדחות את בקשת רשות הערעור וזאת הן מפני שהיא איננה עומדת באמות המידה שנקבעו בפסיקה למתן רשות ערעור והן מפני שבהחלטת בית משפט קמא לא נפל כל רכב.

20. באשר לאמות המידה למתן רשות ערעור: מר צביה טוען כי בקשת רשות הערעור נעדרה כל טענה, וממילא כל הוכחה, לכך שלאישור התובענה הייצוגית משמעות חמורה עבור אגודה. כמו כן, לגישתו השאלות שנתרו פתוחות לאחר מתן ההחלטה "אינן מורכבות כלל ועיקר כי אם יישומיות גרידא", וכוללות בעיקר, לדבריו, את קביעת גודל הקבוצה ואומדן הנזק המצרפי. מר צביה מוסיף כי לשיטתו גם סיכויי הערעור הנמוכים תומכים בדחיית הבקשה, כפי שיוסבר כעת.

21. כאמור, מר צביה גורס שאף אם תינתן רשות ערעור יש לדחותו בשתי ידיים. כך, מר צביה סומך את ידיו על קביעותיו של בית משפט קמא ביחס לנוסחה הלא ברור של תניית ברירת הדין, ומוסיף כי זו בטלה מכל מקום בהיותה תנאי מקפח בחוזה אחיד, לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים. בהקשר אחרון זה, מר צביה מבקש להציב את הלכת בן חמו כנטועה בנסיבותיה הספציפיות – כאשר תניית ברירת הדין מפנה לדין קליפורניה (להבדיל מדין סינגפור), וכאשר המדיניות הנדונה בהליך היא מדיניות פרטיות ("מדיניות אחידה בכל העולם [ש] אין לה קשר ספציפי לישראל" (פסקה 67 לתשובת מר צביה)). לגישתו של מר צביה, זיהויה של תניית ברירת הדין הנדונה כמקפחת אף עולה בקנה אחד עם פסיקות שונות של הערכאות הדיוניות. מר צביה מוסיף ותומך בקביעותיו של בית משפט קמא ביחס למשמעות אופיו הקוגנטי של חוק הגנת הצרכן. הן מהוראות חוק הגנת הצרכן והן מתכליותו ברור, לשיטתו, כי דיני הגנת הצרכן אינם ניתנים להתניה באמצעות תניית ברירת דין, כפי שציין המשנה לנשיאה חנן מלצר בעניין בן חמו. בתוך כך, לטעמו של מר צביה אין כל בסיס לטענה בדבר חלוקה (לה טוענת אגודה) בין הוראות קוגנטיות שונות, וממילא לנגזרות הנטענות במקרה דנן.

22. בהמשך לאמור, מר צביה דוחה גם את טענותיה של אגודה ביחס לכללי ברירת הדין ולצמצום היקף הקבוצה המיוצגת. באשר לסוגיה הראשונה, מר צביה מפנה למספר פסקי דין שמשקפים, לגישתו, הלכה "עקבית, מובהקת וברורה: פרסום שבוצע באינטרנט, יש לדאות בכל מקום שאליו מגיע הפרסום – כמקום ביצוע המעשה או המחדל" (פסקה 81

לתשובת מר צביה). מכל מקום, מר צביה סבור שהדין הישראלי צריך לחול במקרה דנן למצער מכוח חזקת שוויון הדינים, שכן הדין הזר לא הוכח בהליך קמא. לבסוף, נטען כי ניסיונה של אגודה לצמצם את הגדרת הקבוצה, כך שתכלול רק את מי שגלש באתר בממשק בשפה העברית, הוא חסר בסיס, שכן "חוק הגנת הצרכן חל על כל מערכת יחסים החלה בין עוסק לצרכן, במדינת ישראל" (פסקה 88 לתשובת מר צביה). לפיכך, מסביר מר צביה, טענותיו בבקשה לאישור רלוונטיות לכל תושב ישראל שהזמין מלון בישראל בלא שהוצג לו מחיר כולל מע"מ.

23. היועמ"ש הגישה אף היא את עמדתה בתיק – תוך שהיא שבה על עיקרי העמדה שהציגה בבית משפט קמא. בהתייחסה לאופייה המקפח של תניית ברירת הדין, עומדת היועמ"ש על הבחנה שקיימת לגישה בין יישום סעיף 4(8) לחוק חוזים אחידים (המקיים חזקת קיפוח במקרים בהם נקבע "תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסוימות בערכאות משפטיות"), כפי שנעשה בעניין בן חמו, לבין יישומו של סעיף 3 לחוק זה: בעוד שיצירת חזקה מכוח הראשון דורשת הצגת ראיות בנוגע לחסרונותיו של הדין הזר (לפי הלכת בן חמו), פסילת תנייה בחוזה אחיד מכוח השני אינה כפופה לדרישה כזו, ותלויה בניתוח יחסי הכוחות בין הצדדים – הא ותו לא. על רקע זה, היועמ"ש גורסת כי דינה של תניית ברירת הדין להיפסל נוכח יחסי הכוחות בין הצדדים, אשר באים לידי ביטוי, בין היתר, בגודלה ובהיקף פעילותה של אגודה, בהקשר הצרכני הגלובלי ובמשמעויותיה של החלת דין זר לצרכן בהקשר האמור. לתמיכה בעמדתה מפנה היועמ"ש לפסק הדין ברע"א 1901/20 טרוים מילר בע"מ נ' Facebook (26.7.2022) (להלן: עניין טרוים מילר), אשר הכיר בכך שיחסי כוחות דומים לאלו הקיימים בנסיבות המקרה דנן (לגישה) מובילים לפסילת תניית ברירת דין לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים. בהקשר זה דוחה היועמ"ש את הישענותה של אגודה על פסק הדין בעניין בן חמו, ואת הניסיון להבחנה בינו לבין עניין טרוים מילר – בו נידונה תובענה שאינה ייצוגית, שכן לשיטתה לא ניתן להסיק מהלכת בן חמו ש"בכל מקרה של תובענה ייצוגית תידחה הטענה כי תניית ברירת דין מקפחת" (סעיף 46 לתשובת היועמ"ש).

24. היועמ"ש מוסיפה וטוענת אף היא כי גם מבלי להתבסס על עילות הפסילה שמציע חוק החוזים האחידים, החלת דין סינגפור אינה יכולה להתקבל בשל אופיין הקוגנטי של ההוראות הרלוונטיות בחוק הגנת הצרכן. בהקשר זה, היועמ"ש נעזרת לתמיכה בעמדתה בסעיף 36 לחוק הגנת הצרכן, לפיו הוראות חוק זה "יחולו על אף כל ויתור או הסכם נוגד", ובעמדתו של המשנה לנשיאה בעניין בן חמו. מעבר לכך, היועמ"ש סומכת את עמדתה גם על המדיניות הנוהגת בשיטות משפט שונות, ביניהן מדינות

האיחוד האירופי, בריטניה וקליפורניה, וכן על ועידת האג למשפט בין לאומי פרטי (Hague Conference on Private International Law). מבלי לצלול לפרטי הסקירה שהוצגה, יצוין רק כי זו כוללת כללים ופסיקות שלפיהם דיני צרכנות מקומיים חלים על חברה זרה שמכוונת את פעילותה לצרכנים מקומיים, גם כשהתקשרות הצרכנים עמה כוללת תניות המבקשות להחיל על מערכת היחסים דין אחר. לסיום עמדתה היועמ"ש מצטרפת לקביעות בית משפט קמא ולעמדת מר צביה בסוגיית כללי ברירת הדין הרלוונטיים בנסיבות ענייננו.

25. ביום 29.1.2023 התקיים בפנינו דיון, במהלכו חידדו הצדדים את טענותיהם על-פה. במסגרת הדיון שב והדגיש בא כוח אגודה את טענתה שלפיה יש לברור את הדין החל לפי מקום מושבם של עובדיה ותשתיותיה של החברה, ועמד על חשיבותה של טענה זו כבסיס למערך הטענות הכולל של אגודה. מן העבר השני, הביע בא כוחו של מר צביה את התנגדותו לגישה זו, והציע דרכים שבאמצעותן יכולה חברה כאגודה להבחין בין שימוש באתר שעליו חלות הוראות חוק הגנת הצרכן לבין שימוש אחר. נציגת היועמ"ש, מצדה, הסבירה מדוע לשיטתה יש עניין בתחימת תחולתו של פסק הדין בעניין בן חמו לנסיבותיו.

בהיאסף הטענות מכאן ומכאן, הגיעה העת להכריע בבקשת רשות הערעור.

דיון והכרעה

26. זהו פרק נוסף בסדרת פסקי הדין שמעצבים את מלאכת ברירת הדין בשיטת משפטנו, בכל הנוגע לממשק שבין משתמשים ישראלים לבין תאגידים גלובליים הפועלים בארץ באמצעות פלטפורמות מקוונות. שני פרקים מרכזיים בסדרה זו נכתבו במסגרת פרשות בן חמו וטרויים מילר; וכעת ימשיך אותם פרק נוסף, שעניינו כפיפותם של יחסי צרכן ישראלי עם עוסק בין-לאומי לדין הישראלי בקשר לחובות מדיני הגנת הצרכן. בשל חשיבותה העקרונית של הסוגיה הועבר התיק לדיון בפני הרכב, ומאותה הסיבה אני סבור כי עלינו לדון בבקשת רשות הערעור כבערעור, בהתאם לסמכותנו על פי תקנה 149(2)(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018. כפי שיפורט להלן, לו תישמע דעתי – ערעור זה יידחה.

לנוחיות הקורא, ובשל חשיבותם של פרקי הסדרה הקודמים – עניין בן חמו ועניין טרוים מילר – להבנת פסק דין זה ומשמעותיו, אפתח בסקירה תמציתית של פסקי דין אלו.

המצב הנורמטיבי הנתון: פרשות בן חמו וטרוים מילר

27. ביום 31.5.2018 ניתן פסק הדין בעניין בן חמו, שעסק בבקשה לאישור תובענה כייצוגית נגד חברת פייסבוק שהגישו משתמשים ברשת החברתית שזו מפעילה, בשל הפרות נטענות של פרטיות המשתמשים ושל חובות החלות עליה בקשר לניהול מאגרי מידע. במוקד פסק הדין עמדו תניות שהופיעו במסמך "תנאי השימוש" של הפלטפורמה, לפיהן כל סכסוך בין המשתמשים לבין פייסבוק יוכרע בבית משפט בקליפורניה (תניית שיפוט זר) על פי דיני מדינת קליפורניה (תניית ברירת דין). לטענת פייסבוק, בשל תחולת תניות אלו היה על בית המשפט המחוזי לדחות על הסף את הבקשה לאישור, אך הוא לא עשה כן. לאחר שהכיר במסמך "תנאי השימוש" כחוזה אחיד, דחה בית משפט זה, בדונו בערעור על החלטת בית המשפט המחוזי, את טענת פייסבוק ביחס לתניית השיפוט הזר (כפי שהוזכר בפסקה 5 לעיל), אך קיבלה ביחס לתניית ברירת הדין, וקבע כי לא הוכח שמדובר בתניה מקפחת שדינה בטלות. נימוקיה של הנשיאה חיות (אשר כתבה את פסק הדין המרכזי) לכך היו זיהוי שיטת המשפט בקליפורניה כמתקדמת ונגישה, והכוח שנותן מוסד התובענה הייצוגית למשתמש-התובע הפוטנציאלי אל מול החברה הגלובלית. לפיכך, בית משפט זה פסק כי יש לברר את בקשת האישור בישראל, אך על פי דין המהותי של מדינת קליפורניה. יוער לבסוף, כי המשנה לנשיאה מלצר הצטרף אמנם לתוצאה האמורה, אך סייגה למקרים בהם תניית ברירת הדין איננה מבקשת לעקוף חוקים כופים שבדין הישראלי.

28. עניין טרוים מילר, שנדון כארבע שנים מאוחר יותר, העניק לבית משפט זה הזדמנות להוסיף ולהעמיק בסוגיית מעמדה של תניית ברירת דין שמופיעה בהסכם "תנאי שימוש" בין תאגיד גלובלי (פייסבוק, גם הפעם) לבין לקוחות שעושים שימוש בשירותיו. לקוחות אלו טענו, בעניין טרוים מילר, כי הם מנהלים עסק קטן שהשתמש בשירותי פרסום של פייסבוק, ותבעו את פייסבוק בתובענה שאינה ייצוגית בשל הפרה נטענת של ההסכם ביניהם. בשונה מאשר בפסק הדין בעניין בן חמו, בית משפט זה (כדעת רוב) הורה כי ככל שאכן מדובר בעסק קטן (עניין אותו התבקשה הערכאה הדיונית לבחון) התניה הנדונה, שבאמצעותה ביקשה פייסבוק להחיל על הסכסוך את דין מדינת קליפורניה, היא בגדר תנאי מקפח בחוזה אחיד, ועל כן דינה בטלות. דרך אחת למסקנה זו, אותה סללתי

אני, הורתה כי אין לאפשר לתאגיד גלובלי המקיים פעילות עסקית בישראל להתנער מתחולת הדין הישראלי כלפי לקוחות קטנים (צרכנים פרטיים ועוסקים זעירים) בארץ באמצעות תניית ברירת דין, שכן מדובר בניסיון לזכות בהגנה שאינה נדרשת לצורך שמירה על האינטרסים הלגיטימיים והסבירים שלו מול לקוחות אלה. דרך שנייה, אותה סללה חברתי, השופטת יעל וילנר, הדגישה את פערי הכוחות המשמעותיים בין תאגידי הענק הגלובליים לבין הלקוחות הקטנים הנדרשים לשירותיהם בישראל, בין היתר לנוכח העובדה שאין מדובר בתובענה ייצוגית, ונשענה על נסיבות המקרה הספציפיות.

29. ממעוף הציפור, אם כן – פסק הדין בעניין בן חמו היווה ניסיון ראשון להגדיר את הקווים שבתחומם יוכל תאגיד גלובלי להחיל דין כרצונו (באמצעות תניית ברירת דין) על יחסיו עם המשתמשים בשירותיו המקוונים בישראל. משמעותו של פסק דין זה הייתה דרמטית, כאשר חברות בין-לאומיות החלו "מחזיקות" בו כמוצאות שלל רב בבקשן השכם והערב לסלק על הסף תביעות, ייצוגיות ופרטניות, שמוגשות נגדן על בסיס הדין הישראלי – ובהצליחן לעשות כן (ראו לעניין זה ניצן אלגאוי "בעקבות רע"א 5860/16 פייסבוק נ' בן חמו: תניות ברירת דין בחוזים צרכניים בין-לאומיים והיקף תחולת דיני הגנת הצרכן" חוקים יח 9, 28-33 (2023) (להלן: אלגאוי)). פסק דין טרוים מילר, שניתן לאחריו, פירש בצורה מצמצמת את ההלכה שנקבעה בעניין בן חמו, ככל שמדובר בתובענה פרטית, וכתוצאה מכך הציב גבולות לאפשרות של תאגידי גלובליים להתנות על תחולת הדין הישראלי ביחס לפעילותן בישראל, זאת ככל שמדובר בלקוחות קטנים – דהיינו, צרכנים פרטיים ועסקים זעירים.

30. כמו בעניין בן חמו ובעניין טרוים מילר, אף ביסודה של הסוגייה שלפנינו עומדות שאלות אקוטיות הנוגעות לריבונות המדינה ולאחריותה כלפי אזרחיה ותושביה. כמו שם, גם כאן שאלה עיקרית בה עלינו להכריע היא: "האם הדין שיחול על התקשרות חוזית צרכנית המבוצעת בתחומי מדינת ישראל על ידי תאגיד גלובלי יהיה חוקי מדינת ישראל, או שמא רשאי התאגיד הגלובלי להכתיב את הדין שיחול על התקשרות חוזית צרכנית המבוצעת בתחומי ישראל לפי בחירתו" (עניין טרוים מילר, פסקה 5 לפסק דיני). כפי שאסביר בפסקאות הבאות, על אף ההבדלים בין המקרים, בדומה לעמדתי בעניין טרוים מילר, גם בענייננו אני סבור שהתשובה היא כי הדין הישראלי חל על הסכסוך בין הצדדים חרף שאיפתו של התאגיד הגלובלי להחיל דין אחר.

31. את מכלול הטענות שהובאו בפנינו, בכתב ובעל-פה, ניתן לחלק לשתי סוגיות עיקריות: האחת, עניינה זיהויים של כללי ברירת הדין הרלוונטיים ויישומם בנסיבות

המקרה (במנותק מקיומה של תניית ברירת דין) (להלן: שאלת ברירת הדין); השנייה, תוקפה של תניית ברירת הדין בחוזה צרכנות בין-לאומי, כפרט כשמשמעותה היא הוצאה מהוראותיו של חוק הגנת הצרכן (להלן: שאלת תוקף תניית ברירת הדין). כפי שעולה בבירור מטענותיה של אגודה, הכרעה בסוגיות אלו דורשת עמידה (לחיוב או לשלילה) על קביעות שונות של בית משפט זה בעניין בן חמו. לכן, בטרם אדרש לסוגיות האמורות, אתייחס לסוגיה עקרונית בפרשנותו של עניין בן חמו: האם עולה ממנו כי יש שוני באופן בו יש לבחון שאלות הדרושות לקביעת הדין החל על הסכסוך (דהיינו, הן את שאלת ברירת הדין והן את שאלת תוקף תניית ברירת הדין. להלן: השאלות הדרושות לקביעת הדין החל), בשים לב לטיבו הדיוני של ההליך בו מדובר – תובענה פרטנית או תובענה ייצוגית. כפי שאציג להלן, הכרעה בנושאים העקרוניים העומדים על הפרק תובילנו לדחיית ערעורה של אגודה. אפנה איפוא לנושאים אלו על פי סדרם.

האם יש לבחון שאלות הדרושות לקביעת הדין החל בצורה שונה בהליך פרטני ובהליך ייצוגי?

32. מסקירתנו עד כה נקל לראות כי אגודה משליכה את יהבה בתיק זה במידה רבה על ההלכה שנקבעה בעניין בן חמו, והובילה, בנסיבות המקרה שם, להותרת תניית ברירת הדין על כנה. בפתח דבריי אאחוז איפוא את השור בקרניו, ואתייחס לנקודה מרכזית בפסק הדין בעניין בן חמו הדורשת לטעמי בירור והתייחסות מקדימים – שאלת היחס בין הדין החל בתובענה פרטית לדין החל במסגרת תובענה ייצוגית.

33. כנזכר לעיל, פרשת בן חמו, במסגרתה נבחן לראשונה על ידי בית משפט זה תוקפה של תניית ברירת דין שנכללה בתנאי שימוש אינטרנטיים של תאגיד גלובלי, עסקה, כמו המקרה שלפנינו, בתובענה ייצוגית. עובדה זו הודגשה על ידי בית המשפט באותו עניין, והיותה אחד מהשיקולים המרכזיים שעמדו ביסוד החלטתו להכיר בתוקפה של התניה בנסיבות אותו מקרה (ראו פסקאות 26 ו-43 לפסק דינה של הנשיאה חיות, בעניין בן חמו). לעומת זאת, עניין טרוים מילר עסק בתובענה פרטית, כאשר הבחנה זו מעניין בן חמו צוינה על ידי כל שופטי ההרכב (ראו בהקשר זה עניין טרוים מילר, בפסקאות 20, 26 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ניל הנדל; פסקאות 11-14 לפסק דינה של השופטת וילנר; ופסקאות 12, 41 לפסק דיני). לכאורה, מתבקשת לפיכך המסקנה לפיה שאלות הדרושות לקביעת הדין החל עשויות להיבחן בצורה שונה בהליך פרטני ובהליך ייצוגי, באופן העשוי להביא לתוצאות שונות מבחינת הדין המהותי לפיו יבחן הסכסוך. דהיינו, שביחס לאותה סוגיה יתכן כי יקבע שסכסוך הנדון בהליך פרטני יבחן על פי הדין הישראלי; בעוד שסכסוך המנוהל במסגרת הליך ייצוגי, יוכרע לפי הדין

הזר. לקבלת הסדר כזה משמעות רבה לענייננו, שכן הוא מציב את המקרה, על פני הדברים (ועל פי ההגיון שמציעה אגודה), קרוב יותר לתוצאה שהתקבלה בעניין בן חמו (תניית ברירת הדין עומדת בתוקפה) מאשר להכרעה שניתנה בעניין טרויס מילר (תניית ברירת הדין בטלה). אפס, לשיטתי, אין הדבר אפשרי, ולא לכך הייתה כוונת בית המשפט בעניין בן חמו. אבהיר את עמדתי.

34. בתפיסתנו המשפטית, הליך ייצוגי הוא כלי דיוני המאפשר לבצע צבירה (אגרגציה) של עילות תביעה פרטניות רבות, ולנהלן במסגרת הליך משפטי אחד. תכליתו היא "שיפור ההגנה על זכויות" על מנת לקדם את התכליות המפורטות בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות: "מימוש זכות הגישה לבית המשפט [...]"; אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו; מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין; וניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות" (ראו עניין טרויס מילר, בפסקה 41 והאסמכתאות המובאות שם; אלון קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על-פני תובעים רבים" מחקרי משפט כא 387, 391 (2004)). ודוק, הזכויות שאת ההגנה עליהן משפר הליך התובענה הייצוגית הן הזכויות המשפטיות הנתונות בידי הפרטים מחוץ להליך הייצוגי, דהיינו, הזכויות המשפטיות בהן מכיר הדין הישראלי מכוח מערכת היחסים הפרטנית הקיימת בינם לבין הנתבע, ולא זכויות משפטיות חדשות שההליך הייצוגי יוצר, ואף לא זכויות משפטיות היברידיות, שראשיתן בהליך הפרטני ושכלולן בהליך הייצוגי. ואם נדרשת לכך ראייה, הרי היא מצויה בדרישה לקיומה של עילת תביעה אישית באמתחתו של המבקש (סעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות) – דרישה שמשמעותה היא כי מחוץ להליך הייצוגי קיימת לאותו מבקש זכות תביעה שהיה יכול לממש בהליך פרטני.

35. ואולם, אם זו מהותו של ההליך הייצוגי, הרי שפשיטא כי מערכת הדינים על פיה נבחנת זכות התביעה של הקבוצה בהליך הייצוגי אינה יכולה להיות שונה ממערכת הדינים על פיה נבחנת זכותם הפרטנית של חברי הקבוצה (והמבקש ביניהם). עמדתי על כך בעניין טרויס מילר בזו הלשון:

ספק גדול אם הדין החל על התביעות הפרטניות (ובכללן תביעתו הפרטנית של התובע המייצג) יכול להיות שונה מהדין החל ביחס לתובענה הייצוגית המאגד את אותן תביעות פרטניות. כך, למשל, אם ייקבע כי תביעה ייצוגית שתוגש נגד פייסבוק בגין שימוש בשער חליפין שגוי בהתחשבות מול לקוחותיה צריכה להתברר לפי הדין בקליפורניה, הרי שגם תביעה קטנה פרטנית שתוגש על ידי עוסק נגד פייסבוק באותו עניין צריכה להתנהל לפי הדין של קליפורניה. אם תאמר אחרת, הרי שתיווצר

אנומליה, במסגרתה הדיון בהליך הייצוגי לא יבחן את היתכנות התביעה בעילות הפרטניות, אלא את היתכנות התביעה בעילות שלא עומדות כלל לפרטים (וראו והשוו: דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385, 403 ו-417 (2003); ע"א 458/06 עו"ד שטנדל נ' חברת בזק בינלאומי בע"מ (6.5.2009)) (עניין טרוים מילר, בפסקה 41).

ואת שאמרתי שם, בלשון "ספק גדול", אומר עתה בלשון חד משמעית – הדין המהותי החל על בחינת עילת התביעה העומדת לחברי הקבוצה במסגרת תובענה ייצוגית הוא אותו דין החל על בחינת עילת התביעה העומדת לכל אחד מהם במסגרת תובענה פרטנית. כך, בין אם הדין הזה יקבע על פי כללי ברירת הדין, ובין אם יקבע מכוח תניית ברירת דין. המנסה להבחין בין השניים מבקש לנשוף חם וקר בו זמנית – לכך עשויה להיות תכלית ראויה; ואולם למאמץ עצמו אין תוחלת.

36. והמקרה שלפנינו ימחיש. אם תאמר שהדין לפיו יש לבחון את טענות מר צביה לכך שהיה על אגודה לציין את המחיר כשהוא כולל מע"מ הוא הדין הישראלי, אילו היה בוחר לנהל הליך פרטני, על כורחך אתה אומר שהדין הישראלי צריך לחול על בירור עילת התביעה גם אם בחר לנהל תובענה ייצוגית בשמו, ובשם לקוחות אחרים אשר עניינם דומה. וגם היפוכו של דבר נכון. לאמור, אם צודקת אגודה בטענתה כי דין סינגפור הוא המסדיר את חובותיה כלפי חברי הקבוצה, הרי שהדבר נכון באותה מידה הן בהליך פרטני והן בהליך ייצוגי. ושוב אם תאמר אחרת, הרי שבהליך הייצוגי מבררים אנו לא את הזכויות העומדות ללקוחות כנגד אגודה הלכה למעשה (הזכויות לפי הדין החל על התביעות הפרטניות של הלקוחות הישראלים כלפי אגודה), אלא זכויות פיקטיביות שמעולם לא היו לאיש מחברי הקבוצה כלפי אגודה (זכויות על פי דין שהוחל על חברי הקבוצה לצורך ההליך הייצוגי בלבד). וכאמור, לא לשם כך נוצר ההליך הייצוגי.

37. כיצד, אם כך, יש להבין את הלכת בן חמו? אינני סבור שניתן ללמוד מהלכת בן חמו כי לו היה מדובר בהליך פרטני, היה בית המשפט מגיע למסקנה שונה ביחס לדין החל בסוגיה שעמדה לפניו. בראש ובראשונה, באותו מקרה דובר, כזכור, במדיניות הפרטיות הגלובלית שאימצה פייסבוק, ובהקשר דברים זה סבר בית המשפט כי "תניית ברירת הדין באה להגן על אינטרס עסקי לגיטימי וכי יכולתה לכלכל את צעדיה בצורה מושכלת תלויה בכך שתהיה כפופה למערכת דינים אחת, בייחוד בהינתן ההיקף האדיר של המשתמשים בפייסבוק הפרושים בכל רחבי הגלובוס" (עניין בן חמו, בפסקה 43). נסיבותיה הספציפיות של התובענה ניצבו איפוא בתשתית הכרעתו שם, כך שההתייחסות לאופיו הייצוגי של ההליך הייתה רק גורם אחד מבין הגורמים שהביאו למסקנה ביחס לדין החל.

אכן, אין לכחד כי לצד האמור, במסגרת ניתוח הדברים נבחן האיזון שבין אינטרס זה של פייסבוק לאינטרס הצרכנים בראי העלות והתועלת שבשימוש במנגנון התובענה הייצוגית. ואולם, סבורני כי הדבר נעשה בהינתן חשיבותו של מנגנון התובענה הייצוגית, הן בדין הישראלי והן בדין של מדינת קליפורניה, לצורך אכיפת זכויות הצרכנים. במילים אחרות, האינטרס הלגיטימי של פייסבוק באימוץ מדיניות גלובלית כובד, על רקע התרשמות בית המשפט באותו עניין כי אינטרס הצרכנים הישראליים זוכה להגנה ראויה, כשמדיניות זו נבחנת לפי דין מדינת קליפורניה. ודוק, התרשמות זו נבעה מכך ששיטת המשפט של מדינת קליפורניה בכללותה, ובכלל זה דיני התובענות הייצוגיות שלה, ולא רק הדין המהותי שלה, נתפס על ידי בית המשפט כמקנה הגנה ראויה לאינטרסים של ציבור הצרכנים.

38. ויובהר, בעניין בן חמו ציין בית המשפט כי "שיטת המשפט בקליפורניה היא בעלת מאפיינים דומים לשיטת המשפט בישראל ונחשבת לאחת המתקדמות בעולם בתחום התובענות הייצוגיות" (שם, בפסקה 43). כאמור, דברים אלה ראוי להבין בהתאם לפרשנות שניתנה לעיל, דהיינו כהסבר לנכונות בית המשפט באותו עניין לסמוך על ההגנה המהותית הניתנת ללקוחות על פי הדין של מדינת קליפורניה, וזאת הן בהליך פרטני והן בהליך ייצוגי. אין להבין מהם, כי כאשר הליך ייצוגי מנוהל בארץ על פי דין זר (במקרה שנדון שם, דין מדינת קליפורניה), הוא מתנהל לפי דיני התובענות הייצוגיות המוכרים לפי אותו דין זר (ככל שהם מוכרים). כידוע, סדרי הדין בהליך המתנהל בישראל נקבעים לפי הדין הישראלי (וזאת בהתאם לכלל המקובל במשפט הבינלאומי הפומבי לפיו סדרי הדין נקבעים לפי דין הפורום הדין בעניין (Lex fori)). ראו בג"ץ 162/80 פלוני נ' בית הדין הצבאי המיוחד, פ"ד לה (1) 292, 299 (23.9.1980); ע"א 8946/04 Warner Bros. International Television Distribution נ' ר"ח צבי יוכמן נאמן ומנהל מיוחד של תבל, גוויים וגוונים קריות, בפסקה 8 (1.8.2010); סיליה וסרשטיין פסברג משפט בין-לאומי פרטי כרך א 138-139 (2013) (להלן: פסברג). דיני התובענות הייצוגיות הם חלק מסדרי הדין (דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז (6) 385, 417 (2003); רע"א 7028/00 אי.בי. אי ניהול קרנות נאמנות (1978) בע"מ נ' אלסינט בע"מ, פסקה 16 (14.12.2006)), וככאלה גם כאשר העילה המהותית מוסדרת בדין זר (בין אם הוא דין קליפורניה ובין אם דין סינגפור), הליך תובענה ייצוגית בישראל ינוהל לפי חוק תובעות ייצוגיות, ולא לפי הדין הזר (כך נוהגות, ובצדק, הערכאות הדיוניות. ראו, למשל: ת"צ (מחוזי ת"א) 1745-09 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' יחיאל (21.11.2010) (כב' השופטת דרורה פלפל); ת"צ (מחוזי י-ם) 3225-01-11 ארלבוים נ' קרית ספר (דיוור מודיעין) בע"מ, פסקאות 31-32 (14.4.2013)

(כב' השופטת גילה כנפי-שטייניץ); ת"צ (מחוזי מרכז) 53961-12-18 בס"ד נ' **Alibaba.com Singapore E Commerce Private Limited**, פסקה 24 (כב' השופט רמי חיימוביץ); אביאל פלינט וחגי ויניצקי תובענות ייצוגיות 62 (2017).

39. אסכם חלק זה: הדין המהותי החל על בירור עילת התביעה הקבוצתית במסגרת התובענה הייצוגית, הוא אותו דין מהותי שהיה חל על בירור אותה עילת תביעה אילו הייתה מוגשת תביעה פרטנית באותו עניין. לפיכך, הכללים לפיהם נקבע הדין המהותי שיחול על בירור עילת התביעה הקבוצתית במסגרת תביעה ייצוגית אינם יכולים להיות שונים מהכללים לבירור הדין שיחול על בירור עילת התביעה האישית במסגרת התביעה הפרטנית. בנוסף, הדין הדיוני החל בתובענה ייצוגית הוא לעולם דין הפורום הדין בתביעה (בענייננו – הדין הישראלי). בעניין בן חמו לא נקבעו הלכות אחרות, אלא רק הובהר כי דין קליפורניה הוא דין המספק הגנה ראויה לאינטרס של הלוקחות, הן מההיבט המהותי והן מההיבט הדיוני, באופן המאפשר לכבד את תניית ברירת הדין שם לעניין הדין המהותי שיחול על בירור התביעה (וזאת מבלי שנקבע כי הדין הדיוני שיחול על בירור התובענה הייצוגית בישראל יהיה דין קליפורניה; ומבלי שנקבע כי לו היה מדובר בתובענה פרטנית היא הייתה מתבררת לפי הדין המהותי הישראלי).

40. על רקע התובנה שצוינה לעיל, לפיה ההכרעות הרלוונטיות לשאלה מהו הדין המהותי לפיו יבוררו זכויות חברי הקבוצה צריכות להוביל לאותה מסקנה הן בתובענות פרטניות הן בתובענות ייצוגיות, נפנה עתה לשתי הסוגיות הדורשות הכרעתנו בבקשת רשות הערעור שלפנינו: ראשית, מהו הדין החל על הסכסוך בין אגודה לבין לקוחותיה לפי כללי ברירת הדין הנהוגים בישראל; שנית, האם יש לסטות מכללי ברירת הדין הללו לאור תניית ברירת הדין שהייתה כלולה בתנאי השימוש של אגודה.

כללי ברירת הדין החלים על הסכסוך דנן

41. מהו כלל ברירת הדין שחל בתביעה של צרכן ישראלי נגד תאגיד גלובלי ביחס לפרסום שזה הציג ברשת האינטרנט, כאשר נטען כי הפרסום אינו תואם את דרישות הדין הישראלי (בענייננו, פרסום מחיר ללא מע"מ, כאשר הדין הישראלי דורש פרסום הכולל מע"מ)? כזכור, אגודה גורסת כי מקום "המזיק" בעת ביצוע העוולה הוא הגורם הבלעדי שעל פיו יש לברור את הדין שיחול על המקרה. כל נתון אחר, לשיטתה, דוגמת נתונים הקשורים בניזוק, אינם ממין העניין – ובכך, בין היתר, שגה בית משפט קמא. כדי להסיר טענה זו מדרכנו אפנה בקצרה למושכלות ראשוניים של סוגיית ברירת הדין.

42. ככלל, הצעד הראשון בזיהוי כלל ברירת הדין הרלוונטי דורש את סיווג הקטגוריה המשפטית שבתשתית המקרה לפי דין הפורום הדין בתביעה (דהיינו, בענייננו, הדין הישראלי). כך, משום שסיווג המקרה המשפטי ככזה שליבתו בענף משפטי מסוים גורר עמו "חוליות קישור" מסוימות, שעניינן באפיון המקרה, ושעל פיהן תאובחן שיטת המשפט שתחול בנסיבותיו (ראו: בג"ץ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד סב(3) 264, 285 (2007) (להלן: עניין קו לעובד); פסברג, בעמ' 154). בהקשר זה, לא הרי סיווג המקרה כאירוע חוזי (ראו, למשל: עניין קו לעובד, בעמ' 287-282; עניין טרוים מילד, בפסקאות 14-15 לפסק דיני; רע"א 3779/22 *Traveljigsaw Limited* נ' הירשפלד, פסקה 21 (18.9.2023) (להלן: עניין הירשפלד); פסברג, בעמ' 1478-1479), כהרי סיווגו כאירוע נזיקי (ראו, למשל: ע"א 3299/06 יובינר נ' סקלאר, פסקה 22 (26.4.2009) (להלן: עניין יובינר); Celia Wasserstein Fassberg, *Classification and Conflict of Laws*, in *CLASSIFICATION OF PRIVATE LAW: BASES OF LIABILITY AND REMEDIES* 189 (Fassberg & Gilad eds., 2003). בענייננו, הצדדים, כמו גם בית משפט קמא, התייחסו לסיווג המקרה דנן כמקרה "נזיקי" בלבד – ולפיכך אעשה כן גם אני (השוו: עניין הירשפלד, פסקה 21). אף לגופם של דברים, הפרת החובה הנטענת – פרסום מחיר שאינו כולל את רכיב המע"מ – אינה נובעת מהתחייבות חוזית, כי אם מהוראה מחייבת שבדיני הגנת הצרכן, שעניינה בחובות הגילוי הטרום חוזיות של העוסק. ודוק, התביעה בה עסקינן אינה לביטול ההתקשרות עקב הפרת חובת הגילוי (תביעה חוזית באופן מובהק), אלא לפיצוי בגין הנזק שנגרם בגין הפרת חובת הגילוי, וזאת בהתבסס על קביעת חוק הגנת הצרכן כי דין הפרת הוראותיו "כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]" (סעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן; וראו פסקה 63 להחלטה קמא). לפיכך יש הצדקה עניינית לגישה המסווגת את התביעה כמקרה דנן כתביעה בנזיקין (וראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 615-619 (מהדורה שנייה, 2018) (להלן: פרידמן וכהן)). למען הסר ספק אבהיר, עם זאת, כי אין לראות בקבלת מסגרת זו לעניין דנן, כדי לקבוע עמדה לפיה אין אפשרות לסווג תביעות בגין הפרות של חוק הגנת הצרכן כבעלות אופי חוזי, וזאת במקרים המצדיקים זאת (למשל, כשעסקינן בטענות לביטול חוזה בשל פגם בכריתה או להפרת חוזה לאור הפרת הוראות חוק הגנת הצרכן).

43. כשבנזיקין עסקינן, מקובל כי הדין שעל פיו יידון הסכסוך הוא "דין מקום ביצוע העוולה" (ראו, למשל: ע"א 1432/03 ינון יצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן (1.9.2004); עניין יובינר, בפסקה 22; פסברג, בעמ' 1576-1577). קריטריון זה, פשוט

ככל שיישמע, מעלה שאלות שונות ביחס לפרשנותו ולאופן יישומו הרצוי. כך, למשל, עם השנים עברה פרשנותו של קריטריון זה שינוי, מהתמקדות במקום ההתנהגות העוולתית (lex loci delicti) למקום התרחשותה של העוולה ומקום קרות הנזק (lex loci damni) (ראו פטרברג, בעמ' 1550). כפי שנראה, לשינוי זה יש משמעות לענייננו.

44. מורכבות נוספת של מלאכת ברירת הדין מתגלה במפגש הכלל הכתוב עם חיי המעשה. דוגמה לכך עולה מנסיבות התיק דנן, כאשר עוולה התרחשה לכאורה בעת פעילות מקוונת. מהו "מקום ביצוע העוולה" במקרה כזה? אכן, כפי שהזכיר בית משפט קמא, פסיקות עבר דנו בהיבט מסוים של העניין – סמכות השיפוט המקומית במקרים בהם העוולה התרחשה ברשת האינטרנט. במקרים כאלו, כך נקבע, מקום הביצוע הוא "כל מקום" (ראו למשל: רע"א 530/12 יעקובוביץ' נ' זיאט, פסקה 14 (28.3.2012) (להלן: עניין יעקובוביץ'); אסף טבקה "על הדבש ועל העוקץ": סמכות השיפוט המקומית ב'תביעות אינטרנט' הפרקליט נב (התשע"ג)). האם הגיון דומה, שלפיו התרחשות ברשת האינטרנט תיחשב, מנקודת מבט משפטית, ככזו החורגת מד' אמותיהם של שרתי המעוולת וממקום מושבה, חל גם בסוגיה דנן, דהיינו, לעניין זיהוי הדין המדינתי החל? בעוד ערכאות דיוניות השיבו לשאלה בחיוב במספר מקרים (ראו את פסקי הדין המוזכרים בפסקה 167 להחלטה קמא), למיטב בדיקתי, בית המשפט העליון טרם נדרש לסוגיה באופן מפורש (ראו גם רע"א Booking B.V. 7820/17 נ' חוטה, פסקה 8 (2.11.2017)).

45. ראשית יש להבהיר: העמדה לפיה בירור "מקום ביצוע העוולה", לצורך קביעת הדין המהותי החל, נעשה לפי מקום מושב השרתים משוללת הגיון (והשוו להקשר הפלילי, חיים ויסמונסקי "אכיפה אלטרנטיבית של עברות ביטוי במרחב הסייבר" משפט, חברה ותרבות – משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים 691, 703-704 (אלון הראל עורך, 2017)). מהותה של העוולה בה מדובר היא הצגת מידע מטעה בפני הלקוח. חלקו של השרת בהצגת מידע זה הוא אומנם חיוני, ואולם אין הוא ממצה את מכלול הפעולות הדרושות על מנת שהמידע יוצג לפני הלקוח. עסקינן בעוולה שבקצה אחד שלה העלאת מידע לרשת האינטרנט, ובקצה השני שלה קליטת המידע על ידי משתמשים ברשת וביצוע פעולה על בסיס מידע זה. זאת ועוד, למקום הימצאות השרת אין כל רלוונטיות לשאלה מהו המידע שהעוסק נדרש להציג בפני הלקוח בהתאם לחובות החלות עליו על פי דין. במידה רבה, אימוץ גישת אגודה שקול לקביעה כי כאשר הוצג ללקוח חומר מודפס הכולל מידע שנטען כי הוא מטעה (למשל עלון רפואי), הרי שהדין המדינתי החל יקבע על פי המקום בו הודפס אותו חומר זה (שיכול להיקבע שרירותית

על ידי העוסק), ולא המקום בו הוא נמסר ללקוח (המקום בו נמכרה התרופה בצירוף העלון). לכך, כמובן, לא ניתן להסכים.

46. מהו, אם כן, "מקום ביצוע העוולה" כשמדובר בהצגת מידע שיווקי באינטרנט על ידי עוסק? דומה כי "מקום התרחשותה של העוולה", במקרה מסוג זה, קרוב יותר למקום בו נקלט המידע שפרסם העוסק על ידי הצרכנים-משתמשים, מאשר למקום ממנו נשלח המידע האמור. כך, הן בהתחשב בפסקי הדין שעסקו במסגור ואבחון מושג ה"מקום" בכל הנוגע לפעולות ברשת האינטרנט מנקודת מבט משפטית, כנזכר לעיל (עניין יעקובוביץ'; בש"א 2267/12 פרל נ' קבוצת אייזנברג נדל"ן (4.4.2012)); הן, וכפי שאסביר כעת, על סמך התכליות שבבסיס מוסד ברירת הדין.

47. למוסד ברירת הדין, כענף של דיסציפלינת המשפט הפרטי הבין-לאומי, שני ממדים (ראו למשל: פסברג, בעמ' 89-90). אחד, ציבורי-מדיני, משקף את העובדה ש"תיחום סמכות חקיקה של מדינה נוגע בהכרח גם למדינות אחרות [...] [נ]מביע את היחס של המדינה כלפי מדינות אחרות" וש"המשפט הוא ביטוי לריבונות, ובתי המשפט הם כלי להפעלת כוח ריבוני, להפעלה ולקידום מדיניות ערכית של הריבון" (פסברג, בעמ' 89). ממילא, ממד זה מכיר בכך שהכרעה בבעיה של ברירת דין היא בעלת השלכות ציבוריות ובין-מדינתיות. שני, המתמקד בשחקנים הפרטיים שעליהם חל הדין, מבטא את האינטרסים של אלו לפעול באופן יעיל וחופשי ככל שניתן, בצלו של הדין. לטעמי שני ממדים אלו מובילים בבירור למסקנה הנזכרת.

48. במישור הציבורי-מדיני, מתעורר הצורך להתמודד עם האתגרים שמציב האינטרנט חוצה הגבולות לריבונות הטריטוריאלית (ראו: בג"ץ 279/51 אמסטורדס נ' שר האוצר, פ"ד ו 945, 963-965 (1950); פסברג, בעמ' 89). בהקשר זה, נראה כי הרחבת וריבוי מתחמי האחריות של גורם המפרסם והמעביר מידע ברשת, כך שפעולתו תישלט על ידי מערכות הדין שבגבולותיהן הטריטוריאליים הוא משפיע – רצויה. תבנית זו מעניקה שליטה רבה יותר למדינות ביחס למתרחש בשטחן, זאת בוודאי בתקופה שבה חלק הולך וגדל של הפעילות הצרכנית עובר לרשת האינטרנט. מעבר לכך, מבחינת קידום המדיניות הערכית על ידי הריבון, יש מקום להזכיר את המגמה בדיני הנזיקין המודרניים העוברת מהתמקדות באשמו ובהתנהגותו הפסולה של המזיק לדאגה לניזוק ולזכויותיו (ראו, למשל: פסברג, בעמ' 1556-1558 והאסמכתאות המובאות שם). מגמה זו, שעולה בקנה אחד עם השינוי שחל בפרשנות קריטריון ברירת הדין "מקום ביצוע העוולה"

(כנזכר בפסקה 43 לעיל), תומכת אף היא בהצבת המוקד הנורמטיבי במקום מושבם של המשתמשים – קולטי המידע, ולא בזה של מפיץ המידע.

49. במישור הפרטי, די אם אתייחס לציפיותיהם הלגיטימיות של הצדדים. לדידי, אין ספק שציפיותם של צרכנים המבצעים עסקאות באמצעות פלטפורמות מקוונות היא כי משטר הדין החל עליהם בשגרת חייהם – יחול גם על פעולות אלו. זאת ועוד, ככל שפעולות כאלו, במרחב המקוון, נעשות חלק שגרתי יותר ויותר מחיי היום-יום, הן בהקשר הצרכני והן בהקשרים אחרים, נראה כי ציפיות האזרחים לתחולת דיני מדינת מושבם מתרחבות ומעמיקות. שיקול נוסף במישור זה (אותו ניתן להציב גם במישור הציבורי-מדיני) הוא הרצון למנוע Forum Shopping, כמובן של מיקום החברה, עובדיה או מתקניה במקום שבו משטר הדין יהיה הנוח ביותר עבורה. פשיטא, לדידי, כי Forum Shopping מסוג זה חורג מגדר האינטרסים הלגיטימיים של התאגיד הגלובלי (וראו לעניין זה עניין טרויים מילר, בפסקה 32 לפסק דיני).

50. נקודת המוצא, היא, איפוא, שהיבט מרכזי בקביעת מקום התרחשות העוולה בה עסקינן הוא איתור מקום הצגת המידע בפני הלקוח, דהיינו המקום בו נצפה הפרסום האינטרנטי על ידי הלקוח. ואולם, האם די בכך שמידע הוצג לפני לקוח היושב בישראל על מנת לקבוע תחולה של הדין הישראלי, וזאת במנותק מהשאלה למי כוון המידע? גישה מרחיבה תגרוס, כפי שנקבע לעניין לשון הרע, כי "משפורסמו הדברים ברשת האינטרנט, הם חשופים לעיני כל. משכך, המעשה שבבסיס התביעה בוצע בכל מקום" (עניין יעקובוביץ', בפסקה 14). על פי גישה זו, בהעדר התניה אחרת, בכל מקרה בו צרכן צופה בישראל במידע שיווקי המופץ באמצעות האינטרנט, הרי שיש להחיל לגבי הפרסום את הדין הישראלי (ודוק, אין משמעות הדבר, בהכרח, שדיני הגנת הצרכן הישראליים יחולו במלואם על הפרסום. השוו, למשל, לסעיף 17 לחוק הגנת הצרכן, המבהיר כי הוראות הפרק הדין בסימון טובין והצגת מחירים, העומד ביסוד התובענה הייצוגית בה עסקינן, אינו חל "על נכס המיועד להימכר מחוץ לישראל, או על שירות המיועד להתבצע במלואו מחוץ לישראל"). גישה אחרת, מצמצמת יותר, תסבור כי על מנת ש"מקום ביצוע העוולה" יהיה בישראל, אין די בכך שהדברים פורסמו ברשת האינטרנט, וניתן לצפות בהם מישראל, אלא נדרש קיומה של זיקה קונקרטיית יותר של הפרסום למי שהדין הישראלי חל לגביו, דהיינו צרכנים המצויים בישראל. זיקה קונקרטיית זו יכולה למצוא את ביטויה בכך שהמידע לא רק התקבל על ידי צרכן בישראל, אלא גם היה ממוען ללקוח הישראלי. כך, למשל, ככל שמדובר במוזיאון המצוי בטוקיו; בתיאטרון שהצגותיו מועלות בניו יורק; או בחנות ספרים הפועלת בלונדון, הרי שגם אם ניתן לצפות במידע לגבי פעילויות

אלה מישראל, ואף אם ימצאו בישראל מי שיבקשו לרכוש את המוצר או השירות על בסיס הפרסום האינטרנטי, אין לומר כי המידע הוצג ברשת האינטרנט באופן המכוון ללקוח הישראלי, וההופך את ישראל ל"מקום ביצוע העוולה". לעומת זאת, אם מדובר במוזיאון הפועל בישראל, באתר בעברית המבקש למכור לישראלים כרטיסים להצגות בחו"ל, או בחנות ספרים וירטואלית המכוונת את מאמצי השיווק שלה לישראלים, הרי שניתן לראות בהצגת המידע תוך ייעודו ללקוח הישראלי, ככזה ההופך את ישראל ל"מקום ביצוע העוולה".

51. בית המשפט קמא נמנע מלעסוק בשאלות אלה, והסתפק בכך שמדובר בהזמנה שבוצעה מישראל, באתר בעברית, בשקלים חדשים ולטובת הזמנת מלון בישראל (פסקה 168 להחלטה קמא). עמדה זו נראית בעיני נכונה לגופה במקרה דנן ביחס לעילה האישית. פשיטא בעיני כי, בהינתן שאגודה מציגה את המידע הנדון באתר הניתן לצפייה בעברית (כאשר אף נעשו בו התאמות משמעותיות לשפה העברית, דוגמת תרגום תנאי השימוש ומדיניות הפרטיות הנוהגת באתר, כך שיייעדו ללקוחות ישראליים), והכולל חלופה של תשלום בעברית (חלופות שככל הנראה הן ברירת המחדל ביחס לגולשים מישראל), המידע השיווקי המפורסם על ידה תחת החלופה המכוונת לישראלים (להלן: תצורת האתר הישראלי), שהוא המידע בו צפה מר צביה, הוא פרסום שעליה להניח כי דיני הנזיקין הישראליים חלים עליו, וזאת גם לפי החלופה המצמצמת, הדורשת שהפרסום יהיה מכוון ללקוח הישראלי.

52. האם יש מקום להרחיב את תחולת הדין הישראלי מעבר לתצורת האתר הישראלי שמפעילה אגודה? תשובה שלמה על כך מן הראוי שתינתן בתום ההליך, ולאחר שלצדדים יתאפשר להגיש טיעון שלם בעניין זה. ואולם, כבר עתה ייאמר כי ככל שהיקף וטיב פעילותה הכולל של אגודה בישראל עולה לכדי "פעילות בישראל" (עניין עליו ארחיב להלן), אזי יש לראות גם במידע הנמסר בשפות שאינן עברית, ובתשלומים המתקבלים במטבעות זרים, ככאלה שהדין הישראלי עשוי לחול עליהם בסבירות גבוהה, ככל שאגודה יכולה לזהות בנקל כי מידע זה מוצג בפני לקוח הפועל מישראל. זיהוי כזה אפשרי באמצעות כתובת ה-IP של המחשב ממנו מבוצעת ההזמנה. ודוק, זיהוי ה-IP ניתן לתמרון, ולעיתים יתכן כי הזמנה המבוצעת מכתובת IP ישראלית (להלן: IP ישראלי) בוצעה מחו"ל, ולהיפך. ואולם, ככלל פשוט ויעיל לאפיון המצבים בהם בעל האתר נדרש לדעת כי הוא עשוי להיות כפוף לדין הישראלי גם מחוץ לאתר הישראלי (ובכלל זה, תצורת האתר הישראלי), דומה שהסתמכות על כתובת ה-IP היא חלופה סבירה שראוי להכיר בה (והשוו סעיף 39.2 לתנאי השימוש העדכניים, בה מבהירה אגודה

כי ההוראות המיוחדות ביחס לתושבי הונג קונג יחולו כאשר כתובת ה-IP היא של הונג קונג שכן "כתובת ה-IP היא הקריטריון הסביר והמדויק ביותר עבור Agoda לזיהוי לקוחות הונג קונג"). מכאן שככל שיקבע כי אגודה פועלת בישראל, יש לראות בהצגת מידע הנעשית על ידי לקוח הגולש מ-IP ישראלי, ככזו שעל אגודה להניח כי הדין הישראלי חל עליה, וזאת גם אם המידע מוצג ללקוח שלא על פי ברירות המחדל המאפיינות את תצורת האתר הישראלי.

53. בטרם סיכום חלק זה, אוסיף הערה ביחס להגדרת "פעילות בישראל" בעולם הווירטואלי, ומשמעותה לענייננו. בעניין טרויים מילר הותרתי את מלאכת התייחסות המדויק של רכיב זה לעת מצוא, אך הצעתי כי המבחן לזיהוי "פעילות בישראל" של אתר אינטרנט המופעל על ידי תאגיד זר (להבדיל מאתר המופעל על ידי גורם ישראלי) יתייחס לפחות לשני מרכיבים – אובייקטיבי וסובייקטיבי:

המרכיב האובייקטיבי, הוא היקף הפעילות הכלכלית המבוצעת באמצעות האתר למול לקוחות ישראליים, הן באופן אבסולוטי והן ביחס לשוק בו פועל האתר; המרכיב הסובייקטיבי, הוא היקף המאמצים שמשקיע האתר לצורך חדירה לשוק הישראלי (מאמצים הנלמדים מרכיבים כגון הקמת נציגות בישראל, קיום אתר בעברית, מתן שירות לקוחות בעברית, מתן שירות במטבע ישראלי, קבלת אמצעי תשלום ישראליים, הספקת מוצרים לישראל או מתן שירותים בה, פרסום קמפיינים שיווקיים המכוונים לקהל הישראלי, שימוש בנתוני מיקום והתאמת התוכן המוצג למשתמש וכיו"ב) (השוו לסעיף 6(1) לרגולציית רומא). בין הרכיב האובייקטיבי לבין הרכיב הסובייקטיבי מתקיימת מקבילת כוחות, כאשר ככל שעולה היקף הפעילות הכלכלית בישראל, כך גם יידרשו פחות מאמצי שיווק ממוקדים על מנת להכיר בכך שפעילות האתר מתבצעת בישראל, ולהיפך (עניין טרויים מילר, בפסקה 36 לפסק דיני).

בענייננו, כזכור, אגודה מפעילה אתר בשפה העברית, המציג אתרי נופש בישראל ובעולם, ומאפשר רכישה במטבע ישראלי (אשר, להבנתו, מהווה ברירת המחדל כאשר הגלישה מתבצעת מישראל) – מה שהביאני לידי מסקנה כי פעולתה מכוונת ללקוחות ישראלים (ראו פסקה 51 לעיל). מעבר להיבטים אלו, אותם יש להביא בחשבון כחלק מהמרכיב הסובייקטיבי של בחינת פעילות אגודה בישראל, יש לבחון גם היבטים נוספים המעידים על כך שישראל היא יעד שיווקי מאובחן מבחינת אתר אגודה, וכן את ההיקף האבסולוטי של פעילות אגודה בישראל (עניין לגביו אין לפנינו נתונים בשלב זה). יצוין

עם זאת, כי עצם הפעלתו של אתר ישראלי (ובכלל זה תצורת אתר ישראלי), יוצרת לכל הפחות חזקה ניתנת לסתירה בדבר פעילות בישראל מצד תאגיד זר, כאשר בהתקיימה הנטל צריך להיות מוטל על התאגיד הזר לשכנע כי למרות קיומו של האתר הישראלי, אין לראות בו כבעל פעילות בישראל, בהינתן בחינה של מכלול מאמצי השיווק שהוא נוקט ביחס לשוק הישראלי, והיקף הפעילות הכלכלית שלו מול לקוחות ישראלים.

54. המסקנה מהאמור היא שיש להניח, על פי כללי ברירת הדין החלים בישראל, כי הדין הישראלי יחול על הצגת מידע בפני לקוח במרחב המקוון בהתקיים אחת משתי החלופות הבאות:

א. הגלישה באתר היא ב"אתר ישראלי" (לרבות תצורת האתר הישראלי); או,

ב. ביחס לתאגיד בינלאומי המקיים פעילות בישראל, הגלישה באתר היא מ-IP ישראלי.

ומכלל ההן נלמד הלאו: כאשר הגלישה באתר אינה בתצורת האתר הישראלי, וכאשר היא מבוצעת ממחשב בעל כתובת IP זרה, התאגיד הבינלאומי רשאי להניח כי הדין הישראלי אינו חל על המידע המוצג למשתמש, וזאת גם אם מדובר בתאגיד בינלאומי המקיים פעילות בישראל.

55. מסקנת הביניים מחלק זה של דיוננו היא אפוא כי ככל שמדובר בתביעה נזיקית בגין הצגת מידע באופן מכוון על ידי אגודה בפני ציבור לקוחותיה הישראלים כלל ברירת הדין מוביל לתחולתו של הדין הישראלי על הסכסוך בין הצדדים. עוד למדנו כי על אגודה להניח כי על הצגת מידע בתצורת האתר הישראלי (ללא קשר ל-IP ממנו נצפה המידע), או בפני לקוח המשתמש ב-IP ישראלי (ככל שיקבע כי אגודה פועלת בישראל) עשויה להיות בסבירות גבוהה תחולה לדיון הישראלי. ודוק, לקביעה בדבר תחולת הדין הישראלי משמעות כפולה: ראשית, את תוקפה של תניית ברירת הדין יש לבחון ממשקפי הדין הישראלי; שנית, בהיעדר תניית ברירת דין תקפה, הדין הישראלי הוא הדין שיחול, בהתאם לאמור לעיל. כפי שיוצג כעת, מסקנת הביניים אליה הגעתי מהווה גם המסקנה הסופית בבקשת רשות הערעור דנן, שכן תניית ברירת הדין שהופיעה במסמך תנאי השימוש איננה תקפה כלפי לקוחות קטנים ישראלים, כדוגמת לקוחותיה של אגודה.

תוקפה של תניית ברירת הדין

56. מרבית טענות הצדדים בבקשת רשות הערעור נסובו על השאלה האם תניית ברירת הדין שקבעו הצדדים היא תניה שדינה בטלות. הצדדים אינם חולקים על כך שמסמך תנאי השימוש מהווה "חוזת שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שימשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם" (סעיף 2 לחוק החוזים האחדים). המחלוקת ביניהם נוגעת איפוא לעילות שונות שעל פי הנטען מולידות בטלות כאמור – נוסח התנייה, תחולתן של חזקות קיפוח ואופיו הקוגנטי של חוק הגנת הצרכן, עליו מסתמכת עיקר התובענה.

57. בית המשפט קמא מצא את התניה כבטלה, וזאת כבר בהתבסס על אופיו הכופה (קוגנטי) של חוק הגנת הצרכן. עמדה זו מקובלת עליי, בכפוף להבהרות שאציג להלן. יחד עם זאת, סבורני כי גם אילו לא היה מדובר בניסיון להתגבר על הוראת חוק כופה, הרי שבהינתן ההלכה שנקבעה בדעת הרוב בעניין טרוים מילר ביחס לתוקפה של תניית ברירת דין כלפי לקוחות קטנים (צרכנים פרטיים ועוסקים זעירים), דין התניה להתבטל. שתי הדרכים מובילות איפוא לאותה מסקנה – הניסיון להחיל את הדין הסינגפורי על הסכסוך הצרכני בו עסקינן, שלפי כללי ברירת הדין הישראליים נשלט על ידי הדין הישראלי, דינו להיכשל. להלן, אבאר כל אחת מהדרכים הללו – אפתח בדין החל ביחס לניסיון להתנות על הוראות חוק כופות באמצעות תניית ברירת דין; אמשך בבחינת תוקף תניית ברירת דין ביחס להתקשרות עם לקוחות קטנים.

58. כרקע לדיון בשתי החלופות אבקש לחזור על דברים שכתבתי בעניין טרוים מילר לעניין המשפט המשווה בסוגיות בהן עסקינן:

ברבות ממדינות העולם, אין בתניות ברירת דין המופיעות בחוזים צרכניים כדי להקנות לספק המתקשר באותם החוזים פטור, בוודאי שלא פטור מוחלט, מתחולת הדינים המדינתיים. כך, על פי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי באיחוד האירופי ובמרבית מדינות ארצות הברית, חוזים צרכנים אשר כוללים בתוכם תניות ברירת דין המפנות לדין זר, עדיין כפופים להוראות הקוגנטיות הקבועות בדין מקום מושבו של הצרכן, כאשר הדין הזר שנבחר אינו יכול להתנות על הוראות אלה [אסמכתאות הושמטו]. במדינות מסוימות אף נקבע כי בהקשרים צרכניים, אין לאכוף תניות ברירת הדין המפנות לדין זר למקום מושבו של הצרכן. כך, למשל, בשוויץ נקבע בסעיף 120 לחוק הפדרלי למשפט בינלאומי פרטי כי על חוזים צרכניים יחול דין מקום המושב של הצרכן, וכי לא ניתן להתנות על כך באמצעות תניות ברירת דין [אסמכתא

הושמטה]. דוגמאות נוספות ניתן למצוא בדיני מדינות
 לואיזיאנה ואורגון בארצות הברית, הקובעים כי תניות
 ברירת דין המופיעות בחוזים צרכניים שנכרתו בהן לא
 יאכפו, כאשר הצרכן הוא תושב של אותן המדינות
 [אסמכתאות הושמטו].

דברים אלה חשוב שיעמדו לנגד עינינו בבואנו להכריע בגורלה של תניית ברירת
 הדין של אגודה לפי הדין הישראלי.

התניה על הוראות חוק כופות באמצעות תניית ברירת דין

59. נקודת המוצא לדיוננו בחלק זה היא כדלהלן: הדין החל על הסכסוך על פי כללי
 ברירת הדין הוא הדין הישראלי; ובמסגרת הדין הישראלי קיימת הוראת חוק כופה
 מתחום דיני הגנת הצרכן, אשר הצדדים אינם יכולים להתנות עליה. השאלה המתעוררת
 היא מה כוחה של תניית ברירת דין, המורה כי על הסכסוך יחול דין זר, ביחס להוראת
 החוק הכופה שאמורה לחול בנסיבות העניין.

60. כזכור, בית משפט קמא הבחין בהקשר זה בין המקרה דנן לבין עניין בן חמו,
 בגרסו כי בעוד שם נדונו הוראות דין מרשות (דיספוזיטיביות) מתחום הגנת הפרטיות,
 התיק דנן מבוסס על טענות בדבר הפרתן של הוראות כופות (קוגנטיות). בעשותו כן, צעד
 בית המשפט בעקבות הערתו של המשנה לנשיאה מלצר בעניין בן חמו, שלפיה יש ליתן
 לתניית ברירת דין תוקף "ובלבד שלא יעשה בתנייה האמורה שימוש כדי 'לעקוף' בעזרתה
 הוראות קוגנטיות שבדין הישראלי (למשל בדיני הגנת הצרכן ועוד)" (עניין בן חמו, פסק דינו
 של המשנה לנשיאה מלצר). מהטעמים שאציג כעת, ובכפוף להערה שתבוא אחריהם,
 מסקנתי היא כמסקנתו של בית משפט קמא.

61. הכרת הדין הישראלי בתוקפן של תניות ברירת דין נשענת על ההיבט החיובי
 שבחופש החוזים, הוא חופש ההתניה – בכפוף למגבלות הדין, רשאים הצדדים לעצב את
 זכויותיהם וחובותיהם ההדדיים בכל דרך שיסכימו עליה (סעיף 24 לחוק החוזים (חלק
 כללי), התשל"ג-1973; דנ"א 5783/14 צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ, פסקה
 30 (12.9.2017) (להלן: עניין צמח); פרידמן וכהן, בעמ' 33-36). ואולם, ביחס להוראות
 חוק כופות (קוגנטיות), אין להיבט החיובי של חופש החוזים תוקף, שהרי, בהגדרה,
 בעניינים המוסדרים בהוראות חוק אלה, שלל המחוקק את חופש ההתניה, והורה כי על
 הצדדים לפעול על פי הסדרי החוק הכופה (ראו, למשל: ע"א 156/82 ל'פקין נ' דור הזהב
 בע"מ, פ"ד לט (3) 85, 96-95 (1985); ע"א 3190/99 שוקר נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה

בע"מ, פ"ד נד(3) 127 (2000); רע"א 9849/17 פיקאלי נ' הכשרה חברה לביטוח בע"מ, פסקה 35 לפסק דיני (4.6.2019); גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 56-21 (2019) (להלן: שלו וצמח)). בבסיס כינונה של הוראה כופה ניתן למצוא תכליות מגוונות, ביניהן שמירה על האוטונומיה של הצד החלש ביחסים המשפטיים הנדונים, תיקון כשלי שוק ושיקולים של הגינות וצדק מתקן (ראו, למשל, פרידמן וכהן, בעמ' 53, 61, 133; שלו וצמח, בעמ' 35-37; איל זמיר, חגי יעקובי ואורי כץ "כללים קוגנטים בדיני חוזים: תיאוריה, דיין וממצאים אמפיריים" ספר ריבלין 5-11 (טרם פורסם)).

62. האם יש מקום להבחין בהקשר זה בין התניות "ישירות" על הדין הקוגנטי לבין התניות שחותרות לשנותו בצורה "עקיפה", דהיינו באמצעות העתקת הסכסוך למשטר דין אחר? לדידי, ככל שמדובר בהוראה שתכליתה הגנת הצרכן, התשובה שלילית. מימוש מטרות ההגבלה שמטיל המחוקק על הסכמת הצדדים במסגרת הוראות דין קוגנטית שתכליתה הגנת הצרכן, כפי שצוין לעיל, דורש את החלתה של הגבלה זו גם על התניה עקיפה כאמור (השוו: ת"א (ת"א) 13-12-18668 אורן נ' טי, ג"י, אי, השקעות נדל"ן בע"מ (24.3.2014) (כב' השופטת רות רונן)). אם לא תאמר כך – פתחת פתח לעקיפת התכלית החשובה שביסוד קביעת הוראות קוגנטיות צרכניות באמצעות הפנייה למערכות דין שבהן חל הסדר שהן לא קיימות בו, במלואן או בחלקן. בפסקי דין שונים עמדו בתי המשפט על הגיון דומה עת דנו בתניות בוררות שהוסכמו ביחס לנושאי הוראות חוק קוגנטיות (ראו בג"ץ 115/77 מכבי ישראל קופ"ח מכבי כוללת קופ"ח אסף, אגודה לעזרה רפואית נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לב(1) 214 (1980); ע"א 207/82 כהן נ' בלומברג, פ"ד לט(1) 146, 151-154 (1985); רע"א 9542/06 ליטנשטיין נ' איי. אי. ג"י החזקות במשכנתאות בע"מ, בפסקה 14 (14.1.2010)). פסקי דין אלו נשענו אמנם על הוראת חוק מפורשת – סעיף 3 לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968 (שלפיו "אין תוקף להסכם בוררות בענין שאינו יכול לשמש נושא להסכם בין הצדדים"), אך הנימוקים שניתנו בהם (כמו גם הגיונו של סעיף 3 האמור) מחזקים את מסקנתי. ברי, אם כן, שאין לאפשר לצדדים להתחמק מתחולת הוראות החוק הכופה שתכליתה הגנת הצרכן בעקיפין, באמצעות תניית ברירת דין. כך, כשמדובר בחוזה מיוחד שעשו הצדדים ביניהם, וכך מקל וחומר כשמדובר בחוזה אחיד, כמו בענייננו.

ויובהר, שורש הקושי בקבלת התניה עקיפה השוללת את תחולתן של הוראות חוק שמטרתן הגנת הצרכן הוא שהדבר עומד בניגוד לתכלית שביסוד אופיים הכופה של הוראות דין אלה – להגן על צד חלש שאינו יכול להתגונן בכוחות עצמו (הצרכן) מפני הסדרים חוזיים בלתי ראויים המוצעים לו על ידי הצד החזק (העוסק). מצב הדברים

המשפטי עשוי להיות שונה באותם מצבים בהם התניה עקיפה באמצעות תניית ברירת דין נעשית בהקשרים אחרים, ומתייחסת להוראות חוק כופות שתכליתן שונה. כך, למשל, החלת דין זר על יחסיהם של שני עוסקים, גם כשהיא מוליכה לכך שהסדר כופה בדין הישראלי לא יחול על יחסיהם, עשויה שלא לעמוד בניגוד לתכלית ההסדר הכופה בו מדובר, שכן לעיתים תכלית זו מוגבלת מלכתחילה למצבים בהם הדין הישראלי חל על הסכסוך.

63. ההגבלה על התניה עקיפה, המוטלת על תניית ברירת דין שמבקשת לגבור על הוראות חוק שתכליתן הגנת הצרכן, מקובלת בשיטות משפט רבות (ראו, בהקשר זה, איריס קנאור "משפט בינלאומי פרטי בעולם גלובלי – ברירת הדין בחוזי צרכנות" מחקרי משפט לא 833, 859-862 (2018) (להלן: קנאור)). אסתפק, בהקשר הנוכחי, בהפניה ל-Rome I Regulation המסדירה את כללי ברירת הדין באיחוד האירופי (Commission Regulation 293/2008 of June 17, 2008, on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), 2008 O.J (L 177/6); להלן: רגולציית רומא). רגולציית רומא מגבילה את האפשרות להתנות על הוראות חוק להן כוח מיוחד בשל תכליתן המכוונת להגנת הצרכן באמצעות תניית ברירת דין בשלושה הקשרים: ראשית, על פי סעיף 9 לא ניתן להתנות על "Overriding mandatory provisions" (כפי שיובהר בפסקאות 66-70 להלן, הכוונה היא להוראות חוק שחשיבותן למדינת הפורום מציבה אותן במעמד שגובר על כל ניסיון שלא להחילן בבתי המשפט שלה, ועל כן ניתנת להן "תחולה מידית", ללא קשר לשאלות של ברירת דין); שנית, על פי סעיף 3(3) כאשר מכלול הזיקות של ההתקשרות הן למדינה מסוימת, לא ניתן להתנות על הוראות כופות של אותה מדינה באמצעות תניית ברירת דין; שלישית, ובזיקה ישירה לענייננו, על פי סעיף 6(2) כשמדובר בהתקשרות בין לקוח (consumer) לבין עוסק (professional) (כהגדרת מונחים אלה בסעיף 6(1) – "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)", ברירת המחל היא מקום מושבו של הצרכן (וזאת כשהעוסק מקיים או מכוון עסקים לאותה מדינה), וניתן להתנות על כך באופן הגורע מהגנת הצרכן רק ביחס להוראות חוק מרשות. ובלשון סעיף 6(2) לרגולציה:

Notwithstanding paragraph 1, the parties may choose the law applicable to a contract which fulfils the requirements of paragraph 1, in accordance with Article 3. Such a choice may not,

however, have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement by virtue of the law which, in the absence of choice, would have been applicable on the basis of paragraph 1.

(להוראה זו מספר חריגים, אך אין הם נוגעים לענייננו).

64. המסקנה מהאמור היא כי יש לאמץ את הסייג שקבע המשנה לנשיאה מלצד בעניין בן חמו, ולקבוע כי גם לפי הדין הישראלי אין בכוחה של תניית ברירת דין המתנה על תחולת הדין הישראלי (מקום שהוא חל לפי כללי ברירת הדין הנהוגים בישראל), כדי לגרוע מזכות של צרכן להתבסס על הוראות חוק כופות שנקבעו בחוקי הגנת הצרכן.

65. בענייננו, טענתו המרכזית של מר צביה היא להפרת החובה הקבועה בסעיף 17 ד לחוק הגנת הצרכן להציג את "המחיר הכולל" בכך שהוצג מחיר שאינו כולל מע"מ, וזאת שעה שסעיף 17א לחוק מבהיר ב"רחל בתך הקטנה" כי "המחיר הכולל" הוא המחיר לרבות מס ערך מוסף. הוראות חוק הגנת הצרכן הן הוראות כופות, כפי שהורה המחוקק במפורש בסעיף 36 לחוק: "הוראות חוק זה יחולו על אף כל ויתור או הסכם נוגד" (עוד לאופיו הכופה של חוק הגנת הצרכן ולהגיונו, ראו ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל, פסקה 22 (2011); עניין צמח, בפסקה 37; עניין טרויס מילר, בפסקה 33 לפסק דינה של השופטת וילנר). מכאן שיש לדחות את טענת אגודה לאי תחולה של הוראות אלה על התקשרויות עליהן חל הדין הישראלי לפי כללי ברירת הדין, כבר מהטעם שלא ניתן באמצעות תניית ברירת דין לשלול את תחולתן של הוראות קוגנטיות הקבועות בחוק הגנת הצרכן. ויודגש, מסקנה זו נכונה ללא תלות בכך שתניית ברירת הדין נכללה בחוזה אחיד, והייתה נכונה גם אילו אגודה הייתה מנסה לסכם באופן פרטני עם כל לקוח ולקוח שלה בישראל כי הוראות הדין הזר יחולו על יחסיהם.

הערה: בין הוראות קוגנטיות להוראות בעלות תחולה מיידית

66. כפי שנכתב בעבר, התייחסות להוראות קוגנטיות, שמהותן היא כפייה "פנים-מדינתית", עלולה להביא לבלבול מושגי עם משמעות המונח overriding mandatory rule, שמהותו הוא כפייה "חיצונית", או מדויק יותר – "תחולה מיידית", במשפט הבין-לאומי הפרטי (ראו פסברג, בעמ' 452; וביתר פירוט: סיליה וסרשטיין פסברג "פלורליזם ולגו-

צנטריות': המקום של דין הפורום בבירור הדין" חוקים יח 1 20 (טרם פורסם)). למען הסדר הטוב, אך גם משום שהבחנה בין מונחים אלה חשובה להבנת פסק דין זה, אקדיש לעניין מספר מילים.

67. בתמצית, כלל בעל תחולה מידית הוא כלל המזוהה כבעל חשיבות כה גדולה למבנה המדיני, החברתי או הכלכלי של המדינה, עד שהיא לא מוכנה לוותר על תחולתו אף כאשר מעורבים באירוע הנדון גורמים זרים (ראו ההגדרה המופיעה בסעיף 9(1) לרגולציית רומא; פסברג, בעמ' 146-148; קנאור, בעמ' 872). בשל חשיבותם זו, כללים בעלי תחולה מידית יחולו בכל מקרה הנדון בבית משפט במדינה בה הם נקבעו, וזאת ללא קשר לכללי ברירת הדין שהיו עשויים להביא לתחולת דין זר בנסיבות המקרה (דוגמא מפורסמת לתחולה מידית כאמור מגולמת ביחס לכללי פרוצדורה, שבהקשרם חל דין הפורום בלא תלות בכללי ברירת הדין. ראו פסקה 38 לעיל; פסברג, בעמ' 146-148). נוכח המשמעות הדרמטית של סיווג הוראות דין ככאלו, מנקודת המבט של משפט בין-לאומי פרטי, שמור סיווג זה למקרים יוצאי דופן (ראו ע"מ 594/04 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד נט(3) 297, 305-306 (29.11.2004); לטעמים שיש בצמצום זיהויים של כללים כבעלי תחולה מידית, ראו פסברג, בעמ' 223-224; להגיון שיש בצמצום בהקשר הספציפי של הגנת הצרכן, ראו אלגאוי, בעמ' 56).

68. כחלק מצמצום זה, ועל אף שגם ביסודן של הוראות חוק קוגנטיות ניצב האינטרס הציבורי המיוחד שבהחלתן (ראו פסקה 61 לעיל), לא כל כלל קוגנטי הוא בעל תחולה מידית. ובלשונה הבהיר של פסקה 37 להקדמה לרגולציית רומא:

Consideration of public interest justify giving the courts of the Member States the possibility, in exceptional circumstances, of applying exceptions based on public policy and overriding mandatory provisions. The concept of 'overriding mandatory provisions' should be distinguished from the expression 'provisions which cannot be derogated from by agreement' and should be construed more restrictively.

69. לשם ההמחשה, ניטול לדוגמא את סעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, שידוע כסעיף חוק קוגנטי. הוראת חוק זו, שלפיה התחייבות לעסקה במקרקעין דורשת מסמך בכתב, אמנם אינה ניתנת להתניה "פנימית", אך לא ניתן לומר שהיא בעלת תחולה מידית בהקשר של ברירת הדין. אם, למשל, נדונה בפורום הישראלי מחלוקת בין שני אזרחים זרים ביחס להתחייבות בעל-פה לעשות ביניהם עסקה במקרקעין הנמצאים

במדינתם – אין ספק שאין די בסעיף 8 לחוק המקרקעין לבדו כדי להורות על בטלותה של התחייבות זו. השפעתו של סעיף זה, ושל טיבו הכופה, על דין הסכסוך, תלויה בקביעת הדין החל בנסיבות המקרה לפי כללי ברירת הדין. בלא מסקנה מוקדמת בדבר תחולת הדין הישראלי – ייוותר אופיו ה"כופה" של הדין בלא שיניים (פסברג, בעמ' 452).

70. משמעותו הפשוטה של האמור, היא כי לא כל הוראה כופה, ואף לא כל הוראה כופה מדיני הגנת הצרכן הישראליים, חלה באופן מידי על סכסוך הנדון לפני בית משפט ישראלי. לפיכך, את הערתו של המשנה לנשיאה, השופט מלצר, בעניין בן חמו, יש להבין כמתייחסת לאותם מצבים בהם נקבע, בשלב ראשון, שעל פי כללי ברירת הדין, הדין הישראלי חל בנסיבות העניין. ללא בחינה מוקדמת של כלל ברירת הדין הרלוונטי, וזיהוי הדין הישראלי כדין החל על פי כלל זה, לא ניתן לקבוע שבחירה בדין זר בטלה באשר היא עוקפת הוראה קוגנטית מתחום דיני הגנת הצרכן. בהינתן שכך, מסקנתי האמורה בדבר תוקפה של תניית ברירת הדין נשענת על הדיון שקדם לה בדבר כללי ברירת הדין ומסקנתו כי הדין הישראלי הוא שחל בעניין (השוו לפסקה 63 להחלטה קמא).

תוקף תניית ברירת דין ביחס להתקשרות בחוזה אחיד עם לקוחות קטנים

71. כזכור, עסקינן בחוזה אחיד – חוזה שלגביו יצר המחוקק הישראלי מנגנון לביקורת שיפוטית שמטרתו "להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים" (סעיף 1 לחוק החוזים האחידים). בלב מנגנון זה הציב המחוקק את חרב הביטול, שמקים סעיף 3 לחוק זה, ביחס לתנאים שיש בהם "משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות". לדידי, שימוש בתניית ברירת דין בחוזה אחיד באופן המונע מהלקוח (כהגדרתו בסעיף 2 לחוק החוזים האחידים) את האפשרות להתבסס על הדין הישראלי, שהיה חל אלמלא התניה לפי כללי ברירת הדין הישראליים, מקים, על פני הדברים, חזקת קיפוח. זאת, בהיות תניה זו "תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסוימות בערכאות משפטיות" (סעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים), ויתכן שגם "תנאי השולל או המגביל את זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין" (סעיף 4(6) לחוק החוזים האחידים). זאת ועוד, כשתניה כזו משמשת תאגיד גלובלי הפועל בישראל (להגדרת "פעילות בישראל" בעולם הווירטואלי ראו פסקה 53 לעיל) ביחסיו עם לקוחותיו הקטנים (צרכנים פרטיים ועוסקים זעירים) בישראל, הרי שיש בה להבנתו משום "יתרון בלתי הוגן" בראיית סעיף 3 לחוק החוזים האחידים. בעניין טרוים מילר

פרשתי בהרחבה את הטעמים לזיהוי זה של תניית ברירת דין כאמור, ועל כן אסתפק כאן בתמצית הדברים.

72. בבסיס חוות דעתי בעניין טרוים מילר ניצבה הנחת היסוד שלפיה לא קיימת הצדקה מספקת להבחין בין חברה ישראלית שקהל לקוחותיה בישראל לבין חברה גלובלית שפעילותה משתרעת אף לישראל; ובין מכירת שירותים ומוצרים בבית עסק לבין מכירה כזו במרחב המקוון – כאשר עסקינן בתניה שמחילה על יחסי העוסק עם הלקוחות דין זר (פסקאות 22, 24, 30-32 לפסק דיני). כמו במקרים האחרים גם במקרה דנן – הותרת תנאי שמבקש להחיל על היחסים שבין העוסק לבין הלקוח דין זר על כנו, תהיה מקפחת ובלתי הוגנת, בהיותה "חורגת מהנדרש לצורך שמירה על האינטרסים הלגיטימיים של [התאגיד] מול ציבור לקוחותיו" (עניין טרוים מילר, בפסקה 27). בין הטעמים שנתתי לכך בעניין טרוים מילר, העובדה שלקוח בודד, יהא זה אדם פרטי או עסק קטן, אינו יודע מהו הדין הזר בעת כריתת החוזה (ואף לא בעת התגלעות הסכסוך), ודרישה ממנו לברר עניין זה בבואו לבצע רכישה בישראל אינה מוצדקת; מאחר שההכבדה על הלקוח הכרוכה בהוכחת הדין הזר במסגרת התדיינות בישראל אינה רצויה; ומפני "שההסדרה של התקשרויות חוזיות צרכניות מסוג זה בתחומי מדינת ישראל צריכה להתבצע על פי הכללים שהגדיר המחוקק הישראלי", ולא על פי אלה שנקבעו על ידי מחוקקים זרים (עניין טרוים מילר, בפסקה 27 לפסק דיני). לנוכח סיבות אלו ואחרות (ראו פסקה 74 להלן ופסקאות 18-42 לפסק דיני בעניין טרוים מילר), סברתי כי יש למנוע ניסיונות של תאגיד גלובלי המקיים פעילות בישראל להתנער מתחולת הדין הישראלי כלפי ציבור לקוחותיו הישראלי הצורך את שירותיו או מוצריו, באמצעות תניית ברירת דין שנקבעה בחוזה אחיד – ולכן יש לזהותה כתניה מקפחת.

73. מסקנת הדברים, אם כן, היא שתניית ברירת דין מהסוג שכללה אגודה בתנאי השימוש שלה היא תניה מקפחת, שדינה להתבטל. ודוק, הטעמים בהם נקבתי בעניין טרוים מילר מבססים נתיב לפסילת התניה בענייננו באופן שאינו תלוי בתוכן הוראות הדין שהיו עשויות לחול בנסיבות המקרה. כלומר, גם אם נניח לטובתה כי אגודה מבקשת להמיר את הדין הישראלי שחל על פעילות בישראל מול לקוחות קטנים בהסדר דין זר שהינו ראוי והוגן בפני עצמו, עדיין, עצם הניסיון להסיר מעליה באופן גורף את הוראות הדין הישראלי שאמורות להסדיר את הפעילות העסקית המבוצעת בישראל באמצעות הפניה גורפת לדין זר שאינו מוכר ללקוח הישראלי המצוי – הייתה מעמידה אותה מול קיר הקיפוח, אותו לא היה ביכולתה לעבור.

74. אגודה מודעת כמובן לעמדת הרוב בעניין טרוים מילר, ואולם היא סבורה שמאחר שבענייננו מדובר בתובענה ייצוגית באפשרותה להוסיף להסתמך על הלכת בן חמו. על הפרכה האנליטית שבסברה זו, המניחה כי יתכן שדין מהותי שונה יחול על תביעה פרטנית ותביעה ייצוגית באותו עניין, עמדתי לעיל (ראו פסקאות 32-38 לעיל). לשיטתי די בכך על מנת לדחות קו טיעון זה. ואולם גם לגופם של דברים, סבורני כי ראוי שנבהיר שתחולתה של הלכת בן חמו מצומצמת לעובדותיה, כך שהיא לא משתרעת על התובענה דנן. אבאר את עמדתי.

75. בעניין בן חמו נתן בית המשפט משקל מכריע לאינטרס העסקי של פייסבוק להיות כפופה ל"מערכת דינים אחת", וזאת בהינתן ההיקף העצום והגלובלי של פעילותה (עניין בן חמו, בפסקה 43). ואולם, כפי שנקבע בדעת הרוב בעניין טרוים מילר, לפחות ככל שמדובר במערכת היחסים שבין תאגיד גלובלי הפועל בישראל לבין לקוחות קטנים (בין אם הם צרכנים פרטיים ובין אם עסקים זעירים, ראו עניין טרוים מילר, פסקאות 19-22 לפסק דינה של כב' השופטת וילנר; רע"א 7470/20 Facebook Ireland Limited נ' גל, פסקאות 13-14 (3.1.2022)), אין ליחס לאינטרס האמור משקל נכבד במקרה הרגיל. הטעם לכך כפול: מההיבט הנורמטיבי, מרגע שתאגיד גלובלי בוחר לפעול בישראל אל מול ציבור לקוחות, הרי שהוא נדרש להתאים עצמו לנורמות המשפטיות המחייבות בישראל, כפי שהם נקבעו על ידי מדינת ישראל במטרה להגן על ציבור אזרחי מפני אי השוויון שבין תאגידי ענק לבין לקוחותיהם הקטנים. לפיכך גם אם נוח ורצוי לתאגיד הגלובלי לפעול על פי "מערכת דינים אחת" שבחר לעצמו, אין להכיר באינטרס זה כגובר על חובתה של מדינת ישראל להגן על אזרחיה לפי תפיסותיה (היבט זה הודגש בחוות דעתי. ראו פסקה 27 שם); מההיבט המעשי, הניסיון המצטבר מלמד כי תאגידי גלובליים יודעים להתאים עצמם לדרישות ייחודיות של דינים לאומיים, דהיינו שהם מוצאים פתרונות מעשיים המאפשרים להם לתפקד תחת "מערכות דינים מגוונות". כך, למשל, מתברר כי פייסבוק מיוזמתה, ועוד טרם ניתנה ההכרעה בעניין בן חמו, החילה ביחסיה עם צרכנים את דינם הלאומי, דהיינו קיבלה על עצמה שעליה לפעול, לפחות כלפי לקוחות קטנים, לפי הדין הלאומי הרלוונטי (עניין זה הודגש בחוות דעת חברתי, השופטת וילנר, בעניין טרוים מילר, בפסקה 32 לפסק דינה). ואכן, כפי שכבר ציינתי, גם אגודה מלמדת על עצמה בתנאי השימוש העדכניים כי היא יודעת, כשהיא מעוניינת בכך, להתאים את התנהלותה לדרישות של דינים לאומיים שונים (ראו פסקה 5 לעיל). למדנו, אם כך, כי לא כצעתה, וכי יש גם יש לתאגידי גלובליים את היכולת להתאים עצמם לדינים לאומיים. לפיכך לא רק שהדרישה לפטור אותם מהם, למצער ביחס ללקוחות קטנים, אינה ראויה מבחינה נורמטיבית, אלא שהיא גם אינה נחוצה מבחינה מעשית.

76. מהו, אם כן, דינה של הלכת בן חמו כיום? בעניין טרוים מילר ציינתי כי "ההלכה שנקבעה בעניין בן חמו מעוררת קושי בעיניי, וכי אני סבור שיש לפרשה בצמצום, כמתייחסת לסוגיה שנדונה באותו עניין, ואולי אף לשקול את שינוייה". לעניין פרשנות מצמצמת זו הצעתי כי "נייחד את הלכת בן חמו להקשר בו נדונה – תביעה בגין מדיניות הפרטיות של פייסבוק, ונניח כי לעניין זה סבר בית המשפט באותו מקרה כי יש לאפשר לפייסבוק לטעון שנדרש לבחון את התנהלותה לפי דין אחיד, דין מדינת קליפורניה, ולא לפי הדין הישראלי. קביעה שכזו עשויה להיות מוצדקת, אם קיים קושי משמעותי בהתאמת מדיניות הפרטיות באופן פרטני לכל לקוח ולכל מדינה" (שם, בפסקה 41 לחוות דעתי). בהמשך לדברים הללו, לנוכח הטעמים שהזכרתי לעיל, ובהינתן ההתפתחויות שחלו במהלך השנים, הן בדין (פסק הדין בעניין טרוים מילר ופסקי דין שפסעו בעקבותיו בערכאות הדיוניות, ראו אלגאוי, בעמ' 24), הן בעולם המעשה (עם הכרתם המסתמנת של תאגידים גלובליים בכך שאין הם יכולים לעמוד מעל לדין המדינתי. וראו גם עניין טרוים מילר, בפסקה 39 לפסק דיני), סבורני כי בשלה העת לפסוע צעד נוסף, ולהבהיר כי הלכת בן חמו אינה חלה כלל ככל שמדובר על זכויות קונקרטיות של לקוחות קטנים (צרכנים פרטיים ועסקים קטנים) כלפי תאגידים גלובליים, וזאת ללא קשר להליך הדיוני בו מדובר (תביעה פרטנית או תובענה ייצוגית). על רקע זה, תחום מחייתה של הלכת בן חמו, ככל שיש לה בכלל תחום מחייה, מוגבל למקרים בהם נטען כי מדיניות עולמית אחידה של תאגיד גלובלי, שאינה פוגעת במישרין בזכות קונקרטית של הלקוח הקטן, ואשר קיימת הצדקה עניינית לאימוצה, מהווה הפרה של הדין הישראלי. כדוגמא אפשרית לכך ניתן להעלות על הדעת טענה להפרת חובות רישום ודיווח המוטלת על פי הדין הישראלי, כאשר התאגיד הגלובלי ממלא אחר חובות רישום ודיווח סבירות המוטלות עליו מכוח דין מקום התאגדותו (והשוו לפטור שניתן לחברות דואליות מדיווח על פי דיני ניירות הערך הישראליים, כל עוד הן מדווחות לפי דיני דיווח מקובלים בבורסה זרה שכלליה נתפסים כראויים. ראו, למשל, ת"א (כלכלי ת"א) 16214-09-21 סרגון נטוורקס בע"מ נ' חזן (27.1.2022)). בהקשר זה ציינתי בעניין טרוים מילר את הדברים הבאים:

ייתכנו היבטים של פעילות התאגיד הגלובלי בהם יתקשה התאגיד להתאים עצמו למערכות דינים שונות, העשויות לסתור זו את זו. הגם שלא הוצג לפנינו טיעון בעניין זה, ייתכן שקיימים מצבים כאלה (למשל, לעניין הדרישות הנוגעות לאופן פעולתם של מאגרי מידע, בהנחה שדרישות אלה אינן רק שונות, אלא גם סותרות). ואולם, לכל היותר עשוי הדבר להצדיק החלת דין אחיד לעניין מסוים בו יש חשש מסתירה בין מערכות דינים – אך אין בכך כדי להבהיר מדוע יש לאפשר לפייסבוק לקבוע כי כלל מערכת היחסים בינה לבין הלקוח בישראלי בקשר

לפעילותה בישראל תישלט על פי דין זר (פסקה 39 לחוות דעתי).

אם כן, הכפפה גורפת של מערכת היחסים בין תאגיד גלובלי לבין הלקוח הישראלי לדין זר – לא; החלת דין אחד במקרה ספציפי נוכח צורך מיוחד במניעת סתירה בין מערכות דינים (כאשר לא מתקיימת פגיעה במישרין בזכויות קונקרטיות כאמור) – כן. מטבע הדברים, פיתוחה ודיוקה של חלוקה זו יתקיימו במידותיהם של מקרים ספציפיים עתידיים.

77. סיכומו של חלק זה – בהינתן התפתחויות שחלו במהלך השנים והטעמים שהוזכרו בחוות דעתי בעניין טרוים מילר ובחוות דעתי זו, יש לסייג את הלכת בן חמו, ולהבהיר כי אין לה תחולה ככל שמדובר על זכויות קונקרטיות של לקוחות קטנים (צרכנים פרטיים ועסקים קטנים) כלפי תאגידים גלובליים, וזאת ללא קשר להליך הדיוני בו מדובר (תביעה פרטנית או תובענה ייצוגית). ההלכה שתחול היא, אם כך, שביחסים בין תאגידים גלובליים הפועלים בישראל לבין לקוחות קטנים לא ניתן להתנות על כללי ברירת הדין הישראליים באמצעות תניית ברירת דין הכלולה בחוזה אחד. תניה כזו היא מקפחת בהגדרה, וזאת מבלי שהלקוח נדרש להוכיח כי הדין הזר כשלעצמו הוא מקפח. לפיכך דינה להיפסל.

78. משמעות הדברים בענייננו היא שלתניית ברירת הדין שקבעה אגודה, המפנה את לקוחותיה להתדיין לפי דין סינגפור אין תוקף לפי הדין הישראלי, באותם מקרים בהם הדין הישראלי חל, על פי כללי ברירת הדין הישראליים, על הסכסוך. כך, לא רק מאחר שהיא מתנה על הוראת חוק קוגנטית מתחום הגנת הצרכן, אלא גם מפאת היותה תניה מקפחת בחוזה אחד.

79. אם תישמע דעתי ניתן רשות ערעור על החלטת בית המשפט קמא לאשר את ניהול התובענה הייצוגית בה עסקינן, ונדחה את הערעור. זאת תוך שנבהיר כי הדין הישראלי, ובכלל זה חוק הגנת הצרכן, חל על המצגים שיצרה אגודה כלפי לקוחותיה הישראלים, וזאת בהתקיים אחד משני אלה: הלקוח גלש בתצורת האתר הישראלי (ללא קשר ל-IP ממנו נצפה המידע); או הלקוח גלש מ-IP ישראלי (בהנחה שיקבע כי אגודה מקיימת פעילות בישראל). את הגדרת הקבוצה אציע לנסח בהתאם ("כל אזרח או תושב ישראלי (לרבות תושב בתושבות ארעית) אשר הזמין ו/או שילם על מלון בישראל באמצעות אתר המשיבה, בתצורת האתר הישראלי או מ-IP ישראלי, ואשר הוצג בפניו מחיר שאינו המחיר הכולל בשקלים (כולל מע"מ)"). עוד אציע שנבהיר כי תניית ברירת הדין הקבועה בתנאי השימוש, המחילה על סכסוכים בין אגודה ללקוחותיה את דין סינגפור, אינה חלה ביחסי אגודה עם חברי הקבוצה, וזאת הן משום שאין בכוחה לשלול את תחולתן של הוראות חוק כופות שתכליתן הגנה על הצרכן (והוראות חוק הגנת הצרכן בכלל זה) והן משום שאין לתת לה תוקף ביחסים שבין אגודה לבין לקוחות ישראלים קטנים (צרכנים פרטיים ועסקים זעירים) בהיותה תניה מקפחת בחוזה אחיד.

80. כן אציע לחברותיי כי נחייב את אגודה בשכר טרחת באי הכוח המייצגים בהליך לפנינו בסכום של 50,000 ש"ח – סכום מופחת לנוכח השאלות העקרוניות שהתיק מעורר.

ש ו פ ט

השופטת ר. רונן:

1. מספר שאלות התעוררו במסגרת המחלוקת בין הצדדים נושא בקשת רשות הערעור שלפנינו. חברי השופט ע' גרוסקופף התייחס אליהן בפירוט ואני מסכימה למסקנותיו. יחד עם זאת, מאחר שמדובר בנושא בעל השלכות רוחב ומאחר שיש לי מספר הסתייגויות לגבי חלק מהנושאים שפורטו בחוות דעתו של חברי, אפרט בקצרה גם את עמדתי ביחס לשאלות שהתעוררו במסגרת הדיון.

הדין החל על תביעה ייצוגית לעומת הדין החל על תביעה פרטנית

2. חברי קבע בפסק דינו כי הדין המהותי החל על תביעה ייצוגית חייב להיות הדין שהיה חל על כל אחת מהתביעות הפרטניות של כל אחד מחברי הקבוצה – אילו היה מגיש את התביעה כתביעה אישית. אני מסכימה עם מסקנה זו מנימוקיו של חברי. בתביעה ייצוגית מבקש התובע המייצג לייצג קבוצה של תובעים שלכל אחד מהם עומדת לשיטתו עילת תביעה דומה כנגד הנתבע. לא יתכן שדין שונה יחול ביחס לאותם צדדים כתלות במכשיר המשפטי שבו בחרו לנקוט. בפרט, לא ייתכן שמכוח ה"דין הייצוגי" תהיה זכות תביעה לחברי הקבוצה בעוד שאילו היה כל אחד מהם מגיש תביעה אישית, זכות כזו לא הייתה עומדת לו – ולהפך.

לכן, כדי לבחון את השאלה מהו הדין החל, אין לייחס משמעות לעובדה שמדובר בתביעה ייצוגית ויש לבחון את עילת התביעה האישית כשהיא לעצמה, תוך בירור השאלה מהו הדין החל עליה.

בירור שאלת הדין החל בשני שלבים

3. אף אני סבורה כי הדרך האנליטית הנכונה לבחון את השאלה מהו הדין החל על מערכת היחסים בין צדדים שהסכם ביניהם כולל תניית ברירת דין, היא בשני שלבים: בשלב הראשון, יש לקבוע מה היה הדין החל על עילת התביעה אלמלא קיומה של תניית ברירת הדין בהסכם בין הצדדים. בשלב השני, ורק אם נקבע שהדין שהיה חל על עילת התביעה הוא הדין הישראלי, יש מקום לבחון את שאלת תוקפה של תניית ברירת הדין. בחינה זו תיעשה אפוא בהתאם להוראות הדין הישראלי. זאת הן בראי השאלה האם ההסכם מתנה על הוראות קוגנטיות בדין הישראלי; והן תוך בחינת התנייה הרלוונטית בהתאם לחוק החוזים האחידים והוראותיו.

בחינה כזו היא יעילה והיא תמנע בלבול ו"מעגל שוטה". זאת מאחר שבאותם מקרים בהם – מכוח כללי ברירת הדין שבית המשפט בישראל נוהג לפיהם – הדין הישראלי לא היה אמור לחול ממילא, לא יהיה מקום לפסול תניות ברירת דין בחוזה בין הצדדים (המפנה את הצדדים לדין אחר שאינו הדין הישראלי). לא יהיה מקום לעשות זאת מכוח הדין הכופה הישראלי (שממילא לא אמור היה לחול); ולא מכוח חוק החוזים האחידים הישראלי – שאף הוא לא היה אמור לחול על מערכת היחסים בין הצדדים כשכללי ברירת הדין הישראליים מכוונים לדין אחר שאינו דין מדינת ישראל.

מנגד, כאשר בחינת כללי ברירת הדין הישראליים מובילים למסקנה לפיה הדין החל על עילת התביעה הוא הדין הישראלי, יש מקום להוסיף ולבחון את ההשלכה של תניית ברירת הדין. זאת מאחר שכאשר הדין הישראלי חל, לא ניתן להתנות על הוראות כופות בו: לא ישירות ואף לא באמצעות הדרך העקיפה של בחירת כללי ברירת דין המאפשרים זאת; ואף לא ניתן להתגבר על הוראות חוק החוזים האחידים ועל התוצאה שלהם ככל שמדובר בתנאי מקפח בחוזה אחיד.

מהו הדין שהיה חל על עילת התביעה דנן אלמלא תניית ברירת הדין בהסכמ?

4. כאמור, השאלה הראשונה שיש לבחון אותה היא מהו הדין שהיה חל על מערכת היחסים בין אגודה לבין המבקש אלמלא תניית ברירת הדין. כפי שהבהיר חברי, יש לבחון שאלה זאת בהתאם לכללי ברירת הדין בדין הישראלי החלים על תביעות בנוזיקין (שכן כך הוגדרה עילת התביעה במקרה דנן על ידי הצדדים ובית משפט קמא; וכך גם יש לסווגה בהתאם לסעד הנתבע). הכללים הללו קובעים כי הדין שיחול הוא דין "מקום ביצוע העוולה". כלל זה, כך נפסק, "מאפשר לכל מדינה לממש את זכותה וחובתה להבטיח סדר ציבורי בשטחה. הכלל גם מאפשר לכבד את ציפיותיהם הסבירות של הצדדים – ככל שהן רלוונטיות לדיני הנוזיקין" (ע"א 3299/06 יובינר נ' סקלאר (26.04.2009)).

מהאמור עולה כי הרציונל של כלל ברירת הדין הנוזיקי נובע הן מהאינטרס של המדינה להבטיח סדר ציבורי בשטחה; והן ממערכת הציפיות של הצדדים. בהתייחס לאינטרס של המדינה, יש להביא בחשבון שכאשר המחוקק קובע כלל קוגנטי שלא ניתן להתנות עליו, פירוש הדבר כי הוא מבקש להגן בהקשר של הכלל הזה על צדדים מוחלשים (ע"א 3190/99 שוקר נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נד(3) 127, 137 (6.7.2000)). כך, למשל, ההוראות הקוגנטיות בדיני הגנת הצרכן נועדו להגן על האינטרסים הלגיטימיים של הצרכן, הנתון בעמדה נחותה מבחינת הידע וכוח המיקוח שברשותו, בעת התקשרותו בעסקאות צרכניות (רע"א 3717/20 רמי לוי שיווק השקמה תקשורת בע"מ נ' דור, פסקה 3 (3.3.2021)). לכן, קיומו של כלל קוגנטי בהתייחס לסיטואציה מסוימת, יגביר את הנטייה לקבוע כי הדין הישראלי צריך לחול על הסיטואציה – כדי לאפשר למחוקק הישראלי לשמור על ה"סדר הציבורי" כפי שהוא רואה אותו.

5. במקרה דנן יש לבחון מהו "מקום ביצוע העוולה" במקרה בו באמצעות שרת מחשב נמסר מידע לנמענים פוטנציאליים המצויים במספר גדול של מדינות, וכאשר

המידע נקלט על ידיהם ברשת האינטרנט במקומות שונים. מדובר אם כן במצב המערב מספר פעולות הנעשות במספר מדינות שונות, והשאלה היא מהי מערכת הדינים שיש להחיל עליו, מנקודת המבט של המשפט הישראלי. כפי שקבעתי בעבר בת.א. (כלכלית ת"א) 22726-07-17 אגם נ' BNP (6.10.201) (להלן: עניין אגם), עסקאות בינלאומיות המערבות רכיבים ממספר מדינות, מעוררות לעיתים תכופות סוגים שונים של דילמות. באותו עניין ציינתי כי:

בין היתר עשויות להתעורר שאלות של סמכות בינלאומית של בית-המשפט לדון בתביעה, שאלות של פורום לא נאות [...] שאלות של כיבוד ערכאות זרות הדנות בנושאים מקבילים ושל תוקפן של ההכרעות של הערכאות הזרות כמעשה בית-דין [...] מעבר לכל אלה, מתעוררות במקרים כאלה שאלות של ברירת הדין, היינו דינה של איזו מדינה מביין המדינות המעורבות יחול על נסיבות המקרה. שאלה זו היא שאלה נפרדת משאלת הסמכות הבינלאומית (בית-משפט עשוי לקנות סמכות בינלאומית גם בתביעה שהדין החל עליה הוא דין של מדינה זרה), אולם עשויה להיות לה השלכה במקרים מסוימים על שאלת נאותות הפורום (ר' בהקשר זה החלטתי בת"צ 90711-09-10 DOMUT נ' דיגיטק אס אם טי אסמבליזם בע"מ 19.9.2017).

אם כן, שאלת ברירת הדין במקרים שבהן מעורבות מספר מדינות, והשאלה מתי חל הדין המקומי ומהו היקף תחולתו, צריכה לקחת בחשבון, כחלק מבחינה האינטרס של המדינה להבטיח סדר ציבורי בשטחה, את מטרת החוק; את היקף ההגנה שהדין הישראלי מבקש לספק לאזרחי ישראל; את היכולת שלו לעשות כן אל מול המגבלות האפשריות של הגנה כזו; ואת המחירים האפשריים שלה. בחירה של בית המשפט להחיל את הדין הישראלי במקרים בהם מעורבים גורמים שאינם ישראלים ולקיים דיון בבית המשפט בישראל, משליכה על "מוטת הכנפיים" של הדין הישראלי ועל השפעתו האפשרית גם על עניינים המערבים גורמי חוץ. כמו כן, יהיה מקום לבחון את מערכת הציפיות של הצדדים ביחס לאפשרות תחולתו של הדין הישראלי על הסיטואציה.

6. בהתאם לאמור לעיל, הדין הישראלי נושא בקשת האישור הוא חוק הגנת הצרכן ולכן יש לברר קודם כל מהו היקף ההגנה שחוק זה מבקש לספק. שאלה זו עשויה להיות פשוטה במקרי "קצה". כך, אין ספק כי חוק הגנת הצרכן איננו חל ואינו נועד לחול על צרכן – ישראלי או זר – המבצע עסקת רכישה פיזית בבית עסק שנמצא במדינה אחרת – תייר ישראלי או זר, שנמצא ברומא ורוכש שם מוצר, איננו מוגן כמוכח על ידי הוראות החוק. לדין הישראלי אין אינטרס להגן על הרוכש בנסיבות כאלה, ואף אחד מהצדדים

אינו צופה כי הוראות הדין הישראלי יחולו על הסיטואציה. מנגד, אין גם ספק כי החוק חל כאשר כל רכיבי העסקה הם בישראל – תושב ישראל הרוכש מוצר בחנות בישראל. זאת הן מנקודת המבט של האינטרס של הדין הישראלי לחול ולהגן על הרוכש; והן מנקודת המבט של ציפיות הצדדים.

אולם, מהו הדין ביחס לעסקה המתבצעת כאשר הספק מצוי בחו"ל והוא מוסר את המידע ממדינה אחרת, ואילו הצרכן נמצא בישראל והוא "קולט" את המידע בישראל? האם חוק הגנת הצרכן מבקש להגן על האזרח הישראלי בנסיבות כאלה? האם למדינת ישראל יש עניין כי "מוטת הכנפיים" הקוגנטית של הדין הישראלי תתפרס על עסקה כזה? האם הדין הישראלי יכול לעשות כן, והאם יש להגנה כזו "מחיר" בהתייחס לפעילותם של תאגידים גלובליים בשוק הישראלי שיש להביאו בחשבון? ומהי מערכת הציפיות של הצדדים במקרה כזה?

7. חברי היה סבור כי כדי לבחון האם חוק הגנת הצרכן חל על עסקה, יש משמעות לשאלה האם הספק הזר מכוון את המידע שאותו הוא מוסר לקהל המקומי בישראל. מסקנה זו מקובלת עלי. זאת מאחר שאני סבורה כי המחוקק הישראלי ביקש – במסגרת חוק הגנת הצרכן – להגן על צרכנים ישראלים בישראל, מפני פניות המכוונות אליהם באופן ספציפי. פנייה מכוונת ומודעת של הספק הזר אל הקהל הישראלי (וזאת בין אם על ידי פרסום בשפה העברית, הצגת מחירים בשקלים, פנייה פרסומית ללקוחות ישראלים, הדגשת אפשרות משלוחים לישראל או בכל דרך אחרת), מצדיקה בתורה את הגנת הדין הישראלי על מערכת היחסים של הספק עם מי שיענה לפנייתו, קרי הלקוחות הישראלים הפוטנציאליים. זאת בהיבט של ציפיות הצדדים – הספק יכול וצריך להניח כי אם הוא פונה באופן ספציפי ללקוחות ישראלים, הדין שיחול על מערכת היחסים שלו איתם יהיה הדין הישראלי, ולצרכן הישראלי יכולה להיות ציפייה לגיטימית הישראלי כי המידע שיקבל וההתקשרות עמו תיעשה בהתאם לדין הישראלי. תחולת הדין הישראלי מוצדקת גם מנקודת המבט של האינטרס של המדינה להבטיח את הסדר הציבורי כפי שהיא רואה אותו, על ידי מתן הגנה משפטית לישראלים שגופים זרים מבקשים להתקשר איתם בהסכמים.

מנגד, אם מדובר בלקוח ישראלי הפונה מרצונו לאתר בו מוכר ספק זר שירות או מוצרים, אתר שעל פני הדברים לא נועד ללקוחות ישראלים דווקא – אין לדין הישראלי אינטרס משמעותי להגן על הלקוח. גם מבחינת מערכת הציפיות של הצדדים, הן הספק והן הלקוח הישראלי, אין להם ולא יכולה להיות להם ציפייה שעל אתר כזה יחולו

הכללים וההגנות שהדין הישראלי מספק (ראו והשוו החלטתי בעניין אגם בה התייחסתי לתחולתו של חוק הסדרת העיסוק בייעוץ בהשקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות התשנ"ה – 1995 על מי שפנה ביוזמתו לבנק זר לקבל ייעוץ לעומת מי שהבנק הזר פנה אליו. באותו עניין קבעתי כי: "באותם מקרים בהם השירות עצמו ניתן מחוץ לגבולות מדינת ישראל, תהיה תחולה לחוק רק כאשר נותן השירות פונה אל הלקוח בישראל במטרה לגייסו, היינו כאשר היוזמה ליצירת הקשר עם הלקוח בישראל הייתה יוזמתו של נותן השירות [...] אם לעומת זאת הלקוח הוא זה הפונה לנותן השירות מחוץ לישראל ואין כל שירות אחר שניתן בישראל - אין להוראות החוק תחולה").

8. בהתייחס למה שנקבע בהקשר זה בעניין טרוים מילר, אציין כי לטעמי הדגש צריך להיות על ה"מרכיב הסובייקטיבי" כפי שהוא הוגדר שם – קרי על היקף המאמצים שמשקיע האתר לצורך חדירה לשוק הישראלי. בכלל זה דובר שם על אתר בשפה העברית, מתן שירות לקוחות בעברית, מתן שירות במטבע ישראלי והספקת מוצרים לישראל. המרכיב הסובייקטיבי הזה ישליך – כך יש להעריך – גם על מה שכינה חברי באותו עניין ה"מרכיב האובייקטיבי", קרי היקף הפעילות הכלכלית של האתר מול לקוחות ישראליים. כאמור, הדגש צריך להיות על המרכיב הסובייקטיבי ולא על ההיבט האובייקטיבי. זאת מאחר שלטעמי, גם אם מדובר ב"תחילת הדרך" של הפעילות, וגם אם פעילות האתר בישראל היא עדיין מצומצמת, יש להחיל את הדין הישראלי כאשר האתר השקיע מאמצים ברורים בחדירה לשוק הישראלי כמפורט לעיל.

9. עוד אציין כי לטעמי, משעה שהספק פנה לקהל הישראלי, אין עוד משמעות לשאלה האם מי שביצע עמו את העסקה עשה שימוש ב-IP ישראלי אם לאו. הדין הישראלי מבקש להגן על ישראלים שנכנסים לאתרים "ישראליים" (קרי כאלה בהם נעשה מאמץ לפנות לשוק הישראלי, אתרים בעלי תצורה המכוונת באופן ברור לקהל ישראלי). זאת, ללא קשר לשאלה האם הם נכנסים לאתר תחת "כסות" של כתובת IP ישראלית אם לאו.

לכתובת ה-IP של הגולש לא צריכה להיות השלכה לשיטתי גם כאשר מדובר על מי שגולש מכתובת IP ישראלית לאתר שאין לו "תצורה ישראלית" (לצורך הדוגמה: לקוח שנכנס לאתר המוכר סחורה בחו"ל, בשפה האנגלית, כשהתשלומים בו הם במטבע זר). לקוח כזה משול לטעמי למי שנכנס לחנות זרה בחו"ל. ההנחה הסבירה של לקוח כזה – כך ניתן לשער – היא כי הדין שיחול עליו במסגרת העסקה שהוא מבצע עם בית

העסק יהיה הדין הזר; גם בהיבט המדינתי, אין אינטרס למדינה ולמחוקק הישראלי להגן עליו באמצעות מערכת הדינים הכופה של המשפט הישראלי.

משכך אינני סבורה כי יש מקום לביצוע הבחינה הדו שלבית אותה הציע חברי בפסק דינו – האם יש לחברה הזרה פעילות בישראל; ואם כן – האם הגלישה היא מ-IP ישראל. בחינה כזו מציבה לטעמי קריטריון שאינו ברור די הצורך; והיא גם מביאה לכך שהספק עלול להיות חשוף ביחס לאותו אתר המונגש באותה תצורה, למספר מערכות דינים שונות. הקושי הזה מבחינת הספק הוא בעל משמעות וגם אותו יש להביא בחשבון במכלול השיקולים הרלוונטיים ביחס לקביעת הדין החל. די לטעמי בבחינה של ה"מרכיב הסובייקטיבי" של מפעיל האתר – המסייעת לכוון הן את התנהגותו של מפעיל האתר והן את מערך הציפיות של הלקוחות העושים בו שימוש.

10. סיכומה של נקודה זו; כדי לבחון מהו הדין החל על מערכת יחסים בין ספק ללקוח שמתבצעת באמצעות רשת האינטרנט, יש לשים את הדגש על השאלה האם הספק פונה לקהל יעד של לקוחות ישראליים באמצעות אתר שנועד להיות מותאם אליהם. אם התשובה לכך היא חיובית לאור מכלול מאפייניו של האתר, כלל ברירת הדין שצריך לחול בהעדר נסיבות המורות אחרת, הוא כזה שיחיל על מערכת היחסים בין הצדדים את הדין הישראלי. מנגד, כאשר מדובר בספק שאינו מכוון את עצמו לקהל יעד ישראלי – כלל ברירת הדין הישראלי לא יחיל עליו את הדין הישראלי.

11. מן הכלל אל הפרט; יישום האמור לעיל על עובדות המקרה דנן, מביא למסקנה לפיה אלמלא תניית ברירת הדין בהסכם אגודה, הדין שהיה חל על מערכת היחסים בין אגודה לבין המבקש היה הדין הישראלי. כך, נראה כי לא יכולה להיות מחלוקת כי האתר נושא בקשת האישור הוא אתר שפנה לקהל הישראלי: האתר התנהל בשפה העברית; הוא איפשר תשלום במטבע ישראלי; ופורסמו בו בתי מלון בישראל (שההזמנה שביצע המבקש הייתה לאחד מהם). תניית ברירת הדין בהסכם מתימרת אפוא להתנות על הדין שהיה חל על ההסכם אלמלא תניה זו – הוא הדין הישראלי.

מה דינה של תניית ברירת הדין בהסכם בין אגודה למבקש?

12. השאלה הבאה שיש לבחון אותה היא האם יש מקום לאפשר את ההתניה על הדין הישראלי שהיה חל אלמלא קיומה, באמצעות תניית ברירת הדין בהסכם נושא הבקשה

דנן? חברי היה סבור כי התשובה לכך היא שלילית וזאת הן מאחר שמדובר בהתניה על הוראת דין קוגנטית (חוק הגנת הצרכן), והן משום שמדובר בתנאי מקפח בחוזה אחיד.

שני הנימוקים הללו מקובלים עלי. בהתייחס לנימוק הראשון – מאחר שמדובר בהוראות קוגנטיות, לא ניתן היה להתנות על הוראות חוק הגנת הצרכן באופן ישיר בהסכם בין אגודה לבין לקוחותיה (באמצעות קביעה בהסכם לפיה הוראות חוק הגנת הצרכן לא יחולו על ההסכם בין הצדדים). משכך, ברי כי לא ניתן לעשות זאת גם בדרך "עקיפה" – בקביעה כי הדין שיחול על מערכת היחסים בין הצדדים הוא דינה של מדינת סינגפור שחוק הגנת הצרכן הישראלי איננו כמובן חלק ממנו.

13. מעבר לכך, ההסכם בין אגודה לבין המבקש ויתר חברי הקבוצה הוא חוזה אחיד. מקובלת עלי מסקנתו של חברי לפיה ההתניה על ברירת הדין בהסכם זה היא מקפחת (בפסקאות 72-73 לפסק דינו). כפי שהבהיר גם חברי, ה"קיפוח" בתנית ברירת הדין אינו נוגע רק לשאלה האם הדין הזר מגן על צרכנים בצורה דומה להגנה שמספק הדין הישראלי אם לאו (שאלה שהתשובה לה אינה תמיד ברורה ולעיתים מחייבת למידה מעמיקה של הדין הזר שספק אם רצוי לערוך אותה עוד בטרם הדיון בהליך לגופו; ועל אחת כמה וכמה – עובר להתקשרות בהסכם). הקושי הנובע מהפניית הצרכנים להוראות של דין זר נובע גם מהעלות המשמעותית הכרוכה בהוראה כזו. זאת מאחר שחלף התבססות על הוראות הדין הישראלי בהוכחת עילת התביעה, יהיה על התובע (בין תובע מייצג או תובע "רגיל") להוכיח את הוראות הדין הזר, ולהתמצא בהתפתחויות שחלו בו, בפסיקה העדכנית לגביו ועוד. כן יהיה על התובע להציג חוות דעת מומחה ביחס לדין הזר – שנחשב במשפט הישראלי כעובדה הטעונה הוכחה. מנגד, קביעה כי הדין הישראלי הוא שיחול אינה מכבידה בצורה יתרה על התאגיד הגלובלי אשר יש להניח כי קל לו יותר להכיר ולבחון את הדין הזר בטרם ההתקשרות. לכן, קביעה שהדין הזר הוא שיחול מגנה מעבר לראוי על האינטרס של התאגיד הזר, על חשבוננו של הצרכן הישראלי ותוך העמקת הפערים בין השניים.

יתרה מכך, הפניה לדין הזר המהותי מכבידה גם על בית המשפט הישראלי. לכל פורום יש יתרון מובנה בהכרת הדין החל במדינתו וביישומו, ודיון בהתאם לדין הזר יחייב את בית המשפט הישראלי לדון בהתאם לדין שאין לו הכרות מעמיקה עמו. יעיל הרבה יותר שבית המשפט במדינה שהדין שלה חל על הסכסוך, יהיה בית המשפט שידון בו בהתאם לדין המוכר לו, וכי הוא יהיה זה שיוסיף לפתח את ההלכה שלו עצמו. מסקנה זו עולה בין היתר מפסק דינו של בית המשפט העליון ברע"א 4716/93 החברה הערבית

לביטוח שכס נ' עבד זריקאת (פ"ד מח(3) 265, 269 (1994)). שם נקבע כי ישנו יתרון משמעותי "ביישוב סכסוכים מקומיים בסביבתם הטבעית, והרצון שהתביעות תידונה בפני בית המשפט המכיר את הדין". האינטרס של מערכת המשפט הישראלית בדיון בדין זר, בפרשנותו ובפיתוחו, הוא אינטרס לא משמעותי.

העולה מהאמור הוא כי כאשר מדובר בחוזה אחיד שהדין שהיה אמור לחול עליו הוא הדין הישראלי; והחוזה מתנה על כך ומורה כי הדין שיחול הוא דין זר – חלה החזקה בסעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים לפיה מדובר בתנייה מקפחת. עוד עולה כי ככלל, אין די להראות כי הדין הזר מספק הגנה לצרכנים באופן הדומה לדין הישראלי כדי לסתור את החזקה. מעבר לכך, אינני רואה לנכון לקבוע – במסגרת פסק הדין הנוכחי, מסמרות בשאלה האם ייתכנו מקרים בהם יצליח הנתבע להרים את הנטל ולהוכיח כי לאור מכלול הנסיבות, אין מדובר בתנייה מקפחת. שאלה זו קשורה לשאלת היקף תחולתו של פסק הדין בעניין בן חמו (רע"א 5860/16 Facebook Inc. נ' בן חמו (31.5.2018)) והמקרים – אם בכלל – לגביהם הוא יחול. שאלה זו תוכל להתברר במקרה המתאים בעתיד.

15. סוף דבר; אני מסכימה למסקנתו של חברי. בהתייחס לשאלות העקרוניות שהתעוררו במסגרת הדיון, אני סבורה כי כאשר קיימת בהסכם תניית ברירת דין, יש להקדים ולברר מה היה הדין החל על עילת התביעה אלמלא תניה זו בהתאם לכללי ברירת הדין הישראליים. שאלה זו תביא בחשבון את השאלה האם היוזמה לפנייה לקהל לקוחות ישראלי פוטנציאלי הייתה יוזמה של ספק השירות (שאז ככלל יהיה מקום להחיל את הדין הישראלי); או שמא מדובר בלקוח שפנה לאתר שאינו מכוון מטיבו לקהל לקוחות ישראליים (שאז ככלל הדין הישראלי לא יחול).

16. באותם מקרים בהם ייקבע כי הדין שהיה חל אלמלא תניית ברירת הדין הוא הדין הישראלי, יש להוסיף ולבחון האם מדובר בתניה המתנה על הוראה קוגנטית בדין הישראלי. ככל שהתשובה לכך היא חיובית, לתנייה אין תוקף (כפי שלא היה לה תוקף אילו היה מדובר בהתניה ספציפית על הוראת הדין ולא בהפניה כוללת לדין זר באופן המתנה בין היתר על ההוראה האמורה). כן יש לבחון האם ההסכם בין הצדדים בו מצויה תניית ברירת הדין הוא חוזה אחיד; וככל שכן – האם תניית ברירת הדין היא, בנסיבות העניין, תנאי מקפח בחוזה אחיד בהתאם לדין הישראלי. ככל שהתשובה היא חיובית, הרי גם במקרה כזה לתניה לא יהיה תוקף.

הכללים הללו יחולו הן בהתייחס לתביעה פרטנית והן בהתייחס לתביעה ייצוגית.

כפי שהובהר בראשית הדברים, בכפוף להערות שלעיל אני מסכימה לפסק דינו של חברי.

ש ו פ ט ת

השופטת י' וילנר:

1. המשיב הגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד המבקשת (להלן: אגודה), בטענה כי נגרם לו נזק כתוצאה מהצגת מחירים שאינם כוללים מע"מ באתר האינטרנט שלה, בניגוד להוראות חוק הגנת הצרכן, התשמ"ג-1982 (להלן גם: החוק). מנגד, אגודה טוענת כי החוק אינו חל על מערכת היחסים בינה לבין המשיב, הן לנוכח כללי ברירת הדין בנוזיקין; הן לנוכח תנייה שקבעה אגודה בתנאי השימוש באתר שלה, ובה נקבע כי מחלוקות בין אגודה למשתמשי האתר יוכרעו לפי דיני מדינת סינגפור (להלן: תניית ברירת הדין).

האם יש לאפשר את ניהול התובענה על-בסיס הוראות חוק הגנת הצרכן?

2. בדומה לחבריי, השופט ע' גרוסקופף והשופטת ר' דונן, אני סבורה כי יש להשיב על שאלה זו בחיוב. מקובלת עליי מסקנת חבריי כי באספקלריה של כללי ברירת הדין במשפט הישראלי, חלים בענייננו דיני הנוזיקין הישראליים, לרבות חוק הגנת הצרכן (בעניין זה מקובלים עליי המבחנים שמציע חברי, להכרעה בשאלת "מקום ביצוע העוולה" בנסיבות מהסוג הנדון). עוד אני מסכימה, כי בהינתן שהוראות חוק הגנת הצרכן הן קוגנטיות, הרי שאין בכוחה של תניית ברירת הדין לשלול את תחולתן במקרה דנן.

די אפוא באמור כדי לדחות את טענת אגודה, שלפיה חוק הגנת הצרכן אינו חל בענייננו.

3. אף על פי כן, חברי, השופט גרוסקופף, מוסיף וקובע כי באופן כללי, תניית ברירת דיין אשר מתנה על תחולת הדין הישראלי בחוזה אחיד בין תאגיד גלובלי הפועל בישראל לבין צרכנים פרטיים ועסקים זעירים, היא "מקפחת בהגדרה", ולפיכך דינה להתבטל לפי

חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (חברתי, השופט רונן, מצטרפת למסקנתו). חברי מנסח אפוא כלל גורף, שחולש לא רק על הוראות חוק קוגנטיות בדין הישראלי, כבענייננו, אלא גם על הוראות חוק דיספוזיטיביות (ראו, למשל, פס' 57 ו-77 לחוות דעתו).

4. ואולם, קביעה זו אינה נדרשת להכרעה במקרה דנן. כמפורט לעיל, בענייננו מבוססת עילת התביעה על הוראות קוגנטיות מחוק הגנת הצרכן; בשל היותן כאלה, ולנוכח תחולת החוק לפי כללי ברירת הדין בנוזיקין, אין בכוחה של תניית ברירת הדין לשלול את תחולת החוק. אם כן, איננו נדרשים במקרה דנן להכריע באופן כללי בשאלת תוקפן של תניות ברירת דין בחוזים אחידים כאמור ביחס להוראות דיספוזיטיביות בדין הישראלי.

5. ויודגש: הכרעה כללית וגורפת בשאלה אם יש לשלול את תוקפן של תניות ברירת דין בחוזה אחיד בין תאגידים גלובליים לצרכנים – לא רק ביחס להוראות חוק קוגנטיות, אלא גם ביחס להוראות חוק דיספוזיטיביות – היא הכרעה מורכבת שכלל אינה מובנת מאליה. ראו, למשל, את שהדגיש חברי, השופט גרוסקופף, ברע"א 1901/20 טרוים מילד בע"מ נ' **facebook Ireland limited** (26.7.2022) (להלן: עניין טרוים מילד):

“על פי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי באיחוד האירופי ובמרבית מדינות ארצות הברית, חוזים צרכנים אשר כוללים בתוכם תניות ברירת דין המפנות לדין זר, עדיין כפופים להוראות הקוגנטיות הקבועות בדין מקום מושבו של הצרכן, כאשר הדין הזר שנבחר אינו יכול להתנות על הוראות אלה” (פס' 29, ההדגשה הוספה; וראו גם פס' 63 לחוות דעתו במקרה דנן).

אם כן, נראה כי קביעתו של חברי ביחס לבטלותן הגורפת של תניות ברירת דין מהסוג הנדון, גם ביחס להוראות חוק דיספוזיטיביות, אינה עולה בקנה אחד עם ההסדרים באיחוד האירופי ובמרבית מדינות ארצות הברית (כשלפחות באיחוד האירופי נקבעו הסדרים אלו בחקיקה, וראו שם). אמנם, אין משמעות הדבר בהכרח כי קביעתו של חברי אינה בגדר דין ראוי. ואולם, אני סבורה כי יש בכך כדי ללמד על מורכבותה של הכרעה כללית וגורפת בסוגיה, באופן שתומך בהימנעות מהכרעה שיפוטית בה, לא כל שכן כאשר הדבר אינו נחוץ, כבענייננו.

6. ואכן, להבדיל מהכרעה בסוגיית תחולתו של חוק הגנת הצרכן בענייננו, אשר נשענת בעיקרו של דבר על ניתוח משפטי אנליטי המבוסס על אופיו הקוגנטי של החוק, הכרעה עקרונית בשאלת תוקפן של תניות ברירת דין מהסוג הנדון, בפרט ביחס להוראות חוק דיספוזיטיביות, מחייבת עריכת איזון בין שיקולי מדיניות מגוונים ואינטרסים שונים מתוך אספקלריה רחבה, ובחינה מעמיקה של ההשלכות הפוטנציאליות הטמונות במהלך מסוג זה, כגון ירידה באטרקטיביות של מדינת ישראל מבחינה מסחרית עבור תאגידים גלובליים. דומה אפוא שבית המשפט אינו הזירה המיטבית לבחינה מסוג זה, כפי שהדגשתי בעניין טרוים מילר: "לנוכח טיב ורוחב ההשפעות שטמונות בהכרעה עקרונית בהיבטים אלו, הרשות המתאימה לעשות כן היא זו המחוקקת או הרגולטורים הנוגעים בדבר" (שם, פס' 37 לפסק דיני).

7. אמנם, כאשר מתגלגלת לפתחו של בית משפט זה סוגיה אשר טעונה הכרעה באמצעות איזון בין אינטרסים שונים, בית המשפט לא יימנע, ככלל, מהכרעה בה, גם אם הסוגיה מערבת איזון בין שיקולי מדיניות. עם זאת, אל לנו לשכוח כי להבדיל ממעשה חקיקה, שמהותו קביעת נורמה בעלת תחולה כללית, אשר נועדה לתפוס ברשתה קשת רחבה של מקרים, אף בטרם התרחשותם, הרי שתפקידו העיקרי של בית המשפט הוא להכריע בסוגיות הטעונות הכרעה בעניין שלפניו, ותוכן ההלכה הנגזרת מהכרעתו נוצק על-בסיס נסיבות העניין (ראו: אהרן ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית 47 (1992)). טבעה של הלכה שיפוטית שהיא מתפתחת אפוא ממקרה למקרה; מדובר ב"תהליך מתמיד של התהוות משפט חדש בדרך האינדוקציה מן הפרט אל הכלל, על-ידי הפיכת שאלות של עובדה לשאלות של חוק" (משה לנדוי "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט" משפטים א 292, 293 (1969)).

8. ואכן, בעניין טרוים מילר עילת התביעה לא התבססה על הוראות קוגנטיות מחוק הגנת הצרכן, ולמרות זאת, קבענו כי תניית ברירת הדין שם מקפחת. ואולם, הכרעתי בעניין טרוים מילר התבססה על נסיבות המקרה הקונקרטי, תוך הבחנה בינן לבין אלו שנדונו בעניין בן חמו. בפרט, בעניין בן חמו התבססה ההכרעה, שלא לפסול מחמת קיפוח את תניית ברירת הדין שם, על האינטרס של המבקשת שם (פייסבוק) לכלכל צעדיה לפי מערכת דינים אחת. ברם, לאחר פסק הדין בעניין בן חמו שינתה פייסבוק את מדיניותה, כך שהיחסים בינה לבין משתמשים-צרכנים שלה החלו להיות מוסדרים לפי דין מקום מושבו של הצרכן. שינוי זה היה בבחינת שיקול עיקרי בהכרעתי בעניין טרוים מילר, להגדיר כמקפחת את תניית ברירת הדין שקבעה פייסבוק, בהינתן שממילא היחסים בינה

לבין צרכניה בישראל הוסדרו לפי הדין הישראלי למעלה מארבע שנים עובר להכרעתנו שם (ראו שם, פס' 15, 32, 35). כך, כאמור, הדגשתי בסוף פסק דיני:

”כעולה מחוות דעתי, הכרעתי מבוססת במידה לא מבוטלת על נסיבות המקרה דנן. ברם, לא ניתן להתעלם מההיבטים העקרוניים של הסוגיה שהתגלגלה לפתחנו. לדידי, לנוכח טיב ורוחב ההשפעות שטמונות בהכרעה עקרונית בהיבטים אלו, הרשות המתאימה לעשות כן היא זו המחוקקת או הרגולטורים הנוגעים בדבר. לנוכח המפורט לעיל, דומה כי הרשויות הרלוונטיות החלו לבחון היבטים רלוונטיים לסוגיה (וראו גם: משרד המשפטים קול קורא – בחינת הסדרת הדין החל על עסקאות צרכניות מול חברות בינלאומיות (22.2.2021)), ואנו קוראים להן להשלים את האסדרה בהקשר הנדון”.

9. לעומת עניין טרוים מילר, במקרה דנן איני סבורה כי אנו נדרשים לפרש בצמצום את פסיקתו של בית משפט זה בעניין בן חמו. כאמור, ענייננו בשאלת תחולתן של הוראות קוגנטיות בחוק הגנת הצרכן, בהנחה שדיני הנוזיקין הישראליים חלים לפי כללי ברירת הדין, ולנוכח קיומה של תניית ברירת דין המפנה לדין זר. לעומת זאת, עניין בן חמו עסק במערכת נסיבות שונה מהותית, לנוכח התבססות עילת התביעה שם על הוראות חוק דיספוזיטיביות (כפי שאף הודגש שם בחוות דעתו של המשנה לנשיאה, ח' מלצר).

10. לסיכום, איני סבורה כי יש מקום בענייננו לקבוע כלל גורף, שלפיו תניית ברירת דין אשר מתנה על תחולת הדין הישראלי, בחוזה אחיד בין תאגיד גלובלי הפועל בישראל לבין צרכנים פרטיים ועסקים זעירים, היא ”מקפחת בהגדרה”. קביעה גורפת זו חולשת לא רק על הוראות חוק קוגנטיות בדין הישראלי, כבענייננו, אלא גם על הוראות חוק דיספוזיטיביות, וממילא לא נדרשת להכרעה במקרה דנן. מעבר לכך, וזה העיקר, מדובר בהכרעה כללית וגורפת אשר כרוכה באיזון בין שיקולי מדיניות כבדי משקל מתוך נקודת מבט רחבה, וככזו מתאימה יותר למעשה חקיקה או הוראות רגולטוריות. זאת, להבדיל מהלכה שיפוטית, אשר תוכנה נגזר מנסיבות המקרה הקונקרטי.

ש ו פ ת

הוחלט כאמור בפסקאות 79-80 לפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף.

ניתן היום, י"ט באייר התשפ"ד (27.5.2024).

שופטת

שופט

שופטת

מרכז מידע, טל' 077-2703333, *3852 ; אתר אינטרנט, <https://supreme.court.gov.il> אב 22069920_y07.docx