

בעקבות רע"א 5860/16 פייסבוק נ' בן חמו: תניות ברירת דין בחוזים צרכניים בין-לאומיים והיקף תחולת דיני הגנת הצרכן

מאת

ניצן אלגאוי*

פסק הדין בעניין פייסבוק נ' בן חמו סימן מהפכה בתחום הגנת הצרכן והמשפט הבין-לאומי הפרטי. מאז 2015 התדפקו על דלתות בתי המשפט בישראל צרכנים ולקוחות אשר ביקשו להיפרע מחברות בין-לאומיות על עוולות שביצעו לכאורה, בעיקר על ידי תובענות ייצוגיות. מנגד, אותן החברות כפרו בתביעות, בין השאר בטענה שיש לאכוף את תניות ברירת הדין המגבילות את האפשרות לתבוע אותן רק בהתאם לדין הזר. לאחר שבתחילה בתי המשפט המחוזיים פסלו תניות אלו, הנושא התגלגל לראשונה לבית המשפט העליון בעניין בן חמו. במוקד עמדו לדיון תנאי השימוש שבין פייסבוק ללקוחותיה שקבעו כי דין קליפורניה הוא דין החוזה. הנשיאה חיות קיבלה את טענת פייסבוק וקבעה לראשונה כי יש לדון בתביעות בהתאם לדין החוזה.

מרגע שניתנה הלכת בן חמו, מחזיקות בה החברות הבין-לאומיות ומבקשות לסלק על הסף תביעות שמוגשות נגדן ומבוססות על הדין הישראלי. המבקשים הרבים, ייצוגיים ואישיים כאחד, טרם הצליחו לעמוד בנטל של הוכחת עילת תביעה בדין הזר ובזמן קצר הלכה הלכת בן חמו והפכה למכשיר לחיסול תובענות בתחום הגנת הצרכן. כך נוצר כלל חדש במשפט הישראלי, ולפיו תובע המבקש להיפרע מתאגיד זר יידרש לתבוע לפי הדין הזר בהתאם לבחירת התאגיד. למעלה מזאת, התקבלה התפיסה שתניות ברירת דין מאפשרות להתנות על הוראות קוגנטיות בדין הישראלי, ובהן הוראות חוק הגנת הצרכן. ברם, בעת האחרונה התחילו לנשוב רוחות של שינוי ונדמה כי לאחר ארבע שנים בהן שלטה בכיפה הלכת בן חמו, המטוטלת שבה ומתנדנדת לעבר פסילה גורפת של תניות ברירת דין והחלת הדין הישראלי.

מטרת מאמר זה היא לערוך דיון סדור ושיטתי בענפי המשפט המעורבים בעניין בן חמו - דיני החוזים האחידים, דיני התובענות הייצוגיות ובעיקר המשפט הבין-לאומי הפרטי, הבולט בהיעדרו מפסק הדין. המאמר יצביע על כשלי הדין הישראלי הנוכחי, הרוותם את העגלה לפני הסוסים, ובוחן את ברירת הדין באמצעות מבחן הקיפוח שבחוק החוזים האחידים הישראלי. כפי שאראה, בחינה זו מסיטה את בתי המשפט מהשיקולים הרלוונטיים לבחינת הדין החל, ומביאה לידי הגדרת היקף תחולה לקוי של דיני הגנת הצרכן הישראליים, ולהכבדה ניכרת בעלויות דיוניות. במקומה, אציע להתקין כללים, בהשראת הכללים הקיימים באיחוד האירופי, לבירור הדין החל. כללים אלו יעצבו את המסגרת המשפטית הנדרשת כדי להכריע בשאלה האם להחיל את דין מקום מושבו של הצרכן, או את הדין הזר המופיע בתניית ברירת הדין.

* בוגר תואר ראשון במשפטים ותלמיד לתואר מוסמך, האוניברסיטה העברית בירושלים. יסודו של מאמר זה בעבודה סמינריונית שהוגשה במסגרת הקורס "דיני חוזים צרכניים" בהנחיית פרופ' איל זמיר בשנת הלימודים התשפ"א (2021-2020). תודתי נתונה לפרופ' איל זמיר על הערותיו. כמו כן, אני מודה לפרופ' סיליה פסברג על הערותיה המועילות ותמיכתה בעבודה על המאמר. תודה מקרב לב נתונה גם לאנשי משרד המשפטים ממחלקת ייעוץ וחקיקה (אזרחי) אשר פתחו עבורי את הצהר למחקר זה, וכן לחברי מערכת חוקים ולקורא החיצוני, שהערותיהם תרמו רבות לשיפור המאמר.

תוכן עניינים

1.	מבוא	3
2.	חוזים צרכניים במסחר מקוון בין-לאומי	4
3.	החקיקה הצרכנית ותניות ברירת הדין	7
א.	חוק החוזים האחידים וחוק הגנת הצרכן	7
i.	תחולת החוקים	7
ii.	תניות מקפחות בחוק החוזים האחידים	8
ב.	משפט בין-לאומי פרטי - ברירת הדין	9
4.	הלכת בן חמו	12
א.	תקופה I (2015 – 2018) : הדין בטרם הלכת בן חמו - פסק הדין בעניין קלינגהופר	12
ב.	הלכת בן חמו	13
ג.	תקופה II (2018 - 2022) : הלכת בן חמו כמכשיר לחיסול תובענות צרכניות	17
ד.	תקופה III (2022 ואילך) : נסיגה מהלכת בן חמו	21
ה.	סיכום ביניים	24
5.	ניתוח הלכת בן חמו והשלכותיה	25
א.	הצדקות נורמטיביות – חוזים צרכניים והמשפט הבין-לאומי הפרטי	25
ב.	הלכת בן חמו בראי ההצדקות	29
ג.	מבחן הקיפוח ככלל ברירת דין בחוזים צרכניים	32
i.	השלכות מעשיות	32
ii.	השלכות דיוניות	33
iii.	קשיים מתודולוגיים	35
6.	היקף התחולה של דיני הגנת הצרכן	36
א.	לקראת הסדר חדש	36
ב.	המסגרת התיאורטית	37
ג.	משפט משווה	39
ד.	הצעה לדין ראוי	42
7.	סוף דבר	46
8.	נספח - טבלת פסקי הדין	47

1. מבוא

בעשרות השנים האחרונות התפתחה וגדלה הכלכלה הגלובלית למימדים חסרי תקדים, שהובילו למציאות המכונה 'המסחר המקוון'.¹ בכל יום ובכל שעה מתרחשות עסקאות מסביב לעולם, המוסדרות באמצעות חוזים אחידים המכוננים את היחסים המשפטיים שבין לקוחות לספקים בין-לאומיים. אולם בניגוד לספקים רגילים, חברות בין-לאומיות רבות מחזיקות לא פעם בכח שוק יוצא דופן, המתאגר לא רק פרטים, אלא גם מדינות. אלו אחראיות על ניסוח החוזים האחידים המעניקים להן את היכולת להכתיב ללקוחות את תנאי החוזה, ולעיתים לנצל זאת בשביל לגרוח רווח על חשבונם.

בהקשר הבין-לאומי, שתי תניות נפוצות במיוחד. תניות שיפוט המגדירות את הסמכות הבין-לאומית לשיפוט בעניינם של הצדדים, ותניות ברירת דין המגדירות את הדין שיחול בדיון בתביעה של אחד הצדדים. תניות אלו, המצויות כמעט בכל חוזה מסחרי בעסקאות חוצות גבולות, מאתגרות במיוחד כאשר מדובר בחוזה צרכני. למעשה, החברות הבין-לאומיות מנצלות את הסמכות הלקוחות ופערי הכוחות על מנת להכניס לחוזים תנאים חד-צדדיים שמעניקים להן יתרון על פני הלקוחות. למול הסכמה לכאורה זו, וכדי לתקן את כשלי השוק שנוצרו במערכת היחסים שבין החברות והצרכנים, התקינו במשך השנים מדינות רבות רגולציה לשם הגנת הצרכן.² עם זאת, בדין הישראלי מעטות ההוראות המגדירות היקף התחולה של הרגולציה הצרכנית ביחס לחברות בין-לאומיות.

פער זה בולט מיוחד בשנים האחרונות, ובייחוד מעת שניתנה הלכת **בן חמו**. החברות הבין-לאומיות מערערות פעם אחר פעם על סמכות הריבון המקומי לדון בעניינן, וכן על תחולתו של הדין המקומי על העסקאות שהן עורכות אל מול הלקוחות, תושבי הריבון המקומי.³ למול אתגרים אלו, בתי המשפט נושאים עיניהם להלכת **בן חמו**. לפי ההלכה, דרך הבחינה של תניות ברירת דין עוברת תחת שבט מבחן הקיפוח שבחוק החוזים האחידים, התשמי"ג-1982 (להלן: **חוק החוזים האחידים**).⁴ ברם, כפי שיוצג בהרחבה במאמר זה, הלכת **בן חמו** אינה מספקת את דרך הבחינה הראויה של תניות ברירת דין. במקומה, המאמר יציע מפת דרכים לבחינת תניות ברירת דין המתמקדות בבחינת היקף התחולה של דיני הגנת הצרכן על חברות בין-לאומיות.

המעבר של דיני החוזים הצרכניים מהמרחב הלאומי למרחב הבין-לאומי הוא העומד במתח הבסיסי של מאמר זה. במרחב הבין-לאומי, לא די בדיני החוזים הצרכניים ותוקפם הריבוני, אלא נדרש גם מקור סמכות נוסף. שאלה זו היא עניינו של המשפט הבין-לאומי הפרטי, העוסק באירועים משפטיים עבר-לאומיים (Transnational).⁵ תחום המשפט הבין-לאומי הפרטי קשור בטבורו בכלכלה הגלובלית ותפקידו להסדיר את הבעיות המשפטיות המתעוררות בעסקאות בין-לאומיות בין פרטים, בין חברות וכן בחוזים צרכניים בין ספקים ולקוחות. מאמר זה יתמקד בענף אחד

¹ להרחבה ראו: אמל ג'אברין **דיני מסחר אלקטרוני צרכני** 336-249 (2015) (להלן: ג'אברין).

² איל זמיר "צדק פרוצדורלי וצדק מהותי בדיני חוזים: עושק וכפייה כמקרי מבחן" **עלי משפט** יג 7, 8-16 (2016); אוריאל פרוקציה "תוקפו המחייב של חוזה אחיד כפונקציה של מבנה השוק" **משפטים** ט 25, 26-33 (התשל"ט).

³ Eyal Zamir & Ian Ayres, *A Theory of Mandatory Rules: Typology, Policy, and Design*, 99 TEX. L. REV. (2020) 283, 310-311 (להלן: Zamir & Ayres).

⁴ רע"א 5860/16 **Facebook Inc נ' בן חמו** (נבו 31.05.2018) (להלן: עניין בן חמו או הלכת בן חמו).

⁵ איריס קנאור "משפט בין-לאומי פרטי בעולם גלובלי - ברירת הדין בחוזי צרכנות" **מחקרי משפט לא** 833, 834-839 (2018) (להלן: קנאור).

משלושת ענפי המשפט הבין-לאומי הפרטי, ענף ברירת הדין.⁶ עם זאת, הערות רלוונטיות נוספות מתחום סמכות השיפוט יהוו לעיתים מקור להשוואה באשר לאופן ההסדרה של שני התחומים.

המאמר יחולק לשניים, כאשר שלושת הפרקים הראשונים יציגו בהרחבה את התפתחות ההסדר הנוהג ביחס לתניות ברירת דין בחוזים צרכניים בין-לאומיים. **הפרק הראשון** יציג את עובדות עניין **בן חמו**. הצגת העובדות תחשוף את המתח הטמון במאמר, בין הריבון השואף להגן על תושביו הצרכנים באמצעות רגולציה צרכנית, לבין רצון החברות הזרות לשלוט בדין החוזה. לצד זאת, מוקמו ענפי המשפט הרלוונטיים לדיון בהסדר הצרכני הבין-לאומי שבמרכזו מוצבות תניות ברירת הדין. **הפרק השני** יתאר את הרובד הנורמטיבי בחקיקה הצרכנית הרלוונטי לתניות ברירת הדין. לאחריו, אנתח את הדין הנוהג במשפט הבין-לאומי הפרטי בנושא ברירת הדין בחוזים. **הפרק השלישי** יציג לראשונה את ההסדר שיצרה הלכת **בן חמו**. מסביבו, הפרק יספק סקירה דסקריפטיבית של פסיקת בתי המשפט בנושא תניות ברירת דין בחוזים צרכניים בין-לאומיים, ויציב את סימני השאלה שעליהם המשך המאמר ינסה לספק מענה. הסקירה תחולק לשלוש תקופות: (1) בטרם הלכת **בן חמו** ועד אשר ניתנה במאי 2018; (2) מאז שניתנה ועד אמצע שנת 2022, המועד בו ניתנו פסקי הדין בעניינים **אגודה ו-מילר**, בהם התייצב היועץ המשפטי לממשלה; (3) מעניינים אלו ועד עתה. בתום הסקירה, יסוכם הדין הנוהג כיום בבתי המשפט בישראל ביחס לתניות ברירת דין.

חלקו השני של המאמר יעמיק בביקורת הנורמטיבית על הלכת **בן חמו**, אשר תהווה תשתית להצעות להתקנת דין ראוי ומתאים יותר. **הפרק הרביעי** יתמקד בביקורת. בתחילתו יפורטו ההצדקות להתערבות בתניות ברירת דין בחוזים אחידים, ובהמשך יוצגו הביקורות על הלכת **בן חמו**. **הפרק החמישי** יוקדש לפתרונות, ויפרוס מפת דרכים תיאורטית ומעשית להגדרת התחולה של דיני הגנת הצרכן בישראל, באמצעות מחקר השוואתי לפתרונות המצויים בשיטות משפט זרות, ובייחוד באיחוד האירופי.

2. חוזים צרכניים במסחר מקוון בין-לאומי

עובדות פרשת **בן חמו** מעוררות את מורכבותן של השאלות שהמאמר מבקש לענות עליהן. בשנת 2016 פייסבוק (המוכרת כיום כ-Meta) נתבעה בתביעה ייצוגית על סכום המוערך בכארבע מאות מיליון דולר, בשל פגיעה לכאורה בפרטיות לקוחותיה, בעת שקראה ואגרה את ההודעות ששלחו התובעים ברשת החברתית, בניגוד להוראות חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. מנגד, טענה פייסבוק כי לבתי המשפט בישראל אין הסמכות לדון בעניינה, וכן כי דין ישראל אינו חל על התביעה, אלא דין קליפורניה. פייסבוק התבססה בטעוניה על החוזה האחיד שעליו חתמו לקוחות פייסבוק, ובו הסכימו כי דין קליפורניה הוא שיחול על היחסים בין הצדדים, וכן כי כל תביעה בין הצדדים תתברר בבתי המשפט בקליפורניה.⁷

הנושא המרכזי הנדון בעניין **בן חמו** הוא החוזה האחיד המכתיב את מערכת היחסים שבין פייסבוק ללקוחותיה בשיטת הכל או כלום ("take it or leave it"). חוזים אחידים דומים מסדירים את מערכות היחסים בין כל חברה ללקוחותיה, ולמעשה הכלכלה המודרנית כולה מבוססת על חוזים

⁶ סיליה וסרשטיין פסברג **משפט בין-לאומי פרטי** 3-5 (2013) (להלן: פסברג).
⁷ הלכת בן חמו, ה"ש 4 לעיל.

אחידים.⁸ שימוש בחוזים אחידים מצמצם את עלויות העסקה, ומאפשר לחברות להציע עסקאות בתנאים אחידים כלפי "כולי עלמא", כפשוטו.⁹ מובן מאליו כי רשת חברתית שחברים בה מיליוני משתמשים לא הייתה יכולה להתקיים לו כל משתמש היה מקיים משא ומתן על תנאי הצטרפותו לרשת.

דה פקטו, החוזה האחיד הסטנדרטי מכונה "תנאי שימוש" (Terms of Use) או "תנאי שירות" (Terms of Service). שכיחותם של חוזים אלו בכלכלה המודרנית זכתה בספרות המחקר לכינוי "Click-Happy",¹⁰ במסגרתו צרכנים מאשרים חוזים מבלי לקרוא אותם, ומבלי להבין את תוכנם.¹¹ בין חוזים אלו ניתן למנות שניים מרכזיים: חוזי "Click-Wrap", בהם המשתמש מסכים לתנאי העסקה באמצעות לחיצה על כפתור "אני מסכים" וחוזי "Browse-Wrap", בהם מסכימים הגולשים מעצם גלישתם באתר לתנאי השימוש,¹² גם מבלי להביע הסכמה מפורשת.¹³ בין הסכמות אלו, מקבלים עליהם המשתמשים את תניית ברירת הדין, אחת התניות השכיחות ביותר בחוזים מסחריים,¹⁴ ואחד מששת הנושאים המרכזיים הנדונים בבתי המשפט בארה"ב בתיקי חוזים אחידים.¹⁵

דיני החוזים הצרכניים נועדו להתמודד עם אתגרים אלו. הנחת המוצא היא שיש פערי כוחות במערכת היחסים שבין צרכנים הדואגים לענייניהם האישיים, לבין חברות הפועלות מול הצרכנים במסגרת פעילותן העסקית.¹⁶ כדי להתמודד עם פערי הכוחות, החקיקה הצרכנית יוצרת הגבלות קוגנטיות המצמצמות את חופש החוזים.¹⁷ בפרט, היא כוללת חובות גילוי במטרה לגשר על פערי

⁸ על ההתפתחות ההיסטורית של דיני החוזים בעידן המודרני ראו: Juliet M. Morringiello & William L. Reynolds, *From Lord Coke to Internet Privacy: The Past, Present, and Future of the Law of Electronic Contracting*, 72 MD. L. REV. 452 (2013).

⁹ עוד על יתרונות השימוש בחוזים אחידים ראו: שמואל בכר וטל זירסקי "על הסדרה ראווה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן" **מחקרי משפט** כה 431, 579-578 (2009) (להלן: בכר וזירסקי).

¹⁰ Robert A. Hillman, *Online Boilerplate: Would Mandatory Web Site Disclosure of E-Standard Terms Backfire?*, in *BOILERPLATE: THE FOUNDATION OF MARKET CONTRACTS* 83, 85-86 (Omri Ben-Shahar ed., Cambridge Univ. Press 2007).

¹¹ על חוסר המודעות של צרכנים לתניות אלו ראו: Yannis Bakos, Florencia Marotta-Wurgler & David R. Trossen, *Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard Form Contracts*, 43 J. LEGAL STUD. 1 (2014); Ian Ayres & Alan Schwartz, *The No-Reading Problem in Consumer Contract*, 66 STAN. L. REV. 545 (2014); Zamir & Ayres, *Law*, 66 STAN. L. REV. 545 (2014). עמ' 296-295.

¹² סוג שלישי של חוזים הם חוזי 'shrink-wrap', בהם התנאים כתובים על גבי האריזה של המוצר ושימוש במוצר מגלם את הסכמת המשתמש לעמידה בתנאים המפורטים בהם, אך אלו אינם חלק מעניינו של מאמר זה. להרחבה ראו: Nathan J. Davis, *Presumed Assent: The Judicial Acceptance of Clickwrap*, 22 Berkeley Tech. L.J. 577, 577-578 (2007) (להלן: Davis).

¹³ את סוגי ההסכמות הללו ניתן לחלק לשניים, קיבול וקיבול בהתנהגות וראו: סעיפים 5-6 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים (חלק כללי)); בכר וזירסקי, הי"ש 9 לעיל, עמ' 443-446.

¹⁴ לפי מחקר אחד מדובר ב-99% מהחוזים המכילים תניית ברירת דין וראו: John F. Coyle & Christopher R. Drahozal, *An Empirical Study of Dispute Resolution Clauses in International Supply Contracts* 52 VANDERBILT JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW 323, 327 (2019); לפי מחקר ישן יותר שהתמקד בהסכמי רישיון למשתמש קצה של חבילות תוכנה הנמכרות באופן מקוון (EULA), 75% מהרישיונות החילו תניות ברירת דין וראו: Florencia Marotta-Wurgler, *'Unfair' Dispute Resolution Clauses: Much Ado About Nothing?*, in *BOILERPLATE: THE FOUNDATION OF MARKET CONTRACTS* 45 (Omri Ben-Shahar ed., Cambridge Univ. Press 2007). בהקשר ישראלי ראו: אלון קלמנט ודפנה קפליוק "חוזים דיוניים" **עיוני משפט** לג 187, 196-195 (2010) (להלן: קלמנט וקפליוק).

¹⁵ Davis, הי"ש 12 לעיל, עמ' 578; חמשת הנושאים הנוספים הם: תניות שיפוט; תניות בוררות; תנאי שימוש בתוכנה; תנאי שימוש בשירות והגבלת אחריות.

¹⁶ סיני דויטש **דיני הגנת הצרכן, כרך א: יסודות ועקרונות** 167-175 (2001) (להלן: דויטש - יסודות ועקרונות).
¹⁷ להרחבה ראו: גבריאלה שלו ואפי צמח **דיני חוזים** 21-56 (2019).

המידע בין הצדדים, הגנות מיוחדות לצרכנים, ולעיתים גם הסדרה של תוכן החוזים עצמם.¹⁸ רוב ההגבלות מלוות בסנקציות מנהליות ופליליות, לצד סעדים אזרחיים.

הנחת מוצא זו ניזונה מתפיסה ציבורית של דיני החוזים. לפי תפיסה זו תוקפו של כל חוזה אינו נובע באופן בלעדי מרצון הצדדים, אלא גם מהכח הריבוני של השלטון שבאמצעות כוחו הכופה מעניק תוקף לחוזה.¹⁹ ברם, תניות ברירת הדין הופכות את הקערה על פיה, שכן הן מבקשת להכפיף גם את בחירת הריבון לרצון הצדדים, ובמקרה הצרכני, רצון הספקים. הבחירה הכפויה בדין זר מבקשת לעקר את יכולת הצרכנים להבין את מצבם המשפטי לאשורו, ובעיקר את יכולתם לאכוף את החוזה או לדרוש תרופות בשל הפרתו. לא זו אף זו, תניות אלו מבקשות לעקר גם את יכולת הריבון להתערב בשם הצרכנים ולנהל "משא ומתן" עם הספקים באמצעות קביעת כללי המשחק במסגרת הרגולציה הצרכנית.

מן הסתם, פערי הכוחות גדלים אף יותר כאשר מדובר בענקיות האינטרנט והטכנולוגיה, בהובלת קבוצת חברות ה-"GAMAM" (Google, Apple, Meta, Amazon & Microsoft), משווקות את מרכולתן ברחבי העולם, אף שמקום מושבן המרכזי הוא במספר ערים בארה"ב. משם, הן מגיעות על כנפי רשת האינטרנט לכל נקודה על פני הגלובוס.²⁰ ברם, גודלן, כוחן ועוצמתן של חברות אלו, יחד עם אופי פעילותן הבין-לאומי, מעוררים אתגרים רגולטוריים לרשויות במדינות רבות. רשויות התחרות מתקשות להתמודד עם שליטתן בשוק שירותי האינטרנט, רשויות המיסים מתקשות לגבות את המיסים המגיעים להן מכח פעילות ענקיות אלו תחת ריבונותן, ורשויות הגנת הצרכן מתקשות בניסיון לאכוף ולקנוס חברות בין-לאומיות על עבירות צרכניות.²¹ לכל אלו מצטרפים אתגרים נוספים בהגנה על זכויות אדם כגון חופש הביטוי והזכות לפרטיות.²² בשורה התחתונה, מדובר באתגר של ריבונות. חייהם של רבים נערכים כיום על גבי המסך המקוון והקרוב הריבוני על השליטה במסכים כבר בעיצומו.²³

אולם, תיאור זה אינו מצליח להכיל את המורכבות המתעוררת בסוגיית הדין החל. הנחת המוצא של המשפט הבין-לאומי הפרטי מנוגדת להנחת המוצא של דיני החוזים הצרכניים. לפי הראשונה, ברירת הדין נעשית באמצעות כללים רב-צדדיים מנקודת מבט פלורליסטית המתעלמת מן ההכרעות הערכיות בדינים המתחרים.²⁴ המשפט הבין-לאומי הפרטי מכבד את הגורם הזר המביא עימו בפעולתו הבין-לאומית מטען חברתי-תרבותי שונה ולעיתים מנוגד למערך הנורמות החברתיות

¹⁸ Zamir & Ayres, ה"ש 3 לעיל, עמ' 289-301; סיני דויטש "דיני הצרכנות בישראל: קווי מיתאר" מאזני משפט א 11, 90-89 (2000) (להלן: דויטש – דיני הצרכנות בישראל).

¹⁹ (1993) 53, 585-586 Harv. L. Rev. 46, Morris R. Cohen, *The Basis of Contract*, (להלן: Morris Cohen); אפי צמח ועמרי בן-צבי "פרשנות חוזים: תאוריה ופרקטיקה (בשולי ע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ)" משפטים נא 121, 149-151 (2021); סיני דויטש "דיני החוזים הצרכניים מול דיני החוזים המסחריים" עיוני משפט כג(1) 135, 176-179 (2000).

²⁰ בישראל עצמה נהנות הענקיות משוק רווחי שההכנסה ממנו גבוהה מההכנסה הממוצעת בהשוואה לשווקים מקבילים בעולם וראו: נעם בוטוש, בת חן רוטנברג ומאיר אזנקוט מחוקקים ברשת: הכנסת, ענקיות האינטרנט והאזרח הקטן (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2018).

²¹ שם; מבקר המדינה דו"ח שנתי 69א, 209-259 (2018) <https://www.mevaker.gov.il/sites/DigitalLibrary/Pages/Reports/246-5.aspx>; דפנה רבן ואיריס סורוקר "מונופולזציה בצבעי הסוואה" מחקרי רגולציה ב 101 (2020); תמר אינדיג ומיכל גל "דוקטרינת ההשפעות כבסיס לתחולה חוץ-טריטוריאלית של חוק התחרות" עיוני משפט מה 317 (2022) (להלן: אינדיג וגל).

²² להרחבה ראו: Daniel Susser, Beate Roessler & Helen Nissenbaum, *Online Manipulation: Hidden Influences In A Digital World*, 4 Geo. L. Tech. Rev.1 (2019).

²³ Christopher LeBlanc, *Land of the free market: U.S. companies continue to enjoy greater legal protection than consumers*, 24 SUFFOLK J. TRIAL & APP. ADVOC., 94 (2018) ראו למשל: אסתר חיות "גבולות המשפט" 185, 187-189 ספר אדמונד לוי (אוהד גורדון עורך, 2017).
²⁴ פסברג, ה"ש 6 לעיל, עמ' 468.

המקומי. למעשה, תפקידו של המשפט הבין-לאומי הפרטי הוא להעניק כלים לבחינת סובלנותה של שיטת משפט אחת לרעותה. כאן בולטת ההשוואה לדיני החוזים הצרכניים. בעוד שאלו פועלים באופן 'פטרנליסטי-אימפריאליסטי', באמצעות הפעלת הכח הריבוני וכפיית תנאי החוזה, המשפט הבין-לאומי הפרטי מקדם פלורליזם.²⁵ כפי שנראה בהמשך, בנקודה זו בדיוק משתקפת אחת המחלוקות העיקריות בין שופטי בית-המשפט העליון.²⁶

על אף כל זאת, עד היום החקיקה הצרכנית בישראל טרם השכילה להתמודד במישרין עם רבים מאתגרי השעה בנושא המסחר המקוון. ב-1983 הוסדרו "עסקאות מכר מרחוק", נקבעו בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: **חוק הגנת הצרכן**) חובות גילוי מסוימות, וכן הוענקה לצרכנים זכות החרטה לבטל עסקת מכר מרחוק.²⁷ אך מלבד הוראות אלו, אשר נחקקו זמן רב בטרם החל להתפתח המסחר המקוון, לא חוקקו בישראל הוראות מיוחדות ביחס לעסקאות צרכניות מקוונות.²⁸

לבסוף, יש לצרף לדיונונו ענף משפטי נוסף המעורב בדיני החוזים הצרכניים הבין-לאומיים מן הבחינה הפרוצדוראלית, ענף התובענות הייצוגיות. רבות מן התביעות הצרכניות, ובפרט עניין **בן חמו**, מוגשות תחת מעטפת התובענה הייצוגית. למעלה מכך, החקיקה בישראל מעודדת הגשה של תובענות ייצוגיות צרכניות והן כלי משמעותי למימוש זכויות צרכניות. מחקר של הרשות השופטת בישראל מצא שרוב התובענות הייצוגיות המוגשות בישראל הן תביעות צרכניות. מכאן חשיבותה ומרכזיותה של התובענה הייצוגית בדיני החוזים הצרכניים והיא תלויה את מהלך הדיון כולו.²⁹

3. החקיקה הצרכנית ותניות ברירת הדין

א. חוק החוזים האחידים וחוק הגנת הצרכן

i. תחולת החוקים

במהותם, דיני הגנת הצרכן הם דינים קוגנטיים.³⁰ הן חוק הגנת הצרכן והן חוק החוזים האחידים הם חוקים קוגנטיים,³¹ אולם בעוד הראשון מצהיר במפורש על תחולתו הקוגנטית, השני מסתפק בציון המקרים בהם אינו חל, מתוך ההנחה שהוא חל בכל מקרה אחר.³²

ברם, שני החוקים נבדלים באופן תחולתם. ראשית, חוק החוזים האחידים הוא בעל תחולה רחבה יותר וחל על כל התקשרות שבין ספק ולקוח, אף אם מדובר בהתקשרות בין בעלי עסקים. החוק חל בהינתן ספק אשר מכתוב את תנאי העסקה למספר לקוחות רב, מבלי להתחשב באופיו או באישיותו

²⁵ איריס קנאור "אימפריאליזם שיפוטי: סמכות בינלאומית ודוקטרינת הפורום הלא נאות - עיון מחדש" **עלי משפט** ט 205, 208-205 (2011).

²⁶ הלכת בן חמו, ה"ש 4 לעיל, פסי' 9 ו-43 לפסק דינה של הנשיאה חיות; רע"א 1901/20 **טרוים מילר בע"מ נ' Facebook Ireland limited**, פסי' 33 לפסק דינו של השופט הנדל, ומנגד פסי' 41 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (נבו 26.07.2022) (להלן: עניין מילר).

²⁷ סעיף 14 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן). להרחבה ראו: שמואל בכר וטל זירסקי "זכות הביטול בעסקאות צרכניות: רגישות מוצדקת או נצחון פירוס?" **עיוני משפט** לב 127, 145-148 (התשי"ע) (להלן: בכר וזירסקי זכות החרטה); לפי מחקר אמפירי רק 0.0225% מהצרכנים אכן עושים שימוש בזכות החרטה וראו: סיני דויטש "זכות הצרכן לחרטה מעסקה: הצדקות, היסטוריה חקיקתית וניתוח כלכלי" **שערי משפט** ט 121, 151 (2017).

²⁸ להרחבה ראו: גיאברין, ה"ש 1 לעיל, עמ' 765-769.

²⁹ חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות); קרן וינשל-מרגל ואלון קלמנט "יישום חוק תובענות ייצוגיות בישראל - פרספקטיבה אמפירית" **משפטים** מה 709, 729 (2016) (להלן: וינשל-מרגל וקלמנט).

³⁰ Zamir & Ayres, ה"ש 3 לעיל, עמ' 289-301; דויטש - דיני הצרכנות בישראל, ה"ש 18 לעיל.

³¹ סעיף 36 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; ע"א 825/88 **ארגון שחקני הכדורגל בישראל - עמותה נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל**, פ"ד מה(89), פסי' 14 לפסק דינו של השופט שמגר (1991); ע"א 9323/04 **מיצר לפיתוח נ' שותפות בנין 17 מתחם 5**, פסי' 24 לפסק דינו של השופט לוי (נבו 23.07.2006); אורנה דויטש **מעמד הצרכן במשפט** 337 (2003).
³² סעיף 23 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן: חוק החוזים האחידים).

המשפטית של הלקוח.³³ לעומתו, חוק הגנת הצרכן חל רק במערכת היחסים שבין לקוח פרטי לעסק, זאת גם כאשר ההתקשרות נעשית ללא חוזה אחיד, ואף ללא כל חוזה כתוב.³⁴

כמו כן, החוקים מתערבים בשלבים שונים של העסקה. חוק החוזים האחידים פועל דקלרטיבית, במועד שבו התקשרו הצדדים בחוזה, ולא במועד הגשת התביעה. הנחת היסוד של החוק היא שלא התקיים כלל משא ומתן, ולכן מצב הלקוחות זהה למי שרצונם היה פגום בעת כריתת החוזה.³⁵ לעומתו, חוק הגנת הצרכן קובע הוראות המגדירות את כללי העסקה, וקובע סנקציות על היעדר עמידה בכללים אלו. לדוגמא, בין ההוראות השונות נמצא גם כלל ייחודי בנוגע לחוזה אחיד הקובע שיש לצרף לחוזה אחיד מסמך נפרד המפרט את התנאים המהותיים בעסקה.³⁶

הבדל משמעותי נוסף נעוץ בייעודים השונים של שני החוקים. הוראותיו הקוגנטיות של חוק הגנת הצרכן חלות במקביל לכל עסקה הנכנסת לגדרי תחולת החוק, יחד עם תנאי העסקה עצמה. כך למשל, אף אם הספק מתנה את העסקה בהעדרה של זכות חרטה, דין התניה להתבטל משום שהיא סותרת במפורש תניה קוגנטית המופיעה בחוק הגנת הצרכן.³⁷ להבדיל, חוק החוזים האחידים מספק שכבת הגנה נוספת המיועדת להגן על לקוחות מתניות שהוגדרו על ידי הספק ואינן סותרות חזיתית הוראות קוגנטיות מפורשות. פרופ' זמיר הבהיר כי חוק החוזים האחידים אינו מאפשר התניה על הוראות קוגנטיות כמו הוראות חוק הגנת הצרכן. לראיה, פסקה 14(1) רישא קובעת חזקת קיפוח לגבי תניות פטור הפטורות או מסייגות מאחריות שהייתה מוטלת על הספק "על פי דין". ברי כי כוונת המחוקק לדין דיספוזיטיבי, שהרי אם התניה הייתה מנוגדת לדין קוגנטי, היא הייתה בטלה מעיקרה כבר מתוקף היות הדין קוגנטי, מבלי להיזדקק לחוק החוזים האחידים.³⁸

ii. תניות מקפחות בחוק החוזים האחידים

חוק החוזים האחידים נפתח בהכרזה חגיגית כי מטרתו "להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים".³⁹ ההכרזה אינה דקלרטיבית בלבד, ומטרתה להנחות את אופן פרשנות ויישומן, לא רק במטרה להתגבר על כשלי שוק אלא גם כחוק מגן פרו-צרכני.⁴⁰

מאז חקיקת החוק, בעת בחינת תניה מקפחות בחוזה אחיד, עורכים בתי המשפט בחינה דו-שלבית. בשלב הראשון, יבחן בית המשפט האם התניה היא תניה מקפחת בשלושה שלבי משנה, בהתאם לסעיפים 3-5 לחוק, מהסוף להתחלה. סעיף 5 קובע שני תנאים, שאם נכללו בחוזה אחיד יהיו בטלים מעיקרם. הראשון שבהם, סעיף 5(א), הוא תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות

³³ סעיף 2 לחוק החוזים האחידים.

³⁴ סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן: "צרכן" - מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי".

³⁵ ורדה לוסטרוויז וטנה שפניץ **חוזים אחידים** 55-56 (תשנ"ד) (להלן: לוסטרוויז ושפניץ); השוו: הלכת בן חמו, ה"ש 4 לעיל, פס' 25 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

³⁶ סעיפים 4 ו-22(א) לחוק הגנת הצרכן. אם הופר התנאי, רשאי הממונה על הגנת הצרכן להטיל עיצום כספי. בכר זורסקי זכות החרטה, ה"ש 27 לעיל.

³⁷ איל זמיר **פירוש והשלמה של חוזים** 38-40 (1996) (להלן: זמיר פירוש והשלמה).

³⁸ סעיף 1 לחוק החוזים האחידים; הצעת חוק החוזים האחידים, התשמ"ב-1982, ה"ח 28; לוסטרוויז ושפניץ, ה"ש 35 לעיל, עמ' 17.

⁴⁰ שם, עמ' 18; איל זמיר, מרדכי א' ראבילו וגבריאלה שלו **הפירוש הקצר לחוקים במשפט הפרטי** 320 (1996) (להלן: זמיר, ראבילו ושלו); ההכרזה גם נוצרה בעת חקיקתו השנייה של החוק, בהקשר זה, על אופן התפתחות חוק החוזים האחידים ראו: Eyal Zamir & Tal Mendelson, *Three Modes of Regulating Price Terms in Standard-Form Contracts - The Israeli Experience*, in CONTROL OF PRICE RELATED TERMS IN STANDARD FORM CONTRACTS 429, 433-434 (Atamer Y., Pichonnaz eds., 2020); רעות אופק "1964 - המחוקק הלך בדרך שלו: על החלוציות המרוסנת של חקיקת חוק החוזים האחידים בשנת 1964" **שורשים במשפט** 191 (דינה זילבר עורכת, 2020) (להלן: אופק); סיני דויטש "חוק החוזים האחידים: כישלון ולקחים לעתיד" **מחקרי משפט א** 62, 126-125 (תש"ם) (להלן: דויטש - כישלון ולקחים לעתיד).

משפטיות.⁴¹ סעיף 4 קובע תנאים שאם נכללו בחוזה אחיד חזקה עליהם שהם מקפחים, וניתן לבטלם ככל שהספק לא סתר את חזקת הקיפוח, על פי אמות המידה הקבועות בסעיף 3 לחוק. ההצדקה להעברת הנטל כמעט אינטואיטיבית, שהרי מנסח התניות הוא המסוגל להסביר ולבאר אותן.⁴² בין התנאים הללו מצוי גם סעיף 4(8) רישא, הקובע כי חזקה על תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסוימות בערכאות משפטיות שהוא תנאי מקפת. אומנם, החזקה אינה קובעת במפורש מסמרות בנוגע לתניות ברירת דין, אך מקובל לפרשה כמתייחסת אליהן כתניות המגבילות את יכולות הלקוח להשמיע טענות מסוימות שמקורן בדין הזר.⁴³ כבר עתה, חשוב להבחין בכפילות שיצרה החקיקה בין סעיפים 4 ו-5, בכל הנוגע לתנאי השולל או המגביל את זכות הגישה לערכאות, ואכן, עם חקיקת החוק, טענו המלומדים שיש לפרש את סעיף 5(א) בצמצום. פרופ' שלו ראתה בכך את יישום הכלל של הוראות ספציפיות הגוברות על הוראות כלליות.⁴⁴

לבסוף, סעיף 3 קובע שבית המשפט רשאי לבטל או לשנות תנאי שיש בו משום קיפוח לקוחות. עם זאת, בניגוד לסעיף 4, כאן הנטל להוכיח את הקיפוח רובץ על כתפי הלקוח. מכל מקום, העיקר חסר מן הספר, והחוק נעדר הגדרה של המושג "קיפוח". במשך השנים יצקו בתי המשפט תוכן למושג באמצעות מבחני משנה. מבחן מקובל אחד הוא מבחן ההגיונות והסבירות, הבוחן אם תנאי מסוים חורג מהתפיסות המוסריות והחברתיות הקיימות בחברה.⁴⁵ מבחן אחר הוא מבחן מכלול תנאי החוזה ונסיבות אחרות, הקובע כי אין בוחנים את התנאים המקפחים בפני עצמם אלא כחלק ממכלול חוזי.⁴⁶ אלו מרכיבים את סטנדרט הקיפוח שיצר סעיף 3 המקנה שיקול דעת רחב לבית המשפט.

לאחר תלאות השלב הראשון, בשלב השני דינן של התניות מוכרע, קרי בטלות לפי סעיף 5 או ביטול ושינוי בהתאם להוראות סעיף 19. במקביל, סעיף 20 לחוק מורה כי כאשר נטענת טענת תנאי מקפח בחוזה אחיד בפני בית המשפט, עליו להודיע על כך ליועץ המשפטי לממשלה, על מנת שזה יוכל לשקול אם להתייצב ולהביע את דעתו בבית המשפט בדבר טענת הקיפוח.⁴⁷

ב. משפט בין-לאומי פרטי - ברירת הדין

חוק הגנת הצרכן וחוק החוזים האחידים, בהם דנו עד כה, שותקים ביחס לתחולתם למול כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי.⁴⁸ שתיקה זו מנעה לרוב את הצטלבות דרכיהם של דיני החוזים הצרכניים והמשפט הבין-לאומי הפרטי - עד עתה.

ראשית, יש לאבחן את כללי ברירת הדין מכללי סמכות השיפוט. במשפט הבין-לאומי הפרטי מקובל לומר שההנחה שיש להצדיק את החלת דין הפורום בשל קיומה של סמכות שיפוט, היא חסרת כל בסיס. זיקה עניינית מקרית של אחד הצדדים לפורום מסוים אינה מצדיקה את החלתו של דין

⁴¹ סעיף 5(א) לחוק החוזים האחידים.

⁴² לוסטהוויז ושפניץ, הי"ש 35 לעיל, עמ' 82-80; גבריאלה שלו **דיני חוזים** 640 (התשי"ן) (להלן: שלו התשי"ן).

⁴³ לוסטהוויז ושפניץ, הי"ש 35 לעיל, עמ' 416-417; ת"א (מחוזי מר') 10-05-14281-05 **גולדשמיט נ' טי, גי, אי, השקעות נדל"ן**, עמ' 60 לפסק דינו של השופט שינמן (נבו 30.04.2015).

⁴⁴ שלו התשי"ן, הי"ש 42 לעיל, בעמ' 641; לוסטהוויז ושפניץ, הי"ש 35 לעיל, עמ' 98.

⁴⁵ ע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א נ' קסטנבאום** (מו' 2) 464, 527-526 (1992) (להלן: עניין קסטנבאום); זמיר, ראבילו ושלו, הי"ש 40 לעיל, עמ' 324.

⁴⁶ השו" : עניין בן חמו, הי"ש 4 לעיל, פסי' 20-23 לפסק דינה של הנשיאה חיות; ת"א (מחוזי ת"א) 17-04-23156 **פלוני נ' קלאב מדיטראנה (ישראל)**, פסי' 21 לפסק דינו של השופט בכר (נבו 31.01.2019) (להלן: עניין קלאב מד).

⁴⁷ סעיפים 5, 19 ו-20 לחוק החוזים האחידים.

⁴⁸ השו" למשל להוראות הפרק השביעי בחוק הירושה, התשכ"ה-1965.

הפורום, שלרוב אינו מעורב כלל בהתקשרות שבין הצדדים.⁴⁹ לכן, אף שבהקשר של קביעת סמכות השיפוט בתחומי הגנת הצרכן, הפסיקה היא יחסית קונסיסטנטית ופרו-צרכנית, אין בכך כדי להשפיע על ברירת הדין, לכל הפחות באופן ישיר.⁵⁰

אף על פי כן, כללי הסמכות משפיעים גם הם על ברירת הדין.⁵¹ במשפט הבין-לאומי הפרטי ההנחה הרווחת היא שהפורום לא יכול לסבול סדרי דין זרים, ולכן יש להחיל את דין הפורום על עניינים פרוצדוראליים. לפיכך, במידה ויש להחיל דין זר, הוא יחול כדין מהותי בלבד. עם זאת, ההבחנה בין מהות לפרוצדורה היא הבחנה קשה ולפיכך התגלעו בעבר מחלוקות על החלת דין הפורום.⁵²

מכל מקום, הסדרת דין החוזה נעשית באמצעות בחינת כללי ברירת הדין בדיני חוזים. במאה ה-19 בארצות המשפט המקובל ראו את דין החוזה כדין מקום כריתתו של החוזה מתוך תפיסה של ריבונות טריטוריאלית שבה הריבון מסדיר את ההתנהגות בשטחו. הצדקה נוספת להחלת דין מקום כריתת החוזה הייתה תפיסתו כביטוי עקיף לרצון הצדדים. לקראת מחצית המאה ה-20, עברו בתי המשפט לבחון את דין החוזה באמצעות בחינה מדוקדקת וישירה של רצון הצדדים.⁵³

לגופה, הבחינה נערכת בשלושה שלבים. בשלב הראשון, מנסים לאתר בחירה מפורשת של הצדדים. בהיעדר בחירה מפורשת, בשלב השני, יבחן בית המשפט אם קיימת בחוזה בחירה משתמעת המעידה על רצון הצדדים. לשני שלבים אלו יש המתאייחסים כשלב אחד המכונה "דין החוזה הסובייקטיבי". בשלב השלישי, וככל שהחוזה שותק לגבי דין החוזה, יעבור בית המשפט למבחן מרב הזיקות, ויתור אחר סממנים אובייקטיביים המצביעים על "שיטת המשפט בעלת הקשר הקרוב והמצויאותי ביותר לחוזה" שהיא גם "דין החוזה האובייקטיבי". זאת מתוך תפיסה שצדדים סבירים היו בוחרים בדין זה, לו היו חושבים על כך.⁵⁴

בפועל, בישראל מרבית כללי ברירת הדין הם יצירי פסיקה. המשפט הישראלי קלט את כללי המשפט המקובל, וכיום ההלכה השולטת בברירת הדין בדיני חוזים היא הלכת **קו לעובד** אשר הטמיעה את הבחינה התלת-שלבית.⁵⁵ ברם, ביחס לשאלות ספציפיות יותר, כללי ברירת הדין בחוזים קובעים לעיתים כללים מיוחדים. למשל, בחינת כשרות הצדדים לכרות חוזה נעשית באמצעות דין מקום

⁴⁹ פסברג, ה"ש 6 לעיל, עמ' 85-86.

⁵⁰ הפסיקה קובעת כי ראוי שחברה זרה המתקשרת עם צרכנים ישראלים תצפה להיתבע מצידם בארץ מושבם. להרחבה ראו: רע"א 2737/08 **ארבל נ' TUI AG**, פ"ס 19 לפסק דינו של השופט דנציגר (נבו) 29.01.2009; ת"צ (מחוזי ת"א) 09-16-23241 **HOTELS.COM נ' סיליס**, עמ' 12 לפסק דינו של השופט שילה (נבו) 21.06.2017; ת"צ (מחוזי מ"ר) 06-15-18509 **בן דוד נ' 012 סמייל טלקום**, פ"ס 13-21 לפסק דינה של השופטת מרב בן-ארי (נבו) 10.04.2019 (להלן: עניין טלקום); ע"א 9725/04 **אשבורן חברה לסוכנויות ומסחר נ' CAE Electroics Ltd**, פ"ס 18 לפסק דינו של השופט גרוניס (נבו) 04.09.2007 (להלן: עניין אשבורן); דברים נוקבים יותר נכתבו בת"צ (מחוזי ת"א) 09-19-27340 **דהאן נ' Apple Inc**, פ"ס 31 להחלטת השופטת ערקובי (נבו) 19.01.2021 (להלן: עניין דהאן): "לטעמי חברות בסדר גודל של אפל, ששולחות זרועות שיווקיות לכל מקום בגלובוס, היה מצופה כי יאפשרו לצרכנים שלהם את הגישה לערכאות שיפוטיות במקומות בהם הן מנהלות את עסקיהן. לא ייתכן לטעמי כי אפל תוכל למכור את מוצריה כאן, אך תטען כנגד סמכותו של בית המשפט לדון בתובענה כלפיה, כאשר היא בעלת יכולת כלכלית, עסקית משפטית שמאפשרת לה ניהול הליכים מקומיים בכל מקום שבו היא עושה עסקים, ונעזרת בכך במיטב משרדי עורכי הדין."

⁵¹ ראוי לציין כי יש שטענו שבין השניים צריך להתקיים קשר הפוך, כך שההכרעה בשאלת ברירת הדין תכתוב את ההכרעה בשאלת הסמכות, אך המשפט הנוהג לא הלך בדרך זו ולהרחבה ראו: מיכאל קרייני **השפעת הליך ברירת הדין על סמכות השיפוט הבינלאומית** 337 (2002) (להלן: קרייני).

⁵² ראו לדוגמא: ע"א 352/87 **גרייפין קורפוריישן נ' כור סחר בע"מ**, פ"ד מד(3) 45 (1990), פסק דינה של השופטת נתניהו; פסברג, ה"ש 6 לעיל, עמ' 451-459; קנאור, ה"ש 5 לעיל, עמ' 845-846.

⁵³ רונה שוז **"על גישת 'מירב הזיקות' במשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי"** מאזני משפט ד 349, 367-370 (2005) (להלן: שוז).

⁵⁴ פסברג, ה"ש 6 לעיל, עמ' 1466-1485.

⁵⁵ שם; בג"ץ 5666/03 **עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים**, סב(3) 264, פ"ס 14-23 לפסק דינו של השופט ריבלין (2007) (להלן: עניין קו לעובד); אולם שם השופט ריבלין החיל את הדין הישראלי, תוך הסתמכות על עקרונות דיני העבודה, עקרונות היסוד של השיטה, תקנת הציבור, זכויות חוקתיות וכיוצא באלו; לביקורת בנושא ראו פסברג, ה"ש 6 לעיל, עמ' 1508-1517.

המושב של הצדדים.⁵⁶ עד כה טרם נערך בפסיקה הישראלית דיון דומה ביחס לשאלת תוקפו המהותי של חוזה או תוקפן של תניות בחוזה.⁵⁷

כללי ברירת הדין אשר תוארו לעיל הם דוגמאות לכללים רב-צדדיים. לרוב, ברירת הדין מסתמכת על כללים שיוויוניים המבססים את היקף התחולה על קטגוריה משפטית (חוליית קישור), כגון דין מקום המושב של הצדדים, מבלי להיזקק לתוכנם של הדינים. לצידם ניתן להחיל גם כללים חד-צדדים הקובעים את היקף התחולה של החקיקה המקומית. כללים אלו קובעים במפורש את היקף תחולתם על גורמים זרים, תחת מערכת נסיבות מסוימת.⁵⁸ למשל, הגדרת היקף התחולה של החובה הקבועה בחוק ניירות ערך לפרסם תשקיף בנסיבות בהן יזמים פונים לגייס כספים מהציבור הישראלי, היא פרשנות של חוק ככלל חד-צדדי.⁵⁹ לפיכך, אפשרות נוספת מעבר להחלת הדין מתוקף נסיבות החוזה עצמו, היא באמצעות דין אשר יחיל את עצמו בהתאם להוראת תחולה או לפרשנות של בתי המשפט המרחיבה את היקף תחולתו.

הגדרת היקף תחולה חד-צדדי מסוג זה הותוותה בפסיקה הישראלית בפרשת **אמסטרדם**. במהלכה, הכיר השופט אגרנט בכוחו של המחוקק לקבוע היקף תחולה חד-צדדי של דינו, ואף העניק משנה תוקף להענקת תחולה זהה גם באמצעות פרשנות שיפוטית, שיכולה להתבסס על מטרת החוק לצד עקרונות ברירת דין כלליים.⁶⁰ יחד עם זאת, בפסיקה מאוחרת יותר הובהר כי קביעת כללים חד-צדדיים בעלי תחולה אקס-טריטוריאלית היא חריגה מהנחת המוצא הקובעת שתחולת החקיקה המקומית היא טריטוריאלית בלבד.⁶¹

אפשרות אחרונה ומקבילה להחלה ישירה של הדין הישראלי היא באמצעות כללים בעלי תחולה מיידית (Overriding Mandatory Rules). מדובר בכללים אשר הולכים צעד אחד רחוק יותר מכללים חד-צדדים, ומחילים את הדין הישראלי כדין הפורום בכל מקרה הנדון תחת סמכותו של בית משפט ישראלי, מבלי לתלות אותו בנסיבות מסוימות. ההנחה של כללים אלו היא כי ישנו אינטרס ציבורי ראשון במעלה שלשם הגשמתו יש לכפות תמיד דין מקומי בעל אופי ייחודי, מתוקף זיקת הסמכות בלבד.⁶² דוגמה מרכזית להפעלת הדוקטרינה יש לראות בכלל ברירת הדין בפרוצדורה המחיל במפורש את דין הפורום, אף בניגוד לבחירת הצדדים. ודוק, שימוש בדוקטרינה כפי שנרמז הוא חריג שבחריג ומכאן הכינוי לו זכתה, "תקנת ציבור חיובית". בניגוד לתקנת הציבור

⁵⁶ סעיף 77 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962; לדוגמאות נוספות ראו: פסברג, הי"ש 6 לעיל, עמ' 1486 ואילך.

⁵⁷ שם, עמ' 1502-1506.

⁵⁸ שם, עמ' 441-459; 1511-1512; סיליה וסרשטיין פסברג "פלורליזם וילגו-צנטריות": המקום של דין הפורום בברירת הדין "חוקים יח (צפוי להתפרסם ב-2023) (להלן: פסברג פלורליזם).

⁵⁹ ראו: ת"א (כלכלית) 18668-12-13 אורן נ' טי גי אי השקעות נדל"ן בע"מ (נבו) 24.03.2014 (להלן: עניין אורן); להרחבה ראו גם רע"א 2906/14 טי גי אי השקעות נדל"ן בע"מ נ' אורן (נבו) 09.06.2015.

⁶⁰ בג"ץ 279/51 אמסטרדם נ' שר-האוצר, פ"ד ו(2) 945 (1952) (להלן: פרשת אמסטרדם); ליישום עדכני יותר של פרשנות זו ראו: ת"א (כלכלית) 22726-07-17 רות אגם נ' Bnp Pribis Sa, פס' 51 לפסק דינה של השופטת רונן (נבו) 08.08.2019 (להלן: עניין אגם).

⁶¹ שם, פס' 49-50; בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1, פס' 22 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006); בג"ץ 8938/11 All For Peace" חברה לתועלת הציבור נ' שר התקשורת, פס' 33 לפסק דינו של השופט מלצר (נבו) 24.2.2015; רע"א 653/16 O.P.A.I.E - Organization for the Care and Rehabilitation of the Greek Jews נ' החברה לאיתור ולהשבת נכסים של נספי השואה בע"מ, פס' 14 לפסק דינו של השופט מזוז, (נבו) 06.03.2017; אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות החקיקה 578 (כרך שני, 1993).

⁶² להרחבה ראו: פסברג פלורליזם, הי"ש 58 לעיל, פרק 4; María Campo Comba, The Law Applicable to Cross-Border Contracts Involving Weaker Parties in EU Private International Law 209-210 (Springer 2021) (להלן: Comba).

השלילית, אין מדובר בהימנעות מהחלה של דין מסוים, אלא בהחלתו של הדין הישראלי, חרף הפניה רגילה לדין זר. מטבע הדברים, אפשרות זו שמורה לסוגיות יוצאות דופן.⁶³

4. הלכת בן חמו

א. תקופה I (2015 – 2018): הדין בטרם הלכת בן חמו - פסק הדין בעניין קלינגהופר

בשנת 2015 נפגשו לראשונה בעניין קלינגהופר שני ענפי המשפט, דיני החוזים האחידים והמשפט הבין-לאומי הפרטי.⁶⁴ הייתה זו יריית הפתיחה לתביעות מצד צרכנים ולקוחות אשר ביקשו להיפרע מחברות בין-לאומיות הפועלות במרחב המקוון על עוולות שביצעו לכאורה, בעיקר על-ידי תובענות ייצוגיות. מנגד טענו החברות הבין-לאומיות, בהסתמך על תניות שיפוט וברירת דין, כי בתי המשפט בישראל חסרי סמכות לדון בעניינן ושהדין הישראלי אינו חל עליהן. כך, בעניין קלינגהופר ביקש התובע הייצוגי להיפרע מחברת פייפאל (PayPal) הסינגפורית שלטענתו גבתה עמלות המרת מטבע בניגוד לחוק הגנת הצרכן.⁶⁵ מאידך, פייפאל כפרה בסמכות בית המשפט ובתחולת הדין הישראלי. לטענתה, החוזה האחיד שבין הצדדים קבע שסמכות השיפוט נתונה לבתי המשפט בסינגפור ושהדין החל הוא דין סינגפור.⁶⁶

בית המשפט המחוזי מפי השופט גרוסקופף פסק כי שתי התניות מקפחות ודינן להתבטל. לשיטתו, מדובר בהוראות שכל תכליתן לחסום את דרכם של הלוקוחות לממש את זכויותיהם למול החברה, זאת בהתחשב באופייה של חברת פייפאל, המתקשרת עם אזרחי ישראל באמצעות אתר אינטרנט בעברית ושירותי תמיכה ייעודים לישראלים. ביטול התניות הסתמך על סעיף 5(א) לחוק החוזים האחידים, וכן על חזקות הקיפוח הקבועות בסעיפים 4(8), 4(9) ו-4(6).⁶⁷ אם לא די בכך, פסק הדין הבהיר שאין לאפשר לחברת ענק בינלאומית הפועלת בישראל לחמוק מדיון בבתי המשפט בישראל ועל פי הדין הישראלי. בעניין זה התבסס השופט גרוסקופף על הלכת אשבורן שקבעה שחברה בינלאומית המשווקת את סחורתה ללקוח ישראלי צריכה לצפות שתיתבע בישראל.⁶⁸

דא עקא, בפסק הדין לא נקבע מכח מה הוחל חוק החוזים האחידים. עם זאת, מבין השורות נראה כי הוא חל מכח היותו דין מקום מושבו של הצרכן, כאשר חוק החוזים האחידים חל מהמועד שבו התקשרו הצדדים בחוזה ובכך מבטל את תניית ברירת הדין למפרע.⁶⁹ עוד יצוין שבפסק הדין לא התקיים דיון בהלכת קו לעובד ובכללי ברירת הדין בחוזים. מכאן ואילך, עד להלכת בן חמו, חזרו בתי המשפט בשבע הזדמנויות שונות על קביעתו של השופט גרוסקופף.⁷⁰ מכולן, רק פעם אחת

⁶³ שם, עמ' 227-230; קנאור, ה"ש 5 לעיל, עמ' 872-874; ע"מ 594/04 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פס' 11 לפסק דינו של השופט ריבלין (נבו) 29.11.2004 (להלן: עניין פלוני); דוגמא לחוק ישראלי הנוקט בגישה זו ניתן לראות בסעיף 68 לחוק נכסים של נספי השואה (השבה ליורשים והקדשה למטרות סיוע והנצחה), התשס"ו-2006.

⁶⁴ ת"צ (מחוזי מר') 39292-04-13 קלינגהופר נ' PayPal Pte. Ltd (נבו) 31.05.2015 (להלן: עניין קלינגהופר).

⁶⁵ שם, פס' 12-1 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

⁶⁶ שם, פס' 13.

⁶⁷ שם, פס' 19; סעיף 6(4) לחוק החוזים האחידים: "תנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין".

⁶⁸ עניין קלינגהופר, ה"ש 64 לעיל, פס' 20; עניין אשבורן, ה"ש 50 לעיל.

⁶⁹ עניין קלינגהופר, ה"ש 64 לעיל, פס' 18-19. פסברג, ה"ש 6 לעיל, עמ' 101; קנאור, ה"ש 5 לעיל, עמ' 842-843.

⁷⁰ ת"צ (מחוזי מר') 46065-09-14 בן חמו נ' Facebook Inc (נבו) 10.06.2016, פס' 24-36 לפסק דינה של השופטת שטמר (תביעה ייצוגית; תנייה המפנה לקליפורניה) (להלן: עניין בן חמו (מחוזי)); ת"א (כלכלית) 39265-04-16 Forex Capital Markets Limited נ' דראל, פס' 3 לפסק דינה של השופטת קרת-מאיר (נבו) 23.11.2016 (תביעה מסחרית; תנייה המפנה לאנגליה); ת"צ (מחוזי ת"א) 19529-06-14 חוטה נ' Booking.com B.V, פס' 83-85 לפסק דינה של השופטת רביד (נבו) 03.02.2017 (תביעה ייצוגית; תנייה המפנה להולנד); ערעור על ההחלטה נדחה בבית המשפט העליון ברע"א 7820/17 Booking.com B.V חוטה (נבו) 02.11.2017; ת"צ (מחוזי מר') 10822-02-15 LinkedIn Corporation נ' לנואל, פס' 73 לפסק דינה של השופטת עמית-אניסמן (נבו) 09.04.2017 (תביעה ייצוגית; תנייה המפנה

הוזכרו כללי ברירת הדין בחוזים. היה זה בעניין **בן חמו** במחוזי, טרם הדיון בבית המשפט העליון. לאחר שביטל את תניית ברירת הדין, בית המשפט המחוזי קבע שבתביעת לקוחות ישראלים כנגד פייסבוק מרב הזיקות מובילות לישראל, וזאת לאור תוצאות שלושת מבחני המשנה המשמשים לבחינת הפורום הנאות.⁷¹

ב. הלכת בן חמו

כזכור, למול התביעה הייצוגית שהוגשה נגדה, טענה פייסבוק כי יש לאכוף את תניות השיפוט וברירת הדין המובילות לקליפורניה. בית המשפט המחוזי דחה את עמדתה, וכחמשך לעניין **קלינגהופר** - קבע שדין להתבטל. ברם, בערעור שנדון בבית המשפט העליון הפכה הנשיאה חיות את פסיקת המחוזי, וסתרה את עמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה בעניין.⁷² הנשיאה קבעה שעל אף שתניית השיפוט היא תניה מקפחת, תניית ברירת הדין איננה מקפחת וציוותה לנהל את ההליך הייצוגי בכפוף לדין הזר.

ברמה המתודולוגית, הנשיאה ניתחה את המחלוקת שבין הצדדים כמוסבת על תניות השיפוט וברירת הדין במשקפי חוק החוזים האחידים. בדומה לעניינים הקודמים, גם הנשיאה לא בחנה את עצם תחולת חוק החוזים האחידים בנסיבות העניין, חרף קיומה של תניית ברירת הדין והוראות כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי. חיסרון זה בולט נוכח קיומו של דיון מסוג זה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, נשוא הערעור.⁷³ לא כל שכן, גם בהינתן ההבחנה שערכה הנשיאה עצמה, כאשר דנה בכל תניה בנפרד, בהתאם לשני ענפי המשפט הבין-לאומי הפרטי, סמכות בין-לאומית וברירת דין.⁷⁴

מן הבחינה הנורמטיבית, הנשיאה חידדה את הפרשנות הראויה להשקפתה לחוק החוזים האחידים. ראשית, ביחס לתחולתו של סעיף 5(א), הנשיאה הבחינה בין תניות **המגבילות או השוללות** לחלוטין את זכות הפניה לערכאות, לבין תניות **המגבילות את הפנייה רק לערכאה מסוימת**. לשיטתה, האחרונות אינן עולות בהכרח לכדי קיפוח בגדרי סעיף 5(א), בניגוד לדברי השופט גרוסקופף בעניין **קלינגהופר**.⁷⁵ כמו כן הנשיאה הכריעה, בהמשך לדין הנהוג, כי בחינת התניות תעשה בדרך המלך, באמצעות סעיפים 3 ו-4 ותו לא. בנקודה זו חלק על דברי הנשיאה השופט מלצר. לפיו, תניות מסוג זה עלולות להיתפס בגדרי סעיף 5(א). לפיכך, הלכה ברורה באשר לסעיף 5(א) לא נפסקה.⁷⁶

מנגד, ביחס לסעיף 4 התמונה משתנה. חרף חזרתה של הנשיאה על ההבדל בין נטלי ההוכחה בסעיפים 3 ו-4, הנשיאה ציינה כי בגדרי סעיף 4 ישנו נטל נוסף המכונה "הנטל הראשוני", במסגרתו מוטל על הלקוח להסביר כיצד תניה מסוימת נופלת לגדרי אחת מחזקות הקיפוח. רק לאחר עמידה

לקליפורניה); ת"צ (מחוזי ת"א) 23241-09-16 **Hotels.Com נ' סיליס**, פסי' 7-8 לפסק דינו של השופט שילה (נבו) 21.06.2017 (תביעה ייצוגית; תנייה המפנה לטקסט); ת"צ (מחוזי ת"א) 40940-10-16 **Booking.com B.V נ' דאון** (נבו) 10.12.2017 (תביעה ייצוגית; תנייה המפנה להולנד); ת"א (מחוזי ת"א) 30480-07-17 **טורו מדיה נ' מון לוק**, פסי' 31-34 לפסק דינו של השופט יקואל (נבו) 08.05.2018 (תביעה מסחרית; תנייה המפנה לאיי מרשל); לסיכום דומה ראו: אביאל פלינט וחגי וויניצקי **תובענות ייצוגיות** 367 (2017) (להלן: פלינט וויניצקי).

⁷¹ עניין בן חמו (מחוזי), ה"ש 70 לעיל, פסי' 34; קנאור, ה"ש 5 לעיל, עמ' 844-845; על דוקטרינת פורום לא נאות ראו: פסברג, ה"ש 6 לעיל, עמ' 416-423.

⁷² היועמ"ש טען כדעת התובע ששתי התניות הן תניות מקפחות, וראו עניין בן חמו, ה"ש 4 לעיל, פסי' 13-15 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

⁷³ עניין בן חמו (מחוזי), ה"ש 70 לעיל, פסי' 33-36.

⁷⁴ קנאור, ה"ש 5 לעיל, עמ' 845. ברם, השופט מלצר הסכים להבחנה זו רק בנסיבות העניין ולא באופן מוחלט וראו עניין בן חמו, ה"ש 4 לעיל, פסק דינו של השופט מלצר.

⁷⁵ עניין קלינגהופר, ה"ש 64 לעיל, פסי' 19.

⁷⁶ עניין בן חמו, ה"ש 4 לעיל, פסי' 27 לפסק דינה של הנשיאה חיות ופסק דינו של השופט מלצר.

בנטל ראשוני זה, יעבור נטל ההוכחה לספק.⁷⁷ כדי לבסס נטל זה הפנתה הנשיאה לדברי המלומדות לוסטהוויז ושפניץ. בדבריהן, מסבירות המלומדות כי הנטל הראשוני דן הוא דוגמה לפרשנות קפדנית של סעיף 4 על-ידי בית המשפט. לשיטתן, בעוד שהמחוקק התקין את חזקות הקיפוח כדי להקל על לקוחות לבטל תניות מקפחות, בתי המשפט הציבו לעיתים תנאים לתחולת החוק, אף שלא היה להם ביסוס מוצק בחוק. לפי אחד מתנאים אלו, המבקש הטוען לקיומה של חזקה מחזקות הקיפוח, נדרש להיכנס לפרטי החזקה ולהראות שהתנאי בחוזה אכן נכלל בחזקות הקיפוח.⁷⁸

ברוב המקרים, העמידה בנטל מסתפקת בהצבעה על הסעיפים המקפחים וביאור קיפוח הזכויות הנגרם מהם, כפי שמתארות חזקות הקיפוח.⁷⁹ אך בכל הנוגע לתניות ברירת דין, מדובר בנטל כבד כפליים. לטענת הנשיאה בעניין **בן חמו**, על הלקוחות היה להביא ראיות לכך ששימוש בדין הזר בהתאם לתניית ברירת הדין אכן יחסום את דרכם מלתבוע על הפגיעה בפרטיותם, כלשון חזקה (8)4. לא זו אף זו, נדמה כי הראיות היו צריכות להתייחס לקיפוח ביחס לשיטת משפט זרה שלמה. היינו, אפילו אם היו התובעים מצביעים על שלילת טענה מסוימת בדין הזר, ספק אם היה מדובר בעילה מספיקה לקיפוח, שכן בדין הזר עלולים להימצא איזונים ובלמים אחרים ביחס לאותה הטענה.⁸⁰

לדרישה כזו משמעויות פרוצדוראליות מרחיקות לכת, שאינן מוזכרות בפסק הדין. מקדמת דנא, הלכת **שור** ניסחה את הכלל בדיני ראיות כי "דינו של משפט זר הוא, לצרכי הלכות הראיות, כדין עובדה הטעונה הוכחה".⁸¹ דהיינו, שעל המבקש להראות עילה בת תביעה לפי הדין הזר ולבססה על חוות דעת מומחה. לאחר מכן, הלכת **גייגר** קבעה את התנאים המינימליים לזהות המומחה לדין הזר: מי שבפרקטיקה עוסק בשיטת המשפט הזרה, בדרך כלל כשופט, עורך דין או משפטן.⁸² לאור כל זאת, מדובר בדרישה היוצרת הגבלה פרוצדוראלית בלתי מבוטלת, דורשת השקעת משאבים מן הצד הטוען לקיפוח באיתור מומחה רלוונטי ונשיאה בשכר טרחתו. להבדיל, עד עניין **בן חמו**, עצם הדרישה לעשות שימוש בדין הזר נתפסה כמקפחת.⁸³

יתר על כן, בהגיעה לסעיף 3 קבעה הנשיאה שמבחן הקיפוח עלול שלא להתקיים גם במערכת היחסים של לקוחות עם ענקיות האינטרנט והטכנולוגיה. הנשיאה קבעה שהאינטרס של פייסבוק להיות כפופה למערכת דינים אחת הוא אינטרס עסקי לגיטימי אשר אינו מגיע לכדי סטנדרט הקיפוח. מעל הכל, הנשיאה חיות הדגישה שתניית ברירת הדין אינה מקפחת בנסיבות העניין בלבד.⁸⁴ השיקול המרכזי שהוביל אותה למסקנה זו הוא ההליך הייצוגי בסעד גבוה של ארבע מאות מיליון דולר. לדעתה, אופיו של ההליך גורר שינוי בפערי הכוחות מתוך ההנחה שמי שתובע על סך מאות מיליוני דולרים, ראוי שיהיו ברשותו המשאבים לברר את התביעה בהתאם לדין הזר, מקל

⁷⁷ שם, פסי' 21 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

⁷⁸ לוסטהוויז ושפניץ, הי"ש 35 לעיל, עמ' 189-193, 197-196. יצוין שהנשיאה הסתמכה על דברי המלומדות הנ"ל, בעמ' 198, כדי להבהיר את הנוהג של בתי המשפט להטיל את הנטל הראשוני. אעפ"כ, הנשיאה לא הביאה בחשבון בדבריה את דברי הביקורת של המלומדות על הנוהג של בתי המשפט.

⁷⁹ לוסטהוויז ושפניץ, הי"ש 35 לעיל, עמ' 189-191 ו-198.

⁸⁰ עניין בן חמו, הי"ש 4 לעיל, פסי' 42-43 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

⁸¹ ע"א 36/50 שור נ' **עזבון המנוח ויצמן**, פ"ד ח 612, 615 (1954); רע"א 3924/01 **Hess Form Licht** נ' **הנדסת חשמל כללית** (נבו 10.2.2002); ע"א 7996/11 **סייפקום** נ' **רביב** (נבו 18.11.2013); ע"א 7884/15 **רייטמן** נ' **Jiangsu Overseas** (נבו 14.08.2017); מנשה שאוה "טיבו ואופן הוכחתו של הדין הזר במשפט האנגלו-אמריקאי ובמשפט הישראלי" **עיוני משפט** ג 725, 725-730 (תשל"ג-תשל"ד).

⁸² שם, עמ' 739-743; ע"א 357/67 **גייגר** נ' **גייגר**, פ"ד כא(2) 495, 497, פסק דינו של השופט ברנזון (1967); ע"א 6796/97 **ברג יעקב ובניו (רהיטים)** נ' **Berg East**, פ"ד נד(1) 697, פסי' 4 לפסק דינה של השופטת ביניש (2000).

⁸³ ראו בנספח המצורף למאמר זה.

⁸⁴ עניין בן חמו, הי"ש 4 לעיל, פסי' 43 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

וחומר, כאשר ההליך עשוי להניב לו תגמול משמעותי.⁸⁵ כמו כן, סבורה הנשיאה שגם לאופי של דין קליפורניה יש משמעות, מפני היחשבותו כדין מתקדם בתחום התובענות הייצוגיות הזמין ללקוחות התובעים בשפה האנגלית.

הלכה למעשה, בדברים אלו התייחסה הנשיאה למבחן ההרתעה, שעד לפסק הדין שימש לבחינת קיפוח ביחס לתניות שיפוט. מבחן זה בודק האם התניה מרתיעה את הלקוח מעמידה על זכויותיו המשפטיות, למשל באם יידרש לכתת רגליו לפורום זר ומרוחק.⁸⁶ הנשיאה החילה מבחן זה ביחס לתניית ברירת הדין וקבעה כי: **"ככל שהדבר נוגע למבחן ההרתעה יש מקום להבחין בין לקוחות הנוקטים בהליך ייצוגי ללקוחות הנוקטים בהליך שאינו ייצוגי"**.⁸⁷

ברם, ההתחשבות באופי ההליך חורגת מהבחינה המקובלת של נסיבות העניין. ברמה הנורמטיבית, סעיף 19(ב) לחוק החוזים האחידים מרחיב את שיקול הדעת השיפוטי גם ל"נסיבות המיוחדות של העניין הנדון לפניו". במקור, כוונת ההוראה הייתה להבדיל את סמכות בית המשפט מסמכות בית הדין לחוזים אחידים. החוק הדגיש כי סמכותו של בית הדין לחוזים אחידים מוגבלת להוראה הכללית של החוזה ולא לנסיבותיו של מקרה כזה או אחר. קרי, בית הדין דן בחוזה ערטילאי ולא בסכסוך שבין שני צדדים קונקרטיים.⁸⁸ לעומת זאת, הנשיאה פירשה לראשונה את הסעיף כפותח פתח להכניס גם את הנסיבות הפרוצדוראליות של המקרה לתוך השיקולים הרלוונטיים בעת הכרעת דינן של התניות.⁸⁹

על פניו, חלק זה הוא הנושא את מרב החידוש הנורמטיבי של הנשיאה, הגם שניתן לראותו כהתפתחות טבעית של החוק, הואיל ומוסד התובענה הייצוגית קם שנים לאחר חקיקתו של חוק החוזים האחידים. אולם, כאן מתעוררות מספר תמיהות. ראשית, כבר עמדנו על כך שכלל ברירת הדין בפרוצדורה הוא דין הפורום.⁹⁰ דיני התובענות הייצוגיות הם חלק מהדין הפרוצדוראלי בפורום הישראלי, ואף אם לא היה מדובר בתנאי מקפת, אין כל סיבה לנהוג בעניינים פרוצדוראליים בהתאם לדין הזר. ואכן, הנשיאה הבחינה בין פרוצדורה ומהות וצמצמה את טענת פייסבוק רק לדין המהותי ולא לדין הפרוצדוראלי. לשיטתה, התובענה הייצוגית תיבחן בהתאם לדין הישראלי, אך עלת התביעה תידרש להתבסס על הדין הזר. אלא, שבמקום להגיע לתוצאה זו באמצעות כלל ברירת הדין בפרוצדורה, הנשיאה התבססה על כלל הפרשנות נגד המנסת. הנשיאה הסתמכה על התנהלותה הדיונית של פייסבוק, אשר לא העלתה טענות הנוגעות לפרוצדורה, ועל לשון התניה וקבעה כי יש לצמצם את תחולת התניה לדין המהותי בלבד,⁹¹ מבלי שנבחנה עצם תחולת הכלל מכח

⁸⁵ שם, פס' 26.

⁸⁶ הצעת חוק החוזים האחידים, התשס"ב-2012, ה"ח 662; להרחבה ראו: רע"א 188/02 מפעל הפיס נ' כהן, פ"ד נז(4) 473 (2003) (להלן: עניין מפעל הפיס); ע"א 10740/02 רחמים נ' ליגד השקעות ובנין, פ"ד נח(1) 587 (2003); ע"ש (מחוזי י-ם) 195/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי, פ"מ תשסג(1) 481 (2004); שמואל בכר ומשה גלברד "חוק החוזים האחידים: עיון מחודש בעקבות תיקוניו" חוקים ה' 19, 33-34 (2013) (להלן: בכר וגלברד).

⁸⁷ עניין בן חמו, ה"ש 4 לעיל, פס' 26 לפסק דינה של הנשיאה חיות; למסקנה דומה הגיעו שופטי בית המשפט העליון בעניין מילר וראו: עניין מילר, ה"ש 26 לעיל, פס' 126 לפסק דינו של השופט הנדל.

⁸⁸ להרחבה ראו: לוסטוהויו ושפניץ, ה"ש 35 לעיל, עמ' 46, 125 ו-152; רע"א 1185/97 עיזבון מילגרומ נב(4) 145, פס' 27 לפסק דינו של הנשיא ברק (1998) (להלן: עניין מילגרומ); ע"א 118/93 גמבש נ' בנק מרכנתיל לישראל, פ"ד מח(4) 463, פס' 18 לפסק דינו של השופט זמיר (1994); לדוגמא נוספת בזירה הדיגיטלית ראו: ת"א (מחוזי מרז) 18763-15 04-ויוה מדיה נ' Google Ireland Ltd (נבו) 2019.08.26, פס' 52 לפסק דינו של השופט שוורץ; למעשה, גם הנשיאה חיות בחנה את הדברים גם בדרך המקובלת וראו עניין בן חמו, ה"ש 4 לעיל, פס' 33-34 לפסק דינה.

⁸⁹ שם, פס' 25-26 לפסק דינה של הנשיאה חיות; דיון מורחב על אודות הגישות הפרשניות לביאור סעיף 19 ראו בעניין מילר, ה"ש 26 לעיל, פס' 14-20 לפסק דינו של השופט הנדל.

⁹⁰ פסברג, ה"ש 6 לעיל, עמ' 451-459.

⁹¹ עניין בן חמו, ה"ש 4 לעיל, פס' 41 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

דיני החוזים הישראליים,⁹² ובהתבסס על קיומה של תניית ברירת הדין. כך למעשה, הנשיאה פתחה צהר לחברות זרות, לנסות ולהתנות גם על חוק תובענות ייצוגיות או על תקנות סדר הדין האזרחי.

שנית, נדמה שזמינותו של דין קליפורניה ונגישותו בשפה האנגלית ללקוחות ולתביעה אינן רלוונטיות לאור הלכות שור ו-גייגר. בפרט, איתור מומחה לדין הזר הוא מהלך פרוצדוראלי שאין לו דבר וחצי דבר לשפת הדין הזר, אלא למשאבים המושקעים באיתור המומחה. לבסוף, אף יש לציין שפייסבוק עצמה כבר חזרה בה מהאינטרס להתדיין תחת מערכת דינים אחת, ושינתה את תנאי השימוש שלה עשרה ימים בטרם ניתן פסק הדין, עובדה שתבוא לידי ביטוי בהמשך, בעניין **מילר**.⁹³

יישום הקביעות שנדונו לעיל הביא לתוצאות שונות בנוגע לשתי התניות. באותה נשימה, הנשיאה הכריעה שיש לתת תוקף לתניית ברירת הדין ולפסול את תניית השיפוט. הנשיאה תלתה את השוני בין ההכרעות בשתי סיבות. קודם כל, בניגוד לחזקת הקיפוח של תניית ברירת הדין, המשיב צלח את הקמת חזקת הקיפוח ביחס לתניית השיפוט שבחזקה 4(9). משהועמדה החזקה, המבקשות לא הצליחו לסתור אותה. כמו כן, בבחינת מבחן הקיפוח הנשיאה הניחה שתניות שיפוט הן תניות מקפחות יותר מאשר תניות ברירת דין. היא קבעה שגם באמצעות הליך ייצוגי, תובעים יירתעו מלנהל הליך משפטי מחוץ לגבולות המדינה. לראיה, המשיבה לא הביאה מקרה אחד שבו ישראלי נקט בהליך ייצוגי מחוץ לארץ.⁹⁴ קביעה זו מתאימה להוראת סעיף 19(א) לחוק הקובעת כי על בתי המשפט להתערב בתנאי החוזה במתינות ורק "במידה הנדרשת כדי לבטל את הקיפוח". לכן, משנפסלה תניית השיפוט ולשיטת הנשיאה הוסר רוב הקיפוח, אין לפסול את תניית ברירת הדין.⁹⁵ ברם, טרם ההכרעה לאשר את תניית ברירת הדין, פירשה הנשיאה את היקף התחולה של תנאי השימוש עצמם, בהתאם לדין הישראלי ולכלל הפרשנות נגד המנסח, ולא שעתה לדין קליפורניה.⁹⁶

בסיום פסק הדין, הוסיף השופט מלצר הערה משמעותית. לטענתו, אין לאפשר שימוש בתניות ברירת דין כדי לעקוף הוראות קוגנטיות שבדין הישראלי.⁹⁷ לשיטתו, ההכרה בתחולת הדין הזר מוגבלת להוראות דיספוזיטיביות בלבד, כהוראות חוק הגנת הפרטיות,⁹⁸ ולא מיועדת להתניה על הוראות קוגנטיות, כגון הוראות חוק הגנת הצרכן. ברם, הערה זו אינה ברורה כל צורכה לאור העובדה שעילות התביעה הוסבו גם על הוראות חוק הגנת הפרטיות בנוגע לניהול ולרישום מאגרי מידע, שהן עצמן הוראות קוגנטיות.⁹⁹ בכל מקרה, התוצאה היא שבעת דיון בפני בתי המשפט בישראל, על החוזה יחולו במקביל שתי מערכות דינים: הדין הישראלי, הכולל הוראות קוגנטיות מסוימות וכן הדין הפרוצדוראלי הנובע מתוקף היות הדין הישראלי דין הפרוורס, והדין הזר, ביחס לכל נושא מהותי נוסף.

⁹² סעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי).

⁹³ עניין בן חמו, ה"ש 4 לעיל, פסי' 7 לפסק דינה של הנשיאה חיות; עניין מילר, ה"ש 26 לעיל, פסי' 15 לפסק דינה של השופטת וילנר.

⁹⁴ עניין בן חמו, ה"ש 4 לעיל, פסי' 32 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

⁹⁵ שם, פסי' 40.

⁹⁶ שם, פסי' 18-19.

⁹⁷ שם, פסק דינו של השופט מלצר.

⁹⁸ שם, פסי' 3 לפסק דינה של הנשיאה חיות; סעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 (להלן: חוק הפרטיות) מגדיר: "הסכמה" - הסכמה מדעת, במפורש או מכללא.

⁹⁹ להרחבה ראו: הוראות פרק ב' ובייחוד סעיף 8 לחוק הגנת הפרטיות; מיכאל בירנהק **מרחב פרטי – הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה** 225-236, 252-254 (התשע"א).

ג. תקופה II (2018 - 2022): הלכת בן חמו כמכשיר לחיסול תובענות צרכניות

מבלי להכביר במילים, במקומות שבהם פסק דינה של הנשיאה חרש תלמים, בתי המשפט המחוזיים נטעו והפריחו. מאז מאי 2018 ועד לתום תקופת המחקר (28 באוגוסט 2022), ניתנו לא פחות מ-45 פסקי דין והחלטות בנושא תניות ברירת דין בחוזים צרכניים. קריאת פסקי הדין מלמדת על השתרשות הלכת בן חמו כהלכה מרכזית בדיני החוזים הצרכניים בכלל וביחס לתניות ברירת דין בפרט.¹⁰⁰ יתר על כן, ניתוח פסקי הדין יבהיר את הפער בין כוונתו המקורית של בית המשפט העליון, ובין יישומה ופרשנותה על-ידי בתי המשפט המחוזיים והשלום.

ממאי 2018 ועד לשנת 2022, עת ניתנו ההחלטות הראשונות בהליכים שבהם התייצב היועץ המשפטי לממשלה וטען בנושא ברירת הדין, התייצבה הלכת בן חמו כמכשיר לחיסול תובענות. בעיקר, תובענות ייצוגיות כנגד ענקיות הטכנולוגיה, ה-GAMAM, אך לא זו בלבד. בסך הכל, עד ליוני 2022, מתוך 19 תניות, שתיים נפסלו ו-17 אושרו, תשע מהן בהליכים כנגד ענקיות הטכנולוגיה ושמונה בהליכים כנגד חברות אחרות. לפיכך, משטר ברירת הדין בחוזים צרכניים עבר ממצב של פסילה מוחלטת של תניות ברירת דין למשטר של אישור כמעט גורף.¹⁰¹ לצד זאת, נותרו שני פתחים לניהול תביעות במקום בו קיימת תניית ברירת דין - באמצעות הליכים שאינם ייצוגיים ובאמצעות טענת כלל הפרשנות נגד המנסח. אך אין די בנתונים הסטטיסטיים כדי לצייר תמונה מלאה, ויש להרחיב גם על הנימוקים שניתנו להתפתחות הדין.

בזמן קצר תחולתה של הלכת בן חמו התפשטה במהרה. קודם כל, לא רק לתובענות ייצוגיות בסכומים גבוהים, אלא גם לתובענות אישיות שבהן סכומי התביעה היו נמוכים משמעותית מארבע מאות מיליון דולר. בעניין **מילר**, בהתאם להחלטות השלום והמחוזי, הוחלה ההלכה גם בין פייסבוק לבין לקוח מסחרי ובעניינים **ריו גראנד** (Rio Grand) ו-**אר אס דיזיין** בין שתי חברות מסחריות.¹⁰² בעניין **צ'רקהם** התקבלה תביעה קטנה כנגד חברת Booking על סך 14,028 ₪ בלבד. אולם, Booking ערערה על פסק הדין ולבסוף התביעה נדחתה והוחל עליה הדין ההולנדי.¹⁰³ כך, ההלכה הוחלה גם על סכומי תביעה נמוכים יחסית.¹⁰⁴ ההלכה אף הורחבה לעבר חופיהן של מדינות דוברות אנגלית נוספות, מאנגליה עד ניו-מקסיקו וטקסס.¹⁰⁵ בהמשך, התקבלו גם תניות המובילות לדיני שוויץ, בלגיה והונג קונג שאינם זמינים בשפה האנגלית כדן קליפורניה.¹⁰⁶ ההלכה אף הלכה ויושמה ביחס לחברות בין-לאומיות מגוונות, החל בחברות דומות כמו Google ו-WhatsApp, המשך

¹⁰⁰ באופן כללי, לפי "נבו" - המאגר המשפטי, הלכת בן חמו אוזכרה ב-150 פסקי דין והחלטות, נכון ליום 20.11.2022.
¹⁰¹ ראו בנספח המצורף למאמר זה.

¹⁰² ת"א (מחוזי מרי) 29715-07-17 **סאן שיין נ' Rio Grande INC** (נבו 22.10.2019) (להלן: עניין סאן שיין); ת"א (שלום ת"א) 35957-06-20 **Gandy Digital NV נ' אר אס דיזיין בע"מ**, פס' 11-12 (נבו 26.03.2021) (להלן: עניין אר אס דיזיין); לעניין מילר שלושה גלגולים בבתי המשפט השלום, המחוזי והעליון: ת"א (שלום הרצ'י) 32809-09-17 **facebook ireland limited נ' טרוים מילר בע"מ**, פס' 43-45 לפסק דינו של השופט הס (נבו 14.08.2019) (להלן: עניין מילר (שלום)); רע"א (מחוזי ת"א) 11338-10-19 **טרוים מילר נ' Facebook Ireland limited** (נבו 30.01.2020); עניין מילר, ה"ש 26 לעיל; ת"א (שלום ת"א) 91-08-19 **חיין נ' Facebook, Inc** (נבו 21.10.2020) (להלן: עניין חיין).
¹⁰³ רת"ק (מחוזי ת"א) 41790-09-20 **BOOKING נ' צ'רקהם**, בייחוד פס' 10 לפסק דינה של השופטת כהן (נבו 24.02.2021) (להלן: עניין צ'רקהם).

¹⁰⁴ שם; עניין חיין, ה"ש 102 לעיל, שעסק ב-100,000 ₪ בלבד; עניין מילר, ה"ש 26 לעיל, שעסק ב-700,000 ₪, עניין אר אס דיזיין, ה"ש 102 לעיל, שעסק ב-1,247,200 ₪ ואף עניין סאן שיין, ה"ש 102 לעיל, שעסק ב-2 מיליון ₪.
¹⁰⁵ לתניה המפנה לאנגליה ראו ת"צ (מחוזי מרי) 54491-01-15 **בשן נ' Easyjet plc**, פס' 76 לפסק דינו של השופט בשן (נבו 08.06.2020) (להלן: עניין איזיג'ט); לניו-מקסיקו ראו: עניין סאן שיין, ה"ש 102 לעיל; לטקסס ראו: ת"צ (מחוזי ת"א) 20020-09-19 **הוטלס.קום נ' אלדד** (נבו 26.10.2020) (להלן: עניין אלדד).

¹⁰⁶ לדיני שוויץ ראו: ת"צ (מחוזי מרי) 9615-09-17 **איזרדל נ' Viagogo** (נבו 14.02.2021); לדיני בלגיה ראו: עניין אר אס דיזיין, ה"ש 102 לעיל; לדיני הונג קונג ראו: ת"צ (מחוזי מרי) 53961-12-18 **בסון נ' Alibaba.com**, פס' 17-27 לפסק דינו של השופט חיימוביץ שקבע שדין הונג-קונג נגיש בהסתמך על חוות דעת שהגישה המשיבה (נבו 30.08.2021) (להלן: עניין בסון).

בחברות בין-לאומיות כגון EasyJet, Hotels, ו-Alibaba וכלה בסכסוך בין חברות תכשיטים וטכנולוגיה מסחריות.¹⁰⁷ ברובם המוחלט של המקרים הונהג הפיצול שיצרה הנשיאה חיות בעניין בן חמו ואושרו תניות ברירת דין לצד פסילה גורפת של תניות שיפוט.

במישור הנורמטיבי, לעניין סעיף 5(א), סירבו בתי המשפט לקבל טענות המבקשות לפסול תניות ברירת דין המבוססות על הסעיף.¹⁰⁸ סקירת פסקי הדין מלמדת שלא נעשה בו שימוש כלל ולעיתים קרובות הוא נפקד מפסקי הדין ומכתבי הטענות.

בנוגע לסעיף 4, בתי המשפט המחוזיים הכבידו את הנטל הראשוני שעל כתפי הלקוח על ידי הקשחת הדרישה לחוות דעת מומחה לדין הזר. בתחילה, בתי המשפט התנו את המשך התביעות בצירוף חוות דעת מומחה, ורק לפני משורת הדין, התביעות לא סולקו מיד על הסף.¹⁰⁹ התפתחות נוספת התרחשה בעניין **איזיג'ט** (EasyJet) כשזו נעזרה במומחה לדין האנגלי, בעוד הלקוח לא. בית המשפט ציין שהטענה הייתה צריכה להידחות רק מעצם העובדה שהלקוח לא הביא מומחה לדין האנגלי שיציג את חוות דעתו, אך לבסוף דחה את התביעה גם מטעמים אחרים.¹¹⁰ אולם, תוך זמן קצר מילים הפכו למציאות. תביעה נגד גוגל (Google) סולקה על הסף משום שלא הוצגה חוות דעת של מומחה לדין קליפורניה המקים עילת תביעה נגד גוגל. כבר בקדם המשפט הופיעה הדרישה לחוות דעת מומחה ולבסוף סולקה התביעה על הסף מפאת חסרונה.¹¹¹ מכאן ואילך, התקבעה ההנחה שהיעדר הגשת חוות דעת מומחה היא עילה מספקת לסילוק התביעה על הסף בעניינים נוספים.¹¹² לעיתים, הלכת **בן חמו** הובילה למעשה ליצירת מחסום פרודצדוראלי, כאשר ללא חוות דעת לדין זר אין אפשרות לתבוע תביעות צרכניות במסחר מקוון. בהמשך, חוות דעת מומחה לדין הזר הוגשו על-ידי תובעים.¹¹³ בעניינים נוספים, דווקא הנתבעות בחרו להגיש חוות דעת מומחה, במטרה להוכיח כי הדין הזר שאליו הפנו אינו מקפח את זכויות לקוחותיהן.¹¹⁴

ודוק, אף כשהוגשה חוות דעת מומחה לדין הזר, היא נדחתה מפני חוות הדעת הנגדית. עד כה, רק פעם אחת נדונה לגופה חוות דעת מומחה, בעניין **ווטסאפ** (WhatsApp). בתביעה ייצוגית טענו התובעים שווטסאפ השביתה חשבונות של משתמשים ללא כל התראה ואפשרות ערעור. אף בהינתן חוות הדעת שצורפה לתביעה, בתום הליכי הקדם משפט בחרו התובעים להסתלק מן התביעה לאור קביעות המומחים משני הצדדים. ווטסאפ סמכה את ידיה על חוות דעתו של פרופסור מבית הספר למשפטים של אוניברסיטת סנטה קלרה מקליפורניה שטען שלתובעים אין עילת תביעה.¹¹⁵ התוצאה

¹⁰⁷ עניין סאן שיין, ה"ש 102 לעיל; עניין אר אס דיזיין, ה"ש 102 לעיל.

¹⁰⁸ ראו בפרט עניין קלאב מד, ה"ש 46 לעיל, פסי 22-23 לפסק דינו של השופט בכר; עניין איזיג'ט, ה"ש 105 לעיל, פסי 76 לפסק דינו של השופט בשן.

¹⁰⁹ עניין מילר (שלום), ה"ש 102 לעיל, פסי 44 ו-48 לפסק דינו של השופט הס; ת"צ (מחוזי ת"א) 11329-06-18 **פונטה נ' Facebook Inc**, פסי 15 לפסק דינה של השופטת ברקאי (נבו) 11.09.2019. (להלן: עניין פונטה).

¹¹⁰ עניין איזיג'ט, ה"ש 105 לעיל, פסי 84 לפסק דינו של השופט בכר.

¹¹¹ ת"צ (מחוזי ת"א) 56348-03-17 **טדיסה ואח' נ' Google LLC (Google Inc.)** (נבו) 09.07.2020. (להלן: עניין טדיסה).

¹¹² עניין אלדד, ה"ש 105 לעיל; ת"צ (מחוזי ת"א) 5940-11-16 **אנסבכר נ' Facebook Ireland Limited** (נבו) 20.07.2020; עניין בסון, ה"ש 106 לעיל, פסי 26.

¹¹³ ת"צ (מחוזי ת"א) 41239-04-18 **שטיינקריצר נ' Whatsapp .LTD**, פסי 5 לפסק דינה של השופטת ביבי (נבו) 14.10.2020. (להלן: עניין ווטסאפ); בשני עניינים לבסוף לא התעורר צורך לדון בחוות הדעת וראו: ת"צ (מחוזי מר') 52768-07-15 **אשל נ' Google Inc** (נבו) 22.10.2020, פסי 9 לפסק דינה של השופטת שטמר (להלן: עניין אשל), ת"צ

(מחוזי ת"א) 27761-09-17 **גל נ' Facebook Ireland ltd**, פסי 9 להחלטת השופט כהן (נבו) 16.09.2020. (להלן: עניין גל); חוות דעת נוספות הוגשו וטרם נדונו לגופן בשני עניינים: ת"צ (מחוזי מר') 8108-04-18 **אור נ' Facebook Inc** (נבו) 29.07.2021, ת"צ (מחוזי מר') 52486-03-18 **יגודה נ' Facebook**, פסי 8 להחלטת השופטת שטמר (נבו) 18.08.2021;

עניין בסון, ה"ש 106 לעיל, שם הוגשה חוות דעת אך במסגרת דיונית שבית המשפט סירב להכיר בה.¹¹⁴ ראו לדוגמה: עניין אלדד, ה"ש 105 לעיל, פסי 6 לפסק דינו של השופט חסדאי. חוות הדעת הייתה של שותף בכיר במשרד עורכי דין Alexander Dubose & Jefferson LLP מאוסטיין, טקסס; עניין איזיג'ט, ה"ש 105 לעיל, פסי 85 לפסק דינו של השופט בכר. יצוין ששם המבקשים אף נמנעו מלחקור את המומחה.

¹¹⁵ עניין ווטסאפ, ה"ש 113 לעיל.

היא שב-”מלחמת” חוות הדעת המנצח הוא זה שלרשותו המשאבים לגייס את המומחים המוסמכים ביותר והנוחות לגייס מומחים ממדינת הבית שלו, עימה יש לו היכרות מקדימה.

לצד ההכרעות הנורמטיביות, הכבדת נטל ההוכחה בעקבות הלכת בן חמו עודדה גם תופעה דיונית. בהעדר הגדרה לשלב הדיוני שבו יש לערוך את הדיון בביררת הדין, בתי המשפט הסתפקו לעיתים בדחיית הדיון בביררת הדין בתובענות ייצוגיות, לשלב מתקדם יותר בהליך אשר תיפרס בו מניפה ראייתית רחבה יותר. כך חוזרות ונשנות הטענות ביחס להוכחת הדין הזר, בשלבי בקשה לביטול היתר המצאה, בקשה לסילוק על הסף, ובעת בירור בקשת האישור.¹¹⁶ אמנם מתקיים דיון בטענות, אך מבלי להכריע בהן הצדדים נותרים בערפל דיוני, כשהות הדין החל על ההליך אינה ידועה.¹¹⁷

מעל הכל, בתי המשפט המחוזיים הכריזו כי ניתן לעקוף הוראות קוגנטיות בדין הישראלי באמצעות תניית ברירת הדין הזר.¹¹⁸ לשיטתם, המחלוקת בין השופט מלצר לנשיאה חיות נסבה לא רק על פרשנות סעיף 5(א), אלא גם על היכולת לעקוף הוראות קוגנטיות. שתיקת הנשיאה חיות ביחס לטענתו של השופט מלצר שלא ניתן לעקוף הוראות קוגנטיות היא מחלוקת שהוכרעה לפי פסק דינה של הנשיאה חיות, שאליו הצטרפה השופטת ברון, מבלי להצטרף להערות השופט מלצר. כתוצאה מכך, סירבו בתי המשפט להחיל את הוראות חוק הגנת הצרכן על מספר חברות זרות.

מעמדה של הלכת בן חמו כמכשיר לחיסול תובענות בתחום הגנת הצרכן אינה נפגמת גם מצלילה לנבכי שני העניינים בהם נפסלו תניות ברירת הדין. עם זאת, יש לעמוד על כך שמדובר בתביעות אישיות, ולפיכך ייתכן שבתי המשפט גילו קשב רב יותר לתובעים אישיים לעומת ייצוגיים. הפסילה הראשונה התרחשה בעניין קלאב-מד, שניתן מיד לאחר עניין בן חמו. גולש ישראלי תבע בגין נזקי גוף כתוצאה מתאונת סקי בצרפת. תנאי השימוש של חבילת קלאב-מד שנרכשו ברשת בישראל כללו תניות שיפוט וברירת דין לצרפת.¹¹⁹ בית המשפט, אשר הסתמך גם על עמדת היועץ המשפטי לממשלה שהתייצב בפרשה, הכריז כי התניות מקפחות וצמצם את תוקפן לתביעות שעילתן נזקי גוף אשר נגרמו מחוץ לישראל בלבד. ברם, חרף הפסילה, יש לצנן את משמעות הביטול ושינוי התניות. גם לו הייתה מבוטלת תניית ברירת הדין והדין הישראלי היה חל, כלל ברירת הדין בנזיקין היה נכנס לפעולה, ולפיו, יחול דין מקום ביצוע העוולה שהוא הדין הצרפתי. לכן, מכל מקום, לתובע לא ציפתה כל ישועה מטענת הקיפוח.¹²⁰ הפסילה השנייה התרחשה בעניין זוהר, במהלכה נציגי קבוצת ”דיאנה זוהר – ביחד קונים יותר” תבעו את פייסבוק על חסימת עמודים בעקבות טענה להפרת זכויות קניין רוחני. בפסק דין שהצדיק את חסימת פייסבוק, בית המשפט לא נמנע מלדון בדין הישראלי ואף קבע כי לפי הלכת בן חמו, הדין הישראלי חל על תנאי השימוש של פייסבוק.

¹¹⁶ ת”צ (מחוזי ת”א) 8295-10-17 **Booking Com .B.V** נ’ **שפירא**, פסי’ 3 להחלטת השופט שילה (נבו 16.05.2018); ע”ר (מחוזי ת”א) 67771-07-18 **Booking Com .B.V** נ’ **שפירא**, פסי’ 46-49 להחלטת השופטת רביד (נבו 20.02.2019); (בקשה לביטול היתר המצאה); עניין טלקום, ה”ש 50 לעיל (בקשה לביטול היתר המצאה); ת”צ (מחוזי מ”ר) 45354-02-18 **הירשפלד נ’ Travel jigsaw (limited)** (נבו 20.02.2019); (בקשה לביטול היתר המצאה); עניין פונטה, ה”ש 109 לעיל (בקשה לתיקון תובענה ייצוגית); עניין דהאן, ה”ש 50 לעיל, פסי’ 39; ע”ר (מחוזי ת”א) 45980-03-21 **Apple INC** נ’ **יעקב**, עמ’ 6 להחלטת השופטת דותן (נבו 13.12.2021); (בקשה לביטול היתר המצאה); ת”א (שלום אש”י) 40351-07-20 **שושן נ’ GoDaddy.com,LLC** (נבו 12.05.2021); רע”א (מחוזי ב”ש) 18035-07-21 **GoDaddy.com** נ’ **שושן**, פסי’ 9 לפסק דינו של השופט גדעון (נבו 19.10.2021); (בקשה לביטול היתר המצאה); ת”צ (מחוזי ת”א) 1608-02-21 **אלוף נ’ Airbnb Ireland UC**, פסי’ 38-42 להחלטת השופטת עובדיה (נבו 02.03.2022); (בקשה לסילוק על הסף).

¹¹⁷ גם על כשירות המומחה לדין הזר ניתן לערער וראו: רע”א 7470/20 **Facebook Ireland Limited** נ’ **גל**, פסי’ 15 לפסק דינה של השופטת ברון (נבו 03.01.2022) (להלן: ערעור גל), שם ניתנה הנחיה לדון בכשירות המומחה בהמשך הדיון בבקשת האישור.

¹¹⁸ עניין איזיג’יט, ה”ש 105 לעיל, פסי’ 94-96 לפסק דינו של השופט בכר; עניין אלדד, ה”ש 105 לעיל, פסי’ 54 לפסק דינו של השופט חסדאי; עניין טדסה, ה”ש 111 לעיל, עמ’ 7 לפסק דינו של השופט כהן.

¹¹⁹ עניין קלאב מד, ה”ש 46 לעיל, פסי’ 4 לפסק דינו של השופט בכר.

¹²⁰ שם, פסי’ 36.

אולם, נראה שבית המשפט התעניין בהכרעת התביעה לגופה, מבלי להתעכב על ההסדרים הדיוניים שבין פייסבוק ללקוחותיה.¹²¹

נסיגה מסוימת מהלכת בן חמו ניתן לראות לראשונה, עוד בטרם התייצבותו של היועץ המשפטי לממשלה בנושא ברירת הדין, בשימוש בכלל הפרשנות נגד המנסח הטבוע בחוק החוזים הישראלי.¹²² עם זאת, השימוש בכלל עדיין ממשיך את ההליכה בתלם שחרשה הלכת בן חמו, שהרי הנשיאה חיות כבר עשתה בו שימוש.¹²³ בשני מקרים, בעקבות שינוי בחוזים האחידים של חברות פייסבוק וגוגל, נקבעו תניות חדשות, שנדרשו לפרשנות חדשה.¹²⁴ השופטת ברוך, שישבה גם בעניין בן חמו, פסקה בשני ערעורים על החלטות בתי המשפט המחוזיים כי יש לפרש את שתי התניות כך שצרכנים יוכלו לתבוע את פייסבוק וגוגל לפי הדין הישראלי.¹²⁵

בעניין גל, נדונה תניה של פייסבוק שקבעה כי על צרכנים יחול דין מקום מושבו של הצרכן. התעוררה השאלה מי נכנס תחת כנפי הגדרת 'צרכן', והאם היא כוללת גם עסקים קטנים. בית המשפט המחוזי פסק שהתשובה חיובית ובית המשפט העליון אישר את פסיקתו, תוך פירוש המונח 'צרכן' בהסתמך על הדין הישראלי.¹²⁶ בעניין אשל, גוגל ניסחה תניה המבחינה בין בתי משפט בארצות המחילות את דין קליפורניה, לבתי משפט בארצות המסרבות להחלתו. כאן נעשה שימוש ישיר בכלל הפרשנות נגד המנסח ואי-הבהירות פורשה לחובתה של גוגל, והוחל הדין הישראלי.¹²⁷ ברם, כפי שהתרחש גם בעניין בן חמו ביחס לחוק החוזים האחידים, לא נערך דיון בשאלה לפי איזה דין יש לפרש את תניות ברירת הדין. בית המשפט העליון אף עמד על כך כי בהתאם לפסיקה הישראלית, יש לפרש תניות אלו בצמצום ובדוקנות. עוד נקבע כי פערי הכוחות בין צרכנים לתאגידים גלובליים מחייבים להטיל על התאגידים את האחריות לניסוח הסכם תנאי השירות באופן בהיר.¹²⁸

קשה לשער את השפעת השימוש בכלל הפרשנות נגד המנסח. מחד גיסא, ניתן לשער שהשימוש בכלל מהווה נסיגה מסוימת ממעמדה של הלכת בן חמו, שכן השימוש בכלל פותח את השער להחלת הדין הישראלי, מבלי להציג חוות דעת מומחה. מאידך גיסא, נראה כי לשון התניות החדשות היוותה נסיבה חריגה אשר חייבה פרשנות של בתי המשפט, לאור הלכת בן חמו. גם מובן מאליו, כי מדובר בשתי תניות בלבד. בין כה וכה, עד מהרה הגיעו ההחלטות בהליכים בהם התייצב היועץ המשפטי לממשלה.

טרם הדיון בהחלטות אלו, חשוב לציין כי עד עניין מילר, בו התייצב היועץ המשפטי לממשלה, בית המשפט העליון נמנע מלשוב ולדון בהלכת בן חמו בשתי הזדמנויות אשר נקרו לפניו. בשני ערעורים,

¹²¹ ת"א (מחוזי ת"א) 63470-05-19 **זוהר נ' Facebook**, פסי' 13-14 לפסק דינה של השופטת גרוסמן (נבו) 23.08.2021. (להלן: עניין זוהר).

¹²² סעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי); עניין מילגרם, הי"ש 88 לעיל.

¹²³ הלכת בן חמו, הי"ש 4 לעיל, פסי' 41.

¹²⁴ התניות נוסחו מחדש בעקבות התערבות רשויות הגנת הצרכן האירופיות שדרשו מפייסבוק וגוגל לתקן את תנאי השימוש שלהם ובפרט את תניות השיפוט והדין הזר. הניסוח החדש שהיה אמור להיות מופנה לצרכן האירופי, הופנה גם לצרכן הישראלי. להרחבה ראו: European Commission Press Release IP/18/761, Social media companies: need to do more to fully comply with EU consumer rules, Table with the changes to the terms and conditions (Feb. 15, 2018), ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_761 (IP/18/761).

¹²⁵ ערעור גל, הי"ש 117 לעיל.

¹²⁶ רע"א 8160/20 **Google LLC נ' אשל** (נבו) 20.02.2022. (להלן: ערעור אשל).

¹²⁷ ערעור גל, הי"ש 117 לעיל, פסי' 14-20 לפסק דינה של השופטת ברוך; לפסקי הדין בבתי המשפט המחוזיים ראו: ת"צ (מחוזי ת"א) 1393-01-17 **נכט נ' Facebook Ireland Ltd** (נבו) 06.08.2020. (להלן: עניין נכט); עניין נכט צוטט בהסכמה גם בעניינים נוספים וראו: עניין גל, הי"ש 113 לעיל; עניין פונטה, הי"ש 109 לעיל.

¹²⁸ ערעור אשל, הי"ש 126 לעיל, פסי' 11 ו-14; עניין אשל, הי"ש 113 לעיל; ת"צ (מחוזי מ"ר) 40212-05-17 **מלאכי נ' Google Inc** (נבו) 06.05.2022.

בעניינים **אלדד** ו-**איזיג'ט**, התובעים הייצוגיים החליטו למשוך את ערעורם, לאור המלצת בית המשפט העליון. כך אשרר בית המשפט העליון את החלטת הדין הזר בשני עניינים נוספים מלבד הלכת **בן חמו**, ונתן "אור ירוק" להמשך הטמעת ההלכה.¹²⁹

לסיכום הדין בתקופה השנייה, חשוב להצביע על ההבדלים בין לשון פסק הדין בעניין **בן חמו**, לבין יישומו כהלכה לאחר מכן. קל להבחין כי השיקולים לבחינת הקיפוח אשר העמידה הנשיאה נבעו ישירות מפסק הדין. מנגד, ההכרזה כי ניתן לעקוף דין קוגנטי באמצעות תניות ברירת דין, היא יצירה פרשנית של בתי המשפט המחוזיים. לצד אלו, נטל ההוכחה הראשוני נובע אומנם מפסק הדין, אך ספק אם כיוונה הנשיאה להשלכות כה חד משמעיות באשר לרוב התביעות המוגשות ללא חוות דעת מומחה לדין הזר. לאור כל זאת, בתקופה השנייה, הפכה הלכת **בן חמו** למכשיר לחיסול תובענות בתחום הגנת הצרכן, ולו בכפוף לחריג כלל הפרשנות נגד המנסח.

ד. תקופה III (2022 ואילך): נסיגה מהלכת בן חמו

התייצבות היועץ המשפטי לממשלה מתוקף סמכותו הסטטוטורית לכשעצמה היא אינה מעשה חריג. כבר בעבר ביקש היועמ"ש לעצב, להשפיע ולשנות את הדין הנוהג ביחס לחוק, בהתאם לעמדה הפרו-צרכנית שלאורה נחקק.¹³⁰ לכן, גם התייצבויות היועמ"ש - עד כה בשישה הליכים שונים - היא המשך ישיר של התערבות זו.¹³¹ בכל זאת, מדובר בפעם הראשונה שבה ביקש היועמ"ש להתערב בנושא תניות ברירת הדין ולהחיל על חברות בין-לאומיות את הדין הישראלי.

עמדת היועמ"ש עקבית בכל שש התייצבויות, ולפיה יש להחיל את הדין הישראלי על היחסים שבין חברות זרות לבין לקוחות ישראליים. בתפיסתו, תניות ברירת הדין הן תניות מקפחות המטילות על המבקשים הגבלות פרוצדוראליות, ובראשן הדרישה להמציא חוות דעת מומחה הגוררת עלויות דינויות. יתרה מכך, הצרכנים גם נפגעים מהחלת הדין הזר בשלב החתימה על ההסכם, משום שהחלת הדין הזר מעקרת את יכולתם להבין את מצבם המשפטי לאשורו. עוד טוען היועמ"ש, בהסתמך על דעתו של השופט מלצר בהלכת **בן חמו**, כי חוק הגנת הצרכן חל ישירות על החברות הזרות כחוק קוגנטי. פרשנות השופט מלצר מסתמכת בעיקר על השראה מן הדין האירופי, הבוחן אם חברה זרה מכווניה את שירותיה לישראל, וככל שכן, יש להחיל עליה את הדין הישראלי.¹³²

ההחלטה הראשונה ניתנה במרץ 2022 בעניין **הירשפלד**, אשר עסק בתניית ברירת דין המפנה לדין האנגלי. כאן החיל בית המשפט המחוזי את הדין הישראלי, תוך שימוש בכלל הפרשנות נגד המנסח,

¹²⁹ עניין אלדד, ה"ש 105 לעיל; ע"א 8594/20 אלדד נ' הוטלס.קום (נבו 09.02.2022); עניין איזיג'ט, ה"ש 105 לעיל, יש לציין ששם נדונה במפורש תחולת חוק הגנת הצרכן והוכרע כי הוא אינו חל ביחס ל-איזיג'ט וראו בפס' 66-34; ע"א 5089/20 עידו בשן נ' EasyJet Airline Company Ltd (נבו 02.06.2022); להרחבה ראו: ת"צ (מחוזי ת"א) 9139-05-18 צביה נ' Agoda Company Pte. Ltd, פס' 150-156 לפסק דינה של השופטת אמית-אניסמן (נבו 28.06.2022) (להלן: עניין אגודה).

¹³⁰ סעיפים 1 ו-20 לחוק החוזים האחידים; ראו לדוגמא: עניין בן חמו, ה"ש 4 לעיל; עניין קלאב מד, ה"ש 46 לעיל; עניין מפעל הפיס, ה"ש 86 לעיל.

¹³¹ עמדת היועמ"ש הוגשה לבית המשפט העליון ב: רע"א 1901/20 היועץ המשפטי לממשלה נ' Facebook Ireland (נבו 03.03.2021) ולבתי המשפט המחוזיים בת"א ב: ת"צ (מחוזי ת"א) 9139-05-18 היועץ המשפטי לממשלה נ' Agoda (נבו 04.03.2021) (להלן: עמדת היועמ"ש – אגודה); ת"צ (מחוזי ת"א) 8295-10-17 היועץ המשפטי לממשלה נ' Booking.com (נבו 19.05.2021); ת"צ (מחוזי מ"ר) 45354-02-18 היועץ המשפטי לממשלה נ' TravelJigsaw (נבו 23.07.2021); ת"צ (מחוזי ת"א) 17737-01-18 הכהן נ' Hotels.com (נבו 27.06.2022); ת"צ (מחוזי מ"ר) 12859-12-19 ברק נ' Amazon.Com.Inc (נבו 03.08.2022) (להלן: עניין אמזון); גילוי נאות: המחבר היה שותף לניסוח חוות הדעת בעניינים מילר ואגודה מתוקף עבודתו במחלקת ייעוץ וחקיקה (משפט אזרחי).

¹³² ראו למשל בעמדת היועמ"ש - אגודה, ה"ש 131 לעיל; Regulation (EC) No. 593/2008 of June 17, 2008, on the law applicable to contractual obligations, art. 6(2) O.J. (L 177) (להלן: רגולציית רומא); הרחבה על הסעיף ראו להלן בפרק 5.ג.

בהמשך לעניינים גל ו-אשל. אך לראשונה, התקיים דיון על זהות הדין שיש להחיל לאחר פסילת תניית ברירת הדין, מבלי להחיל אוטומטית את הדין הישראלי. בית המשפט הפעיל את הלכת קו לעובד וקבע כי בהעדר הבחירה המפורשת שנפסלה, יש להחיל את הדין בעל הקשר הקרוב והאמיץ ביותר לחוזה ולבחון אותו באמצעות מבחן מרב הזיקות, שהוביל לדין הישראלי.¹³³ אבל, בית המשפט לא הסתפק בכך והוסיף באוביטר את עמדתו, התואמת לעמדת היועמ"ש ביחס לדין קוגנטי, כי היה ניתן גם להחיל את חוק הגנת הצרכן ישירות, מבלי להידרש לבחינת התניה עצמה במשקפי כלל הפרשנות נגד המנסח.¹³⁴

בעניין אגודה, אשר ניתן פחות מחודש לאחר מכן, האוביטר מעניין הירשפלד הפך למרכז ההחלטה.¹³⁵ בית המשפט ביטל את תניית ברירת הדין שהובילה לדין סינגפור בהסתמך על פרשנות חוק הגנת הצרכן כחוק החל ישירות על חברת Agoda. תחת זאת, הדיון בטענת תניית ברירת הדין כמקפחת נערך רק מעבר לנדרש.¹³⁶ על אף כל זאת, חשוב להדגיש כי פסק הדין ניתן בכפוף להתקיימותן של נסיבות חריגות. ראשית, כבר בהלכת בן חמו צוין דין סינגפור כדין שאין ראוי להפנות אליו, ושהוא אינו מתקדם כמו דין קליפורניה.¹³⁷ שנית, עניין אגודה עסק בהזמנת חופשה של צרכן ישראלי, למלון בישראל, באמצעות אתר הזמנות מקוון. במצב עניינים זה, כאשר השירות עצמו גם התקבל כולו בישראל, היה נח יותר לטעון כי חוק הגנת הצרכן הישראלי צריך לחול, ואף לציין בהסכמה את דעת השופט מלצר.¹³⁸

מעל הכל, פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין מילר, ובראשו חוות דעתו המנומקת של השופט גרוסקופף, היא זו שטרפה את הקלפים וביקשה להוריד את הלכת בן חמו ממעמדה הרם.¹³⁹ פסק הדין עסק בחוזה האחיד של פייסבוק, שגם עמד במוקד עניין בן חמו. אולם, ההבדל המרכזי בין מילר ל-בן חמו נעוץ בזהות התובע, אישי-מסחרי, להבדיל מייצוגי. התובע, עסק קטן, טען כי פייסבוק הפרה מולו את הסכם שירותי הפרסום, בהתבסס על עילות תביעה חוזיות ונזיקיות, וביניהן גם הטעיה צרכנית והפרת חובת תום הלב.¹⁴⁰ התובע טען בגלגול שלישי לאחר שטענתו נדחתה בגלגולים הקודמים, כי הלכת בן חמו חלה רק על הליכים ייצוגיים ומשכך, יש לקבוע כי תניית ברירת הדין מקפחת ולהחיל את הדין הישראלי.¹⁴¹

בבית המשפט העליון נחלקו הדעות. השופט הנדל הלך בדרכם של בתי המשפט הקודמים ודרש להחיל את הלכת בן חמו גם על תובע מסחרי בתביעה רגילה, תוך שהוא משתמש בפרמטרים שהעמידה הנשיאה חיות, שיטת המשפט המתקדמת והשפה האנגלית.¹⁴² מנגד, השופטים גרוסקופף ו-וילנר סברו שניהם כי הלכת בן חמו אינה חלה בנסיבות הייחודיות של עניין מילר. מביניהם, השופט גרוסקופף הלך צעד רחוק יותר וביקש לכרסם במפורש בתחולת הלכת בן חמו, דעה

¹³³ ת"צ (מחוזי מר) 45354-02-18 הירשפלד נ' Traveljigsaw (limited), פסי' 39-41 לפסק דינה של השופטת רבינוביץ-ברון (נבו 24.03.2022) (להלן: עניין הירשפלד).

¹³⁴ שם, פסי' 42.

¹³⁵ עניין אגודה, הי"ש 129 לעיל, פסי' 63.

¹³⁶ שם, פסי' 115.

¹³⁷ שם, פסי' 142-143; הלכת בן חמו, הי"ש 4 לעיל, פסי' 43.

¹³⁸ עניין אגודה, הי"ש 129 לעיל, פסי' 100-101, 147-148.

¹³⁹ עניין מילר, הי"ש 26 לעיל. בין לבין ניתן גם פסק הדין בת"צ (מחוזי חי) 7322-10-18 אקסלרוד נ' Facebook Inc, פסי' 80-81 לפסק דינו של השופט רניאל (נבו 12.07.2022), אשר אישר תניית ברירת דין, אולם נדמה כי: (1) פסק הדין עוד מהווה חלק מהתקופה הקודמת, כאשר עניינים אגודה והירשפלד אף אינם מוזכרים בו; (2) בדומה לעניין זוהר, הי"ש 121 לעיל, נדמה כי בית המשפט התעניין יותר בהכרעת התביעה לגופה, מבלי להתעכב על הסדרים דיוניים.

¹⁴⁰ סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן; סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי).

¹⁴¹ עניין מילר, הי"ש 26 לעיל, פסי' 1-3 לפסק דינו של השופט הנדל.

¹⁴² שם, פסי' 29-30.

שהשופטת וילנר לא הצטרפה אליה מפורשות. לאור זאת, עניין **מילר** משמעותי בשל הרוח הנושבת ממנו, ובשל העמדות העקרוניות המובעות בו, אך הוא איננו מעמיד הלכה ברורה בנושא תניות ברירת דין בחוזים צרכניים.

השופט גרוסקופף העלה לראשונה את חשיבות הסוגיה בה אנו עוסקים - "הדין שיחול על התקשרות חוזית צרכנית המבוצעת בתחומי מדינת ישראל על-ידי תאגיד גלובלי" - והעמיד בה משנה סדורה.¹⁴³ לטעמו, די בהצגת השאלה והבנת השלכותיה כדי להגיע למסקנה כי יש להחיל את הדין הישראלי על התקשרויות מסוג זה.¹⁴⁴ בהמשך, שוב לראשונה, השופט גרוסקופף פירט על כללי ברירת הדין וההסדר שנוצר בהלכת **קו לעובד**.¹⁴⁵ את הדין לגבי בחינת תוקפן של תניות ברירת דין בחוזים צרכניים הוא סיכם בשני שלבים. ראשית, יש לבחון אם מדובר בתניה מקפחת.¹⁴⁶ אולם במסגרת בחינת הקיפוח, גרוסקופף נמנע מלהתייחס לדרישה להצגת חוות דעת מומחה לדין הזר. לדידו, אין הבדל בין שירותים פיזיים לשירותים מקוונים, ולכן כל התניה על הדין הישראלי מצד חברה זרה, קל וחומר תאגיד גלובלי, היא בבחינת תניה מקפחת. לפיכך, על התאגיד מוטל הנטל להוציא את תניית ברירת הדין מידי חזקת הקיפוח.¹⁴⁷ במילים אחרות, תניות ברירת דין של חברות זרות ותאגידיים גלובליים המקיימים פעילות עסקית בישראל הן תניות מקפחות פר-סה.¹⁴⁸ בשלב שני, וככל שמדובר בתניה מקפחת, יש לתור אחר דין החוזה האובייקטיבי, בהתאם למבחן מרב הזיקות.¹⁴⁹ בבחינת הזיקות, מציין גרוסקופף זיקות ייחודיות הרלוונטיות למרחב המקוון.¹⁵⁰ פסק הדין הסתיים בקריאה לצמצום תחולת הלכת **בן חמו**, כך שתחול רק בנסיבות הדומות לה, הקשורות בהגנת הפרטיות.

השופטת וילנר הסתפקה באבחון הנסיבות של עניין **מילר** מנסיבות עניין **בן חמו** כדי להצדיק את הקיפוח. לשיטתה, העובדה שאין מדובר בהליך ייצוגי ושפייסבוק עצמה חזרה בה מהאינטרס להחיל מערכת דין אחת על כל הצרכנים, מצדיקה את החלת הדין הישראלי.¹⁵¹ פסק דינה הסתיים בהדגשת הכרעתה כנסיבתית בלבד, ובקריאה להסדרת הנושא על-ידי המחוקק.¹⁵²

סימן השאלה המרכזי העולה מפסק הדין נוגע ליכולתן של חברות זרות להתנות על דין קוגנטי, או במינוח מדויק יותר, על היקף התחולה של דיני הגנת הצרכן בישראל. אומנם, השופט גרוסקופף מביע דעה עקרונית חד-משמעית, כי יש להחיל את הדין הישראלי על חברות זרות, אך יישום הטענה במישור המשפטי אינו קוהרנטי. למרות הרחבת היקף התחולה של דיני הגנת הצרכן הישראליים בעניין **אגודה**, ההתייחסות לנושא בפסק דינו של גרוסקופף נעשתה רק בעקיפין, בעת אזכור המשפט המשווה.¹⁵³ מפסק דינם של השופטים גרוסקופף ווילנר אין זה ברור אם תמיד אסור לחברה זרה להפנות לדין זר ככלל, ובפרט ביחס לדין דיספוזיטיבי ישראלי.¹⁵⁴ לכאורה, עדיין ניתן להטיל כל

¹⁴³ שם, פסי' 5 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

¹⁴⁴ שם, פסי' 6.

¹⁴⁵ שם, פסי' 14.

¹⁴⁶ שם, פסי' 18-20.

¹⁴⁷ שם, פסי' 12 ו-22.

¹⁴⁸ שם, פסי' 32-33.

¹⁴⁹ שם, פסי' 22, 25 ו-34.

¹⁵⁰ שם, פסי' 31: "קיומו של אתר מיוחד בעברית המיועד ללקוחות ישראלים; הקמת נציגות בישראל; מתן שירותים בשפה העברית; תרגום הסכמי השימוש לשפה העברית; החזקת שירות לקוחות המיועד לאזרחי ישראל; קבלת אמצעי תשלום ישראליים והצגת המחיר במטבע ישראלי; פרסום מודעות שיווקיות בשפה העברית.".

¹⁵¹ עניין **מילר**, ה"ש 26 לעיל, פסק דינה של השופטת וילנר.

¹⁵² שם, פסי' 37.

¹⁵³ שם, פסי' 32 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

¹⁵⁴ שם, פסי' 33-35 לפסק דינה של השופטת וילנר.

מקרה עם נסיבותיו לתוך מבחן הקיפוח, ומתוכו לבדוק אם התניה מקפחת. בכך, נותר לבתי המשפט שיקול דעת רחב למדי, ולחברות נותרה האפשרות לנסות ולהתנות על דין ישראלי קוגנטי.

אף שקשה לחזות את השלכות פסק הדין בעניין **מילר**, ניכר כי עמדתו העקרונית של השופט גרוסקופף משנה את פסיקות בתי המשפט. מיד לאחריו, נפסלו תניות בשתי תביעות אישיות בבתי משפט השלום בעניינים **טל ו-שושן**.¹⁵⁵ אך מעל כל ספק, המילה האחרונה נאמרה בעניין **אמזון** והיא ממחישה את הבלבול בו מצויים עתה בתי המשפט בבחינת נסיבות הקיפוח. בית המשפט המחוזי פסל, לצורך הדיון בהיתר המצאה בלבד, תניית ברירת דין המפנה לדין וושינגטון בתביעה ייצוגית, וכך יישם לראשונה את עמדת גרוסקופף בהליך ייצוגי. בית המשפט סבר כי נסיבות העניין מצדיקות תוצאה שונה מהלכת **בן חמו**. לדבריו, קיומה של תניה נוספת בתנאי השימוש של אמזון, המכריחה לקוחות לוותר על יכולתם לתבוע את אמזון באמצעות הליך ייצוגי, היא המבחינה את עניין **אמזון** מהלכת **בן חמו**.¹⁵⁶ כמו כן, גם השינוי שחל בדפוסי הצריכה המקוונים בעקבות מגיפת הקורונה וכן העובדה שאמזון, בניגוד לפייסבוק, נותנת שירותים בתשלום, הם שינוי נסיבות משמעותי.¹⁵⁷ לאור כל זאת, הכריע בית המשפט, כהכרעת ביניים בלבד, כי אין לפסול את תחולת חוק הגנת הצרכן בשלב היתר ההמצאה. אולם, נקבע שבמעלה הדרך, בהתאם לראיות שיחשפו על פעילותה של אמזון, תוכל אמזון לטעון שוב שחוק הגנת הצרכן אינו חל לגביה.¹⁵⁸ ברם, למרות שעניין **אמזון** כולו התבסס על עילה מחוק הגנת הצרכן,¹⁵⁹ דיון בתחולת חוק הגנת הצרכן בעקבות החלתו הישירה בעניין **אגודה** לא נערך, אלא כשיקול לפסילת התניה בתוך הדיון במבחן הקיפוח.¹⁶⁰ למסגרת זו נכנסה פעם נוספת עמדת מלצר בעניין **בן חמו**. בית המשפט פסק כי חרף העובדה שעמדת מלצר הייתה דעת יחיד בהלכת **בן חמו**, היא זוכה לעדנה מחודשת בעקבות פסק הדין בעניין **מילר**, למרות שכלל לא הוזכרה שם.¹⁶¹

ה. סיכום ביניים

בסיכום כל השתלשלויות העניינים והתגלגלות הפרשיות הבחנו, בשלוש התפתחויות בדין הישראלי בנושא תניות ברירת הדין, בהתאם לשינויים שחלו בשלוש התקופות. את תוצאות המחקר ניתן לסכם באופן סכמטי, תוך התמקדות בתניות אשר הוכרעו תחת שבטו של מבחן הקיפוח:

1. בתקופה הראשונה, מאז עניין **קלינגהופר** במאי 2015, ועד הלכת **בן חמו**, נפסלו קטגורית כלל תניות ברירת הדין, בשמונה מקרים שונים.
2. בתקופה השנייה, מאז שנפסקה הלכת **בן חמו** במאי 2018 ועד ההכרעה בהליכים בהם התייצב היועמ"ש, אושרו שש-עשרה תניות, ונפסלו שתי תניות בלבד, בשני מקרים יוצאי דופן.
3. בתקופה השלישית, מאז התייצבות היועמ"ש בעניין **הירשפלד** במרץ 2022, חלה נסיגה במעמדה של הלכת **בן חמו**, ונפסלו חמש תניות נכון למועד כתיבת שורות אלה.

¹⁵⁵ ת"א (שלום ת"א) 10827-11-19 **טל נ' Platforms Inc. Meta** (נבו 08.08.2022); ת"א (שלום אש"י) 40351-07-20 **GoDaddy.com, LLC נ' Roe Ben Shushan** (נבו 28.08.2022).

¹⁵⁶ עניין **אמזון**, ה"ש 131 לעיל, פסי' 32.

¹⁵⁷ שם, פסי' 33 ו-35; יצוין שהטיעון בנושא התשלום מעורר אי-נוחות וראו: Tim Wu, *Blind Spot: The Attention Economy and the Law*, 82 Antitrust L.J. 771 (2019).

¹⁵⁸ עניין **אמזון**, ה"ש 131 לעיל, פסי' 43.

¹⁵⁹ שם, פסי' 14-11.

¹⁶⁰ שם, פסי' 37 ו-41.

¹⁶¹ שם, פסי' 18 ו-37.

לצד הנתונים הסטטיסטיים, היטמעותה של הלכת בן חמו יצרה שלוש שאלות מרכזיות בנוגע להסדרת תניות ברירת הדין, שלהן נדרש בפרקים הבאים:

1. מהם השיקולים הרלוונטיים בבחינת מבחן הקיפוח ותוצאותיו? בפסיקה נראית הקפדה על בחינת אופי ההליך, אך ללא הקפדה יתירה ביחס להבחנות הספציפיות הנוספות שעליהן הצביעה הנשיאה בהלכת בן חמו - השפה האנגלית, שיטת המשפט וסכום התביעה.
2. מהו הנטל אשר ראוי להטיל בבחינת הדין החל? כפי שהוצג, נטל ההוכחה הראשוני הוטל פעמים רבות על כתפי הלקוחות שחויבו לצרף לתביעתם חוות דעת מומחה לדין הזר. אם חוות דעת כזו לא צורפה, חלק מן התביעות נדחו על הסף.
3. מהו היקף התחולה של דיני הגנת הצרכן, והאם תניית ברירת הדין הזר מאפשרת לעקוף הוראות קוגנטיות בדין הישראלי? כזכור, בתקופה השנייה הוכרזה גישת **מלצר** בהלכת בן חמו כדעת מיעוט, אך היא שבה והופיעה בהחלטות התקופה השלישית, בעקבות עמדת היועמ"ש.

5. ניתוח הלכת בן חמו והשלכותיה

א. הצדקות נורמטיביות – חוזים צרכניים והמשפט הבין-לאומי הפרטי

המשפט הבין-לאומי הפרטי הוא תחום "מטא-משפטי" אשר דרך ניתוחו המסורתית וההכרעות השיפוטיות המתקבלות בו, נעשים תוך התעלמות מהדין המהותי במדינה הזרה. השאלה העומדת במרכז פרק זה היא אם אכן ראוי לחרוג מכללי ברירת הדין הרגילים, ולהחיל את דין הפורום כדין המהותי בשל אינטרס מיוחד, כגון האינטרס להגן על צרכנים. אולם, הדיון באינטרס המיוחד אינו עיוור לדין המהותי של הפורום. לפיכך, דיוננו ייעשה מתוך הפרספקטיבה של הניתוח הכלכלי וההתנהגותי של המשפט, המאפשר לקחת בחשבון את הדין המהותי.¹⁶² ברם, יש להודות, הניתוח הכלכלי של המשפט הבין-לאומי הפרטי מוגבל בהיקפו. ראשית, בחינת היעילות הכלכלית של ההכרעות השונות לא נעשית עבור חברה (Society) אחת בלבד, אלא עבור מספר חברות. לכל חברה וחברה ההעדפות הייחודיות שלה, המושפעות מהאינטרסים הפוליטיים שלה, מבנה השוק שלה וכו'. לדוגמא, מדינת דלאוור בארה"ב תשאף לצמצם את ההוראות הקוגנטיות שלה כדי להמשיך להעביר אליה כמות גדולה של חברות זרות. העדפות אלו יגרמו לה ליצור כללים המיטיבים עם המעסיקים ולא עם צרכנים.¹⁶³ מכאן שהניתוח הכלכלי מוגבל בהיקפו, וקשה להצביע על מטרה אחת שאת היעילות שבה יש להשיג. קל וחומר, קשה אף יותר להצביע על הרווח שיעלה מהרגולציה למול ההפסד מעלויות הרגולציה עצמה.¹⁶⁴ לכן, מטרתנו המצומצמת היא לחשוף שיקולים כלכליים רלוונטיים ולא להעמיד מודל כלכלי מופשט.¹⁶⁵

בשלב זה נכון להיווכח בהצדקות להתערבות בתוכנם של חוזים אחידים.¹⁶⁶ למרות שלהתערבות זו מצויות הצדקות מסורתיות,¹⁶⁷ בשנים האחרונות הולכת ומתקבלת בספרות המחקר ההנחה כי

¹⁶² על ההעדפה לנתח את השאלה מתוך פרספקטיבה זו ראו עוד: אוריאל פרוקציה ודפנה קפליוק "מתקל דינים" הניתוח הכלכלי של המשפט 521, 523-522 (אוריאל פרוקציה עורך התשע"ב) (להלן: פרוקציה וקפליוק); קנאור, הי"ש 5 לעיל, עמ' 849-850; פסברג, הי"ש 6 לעיל, עמ' 229-230.

¹⁶³ פרוקציה וקפליוק, הי"ש 162 לעיל, עמ' 526.

¹⁶⁴ Zamir & Ayres, הי"ש 3 לעיל, עמ' 294-295.

¹⁶⁵ קנאור, הי"ש 5 לעיל, עמ' 850.

¹⁶⁶ ראו בהרחבה: דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 55-79 (מהדורה שנייה, 2018) (להלן: פרידמן וכהן).

¹⁶⁷ שמואל בכר ואורן בר-גיל "הגנת הצרכן" הניתוח הכלכלי של המשפט 223, 236 (אוריאל פרוקציה עורך התשע"ב) (להלן: בכר ובר-גיל).

תפקיד הרגולציה להתערבות בחוזים אחידים נועדה לגשר על כשלי שוק.¹⁶⁸ הניתוח הכלכלי וההתנהגותי של המשפט הצביעו על שני הגורמים המרכזיים שבגינם נגרמים כשלי השוק. ראשית, הצרכנים סובלים מפערי מידע ואין ביכולתם להבין מהו המידע הרלוונטי לעסקה, ובשל כך, לקבל החלטות מושכלות ולכרות עסקאות יעילות. שנית, הצרכנים סובלים מרציונאליות חסומה. הנחת היסוד לקיומן של עסקאות יעילות היא כי הצדדים שמבצעים אותן הם צדדים רציונאליים. ברם, מחקר הכלכלה ההתנהגותית גילה שצרכנים סובלים מהטיות קוגניטיביות רבות שאינן מאפשרות להם לקבל החלטות רציונאליות ויעילות. שני כשלי השוק גורמים לעיתים להיווצרות "שוק של לימונים" - מצב שבו פערי המידע שבין הצרכנים לספקים גורמים להיצע המוצרים להידרדר לאיכות הנמוכה האפשרית במחיר נמוך ככל הניתן.¹⁶⁹

הצדקות אלו נכונות ביתר שאת ביחס לתניות ברירת דין. אף אילו הצרכנים היו קוראים את החוזה האחיד, הם לא היו מודעים לקיומן של תניות מסוג זה, משום שמדובר בתניות משפטיות גרידא שאינן חלק מטיב המוצר שרוכשים הצרכנים. לצורך העניין, כאשר צרכן מסכים לתנאי השימוש של פייסבוק, הוא עשוי להתעניין במדיניות הפרטיות או בהסכמתו לצפות בתכני פרסום כאלו ואחרים. אך, עניינים אלו קשורים ישירות לאופי השירות. מנגד, תניות המגדירות את כללי המשחק ביחס לסכסוכים עתידיים אינן חלק מהשירות עצמו והצרכן הטיפוסי לא יתעניין בהן.¹⁷⁰

מעבר לכך, בעת ההסכמה לתנאי השימוש הצרכן סובל מהטיות קוגניטיביות נוספות.¹⁷¹ הטיה אחת היא אופטימיות-יתר. אנשים נוטים לחשוב שהעסקאות שהם כורתים ישתלמו להם, וטועים לחשוב, למשל בעת לקיחת הלוואה, שהם בהכרח יחזירו אותה בזמן.¹⁷² בהקשר דנן, התניות במוקד הדיון קשורות ישירות למקרים פסימיים שבהם יתגלה שכסוך שסופו להתגלגל עד לשערי בתי המשפט. הטיה נוספת היא הטיית "היצף מידע". הטיה זו רלוונטית במיוחד לתנאי שימוש באתרי אינטרנט שבהם מספר קישורים (Links) רב כגון "תנאי שימוש", "מדיניות פרטיות" וכדומה. בכל אחד מהחלונות הללו מידע אינסופי ושונה על אודות העסקה שהצרכן הטיפוסי אינו יכול לעבד בכוחות עצמו ולקבל בעקבותיו החלטה מושכלת.¹⁷³ לעיתים גם מידע רלוונטי יימצא בחלונות "מידע נוסף", "להרחבה" וכיוצא באלו. למעשה, אפשרויות העיצוב האינסופיות של עמודי העסקה באתר האינטרנט מאפשרות לבעלי האתרים לבצע מניפולציות שונות כדי להדגיש תניות מסוימות בעסקה ולהסתיר תניות אחרות.¹⁷⁴ למניפולציות הללו מצטרף חוסר הסבלנות השגרתי של הצרכנים, שנוהגים להתקשר בעסקה הנגישה ביותר ולא לבזבז זמן באיתור אלטרנטיבות.¹⁷⁵

במקביל, בענייננו פועל אפקט העדר. מדובר בחוזים של חברות בין-לאומיות כגון ענקיות האינטרנט, חברות תעופה, סוכנויות נסיעות ועוד. כלל החברות הללו נהנות מקהל לקוחות עצום המאפשר להן

¹⁶⁸ שם; עניין בן חמו, ה"ש 4 לעיל, פסי 25 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

¹⁶⁹ George A. Akerlof, *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 Q.J. ECON. 488 (1970).

¹⁷⁰ בכר ובר-גיל, ה"ש 167 לעיל, עמ' 232-233.

¹⁷¹ דורון טייכמן, איל זמיר ויובל פרקש "ניתוח התנהגותי של דיני החוזים: ממצאים אמפיריים, תובנות תאורטיות והשלכות משפטיות" **ספר גבריאלה שלו - עיונים בתורת החוזה** 3, 10-12 (יהודה אדר, אהרן ברק, אפי צמח עורכים) (2021).

¹⁷² בכר ובר-גיל, ה"ש 167 לעיל, עמ' 231-232.

¹⁷³ שם, עמ' 234.

¹⁷⁴ בכר וזירסקי, ה"ש 9 לעיל, עמ' 470-471. EYAL ZAMIR & DORON TEICHMAN, *BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS* 304 (להלן: Zamir & Teichman) (2018).

¹⁷⁵ Shmuel I. Becher, *Behavioral Science and Consumer Standard Form Contracts*, 68 La. L. Rev. 117, 154-155 (2007).

להתפרס לכל קצוות תבל. יתר על כן, הרבה מן החברות הללו נהנות גם מתופעה המכונה "אפקט רשת". דהיינו, ערכם של המוצרים והשירותים עבור הלקוחות גובר ככל שמספר המשתמשים בהם גדל. זאת משום שהימצאותם של השירותים ברשות מספר גדול של משתמשים הופך אותם לאטרקטיביים יותר.¹⁷⁶ בענייננו מרוויחות החברות רווח נוסף מאפקט הרשת - הצרכנים מאמצים את המוצר שרכשו מכריהם ללא ביקורת, שהרי אם כולם הסכימו לתנאי העסקה, מדוע שאני לא אסכים?¹⁷⁷

רווחים חברתיים אובייקטיביים מסוג נוסף שניתן להצביע עליהם אינם מתורגמים בהכרח לערכים כלכליים. התערבות בתוכן החוזים עבור הצרכנים יכולה להביא ליחס הוגן ומכבד ללקוחות. עבור לקוחות, השורה התחתונה היא לא בהכרח בעלת החשיבות הגבוהה ביותר. לקוח של רשת חברתית שההודעות הפרטיות ששלח לחבריו נחשפו,¹⁷⁸ או שהחשבון שלו נסגר במפתיע,¹⁷⁹ חווה פגיעה שאינה ממונית בלבד. הפגיעות המתוארות מגבילות את יכולתו של אותו אדם לתפקד כיצור חברתי. הואיל והאדם הוא יצור מורכב יותר מסך נכסיו, אנחנו מחפשים כללים שיתמצו את החברות לדאוג ללקוחות להגשמת העדפות נוספות שלהם.¹⁸⁰

בניגוד לכל האמור, יש המתנגדים להתערבות בתוכנם של חוזים אחידים. לפי ביקורת ליברלית אחת, חוזים אחידים הם הטרוגניים מספיק כדי שלקוחות ידעו להבדיל ביניהם ולהסכים רק לאלו המיטיבים עימם. אחרים העמידו את 'מודל הצרכנים המתוחכמים'. קרי, שישנו מיעוט מיוחד שקורא חוזים אחידים ומיידע את כלל הצרכנים בדבר תוכנם האמיתי.¹⁸¹ עם זאת, מחקרים אמפיריים מוכיחים שמיעוט שכזה אינו קיים, ושפועל צרכנים אינם קוראים ואינם מסוגלים לקרוא חוזים אחידים או להבדיל בין חוזה אחד לרעהו.¹⁸² טענה מקבילה היא שמנגנון המוניטין הוא השיקול המוביל עבור ספקים. פגיעה בצרכנים תפגע במוניטין של החברות ולכן האינטרס המרכזי של החברות הוא להימנע מקיפוח לקוחות. ברם, מנגנון המוניטין רחוק מלהיות מושלם. המנגנון תלוי לא רק בצרכנים אלא גם ביכולות שיווק, מיתוג וביכולת להפלות בין לקוחות.¹⁸³ בהקשר זה, גם הוכח שפטרנליזם יעיל לעיתים מבחינה כלכלית, בעיקר כאשר הצרכנים סובלים מרציונאליות חסומה.¹⁸⁴

כמו כן, נטען שהתערבות בתוכן החוזים תשקף רק את העדפות הצרכנים ולא תתחשב בספקים, כאשר בפרספקטיבה ליברלית, העדפות הצרכנים אינן עדיפות על העדפות הספקים. לאלו מתווסף גם החשש של הספקים מפני החלתו של הדין המקומי הפוגע בוודאות העסקית.¹⁸⁵ אך טיעונים אלו מתייחסים לחירות שלילית, המתמקדת בעיקרון שלפיו על המדינה להימנע מלהתערב בשוק

¹⁷⁶ מיכל שור-עופרי *פופולריות ורשתות בדיני זכויות יוצרים* 58-23 (1998).

¹⁷⁷ Zamir & Teichman, הי"ש 174 לעיל, עמ' 304; Zamir & Ayres, הי"ש 3 לעיל, עמ' 298; Abhijit V. Banerjee, A Simple Model of Herd Behavior, 107 Q J. Econ. 797 (1992).

¹⁷⁸ למשל: עניין בן חמו, הי"ש 4 לעיל.

¹⁷⁹ למשל: עניין ווטסאפ, הי"ש 113 לעיל.

¹⁸⁰ Daphna Lewinsohn-Zamir, *In Defense of Redistribution Through Private Law*, 91 MINN. L. REV. 326 (2006); פרידמן וכהן, הי"ש 166 לעיל, בעמ' 63-64; ראו גם דיון דומה ביחס לתובענות ייצוגיות: פלינט וויניצקי, הי"ש 70 לעיל, עמ' 65-68, 90-94.

¹⁸¹ קנאור, הי"ש 5 לעיל, עמ' 853-856.

¹⁸² הי"ש 13 לעיל.

¹⁸³ Zamir & Teichman, הי"ש 174 לעיל, עמ' 283-292.

¹⁸⁴ Eyal Zamir, *The Efficiency of Paternalism*, 84 VA. L. REV. 229, 237-254 (1998); פרידמן וכהן, הי"ש 166 לעיל, בעמ' 61-63.

¹⁸⁵ קנאור, הי"ש 5 לעיל, עמ' 855.

החופשי. מנגד, הטיעונים הללו מתעלמים מהחירות החיובית של הצרכנים, לשלוט בחופשיות בהחלטות שהם לוקחים ולהביע את העדפותיהם. דווקא זו היא המנביעה את ההסדרה הקוגנטית של שוק החוזים האחידים המאפשרת גם להעדפות הצרכנים לבוא לידי ביטוי.¹⁸⁶ יתרה מכך, כל אימת שאנשים בוחרים להתקשר בחוזים הניתנים לאכיפה חוקית, אין זו פעילות פרטית בלבד אלא גם פעילות ריבונית. במוקד הסוגיה שלפנינו נמצאת השאלה של אכיפת החוזים הכרוכה בהפעלת סמכות המדינה. במילים אחרות, הסוגיה האמיתית איננה אם המדינה מפריעה לעסקאות פרטיות, אלא מתי יש להעמיד את סמכות המדינה לרשות צד אחד כנגד הצד השני.¹⁸⁷

ביחס לסמכות המדינה קם ומתערב שיקול משמעותי, השזור כחוט השני בספרות התיאורטית של המשפט בין לאומי הפרטי - פלורליזם. הגישה הפלורליסטית תפסה תאוצה בעת התגברות תהליכי הגלובליזציה והתעצמותו של המסחר הגלובלי. אלו מאתגרים את הריבון המקומי המתקשה ליישם את מדיניותו, אף בתוך הגבולות שלו. קל וחומר, במסחר מקוון שבו קשה לחשוב בכלל על המשגה של גבולות טריטוריאליים. בתוכם, הגישה הפלורליסטית נוצרה כדי לגשר בין שיטת המשפט הלאומית לבין הגלובליזציה. לפיה, יש לנסות ולאתר מדיניות משפטית אשר מחד גיסא מכבדת את חירות הפרטים ומאפשרת להם לבחור הסדר רגולטורי, ולהעניק לו תחולה אקס-טריטוריאלית. מאידך גיסא, יש לשאוף להפחתת ההשפעות השליליות של החצנות העולולות לנבוע מאותה תחולה אקס-טריטוריאלית. כך, תהנה המדינה הלאומית מיתרונות השוק הבין-לאומי, מבלי להתערבויות המזיקות העשויות לנבוע ממנו. אם כן, בליבת הסוגיה העומדת לפתחנו, עומדת ההתלבטות בין ההחצנה השלילית אשר תיגרם מהחלת הדין הזר, לבין ההחצנה השלילית העשויה להיגרם מסירוב גורף להחילו.¹⁸⁸

יישום גישה זו ביחס לאכיפת חוזים צרכניים מחייבת את בתי המשפט לנקוט משנה זהירות מפני העמדת סמכות המדינה באופן שיפגע באזרחי הריבון המקומי. הפגיעה יכולה להתבצע בשני הצדדים של אותו המטבע. כאשר מוצרים זרים יימכרו תוך פגיעה בפרטים, או כאשר אכיפת-יתר של זכויות הפרטים תוביל להתייקרות המוצרים המיובאים לשוק המקומי, ואף למניעה של טובין זרים. סיטואציות כאלו עלולות להתקיים בייחוד כאשר אנו דנים במסחר גלובלי מקוון.¹⁸⁹

המסחר המקוון הטיל לשוק מודלים מסחריים המשלבים אלמנטים טריטוריאליים עם אלמנטים אקס-טריטוריאליים.¹⁹⁰ חברות בין-לאומיות יכולות להנות מן המוניטין שנצבר להן בקצה אחד של הגלובוס בשביל להנגיש את שירותיהן עד הקצה השני. לעיתים, הנגשת השירותים פשוטה יחסית ואינה כוללת הקמת שלוחה ישראלית, אלא מספר פעולות מינוריות כמו תרגום לעברית של אתר האינטרנט, קמפיין שיווקי קטן ותו לא. כך, חברות גלובליות יכולות למכור טובין שונים, ואף טובין מקוונים בלבד כמו רשתות חברתיות, תוך שימוש בסממנים טריטוריאליים מועטים. אלו, כמו ה-GAMAM ועוד, מסתמכות על מודל משולב מסוג זה בשביל להימנע מלהיחשף לרגולציה המקומית ולאגור את התפיסה הטריטוריאלית. כאן צפה ועולה השאלה האם חנויות שירותים ומוצרים

¹⁸⁶ Zamir & Ayres, ה"ש 3 לעיל, עמ' 293-294; Zamir & Teichman, ה"ש 174 לעיל, עמ' 301-304.

¹⁸⁷ ראו את האסמכתאות בה"ש 19 לעיל.

¹⁸⁸ פסברג פלורליזם, ה"ש 58 לעיל, פרק 3; קנאור, ה"ש 5 לעיל, עמ' 837-838; 852-857; פרוקציה וקפליוק, ה"ש 162 לעיל, עמ' 551-553; עניין פלוני, ה"ש 63 לעיל, פס' 11 לפסק דינו של השופט ריבלין; ע"א 143/62 שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225, 255 (1963): "כל ארץ הרוצה לחיות בצוותא במשפחת העמים חייבת לשם כך לוותר על ביצוען של מקצת מהלכת הדין שלה כשאלמנט זר קם ומתערב בפעולה משפטית".

¹⁸⁹ לדין דומה ביחס לדיני התחרות הישראליים, תוך התייחסות קונקרטיית למאפייניה של הכלכלה הישראלית, ראו אינדיג וגל, ה"ש 21 לעיל, עמ' 351-356.

¹⁹⁰ גיאברין, ה"ש 1 לעיל, עמ' 393-398.

מקוונים צריכות לעמוד בתנאים זהים אשר קובע הדין הישראלי רק עבור אותן התאמות מינוריות. החלה בלתי זהירה של הדין הישראלי עלולה לייצר החצנות שליליות לצרכן הישראלי. למשל, אם אתר שירותים מקוונים יחליט להסיר את האפשרות להשתמש בו בשפה העברית או במטבע ישראלי, כדי למנוע את החלת הדין הישראלי, בשל הגדלת עלויות העסקה הנלוות אליו.¹⁹¹ במובן זה, המסחר המקוון אכן שונה לעיתים מהמודל המסחרי המוכר.¹⁹²

יתר על כן, לפעמים דרישות רגולטוריות במדינה אחת סותרות דרישות דומות במדינה שנייה, והספק נאלץ לבחור באילו דרישות לעמוד. בייחוד, כאשר אין באפשרותו לייצר שני מוצרים, בהתאם לדרישות הרגולטוריות השונות, המבטאות העדפות של ריבון או מספר ריבונים זרים. בסיטואציות אלו, ייתכן שדווקא השוואת הדין המקומי לדין הזר תהווה החצנה חיובית המטיבה עם תושבי הריבון המקומי.¹⁹³

מול תפיסה זו, ביקורת אפשרית היא שהדין הזר אינו מתאים לצרכן הישראלי, ולפיה הצרכן הישראלי מסתמך דווקא על הגנות המוקנות לו מן הריבון הישראלי. דיני הגנת הצרכן הם הסדרים לאומיים המותאמים לצרכני הלאום, בהתאם למציאות המשתנה בכל מדינה. לכן, עצם החלת הדין הזר על צרכן ישראלי תפגע במרקם העדין אשר נוצר בכל מדינה ביחסי ספקים ולקוחות. כך, ביקורת זו חותרת תחת ההנחה הפלורליסטית של ברירת הדין, וסבורה כי דיני הגנת הצרכן מעוררים עניין ריבוני ולכן על בתי המשפט לגלות אפס סובלנות כלפי דינים זרים. אולם, יש לגלות מודעות לכך שהליכה בדרך זו, גם ביחס לדינים נוספים, שומטת את הקרקע להחלת דין זר בכל סיטואציה, בשל ההבנה כי כל דין נוצר תחת נסיבות חברתיות ופוליטיות שונות, ולכן אינו מתאים לאף מדינה, מלבד זו שנוצר תחתיה.¹⁹⁴ לא זו בלבד, ספק אם הצרכן הישראלי אכן מצפה להחלת הדין הישראלי, בעת כריתת חוזים עם חברות זרות, הן מעצם זרותן, והן עקב חוסר בקיאותו של הצרכן הממוצע ברזי הדין הישראלי. סביר יותר לייחס לו ציפייה כללית להגנה מפני הספק, אך לא לפי דין מסוים.¹⁹⁵ מעבר לכך, המסחר הבין-לאומי יוצר אתגרים לא רק לצרכן הישראלי, אלא גם לצרכן הבין-לאומי. הבנה זו שכיחה בשנים האחרונות בקרב רגולטורים ומחוקקים, וניכר כי הם שואפים להסדרה בין-לאומית אחידה ככל הניתן, כדי לייצר הסדרים יעילים ואפקטיביים.¹⁹⁶ לפיכך, התעלמות מדינים זרים אינה רק חסרת סובלנות, היא עלולה לגרוע מניסיון ההתמודדות הבין-לאומי עם אתגרי המסחר המקוון.¹⁹⁷

ב. הלכת בן חמו בראי ההצדקות

במתח הקיים בין ההצדקות להתערבות בתוכן החוזים עבור צרכנים, לבין ההצדקות להחיל דין זר, הלכת בן חמו עירבה אינטרס שלישי. קריאת פסק הדין מלמדת כי האינטרס המרכזי שהלכת בן

¹⁹¹ ראו לדוגמה את אתר HOTELS אשר לאחרונה הסיר את אפשרויות אלו מן האתר שלו: [HOTELS, https://www.hotels.com/?=one-key-onboarding-dialog](https://www.hotels.com/?=one-key-onboarding-dialog).

¹⁹² השוו: עניין מילר, ה"ש 26 לעיל, פסי' 40 לפסק דינו של השופט גרוסקופף; עניין אמזון, ה"ש 131 לעיל, פסי' 42; בהקשר זה ראו גם: ת"צ (מחוזי מר') 13-16900-04 ויל נ' אולסייל. קום בע"מ, פסי' 15 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (נבו 15.01.2015).

¹⁹³ השוו: עניין מילר, ה"ש 26 לעיל, פסי' 42 לפסק דינו של השופט גרוסקופף; שתי סוגיות לדוגמה עליהן ניתן לחשוב הן סוגיית מאגרי מידע, אותה הזכיר גרוסקופף, ורגולציית הגנת הפרטיות.

¹⁹⁴ פסברג פלורליזם, ה"ש 58 לעיל, פרק 4; Comba, ה"ש 62 לעיל, עמ' 348-349.

¹⁹⁵ השוו: עניין מילר, ה"ש 26 לעיל, פסי' 28-29, 41 ו-48 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

¹⁹⁶ ראו בהקשרים שונים: אריה רייך "גלובליזציה ומשפט: השפעת המשפט הבין לאומי על המשפט המסחרי בישראל: ביובל הבא" מחקרי משפט יז 17, 42-43 (2001); שי יהושע קידר "חדלות פירעון חוצת-גבולות בישראל: מטריטוריאליות לאוניברסליזם (ולמה שביניהם)" מחקרי משפט לא 705 (2018); אינדיג וגל, ה"ש 21 לעיל, עמ' 362.

¹⁹⁷ ראוי להזכיר את ההתפתחויות שחלו בחוזים האחידים של פייסבוק וגוגל, אשר החילו על צרכנים את דין מקום מושבם, דווקא בעקבות התערבות הרשויות האירופאיות וראו: הודעה IP/18/761, ה"ש 124 לעיל.

חמו ניסתה לקדם הוא השפעתו של ההליך הייצוגי על השלכות מבחן הקיפוח.¹⁹⁸ ואכן, הטלת כובד המשקל על ההליך הייצוגי, הובילה את בתי המשפט להקפיד דווקא על אופי ההליך כנסיבה מרכזית בעת בחינת הקיפוח.¹⁹⁹ ודוק, התמקדותה של הנשיאה חיות בהליך הייצוגי לא הגיעה מתוך החלל הריק. מחקר של הרשות השופטת אשר בדק את יישומו של חוק תובענות ייצוגיות,²⁰⁰ מאז שנחקק בשנת 2006 ועד 2013,²⁰¹ הטרד את הנשיאה חיות זה מכבר. המחקר מצא שמתוך 2,004 תובענות ייצוגיות שהוגשו, 78% מהן היו תביעות צרכניות בין ספקים ללקוחות. מדובר בנתון חריג בהשוואה לנתונים מקבילים מארה"ב, שם רק 25% מהתביעות הייצוגיות היו צרכניות, קרי שליש מהכמות שהוגשה בארץ.²⁰² לא זו אף זו, מהמחקר עולה כי בישראל התנהלו תביעות סרק רבות המנצלות לרעה את הליך התובענה הייצוגית.²⁰³ כשלעצמה, הנשיאה הביעה את מורת רוחה מנתונים אלו במאמר שכתבה בעקבות המחקר.²⁰⁴ בפרט, הנשיאה הביעה את אכזבתה מכך שהחוק לא השיג את מטרתו, להיכנס לארסנל הכלים המקדמים אינטרסים ציבוריים. הנשיאה תיארה את מהות חוק תובענות ייצוגיות כמייצג מעבר מפרוצדורה למהות. לשיטתה, החוק מסיר מחסומים דינוניים כדי לברר סוגיות בעלות חשיבות ציבורית וערכית. לצד זאת, הנשיאה ביקרה גם את היעדר השתתפותם של גופים ציבוריים שמוענק להם מעמד מיוחד של "מבקש ציבורי" בחוק תובענות ייצוגיות, כמעט ולא מימשו את זכותם.²⁰⁵

עתה, בזהירות הראויה, ניתן לנסות ולהצביע על ההיגיון מרכזי העומד למול התהיות שהעלינו בפרק הקודם ביחס להלכת **בן חמו**. נדמה כי הנשיאה רואה בדיני התובענות הייצוגיות כלי מהותי ולא דווקא פרוצדוראלי.²⁰⁶ לפיכך, כדין מהותי היה ניתן אף להחיל את הדין הזר ישירות על הסדרים מסוימים בחוק תובענות ייצוגיות ולייבא במקומם דיני תובענות ייצוגיות זרים, מבלי להתחשב בכלל ברירת הדין בפרוצדורה. מהבחינה המהותית, בעניין **בן חמו** זיהתה הנשיאה חיות מקרה שלא היה ראוי לקבל בו את כלל "ההנחות הפרוצדוראליות", הן מתוקף חוק תובענות ייצוגיות והן מתוקף החקיקה הצרכנית. הנשיאה סברה כי ראוי שתביעה ייצוגית, על סך ארבע מאות מיליון דולר, תעמוד בסטנדרט ראייתי גבוהה יותר, על מנת לפסול תנאי מקפח עבור כל התובעים בבת אחת. בעיקר, שעה שתנאי השימוש של פייסבוק עצמה שונו כבר לטובת הצרכנים, אך תביעות סרק עודן מוגשות בזו אחר זו.²⁰⁷ ברם, הנשיאה סייגה את העלאת הרף הפרוצדוראלי רק לנסיבות קיצוניות יחסית כגון סכום תביעה גבוה, שיטת משפט מתקדמת ושפה נגישה.

אף שהדיון בשאלה זו חורג מענייננו, יש להניח סימן שאלה משמעותי על יכולת מוסד התובענה הייצוגית לצמצם את הקיפוח. ההנחה היא שבשל יכולת התובעים להתארגן ולהגיש תביעה ייצוגית, מצטמצמים פערי הכוחות הנבחנים כחלק ממבחן ההרתעה. הצמצום מתבטא ביכולת התובע

¹⁹⁸ ראו במיוחד: עניין בן חמו, ה"ש 4 לעיל, פסי' 16, 26 ו-43 לפסק דינה של הנשיאה חיות.
¹⁹⁹ עניין מילר, ה"ש 26 לעיל, פסי' 26 לפסק דינו של השופט הנדל; ראו בנספח המצורף למאמר זה.

²⁰⁰ חוק תובענות ייצוגיות.

²⁰¹ וינשל-מרגל וקלמנט, ה"ש 29 לעיל.

²⁰² שם, עמ' 727-729.

²⁰³ שם, עמ' 738-760. תביעות הסרק מסתיימות בהסתלקות בשל העדר עילה לפני אישור התובענה או בשל חוסר מעש.

²⁰⁴ אסתר חיות "התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית-ציבורית" **משפט ועסקים** יט 935, 937-939 (2016) (להלן: חיות - התובענה הייצוגית).

²⁰⁵ שם, עמ' 940-948; על אודות חוסר הסובלנות של הנשיאה חיות לגבי תביעות סרק ראו גם: ע"א 2729/14 **ארומה אספרסו בר נ' נג'ם**, פסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 2016.03.24).

²⁰⁶ חיות – התובענה הייצוגית, ה"ש 204 לעיל, עמ' 939, 941-946; אפשר לראות בכך גם חקיקה שיפוטית וראו: Zamir & Ayres, ה"ש 3 לעיל, עמ' 311-313.

²⁰⁷ עניין בן חמו, ה"ש 4 לעיל, פסי' 7 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

הייצוגי לעמוד בנטל הוכחת הדין הזר, בעוד תובע אישי יירתע מהעלויות הכרוכות בכך ויותר על התביעה. כך, מצטמצמת בדיעבד הפגיעה בזכות להתדיינות משפטית.

האומנם? התובענה הייצוגית היא מכשיר דיוני לצירוף תביעות אישיות ועוצמתה מתבטאת בצירוף הסעדים של המבקשים.²⁰⁸ אך, אף אם נקבל את דברי הנשיאה על ההבדלים בין סוגי התביעות, קשה לומר שהתובענה הייצוגית מצמצמת את פערי הכוחות עד כדי הטלת נטל מיוחד על תובע ייצוגי. הפערים בין המשאבים העומדים לרשות התובע הייצוגי לבין המשאבים של תאגידי ענק הם עדיין פערים "עצומים", כלשון הנשיאה.²⁰⁹ קל וחומר, כאשר לחברות זרות ישנו יתרון מובנה, להשיג מומחים איכותיים ממדינת מקום מושבם, וכשרף ההוכחה להוכחת קיפוח מקיף שיטת משפט שלמה.

ודוק, עצם ההבחנה בין סוגי תובעים היא בעייתית. למעשה, לו היו בתי המשפט ממשיכים להקפיד על הלכת **בן חמו**, היה נוצר דווקא תמריץ להגיש תביעות אישיות במקום ייצוגיות. מציאות כזו היא כמובן בלתי רצויה, ואף חותרת תחת מוסד התובענה הייצוגית. מן הבחינה המוסדית, היה נוצר ריבוי הליכים ובזבוז זמן שיפוטי. כמו כן, זכות הגישה לערכאות הייתה נפגעת, כאשר תובעים פוטנציאליים היו מוותרים מראש על תביעותיהם.²¹⁰ שלישית, כפי שביקר השופט גרוסקופף בעניין **מילר**, מכשיר התובענה הייצוגית נועד להבטיח אכיפה יעילה של הנורמות הקבועות בחוק ולהרתיע עוסקים מפני הפרתו. יישום מערכת דינים שונה עבור אותה עילת תביעה, תפגע באכיפה ובהרתעה, שכן היא תחייב עסקים בין-לאומיים המסתמכים על דין זר להתמודד עם שתי מערכות רגולטוריות במקביל – של הדין המקומי עבור תביעות רגילות ושל הדין הזר עבור תביעות ייצוגיות.²¹¹

דא עקא, פסק הדין יצר בעיקר חוסר ודאות משפטית. אף בחלוף כארבע שנים, עדיין ישנו בלבול רב בנוגע לנסיבות שבהן מוצדק להעלות את הרף הפרוצדוראלי בהקשר של מבחן הקיפוח ולהטיל על המבקשים את הנטל להוכחת הדין הזר. בפרט, תחולת ההלכה על תביעות קטנות,²¹² ועל תביעות מסחריות בין חברות,²¹³ טרם הוכרעה. למעלה מזאת, כיום היקף תחולת ההלכה על תביעות ייצוגיות אף הוא אינו ברור, שעה שהלכת **בן חמו** דווקא לא הוחלה לאחרונה בעניין **אמזון**.²¹⁴ כך, כלל הפרמטרים שהעמידה הנשיאה חיות בהלכת **בן חמו**, כולל זהות שיטת המשפט הזרה וסכומי התביעה, אינם מסייעים בפועל לבתי המשפט להבחין מתי ראוי להחיל את ההלכה.²¹⁵ מן הבחינה הכלכלית, חוסר ודאות מסוג זה כמובן פוגע בשקלול עלויות העסקה, כאשר הצדדים אינם יכולים להעריך תחת איזה דין מתנהלת העסקה שאותה הם כורתים.

²⁰⁸ פלינט וויניצקי, הי"ש 70 לעיל, עמ' 17-22.

²⁰⁹ עניין בן חמו, הי"ש 4 לעיל, פס' 37 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

²¹⁰ פלינט וויניצקי, הי"ש 70 לעיל, עמ' 65 ואילך; ס"ק (1)1 ו-4(1) לחוק תובענות ייצוגיות.

²¹¹ ס"ק (2)1 לחוק תובענות ייצוגיות; עניין מילר, הי"ש 26 לעיל, פס' 44 פסק דינו של השופט גרוסקופף; דני"א 5712/01 **ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ**, פ"ד (6) 385, 403 ו-417 (2003); ע"א 458/06 **עו"ד שטנדל נ' חברת בזק בינלאומי בע"מ** (נבו) 06.05.2009.

²¹² מן הצד האחד ההלכה הוחלה כבר בתביעה קטנה בעניין צ'רקהם, הי"ש 103 לעיל; מן הצד השני ראו את הסתייגותו של השופט הנדל מתחולה זו: עניין מילר, הי"ש 26 לעיל, פס' 31 לפסק דינו.

²¹³ עניין סאן שיון, הי"ש 102 לעיל; עניין אר אס דיזיין, הי"ש 102 לעיל.

²¹⁴ עניין אמזון, הי"ש 131 לעיל.

²¹⁵ הי"ש 104 ו-106 לעיל.

ג. מבחן הקיפוח ככלל ברירת דין בחוזים צרכניים

i. השלכות מעשיות

לעיקר הדיון, בחינת השלכות כניסת ההליך הייצוגי למבחן הקיפוח מהווה דוגמה משמעותית לטרנספורמציה שעבר מבחן הקיפוח לאחר הלכת בן חמו. עבור בתי המשפט בישראל, ברי כי כלל ברירת הדין בחוזים צרכניים בדין הישראלי הנוכחי, הוא הוא מבחן הקיפוח.²¹⁶ למעט עניינים אגודה ו-איזיג'ט, בהם הדיון התמקד בהיקף תחולת חוק הגנת הצרכן, בכל פסקי הדין עמד מבחן הקיפוח במוקד הדיון, לאחר שהוחל חוק החוזים האחידים.²¹⁷ מן הסתם, החלת חוק ישראלי מבלי לדון בהצדקה להחילו היא בעיה מתודולוגית בפני עצמה שהפסיקה הישראלית הנוכחית סובלת ממנה. אולם, ראשית יש לעמוד על ההשלכות המעשיות שהיא יצרה ובראשן, הגדרת היקף תחולה לקוי של דיני הגנת הצרכן.

מטרת מבחן הקיפוח היא לקבוע סטנדרט המבחין בין תניות המגנות על ספקים בצורה ראויה, לבין תניות המגנות על ספקים מעבר למה שנתפס כראוי. המדד לאבחון תניות 'ראויות' הוא תפיסות 'החברה הישראלית', קרי המחוקק והדין הישראלי. עד היום, נשתברו קולמוסים רבים בשקלא וטריא על אודות הסטנדרט הראוי ודרכי בחינתו, ועם הזמן, נוצרו לו מבחני משנה מפותלים ומורכבים.²¹⁸

מלומדים ביקרו את מבחן הקיפוח בשל היעדרם של כללים בצד הסטנדרט. ככלל, הסדרה קוגנטית של תוכן החוזה יכולה להיעשות בשתי דרכים. האחת, כללים הניתנים להפעלה בקלות יחסית ומתייחסים למספר משתנים מוגדרים מראש, כגון כללי התיישנות על תביעות.²¹⁹ השנייה, סטנדרטים המגלמים ערכים ונורמות חברתיות שאופן הפעלתם ויישומם משתנה כתלות בנסיבות, כגון "זמן סביר". בייחוד, כללים וסטנדרטים נבדלים זה מזה בהשלכות שלהם על השוק. מחקרים הראו שסטנדרטים, מחמת כפיפותם לשיקול דעת שיפוטי רחב, אינם מייצרים הרתעה רלוונטית. אנשים שאינם שונאי סיכון ייטו לא להירתע מסטנדרטים מעורפלים, להבדיל מרתיעתם מכללים חד משמעיים. לכך מצטרף גם המחקר ההתנהגותי. לפיו, כללים בהירים ופשוטים מעניקים ודאות גבוהה וכך מעודדים את השימוש בהם כדי לעצב את שוק החוזים האחידים בצורה יעילה. במקביל, כללים פשוטים המעניקים זכויות גם מעודדים את תחושת השייכות של בעלי הזכויות ומתפרשים אצלם כקריאה להתייצב בערכאות ולעמוד על זכויותיהם.²²⁰

לאור מחקרים אלו, אין ספק כי מבחן הקיפוח שבסעיף 3 לחוק החוזים האחידים הוא דוגמא ומופת לסטנדרט רחב.²²¹ ככזה, ברי כי הוודאות וההרתעה נפגעות, בייחוד כאשר מדובר על חברות בין-לאומיות, וביתר שאת, אם הן חברות במועדון ה-"GAMAM". חברות אלו אינן שונאות סיכון

²¹⁶ להצהרה מפורשת בנושא ראו: עניין מילר, ה"ש 26 לעיל, פסי' 15 לפסק דינו של השופט גרוסקופף: "תוקפה של תנייה זו בהליך משפטי המתנהל בישראל בין פייסבוק ללקוח ישראלי, צריך להיבחן על פי חוק החוזים האחידים".

²¹⁷ עניין אגודה, ה"ש 129 לעיל; עניין איזיג'ט, ה"ש 105 לעיל.

²¹⁸ להרחבה ראו: הלכת בן חמו, ה"ש 4 לעיל, פסי' 22 לפסק דינה של הנשיאה חיות; שמואל בכר "תוכן קונקרטי לדוקטרינות עמומות: ניתוח התנהגותי של חוזים צרכניים" **עיוני משפט** לג 277, 291-300 (2010); פרק 2.ii להלן.

²¹⁹ סעיף 5 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958.

²²⁰ Zamir & Ayres, ה"ש 3 לעיל, עמ' 315-318.

²²¹ ראו במיוחד את דבריו של הנשיא ברק: עניין קסטנבאום, ה"ש 45 לעיל, פסי' 14 לפסק דינו של השופט ברק.

בלשון המעטה. לאמתו של דבר, הדין הנוהג מזמין את החברות הבין-לאומיות להתנות על הדין הישראלי ולנסח חוזים בהתאם לאינטרסים הבלעדיים שלהן, בסיכון נמוך בלבד.²²²

גלגולי הלכת בן חמו מעידים על השלכה נוספת. סטנדרט רחב כמבחן הקיפוח טוען תקדימים, כמו הלכת בן חמו ועניין מילר, במשמעות מכרעת והופך אותם למעין מבחן משנה בפני עצמם. כניסה של נסיבות רבות ומגוונות לסטנדרט רחב, החל מלשון החוזה האחיד, המשך בזרות הספק וכלה בדפוסי הצריכה המקוונים, פוגמת ומקשה את שיקול הדעת השיפוטי.²²³ להבדיל מבחינה טכנית, בבחינת הסטנדרט בתי המשפט מחפשים הדרכה רבה יותר לאיתור הסף הנורמטיבי המקפח. כך הולכת והופכת הלכה שמציבה את המבחן לסטנדרט למשמעותית יותר מכוונתה המקורית. אכן כפי שראינו, בתי משפט רבים שעו להלכת בן חמו גם כשלא היה מדובר בתביעות הדומות לה, ומבלי להפעיל שיקול דעת מתאים. אלו הרחיבו את תחולת הלכת בן חמו אף למקומות בלתי צפויים. כתוצאה מדברים אלו, היקף התחולה של דיני הגנת הצרכן נע ונד בין תקדימי בית המשפט העליון, בין צמצום להרחבה קטגוריים. מציאות זו משתקפת בדברי השופט ריבלין בעניין אחר הנוגע לכללי ברירת הדין: "כלל אמורפי שכולו שיקול דעת סופו שהוא מסכל את עצם האפשרות להפעיל שיקול דעת מושכל".²²⁴ ואכן, זו התוצאה של שימוש בסטנדרט הקיפוח ביחס לתניות ברירת דין.

ii. השלכות דיוניות

השלכות משמעותיות נוספות הנוצרות משימוש במבחן הקיפוח ככלל ברירת דין הן אלו הדיוניות.²²⁵ ככלל, הכפפת שיקול הדעת השיפוטי לסטנדרט רחב, מעמידה את בתי המשפט בפני אחת משתי הכרעות. האחת, להימנע מהחלטה בברירת הדין כטענה מקדמית, עד להחלטה בהליך העיקרי. השנייה, להכריע בשאלת הדין החל בצורה בינארית, בהתאם לנטלים שנקבעו בתקדים של בית המשפט העליון. שתי האפשרויות מסיטות את הדין לשאלות פרוצדוראליות, במקום אלו המהותיות, וגובות מהצדדים להליך ומבית המשפט עלויות דיוניות גבוהות.

האפשרות האחרונה היא ששלטה בכיפה במהלך התקופה השנייה, מיד לאחר הלכת בן חמו. במהלכה, בלט הדין הפרוצדוראלי בנטל ההוכחה הראשוני כחורף את גורל הדין. כאשר הוא הוטל לפתחם של הלקוחות, הם כשלו בניסיון לסתור אותו לגופו באמצעות חוות דעת מומחה, לרוב עקב כישלון בעצם הגשת חוות הדעת לבית המשפט.²²⁶ אך לא זו בלבד, אף כאשר הגישו הלקוחות חוות דעת, לספקים הייתה היכולת להכריע את הדין באמצעות הגשת חוות דעת מבוססת יותר.²²⁷ מציאות דיונית זו אינה רצויה משום שהיא מקדמת הליך שבו השקעת משאבים היא הגורם היחיד המביא לידי הכרעת ההליך, ובכך מעניקה יתרון מובנה לספקים.

יתר על כן, מן הפרספקטיבה של חוק החוזים האחידים, קשה להצדיק פרשנות ברוח זו. החוק קובע חזקות קיפוח בסעיף 4 מתוך ההנחה שהמנסח הוא בעל הידע להסביר את התניה, ובכללה את הפנייתה לדין הזר. לכן, נדרש מהמנסח לשכנע את הריבון לאכוף את התחייבויות הלקוחות ולא

²²² עניין בן חמו, ה"ש 4 לעיל, פסי' 7 ו-25 לפסק דינה של הנשיאה חיות. פייסבוק צלחה את מבחן הקיפוח בשל עמידה על האינטרס שלה לכלכל את צעדיה כפוף למערכת דינים אחת, למרות שהיא וויתרה עליו בעצמה מאוחר יותר.

²²³ ראו לדוגמה: עניין אמזון, ה"ש 131 לעיל.

²²⁴ ע"א 1432/03 ינון נ' קרעאן, פ"ד נט(1) 345, פסי' 32 לפסק דינו של השופט ריבלין (2004); כך ביקר השופט את ריבלין את הניסיון להכפיף את כלל ברירת הדין בנוזיקין ("דין מקום ביצוע העוולה") לשיקול דעת שיפוטי רחב.

²²⁵ להרחבה על אודות שיקולים מוסדיים כללים העומדים ביסוד הסדרים דיוניים ראו: קלמנט וקפליוק, ה"ש 14 לעיל; אלון קלמנט "סדר הדין האזרחי" הניתוח הכלכלי של המשפט 997 (אוריאל פרוקציה עורך התשע"ב).

²²⁶ ראו בנספח המצורף למאמר זה.

²²⁷ עניין ווטסאפ, ה"ש 113 לעיל; ראו גם יתרון אחר בעניין בסון, ה"ש 106 לעיל.

להפך. שיקול מרכזי העומד מאחורי חקיקת חזקת הקיפוח הוא שיקול מוסדי, חיסכון בעלויות מיותרות ממי שלא היה שותף לניסוח החוזה.²²⁸ משכך אין זה מפתיע כי כבר בעבר כשנדרשו תובעים להעמיד חזקות קיפוח, טענו מלומדים שמדובר בהסדר יציר פסיקה המנוגד ללשון החוק.²²⁹ בייחוד כאשר העמדת חזקות הקיפוח כוללת השקעת משאבים נוספת בדמות חוות דעת מומחה.²³⁰

זאת ועוד, גם לו היה נערך דיון משמעותי בחוות הדעת לדין הזר, ספק אם היה ניתן לצלוח את נטל ההוכחה המציב רף גבוה מידי. לפי הלכת בן חמו, הלכות נדרשים להצביע באמצעות חוות הדעת על טענות שניתן לטעון בדין הישראלי, ושהדין הזר שולל או מגביל.²³¹ לצד זאת, יש לבחון את המאפיינים של שיטת המשפט הזרה ולנסות לשכנע כי זו אינה ראויה לחול בישראל.²³² תמונה דומה עולה גם אם הנטל עובר מהלקוחות לספקים. בתקופה השלישית בה נפסלו תניות ברירת דין, כלל לא ניתנה האפשרות לספקים להתגונן באמצעות עיון בהוראות הדין הזר.²³³ הספקים לא נדרשו לבאר את הרציונל העומד מאחורי החלת מספר הוראות דין ספציפיות ביחס לעילת התביעה, אלא לשכנע בהיגיון העומד מאחורי החלת שיטה שלמה על כל פרטיה. הוכחות מסוג זה, המקיפות ענפי משפט מגוונים וכוללות היבטים רחבים כל כך בדין הזר, אינן ממוקדות דיין ואינן מאפשרות הכרעה שיפוטית.²³⁴ בפועל, בהתאם לצד שעל כתפיו יוטל נטל ההוכחה, יחול הדין הישראלי או הדין הזר.

לכן אין פלא כי חלק מבתי משפט מסרבים להכריע ודוחים את ההכרעה בברירת הדין, אף שהם דנים בה לגופה, וביתר שאת כאשר הפסיקה ממשיכה להתפתח ומגלה עמדות מוצא שונות ביחס לסוגיה ולתחולת הלכת בן חמו. מבחינתם, קל יותר לראות את התשתית הראייתית הרחבה בתיק, לקבל את עמדת היועמ"ש, ורק אז להכריע גם בברירת הדין.²³⁵ מצב כזה משרה ערפל דיוני ודורש מהצדדים לפזר משאבים בשני צירים מקבילים, תחת שני הדינים השונים. ברי כי הפער בין המשאבים של החברות לבין משאבי התובעים, עובד לטובת החברות. אלו נהנות מהימשכותם של ההליכים, המעלים את סיכויי דחיית התביעה או את הסיכוי להתפשרות בתנאים סבירים עבורן.²³⁶

בנקודה זו בולטת ההשוואה למול ענף אחר של המשפט הבין-לאומי הפרטי, סמכות השיפוט. היתר ההמצאה נדון בזמן מוגדר, בראשית ההליך, אף שגם הוא עוסק לעיתים בראיות ובבחינת מרב הזיקות במסגרת דוקטרינת הפורום הנאות. יתרה מכך, בחינת הדין החל על החוזה היא זיקה בפני עצמה במסגרת מבחן מרב הזיקות, וכן שיקול עצמאי נוסף. בירור בהתאם לדין הזר בפורום המקומי גורר בהכרח עלויות מוסדיות ומעלה את הסיכוי לשגיאות שיפוטיות ביישום הדין הזר. לפיכך, דחיית הדיון בברירת הדין יכולה לגלות בדיעבד כי מתן היתר ההמצאה עצמו היה שגוי.²³⁷

²²⁸ Morris Cohen, הי"ש 19 לעיל; לוסטהוויז ופניץ, הי"ש 35 לעיל, עמ' 80-82; שלו התש"ן, הי"ש 42 לעיל; הצעת חוק החוזים האחידים התשמ"ג-1982, הי"ח 31.

²²⁹ לוסטהוויז ופניץ, הי"ש 35 לעיל, עמ' 189-193; היו שכבר הציעו להעביר את נטל ההוכחה לספקים בכל מצב וראו: דויטש – כישלון ולקחים לעתיד, הי"ש 40 לעיל, עמ' 132, פסקה (7).

²³⁰ באופן אבסורדי, נדמה כי גם הנשיאה עצמה לא הייתה מקבלת את ההסדר שנוצר, שהרי תניית השיפוט בעניין בן חמו בוטלה משום שפייסבוק לא הצליחה לאתר מקרים שבהם נקטו תובעים בהליך ייצוגי מעבר לים. לפי אותו ההיגיון, כאשר תובעים אינם צולחים גם את נטל הוכחת הדין הזר, יש לבטל את תניות ברירת הדין באופן גורף וראו: עניין בן חמו, הי"ש 4 לעיל, פס' 32 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

²³¹ הלכת בן חמו, הי"ש 4 לעיל, פס' 42 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

²³² שם, פס' 43.

²³³ עניין מילר, הי"ש 26 לעיל; עניין אגודה, הי"ש 129 לעיל.

²³⁴ היא גם אינה "ראשונית" כדברי הנשיאה שם, פס' 21.

²³⁵ ראו לדוגמא: הי"ש 116 לעיל וכן עניין אמזון, הי"ש 131 לעיל, פס' 43.

²³⁶ השופטת ברק-ארז הלינה בעבר בפירוש על ההתנהלות הדיונית של אחת מענקיות הטכנולוגיה וראו: רע"א 1607/16

²³⁷ Amazon.com Inc נ' פרימייר, פס' 19 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו) 10.04.2016.

²³⁷ להרחבה ראו: קרייני, הי"ש 51 לעיל, עמ' 233-258.

כמו כן, יש לתהות על יכולת בתי המשפט להימנע מאינרציה ולהכריע כי הדין הזר יחול, לאחר דיון ממושך ומעמיק בדין הישראלי. מובן מאליו, כי אינרציה זו יכולה לגרום לחוסר הגינות דיוני.

iii. קשיים מתודולוגיים

הקושי העיקרי בדיון הנערך הלוך ושוב במשפט הישראלי, הוא היעדרה של הצדקה לבחינת תוקפן של תניות ברירת דין באמצעות חוק החוזים האחידים וכלל הפרשנות נגד המנסח.²³⁸ הדיון בשאלת הדין החל נערך באין מפריע, מבלי להעלות כל תהיה ביחס לזהות הדין השולט בשאלת תוקף התניה. חיסרון מרכזי של גישה כזו הוא קודם כל התעלמותו מערכי ברירת הדין המקדמים סובלנות ופלורליזם.²³⁹ זאת ועוד, מן הבחינה המתודולוגית אין הצדקה לבחירה סלקטיבית המחילה את מבחן הקיפוח או כלל הפרשנות נגד המנסח, אך מתעלמת מכל הוראה אחרת בדיני הגנת הצרכן. תמיהה זו מתגברת כאשר בתי המשפט מתדיינים על תוקף התניות, כאשר החלת הוראות מסוימות בדיני הגנת הצרכן יכולות לפתור את הסוגיה המתעוררת ולייתר את הדיון. למשל, אם ספק מתנה על זכות החרטה הצרכנית באמצעות תניית ברירת דין, דיון בתחולת חוק הגנת הצרכן יכול ליתר דיון בתוקף התניה.²⁴⁰ הרי אם חל, כל התנאה עליו מבטלת מלכתחילה.²⁴¹

ודוק, השימוש במבחן הקיפוח עצמו, כלל לא יועד לבחינת תוקפם של כללים קוגנטיים או לקביעת היקף התחולה של החקיקה הצרכנית. כזכור, לשון חוק החוזים האחידים כלשעצמה אינה מאפשרת התנאה על הוראות קוגנטיות, אלא רק על הוראות דיספוזיטביות. לו כוונת חוק החוזים האחידים במארג החקיקתי הייתה לבטל התנאה על דין קוגנטי, היה החוק מתייתר מאליו שהרי כל התנאה על דין קוגנטי פסולה מעצם הגדרת הדין כקוגנטי.²⁴²

בהקשר זה, נדמה כי החטא הקדמון בהסתת הדיון בהוראות קוגנטיות לתוך מבחן הקיפוח נעוץ בדברי השופט מלצר בעניין **בן חמו**.²⁴³ במקום לברר את היקף התחולה של החקיקה הצרכנית, קרי אם ההוראות הרלוונטיות בחוק הגנת הצרכן חלות בעניין הנדון, סטו בתי המשפט לשאלה האם ניתן להתנות על דין קוגנטי. כך נוצר בלבול טרמינולוגי אשר חרף את הקושי המתודולוגי. מבחינה קטגורית-מושגית גרידא, למושג דין קוגנטי המתאר הוראות בלתי ניתנות להתנאה, אין דבר וחצי דבר עם היקף תחולה. הוראות חקיקתיות יכולות להיות בעלות היקף תחולה מורחב או מצומצם, בלי קשר לטיבן הקוגנטי או הדיספוזיטבי. לכן, הדיון ביכולת לעקוף הוראות קוגנטיות באמצעות תניית ברירת דין הוא דיון שגוי מלכתחילה.²⁴⁴ קל וחומר, הכרזת בתי המשפט המחוזיים כי ניתן לעקוף הוראות קוגנטיות באמצעות תניות ברירת דין, בעקבות העמדת פסק דינו של השופט מלצר בעניין **בן חמו** כדעת מיעוט.²⁴⁵ הרי אם חל דין קוגנטי הוא מבטל מעיקרא כל תניה המגבילה אותו.

²³⁸ על אודות הקשיים המתודולוגיים הכלליים ראו: פסברג פלורליזם, ה"ש 58 לעיל, פרק 6.

²³⁹ שם, פרק 5.

²⁴⁰ ה"ש 27 לעיל.

²⁴¹ סעיף 36 לחוק הגנת הצרכן; עניין אגודה, ה"ש 129 לעיל.

²⁴² זמיר פירוש והשלמה, ה"ש 38 לעיל.

²⁴³ הלכת בן חמו, ה"ש 4 לעיל, פסק דינו של השופט מלצר.

²⁴⁴ השוו: עניין אגם, ה"ש 60 לעיל, פסי 62-63 לפסק דינה של השופטת רונן; עניין אורן, ה"ש 59 לעיל, פסי 22 לפסק דינה של השופטת רונן; פסברג פלורליזם, ה"ש 58 לעיל, פרק 4.

²⁴⁵ עניין איזיג'יט, ה"ש 105 לעיל, פסי 94-96 לפסק דינו של השופט בכר; עניין אלדד, ה"ש 105 לעיל, פסי 54 לפסק דינו של השופט חסדאי; עניין טדסה, ה"ש 111 לעיל, עמ' 7 לפסק דינו של השופט כהן; ראו מנגד את דברי השופט מלצר עצמו אשר לא סבר כי הוא נותר בדעת מיעוט בבג"ץ 7846/19 עזאלה נ' פרקליטות המדינה יחידת הסייבר, פסי 58 (נבו) (12.04.2021).

בדומה, גם עניין **מילר** תרם לטשטוש השאלה. דווקא לאחר שהועלתה האפשרות להחיל ישירות את חוק הגנת הצרכן בעניינים ה**ירשפלד** ו-**אגודה**, בעניין **מילר** הוכפפה שוב שאלת הדין החל למבחן הקיפוח.²⁴⁶ הכפפה זו, אפילו לשיטת השופט גרוסקופף, מסכלת הלכה למעשה את עמדתו העקרונית. שכן, הכנסת הדיון בהוראות קוגנטיות למבחן הקיפוח, היא הנותנת לספקים את היכולת לטעון להתנאה על דין קוגנטי.²⁴⁷

6. היקף התחולה של דיני הגנת הצרכן

א. לקראת הסדר חדש

סימני השאלה הרבים מחייבים הסדר חדש. הפער בין התפיסה שהובילה את בתי המשפט בתקופות השונות מחייב חשיבה חדשה, סדורה ודוקטרינרית, המבחינה בין ענפי המשפט השונים המעורבים בפסיקת בתי המשפט ומאפשרת הפעלת שיקול דעת בצורה סדורה ומחושבת. נראה כי קריאתה של השופטת וילנר, כי עלינו להציג שיטה תיאורטית ומעשית אשר תעניק לבתי המשפט כלים להתמודדות עם שאלת הדין החל על תביעות צרכניות, היא צורך השעה.²⁴⁸ גם משרד המשפטים הפיץ לאחרונה קול קורא המבשר על יוזמה לחיקוק הסדר בנושא.²⁴⁹

עד כה, התמקד המאמר בהצדקות להתערבות בתניות ברירת הדין ובביקורת על אופן ההתערבות הקיים בדין הנוהג. עתה ביקורת זו תסייע כדי להצביע על הדרכים הרצויות לתיקון כשלי השוק, במטרה להבנות את שיקול הדעת השיפוטי, לחסוך בעלויות מוסדיות ולשמר גישה רב-צדדית ופלורליסטית כלפי הדין הזר.²⁵⁰ יחד עם זאת, ביצירת הסדר חדש יש לתת את הדעת גם על אופן ההסדרה, ולהיזהר מהוספת עלויות מוסדיות בהפעלת הרגולציה עצמה ומהגברת הסיכונים בהם נושאים הספקים, העלולים לגלגל את העלויות לכתפי לצרכנים.²⁵¹

את תורת החקיקה הצרכנית ניתן לחלק לשתי מגמות: הסדרה פרוצדוראלית, המתבטאת בעיקרה בהתקנת חובות גילוי, והסדרה קוגנטית של תוכן החוזה, באופן שאינו מאפשר להתנות על הדין הקוגנטי הגלום בתנאי החוזה. מטרת ההסדרה הפרוצדוראלית היא לטפל בכשלי השוק הצרכניים מבלי להתערב בצורה בוטה בתוכן החוזים. הדוגלים בהסדרה הפרוצדוראלית סוברים שאספקת מידע אמין בנוגע לתוכן החוזה והנגשתו לצרכן ההדיוט תשמש את הצרכנים כדי לקבל החלטות רציונאליות ויעילות. יתרונה הבולט נעוץ בכך שמדובר בהתערבות רכה יותר, שאינה מחייבת את הצדדים להתקשר בתנאים מסוימים, אלא מטפלת כירורגית בפגמי הכריתה.²⁵² אולם, אף שהמחלוקת בין התומכים בשתי מגמות ההסדרה עוד בעיצומה, ספרות המחקר והמציאות הנחיתו מכה אחר מכה על השימוש בהסדרה פרוצדוראלית. למעשה, ההצדקות השונות שהובאו בפרק הקודם אינן יכולות להתבצע ללא מעורבות אקטיבית בתוכן החוזים עצמם.

²⁴⁶ עניין אגודה, ה"ש 129 לעיל; עניין הירשפלד, ה"ש 133 לעיל.

²⁴⁷ עניין מילר, ה"ש 26 לעיל, פסי' 32 לפסק דינו של השופט גרוסקופף; פסי' 33-35 לפסק דינה של השופטת וילנר.

²⁴⁸ שם, פסי' 37 לדברי השופטת וילנר.

²⁴⁹ "קול קורא לבחינת הסדרת הדין החל על עסקאות צרכניות מול חברות בינלאומיות" **משרד המשפטים** (16.03.2021).

https://www.gov.il/he/departments/publications/Call_for_bids/22-02-2021

²⁵⁰ על אודות שיקולים נוספים להסדרה ראו: Zamir & Ayres, ה"ש 3 לעיל; Zamir & Teichman, ה"ש 174 לעיל, עמ' 318-323;

פסברג פלורליזם, ה"ש 58 לעיל, פרק 7.

²⁵¹ Zamir & Ayres, ה"ש 3 לעיל, עמ' 294-295.

²⁵² שם, עמ' 289-292.

ביחס לתניות ברירת דין, הסדרה פרוצדוראלית של פגמי הכריתה אינה רלוונטית, בעיקר בעקבות ההטיות הקוגניטיביות החוסמות את הרציונאליות של הצרכנים.²⁵³ בהקשר הישראלי של חוזים אחידים, הסדרה מהותית קיימת בחוק החוזים האחידים ולצידה, נמצאת גם הוראה פרוצדוראלית בחוק הגנת הצרכן. סעיף 4א(1) קובע הוראות על צורת הצגת המידע בחוזים אחידים,²⁵⁴ וסעיף 4א(2) מחייב לצרף לחוזה האחיד מסמך נפרד המכיל את תנאיו העיקריים.²⁵⁵ עם זאת, חקיקת הסעיף לא שינתה דבר ולא הביאה לתוצאות הרצויות.²⁵⁶ עד היום, לא נעשה שימוש בפסיקה בסעיף 4א(2) המחייב לכלול כל "תנאי מהותיים" בחוזה.²⁵⁷ אך אף אם היה נעשה בו שימוש, ספק אם הוא כולל תניות ברירת דין שכן "תנאי מהותיים" גם הוא סטנדרט רחב בפני עצמו.²⁵⁸

דרך הבחינה של ההסדרים הרצויים תיעשה באופן השוואתי. מן הסתם, הסדרת התניות קיימת בכל שיטות המשפט. אולם, לרגולציה האירופית בתחום זה חשיבות מיוחדת בתכנון ההסדרה הישראלית. רבות מהתביעות בישראל כנגד ענקיות הטכנולוגיה כפופות למעשה לדין האירופי או האמריקאי. במבנה התאגידי של החברות, הצרכנים הישראלים מקבלים שירותים מחברות הבת האמריקאיות או האירופיות וכך כפופים לעיתים לחוזים האמריקאיים ולעיתים לחוזים האירופיים.²⁵⁹ לכפיפות זו חשיבות בניסוח החוזים האחידים, המתבצע לאחר עיון בדין המתאים ולעיתים תוך משא ומתן פעיל מול הרשויות הפדרליות או רשויות האיחוד, בהתאם לדין החוזה.²⁶⁰

ברם, מבין השניים, הדין האירופי קוהרנטי, שקול ומחושב יותר. ההסדרים בארה"ב אינם הסדרים פדרליים אלא יצירי פסיקה או יצירי חוקים מדינתיים (State Law) בלבד.²⁶¹ לכן, על אף שניתן להצביע על מודלים מסוימים, אין מדובר במדיניות אחידה ומתוכננת כפי שקיימת באיחוד האירופי.²⁶² יתר על כן, הפנייה לדין האירופי טבעית לדיני הגנת הצרכן הישראליים, אשר התפתחו בחלקם מתוך התבססות על הדין האירופי.²⁶³ אולם, חשוב גם להצביע על ההבדל הניכר בין הדין הישראלי לדין האירופי. החשיבה האירופית דוקטרינרית וקטגורית יותר מזו הישראלית ולכן דיוק ההגדרות המאפיינים את הדין האירופי לאו דווקא מתאים גם לדין הישראלי.²⁶⁴

ב. המסגרת התיאורטית

בטרם הצגת המשפט המשווה, יש לערוך דיון במסגרת התיאורטית של ברירת הדין ודיני הגנת הצרכן במשפט הישראלי, ולזקק מתוכם עקרונות הקיימים זה מכבר, היכולים לבסס את הגדרת היקף התחולה של הדין הישראלי.²⁶⁵ רעיון ראשון ומרכזי הוא דין החוזה האובייקטיבי, המובלע

²⁵³ שם, עמ' 293-302, Zamir & Teichman, הי"ש 174 לעיל, עמ' 281-318.
²⁵⁴ סעיפים 4א(1), 22ג(א) ו-22ג(א)(5) לחוק הגנת הצרכן; תקנות הגנת הצרכן (האותיות בחוזה אחיד ובתנאי הכלול במידע אחר המיועד לצרכן), התשנ"ה-1995.

²⁵⁵ סעיף 4א(2) לחוק הגנת הצרכן.
²⁵⁶ להרחבה ראו: בכר וגלברד, הי"ש 86 לעיל, עמ' 51-55.

²⁵⁷ במאגר פסקי הדין "נבו" לא ניתן לאתר פסקי דין המאזכרים את סעיפים 4א(2), 22ג(א) ו-22ג(א)(5) בחוק הגנת הצרכן, נכון ליום 20.11.2022.

²⁵⁸ לירן מיכאל "מגיעים אל השוקת אד לא שותים: כשלי חוק החוזים האחידים והצעות לשינויים" חוקים ה' 59, 81-83 (2013).

²⁵⁹ עניין אשל, הי"ש 113 לעיל; עניין נכט, הי"ש 127 לעיל.

²⁶⁰ הודעה IP/18/761, הי"ש 124 לעיל.

²⁶¹ קנאור, הי"ש 5 לעיל, עמ' 859-861.

²⁶² באופן כללי בארה"ב שולטת גישת דין הפורום. במשך השנים היא יצרה בלבול רב בנושא ברירת הדין וראו: פסברג, הי"ש 6 לעיל, בעמ' 118-135. ביחס לברירת הדין בחוזים ראו: John F. Coyle, *A Short History of the Choice-of-Law Clause*, 91 COLO. UNIV. L. REV. 1147 (2020).

²⁶³ דויטש - יסודות ועקרונות, הי"ש 16 לעיל, עמ' 7-8; ג'אברין, הי"ש 1 לעיל, עמ' 111-119, 480-490.

²⁶⁴ קנאור, הי"ש 5 לעיל, עמ' 870.

²⁶⁵ להרחבה ראו: פסברג פלורליזם, הי"ש 58 לעיל, פרקים 6 ו-7.

במסגרת המבחן השלישי לזיהוי דין החוזה, מבחן מרב הזיקות, הבוחן את הדין בעל הקשר הקרוב והאמיץ ביותר לחוזה. המבחן השלישי אינו רק שלב פרוצדוראלי המיושם בהיעדר התקיימותם של שני השלבים הראשונים המבטאים את הסכמת הצדדים.²⁶⁶ דין החוזה האובייקטיבי יכול לשמש להגבלת דין החוזה הסובייקטיבי.²⁶⁷ המשמעות של החלתו היא שהעסקה נעשתה תחת סמכותו הטריטוריאלית של הריבון, המסמיכה אותו לקבוע כללי משחק לבחירת הצדדים ולהגביל את יכולת הצדדים לבחור את הדין החל.²⁶⁸ בהקשר הצרכני, המחוקק מסוגל להכפיף את יכולת הצדדים לבחור בדין החוזה רק למצבים בהם זכויותיהם של הצרכנים המקומיים לא ייגרעו על-ידי מתן תוקף לדין החוזה.

פרשנות זו מעוגנת יפה, הן במגמות הכלליות של ברירת הדין, והן במשפט הישראלי עצמו. כבר בשנת 1939 עלה בעניין **Vita Food Products** האנגלי הרעיון שצדדים לחוזה אינם יכולים לבחור בכל דין העולה על רוחם. נקבע שהבחירה בדין שיחול על החוזה תוכפף לעיקרון תום הלב, לדרישת החוקיות ולתקנת הציבור.²⁶⁹ הלך רוח דומה ניכר גם בפסיקה הישראלית, שהושפעה מן המשפט המקובל.²⁷⁰ למשל, במקום שבו המשא ומתן לקראת כריתת החוזה נערך בישראל, הוחלה חובת תום הלב על השלב הטרום חוזי.²⁷¹ כך גם התרחש בסוגיות של דיני עבודה ודיני ניירות ערך שבהן הוכפפה הבחירה בדין הישראלי כדין החוזה לתקנת הציבור.²⁷² באופן דומה ניתן לפרש גם את הבחירה בדין זר כדין החוזה במסגרת דיני החוזים הצרכניים, כבחירה הכפופה לעקרונות כתקנת הציבור, המפורשת כבחינה של תנאי מקפח בחוזה צרכני, וכלשונו הצוירית של השופט חשין: "מושג התנאי המקפח מהווה מעין קריסטליזציה של תקנת הציבור בנסיכות החוזים האחידים".²⁷³

רעיון שני הוא האפשרות להרחיב את היקף התחולה של דיני הגנת הצרכן באמצעות כלל חד-צדדי. רעיון זה צמח מפרשת **אמסטרדם**, אשר הכירה ביכולת המחוקק ופרשנות בתי המשפט לקבוע את היקף התחולה החקיקתי.²⁷⁴ בעת הרחבת היקף התחולה, ניתן להניח כי הריבון מכריח להחיל את הדין המקומי בידו אחת, ומונע את תחולתו של כל דין אחר בידו השנייה.²⁷⁵ מן הסתם, כלל מסוג זה אינו מתחשב בהסכמת הצדדים כלל, והוא גובר עליהם תמיד. בדרך זו, הלך לאחורונה חוק שירותי תשלום. סעיף 47 שכותרתו "תחולה על נותן שירותי תשלום שאינו תושב ישראל" קובע תחולה בין-לאומית על נותן שירותי תשלום המכווין את שירותיו ללקוחות בישראל. הסעיף מגדיר כי הכוונת שירותים לישראל תיבחן לפי זיקות אובייקטיביות כגון קיומו של מען בישראל, פנייה

²⁶⁶ השו"ע: עניין מילר, ה"ש 26 לעיל, פ"ד 18 ו-39 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

²⁶⁷ פסברג, ה"ש 6 לעיל, עמ' 1507-1517; שו"ע, ה"ש 53 לעיל.

²⁶⁸ לכן אין חריגה מהנחת המוצא שתחולת החקיקה המקומית היא טריטוריאלית בלבד וראו ה"ש 62 לעיל.

²⁶⁹ Vita Food Prods., Inc. v. Unus Shipping Co. [1939] AC 277, 290 (PC) (appeal taken from N.S.); פסברג, ה"ש 6 לעיל, עמ' 1472-1475, 1485-1486, 1504-1506; יש לציין שההנחה היא שכללי ברירת הדין הם עצמם קוגנטיים וראו: שם, עמ' 209-215.

²⁷⁰ שו"ע, ה"ש 53 לעיל, עמ' 363-364.

²⁷¹ עניין אשבורן, ה"ש 50 לעיל, פ"ד 16 ו-18 לפסק דינו השופט גרוניס, בו הוחלה חובת תום הלב הישראלית, מקום שהמשא ומתן נערך גם בישראל באמצעות הודעות דואר אלקטרוני שהתקבלה בארץ, ואף שהצדדים הסכימו על הדין הקנדי כדין החוזה; ע"א 714/87 שר נ' כהן, פ"ד מג(3) 159, פ"ד 2 ו-5 לפסק דינו של השופט מלץ (1989); איילת בן-עזר ויעד רותם "תניות ברירת דין בחוזים בין-לאומיים: הצעה למודל של אוטונומיה מוגברת" **משפט ועסקים** א 333, 380-359 (2004).

²⁷² ע"ע 98/300050 **גבעת זאב נ' מחמוד**, פ"ד לח 1 (1) 577 (2003) שהיווה בסיס לערעור בעניין קו לעובד, ה"ש 55 לעיל; עניין אורן, ה"ש 59 לעיל, פ"ד 22-23; להרחבה ראו: פסברג, ה"ש 6 לעיל, עמ' 1508-1517 ובכללם ה"ש 317.

²⁷³ ע"א 1795/93 **קרן הגימלאות של חברי אגד נ' יעקב**, פ"ד נא(5) 433, פסק דינו של השופט חשין (1997); יצוין כי חלק מהביטויים בפסיקה הנ"ל הם מעורפלים מבחינה מתודולוגית, וראו פסברג פלורליזם, ה"ש 58 לעיל, פרק 6.

²⁷⁴ פרשת אמסטרדם, ה"ש 60 לעיל.

²⁷⁵ להרחבה ראו: Celia Wasserstein Fassberg, *The Public in Private International Law*, in THE PUBLIC IN PRIVATE LAW 23 (Yaëll Emerich and Laurence Saint-Pierre Harvey eds., Yvon Blais, 2019).

ללקוחות בעברית או באמצעות מטבע ישראלי ובכפוף לנסיבות העניין.²⁷⁶ כך, החוק מגדיר בעצמו את היקף התחולה שלו, כפי שגם נדרשים לעשות לעיתים בתי המשפט באמצעות פרשנות.²⁷⁷

לשני הרעיונות משמעות מעשית שונה. מתן תוקף לדין החוזה האובייקטיבי הוא למעשה גיבוש של כלל רב-צדדי מיוחד, החל באופן שוויוני על כל צרכן ועוסק, בין אם ישראלי ובין אם לאו, דרך חוליית הקישור. החלת הכלל מביאה לידי תחולה של הדין הישראלי כולו, על כל רבדיו, ולא רק להחלת הדין הפרוצדוראלי במסגרת דין הפורום. מנגד, שימוש בהרחבת היקף התחולה באמצעות חקיקה או פרשנות הוא גיבוש של כלל חד-צדדי,²⁷⁸ המביא להיקף תחולה מצומצם של ההוראה הספציפית בחוק אשר היקף התחולה שלה הורחב. כך, יחולו רק הוראות ספציפיות אלו במקביל לדין הזר והיקף התחולה של הדין המקומי כולו יותר מצומצם. מטבע הדברים, הרכבה של הדין הזר יחד עם הוראות הדין המקומי היא מהלך מוקשה, העתיד לגרום לחוסר ודאות שיפוטית ולגבות מחיר מוסדי גבוה.²⁷⁹

בשולי הדברים, נראה כי קשה להצדיק גישה הרואה דיני הגנת הצרכן כולם ככללים בעלי תחולה מיידית.²⁸⁰ ראשית, מבחינה פרקטית, ברי כי החלת דיני הגנת הצרכן רק מפאת זיקת הסמכות של הפורום הישראלי אינה מוצדקת. קשה להעלות על הדעת כי הפורום הישראלי ידון לפי דיני הגנת הצרכן בכל סכסוך שבין צרכן לעוסק, מבלי לבדוק את זהות הצדדים ואף כאשר מדובר בשני צדדים שאינם ישראליים. שנית ועיקר, בהתאם לניתוח שנערך במאמר, החלה רחבה ומיידית של הדין המקומי תוביל ליצירת החצנות שליליות ולפגיעה בפלורליזם, גם במקומות שבהם יצירת החצנות ופגיעות אלו אינן נדרשות כלל.²⁸¹

ג. משפט משווה

בסוגיית ברירת הדין בחוזים צרכניים קיימים שלושה מודלים. באירופה, סעיף 6 ל-Rome I Regulation (להלן: "רגולציית רומא") מסדיר את הסוגיה וקובע כלל רב-צדדי מיוחד המטיל הגבלה מהותית על בחירת הצדדים.²⁸² לפיו, במערכת יחסים בין צרכן לעוסק, ניתן לבחור את דין החוזה, אך הבחירה אינה יכולה לשלול מצרכנים הגנות הניתנות להם מתוקף הוראות קוגנטיות

²⁷⁶ סעיף 47 לחוק שירותי תשלום, התשע"ט-2019; ההוראה עדכנה את סעיף 22 לחוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986 שאותו החליף חוק שירותי תשלום כהוראת סעיף 55 לחוק. להרחבה ראו: דברי ההסבר לסעיף 47 להצעת חוק שירותי תשלום, תשע"ח-2018, ה"ח הממשלה 1196; דבריה של רני נויבאר בפרוטוקול ישיבה מס' 197 של ישיבת הוועדה המיוחדת לדיון בהצ"ח הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית, הצ"ח התכנון והבניה (הוראת שעה) ובהצ"ח שירותים פיננסיים חוץ מוסדיים, הכנסת ה-20, 9 (26.12.2018); רות פלאטו-שנער "חוק שירותי תשלום, התשע"ט-2019: הגנת הצרכן הפיננסי בעולם של שירותי תשלום דיגיטליים" המשפט כו 275 (2021).

²⁷⁷ מלבד חוק שירותי תשלום, קיימים מעט הסדרים נוספים בנושא וראו: פסברג, ה"ש 6 לעיל, עמ' 1596-1600; הדוגמא המרכזית הדומה לענייננו היא חוק אחריות למוצרים פגומים וראו: ס"ק 9(ב) לחוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ס-1980; איילת בן-עזר **אחריות למוצרים פגומים: ברירת הדין** (2003).

²⁷⁸ או לחלופין של כלל בעל תחולה מיידית, אשר משמעותו היא להחיל את הדין הישראלי רק מעצם זיקת הסמכות, אך לא נראה שיש הצדקה לעשות בו שימוש וראו פרק 2(ב) לעיל; בהקשר זה, המאמר חלוק מבחינה טרמינולוגית בשימוש במינוח של כללים מנדטוריים כופים ודוגל במינוח של כללים חד-צדדים.

²⁷⁹ פסברג פלורליזם, ה"ש 58 לעיל, פרק 6(ג); ראו ביחס לקשיים נוספים: Comba, ה"ש 62 לעיל, עמ' 205-207, 235-230; קנאור, ה"ש 5 לעיל, עמ' 874-876.

²⁸⁰ על אודות כללים אלו ראו לעיל בסוף פרק 2.

²⁸¹ לא בכדי גם רגולציית רומא השתמשה בהגדרה צרה של הוראות אלו וראו סעיף 9 לרגולציית רומא; פסברג פלורליזם, ה"ש 58 לעיל, פרקים 5 ו-7; Comba, ה"ש 62 לעיל, עמ' 135-137.

²⁸² סעיף 6 לרגולציית רומא; להרחבה ראו: Christopher Bisping, *Consumer and overriding mandatory rules*: in the Rome I Regulation, in EUROPEAN CONSUMER PROTECTION: THEORY AND PRACTICE 239 (James Devenney & Mel Kenny eds., 2012); Laura Maria van Bochove, *Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection* 7 EUR. PRIVATE INT'L L. ERASMUS L. REV. 147 (2014).

בדין מקום מושבם.²⁸³ משמע, הדין הנבחר יחול רק ביחס להוראות מהותיות כלליות, בד בבד עם הגנות צרכניות מדין מקום מושבו של הצרכן. החלת הגנות אלו מותנת באחד משני תנאים חלופיים:²⁸⁴ כי הספק מבצע פעילות מסחרית במקום המושב של הצרכן, או לחלופין כי פעילות הספק מוכוונת למדינה, או לקבוצת מדינות ספציפיות.²⁸⁵

על אודות הזיקות הנדרשות לשם הוכחת התנאי השני התקיים דיון בבית הדין האירופי לצדק. כעניין של מדיניות, בית הדין פסק שאין מדובר בכל חברה שאתר האינטרנט שלה נגיש במדינת מקום מושבו של הצרכן. הובהר שנדרש לבחון עדויות שלפיהן פעילות החברה הוכוונה קונקרטי לצרכנים במדינה או בקבוצת מדינות, בטרם נחתם החוזה בין הלקוחות לספק. בית הדין פירט את הזיקות האובייקטיביות שיגדירו פנייה קונקרטי למדינה כגון: שימוש בשפת המדינה, במטבע המדינה, בשם המתחם (Domain Name) של המדינה, וכן אזכור מספרי טלפון עם קידוד השייך למדינה.²⁸⁶

יחד עם שני התנאים, הדיון באירופה התמקד בפרשנות המשמעות של שלילת הגנות המגיעות לצרכן מדין מקום מושבו. במטרה למנוע מירוץ לתחתית, שתי הגישות סבורות כי ניתן להעניק לצרכנים רק הגנה גבוהה יותר מזו שמקנה להם דין מקום המושב, אך הן חלוקות באופן יישומה. גישה אחת סבורה כי משמעות ההוראה היא שככל שיתקיים אחד משני התנאים המתוארים לעיל, יש להחיל כמקשה אחת את ההגנות הצרכניות מדין מקום מושבו של הצרכן.²⁸⁷ גישה שנייה, אשר אומצה על ידי בית הדין האירופי לצדק, סבורה כי על בית המשפט לעיין בהוראות הדין הנבחר למול דין מקום מושבו של הצרכן, ולבחון אם הראשונות אכן שוללת הגנות רלוונטיות ביחס לעילת התביעה בלבד. ההשוואה תיקח בחשבון לא רק את דיני הגנת הצרכן, אלא את הוראות המשפט הפרטי כולו ביחס לעילת התביעה הרלוונטית.²⁸⁸ רק אם ימצא כי ההגנות נשללות, יחולו ההגנות מדין מקום מושבו של הצרכן.²⁸⁹

שאלה משמעותית שנייה היא אבחון טיבן של אותן הגנות משמעותיות מתוך דיני הגנת הצרכן. הרציונל של המחוקק האירופי היה כי ההוראות המחייבות ממקום מושב הצרכן הן מעין סטנדרט

²⁸³ סעיף 2(6) לרגולציית רומא; במקביל, עקרונות האג בדבר הדין החל שהותקנו ב-2015 קובעים כי דיני הגנת הצרכן הם חריג לכללי ברירת הדין והם אינם צריכים לחול על עסקאות צרכניות וראו: סעיף 1 ל-Hague Conference on Private Int'l Law (HCCH), *principles on Choice of Law in International Commercial Contracts* (Mar. 19, 2015), <https://assets.hcch.net/docs/5da3ed47-f54d-4c43-aaef-5eafc7c1f2a1.pdf>.

²⁸⁴ בכפוף לחריגים המצויים בס"ק 4(6) לרגולציית רומא, למשל כאשר השירותים או המוצר עתידים להתקבל במדינה שלישית, שאינה מקום מושבו של הצרכן וראו: פסברג פלורליזם, ה"ש 58 לעיל, פרק ג' 1(1).

²⁸⁵ סעיף 1(6) לרגולציית רומא; בהעדר בחירה מפורשת בחוזה, יחול על הצדדים דין מקום מושבו של הצרכן, בכפוף לשני תנאים אלו בלבד; להרחבה על אודות התפתחות מבחנים אלו ראו: Comba, ה"ש 62 לעיל, עמ' 190-197.

²⁸⁶ Case C-190/11 Daniela Mühlleitner v. Ahmad Yusufi and Wadat Yusufi, ECLI:EU:C:2012:542 (Sep. 6, 2012).

CONCISE COMMENTARY ON THE ROME I REGULATION 170-174 (Franco Ferrari ed., 2 ed. 2020); (להלן: Concise Commentary).

²⁸⁷ סעיף 2(6) לרגולציית רומא: "*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 Benedikt Schmitz, *Rethinking the Public Interest in Consumer Protection*, 9 EUROPEAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW AND GOVERNANCE 210, 221-224 (2022) (להלן: "Schmitz"); Comba, ה"ש 62 לעיל, עמ' 87-86.

²⁸⁸ Concise Commentary, ה"ש 286 לעיל, עמ' 176-177.

²⁸⁹ להרחבה ראו: Case C191/15, Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sàrl, ECLI:EU:C:2016:612 (July 28, 2016); Case C-152/20, DG v Gruber, ECLI:EU:C:2021:600 (July 15, 2021).

2021) אשר עסק בפרשנות סעיף 1(8) לרגולציית רומא, המנוסח בצורה זהה למדי לסעיף 2(6), Schmitz, ה"ש 287 לעיל, עמ' 224-221, Comba; ה"ש 62 לעיל, עמ' 87-86.

מינימלי של הגנה המוקנית לצרכן, ותו לא. אולם, המורכבות והחסרונות המשמעותיים בהרכבת שני דינים מהותיים, עליהם כבר עמדנו ביחס לכללים חד-צדדים, רלוונטית גם כאן. לכן אין זה מפתיע כי יש שהציעו שבמקרים בהם שילוב שני הדינים מוביל לתוצאות סותרות או בלתי עקביות, יש להחיל רק דין אחד, העדיף לצרכן. אחרים אף טענו כי תמהיל הדינים מוביל להשלכות בלתי צפויות וחסרות הצדקה ולפיכך יש להימנע ממנו כליל.²⁹⁰

המודל האירופי אינו חף מבעיות נוספות. ביקורת אחת על מודל זה גורסת כי הוא יוביל ל-"קטיפ" דובדבנים" (Cheerypicking) מצד הצרכנים כאשר הם יוכלו לטעון באמצעות שתי מערכות הדינים מהם הדינים הנוחים ביותר עבורם. אולם, ביקורת זו ניתנת לפתרון כאשר ההשוואה בין הדין הנבחר לדין מקום מושבו של הצרכן מוגבלת מראש לעילת התביעה בלבד, ובכך שהיא אינה יכולה לעלות על רמת ההגנה הקיימת באחד משני הדינים.²⁹¹ ביקורות משמעותיות יותר מוסבות על המנגנון שיצרה רגולציית רומא. האחת, שהיא משרה חוסר ודאות משפטי, כי בהיעדר הכרעה שיפוטית, שתי מערכות דינים עלולות לחול בכל עסקה צרכנית. בנוסף, כי ההשוואה בין הדינים, וכן הלחמת שני דינים מהותיים זה עם זה, גוררות עלויות דיוניות גבוהות לצדדים ולבתי המשפט ועשויות להביא לידי טעויות שיפוטיות.²⁹²

לבסוף, יש לעמוד על היחס בין רגולציית רומא לבין הגנות אחרות הניתנות לצרכנים באיחוד האירופי. למשל, דירקטיבת החוזים הצרכניים (Unfair Terms in Consumer Contracts Directive), הדומה במהותה לחוק החוזים האחידים הישראלי, מורה כי יש למנוע קיפוח של צרכנים כתוצאה מיישום תניית ברירת דין המחילה דין מדינה שאינה חלק מהאיחוד האירופי.²⁹³ באירופה, כמו בישראל, נהוג לסווג כללים כאלו ככללים בעלי תחולה חד-צדדית המרחיבים את היקף תחולתם ולהחיל אותם ישירות, מבלי להידרש לבחינת הדין החל בהתאם לרגולציית רומא.²⁹⁴ אך כדי להחיל אותם, נדרש כמובן להיכנס לזיקות הרלוונטיות כגון קיומו של חוזה אחיד, וקיומו של 'קשר הדוק' בין הצרכן למדינות האיחוד האירופי. על הזיקה האחרונה הושמעה ביקורת ונטען כי היא מהווה סטנדרט רחב ומעורפל המביא לידי החלה רחבה של הוראת הדירקטיבה, היוצרת דיס-הרמוניה עם הכלל הרב-צדדי הקבוע ברגולציית רומא.²⁹⁵ כך, עולה כי יש להיזהר מהתפשטות של כללים חד-צדדים כאשר ניתן להפנות לרוב לכלל הרב-צדדי, המבטא פתרון שקול ומאוזן יותר.²⁹⁶

לעומת המודל האירופי, בשיטות משפט מקבילות ניתן למצוא מודלים מתמירים יותר ופחות. מודל מחמיר, המזוהה עם שוויץ, שולל באופן מוחלט את בחירת הצדדים. שם, נקבע שעל חוזי צרכנות יחול דין מקום מושבו של הצרכן, ללא סייג, ואף כאשר מדובר במקום מושב זר שאינו שוויצרי.²⁹⁷

²⁹⁰ Concise Commentary, ה"ש 286 לעיל, עמ' 177-178.
²⁹¹ Schmitz, ה"ש 287 לעיל, עמ' 222; Comba, ה"ש 62 לעיל, עמ' 117; ביקורת דומה עוסקת בהגנת יתר שתינתן לצרכנים וראו: קנאור, ה"ש 5 לעיל, עמ' 874-876.
²⁹² שם, עמ' 226-235; כלשעצמו, Schmitz טוען כי בשל העלויות הללו, יש למחוק את סעיף (2)6 ברגולציית רומא, ולפעול לפי סעיף (1)6 בלבד.
²⁹³ Council Directive 93/13/EEC of Apr. 5, 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts, ל-206 סעיף (2)6, O.J. (L 95/29); הדיקטיבה התפתחה בהשראת חוק החוזים האחידים הישראלי וראו: אופק, ה"ש 40 לעיל.
²⁹⁴ Comba, ה"ש 62 לעיל, עמ' 170.
²⁹⁵ שם, עמ' 186-188, 216-220.
²⁹⁶ שם, 202-205; פסברג פלורליזם, ה"ש 58 לעיל, פרק 5.
²⁹⁷ Loi Fédérale Sur Le Droit International Privé [LDIP] [Federal Act on Private International Law] Dec. 18, 1987, SR 291, art. 120(2) (Switz.) ולואיזיאנה וראו: קנאור, ה"ש 5 לעיל, עמ' 859.

לעומת זאת, מודל מקל, המזוהה עם ה-*Restatement* האמריקאי, נוקט במגבלה פרוצדוראלית בלבד על בחירת הצדדים. שם נקבע כי ניתן לאכוף את דין החוזה, רק בכפוף לבחירה הקשורה בזיקה מהותית לצדדים או לעסקה.²⁹⁸

ההבדל בין המודלים מתבטא בהשלכות כלכליות שונות. המודל האמריקאי בפועל אינו פותר את הבעיות שהועלו במאמר, שכן הוא עתיד להתיר לספקים לבחור את דין החוזה המתאים להם ולטעון שיש לו זיקה מהותית לעסקה.²⁹⁹ כך, פערי המידע בין ספקים לצרכנים יעמיקו ויעודדו "שוק של לימונים". לעומתו, החלת דין מקום מושבו של הצרכן, המתבטאת בשני המודלים האחרים, מגשרת על פערי המידע, מביאה להפחתת ההוצאות הכלליות וחוסכת את הוצאות הצרכנים באיתור הדין והבנת תנאי העסקה. אולם, גם המודל השוויצרי רחוק מלהגשים את הפתרונות שהמאמר מקדם, משום שהוא אינו מגלה כל סובלנות כלפי שיטות משפט זרות ועלול לדחוק את רגליהם של ספקים בין-לאומיים, ולהכריח אותם לשווק מוצרים באופן ייעודי לכל מדינה. אומנם, הספקים הם שחקנים חוזרים אשר יוכלו לגלגל את העלויות ולפזר אותן בצורה מיטבית.³⁰⁰ אך, אין כל סיבה להעצים עלויות אלו, בייחוד כאשר החלת הדין הזר מעניקה הגנה נרחבת יותר מדין מקום מושבו של הצרכן. עם זאת, למודל השוויצרי יתרון בולט מבחינה מוסדית. כלל שיעודד התאמה בין החלת דין מקום מושבו של הצרכן והפורום שדן בסכסוך, יחסוך בעלויות והוצאות.³⁰¹ ברם, נדמה כי אין זה מוצדק במרבית המקרים להחיל את דין הפורום רק בשל העלויות המוסדיות הכרוכות בדיון בדין זר.³⁰² מול שני המודלים הללו, המודל האירופי מציע ללכת בדרך שלישית ומאוזנת, על אף הקשיים שהוא מעלה ואיתם ננסה להתמודד בפרק הבא.

ד. הצעה לדין ראוי

הצעה זו גובשה לאור הניסיון שהצטבר ונסקר במאמר, במשפט הישראלי ובאיחוד האירופי, בשאיפה ללכת בין הטיפות ולמנוע החצנות שליליות שיכולות להיגרם מהחלת הדין הזר, או לחלופין, מסירוב גורף להחילו. עם זאת, אין מדובר בהצעה סדורה אלא בקריאות כיוון המשתקפות מן הניסיון שנצבר תוך ניתוח הדין הישראלי והדין האירופי. אך עוד בטרם פירוט ההצעה, יודגש כי מהבחינה הדיונית, אין שלב המתאים יותר לדיון בשאלת הדין החל, מאשר שלב היתר ההמצאה. שלב מקדים זה כבר מכיל בתוכו שאלות דומות לאלו שיפורטו מיד, ובייחוד ביחס למבחן מרב הזיקות בדוקטרינת הפורום הנאות.

בראיית המאמר, ראוי לנסח במשפט הישראלי כלל רב-צדדי מיוחד, הדומה במהותו לכלל האירופי, ולתת במה לדין החוזה האובייקטיבי. ניתן לקבוע כי תחת הצטברות של מספר תנאים, יש להגביל את בחירת הצדדים כך שייקבע קו גבול ברור לנסיבות בהן חברות בין-לאומיות יכולות להחיל את הדין המתאים ביותר עבורן. לשם כך, ניתן לשאול את התנאים האירופיים ואת חוליית הקישור דין

²⁹⁸ RESTATEMENT (SECOND) OF CONFLICT OF LAWS § 187 (1)-(2) (AM. L. INST.1971); להרחבה על המודלים השונים ראו: קנאר, ה"ש 5 לעיל, 862-859; Ruhl Giesela *Consumer Protection in Choice of Law* 44 CORNELL; John F. Coyle, *The Role of Public*; INT'L. L.J.Art. 4 (2011); להרחבה על אודות המצב הנוכחי בארה"ב ראו: John F. Coyle, *The Role of Public Policy in U.S. Private International Law* 25-28 (UNC L. STUD. RSCH. PAPER, 2019), <https://ssrn.com/abstract=3485580>.

²⁹⁹ במסגרת זו, החברות גם יכולות לשנות את מקום מושבן וראו: קנאר, ה"ש 5 לעיל, עמ' 867-868. ³⁰⁰ שם; ברגיל, עלולים להיות צרכנים שיעדיפו לרכוש מוצרים זולים יותר על חשבון הרגולציה ולהרחבה ראו: שם, 866-864.

³⁰¹ להרחבה ראו: קרייני, ה"ש 51 לעיל, 230-153; פרוקציה וקפליוק, ה"ש 162 לעיל, עמ' 523. ³⁰² זאת אולי למעט תביעות קטנות וראו: עניין מילר, ה"ש 26 לעיל, פס' 31 ו-34 לפסק דינו של השופט הנדל.

מקום מושבו של הצרכן. ראשית, יש לבחון כי מערכת היחסים בין הצדדים היא אכן בין 'צרכן' ל-'עוסק', בהתאם לפירושים בחוק הגנת הצרכן, העושה שימוש בהגדרות דומות לאלו של רגולציית רומא.³⁰³ שנית, ראוי לבחון אם הספק מקיים פעילות משמעותית במדינת מקום המושב, או מכוון שירותים אליה. בעוד האפשרות הראשונה די ברורה,³⁰⁴ בחינת הכוונת השירותים עשויה להיות מורכבת. לכן, כדי לחסוך איסוף זיקות המקיפות את כל פעילות הספק, המשתרעת ברחבי תבל, יש להתמקד בזיקות הרלוונטיות לעילת התביעה. למשל, ביחס למוצר המסוים או למוצגים המופיעים באתר האינטרנט של הספק.

ודוק, בחינת הזיקות היא שלב קריטי העלול לייצר החצנות שליליות. השאיפה אינה לעודד חברות זרות להתנער מכל סממן 'ישראלי' בשביל למנוע את החלת דין ישראל. אין להסתפק באפשרות לשימוש במטבע ישראלי או בשפה העברית, ואף לפרסום חד פעמי בשפה העברית, התלויים במשאבים דלים מצד חברות זרות, בשביל להכריז על הכוונת שירותים לישראל. במקום זאת, יש לתור אחר תהליכי לוקליזציה של הספקים המעידים על שיווק ייעודי לצרכנים ישראליים כגון: שירות לקוחות, שירותי הובלה ומשלוח, אופן מימוש אחריות החברות לשירותים, פעולות שיווק אקטיבי לישראלים וכיוצא באלו.³⁰⁵ לצד זאת, חשוב להבחין בחריגים רלוונטיים, למשל אם מקום אספקת המוצרים או השירותים אינו בישראל, אין להחיל את הדין הישראלי.³⁰⁶

שלישית, במקרים בהם מופיעה בחוזה שבין הצדדים תניית ברירת דין, יש לערוך השוואה ולבחון אם הדין הזר מעניק לצרכנים הגנה פחותה יותר מדין מקום מושבם. אך, את ההשוואה יש לערוך כמו באירופה, ולהתמקד בהוראות המשפט הפרטי ביחס לעילת התביעה בלבד ולא ביחס לשיטת משפט שלמה. עם זאת, בחינה כזו צפויה עדיין לאתגר את בתי המשפט. למשל, ככל שהתביעה מוסבת על עילות תביעה רבות יותר,³⁰⁷ הצדדים ינסו להדגיש את ההגנות הקיימות בכל אחת מהעילות ביחס לכל דין, וההשוואה תהיה קשה יותר. במצבים כאלו, מומלץ לנסות ולהתמקד בעילות התביעה העיקריות, ובטענות המרכזיות של הצרכנים להגנות שיישלו מהם.³⁰⁸

כזכור, בעיה מרכזית שהוצגה במאמר עוסקת בהשוואת הדינים. נטל הוכחת הדין הזר היה לרועץ בעניינים רבים בישראל, בעצם העמדת חוות דעת מומחה, בעמידה ברף ההוכחה הגבוה ובהתמודדות מול יתרון המובנה של ספקים בין-לאומיים כשחקנים חוזרים.³⁰⁹ אדרבה, גם באירופה לא חסכו ביקורת על הקושי בהשוואה, בחיזוי תוצאותיה, והסרבול הדיוני שהיא מביאה עימה. אולם, בעיות אלו נחלשות עם צמצום ההשוואה לעילת התביעה. יתרה מכך, ניתן לסייע

³⁰³ הגדרות צרכן ("natural person for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession") ועוסק ("person acting in the exercise of his trade or profession") מקבילות להגדרות בחוק הגנת הצרכן וראו פרק 2.i.a למאמר.

³⁰⁴ לכן למשל, אין לקבל התנאה של חברות כמו Toyota, או Zara, להן פעילות מובהקת בישראל והשוו: עניין מילר, ה"ש 26 לעיל, פסי' 4 ו-33 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

³⁰⁵ להרחבה ראו: Rigby Vishwanath, *Localization-the revolution in consumer markets*, 84 Harv. Bus. Rev. (2006) 82; פרק 4.4 להלן; סעיף 47 לחוק שירותי תשלום, התשע"ט-2018; עניין מילר, ה"ש 26 לעיל, פסי' 34 ו-39 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

³⁰⁶ ה"ש 284 לעיל, וכן השוו לסעיף 17(א)(1) לחוק הגנת הצרכן. למשל בעניין מילר, ה"ש 26 לעיל, העילות היו: הפרת חוזה, חוסר תום הלב, רשלנות והטעיה.

³⁰⁷ לא מן הנמנע כי אתגר משמעותי יותר נעוץ בהגדרות התחולה של חוק הגנת הצרכן עצמו העלול להחיל לעיתים הוראות שיינתן כמישנות ובלתי-מתאימות למציאות המודרנית של מסחר מקוון. אולם, תיקון הגדרות והוראות חוק הגנת הצרכן חורג מן המוקד של מאמר זה. במאמר מוסגר, יוער כי במצב הנוכחי ייתכן וראוי להרחיב את הפרשנות שניתנת להוראת הפטור בסעיף 17(א)(1) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 לגבי "נכס המיועד להימכר מחוץ לישראל, או על שירות המיועד להתבצע במלואו מחוץ לישראל"; להרחבה ראו: ת"צ (מחוזי מר') 51324-03-14 **יהודה נ' Hewlett-Packard Company**, פסי' 27 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (נבו 03.05.2017).

³⁰⁹ השוו: עניין מילר, ה"ש 26 לעיל, פסי' 41 לפסק דינו של השופט גרוסקופף; מנגד, יש לומר שלכל הפחות תובעים ייצוגיים רבים, כמו גם המדינה, הם גם שחקנים חוזרים וראו: פלינט וויניצקי, ה"ש 70 לעיל, עמ' 533.

לצרכנים בכלים פרוצדוראליים. בית המשפט יכול לעשות שימוש בסמכותו למנות מומחה לשם בירור מחלקות שבין בעלי הדין, מיוזמתו או לפי בקשת הצדדים.³¹⁰ כמו כן, לצרכנים בתובענה ייצוגית עומדת היכולת לבקש מימון מהקרן למימון תובענות ייצוגיות.³¹¹ עם זאת, אף שהשלכות שליליות של פרקטיקת ההשוואה בין הדינים אינן מצדיקות פסילה גורפת של הדין הזר, ואף מתן הזדמנות להנות מהחצנות חיוביות שלו, הן מעודדות ויתור על הפרקטיקה של הרכבת הדינים. הניסיון האירופי מעיד כי תמהיל הדינים מערב מין בשאינו מינו, משרה אי-ודאות, גורר עלויות דינויות גבוהות ועל כן מגרעותיו עולות על יתרונותיו.

משמעות הדברים היא החלה מלאה של דין מקום המושב ביחס לעילת התביעה, מבלי להסתפק בהחלת הגנות צרכנית בלבד. כך, רק אם יוחל הדין הישראלי למשל, יחול חוק החוזים האחידים או כלל הפרשנות נגד המנסח. כמובן, ההגנות שהם מספקים יילקחו בחשבון כהגנות צרכניות ישראליות במהלך ההשוואה בין הדינים, אך הן יוחלו רק לאחר הבחירה להחיל את דין ישראל. עמידה בשלושת התנאים המצטברים מצדיקה את החלת דין מקום מושבו של הצרכן וממחישה את חוסר הלגיטימיות של הבחירה בשיטת המשפט הזרה. אכן, ייתכן כי צרכנים יזכו להגנה מעל הסטנדרט המינימלי, אך תוצאה זו מוצדקת כי היא מספקת ודאות יתרה וחוסכת בעלויות דינויות. ככלל, הדיון בתנאים כולם ממחיש את השאלות והשיקולים הרלוונטיים בבחינת היקף תחולה של הדין החל, בניגוד לשיקולים עליהם עמדנו, בהם נבחנו תניות ברירת דין תחת שבט מבחן הקיפוח.

ברם, שימוש בכלל הרב-צדדי המשיית עלויות דינויות על הצדדים בשלב המקדמי, עלול להיות לעיתים בלתי מוצדק. במקרים בהם ברור כי הבחירה בדין זר מלאכותית לחלוטין, יש הצדקה לחסוך בהוצאות הצדדים ולהחיל מיד את הדין החוזה האובייקטיבי כדין מהותי, ללא כל השוואה. לשם זאת, ניתן להתקין לצד הכלל הרב-צדדי כלל חד-צדדי, אשר יחיל את הדין הישראלי כמקשה אחת, ויבטל את תוקפה של התניה המחילה את הדין הזר מבלי להוכיח דבר ביחס לדין הזר, בדומה לכלל החד-צדדי הקיים באירופה.

עם זאת, כדי להימנע ממחיקה דה-פקטו של הכלל הרב-צדדי, יש להשתמש בכלל החד-צדדי בזהירות יתרה, ורק כאשר הנסיבות להחלתו מובהקות וקיצוניות. קודם כל, על בית המשפט לוודא כי אכן מדובר בחוזה אחיד במערכת יחסים בין צרכן לעוסק.³¹² שנית, יש לוודא כי אין כל קשר בין דין החוזה הנבחר לבין פעילות הצדדים, בדומה למודל האמריקאי, או לחלופין כי לספק הבין-לאומי יש פעילות כה משמעותית בישראל, שאינה מצדיקה אף דיון בהחלת הדין הזר.³¹³

מוצע כי נסיבות קיצוניות אלו יתקיימו רק ביחס לחברות המתנות על הדין הישראלי כאשר אין כל ספק כי הן ביצעו תהליכי לוקליזציה משמעותיים. לדוגמה, חברות אשר הקימו שלוחות דומיננטיות, הכוללות הקמת סניפים המיועדים ללקוחות ישראליים, להבדיל ממרכזי מחקר ופיתוח אשר אינם מיועדים לתת שירות לצרכנים ישראליים.³¹⁴ כמו כן, הכלל החד-צדדי יוכל לחול ביחס לחברות אשר משקיעות משאבים רבים בצרכן הישראלי, ומקימות זיקות רבות ומגוונות

³¹⁰ תקנות 63(ב)(9) ו-88(א) לתקנות סדר הדין האזרחי התשע"ט-2018.

³¹¹ סעיף 27 לחוק תובענות ייצוגיות; Eli Bukspan, *The Israeli Public Class Action Fund: New Approach for Integrating Business and Social Responsibility*, in THE CAMBRIDGE HANDBOOK OF CLASS ACTIONS: AN INTERNATIONAL SURVEY 528 (Brian T. Fitzpatrick & Randall S. Thomas eds., 2021).

³¹² מדובר בשילוב של שתי ההגדרות בחוק הגנת הצרכן ובחוק החוזים האחידים וראו פרק 2.1 א.לעיל.

³¹³ מדובר בהצעה דומה לזו של השופט גרוסקופף בעניין מילר, ה"ש 26 לעיל, אבל מצומצמת משמעותית בהיקפה.

³¹⁴ השוו: עניין מילר, ה"ש 26 לעיל, פסי' 30-31 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

לפעילות שלהן בישראל, הרבה מעבר לעילת התביעה הרלוונטית. כך, הכלל החד-צדדי יחול על חברות שלהן נציגות בישראל המעניקה שירותים ייעודיים לצרכנים ישראלים בשפה העברית (כגון שירותי לקוחות, תמיכה, משלוח, הובלה ומימוש אחריות), תחת שם מתחם ישראלי, אפשרות לתשלום במטבע ישראלי, לצד פרסום ייחודי לישראלים, למשל במבצעים לחגי ולמועדי ישראל. היינו, חברות אשר הקשר שלהם לישראל בולט לעיני כל.

שיקולי מדיניות שהוזכרו במהלך המאמר מדגישים את חשיבות השימוש המסויג בכלל החד-צדדי. ככלל, הכלל הרב-צדדי עתיד לא רק למנוע קיפוח, אלא גם למנוע הרתעה של עוסקים מקוונים מכניסה לישראל. ודאות העוסקים ביחס לדין שיחול על העסקה תגבר כאשר הם יוכלו להשוות מראש את הסטנדרט בו הם פועלים בהתאם לדין זר, למול הסטנדרט הישראלי. ממילא, עוסקים אף לא יירתעו מפעילות מסחרית מקוונת בישראל תוך הבנה כי תחולת הכלל החד-צדדי תוגבל רק לנסיבות חד-משמעיות שניתן להימנע מהן בנקל. כך, הכלל החד-צדדי ייצור הרמוניה עם הכלל הרב-צדדי ויהיה ניתן לבחון אותם כשני שלבים משלימים. הכלל הרב-צדדי יותקן כדרך המלך לבחינת הדין החל על עסקאות צרכניות במקרים בהם הותקנה תניית ברירת דין. לצידו, הכלל החד-צדדי יוצב כחריג לכלל, עבור אותם מקרים קיצוניים.

את הצעות אלו ניתן ליישם במשפט הישראלי באמצעות חקיקה או באמצעות פרשנות שיפוטית. לפי האחרונה, ניתן לתרגם כבר כעת את שני הכללים המוצעים למונחי הדין הקיים, ולהחליף את מבחן הקיפוח ככלל ברירת הדין בחוזים צרכניים. הגיונם של הכללים כאמור הוא בחינת הדין החל בטרם החלתו של הדין הישראלי, או הדין הזר. זאת בניגוד לפסקי הדין שהוצגו במאמר, אשר שבו ובחנו את הדין הזר במשקפי חוק החוזים האחידים או כלל הפרשנות נגד המנסח, מבלי לבאר את אופן החלתם. כזכור, רוב כללי ברירת הדין במשפט הישראלי בכלל, וכללי ברירת הדין בחוזים בפרט, הם יצירי פסיקה. לאור זאת, ניתן לעדכן את הלכת קו לעובד ולתת תוקף להחלת הכלל הרב-צדדי בחוזים צרכניים באמצעות פרשנות שיפוטית.³¹⁵ יתר על כן, ההצעה המפורטת לעיל יכולה לחדד את הצעתו ופרשנותו המפורטת של השופט גרוסקופף בעניין מילר.³¹⁶

יחד עם זאת, את הכלל החד-צדדי ניתן להעמיד על כתפי סעיף 5(א) לחוק החוזים האחידים. מבחינה מילולית פרשנית, הבחירה בסעיף 5(א) לחוק החוזים האחידים נראית מתאימה למדי. ביטול תנאי השולל או המגביל את הזכות לפנות לערכאות, בעצם הטלת החובה להשוות בין הדינים, מוצדק כאשר הקיפוח הוא חריף וחד משמעי. בדרך זו, החלת הסעיף ככלל חד-צדדי על גבי הדין הזר מבטלת מעיקרא את תניית ברירת הדין כולה, כתנאי המגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות, ומחילה במקומו את הדין הישראלי. אומנם החלת הדין הישראלי אינה חלק מדברי סעיף 5(א), אך ניתן להשלים את החלת הדין הישראלי כדין בעל הקשר הקרוב והאמיץ ביותר לחוזה צרכני המיועד לצרכנים ישראלים. במקרה כזה, החלת הכלל החד-צדדי מביאה לידי תוצאה דומה לכלל הרב-צדדי מבלי להיזקק להוכחת הדין הזר.

יתר על כן, מבחינה היסטורית, ניכר כי החלת הסעיף מחזירה עטרה ליושנה. עם השנים סעיף 5(א) הלך ונשכח בין השיטין ופורש בצמצום, לאור הכפילות מול חזקות הקיפוח בסעיף 4, ומשום שכלל ספציפי גובר על כללי.³¹⁷ אך בפועל, פרשנות זו לסעיף 5(א) מתאימה ללשון החוק ומתיישבת עם

³¹⁵ הי"ש 55 לעיל.

³¹⁶ עניין מילר, הי"ש 26 לעיל, פס' 17 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

³¹⁷ ראו למשל הי"ש 44 והי"ש 118 לעיל.

הכלל שחקיקה מאוחרת גוברת על מוקדמת, שהרי המחוקק הוסיף את סעיף 5 בעת חקיקתו מחדש של החוק.³¹⁸ מן הבחינה הזו, יש להעדיף את פרשנותו המרחיבה של הסעיף כפי שעולה מדברי השופט גרוסקופף בעניין קלינגהופר על פני פרשנותה המצמצמת של הנשיאה חיות בהלכת בן חמו.³¹⁹

7. סוף דבר

המאמר הציג בהרחבה את מגמת בתי המשפט בישראל בשנים האחרונות, לנטות בצורה בינארית לעבר הכרעה חד משמעית, פעם לטובת צרכנים ופעם לטובת ספקים. המאמר ניתח כי נטייה זו נגרמת מקביעה שגויה של מבחן הקיפוח שבחוק החוזים האחידים ככלל ברירת הדין בחוזים צרכניים, הפוגע בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי וגורר עלויות דיוניות בלתי נסבלות. במקום זאת, וכתגובה לקול קורא שהפיץ משרד המשפטים בנושא, המאמר העמיד את היסודות להסדרת הסוגיה, באמצעות קביעת כלל רב-צדדי וכלל חד-צדדי, אשר יאפשרו להחיל את דין מקום מושבו של הצרכן בנסיבות המתאימות לכך. כללים אלו שואפים לשרטט מערכת שיקולים המגשרת בין הפטרנליזם המאפיין את דיני החוזים הצרכניים, לבין הפלורליזם העומד בבסיס המשפט הבין-לאומי הפרטי.

³¹⁸ השוו: סעיף 15 לחוק החוזים האחידים.

³¹⁹ עניין קלינגהופר, הי"ש 64 לעיל, פסי' 19; עניין בן חמו, הי"ש 4 לעיל, פסי' 27 לפסק דינה של הנשיאה חיות ופסק דינו של השופט מלצר; הי"ש 108 לעיל.

8. נספח - טבלת פסקי הדין

פסילת תניות ברירת דין טרם הלכת בן חמו (2015-2017)

פס"ד	תאריך	צדדים	ערכאה	ברירת הדין	התוצאה	הסעיף הפוסל	סכום התביעה	אופי ההליך	שלב הדין בתניה
39292-04-13	31.05.2015	קלינגהופר נ' .PayPal Pte Ltd	מחוזי מר'	סינגפור	פסילה	5(א) או 4 בתניות (6), (8), או (9)	21,000,000 ₪	ייצוגי	בקשה לאישור תובענה ייצוגית
46065-09-14	10.06.2016	פייסבוק נ' בן חמו	מחוזי מר'	קליפורניה	פסילה	3 + 4(8)	400,000,000 \$	ייצוגי	בקשה לסילוק על הסף
39265-04-16	23.11.2016	Forex Capital Markets Limited נ' דראל	המחלקה הכלכלית ת"א	אנגליה	פסילה	5(א) או 4 בתניות (6), (8), או (9)	1,000,000 ₪	אישי	בקשה לסילוק על הסף
19529-06-14	03.02.2017	חוטה נ' Booking.com B.V	מחוזי ת"א	הולנד	פסילה	5(א) או 4 בתניות (6), (8), או (9)	3,000,000 ₪	ייצוגי	בקשה להיתר המצאה
10822-02-15	09.04.2017	LinkedIn Corporation נ' לנואל	מחוזי מר'	קליפורניה	פסילה	5(א) או 4 בתניות (6), (8), או (9)	-	ייצוגי	בקשה לביטול היתר המצאה
23241-09-16	21.06.2017	Hotels .Com נ' סיליס	מחוזי ת"א	טקסס	פסילה	-	-	ייצוגי	בקשה לביטול היתר המצאה
7820/17	02.11.2017	חוטה נ' Booking.com B.V	עליון	הולנד	פסילה	-	3,000,000 ₪	ייצוגי	בקשה להיתר המצאה
18663-07-17	07.11.2017	Hotels.Com נ' סיליס	מחוזי ת"א	טקסס	פסילה	-	-	ייצוגי	בקשה לביטול היתר המצאה
40940-10-16	10.12.2017	דאון נ' מלון אורכידאה בע"מ	מחוזי ת"א	הולנד	פסילה	-	15,000,000 ₪	ייצוגי	בקשה לביטול היתר המצאה
30480-07-17	08.05.2018	טורו מזיה נ' סימון סיק מון לוק	מחוזי ת"א	איי מרשל	פסילה	5(א) או 4(9)	36,000,000 ₪	אישי	בקשה לסילוק על הסף
8295-10-17	16.05.2018	Booking Com B.V נ' דניאל שפירא	מחוזי ת"א	הולנד	דחייה	-	-	ייצוגי	בקשה לביטול היתר המצאה

הלכת בן חמו ולאחריה

פס"ד	תאריך	צדדים	ערכאה	ברירת הדין	התוצאה	הסעיף הפוסל	סכום התביעה	אופי ההליך	שלב הדין בתניה
5860/16	31.05.2018	פייסבוק נ' בן חמו	עליון	קליפורניה	אישור	-	400,000,000 \$	ייצוגי	בקשה לסילוק על הסף
23156-04-17	31.01.2019	פלוני נ' קלאב מדיטראנה (ישראל)	מחוזי ת"א	צרפת	פסילה	3	ללא	אישי	בקשת לעיכוב הליכים
67771-07-18	20.02.2019	דניאל שפירא נ' B.V. Booking Com	מחוזי ת"א	הולנד	דחייה	-	-	ייצוגי	בקשה לביטול היתר המצאה (ערעור)
45354-02-18	20.02.2019	חיים הירשפלד נ' Tr avel Jigsaw (Limited)	מחוזי מר'	אנגליה	דחייה	-	-	ייצוגי	בקשה לאישור תובענה ייצוגית
18509-06-15	10.04.2019	דוד נ' 012 סמייל טלקום	מחוזי מר'	פלורידה	דחייה	-	52,000,000 ₪	ייצוגי	בקשה לאישור תובענה ייצוגית ולביטול היתר המצאה
32809-09-17	14.08.2019	Facebook Ireland limited נ' טרוים מילר בע"מ	שלום הרצ'	קליפורניה	אישור	-	700,000 ₪	אישי	בקשה לסילוק על הסף
11329-06-18	11.09.2019	פונטה נ' Facebook Inc.	מחוזי ת"א	קליפורניה	דחייה	-	-	ייצוגי	בקשה לתיקון תובענה ייצוגית
29715-07-17	22.10.2019	סאן שיין נ' Rio Grande	מחוזי ת"א	ניו-מקסיקו	אישור	-	2,000,000 ₪	אישי	בקשה לעיכוב הליכים וביטול היתר המצאה
11338-10-19	30.01.2020	Facebook Ireland limited נ' טרוים מילר בע"מ	מחוזי ת"א	קליפורניה	אישור	-	700,000 ₪	אישי	ערעור על סילוק על הסף

בקשה לאישור תובענה ייצוגית	ייצוגי	"עשרות מיליוני שקלים"	-	אישור	אנגליה	מחוזי ת"א	בשן נ' EasyJet Airline company	08.06.2020	54491-01-15
בקשה לאישור תובענה ייצוגית	ייצוגי	241,500,000 \$	-	אישור	קליפורניה	מחוזי ת"א	טדסה ואח' נ' Google LLC (Google Inc.)	09.07.2020	56348-03-17
בקשה לאישור תובענה ייצוגית	ייצוגי	50,000,000 ₪	-	אישור	קליפורניה	מחוזי ת"א	אנסבכר נ' Facebook Ireland Limited	20.07.2020	5940-11-16
בקשה לאישור תובענה ייצוגית	ייצוגי	300,000,000 ₪	-	עקיפה	קליפורניה	מחוזי ת"א	נכט נ' Facebook Ireland Ltd	06.08.2020	1393-01-17*
תביעה קטנה	אישי	14,029 ₪	+ 3 ,(1)4 -ו (6)4 (7)4	פסילה	הולנד	תביעות קטנות ת"א	צ'רקהס נ' Booking	09.08.2020	72014-12-19
בקשה לסילוק על הסף	ייצוגי	100,000,000 ₪	-	עקיפה	קליפורניה	מחוזי ת"א	גל נ' Facebook Ireland ltd	16.09.2020	27761-09-17
בקשת הסתלקות מהתובענה הייצוגית	ייצוגי	20,000,000 ₪	-	אישור	קליפורניה	מחוזי ת"א	שטיינקריצר נ' WhatsApp .Ltd	14.10.2020	41239-04-18
בקשה לסילוק על הסף	אישי	100,000 ₪	-	אישור	קליפורניה	שלום ת"א	חיון נ' Facebook, Inc.	21.10.2020	91-08-19
בקשה לאישור תובענה ייצוגית	ייצוגי	ללא	-	עקיפה	קליפורניה	מחוזי מר'	אשל נ' Google Inc.	22.10.2020	52768-07-15
בקשה לאישור תובענה ייצוגית	ייצוגי	16,257,500 ₪	-	אישור	טקסס	מחוזי ת"א	הוטלס.קום נ' אלדד	26.10.2020	20020-09-19
בקשה לתיקון תובענה ייצוגית	ייצוגי	-	-	אישור	קליפורניה	מחוזי מר'	ת"צ (מחוזי מר') 17780-12-16 ל. פ נ' Instagram	04.11.2020	17780-12-16
בקשה לסילוק על הסף	ייצוגי	-	-	עקיפה	קליפורניה	מחוזי ת"א	Facebook Inc. נ' פונטה	24.11.2020	11329-06-18
בקשה לביטול היתר המצאה	ייצוגי	-	-	דחייה	קליפורניה	מחוזי ת"א	דהאן נ' Apple Inc.	19.01.2021	27340-09-19

בקשה למחיקת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית	ייצוגי	ללא	-	אישור	שוויץ	מחוזי מר'	איזרדל נ' Viagogo AG	14.02.2021	9615-09-17
ערעור על פסק דינו של בית המשפט לתביעות קטנות	אישי	14,028 ₪	-	אישור	הולנד	מחוזי ת"א	צ'רקהם נ' Booking B.V. Com	24.02.2021	41790-09-20
בקשה לעיכוב הליכים	אישי	1,247,200 ₪	-	אישור	בלגיה	שלום ת"א	Gandy Digital NV נ' אר אס דיזיין בע"מ	26.03.2021	35957-06-20
בקשה לביטול היתר המצאה	אישי	-	-	דחייה	אריזונה	שלום אש'	שושן נ' GoDaddy.com LLC.	12.05.2021	40351-07-20
בקשה לתיקון תובענה ייצוגית	ייצוגי	-	-	אישור	קליפורניה	מחוזי מר'	אור נ' Facebook Inc.	29.07.2021	8108-04-18
בקשה לתיקון תובענה ייצוגית	ייצוגי	-	-	אישור	קליפורניה	מחוזי מר'	טרון נ' Facebook Inc	29.07.2021	43122-07-19
בקשה לסילוק על הסף	ייצוגי	-	-	אישור	קליפורניה	מחוזי מר'	יגודה נ' Facebook Inc	18.08.2021	52486-03-18
פסק דין	אישי	500,000 ₪	-	פסילה	קליפורניה	מחוזי ת"א	זוהר נ' Facebook Inc.	23.08.2021	63470-05-19
בקשה לביטול היתר המצאה	ייצוגי	180,600,000 ₪	-	אישור	הונג קונג	מחוזי מר'	בסון נ' Alibaba.com	30.08.2021	53961-12-18
בקשה לביטול היתר המצאה (ערעור)	אישי	-	-	דחייה	אריזונה	מחוזי באר שבע	GoDaddy.com נ' שושן m	19.10.2021	18035-07-21
בקשה לביטול היתר המצאה (ערעור)	ייצוגי	-	-	דחייה	קליפורניה	מחוזי ת"א	Apple Inc. נ' יעקב	13.12.2021	45980-03-21
בקשה לאישור תובענה	ייצוגי	-	-	עקיפה	קליפורניה	עליון	גל נ' Facebook Ireland LTD	03.01.2022	7470/20

ייצוגית (ערעור)									
בקשה לאישור תובענה ייצוגית	ייצוגי	16,257,500 ₪	-	אישור	טקסס	עליון	אלדד נ' הוטלס.קום	09.02.2022	8594/2 0
בקשה לאישור תובענה ייצוגית (ערעור)	ייצוגי	-	-	עקיפה	קליפורניה	עליון	אשל נ' Google Inc.	20.02.2022	8160/2 0
בקשה לסילוק על הסף	ייצוגי	200,000,000 ₪	-	דחייה	אנגליה / אירלנד	מחוזי ת"א	אלוף נ' Airbn b Ireland UC	02.03.2022	1608- 02-21
החלטה בסוגיית הדין החל	ייצוגי	-	-	עקיפה	אנגליה	מחוזי מר'	הירשפלד נ' Tr avel jigsaw (limited)	24.03.2022	45354- 02-18
בקשה לביטול היתר המצאה	ייצוגי	200,000,000 ₪	-	דחייה	קליפורניה	מחוזי מר'	Apple Inc. נ' חביב	20.04.2022	71916- 07-19
בקשה לאישור תובענה ייצוגית	ייצוגי	-	-	עקיפה	קליפורניה	מחוזי מר'	מלאכי נ' Google Inc.	06.05.2022	40212- 05-17
בקשה לאישור תובענה ייצוגית (ערעור)	ייצוגי	"עשרות מיליוני שקלים"	-	אישור	אנגליה	עליון	בשן נ' EasyJet Airline company LTD	02.06.2022	5089/2 0
בקשה לאישור הסדר פשרה	ייצוגי	-	-	דחייה	טקסס	מחוזי ת"א	הכהן נ'. Hotels. com	27.06.2022	17737- 01-18
בקשה לאישור תובענה ייצוגית	ייצוגי	-	-	פסילה	סינגפור	מחוזי מר'	צביה נ' Agoda Company Pte. Ltd	28.06.2022	9139- 05-18
בקשה לאישור תובענה ייצוגית	ייצוגי	-	-	אישור	קליפורניה	מחוזי חי'	אקסלרוז נ' Fac ebook Inc	12.07.2022	7322- 10-18
בקשה לסילוק על הסף (בר"ע)	אישי	700,000 ₪	-	פסילה	קליפורניה	עליון	Facebook Ireland נ' limited טרונים מילר בע"מ	26.07.2022	1901/2 0

בקשה לביטול היתר המצאה	ייצוגי	-	3	פסילה לכאורה	ושינגטון	מחוזי מר'	ברק נ' Amazon.Com Inc.	03.08.2022	12859-12-19
בקשה לסילוק על הסף	אישי	-	-	פסילה	קליפורניה	שלום ת"א	טל נ' Platforms Inc. Meta	08.08.2022	10827-11-19
בקשה לעיכוב הליכים	אישי	-	-	פסילה	אריזונה	שלום אש'	שושן נ' GoDaddy.com LLC.	28.08.2022	40351-07-20