



בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 72014-12-19 צ'רקהם נ' BOOKING

לפני כבוד הרשמת בכירה חן מאירוביץ

התובע: אבי צ'רקהם

נגד

הנתבעת: BOOKING B.V. COM

פסק דין

1. עניינו של תיק זה ממחיש סיטואציה מובהקת ועגומה למערך יחסים שבו ניצב צרכן – אדם פרטי אל מול עוסק – שהינה חברת ענק, חובקת עולם בפעילותה העסקית שניתן להמשילה לתמנון רב זרועות העושה כל שלא ידיו כדי לדחוק את הצרכן אל הפינה, להביסו ולמנוע ממנו כל זכות שבדין. זאת בחסות כוחה העצום וגדול הממדים של חברה שנאחזת בטיעונים משפטיים חוצי גבולות, והכל כדי להתחמק מאחריות למחדליה.
2. לאחר ההקדמה הדרמטית נעבור לעובדות. התובע הזמין ביום 13.4.19 באמצעות הנתבעת, חברה זרה, בעלת אתר אינטרנט להזמנת מקומות לינה ברחבי העולם, לינה משפחתית במלון Oasis ביוון (להלן: "המלון"). ההזמנה יועדה לתאריך 20.7.19. אולם בתאריך 30.4.19 עקב שינויים בתוכניות המשפחתיות נאלץ התובע לבטל את ההזמנה, ולכן הוא פנה למלון באמצעות מערכת הדיור של הנתבעת בבקשה לבטל את ההזמנה תוך ויתור על דמי הביטול שהסתכמו בסך של 510 אירו. בו ביום התקבל מענה מהמלון, כי הבקשה לויתור על דמי הביטול תיבדק על ידו אולם מנוסח התשובה היה ברור שהמלון מודע לבקשת הביטול.
3. בתאריך 8.5.19 פנה התובע למלון בשנית, בכתב, דרך מערכת הדיור של הנתבעת וביקש לקבל תשובה לגבי בקשתו ביחס לדמי הביטול. יום למחרת נענה על ידי המלון בכתב דרך אותה מערכת כי לא ניתן לפטור אותו מתשלום דמי הביטול ולכן כרטיס האשראי שלו חויב בגינם באותו מועד.
4. בתאריך 19.7.19 חויב התובע ביתרת סכום ההזמנה בסך של 3,478.70 אירו, בנוסף לדמי הביטול.



בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 72014-12-19 צ'רקהם נ' BOOKING

טענות הצדדים

5. לטענת התובע לאחר שחויב בתשלום העסקה בכללותה הוא פנה למלון ונאמר לו שחרף העובדה, שהתובע הודיע על ביטול הזמנה המלון וחויב בדמי הביטול, המלון מעולם לא אישר את הביטול. זו גם הייתה תשובת נציגת הנתבעת לפניית התובע שהמלון מעולם לא קיבל את הביטול.
6. התובע טוען שאת פרטי כרטיס האשראי הוא מסר רק לידי הנתבעת ולכן היא שאישרה ואפשרה לבעלי המלון לחייבו בגין דמי החופשה על אף שחייב חודשיים קודם לכן בדמי ביטול ועל אף שכל תהליך הביטול התנהל באמצעות המערכת הרשמית של הנתבעת.
7. התובע מוסיף ומפרט שהוא לאורך כל השנים בוחר להתקשר עם בתי מלון באמצעות הנתבעת חרף ניסיונות המלונות לשכנעו להתקשר עמם באופן ישיר תוך חיסכון דמי התיווך והוא עשה כן מאחר וסמך על הנתבעת במתן פרטי כרטיס האשראי שלו ומאחר וסבר שיכבדו את זכויותיו ויגנו עליו מול בעלי המלון. מסיבה זו גם כל ההתקשרות מול האחרונים נעשתה באמצעות ממשק הנתבעת.
8. לפיכך טוען התובע שיש לחייב את הנתבעת להשיב לידיו את הסכום בו חויב למעט דמי הביטול.
9. הנתבעת טענה בראשית טענותיה שאין להחיל את הדין הישראלי במערכת היחסים שבינה ובין הגולשים באתר וזאת נוכח קיומה של תניית "ברירת דין" הקובעת שבמערכת יחסים זו יחול הדין ההולנדי בלבד. זהו תנאי שכל גולש, לרבות התובע שנדרש לאשר את הסכמתו לתנאי השימוש באתר טרם ביצוע ההזמנה, ותנאים אלה מהווים חוזה מחייב בין הנתבעת למשתמשי האתר. משעה שהתובע לא הוכיח כי קיימת לו עילת תביעה נגד הנתבעת בהתאם לדין ההולנדי ומאחר שכלל לא טען לכך, יש לדחות את תביעתו.
10. לטענתה גם ללא קשר לתניית ברירת הדין, הדין הישראלי אינו חל על התובענה מאחר ומטענות התובע עולה, כי הוא טוען לגרם הפרת חוזה שהיא עילה נזיקית ובהתאם לכללי ברירת הדין בנויקין הדין החל על העוולה הוא מקום ביצועה.
11. בנוסף טוענת הנתבעת, כי לא ניתן לברר את התובענה מבלי שהמלון צורף כצד שכן מההתכתובות עולה שהמלון חולק על טענת התובע לפיה ההזמנה בוטלה. הביטול היה צריך



בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 72014-12-19 צ'רקהם נ' BOOKING

להיעשות באמצעות המערכת הממוחשבת האוטומטית שמפעילה הנתבעת והיה על התובע לבחור באופציית הביטול באמצעות לחיצה על לחצן "Cancel Room", דבר שלא נעשה בפועל מאחר ולא ביטל את הזמנתו, ולכן המחלוקת הינה בין המלון לבין התובע שאליו פנה התובע לראשונה והוא זה שידע להסביר מדוע נגבה כל הסכום. אי צירופו של המלון מעמיד את הנתבעת בנחיתות דיונית.

12. גם בהתאם לדין הישראלי הנתבעת אינה נושאת באחריות לתשלומים הנגבים על ידי מקומות האירוח שכן המלון הוא שנושא באחריות לתשלומים אותם הוא גובה. העסקה לרכישת שירותי האירוח נכרתת בין הגולש באתר לבין מקום האירוח, כאשר הנתבעת אינה צד לעסקה זו. לדידה הקשר החוזי שנוצר בין התובע לנתבעת עניינו שימוש בפלטפורמה שלה אך אין לה כל נגיעה לתנאי ההזמנה שעומדים בבסיס העסקה שנכרתה בינו לבין מקום האירוח, תנאים שנקבעים באופן בלעדי על ידי מקום האירוח והאחריות הינה על האחרון, כפי שעולה מתנאי השימוש.

13. עוד נטען שעם ביצוע ההזמנה הועברו למלון כל הפרטים הרלבנטיים לרבות פרטי כרטיס האשראי של התובע ולכן אין לנתבעת מרגע זה כל שליטה על קיום העסקה על ידי מי מהצדדים, כך בהתאם לתנאי השימוש וכך בהתאם לדין. המלון גבה מהתובע את התשלום ולכן אין עליה להשיבו לידי התובע זאת גם מאחר והתובע מסר לידי המלון, מרצונו, את כרטיס האשראי שלו וידע עוד טרם ביצוע ההזמנה שפרטי כרטיס האשראי מועברים למקומות האירוח והוא מחייב על ידם בגין ההזמנה.

14. ישנה גם טענה נוספת מטעם הנתבעת לפיה בית המשפט הישראלי אינו הפורום הנאות לדון בתביעה שכן הנתבעת חברה הולנדית והתביעה מתייחסת להזמנת מלון מחוץ לישראל, ולכן אין כל זיקה למדינת ישראל ואין מקום לדון בתביעה של אזרח ישראלי העוסקת בהזמנה שביצע אצל חברה הולנדית למלון ביוון.

15. אחרון טענה הנתבעת שתובענה זו אינה מתאימה להידון בבית המשפט לתביעות קטנות מאחר ומצריכה בירורים עובדתיים ומעלה סוגיות משפטיות שאינן נידונות כעניין שבשגרה בבית המשפט לתביעות קטנות ומכלל הסיבות הללו יש לדחות את התביעה נגד הנתבעת תוך חיוב התובע בהוצאותיה.



בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 72014-12-19 צ'רקהם נ' BOOKING

השתלשלות ההליך

16. טרם בירור טענות הצדדים אני מוצאת לנכון להקדיש קמעה לאופן בו התנהל הליך זה. כפי שצוין לעיל הנתבעת דגלה מתחילת הדרך בטענה שאין מקום לברר את ההליך במסגרת תביעה קטנה ובמובן זה היא הגשימה את טענתה בקשיים שהערימה בניהול ההליך והביאה להכבדה וסרבול ויש ליתן לכך ביטוי.

17. תחילה הייתה טענת סף שנגעה למורשה של הנתבעת בישראל לצורך קבלת כתבי בי-דין וביחס לכך קבעתי שבוקינג קום ישראל הזמנות למלונות אונליין בע"מ הינה מורשה כדין לצורך קבלת כתבי בי-דין עבור הנתבעת. הנתבעת שכרה שירותי משרד עו"ד לצורך ייצוגה, לא השלימה עם טענה זו וביקשה שאדון בכך בשנית ולצד זו עתרה להיתר ייצוג על ידי עו"ד.

18. ביום 4.7.20 ניתנת על ידי החלטה לאחר ששבתי ובחנתי את טענות הצדדים לא מצאתי לשנות מהחלטתי הקודמת תוך שהבהרתי שאין מקום להתיר ייצוג הנתבעת על ידי עו"ד ועליה להיערך כי יתייצב בשמה נציג החברה שאינו משפטן. לאחר שהנתבעת שבה ופנתה בבקשה להתיר ייצוג בטענה שאין נציג מטעם הנתבעת בישראל בייחוד נוכח משבר הקורונה, מתוך רצון לקדם את ניהול ההליך קיימתי דיון ביום 9.7.20 אליו התייצבו שני עו"ד ממשרד עוה"ד שנשכר על ידי הנתבעת.

19. בדיון ניסיתי לברר עם הצדדים אם יש נכונות להגיע להבנות שייתרו קיום ההליך נוכח מכלול טיעוני הצדדים ולאור העובדה שסכום התביעה הינו בסך של 14,029 ₪ בלבד. אולם הנתבעת עמדה על טענותיה. התובע הפנה במהלך הדיון לנתונים במרשתת מהם עולה, שיש לנתבעת עובדים רבים הגרים בתחומי ישראל ולכן על פניו ישנם נציגים בישראל שאינם משפטנים ויכולים לייצג את הנתבעת.

20. בסופו של דבר מצאתי לנכון לייחד דיון נוסף לשמיעת ראיות ליום 3.8.20 שעד אליו תינתן החלטה סופית לעניין הבקשה להיתר הייצוג תוך מתן אפשרות לנתבעת להתייחס לנתונים אליהם הפנה התובע באשר לקיומם של נציגים מטעמה בישראל.





בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 72014-12-19 צ'רקהם נ' BOOKING

21. לאחר שהתקבלה התייחסות הנתבעת (שגם היא הוגשה פעמיים בהתעלמות מהחלטותיי שהורו על היקף הטיעון) ביום 26.7.20 ניתנה על ידי החלטה שאסרה על הנתבעת להיות מיוצגת על ידי עו"ד וחלף זאת אפשרתי לנתבעת לבחור באחת מבין שתי אופציות הבאות: האחת ייצוג על ידי נציג מטעמה, עובד החברה שאינו משפטן, אחד מבין עשרות המצויים בישראל והשנייה אפשרות קיום היוועדות חזותית עם נציג הנתבעת כאמור, המצוי בהולנד ובכך להתגבר על מגבלות המרחק ונגיף הקורונה שמונע הגעת נציג לארץ.

22. ביום 27.7.20 הודיעה הנתבעת, כי בחרה באופציה לפיה תשמע עדות נציגה מטעמה בהיוועדות חזותית וצוין שהגב' שתעיד הינה אנה קלייר יואנג. ביום 30.7.20 הגיש התובע בקשה שלא להתיר לנתבעת להעיד מטעמה את הגב' קלייר והפנה לכתבות מהמרשתת מהם עולה, כי היא משפטנית ומשמשת כיועצת משפטית של החברה. נוכח נתונים אלה לא התרתי העדת הגב' קלייר וקבעתי שהנתבעת תודיע על זהות גורם אחר שיעיד מטעמה. הנתבעת דגלה באותה התנהלות שבה התנהל מתחילת ההליך ולא השלימה עם החלטתי בהודעה שהגישה ערב הדיון ביקשה לאפשר העדת הגב' קלייר חרף החלטתי. לא התרתי זאת ומשכך הודיעה הנתבעת בבוקר הדיון, כי בוחרת שלא להעיד כל נציג מטעמה ותסתפק בטענותיה שבכתב ההגנה.

23. לפיכך ביום 3.8.20 התייצב התובע בגפו ושב על טענותיו שבכתב התביעה תוך שעמד על הקשיים שהערימה הנתבעת בבירור התביעה וחתם באמירה שהוא לא מאמין כי הוא יזכה לקבל ביום מן הימים את כספו ככל שבית המשפט יקבל את תביעתו, שכן הוא מבין שהנתבעת מבקשת לחרוץ על גבו הלכות ולכן תמשיך ותגרור אותו לערכאות נוספות לצורך בירור התובענה. לדאבון הלב אני זו גם התרשמותי ונוכח התנהלות הנתבעת בהליך זה, סבורני שהתובע לא טועה ביחס לאמירה אחרונה זו.

דיון והכרעה

24. ראשית אדון בטענות הסף הנוגעות לעצם היכולת לנהל את ההליך בין אם מכורח הגדרתו כתביעה קטנה ובין אם מכח ברירת הדין, פורום נאות ותחולת הדין הישראלי.

25. דינה של הטענה בדבר אי התאמת התביעה דנן להתברר כתביעה קטנה דינה להידחות. בספרם של טל חבקין ויגאל נמרודי, **התביעה הקטנה** (2017) נכתב מהן אמות המידה להפעלת שיקול הדעת לקביעה כי תובענה מתאימה להתברר במתכונת של תביעה קטנה.



בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 72014-12-19 צ'רקהם נ' BOOKING

על שיקולים אלה נמנית העובדה שהליך התביעה הקטנה נועד להנגיש את מערכת המשפט ולהקל על הגשה וניהול תביעות שנסבות על סכומי כסף קטנים. בחינת התאמת הליך תעשה גם על יסוד דוקטרינת המידתיות בסדרי הדין על רקע מכלול נסיבות העניין. ברי כי העברת דיון בתביעה קטנה לבית משפט השלום תגדיל את עלויות ההתדיינות בשיעור ניכר ותהפכה לבלתי כדאית.

26. אמנם עיתוי ההתייחסות לטענות מסוג זה הינו בבחינת "מים שזרמו" שכן כעת אנו מצויים ביישורת האחרונה של ההליך אך אבהיר, כי אלמלא מכלול התנהלות הנתבעת בהליך וחרף הקשיים שהערימה לאורכו סבורני כי מחלוקת מסוג זה הינה מחלוקת קלאסית שבין ספק ללקוח שעל רקע טענות התביעה וסכומה בהחלט היה נכון לבררה כתביעה קטנה וזאת מאחר ואין כל מורכבות בבירור העובדתי, שיקול שיש בו לעיתים כדי להטות את הכף להעביר למתווה של בירור בהליך רגיל.

27. טענת סף נוספת לפיה בית המשפט זה אינו מהווה פורום נאות- גם דינה להידחות. נקודת מוצא של בית המשפט, בבואו לבחון טענה מסוג זה היא כי לבית המשפט בישראל יש סמכות לדון בתביעה שהוגשה בפניו. התובע שבחר בפורום אשר רכש סמכות כדיון, ולכן קמה לטובתו חזקה כי הפורום הוא נאות, וחזקה זו לא בנקל תיסתר על ידי הנתבע (ראו ע"א 2705/91 אבו ג'חלה נ' חברת החשמל ירושלים, [פד"י מח](#) (1) 554, 561). נטל השכנוע להראות, כי בית משפט זר קנה סמכות לדון בתביעה, וכי בית המשפט הזר הוא הפורום הנאות לדון בתביעה מוטל על שכמי הנתבע ראו ע"א 45/90 עבאדה נ' עבאדה, פ"ד מח (2) 77, 82 (1994), וע"א 4601/02 ראדא תעשיות אלקטרוניות בע"מ נ' Bodstray Company Ltd., פ"ד נח(2) 465, 472 (2004).

28. ב-רע"א 2737/08 ארבל נ' TUI AG לא פורסם, [פורסם בנבו] קבע בית המשפט שלושה מבחנים המשמשים לצורך בחינת השאלה מה הפורום הנאות: א. הפורום המשפטי שהוא בעל "מרב הזיקות" בנוגע לסכסוך ב. הציפיות הסבירות של הצדדים ביחס למקום ההתדיינות בסכסוך שנתגלע ביניהם ג. שיקולים ציבוריים, והעיקרי שבהם הינו מהו הפורום שיש לו עניין אמיתי לדון בתובענה. בנוסף נקבע בפסק הדין, כי "כוכב הצפון" בהקשר זה מתבטא בכך:

"ככל שהיקף הסחר בין גופים בינלאומיים לבין עצמם ובינם לבין פרטים במדינות שונות גדל, הציפייה הסבירה של אותם גופים היא כי הם עלולים להיתבע באחת מן המדינות בהן הם פועלים. גוף מסחרי אשר פועל מול גורמים





בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 72014-12-19 צ'רקהם נ' BOOKING

שונים בעולם לוקח במסגרת שיקולי הכדאיות הכלכליים לפעילותו במדינה פלונית את הסיכון כי ייתבע בה לדין. הדברים נכונים הן באשר לחברות בינלאומיות הפועלות בישראל והן באשר לחברות ישראליות הפועלות בחו"ל."

29. למעשה זהו שיקול זהה לשיקול לפיו החלטתי שניתן למסור את כתב התביעה לנתבעת בישראל נוכח הימצאות מורשה לקבלתו. הרציונל הכה הגיוני וטבעי לפיו חברה המקיימת יחסי מסחר חובקי עולם צריכה להפנים כי מתוקף פעילותה העסקית הנרחבת חוצת גבולות היא עתידה להימצא בהתדיינות משפטית בכל אחת מן המדינות בהן מקיימת קשרי מסחר, ולכן עליה להיות ערוכה לכך ולא תשמע מצידה טענה בדבר היות הפרורם לא נאות. לפיכך מתוקף היות התובע ישראלי שביצע את ההזמנה באמצעות המרשתת מישראל וביטל את העסקה בעודו בישראל הרי שהפרורם הנאות מרב הזיקות מצוי בישראל.

30. לכך מתווספת העובדה שציפיינו של התובע שמבצע עסקה אינטרנטית הינה, כי ההליך יתנהל בין כותלי מדינתו ולא יצריכו להעתיק מיקומו למדינת חוץ לצורך קיום ההתדיינות, הינה ציפייה טבעית וסבירה, ועל רקע מה שנקבע בעניין ארבל הנ"ל, זוהי גם ציפייה סבירה וטבעית מבחינת הנתבעת. גם המבחן השלישי מתקיים מתוקף התקיימו של השיקול הציבורי וברי, כי לבית משפט זה בו תובע אזרח שנפגע מחברה זרה, בהחלט יש עניין שהמחלוקת תתברר בגדרי פורום המקומי.

31. לכן טענות הנתבעת בהקשר זה שההזמנה בוצעה בשפה האנגלית, בממשק אנגלי, באתר אינטרנט זר וציפיייתה מצדיקים, כי הליכים כנגדה יתבררו בהולנד, תמוהה בנסיבות העניין ואינה תואמת את המציאות בה כל העולם נחזה כ"כפר" גלובלי אחד נוכח התפתחות הטכנולוגיה המאפשרת העדת עד באמצעות וידאו כאשר הוא מצוי במדינה שמעבר לים, כפי שהצעתי לעשות במקרה דנן. מכל המקובץ עולה שלא קיים כל קושי לניהול התובענה בישראל, מירב הזיקות מכוונות לבית משפט זה, ובהעדר הוכחה כי לפורום הזר- ההולנדי יתרון משמעותי על פני הפרורם המקומי אני קובעת שהאיזון נוטה בבירור לבית משפט בישראל.

32. משחלפנו את מסוכת הטיעון באשר לפרורם נאות יש לבחון את טענת הנתבעת באשר לתניית ברירת דין ייחודית המפקיעה לטענתה את סמכותו של בית המשפט המקומי בקביעה שבבירור מחלוקת זו יחול הדין ההולנדי בלבד. טענת ברירת דין שרירה ב"אקלים" בו יש מצב עליו חלים מספר כללים משפטיים המפנים לדינים שונים הסותרים זה את זה



בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 72014-12-19 צ'רקהם נ' BOOKING

ואזי נדרש בית המשפט לקבוע מהו הדין החל. אקדים ואומר כבר עתה, כי לאחר ששקלתי את טענת הנתבעת על רקע הדין והפסיקה סבורני שיש לדחות גם טענה זו.

33. נקודת המוצא הינה ההשקפה המקובלת במשפטנו לפיה אין בכוחו של הסכם בין הצדדים כדי לשלול מבית משפט בישראל את סמכות השיפוט. עם זאת, ככלל, ייטה בית המשפט לכבד תניית שיפוט מוסכמת בין הצדדים, וייתן תוקף להסכם המקנה סמכות שיפוט ייחודית לבית משפט במדינה זרה. בית המשפט נוהג כך בשל כך שתניית השיפוט היא חלק מהסכם בין הצדדים, ואין בית המשפט נותן ידו להפרת הסכמים. ראו ע"א 433/64 **נברום מריטים בע"מ נ' הסנה חברה ישראלית לביטוח בע"מ**, פ"ד יט(2) 159 וכן ע"א 5666/94 **סנקרי נ' Julius Blum G.M.B.H.** פ"ד נ(4) 93.

34. בהלכה הפסוקה נקבע, כי מהותה של תניית השיפוט, בין אם ייחודית ובין אם מקבילה, נמדדת על פי לשונה של ההוראה. בפסיקה התגבשו שני כללים לאורם יש לבחון טענה זו. ראשית, תניית שיפוט תתפרש כתנייה ייחודית רק אם יש בה לשון מפורשת ובלתי מסויגת, המעניקה סמכות לבית משפט פלוני תוך שלילת סמכותם של בתי המשפט האחרים. שנית, במקרה של ספק, יש לתת את הדעת למטרת ההוראה ולמגמותיה (ראו ע"א 9/79 **סמואל ויגיסר קרפול נ' ישראל הורוביץ**, פ"ד לד(1) 260, עמ' 266-267).

35. אולם כאשר תנית השיפוט הזר אינה מוחלטת וניתנת לפרשנות יש לפרשה באופן דווקני והדרישה בפרשנות תניית שיפוט זר, הינה לפרשנות "יחד-משמעית, מפורשת וברורה בנוסחו של ההסכם", וכן ש"אין לקרוא אותה לתוך הנוסח על יסוד מסקנות העולות מבין השורות או על יסוד משמעות מכללא" ראו את שקבעה כב' השופטת נאור ברע"א 9368/11 **WEST NEVADA MANAGEMENT INC נ' הראל**, בסעיף 16 להחלטה [פורסם בבנו] (21.5.2012), וכן דברי כב' הנשיא שמגר בע"א 724/85 **מנו קוי נוסעים בע"מ נ' דמרי**, פ"ד מב(3) 324, 327.

36. ודוקו- בעת פרשנות של תניית שיפוט אנו סוטים במקצת מן העקרונות הרגילים של פרשנות חוזים, ועומדים יותר על דרישות לשוניות - פורמליסטיות הוא כי "מי שמבקש לשלול מן הצד השני זכות של התדיינות בפורום מוסמך, מן הנכון שיבטא זאת מפורשות וברורות בנוסחו של החוזה" (ראו פס"ד מנו, לעיל).

37. ומן הכלל אל הפרט- בעניינו הסתמכה הנתבעת על טענותיה בעניין זה על סעיף 11 לתנאי השימוש אליו מחויבים הצרכנים העושים שימוש בשירותי אתר הנתבעת, שלדידה תנאים





בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 72014-12-19 צ'רקהם נ' BOOKING

אלה מהווים חוזה מחייב בין הנתבעת לבין המשתמשים באתר (להלן: "תנאי השימוש").
סעיף 11 לתנאי השימוש קובע כך: "על תנאי השימוש אלה ועל אספקת השירותים שלנו יחול הדין ההולנדי בלבד והם יפורשו בהתאם אליו. על אף האמור בתניית ברירת דין ייחודית זו, אדם בשר ודם המשתמש באילו מהשירותים שלנו למטרה אשר יכולה להיחשב כמצויה מחוץ לתחום עיסוקו או מקצועו (להלן: "צרכן") יכול להסתמך על הוראות החובה שבדין של המדינה בה נמצא מקום מגוריו הרגיל (כלומר: הוראות דין שעל פי כללי ברירת הדין של המדינה האמורה חייבות לחול על אף תניית ברירת דין זו; להלן: "הוראות חובה"). כל מחלוקת הנובעת מתנאי שימוש כלליים אלה והשירותים שלנו תוגש אך ורק לבתי המשפט המוסמכים באמסטרדם, הולנד. על אף תניית השיפוט הייחודית האמורה, צרכן יכול לפתוח בהליכים לגבי אכיפת הוראות החובה הרלוונטיות בבתי המשפט של המדינה בה נמצא מקום מגוריו הרגיל, והליכים נגד הצרכן יכולים להיות מוגשים רק בבתי המשפט של המדינה בה נמצא מקום מגוריו הרגיל" (ההדגשה אינה במקור ח.מ.)

38. הנה כי כן, מלשון תנאי השימוש עולה כי טענת הנתבעת הינה בגדר טענת שווא, שכן אף מלשון התנאים, החוזה המחייב לטענת הנתבעת, עולה, כי אנו מצויים למעשה ב FALSE CONFLICT מאחר ואין כל סתירה בין הדינים השונים שכן תנאי השימוש ההולנדיים באתר הנתבעת מכירים בכך שישנם ריבוי צרכנים המבצעים באמצעות הנתבעת עסקאות שאינן בתחומי מקום מושבה, ולכן ישנה גישה מאוד ליברלית לדין בהתאם אליו יתבררו המחלוקת. הנה כי כן מצויים אנו במצב בו לא נדרשת כל לוליינות פרשנות משפטית שכן התנאים חרף הקביעות שמקנות עדיפות לדין ההולנדי, מסייגים את העדיפות ומאפשרים במפורש זכאות של צרכן לתבוע בהתאם לדין אחר מקומי וכך גם להתדיין בבית המשפט המקומי.

39. לאחר שחלפנו את כל מסוכות הפרוצדורה המקדימות ונכנסנו לכותלי בית המשפט בישראל ניתן להתמקד ברזולוציה של נסיבות המקרה דנן של התובע אל מול הנתבעת. טרם אבחן את מערך היחסים החוזי שבין השניים יש לציין מספר מושכלות יסוד. מעמדה של הנתבעת זהה בעיניי למעמדה של סוכנות נסיעות ותיירות שחלים עליה הוראות חוק שירותי תיירות, התשל"ו-1976 והתקנות שהותקנו מכוחו. בהתאם לסעיף ההגדרות שבחוק שירותי תיירות (סעיף 1), המונח "שירותי סוכנות נסיעות" כולל בין היתר הזמנת שירותי לינה בבתי מלון בישראל או מחוץ לישראל. הנתבעת נכללת בגדר גורם המספק שירות מסוג זה.



בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 72014-12-19 צ'רקהם נ' BOOKING

40. מעמדה של סוכנות הנסיעות בקשר החוזי אל מול לקוחותיה נדון רבות בפסיקה. במאמר של אלעד שילר "מותו של סוכן? על אחריותן המשפטית של סוכנויות הנסיעות כלפי לקוחותיהן בדין הישראלי" המשפט" כרך כ"ה (תש"ף) 225, בעמ' 258 הוגדר המעמד כך:

"הפסיקה נוטה להגביל את מעמדן המשפטי של סוכנויות הנסיעות לתחום התיווך, אך בד בבד להטיל עליהן אחריות בגין קשת רחבה של תקלות ושיבושים שאירעו במהלך ביצוע השירות שהוזמנו באמצעותן".

41. בפסק הדין המנחה של בין הדין לחוזים אחידים – ח"א (חוזים אחידים) 804/07 דיזנהויז יוניטורס נסיעות ותיירות (1979) בע"מ ניתן ביום 13.10.09 הוגדר מערך היריבות של החובות והזכויות בשלב ביצוע החוזה להזמנת שירותי תיירות כך:

"הקונסטרוקציה המשפטית הנראית הולמת את מרבית המצבים היא של חוזה לטובת אדם שלישי, על פיו ספק השירותים מחוייב הן כלפי סוכנות הנסיעות (שהתחייבה לשלם לו) והן כלפי הלקוח (שהמבקשת הורתה לספק להעניק לו את השירות) במתן השירות, כנגד התחייבות שהמבקשת נטלה כלפיו. במקרים מסויימים, ניתן להניח כי מדובר בהמחאת הזכות לקבלת השירות ללקוח (כך, למשל, כשהזכות מגולמת במסמך למוכ"ז, כגון כשמדובר בכרטיס להופעה). מכל מקום, אף לעניין זה אין לומר כי המבקשת יוצאת מהתמונה מרגע שהיא יוצרת את החבות המשפטית של ספק השירות כלפי הלקוח, אלא רק שבכך היא מממשת חבות מרכזית שלה על פי הסכם ההזמנה. המהלך השני בביצוע ההזמנה הוא מתן השירות ללקוח על ידי ספק השירות. בשלב זה תפקידה של המבקשת הוא אומנם משני, אולם לא חסר נפקות משפטית. מחויבויותיה הן בעיקר בהעברת מידע ללקוח מספק השירותים, ובטיפול בתלונות שיש ללקוח אל מול ספק השירותים. ודוק, התחייבותה המשפטית של המבקשת היא להקנות ללקוח זכות משפטית לקבלת השירות מספק השירותים, ולהבטיח כי שירות כזה אכן יינתן. אין היא נוטלת על עצמה אחריות לאיכותו של השירות האמור, ואף לא לליקויים העלולים ליפול בו (למעט כאלה בהם ניתן לייחס לה אשם)" (שם), בפסקה 18(ג).

(ההדגשה אינה במקור ח.מ).

42. הגישה השלטת בפסיקה על נימוקיה מורה באופן חד משמעי שחיוביה של הנתבעת כסוכנות נסיעות כלפי הצרכן לא תמו עם ביצוע ההזמנה והשלמת ההתקשרות של הצרכן אל מול הספק ובעניינו – בית המלון. חבותה נמשכת גם ביחס להמשך ההתקשרות שכן היא מהווה "צינור" העברת המידע בין הצרכן לספק ומתוקף כך אמונה על התקשרות בין השניים



בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 72014-12-19 צ'רקהם נ' BOOKING

ומחייבת להקנות לצרכן זכות משפטית לקבלת השירות. מעיון בתנאי השימוש של הנתבעת בסעיף 1 המוכתר כ"היקף ואופי השירות שלנו" רשום במפורש שהנתבעת מכירה במעמדה כמתווכת בין הצרכן לספק.

43. לאור גישה זו ברי שאין מקום לקבל את טענות הנתבעת המקטינות באופן ממשי את חלקה בהתעלם מהפונקציה המרכזית שהיא מקיימת בתווך ההתקשרות שבין התובע לבית המלון. לצד זאת לא נעלמו מעיני ההוראות שבתנאי השימוש עליהן נסמכת הנתבעת לפיהן אין לה כל חבות כלפי התובע שבסעיף 9 לתנאי השימוש שכותרתו "הצהרת ויתור" בו נדרש הצרכן להסכים לפטור את הנתבעת מכל אחריות וחבות כולל באשר לגביית התשלום, ובתנאים שבסעיף 5 לתנאי השימוש.

44. קריאת סעיפי תנאי שימוש אלה על רקע הגדרת הבסיס של מעמד הנתבעת כסוכנות כאשר לנגד עיני יחסי הכוחות שבין הצדדים שאינם שווים כלל ועיקר, מביאה למסקנה שהנתבעת נהנית מעדיפות ברורה על פני הלקוחות, בחוזה האחיד שהיא מכתיבה ללקוח את תנאיו. זאת המומחיות שיש לה בתחום שירותי התיירות, אשר עולה בהרבה על זו של לקוח רגיל, מהידע העומד לרשותה כתוצאה מניסיונה עם לקוחות קודמים ועם ספקים רבים, וכן מנגישותה לספקי השירותים בחו"ל ולסוכנים המקומיים. האם תנאים אלו בהם נאחזת הנתבעת אכן מסיגים את התביעה כך שיש לדחותה? סבורני שהמענה לכך הוא בשלילה.

45. המסגרת הנורמטיבית בעטיה ניתן למצוא מזור לתובע- הצרכן הפרטי אל מול ענק הנתבעת מצוי בחוק החוזים האחידים, תשמ"ג – 1982 (להלן: "החוק"), שנועד להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים מסוג זה ולאזן את אי- השיוויון שבין ספק (שהינו בהתאם לסעיף 1 לחוק- מציע ההתקשרות בחוזה) לבין הלקוח- התובע. סעיף 3 לחוק מורה כי תנאי מקפח הינו תנאי שיש בו להקנות יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לקיפוח לקוחות. בזיקה לכך נקבעו בסעיף 4 לחוק חזקות קיפוח שהנטל לסתורן מוטל לפתחו של הספק. אולם להגדרת התנאי המקפח כשלעצמו אין נוסחת קבע והגדרה מפורשת, ולכן התפתחו בפסיקה מבחני עזר להגדרה זו כגון מבחן ההגינות והסבירות (ראו ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464, 526). ונקבע זה מכבר כי מושג הקיפוח מתעצב וקורם עור וגידים ממקרה אחד למשנהו (ראו רע"א 5860/16 **FACEBOOK INC** נ' אוהד בן חמו (פורסם בנבו) ביום 31.5.18).

46. קיומו של תנאי מקפח נבחן מנקודת מבט של לקוח אינדוידואלי ואנונימי ולכן נסיבותיו הפרטניות אינן רלבנטיות לצורך בירור הקיפוח שכן ההכרעה בכך נעשית בשים לב למכלול



בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 72014-12-19 צ'רקהם נ' BOOKING

לתנאי החוזה ולנסיבות אחרות (סעיף 3 לחוק). אם בוחנים את פרטי ההתקשרות של התובע אל מול הנתבעת ובאמצעותה כלפי המלון סבורני שאין מנוס מהקביעה שתנאי השימוש אותם מתווה הנתבעת על רקע הנסיבות הינם מקפחים ומשכך דינם להתבטל. אם עוקבים עקב בצד אגודל על השתלשלות האירועים של התובע בהתקשרות דרך הנתבעת אני מקבלת את טענותו כי הוא בחר לקיים את ההתקשרות עם המלון והזמנת השהייה דרך הנתבעת, שכן סבר, כי תהווה עבורו פלטפורמה מגוננת ומבטיחה, כי כספו לא יונח על קרן הצבי ואמצעי התשלום שהזין לא יחשפו אותו לחיוב שווא.

47. התובע העיד ביחס לכך ואני מקבלת את גרסתו אולם מאחר והשאלה שלפניי אינה נסובה על עניין עובדתי אלא עניין משפטי מובהק הרי שעמדת התובע בהקשר לזה מהווה רקע-קרי נסיבות העניין. בהתאם לשלבי ההזמנה וצילומי המסך אליהם הפנו שני הצדדים רואים שבמהלך ההזמנה שבה הנתבעת "והבטיחה" "No prepayment needed- you pay when you stay at the property (2/ת). גם בצילום המסך שכללה הנתבעת בכתב ההגנה (סעיף 29) נכתב בסמוך למקום בו נדרש התובע להזין את פרטי כרטיס האשראי כך: Your card won't be charged. We only need your card details to guarantee your booking" ובנוסף הערה: "Don't worry- you won't pay until your stay".

48. מכל ההערות הללו במהלך ביצוע העסקה התובע בהחלט יכול היה להניח שהנתבעת אמונה על כספו ותבטיח שלא יועבר לידי המלון ללא השלמת העסקה – קרי ביצוע האירוח בכפוף לתנאי ביטול. בויקה לכך טענות התובע, כי את פרטי כרטיס האשראי הוא מסר רק לידי הנתבעת מחזקות ומבססות את מעמדה הקרדינלי בשלב ביצוע ההזמנה, ועל רקע נסיבות אלה תנאי השימו הפוטרים אותה מאחריות לגביית התשלום מסתמנת כנעדרת כל אחיזה וביסוס ביתר ההתקשרות.

49. זאת ועוד, התובע ביצע את מכלול ההתקשרות מול המלון באמצעות הממשק והפלטפורמה של הנתבעת. באמצעי זה הוא פנה למלון במועד, על פי דין, וחוייב בדמי הביטול. המלון אישר, כי קיבל בממשק הנתבעת את הפנייה בה דווח כי התובע לא יגיע להתארח אצלו (נספח 2 לכתב התביעה) וכן חייב אותו בדמי הביטול ביום 9.5.19 (נספח 3) והכל על גבי המסד של הנתבעת. לצד זאת באופן לא מוסבר וברור גבה מהנתבעת את מלוא סכום העסקה באופן סותר לחלוטין. נוכח הפסיקה באשר להגדרת מעמדה של הנתבעת כסוכנות האחראית להעברת המידע בין הלקוח- צרכן לספק הרי שהודעת המלון בדבר החיוב המלא





בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 72014-12-19 צ'רקהם נ' BOOKING

בגין העסקה באמצעות שרת הנתבעת ביום 21.7.19 לפיה ההזמנה פעילה, חרף כל ההתקשרות הקודמת מביאה למסקנה שהנתבעת כשלה בהעברת המידע בין הגורמים.

50. ממענה הנתבעת למכתב הדוא"ל ששלח אליה התובע ביום 21.7.19 (נספח 9 לכתב התביעה) עולה, כי במענה הראשוני האותנטי הנתבעת אכן ראתה עצמה כגורם שאמור לטפל בבקשה להחזר התשלום מהמלון אלא שנדרש שהתובע יעביר לידה הוכחה ביחס לביטול שנעשה קודם לכן.

51. התכתבות התובע עם המלון בממשק הנתבעת כפי שפורט לעיל, מהווה הוכחה מספקת לכך שההזמנה בוטלה. הסתתרות הנתבעת מאחורי תנאי השימוש שפורטו לעיל הינה הסתתרות בחסות תנאים מקפחים הקבועים בסעיפים 14(1), 4(6) ו-4(7) ולפיכך דינם להתבטל בהתאם לסעיף 19 לחוק וזאת גם על רקע מכלול תנאי החוזה והנסיבות דנן.

52. יש להזכיר שהנתבעת בחרה להתנהל בהליך תוך הערמת קשיים פרוצדורליים ובסופו גם הימנעות מהעדת נציג מטעמה. נציג זה יכול היה לבסס את טענותיה האמורות בסעיף 18 לכתב ההגנה ובו היא מפנה את האחריות למלון. הימנעותה מהעדתו בסופו של יום פועלת לחובתה. שכן סבורני, כי לו נציג הנתבעת היה נדרש להסביר את כל ההתנהלות של לקוח בפלטפורמת הנתבעת אל מול הספק, שקיבל הודעת ביטולו וגבה דמי ביטול, היה עולה שחיוב התובע בגין מלוא סכום העסקה- שהות, היה שלא כדין ובאחריות הנתבעת.

53. עוד אעיר בעניין זה שהנציגה אותה ביקשה הנתבעת להעיד, גב' אנה קלייר, הינה זו שחתומה על כתב ההגנה מטעם הנתבעת והוכתרה בו כ"יועצת משפטית של הנתבעת". אין ספק כי תום הלב שהינו מוסד בסיסי בהתקשרות חוזית בין הצדדים הופר על ידי הנתבעת שהמשיכה והתנהלה כך גם בהליך דנן, תוך זילזול בוטה בעיקרון יסוד זה, תוך התעלמות מהחלטות בית המשפט ואי כיבודן וכל זאת עד כדי ניסיון להתנהל דיונית באופן לא ישר בבחינת המטרה מקדשת את האמצעים.

54. אשר לטענת הנתבעת בדבר הצורך במעורבות המלון בהליך- נוכח המסקנות אליהן הגעתי אני סבורה שלא הייתה כל תוחלת בצירופו כצד על רקע מכלול ההתקשרות, מה גם שלנתבעת עמדה הזכות לכרוך אותו להליך במסגרת הודעה לצד שלישי והיא בחרה שלא לעשות כן.





בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

ת"ק 72014-12-19 צ'רקהם נ' BOOKING

55. נוכח כל המקובץ לעיל אני מוצאת לנכון לקבל את התביעה ולחייב את הנתבעת להשיב לידי התובע את הסכום שנגבה ממנו שלא כדין בסך של 14,029 ₪.

56. כמו כן בשל מכלול התנהלות הנתבעת וההוצאות אליהן נגרר התובע לצורך ניהול תביעתו, כמו גם ריבוי הבקשות שהוגשו במסגרת הליך זה שחורגות באופן ממשי מניהול תביעה קטנה, אני מחייבת את הנתבעת לשלם לתובע הוצאות בסך של 3,000 ₪.

57. הסכום הכולל ישולם בתוך 30 ימים מהיום שאם לא כן יישא הפרשי הצמדה וריבית כחוק.

58. ניתן להגיש בקשת רשות ערעור לבית המשפט המחוזי בתוך 15 ימים ממועד קבלת פסק הדין.

59. המזכירות תשלח העתק פסק הדין לצדדים בדואר רשום עם אישור מסירה.

ניתן היום, י"ט אב תש"פ, 09 אוגוסט 2020, בהעדר הצדדים.

חן מאירוביץ, רשמת בכירה

