



בבית המשפט העליון

רע"א 3779/22

לפני: כבוד השופטת ע' ברון

המבקשת: Traveljigsaw Limited

נגד

המשיב: עו"ד חיים הירשפלד

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז-
לוד (כבוד השופטת א' רבינוביץ ברון) מיום 24.3.2022 ב-
ת"צ 45354-02-18

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

בשם המשיב: עו"ד שוקי אליוביץ; עו"ד יוסי רייטר

החלטה

1. ענייננו בבקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (ת"צ 45354-02-18, השופטת א' רבינוביץ ברון) מיום 24.3.2022, שניתנה במסגרת בקשה לאישור תובענה כייצוגית, ועניינה בשאלת הדין החל עליה (להלן: ההחלטה ו-בקשת האישור, בהתאמה); כך בהינתן תניית ברירת הדין שקבועה במסמך התנאים הכלליים של המבקשת, Traveljigsaw Limited, שלפיה "תנאי שירות אלה תקפים תחת החוקים השולטים באנגליה" (להלן: הסכם תנאי השימוש או ההסכם ו-תניית ברירת הדין או התניה, בהתאמה). בהחלטת בית המשפט המחוזי נקבע כי התובענה תתברר לפי הדין הישראלי; ומכאן הבקשה למתן רשות ערעור.

רקע הדרוש לעניין

2. המבקשת, חברה זרה שמאוגדת לפי הדין האנגלי ומקום מושבה באנגליה, מפעילה אתר אינטרנט בינלאומי בשם Rentalcars.Com (להלן: האתר), שבאמצעותו היא מתווכת בין חברות השכרת רכב במדינות רבות ברחבי העולם ובין לקוחות שונים המעוניינים להתקשר באמצעותה בעסקאות להזמנת שירותי השכרת רכב מאותן חברות השכרה. כתנאי לביצוע הזמנה נדרשים הלקוחות לתת את הסכמתם למסמך תנאי ההזמנה שכוונה "התנאים הנלווים" (להלן: תנאי ההזמנה), ולהסכם תנאי השימוש כהגדרתו לעיל

שמחזיק 10 עמודים. הסכמה למסמכים אלה, תוך לחיצה על כפתור "הזמן עכשיו", מהווה הצעה של הלקוח; והמבקשת מצידה לאחר שקיבלה את אישור חברת ההשכרה וגם את אמצעי התשלום של הלקוח – מבצעת קיבול של ההצעה על ידי משלוח שובר של הזמנה לתיבת הדואר האלקטרוני של הלקוח. בכך לכאורה נכרת חוזה בין הצדדים. עוד יצוין כי המבקשת מחזיקה שירות לקוחות שנותן מענה בשפה העברית, ומיועד ללקוחות ישראלים; ובאתר מוצעים שירותיה ומסמכיה בתרגום למספר רב של שפות כולל בשפה העברית, ובכלל זה מתאפשר בו ביצוע של הליך ההזמנה בשפה העברית, הצגת המחיר במטבע ישראלי וקבלת אמצעי תשלום ישראליים.

בתחתית עמוד 7 להסכם תנאי השימוש בשפה העברית, תחת הכותרת "משוב הלקוחות" ובין הוראות שונות הנוגעות לתוצאות סקרים ומשובים ולאחריות לקוחות בגין איסוף ושימוש ברכב, מצויות תניית "ברירת דין" ותניית סמכות שיפוט, הקובעות כי "תנאי שירות אלה תקפים תחת החוקים השולטים באנגליה, ויהיו תחת תחום שיפוטו הבלעדי של בית המשפט האנגלי".

3. נגד המבקשת הוגשה בקשת האישור שעניינה במקרים של עיכוב באיסוף הרכב מדלפק חברת ההשכרה בחוץ לארץ, ובפרט עיכובים שנגרמו כתוצאה משינוי בשעת הטיסה הנקובה בכרטיס הטיסה. בקצרה ייאמר כי בבקשת האישור נטען כי בהסכם תנאי השימוש לא מושם דגש על ההשלכות הנובעות מאיחור במועד איסוף הרכב; וכי לקוחות האתר אינם מודעים לכך שלפי תנאי ההזמנה, במקרה של איחור כאמור חברת ההשכרה רשאית למסור את הרכב לידי אדם אחר, מבלי שהיא מחויבת לספק ללקוח רכב חלופי; וכן לנכות מהתשלום ששולם בעד העסקה פיצוי מוסכם בשיעור של שלושה ימי השכרה. עוד נטען כי המבקשת מציגה מצגים מטעים ללקוחות בהתייחס לכך שהרכב יעמוד לרשותם גם אם יגיעו באיחור לדלפק חברת ההשכרה כתוצאה מעיכוב בטיסה.

בקשת האישור התייחסה להזמנת רכב בנמל התעופה של ציריך, שבוצעה באמצעות האתר בממשק בשפה העברית, ממקום מושבו של המשיב בישראל, ובהתייחס לנוסח העברי של המסמכים שהוצגו באתר. נטען כי התנהלות המבקשת מפירה את הדין הישראלי, ובכלל זאת את הוראות חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן); חוק השליחות, התשכ"ה-1965; חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים); ודיני עשיית עושר ולא במשפט. כמו כן נטען כי הסכם תנאי השימוש כתוב בצורה מסורבלת ולא מובנת, וכי לא ניתנה לו הסכמה מפורשת מצד הלקוחות. עוד נטען כי ההסכם מכיל תניות מקפחות לפי חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן: חוק החוזים האחידים), וביניהן תניית ברירת הדין שאוזכרה לעיל, שלפי הנטען מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד.

4. לצד בקשת האישור, הוגשה בקשה להיתר המצאה מחוץ לתחום, והיתר המצאה אמנם ניתן בהחלטה מיום 25.2.2018 (הרשמת י' דוטנברג). המבקשת הגישה בקשה לביטול היתר ההמצאה, שבה טענה בין השאר כי עילת התביעה מבוססת על פרסום באתר שמבוצע מחוץ לתחומי ישראל, וכי כל פעילותה של המבקשת מתנהלת מחוץ לארץ. ביום 20.2.2019 דחה בית המשפט המחוזי (השופט מ' בן-ארי בסמכותה כרשמת) את הבקשה לביטול היתר המצאה, וקבע כי מתקיימת עילת המצאה, בין היתר בשים לב לכך ש"ההצעה נשלחה מהמחשב המצוי בארץ, והקיבול נעשה באמצעות משלוח השובר והאישור בדואר האלקטרוני, למחשב [המשיב] המצוי בארץ" (להלן: ההחלטה בבקשה לביטול המצאה).

כן צוין כי בהתאם לפסיקה דומה שניתנה בערכאות הדיוניות, פרסום באתר אינטרנט המכוון באופן ישיר לקהל הישראלי מהווה "מעשה או מחדל" שבוצע במדינה; קל וחומר במקרה דנן שבו הפרסום והצגת המחירים נעשו בשפה העברית. עוד צוין כי על פניו נדמה שתניית ברירת הדין נתונה לפרשנויות שונות, באופן שמצדיק להחיל את כלל הפרשנות נגד המנסח; וכי קיימת מחלוקת אם תנאי השימוש הובאו לידיעת הלקוח בצורה מספקת כבר בשלב ביצוע ההזמנה. כמו כן נקבע כי מבחן מירב הזיקות נוטה באופן מהותי לטובת המשיב ומצביע על מדינת ישראל כפורום המתאים לדון במחלוקת נושא בקשת האישור. אגב כך יצוין, כי המבקשת הייתה נכונה להכיר בכך שתניית השיפוט שבהסכם הקובעת סמכות שיפוט לבית המשפט האנגלי – שאדרש אליה בהמשך – אינה בלעדית. סופו של דבר, הוחלט כי הבקשה לביטול היתר המצאה נדחית.

5. בהמשך לכך, המבקשת הגישה תשובה לבקשת האישור שבה טענה כי דין בקשת האישור להידחות. בפתח הדברים, נטען כי לנוכח כללי ברירת הדין ותניית ברירת הדין הקבועה בהסכם תנאי השימוש, שלפיה כל סכסוך יישלט על ידי הדין האנגלי, אין מקום להחיל את הדין הישראלי. המבקשת טענה כי היא מציעה את שירותיה בכ-180 מדינות, ועל כן קיים היגיון רב בקביעת דין אחיד שיחול על כלל העסקאות המבוצעות באתר; בתוך כך הובהר כי הבחירה בדין האנגלי אינה מקרית או משום שנועדה להיטיב עם המבקשת, אלא מאחר שמדובר בחברה אנגלית שמקום מושבה באנגליה ונדרשת לציית לדין האנגלי ולהחלטות הרגולטור הבריטי.

המבקשת הדגישה כי חברי הקבוצה שייצוגה מתבקש לא נחשפו רק לנוסח העברי של הסכם תנאי השימוש, ובתוך כך הפנתה לנוסח של תניית ברירת הדין בשפה האנגלית, הערבית והרוסית, שהן לדבריה השפות הנפוצות ביותר בישראל נוסף על השפה העברית, וטענה כי בנוסחים אלה מובהר כי תנאי השימוש כפופים לדין האנגלי.

עוד נטען כי בהמשך ישיר לתניית ברירת הדין, הקובעת כי "תנאי שירות אלה תקפים תחת החוקים השולטים באנגליה" מצויה תניית סמכות שיפוט שנוסחה "ויהיו תחת תחום שיפוטו הבלעדי של בית המשפט האנגלי"; ולפיכך אין יסוד להניח כי הלקוח הסביר לא הבין כי הדין החל על ההתקשרות הוא הדין האנגלי. בהיבט העקרוני, טענה המבקשת כי לא ניתן להכפיף את כל אתרי האינטרנט בעולם לדין הישראלי; ובוודאי שלא ניתן לעשות כן ללא הוראה מפורשת של המחוקק. זאת ועוד. המבקשת טענה כי אפילו לא הייתה קבועה תניית ברירת הדין בהסכם, עדיין יש להכריע בהליך לפי הדין האנגלי; כך לנוכח כללי ברירת הדין הנוהגים בנזיקין ובדיני חוזים. בהקשר זה נטען כי המעשים והמחדלים המיוחסים למבקשת נעשו מחוץ לתחומי מדינת ישראל, ולכן בהתאם לכללי ברירת הדין בנזיקין, הקובעים כי הדין החל על עוולה הוא דין מקום ביצוע העוולה – לא ניתן להחיל את הדין הישראלי; ואין די בכך שאדם בישראל יכול לצפות בפרסום המוצג באתר כדי להוביל למסקנה שהפרסום בוצע בישראל. אשר לכללי ברירת הדין בחוזים, שלפיהם המבחן הוא הסכמת הצדדים, נטען שתניית ברירת הדין מבטאת את הסכמת הצדדים כי יש להחיל את הדין האנגלי בכל סכסוך שבין הצדדים; וכי על בית המשפט לכבד את בחירתם.

6. בהחלטה מיום 12.8.2020 קבע בית המשפט המחוזי כי "בטרם דיון בבקשה לגופה, יש צורך להקדים ולהכריע בסוגיית הדין החל", והורה לצדדים להגיש השלמת טיעון בכתב בסוגיה זו, וכן להמציא את הבקשה ליועץ המשפטי לממשלה (להלן: היועמ"ש). הצדדים אמנם הגישו השלמות טיעון בנושא, שלאחריהן התקיים דיון לפני בית המשפט. ביום 23.7.2021 הגיש היועמ"ש את עמדתו, שבה הפנה לעמדותיו שהוגשו בהליכים ייצוגיים אחרים לעניין תחולת הוראות הדין הישראלי בהתקיים תניית ברירת דין, וטען כי תניית ברירת הדין בענייננו היא תניה מקפחת לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים ובהתאם לחזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(א) לו, שלפיה "תנאי המקנה לספק באופן בלתי סביר תרופה שאינה עומדת לו על פי דין, לרבות תנאי המתיר לספק לצרף תרופות שאין לצרפן על פי דין או תנאי הקובע פיצויים מוסכמים שאינם סבירים לטובת הספק" – הוא תנאי מקפח; והיועמ"ש סבור כי יש להחיל את הדין הישראלי על המבקשת (להלן: עמדת היועמ"ש). לדעת היועמ"ש, יש לבחון את תניית ברירת הדין על יסוד יחסי הכוחות ופערי המידע שבין הצדדים במועד כריתת החוזה, שבו הם נדרשים להסכים להחלת הדין הזר מבלי שביכולתם לשקול את היתרונות והחסרונות הכרוכים בהסכמתם, ולא בשלב מאוחר יותר כשהמחלוקת שבין הצדדים התגבשה. בהמשך הגישו הצדדים את התייחסותם לעמדת היועמ"ש.

בנקודה זו יצוין, כי המבקשת הרבתה להסתמך בטיעוניה על פסק הדין שניתן ב- רע"א 5860/16 Facebook Inc. נ' בן חמו (31.5.2018), שבו נדונה בין היתר שאלת

תוקפן של תניית סמכות שיפוט זר ותניית ברירת הדין שנכללו בהסכם תנאי השירות של חברת Ireland Facebook Limited (להלן: עניין בן חמו ו-פייסבוק אירלנד, בהתאמה). בעניין בן חמו נקבע כי תניית סמכות השיפוט של פייסבוק אירלנד היא תניה מקפחת בחוזה אחיד, ומכאן שיש להורות על ביטולה (שם, פסקה 40). אשר לתניית ברירת הדין, שלפיה כל סכסוך בין הלקוחות לפייסבוק אירלנד יוכרע על פי דיני מדינת קליפורניה, נקבע כי תניה זו אינה מקפחת. זאת בהינתן מאפייניו הייחודיים של ההליך הייצוגי; האינטרס העסקי הלגיטימי של פייסבוק אירלנד להתנהל תחת מערכת דינים אחת; ומשום שלא הוכח כי הכרעה לפי דיני מדינת קליפורניה תכביד יתר על המידה על הלקוח ותשלול ממנו את האפשרות להעלות טענות מסוימות במסגרת ההליך הייצוגי (שם, פסקאות 41-43). המבקשת טענה כי הלכת בן חמו וטעמיה חלים גם במקרה דנן; וכי משום שלא הוכח כי מדובר בתניה מקפחת בנסיבות העניין, יש לדון בהליך הייצוגי לפי הדין האנגלי.

החלטת בית המשפט המחוזי

7. בהחלטה מיום 24.3.2022, דחה בית המשפט המחוזי את טענות המבקשת, וקבע כי הדין הישראלי הוא שיחול על בקשת האישור; זאת ממספר טעמים. ראשית, נקבע כי על מנת שתניית ברירת דין תהיה מחייבת נדרש לנסחה בצורה ברורה ומובנת. במקרה דנן נקבע כי תניית ברירת הדין מנוסחת באופן בלתי בהיר, ובדרך שמקשה על הלקוח להבין את משמעותה; וככל שהמבקשת ביקשה להחיל על ההתקשרות את הדין האנגלי היה עליה לכתוב זאת באופן מפורש בהסכם תנאי השימוש; וכי בהפניה לסמכות השיפוט באנגליה שמצויה בהמשך לתניית ברירת הדין, אין כדי לשנות מהאמור. בהגיעו למסקנה זו, הודגש כי הסכם תנאי השימוש נוסח באופן בלעדי על ידי המבקשת, ולכן "כל אי בהירות בתנייה נזקפת לחובתה, בהתאם לכלל של פרשנות נגד המנסח".

שנית, נקבע כי לנוכח מיקומה של תניית ברירת הדין, שמופיעה כאמור בעמוד 7 להסכם תנאי השימוש; ותחת הכותרת המטעה "משוב הלקוחות", שאינה מתאימה לאופייה ולתוכנה של התניה – אין סיבה להניח "שלקוח שמעיין בחוזה יסבור ש'מסתתרת' בו תניית ברירת דין ומקום שיפוט"; ומכאן שלא הוכח כי נתקבלה הסכמה מצד הלקוחות בנוגע לתחולתו של הדין האנגלי. על רקע האמור נקבע כי "השילוב של העמימות הלשונית והימצאות התניה תחת כותרת של 'משוב לקוחות'", מוביל למסקנה שלא ניתן להכיר בתניית ברירת הדין כתניה מחייבת בנסיבות העניין, ועל כן חל על ההליך הדין הישראלי.

8. משמצא בית המשפט המחוזי כי לא חלה בענייננו תניית ברירת הדין, הוסיף ודחה את טענות המבקשת בדבר כללי ברירת הדין הנוהגים. נקבע כי לא ניתן ללמוד

מהסכם תנאי השימוש על כוונה משתמעת של הצדדים, לא כל שכן כוונה מפורשת, להחיל על ההתקשרות שביניהם דין ספציפי; וכי בהיעדרה של הסכמה כזו, יש להחיל את הדין של שיטת המשפט המקיימת את הקשר הקרוב ביותר להתקשרות שבין הצדדים. במקרה דנן נפסק כי אתר המבקשת מכוון ללקוחות ישראליים וניתן בו שירות בשפה העברית; ובהינתן שמקום המושב של הלקוח הוא בישראל, ופעילות הזמנה באתר מתבצעת בישראל – יש להחיל על ההתקשרות את הדין הישראלי.

עוד נקבע כי מאחר שהמבקשת ממקדת את מאמציה בקהל הלקוחות הישראלי, ניתן לפרש את החקיקה הצרכנית הקוגנטית ככזו שנועדה לחול על לקוחות ישראלים שייצוגם מתבקש בהליך דנן. בהקשר זה, בית המשפט המחוזי לא מצא מקום לרון בטענה שלפיה המבקשת אינה יכולה לדרוש ממאות חברות השכרת רכב שונות להחיל את הדין הישראלי. צוין כי בקשת האישור מתייחסת למישור היחסים שבין חברי הקבוצה למבקשת, ובכלל זה לגבי אופן הצגת התנאים באתר המנוהל על ידה; ואילו מישור היחסים שבין המבקשת לחברות ההשכרה, ככל שהוא רלוונטי, יתברר בשלב הדיון בבקשת האישור.

בקשת רשות הערעור

9. בגין החלטת בית המשפט המחוזי הגישה המבקשת את בקשת רשות הערעור הנדונה. לטענתה, בית המשפט המחוזי שגה בקובעו כי לשון תניית ברירת הדין בעברית עמומה ולא מובנת עד כי אין ליתן לה תוקף; וממילא אין בכך הצדקה לאי כיבוד תניה זו בעניינם של חברי הקבוצה שגלשו באתר תוך שימוש בשפה זרה שאינה עברית, ובהתאם נחשפו לתניות ברירת דין בנוסח אחר, שלפיהן ברור כי ההליך יידון לפי הדין האנגלי. אמנם המבקשת מודה כי "הניסוח העברי אינו מושלם" אך טוענת כי הפרשנות הפשוטה, הברורה והיחידה של לשון תניית ברירת הדין, היא שיחול הדין האנגלי; זאת בפרט לנוכח תניית סמכות השיפוט באנגליה שמובאת בהמשך הדברים. על כן, כך נטען, לא סביר להניח שהלקוח מצפה שעל ההתקשרות יחול הדין הישראלי. בהקשר זה נטען כי ענייננו שונה מאוד מנסיבות העניין ב-רע"א 8160/20 Google נ' אשל (20.2.2022); להלן: עניין אשל). שם נפסק כי אין ליתן תוקף לתניית ברירת הדין בשל היותה לא ברורה; כך משעה שנוסחה על דרך השלילה, בעוד בענייננו "המשמעות האינטואיטיבית" והברורה של התניה היא שיחול הדין האנגלי. לשיטתה של המבקשת, לא היה מקום להפעיל את כלל הפרשנות נגד המנסח, בהיעדר פרשנות סבירה אחרת לתניה מאשר כזו שמשמעותה שהדין האנגלי חל.

עוד טוענת המבקשת כי כותרת ומיקום התניה בהסכם אינם מבטלים את תוכנה ותוקפה; ועצם העובדה שתניית ברירת הדין בענייננו מצויה תחת כותרת לא מתאימה של "משוב הלקוחות", אינה מובילה למסקנה כי אין לה תוקף משפטי או שאין בה כדי לבטא את הסכמת הצדדים. בתוך כך המבקשת מצביעה על הוראות מהותיות נוספות שמצויות תחת אותה כותרת, ומטעימה כי הוראות אלה תקפות גם אם הן מצויות תחת כותרת שגויה. לדבריה, לא סביר כי הלקוחות מסתפקים בקריאת כותרות ההסכם, מבלי לעיין בתוכנם של תנאי השימוש; וככל שהלקוחות עיינו בתניות אלה, הרי שנחשפו לתניית ברירת הדין, תהא הכותרת אשר תהא. מכל מקום, לעמדת המבקשת, לצורך הכרעה בסוגיה יש לבחון ביחס לכל אחד מהלקוחות אם עיין בתנאי השימוש וקרא את תניית ברירת הדין; ולגישתה אין בעובדה שהוגש נגדה הליך במתכונת דיונית של תובענה ייצוגית, כדי לפגוע בזכויותיה המהותיות.

10. לעמדת המבקשת, גם בהתעלם מתניית ברירת הדין – אין תחולה לדין הישראלי לפי כללי ברירת הדין. בהקשר זה נטען כי בית המשפט המחוזי התעלם מטענות המבקשת בכל הנוגע לכללי ברירת הדין בנוזיקין, שקובעים כי הדין החל הוא דין מקום ביצוע העוולה; כלומר במקום שבו בוצעו המעשים המיוחסים למבקשת. בענייננו, נטען כי המבקשת "אינה עושה דבר בישראל", וכל פעילותה מתבצעת מחוץ לתחומי המדינה; ועצם העובדה שאדם יכול לצפות בפרסום בשפה העברית ובישראל אינה מלמדת על כך שהפרסום כשלעצמו בוצע בישראל. אשר לכללי ברירת הדין בחוזים, המבקשת חוזרת על טענותיה ומטעימה כי קיומה של תניית ברירת הדין בהסכם תנאי השימוש מבטא בחירה של הצדדים בקשר עם הדין שיחול עליהם. גם בהיעדר הסכמה, נטען כי שיטת המשפט האנגלי מקיימת את הקשר הקרוב ביותר להתקשרות; זאת בשים לב לכך שהמבקשת היא חברה אנגלית, ששרתיה נמצאים מחוץ לישראל, וכי עניינה של העסקה הוא השכרת רכב בחוץ לארץ.

לבסוף, המבקשת טוענת כי בית המשפט המחוזי שגה בקביעה שלפיה יש להחיל את הדין הישראלי לנוכח מעמדם הקוגנטי של דיני הגנת הצרכן. נטען כי חוק הגנת הצרכן חל רק על חוזים שנשלטים על ידי הדין הישראלי; וכי אין הצדקה ליתן תוקף להוראות החוק, כל עוד לא הוכח שההפניה כשלעצמה לדין הזר היא מקפחת. לעמדתה, חוק הגנת הצרכן מכיל הוראות בעלות אופי קוגנטי מטעמים פרקטיים, ומתוך הכרה כי נדרש למנוע מעוסקים להתנות על הוראות החוק במסגרת חוזי ההתקשרות.

11. המשיב מצידו סומך את ידיו על החלטת בית המשפט המחוזי, ועומד על כך שיש לדחות את בקשת רשות הערעור. נטען כי תניית ברירת הדין מנוסחת בצורה קלוקלת, ולנוכח פערי הכוחות שבין הצדדים מוצדק לנקוט בכלל הפרשנות נגד המנסח.

בתוך כך המשיב מפנה הן להחלטה בבקשה לביטול המצאה הן להחלטה נושא ההליך דנן, שבהן נקבע כי התניה נתונה לפרשנויות שונות ולפיכך חל הכלל בדבר פרשנות נגד המנסח. המשיב מטעים כי בתנאי ההזמנה לא מופיעה תניית ברירת דין; ובהסכם תנאי השימוש – שלטענתו תנאיו כלל לא מובאים לידיעת הלקוח בשלב ביצוע ההזמנה ולא נדרשת ממנו הסכמה אקטיבית וברורה לתוכנם – "מסתרת" תניית ברירת הדין תחת הכותרת המטעה "שירות לקוחות", הכוללת תניות שונות בהקשרן. כל אלה מלמדים לטענתו על היעדר הסכמה של הלקוח. עוד נטען כי אין ממש בהפניה לנוסח התניה בשפות זרות, שכן לא ניתן לבחון את הקשרה הכולל ומיקומה, שעה שהמבקשת בחרה שלא לצרף את מלוא הסכמי השימוש בשפות הזרות אלא רק ציטטה את לשון תניית ברירת הדין הקבועה בהם.

המשיב מוסיף וטוען כי הדין החל לפי כללי ברירת הדין הנוהגים הוא הדין הישראלי. בעניין זה המשיב דוחה את הטענה שלפיה המבקשת "אינה עושה דבר בישראל", וטוען כי היא פועלת באופן נמרץ ואקטיבי בישראל – ובכלל זה עורכת פעולות שיווק ופרסום ייעודי לקהל הישראלי, מחזיקה באתר בממשק בשפה העברית, מפרסמת מסמכי התקשרות בעברית, מציגה את מחיר ההזמנה במטבע שקלי, ועוד. כמו כן נטען כי תהליך ההזמנה מתבצע על ידי לקוח ישראלי באמצעות מכשיר הטלפון הנייד או מחשב בישראל; ומשלוח אישור ההזמנה ושכלול החוזה בין הצדדים מתבצע בישראל. לפיכך, נטען כי על פי מבחן מירב הזיקות ואומד דעת הצדדים יש להחיל את הדין הישראלי על ההתקשרות. אשר לכללי ברירת הדין בנוזיקין, המשיב מוסיף וטוען כי בהחלטה בבקשה לביטול המצאה נקבע כי מקום ביצוע העוולה בישראל, תוך דחיית טענות המבקשת בנושא; והואיל והמבקשת לא ביקשה לערער על החלטה זו, אין מקום לדון בטענותיה במסגרת ההליך דנן. לבסוף, המשיב מפנה לעמדת היועמ"ש שלפיה יש לבחון את תוקפה של תניית ברירת הדין בהתחשב בפערי הכוחות והידע של הצדדים במועד ההתקשרות; ולגישתו של היועמ"ש עסקינן בתניה מקפחת, ולכן יש להחיל את הדין הישראלי.

דיון והכרעה

12. לאחר עיון בבקשת רשות הערעור ובתשובה לה, על נספחיהן, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הבקשה להידחות.

בפתח הדברים יובהר, כי עניינה של החלטה זו בשאלה מהו הדין שצריך לחול על ההליך הייצוגי – האם הדין הישראלי או הדין האנגלי; זאת בשים לב לתניית ברירת הדין שמצויה בהסכם תנאי השימוש, וככל שתניה זו חסרת תוקף – בשים לב לכללי

ברירת הדין הנוהגים במשפט הישראלי. ויוזכר כי המבקשת לא טענה שתניית סמכות השיפוט המצויה בהסכם תנאי השימוש, שלפיה סמכות השיפוט מוקנית לבתי המשפט באנגליה, היא תניית שיפוט ייחודית; והייתה נכונה להכיר בכך שלבתי המשפט בישראל מוקנית סמכות שיפוט (ראו פסקה 57 בהחלטה בבקשה לביטול המצאה).

בהקשר זה יצוין כי תניית סמכות השיפוט ותניית ברירת הדין עלולות ליצור אפקט מצנן, עד כדי הרתעת הלקוחות באתרי מסחר מקוונים ממימוש זכותם לפנות לבית המשפט במקרה של סכסוך בהקשר לעסקה שביניהם. ואמנם על פי ההלכה הפסוקה, תניית שיפוט זר יש לפרש בצמצום ובדווקנות משום היותה פוגעת בזכות הגישה לערכאות (ראו למשל, עניין אשל, פסקה 11; רע"א 9368/11 Nevada West Management Inc. נ' הראל, פסקה 16 (21.5.2012); ע"א 724/85 מנו קוי נוסעים בע"מ נ' דמרי, פ"ד מב(3) 327, 324 (1988)). אולם עצם העובדה שבית המשפט מוסמך לדון בתובענה בישראל אינה מחייבת מניה וביה החלת הדין הישראלי עליה (עניין בן חמו, פסקה 44). במקרה דנן בית המשפט המחוזי הגיע למסקנה כי הדין הישראלי הוא הדין החל על בקשת האישור, ואף אני סבורה כך. אבאר.

13. בעידן הצריכה המקוונת של ימינו, המאופיין בחדשנות ובנגישות למוצרים ולשירותים מגוונים; בשיתופי פעולה בין-לאומיים; ובפעילות מסחרית מקוונת חוצה-גבולות – תניית ברירת דין שהיא תניה חוזית המעגנת את בחירתם של צדדים להיות כפופים לסמכותו של דין מהותי מסוים, ולהחילו על כל סכסוך שיתעורר במסגרת הסכם ההתקשרות שביניהם – היא חזון נפרץ שמהווה חלק בלתי נפרד מאורחות המסחר האלקטרוני בשוק החופשי.

תניית ברירת הדין נועדה להגביר את הוודאות המשפטית בנוגע לדין המהותי שיחול על ההתקשרות, והיא מגלמת את הקצאת הסיכונים שנוטל על עצמו כל אחד מהצדדים במועד כריתת ההסכם (איילת בן-עזר ויעד רותם "תניות ברירת דין בחוזים בין-לאומיים: הצעה למודל של אוטונומיה מוגברת" משפט ועסקים א 333, 352-353 (2004); להלן: בן-עזר ורותם). לפיכך, ברירת המחל הוא לכבד את אוטונומיית הרצון של הצדדים ולתת תוקף להסכמתם בדבר הדין שיחול על העסקה (בג"ץ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד סב(3) 264, 282 (2007), להלן: עניין קו לעובד; בן-עזר ורותם, בעמודים 350-351).

14. לצד זאת, תניית ברירת הדין משליכה על מערך החובות והזכויות המשפטיות של הצדדים להסכם, ובהינתן שדינים שונים עשויים להוביל לתוצאות שונות – הסכמת הצדדים להכריע בסכסוך על פי דין זר ספציפי עשויה במידה רבה לחרוץ את גורלה של

התובענה לשבט או לחסד. מעבר לכך, לניהול הליך משפטי לפי דין זר יש עלויות התדיינות גבוהות יותר משל ניהול הליך לפי דין מקומי. כך משום שאופן הוכחת הדין הזר הוא עניין שבעובדה, שהוכחתו נעשית על דרך של הצגת ראיות בדבר תוכנו ופירושו, ומחייבת בקיאות משפטית ומומחיות בנבכי הדין הזר, וככלל אף נדרשת חוות דעת מומחה לדין הזר (ראו, דפנה רבן ואיריס סרוקר "מונופולים דיגיטליים" טכנולוגיות מתפרצות: אתגרים בדין הישראלי 95, 131 (ליאור זמר, אביב גאון ודב גרינבאום עורכים, 2022); איריס קנאור "משפט בין-לאומי פרטי בעולם גלובלי – ברירת הדין בחוזה צרכנות" מחקרי משפט לא 833, 845 (2018); מנשה שאוה "טיבו ואופן הוכחתו של הדין הזר במשפט האנגלו-אמריקאי ובמשפט הישראלי" עיוני משפט ג 725, 736 (1974)).

דברים אלה אין בהם כשלעצמם משום הצדקה לריקון של עקרון כיבוד האוטונומיה שבדיני החוזים ולצמצום התועלת המצרפית שנובעת מקיומה של פעילות בין-לאומית ענפה של מסחר מקוון (בן-עזר ורותם, בעמ' 349-353); ואולם להסכמתם של הצדדים לבחור את הדין שיחול עליהם צריך שיינתן ביטוי בהיר והולם בהתקשרות שביניהם, שיבטיח ודאות ומודעות של שני הצדדים גם יחד; ולא רק של אחד מהם.

15. על תניית ברירת הדין להיות אפוא גלויה, מפורשת ומנוסחת בלשון ברורה ומובנת לכל, שאינה נתונה לפירושים שונים. כך לפי כללי פרשנות חוזיים רגילים, ובמיוחד כאשר עסקינן בחוזה אחיד "שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שימשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בזהותם" (בהתאם להגדרת "חוזה אחיד" שמצויה בסעיף 2 לחוק החוזים האחידים). שכן מקום שבו מדובר בחוזה אחיד, קשה להתחקות אחר אומד דעתם הסובייקטיבי והמשותף של הצדדים, ועל כן הדגש העיקרי מושם על התכלית האובייקטיבית של ההסכם (רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון מילגרומ נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 158-159 (1998)). תכלית זו נבחנת לפי מהות וטיב העסקה, ובשים לב לציפיותיהם הסבירות של ספק ולקוח הוגנים "הפועלים בתום לב להגנה על ענייניהם, ושעושים כן מתוך התחשבות בענייניו של הצד האחר. בהתאם, יש לפרש את הסכם תנאי השירות באופן שבו משתמש סביר היה מפרשו" (דבריי בעניין אשל, בפסקה 13; ראו גם רע"א 7470/20 Facebook Ireland Limited נ' גל, פסקה 18 (3.1.2022), להלן: עניין גל).

במקרה שבו לשונה של תניית ברירת הדין מנוסחת בעמימות ונתונה למספר פירושים אפשריים; וכשעסקינן בחוזים אחידים שנכתבו ונוסחו על ידי הצד שנחזה כחזק – יחול כלל הפרשנות נגד המנסח, שלפיו יש לפרש תניה לא בהירה נגד האינטרס של הצד המנסח. כלל זה מעוגן בסעיף 25(ב1) לחוק החוזים, שקובע כי "חובה הניתן לפירושים שונים והיתה לאחד הצדדים לחוזה עדיפות בעיצוב תנאיו, פירוש נגדו עדיף על

פירוש לטובתו". ההצדקה לשימוש בכלל פרשני זה היא בעיקרה לעודד ולתמרץ את הצד המנסה, שאוחז במשאבים, בידע ובמיומנות הנדרשים לניסוח הסכמים כאלה, לעשות שימוש מושכל בכוחו העדיף בעיצוב החוזה – ובתוך כך לנסח את הוראותיו בצורה סדורה וברורה ובלשון נהירה שאינה משתמעת לשני פנים. וכפי שכבר ציינתי בעניין אשל, לדברים נודע משנה תוקף כשמדובר בתניית ברירת דין:

"הסכם תנאי השירות הוא חוזה צרכני אחיד בין משתמש שאינו מיומן בקריאת חוזים מסחריים, ובין תאגיד גלובלי מסחרי בעל משאבים פיננסיים רבים וסוללת יועצים משפטיים. פערי כוחות אלה מחייבים להטיל על גוגל אחריות לניסוח הסכם תנאי השירות באופן בהיר ככל האפשר, בשפה פשוטה יחסית, וללא סייגים מיותרים. זאת על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בתניית ברירת דין המגלמת השלכות מהותיות בנוגע לאופן שבו המשתמש זכאי לממש את זכויותיו המשפטיות במקרה של סכסוך; וכאשר מדובר בתניה שבמקרים מסוימים עלולה אף ליצור אפקט מצנן למימוש זכות הגישה לערכאות של צד לחוזה" (שם, בפסקה 14).

16. ומהכלל אל הפרט. בענייננו, הצדק עם בית המשפט המחוזי בקובעו כי יש בניסוחה הקלוקל של תניית ברירת הדין כדי להקשות על הלקוח הסביר להבין את משמעותה; והיה מצופה מן המבקשת שניסחה את ההסכם, וככל שביקשה להחיל עליו את הדין האנגלי, להקפיד על ניסוח מובן ובהיר של תניית ברירת הדין. זאת לנוכח תכליתן, אופיין וטיבן של תניות ברירת הדין, המחייבים גילויין בלשון נוחה להבנה לציבור הלקוחות, באופן שיצמצם את פערי הכוחות בין הצדדים ויסייע ללקוח לקבל החלטה צרכנית מושכלת בנסיבות העניין.

היעדר הגילוי ההולם בדבר הדין החל, משתקף בעיקר בדרך אזכורה של תניית ברירת הדין בהסכם תנאי השימוש. כפי שצוין לעיל, המבקשת הציבה את תניית ברירת הדין תחת הכותרת השגויה "משוב הלקוחות", שבה פורטו בערבוביה כליל של הוראות שונות המכילות מידע רב שהקשר ביניהן מוקשה – ובתוך אלה שורבבה תניית ברירת הדין, שאף לא הובלטה ולא הודגשה באופן שעשוי ללכוד את עיני הלקוח. לשם המחשת הדברים, אביא את הכתוב במלואו תחת הכותרת "משוב הלקוחות" שבעמוד 7 להסכם תנאי השימוש:

"משוב הלקוחות
תוצאות הסקר עשויות להיות מפורסמות באתר האינטרנט שלנו על מנת לידע את לקוחותנו מהי דעתך לגבי רמת השירות של ספק הרכב המקומי. חברת Rentalcars.com תשתמש במשוב שלך, במלואו או בחלקו, באתר האינטרנט שלנו, ברשתות החברתיות, בניוזלטר, מבצעים מיוחדים, אפליקציות לניידים, או בפלטפורמות אחרות בבעלותה, ובשליטתה של Rentalcars.com או של אתרים המאוחסנים

אצלה. Rentalcars.com שומרת לעצמה את הזכות להתאים, לטרב לפרסם או לשנות משובים כראות עיניה.

משובים מביעים את דעותיהם האישיות של לקוחותיה של Rentalcars.com אשר ענו על שאלון לאחר השלמת תקופת השכרת הרכב שלהם. דעות אלה אינן בהכרח מייצגות את השקפותיה של חברת Rentalcars.com.

תנאי שירות אלה תקפים תחת החוקים השולטים באנגליה, ויהיו תחת תחום שיפוטו הבלעדי של בית המשפט האנגלי [ההדגשה לא במקור – ע'ב'].

חובה להציג את שובר אישור ההזמנה לספק הרכב בעת איסוף הרכב. Rentalcars.com לא תהיה אחראית לתשלומים נוספים, עבור שירותים עליהם נחתם חוזה ישירות מול ספק הרכב המקומי.

Rentalcars.com לא תהיה אחראית עבור כל נזק שנגרם לרכב כתוצאה מנהיגה תחת השפעת אלכוהול/סמים, גרימת נזק מכוון ובזזון, נהיגה בדרכים לא סלולות או נהיגה רשלנית וחוסר תשומת לב. אתה, השוכר, תשא באחריות המלאה לכל תביעה בגין נזקים אלה. רשימה זו ממצה.

מה נכלל/ לא נכלל במחיר ההשכרה?
אנא קרא את תנאי השירות הספציפיים להשכרתך.
*בקנדה, מרבית הספקים לא מגבילים את ההשכרה בכמות הקילומטרים המותרים אם נוסעים בין הפרובינציות/ המחוזות השונים. ייתכנו יוצאי דופן. אנא ברר את תנאי ההשכרה מול נציג הזמנות”

17. דרך אזכור התניה מטה את הכף באופן מובהק אל עבר המסקנה שבנסיבות המקרה לא הייתה הסכמה מודעת לתניית ברירת הדין הזר. זאת לנוכח האופן האגבי שבו בחרה המבקשת ליידע את הלקוחות בדבר הדין החל לשיטתה על הסכם ההתקשרות – תוך הצנעת המידע תחת כותרת סתמית ולא מתאימה, ותוך שרכובה של התניה בתוך אוסף של הוראות ומידעים שאין ולא כלום ביניהם ובין תניית ברירת הדין. הדברים נכונים במיוחד בשים לב למשקל הרב המושם על מפגש הרצונות של הצדדים בבחירתם את דין החוזה, וכן לנוכח יחסי הכוחות שבין הצדדים, פערי המידע המובנים במסחר מקוון, והצורך להגן על צדדים חלשים לחוזה אחיד צרכני. כפי שכבר נקבע, על המבקשת כמי שניסחה את הסכם ההתקשרות מוטלת החובה להקפיד על ניסוח בהיר ומונגש של תניית ברירת הדין; כך שכבר במועד ההתקשרות הלקוח הסביר יוכל לדעת בנקל מהו הדין החל על העסקה (עניין אשל, פסקה 14; סיליה וסרשטיין פסברג משפט בין-לאומי פרטי כרך ב 1470 (2013), להלן: וסרשטיין פסברג).

18. במובן זה ענייננו שונה בתכלית מהנסיבות שנדונו בעניין בן חמו, שעליה משליכה המבקשת את יהבה. כאמור, בעניין בן חמו נדונה תוקפה של תניית ברירת הדין

שנקבעה בסעיף 15(1) להסכם תנאי השירות של פייסבוק אירלנד, שלפיה כל סכסוך בין הלקוחות לפייסבוק אירלנד יוכרע על פי דיני מדינת קליפורניה; ונקבע כי בקשת האישור תתברר לפי דינים אלה. הטעם העיקרי להבחנה בין שני המקרים נעוץ בכך שבעניין בן חמו, שלא כבמקרה דנן, תניית ברירת הדין שבהסכם תנאי השימוש הוצבה בצורה גלויה לעין ובלשון חד-משמעית ומובנת ללקוח. בנסיבות שבהן עוגנה תניית ברירת דין מפורשת בהסכם תנאי השימוש, המעידה לכאורה על ידיעתם והסכמתם של הצדדים לתוכנה – נדונה השאלה אם מדובר בתניה מקפחת בחוזה אחיד כהגדרתה בחוק החוזים האחידים. בית המשפט העליון (הנשיאה א' חיות) קבע כי התניה אינה מקפחת. זאת לנוכח מאפייניו הייחודיים של ההליך הייצוגי; האינטרס העסקי הלגיטימי של פייסבוק אירלנד להתנהל תחת מערכת דינים אחת; ומשום שלא הוכח כי הכרעה לפי דיני מדינת קליפורניה תכביד יתר על המידה על בעל הדין ותשלול ממנו את האפשרות להעלות טענות מסוימות במסגרת ההליך המשפטי (שם, פסקאות 41-43).

לעומת זאת, במקרה הנדון לא רק שהמבקשת ניסחה את תניית ברירת הדין בלשון משפטית שרוקנה מלהיות ברורה, אלא שהתניה הוצנעה תחת כותרת עם משמעות אחרת; ושם שורבבה בין שלל הוראות שונות שאינן ממין העניין וההקשר. זאת בניגוד למצופה מן המבקשת, בשים לב לחשיבותה של תניית ברירת הדין בהקצאת סיכונים הצדדים בעת כריתת ההסכם. לא ניתן אפוא לגזור גזירה שווה מעניין בן חמו לעניינו; וכפועל יוצא מכך במקרה זה אין כלל מקום לבחון את טענות הצדדים בראי דיני החוזים האחידים, קרי: האם תניית ברירת הדין בהסכם תנאי השימוש היא תניה מקפחת אם לאו.

19. למען הסדר ואף שהדבר לא נדרש בעניינו, יצוין כי בפסק דין שניתן לפני זמן לא רב ב-רע"א 1901/20 טרוים מילר בע"מ נ' facebook Ireland limited (26.7.2022); להלן: עניין טרוים מילר), נדונה פעם נוספת תניית ברירת הדין שבהסכם תנאי השירות של פייסבוק אירלנד, שהייתה נושא לדיון בעניין בן חמו. בעניין טרוים מילר הובעו עמדות שונות ביחס לשאלה אם תניית ברירת הדין היא מקפחת בנסיבות המקרה. לעמדת המשנה לנשיאה (בדימ') נ' הנדל, בדעת מיעוט, לא הוכח כי תניית ברירת הדין מקפחת את התובעים, שהם בעלי עסקים שרכשו שירותי פרסום מפייסבוק, ועל כן סבר כי יש לברר את התביעה לפי הדין הקליפורני, כפי שנקבע גם בעניין בן חמו. מנגד, דעת הרוב סברה שתניית ברירת הדין מקפחת את משתמשי פייסבוק הצרכנים, לרבות "עסקים קטנים שרוכשים ממנה שירותי פרסום" כצרכנים. השופט ע' גרוסקופף סבר כי תניית ברירת הדין המפנה לדין הזר היא מקפחת, וכי יש להחיל את הדין הישראלי על החוזים בין פייסבוק ובין לקוחות ישראלים. לעמדתו, תאגיד גלובאלי שבוחר לקיים פעילות מסחרית שמכוונת לקהל הלקוחות בישראל, אינו יכול לקבוע כי הוא פטור מתחולת הדין הישראלי

במסגרת תנאי החוזה האחיד. אף השופטת י' וילנר הייתה בדעה כי תניית ברירת הדין מקפחת את קהל הצרכנים של פייסבוק, ובכלל זה את העסקים הקטנים. בנסיבות אלה, נקבע כי הדיון יוחזר לערכאה הדיונית להכרעה בשאלת סיווג בית העסק של התובע כעסק קטן על פי טיב פערי הכוח והמידע שבין הצדדים; וככל שבעלי הדין עונים על הגדרת עסק קטן, תבוטל בעניינם תניית ברירת הדין ותביעתם תידון לפי הדין הישראלי (עניין טרוים מילר, פסקה 36 לחוות דעתה של השופטת י' וילנר).

עם זאת, חשוב לציין כי ענייננו שונה מאוד מנסיבות המקרה בעניין טרוים מילר. ראשית, בעניין טרוים מילר נדונה תביעה אזרחית "רגילה" שהוגשה נגד פייסבוק; זאת בשונה מעניין בן חמו והמקרה הנדון, שבהם עסקינן בתובענה ייצוגית. שנית, וזה העיקר, הן בעניין בן חמו הן בעניין טרוים מילר צוינה תניית ברירת הדין באופן בולט ובלשון מובנת ונגישה; ולפיכך, נבחנה השאלה אם ניתן להחיל את הדין הקליפורני בבית המשפט בישראל. לעומת זאת, במקרה דנן כללי הפרשנות הנוהגים מובילים למסקנה כי הדין הישראלי הוא שחל על ההליך הייצוגי, זאת משום חוסר הבהירות בשים לב למיקומה של התניה ונוסחה; ואין מקום וצורך להידרש כלל לטענות הצדדים בדבר היותה של התניה מקפחת.

20. לנוכח כל האמור, לא מצאתי להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי שלפיה לא ניתן לראות בתניה האמורה משום תניית ברירת דין מחייבת המחילה את הדין האנגלי על ההתקשרות שבין הצדדים. כך בתמצית משום ניסוחה הקלוקל של התניה, ולא פחות מכך דרך אזכורה בהסכם תנאי השימוש תחת הכותרת "משוב הלקוחות" שאין דבר בינה ובין תניית ברירת הדין, מה גם שהתניה חבויה בתוך ערב רב של הוראות והנחיות ללא כל הקשר רלוונטי.

21. משנפסק כי אין תחולה לתניית ברירת הדין שבהסכם השימוש ובהיעדרה של הסכמה משתמעת בדבר הדין החל – בהינתן שמדובר בהתקשרות בין תושב ישראל ובין תאגיד זר, בית המשפט נדרש לתור אחר שיטת המשפט המקיימת את הזיקה הקרובה וההדוקה ביותר להסכם ההתקשרות, שבהסתמך עליה נכרתה העסקה; ובתוך כך עליו להתחקות אחר סממנים חיצוניים אובייקטיביים שקושרים את הסכסוך לשיטת המשפט שצדדים סבירים היו מניחים שתחול (וסרשטיין פסבוג, בעמ' 1478-1479). לצורך זיהויו של דין החוזה נעשה שימוש במבחן "מירב הזיקות". מבחן זה חותר להחלת הדין המתאים ביותר לעסקה בהתאם למכלול הזיקות הקשורות להסכם; והוא מקנה לבית המשפט מרחב של גמישות בבואו להפעיל את שיקול דעתו בברירת הדין שיחול על העסקה בנסיבות הקונקרטיות שהובאו לפניו (עניין קו לעובד, עמוד 284).

בהחלתו את מבחן מירב הזיקות נדרש בית המשפט לבחון בין השאר את מקום כריתת ההסכם; מקום ביצועו; זהות הצדדים לו; שפת ההסכם; מטבע התשלום ועוד – כל זאת בהתחשב באופי ובמאפייני הסכם ההתקשרות בנסיבות העניין. וראו לעניין זה דברי המשנה לנשיאה א' ריבלין בעניין קו לעובד:

“כללו של דבר, המבחן המקובל לברירת הדין בדיני חוזים הוא מבחן הסכמת הצדדים, ובהיעדרה – מבחן מירב הזיקות, כאשר תוצאת המבחן עשויה להיות מושפעת משיקולי מדיניות רחבים יותר המשרתים אינטרסים נורמטיביים כלליים. בהפעלתו של המבחן, עשויים להשתנות, כמובן, טיבן ומשקלן של הזיקות אשר תיבחנה, וזאת בהתאם לדינים הספציפיים שתחולתם נבחנת ובהתאם לנסיבותיו המיוחדות של חוזה נתון. ככלל, ואין אנו באים לגבש רשימה ממצה, נראה כי יש לבחון את זיקתו של החוזה לדין מסוים בשים לב למקום כריתת החוזה, למקום עריכת המשא ומתן קודם לכריתתו של החוזה, למקום ביצועו (היחיד, העיקרי או השגרתו) של החוזה, לזהות הצדדים לחוזה (ובתוך כך מקום מושבם, אזרחותם, התאגדותם ופעילותם העסקית), לשפת החוזה, למטבע התשלום, למקום תשלום המיסים ולכוונת הצדדים לעניין ברירת הדין במישורים אחרים של יחסיהם. באיתורן של זיקות אלו ובקביעת משקלן, אין מניעה כי בית-המשפט יתחשב בשיקולי מדיניות כלליים של השיטה המשפטית ובעקרונות היסוד של התחום החוזי שלגביו מתבקשת ברירת הדין. בהיעדרן של זיקות קונקרטיות, יכול בית-המשפט להיזקק לזיקות אובייקטיביות של החוזה, קרי הדין המוחל על חוזים דומים, בין צדדים דומים, ובנסיבות דומות” [עניין קו לעובד, בעמוד 287]

22. המבקשת טוענת כי מירב הזיקות לעסקה מצביעות על הדין האנגלי. זאת בהינתן שהמבקשת מאוגדת לפי הדין האנגלי ומקום מושבה באנגליה; בהינתן ששרתיה שבאמצעותם היא מפעילה את האתר נמצאים מחוץ לישראל; ובהינתן שעניינה של העסקה הוא השכרת רכב בחו"ל. לטענתה היא "אינה עושה דבר בישראל", וכל פעילותה מתבצעת מחוץ לתחומי המדינה. בית המשפט המחוזי דחה טענות אלה וקבע כי יש להכריע במחלוקת הנובעת מההסכם או נוגעות לו לפי הדין הישראלי – וסבורתני שבדין כך.

כמתואר בכתבי הטענות, המבקשת מפעילה אתר בממשק עברית המיועד לקהל הלקוחות הישראליים. באתר זה מוצעים שירותיה להזמנת רכבים מחוץ למדינה בשפה העברית, ובתוך כך מוצגים בעברית מסמכי ההתקשרות בעסקה. כמו כן, המבקשת מפעילה שירות לקוחות שנותן מענה בשפה העברית; ובאתר שלה מתאפשר ביצוע של הליך ההזמנה בשפה העברית, תוך הצגת המחיר במטבע ישראלי, ותוך קבלת אמצעי תשלום ישראליים. במצב דברים זה, ובהיעדר הסכמה גלויה וברורה של הצדדים להחלת

דין זר על הסכם תנאי השימוש, מקובלת עליי הקביעה שהדין המקיים את הזיקה הקרובה וההדוקה ביותר להסכם הוא הדין הישראלי.

23. לבסוף, המבקשת הרבתה להפנות לנוסחי תניית ברירת הדין בשפות נוספות הרווחות בישראל; ולטענתה חברי קבוצה שגלשו לאתר תוך שימוש בשפה זרה, נחשפו לתניית ברירת דין בנוסח אחר, שבה מובהר בלשון פשוטה כי על ההסכם יחול הדין האנגלי. בהקשר זה יוער כי הסכם תנאי השימוש לא כולל הוראה הקובעת שנוסחו בשפה זרה יגבר, ועל פניו בקשת האישור התבססה על הנוסח שפורסם בשפה העברית. מכל מקום, נראה כי טענות המבקשת מכוונות בעיקרן כלפי גודלה והיקפה של הקבוצה המיוצגת, שממילא עתיד להתברר ולהתבהר בהמשך (עניין גל, פסקה 20).

לנוכח התוצאה שאליה הגעתי ולדרך שהוליכה אותי לתוצאה זו, שלפיה בקשת האישור תידון לפי הדין הישראלי, אינני נדרשת לטענות החלופיות שהעלו הצדדים בדבר היותה של תניית ברירת הדין תניה מקפחת בחוזה אחיד וביחס לתחולתן של תניות מסוג זה על זכויות קוגנטיות בדין הישראלי.

סוף דבר

24. התוצאה היא שהבקשה למתן רשות ערעור נדחית, ומשמע שהדין שחל על בקשת האישור הוא הדין הישראלי כפי שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי. המבקשת תישא בהוצאות המשיב בסכום של 10,000 ש"ח.

ניתנה היום, ג' בתשרי התשפ"ד (18.9.2023).

ש ו פ ט ת