

זה עולם קטן מאוד... האמנם? / גלעד בר-עמי, עו"ד*

העולם קטן מאוד, כבר לא צריך להיות מרקו פולו בכדי להגיע לסיין ואפשר להזמין מלון בצ'ילה בלי לקנות מדריך טיולים והכל דרך אתר אינטרנט בעברית. קליק על "אשר תנאי שירות" והסוויטה מחכה. אבל מה קורה כאשר דברים משתבשים? האתר אמנם בעברית אבל השירות ניתן על ידי חברת בוקינג ההולנדית ובתנאי השירות, שאישרנו, מסתתרת הסכמה להתדיינות בלעדית בהולנד ובהתאם לדין ההולנדי! במילים אחרות, משימה בלתי אפשרית בעלות גבוהה מהנוק, אך כזו לה "הסכמנו" באותו 'קליק'. אך האם אנו עומדים בפני שוקת שבורה?

עקרון חופש החוזים מאפשר לצדדים להסכים על הדין שיחול על החוזה ועל המקום בו תתבררנה תביעות הקשורות אליו. עם זאת, תנאי השירות שאושרו לצורך הזמנת חופשה באינטרנט אינם הסכם ששני הצדדים דנו והסכימו על תנאיו, אלא חוזה שתנאיו הוכתבו מראש על ידי הספק לקבוצה בלתי מוגדרת של לקוחות, עם שתי ברירות: קבלת התנאים כמות שהם או ויתור על העסקה בכללותה. מסיבה זו, התנאים מהווים "חוזה אחיד" ותנאי בחוזה שכזה המעניק לספק יתרון בלתי הוגן על פני הלקוח מוגדר כ'תנאי מקפח'. בנוסף, קיימת חזקה בחוק שכל תנאי המגביל או שולל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסוימות בבית משפט הינו מקפח. לבית המשפט הסמכות לבטל או לשנות תנאי מקפח כאשר ההצדקה למתן סמכות מרחיקת לכת זו בידי בית המשפט נעוצה בפערי הכוחות והמידע בין הצדדים והחשש לניצולם לרעה על ידי הספק המכתיב חד צדדית את תנאי ההסכם.

במקרה שנדון בבית המשפט המחוזי מרכז-לוד במאי, 2015¹, קבע בית המשפט כי ההוראה המחייבת התדיינות במדינה זרה ותחת דין זר בטלה. באותו מקרה, הוראה בהסכם השירות של Pay Pal חייבה לקוחות להתדיין בסינגפור ובהתאם לדין הסינגפורי. בית המשפט ביטל הוראה זו וקבע שהיא שוללת, הלכה למעשה, את יכולת הלקוח להשמיע את טענותיו מעצם העובדה כי מדובר בדין ומדינה זרים. אך האם מתן אפשרות להתדיין בבתי משפט בישראל אך בהתאם לדין זר כלשהו מהווה שלילה אוטומטית של זכות הלקוח להשמיע טענות? סוגיה זו נדונה בבית המשפט העליון במאי, 2018², שם הוגשה תביעה ייצוגית כנגד פייסבוק בטענה להפרת פרטיות ובית המשפט פסל את החובה להתדיין בקליפורניה אך הותיר על כנה את תחולת דיני קליפורניה מכיוון שמצא ששיטת המשפט בקליפורניה מתקדמת בנושא התובענות הייצוגיות והיא בשפה האנגלית, המוכרת לרוב הישראלים, ועל כן אין בהחלת הדין הקליפורני בכדי להרתיע תובע ייצוגי שצפוי להנות מתשואה ניכרת, מלתבוע. עם זאת, במקרה שנדון בבית המשפט העליון ביולי, 2022³, נקבע כי חברה שפועלת בישראל מבטאת כוונה משתמעת, כי על התקשרויותיה עם לקוחות בישראל יחול הדין הישראלי שאחרת ניתן בפועל לתאגיד הבוחר לקיים פעילות עסקית בישראל, לגיטימציה להתנער באופן גורף מתחולת הדין הישראלי. כרסום נוסף באפשרות להחיל דין זר על חוזה אחיד נעשה בפסק דין של בית המשפט העליון במאי 2024⁴, שקבע שככלל אין להתיר כפייה של תחולה של דין זר בחוזה אחיד ושאינו להבחין בין תובע בודד לייצוגי שכן, הליך התביעה הייצוגית אינו יוצר זכויות חדשות אלא משפר את ההגנה על זכויותיהם הקיימות של מספר רב של לקוחות בודדים.

האינטרנט מעניק את התחושה שהעולם הוא כפר גלובלי קטן אלא שהמציאות היא שכל אחד מהצדדים נמצא במקום עם מערכת חוקים עצמאית שאינה ניתנת להעלמה ב'קליק'. בעוד שניתן לגרום ללקוח לאשר הסכם משפטי אך יתכן כי בית המשפט יפסול או ישנה חלק מהתנאים בו. לכן מוצע להיעזר בשירותיו של עורך דין הבקיא בניסוח חוזים אחידים מראש, ולא להותיר לבית המשפט לנסחם בדיעבד.

*עו"ד גלעד בר-עמי הינו עו"ד בכיר במשרד אפיק ושות' (www.afiklaw.com) ועיקר התמקדותו בתחום החוזים, משפט מסחרי, דיני חברות, דיני תקשורת (עסקאות ורגולציה), עסקאות בינלאומיות ויבוא. אין בסקירה כללית זו משום ייעוץ משפטי כלשהו ומומלץ להיוועץ בעורך דין המתמחה בתחום זה בטרם קבלת כל החלטה בנושאים המתוארים בסקירה זו. לפרטים נוספים: 03-6093609, או באמצעות הדואר האלקטרוני: afiklaw@afiklaw.com.

1 ת"צ (מחוזי מרכז) 39292-04-13 ר' קליננהופר נ' PayPal Pte. Ltd (31.05.2015) - <https://he.afiklaw.com/caselaw/16580>

2 רע"א 5860/16 Facebook Inc נ' אוחד בו חמו (נבו) 31.05.2018 - <https://he.afiklaw.com/caselaw/7853/5>

3 רע"א 1901/20 טרויס מילר בע"מ נ' Facebook Ireland limited (26.07.2022) - <https://he.afiklaw.com/caselaw/13937>

4 רע"א 6992/22 AGODA COMPANY Pte. Ltd נ' שי צביה (נבו) 27.05.2024 - <https://he.afiklaw.com/caselaw/16581>

It's a small world after all... or is it? / Gilad Bar-Ami, Adv.*

It's a small(er) world... you no longer need to be a Marco Polo to reach China and you can easily book a room in a hotel in Chile without buying a travel guide, all via a website in Hebrew. 'Click' on 'Confirm Terms of Service' and the suite is waiting. But what happens when things go wrong? While the website is in Hebrew, the service is provided by the Booking.com. B.V, situated in the Netherlands, and in the terms of service, which we have approved, lies hidden a consent to exclusive jurisdiction in the Netherlands and under Dutch law! In other words, an impossible task with costs that probably outweigh the losses but one to which we 'agreed' in that 'click'. Is there really no hope?

The principle of freedom of contract allows the parties to agree on the law that will govern the contract. However, the terms of service approved for the purpose of booking a vacation online are not an agreement that both parties negotiated and freely agreed upon, but rather a contract which terms were dictated in advance by the supplier to an undefined group of customers, who were presented with the following choice: accept the terms as they are; or forgo the transaction as a whole. Which means that they are an 'adhesion contract'. A term in such contracts that gives the supplier an unfair advantage in a manner which may result in customer deprivation is defined as a 'depriving term'. Additionally, there is a legal presumption that any condition that limits or denies the customer's right to make certain claims in Court - is a 'depriving term'. The Court has the authority to cancel or change a 'depriving term' and the justification for such far-reaching authority lies in the disparity of power and information between the parties and the concern of abuse by the supplier who unilaterally dictates the terms of the contract.

In a case heard in the Central District Court in May, 2015, the Court held that a provision requiring litigation in a foreign country and under a foreign law is to be canceled. In that case, a provision in PayPal service agreement required customers to litigate in Singapore under Singaporean law. The Court canceled that provision in its entirety, *inter alia* because it effectively bars the customer from litigating due to the very fact that it has to be made in a foreign country and under a foreign law. But would litigating in Israeli Courts but under a foreign law also automatically constitute a denial of the customer's right to claim?! This issue was debated at the Supreme Court in May, 2018, and it was held that the customer must prove that applying the foreign law would deprive him of making certain claims. In that case, a class action plaintiff submitted a motion for approval of a class action against Facebook for a considerable amount. The Court canceled the California exclusive jurisdiction but kept the governing law clause in place because it held that the legal system in California is advanced in the class actions field, and laws and holdings can be accessed over the Internet and are all in the English language, which is familiar to most Israelis, and Californian law being the governing law would not deter a class claimer who stand to make considerable gains from submitting motions for approval of a class action. However, in a case heard at the Supreme Court in July, 2022, it was determined that a company that operates in Israel expresses an implicit intent that its contracts with customers in Israel will be governed by Israeli law, otherwise the company electing to conduct business in Israel is given legitimacy to completely disavow the application of Israeli law. A further diminution of foreign governing law clauses came in the Supreme Court holding of May, 2024, where the Court held that, as a general rule, the application of foreign law in adhesion contracts should not be allowed to be forced and a distinction between an individual and a class action plaintiff, should not be made as a class action does not create new rights but rather is simply a mean for improving the protection of the existing rights of many individuals.

While the Internet gives the feeling that the world is a small global village, the reality is that each of the parties is in a place with its own independent set of laws that cannot be made to disappear by a 'click'. While the customer can be forced to approve a legal agreement, it is possible that the Court will reject or change some its terms. Therefore, it is advisable to retain the services of a lawyer who is well versed in drafting adhesion contracts, in advance, and not let the Court draft them in retrospect.

*Gilad Bar-Ami is senior lawyer at Afik & Co., Attorneys and Notaries (www.afiklaw.com), focusing primarily on commercial law, corporate law, telecommunications law (transactions and regulation), international transactions and imports. For additional details: +972-3-6093609 or at the e-mail: afiklaw@afiklaw.com