

מעקב פסיקה

ת"צ (מחוזי מרכז) 54491-01-15 עיזו בשן נ' EasyJet Airline company LTD (פורסם בבנו, 08.06.2020); ערכאה: בית המשפט המחוזי מרכז-לוד, מפי השופט יחזקאל קינר¹:

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד, מפי השופט יחזקאל קינר, דחה בקשה לאישור תובענה כייצוגית שהוגשה כנגד המשיבה (חברת תעופה זרה), תוך כדי שקבע קביעה עקרונית ביחס לאי-תחולתו של חוק הגנת הצרכן הישראלי² והזכאות לפיצויים בגין ביטול רצוני של עסקת מכר מרחוק שהוא מעניק ללקוח, וזאת כאשר העסקה נעשית מול חברות תעופה זרות שאין להן נציגות רישמית בישראל.

הבקשה לאישור הוגשה בגין הטענה כי המשיבה, חברת התעופה הזרה איזיג'ט, מפרה את הוראות חוק הגנת הצרכן, ובפרט את ההוראות המקנות לצרכן זכות חרטה וביטול עסקה לקבלת שירות במקרים מסוימים וכקבוע בחוק.³ הבקשה הוגשה בשם כלל לקוחות המשיבה שביטלו טיסות וחויבו בדמי ביטול בשיעור העולה על השיעור המותר לפי הוראות חוק הגנת הצרכן. טענותיו המרכזיות של המבקש היו כי (1) לחוק הגנת הצרכן הישראלי תחולה טריטוריאלית על המשיבה וזאת בשל הנציגות שהיא מקיימת בישראל; (2) תניית ברירת הדין בחוזה התובלה של המשיבה, אשר מפנה לדין האנגלי, מהווה תניה מקפחת בחוזה אחיד ולכן דינה להתבטל. המבקש הזמין באתר האינטרנט של המשיבה כרטיס טיסה הלך-חזור, ולאחר כחמישה ימים וחודשיים לפני תאריך הטיסה הראשונה ביקש לחזור בו ולבטל את הטיסות שהזמין דרך האינטרנט. אולם, המשיבה מסרה כי הוא אינו זכאי להחזר כספי בגין הכרטיסים, אלא רק לסכום מופחת בגין החזר מיסי נמל (ולפי הסכם התובלה של המשיבה). כאמור, לטענת המבקש, ומשחוק הגנת הצרכן לכאורה אמור לחול בנסיבות (הביטול נעשה בפרק הזמן הקבוע בחוק),⁴ היה על המשיבה להשיב לו את תמורת הכרטיס בניכוי דמי ביטול שלא עולים על 5% ממחיר העסקה, או 100 ש"ח, לפי הנמוך.

בתגובה, המשיבה טענה שתי טענות הגנה מרכזיות. האחת, לפיה הקשר והחוזה למתן שירותי קרקע שיש לה עם נציגתה בארץ מכוח חוק רישוי שירותי התעופה,⁵ המחייב חברות תעופה זרות לקבלת שירותי קרקע לשם קבלת היתר פעולה בארץ, אינו הופך אותה לנציגה מהותית שלה באופן המכניס אותה לתחולה טריטוריאלית חד-צדדית של חוק הגנת הצרכן הישראלי; והשנייה, לפיה המבקש לא עמד בנטל ההוכחה המינימלי למען ביסוס חזקת קיפוח בנוגע לתניית ברירת הדין שבהסכם התובלה.

בית המשפט המחוזי דן בטענות הצדדים בשני מהלכים עיקריים, בהתאם לטענותיהם. ראשית, בית המשפט בחן האם לחוק הגנת הצרכן הישראלי תחולה טריטוריאלית על המשיבה, בין אם מכוח חוק רישוי שירותי התעופה ובין אם מכוח הסכם מתן שירותי הקרקע עליו חתומה עם נציגתה. באשר לחלופה הראשונה, קבע בית המשפט כי עצם מינוי נציג בארץ על ידי חברת תעופה זרה, על מנת לקבל היתר פעולה להטסת נוסעים בטיסות מסחריות, כשלעצמו אינו מקנה לנציג הנ"ל מעמד של נציגות מטעם החברה המצדיק לבדו את כניסתה של חברת התעופה הזרה לתחולתו של חוק הגנת הצרכן. זאת לאור הלשון המפורשת בחוק רישוי שירותי התעופה המבהירה כי סמכויותיו של הנציג שממונה לפי חוק זה הן מוגבלות, ולאור כך שקביעה הפוכה תחיל דה-פקטו את הדין הישראלי על כל חברות התעופה הזרות באופן אוטומטי. באשר לחלופה השנייה, אומנם נציגת המשיבה מכוח חוק רישוי שירותי התעופה מעניקה לה שירותי קרקע מגוונים מכוח

¹ להלן: פסק הדין.

² חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן).

³ ראו ס' 14ג(2) ו-14ה(ב)(1) לחוק הגנת הצרכן.

⁴ עד שבועיים לאחר ביצוע העסקה, ולפחות יומיים לפני מועד ביצועה, שם.

⁵ ראו ס' 38 לחוק רישוי שירותי התעופה, התשכ"ג-1963 (להלן: חוק רישוי שירותי התעופה).

החווה בניהן (שירותים בדלפק צ'ק-אין, טיפול בכבודות ובאיתור אבדות, מתן סיוע לנוסעים במקרה של איחור או ביטול טיסות וכו'), והכל תוך כדי שהסימן המסחרי של המשיבה מוצג לקהל הלקוחות ועובדי הנציגה לובשים את מדי המשיבה), אך אין בכך כדי לראותה כנציגה לצורך תחולה טריטוריאלית של הדין הישראלי. מאחר והחווה למתן שירותי הקרקע אינו בלעדי והנציגה מעניקה שירותים אלו לחברות רבות אחרות, מדובר במעין חוזה אחיד לפי נוסח מומלץ של ארגון חברות התעופה הבינלאומיות, ומלבד זאת אין לחברה כל פעילות בישראל. משכל הפעילות המסחרית של המשיבה מתמצה במכירת כרטיסים, ולזו אין כמעט קשר כל קשר לישראל, לא נראה זאת כפעילות בישראל המצריכה את החלת חוק הגנת הצרכן. חיזוק למסקנה זו מצא בית המשפט בשני מקורות נוספים: (1) אמנת "שמים פתוחים" שנחתמה בין ישראל לבין האיחוד האירופי מתעלמת במפורש ולא מתייחסת לתחולת דיני הגנת הצרכן מדינתיים על חברות תעופה זרות; (2) עמדות הרגולטור וגורמים רשמיים נוספים (הרשות להגנת הצרכן, המועצה הישראלית לצרכנות ו-וועדה בין-משרדית בין משרדי התחבורה והאוצר נוכח יישום הסכם "שמים פתוחים" משנת 2013).⁶

שנית, בית המשפט קבע שהמבקש לא הוכיח כי תניית ברירת הדין, שמפנה לדין האנגלי, המצויה בתנאי השימוש בחוזה התובלה מהווה תניה מקפחת בחוזה אחיד. לצורך קביעה זו נעזר בית המשפט במבחנים שנקבעו בהלכת פייסבוק,⁷ כאשר באופן כללי לא מקובלת הגישה לפיה כל תניית ברירת דין הינה תניה מקפחת, ולצורך הוכחת הקיפוח על המבקש היה להוכיח שהדין האנגלי (אותו יש להוכיח כעניין שבעובדה)⁸ מקפח אותו ביחס לחוק הגנת הצרכן הישראלי. משקבע כי אין תחולה לחוק הגנת הצרכן וכי תניית ברירת הדין המפנה לדין האנגלי תקפה, דחה כאמור בית המשפט את בקשת האישור, אשר מבוססת כולה על עילות הנוגעות להפרת חוק הגנת הצרכן הישראלי.

אם כן, בית המשפט קבע קביעה תקדימית לפיה חוק הגנת הצרכן והזכות לפיצוי וביטול עסקאות מכר שנעשו מרחוק כאמור לא יחולו על חברות תעופה זרות שאין להן נציגות בישראל. מעבר להשלכות הרחוב הברורות של קביעה זו על שוק התעופה, ניתן לחשוב גם על השלכות רחבות דומות בתחומים צרכניים אינטרנטיים אחרים.⁹ זאת, ייתכן, אף בהיקפים גדולים במיוחד לעת הזו בעקבות השפעות מגפת הקורונה על רצון לקוחות לביטול עסקאות מכר שנעשו באתרי אינטרנט זרים מרחוק.¹⁰ מעבר לשאלה העקרונית כאמור, פסק הדין מהווה אפשרות לבחון את המתודולוגיה השיפוטית בכל הנוגע לשאלות של ברירת דין.

בשאלות של ברירת דין, קרי זיהוי הדין החל ביחס לשאלה משפטית מסוימת, מקובל במשפט הישראלי כי בכללי ברירת דין רב-צדדיים יש לאתר את הפתרון לפי המודל המסורתי, אשר לפיו נגיע לדין שצריך לחול לפי בחירת קטגוריה וחולית קישור.¹¹ באופן מובהק, ניכר שבית המשפט בעניינינו לא המשיג את פסק דינו

⁶ כפי שהן מובאות בפסי' 63-60 לפסק הדין.

⁷ רע"א 5860/16 Facebook Inc נ' אוהד בן חמו (פורסם בנבו, 31.05.2018) (להלן: הלכת פייסבוק). בית המשפט העליון קבע כי תניית שיפוט שהקנתה סמכות לבית משפט בקליפורניה בכל סכסוך עתידי הינה תניה מקפחת בחוזה אחיד ודינה להתבטל.

לעומת זאת, נקבע שתניית ברירת דין שהפנתה לדין המהותי שבקליפורניה אינה מקפחת כשלעצמה, ועל המשיב היה להוכיח את הקיפוח. משלא נעשה כך נקבע כי התובענה (ביחס לפייסבוק אירלנד) תתנהל בבית משפט ישראלי ולפי הדין המהותי הקליפורני.

⁸ מנשה שאוה "טיבו ואופן הוכחתו של הדין הזר במשפט האנגלו-אמריקאי ובמשפט הישראלי" עיוני משפט ג' 725, 729-730 (1973).

⁹ ראו למשל את ההשלכה האפשרית על שירותי הזמנת מלונות מחברות זרות דרך האינטרנט, כפי שמתארת אחת מעורכות הדין שייצגו את המשיבה, מיכל רז-חיימוביץ' "רכשתם כרטיס טיסה בחברה בלי נציגות בישראל? לא תקבלו החזר" גלובס 15.6.2020.

www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001332216

¹⁰ חשוב להדגיש כי אומנם האפשרות לתבוע חברות תעופה זרות בגין פגיעה בזכות הפיצוי והביטול של עסקה מרחוק לפי ס' 14 לחוק הגנת הצרכן, כדוגמת התביעה הזו, נחסמה, אך בפני צרכנים עומדות אפשרויות תביעות אחרות מכוח דינים אחרים, גם כלפי חברות תעופה זרות. ראו למשל את הדין, החל גם על חברות תעופה זרות, בכל הנוגע לזכויות בשל ביטול/שינוי טיסה לאור

[חוק שירותי תעופה \(פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתאריך\) \(נגיף הקורונה החדש – הוראת שעה – תיקון\), התש"ף-2020](#) כפי שמתואר באתר המועצה הישראלית לצרכנות.

¹¹ סיליה וסרשטיין פסברג משפט בין-לאומי פרטי 466-467 (נבו, 2013) (להלן: פסברג).

לפי המתודולוגיה הנ"ל. לכאורה, הקטגוריה המשפטית הרלוונטית לשאלת קיומה של זכות הפיצוי והביטול של כרטיס הטיסה יכולה להיות דיני חוזים (לאור הסכם תנאי השימוש שאותו מאשר הלקוח) או אולי דיני צרכנות/הגנת הצרכן. בדיני חוזים היינו פונים לכלל שנקבע בפסיקה (מבחן הסכמת הצדדים, ובהיעדרה מבחן "מירב הזיקות"),¹² ובדיני צרכנות/הגנת הצרכן השאלה מעט מסובכת יותר, שכן ס' 14 לחוק הגנת הצרכן הוא אינו חוליית קישור אלא רק מקנה זכות מהותית לפיצויים בגין ביטול עצמוני של עסקת מכר מרחוק, והוא לא כולל אלמנטים של חוליית קישור. מעבר לכך, יש לשים לב שהכנסת האלמנט האינטרנטי למשוואה מסבכת את ברירת הדין סיבוך נוסף, שכן עולות שאלות (שיכולות לעלות במבחן "מירב הזיקות" בדיני חוזים או אולי לחוליות קישור היפותטיות אחרות בדיני צרכנות כמו מקום הרכישה) ייחודיות לסיטואציות כאלו, וקשה, למשל, להגדיר מהו מקום רכישת המוצר כאשר זה נרכש על ידי לקוח בישראל במחשב באתר אינטרנט זר בבעלות חברה זרה.¹³

במקום ללכת למודל המסורתי של כללי ברירת דין רב-צדדיים, הלך בית המשפט לבחינת התחולה החד-צדדית של חוק הגנת הצרכן לפי בדיקת תחולתו הטריטוריאלית על כל החברות (גם אם הן זרות) אם יש להן נציג בארץ כאמור.¹⁴ לכאורה, משקבע בית המשפט שאין תחולה חד-צדדית לחוק הגנת הצרכן מהנימוקים שפורטו, ייתכן והיה מקום לפנות לכלל ברירת הדין הרב-צדדיים לפי המודל המסורתי.¹⁵ יש מקום לשער כי לאור אי-הבהירות, למשל בנוגע לחוליית הקישור בעניינים צרכניים, ובמיוחד בתת-הקטגוריה של דיני צרכנות אינטרנטיים כאמור, נטה בית המשפט להתרכז בשאלת התחולה החד-צדדית והעדיף לא להתעמק בשאלת כללי ברירת דין הרב-צדדיים, בין השאר מאחר והיא אכן התייתרה לאור קביעתו בנוגע לתוקפה של תניית ברירת הדין לאור הלכת פייסבוק.

נוסף על המודל המסורתי, ניתן לזהות את המודל לברירת דין שמציעה לנו הגישה כלכלית, ששמה דגש על האופן שבו עיצוב כללי ברירת הדין משפיעה על הפעילות (יצירת זיקות, רמת הפעילות, תמחור הפעילות וכו') של הצדדים מנקודת מבט אקס-אנטה.¹⁶ מעבר לשאלות בנוגע ליישום המודל המסורתי, פסק הדין מהווה דוגמא לדחייה של בתי המשפט את הגישה הכלכלית לשאלות של כללי ברירת דין רב-צדדיים. בית המשפט סירב לדון בטענות של הצדדים בדבר השפעות על מחיר כרטיסים אופציונלי אם ייקבע כלל משפטי כזה או אחר.¹⁷ עם זאת, אקס-אנטה נהיר שלו הייתה נקבעת למשל תחולה חד-צדדית של חוק הגנת הצרכן הישראלי על חברות זרות היה ניתן לשער שהפנייה לשוק הישראלי ויצירת הזיקות בישראל היו הופכות יקרות יותר לחברות הזרות שכעת יהיו חשופות לחוק הגנת הצרכן הישראלי (ולו משום שעליהן להתאים את עצמן לרגולציה הישראלית וללמוד אותה, ובהנחה שהדין הישראלי מכביד יותר במידה ניכרת ביחס לדינים זרים), מה שהיה מביא לתמחור גבוה יותר של כרטיסי הטיסה. כך בעניינינו אף ביתר שאת, שכן המשיבה הינה חברה לטיסות חסך ("Low Cost"), שאפשר לשער שהתמחור הנמוך שמאפיין טיסות כאלו לוקח בחשבון מעין "פרמיית וויתור" מסוימת של הצרכן על שירותים שונים ביחס לטיסות רגילות, ואולי בין השאר, כפי שטענה המשיבה, המודל הכלכלי הנ"ל מצדיק את אי-תחולת חוק הגנת הצרכן עלייה. גם כאן, חשוב להדגיש

¹² בג"ץ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, בפס' 18 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין, סב(3) 264 (2007).

¹³ אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט 514-515 (תשס"ג).

¹⁴ ראו הסבר על תחולה חד-צדדית בפסברג, לעיל ה"ש 11, בעמ' 143-145, 441-443.

¹⁵ אדגיש שביית המשפט בעניינינו אכן מתייחס לכלל ברירת הדין הרב-צדדיים בפס' 93-90 לפסק הדין, אך דוחה אותם לאור מסקנתו בנוגע לתקפותה של תניית ברירת הדין המפנה לדין האנגלי. חשוב לציין שבמידה ותניית ברירת הדין אכן תקפה והוסכמה בין הצדדים בחוזה, לא בטוח שכללי ברירת הדין הרב-צדדיים לפי המודל המסורתי היו משנים מתוצאת פסק הדין. אם היא לא הייתה עומדת, אז לפי הקטגוריה של דיני חוזים ומבחן "מירב הזיקות" ייתכן והייתה אפשרות ממשית יותר שהיינו פונים לדין הישראלי (גם אם עדיין מוגבלת).

¹⁶ אוריאל פרוקצ'יה ודפנה קפליוק מתקל דינים 523-524 (הגישה הכלכלית למשפט, אוריאל פרוקצ'יה עורך 2012).

¹⁷ פס' 97 לפסק הדין.

שלפי המודל של הגישה הכלכלית לא בטוח שהיינו מגיעים לתוצאה שונה בהכרח (בטרייד אוף בין תמחור גבוה יותר של כרטיסים ורתיעה של חברות זרות לפנות לשוק הישראלי, לבין רתיעה של צרכנים ישראלים לפנייה לחברות כאלו וכתלות בשאלה האם הם שונאי או אוהבי סיכון ביחס לאפשרות שבמידה וייבחרו לבטל את טיסתם לא יקבלו על כך פיצוי לפי החוק הישראלי).

לסיכום, פסק הדין מעלה שאלות מורכבות של משפט בינלאומי פרטי על רקע ההליך הייצוגי, ועל הייחודיות של ההליך הייצוגי במישור הבינלאומי. נוסף על הקביעה העקרונית ובעלת השלכות הנרחבות על השוק כאמור, ובמיוחד לאור היקף המסחר האינטרנטי ההולך וגובר, פסק הדין מעלה גם שאלות של המתודולוגיה השיפוטית ביחס לאופן ההתייחסות לכללי ברירת דין רב-צדדיים, הן בדחייה לכאורה של הגישה הכלכלית והן באי-הבהירות ביחס להתאמה למודל המסורתי. לבסוף, אציין שעל החלטת בית המשפט המחוזי הוגש ערעור לבית המשפט העליון,¹⁸ ונותר לצפות ולבחון האם וכיצד יתייחס בית המשפט העליון לשאלות הללו ואחרות.

¹⁸ הערעור הוגש ביום 22.7.20, ע"א 5089/20 עידו בשן נ' easyJet Airline Company Ltd.