

בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

18 במאי 2021

ת"א 50565-03-20 פלוני ואח' נ' ויוה פונדקאות בע"מ

לפני: כבוד השופט גיא הימן

התובעים:

1. פלוני

2. פלוני

נגד

הנתבעת: ויוה פונדקאות בע"מ

בשם התובעים: עו"ד תומר בראון

בשם הנתבעת: עו"ד אסף רצון

חקיקה שאוזכרה:

[חוק הבוררות, תשכ"ח-1968: סע' 5](#)

[חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982: סע' 3, 4, 4\(8\)](#)

החלטה

הסכסוך

1. עניינה של התובענה הוא בהסכם, שנקשר בין הצדדים, לקבלתם של שירותי ליווי בהליך של פונדקאות. התובעים הם בני זוג, המבקשים להביא ילד לעולם באמצעות הליך של פונדקאות ומכורח הדין, הקשה, אפשרי עבורם רק מחוץ לגבולות ישראל. לשם כך הם התקשרו עם הנתבעת, חברה העוסקת בליווי של זוגות ושל יחידים בהליכים של פונדקאות מחוץ לישראל. הצדדים הסבירו, שבמסגרת ההסכם התחייבה הנתבעת לכוון קשר בין התובעים לבין מוסדות שונים בהליך הפונדקאות ולתן להם ליווי שוטף לאורך ההליך.

הליך הפונדקאות, כך נטען, אמור היה להתבצע בדרום אפריקה באמצעות ביציות מופרות, שנשלחו מאוקראינה. למרבה הצער ההליך לא צלח. התובעים טוענים כי הנתבעת הוליכה אותם שולל. הכספים, שהם השקיעו, ירדו לטמיון והם מצאו את עצמם מול שוקת שבורה, ללא היכולת לעשות שימוש בביציות ונותרו בדרום אפריקה. בתובענה שלפני הם עתרו לשפותם על הוצאות שהוציאו ועל עוגמת הנפש מנת חלקם.

הבקשה ותניית הבוררות

2. הנתבעת ביקשה לעכב את ההליך מכוחו של [סעיף 5 לחוק הבוררות](#), התשכ"ח-1968, מחמת קיומה של תניית בוררות בהסכם שנקשר בין הצדדים. אביא תניה זו בלשונה:

"9. יישוב סכסוכים

9.1 כל סכסוך שיתגלע בין הצדדים בקשר עם הסכם זה, תוקפו, יישומו ופרשנותו, יועבר להכרעת בורר בדין יחיד מוסכם. בהעדר הסכמה על זהות הבורר, יועבר הסכסוך להכרעת המוסד לבוררות של לשכת עוה"ד בישראל. הבורר יהיה קשור לדין המהותי, לסדרי הדין ולדיני הראיות הנהוגים בבתי המשפט ויהיה חייב בניהול פרוטוקול ושמיעת טענות

הצדדים וכן בנימוק פסק הבורר. חתימת הצדדים על הסכם זה מהווה חתימה על הסכם בוררות כמשמעו [בחוק הבוררות](#) תשכ"ח-1968, וע'פ תנאי סעיף זה.

9.2 נדרשו הצדדים לפנות לבית המשפט בכל עניין הנוגע לקיום הבוררות יהיה בית המשפט המחוזי בתל אביב בית המשפט המוסמך באופן בלעדי לדון בכל עניין הכרוך בכך" (ההסכם צורף בנספח לכתב התביעה).

הנתבעת ביקשה לאכוף את התניה האמורה ולעכב, מכוחה, את בירורו של ההליך לפניו של בית משפט זה. היא פירטה את ההלכה ואת המבחנים, שבית המשפט נדרש להם בבקשות מעין אלו, לרבות הסבר מדוע עומד המקרה במבחנים הללו.

עמדות-הצדדים

3. התובעים התייחסו לתנית הבוררות כבר בכתב התביעה. לגישתם, אין היא יכולה לחייב אותם. התובעים הסבירו כי ההסכם נקשר רק לאחר, שכבר בוצעו רוב הפעולות המפורטות בו. הם הוסיפו וטענו שההסכם הוא חוזה אחיד, כמשמעותו [בחוק החוזים האחידים](#), התשמ"ג-1982 ותנית הבוררות היא תניה מקפחת, כמפורט [בסעיף 4\(8\)](#) לחוק. לגרסתם, עמידתה של הנתבעת על בירורה של התובענה בהליך של בוררות נועדה לחסום אותם מלתבוע את נזקם, שכן מדובר בהליך יקר, שהם יתקשו לעמוד בו. עוד סברו התובעים כי העמידה על הליך של בוררות יסודה בטעם זר של הנתבעת והוא מניעת את פרסומו של דבר ההליך הזה, המתנהל נגדה.

4. הנתבעת דחתה את הטענה כי החוזה הוא אחיד. ממילא, לגרסתה, זוהי עובדה הטעונה הוכחה מצדם של התובעים. בכל זאת מצאה הנתבעת מקום להתייחס גם לגופן של טענות. לגרסתה, היא מנהלת משא ומתן עם לקוחותיה ביחס לתנאים של ההסכם, בהתחשב בדרישותיהם של הלקוחות ובצרכים הייחודיים של כל אחד מהם. לאחר משא ומתן, נטען, עורכת הנתבעת בהסכמים את ההתאמות הנדרשות. גם מול התובעים עצמם, הסבירה זו, התנהל דין ודברים לגבי תנאיו של ההסכם ומכאן שההסכם שנקשר הוא פרטני, איננו חוזה אחיד ואינו מקפח. אשר לעלויותיו של הליך הבוררות, הנתבעת הצביעה על כך שקיימים הבדלים בין תעריפים של בוררים שונים ואפילו, שלהליך כזה מיתוספות עלויות, שאינן מאפיינות הליך מקביל בבית המשפט, אין הוא אינו מחייב תשלום של אגרה ובנוסף – משכו הוא קצר באופן

יחסי. לטענה כי הנתבעת מונעת מן הרצון למנוע פרסום של ההליך נגדה, השיבה זו כי הטענה משוללת שחר, שהרי התנאי נקבע בהסכם עוד לפני שנתגלע סכסוך.

ד"ן

5. אין חולק על כך, שהנתבעת עמדה בכל תנאיו של [סעיף 5 לחוק הבוררות](#), היינו, "היתה מוכנה לעשות כל הדרוש לקיום הבוררות ולהמשכה ועדיין היא מוכנה לכך". גדר-השאלה היא, אפוא, אך כלום יש לראות בתנית הבוררות – תניה מקפחת בחוזה אחיד.

6. [חוק החוזים האחידים](#) קובע כך:

3. תנאי מקפח וביטולו
 בית משפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו – בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות – משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות..."

4. חזקות
 חזקה על התנאים הבאים שהם מקפחים:
 ... (8) תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסויימות בערכאות משפטיות, או הקובע כי כל סכסוך בין הספק והלקוח יידון בבוררות.

(9) ...
 (10) תנאי הקובע מסירת סכסוך לבוררות כאשר לספק השפעה גדולה יותר מאשר ללקוח על תנאי הבוררות, לרבות קביעת הבורר, מקום הבוררות, תנאים שעל פיהם תתנהל הבוררות, אופן ניהול הבוררות וסדרי הדין בבוררות, והכול אף אם הספק הוכיח כי מסירת הסכסוך לבוררות כשלעצמה כאמור בפסקה (8) אינה מקפחת."

7. על היחס שבין הוראות אלו עמדה, במקובל להלן, כבוד הנשיאה אסתר חיות:

"חזקות הקיפוח שנקבעו בסעיף 4 [לחוק החוזים האחידים](#), אין בהן כדי לייתר את מבחן הקיפוח הכללי שנקבע

בסעיף 3 לחוק. על כן, השאלה האם עלה בידי ספק לסתור את חזקות הקיפוח הקבועות בסעיף 4, תיבחן אף היא על פי אמות המידה שנקבעו בסעיף 3. ובמילים אחרות – בין אם מדובר בתנאי אשר קמה לגביו חזקת קיפוח ובין אם לאו, על בית המשפט לבחון את התנאי ולקבוע אם יש בו משום 'קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות' על פי אמות המידה שנקבעו בסעיף 3 [לחוק החוזים האחידים](#). ההבדל בין תנאי שקמה לגביו חזקת קיפוח ותנאי שלא קמה לגביו חזקה כזו נעוץ, כמובן, בנטל ההוכחה. כאשר קמה חזקת קיפוח על הספק לסתור את החזקה ולהראות כי התנאי איננו מקפח בהינתן אמות המידה הקבועות בסעיף 3, ואילו כאשר מדובר בתנאי שאינו מקים חזקת קיפוח הנטל הוא על הלקוח להוכיח את הקיפוח. הנטל הראשוני להוכיח כי תנאי מסוים בחוזה אחיד נופל לגדר אחת מחזקות הקיפוח הקבועות בסעיף 4 לחוק, מוטל אף הוא על הלקוח" (רע"א 5860/16 Facebook Inc. נ' בן חמו, בפסקה 21 לפסק דינה (פורסם באתר הרשות השופטת, 31.5.2018)).

לאמור, תנית בוררות בחוזה אחיד תיבחן הן על פי הוראותיו של [סעיף 4 לחוק החוזים האחידים](#) והן בפריזמה של [סעיף 3 לחוק](#) זה. לא די, אם כן, בכך שתנית בוררות תהא חלק מתנאיו של חוזה אחיד, לפסילתה. אלא, יש לבחון את מכלול הנסיבות לרבות את המענה לשאלה אם קם לספק יתרון בלתי הוגן, שעלול לקפח את הלקוח.

8. בהידרשם לחזקות, המנויות [בסעיף 4 לחוק](#), התייחסו דברי ההסבר לו לכך, שלא כל תניה של בוררות תחשב לתנאי מקפח, אפילו אם היא חלק מתנאיו של חוזה אחיד:

"מוצע כי בפסקה (8) האמורה, במקום 'למעט הסכם בוררות מקובל' ייאמר 'למעט הסכם בוררות סביר'. בנוסח הקיים נראה הסייג רחב מדי [...] לפיכך, הבחינה צריכה להתמקד

בהיות ההסכם סביר, ואין חשיבות לשאלה אם הוא הסכם מקובל...

מוצע לתקן את פסקה (10) האמורה ולקבוע חזקת קיפוח במקרה של מסירת סכסוך לבוררות, כאשר לספק יש השפעה גדולה יותר מאשר ללקוח על תנאי הבוררות" (דברי הסבר להצעת [חוק החוזים האחידים](#) (תיקון מס' 4), התשע"א-2010, ה"ח הממשלה התש"ע 547).

בספרו על דיני-בוררות צדד המלומד ישראל שמעוני בגישה שלפיה כאשר לפנינו תנאי, הקובע הסדר מקובל לפתרונו של סכסוך בדרך של בוררות, אין בכך לשלול מן הלקוח את כוחו לפנות לערכאות או להגבילו. זאת, להבדיל מתנאי בחוזה אחיד, הקובע מקום שיפוט בלתי סביר או כזה, המעניק זכות בלעדית לספק לבחור את מקום השיפוט או הבוררות או שיש לו השפעה רבה יותר על ניהולה של הבוררות. אלה האחרונים יקימו חזקה של קיפוח (ישראל שמעוני, אופק חדש בבוררות: דיני בוררות עם ערכאת ערעור 221 (2014)).

באחת הפרשות, שבאו לפניו של בית-המשפט העליון, קבעה אמנם כבוד השופטת דליה דורנר כי תנית בוררות אשר כלולה בחוזה אחיד היא, לעולם, תנייה מקפחת ([רע"א 6450/01](#) שמחה אוריאל ובוניו, חברה להנדסה וקבלנות בע"מ נ' מכון טיפול בשפכי אשקלון, פ"ד נו(5) 769, 773 (2001)). אולם, דומה כי קביעה זו אינה משקפת את ההלכה והובאה בפסיקתה של כבוד הנשיאה חיות בעניין בן חמו שלעיל.

למקרה דנן

9. מן הכלל – לענייננו. אפילו אם ייקבע, ואיני מוצא צורך לקבוע מסמרות בשלב זה של הדיון, כי ההסכם שנקשר בין הצדדים הוא חוזה אחיד, הרי לאחר שבחנתי את לשונה של תנית הבוררות אינני סבור, שהיא תניה מקפחת. אמת, הוראתו של הסעיף התשיעי להסכם שבין הצדדים לא מעניקה יתרון כלשהו לנתבעת על פניהם של התובעים. הבורר, כקביעתה של הוראת הסעיף, נקבע בהסכמה בין שני הצדדים, ובהיעדרה – בידי גורם חיצוני, ניטרלי לסכסוך. למעלה מכך, לא מצאתי בהוראה זו כל יסוד לחשש כי האמור בה עלול להרתיע את התובעים מנקיטתם של הליכים משפטיים. הליך של בוררות שונה הוא מן ההליך בבית המשפט במובנים אחדים. לכל מן הצדדים עשויים להיות בו יתרונות בהשוואה להליך בבית המשפט וגם חסרונות. אין כל יסוד לקביעה כללית, ואף לא לקביעה פרטנית בנסיבותיו המסוימות של המקרה שלפני, כי הליך של בוררות יהיה, במכלול היבטיו, יקר יותר מן ההליך בבית המשפט. ממילא מאפשר ההליך הזה, כמו ההליך בבית המשפט, מתן מענה לסוגיה של

הוצאות, עם ההכרעה בו לסופו. לא מצאתי בסיס עוד לחשד כי מניע זר הוא שביסוד העלאתה של הטענה בדבר בוררות.

10. אין, אפוא, יסוד לפסילתה של תנית הבוררות ומאחר שנהיר כי את יתר תנאיו של הדין היא מקיימת, הרי שתניה זו חולשת על סוגו של ההליך. ההליך בבית משפט זה יעוכב והמחלוקת תועבר להתברר לפני בורר/ת, שעל זהותו/ה יסכימו הצדדים. לא תגובש הסכמה כזאת עד יום 13.6.2021, יודיעו הצדדים לבית המשפט אם ניתן לקיים את הוראת ההסכם בדבר פנייה למוסד לבוררות של לשכת עורכי הדין, שספק אם עודו פעיל ואם לא, מה מבוקש.

המזכירות תקבע תזכורת פנימית ליום 14.6.2021.

כיוון, שההליך מצוי בשלב מוקדם מאד (טרם הוגש ולו כתב הגנה), איני עושה צו להוצאות.

ניתנה היום, ז' בסיון התשפ"א, 18 במאי 2021, שלא במעמד-הצדדים.

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

גיא הימן 54678313-/
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה