הצעת חוק החוזים האחידים (תיקון מס' 4): עיון ביקורתי

משה גלברד[*] ויהודה אדר[**]

א. מבוא

ב. חזקות קיפוח

1. תיקונים בחזקות הקיפוח הקיימות

א) העברת נטל הוכחה

ב) הגבלה על גישה לערכאות והגבלה על זכות הטיעון

ג) קיפוח הנוגע לתניית בוררות

2. חזקת קיפוח חדשה: הצהרת לקוח

3. הרהורים נוספים

א) חזקות קיפוח המותנות בהוכחת אי-סבירות

ב) תניה המרחיבה תרופות של הספק

ג) לשון בלתי ברורה

ג. הליך האישור של חוזה אחיד בבית הדין

1. כישלונו של ההסדר המשפטי הקיים

2. הרפורמה המוצעת

א) שני תיקונים – שתי גישות

ב) תיקון מס' 3 – גישה חיובית, מהוססת וחלקית

ג) תיקון מס' 4 – גישה שלילית, מהוססת וחלקית

ד. סוגיית התחולה בזמן של החלטות בית הדין

1. תחולה רטרוספקטיבית – הכלל או החריג?

2. שיקולים רלבנטיים להחלת החריג

ה. סייגים לתחולתו של החוק

1. סייג התמורה הכספית

א) היקף המונח "תמורה כספית" והיחס בינו לבין מנגנוני עדכון-מחיר.

ב) מנגנון עדכון או תמורה נקובה – מצבי גבול

ג) עניינים אחרים הנוגעים לתמורה הכספית

ד) תמורה כספית שמשלם הספק ללקוח

2. תניה התואמת חיקוק

א) כללי

ב) מבחן "תכלית החיקוק"

ג) תנאים שאושרו בחיקוק

ו. שונות

1. תניה הפוטרת ספק מאחריות לגרימת נזק גוף או למעשה זדון

2. אכיפה של החלטות בית הדין

א) הצגת הבעיה

ב) הרחבת סמכויות בית הדין

---

[*] מרצה בכיר, בית הספר למשפטים המכללה האקדמית נתניה; חבר בית הדין לחוזים אחידים.

[**] מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה; חבר בית הדין לחוזים אחידים. אנו מבקשים להודות לפרופ' סיני דויטש, למערכת כתב העת "חוקים" ולקורא האלמוני על הערותיהם. כמו כן אנו מבקשים להודות לעוזרי המחקר גב' חגית לוין ועו"ד אפי צמח על עזרתם המסורה.

ג) תחולה על כל חוזה "הזהה במהותו"

ד) תחולה על ספק חלופי

3. פרסום החלטות בית הדין

ז. במקום סיכום: מבט לעתיד

תקציר

בחודש יוני 2012 עברה בכנסת בקריאה ראשונה הצעת חוק החוזים האחידים (תיקון מס' 4), התשע"א-2010. הצעת החוק – שתוכנה זהה לזה של פרק החוזים האחידים שבהצעת חוק דיני ממונות – היא רחבת היקף וכוללת הצעות לשינויים במספר רב של עניינים. המאמר מביא בפני הקורא את עיקרי התיקונים והחידושים המוצעים ובתוך כך בוחן אותם בחינה ביקורתית. המאמר אף מציע תיקונים ותוספות שלדעת המחברים ראוי להכניס בהצעה בטרם תאושר כחוק.

בפרק השני של המאמר נבחנים התיקונים המוצעים בחלק מחזקות הקיפוח הקיימות בחוק: חזקת הקיפוח הדנה בהעברת נטל הוכחה מהלקוח אל הספק; חזקת הקיפוח הנוגעת בהגבלות על זכות הגישה לערכאות ועל זכות הטיעון של הלקוח וחזקת הקיפוח שעניינה תניות בוררות. בנוגע לתניות בוררות מוצע במאמר לקבוע בחוק הבחנה בין תניות בוררות בחוזים אחידים צרכניים לבין תניות בוררות בחוזים אחידים מסחריים. במסגרת הפרק נבחנות גם ההצדקות לחזקת הקיפוח החדשה הנכללת בהצעת החוק, שעניינה בתניות הכוללות הצהרות של הלקוח. בסוף הפרק מוצע לשקול הוספתן של שתי חזקות קיפוח חדשות לחוק: האחת נוגעת בתניות המרחיבות את זכויותיו של הספק לתרופות והאחרת עניינה בתניות בחוזים אחידים צרכניים המנוסחות בלשון בלתי ברורה.

במסגרת הצעת החוק נכללת גם החלפתו של פרק ג לחוק הקיים – הדן בבקשה לאישורו של חוזה אחיד בפני בית הדין לחוזים אחידים – בפרק חדש. מוצע להחליף את הליך האישור בהליך בחינה, תוך יצירת חסם-סף בפני ספקים המבקשים לאשר את חוזיהם בבית הדין. בנוסף מוצע בהצעת החוק כי החסינות בת חמש השנים, המוקנית כיום לחוזה שאושר, תוחלף בחזקה (הניתנת לסתירה) של היעדר קיפוח, שתחול אף היא למשך חמש שנים. הרפורמה בפרק ג לחוק היא אחד מהתיקונים המשמעותיים ביותר שבהצעת החוק. הפרק השלישי של המאמר מבקר את הרפורמה המוצעת.

בפרק הרביעי של המאמר נבחנת סוגיית התחולה בזמן של החלטות בית הדין. על פי סעיף 18(א) לחוק הקיים, החלטה של בית הדין על ביטול או שינוי של תניה מקפחת תחול באופן פרוספקטיבי בלבד. כחריג לכך, מסמיך סעיף 18(ב) לחוק את בית הדין לחוזים אחידים להחיל את החלטתו גם על חוזים שנכרתו לפני מתן ההחלטה. בהצעת החוק מוצע להפוך את החריג לכלל ואת הכלל לחריג: דהיינו, לאמץ כברירת מחדל כלל של תחולה פרוספקטיבית ורטרוספקטיבית גם יחד, ולהותיר את האפשרות של תחולה פרוספקטיבית טהורה כחריג הכפוף לשיקול דעתו של בית הדין. המאמר דן בהצדקות לשינוי וכן בשיקולים שעל בית הדין לשקול בעת שיבקש לסטות מהכלל המוצע.

במסגרת הצעת החוק מוצעים תיקונים בשני הסייגים המרכזיים לתחולתו של החוק: הסייג הקובע כי החוק לא יחול על תנאי הקובע את התמורה הכספית שישלם הלקוח (סעיף 23(א)(1) לחוק) והסייג לפיו החוק לא יחול על תנאי התואם תנאים שנקבעו או אושרו בחיקוק. אגב הצגת השינויים המוצעים, בוחן המאמר את ההצדקות לשני הסייגים הללו ואת שאלת היקפם הראוי.

במסגרת הפרק השישי למאמר נבחנת ההצעה להוסיף לחוק הוראה הקובעת את בטלותה של תניה הפוטרת ספק מאחריות לגרימת נזקי גוף או למעשה זדון. העמדה המוצגת במאמר היא שההוראה החדשה רצויה ומוצדקת, אם כי לאו דווקא מהטעמים המנויים בדברי ההסבר להצעת החוק. בנוסף נבחנים במסגרת הפרק השישי השינויים החשובים הנכללים בהצעת החוק בנושא אכיפת החלטות בית הדין ובנושא פרסום החלטות בית הדין. לצד סקירת השינויים המוצעים, מובאות במאמר הצעות להרחבתם והשלמתם של התיקונים הללו.

א. מבוא

לאחרונה אושרה בכנסת בקריאה ראשונה הצעת חוק לתיקון חוק החוזים האחידים.[1] מאז חקיקתו, לפני כשלושים שנה, נעשו בחוק החוזים האחידים[2] שלושה תיקונים בלבד.[3] בניגוד לתיקוניו הקודמים של החוק, שהיו נקודתיים, הצעת החוק הנוכחית היא מקיפה. היא כוללת הצעות לשינויים במספר רב של עניינים, מהם הנוגעים בהיבטים מהותיים ובעלי חשיבות עקרונית. עיון בהצעת החוק ובדברי ההסבר מעלה כי חלק מהתיקונים הכלולים בהצעה נובעים מלקחים שונים שהופקו בעקבות שלושים שנות פעולתו של החוק הקיים, בעוד שחלק מהתיקונים מהווה תגובה להחלטות שיפוטיות שהתקבלו בשנים האחרונות בבית המשפט העליון ובבית הדין לחוזים אחידים.[4]

התיקונים הכלולים בהצעת החוק למעשה זהים לאלה המופיעים בהצעת חוק דיני ממונות, בפרק העוסק בחוזים אחידים.[5] ברם מאחר שהליכי החקיקה של הצעת חוק דיני ממונות - שאמורה לאגד, לתקן ולעדכן את החקיקה האזרחית בישראל – עלולים להימשך זמן רב, פועל משרד המשפטים ליישם חלק מהחידושים שהוצעו בהצעת חוק דיני ממונות באמצעות תיקוני חקיקה נפרדים.[6]

---

1 הצעת חוק החוזים האחידים (תיקון מס' 4), התשע"א-2010, ה"ח 294 (להלן: הצעת החוק או ההצעה). ההצעה אושרה בכנסת בקריאה ראשונה ביום 18.6.2012.

2 חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן: חוק החוזים האחידים או החוק). חוק זה החליף חוק ישן: חוק החוזים האחידים, התשכ"ד-1964. החלפתו של החוק הישן באה על רקע האכזבה מן השימוש המועט שנעשה בו. לעניין זה ראו את דברי המבוא להצעת חוק החוזים האחידים, התשמ"ב–1981, ה"ח 1556, וכן: סיני דויטש, "חוק החוזים האחידים: כשלון ולקחים לעתיד" **מחקרי משפט** א 62 (1980); גבריאלה שלו **דיני חוזים** 608-611 (מהדורה שנייה, התשנ"ה, 1995) (להלן: **שלו**).

3 התיקון הראשון לחוק תיקן את חזקת הקיפוח שבסעיף 4(9) לחוק: חוק החוזים האחידים (תיקון), התשס"ד-2004, התקבל בכנסת ביום י"ב בסיון התשס"ד (1 ביוני 2004), הצעת החוק ודברי הסבר פורסמו בהצעות חוק 3135, מיום ט' בתמוז התשס"ב (19 ביוני 2002), עמ' 662. התיקון השני לחוק היה טכני באופיו ונעשה במסגרת סעיף 26 לחוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2006), התשס"ו-2006, ס"ח תשס"ו, 306. במסגרת התיקון נעשה שינוי לשוני בסעיפים 16(א) ו-25(א)(6) לחוק והוספו המילים "והסחר ההוגן" לאחר המילים "הממונה על הגנת הצרכן". התיקון השלישי לחוק התקבל בשנת 2010: חוק החוזים האחידים (תיקון מס' 3), התש"ע – 2010, התקבל בכנסת ביום י"ט בסיוון התש"ע (1 ביוני 2010). הצעת החוק ודברי הסבר פורסמו בהצעות חוק 310, מיום י' באדר התש"ע (24 בפברואר 2010), עמ' 110. לדיון מפורט בתיקונים הראשון והשלישי לחוק ראו (בכרך זה): שמואל בכר ומשה גלברד "חוק החוזים האחידים: עיון מחדש בעקבות תיקוניו" .....

4 ראו לדוגמה את החידושים הנדונים להלן בפרקים ב.2 ו-ה.1.(ב).

5 הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח 712. הפרק הדן בחוזים אחידים הוא הפרק השמיני בחלק המשנה השני (הוראות מיוחדות לחוזים) בחלק השלישי (חיובים) של הצעת החוק. לפי ההצעה יפוצל חוק החוזים האחידים, כך שההוראות המהותיות המסדירות את הפיקוח השיפוטי על חוזים אחידים יכללו בפרק החוזים האחידים שבחוק דיני ממונות, בעוד שההוראות המנהליות בדבר הרכב בית הדין ואופן הדיון בו נותרות בחוק החוזים האחידים. בעקבות כך אף מוצע לשנות את שמו של חוק החוזים האחידים הקיים לחוק החוזים האחידים (בית הדין) (ראו סעיף 931 להצעת חוק דיני ממונות).

6 ראו לדוגמא את הצעת חוק המשכון, התשע"ב-2012, ה"ח 476.

רשימה זו מביאה בפני הקורא את עיקרי התיקונים והחידושים הכלולים בהצעת החוק: פרק ב' של המאמר דן בתיקונים המוצעים לגבי חזקות הקיפוח שבחוק וכן בחזקת קיפוח חדשה שמוצע להוסיפה לרשימת החזקות הקיימת, הדנה בהצהרות שנדרש הלקוח להצהיר במסגרת החוזה האחיד. פרק ג' של המאמר דן ברפורמה המוצעת בנוגע להליך אישורו של חוזה אחיד (נושא המוסדר כיום בפרק ג' לחוק). פרק ד' דן בתיקונים המוצעים בנושא התחולה הרטרוספקטיבית של החלטות בית הדין (נושא המוסדר כיום בסעיף 18 לחוק). הפרק החמישי מנתח את השינויים המוצעים בנושא הסייגים השונים לתחולת החוק. בפרק השישי נדונה ההוראה החדשה המוצעת בנוגע לתניה הפוטרת ספק מאחריות לגרימת נזקי גוף או למעשה זדון. כמו כן נדונים בפרק זה החידושים שבהצעה שתכליתם לאפשר אכיפה יעילה יותר של החלטות בית הדין, וסוגיית פרסום החלטותיו של בית הדין.

בצד הסקירה האמורה, מצאנו לנכון להציע מספר תיקונים וכמה תוספות שניתן וראוי לדעתנו להכניס בהצעה הנוכחית, וזאת עוד בטרם תובא זו לאישורה הסופי של הכנסת.

ב. חזקות קיפוח

סעיף 4 לחוק החוזים האחידים מונה רשימה של תניות (המכונות בחוק "תנאים") שלגביהם קובע החוק חזקת קיפוח. משמעותה של קביעה זו היא כי משעה שהוכח כי התניה החוזית הנדונה נקבעה בחוזה אחיד, וכי האמור בה מקיים את אחד מסעיפי המשנה של סעיף 4 לחוק – קמה חזקה משפטית – הניתנת לסתירה – כי התניה האמורה היא מקפחת. משהוכח כי מתקיימת חזקת קיפוח, עובר הנטל אל כתפי הספק לנסות ולסתור את החזקה.[7] לשם כך על הספק לשכנע את בית המשפט או את בית הדין כי "בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות" (כלשונו של סעיף 3 לחוק) אין בתניה משום קיפוח.

יש להבין את חשיבותן הרבה של חזקות הקיפוח בעיקר לאור מאפייניו המיוחדים של החוזה האחיד. החוזה האחיד – ובמיוחד החוזה האחיד הצרכני, שבו הלקוח הוא יחיד הניצב למול ספק שהוא גוף מסחרי מקצועי – שונה הוא מחוזה שאינו אחיד בהיבטים משמעותיים ביותר.

ראשית, בניגוד למצב הפרדיגמאטי החל על חוזה רגיל, חוזה אחיד אינו נכרת לאחר משא ומתן בין הצדדים אלא מוגש ללקוח כ"מוצר-מדף" מבלי שנבחנים ונשקלים צרכיו והעדפותיו.[8] שנית, תנאיו של החוזה האחיד נקבעים ומעוצבים מראש בידיו של הספק מבלי מעורבות ממשית

---

[7] ראו לדוגמה רע"א 1108/10 **מאיר חברה למכוניות ומשאיות בע"מ נ' ברפי**, פס' 7 (פורסם ב"נבו", 07.04.2010), שם נקבע כי משעה שמתקיימת אחת מחזקות הקיפוח, "נטל ההוכחה להראות כי התניה אינה מקפחת מוטל על כתפי הספק".

[8] ראו בהקשר זה את עמדתו של ארתור אלן לף, שלפיה חוזה אחיד צרכני הוא בבחינת מוצר-מדף לא פחות ממושא ההתקשרות עצמו: "…it is in fact arguable that the contract is more of a "thing" than the goods which are sold pursuant to it." Arthur Allen Leff,*Contract As Thing*, 19 AM. U. L. REV. 131, 146-147 (1970). לעמדה מרוככת יותר הרואה בחוזה אחיד חוזה לכל דבר ועם זאת רואה בו מוצר-מדף המוני המיוצר בסרט נע ראו: אוריאל פרוקצ'יה, "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לעירפול מושגי-היסוד במשפט", **משפטים** יח 395 (1988), בעמ' 421.

של הלקוח ומבלי שניתנת לו האפשרות להשפיע על תוכן החוזה. שלישית, הלקוח, ביודעו ובהכירו את השפעתו המוגבלת על עיצוב תנאי החוזה מוותר בדרך כלל על עיון בו ועל לימוד תנאיו. זאת ועוד: לעתים קרובות אין בכוחו של הלקוח להבין את פרטי החוזה ולרדת לעומקו, אפילו יעיין ויעמיק בכתוב בו.[9]

רביעית, מאפיין חשוב נוסף של החוזה האחיד, שאיננו מאפיין בהכרח את ההתקשרות החוזית הרגילה הוא האמון שחש הלקוח כלפי החוזה, אשר מבוסס על ההנחה כי בהיות החוזה מוצר-מדף, המשמש להתקשרויות עם לקוחות רבים, תנאיו הם סבירים ומקובלים.[10] חמישית, ואולי המאפיין החשוב מכל: מערכת היחסים שבין הספק והלקוח מתאפיינת בדרך כלל – לא רק עובר לכריתת החוזה, אלא גם לאחר מכן – בקיומם של פערי כוחות משמעותיים לטובת הספק: הן מבחינת העוצמה הכלכלית של הספק בהשוואה ללקוח, הן מבחינת הידע המקצועי העומד בדרך כלל לרשותו בכל הנוגע למרכיבי העסקה ולמשמעותם הכלכלית, והן מבחינת הידע המשפטי והיכולת להפעיל מנופים משפטיים למימושן של הזכויות שמעניק לו החוזה האחיד כלפי הלקוח.

לאור המאפיינים הללו של החוזה האחיד ונוכח עמדת הנחיתות האופיינית שבה מצוי הלקוח חשיבותן המעשית של חזקות הקיפוח שקובע החוק היא רבה. ראשית, הן משמשות כתמרור-אזהרה מפני תנאים מקפחים. הקטגורית השונות המנויות בסעיף מאפשרות "לסמן" תניות בחוזה ולזהותן כחשודות מראש בהיותן בעלות פוטנציאל קיפוח.[11] שנית, בדיעבד, כאשר מתגלע סכסוך בין הצדדים לחוזה האחיד, חזקות הקיפוח מסייעות ללקוחות – ולגופים הציבוריים שהופקדו מכוח החוק על שמירת האינטרסים שלהם – להוכיח את הקיפוח. זאת, כאמור, על ידי העברת הנטל לסתור את חזקת הקיפוח אל כתפי הספק, שניסח את התניות החשודות בקיפוח ובחר לכלול אותן בחוזה.[12]

בהצעת החוק מוצע להכניס תיקונים בשלוש מחזקות הקיפוח הקיימות בחוק, ולהוסיף לרשימת החזקות שבסעיף 4 חזקת קיפוח חדשה. בשורות הבאות נציג את התיקונים ונעמוד על

---

[9] לעיון בטעמים לתופעה מוכרת זו ראו: Lewis A. Kornhauser, *Comment: Unconscionability in Standard Forms*, 64 CAL. L. REV. 1151, 1163 (1976) ("In general the consumer will not have read any of the clauses, and most will be written in obscure legal terms"); Daniel T. Ostas, *Postmodern Economic Analysis of Law: Extending the Pragmatic Visions of Richard A. Posner*, 36 AM. BUS. L .J. 193, 227 (1998) ("Typical consumers do not read such documents carefully. If they did, they might not understand the 'legalistic' language"). ראו גם ע"ש (י-ם) 195/97 **היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי לישראל בע"מ** (פורסם ב"נבו", 10.06.2004) (להלן: עניין **בנק לאומי**) בפס' 397: "...בהתחשב בטיבו של החוזה, מורכבותו ובכך שהלקוח הרגיל ממילא אינו יכול להשפיע על תוכנו, סביר להניח שחלק גדול של החותמים על החוזה לא יקראו את החוזה".

[10] למאפיין זה של החוזה אחיד יש, כמובן, גם יתרונות בלתי מבוטלים. בין אלה ניתן לציין את החיסכון בעלויות עסקה ובעלויות נוספות עבור הספקים – חיסכון המשרת בעקיפין גם את אינטרס הלקוח ברכישת מוצרים מגוונים יותר במחיר זול יותר, תוך מימוש אוטונומיית הבחירה שלו. מעבר לכך, במישור הפסיכולוגי מעניקה ההתקשרות בחוזה אחיד ללקוח תחושת בטחון, וזאת לנוכח הידיעה כי החוזה הוא אחיד ושוויוני כלפי המתקשרים כולם. להרחבת העיון ביתרונות האמורים ובמעלות נוספות של החוזה האחיד ראו: בכר וגלברד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 5-7 והאסמכתאות המובאות שם; שלו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 606-605; שמואל בכר "תוכן קונקרטי לדוקטרינות עמומות: ניתוח התנהגותי של חוזים אחידים" **עיוני משפט** לג 277, 282-283 (2010); Shmuel Becher, *Asymmetric Information in Consumer Contracts: The Challenge that is Yet to be Met*, 46 AM. BUS. L .J. 723 (2008).

[11] לתפקיד זה של חזקות הקיפוח ראו ורדה לוסטהויז וטנה שפניץ **חוזים אחידים** 64 (התשנ"ד, 1994).

[12] ככל שמדובר בהליך בפני בית הדין, הנהנה מהעברת נטל ההוכחה אינו הלקוח עצמו כי אם היועץ המשפטי לממשלה או גוף אחר (רשות ציבורית או ארגון לקוחות) שנקבע בתקנות כבעל מעמד בהליכים לפני בית הדין. ראו סעיף 16(א) לחוק. לדיון כללי במשמעותן של חזקות הקיפוח בחוק החוזים האחידים ראו עוד: שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 631-633; לוסטהויז ושפניץ, לעיל ה"ש 11, בעמ' 79.

משמעותה של חזקת הקיפוח החדשה. לבסוף, נצביע על תיקון נוסף שיש לערוך לדעתנו בחזקות הקיימות וכן על חזקות נוספות שייתכן וראוי להוסיף לחוק.

1. תיקונים בחזקות הקיפוח הקיימות

א) העברת נטל הוכחה

סעיף 4(7) לחוק החוזים האחידים מחיל חזקת קיפוח על "תנאי המטיל את ההוכחה על מי שנטל זה לא היה עליו אילולא אותו תנאי". הצעת החוק מבקשת לאמץ נוסח חדש שלפיו חזקת הקיפוח תחול רק על "תנאי המטיל את נטל ההוכחה על הלקוח, ואלמלא אותו תנאי נטל זה לא היה מוטל עליו".[13]

כפי שניתן לראות, ההבדל בין הניסוחים נוגע לזהות הצד שעליו תחול החזקה: בעוד שכיום חזקת הקיפוח מנוסחת באופן הדדי, הנוסח החדש מבהיר כי רק תניה חוזית המכבידה על הלקוח – להבדילה מתניה המעבירה נטל הוכחה ממנו אל הספק – היא שתיכנס בגדרי הסעיף. התיקון המוצע הוא הגיוני ומתבקש. אין סיבה למנוע מהספק לקבל על עצמו נטל הוכחה המוטל על פי דין על הלקוח. תניה שכזו לא זו בלבד שלא תקפח את זכויות הלקוח, אלא שהיא מיטיבה עימו.

אף על פי כן, יש להודות כי מן הבחינה המעשית חשיבותו של התיקון אינה רבה. אכן, שעה שהעברת נטלי הוכחה מהספק אל הלקוח היא חיזיון נפרץ,[14] יש יסוד לשער כי התופעה ההפוכה אינה שכיחה בתחום החוזים האחידים.

ב) הגבלה על גישה לערכאות והגבלה על זכות הטיעון

הצעת החוק כוללת שני תיקוני נוסח בחזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(8) לחוק הקיים. הוראה זו מחילה היום חזקת קיפוח על "תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסוימות בערכאות משפטיות, **או להיזקק להליכי משפט אחרים**, והכל למעט הסכם בוררות **מקובל**". על פי המוצע יימחקו מהנוסח הנוכחי המילים "או להיזקק להליכי משפט אחרים". כן מוצע להמיר את המילים "הסכם בוררות מקובל" במילים "הסכם בוררות סביר".[15] מהי תכליתם של שינויי נוסח אלה ומהי משמעותם?

נראה כי מטרתו העיקרית של הראשון מבין שני תיקוני הנוסח המוצעים (זה המבקש לגרוע את המילים "או להיזקק להליכי משפט אחרים") היא לשרטט באופן ברור יותר את קו הגבול המבחין בין סעיף 4(8) לחוק לבין סעיף 5 לחוק, וכך לבטל חפיפה מסוימת המתקיימת כיום בין שתי ההוראות. במה דברים אמורים? סעיף 5 קובע את בטלותה של תניה בחוזה אחיד השוללת או המגבילה את זכות הלקוח לפנות לערכאות. ההצדקה לשלילת התוקף מתניה כזו היא שהיא פוגעת פגיעה אנושה בזכות הגישה לערכאות, הנתפסת בשיטת המשפט שלנו כזכות יסוד

---

[13] הצעת החוק, לעיל ה"ש 1, בסעיף 1(1).

[14] ראו לדוגמה: ע"א 6916/04 **בנק לאומי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 34-38 (פורסם ב"נבו", 18.02.2010) (להלן: ערעור **בנק לאומי**); ח"א (חוזים אחידים) 8002/02 **המפקח על הבנקים נ' הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ**, פס' 214-223 (פורסם ב"נבו", 01.10.2009) (להלן: עניין **הבנק הבינלאומי**); ת"א (שלום ת"א) 15067/05 **גולדשמידט רנה נ' שלמה השכרת רכב בע"מ**, פס' 43-46 (פורסם ב"נבו", 09.01.2008); ת"א (שלום אש') 3718/03 **מועלם נתן נ' מנורה, חברה לביטוח בע"מ**, פס' 15 (פורסם ב"נבו", 03.07.2005)

[15] הצעת החוק, לעיל ה"ש 1, בסעיף 1(2).

חוקתית.[16] על שלילה של זכות זו – ואפילו על הגבלתה – מגיב החוק תגובה נוקשה וחריפה: על הוראה כזו בחוזה מוחלת חזקה חלוטה של קיפוח, שאינה ניתנת לסתירה על ידי הספק, ותוצאתה היא בטלות התניה (זאת במובחן מהכלל הרגיל, המסמיך את בית המשפט או את בית הדין לבטל או לשנות את התניה המקפחת אך אינו מחייבם לעשות כן).

לעומת ההגנה הנוקשה שמעניק סעיף 5 לחוק ללקוח מפני פגיעה בזכותו לגשת לערכאות, מיועדת חזקת הקיפוח שבסעיף 4(8) לפרוש את הגנתה על זכות שונה של הלקוח – הלא היא הזכות להעלות טענות מסוימות במסגרת הליך משפטי שהוא מנהל נגד הספק (להלן: זכות הטיעון).[17] חזקת הקיפוח מבהירה כי שלילה או הגבלה של זכות הטיעון בפני ערכאות – להבדילה מהזכות הבסיסית יותר לגישה לערכאות – אינה מקימה אלא חזקת קיפוח רגילה. חזקה זו – אם לא תיסתר בידי הספק – תוכל להצדיק ביטול או שינוי של התניה המגבילה. קו הגבול הרעיוני בין שתי ההוראות הוא אפוא ברור: בעוד שסעיף 5 חל על שלילת עצם הגישה לערכאות, הרי הנחת המוצא להחלתו של סעיף 4(8) היא שהגישה לערכאות קיימת, אלא שבעניינים מסוימים לא יוכל הלקוח לממש אותה, בשל התחייבותו להימנע מטיעון משפטי בסוגיה כזאת או אחרת. אלא שהמילים "או להיזקק להליכי משפט אחרים", המופיעות בנוסחו של סעיף 4(8) מטשטשות במידה ניכרת את קו הגבול האמור. ניסוח זה מחיל לכאורה את חזקת הקיפוח הרגילה לא רק על הגבלות על האפשרות להעלות טענות קונקרטיות, אלא על עצם האפשרות להיזקק להליך משפטי, קרי, על זכות הגישה לערכאות עצמה. במצב הקיים נוצרה אי בהירות בשאלה אילו מבין ההוראות יש להחיל על תניה חוזית אחידה השוללת מהלקוח – ואפילו באופן חלקי – את זכות הגישה לערכאות.[18] מחיקתן של מילים אלה מהסעיף עתידה לחדד את קו הגבול בין שתי ההוראות וכך למנוע התדיינות מיותרת בשאלת הדין החל באזור החפיפה ביניהן. הנוסח החדש

---

[16] לוסטהויז ושפניץ, לעיל ה"ש 11, בעמ' 98. לזכות הגישה לערכאות ולהתפתחותה עד למעמד של זכות יסוד חוקתית ראו: יורם רבין "זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית (בעקבות ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ)" **המשפט** ה 217 (2000). תניה החוסמת לחלוטין פניה לערכאות אף תיחשב לכזו הנוגדת את תקנת הציבור. כך מימים ימימה: ע"א 393/54 **צבי אילני נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל** פ"ד י 1693, 1696-1698 (1956) וכך גם היום: ע"א 1480/04 **מליבו ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הבינוי והשיכון**, פס' 17 (פורסם ב"נבו", 17.09.2006); ע"א 6234/00 **ש.א.פ. בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ** פ"ד נז(6) 769, 789 (2003); ע"א 3369/98 **מנהל מקרקעי ישראל נ' רוזנטל** פ"ד נה(4) 52, 63-64 (2001); דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים** כרך א 378-380 (התשנ"א, 1991). ראו גם ע"א 3833/93 **לוין נ' לוין**, פ"ד מח(2) 862, 874-876 (1994) שם נקבע: "גישה חופשית ויעילה אל בית המשפט היא זכות יסוד... ובית המשפט אמור להגן עליה כמו על זכויות יסוד אחרות". נזכיר כי הצעת חוק יסוד: זכויות במשפט קובעת, בסעיף 3, כי "לכל האדם הזכות לפנות לרשויות שיפוטיות לשם הגנה על זכויותיו".

[17] דוגמה אופיינית להוראה המגבילה את זכות הטיעון היא סעיף בחוזה אחיד הקובע שפעולה מסוימת של הלקוח (כגון קבלת חזקה בממכר) תיחשב כויתור מצידו על טענות מסוימות כנגד הספק (כגון טענת אי-התאמה לפי חוק המכר). דוגמה מעניינת אחרת נוכל להביא מחוזה אחיד של אחת מחברות הסלולר, שבו נכללת הוראה הקובעת בזו הלשון: "מילא הלקוח משוב בדבר איכות השירות ו/או הממכר בסמוך לקבלתם במרכז השירות, וציונו הכולל של משוב זה לא ירד מ-5.5, ייחשב הדבר כויתור הלקוח על טענה עתידית הנוגעת לאיכות השירות ו/או הממכר שנתקבל במרכז השירות ביום מילוי המשוב על ידו". דוגמות טיפוסיות נוספות הן: סעיף שבו הלקוח מתחייב להימנע מלהעלות טענה הנוגעת לשינוי מאוחר בתוכן החוזה שנעשה בעל פה – ושעליו הסתמך הלקוח – כל עוד השינוי לא נערך בכתב; הוראה בחוזה המקצרת (לעניין תביעה של הלקוח) את תקופת ההתיישנות הקבועה בדין; סעיף המורה כי מסמכים מסויימים של הספק ישמשו ראיה מכרעת להוכחת עניין מסוים, באופן השולל מהלקוח אפשרות להעלות טענה נוגדת בהסתמך על מסמכים וראיות אחרות. להרחבה בהקשר זה ולדוגמות נוספות ראו לוסטהויז ושפניץ, לעיל ה"ש 11, בעמ' 98-99; שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 634.

[18] פרופ' גבריאלה שלו הציעה להתמודד עם בעיית התיאום הנוצרת באזורי-החפיפה שבין ההוראות באופן מדרגי-היררכי. הווי אומר: הוראתו הגורפת של סעיף 5 ראוי שתיסוג מפני ההסדרים הספציפיים המובאים בסעיף 4 לחוק. ברוח זו סברה שלו כי ראוי לפרש את הוראות סעיף 5 בצמצום, תוך החלתו במקרי קיצון ועל הגבלות חמורות בלבד על זכות הגישה לערכאות. שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 633-634. גישה דומה הובעה על ידי בן-נון, חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 37-48 (מסדרת **פירוש לחוקי החוזים** בעריכת גד טדסקי, התשמ"ז-1987), בעמ' 51.

מבהיר כי תניה הפוגעת בזכות הגישה לערכאות עצמה היא בכל מקרה בטלה, וכי חזקת הקיפוח הרגילה תחול רק על הגבלות נקודתיות יותר הנוגעות לזכות הטיעון בלבד.

תיקון זה הוא רצוי ומבורך. עם זאת, דומה כי גם אם יתקבל התיקון עלול עדיין להיוותר על כנו קושי מסוים הנוגע לתחום התפרסותה של הוראת סעיף 5 לחוק ולקו הגבול המבחין בינה לבין סעיף 4 לחוק. הסיבה לכך היא שסעיף 5 חל לא רק על תניה השוללת את זכות הגישה לערכאות משפטיות, אלא גם על תניה המגבילה זכות זו. מנוסח הסעיף ניתן להניח כי תניה כזו נבדלת מתניה השוללת לחלוטין את זכות הגישה. הנחה זו מעוררת שוב שאלה לגבי תחום חפיפה אפשרי בין חלק זה של סעיף 5 לבין חלק מחזקות הקיפוח שבסעיף 4. כך, לדוגמא, תניה בחוזה אחיד הקובעת מקום שיפוט, אשר סוטה מכללי מקום השיפוט הקבועים בדין ואשר מקום השיפוט שנקבע בה מרוחק ממקום מגוריו של הלקוח באופן שעלול להקשות עליו מאד בניהול הליכים משפטיים כנגד הספק. תניה כזו יכולה להיחשב כמגבילה את זכות הגישה לערכאות, אך בו בזמן חלה לגביה גם חזקת הקיפוח שבסעיף 4(9) לחוק.

על מנת למנוע חפיפה אפשרית בין הוראות סעיף 5 לבין הוראות סעיף 4 לחוק, אנו מציעים לפרש את החלק בסעיף 5 הדן בתניה המגבילה את זכות הפניה לערכאות, באופן שיחול רק על הגבלה הקרובה במהותה - או שקולה ממש - לשלילה מוחלטת של זכות הגישה. יתר על כן, אנו מציעים שסעיף 5 לא יחול במצבים בהם ההגבלה האפשרית על זכות הגישה נופלת גם לגדר אחת מהחזקות שבסעיף 4 לחוק. דוגמה להגבלה מסוג זה היא, למשל, תניה בחוזה המחייבת את הלקוח להפקיד סכום כסף גבוה מאד בידי צד שלישי כתנאי מוקדם להגשת תביעה כנגד הספק. אנו סבורים כי רק הגבלה הקרובה במהותה לשלילת זכות הגישה מצדיקה החלת דין נוקשה של בטלות. לעומת זאת, כאשר מדובר בהגבלה נקודתית ומצומצמת יותר (כגון קביעת מקום שיפוט שאינו נוח ללקוח, או הגבלה של הלקוח מלהשמיע טענות משפטיות מסוימות), קביעת חזקה חלוטה של קיפוח הגוררת עימה בטלות אוטומטית (כהוראת סעיף 5 לחוק) נראית כסנקציה בלתי מידתית הפוגעת יתר על המידה בחופש ההתקשרות של הצדדים. במקרה כזה מתאים להפעיל פתרון "רך" יותר, בדמות חזקת קיפוח הניתנת לסתירה בידי הספק.

לפיכך, היינו מציעים, בנוסף לתיקון המובא בהצעת החוק, להוסיף הבהרה ברוח זו לסעיף 5 לחוק. דהיינו, להבהיר כי החלופה של "הגבלה" על זכות הפנייה לערכאות תחול רק על הגבלה הדומה במהותה לשלילת הזכות וכי היא לא תחול על מצבים המוסדרים במסגרת חזקות הקיפוח שבסעיף 4 לחוק.

כאמור, התיקון השני המוצע לגבי סעיף 4(8) הוא להמיר את המילים "הסכם בוררות מקובל" המופיעות בסיפא לו במילים "הסכם בוררות סביר". מדברי ההסבר להצעה עולה כי הטעם לשינוי טמון ברצון לצמצם את היקף פרישתו של הסייג לחזקת הקיפוח הקבועה בסעיף. זאת, לאור ההנחה שהגבלה על זכות הטיעון של לקוחות עשויה שלא להקים חזקת קיפוח רק אם היא נכללת בהסכם בוררות "סביר" – להבדילו מהסכם בוררות "מקובל".[19]

---

[19] בלשונה של ההצעה: "...ייתכן שהסכם בוררות מסוים יהיה מקובל בתחום, ועדיין יהיה בו משום קיפוח של לקוחות". הצעת החוק, לעיל ה"ש **Error! Bookmark not defined.**, בעמ' 769. שאלת פירושו הנכון של הביטוי "מקובל" והיחס בינו לבין הביטויים "הוגן" או "סביר" נדונה בפסיקתו של בית המשפט העליון. גישה שלפיה, לפחות בהקשר לעילת העושק שבחוק החוזים הכללי, אין זהות בין המושגים, הובעה על ידי השופט שמגר בע"א 719/78 **איליט נ' אלקו**, פ"ד לד(4) 673, (1980), פס' 7. ברע"א 6339/97 **רוקר נ. סלומון**, פ"ד נה(1)

על פניו, זהו הסבר מתקבל על הדעת. החלפתו של המונח "מקובל" במונח "סביר" משרתת את המטרה של צמצום היקפו של הסייג לחזקה שבסעיף 4(8), ומבחינה זו ניתן להצדיקה. עם זאת, מתבקשות בעניין זה שתי הערות: ראשית, יתרון זה מושג במחיר של החרפת אי הוודאות המשפטית השוררת בשאלת היקף תחולתה של חזקת הקיפוח הנדונה. התיקון מחליף את המושג "מקובל", שהוא מושג שסתום שיישומו כרוך בהפעלה של שיקול דעת שיפוטי נרחב, במושג "סביר", שהעמימות הטבועה בו רבה עוד יותר.[20] אנו סבורים כי את התוצאה (הרצויה כשלעצמה) של המרת המבחן האמפירי ("מקובל") במבחן ערכי-נורמטיבי של הוגנות ניתן היה להשיג בדרך טובה יותר, ומבלי לשלם את המחיר הגבוה שכרוך בהמרתו במבחן של "סבירות". תוצאה כזו ניתן היה להשיג אילו, במקום הנוסח המוצע, היה התיקון יוצר זיקה בין הסייג שבסיפא לסעיף 4(8) לבין סעיף 4(10) לחוק, כמובהר להלן.

חזקת הקיפוח שבסעיף 4(10) עוסקת בהסכמי בוררות. כפי שיובהר בסעיף הבא לרשימה, במסגרת הצעת החוק מוצע להרחיב את היקף תחולתה של חזקה זו כך שתכסה תנאים בעייתיים נוספים הקשורים להסכמי בוררות.[21] בנסיבות אלה לא יהא זה בלתי סביר להניח כי הסכם בוררות שאינו כולל תנאים הנופלים לגדרו של סעיף 4(10) (המשופר) הוא לכאורה הסכם בוררות הוגן ולמצער, הסכם שאין מקום לאמץ לגביו חזקת קיפוח. את התוצאה של שלילת תחולתה של חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(8) על הגבלת זכות טיעון בהסכם בוררות הוגן ניתן היה אפוא להשיג – בדרך מדויקת יותר – על ידי סיוג החזקה כך שהיא לא תחול על הסכם בוררות שתנאיו אינם נופלים לגדרו של סעיף 4(10). דומה כי דרך זו יש בה כדי לתחום את הסייג הקבוע בסעיף 4(8) סיפא באופן מדויק יותר – ויעיל יותר. אגב כך תחוזק גם ההרמוניה בין הוראות המשנה השונות של סעיף 4 לחוק.

הערתנו השנייה נוגעת למיקומו ה'גיאוגרפי' של הסייג האמור – מיקום המשפיע בתורו על היקף תחולתו. הסכם בוררות, מטיבו, שולל בדרך כלל לא רק את זכות הטיעון של הצדדים לו בעניינים מסוימים (עניין המוסדר בסעיף 4(8) לחוק) אלא גם – ובמיוחד – את זכותם של הצדדים להסכם הבוררות לפתוח בהליכים משפטיים בבית משפט.[22] מאליו מובן כי ככל שמדובר בהסכם או בתניית בוררות המוחרגים אל מחוץ לגדר חזקת הקיפוח שבסעיף 4(8) לחוק, קל וחומר שאין להחיל לגביהם את דין הבטלות הנוקשה הקבוע בסעיף 5. דא עקא, שסעיף 5 לחוק אינו כולל סייג המתייחס להסכם בוררות. בנסיבות אלה עלולה להישמע טענה הנוגעת לבטלותו של הסכם בוררות בהיותו מגביל או שולל את זכות הגישה לערכאות (זאת, אף אם הוא עומד בדרישות

---

199 (1999) נתגלעה בשאלה זו מחלוקת בין השופטים חשין וברק, בהקשר לפירוש המושג "דרך מקובלת" בהוראות תום הלב שבחוק החוזים הכללי. בעוד שהנשיא ברק אחז בפירוש שלפיו דרך מקובלת היא הדרך הנוהגת בפועל, והמשקפת "מציאות קיימת" (שם, פס' 17 לפסק דינו), סבר השופט חשין כי דרך מקובלת אינה יכולה להיות אלא "דרך ההגינות", המקובלת במובן הנורמטיבי (שם, פס' 8 לפסק דינו). לסוגיה ראו גם אצל לוסטהויז ושפניץ, לעיל ה"ש 11, בעמ' 84.

[20] כך לפחות לפי הגישה שאינה מזהה בין "מקובל" לבין "סביר" (ראו בהערה הקודמת). בעוד ש"סבירות" אינו אלא קריטריון נורמטיבי, הכפוף לפרמטרים שונים ומשתנים ולמדיניות שיפוטית, המונח "מקובל" מציב קריטריון דסקריפטיבי-אמפירי, ומבחינה זאת הוא מדויק יותר. לחסרונות השימוש במושג ה"סבירות" בחקיקה האזרחית ראו מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" **משפטים** יז 321, 325-326, 331-332 (1987). כן ראו הדיון בספרה של שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 250.

[21] ראו להלן דיוננו פרק ב.1(ג) של המאמר.

[22] סעיף 5 לחוק הבוררות, תשכ"ח-1968. על הקושי המיוחד שמעורר עניין זה בהקשרים צרכניים ראו דיוננו להלן בפרק ב.1(ג).

הסיפא לסעיף 4(8) לחוק). על מנת למנוע התדיינות מיותרת סביב שאלה זו אנו מציעים לקבוע את הסייג הכלול בסעיף 4(8) סיפא (במתכונתו המשופרת המוצעת על ידינו בפסקה הקודמת) גם בסעיף 5 לחוק.

ג) קיפוח הנוגע לתניית בוררות

התיקון האחרון שהצעת החוק מבקשת להכניס בסעיף 4 לחוק עניינו בהרחבת היקפה של חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(10) לחוק. כפי שכבר צוין, חזקה זו עוסקת בתנאים הנוגעים להליך בוררות העשוי להתקיים בין הספק לבין הלקוח. כיום חלה החזקה רק לגבי "תנאי הקובע מסירת סכסוך לבוררות כאשר לספק השפעה גדולה יותר מאשר ללקוח על קביעת הבוררים או מקום הבוררות". מתכונת זו היא מצומצמת מדי. קביעת הבוררים או מקום הבוררות אינם הנושאים היחידים הנוגעים בבוררות ואשר יש בהם פוטנציאל לקיפוח לקוחות. לאור זאת מרחיבה ההצעה את היקף תחולתה של חזקת הקיפוח האמורה, כך שתחול על כל תנייה הנוגעת לבוררות והמעניקה לספק כוח להשפיע השפעה גדולה יותר על הסדר הבוררות. ההרחבה מושגת בהצעה על-ידי הגדרת המונח "תנאי הבוררות" באמצעות רשימה לא סגורה של תניות בוררות טיפוסיות העלולות לקפח לקוחות. אלה כוללות, על פי סעיף 1(3) להצעת החוק, תניות העוסקות בין היתר ב: "קביעת הבורר, מקום הבוררות, תנאים שעל פיהם תתנהל הבוררות, אופן ניהול הבוררות וסדרי הדין בבוררות."

הרחבה זו של חזקת הקיפוח שבסעיף 4(10), כך שתחול לא רק על קביעת הבוררים ומקום הבוררות, היא רצויה ומתבקשת וזאת נוכח הצורך להגן על הלקוח, אשר מצוי, כפי שכבר הובהר לעיל, בעמדת נחיתות לעומת הספק. עם זאת, ספק בעינינו אם המבחן לתחולת החזקה – שהוא כיום מבחן השפעתו היתרה של הספק על קביעת התניה – מתאים לכל סוגי התניות הנוגעות לבוררות. מבחן ההשפעה היתרה רלבנטי לדעתנו בעיקר לעניין קביעת זהותו של הבורר. אכן, כאשר הספק הוא שקובע את זהות הבורר באופן בלעדי או אפילו כאשר יש לו "השפעה גדולה יותר" (כלשונו של החוק) על עניין זה, עלול הדבר לעורר חשש ממשי למשוא פנים בהליך הבוררות וממילא גם חשש לקיפוח זכויותיו של הלקוח. ברם, אין כן הדבר לגבי תניות אחידות המסדירות עניינים אחרים הנוגעים לבוררות. לגבי תניות אלה אנו מציעים להחיל מבחן שונה, שלפיו ייקבע אם יש מקום להחיל עליהן חזקת קיפוח. נבהיר את עמדנו.

מרבית העניינים הנוגעים לניהול הבוררות מוסדרים בהוראות חוק הבוררות, תשכ"ח-1968 ובשתי התוספות הכלולות בו. התוספת הראשונה, שאליה מפנה סעיף 2 לחוק הבוררות, קובעת את הכללים שיחולו – בהיעדר הסכמה נוגדת – על כל הסכם בוררות. בין היתר קובעת התוספת הוראות הנוגעות למינוי בוררים, כללים הקובעים את המקום שבו יש לערוך את ישיבות הבוררות, את מועדיהן, את סדרי ישיבות הבוררות, את סדרי הדין שעל פיהם תתנהל הבוררות, כללים הנוגעים למינוי מומחים, ללוח הזמנים של הבוררות, כללים הקובעים את זכותם של הצדדים לעיין בתיק הבוררות, ועוד. פרק ד' לחוק הבוררות דן אף הוא במהלך הבוררות. הוראותיו עוסקות, בין היתר, בהזמנת עדים, בדרכי גביית עדות, בסעדים זמניים, בהארכת תקופות לפעולות הבורר ועוד. ואילו פרק ה' לחוק עוסק בעניינים שונים הנוגעים לפסק הבוררות, לרבות צורת הפסק, סמכות הבורר לתקנו והליכי הערעור על הפסק.

התוספת השניה לחוק הבוררות חלה – לפי סעיף 21א לחוק – על הליכי הערעור על פסק הבורר, וזאת כאשר הוסכם בין הצדדים כי הערעור יוגש ויתנהל אף הוא בפני בורר (אחר).[23] התוספת השניה קובעת, בין היתר, את מועדי הגשת הערעור והתשובה לערעור, את אופן הגשתו של ערעור נגדי, את אופן ניהול ישיבות הבוררות בערעור ותיעודן, ואף את המועד והאופן שבו יינתן פסק הבורר בערעור.

עינינו הרואות כי ההוראות המרשות (דיספוזיטיביות) הקבועות בחוק הבוררות מכסות ומתייחסות לרובם המכריע של העניינים הנוגעים לניהולו של הליך בוררות. ניתן להניח כי ההסדרים שנקבעו בדין משקפים כללים הוגנים ומאוזנים, המבטיחים הליך הוגן ושוויוני לכל הצדדים להליך הבוררות. לפיכך, אנו סבורים כי לפחות ככל שהדברים אמורים בתניות אחידות הנוגעות לענייני בוררות שהוסדרו במפורש בחוק הבוררות (על שתי תוספותיו), מן הראוי שהמבחן שיחלוש על הקביעה אם התניה מקימה חזקת קיפוח יהיה מבחן הסטייה מהחוק.

ראוי להדגיש כי באימוצו של מבחן זה – המוצע על ידינו כתחליף למבחן "ההשפעה היתרה" (של הספק) על תנאי הבוררות – אין משום חידוש מרחיק לכת. אכן, המעיין בסעיף 4 לחוק החוזים האחידים יבחין בנקל כי מבחן הסטייה מהוראות הדין – כמבחן להתקיימותה של חזקת קיפוח – עובר כחוט השני לאורך סעיפי המשנה שבו.[24] מבחן הסטייה מהוראות הדין (הדיספוזיטיבי) מיושם בחוק החוזים האחידים על נושאים מהותיים ודיוניים כאחד. כך, לדוגמה, חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(1) לחוק מבוססת על סטייה מהוראות הדין הקובעות את היקף אחריותו של הספק כלפי הלקוח. על מבחן דומה מושתתת חזקת הקיפוח שבסעיף 4(3) לחוק. חזקת הקיפוח שבסעיף 4(6) מבוססת אף היא על סטייה מהוראות הדין המעניקות זכות או תרופה ללקוח. הוא הדין בחזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(7) – הנוגעת לתחום דיני הראיות – והמציעה את מבחן הסטייה מהחוק כמבחן לבחינתן של הוראות הנוגעות להעברת נטלי הוכחה. לבסוף, גם חזקת הקיפוח שבסעיף 4(9), הנוגעת לעניינים שבסדרי דין (קביעת מקום שיפוט), מבוססת על מבחן הסטייה מהדין הכללי החל על קביעת מקום השיפוט.[25]

ביסוד כלל חזקות-הקיפוח הנזכרות עומדת הנחת יסוד משותפת והיא, כי ההוראות שנקבעו בדין משקפות הסדר מאוזן שאינו מקנה יתרון בלתי הוגן לאיש מן הצדדים הנוגעים בדבר.[26]

---

[23] ראו סעיף 21א(א)(2) לחוק הבוררות, תשכ"ח-1968. סעיף 21א לחוק וכן התוספת השנייה הוספו במסגרת חוק הבוררות (תיקון מס' 2), התשס"ט- 2008, ס"ח 2186. התיקון התקבל בכנסת ביום ז' בחשוון התשס"ט (5 בנובמבר 2008); הצעת החוק ודברי הסבר פורסמו בהצעות חוק הכנסת 191, מיום ט"ז בטבת התשס"ח (25 בדצמבר 2007), עמ' 78.

[24] עמד על כך בית המשפט בת"א (י-ם) 701/05 **היועץ המשפטי לממשלה נ' חברת מוסף המכרז של המדינה בע"מ**, פס' 10 (פורסם ב"נבו", 12.08.2007): "מבחן הקיפוח שבחוק החוזים האחידים הוא מבחן שקשה עד מאד להפעילו בחלל ריק. על מנת לבחון האם תנאי מסוים נותן הגנה הולמת לאינטרסים הלגיטימיים של הספק **נדרשים אנו לאמת-מידה למולה נוכל להעמיד את התנאי, ולבחון את השלכותיו. אמת-מידה זו היא במקרים רבים ההוראה שתחול על יחסי הצדדים אילולא אותו תנאי בחוזה האחיד**. כך לעניין הפעלת מבחן הקיפוח הכללי שבסעיף 3 לחוק. כך לעניין תחולת החזקות שבסעיף 4 לחוק (ראו במיוחד החזקות הקבועות בסעיפים 4(1), 4(6) ו- 4(7) לחוק החוזים האחידים)" [ההדגשה הוספה].

[25] במקור אימץ סעיף 4(9) מבחן עמום של סבירות, בקובעו כי: "תנאי הקובע מקום שיפוט בלתי סביר, או המעניק לספק זכות לבחור על דעתו בלבד את מקום השיפוט או הבוררות שבהם יתברר סכסוך" הוא תנאי המקים חזקת קיפוח. מבחן הסבירות הקבוע ברישא פורש בפסיקה באופן שהפך את חזקת הקיפוח לאות מתה. בעקבות זאת תוקן החוק בשנת 2004, באופן שמבחן הסבירות הוחלף במבחן הסטייה מהדין. בעניין זה ראו ביתר הרחבה במאמרם של בכר וגלברד, לעיל ה"ש 3, בעמ' _____.

[26] נקודת מוצא זו עומדת גם ביסודו של סעיף 23(א)(2) השולל את תחולת החוק על תניות התואמות "תנאים שנקבעו או אושרו בחיקוק". הרעיון העומד ביסוד הוראה זו – כי הסדר קונקרטי שהתגבש בחיקוק טומן בחובו את כלל השיקולים והאינטרסים של המעורבים בסוגיה ולפיכך אינו יכול להיות מקפח – הוכר בפסיקתו של בית

החלטתו של הספק לסטות מההסדר החוקי (המרשה) במסגרת חוזהו האחיד צריך שתדליק, כך מצווה המחוקק הישראלי, "נורה אדומה" המצביעה על חשש ממשי לקיפוחו של הלקוח.[27] אנו סבורים כי מכוח אותם שיקולים ממש ראוי להחיל מבחן דומה גם לגבי חזקת הקיפוח שבסעיף 4(10). מוצע אפוא לקבוע בסעיף 4(10) כי "תנאי בוררות" כהגדרתם בחוק ייחשבו כמקימים חזקת קיפוח כל אימת שהם משקפים חריגה מהוראות הדין. כך, כאמור, להוציא תניות הנוגעות לקביעת זהותו של הבורר – עניין שלגביו אנו מציעים להותיר על כנו את מבחן ההשפעה היתרה הנוהג כיום. לגבי כל יתר העניינים הנוגעים לבוררות, המבחן לכינון חזקת הקיפוח יהיה מבחן הסטייה מהדין. מבחן זה הוא הולם יותר, בהיר יותר, ולדעתנו אף תורם לקוהרנטיות של החוק, בהיותו משתלב באופן הרמוני יותר עם יתר חזקות הקיפוח שבסעיף 4 לחוק.

לבסוף, אנו מבקשים להעלות הרהור נוסף בנוגע לתניות בוררות בחוזים אחידים. הוראותיו של חוק החוזים האחידים – הקיימות והמוצעות כאחד - משקפות גישה אוהדת למדי כלפי תניות בוררות. על פי האמור בסעיף 4(8) לחוק, תניה המהווה הסכם בוררות מקובל (על פי נוסח החוק הקיים) או סביר (על פי הנוסח המוצע) אינה נחשבת לכזו השוללת או מגבילה את זכות הגישה לערכאות. יתר על כן, על פי האמור בסעיף 4(9) לחוק, כל עוד תניית הבוררות היא מאוזנת, דהיינו אינה מקנה יתרון לספק בקביעת הבוררים או מקום הבוררות (על פי הדין הקיים) ובשאר נושאי הבוררות (על פי הדין המוצע), אין היא נחשבת למקפחת. אלא שלדעתנו, ייתכן שיש מקום להבחין בעניין זה בין תניות בוררות בחוזים אחידים צרכניים לבין תניות בוררות בחוזים אחידים מסחריים. הגישה הגורסת כי תניית בוררות סבירה ומאוזנת אינה מקפחת ואינה מגבילה את זכות הגישה לערכאות נכונה לדעתנו רק ביחס לתניות בוררות בחוזים אחידים מסחריים. לעומת זאת, ככל שמדובר בחוזים צרכניים, עלולה תנייה כזו לעורר חשש ממשי לקיפוח וזאת בעיקר משתי סיבות: ראשית, כאשר מדובר בסכסוך כספי בסכום נמוך (וחלק ניכר מהסכסוכים הצרכניים הם אכן כאלה), העלויות הכרוכות בניהול בוררות עלולות להיות גבוהות באופן משמעותי לעומת העלויות הכרוכות בהגשת תביעה בבית המשפט לתביעות קטנות. עצם קיומה של תניית בוררות עלול לשמש לפיכך מחסום בפני מימוש זכויותיו של הלקוח. שנית ועיקר: קיים חשש כי תניית בוררות בחוזה צרכני המחייבת את הלקוח לברר כל סכסוך וכל תביעה שיש לו כנגד הספק רק בהליך בוררות, עלולה לשמש חסם בפני הגשת תובענות ייצוגיות. לקוח שיפנה לבית המשפט בתובענה ייצוגית עלול לעמוד בפני טענה מצד הספק לעיכוב הליכים בהתאם לסעיף 5 לחוק הבוררות. קבלת טענה כזו בידי בית המשפט משמעותה המעשית היא חסימתה של התובענה הייצוגית. לאור העובדה שתובענות ייצוגיות מהוות כיום אמצעי חשוב ביותר להגנה על זכויות צרכנים ולהרתעתם של עוסקים מפני התנהלות פוגענית ומקפחת כלפי לקוחות, אנו סבורים כי החשש מפני שימוש אפשרי בתניות בוררות לשם חסימתן של תובענות ייצוגיות צריך להחשיד

המשפט העליון. ראו לדוגמה ע"א 825/88 **ארגון שחקני הכדורגל בישראל – עמותה נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל**, פ"ד מח(5) 89, 101 (1991). לעיון במהותם – האידיאלית ולא האמפירית – של הסדרים מרשים הקבועים בחקיקה האזרחית ראו מאמרו של אוריאל פרוקצ'יה, לעיל ה"ש 8. ביקורת על טיעון זה מובאת במאמרו של גד טדסקי "על הדין הדיספוזיטיבי" **עיוני משפט** טו 5 (1990). לתגובה ולביקורת על הביקורת ראו אוריאל פרוקצ'יה "הדין הדיספוזיטיבי באספקלריה של פרופ' גד טדסקי" **עיוני משפט** טו 385 (1990).

[27] לוסטהויז ושפניץ, לעיל ה"ש 11, בעמ' 83: "כל סטייה מהוראות חוק דיספוזיטיביות נחשבת כבלתי-סבירה לכאורה". לתמיכה ברעיון שלפיו סטייה מכלל ברירת מחדל הקבוע בדין בלא הצדקה מיוחדת, וכן ניסיון להגביל את היקף תחולתם של חוקים ותקנות יש בהם משום ניחוח של קיפוח ראו: ע"א 568/88 **חברת בית יהונתן בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, מה(2) 385 (1991); עניין **בנק לאומי**, לעיל ה"ש 9.

תניות אלה כמקפחות.[28] אנו מציעים לפיכך לשקול שינוי נוסף בחזקת הקיפוח הנוגעת לבוררות, באופן שכאשר מדובר בחוזה אחיד צרכני, לא יהיה די בכך שתניית הבוררות תהיה סבירה ומאוזנת על מנת שלא תחול חזקת הקיפוח. דרישה נוספת כלפי תניית בוררות כזו צריכה להיות שהיא לא תמנע מהלקוח את האפשרות להגיש תביעה בבית המשפט לתביעות קטנות וכן לא תמנע הגשת תובענה ייצוגית.

2. חזקת קיפוח חדשה: הצהרת הלקוח

פרט לתיקונים בחזקות הקיפוח הקיימות, כוללת הצעת החוק גם חזקת קיפוח חדשה. חזקה זו מחילה את עצמה על כל "תנאי" (כלשונו של החוק) "שלפיו נדרש הלקוח להצהיר על מעשה שעשה, על מודעותו לעניין מסוים, או על דבר מה אחר, או לאשר אותו, ובכלל זה תנאי שלפיו נדרש הלקוח לאשר או להצהיר כי קרא את החוזה או כי הוא מסכים לחוזה או לתנאיו".[29]

תניה בחוזה אחיד הקובעת כי הלקוח קרא את החוזה וכי הוא מבינו ומסכים לתנאיו היא חיזיון נפרץ. הלכה ידועה ומושרשת בדיני החוזים מורה אותנו כי חתימתו של אדם על חוזה מקימה חזקה חלוטה כמעט שאותו אדם הסכים לתוכנו של אותו חוזה (להלן: חזקת "חתמת – הסכמת").[30] חזקה זו חלה, כך מקובל להניח, אפילו יעלה בידיו של אותו אדם להוכיח כי כלל לא קרא את החוזה שעליו חתם.[31] על צד הרוצה לסתור את החזקה ולטעון כי לא הבין את תוכן החוזה ולכן אינו מחויב על פיו מוטל נטל כבד.[32] עליו להוכיח כי התקיימו נסיבות קיצוניות

---

[28] הסוגיה של חסימת תובענות ייצוגיות צרכניות באמצעות תניות בוררות העסיקה בעשור האחרון הן את בתי המשפט והן את הספרות המשפטית בארה"ב ובקנדה. מבין שלל המאמרים שעסקו בנושא ראו, לדוגמא: Jean R. Sternlight and Elizabeth J. Jensen, *Mandatory Arbitration: Using Arbitration to Eliminate Consumer Class Actions: Efficient Business Practice or Unconscionable Abuse?* 67 LAW & CONTEMP. PROB. 75 (2004); Shelley McGill, *Consumer Arbitration Clause Enforcement: A Balanced Legislative Response*, 47 AM. BUS. L. J. 361 (2010); Michael Schafler and Norman Emblem, *Arbitration of Consumer Claims in Canada: Reality or Myth?* 20 Can. ARB. & MED. J. 58 (2011) ;David S. Schwartz, *Claim-Suppressing Arbitration: The New Rules*, 87 IND. L. J. 239 (2012). לפסק דין מרכזי בסוגיה זו של בית המשפט העליון בארה"ב ראו: *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 131 S. Ct. 1740 (2011). לפסק דין עדכני של בית המשפט העליון הקנדי ראו: *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15.

[29] הצעת החוק, לעיל ה"ש **Error! Bookmark not defined.**, בסעיף 1(4).

[30] לעיגונה של החזקה המשפטית האמורה ראו: ע"א 4839/92 **יוסף גנז נ' מרדכי כץ** פ"ד מה(4) 749, 756 (1994); ע"א 658/88 **קוטרמן נ' קרן תורה ועבודה**, פ"ד מז(2) 598, 602 (1993); ע"א 571/79 **דירות מקסים בע"מ נ' ג'רבי**, פ"ד לז(1) 589, 604 (1983); ע"א 1548/96 **בנק איגוד לישראל בע"מ נ' זהבה לופו**, פ"ד נד(2) 559, 570 (2000); ע"א 1513/99 **חיים דטיאשוויילי נ' בנק לאומי לישראל בע"מ**, פ"ד נד(3) 591, 594 (2000); ע"א 6645/00 **שלמה ערד עורך דין נ' ז'אק אבן**, פ"ד נו(5) 365, 375-378 (2002); ע"א 6799/02 **משולם יולזרי נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ – סניף בורסת היהלומים**, פ"ד נח(2) 145, 149-150 (2003).

[31] ראו לדוגמה: ע"א 413/79 **אדלר חברה לבנין בע"מ נ' מנצור**, פ"ד לד(4) 29, 38-39 (1980). ההלכה הנדונה בטקסט אינה מונעת, כמובן, את האפשרות לבטל את החוזה בשל פגמים בכריתתו, או לטעון לבטלותו (או לבטלותן של הוראות ספציפיות הכלולות בו) בשל היותו מנוגד לחוק או לתקנת הציבור. זאת ועוד: אין בחזקת "חתמת-הסכמת" כדי לשלול מצד לחוזה את האפשרות לטעון כי תניות מסוימות בחוזה שעליו חתם הן בגדר "תנאים מקפחים" בחוזה אחיד. לעניין זה ראו: שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 627; אריאל פורת "חוזים אחידים" דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ג 729, 750-751 (התשס"ד, 2003).

[32] ראו למשל: ע"א 467/64 **שוויץ נ' סנדור**, פ"ד יט(2) 113, 117 (1965); רע"א 8242/05 **דואק נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ** (פורסם ב"נבו", 15.11.2005); ע"א 2731/07 **חמוד נ' חאג'**, פס' 35 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם ב"נבו", 29.03.2009).

ויוצאות דופן, כגון מצב נפשי קשה במיוחד, ששלל ממנו מניה וביה את היכולת להבין ולהפנים את משמעותה של חתימתו על החוזה (טענת "לא נעשה דבר").[33]

באיזו מידה חלה הלכה זו על חתימתו של לקוח על חוזה אחיד? האם, ובאיזו מידה מתיישבת ההלכה האמורה עם העובדה – שהיא מן המפורסמות – כי בפועל מעטים הם הלקוחות הקוראים את החוזים האחידים שעליהם הם חותמים, ומעטים עוד יותר הלקוחות המעיינים ואף מבינים את החוזים שעליהם חתמו?[34] מהי המשמעות של הסכמה להתקשר בחוזה אחיד, ומהי המשמעות של הצהרת הלקוח כי הוא קרא את החוזה וכי הוא מסכים לכל תנאיו?

בית הדין לחוזים אחידים דן בשאלות אלה בשתי פרשות שנדונו בפניו בעשור האחרון.[35] בשני המקרים קבע בית הדין כי הצהרה כזו בגדרו של חוזה אחיד – לפיה הלקוח קרא את מכלול תנאי החוזה, הבינם והוא מסכים להם - רחוקה מלשקף את המציאות. בלשונו של בית הדין:

> "...חוק החוזים האחידים נועד כולו להתמודד עם הפיקציה כי הלקוח קרא, הבין את החוזה והסכים לתוכנו. ההגנה הניתנת מכוח חוק זה ללקוח מבוססת, למעשה, על ההנחה שהלקוח הרגיל אינו קורא את החוזה או אינו מבינו, ועל כל פנים אין לראותו כמי שמסכים הסכמה אמיתית לתוכנו".[36]

בית הדין חזר על עמדה עקרונית זו פעם נוספת בפרשת הבנק הבינלאומי.[37] בפרשה זו אף הבהיר בית הדין כי החזקה "חתמת-הסכמת" פועלת בתחום החוזים האחידים באופן שונה מזה שבחוזים רגילים. מדובר – כך קבע בית הדין – בחזקה "מוחלשת". פירושה הראוי של החזקה "חתמת-הסכמת" בהקשר של חוזה אחיד, אינו אלא שהלקוח מוחזק כמי שמבין את המהות העיקרית של החוזה שעליו חתם, וכי הוא מסכים למהות זו. כמו כן, גלומה בחתימתו הסכמה פרטנית לאותם העניינים שהוסברו והובהרו לו במיוחד ובמפורט על ידי הספק עובר לחתימה על החוזה. יתר על כן: חתימת הלקוח על החוזה אף מבטאת את הסכמתו ליתר תנאי החוזה – אף שלא קראם ולא הבינם לפרטיהם - אולם זאת רק ככל שמדובר בתנאים רגילים וסבירים, המקובלים בחוזים מהסוג שעליו חתם הלקוח.[38]

---

[33] לפסק דין מנחה בסוגיה ראו ע"א 8163/05 **הדר חברה לביטוח נ' פלוני** (פורסם ב"נבו", 06.08.2007). לעיון אקדמי בסוגיה ראו גבריאלה שלו, "טעות בחתימה – האמנם לא נעשה דבר?" **משפטים** יא 501 (1981).

[34] ראו, למשל: Shmuel Becher, *Asymmetric Information in Consumer Contracts: The Challenge that is Yet to be Met*, 46 AM. BUS. L .J. 723, 729-733 (2008). לכך שתופעה עוד מחריפה יותר בהקשר של חוזים אחידים באינטרנט ראו: Robert A. Hillman, *Online Boilerplate: Would Mandatory Web Site Disclosure of e-Standard Terms Backfire? in* BOILERPLATE 83, 85-86 (Omri Ben-Shahar ed., 2007). המחברים מתארים תופעה של צרכנים המאשרים התקשרות חוזית באינטרנט באמצעות לחיצת מקש מהירה, ללא כל חשש ומבלי שקראו את תנאי ההתקשרות.

[35] המדובר בעניין **בנק לאומי**, לעיל ה"ש 9, ובעניין **הבנק הבינלאומי**, לעיל ה"ש 14.

[36] עניין **בנק לאומי**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 175.

[37] עניין **הבנק הבינלאומי**, לעיל ה"ש 14, פס' 156: "...כאשר מדובר בחוזה ארוך, מורכב ומסובך, דוגמת החוזה בו אנו דנים בתיק זה, ההנחה המציאותית היא שהלקוח (במקרה זה, הערב) אינו יכול, מבחינה מעשית, לקרוא את כל תנאי החוזה ויש להניח כי אף אם היה עושה כך לא היה מבין חלק ניכר מתנאים אלה. יכולים אנו להעיד על עצמנו, כמה זמן ומאמץ השקענו בקריאתו של החוזה ובהבנת המהות של כל סעיף מסעיפיו, ולנו הרי יש הכלים והידע המשפטי שאינם מצויים ברשותו של הלקוח הרגיל".

[38] גישה דומה מובעת בהערה b לסעיף 211 לריסטייטמנט האמריקני על חוזים, שם נכתבו הדברים הבאים: "A party who makes regular use of a standardized form of agreement does not ordinarily expect his

על רקע כל האמור, ולאור העמדה העקרונית שאותה אימץ, אין תמה כי בית הדין ראה לנכון לקבוע – בשתי הפרשות שבהן עמדה לפתחו שאלת תוקפה של הצהרת לקוח על הסכמתו למכלול תנאי החוזה שעליו חתם - כי הצהרה כזו היא תניה מקפחת, שכן היא מחייבת את הלקוח להצהיר הצהרה שאינה עולה בקנה אחד עם המציאות.[39]

אלא שעמדה זו של בית הדין נדחתה בבית המשפט העליון. בפסק הדין בערעור בפרשת **בנק לאומי** קבע בית המשפט כי לעניין הכלל שלפיו בדרך כלל מנוע אדם מלטעון כי לא הבין את תנאי החוזה עליו חתם או כי לא הסכים להם, אין חשיבות להבחנה בין חתימה על חוזה אחיד לבין חתימה על חוזה שאינו אחיד. לשיטתו של בית המשפט העליון:

> "סיווג המשנה של "חוזה אחיד" אינו מפקיע את החוזה מסיווגו המקורי והעיקרי כ"חוזה"... ..."לקוח" החותם על "חוזה אחיד" כמוהו כצד לחוזה שאינו אחיד החותם על אותו החוזה. ... אדם החותם על מסמך מוחזק כמי שקרא אותו והבין את תוכנו וחתם עליו לאות הסכמתו".[40]

לאור הדברים האלה קבע בית המשפט העליון כי בהצהרה שלפיה חתימתו של הלקוח על החוזה האחיד מבטאת את הסכמתו לאמור בחוזה אין משום קיפוח של הלקוח.

אמנם, בית המשפט העליון מודה כי לנוכח הפער הגדול שבין תוכנה של ההצהרה לבין המציאות בשטח הצהרה כזו "מעוררת אי נוחות מסוימת",[41] אלא שאליבא דבית המשפט תחושת אי הנוחות שהצהרת הלקוח מעוררת אין בה די כדי להצדיק מסקנה בדבר קיומו של קיפוח. יתר על כן: בית המשפט מוסיף כי מן הבחינה המעשית תניה כזו אינה משרתת אינטרס כלשהו של הספק. הטעם לכך הוא שהצהרת הלקוח אינה גורעת במאומה מזכויותיו על פי כל דין, ועל פי חוק החוזים האחידים בפרט. בית המשפט ממליץ אפוא לספק (הבנק, באותו מקרה) למחוק מן החוזים שבשימושו את הצהרת הלקוח כי קרא את התנאים הכלליים של חשבון העובר ושב ולהסתפק בהצהרת הלקוח כי קיבל לידיו עותק מתנאים אלה וכי הוא מסכים לאמור בהם. עם זאת, המלצה זו לא נקבעה כחיוב בפסק הדין וכאמור, אף היא מוגבלת אך לחלק העובדתי הטהור שבהצהרת הלקוח.

לטעמנו, ובכל הכבוד הראוי, יש מקום להרהר אחר הגישה שאימץ בית המשפט העליון בסוגיה זו. עמדה כזו – המחילה על לקוח החותם על חוזה אחיד כלל זהה לכלל החל על צד לחוזה שאינו אחיד החותם על אותו החוזה – עומדת בניגוד למושכלות היסוד המקובלים בתחום החוזים

---

customers to understand or even to read the standard terms… Customers do not in fact ordinarily understand or even read the standard terms. They trust the good faith of the party using the form and to the tacit representation that like terms are being accepted regularly by others similarly situated. But they understand that they are assenting to the terms not read or not understood, subject to such limitations as the law may impose". RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 211, Cmt. b (1981).

[39] נעיר, כי במציאות שבה כדבר שבשגרה לקוחות אינם מעיינים בחוזים שעליהם הם חותמים, סביר להניח כי הם אינם מודעים לא רק לתוכן ההתחייבויות הכלולות בחוזה, אלא גם להצהרות הכלולות בחוזה, ובכלל זה ההצהרה כי בחתימתם הם מאשרים את תוכן החוזה ומסכימים לקבל על עצמם את הוראותיו.

[40] ערעור **בנק לאומי**, לעיל ה"ש 14, בפס' 8.

[41] שם, בפס' 7-8 לפסק הדין.

האחידים. אכן, חוזה אחיד הוא חוזה, אך כפי שכבר הובהר לעיל, אין הוא חוזה ככל החוזים והוא בעל מאפיינים מיוחדים.[42]

מאפיינים אלה הביאו מלומדים לא מעטים למסקנה כי חוזה אחיד – אם הוא ראוי בכלל לתואר "חוזה" - הריהו חוזה שונה בתכלית, המצדיק התייחסות משפטית שונה ונבדלת. הבנה כללית זו ראוי לה, לדעתנו, שתנחה את מעצבי המדיניות המשפטית בתחום החוזים האחידים ובראשם – המחוקק ובתי המשפט. בהקשר הספציפי שבו אנו דנים מחייבת ההבנה האמורה, לדעתנו, את זניחתה של הגישה השמרנית שבה דבק בית המשפט העליון בפרשת **בנק לאומי**. לא ייפלא אפוא כי הצעת המחוקק להוסיף לחוק חזקת קיפוח חדשה שתציב תמרור אזהרה מעל להצהרה של לקוחות כי הם קראו את חוזיהם וכי הם מבינים את משמעותם – הצעה שבאה ללא כל ספק כתגובה להתפתחות השיפוטית שתוארה לעיל – נראית לנו רצויה ומתבקשת.

שאלה אחרת היא אם עשוי התיקון הנדון – ככל שיאומץ בחוק הכנסת – להשפיע השפעה של ממש על המצב המשפטי ועל התנהגותם של ספקים ולקוחות המתקשרים בחוזים אחידים. מחד גיסא ניתן לטעון כי מאחר שהצהרת הלקוח אינה מעלה ואינה מורידה לעניין שאלת הקיפוח הגלומה בהוראותיו של החוזה שעליו חתם הלקוח, הרי שהצהרתו כי הוא מבין את החוזה ונותן לו את הסכמתו היא חסרת משמעות מעשית. הטעם פשוט: אין בהצהרה כזו כדי להפוך תניה מקפחת לתניה בלתי מקפחת, או לשלול כל טענה אחרת של הלקוח לעניין תוקפו של החוזה או של הוראה מהוראותיו (לדוגמה, טענת פגם בכריתה או טענת פסלות בשל היות החוזה בלתי חוקי או סותר את תקנת הציבור).[43] למותר לציין כי אין בכוחה של הצהרה על הסכמת הלקוח כדי לשלול מהחוזה את אופיו כחוזה אחיד רק בהתבסס על הטענה כי ההצהרה הופכת את הוראות החוזה כביכול, כבמטה קסם, לתנאים שהוסכמו במיוחד בין הספק לבין הלקוח.[44]

עם כל זאת, אנו סבורים כי אין להמעיט בחשיבותה של ההצעה לקבוע כי הצהרת לקוח מהסוג הנדון מקימה חזקה של קיפוח לקוחות. ראשית, במישור הסמלי קביעה כזו מקפלת בתוכה מסר חשוב המופנה אל ציבור הספקים, הלקוחות, עורכי הדין ולא פחות מכך אל בתי המשפט, בדבר האופן הייחודי שבו יש להבין את מושג ההסכמה בהקשר לחוזים אחידים. שנית, במישור המעשי, ובניגוד למשתמע מדברי בית המשפט בפרשת **בנק לאומי**, אנו סבורים כי להצהרה של לקוח על כך שקרא את החוזה והסכים לתנאיו עשויה להיות השלכה שלילית על אופן התנהגותם של לקוחות ושל ספקים. כלפי לקוח לא מתוחכם או בלתי מנוסה עלולה הצהרה כאמור ליצור מצג

---

[42] למאפיינים המיוחדים של חוזים אחידים ולהבחנה שבין חוזה אחיד ובין חוזה רגיל ראו לעיל טקסט בתחילת פרק ב'. מעבר למאפיינים שכבר צוינו, ראוי להדגיש את חוסר השוויון האימננטי, הבא לכדי ביטוי בפערי כוחות ומידע בין הספק ובין הלקוח. לדיון במאפיינים אלה ובמאפיינים נוספים ראו גם בכר וגלברד, לעיל ה"ש 3, בעמ' _, וכן אצל פורת, לעיל ה"ש 31, בעמ' 753. בן-נון סבר כי יש במאפייניו הייחודיים של החוזה האחיד לעלות כדי "...ביטול יסודם של המשפט הפרטי ו...של דיני החיובים" ראו בן-נון, לעיל ה"ש 18, בעמ' 2-3; ראו גם בספרה של שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 606. בעבר אף הביעה שלו עמדה קיצונית עוד יותר, שלפיה חוזה אחיד כלל אינו חוזה, ראו: גבריאלה שלו, **תניות פטור בחוזים** 28-42 (התשל"ז-1977).

[43] תקנת הציבור היא לעולם עקרון כופה. יסודותיה אינם נטועים ברצון הצדדים כי אם בערכים, אינטרסים ועקרונות חברתיים. ראו למשל: עופר גרוסקופף "חוזה פסול" דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ג 524 (התשס"ד-2003); בג"צ 693/91 **ד"ר מיכל אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים**, פ"ד מז(1), 749 , 778 (1993). למעמדו הכופה של עקרון תקנת הציבור ראו גם שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 32-34; דניאל פרידמן "חוזים אחידים, תום לב ותקנת הציבור" **עיוני משפט ז** (תש"ם), 431, בעמ' 434-435, וכלשונו: "עקרון תקנת הציבור משמעותו כי לחופש החוזה יש גבולות". לתחולתו הרחבה של עקרון תקנת הציבור בשיטתנו ראו: גבריאלה שלו "סוס הפרא – לאן או מה ארע לתקנת הציבור", **קרית המשפט ב** 21 (2002).

[44] ראו למשל את דבריה של שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 627: "את הדרישה להסכמה של הלקוח... יש לפרש באורח מהותי ולא כדרישה פורמאלית".

מטעה, כאילו עצם חתימתו של הלקוח על ההצהרה מקנה חסינות כלשהי לחוזה – או לפחות לחלק מתניותיו – מפני תקיפה משפטית שלהם במסגרתה של תביעה משפטית נגד הספק. מצג שווא כזה עלול להרתיע לקוחות מפני נקיטת צעדים משפטיים נגד הספק לשם מימוש זכויותיהם החוזיות. חזקת הקיפוח החדשה "מסמנת" תניה כזו ומציגה אותה קבל עם ועדה (קרי: עם הספקים ועדת הלקוחות) ככזו שעל פניה חשודה היא בקיפוח. יש להניח כי צעד זה עשוי לחזק את ההבנה של יודעי דת ודין – ובהמשך הדרך גם של ספקים ולקוחות הנזקקים לשירותיהם – כי הצהרת לקוח בחוזה אחיד על הסכמתו לכל תנאי החוזה אינה סוף פסוק, וכי גדולים הסיכויים כי בהליך בפני בית הדין או בית המשפט יישלל ממנה כל תוקף משפטי.

הערה נוספת, אחרונה, נוגעת להיקף תחולתה של חזקת הקיפוח החדשה. מנוסחה של החזקה (שהובא בפתח הדברים) עולה, כי היא מבקשת לחול לא רק על הצהרת לקוח כי הבין והסכים לחוזה, אלא על כל הצהרה שהצהיר הלקוח, יהא אשר יהא תוכנה המדויק. לטעמנו זהו ניסוח גורף ביותר שאין לו כל הצדקה. אם יאומץ נוסח גורף זה, פירוש הדבר יהיה כי מעתה ואילך גם הצהרה נקודתית שנתן הלקוח ושבכוחו לוודא את אמיתותה בנקל (לדוגמה: הצהרה על גילו של הלקוח, הצהרה על בדיקה כלשהי שהלקוח עבר, או הצהרה שעניין כזה או אחר הובא לידיעתו) תוכתר כמקפחת לכאורה.[45] נקל לראות כי תוצאה כזו לא רק שהיא עלולה להכביד הכבדה יתרה על ספקים הפועלים בהגינות ובסבירות, אלא שהיא עלולה לגרום לספקים להעמיס על לקוחותיהם התחייבויות מיותרות או לחלופין לערוך בדיקות מיותרות, וזאת בשל חוסר היכולת להסתמך על הצהרותיהם של הלקוחות.[46] תוצאה כזו תגדיל ללא צורך את עלות המוצר ואת עלויות המשא ומתן, ותגרע בסופו של דבר מרווחתם של כל הצדדים המעורבים. אנו מציעים לפיכך להסתפק בחזקת קיפוח צרה ומתוחמת יותר, שתחול על הצהרה או אישור של הלקוח כי קרא את החוזה, כי הבין אותו או כי הסכים לכל האמור בו.[47]

3. הרהורים נוספים

עד כה התמקדנו בסקירה ביקורתית של החידושים הקונקרטיים הכלולים בהצעת החוק עצמה. בשורות הבאות אנו מבקשים להצביע על מאפיין בעייתי של חלק מחזקות הקיפוח הקבועות כיום בסעיף 4 לחוק החוזים האחידים, אשר לא זכה להתייחסות בהצעת החוק. בצד זאת נציע להרחיב את רשימת חזקות הקיפוח כך שתכלול שתי חזקות קיפוח חדשות שלא בא זכרן בחוק הקיים ובהצעה.

א) חזקות קיפוח המותנות בהוכחת אי-סבירות

---

45 כך לדוגמה, בחוזה להספקת שירות תיקונים של אחת ממפעילות הטלוויזיה בכבלים, מצאנו בפרק המבוא את ההצהרה הבאה: "הלקוח מצהיר בזה כי הוא בגיר (שגילו מעל 18 שנים) בהתאם לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, תושב מדינת ישראל, המחזיק כרטיס אשראי ישראלי תקף בהתאם לכל דין, וכי לא הוכרז כפסול דין, וזאת בהתאם לאמור בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, ו/או כל חוק אחר שיחליף ו/או יתקן חוק זה". נראה כי בהצהרה מעין זו לא טמון כל חשש לקיפוח, ואף על פי כן על פי הצעת החוק תחול עליה חזקת הקיפוח המוצעת.

46 כל זאת, לאור התפיסה (השגויה, לטעמנו) העולה מדברי ההסבר להצעת החוק, תפיסה שלפיה: "על חוזה אחיד להכיל את התחייבויות הצדדים לגופן ולא את הצהרות הצדדים לעניין התחייבויותיהם". הצעת החוק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 295.

47 מנגד, ייתכן שיש מקום להרחיב מעט את נוסח הסעיף, כך שהחזקה תחול גם אם הספק ינסה לנסח את הסעיף בחוזה בדרך של התחייבות. למשל: הלקוח מתחייב כי קרא את כל תנאי החוזה וכו'. שאם לא כן ניתן יהיה לכאורה לנסות לעקוף בדרך זו את חזקת הקיפוח.

עיון חטוף בחזקות הקיפוח הקבועות בסעיף 4 לחוק מלמד כי בחלק מהן קיומה של חזקת קיפוח מותנה בהוכחת אי סבירותה של התניה שלגביה נטען כי היא מקפחת. כך לדוגמה, סעיף קטן (1) כולל התייחסות ל"תנאי המסייג באופן בלתי סביר" את האחריות שהייתה מוטלת על הספק אילולא אותו תנאי. בדומה, סעיף קטן (2) דן בתניה המקנה לספק "זכות בלתי סבירה" לבטל, להשעות או לדחות את ביצוע החוזה או לשנות את חיוביו המהותיים על פי החוזה. סעיף קטן (5) אף הוא עוסק בתניה המחייבת לקוח "באופן בלתי סביר" להיזקק לספק או לאדם אחר. לבסוף, סעיף קטן (6) מורה כי תניה המסייגת "באופן בלתי סביר" זכות או תרופה של הלקוח מקימה חזקת קיפוח.[48]

בעינינו, השימוש התדיר שעושה החוק הקיים בקנה המידה של "סבירות" כמבחן להתקיימותה של חזקת קיפוח הוא בעייתי. המושג "תנאי מקפח" והמושג "תנאי בלתי סביר", שניהם מושגים עמומים הם. יתר על כן: גם אם אין בין שני המושגים הללו זהות מוחלטת מבחינת מובנם המשפטי, הרי עם זאת ברור כי בהקשר לחוק החוזים האחידים קיימת ביניהם קרבה רבה. אכן, הקביעה כי תנאי מסוים הוא מקפח אינה אלא קביעה כי תנאי זה מבטא איזון בלתי הוגן – ולכן גם בלתי סביר – בין האינטרסים של הספק ושל הלקוח (לטובת הספק).[49] נקל אפוא לראות כי תיוגה של תניה חוזית פלונית כמקימה חזקת קיפוח כל אימת שהיא מבטאת איזון "בלתי סביר" בעניין כלשהו שקולה הלכה למעשה לקביעה (הטאוטולוגית) כי חזקת קיפוח תקום כל אימת שקיים בה מרכיב מקפח.

במצב דברים זה, שבו כתנאי להחלתה של חזקת קיפוח על תניה פלונית מן ההכרח להראות כי התניה היא (לעניין מסוים) בלתי סבירה, אין למעשה כל תועלת בקיומה של החזקה, מנקודת מבטו של הטוען לקיפוח. אכן, קשה לראות הבדל של ממש בין דרישה כזו לבין הדרישה כי הלקוח יוכיח שהתניה שעליה הוא מלין היא מקפחת. נקל לראות כי במצב זה אין כל רבותא בחזקת הקיפוח: הלקוח (או נציג הציבור בבית הדין) יידרש ממילא להוכיח את מרכיב הקיפוח (היעדר הסבירות), ואם כך – מה הועילו חכמים בהחילם חזקת קיפוח על תניה כזו?[50]

---

48 מופע נוסף של עיקרון הסבירות מצוי בסעיף 4(8) המוצע. על פי הצעת החוק, הסיפא לסעיף 4(8) מסייגת את תחולת החזקה כך שלא תחול על "הסכם בוררות סביר" (זאת תחת הנוסח הקיים המתייחס להסכם בוררות "מקובל". להרחבה בהקשר זה ראו דיוננו הקודם בפרק ב(1)ב, והערות השוליים שם). למרות זאת, איננו מציינים את סעיף 4(8) בהקשר לדיון בפרק זה. הסיבה לכך היא שכאן מבחן הסבירות מופעל רק במסגרת הסייג לתחולת החזקה ומכאן שהנטל להוכיח את סבירותו של הסכם הבוררות מונח על כתפי הספק. מצב זה תואם את עמדתנו כפי שתפורט להלן.

49 קרבה זו עולה מההגדרות שהובאו בפסיקה למושג הקיפוח. כך לדוגמה, באחת הפרשות קבע השופט ברק כי מושג הקיפוח "...מבטא תפיסה חברתית באשר להגון ולראוי ביחסים חוזיים אחידים..."; וכי הקיפוח נבחן באמצעות התבוננות על "...תפיסתה החברתית של שיטתנו באשר להוגן **ולסביר** בסוג יחסים מסוים...". ע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464 (1992), פס' 15. ובפרשה אחרת הובהר כי: תכליתו (האובייקטיבית) של החוזה האחיד היא המטרות שצדדים **סבירים**, נבונים והוגנים היו מציבים לנגד עיניהם... אלה הדימויים המשותפים המאפיינים "ספק" **סביר** והגיוני ו"לקוח" **סביר** והגיוני. ... זהו האיזון הראוי המאפיין צדדים **סבירים** והוגנים הפועלים בתום־לב להגנת ענייניהם שלהם מתוך התחשבות בעניינו של הצד האחר." רע"א 1185/97 **יורשי ומנהלי עזבון המנוחה מילגרום נ' מרכז משען**, פ"ד נב(4) 145 (1998), פס' 14 (הנשיא ברק). לדמיון בין קיפוח לבין חוסר סבירות ראו גם הדיון אצל לוסטהויז ושפניץ, לעיל ה"ש 11, בעמ' 47, 62.

50 בספרות המשפטית קיימת התייחסות לבעייתיות הגלומה בחזקות הקיפוח הנזכרות בטקסט. עם זאת, הביקורת הופנתה לקושי שחזקות כאלה יוצרות מנקודת מבטו של הספק: "אם תנאי מסוים בחוזה עונה על חזקת הקיפוח מכיוון שאינו סביר, הנטל להראות שהתניה אינה מקפחת עובר לספק; אך כיצד ירים הספק את הנטל אם לצורך העברתו כבר נקבע שהתנאי הוא בלתי סביר?" לוסטהויז ושפניץ, לעיל ה"ש 11, בעמ' 83, בהערת השוליים 16. כעולה מהאמור בטקסט, אנו סבורים שהבעיה הקשה יותר מתעוררת דווקא מנקודת מבטו של הלקוח, ולא מנקודת מבטו של הספק. לעמדה דומה ראו: סיני דויטש "ו' לוסטהויז וט' שפניץ – חוזים אחידים", **משפטים** כז 639, 657-658 (1997).

כדי להימנע מהקושי המתואר אנו מציעים לערוך שינויים בנוסחן של חזקות הקיפוח שהוזכרו לעיל. לגבי חזקת הקיפוח שבסעיף 4(1) אנו מציעים להשמיט בחלקה השני של החזקה את המילים "באופן בלתי סביר". די בכך שתניה בחוזה האחיד מסייגת את האחריות המוטלת על הספק מכוח אותו חוזה על מנת להחשידה כמקפחת, וזאת מבלי שיוטל על הלקוח הנטל להוכיח את אי-סבירותה של התניה. הספק יוכל לנסות לסתור את החזקה, אם יוכיח כי בנסיבות העניין התניה המסייגת את אחריותו היא סבירה. בדומה לכך, אנו מציעים להשמיט את המילים "באופן בלתי סביר" מחזקת הקיפוח שבסעיף 4(5). תניה המחייבת את הלקוח להיזקק לספק (או לאדם אחר), או כזו המגבילה את החופש של הלקוח להתקשר או לא להתקשר בחוזה עם מאן דהו, פוגעת לכאורה בחופש ההתקשרות של הלקוח ובאוטונומיה שלו והיא חשודה לפיכך כמקפחת. אף כאן, ראוי שהנטל להוכיח, כי בנסיבות העניין הגבלת חופש ההתקשרות של הלקוח היא סבירה, יוטל על כתפי הספק.

לטעמנו, גם דרישות הסבירות שבסעיף 4(6) אינן נחוצות. תניה בחוזה האחיד השוללת, מגבילה או מסייגת זכות או תרופה העומדות לטובת הלקוח מכוח הדין או מכוח החוזה, צריכה לעורר – כשלעצמה – חשד לקיפוח. הוראות הדין מוחזקות ככאלה המשקפות הסדר הוגן ומאוזן. לפיכך התניה בחוזה האחיד על הוראות אלה לרעת הלקוח ראוי שתיצור חזקת קיפוח וזאת מבלי שיוטל על הלקוח להוכיח כי שלילת הזכות, הגבלתה או סיוגה נעשו באופן בלתי סביר.[51]

לגבי חזקת הקיפוח שבסעיף 4(2), אנו מציעים להחליף את הדרישה להיעדר סבירות בדרישה לסטייה של ההסדר החוזי מהוראות הדין המרשה החל על אותה סוגיה.[52] מבחן הסטייה מהדין הוא מבחן ראוי לקביעתה של חזקת קיפוח וזאת לאור ההנחה כי ההוראות שנקבעו בדין משקפות, כאמור, הסדר הוגן ומאוזן. כפי שראינו, מבחן זה משמש כיום כמבחן עזר מרכזי במסגרתו של סעיף 4 לחוק.[53] החלפתו של מבחן הסבירות (או ה"אי-סבירות") במבחן הסטייה מהדין תמנע את ריקון חזקת הקיפוח האמורה מתוכן, ותקנה ללקוח יתרון ממשי: כל אימת שיוכח כי ההסדר החוזי מבטא חריגה מן ההסדר שבחוק, יעבור הנטל על הספק לשכנע כי מדובר בסטייה סבירה שאינה עולה כדי קיפוח של הלקוח.

יצוין בהקשר זה, כי במקרה אחד כבר נתן המחוקק דעתו על כך שמבחן הסבירות אינו מבחן הולם לקביעתה של חזקת-קיפוח, והחליפו במבחן הסטייה מהדין. כוונתנו היא לחזקת הקיפוח שבסעיף 4(9) לחוק. נוסחה הקודם של הוראה זו קבע כי החזקה תחול על תנאי "הקובע מקום שיפוט בלתי סביר". מבחני העזר המחמירים שנקבעו בפסיקה כתנאי להתקיימותה של חזקה זו הביאו לכך שהלכה למעשה התרוקנה חזקת הקיפוח האמורה מכל תוכן ממשי.[54] בעקבות זאת

---

[51] הסיפא לסעיף 4(6) קובעת חזקת קיפוח לגבי תניה המתנה זכות או תרופה של הלקוח "במתן הודעה בצורה או תוך זמן בלתי סבירים, או בדרישה בלתי סבירה אחרת". למעשה מדובר במצבים קונקרטיים הנכללים ממילא תחת המונחים הכלליים "הגבלה" או "סיוג" שברישא. לפיכך אנו סבורים כי אף כאן דרישת הסבירות מיותרת וייתכן שאף הסיפא כולה מיותרת וניתן לבטלה, שכן למעשה אין היא מוסיפה על האמור בתחילת הסעיף.

[52] משמע, יהיה על הלקוח להוכיח כי התניה המקנה לספק זכות לבטל, להשעות או לדחות את ביצוע החוזה או לשנות את חיוביו המהותיים על פי החוזה איננה כזו התואמת הוראות דין. כך, לדוגמא, אם התניה מקנה לספק זכות לדחות את ביצוע חיובו באופן התואם את הוראותיו של סעיף 43 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, אזי החזקה אינה מתקיימת.

[53] ראו דיוננו לעיל בפרק ב.1.(ג) – סעיף 4(10): קיפוח הנוגע לתניית בוררות.

[54] שני מבחני העזר שנקבעו בפסיקה היו מבחן ההרתעה מפני מימוש זכויות על ידי הלקוח כנגד הספק ומבחן הנוחות הדיונית של הצדדים. ראו לדוגמה: בר"ע 16/90 **דרעד בע"מ נ' שחר** (פורסם ב"נבו", 21.05.1990); ע"א

תוקן החוק בשנת תשס"ד. הנוסח המתוקן קובע כיום כי חזקת קיפוח תחול לגבי: "תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט..."[55] עינינו הרואות כי מבחן היעדר הסבירות בוטל והוחלף במבחן הסטייה מהדין. כאמור, הצעתנו היא ליישם גישה דומה – המבטלת את דרישת הסבירות - גם לגבי יתר חזקות הקיפוח המתנות את תחולתה של חזקת קיפוח בהתקיימות יסוד של היעדר סבירות. תיקון זה ימלא את חזקות הקיפוח בתוכן ויעניק ללקוח יתרון דיוני ממשי מול הספק.

ב) תניה המרחיבה תרופות של הספק

סעיף 4(6) לחוק קובע כיום חזקת קיפוח לגבי כל תניה השוללת, מגבילה או מסייגת זכות או תרופה שהדין הכללי מעמיד לרשות הלקוח. אולם יש וקיפוח מתבטא בדרך הפוכה: באמצעות הרחבה והעצמה של תרופות הספק מעבר לאלה העומדות לטובתו על פי דין. אנו סבורים, לפיכך, כי יש מקום לשקול הוספת חזקת קיפוח נוספת ברוח זו.

קביעת תנאים שבהם מרחיב הספק את היקף תרופותיו היא דוגמא מובהקת למצב שבו יישומה של ההוראה החוזית עלול להביא לידי קיפוח של לקוחות. ניתן לחשוב על שני מופעים אופייניים של "העצמת תרופות" של הספק. המופע הראשון הוא תניות שעניינן צירוף תרופות. אכן, לא אחת תימצא בחוזה אחיד הוראה הקובעת כי במקרה של הפרה מצד הלקוח יהיה הספק זכאי לתבוע תרופה כזאת או אחרת, וזאת מבלי לגרוע מזכויותיו לתרופות אחרות.[56] במצב כזה מתעורר החשש כי הספק מרחיב את זכאותו לתרופות, ומעניק לעצמו תרופה – או צירוף של תרופות – שהם רחבים יותר בהיקפם מזכאותו המרבית של הספק על פי הדין הכללי. מה צריך להיות יחסו של חוק החוזים האחידים להוראות מעין אלה?

על הכללים החולשים על אפשרות הצירוף של תרופות חוזיות זו לזו עמדנו בהרחבה במקום אחר, ואין זה המקום להרחיב.[57] נסתפק כאן באזכור של שני הסייגים העיקריים המגבילים את זכותו של נפגע לצרף תרופות שונות בגין אותה הפרה: ראשית, הנפגע אינו זכאי לצרף תרופות שמתקיימת ביניהן סתירה מהותית.[58] שנית, הנפגע אינו זכאי לצירוף שיביא למצב של כפל-תרופה.[59] הרשאים צדדים לחוזה להתנות על דיני צירוף התרופות? וביתר שאת: הרשאי ספק

10740/02 **רחמים נ' ליגד השקעות בע"מ**, פ"ד נח(1) 587 (2003). בפסק הדין רע"א 188/02 **מפעל הפיס נ' כהן**, פ"ד נז(4) 473, 479-480 (2003) נפסק כי המבחן המרכזי להיותה של תניה הקובעת מקום שיפוט מקפחת הוא מבחן ההרתעה מפני שימוש בזכויות וכי הפגיעה בנוחות אינה אלא שיקול משני. אלא שבד בבד נפסק גם כי "קשה ברגיל להעלות על הדעת מצב שבו מקום התדיינות כלשהו במדינת ישראל ירתיע אדם מפני הגשת תביעה." בכך הפכה החזקה הלכה למעשה לאות-מתה בספר החוקים.

55 לדיון נרחב בתיקון זה ראו בכר וגלברד לעיל ה"ש 3, בעמ' ___. לאופן הפעלתה של חזקת הקיפוח האמורה ראו: רע"א 1108/10 **מאיר חברה למכוניות ומשאיות בע"מ נ' ברפי**, לעיל ה"ש 7.

56 בפסיקה יש דוגמות רבות להתנאה מסוג זה. ראו, לדוגמה, תא"מ (שלום-נתניה) 3829/07 **מועצה מקומית פרדס חנה-כרכור נ' בן בטחון (1989) בע"מ** (פורסם ב"נבו", 15.11.2009); ת"א (שלום-ירושלים) 4985/06 **אגודת הסטודנטים מכון לב נ' גבאי** (פורסם ב"נבו", 20.04.2009); ת"א (שלום-חיפה) 1222/05 **זולקוב נ' ליטמן-כהן** (פורסם ב"נבו", 28.07.2006).

57 ראו: יהודה אדר ומשה גלברד "השבה, פיצויים, צירוף תרופות וחופש חוזים - עיון בדיני תרופות לאור ע"א 4630/04 קניונים נכסים ובנין בע"מ נ' בני יעקב נדל"ן בע"מ" **משפטים** מ (תשע"א) 827. לסוגייה בכללותה ראו בספרם של גבריאלה שלו ויהודה אדר, **דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי**, 89- 71 (התשס"ט, 1999) (להלן: שלו ואדר).

58 סתירה כזו תתקיים כל אימת שההנחה העובדתית או המשפטית שעליה מושתתת אחת התרופות סותרת את ההנחה עליה מושתתת התרופה האחרת. ראו בספרם של שלו ואדר, לעיל ה"ש 57, בעמ' 74-80.

59 להגדרת המושג כפל תרופה ולהבהרת הכלל האוסר על כפל תרופה ראו בספרם של שלו ואדר, שם, בעמ' 80-89.

לכלול בחוזהו האחיד תנאי הקובע צירוף תרופות שמתקיימת ביניהן סתירה מהותית, או כזה המביא למצב של כפל-תרופה? בשאלה זו טרם נפסקה אצלנו הלכה. עמדתנו היא כי התשובה לשאלה שלילית. לגישתנו, צדדים אינם רשאים להתנות על שני סייגיו של דין הצירוף. דהיינו, אין תוקף להסכמה חוזית המאפשרת צירוף תרופות שמתקיימת ביניהן סתירה מהותית ואף אין להכיר בתוקפה של התנאה שנועדה לעקוף את סייג כפל התרופה.[60] אם כך הדבר בהתנאה על דין הצירוף בכלל, קל וחומר בהתנאה הנעשית בחוזה אחיד. בין אם תתקבל עמדתנו בדבר הקוגנטיות של דיני הצירוף ובין אם לאו, נראה לנו כי ניתן להסכים שתניה בחוזה אחיד המאפשרת צירוף תרופות החורג מכללי הצירוף שנקבעו בדין מעוררת – לפחות על פני הדברים – חשש של ממש לקיפוחו של הלקוח. ראוי אפוא כי מעל לתניה כזו – הקובעת את זכותו של הספק לתרופות סותרות או לכפל תרופה - יוצב "דגל אדום" אשר יתריע על קיומו של חשש לקיפוחו של הלקוח.

תופעה נפוצה נוספת של "הרחבת תרופות" – שמתקיימת בפרט בחוזים אחידים – נוגעת לסוגיית הפיצויים המוסכמים. בהקשר זה ניתן להצביע על שתי בעיות אופייניות. בעיה אחת העלולה לגרום לקיפוח היא קביעה בחוזה אחיד של פיצוי מוסכם בסכום גבוה, העלול במקרים רבים לחרוג מהיקף הנזק המשוער שעלול להיגרם כתוצאה מהפרת הלקוח. לדוגמה: בחוזים אחידים רבים של חברות המספקות שירותי תיירות או נופש קיימות הוראות המזכות את הספק בדמי ביטול בשיעור גבוה (לעתים עד 100% משווי העסקה), במקרה של ביטול מאוחר של העסקה (המהווה למעשה הפרת חוזה) בידי הלקוח. כידוע, על פי דין התרופות הכללי נתונה לבית המשפט הסמכות להפחית פיצויים מוסכמים, כאשר הללו נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה.[61] סמכות זו חלה לגבי כלל החוזים, ובכללם חוזים אחידים. לטעמנו, סעיף בחוזה אחיד הקובע לטובת הספק פיצויים מוסכמים בשיעור מופרז (על פי מבחנו של סעיף 15(א) לחוק התרופות) הוא גם בגדר תניה מקפחת. יתר על כן, לדעתנו בהקשר לחוזים אחידים המבחן לזיהוי קיפוח או קיפוח לכאורה הנובע מפיצויים מוסכמים בהיקף מופרז צריך שיהיה מחמיר יותר מהמבחן הכללי הקבוע בחוק התרופות. בדין הכללי, כלומר בחוזים שאינם אחידים, גישתה של הפסיקה כלפי סמכות ההתערבות וההפחתה של תניית פיצויים מוסכמים היא גישה שמרנית. ככלל, בתי המשפט שלנו לא יתערבו ולא יפחיתו תניות פיצויים מוסכמים אלא כאשר הן מבטאות חריגה מהתכלית הקומפנסטורית של הפיצוי,[62] וגם זאת רק כאשר החריגה היא "ללא כל יחס סביר", כלומר חריגה בוטה וקיצונית.[63] לעומת זאת, בחוזה אחיד משקלו של עקרון חופש החוזים – התומך בדרך כלל

---

60 להרחבת הדיון ראו במאמרנו הנ"ל בה"ש 57 בעמ' 865-854.

61 המסגרת הנורמטיבית בעניין פיצויים מוסכמים מעוגנת בסעיף 15 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970. חלקו הראשון של הסעיף קובע כדלקמן: "(א) הסכימו הצדדים מראש על שיעור פיצויים (להלן - פיצויים מוסכמים), יהיו הפיצויים כמוסכם, ללא הוכחת נזק; אולם רשאי בית המשפט להפחיתם אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה."

62 ראו: ע"א 1/84 **נתן נ' סטרוד**, פ"ד מב(1) 661, 670 (1988); ע"א 5806/02 **ארביב ואח' נ' קרני**, פ"ד נח(5) 193, 200 (2004), וכן בספרם של שלו ואדר, לעיל ה"ש 57, עמ' 491 ואילך.

63 ע"א 300/77 **רוזנר ואח' נ' בנייני ט.ל.מ. חברה לבנין ופתוח בע"מ**, פ"ד ל"ב(3) 682, 686 (1978). בעת קביעת סוגי הנזק נשוא תניית הפיצוי המוסכם יש להתחשב "במכלול הנסיבות האופפות את כריתת החוזה ולבחון, אם לאורן ניתן היה לצפות התרחשותו של נזק מסוג מסויים כעניין אובייקטיבי": ע"א 18/89 **חשל חברה למסחר ונאמנות בע"מ נ' חיים פרידמן**, פ"ד מו(5) 257, 265 (1992). לבחינת השיקולים השונים שעל פיהם יש לבחון את

באי התערבות שיפוטית בתוכנם של חוזים – הוא נמוך במידה משמעותית. בחוזה כזה קיים חשש ממשי שהספק יעשה שימוש לרעה בהוראת הפיצויים המוסכמים. לאור זאת, אנו סבורים כי יש לראות כמקפחת לכאורה כל תניה אחידה הקובעת פיצויים מוסכמים ששיעורם חורג ממבחנו של סעיף 15(א) לחוק התרופות.[64] זאת, אפילו לא הוכיח הלקוח כי הסכום שנקבע בחוזה הוא "ללא כל יחס סביר" לשיעור הנזק הצפוי. נוכח מטרתו השונה של מבחן הקיפוח, ובשל מעמדו המוחלש של עיקרון חופש החוזים בגדרם של חוזים אחידים, אנו סבורים כי די בחריגה כלשהי ממבחן הצפיות של היקף הנזק כדי להחשיד את הוראת הפיצוי החורגת כמקפחת.[65]

הבעיה עליה עמדנו זה עתה נוגעת ליחס בין היקפו של הנזק הצפוי לבין סכום הפיצויים המוסכמים שנקבע בחוזה. לעומת זאת, הבעיה השנייה הטמונה בסעיפי הפיצויים המוסכמים ואשר עלולה לגרום לקיפוח לקוחות, נוגעת למידת ההסתברות לגבי עצם התרחשותו של הנזק. נבהיר: הניחו כי במקרה נתון היקף הנזק שניתן היה לצפותו בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה הוא 100. הניחו עוד, כי בחוזה האחיד נקבעו פיצויים מוסכמים (לגבי הפרה מאותו סוג) שסכומם 100. ברי כי סעיף כזה אינו מעורר קושי כלשהו בהיבט של היחס בין הנזק הצפוי לבין סכום הפיצויים המוסכמים: זאת, הן בגדרו של סעיף 15(א) לחוק התרופות והן בגדרו של מבחן הקיפוח שהוצע על ידנו לעיל. אולם הניחו בנוסף, כי ההסתברות להתרחשותו של הנזק היא 10% בלבד. דהיינו, רק בעשרה אחוזים ממקרי ההפרה יגרם לספק נזק (שהיקפו במקרים

סבירותם של הפיצויים המוסכמים ראו את פסק דינו של השופט רובינשטיין בע"א 4630/04 **קניונים נכסים ובנין בע"מ נ' בני יעקב נדל"ן בע"מ** (פורסם ב"נבו", 13.12.06). לכללים המנחים בנושא הפחתת פיצויים מוסכמים ראו גם בהרחבה שלו ואדר, לעיל ה"ש 57, בעמ' 495 ואילך.

64 הוראה ברוח זו מצאנו בסעיף (e) לרשימת התנאים המפורטת בתוספת לדירקטיבה האירופית על תנאים בלתי הוגנים בחוזים צרכניים (Council Directive 93/13/EEC on Unfair Terms in Consumer Contracts) וכן בטיוטת הקודקס האזרחי הכלל-אירופי, המכונה DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE (להלן: DCFR). הוראת סעיף II-9:410(1)(e) ל-DCFR קובעת בזו הלשון: "Terms which are presumed to be unfair in contracts between a business and a consumer (1) A term in a contract between a business and a consumer is presumed to be unfair for the purposes of this section if it is supplied by the business and if it: (e) requires a consumer who fails to perform his or her obligations to pay a disproportionately high amount of damages". ה-DCFR הוא מסמך שהוכן על ידי וועדת מומחים שמונתה מטעם האיחוד האירופי, ואשר בימים אלה עומדת על המדוכה שאלת עתידו ומעמדו המשפטי הראוי. לעיון במסמך המלא ראו: webh01.ua.ac.be/storme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf. לעותק קשיח של טיוטה מוקדמת של המסמך ראו: PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW (Interim outline edition, 2008), also accessible at: http://www.law-net.eu/en_index.htm. לדברי הסבר על פרויקט מרשים זה ראו: http://www.martineau-johnson.co.uk/publication_event/updates/commercebulletin%20contract%20law%20jan08.pdf

65 בח"א 9005/03 **היועץ המשפטי לממשלה נ' שח"ל טלרפואה בע"מ** (26.6.06, 30.4.07) קבע בית הדין לחוזים אחידים, ברוח דומה, כי הסמכות להפחית פיצוים מוסכמים והסמכות לבטל תניה מקפחת בחוזה אחיד הן סמכויות שונות שאינן מוציאות זו את זו וכי אין זהות בין מבחן הקיפוח לבין המבחן הקבוע בחוק התרופות לבחינת סבירותה של תניית פיצויים מוסכמים. לשיטתו של בית הדין מבחן אחרון זה הינו צר ממבחן ההתערבות בעילת הקיפוח, העשוי להתיר התערבות גם כאשר הפיצוי המוסכם עומד במבחן הכללי שבחוק התרופות. בין שני ההסדרים, הכללי והמיוחד, מתקיים אפוא יחס לא סימטרי, לאמור: תניה של פיצויים מוסכמים שבית המשפט היה מתערב בה מכוח סעיף 15 לחוק התרופות מהווה בוודאי גם תניה מקפחת, אולם ההיפך אינו בהכרח נכון. במילים אחרות, אין לגרוס שכל תניה של פיצויים מוסכמים שבית המשפט היה נמנע מלהתערב בה במסגרת סמכותו לפי סעיף 15(א) לחוק התרופות, היא גם בהכרח בלתי מקפחת באספקלריה של חוק החוזים האחידים. ברם, יש להודות שגם חזקת קיפוח הכוללת מבחן "מוחלש" מעין זה מטילה על הלקוח נטל הוכחה כבד למדי, שהרי עדיין היא תלויה במבחני השסתום הקבועים בסעיף 15(א) לחוק התרופות. לבסוף נדגיש כי הצעתנו אינה לקבוע חזקה חלוטה, אלא אך חזקת קיפוח הניתנת לסתירה. בעת הבחינה אם נסתרה חזקה זו, ניתן להניח שבית המשפט או בית הדין יתנו את הדעת לשיקולים נוספים, כגון: שיעורו של הפער שבין הנזק הצפוי מראש לבין הפיצוי המוסכם שקבע הספק; מידת ההצדקה לקביעתו של הפיצוי המוסכם כפועל יוצא של מידת הקושי בהוכחת הנזק על ידי הספק ומידת ההדדיות (או החד-צדדיות) בהסדר הפיצויים המוסכמים. כמו כן יש מקום לבחון באיזו מידה התניה עושה הבחנה בין הפרות קלות לחמורות (לשיקול אחרון זה ראו לוסטהויז ושפניץ, לעיל ה"ש 11, בעמ' 383-384).

הללו אכן עשוי להגיע ל-100). המשמעות הנובעת מכך למעשה היא, שב-90% ממקרי ההפרה עלולים הלקוחות להתחייב בפיצויים מוסכמים בסכום של 100 למרות שלא נגרם לספק נזק כלשהו. לדעתנו, מצב כזה יוצר חשש מפני קיפוח. חשש זה מתגבר במקרים בהם הוכחתו של נזק מהסוג האמור איננה מסובכת ואינה כרוכה בעלויות כבדות. כידוע, מטרתם העיקרית של פיצויים מוסכמים במשפט הישראלי איננה עונשית, אלא חסכון בעלויות הוכחת הנזק. לאור זאת, לשם קביעת קיומו של קיפוח שומה עלינו לשקול את האינטרס הלגיטימי של הספק בקביעת סעיף הפיצויים המוסכמים – משמע, החיסכון הצפוי בעלויות הוכחת הנזק במקרה של התדיינות משפטית מול הלקוח - לעומת הפגיעה הצפויה בלקוח אם יחויב בפיצויים על נזק שלא התרחש בפועל. נובע כי ככל שהנזק ושיעורו קלים יותר להוכחה, מחד גיסא, וככל שההסתברות להתרחשות הנזק נמוכה יותר, מאידך גיסא, כן יטו כפות המאזניים לטובת העדפת האינטרס של הלקוח ולראיית תניית הפיצויים המוסכמים כמקפחת. ואמנם, גישה זו אומצה לאחרונה על ידי בית הדין לחוזים אחידים בשתי פרשות שונות בהן נבחנו תניות מקפחות בחוזים אחידים למכר דירות.[66] בשני המקרים נכללה בחוזה האחיד תניה הקובעת כי במקרה של ביטול החוזה בשל הפרתו בידי הלקוח תהיה החברה המוכרת זכאית לפיצויים מוסכמים: בשיעור של 15% מסכום התמורה בפרשת **שיכון ופיתוח** ובשיעור של 10% מסכום התמורה בפרשת **ב. יאיר**. בית הדין ציין כי על פי תקדימים בעניין שיעורם של פיצויים מוסכמים בחוזים למכירת מקרקעין, פיצויים בהיקף כזה היו צולחים כנראה בהצלחה את מבחנו של סעיף 15(א) לחוק התרופות. אולם, כך נקבע, יש להבחין בין מבחן ההפחתה של חוק התרופות לבין מבחן הקיפוח של חוק החוזים האחידים. לצורך הפעלתו של מבחן הקיפוח הבחין בית הדין בין שלושה סוגי נזק שעלולים להיגרם כתוצאה מהפרת החוזה בידי הלקוח. לגבי סוג הנזק הראשון (המכונה על ידי בית הדין בשם "עלויות החלפה") נקבע כי מדובר בנזק שהתרחשותו ודאית אך הוכחת שיעורו קשה. לפיכך סבר בית הדין כי באופן עקרוני אין פסול בקביעת תניית פיצויים מוסכמים בחוזה האחיד לגבי נזק מסוג זה, אלא ששיעור הפיצויים שנקבע בשני המקרים חרג בהיקפו מהנזק הצפוי לגבי ראש הנזק האמור. לגבי שני סוגי הנזק האחרים (ירידת ערך ועלויות מימון) קבע בית הדין כי מדובר בנזקים שמחד גיסא קל ופשוט להוכיחם אך מנגד התרחשותם כלל אינה ודאית. בנסיבות אלה סבר בית הדין כי תניית פיצויים מוסכמים בשיעור משמעותי המבקשת להגן מפני שני סוגי הנזק הללו היא בעייתית: אין היא מגינה על אינטרס חשוב מספיק של הספק, ובה בעת טמון בה סיכון לפגיעה ממשית בלקוח אם יחויב בפיצויים על "נזק" שכלל לא נגרם לספק.

סוגיית דומה אפוא, כי המסקנה בדבר קיפוח הנובע מהכללתה של תניית פיצויים מוסכמים בחוזה אחיד מושפעת משני שיקולים מרכזיים: האחד - היקף הפיצויים שנקבעו בחוזה לעומת היקפו הצפוי של הנזק שהוא תוצאה מסתברת של ההפרה; והאחר – מידת ההסתברות להתרחשותו של הנזק האמור. תוחלת הנזק (קרי, המכפלה של היקף הנזק הצפוי בהסתברות להתרחשותו) מבטאת את השקלול של שני משתנים אלה. אשר על כן לדעתנו, תניית פיצויים מוסכמים בחוזה אחיד הקובעת פיצויים בשיעור הגבוה מתוחלת הנזק הצפויה – ראוי להחיל עליה חזקת קיפוח.

---

[66] ח"א (י-ם) 702/06 **היועץ המשפטי לממשלה נ' שיכון ופיתוח לישראל בע"מ** (פורסם ב"נבו", 6.12.2011) (להלן: עניין **שיכון ופיתוח**); ח"א (י-ם) 901/08 **היועץ המשפטי לממשלה נ' ב. יאיר חברה קבלנית לעבודות בניה 1998 בע"מ** (פורסם ב"נבו", 19.2.2012) (להלן: עניין **ב. יאיר**).

סיכומו של דבר: במסגרת סעיף 4 לחוק, הקובע את חזקות הקיפוח, יש מקום להוסיף חזקה הנוגעת למצבים האופייניים של "הרחבת תרופות" לטובת הספק, שעליהם עמדנו לעיל. ניסוח אפשרי של תניה כזו הוא כדלקמן: "תנאי המתיר לספק לצרף תרופות שלא כדין וכן תנאי הקובע לטובת הספק פיצויים מוסכמים שהם מופרזים בהתחשב בתוחלת הנזק שניתן היה לצפותו בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה". כבשאר החזקות המנויות בסעיף 4 לחוק, הספק יוכל לסתור את החזקה, אם יראה כי מידת הקושי בהוכחה או בכימות של נזקי ההפרה הצפויים מצדיקה את קביעתה של תניית הפיצוי המוסכם.

ג) לשון בלתי ברורה

מאפיין שכיח ובעייתי של רבים מהחוזים האחידים, ובפרט אלה המופנים לצרכנים, הוא הניסוח המסורבל והקשה להבנה של חוזים אלה. לעיל עמדנו כבר על הקושי הטמון במציאות שבה מרבית הצרכנים אינם קוראים כלל את החוזים שעליהם הם חותמים.[67] ברם גם לקוחות שיבקשו לקרוא את החוזה יתקשו פעמים רבות להבינו. כל מי שהתנסה בחוויה המפוקפקת של ניסיון לפענח את תוכן סעיפיהם ותת-סעיפיהם של חוזים אחידים של ספקים כגון בנקים, חברות-ביטוח, חברות-סלולר וכו' מודע מן הסתם לתחושת התסכול העזה המלווה את תהליך הקריאה. חוזים אלה מנוסחים פעמים רבות בלשון בלתי מובנת לאדם מן היישוב. יתר על כן, במקרים רבים סעיפי החוזה מנוסחים באריכות יתר ומתאפיינים במבנה תחבירי מסורבל ובמשפטים שראשיתם לעתים בעמוד מסוים ואחריתם מי ישורנה.

על מאפיינים טיפוסיים אלה, ועל הבעייתיות שמציבה מציאות זו מבחינת המדיניות המשפטית הרצויה עמד בית הדין לחוזים אחידים באחת הפרשות שנקרו לפניו:

> "ההנחה המציאותית היא שהלקוח... אינו יכול, מבחינה מעשית, לקרוא את כל תנאי החוזה, ויש להניח כי אף אם היה עושה כך לא היה מבין חלק ניכר מתנאים אלה. יכולים אנו להעיד על עצמנו, כמה זמן ומאמץ השקענו בקריאתו של החוזה ובהבנת המהות של כל סעיף מסעיפיו, ולנו הרי יש הכלים והידע המשפטי שאינם מצויים ברשותו של הלקוח הרגיל... חלקים לא מעטים בחוזה שלפנינו מנוסחים באריכות יתר, בלשון מסובכת ולא בהירה ובאופן המקשה מאד על הבנתו ... ייתכן שהגיעה העת לייחס משמעות רבה יותר, בגדרם של חוזים אחידים, לבהירותה של הלשון בה מנוסח החוזה."[68]

---

[67] לעיל פרק ב'(2) למאמר.

[68] עניין **הבנק הבינלאומי**, לעיל ה"ש 14, בפס' 156. ברשימה מאת יסמין גואטה שהופיעה בעיתון TheMarker בתאריך 12/7/12 (הכוללת ראיון עם ד"ר ברק דן, מומחה ללשון) נכתבו הדברים הבאים: "... לעורכי הדין... יש נטייה לכתוב פסקאות מתפתלות המורכבות ממשפטים ארוכים הכוללים את כל ההסתייגויות המשפטיות – אך לעיתים עד שמגיעים לסוף המשפט שוכחים איך הוא התחיל. ...לעיתים נדמה שהתוצאה של הסרבול היא המטרה עצמה. ...עורך הדין חושש שאם יכתוב בצורה קצרה יותר אולי לא יכסה את כל הפינות. כך, משפטים מופיעים זה בתוך זה, התחלה אמצע וסוף הולכים לאיבוד – אבל עורך הדין מרגיש בטוח יותר שלא יוכלו לבוא אליו בטענות. שהרי אם המשפט לא ברור אפשר להסביר אותו בכמה וכמה אופנים. חשש נוסף נובע מחוסר בידע משפטי מקיף. ...אם עורכי דין רואים נוסח שקיים הם חוששים לשנות אותו, גם אם הוא לא כל כך נראה להם. הם סבורים כי מי שניסח את המשפט לראשונה ודאי ידע משהו שהם אינם יודעים. פעמים אחרון הנימוק הוא פשוט עצלות. עורכי הדין מתעצלים לעיתים לנסח מחדש... אלא בוחרים להעתיק ולהדביק ניסוח קודם מהסכם דומה". לרשימה המלאה ראו: http://www.themarker.com/misc/article-print-page/1.1773997.

האם בגדרה של הצעת החוק ניתן לנקוט צעד שיהא בו כדי לסייע בהתמודדות עם בעיה זו? אנו סבורים כי יש מקום לשקול להוסיף לרשימת חזקות הקיפוח הכלולות בהצעה חזקה נוספת שתחול על הוראות בחוזה אחיד שניסוחן מסורבל או בלתי ברור באופן בולט. חזקה זו תחול על חוזים אחידים המיועדים ללקוחות שהם צרכנים (להבדיל מלקוחות שהם עסקים).

אין לכחד כי לקביעתה של חזקת קיפוח זו יהיו עלויות במונחים של יעילות וודאות. המבחן לתחולתה של החזקה המוצעת הוא בעצמו מבחן עמום שיישומו מחייב הפעלתו של שיקול דעת נרחב. במובן זה יש שיאמרו כי הוא עצמו לוקה במום שאותו הוא מבקש לפסול. זאת ועוד, יש להודות כי בהקשרים לא מעטים חוזים אחידים עוסקים בסוגיות שהן מורכבות ומסובכות מטיבן. במקרים אלה ניתן לשער שגם ספק המשקיע מאמץ בניסוח החוזה ובניסיון לפשט את הוראותיו ככל שניתן, ייתקל בקושי אובייקטיבי לעשות כן.

אף על פי כן אנו סבורים שהפסדה של חזקת קיפוח כזו יצא בשכרה. בקביעתה יש כדי להעביר מסר חשוב לספקים לנסות לנסח את חוזיהם באופן ברור ומובן.[69] מסר זה חשוב הוא גם – ואולי בעיקר – בחוזים הכוללים הוראות העוסקות בנושאים מורכבים, שבהם לצרכן הבלתי מקצועי קיימת ממילא נחיתות טבועה מבחינת היכולת להבין את מורכבות הסוגיה המוסדרת בחוזה. מאידך גיסא, ברור גם כי התערבות גורפת מדי בחוזים רק בשל ניסוח קלוקל עשויה לפגוע קשות בחופש העיצוב של הספקים, וביכולתם לקבוע הסדרים מורכבים ומתוחכמים (העשויים בתורם דווקא להיטיב עם קהל הצרכנים הנזקקים לשירותיו של הספק). כדי להימנע מתוצאה כזו אנו סבורים כי יש מקום לקבוע, כאמור לעיל, כי חזקת הקיפוח תחול רק בחוזה צרכני ורק מקום שבו ניסוח התניה הוא בלתי ברור או מסורבל "באופן בולט". ויודגש: מדובר ככלות הכל בחזקת קיפוח הניתנת לסתירה, ולא בחזקה חלוטה.

לבסוף נציין, כי הצעתנו עולה בקנה אחד עם עמדתם של נסחי טיוטת הקודקס האזרחי האירופי, ה-DCFR.[70] סעיף II-9:402 ל-DCFR קובע מפורשות את חובתו של צד המנסח חוזה אחיד לנסחו בלשון פשוטה וברורה (plain and intelligible language). ההוראה מוסיפה וקובעת כי בחוזה אחיד צרכני הפרה של חובה זו עשויה להוליך למסקנה כי התניה הבלתי בהירה היא גם בלתי הוגנת (unfair).[71] אנו סבורים שיש מקום לשקול הוספה של הוראה דומה גם בחוק החוזים האחידים שלנו.

ג. הליך האישור של חוזה אחיד בבית הדין

1. כישלונו של ההסדר המשפטי הקיים

---

69 תמריץ כזה קיים גם בהוראתו של סעיף 25(ב1) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973, המעגן בחוק את עקרון הפרשנות כנגד המנסח, אך ייתכן שאין בו די על מנת לתמרץ ספקים לכתוב חוזים אחידים צרכניים בלשון ברורה ומובנת.

70 למהותו של מסמך זה ראו לעיל בה"ש 64.

71 להלן לשון הסעיף במלואו: II-9:402: Duty of transparency in terms not individually negotiated: (1) A person who supplies terms which have not been individually negotiated has a duty to ensure that they are drafted and communicated in plain, intelligible language. (2) In a contract between business and a consumer a term which has been supplied by the business in breach of the duty of transparency imposed by paragraph (1) may on that ground alone be considered unfair". להוראה דומה ראו סעיף 82 להצעת חוק המכר האירופי (Common European Sales Law) משנת 2011: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:EN:PDF

חידוש משמעותי נוסף בהצעת החוק הוא ההצעה להחליף בשלמות את פרק ג' לחוק - הדן בהליך אישורו של חוזה אחיד בבית הדין – בהסדר חדש לחלוטין (שעניינו בהליך בחינה של חוזה אחיד). במצב המשפטי הקיים רשאי ספק לבקש מבית הדין לאשר נוסח של חוזה אחיד שהוא מתקשר על פיו – או שבכוונתו להתקשר על פיו – עם לקוחותיו.[72] בית הדין רשאי, לאחר בחינת הנוסח, ליתן את האישור או לסרב לתיתו אם מצא שיש בו תניות מקפחות.[73]

הניסיון שנצבר בעשורים שחלפו מאז נחקק החוק בכל הנוגע להליכי אישור של חוזים אחידים מלמד כי ההסדר הקיים אינו מוצלח במיוחד. מסתבר כי הספקים אינם צובאים בהמוניהם על שערי בית הדין על מנת לקבל את ברכתו לחוזיהם האחידים, וזאת בלשון המעטה.[74] יש לשער שהסיבה לכך היא שבחישוב של עלות מול תועלת הליך האישור אינו משתלם מבחינתו של הספק הטיפוסי: מצד העלות – עומדת בפני הספק העלות הכספית הכרוכה בפתיחתו ובניהולו של הליך המשפטי לאישור החוזה – שעשוי להיות מורכב ולהימשך זמן רב. עלות נוספת טמונה בסיכון הגלום בניהול ההליך מבחינתו של הספק: לא זו בלבד שתוצאת ההליך (היינו, אישורו של החוזה) אינה מובטחת, אלא שעלול הספק אף למצוא עצמו יוצא מההליך כשידיו על ראשו, וזאת אם מצא בית הדין תנאים מקפחים שדינם, לפי סעיף 13 לחוק, להיבטל. כדי להימנע מתוצאה כזו, צפוי ספק המגלה כי ההליך אינו מתקדם לרוחו למשוך את בקשתו לאישור או, לחלופין, לפעול להשגת פשרה שתמנע מתן פסק דין שיבהיר במפורש מהם המרכיבים המקפחים בחוזה האחיד.[75]

כנגד זאת, מצד התועלת נראה כי הרווח הפוטנציאלי הגלום בניהולו של הליך האישור איננו, במרבית המקרים, גבוה דיו כדי להצדיק את העלויות שתוארו לעיל. עיון בחוק מגלה כי התמריצים שהחוק יצר מבחינתם של ספקים לפתוח בהליך האישור היו שניים: ראשית, הענקת חסינות לחוזה שאושר בבית הדין מפני תקיפה עתידית בבית משפט או בבית הדין עצמו.[76] שנית, מתן האפשרות לספק לציין על גבי החוזה את דבר אישורו על ידי בית הדין.[77] זאת, מתוך הנחה שהאישור עשוי לשמש כאמצעי לקידום מכירות ולהגדלת המוניטין העסקי של הספק.

דא עקא, שהתועלת הגלומה בתמריצים אלה היא מוגבלת למדי. אשר לחסינות מפני תקיפה שיפוטית, הרי שמדובר בחסינות חלקית ביותר, מכמה סיבות. ראשית, החסינות מוגבלת בזמן ולא

---

[72] סעיף 12(א) לחוק. סעיף 12(ב) קובע מי יהיו המשיבים בבקשה וסעיף 12(ג) קובע כי כאשר בקשת האישור מוגשת מטעם המדינה רשאי בית הדין למנות עורך-דין שאינו עובד המדינה כמשיב.

[73] סעיף 13 לחוק. לפי הוראת הסעיף, תניות שבית הדין קבע לגביהן שהן מקפחות דינן כדין תניות שבין הדין ביטל. הסעיף בנוסחו הקיים אינו קובע במפורש כי לבית המשפט נתונה גם הסמכות לשנות הוראה בחוזה האחיד המובא לאישורו, זאת להבדיל מסעיף 17 לחוק המקנה לבית הדין במפורש סמכות כזו במסגרת הליך של בקשה לביטול תנאים מקפחים (ראו בעניין זה: בן-נון, לעיל ה"ש 18, בעמ' 69-70). מכל מקום הצעת החוק תסיר כל אי-בהירות בעניין זה. הוראת סעיף 14 להצעת החוק, לעיל ה"ש 1, מחילה על בחינת החוזה האחיד את הוראות סעיפים 17 ו-18 לחוק, המעגנות את סמכותו של בית הדין לבטל או לשנות תנאים מקפחים.

[74] ראו את דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש **Error! Bookmark not defined.**, בעמ' 296-297. ראו גם גליה מסיקה "בית הדין לחוזים אחידים במבחן המציאות – מהומה רבה על לא מאומה" **משפטים** לב 95 (2002); בכר וגלברד, לעיל ה"ש 3, בעמ' _____ והאסמכתאות המובאות שם.

[75] להרחבת הדיון בסוגיה ראו מסיקה, לעיל ה"ש 74, בעמ' 113-114.

[76] סעיף 14(ב) לחוק, וכן אצל לוסטהויז ושפניץ, לעיל ה"ש 11, בעמ' 156-158.

[77] כך עולה מסעיף 15(א) לחוק, המחייב ספק לציין על חוזה שאושר בבית הדין את דבר אישורו ואת מועד תפוגת האישור. נעיר, כי עד לתיקון מס' 3, לעיל ה"ש 3, שהתקבל בתש"ע, היה ציון דבר האישור על גבי החוזה נתון לשיקולו של הספק. התיקון הבהיר כי הספק חייב לציין את עובדת האישור על גבי החוזה. לעניין זה ראו בכר וגלברד, לעיל ה"ש 3, בעמ' _____.

תינתן בשום מקרה לתקופה העולה על חמש שנים.[78] שנית, גם בתוך תקופת האישור רשאי בית הדין, לבקשת היועץ המשפטי לממשלה, לבטל תניה בחוזה האחיד שאושר, וזאת אם מצא שקיימות סיבות מיוחדות המצדיקות זאת.[79] שלישית, החסינות מוקנית רק מפני תקיפה המושתתת על עילת הקיפוח שבחוק החוזים האחידים. תניות החוזה כולן נותרות אפוא חשופות לביקורת שיפוטית, גם בתקופת האישור, וזאת מכוחם של עילות ומוסדות אחרים שבדין החוזים הכללי (לדוגמה: כללי הפרשנות, עקרון תקנת הציבור ועקרון תום הלב).[80]

גם האפשרות לציין על גבי החוזה את דבר אישורו אינה, כך נראה, בעלת ערך כלכלי רב. אם לשפוט לפי המציאות בשטח, דומה כי ה"מותג" ששמו בית הדין לחוזים אחידים אינו מוכר לציבור הרחב. קהל הלקוחות ברובו הגדול איננו מודע כלל לקיומו של בית הדין ולתפקידו המרכזי בביקורת על חוזים אחידים.[81] ממילא, חותמת בית הדין המופיעה על החוזה – אפילו תובא על ידי הספק לידיעתו של הלקוח – אינה צפויה למלא תפקיד נכבד בתודעתו של הלקוח הממוצע, אשר יתקשה להעריך את משמעותה. חשיבותו של האישור כאמצעי לקידום מכירות היא אפוא, ככל הנראה, מוגבלת למדי.

בהינתן התועלת המוגבלת הגלומה בהליך, נראה כי פתיחת הליך לאישורו של חוזה אחיד נתפסת אצל מרבית הספקים כהכנסת "ראש בריא למיטה חולה". יש לזכור, כי הליך האישור הוא הליך יזום שבו הספק מעורר מחלוקת משפטית באופן יזום. פתיחת הליך כזה היא, כשלעצמה, בבחינת צעד כלכלי שעוסק רציונאלי יטה בדרך כלל להימנע ממנו.[82] כך הדבר במיוחד שעה שטרם התגלע סכסוך משפטי בין הספק לבין מי מלקוחותיו – סכסוך שפניה לבית הדין עלולה דווקא להעיר ולעורר (אם, לדוגמה, יתברר ללקוחות דבר ביטולן של תניות בחוזה שהובא לאישור). דברים אלה, שנכונים הם לגבי ספקים בכלל, נכונים הם מכוח קל וחומר לגבי ספקים שבנוסחי החוזים שבהם הם עושים שימוש כלולות הוראות המקנות להם יתרונות מרחיקי לכת לעומת הלקוחות. ספק רציונאלי יהסס לחשוף בפני בית הדין נוסח של חוזה כזה, פן בעשותו כן יביא, הלכה למעשה, לחיסול האפשרות להציע את החוזה ללקוחות במתכונתו הקיימת.

זאת ועוד. גם ספק החושש מסכסוכים עתידיים (או כאלה שכבר התגלעו) בינו לבין לקוחותיו בנוגע להוראה מהוראות החוזה יכול להניח, בצדק, כי חלק הארי של סכסוכים אלה לא יגיע ממילא לבירור בפני ערכאות. ראשית, לקוחות – ובפרט צרכנים – אינם ששים לנהל הליכים

---

78 סעיף 14(א) לחוק. אף שהסעיף מסמיך את בית הדין לקצוב תקופת אישור קצרה מחמש שנים, בפועל לא ידוע לנו על מקרה שבו הופעלה סמכות זו.

79 סעיף 14(ג) לחוק. ראו גם לוסטהויז ושפניץ, לעיל ה"ש 11, בעמ' 157-158.

80 כך עולה במפורש מסעיף 24 לחוק. יש אמנם לשער כי קביעתו של בית הדין כי התניות שבחוזה אינן מקפחות תילקח בחשבון גם בעת שתניה בחוזה האחיד תעמוד לביקורת שיפוטית מכוח עקרונות הדין הכללי. אולם מבחינה פורמלית אין מדובר במעשה בית דין, שכן החסינות המוקנית מכוח סעיף 14(ב) לחוק חלה בבירור רק לגבי טענת "תניה מקפחת".

81 לבעיה ראו בכר וגלברד, לעיל ה"ש 3, בעמ' ___, וכן בהערה 76. באותו הקשר ראו להלן הדיון בפרק ו(3) (פרסום החלטות בית הדין).

82 את הרצון להימנע מהתדיינות יזומה שעלויותיה ודאיות אך תוצאותיה אינן ידועות מראש ניתן להסביר, בין היתר, בנטייה הידועה של שנאת סיכון ושנאת הפסד (*"Losses loom larger than gains"*). ראו למשל: Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, 47 ECONOMETRICA 263 (1979). ראו גם: Eyal Zamir, *Loss Aversion and Law's Formation*, *available at*: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1638527".

משפטיים נגד ספקים. לתופעה מוכרת זו גורמים שונים ובכללם פערי הידע שבין הספק ללקוח, נגישות מוגבלת של הצרכן הממוצע לייעוץ משפטי (לעתים קרובות מטעמים כלכליים), ומוטיבציה מוגבלת של הצרכן להשקיע בהליך משפטי יקר כדי לזכות בטובת הנאה ששווייה הכלכלי נמוך יחסית.[83] שנית, גם המעטים מבין הלקוחות אשר יפתחו בהליך משפטי נגד הספק עשויים בסופו של דבר להגיע עימו לפשרה, אשר תמנע הכרעה כוללת ועקרונית בשאלת הקיפוח של החוזה האחיד. שלישית ולבסוף, יש לזכור כי הליך שיפוטי המסתיים בפסק דין נגד הספק מחוץ לבית הדין, ואפילו כזה שבו נקבע במפורש ממצא של קיפוח, אינו בעל השפעת רוחב ישירה ומיידית על כלל החוזים שבין הספק לבין לקוחותיו. זאת, לעומת הליך האישור, אשר כשלונו (ואפילו הצלחתו החלקית) פירושם המעשי הוא שלילת תוקפן של ההוראות שנמצאו מקפחות בכל חוזה עתידי שיכרות הספק עם מי מלקוחותיו.

על רקע כל האמור אין תמה שהליך האישור של חוזים אחידים – המוסדר בפרק ג לחוק – לא זכה להצלחה רבה ועל כן חייב חשיבה מחודשת. על רקע תובנה זו נפנה עתה לבחינת הרפורמה המעוגנת בהצעת החוק.

2. הרפורמה המוצעת

א) שני תיקונים – שתי גישות

ביקורת על הליך האישור של חוזים אחידים במתכונת הקיימת כיום ניתן לערוך משתי נקודות מבט חלופיות, המשקפות תפיסות מנוגדות בסוגיית ההצדקה לעצם קיומו של ההליך.

העמדה האחת (שתכונה להלן: הגישה החיובית) מבוססת על הנחת עבודה שלפיה ההליך של "בקשה לאישור" של חוזה אחיד הוא באופן עקרוני מנגנון משפטי טוב ומועיל כאמצעי לפיקוח על חוזים אחידים. על פי תפיסה זו כישלונו של ההסדר הנוהג מחייב הכנסת שינויים בחוק, שמטרתם להגביר באופן משמעותי את השימוש במנגנון הבקשה לאישור. ואמנם, כפי שיבואר בהמשך הדברים, תיקון מספר 3 לחוק החוזים האחידים,[84] שהתקבל בכנסת בשנת 2010, צועד בכוון זה ומשקף את הגישה החיובית.

מנגד, ניצבת הגישה שתכונה להלן הגישה השלילית. גישה זו רואה ב"בקשה לאישור" של חוזה אחיד הליך שהוא בעייתי בפני עצמו, בהיותו קובע מנגנון משפטי בלתי יעיל ובלתי אפקטיבי. גישה זו נתמכת במידה מסוימת במחקרים שבהם נטען כי הליכי טרום-שיפוט (pre-ruling) אינם יעילים מבחינה כלכלית.[85] המחזיקים בגישה זו עשויים לסבור כי את המשאבים המוגבלים שבכוחה של המדינה להקצות לשם פיקוח שיפוטי על חוזים אחידים מוטב להשקיע בחיזוק ההליך המשפטי היעיל יותר בהקשר זה, קרי, הליך הבקשה לביטול של תנאים מקפחים. כפי שיובהר להלן, תיקון 4 לחוק, שבו עוסקת רשימה זו, צועד דווקא בכיוון זה.

ברשימה זו איננו מבקשים להכריע איזו מבין שתי החלופות היא הנכונה יותר. עניין זה מחייב בחינה מעמיקה המצדיקה יריעה נפרדת. מבוקשנו בשורות הבאות הוא להצביע על כך שהן תיקון

---

[83] ראו: סיני דויטש **דיני הגנת הצרכן – כרך א יסודות ועקרונות** 150 (2001).

[84] לעיל ה"ש 3.

[85] ראו, לדוגמה: William M. Landes & Richard A. Posner, *The Economics of Anticipatory Adjudication*, 23 J. LEGAL STUD. 683 (1994).

מס׳ 3 לחוק (שכבר התקבל) והן התיקון המוצע כעת – המבוססים כאמור על גישות מנוגדות – מציגים בהקשר הנוכחי הסדר משפטי חלקי ומהוסס שקיים ספק אם יביא להגשמת המטרה שעמדה לנגד עיני יוזמיו.

ב) תיקון מס׳ 3 – גישה חיובית מהוססת וחלקית

נפתח בתיקון מס׳ 3, שכאמור משקף את הגישה החיובית כלפי הליך הבקשה לאישור. במסגרתו של תיקון זה הוכנסה לחוק (בסעיף 15(ב)) הוראה המחייבת ספקים מסוימים לציין על גבי החוזים שבשימושם את העובדה כי החוזים הללו לא אושרו או טרם אושרו על ידי בית הדין. רשימת הספקים שעליהם תחול הוראה זו תיקבע על ידי שר המשפטים בהתחשב, בין היתר, במספר הלקוחות הפוטנציאלי של הספק, בעובדה שחלק ניכר מלקוחות אלה הם צרכנים, באופי פעילותו של הספק ובסוג השירות או המוצר שהם נושא החוזה. ההנחה העומדת ביסוד התיקון היא שהחיוב שמטיל החוק ישמש כנורת אזהרה עבור ציבור הלקוחות וייצור מוניטין שלילי לספק העושה שימוש בחוזה בלתי מאושר. החשש של ספקים אלה מפני הנזק הכרוך בפגיעה במוניטין שלהם אמור, כך הניח המחוקק, לתמרץ אותם לפנות אל בית הדין לשם קבלת אישורו, וממילא גם לנסח את חוזיהם מראש באופן שאינו מקפח, על מנת שיוכלו לזכות באישור.

גם בהנחה שמטרת התיקון – להגביר את מספר החוזים המובאים לאישור - היא מטרה ראויה, נראה לנו כי יש מקום לביקורת על הדרך המהוססת שבה בחר המחוקק לממש מטרה זו. כוונתנו היא לכך שגם במסגרת תיקון מס׳ 3 נעשה ניסיון להשפיע על התנהגותם של ספקים באמצעות תמריצים עקיפים, שנועדו לעודדם להביא את חוזיהם לאישור באופן וולונטרי. לשני התמריצים העקיפים שהיו קיימים בחוק בעבר, נוסף במסגרת תיקון 3 תמריץ נוסף, שלילי במהותו. החובה המוטלת על ספקים מסוימים לציין על גבי החוזה את דבר אי-אישורו בבית הדין עשויה – כך סבר המחוקק – לתמרץ את הספקים הללו להביא את חוזיהם לאישור (זאת, כאמור, בשל חשש מפגיעה במוניטין). אולם, בהינתן ההנחה שהליך האישור הוא הליך רצוי ויעיל לפיקוח על חוזים אחידים (וזו בבירור ההנחה העומדת ביסוד תיקון מס׳ 3) ובהנחה שהמחוקק מעוניין שחוזיהם האחידים של ספקים בסקטורים מסוימים במשק יפוקחו על ידי בית הדין, לא ברור מדוע להסתפק בתמריץ עקיף? חוסר יעילותם של תמריצים עקיפים הוכחה כבר בעבר וספק אם הוספתו של תמריץ (שלילי) נוסף עשויה להביא לשינוי המיוחל. השאלה היא מדוע לא לנקוט באמצעי הישיר והמתבקש לשם השגת מטרה זו, קרי: הטלת חיוב מפורש על ספקים מסוימים, שזהותם תיקבע בתקנות, להביא את חוזיהם לאישור בפני בית הדין.[86] אנו ערים כמובן לסכנה הטמונה ברגולציה כבדה מדי ובפיקוח הדוק מדי על השוק. עם זאת, הצעתנו (כמו גם תיקון מס׳ 3 לחוק) איננה מכוונת לכלל הספקים בשוק. היא מכוונת אך לאותם סקטורים שלגביהם סבור המחוקק כי קיים צורך חברתי חיוני של פיקוח שיפוטי מוקדם על תוכן החוזים שבאמצעותם הם מתקשרים עם לקוחותיהם. לגבי ספקים אלה מוטב להבטיח את הגשמת המטרה באמצעי ישיר ואפקטיבי (הטלת חובת אישור) ולא באמצעות תמריצים עקיפים שניסיון העבר מצביע בבירור על האפקטיביות המוגבלת שלהם.

---

[86] יצוין כי טכניקה זו קיימת כבר כיום בחקיקה בהקשרים מסוימים. ראו סעיף 20 לחוק כרטיסי חיוב, התשמ״ו-1986, אשר מעגן את סמכותו של שר המשפטים לדרוש ממנפיק המתקשר עם לקוחותיו באמצעות חוזה אחיד, כי יגיש בקשה לאישור החוזה. הסעיף קובע כי אם לא פנה המנפיק בבקשה לאישור החוזה, לא יהא רשאי להציע ללקוחותיו להתקשר בחוזה האמור. הוראה זהה הנוגעת לסמכותו של הממונה על ההגבלים העסקיים כלפי בעל מונופולין ניתן למצוא בסעיף 27(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ״ח-1988.

בצד הביקורת על תוכן התיקון עצמו, ניתן לבקר את תיקון מס' 3 לחוק החוזים האחידים גם מזווית אחרת. כוונתנו לכך שלניסיון לעודד ספקים להביא את חוזיהם לאישור בבית הדין לא נלווה הצעד המשלים והמתבקש של הגדלת המשאבים הציבוריים המוקצים למטרה זו. אכן, בהנחה שתיקון מס' 3 ישיג את מטרתו ויגביר, ולו באופן חלקי, את התמריץ של ספקים לפתוח בהליכי אישור בבית הדין, יחייב הדבר הגדלה משמעותית של המשאבים הציבוריים הנדרשים לשם מתן מענה לביקוש הגובר לשירותיו של בית הדין. פירוש הדבר לא רק משאבים וכוח אדם נוסף לבית הדין עצמו, אלא גם הקצאת משאבים למשרד המשפטים, ליועץ המשפטי לממשלה, ואולי אף לגופים נוספים, המופקדים על ייצוג האינטרס הציבורי בהליכים בפני בית הדין.

מכיוון שעד כה טרם קבע השר את רשימת הספקים שתיקון מס' 3 יחול לגביהם, לא התעוררה בעיה זו עדיין, ולא באה לידי ביטוי מוחשי. עם זאת, בהנחה (המתבקשת) כי סמכות זו של שר המשפטים תופעל ותיושם, תידרש מערכת המשפט להתמודד עם העומס הגובר שיוטל לפתחה, על כל המשתמע מכך.

ג) תיקון מס' 4 – גישה שלילית, מהוססת וחלקית

כפי שציינו בפתחו של פרק זה, ההצעה להחליף את פרק ג' לחוק בפרק חדש היא מהתיקונים הבולטים בהצעת החוק הנוכחית. המעיין בהוראות המרכיבות את הפרק החדש יגלה עד מהרה כי הוא מבטא גישה הפוכה מזו המשתקפת בתיקון מס' 3. הנחת המוצא לגישה זו, שאותה כינינו הגישה השלילית, היא שהליך הבקשה לאישור הוא הליך בלתי אפקטיבי שתרומתו הציבורית מוגבלת ושטוב יעשה המחוקק אם יפעל לצמצום ההיזקקות לו. על פי גישה זו – שלה ניתן ביטוי מפורש בדברי ההסבר להצעה – בהינתן תועלתו המוגבלת של הליך הבקשה לאישור, מוטב להקצות את המשאבים הקיימים לצורך הרחבה וייעול של השימוש בהליכי הבקשה לביטול.[87] ואמנם, לאורה של תפיסה זו מציעה ההצעה לערוך בהסדר הנוהג היום מספר שינויים מרחיקי לכת. נפרט אותם בקצרה.

ראשית, מוצע להחליף את הליך הבקשה לאישור בהליך בחינה. משמעות הדבר היא יצירת "חסם-סף" שיסנן מבין כלל הבקשות שיוגשו על ידי ספקים את אלה שבית הדין מתרשם שקיים עניין ציבורי בבירורן – ואותן בלבד. השיקולים לבחינת קיומו של עניין ציבורי בהליך הבקשה דומים בעיקרם לשיקולים שמונה כיום סעיף 15 לחוק, והם כוללים את אופי פעילותו הכלכלית של הספק (לרבות היותו בעל מונופולין בתחומו), את סוג הלקוחות (צרכנים או לקוחות מסחריים), סוג השירות או המוצר נושא החוזה, ומידת חיוניותם.[88]

---

[87] תפיסה זו עולה בבירור ובמפורש מדברי ההסבר להצעה. בדברי ההסבר לסעיף 5 להצעה, בעמ' 296 נאמר: "... לצד הליך אישור חוזה אחיד, קיים בחוק הליך של ביטול תנאים מקפחים בחוזה אחיד. תפיסת החוק הקיים היא כי שני ההליכים זהים בחשיבותם, ואכן שני ההליכים מצריכים משאבים ציבוריים נרחבים. ואולם הניסיון מורה כי חוזים אחידים שהוגשו לאישור בית הדין אינם בהכרח אלה שראוי היה שייבחנו על ידו, מנקודת המבט של האינטרס הציבורי. הליך האישור מתחיל ביוזמת הספק, הפועל ממניעיו שלו, אשר עשויים להיות ראויים ביותר. ואולם אין בהם בהכרח עניין ציבורי המצדיק את קיומו של ההליך. הניסיון מראה כי מבחינת השמירה על האינטרס הציבורי וההגנה על צרכנים פוטנציאליים, עדיפה התמקדות והקצאת המשאבים של הגורמים המוסמכים בהגשתן של בקשות לביטול תנאים מקפחים בחוזים אחידים." והמשך דברי ההסבר (עמ' 297-298) נאמר: "תפיסת החוק הקיים היא לתמרץ את הספקים ליזום הליך של בקשות אישור. לשם כך הוקנה לחוזה המתוקן שריון מפני טענות בדבר קיומו של תניה מקפחת וכן התאפשר לספק לציין על החוזה שנכרת על פי החוזה האחיד שאושר בבית הדין, כי ניתן לו אישור כזה (סעיף 15 לחוק). מאחר שהסתבר כי הליך האישור אינו יעיל דיו וכי הליך הביטול עדיף, מוצע שלא לתמרץ ספקים להגיש את החוזה לאישור בית הדין, ומשכך אין לאפשר לספק לציין על גבי החוזים שנכרתים לפי חוזה אחיד שנבדק בידי בית הדין, כי הוא אושר".

[88] סעיף 5 להצעה, המציע לקבוע את סעיף 12(ב) לחוק.

שנית, מוצע לבטל את החובה לציין על גבי החוזה האחיד את דבר אישורו – או אי אישורו – על ידי בית הדין. לשם כך מוצע לבטל לחלוטין את הוראת סעיף 15 לחוק (תיקון תש"ע), המסדירה היום את הסוגיה. יודגש כי ההצעה אף איננה מציינת (כפי שציין סעיף 15 לחוק טרם שתוקן במסגרת תיקון מס' 3) כי הספק רשאי לציין על גבי החוזה את דבר אישורו. זאת, לאור תפיסתם של מנסחי ההצעה כי יש מקום לצמצם עד למזער האפשרי את התמריץ של ספקים להגיש בקשות לאישור של חוזים אחידים.[89]

שלישית, והוא בעינינו עיקר: ברוח אותה מגמה תצומצם האטרקטיביות הגלומה בהסדר הקיים מבחינתו של הספק השוקל להביא את חוזהו לאישור בבית הדין. את החסינות בת חמש השנים המוקנית כיום לחוזה שאושר מוצע להמיר בחזקה (הניתנת לסתירה) של היעדר קיפוח שתחול למשך חמש שנים בכל הליך בפני בית משפט.[90] מדובר בכרסום של ממש באופי ההגנה המוקנית לחוזה שיאושר על ידי בית הדין, כרסום העתיד להופכה מהגנה מהותית להגנה בעלת אופי דיוני שעניינה בהעברת נטלי הוכחה מהספק אל הלקוח. לא זו אף זאת: מאחר שהנטל להוכיח קיפוח מוטל ממילא לפתחו של הלקוח, נראה כי ההצעה מעניקה לספק הגנה שאינה מקנה לו יתרון כלשהו שאינו מנת חלקו מלכתחילה. זאת, להוציא מקרים שבהם הקיפוח הנטען מתייחס להוראות שעליהן חלה חזקת קיפוח מכוחו של סעיף 4 לחוק. לגבי הוראות אלה נטל השכנוע מוטל על הספק, ואישור בית הדין יעבירו בחזרה אל הלקוח המבקש לטעון לקיפוח.

לסיכום, בניגוד לתיקון מס' 3, שביקש – אם גם בדרך מהוססת ועקיפה – לחזק את מערך התמריצים לפתיחתם של הליכי אישור, מטרתו המוצהרת של תיקון מס' 4 היא הפוכה, קרי: לצמצם עד למזער האפשרי את מספר הבקשות (הנמוך ממילא), וזאת באמצעות הטלת מגבלות חמורות על האפשרות להיזקק לערוץ זה כמו גם ריקון ההגנה שמעניק הפרק לספק שחוזהו יאושר מכל תוכן ממשי. אלא שכאן מתעורר קושי דומה לזה שעוררנו בדוננו בגישתו החיובית של תיקון מס' 3: אם אכן תכליתו של תיקון מס' 4 היא לרוקן את הליך האישור מכל תוכן ממשי ולצמצם את השימוש בו ככל האפשר, מתבקשת כמו מאליה השאלה מדוע בחר המחוקק להשאיר את הליך האישור על כנו מלכתחילה? הגישה העוינת כלפי הליך האישור המשתקפת בהצעת החוק צריכה היתה לכאורה להוליך להמלצה על ביטולו המוחלט של ההליך.[91] תחת זאת נבחרו אמצעים עקיפים (יצירת חסמים ושלילה גורפת של התמריץ לספק) המעקרים למעשה את ההסדר מכל תוכן, ונוטלים ממנו את עוקצו. כל זאת, שעה שמבחינה חיצונית, חזותית, מוצג עדיין הליך האישור בפני נמען החוק – שהוא הציבור הרחב – כאחד משני הליכי בחינה לגיטימיים וראויים בפני בית הדין. טכניקה חקיקתית זו היא לדעתנו לא רק בלתי יעילה, אלא גם בלתי ראויה.

---

[89] ראו את הציטוט השני המובא מדברי ההסבר לעיל בה"ש 87. מדברים אלה עולה לכאורה כי מנסחי הצעת חוק סברו שלאחר התיקון לא יתאפשר עוד לספק המעוניין בכך לציין על חוזהו האחיד את דבר האישור. לדעתנו זוהי סברה מוטעית. ביטולו של סעיף 15 ישלול אמנם את חובתו של הספק (שנקבעה בתיקון מס' 3 לחוק) לציין על החוזה את דבר אישורו. אולם, בהעדר איסור מפורש בחוק, עצם ביטול הסעיף לא ישלול לדעתנו את החירות הנתונה לספק, אם יחפוץ בכך, לציין על גבי החוזה את העובדה (הנכונה) כי החוזה אושר בידי בית הדין. בכך עלולה אף להיגרם תקלה: בעוד שסעיף 15 – גם בנוסחו לפני תיקון מס' 3 - קבע כי לצד ציון דבר האישור, חייב הספק לציין גם את מועד תפוגתו, הרי עם ביטולו של סעיף 15 עלול להיווצר מצב בו יוכל ספק לציין על גבי החוזה את דבר האישור מבלי שיהיה חייב לציין את מועד תפוגת האישור.

[90] סעיף 5 להצעה, סעיף 13(ב) המוצע. הכוונה לקבוע חזקה הניתנת לסתירה על ידי הלקוח עולה במפורש מדברי ההסבר לסעיף זה, בעמ' 297.

[91] או לפחות ביטול האפשרות להליך כזה כאשר היוזמה לו באה מצד הספק, תוך הותרת ההליך אך ורק למקרים שבהם נדרש הספק על פי חוק, או על פי דרישת רשות מוסמכת, להביא את חוזהו לאישור (זאת, ברוח ההסדר הקבוע בסעיף 12(ג) לחוק המוצע).

עינינו הרואות, כי את פועלו של המחוקק בשדה זה – הן בנוקטו גישה חיובית כלפי הליך האישור, הן בנוקטו גישה שלילית כלפיו – מאפיינת הפנייה לאמצעים עקיפים ומהוססים. במקום לאמץ עמדה עקרונית ברורה ולפעול באמצעים ישירים ואפקטיביים למימושה, בחרו שתי ההצעות – זו שנקלטה כבר בחקיקה, וזו המוצעת לנו כעת – 'ללכת בין הטיפות' או, אם תרצו, 'לשבת על הגדר'. ייתכן שמבחינת המשחק הפוליטי הפרגמאטי של פרוצדורת החקיקה יש יתרונות מסוימים בטקטיקה חקיקתית זו. ברם במישור המהותי, האמיתי, נראה לנו כי ל"ישיבה על הגדר" יש מחיר כבד. אנו עלולים להחמיץ פעם נוספת הזדמנות לייעל באופן אמיתי את מערכת האכיפה של דין החוזים האחידים, ולמצוא עצמנו שוב מתמודדים עם הסדר חוקי בעייתי שאינו מגשים את מטרתו – תהא זו כאשר תהא.[92]

ד. סוגיית התחולה בזמן של החלטות בית הדין

סעיף 18 לחוק החוזים האחידים עוסק, בין היתר, בסוגיית התחולה בזמן של החלטות בית הדין.[93] הצעת החוק מבקשת להחליף את הסעיף הקיים בסעיף חדש ומוצעים בהקשר זה שני חידושים.[94] חידוש ראשון הוא ההצעה לבצע – בכל הנוגע לסוגיית תחולתן של החלטות בית הדין על חוזים שנכרתו לפניהן (להלן – חוזי העבר) – 'היפוך תפקידים' בין הכלל הקבוע כיום בחוק לבין החריג לכלל. החידוש השני של התיקון הוא בהבהרת השיקולים שעל בית הדין להביא בחשבון בבואנו אפשרות לחרוג מהכלל (החדש). להלן נעיין בשני החידושים המוצעים.

1. תחולה רטרוספקטיבית – הכלל או החריג?

על פי סעיף 18(א) לחוק הקיים, החלטה של בית הדין על ביטול או על שינוי של תניה מקפחת תחול על כל חוזה אחיד של אותו ספק שייכרת אחרי מועד ההחלטה ושנוסחו כנוסח החוזה

---

92 בשולי הדברים נעיר, כי הן תיקון מס' 3 והן תיקון מס' 4 מבוססים בהקשר הנדון על ההנחה כי "בקשה לאישור" או "בקשה לביטול" הן שתי הדרכים היחידות להפעלתה של ביקורת רוחב שיפוטית על חוזים אחידים. אין זה מן הנמנע שהגיעה העת להרחיב את אופק החשיבה ולבחון דרכים אפשריות נוספות לפיקוח על חוזים אחידים. העיון בסוגיה זו חורג ממטרת הרשימה כפי שהוגדרה על ידינו, ולכן לא נוכל להרחיב בו. כרמז בלבד לכיוונים חדשים ומאתגרים נצביע על שני כוונים אפשריים. כיוון אחד הוא לשקול "הפרטה" מסוימת של הליך הבקשה לביטול, תוך מתן אפשרות ל"מבקש ייצוגי" לפנות לבית הדין בבקשה לביטול תנאים מקפחים בחוזה אחיד. מגבלות של תקציב ותקנים מהוות מחסום משמעותי ליכולתן של רשויות המדינה להפעיל פיקוח ורגולציה יעילים. כך בתחום הכללי של הגנת הצרכן וכך גם בתחום הספציפי של פיקוח על חוזים אחידים (לעניין הגנת הצרכן ראו דויטש, לעיל ה"ש 83, בעמ' 111-117). הפרטה מסוימת של ההליך ויצירת תמריץ למבקשים פרטיים ליזום הליכים של בקשה לביטול באמצעות גמול כספי הולם עשויים להפיח רוח חיים חדשה ולהעניק דחיפה של ממש לתחום הפיקוח על חוזים אחידים, בדומה לתהליך שמתרחש בשנים האחרונות בתחום התובענות הייצוגיות. אפשרות אחרת שראוי לשקול, בין כתחליף, בין כתוספת להצעתנו הקודמת, היא יצירת מנגנוני פיקוח מנהליים על חוזים אחידים, המבוססים על מומחיות סקטוריאלית. בזכות ההתמקצעות הסקטוריאלית והביזור הרחב המאפיינים יחידות פיקוח מנהליות יוכלו יחידות כאלה לבחון ביעילות ובמהירות כמות רבה מאוד של חוזים אחידים על מנת לוודא כי אין בהם תנאים מקפחים. ערעור על החלטותיהם של גופים מנהליים אלה יוכלו להיות מובאים לבחינה שיפוטית של בית הדין. להצעה ברוח זו ראו את רשימתו של פרופ' מיגל דויטש "חשוב אבל פחות" **עורך הדין** 6, 35 (2010). ראו גם: בכר וגלברד, לעיל ה"ש 3, בעמ' ___.

93 סוגיית התחולה בזמן של נורמה משפטית עשויה להתעורר בהקשרים שונים. מקום מרכזי תופסת בנושא זה שאלת תחולתה הרטרוספקטיבית של החלטה שיפוטית ובעיקר של הלכה פסוקה. ראו, למשל: Lord Rodger of Earlsferry, *A Time For Everything Under The Law: Some Reflections On Retrospectivity*, 121 L.Q.R. 57 (2005);Richard H. S. Tur, *Time and Law* 22 OXFORD J.L. STUD. 463 (2002); ראו גם א' ברק, **פרשנות במשפט** כרך שני 609 (התשנ"ג-1993). בנושא תחולתה בזמן של הלכה פסוקה חדשה קיימת ספרות רבה, מקומית וזרה. ראו, למשל: ג' טדסקי "הלכה לעתיד" **מסות במשפט** 25 (1978); עדנה קפלן "תחולה צופה פני עתיד לתקדימי בית המשפט העליון", **משפטים** ט 221 (1979); א' ברק **שיקול דעת שיפוטי** 417 (1987); עדנה קפלן-הגלר "תחולה עתידית לתקדימי בית המשפט העליון" **מאזני משפט** ד 125 (2005). לדיון מקיף בסוגיה זו ראו גם: דנ"א 3993/07 **פקיד שומה ירושלים 3 נ' איקפוד בע"מ**, (פורסם ב"נבו", 14.7.2011). בית הדין לחוזים אחידים אמנם אינו קובע הלכות פסוקות, אולם סעיף 18 לחוק החוזים האחידים דן, למעשה, בנגזרת מיוחדת של סוגיית התחולה של החלטה שיפוטית על מקרים שהתרחשו קודם לקביעתה.

94 סעיף 8 להצעה, הקובע את סעיף 18 המוצע. חידוש חשוב שלישי הגלום בסעיף 18 החדש נוגע להיקף התחולה של החלטות בית הדין (להבדיל משאלת תחולתן בזמן). לדיון ראו להלן בפרק ו(2)(ג).

שלגביו ניתנה ההחלטה. נקודת המוצא העקרונית של הדין הנוהג היא אפוא תחולה פרוספקטיבית בלבד של החלטות בית הדין.[95] יחד עם זאת, כחריג לכלל הרגיל, מסמיך סעיף 18(ב) את בית הדין לסטות מהכלל האמור ולהחיל את החלטתו גם על חוזים שנכרתו לפני מתן ההחלטה.[96] כאמור, בהצעת החוק מוצע להפוך את נקודת המוצא. לפי התיקון (סעיף 18(א)(2) המוצע), החלטה של בית הדין לחוזים אחידים תחול על כל חוזה של הספק, לרבות חוזה שנכרת לפני מתן ההחלטה. סעיף 18(ב)(1) המוצע מסמיך את בית הדין לסטות מהכלל האמור ולקבוע כי הביטול או השינוי המתחייב מהחלטתו יחול רק על חוזים שיכרות הספק בעתיד. לשון אחר, התיקון מציע לאמץ כברירת מחדל כלל של תחולה פרוספקטיבית ורטרוספקטיבית גם יחד, ולהותיר את האפשרות של תחולה פרוספקטיבית טהורה כחריג הכפוף לשיקול דעת.

האם היפוך זה בין הכלל לבין חריגו הוא מוצדק? לדעתנו יש להשיב על כך בחיוב. מטיבן של הכרעות שיפוטיות שהן פועלות גם באופן רטרוספקטיבי. הדברים אמורים בכל הליך משפטי רגיל שבו בית משפט מתערב בתוכנו של חוזה (אינדיבידואלי), בין כשהוא קובע את בטלותה של תניה שבו בשל ניגוד לחוק או לתקנת הציבור, ובין כשהוא עושה כן מכוחן של דוקטרינות אחרות (כגון עקרון תום הלב או פרשנות מרחיבה). דברים אלה יפים גם להתערבות שיפוטית של בית משפט הקובע, במסגרתו של סכסוך קונקרטי הנדון לפניו, כי תניה מסוימת בחוזה אחיד היא מקפחת וכי משום כך יש לבטלה או לשנותה. גם במקרה זה, כבמקרים שבהם ההתערבות נעשית מכוחן של דוקטרינות שבדין החוזים הכללי, יפגע הביטול (או השינוי) בהכרח באינטרס הספק להסתמך על תנאיו המקוריים של החוזה וישנה את הקצאת הסיכונים החוזית המקורית.

ניתן אמנם לטעון כי אין הנדון דומה לראייה, וכי בהקשר להחלטות בית הדין החלה רטרוספקטיבית תהיה בעלת השלכות מרחיקות לכת יותר מאשר במקרה של שיפוט בסכסוך קונקרטי. אכן, יש להודות כי החלטה של בית הדין היא בעלת השפעה קונקרטית רחבה בהרבה מזו של החלטה שיפוטית של ערכאה רגילה: היא חלה, מעצם טיבה, לא על חוזה קונקרטי בין ספק לבין לקוח, אלא על נוסח של חוזה, העשוי לשמש בסיס למספר רב של עסקות חוזיות. במובן זה השפעתה של החלטה רטרוספקטיבית שנותן בית הדין עלולה לפגוע באופן רחב וקשה באינטרס ההסתמכות של הספק, לא רק במסגרתה של עסקה יחידה, אלא במסגרתן של עסקות רבות שייתכן שכבר כרת עם לקוחות רבים. אף על פי כן, אין להפריז בחשיבותו של הבדל זה, שהרי "נקודת המוצא העקרונית הינה כי הלכה שיפוטית פועלת הן רטרוספקטיבית והן פרוספקטיבית".[97] השפעת הרוחב שיש להחלטה רטרוספקטיבית של בית הדין דומה אפוא במובן

---

[95] ודייקו: החלטות של בית הדין לחוזים אחידים – להבדילן מהחלטות שיפוטיות אחרות – מאפשרות פרוספקטיביות טהורה, שהרי בית הדין בוחן את נוסח החוזה ואינו דן בסכסוך קונקרטי הנוגע לחוזה שנכרת בין הספק לבין לקוח מסוים. החלת ההחלטה רק על חוזים שייכרתו לאחר מועד נתינתה יוצרת מצב של פרוספקטיביות טהורה. הלכה פסוקה של בית המשפט העליון, לעומת זאת, אינה פרוספקטיבית באופן טהור. אכן, אפילו יקבע בית המשפט כי תחולת ההלכה תהיה רק מכאן ואילך, הרי לפחות ביחס למקרה שבמסגרתו נקבעה ההלכה היא תפעל באורח רטרוספקטיבי. להבחנה ראו: רע"א 8925/04 **סולל בונה נ' עזבון אלחמיד ואח'**, פ"ד סא(1) 126 (2006).

[96] הסעיף אינו מציין מהם השיקולים שעל בית הדין לשקול בעניין זה. על כך ראו להלן בסעיף הבא.

[97] עניין **סולל בונה**, לעיל ה"ש 95, פס' 5 לפסק דינו של הנשיא ברק. ראו בענין זה גם בג"ץ 221/86 **כנפי נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מא(1) 469, 480 (1987). בפרשת Kuhn v. Fairmont Coal Co. 215 U.S. 349, 372 (1910) ציין השופט הולמס כי החלטות שיפוטיות פועלות למפרע כבר קרוב לאלף שנים. בכך שונה החלטה שיפוטית, לרבות כזו הקובעת הלכה חדשה, מחקיקתו של חוק. בדרך כלל תחולתו של חוק תהיה פרוספקטיבית בלבד. יש הרואים בהבדל זה שבין חוק לבין פסק-דין מאפיין בעל אופי חוקתי השומר על עקרון הפרדת הרשויות: Lord Devlin, *Judges and Lawmakers* 39 M.L.R. 1, 11 (1976).

מסוים להשפעה הרטרוספקטיבית הרחבה שיש לכל הלכה חדשה הנקבעת על ידי בית המשפט העליון על מערכות יחסים חוזיות שנוצרו לפני קביעת ההלכה.

ביסוד העיקרון המשפטי התומך בהחלה רטרוספקטיבית של החלטות שיפוטיות עומדים שיקולים מגוונים ובהם טעמים עיוניים ופילוסופיים של תורת משפט ושל משפט חוקתי,[98] ולצידם שיקולים מעשיים המבקשים לאזן בין ערכים של צדק והסתמכות לבין טעמים של יעילות והכוונת התנהגות.[99] בהקשר הספציפי שבו אנו דנים נראה כי מקום מרכזי יתפוס החשש מפגיעה באינטרס ההסתמכות של הספק מזה – אשר תמחר את החוזה בהתאם לתנאיו המקוריים – והרצון להגן על לקוחות העבר מפני הפגיעה הבלתי לגיטימית (המקפחת) באינטרסים שלהם, מזה. בבחירה בין שני אלה מעדיפה הצעת החוק, בצדק לטעמנו, את אינטרס הלקוחות, בקובעה:

> "מבחן הקיפוח מקורו בנחיתותו המובהקת של הלקוח והוא אף קרוב, מבחינה רעיונית, לתקנת הציבור, כך שאין זה ראוי כי תנאי אשר בית הדין קבע שיש לבטלו או לשנותו בשל היותו מקפח, ימשיך לחול על לקוחות אשר חתמו על החוזה האחיד עם הספק לפני החלטתו של בית הדין".[100]

העדפת השיקול של הגנת לקוחות העבר על פני השיקול של מניעת פגיעה בהסתמכות הספק בחוזים שכרת עם לקוחות אלה מתבקשת לדעתנו, מהצורך להגן לא רק על מי שאלמלא ההחלטה השיפוטית עלולים היו להיחשף לקיפוח לאחר ההחלטה אלא גם – ואולי בעיקר – על אותם לקוחות שכבר סבלו מפגיעתה הרעה של התניה המקפחת. לצד שיקול זה של צדק והגינות כלפי לקוחות העבר, נתמך כלל התחולה הרטרוספקטיבית גם בשיקולים ציבוריים רחבים יותר הנוגעים להשלטתן של נורמות ראויות בחיי המסחר.[101]

לבסוף יש לזכור כי העדפת השיקול של הגנה על לקוחות העבר מפני פגיעתן הרעה של תניות שנתגלו כמקפחות על פני אינטרס הספק נקבעה (בהצעת החוק) רק כנקודת המוצא. הסעיף המוצע

---

98 ראו עניין **סולל בונה**, לעיל ה"ש 95, פס' 6,7,9-10 לפסק דינו של הנשיא ברק וכן עניין **איקפוד**, לעיל ה"ש 93, פס' 53-67 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. בשינויים המתחייבים לענייננו, ניתן להצביע על הנימוקים העיקריים - מתחום תורת משפט ומתחום המשפט החוקתי – המצדיקים החלה רטרוספקטיבית של החלטות בית הדין: ראשית, בקביעתו כי תנאי בחוזה האחיד הוא מקפח, בית הדין אינו "יוצר" את התנאי המקפח, אלא אך מצהיר על קיומו בחוזה. מכאן נובע כי לפחות מבחינה עיונית הקביעה אינה רטרואקטיבית, אלא היא אך משקפת מצב משפטי שהיה קיים ממילא. שנית, העובדה שקביעה שיפוטית חלה ברגיל גם באופן רטרוספקטיבי נעוצה בצורך להבחין בין מעשה שיפוטי לבין מעשה חקיקתי. מצב בו קביעה שיפוטית תחול באופן פרוספקטיבי בלבד מקרב מאד את מעמדה של החלטת בית הדין למעד של דבר חקיקה והוא פוגע לפיכך בעיקרון המחייב הפרדה בין שפיטה לבין חקיקה. שלישית, החלה פרוספקטיבית בלבד של החלטות בית הדין יוצרת הפליה לא צודקת בין לקוחות שעל חוזיהם תחול החלטת בית הדין והתנאים המקפחים שבהם יבוטלו, לבין לקוחות אחרים של אותו ספק, שחוזיהם האחידים זהים, אך ההחלטה לא תחול לגביהם.

99 עניין **סולל בונה**, לעיל ה"ש 95, פס' 11 ואילך לפסק דינו של הנשיא ברק. השופט Cardozo מציין כי סוגיית הרטרוספקטיביות של הלכה פסוקה: "will be governed not by metaphysical conception of the nature of judge-made law, nor by the fetich of some implacable tenet, such as that of the division of governmental powers, but by considerations of convenience, of utility, and of the deepest sentiments of justice" (B.N. CARDOZO, THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS 148 (1921)).

100 דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 299.

101 יפים לעניין זה דברים שנאמרו לעניין ההכרזה על בטלותה של תניה הנוגדת את תקנת הציבור: "הכרזה על בטלות תניה מביאה לכך שהצדדים מוצאים עצמם קשורים בחוזה שונה מזה שהוסכם ביניהם. ... עובדה זו עלולה להפוך את ההתקשרות לבלתי כדאית מבחינתם. ... עם זאת, כאשר פסילת התניה פועלת כנגד המתקשר החזק (כדוגמת ספק או חברת ביטוח), אין להפריז בחשיבות טיעון זה. התערבות בית המשפט בחוזים פסולים לא נועדה להגשים את רצון הצדדים, כי אם להגן על האינטרס הציבורי. **הפעלת הסנקציה של פסילת התניה כנגד הצד החזק נושאת ערך חינוכי-הרתעתי**..." [ההדגשה הוספה]. גרוסקופף, לעיל ה"ש 43, בעמ' 558.

מאפשר לבית הדין להפעיל שיקול דעת ולקבוע במקרים המתאימים תחולה פרוספקטיבית בלבד, לאורם של שיקולים שונים. על טיבם של שיקולים אלה נעמוד להלן.

2. שיקולים רלבנטיים להחלת החריג

סעיף 18(ב)(2) סיפא המוצע מונה שלושה נתונים הנחזים כרלבנטיים להחלטת בית הדין אם להימנע מהחלה רטרוספקטיבית של החלטתו. אלה הם: "סוג ההתקשרות, תקופת ההתקשרות ועוצמת הקיפוח". עוד עולה מהנוסח המוצע, כי אין מדובר ברשימה סגורה של שיקולים ("יביא בית הדין בחשבון, בין השאר..."). נראה כי מגמת התיקון בעניין זה היא רצויה. החוק כיום אינו מצביע ולו ברמז על סוג הנתונים או השיקולים שעל בית הדין לשקול בבואו להכריע בשאלת התחולה בזמן של החלטותיו. קביעת השיקולים המנחים בחוק היא אפוא מוצדקת ורצויה.

עם זאת, נראה לנו כי בחירת השיקולים ואופן הצגתם בחוק המוצע לוקים בחסר. הקושי העיקרי מתבטא בכך שהנוסח המוצע אינו מבחין בין שיקולים מסדר ראשון, שעליהם לעמוד במרכז ההכרעה השיפוטית ולקבל את מירב המשקל, לבין שיקולים מסדר שני, שאינם אלא מבחני עזר העשויים לסייע בשקלול השיקולים מסדר ראשון. זוהי, לדעתנו הבחנה חשובה, שתקל על בית הדין – ועל המתדיינים בפניו – להבחין בין העיקר ובין הטפל בסוגיה זו. זיהוי שיקולי-העל עשוי גם לשמש כמקור השראה לפיתוח שיקולי משנה נוספים, לצד אלה המנויים כיום ב"רשימה הפתוחה" של השיקולים המוצגת בחוק.

מהם אפוא שיקולי-העל או השיקולים מסדר ראשון שעל פיהם יישק דבר בסוגיה זו? אנו סבורים כי אלה הם השיקולים שכבר הוזכרו בדיון לעיל, קרי: מחד גיסא החשש מפגיעה באינטרס ההסתמכות של הספק על חוזי העבר שכבר כרת, ומנגד – הצורך במתן הגנה אפקטיבית ללקוחות העבר מפני הקיפוח הגלום בחוזים אלה. בהיעדר תחולה רטרוספקטיבית להחלטת בית הדין, צפויים לקוחות אלה להיות כבולים לחוזים המקפחים שעליהם חתמו בטרם ניתנה ההחלטה (ושטרם בוצעו במלואם).[102] האיזון בין שני שיקולי-על אלה הוא שצריך להצמיח את ההכרעה בשאלה אם להפעיל את כלל התחולה הרטרוספקטיבית או להחיל את החריג בדבר תחולה פרוספקטיבית בלבד. ככל שהפגיעה הצפויה באינטרס ההסתמכות של הספק (עקב אימוץ הכלל) היא חמורה יותר מהפגיעה הצפויה באינטרס של לקוחות העבר (אם יוחל החריג לכלל), כי אז גובר הצורך לסטות מהכלל. עם זאת, כפי שכבר ציינו, אנו סבורים כי נקודת המוצא חייבת להיות כזו שתשקף את העדפת אינטרס הלקוחות, על פני אינטרס הספק. אכן, בהנחה כי חוזי העבר הם חוזים מקפחים (הנחה שהחלטה על קיפוח מעידה עליה), עצמת אינטרס ההסתמכות של הספק ראויה להגנתו של הדין פחות מאינטרס הלקוח מהשתחררות מעולו של הקיפוח. לפיכך, לא די בהטיה קלה של כפות המאזניים לטובתו של הספק, ונראה כי יהיה צורך להצביע על נזק חמור במיוחד לספק – או על קיפוח שאינו חמור מבחינת עוצמתו או מבחינת היקף הלקוחות שנפגעו ממנו – כדי להצדיק סטייה מהכלל והעדפה של אינטרס הספק.

על מנת להכריע בשאלה אם מוצדקת הסטייה מכלל התחולה הרטרוספקטיבית, יש מקום להסתייע בנתונים ומבחני עזר, שהתקיימותם (או אי-התקיימותם) עשויים להשפיע על משקלם

---

[102] עניין אחרון זה מובהר בסעיף 18(ב) סיפא לחוק המוצע, המבהיר כי הכלל הוא תחולה רטרוספקטיבית: "... ובלבד שביטול או שינוי כאמור לא יחולו על מה שבוצע לפי החוזה לפני יום מתן ההחלטה". ראו גם סעיף 18(ב)(1) לנוסח המוצע, המבהיר כי: "ביטול או שינוי כאמור... לא יחולו על חיובים שקוימו על פי החוזה לפני מועד החלטת בית הדין".

היחסי של שיקולי-העל בנסיבותיו של המקרה הנדון בפני בית הדין. מבחני עזר אלה מייצגים את מה שכינינו לעיל בשם "שיקולים מסדר שני". להלן נציג – מבלי למצות – כמה שיקולים כאלה:

(א) **עצמת הפגיעה בספק.** נראה לנו כי זהו המבחן העיקרי שיש בכוחו להסיט את כפות המאזניים לעבר התחשבות בספק והימנעות מהחלה רטרוספקטיבית של החלטות בית הדין. ישנם מקרים שבהם המשמעות הכלכלית הנגזרת מביטול הקיפוח עשויה להיות שולית, בעוד שבמקרים אחרים היא עשויה להטיל על הספק סיכון כלכלי משמעותי. ככל שהמשמעות הכלכלית הנגזרת מביטול התנאים או משינויים היא כבדה יותר עבור הספק, כך הפגיעה הצפויה באינטרס ההסתמכות שלו תהיה גדולה יותר, ויגבר הצורך לשקול סטייה מכלל התחולה הרטרוספקטיבית.

(ב) **חומרת הקיפוח.** שיקול משנה אחר, הפועל בכיוון הנגדי, הוא עוצמת הקיפוח הגלומה בהוראות המקפחות שאותן קבע בית הדין כי ראוי לבטל או לשנות. שיקול זה – הנכלל כאמור בין השיקולים שמונה הצעת החוק - משליך במישרין על עצמת האינטרס הציבורי בהגנה על לקוחות העבר. ברור כי ככל שהקיפוח מתייחס לתנאים יסודיים יותר בעסקה, וככל שעצמתו חמורה יותר, כן תגבר הפגיעה הצפויה בלקוחות העבר אם יבחר בית הדין לסטות מכלל התחולה הרטרוספקטיבית. לעומת זאת, אם מדובר בקיפוח שנוגע לעניין משני בחשיבותו ושפגיעתו האפשרית בלקוח קטנה יחסית, יקל הדבר על בית המשפט לשקול בחיוב סטייה מהכלל.

(ג) **היקף הקיפוח – היקף לקוחות העבר**. בהנחה שקיים בחוזה אחיד כלשהו קיפוח, השפעתו של הקיפוח הולכת ומתרחבת ככל שמספרם של לקוחות העבר רב יותר. ככל שמדובר בספק גדול יותר, המבצע התקשרויות עם מספר רב יותר של לקוחות, יתמוך הדבר בהיצמדות לכלל התחולה הרטרוספקטיבית. זאת, בפרט כאשר עצמת הקיפוח הגלומה בהוראות החוזה גדולה יותר, וכאשר המשמעות הכלכלית הנודעת לשינוי או לביטול הקיפוח, מבחינתו של הספק, קטנה יותר. לעומת זאת, כאשר היפוכם של דברים מתקיים (קרי: היקף לקוחות העבר אינו רב, הקיפוח אינו חמור, והפגיעה בספק תהיה קשה), יתמוך שיקול זה דווקא בסטייה מהכלל, ובמתן משקל יתר לאינטרס הספק. בהקשר זה אורך חיי החוזה (שיקול המעוגן בהצעת החוק במילים "תקופת ההתקשרות") הוא נתון משמעותי. ככל שמדובר בחוזים הנמשכים זמן רב יותר, כן רב הסיכוי שתניות מקפחות ימשיכו "לשרוד" זמן רב לאחר מתן ההחלטה (אם זו תוחל רק באופן פרוספקטיבי). במצב זה צפויה הסטייה מהכלל להצמיח פגיעה מתמשכת וארוכת טווח בלקוחות העבר.[103] מנגד, כאשר מדובר בקיפוח קל, או כאשר הפגיעה הכלכלית בספק חמורה, עשוי אותו שיקול ממש למשוך לכיוון הנגדי.

(ד) **היקף לקוחות העבר שחוזיהם נכרתו לאחר תחילת ההליך בבית הדין.** נתון זה עשוי להיות רלבנטי לצורך קביעת המשקל שיש ליתן לאינטרס ההסתמכות של הספק. נראה כי טיעון ההסתמכות של הספק יהיה בעל משקל פחות לגבי הסתמכות על חוזים שנכרתו לאחר פתיחת ההליכים, כאשר חזקה על הספק שהיה מודע לטענות בדבר קיפוח לכאורה בחוזיו האחידים. לעומת זאת, ככל שגדול יותר מספרם של חוזי העבר שנכרתו עוד קודם לתחילת ההליכים (ושטרם בוצעו במלואם), כך ראוי אינטרס ההסתמכות של הספק הנובע מחוזים אלה ליתר התחשבות.

---

[103] ראו עניין **הבנק הבינלאומי**, לעיל ה"ש 14, פס' 35-39; ח"א (חוזים אחידים) 8006/02 **טלקום זהב 2001 (שותפות מוגבלת) נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 34 (פורסם ב"נבו", 29.10.2007); ח"א (חוזים אחידים) 2016/01 **גרנות אגודה שיתופית חקלאית מרכזית בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל**, 35-38 (פורסם ב"נבו", 28.12.2010).

רשימת שיקולי המשנה שהוצגה כאן אינה מתיימרת להיות ממצה, וניתן להעלות על הדעת שיקולים נוספים. כך, לדוגמה, בפסק הדין בעניין גרנות[104] התחשב בית הדין לא רק בשיקול של "אורך חייו" הארוך במיוחד של חוזה החכירה שנבחן (כנתון העשוי ללמד על פגיעה מתמשכת וארוכת טווח בלקוחות העבר) אלא גם בעובדה שהסתבר כי הספק (מינהל מקרקעי ישראל) התנהל בפועל בעבר, למרות החוזה, בהתאם לשינויים שאותם ראה בית הדין כנדרשים לשם הסרת הקיפוח שבחוזה. בנסיבות אלה נקבע כי הפגיעה באינטרס ההסתמכות של הספק היתה מזערית, באופן שתמך בסטייה מכלל התחולה הפרוספקטיבית (הנוהג כיום).[105]

סיכומו של דבר: בסעיף 18 המוצע מונה הצעת החוק 3 נתונים שעל בית הדין לשקול בבואו להכריע בסוגיית התחולה בזמן של החלטתו. כאמור, ההצעה לעגן את השיקולים הרלבנטיים בחוק החרות נראית לנו הצעה מבורכת. עם זאת, דומה כי היה מקום להציג את השיקולים באופן שונה מהאופן הלקוני שבו הם מוצגים בהצעת החוק. ראוי לעגן את שני שיקולי-העל תחילה, ולאחריהם להביא רשימה לא סגורה של נתונים ושיקולים העשויים לשפוך אור על משקלם היחסי של שיקולי העל בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה.

ה. סייגים לתחולתו של החוק

1. סייג התמורה הכספית

סעיף 23(א)[106] לחוק החוזים האחידים קובע ארבעה סוגים של תניות חוזיות שאינן חשופות למנגנוני הפיקוח הקבועים בחוק. שני הסייגים הראשונים המנויים בסעיף הם גם החשובים ביותר, ויעיד על כך העיסוק הנרחב יחסית בהם, בפסיקה.[107] הראשון מבין אלה (להלן: סייג התמורה הכספית), מורה כי הוראות החוק לא יחולו על "תנאי הקובע את התמורה הכספית שישלם הלקוח". שאלת היקפו של סייג זה איננה נקייה מקשיים. ספק ראשון נעוץ בהבנת המשמעות שיש ליתן למונח "תמורה כספית". האם הכוונה אך למחיר נקוב בסכום, או שמא גם לתנאים אחרים הקשורים לתמורה הכספית, ובכללם מנגנונים חוזיים מסוימים הקובעים את דרך חישובו או את דרך עדכונו של המחיר החוזי? ספק אחר עניינו בשאלה האם חל הסייג רק על תמורה שמשלם הלקוח – כעולה לכאורה מלשון הסעיף – או שמא יש להחילו גם על תמורה שמשלם הספק? כפי שיובהר להלן, הצעת החוק מבקשת לסלק את שני הספקות הללו. בשורות הבאות נעיין בסוגיות אלה כסדרן.

א) היקף המונח "תמורה כספית" ויחס בינו לבין מנגנוני עדכון-מחיר.

---

104 עניין **גרנות אגודה שיתופית**, לעיל ה"ש 103.

105 שם, פס' 89 לפסק הדין.

106 בעת חקיקתו של החוק נעשתה טעות-סופר. הסעיף סומן כ- 23(א) למרות שלא נקבע כלל סעיף-קטן (ב). דומה כי הצעת התיקון הנוכחית היא הזדמנות נאותה לתיקון הטעות. כך גם ביחס לסעיף 25(א) לחוק.

107 מבדיקה שערכנו במאגרי המידע הממוחשבים "נבו" ו"תקדין" (נכון לחודש מרץ 2011) עולה כי למעלה ממחצית מפסקי הדין הדנים בסייגי התחולה הקבועים בסעיף 23 לחוק החוזים האחידים עוסקים בסייג התמורה הכספית הקבוע בסעיף 23(א)(1) לחוק. יתר פסקי הדין עוסקים כמעט כולם בסייג הקבוע בסעיף 23(א)(2) לחוק (תנאי התואם תנאים שנקבעו או אושרו בחיקוק). מספר פסקי הדין הדנים בשני הסייגים האחרים - הקבועים בסעיפים קטנים (3) ו-(4) לחוק - הוא זניח. לכך שהיקף הפסיקה בנוגע להוראת חוק עשוי להעיד על מידת השימוש בה ראו: דוד אלקינס ומשה גלברד "אי-ההתאמה של תרופת הניכוי: על הכדאיות המוגבלת של ניכוי מהמחיר בדין הישראלי" **משפטים** מ 183, 187 בה"ש 8 (2010).

מהו היקפו של המונח "תמורה כספית", אשר ביחס אליו נשללת תחולת החוק? סעיף 4(4) לחוק הקיים קובע חזקת קיפוח לגבי תניה המקנה לספק זכות לקבוע או לשנות על דעת עצמו, לאחר כריתת החוזה, מחיר שנקבע בחוזה.[108] החוק אינו נמנע אפוא מלהחיל את עצמו – ואת הסדרי הפיקוח הקבועים בו – על הסדרים מסוימים הנוגעים בתמורה הכספית שקובע החוזה האחיד. מהו אפוא קו הגבול בין אותם היבטים הנוגעים למחיר שבהם נכון החוק להתערב, לבין אלה החסינים מפני התערבות שיפוטית?

הניסוח של חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(4) לחוק מלמד כי החוק יחול בוודאי כאשר עדכון התמורה הכספית תלוי בשיקול דעתו הבלעדי של הספק. ברם מה הדין כאשר החוזה קובע מנגנון עדכון המבוסס על משתנים שאינם בשליטת הספק? האם אי-הכללתו של מצב זה בגדרו של סעיף 4(4) פירושו שתניה זו נותרת מחוץ לתחולתו של החוק בהיותה קובעת את התמורה הכספית שישלם הלקוח? שמא חל החוק גם על הוראת עדכון כזו? חלופה פרשנית אחרונה זו משמעותה כי גם אם אין חלה חזקת קיפוח על הוראת העדכון האמורה, הרי עם זאת רשאי הלקוח לנסות ולשכנע את בית המשפט (או המבקש הציבורי את בית הדין) כי מדובר בהוראה מקפחת, כהגדרתה בסעיף 3 לחוק.

דומה בעינינו כי מבין שני הפירושים הנזכרים יש להעדיף את האחרון. מסקנה זו מבוססת על הרציונלים העומדים ביסוד ההכרה של החוק בסייג התמורה. ההנחה העומדת ביסוד הסייג היא, שבנושא התמורה הכספית אין מתקיימים בדרך כלל הטעמים המצדיקים פיקוח שיפוטי הדוק על תנאיו של חוזה אחיד. מקובל להניח כי גם בגדרו של חוזה אחיד היקף התמורה הכספית שישלם הלקוח בעד הנכס, המוצר או השירות, נתון במקרים רבים למשא ומתן בין הצדדים. יתר על כן: אפילו מוכתבת התמורה מראש בידי הספק, ניתן להניח עניין התמורה הכספית מצוי במוקד תשומת ליבו של הלקוח השוקל אם להתקשר בחוזה האחיד המוצע לו. משום כך ניתן להניח כי – בניגוד למרבית תנאיו האחרים של החוזה האחיד – קיימת הסכמה ספציפית ומודעת מצד הלקוח לתנאי הקובע את התמורה הכספית. יתר על כן, ניתן להניח שבכל הנוגע להבנת המשמעות של תניה הקובעת את המחיר אין לספק בדרך כלל יתרון ממשי של ידע או מומחיות על פני הלקוח. זאת לעומת חיובים אחרים הכלולים בחוזה, שאותם עלול הלקוח שלא להבין לאשורם בשל פערי ידע ומומחיות בינו לבין הספק.[109]

הנה כי כן, הנימוקים העומדים ביסוד סייג התמורה מבוססים כולם על ההנחה כי לגבי התניות הקובעות את גובה התמורה הכספית שישלם הלקוח מתקיימת בין הצדדים לחוזה הסכמה אמיתית, קונקרטית ומודעת.

אלא שנראה כי נימוקים אלה אינם תקפים לגבי סעיף הקובע מנגנון עדכון של התמורה הכספית הנקובה בחוזה. ראשית, בניגוד לתמורה הנקובה עצמה, מנגנון עדכון המחיר מוכתב

---

[108] חזקת הקיפוח שבסעיף 4(4) לחוק חלה על "תנאי המקנה לספק זכות לקבוע או לשנות, על דעתו בלבד, ולאחר כריתת החוזה, מחיר או חיובים מהותיים אחרים המוטלים על הלקוח, זולת אם השינוי נובע מגורמים שאינם בשליטת הספק". לדיון בחזקה זו ראו: לוסטהויז ושפניץ, לעיל ה"ש 11, בעמ' 90-91, 320-334.

[109] ראו פורת "חוזים אחידים", לעיל ה"ש 28 בעמ' 753; לוסטהויז ושפניץ, לעיל ה"ש 11, במ' 35-34. ראו גם: ת"א (מחוזי י-ם) 5032/03 **משהב חברה לשיכון בנין ופיתוח בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פס' 11-9 (פורסם ב"נבו", 25.01.2004); ת"א (מחוזי ת"א) 1761/02 **דן טאבא נ' מינהל מקרקעי ישראל - מחוז המרכז**, 9-11 (פורסם ב"נבו", 25.11.2008); עת"מ (מחוזי י-ם) 1315/04 **איגוד נותני שירות סיעוד בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי**, 9-10 (פורסם ב"נבו", 03.07.2005).

בדרך כלל מראש על ידי הספק, ואינו נושא למשא ומתן בין הצדדים. שנית, בניגוד לתמורה החוזית הנקובה – המחייבת את הלקוח באופן מיידי וודאי - מנגנון העדכון מיועד להיות מופעל, מעצם טיבו, רק בנקודת זמן עתידית, העשויה להתרחש בחלוף זמן רב מכריתתו של החוזה. פעמים אף אין כל ודעות בעת כריתת החוזה האם בעתיד יתעורר כלל הצורך בהפעלתו של מנגנון העדכון. גורמים אלה יש בהם כדי להסיט את תשומת ליבו של הלקוח ממנגנון העדכון, ולכל הפחות להקשות עליו את הבנת משמעותו המלאה. זאת, בין היתר בשל הטיות קוגניטיביות מוכרות הפועלות על לקוחות (בעיקר על צרכנים). נטייה אחת כזו היא הנטייה לאופטימיות יתרה והנטייה שלא לייחס לסיכון העתידי (של עלייה במחיר) את משקלו המלא.[110] נטייה רלבנטית אחרת היא הנטייה להמעיט עד מאד במשקלם של רווחים או הפסדים עתידיים בהשוואה לרווחים או הפסדים מיידיים, כלומר, לענייננו: הלקוח יטה לייחס חשיבות רבה למחיר המיידי שעליו לשלם (לדוגמה: יתאמץ לקבל הנחה, ולו מזערית) וזאת על חשבון מתן תשומת לב למרכיבי המחיר העתידיים בעסקה.[111]

שלישית ולבסוף, בניגוד למחיר הנקוב בחוזה באופן מפורש, שהוא פשוט ומובן ללקוח, מנגנוני עדכון מחיר (ובכללם כאלה המבוססים על משתנים שאינם תלויים בספק) הם לעיתים מורכבים ומסובכים להבנה עבור הלקוח. בעניין זה שב ומתעורר החשש הרגיל, המאפיין את היחסים שבין ספק ולקוח, כי פערי הידע והמומחיות שבין הצדדים יוליכו גם לפערים בין הצדדים בכל הנוגע להבנת תוכן החוזה.

מכל הטעמים האמורים אנו סבורים כי פרשנות תכליתית ראויה של החוק חייבת להוביל למסקנה כי על מנגנוני עדכון של המחיר אין להחיל את סייג התמורה הקבוע בסעיף 23(א)(1) לחוק. זאת, זאת בין שמדובר במנגנון עדכון התלוי בספק בלבד (שלגביו חלה כאמור חזקת קיפוח) ובין שמדובר במנגנון המבוסס על משתנים שאינם בשליטת הספק.[112] גישה פרשנית זו אף עולה

---

110 הטיות קוגניטיביות אלה נדונו בהרחבה בספרות המקצועית. ראו לדוגמה (לעניין אופטימיות-יתר): Colin F. Camerer & H. Kunreuther, *Decision Processes for Law Probability Events: Policy Implications*, 8 *J. POL'Y ANAL. & MGMT.* 565, 569 (1985); Neil D. Weinstein, *Unrealistic Optimism about Future Life Events*, 39 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 806 (1980); Richard G. Noll & James E. *Krier, Some Implications of Cognitive Psychology for Risk Regulation*, 19 J. LEG. STUD. 747, 757-758 (1990); J.B. Madsen, *Tests of Rationality Versus an Over Optimist Bias*, 15 J. EXPERIMENTAL PSYCHOL. 587 (1994). למעשה, הטיה קוגניטיבית של אופטימיות יתר היא מובהקת עד כדי כך שמתברר כי הערכה של אירועים עתידיים נעשית באופן ריאליסטי יותר דווקא על ידי בני אדם הנתונים בדיכאון: L.B. Alloy & L.Y. Abramson, *Judgment of Contingency in Depressed and Nondepressed Students: Sadder But Wiser?*, 108 J. EXPERIMENTAL PSYCHOL. 441 (1979). אחד מהביטויים של אופטימיות-יתר הוא הנטייה להמעיט בהערכת משקלם של סיכונים עתידיים: Kenneth J. Arrow, *Risk perception in Psychology and Economics*, 20 ECON. INQUIRY 15 (1982); W. KIP VISCUSI & WESLEY A. MAGAT, LEARNING ABOUT RISK: CONSUMER AND WORKER RESPONSES TO HAZARD INFORMATION 95 (1987).

111 על הקושי לערוך השוואה רציונאלית בין מצבים שבהווה לבין מצבים עתידיים ועל הנטייה להמעיט בחשיבותו של רווח או הפסד עתידי לעומת רווח או הפסד מיידי ראו, למשל: Games G. March, *Bounded Rationality, Ambiguity and Engineering of Choice*, 9 BELL J. ECON. 587, 590 (1978); Herbert A. Simon, *Rational Decisionmaking in Business Organizations*, 69 AM. ECON. REV. 493, 502-503 (1979).

112 לגישה פרשנית הנוטה בכוון זה ראו ח"א (חוזים אחידים) 704/05 **איגוד בתי אבות בישראל – א.ב.א. נ' מדינת ישראל**, פס' 25 (פורסם ב"נבו", 11.10.2009). ראו גם: ת"א (מחוזי חי') 463/01 **ווקסלין אדוארד נ' אנגל חברה לקבלנות כללית בע"מ**, 9 (פורסם ב"נבו", 28.02.2005): "אינני משוכנע שהוראת סעיף 23(א)(1) לחוק אכן מכוונת לענייננו. הכוונה שם היא לתמורה הנקובה עצמה...". בעניין **שיכון ופיתוח**, לעיל ה"ש 66, בחן בית הדין את טענת היועץ המשפטי לממשלה, לפיה מנגנון הצמדה חד- כווני שנקבע בחוזה האחיד הוא מקפח (שם, פס' 20-28 לפסק הדין). מנגנון ההצמדה קבע כי אם במועד הפירעון של תשלום כלשהו יהיה המדד הידוע ביום הפירעון גבוה מהמדד הבסיסי (דהיינו, זה שהיה ידוע בעת חתימת החוזה), ישלם הלקוח את הסכום כשהוא

בקנה אחד עם המגמה הכללית לפרש את סייגי החוק בצמצום, וזאת במגמה שלא לסכל את תכליתו העיקרית של החוק, שהיא "להגן על לקוחות מפני תניות מקפחות בחוזים אחידים".[113]

ב) מנגנון עדכון או תמורה נקובה – מצבי גבול

שאלת תחולתו של סייג התמורה עשויה לעורר קושי מיוחד בשני מצבי גבול, שבהם עשויה להתעורר השאלה אם התניה הרלבנטית קובעת תמורה נקובה – כך שהחוק לא יחול עליה, או שהיא קובעת מנגנון לעדכון התמורה – שאז תוכפף התניה למנגנוני הבקרה הקבועים בחוק.

מקרה גבול ראשון חל כאשר המחיר שעל הלקוח לשלם בעתיד מחושב על פי נוסחה שהמשתנים בה ידועים כולם מראש. מחד גיסא מדובר במנגנון עדכון, אולם מאידך גיסא המנגנון מאפשר ללקוח לחשב כבר בעת כריתת החוזה מהו המחיר המדויק שיהיה עליו לשלם בכל נקודת זמן בעתיד. מנגנון כזה עשוי להיות פשוט מאד לחישוב (לדוגמה: חוזה הקובע מנגנון עדכון שלפיו המחיר החוזי יעלה באחוז קבוע מדי שנה). לעומת זאת, ניתן גם להעלות על הדעת נוסחת חישוב מורכבת יותר (לדוגמה: עדכון שנתי של המחיר תוך הוספת ריבית באחוז ידוע ששיעורו עולה באופן ידוע בחלוף פרקי זמן מוגדרים).

בפסק הדין בעניין **מגדל הזהב**[114] שבו נדונה, בין היתר, תניית עדכון מחיר בחוזה שבין דיירים לבין בתי דיור-מוגן, הביע בית הדין, אגב אורחא, את העמדה שלפיה על מנגנון תמחור המבוסס על עדכון שנתי בשיעור קבוע מראש (למשל, תוספת למחיר של 5% לשנה) יחול סייג התמורה, כלומר,

---

צמוד לשיעור עליית המדד החדש לעומת המדד הבסיסי. לעומת זאת, ירידה במדד החדש לעומת המדד הבסיסי לא תזכה את הלקוח בהקטנת הסכום. מדובר, אם כן, במנגנון הצמדה התלוי בגורם אובייקטיבי (המדד) ולא בשיקול דעתו של הספק. בית הדין קבע אמנם כי בנסיבות העניין היה לספק אינטרס לגיטימי בקביעת מנגנון הצמדה מסוג זה ולכן נקבע הסעיף אינו מקפח, אך מתוך הדיון עולה בבירור כי בית הדין סבר (וכך גם הצדדים עצמם) כי בחינת הקיפוח במנגנון עדכון מחיר מסוג זה היא בגדר סמכותו של בית הדין.

113 סעיף 1 לחוק. לגישה לפיה ראוי לפרש את סעיף 23(א)(1) בצורה מצמצמת ראו, למשל: ע"א 1795/93 **קרן גמלאות של חברי אגד בע"מ נ' יעקב**, פ"ד נא (5) 433, 465 (1997) (להלן: פרשת **קרן הגמלאות**), שם נקבע כי הוראת סעיף 23(א)(1) לחוק "ראויה לפירוש מצמצם ככל הניתן". ראו גם: ה"פ (מחוזי י-ם) 519/98 **עמותת בעלי ודיירי קרית וולפסון בירושלים נ' קריית וולפסון חברה לניהול ושירותים בע"מ**, 23 (פורסם ב"נבו", 14.03.2007): "... אינני מקבל את טענת החברה כי על פי סעיף 23(א)(1) לחוק חוזים אחידים הוראות החוק אינן חלות על תניההקובע את התמורה הכספית, ועל כן החוק אינו חל על סעיף 11. טענה זו ממש הועלתה כבר בעבר ביחס לשיטת ה- Cost Plus, ונדחתה על ידי בית הדין לחוזים אחידים אשר קבע כי "סעיף 23(א)(1) ראוי לפירוש צר כמתייחס רק לקביעת המחיר, ולא כמתייחס לדרך חישובו". ראו גם ח"א (חוזים אחידים) 1/86 היועץ **המשפטי לממשלה נ' חברת בית יהונתן**, (פורסם ב"נבו", 5.6.1988) (דברי השופטת דורנר בעמ' 14). ראו גם אצל לוסטהויז ושפניץ, לעיל ה"ש 11, בעמ' 36. גישה דומה לזו מצאנו גם במשפט המשווה: סעיף 4(2) לדירקטיבה האירופית על תנאים בלתי-הוגנים בחוזים צרכניים (Unfair Terms in Consumer Contracts – Council Directive – 93/13/EEC) קובע כי הוראות הדירקטיבה - המאפשרות לבטל תניה מקפחת - לא יחולו, בין היתר, על התמורה הכספית. הדירקטיבה אומצה ויושמה במרבית המדינות החברות באיחוד האירופי. הפסיקה במדינות השונות שדנה בסייג זה פירשה אותו בצמצום. כך, באנגליה נקבע בבית הלורדים עוד בשנת 2001 כי יש לתת לסיג התמורה הכספית פרשנות מצמצמת ואין להחילו על תניות העוסקות במנגנוני חישוב התמורה או תניות האצת תשלומים. נקבע כי לגבי תניות מעין אלה, סיג התמורה "... must be given a restrictive interpretation. After all, in a broad sense all terms of the contract are in some way related to the price or remuneration. That is not what is intended. Even price escalation clauses have been treated by the Director as subject to the fairness provision …it would be a gaping hole in the system if such clauses were not subject to the fairness requirement": *Director General of Fair Trading v. First National Bank plc* [2002] 1 AC 481 פסיקה דומה בהקשר של חוזים בנקאיים ניתן למצוא גם בגרמניה, בספרד ובפינלנד, ראו Hans-W) CASES, MATERIALS AND TEXT ON CONSUMER LAW 293-295 Micklitz, Jules Stuyck and Evelyne Terry eds. , Hart Publishing 2010) והמקורות המאוזכרים שם. יצוין כי פסיקה ברוח זו קיימת גם לגבי סעיפים הכוללים מנגנונים לחישוב תמורה בחוזים שאינם בנקאיים: *Bairstow Eves London Central Limited v. Smith, Stacy Hill and Darlingtons* [2004] ECHC 263 (QB).

114 ע"ש 5017/98 **מגדל הזהב בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 9-21 (פורסם ב"נבו", 11.12.2003).

מנגנון זה לא יהיה כפוף להוראות החוק. לעומת זאת, בפסיקה מאוחרת יותר העדיף בית הדין להותיר שאלה זאת בצריך עיון.[115]

נאמנים לעמדתנו שלפיה ככלל מן הראוי לפרש את הסייגים לתחולת החוק בצמצום, אנו מציעים לראות גם מקרה כזה כשייך למנגנוני עדכון המחיר עליהם חל החוק. זאת, במיוחד בשל הצורך להגן על לקוחות מפני הקיפוח העשוי להיות טמון בנוסחות חישוב מורכבות, שלקוח סביר עשוי להתקשות – במעמד כריתת החוזה – ב"תרגומן" לסכומי כסף מוגדרים וידועים.[116]

מקרה גבול נוסף שראוי ליתן עליו את הדעת נוגע למצבים שבהם ההסדר החוזי מסמיך את הספק לעדכן את המחיר בעתיד, אלא שגובה הסכום המתעדכן תחום בכל מקרה בתקרה ששיעורה מוגדר מראש. במקרה כזה ניתן היה לכאורה לטעון כי לקוח סביר אמור להביא בחשבון עדכון של המחיר עד כדי המחיר המרבי שמצוין בחוזה. על פי גישה זו, מצב גבול זה אינו כרוך בחוסר ודאות או חוסר בהירות, ולכן יש לראותו כמצב שבו החוזה קובע תמורה כספית נקובה.

לשיטתנו גם למנגנון הכפוף לתקרה יש להתייחס כהסדר העלול להיות כרוך בקיפוח, ולכן כהסדר שמן ההכרח להותירו בגדרי החוק. ראשית, עצם קביעתה של תקרה אינה מסלקת את החשש כי הספק יפעיל את שיקול הדעת הנתון לו ליישום מנגנון העדכון באופן שרירותי ומקפח. שנית, בשל אותן ההטיות הקוגניטיביות שעליהן עמדנו לעיל,[117] לקוחות עלולים שלא להעריך נכונה את הסיכון הכרוך באפשרות שהמחיר יאמיר ויגיע עד כדי התקרה הקבועה בחוזה. שלישית, מתקיים במקרה זה מצב בעייתי של פער בין אופן התנהלותו של הספק בפועל (המחיר שנקבע בחוזה בעת הכריתה) לבין הזכות המשפטית הפורמאלית הנתונה לו על פי החוזה (האפשרות להעלות את המחיר עד לגובה התקרה). שני הטעמים האחרונים שמנינו – ניצול הטיות קוגניטיביות הפועלות על הלקוח וכן פער בין התנהלותו של הספק בפועל לבין הוראות החוזה – הוכרו על ידי בית הדין כמעוררים חשש יתר מפני קיפוח.[118]

ואמנם, עמדה זו אומצה על ידי בית הדין לחוזים אחידים בהחלטה בעניין **מגדל הזהב**.[119] בית הדין קבע שלא רק שמנגנון מהסוג המתואר לעיל כפוף לחוק, אלא שהוא אף מקים את חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(4) לחוק. בית הדין הדגיש כי מסקנה זו תהיה נכונה בעיקר כאשר תקרת

---

[115] עניין **איגוד בתי אבות**, לעיל ה"ש 112, פס' 25.

[116] עמדתנו זו מעוררת כמובן את השאלה מתי נוסחת חישוב תיחשב למורכבת, באופן המצדיק את הכפפתה להוראות החוק. אכן, יש להודות כי כמו מושג הקיפוח עצמו, אף כאן מדובר בקנה מידה עמום המותיר בידי בית המשפט או בידי בית הדין מרחב של שיקול דעת. יחד עם זאת, כל שאנו מציעים הוא לא להדיר מצבים אלה אל מחוץ לגבולות החוק. ממילא בהעדר חזקת קיפוח החלה על נוסחת-תמורה-מורכבת, הנטל להוכיח את הקיפוח מונח על כתפי הלקוח. גישה דומה ניתן למצוא בדירקטיבה האירופית על תנאים בלתי הוגנים בחוזים צרכניים (Council Directive 93/13/EEC on Unfair Terms in Consumer Contracts). סעיף 4(2) לדירקטיבה מוציא מגדר תחולתה את נושא התמורה הכספית. עם זאת, הסיפא לסעיף מסייגת הוראה זו וקובעת כי היא תחול רק לגבי תנאי הקובע את התמורה אשר מנוסח בלשון פשוטה וברורה. משמע, שהוראות הדירקטיבה יחולו על תנאי הקובע את התמורה הכספית כאשר הוא מנוסח בלשון מורכבת או מסובכת להבנה. דוגמא מובהקת לתניות מסובכות הקובעות את התמורה הכספית ניתן למצוא בחוזים האחידים של חברות הסלולר בישראל. במסגרת החוזים הללו, חישוב התמורה הסופית מחייב שילוב בין סעיפים רבים מאד שבחוזה – חלקם מנוסחים בלשון מורכבת וקשה להבנה – עד שגם על לקוח מתוחכם יקשה למוצא את ידיו ורגליו בסבך ההוראות הללו ולחשב את התמורה שיהא עליו לשלם עבור השירות.

[117] לעיל ה"ש 111- 110.

[118] ראו עניין **חברת מוסף המכרז של המדינה בע"מ**, לעיל ה"ש 24, פס' 24.

[119] לעיל ה"ש 114.

המחיר שקבע הספק היא גבוהה ובלתי ריאלית לעומת מחיר השוק של המוצר או השירות – כך שלמעשה אין בה כדי להציב סייג אמיתי לשיקול דעתו של הספק.

סיכומו של דבר, אנו בדעה לפיה יש להחיל את החוק גם על שני מצבי הגבול המתוארים. בשניהם מתעורר חשש ממשי לקיפוח לקוחות, ולפיכך בשניהם קיימת הצדקה להפעלת הפיקוח השיפוטי שלשמו קיים חוק החוזים האחידים.

ג) תנאים אחרים הנוגעים לתמורה הכספית

בסעיף 10 להצעת החוק מוצע לתקן את סעיף 23(א)(1) כך שיתוספו בסופו המילים "...בעד נושא העסקה". תוספת זו נועדה להבהיר שסייג התמורה הכספית אינו חל על תנאים הקובעים את האופן שבו תשולם התמורה (כגון מועדי התשלום), תניות העוסקות באפשרות לחלט חלק מהתמורה, וכיוצא באלה תניות נלוות הנוגעות בדרך זו או אחרת באופן ביצוע התשלום.[120]

אנו סבורים כי הוספה זו היא במקומה. כפי שהובהר לעיל, הטעמים המצדיקים הימנעות מהתערבות שיפוטית בנושא התמורה הכספית תקפים רק כאשר הקיפוח הנטען מתייחס להוראה הקובעת מחיר נקוב ששיעורו חייב להיות מובן וברור ללקוח. אשר על כן תחולתו של הסייג מוצדקת אך ורק לגבי תמורה נוכחית נקובה בסכום או, לכל היותר, כזו הניתנת לחישוב באמצעות פעולה טכנית פשוטה. לא מוצדק להחיל את הסייג לגבי תנאים אחרים הקשורים בתמורה הכספית, לרבות – כפי שהובהר בפרק הקודם - על הסדרים חוזיים הקובעים מנגנונים לשינוי התמורה (דהיינו, לעדכון או לקביעה של תמורה עתידית). יתר על כן נראה כי בשל הטעמים שמנינו גם אין זה מוצדק להחיל את הסייג לגבי סעיף הקובע תמורה – אף אם תמורה מיידית - אם זו נקבעת באמצעות מנגנון חישוב מורכב וקשה להבנה.[121]

אולם, בעוד שאנו מצדדים במטרת התיקון, אנו מבקשים לבקר את אופן ניסוחו. ספק אם הוספת המילים "בעד נושא העסקה" תגשים את המטרה הרצויה המוצגת בדברי ההסבר. זהו ניסוח כללי, סתמי ומעורפל המותיר פתח רחב מדי לפרשנות ולהתדיינות מיותרת. על מנת למנוע ספקות ואי הבנות מיותרים רצוי להבהיר בלשון פשוטה וברורה כי סייג התמורה יחול – כמוצע על ידינו – אך על תמורה כספית נקובה בסכום או על תניה הקובעת את אופן חישוב התמורה ובלבד שזו מנוסחת בלשון ברורה והיא ניתנת לחישוב בפעולה טכנית פשוטה. ניסוח כזה יבהיר כי הסייג אינו חל על כל עניין אחר הנוגע בעקיפין או במישרין בתמורה הכספית שישלם הלקוח. למען הסר ספק ייתכן שמן הראוי לקבוע מפורשות כי הסייג לא יחול על תנאים נלווים לתמורה ובין היתר, על תניות הנוגעות לאופן עדכון התמורה, לרבות כאלה המבוססות על משתנים אובייקטיביים או ידועים ולרבות תניות המציבות תקרת מחיר ידועה מראש.

ד) תמורה כספית שמשלם הספק ללקוח

המעיין בנוסחו המוצע של סעיף 23(א)(1) לחוק יגלה כי פרט להוספת הדיבור "בעד נושא העסקה", שנדונה בסעיף הקודם, מוצע להוסיף להוראה הקיימת, בסמוך לאחר המילים "שישלם הלקוח", את הצירוף "או הספק". תוספת זו באה להבהיר כי סייג התמורה הכספית יחול גם על

---

[120] ראו דברי ההסבר לסעיף 10 להצעת החוק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 299-300.

[121] לעיל ה"ש 116 והטקסט שלידה.

מצבים שבהם הספק הוא הצד המשלם תמורה כספית בעד שירות או נכס שמספק לו הלקוח. זאת, בניגוד לנוסחו הנוכחי של החוק, המחיל את הסייג (לפחות לפי לשונו) אך על תמורה כספית שמשלם הלקוח לספק.

מהי הסיבה להבחנה שנקט החוק הנוהג, לכאורה, בין תמורה המשולמת על ידי הספק לבין תמורה המשולמת על ידי הלקוח? האם מדובר בהשמטה חקיקתית שמקורה בהיסח-דעת, או שמא מדובר בהבחנה שניתן לספק לה הצדקה ענייינית?

סביר להניח כי מבחינה עובדתית המקור להבחנה הוא בהיסח הדעת. לפי הגדרות החוק "ספק" הוא "מי שמציע שההתקשרות עימו תהיה לפי חוזה אחיד, ואחת היא אם הוא הנותן או המקבל של דבר". ואילו "לקוח" הוא "מי שספק מציע לו שההתקשרות ביניהם תהיה לפי חוזה אחיד, ואחת היא אם הוא המקבל או הנותן של דבר".[122] הגדרות אלה חורגות מהמובן הלשוני השגרתי של המונחים הללו בלשון העברית. מבחינה היסטורית, זהו אחד השינויים שחלו בחוק החוזים האחידים בגרסתו החדשה (משנת תשמ"ג) לעומת החוק הקודם (משנת תשכ"ד) ומטרתו הייתה להחיל את החוק גם על מקרים בהם הרוכש של המוצר או השירות (הלקוח במובנו הכלכלי) הוא הצד החזק בעסקה, שבידו להכתיב את תנאי החוזה.[123] סביר להניח כי בעת ניסוחו של החוק לא ניתנה הדעת לצורך להתאים את נוסחו של סעיף 23(א)(1) למשמעות הייחודית של המונחים "ספק" ו"לקוח" בחוק החוזים האחידים ולנגד עיני מנסחי הסעיף עמדה המשמעות הכלכלית הרגילה של המונח "לקוח". כתוצאה מכך, הסעיף – לפחות על פי לשונו – אינו חל לכאורה על מצבים בהם הצד שקבע את תנאי החוזה האחיד (ה"ספק" לפי הגדרות החוק) הוא המקבל של הנכס או השירות (משמע, הלקוח במובן הכלכלי). המשמעות הנגזרת מכך היא שהתמורה הכספית בחוזה כזה איננה מוחרגת מגדרי החוק והיא נתונה לכאורה לביקורת שיפוטית.

השאלה המעניינת (והחשובה) יותר, כמובן, היא שאלת ההצדקה העניינית להבחנה האמורה. היש להתעלם מהבחנה זו בלשון הסעיף ולפרש את המושג "לקוח" בסעיף 23(א)(1) לפי מובנו הכלכלי של מושג זה, כך שהוא יחול על כל הוראה הקובעת את המחיר שצד כלשהו לחוזה, המהווה "לקוח" במובן הכלכלי, מתחייב לשלם לרעהו (ה"ספק", במובן הכלכלי)?

בספרות המשפטית ובפסיקתו של בית הדין לחוזים אחידים הובעה בעבר הדעה שלפיה ראוי לענות על שאלה זו בחיוב.[124] אלא שלאחרונה, בפרשת **איגוד בתי אבות בישראל**,[125] פסק בית הדין כי ראוי לאמץ את הפירוש המילולי התואם את סעיף ההגדרות שבחוק וכי אין להחיל את הסייג על תמורה כספית שמשלם הספק, כמשמעותו בסעיף 2 לחוק. זאת, בנימוק שפרשנות כזו עולה בקנה אחד עם המגמה הכללית לפרש בצמצום את הסייגים לתחולת החוק, ואת סייג התמורה

---

122 ראו ההגדרות למושגים אלה בסעיף 2 לחוק.

123 ראו לוסטהויז ושפניץ, לעיל ה"ש 11 בעמ' 33-34. לביקורת על כך שהגדרות המונחים "ספק" ו"לקוח" בסעיף 2 לחוק סוטות מהמשמעות הרגילה המיוחסת למונחים אלה ראו: שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 629.

124 ראו פסק דינו של בית הדין לחוזים אחידים ח"א (חוזים אחידים) 11/85 **ארגון שחקני הכדורגל בישראל נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל** (לא פורסם, 17.11.88). על פסק הדין הוגש ערעור: עניין **ארגון שחקני הכדורגל בישראל**, לעיל ה"ש 26. בפסק דינו לא התייחס בית המשפט העליון כלל לסוגיה זו. בעמדה שלפיה סייג התמורה הכספית חל גם על תמורה שמשלם הספק אחז גם בן-נון, לעיל ה"ש 18, בעמ' 110-111.

125 עניין **איגוד בתי אבות**, לעיל ה"ש 112.

הכספית בפרט.[126] בכך הביע בית הדין את עמדתו כי הוראה הקובעת את המחיר שעל הצד שניסח את החוזה (הספק) לשלם לצד האחר (הלקוח) אינה חסינה מפני ביקורת שיפוטית על תוכנה. עם זאת, בית הדין העיר כי שיקולים דומים לאלה העומדים ביסוד סייג התחולה עשויים להצדיק זהירות רבה גם בעת בחינתה של הוראה מהסוג האחרון.[127]

כמבואר לעיל, העמדה העולה מהצעת החוק היא שונה. אף שהדברים אינם מצוינים במפורש בדברי ההסבר, הדעת נותנת כי תוספת המילים "או הספק" לסעיף 23(א)(1) באה בתגובה לעמדה (ההפוכה) שנקט בית הדין בעניין **איגוד בתי אבות בישראל**.[128] איזו מבין הגישות הולמת יותר את תכליותיו של החוק? זו של הצעת החוק, המבקשת להוציא מגדר תחולת החוק הוראה הקובעת מחיר שמשלם הספק, או זו של בית הדין, המבקשת לכלול הוראה כאמור תחת כנפיו של החוק?

נראה לנו כי המפתח להכרעה בשאלה זו טמון במתן מענה לשאלה אם הוראה הקובעת מחיר שמשלם הספק ללקוח עלולה לקפל בתוכה פוטנציאל לקיפוח של הלקוח. ככל שהתשובה חיובית, מתבקש אימוצה של גישה שתבטיח אפשרות של ביקורת שיפוטית על תניה כזו (זוהי, כזכור, גישתו של בית הדין). לעומת זאת, אם ניתן להניח כי הוראה כאמור אינה מעוררת כל חשש לקיפוח לקוחות, כי אז אין כל מניעה ללכת בדרכה של הצעת החוק, המבקשת להחיל דין אחיד על כל הוראה הקובעת תמורה כספית, בין אם זו משולמת על ידי הלקוח או על ידי הספק.

נראה לנו כי בסופו של דבר תלויה ההכרעה באופן שבו מפרשים את סייג התחולה הכספית. כל עוד קיימת אי בהירות באשר לתחום התפרשותו של הסייג, כך שמנגנוני עדכון או הוראות הנוגעות לחישוב התמורה עלולות להתפרש כנופלות לגדרו של הסייג, דומה שאין מקום להרחיב את הסייג ולהחילו על תמורה שמשלם הספק ללקוח (כמוצע בהצעת החוק). הרחבת תחולתו של הסייג, כל עוד לא הובהרו גדריו לאשורם, לא תפתור את בעיית העמימות של הסייג, ורק תרחיב את קשת המצבים שבהם תישלל האפשרות של ביקורת שיפוטית על מנגנוני עדכון למיניהם.

לעומת זאת, אם יתוקן החוק ברוח ההצעה המובאת ברשימתנו – באופן שיובהר כי סייג התמורה הכספית חל רק על הוראה הנוקבת בסכום הכולל שעל הלקוח לשלם לספק (או, לכל היותר, קובעת נוסחת חישוב פשוטה)[129] – כי אז מתבטל החשש המתואר (או לפחות מצטמצם במידה ניכרת). בהנחה כי החוק המתוקן יכלול ניסוח מפורש כזה – שאינו נכלל בהצעת החוק הנוכחית – יהיה מקום להחיל את סייג התמורה הכספית גם על תמורה כספית שמשולמת מאת הספק ללקוח. זאת, מאותם טעמים המצדיקים את החלתו על התמורה שמשלם הלקוח.

2. תניה התואמת חיקוק

א) כללי

---

[126] "...בשים לב לגישה המקובלת כיום לפיה ראוי לפרש את הסעיף בצורה מצמצמת, אין הצדקה לקבוע לסעיף 23 פרשנות החורגת מגדר המתחם שמתירה לשונו". שם, בפס' 24.

[127] לשיקולים אלה ראו לעיל ה"ש 107 והטקסט שלידה.

[128] לעיל ה"ש 112. במקרה זה היה מדובר בבקשה שהגיש איגוד בתי אבות בישראל, מכוח מעמדו כארגון לקוחות שהוכר על ידי שר המשפטים בהתאם לסעיף 16(א) לחוק. הבקשה הייתה לביטול תנאים מקפחים בחוזה האחיד שעל בסיסו מתקשר משרד הרווחה, בשם המדינה, עם מעונות לזקנים המוגדרים כ"תשושים", והם מצויים באחריותו של משרד הרווחה. המדינה היא שרכשה, תמורת תשלום, שירותי דיור שסופקו על ידי המעונות. אלא שהמדינה היא זו שקבעה את נוסח החוזה האחיד ולפיכך היא נחשבת ל"ספק" כהגדרתו בסעיף 2 לחוק.

[129] כאמור בתת הפרק הקודם, אנו סבורים כי לשם כך אין די בהוספת המילים "בעד נושא העסקה" ויש צורך בניסוח ברור וחד משמעי יותר.

סעיף 23(א)(2) לחוק החוזים האחידים קובע כי הוראות החוק לא יחולו על "תנאי התואם תנאים שנקבעו או אושרו בחיקוק". ההכרה בסייג שבסעיף 23(א)(2) מבוססת על הנחה שלפיה המחוקק או מחוקק המשנה נתנו דעתם למכלול האינטרסים והשיקולים המעורבים בסוגיה פלונית, וכי הוציאו תחת ידם הסדר חוקי ראוי ומאוזן שחזקה עליו שאין הוא מקפח את הצדדים הנוגעים בדבר.[130]

כמו שאר סייגי החוק, גם סייג זה פורש בפסיקה פירוש מצמצם. כך, בפרשת **ארגון שחקני הכדורגל**[131] פסק בית המשפט העליון כי אף שתקנון ההתאחדות לכדורגל הותקן מכוח חובה חקוקה (הקבועה בסעיף 10 לחוק הספורט, התשמ"ח-1988) תנאי התקנון אינם בגדר תנאים "שנקבעו או אושרו בחיקוק". בית המשפט מנמק זאת בכך שלתקנון לא הוקנה מעמד של חקיקת משנה בעלת פועל תחיקתי. יתר על כן, התקנון הותקן על ידי גוף וולונטרי, ללא מעורבות פורמאלית של רשות מרשויות המדינה, בלא שאושר על ידי הכנסת או רשות מנהלית כלשהי וללא פרסומו בפרסום רשמי של המדינה. בית המשפט מדגיש כי המחוקק לא קבע את תוכן התקנונים בחיקוק ולא אישרם (להבדיל מקביעה כללית של רשימת הנושאים אשר יש להסדיר במסגרת התקנונים). כאשר התקנון הותקן על ידי גוף פרטי, ללא מעורבות שלטונית כלשהי, ממילא אין מתקיימת לגביו החזקה - עליה עמדנו לעיל – בדבר איזון ראוי והעדר קיפוח. בהתאם לכך נקבע כי תנאי התקנון אינם חסינים מפני ביקורת שיפוטית שתבחן אם הם מקפחים. בית המשפט העליון שב ואימץ גישה דומה בפרשת **קרן הגמלאות**.[132] באותו מקרה נקבע כי העובדה שרשם האגודות השיתופיות אישר, מכוח סמכות שהוענקה לו בחוק, את תנאיו של תקנון האגודה השיתופית, אין בה כדי להקנות להם מעמד של "תנאים שנקבעו או אושרו בחיקוק".[133]

בהצעת החוק מוצע לתקן את נוסחו של סעיף 23(א)(2). מוצע לקבוע כי תחולת החוק תישלל רק לגבי "תנאי התואם תנאים שנקבעו בחיקוק, בהתאם לתכלית החיקוק". בנוסח החדש מקופלים שני תיקונים קלים בנוסח הקיים. ראשית, מוצע לבטל את החלופה של תנאים ש"אושרו בחיקוק". שנית, מוצע להוסיף את מבחן "תכלית החיקוק". נעמוד על משמעותם של תיקונים מוצעים אלה בקצירת האומר. מטעמים מתודיים נפתח דווקא בתיקון השני, שהוא לטעמנו החשוב מבין השניים.

ב) מבחן "תכלית החיקוק"

---

[130] רעיון זה הוסבר בפרשת **ארגון שחקני הכדורגל**, לעיל ה"ש 26, בעמ' 101-102, שם נאמר: "בהוראה זו [סעיף 23(א)(2) לחוק] נתן המחוקק דעתו לכך שהסדר שעבר את שבט הביקורת של יוצר החיקוק ונקבע בחיקוק עצמו או לפחות אושר במסגרתו, אינו דורש עיון נוסף לפי מבחני הקיפוח אשר בחוק החוזים האחידים. ... הווי אומר, המחוקק הניח כי מחוקק המשנה, בהכלילו הסדר מסוים בתקנות ובעצבו את תוכנו, נתן דעתו לשיקולים השונים ולאינטרסים של כל המעורבים בסוגיה." ראו גם לוסטהויז ושפניץ, לעיל ה"ש 11, בעמ' 37. רציונאלים נוספים של הסייג הנדון מובאים במאמרו של משה בר ניב "הפטור מבקרת חוק החוזים האחידים בשל תנאי התואם חיקוק" **משפטים** כד 565, 572-574 (1995).

[131] לעיל ה"ש 26.

[132] לעיל ה"ש 113, בפס' 13.

[133] בית המשפט העליון פרש את הוראת סעיף 23(א)(2) כחלה הן על הוראות חוק כופות (קוגנטיות), הן על הוראות מרשות (דיספוזיטיביות). עניין **ארגון שחקני הכדורגל**, לעיל ה"ש 26, פס' 15-13. פרשנות זו מתחייבת לאור הגדרתו של המונח "חיקוק". אולם ראו עמדתו החולקת של בר ניב, לעיל ה"ש 130, הסבור כי יש לפרש את הסייג בדרך מצמצמת, כך שיחול בהיקף חלקי לגבי חקיקה קוגנטית, ואילו על הוראות חוק מרשות לא יחול כלל.

הוראות חיקוק – ככל טקסט אחר – טעונות פירוש. פירוש זה אינו יכול שלא להיות מושפע מן ההקשר שבו נטועה ההוראה. אכן, הוראת חוק עשויה ליצור הסדר סביר ומאוזן בהקשר מסוים, אך להתגלות כבלתי סבירה ובלתי מאוזנת כאשר היא יוצאת מהקשרה ו'נשתלת' ומיושמת בהקשר אחר. לאור זאת דומה כי את הסייג שבסעיף 23(א)(2) – גם בנוסחו הקיים – יש לפרש כחל אך ורק כאשר התנאי שבחוזה תואם הוראת חיקוק שנועדה לאותה תכלית שלצורך הגשמתה או יישומה נקבע הסעיף שבחוזה. פרשנות כזו מתבקשת הן מהבנת הרציונל העומד ביסודו של הסייג האמור והן כחלק מהמגמה הכללית, עליה עמדנו, לפיה ראוי לפרש את סייגי החוק בפרשנות מצמצמת וזאת לצורך הגשמת תכליתו העיקרית של החוק: הרחבת ההגנה על לקוחות מפני תנאים מקפחים.

תובנה זו היא שעמדה ביסוד ההצעה להוסיף לנוסח הקיים את מבחן תכלית החיקוק.[134] הוספה זו באה להבהיר כי את הסייג הנדון יש לפרש בצמצום כך שיחול רק כאשר בית הדין או בית המשפט משתכנע כי התניה האחידה הנבחנת והוראת החיקוק התואמת אותה משרתות אותה תכלית ממש. התיקון המוצע - שמבחינה מהותית אינו משנה אלא אך מבהיר את הדין הקיים - הוא, אם כן, רצוי ומתבקש.

יש מקום לשער שהתיקון, גם לאחר קליטתו יעורר בעתיד שאלות פרשניות הנוגעות לפירושו של המושג "תכלית החיקוק". נסתפק כאן בהצבעה על שני כיווני פרשנות אפשריים, העשויים להשפיע על היקף תחולתו של הסייג. פרשנות שמרנית יותר של הביטוי "תכלית החיקוק" תסתפק בהתאמה ברמת הפשטה גבוהה יחסית בין תכליתו של ההסדר שבחוק, לבין זו של ההסדר החוזי. גישה כזו עשויה לגרוס, לדוגמה, כי כאשר ספק מסדיר את חוזהו האחיד באמצעות הוראות התואמות הוראות בחוק המכר (להבדילן מהוראות המסדירות עסקות חוזיות אחרות – שלא נועדו לשרת אותה תכלית) יחול הסייג באופן שיחסן את התניה האחידה מפני ביקורת.[135]

ברם ניתן – ובעינינו דומה שאף ראוי הוא – לנקוט גישה ליברלית יותר ביחס לביטוי "תכלית החיקוק". לשיטתנו, גם הוראה מחוק המכר עשויה לעתים שלא להתאים, מבחינת תכליתה, להקשר של חוזה מכר אחיד. כך יהיה במיוחד כאשר מדובר בחוזה מכר צרכני, כלומר חוזה בין ספק שהוא עוסק לבין לקוח שהוא צרכן. במקרה כזה אין כל ביטחון כי התכלית שראה לנגד עיניו המחוקק בחוקקו את חוק המכר (קרי: הסדרת יחסים מסחריים בין מוכר לבין קונה), ראויה לאימוץ ללא הרהור ובלא בחינה ביקורתית גם בהקשר הצרכני.[136] נניח, לדוגמה, כי ספק מכניס לתוך חוזה מכר צרכני אחיד הוראה התואמת את הוראות חוק המכר העוסקות בנטל של בדיקת

---

[134] בלשונה של ההצעה: "סבירותה של הוראה בחיקוק אינה מעידה בהכרח על סבירותה של אותה הוראה אם הייתה מאומצת בחוזה בהקשר אחר. סבירותה של הוראה צריכה להימדד בהקשר של הסביבה שבה היא נמצאת... משכך מוצע להבהיר כי יש להחיל את הסייג האמור באופן מהותי, רק לגבי תנאי התואם תנאים שנקבעו בחיקוק **בהתאם לתכליתו**..." [ההדגשה הוספה]. דברי ההסבר לסעיף 10 להצעת החוק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 300.

[135] לעיון בדוגמה של 'שתילת' הוראה מחוק המכר בחוזה אחיד למתן שירות ראו לוסטהויז ושפניץ, לעיל ה"ש 11, בעמ' 41.

[136] מקובל להניח כי חוק המכר, התשכ"ח-1968, כמוהו כמרבית החקיקה האזרחית בתחום החוזים, איננו מבוסס על רציונלים המאפיינים את החקיקה הצרכנית. לעמדה זו ראו, לדוגמה: סיני דויטש "חוק המכר – קווים לפירושו והרהורים על יחסי מוכר-קונה" **משפטים** יט 493 (1990).

הממכר והודעה למוכר על כל אי-התאמה בו **מיד** לאחר הבדיקה.[137] האם די בעובדה זו כדי להצדיק מתן חסינות להוראה – חסינות שפירושה המעשי הוא כי מחדל של הקונה לעמוד בנטלים האמורים יביא לשלילה מוחלטת של תרופותיו כלפי המוכר בשל אי-התאמת הממכר?[138] לנו נראה כי התשובה השלילית מתבקשת כמו מאליה. דרישה למיידיות עשויה אולי להתאים לעסקה מסחרית, שבה הצורך במזעור סיכונים ואי-וודאות הם ערכים מרכזיים.[139] ברם אין היא מתאימה בהכרח לעסקה צרכנית. נראה כי יש קושי לצפות מקונה פרטי שאינו סוחר לעמוד בנטלים המחמירים שמטיל חוק המכר.[140] לקונה הצרכני מן הראוי לאפשר לפעול לפי סטנדרטים נוחים יותר (לדוגמה: לחייבו במתן הודעה על אי-התאמה בתוך זמן סביר מגילויה).[141] פרשנות מרחיבה של הביטוי "בהתאם לתכלית החיקוק" תאפשר לקבוע כי כאשר ההקשר שבו נחקקה ההוראה (לדוגמה, הקשר מסחרי מובהק) שונה באופן מהותי מן ההקשר שבו הספק מבקש ליישמה, לא יחול הסייג. אימוצן של הבחנות דקות מעין אלה, הנוגעות לאפיונים הקונקרטיים של החוק מזה ושל החוזה מזה, תאפשר להעמיד לביקורת גם הסדרים חוזיים שלפי לשונם, ואפילו לפי תכליתם (ברמת הכללה גבוהה), תואמים הסדר חקוק. כאמור, לטעמנו זוהי הדרך שבה ראוי לילך בפירושו של התיקון המוצע, אם וכאשר זה ייכנס לתוקפו.

ג) תנאים שאושרו בחיקוק

בנוסח המוצע שצוטט בפתח הדברים מגולם שינוי נוסף. שינוי זה מתבטא בביטול החלופה העוסקת בתנאים "שאושרו בחיקוק". ההבחנה בין תנאים שנקבעו בחיקוק לבין תנאים שאושרו בחיקוק טרם התבהרה כל צורכה. בספרות הובעה הסברה כי חלופה זו מכוונת למקרים שבהם הספק נדרש לקבל אישור מגורם רשמי כלשהו להכללת תנאים מסוימים בחוזהו האחיד.[142] הדוגמה שנדונה בספרות היא של הסדרים חוזיים שעברו את אישורו של המפקח על הביטוח, אישור הנדרש לפי חוק הפיקוח על עסקי ביטוח בענפי ביטוח מסוימים לשם עריכת שינוי בתכנית ביטוח או בתנאיה.[143] ספק בעינינו אם במקרה כזה מדובר בהסדר חוזי התואם תנאים "שאושרו בחיקוק". בדוגמה הנזכרת אישור המפקח אכן ניתן, אך אישור מינהלי כזה אינו שקול למעשה

---

137 חוק המכר, התשכ"ח-1968. סעיף 13(א) קובע כי "על הקונה לבדוק את הממכר מיד לאחר קבלתו". סעיף 14(א) קובע כי "על הקונה להודיע למוכר על אי-התאמה מיד לאחר מועד הבדיקה... או מיד לאחר שגילה אותה, הכל לפי המוקדם יותר".

138 ראו סעיף 14(ב) לחוק המכר: " לא הודיע הקונה על אי ההתאמה כאמור בסעיף קטן (א), אין הוא זכאי להסתמך עליה". הפסיקה פירשה סעיף זה באופן השולל מהקונה הן תרופות הקבועות בחוק המכר והן תרופות הקבועות בדין הכללי: ע"א 465/80 **ש' סולונץ בע"מ נ' "התכוף" חרושת ברזל בע"מ**, פ"ד לח(3) 630 (1984); ע"א 306/85 **DATALAB MANAGEMENT PTY LTD. נ' פולק אינטרנשיונל בע"מ**, פ"ד מג(2) 309 (1989).

139 כך הם פני הדברים בעיקר ביחס לעסקת מכר מסחרית בינלאומית (כידוע, הוראות חוק המכר שלנו מבוססות במידה רבה על הוראותיה של אמנת האג בדבר חוק אחיד למכר טובין בין-לאומי משנת 1964). למאפיינים הייחודיים של עסקת מכר בינלאומית ראו, למשל: ע"א 7833/06 **Pamesa Ceramica נ' ישראל מנדלסון הספקה טכנית הנדסית בע"מ** (פורסם ב"נבו", 17.03.2009).

140 לדוגמה של חובת הבדיקה המיידית באי-התאמה ראו בר ניב, לעיל ה"ש 130, בעמ' 569 .

141 ואמנם בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, בסעיף 169(א)(1), מוצע לשנות את הדרישה להודעה מיידית ולהחליפה בדרישה להודעה תוך זמן סביר.

142 לוסטהויז ושפניץ, לעיל ה"ש 11 בעמ' 43.

143 חוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א-1981 בוטל והוחלף על ידי חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981. סעיף 40(ב) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981: "בענפי ביטוח שקבע שר האוצר בצו לעניין זה לא ינהיג מבטח תכנית או שינוי... אלא אם התיר זאת המפקח". סעיף 40(ג) דן במקרים בהם נדרש אישור פסיבי (משמע, אי-התנגדות) של המפקח: "שר האוצר רשאי לקבוע... סוגי עסקים או שינויים שבהם יהיה המבטח רשאי להנהיג תכנית או שינוי... אם המפקח לא הודיע על התנגדותו תוך 30 ימים מיום שקיבל הודעה עליהם".

חקיקה של המפקח. ממילא, תנאי החוזה שאושרו על ידיו אינם תנאים שאושרו בחיקוק.[144] כך או כך, נראה שהנוסח הקיים של החוק אכן פותח פתח להחלת הסייג הקבוע בסעיף 23(א)(2) גם על הוראות שעברו אישור על ידי גורם מוסמך, ולכל הפחות פותח פתח להתדיינות בסוגיה זו. כיוון שכך, נראה כי טוב עשו נסחי ההצעה בהציעם להסיר חלופה זו מנוסחו של הסייג הנדון. החיסיון מפני ביקורת שיפוטית עשוי להיות מוצדק רק לגבי תנאים שעברו במישרין תחת שבט ביקורתו של המחוקק (בין אם מדובר בחקיקה ראשית ובין אם מדובר בחקיקת משנה) – ושאומצו על ידי הספק בהקשר דומה – אך אין מקום להרחיבו מעבר לכך.[145]

ו. שונות

1. תניה הפוטרת ספק מאחריות לגרימת נזק גוף או למעשה זדון

בניגוד לסעיף 4 לחוק, הקובע חזקות קיפוח הניתנות לסתירה על ידי הספק, קובע סעיף 5 לחוק חזקת קיפוח חלוטה לגבי תניה בחוזה אחיד השוללת או המגבילה את זכות הגישה לערכאות. לצידה של הוראה זו מציע התיקון להוסיף חזקה חלוטה נוספת וחדשה: זו תקבע את בטלותה המוחלטת של תניה חוזית הפוטרת את הספק מאחריותו על פי חוק לנזק גוף שנגרם ללקוח, או מאחריות למעשה זדון.[146] מה טיבו של שינוי מוצע זה?

בבואנו לענות על שאלה זו מן הראוי להזכיר כי תניה בחוזה אחיד המתיימרת להקנות לספק פטור מאחריות לנזקי-גוף המוטלת עליו על פי דין, נכללת כיום בגדרה של חזקת הקיפוח הרחבה שבסעיף 4(1) לחוק.[147] אם תתקבל הצעת התיקון, המבקשת להחיל על תניית פטור כאמור חזקת קיפוח חלוטה, יהיה בכך משום קביעת דין מיוחד, וחדש, שיחול במקום שבו עד כה חלה רק חזקת קיפוח הניתנת לסתירה. התיקון מציע אפוא להעביר תניות-פטור מנזקי גוף ממעמד של "חשודות" בקיפוח למעמד של "מורשעות" בקיפוח לקוחות. מדברי ההסבר עולה כי השינוי המוצע מבקש ליצור התאמה בין הוראות חוק החוזים האחידים לבין המצב המשפטי הקיים כיום על פי דין החוזים הכללי. לדעת נסחי ההצעה תניות פטור מנזקי גוף תיחשבנה ממילא, על פי הדין הכללי, בטלות בהיותן סותרות את תקנת הציבור.[148] אשר על כן, ומכוח קל וחומר, תיחשב תניה כזו כבטלה גם כשהיא נכללת בחוזה אחיד. מטרת התיקון היא אך להבהיר עובדה זו.[149]

---

144 הוא הדין בהוראות תקנון של אגודה שיתופית שאושר על ידי רשם האגודות השיתופיות. אישורו של הרשם אינו בגדר מעשה חקיקה, ולפיכך לא חל על התנאים שאישר הסייג הקבוע בסעיף 23(א)(2) לחוק. ואכן, כך נפסק. ראו לעיל בטקסט לה"ש 132-131.

145 למעשה אנו עדים למגמה (רצויה לטעמנו) של צמצום הדרגתי בהיקפו של הסייג. בחוק הישן משנת 1964 הסייג שנדון בטקסט הוחל על "תנאים שנקבעו או אושרו בחיקוק ... או על פי חיקוק כזה". בחוק משנת 1982 בוטלה החלופה "על פי חיקוק". כעת מוצע לבטל את החלופה הנוגעת לתניה שאושרה בחיקוק. הנה כי כן, ברבות השנים נותרת על כנה רק החלופה של תניה התואמת תנאים שנקבעו בחיקוק וגם זאת – כפי שהוסבר כבר לעיל – רק כאשר תכליתה של התניה החוזית תואמת את תכלית הוראת החוק עליה היא מבוססת. מגמת צמצום זו עולה בקנה אחד עם המגמה הכללית של פרשנות מצמצמת לסייגי החוק, עליה עמדנו בפרק זה.

146 ובלשון ההצעה: "תנאי בחוזה אחיד אשר פוטר את הספק, באופן מלא או חלקי, מאחריות המוטלת עליו על פי חיקוק לנזק לגוף או למעשה זדון – בטל". סעיף 2 להצעת החוק מציע לקבוע את סעיף 5 לחוק הקיים כסעיף 5(א) ואת ההוראה החדשה כסעיף 5(ב).

147 חלקו הראשון של הסעיף קובע חזקת קיפוח לגבי "תנאי הפוטר את הספק, באופן מלא או חלקי, מאחריות שהייתה מוטלת עליו על פי דין אילולא אותו תנאי". הצעת החוק איננה כוללת שינוי כלשהו בנוסחו של סעיף זה.

148 העיקרון הכללי, לפיו חוזה הסותר את תקנת הציבור בטל, קבוע בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן, חוק החוזים). הפסיקה עושה שימוש בעקרון זה לצורך קביעת בטלותן של תניות פטור וזאת תוך הותרת שאר הוראות החוזה על כנן. שאלת העיגון הפורמלי לפרקטיקה זו של הפרדה בין תניית הפטור לבין יתר

דא עקא, שמבט מעמיק בסוגיה זו מגלה תמונה מורכבת יותר. אמת, כבר מראשית הדרך – ועוד בטרם באו לעולם חוק החוזים האחידים – גילה בית המשפט העליון גישה חשדנית כלפי תניות פטור מנזקי גוף. הוראות חוזיות שהעניקו לספקים פטור גורף מאחריות לנזק גוף שסבל מזמין של שירות אגב קבלת השירות נחזו בדרך כלל כמנוגדות לסדר הציבורי ולתקנת הציבור הישראלית.[150] עם זאת, אף שהדבר עשוי להישמע מפתיע, טרם נקבעה אצלנו הלכה ברורה וחד-משמעית באשר למעמדן של תניות פטור מעין אלה.

גדר המחלוקת הוא בשאלה אם גלומה בכל תניית פטור מניה וביה סתירה אינהרנטית לתקנת הציבור, או שמא תלוי קיומה של סתירה כאמור בסוג החוזה ובנסיבות המיוחדות של המקרה. בהקשר זה, לצד גישות מחמירות שהעמידו את הבטלות על עצם כוונתו של הספק לפטור עצמו מאחריות למעשה רשלנות שלו, הושמעו בפסיקה גם עמדות מהוססות יותר. אלה הדגישו את הערך הנוגד בדבר חופש ההתקשרות ובדבר החובה לכבד חוזים, והטעימו כי לא תמיד יהיו השיקולים התומכים בבטלות חזקים באותה מידה.[151]

שיקול מרכזי שהודגש בפסיקות שפסלו תניות פטור בעבר הוא חוסר השוויון המאפיין את מרבית החוזים שבהם הוראות כאלה כלולות, מבחינת היכולת היחסית של הצדדים להשפיע על עיצוב תנאי החוזה.[152] שיקול זה, המתקיים כמובן מאליו בחוזים אחידים, תומך בהצעת החוק הנדונה כאן. שיקול נוסף שהוכר כתומך בשלילת תוקפן של תניות פטור הוא היותו של השירות המסופק בגדרו של החוזה שירות חיוני או שירות ציבורי מועיל, שחזקה על כל אדם שהוא עשוי להיזקק לו מעת לעת.[153]

החוזה (המכונה לעתים 'כלל העיפרון הכחול') אינה נקייה מספקות, אולם כעניין שבעובדה מדובר בפרקטיקה שבה נעשה שימוש רווח. האסמכתות הכלולות בהערות השוליים שלהלן מדגימות פרקטיקה זו. לעיון כללי ולאסמכתות נוספות ראו גרוסקופף, לעיל ה"ש 43, בעמ' 576-578.

149 "... תנאים מעין אלה סותרים את תקנת הציבור ולמען שלמות ההסדר יש מקום לקבוע את הדבר במפורש בהקשר של חוזים אחידים". דברי ההסבר להצעה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 295. עמדה זו, הטוענת לקיומה של התאמה או חפיפה בין דין הקיפוח לדין תקנת הציבור, באה לידי ביטוי מובהק בדבריו של השופט חשין, שבאחת הפרשות תהה: "מה בין "תניה מקפחת" לבין "תנאי הנוגד את תקנת הציבור"? כשאני לעצמי אומר, שנתקשיתי להבדיל בין סמכות לסמכות, בין מגל לחרמש, בין כלי מבער רע מימין לבין כלי מבער רע משמאל. אליבא דידי, ההבדל בין השניים - ככל שהוא בנמצא - הבדל דק-מן-הדק הוא... "תקנת הציבור" מישכנה הוא בבירתה של ממלכת החוזים, ושולחת היא את נציגיה אל כל נסיכויות החוזים. ...בבואה אל נסיכות החוזים האחידים מתגלגלת איפוא תקנת הציבור אל-תוך "התנאי המקפח". מושג התנאי המקפח מהווה מעין קריסטליזציה של תקנת הציבור בנסיכות החוזים האחידים." עניין **קרן גימלאות**, לעיל ה"ש 113 פס' 14 לפסק דינו של השופט חשין. גישה דומה, לעניין מעמדן של תניות פטור מאחריות לנזקי גוף בחוזים אחידים הביעה גבריאלה שלו בספרה, לעיל ה"ש **Error! Bookmark not defined.**, בעמ' 621-622.

150 פסקי הדין המנחים ניתנו בע"א 461/62 **צים נ. מזיאר**, פ"ד יז 1319 (1963), ובע"א 285/73 **לגיל טרמפולין נ. נחמיאס**, פ"ד כט (1) 63 (1974).

151 ביטוי מובהק לגישה המהוססת ניתן בפסקי דינו של השופט ויתקון בפרשות **צים** ו**לגיל טרמפולין**, לעיל ה"ש 150. גישה זהירה עולה גם מפסקי דינו של השופט אלון בע"א 148/77 **רוט נ' ישופה**, פ"ד לג(1) 617 (1979) ובע"א 566/77 **דיקר נ' מוך**, פ"ד לב(2) 141, 152 (1978), שם פירש את פסק הדין בעניין **לגיל טרמפולין**, כקובע הלכה שלפיה "לא כל מקרה של סעיף פטור בנזקי גוף יהיה בו משום ניגוד לתקנת הציבור."

152 השיקול נזכר על ידי השופט לנדוי בפרשת **צים**, לעיל ה"ש 150, בעמ' 1336: "אינני רואה צורך להחליט אם די ברתיעה מסורתית זו מפגיעה בחיים ובשלמות הגוף כדי לפסול כל תניהשאדם קיבל על עצמו מרצונו החופשי, ושיש בו כדי לפגוע בערכים אלה. אך כשמופיע תניה כזו בחוזה סטנדרטי... דינו לפסילה בהיותו נוגד את הסדר הציבורי." השופט לנדוי הציע שלא לאמץ הבחנות, לעניין זה, בין נזק כבד לנזק קל, ובין רשלנות חמורה לרשלנות סתם.

153 שיקול זה הודגש בפסק דינו של השופט ויתקון בפרשת **צים**, לעיל ה"ש 150, בעמ' 1337, שם הביע את עמדתו כי המסקנה בדבר בטלותה של כל הוראה המתנה על אחריות לנזקי גוף ללא יוצא מן הכלל וללא התחשבות בנסיבות "ודאי שלא תתקבל על דעתנו...", וכי מטעמים של חופש החוזים אפילו "לא הייתי ממהר לדון את כל החוזים האחידים לכף חובה." אף על פי כן, צידד השופט ויתקון בפסילת תניית הפטור שנדונה בפרשת צים

ברם, כאשר שיקול זה אינו מתקיים – כגון שמדובר בשירות שעניינו פעילות ספורטיבית או הרפתקנית מסוכנת – הובעה בפסיקה הסברה שייתכן היגיון מסחרי וכלכלי בהתניית השתתפותו של הלקוח בפעילות המסוכנת בנכונותו לשחרר את מפעיל השירות מן הסיכון כי במקרה של טעות רשלנית (או ספק רשלנית) תוטל עליו אחריות כספית כבדה. זאת, אפילו מדובר בחוזה אחיד.[154]

עינינו הרואות כי התיקון המוצע אינו משקף בצורה מדויקת לגמרי את הדין הכללי הנוהג מכוח עקרון תקנת הציבור. מבין הגישות שאומצו בפסיקה הוא מאמץ את הגישה המחמירה יותר, זו שלפיה כל תניה המעניקה פטור גורף מאחריות לנזקי גוף – יהא החוזה אשר יהא ויהיו נסיבותיה אשר יהיו – דינה להיבטל כנוגדת את תקנת הציבור. כאמור, גישה זו משקפת רק פן אחד של הפסיקה, בעוד שפן אחר דוגל בגישה מרוככת יותר, המציעה להתחשב בסוג החוזה ובנסיבותיו. מבחינה זו ייתכן שדווקא ההסדר בחוק הקיים – המחיל על תניות פטור מאחריות (לא רק לנזקי גוף) חזקת קיפוח תוך הותרת שיקול דעת לבית המשפט או לבית הדין לקבוע כי חזקה זו נסתרה בנסיבות המקרה הקונקרטי – משקף באופן נאמן יותר את עמדתה של ההלכה הפסוקה. כשם שעקרון תקנת הציבור מותיר בידי בית המשפט שיקול דעת באילו מקרים ראוי להחיל את העיקרון ולקבוע את בטלות התנאי (ובאילו מקרים ראוי להימנע מהחלתו) כך החוק לפי נוסחו הקיים (משמע, תחולתה של חזקת הקיפוח) מותיר בידי בית המשפט שיקול דעת דומה. התיקון המוצע, לעומת זאת, שולל מבית המשפט את האפשרות להפעיל שיקול דעת ומחייב לראות תניות פטור מאחריות לנזקי גוף כבטלות.[155]

תיקון זה – אף שכאמור הוא מתבסס על נימוק בלתי מדויק – נראה בעינינו כתיקון ראוי. אכן, גם אם בעבר ניתן היה להצדיק את הגישה המקלה, ייתכן בהחלט שעל רקע שינוי העתים יש מקום לשקול עמדה תקיפה יותר כלפי תניות פטור. בעידן המודרני, כאשר לרשות חלקים ניכרים מהציבור עומד זמן פנוי רב יותר מבעבר, ולעתים קרובות גם משאבים כספיים שניתן להקצות לפעילות פנאי, עולה ופורחת במקומותינו תרבות הפנאי. תרבות זו כוללת, בין היתר, פעילויות של ספורט אתגרי (בנג'י, צניחה חופשית, מצנחי רחיפה, סקי, נהיגת שטח בטרקטורונים, ג'יפים, אופנועי שטח, וכו'). הספורט האתגרי לסוגיו הפך לשירות עממי ונפוץ. גם אם עדיין קשה לראותו בו "שירות חיוני לציבור", הרי עם זאת נראה כי הספורט האתגרי תופס חלק חשוב יותר בחייו של הציבור בישראל. בנסיבות אלה ייתכן שקיימת הצדקה לתיקון המוצע. יהא עניין זה כאשר יהא,

---

וזאת בעיקר בשל השיקול שבמקרה הנדון אין מדובר רק בחוזה אחיד אלא "בשירות חיוני המוני" שאינו כרוך בדרך כלל בסיכון מיוחד, ו"שבדרך כלל ניתן לבצעו ללא תקלה".

154 בעמדה זו דבק, באורח עקבי, השופט ויתקון בפרשת **צים** ובפרשת **לגיל טרמפולין**, לעיל ה"ש 150. עמדת השופט ויתקון זוכה לעתים לתמיכה וליישום בערכאות הדיוניות. ראו לדוגמה: ת"א (שלום ראשל"צ) 1610/98 **סם ליאונרד נ' קרגד פרוייקטים 1988 בע"מ** (פורסם ב"נבו", 24.06.2003), שם על יסוד גישה זו נקבע כי אין כל קיפוח בתניית פטור שקבעה כי חבר במועדון סקי מים מחויב לבטח את עצמו מפני פגיעת גוף וכי המועדון לא יהיה אחראי לנזק שייגרם לו אגב הפעילות.

155 אם כי בעניין אחד התיקון המוצע אכן ישווה את דין החוזים האחידים לדין הכללי של תקנת הציבור: על פי הדין הקיים, תניה שנקבע לגביה כי היא מקפחת בית המשפט הוא שמבטלה (ראו לשונו של סעיף 3 לחוק החוזים האחידים), בעוד שתניה הנוגדת את תקנת הציבור נחשבת כבטלה מעיקרה (ראו לשונו של סעיף 30 לחוק החוזים, לעיל ה"ש 148). בהערת אגב נעיר כי ספק אם להבחנה זו קיימת הצדקה, אך הדיון בשאלה זו חורג מענייננו. מכל מקום, בעקבות התיקון המוצע תניית פטור מאחריות לנזקי גוף תיחשב כבטלה (ולא כניתנת לביטול) גם בגדרו של חוק החוזים האחידים.

מרחב המחיה של תניות פטור מאחריות לנזקי גוף – שהיה ממילא מצומצם ביותר בשיטתנו – עתיד להצטמצם עוד יותר, אם לא להימחק לחלוטין, בעקבות התיקון המוצע.[156]

בשולי הדברים נעיר, כי לדעתנו ראוי להחליף את הדיבור "אחריות על פי חיקוק" המופיע בהצעת החוק, בדיבור "אחריות על פי כל דין". הניסוח האחרון רחב יותר, והוא עתיד להסיר ספקות מיותרים באשר לתחולתה של החזקה הנדונה על פטור מאחריות שמקורה בביצוע עוולה של רשלנות – עוולה שבמסגרתה הטלת האחריות, היא במידה רבה, מלאכה של חקיקה שיפוטית.

לבסוף ראוי להזכיר את הסיפא לתיקון, המחיל את דין הבטלות גם על מתן פטור מאחריות ל"מעשה זדון". בכך תורחב תחולתה העניינית של חזקת הקיפוח החלוטה מתחום נזקי הגוף לתחום האחריות לנזקים בכלל, ובלבד שהנזק (נזק גוף, נזק לרכוש, נזק כלכלי או נפשי) נגרם על ידי הספק בזדון. נדירה ככל שעשויה להיות התנאה על החבות המשפטית בגין התנהגות זדונית, הקביעה כי התנאה כזו דינה להיבטל נראית לנו ראויה. דין הבטלות אף מתחייב מעקרונות היסוד הכלליים של דין החוזים הישראלי, קרי, עקרון תום לב ועקרון תקנת הציבור.

2. אכיפה של החלטות בית הדין

א) הצגת הבעיה

אחד מהחסרונות הבולטים של חוק החוזים האחידים נוגע להעדר סמכויות אכיפה ולהעדר סנקציות על אי קיום החלטות בית הדין. הבעיה קיימת בכמה מישורים והיא נוגעת הן להחלטות על אישור חוזה אחיד לפי פרק ג' לחוק והן להחלטות המתקבלות בהליך של בקשה לביטול תניות מקפחות, לפי פרק ד' לחוק. נושא זה זכה לדיון עשיר יחסית בספרות המשפטית, ולפיכך נציג אותו בקצירת האומר.[157]

נפתח בסוגיית האכיפה של החלטות המתקבלות בהליך האישור של חוזים אחידים. הליך כזה המסתיים באי אישורו של החוזה של הספק, פירושו שהספק לא יוכל – וגם לא יחויב (על פי סעיף 15 לחוק) לציין על החוזה את דבר אישורו. אולם מה הדין כאשר החוזה אושר? האם במקרה כזה חייב הספק לעשות שימוש בחוזה שאושר?

על פי הדין הקיים היום, התשובה הברורה לשאלה זו היא בשלילה. ספק שאישר את חוזהו בבית הדין אינו מחויב להשתמש בחוזה שאושר. פעמים רבות אישורו של חוזה אחיד כרוך בהסכמות ופשרות אליהן מגיעים הצדדים במהלך הדיון – בין בכוחות עצמם ובין בהנחייתו של בית הדין. החוזה שעליו נותן בית הדין את אישורו בסופו איננו אפוא, בהכרח, החוזה שלו פילל הספק, מבקש האישור, מלכתחילה. בנסיבות כאלה, ובהיעדרה של חובה פוזיטיבית לעשות שימוש דווקא בחוזה שאושר, עשוי הספק להעדיף שלא לעשות שימוש כלשהו בחוזה, שאינו משרת את מטרותיו בצורה המיטבית. עניין זה לא היה מעורר קושי, אילו ניתן היה להניח כי ספק שהיה מבקש שלא לעשות שימוש בחוזה שאושר היה חייב גם להימנע מלהציע ללקוחות חוזים בתחום הפעילות המוסדר באותו חוזה, שאינם תואמים את נוסח החוזה שאושר.

---

[156] באורח תיאורטי נותרת עדיין האפשרות של הכרה בתניית פטור מנזקי גוף שלגביה באופן מיוחד נוהל משא ומתן אמיתי בין הצדדים לחוזה האחיד. ראו סעיף 2 לחוק. ברם קשה להניח כי הסכמה כזו תינתן על ידי לקוח סביר מרצונו הטוב והחופשי.

[157] ראו מסיקה, לעיל ה"ש 74, בעמ' 115-118; בן-נון, לעיל ה"ש 18, בעמ' 66; סיני דויטש, לעיל ה"ש 50, בעמ' 648.

ברם, בפועל אין זה המצב. הספק רשאי, במצב המשפטי הנוהג, להמשיך בפעילותו הכלכלית, ולעשות שימוש בחוזה שנוסחו שונה. זאת, מבלי שיהיה בכך כדי להפר את החלטת בית הדין.[158] למעשה, די בעריכת שינויים קלים בנוסח החוזה על מנת שהספק יוכל לחמוק מעול החלטתו של בית הדין. הגיעו הדברים לידי כך שבאחד מפסקי הדין, בעומדו על בעיה זו, פנה בית הדין בבקשה אל הספק – בקשה הנסמכת למעשה רק על הנחת יושרתו ה"ציבורית" של הספק ועליה בלבד – לבל יתעלם מהחוזה שנדון בבית הדין ומהתיקונים שנקבעו בו.[159]

בעיה דומה – ואולי אף חמורה יותר – מתעוררת ביחס לקיומן של החלטות בית הדין לפי פרק ד' לחוק, המבטלות או משנות תנאים בחוזה האחיד. להבדיל מהליך האישור, כאן אין מדובר בבקשה של הספק מבית הדין להעניק לחוזהו אישור, כי אם בבקשה של מבקש ציבורי (היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו, הממונה על הגנת הצרכן,ארגון לקוחות ורשות ציבורית שנקבעו בתקנות או ארגון לקוחות שאושר על ידי שר המשפטים לעניין מסוים) להסיר קיפוח לכאורה שנתגלה בחוזה אחיד. דא עקא, שגם במקרה כזה אין הספק מנוע מלעקוף את החלטות בית הדין, שתכליתן להסיר את הקיפוח המצוי בחוזיו האחידים, וזאת על ידי אימוץ נוסח שונה לחוזה המסדיר את אותה עסקה.

יתר על כן, החוק אינו מגדיר כל סנקציה – אזרחית, מנהלית או פלילית – שניתן להטיל על ספק הפועל בריש גלי בניגוד להחלטות בית הדין. אכן , בסופו של הליך אישור שבו אושר חוזה תוך עריכת שינויים בו, עלול הספק לשוב ולעשות שימוש בחוזה המקורי תוך התעלמות מודעת מהתיקונים שהוכנסו בו על ידי בית הדין. לחלופין, לאחר שהסתיים הליך שבו נדונה בקשת נציג לקוחות לבטל או לשנות תניות מקפחות, עלול הספק לשוב ולעשות שימוש בחוזה שנקבע לגביו כי תניותיו מקפחות. החוק שותק ואינו קובע סנקציה על התנהגות כזו. אמנם במקרה האחרון שתואר לא יהיה תוקף לתנאים הבטלים שאותם מציג הספק לציבור. ברם בפועל, יוכל עדיין הספק לפעול בניגוד להחלטה השיפוטית, ובכך יימצא מטעה את קהל לקוחותיו.

במסגרת הצעת החוק מובאים שני הסדרים שנועדו לתת מענה לבעיות אלה.[160] נציג אותם להלן.

---

158 זאת, למעט במקרים בהם מחויב הספק מסיבה כלשהי לעשות שימוש דווקא בחוזה שקיבל את אישור בית הדין. דוגמה אחת לכך היא מצב שבו תנאי הרישיון שמכוחו הספק פועל מחייבים נוסח קבוע. דוגמה אחרת הם מצבים שבהם רשות ציבורית מוסמכת לתבוע מספק לפנות לציבור רק באמצעות חוזה אחיד שאושר (לדוגמה: סמכות שר המשפטים מכוחו של סעיף 20 לחוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986, או סמכות הממונה על ההגבלים העסקיים את סמכותו מכוח סעיף 27(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988). במצבים אלה החיוב לעשות שימוש בחוזה שאושר נובע ממקור חיצוני לחוק החוזים האחידים.

159 ראו ח"א (חוזים אחידים) 803/07 **עמותת סינגור קהילתי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, 4-5 (פורסם ב"נבו", 17.07.2008): "כידוע, חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982 איננו כולל הוראה מפורשת האוסרת על ספק מלשנות את תנאי החוזה לאחר שאושר על ידי בית הדין. כל שמשתמע מהחוק הוא שבמידה והספק משנה את הוראות החוזה, אין באפשרותו להסתמך על אישור בית הדין (השוו סעיף 14(ב) לחוק החוזים האחידים). זהו בעינינו חסר משמעותי בחוק, אשר מן הראוי שיבוא על תיקונו בהקדם האפשרי. עם זאת, כפי שפורט לעיל, זהו כבר הסבב השלישי של השגות ודיונים ביחס לחוזה השכירות האמור. חזקה על עמידר, לאור מעמדה הציבורי, כי לאחר התדיינות מקיפה וארוכת שנים בתנאי החוזה, תכבד את הכרעות בית הדין, ותמנע מביצוע שינויים נוספים בנוסח החוזה המאושר בזאת (לפחות למשך 5 השנים הקרובות. השוו סעיף 14(א) לחוק החוזים האחידים)".

160 להצעות שונות שעלו בניסיון להתמודד עם קושי זה ראו: בן-נון, לעיל ה"ש 18, בעמ' 94 (מציע לראות בכך הפרה של חובת תום הלב במשא ומתן לפי סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 או מרמה לפי סעיפים 414-416 לחוק העונשין, התשל"ז-1977); דוד קרצ'מר "הערות על חוק החוזים האחידים, תשכ"ד-1964, לאור תיקונו" **משפטים** ג 414, 415 (1971) (מציע להטיל אחריות פלילית על ספק שמפר את החלטות בית הדין); לוסטהויז ושפניץ, לעיל ה"ש 11, בעמ' 148 (מציעות לעשות שימוש בעילת ההטעיה שבחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 או בפרק ו' לחוק העונשין העוסק בעבירות מרמה).

ב) הרחבת סמכויות בית הדין

ראשית ועיקר, סעיף 7 להצעה מבקש להוסיף לחוק את סעיף 17(ב) אשר יקבע כי אם:

> "ביטל בית הדין תנאי או שינה אותו... רשאי הוא ליתן כל צו להבטחת קיום החלטתו כאמור, ובכלל זה לחייב את הספק להשתמש בנוסח החוזה האחיד כפי ששונה בידי בית הדין, לתקופה שיקבע; צו לפי סעיף קטן זה, דינו לעניין ביצוע הצו ולעניין סעיף 6 לפקודת ביזיון בית המשפט, כדין צו שניתן בידי בית משפט בעניין אזרחי".

לפי המוצע, סעיף זה יחול הן על החלטות הניתנות במסגרת ההליך של בקשה לביטול תניות מקפחות והן על החלטה של בית הדין הניתנת במסגרת הליך של "בחינת חוזה אחיד", הקובעת כי תניה מסוימת בחוזה היא מקפחת.[161] כעולה מלשונה, תקנה ההוראה לראשונה כלים ממשיים לאכיפת החלטות בית הדין. ראשית, תוענק לבית הדין סמכות רחבה למתן צווים שנועדו להבטיח את קיום החלטותיו. שנית, בית הדין יוסמך, לראשונה, לחייב ספק להשתמש בנוסח החוזה שאושר בבית הדין. שלישית, ההוראה מבהירה כי אי ציות להחלטת בית הדין שקולה לאי ציות לפסק דין, ובתור שכזו עלולה לגרור סנקציות עונשיות הקבועות בפקודת בזיון בית המשפט.[162]

קשה להפריז בחשיבותה של ההוראה המוצעת. היא מהווה חידוש חשוב ביותר ויש בה כדי להשלים חסר משמעותי הקיים כיום בחוק. עם זאת, מתעורר חשש כי כמו בעניינים צרכניים אחרים עלול להתגלות פער בין ההסדר החקיקתי הראוי, לבין אכיפתו הלכה למעשה. החשש הוא שגם אם תאומץ ההצעה, יתעורר קושי ממשי ליישמה ולאכוף את הצווים והסנקציות שיוטלו מכוחה.[163] מבלי להתיימר להציע פתרונות קסם לבעיה מערכתית זו, ייתכן כי פתרון חלקי לה עשוי להימצא בהכרה חקיקתית במסלול של תובענה ייצוגית בגין הפרת החלטות של בית הדין לחוזים אחידים. דרך זו עשויה להיות יעילה יותר מאכיפה מנהלית או פלילית. בשנים האחרונות מוגשות תובענות ייצוגיות רבות, בעיקר בהקשרים צרכניים. נראה כי התמריץ הכספי הגלום בתובענה הייצוגית, הן עבור התובעים הייצוגיים והן עבור באי כוחם, מעודד הגשת תובענות רבות יחסית. בכך מושגת מטרה חשובה של "אכיפה פרטית" בתחום הצרכני. אנו מציעים לשקול שימוש בהליך זה גם במקרה של אי קיום החלטות בית הדין. לדעתנו סעיפים (1) (2) ו- (3) לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו- 2006 עשויים לאפשר גם כיום הגשת תובענה ייצוגית בגין שימוש בחוזה אחיד תוך הפרת החלטות של בית הדין, במקרים בהם הספק הוא "עוסק" כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, או מבטח או תאגיד בנקאי. עם זאת, למען הסרת ספק, ולאור העובדה שהמגמה הפרשנית בפסיקה לגבי חוק תובענות ייצוגיות היא הססנית ושמרנית למדי,

---

161 ראו סעיף 13(א) המוצע, הנכלל בסעיף 5 להצעת החוק. למהותו של הליך הבחינה, כהליך שנועד להחליף את ההליך של "בקשה לאישור" ראו לעיל פרק ג' למאמר.

162 הסנקציות הקבועות בסעיף 6(1) לפקודה כוללות קנס ומאסר. עם זאת, יש להניח כי התועלת המעשית בהחלת הוראות הפקודה תהיה מוגבלת למדי. ראשית, יש להניח כי במרבית המקרים הספק הינו תאגיד וממילא חלופת המאסר איננה ישימה. חלופת הקנס אף היא בעייתית: מדובר בסנקציה כספית שמימושה ואכיפתה אמורים להיעשות על ידי צד פרטי, אך הקנס ישולם לקופת המדינה. בנסיבות אלה אין למעשה תמריץ ללקוח נפגע או אף לארגון לקוחות לפעול באמצעות הפקודה.

163 על הקשיים באכיפה ויישום של חקיקה צרכנית השוו: סיני דויטש, לעיל ה"ש 83, בעמ' 26, 112. מסיקה, לעיל ה"ש 74, מציינת (בעמ' 116) כי בבירור שערכה עם ארגוני צרכנים ועם נציגי היועץ המשפטי לממשלה הסתבר שאין להם המשאבים הדרושים לביצוע מעקב אחר ספקים על מנת לוודא שהללו אכן משתמשים בנוסח החוזה שאושר על ידי בית הדין.

ייתכן שיש מקום לכך ששר המשפטים יפעל על פי הסמכות הנתונה לו בסעיף 30 לחוק תובענות ייצוגיות, ויורה על הוספה של סעיף לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, לפיה תתאפשר הגשת תובענה ייצוגית בגין הפרת החלטות של בית הדין לחוזים אחידים.

ג) תחולה על כל חוזה "הזהה במהותו"

תיקון חשוב נוסף הנכלל בהצעה נוגע להיקף תחולתן של החלטות בית הדין. סעיף 8 להצעה, שעניינו בהחלפת סעיף 18 לחוק הקיים,[164] קובע כי החלטה של בית הדין על ביטול או שינוי תניה מקפחת תחול "בכל חוזה אחיד של אותו ספק **הזהה במהותו** לחוזה האחיד שלגביו ניתנה החלטת בית הדין."[165] הוראה זו תחליף את הנוסח הקיים כיום בסעיף 18 (א) לחוק, שלפיו החלטת בית הדין חלה רק לגבי "חוזה שנכרת על פי אותו חוזה אחיד". הסעיף, בנוסחו החדש, יחול לא רק על החלטה הניתנת במסגרת בקשה לביטול תנאי מקפח, אלא גם על החלטה הניתנת במסגרת הליך של "בחינת חוזה אחיד", הקובעת כי תניה מסוימת בחוזה היא מקפחת.[166]

החלת החלטות בית הדין על כל חוזה של הספק הזהה במהותו לחוזה שלגביו ניתנה ההחלטה נועדה למנוע ניסיון לחמוק מעולה של החלטת בית הדין על ידי עריכת שינויי נוסח קלים בחוזה שיאפשרו לספק לטעון כי מדובר בחוזה אחר ולא בחוזה שעליו חלה החלטת בית הדין. הסעיף המוצע מבהיר כי עריכת שינויים בנוסח החוזה לא תשחרר את הספק מכפיפות להחלטה, כל עוד אין בשינויי ניסוח אלה כדי לשנות ממהותו של החוזה.

בהקשר זה נציין כי לדעתנו פרשנות תכליתית של סעיף 18(א) מאפשרת להגיע לאותה תוצאה (רצויה) גם היום. עם זאת, יש לברך על השינוי המוצע, אשר נועד להסיר כל ספק בעניין זה ולסתום פרצה אפשרית בחוק. הערה אחת לנו לגבי הנוסח המוצע: ייתכן שניסוח "זהה במהותו" עלול להביא לפרשנות צרה מדי שתסכל את מטרת השינוי ולכן אנו מציעים לשנות זאת ל"דומה במהותו". נראה לנו כי המונח "דומה" יאפשר תחולה רחבה של החלטות בית הדין מאשר המונח "זהה". כתוצאה מכך תצטמצם האפשרות לעקוף החלטות אלה באמצעות עריכת שינויי נוסח קלים בחוזה.

בצד היתרון שבהגמשת הוראתו של סעיף 18(א), טמון בה מטבע הדברים גם החיסרון, בהיבט של הוודאות המשפטית: השוואה לשונית בין שני חוזים היא עניין טכני-פורמאלי פשוט יחסית, מה שאין כן לגבי השוואה בין המהות של שני חוזים (שנוסחם אינו זהה). זהו חיסרון שלהערכתנו אין מנוס מלקבלו, אם מבקשים למנוע את הליקויים שעליהם עמדנו לעיל.

ד) תחולה על ספק חלופי

לפי האמור בסעיף 18(א)(1) המוצע, החלטות של בית הדין על תיקון או שינוי של תניות יחולו על כל חוזה אחיד "של אותו ספק".[167] אנו חוששים שבנוסח זה עלול להימצא פתח נוסף

---

164 לגבי סעיף 18 המוצע ראו הדיון בפרק ד' לעיל.

165 ראו סעיף 18(1) המוצע.

166 ראו סעיף 13(א) המוצע, הנכלל בסעיף 5 להצעת החוק. למהותו של הליך הבחינה ראו לעיל פרק ג' למאמר.

167 כמובן רק אם אותו חוזה "זהה במהותו לחוזה האחיד שלגביו ניתנה החלטת בית הדין". על כך ראו דיוננו בפרק ו(2)(ג) לעיל. סעיף 18(א) לחוק בנוסחו דהיום קובע כי: "תנאי שבית הדין ביטל יחשב כבטל בכל חוזה שנכרת על פי אותו חוזה אחיד..." מבלי שהסעיף קובע במפורש כי ההחלטה חלה רק על אותו ספק. שאלה מעניינת היא,

להתחמקות מקיום החלטותיו של בית הדין. החשש הוא שבעת העברת העסק לבעלותו של ספק אחר, לא תהא עוד תחולה להחלטה, שהרי אף אם נוסח החוזה האחיד יהיה "זהה במהותו"[168] לנוסחו של החוזה שלגביו ניתנה ההחלטה, שוב לא יהיה זה חוזהו האחיד של "אותו ספק".

העדר התחולה של החלטת בית הדין עלול להיגרם כתוצאת לוואי בלתי מכוונת (אך עם זאת בלתי רצויה) במקרה של מכירה אמיתית של העסק. אולם, העדר התחולה עלול להיות גם תוצאה של פעולת התחמקות מכוונת, למשל באמצעות העברת העסק לבעלותה של חברת-בת או חברה-אחות (משמע שהבעלות הפורמאלית בעסק תשתנה, אך לא תשתנה השליטה המהותית בו). העברת הבעלות בעסק לספק חלופי יכולה להיות גם תוצאה של העברה מכוח דין[169] ואף במקרה כזה עלולה להיגרם התוצאה הלא רצויה, לפיה החלטת בית הדין לא תחייב את הנעבר.

בסעיף 9 להצעת החוק, מוצע להוסיף לסעיף 19(א) לחוק העיקרי, בסופו, את המשפט הבא: "בסעיף זה, "ספק" ו"לקוח" – לרבות חליפיהם מכוח חיקוק או מכוח חוזה". כידוע, סעיף 19 לחוק דן בביטול ושינוי של תנאי מקפח בבית-משפט (להבדיל מבית הדין) ולפיכך הוראה חדשה זו תחול רק על הליכים בבתי המשפט. אנו מציעים להוסיף הוראה ברוח דומה במסגרת סעיף 18(א)(1) לחוק. משמע, לקבוע במפורש כי לצורך סעיף 18 המונח "ספק" יכלול גם את חליפיו של הספק מכוח חיקוק או מכוח חוזה. ייתכן שיש אף מקום לקבוע כי החלטת בית הדין תחול גם על כל חוזה אחיד "זהה במהותו" המצוי בשימוש בעסק שלספק יש שליטה בו, או שהשליטה באותו עסק ובעסקו של הספק נתונה בידיו של אותו בעל שליטה.[170]

3. פרסום החלטות בית הדין

סעיף 11 לחוק החוזים האחידים עוסק בפומביות החלטותיו של בית הדין ובאופן פרסומן.[171] קשה להפריז בחשיבות הפרסום של החלטות בית הדין. להחלטות הללו – במיוחד כאלה המורות על ביטול או שינוי של תניות מקפחות – השפעות רוחב ישירות ועקיפות כאחד. ראשית, הן משפיעות באופן ישיר על זכויותיהם של הלקוחות של אותו ספק הקשורים עימו בחוזה שנוסחו כנוסח החוזה שלגביו ניתנה ההחלטה.[172] אין צורך לומר כי לעיתים מדובר במספר רב ביותר של לקוחות.[173] שנית, להחלטות בית הדין השפעות רוחב עקיפות. הן עשויות להשפיע על החלטות של

האם החלטת בית הדין תחול גם על ספק אחר, אשר עושה שימוש בחוזה אחיד שנוסחו זהה לחלוטין לזה שלגביו ניתנה ההחלטה. לדעתנו, אף שהדבר לא נאמר בסעיף במפורש, הפרשנות המתבקשת היא שההחלטה לא תחול על ספק שלא היה כלל צד להליך ולא ניתן לו יומו בבית הדין. עם זאת, בהעדר קביעה מפורשת בחוק לגבי תחולת ההחלטה רק על אותו ספק, נראה לנו שהסעיף מאפשר פרשנות גמישה, לפיה ההחלטה תחול על חליפו של אותו ספק, בין אם מכוח דין ובין מכוח חוזה. לגבי זהותם של חליפים אפשריים ראו הדיון להלן בגוף הטקסט.

168 כלשונו של סעיף 18(א)(1) המוצע, או "דומה במהותו", כפי הצעתנו בפרק הקודם.

169 כגון עסק שהיה בבעלות אדם (משמע, לא תאגיד) ואשר עבר ליורשים עם פטירתו של בעל העסק.

170 להגדרה אפשרית של "שליטה" ו"בעל שליטה" ראו, למשל, סעיפים 25-24 לפקודת מס הכנסה.

171 סעיף 11(א) קובע כי: "בית הדין ינהל ספר החלטות שיהיה פתוח לעיון הציבור". סעיף 11(ב) קובע: "ביטל או שינה בית הדין תניה מקפחת יפרסם את החלטתו או תמצית ממנה בשני עיתונים יומיים לפחות או בכל דרך אחרת שנקבעה בתקנות; החלטות אחרות רשאי בית הדין לפרסם בדרך שתיראה לו מתאימה לתועלת הציבור".

172 לעיתים ההחלטה חלה באופן ישיר גם לגבי לקוחות שחוזיהם נכרתו לפני מועד מתן ההחלטה. על סוגיית התחולה הרטרוספקטיבית של החלטות בית הדין ראו פרק ד' לעיל.

173 דוגמה בולטת לכך היא סדרת ההחלטות של בית הדין שניתנו לגבי הסקטור הבנקאי: עניין **בנק לאומי**, לעיל ה"ש 9. (בתיק זה ראו גם פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין ערעור **בנק לאומי**, לעיל ה"ש 14); ח"א (חוזים אחידים) 8010/02 **המפקח על הבנקים נ' בנק הפועלים בע"מ** (פורסם ב"נבו", 09.02.2006); ח"א 8011/02

בתי משפט בהתדיינויות אינדיבידואליות שבין הספק לבין לקוחות העבר שלו (משמע, לקוחות שחוזיהם נכרתו לפני מועד מתן ההחלטה, כאשר נקבע כי להחלטה תחולה פרוספקטיבית בלבד). יתר על כן, החלטות אלה עשויות להשפיע בהתדיינויות משפטיות שבין ספקים אחרים הפועלים במסגרת אותו סקטור עסקי לבין לקוחותיהם, זאת בהנחה שבחוזיהם מצויים תנאים דומים לאלה שנדונו בהחלטת בית הדין. לפרסום חשיבות רבה גם עבור עורכי דין ויועצים משפטיים לצורך מתן ייעוץ מקדמי לספקים לגבי האופן שבו עליהם לנסח את חוזיהם בכדי להימנע מתניות מקפחות.

המצב הקיים בנושא פרסום החלטות בית הדין אינו מניח את הדעת. עמדה על כך בהרחבה גליה מסיקה במאמרה אודות בית הדין לחוזים אחידים.[174] מאז פורסם המאמר, בשנת תשס"ב, חל שיפור מסוים בנושא הפרסום. החלטות של בית הדין מתפרסמות במאגרי המידע הממוחשבים למיניהם. עם זאת, במרבית מאגרי המידע, החלטות בית הדין לחוזים אחידים "נבלעות" בתוך הפסיקה הכללית של בתי המשפט המחוזיים ואיתורן הוא עניין ליודעי ח"ן בלבד.[175]

במסגרת התיקון מוצע לבטל את סעיף 11 הקיים ותחתיו לקבוע הוראה לקונית, לפיה "החלטות בית הדין יפורסמו בדרך שבית הדין ימצא לנכון". ספק אם זהו פתרון מתאים. הצורך להורות בכל החלטה בנפרד על אופן פרסומה יוצר נטל מיותר ובלתי נחוץ על בית הדין. נוכח חשיבותו הרבה של נושא הפרסום, ולאור העובדה שעד כה טרם נמצא פתרון מניח הדעת לנושא זה, ראוי היה לנצל את ההזדמנות של תיקון החוק ולקבוע פרוצדורה קבועה ושגרתית לפרסום החלטות בית הדין תוך הסדרת התקצוב הדרוש לצורך כך. דרך הפרסום חייבת להנגיש את החלטות בית הדין לציבור הרחב, באופן שאיתור ההחלטות יהיה פשוט וקל. דרך אפשרית לכך היא באמצעות יצירת מאגר אינטרנטי מרוכז של החלטות בית הדין, בין במסגרת אתר האינטרנט

המפקח על הבנקים נ' "טפחות" בנק למשכנתאות בע"מ, (פורסם ב"נבו, 28.10.2007); עניין **הבנק הבינלאומי**, לעיל ה"ש 14.

174 לעיל ה"ש **Error! Bookmark not defined.**, בעמ' 118-120.

175 כך, לדוגמה, במאגר "תקדין" לא מופיעה אפשרות בחירה בבית הדין לחוזים אחידים כחלופה נפרדת בחלונית "ערכאה". במאגר זה גם אין אפשרות חיפוש לפי חלופה של "סוג ההליך" וממילא לא ניתן להיעזר בקידומת ח"א (חוזים אחידים) לצורך איתור פסיקה של בית הדין (ואף לו הייתה אפשרות כזו, הרי חלק מתיקי בית הדין סומנו בעבר באותיות שונות). במאגר "נבו" חלונית בחירת הערכאה כוללת לא פחות מ- 31 ערכאות שונות (לרבות ערכאות כגון ערר כביש 6) אך היא אינה כוללת את בית הדין. עם זאת, קיימת אפשרות לאיתור פסקי דין לפי סוג הליך ובמסגרתה קיימת חלופה של תיקי ח"א. חיפוש לפי סוג זה יאחזר 28 החלטות של בית הדין (נכון לחודש מרץ 2011). זו אפשרות נוחה למדי לאיתור החלטות בית הדין, אך היא מביאה לתוצאה חלקית ביותר, בין היתר בשל העובדה שהיא אינה כוללת החלטות המסומנות באותיות שונות (חיפוש לפי סוג הליך ע"ש, למשל, יביא לאחזור של מאות החלטות, רובן ככולן אינן של בית הדין). במאגר פדאור, במסגרת חיפוש-מתקדם קיימת רשימת הערכאות ("מאגרים"). ברשימה זו לא מופיע בית הדין. קיימת אפשרות חיפוש לפי סוג ההליך וניתן לבחור בסוג ח"א. עם זאת, ניסיון אחזור פסקי הדין לפי סוג ח"א נותן תוצאה של 31 פסקי דין והחלטות שרק חלקן הם של בית הדין לחוזים אחידים (מבין 31 התוצאות האחזור 19 הן החלטות של בית הדין והיתר החלטות של בתי דין צבאיים). המאגר שמאפשר את האחזור היעיל ביותר של החלטות בית הדין הוא LawData. למיטב ידיעתנו, זהו המאגר היחיד הכולל במסגרת חלונית בחירת הערכאה את בית הדין לחוזים אחידים. חיפוש לפי ערכאה זו יציג 81 תוצאות, רובן רלבנטיות (חלק קטן מפסקי הדין המוצגים אינם רלבנטיים. כך, במסגרת חיפוש כזה מאוחזרים, משום מה, גם מספר פסקי דין של בית הדין לעבודה).

של מערכת בתי המשפט ובין במסגרת אתר האינטרנט של משרד המשפטים[176] וקביעת החובה לפרסם במאגר זה את החלטות בית הדין.[177]

ז. במקום סיכום: מבט לעתיד

הצעת החוק לתיקון חוק החוזים האחידים המונחת על שולחנה של הכנסת - שעל עיקריה עמדנו ברשימה זו - כוללת שינויים ותיקונים רחבי היקף. ההצעה באה בעקבות לקחים שהופקו מניסיון מצטבר של שנים רבות בהפעלת החוק. במהלך סקירת השינויים והתיקונים המוצעים עמדנו על כך שחלקם אכן חשובים ונחוצים ואילו לגבי חלק אחר הבענו ספקות באשר למידת יעילותם. הצבענו גם על מספר תיקונים נוספים שיש מקום לשקול את הכללתם בהצעה.

עניין נוסף, שההצעה הנוכחית אינה עוסקת בו כלל, נוגע להבחנה אפשרית בגדרו של החוק בין חוזים אחידים צרכניים לבין חוזים אחידים שאינם כאלה. אכן, במציאות היום יומית אנו נתקלים בחוזים אחידים בעיקר בהקשרים צרכניים. עם זאת, השימוש בחוזים אחידים נפוץ גם ביחסים עסקיים בין סוחרים, בין יצרנים למפיצים ועוד. חלק מהמאפיינים של חוזים אחידים צרכניים מתקיימים גם בחוזים אחידים שאינם צרכניים ולפיכך נראה כי באופן עקרוני מוצדקת תחולתו הכללית של החוק על כלל החוזים האחידים לסוגיהם.[178] עם זאת, אנו סבורים כי לא ניתן להתעלם מכך שקיימים בכל זאת הבדלים בין חוזים אחידים צרכניים לבין חוזים אחידים מסחריים. חלק מהמאפיינים הקיימים בחוזים אחידים צרכניים אינם מתקיימים – או מתקיימים במידה פחותה – בחוזים אחידים מסחריים. לכאורה מתבקש שמידת ההתערבות בחוזים אחידים צרכניים לשם הגנה על לקוחות תהיה רבה יותר ממידת ההתערבות בחוזים אחידים מסחריים וזאת, בין היתר, לאור המומחיות הרבה יותר של צדדים מסחריים, הידע הרב יותר ומערך הייעוץ המקצועי העומד, בדרך כלל, לרשותם.[179] לאור זאת ייתכן שבחלק מהנושאים המוסדרים בחוק יש לקבוע הסדרים מעט שונים בהתאם לסוג החוזה האחיד שבו מדובר. כך, לדוגמה, הצענו במסגרת המאמר להבחין בין חוזים אחידים צרכניים לבין חוזים אחידים מסחריים לגבי קיפוח הנוגע לתניות בוררות.[180] הצענו גם לשקול הוספתה של חזקת קיפוח הנוגעת

---

176 באתר האינטרנט של משרד המשפטים קיים למעשה מאגר של החלטות בית הדין, המחולקות לפי נושאים, ראו: www.justice.gov.il/MOJHeb/YeutzVehakika/NosimMishpatim/HozimAhidim/Hachlatot.htm, אלא שמאגר זה מנוהל כיוזמה "התנדבותית" ולא על פי חובה שבדין. יתר על כן, המאגר חלקי (נכון לחודש מרץ 2011 מצויות בו 35 החלטות בלבד) והוא אינו מתעדכן באופן שוטף.

177 על מנת להבטיח את יעילות השימוש במאגר מעין זה הוא חייב כמובן לכלול מנוע חיפוש יעיל, ומערכת פעילה ומקצועית שתוכל לערוך בדייקנות ובתוך זמן סביר תקצירים של עיקרי ההחלטות.

178 לעמדה הגורסת כי העקרונות ושיקולי המדיניות המזינים את דיני החוזים הצרכניים צריכים להזין את כלל דיני החוזים ראו: איל זמיר, "דיני הגנת הצרכן – האומנם תחום משפטי שונה ונפרד?" צפוי להתפרסם **מאזני משפט** ח (2012). ברשימתו טוען זמיר ,בין היתר, כי הטעמים המקובלים להצדקת הטיפול המיוחד בחוזים אחידים צרכניים (משמע: העובדה שחוזים אלה אינם משקפים את הרצון האמיתי של הצדדים; כשלי השוק האופייניים לחוזים הללו ופוגמים ביעילותם כגון בעיות של פערי מידע; שיקולים של הוגנות; שיקולים פטרנליסטיים ושיקולים של צדק מחלק) חלים בעיקרם גם על חוזים שאינם צרכניים. זמיר טוען כי גישה זו משתקפת בדין הקיים, בין היתר במסגרתו של חוק החוזים האחידים, אשר חל בשווה על חוזים צרכניים ומסחריים. כפי שיובהר להלן, עקרונית איננו חולקים על גישה זו, אלא שלטעמנו הסדרים מסוימים בגדרו של החוק מצדיקים התייחסות נפרדת ושונה לחוזים אחידים צרכניים.

179 לדיון בהבחנה זו והפניה למקורות נוספים ראו, למשל: Hugh Beale, Benedicte Fauvarque-Cosson, Jacobien Rutgers, Denis Tallon ans Stefan Vogenauer, CASES, MATERIALS AND TEXTS ON CONTRACT LAW 793-797 (2010).

180 ראו הדיון בסופו של פרק ב.1.(ג) לעיל.

ללשון לא ברורה, אך זאת רק לגבי חוזים צרכניים.[181] יצוין כי במסגרת פרויקט ה-DCFR האירופי,[182] בפרק העוסק ב- Unfair terms מוצע לאמץ סטנדרט שונה לגבי הגינות התנאים כאשר מדובר בחוזה צרכני (לעומת חוזה מסחרי).[183] יתר על כן, חזקות הקיפוח המנויות באותו פרק – אשר בדומה לאלה שבחוק הישראלי מעבירות את נטל ההוכחה אל כתפי הספק – חלות רק בחוזים צרכניים, בעוד שבחוזים מסחריים רובץ הנטל כולו על כתפיו של הצד הטוען לקיפוח.[184] ייתכן שיש מקום בעתיד לחשיבה מחודשת בכוון זה גם בישראל. מכל מקום לא היינו מציעים לעכב לשם כך את התיקון הנוכחי. בכפוף להערותינו שבגוף המאמר, אנו סבורים שהתיקונים הנכללים בהצעת החוק הם חשובים ורצוי לקדם במהירות האפשרית את חקיקתם. עם זאת, אין הכרח לתקן בפעם אחת את כל הטעון תיקון, בבחינת "לא עליך המלאכה לגמור".[185]

---

[181] ראו הדיון בפרק ב.3.(ג) לעיל.

[182] לעיל ה"ש 64.

[183] סעיף II-9:403 ל-DCFR, שכותרתו Meaning of "unfair" in contracts between a Business and consumer, קובע כי בחוזה בין ספק-עוסק לבין צרכן תניה תיחשב לבלתי הוגנת אם התניה סופקה על ידי העוסק והוא significantly disadvantages the consumer, contrary to good faith and fair dealing. לעומת זאת, סעיף II-9:405 ל- DCFR, שכותרתו Meaning of "unfair" in contracts between a Businesses, קובע כי בחוזה בין עסקים תניה תיחשב לבלתי הוגנת רק אם היא תניה בחוזה אחיד שסופקה על ידי אחד הצדדים ורק אם השימוש בה "grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing".

[184] ראו סעיף II-9:410 ל-DCFR.

[185] "לא עליך המלאכה לגמור ולא אתה בן חורין ליבטל ממנה" : פרקי אבות ב', טז.