

## האם חלה תורת ההפרה היסודית במשפט הישראלי?

מאת

ד"ר גבריאלה שלו \*

א. מבוא. 1. הצבת השאלה במסגרת המשפט הישראלי. 2. מהות התורה והאסכולות לבחינתה במשפט האנגלי. 3. הדין הקידם. 1. החלת התורה בדין הפוזיטיבי. 2. על-פי איזו אסכולה? 3. דחיית האסכולה המהותית. 4. השגת תוצאות דומות לתוצאות שמשיגה האסכולה הפרשנית. 2. הדין החדש. 1. הצבת השאלה. 2. הבחנה בין חוזים אחידים לחוזים רגילים. 3. תחולת התורה לגבי חוזים אחידים. (א) מבחן הקיפות. (ב) יישום מבחן הקיפות בפסיקה: שמועני נ' מפעלי רכב אשדוד. (ג) תקנת הציבור וחוזים אחידים. (ד) תורת ההפרה היסודית וחוזים אחידים. 4. תחולת התורה לגבי חוזים רגילים. (א) "הפרה יסודית" בחוק התרופות. (ב) חופש החוזים ותקנת הציבור. (ג) תום לב. (ד) פירוש תניית הפטור.

### א. מבוא

#### 1. הצבת השאלה במסגרת המשפט הישראלי

תורת ההפרה היסודית היא התורה הקובעת במשפט האנגלי את היחס בין הפרת החוזה ובין תניות פטור שבו. לשאלת תחולתה של תורה זו משמעות שונה לפני תחילת חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן חוק החוזים, או החוק) ולאחריו. בתקופה שלפני תחילת חוק החוזים יש להציב את השאלה במסגרת שיטת סימן 46, ואילו בתקופה שלאחר צאת חוק החוזים, כולל עקרון עצמאות החוק את קליטתה או החלתה של תורה חוזית אנגלית כלשהי. השאלה בתקופה זו יכולה להיות רק אם ניתן להשיג במשפט הישראלי תוצאות דומות לאלה המושגות במשפט האנגלי באמצעות תורת ההפרה היסודית. לשון אחר: האם מכיל המשפט הישראלי דהיום כלל, עיקרון או הלכה הקובעים את דינה של תניית פטור על-פי חומרת ההפרה של החוזה שבו כלולה התניה.

#### 2. מהות התורה והאסכולות לבחינתה במשפט האנגלי

בנוסף לחלוקה הכרונולוגית האמורה לעיל, הנובעת ממצבו של המשפט הישראלי, מתחייבת בענייננו חלוקה נוספת הנובעת מעצם מהות התורה הנדונה. מהיות מכורתה של תורת ההפרה היסודית באנגליה, מתבקשת פנייה אל המשפט האנגלי כדי לקבוע את תוכנה ואת גבולותיה הלגיטימיים של תורה זו. דא עקא, גם לאחר פנייה כזו אין בידינו תשובה ברורה לשאלת תוכנה של תורת

\* מרצה בכירה בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.  
1 ס"ח 694.

האם חלה תורת ההפרה היסודית במשפט הישראלי?

ההפרה היסודית עד היום טרם הוכרע במשפט המקובל<sup>2</sup> המאבק בין התפיסה המהותית של תורת ההפרה היסודית ובין התפיסה הפרשנית של תורה זו. על-פי האסכולה המהותית, מייסודו של השופט דנינג, אין תוקף לתניית פטור הכלולה בחוזה שהופר באורח יסודי<sup>3</sup>. ואילו על-פי האסכולה הפרשנית, שוכתה בשנת 1966 לגושפנקה של בית הלורדים<sup>4</sup>, תלויה שלילת התוקף של תניית פטור בהשערת רצונם של הצדדים לחוזה המופר.

ההנחה המקובלת בתחום האסכולה הפרשנית, ואשר על-פיה לא התכוונו, מן הסתם, צדדים לחוזה לפטור אחד מהם מאחריות לתוצאותיה של הפרה יסודית מביאה, בדרך כלל, לתוצאה וזהו המושגת על-ידי האסכולה המהותית, לאמור: ביטול תניית הפטור במקרה של הפרה יסודית. אולם אין בדמיון זה של התוצאות כדי לטשטש את הפער התיאורטי שבין האסכולות: בעוד האסכולה המהותית שוללת מכל וכל את תוקפה של תניית פטור, מכוח כלל המוטל על החוזה מבחוץ ללא התחשבות ברצון הצדדים, תולה האסכולה הפרשנית את שלילת תוקפה של תניית הפטור ברצון הצדדים לחוזה. בכך מותירה האסכולה הפרשנית חרוך צר דרכו יכולות להסתנן תניות פטור מנוסחות היטב, גם במקרה של הפרה יסודית.

האסכולות השונות של תורת ההפרה היסודית חייבות להשתקף בדיון שנושאן תחולתה של תורת ההפרה היסודית במשפטנו. את השאלה שבכותרת יש, על כן, לבחון באורח הדרגתי: האם חלה במשפטנו תורת ההפרה היסודית בנוסחה המהותי? ואם לא, האם היא חלה לפחות בנוסחה הפרשנית המתון?

## ב. הדיון הקודם

### 1. החלת התורה בדין הפוזיטיבי

בע"א 508/71 הלאוי נ' מפעל הפיס<sup>5</sup> נעשה, על-ידי רוכש כרטיס הגרלה של מפעל הפיס, ניסיון להתגבר גם באמצעות תורת ההפרה היסודית על תניית פטור בתכנית ההגרלות של מפעל הפיס<sup>6</sup>. אם כי היה זה ניסיון שלא צלח, שכן לגופו של עניין דחו שופטי הרוב את טיעונו של רוכש הכרטיס, הרי בחוות דעתם של כל שלושת השופטים טמונה כביכול ההנחה כי תורת ההפרה היסודית אכן חלה במשפט הישראלי<sup>7</sup>.

2 להבדילו מן המשפט החרות. לאחרונה יצא באנגליה חוק (Unfair Contract Terms Act, 1977, c. 50) המסדיר את סוגיית תניות הפטור על-פי מבחן הסבירות ומעדיף, לכאורה, את האסכולה הפרשנית.

א2 ראה, למשל, *Harbutt's Plasticine v. Wayne Tank Co.* (1970) 1 All. E. R. 225.

3 *Suisse Atlantique Case* (1966) 2 All. E. R. 61.

4 ע"א 508/71 הלאוי נ' מפעל הפיס, פ"ד כו (1) 38.

5 לניתוח טיעונו של רוכש הכרטיס בנקודה זו, ראה ג' שלן, "תוקפה והיקפה של תניית פטור בתכנית ההגרלות של מפעל הפיס" משפטים ד (תשל"ג) 173, 178.

6 השופט ברנזון מקבל הנחה זו כמוכחת תוך סתירת הטענות הנמשכות ממנה (שם, בעמ' 43-44); השופט ויתקון מביע הסכמתו "לכל מה שאמר חברי הנכבד השופט ברנזון ביחס לתביעה

להנחה זו לא ניתן ביסוס כלשהו בפסק הדין. תורת ההפרה היסודית הובאה אל תוך משפטנו אגב אורחא וכאילו מבלי משים. ומכיוון שבית המשפט לא היה ער להבחנות התיאורטיות ולגוונים השונים של התורה הנדונה אין בפסק דינו תשובה לשאלה, האם התורה מזבאת בלבוסה המהותי או הפרשני. לשון אחר: האם חל במשפט הישראלי כלל דין מהותי הקובע כי בהתנגשות בין תניית פטור להפרה יסודית על הראשונה לסגת, או שמא חל כלל פרשנות התולה תוצאה דומה ברצון הצדדים המכוער.

## 2. על-פי איזו אסכולה?

שיוך פסק הדין בעניין הלאזי לאחת מבין האסכולות המתמודדות בשדה ההפרה היסודית מחייב, כמו במקרים רבים אחרים, הבחנה בין דברים שאומר בית המשפט ובין דברים שהוא עושה.

אמירות וכתובים שבפסק דין הלאזי מצביעים, לכאורה, על אימוץ ההשקפה המהותית. טענתו של רוכש הכרטיס מובאת בפסק הדין בניסוח האופייני לאסכולה המהותית.<sup>8</sup> הטענה גדחית על-ידי בית המשפט ללא כל התייחסות לשאלת תחולתה של תורת ההפרה היסודית, אולם הדחייה מושתתת על אותם אדנים תיאורטיים שביסוד הטענה: השופט אינו מביע ספק מפורש בעצם תחולתה של תורת ההפרה היסודית, וטענתו של רוכש הכרטיס גדחית לגופה.<sup>9</sup> יתר על כן: השופט מגדיר "הפרה יסודית" לצורך בירור תחולתה של תניית הפטור על-פי "[ה]מובן המקובל של המונח הזה בדין האנגלי", ומצטט כאסמכתא פסק דין אנגלי המבטא בצורה ברורה את השקפתה של האסכולה המהותית.<sup>10</sup>

אולם מי שאינו נעצר בדברי בית המשפט, ומעמיק לחקור אחר מעשיו, ייווכח על נקלה כי בית המשפט נוהג כפי דרישתה של האסכולה הפרשנית דווקא, לאמור: פירוש תניית הפטור וכוונת הצדדים לה, על מנת לקבוע את תוכנה והיקפה של התנייה.<sup>11</sup>

בהעדר התייחסות לשאלת תחולתה של תורת ההפרה היסודית אין פסק הדין בעניין הלאזי יכול לשמש אסמכתא לכל אחת מהאסכולות. יש, על כן, להציב מחדש את שאלת תחולתה של תורת ההפרה היסודית במשפט הישראלי שקדם לחוק החוזים כך: האם היה צידוק או צורך להחיל תורה זו? ואם כן, על-פי איזו אסכולה?

נגד מפעל הפיס" (שם, בעמ' 47); ואילו שופט המיעוט, השופט ח' כהן, מאמץ הנחה זו ומחייב על-פיה את מפעל הפיס" (שם, בעמ' 49).

7. באותו אורח, תוך פנייה ישירה ובלתי מוסברת אל מקורות המשפט האנגלי, הוחלה אצלנו גם תורה אנגלית אחרת הקובעת תוקפן של תניות פטור, היא תורת ההודעה, התובעת מתן הודעה על תניית פטור בחוזה, כתנאי לתוקפה של זו. ראה ע"א 285/73 לגיל טרייפולין נ' נחמיאס, פ"ד כט (1) 63, בעמ' 70-71. אך ראה לעומת זאת: ע"א 251/64 גונשיורוביץ נ' מפעל הפיס, פ"ד יט (3) 268, בעמ' 294-306.

8. ע"א 508/71 הנ"ל, פ"ד כז (1) 38, בעמ' 43: "בוזה שמפעל הפיס לא סיפק תיבת 'ניחושון' לסוכני המשנה שאצלם רכש המערער את כרטיסיו, הפר המפעל את תנאי התכנית הפרה יסודית, וכתוצאה מזה אין הוא זכאי להסתמך על התנאים המגבילים שבה" (ההדגשה שלי – ג"ש).

9. ראה שם, 43-44. 10 שם, 44.

11 שם, 43-44, וביקורת פירוש זה מפי שופט המיעוט: שם, 49-50. תמיכה לדעה זו ניתן למצוא בע"א 782/76 עיזרה נ. מפעל הפיס (טרם פורסם) ..

### 3. דחיית האסכולה המהותית

במשפט הישראלי שקדם לחוק החוזים לא היה מקום-תחולה לתורת ההפרה היסודית כפי ניסוחה המהותי. דעה זו יכולה להתבסס על שני סוגים של טיעונים. הסוג האחד מתרכז בביקורת האסכולה המהותית לגופה, ואילו הסוג האחר דוחה את תחולתה על-פי נימוקים שבעצם שיטת הקליטה מן המשפט האנגלי.

במסגרת המשפט האנגלי גופו חשופה התפיסה המהותית של תורת ההפרה היסודית לביקורת<sup>12</sup>. תפיסה זו, אומרים המבקרים, אינה מתיישבת עם עקרונות אחרים של דין החוזים ובעיקר עם עיקרון חופש החוזים; אין היא כוללת הנחיות ברורות להתערבות בית המשפט בחוזים, ובכך הריהי חותרת תחת הדרישה לוודאות ויציבות של עסקות משפטיות; אין לה ביסוס תיאורטי נאות, ומבחינה היסטורית היא סטייה בלתי מוצדקת מהתפתחות דין החוזים במסגרת המשפט האנגלי המקובל.

אולם, כידוע, אין שיטת סימן 46 מאפשרת דחיית תורות החשופות לביקורת ואימוץ סלקטיבי של תורות הנראות לפוסק או לפרשן המקומי: כאשר קיימות לאקונה, יש למלא את החלל שנבעה באמצעות המשפט האנגלי, אלא אם מונעים זאת תנאי הארץ ותושביה.

קליטת תורה כלשהי מן המשפט האנגלי דורשת שיתמלאו לפחות שני תנאים: קיום לאקונה בשאלה הנדונה והתיישבותה של התורה המוחלת עם "תנאי הארץ ותושביה". תנאי אחרון זה פורש ככולל גם את המסיבות המשפטיות של המשפט הישראלי<sup>13</sup>.

בסוגיה הנדונה ונפתרת במשפט האנגלי במסגרת תורת ההפרה היסודית לא היתה כל לאקונה במשפטנו. יתר על כן: גם אילו היתה קיימת לאקונה בסוגיה זו, מנעו תנאי הארץ ותושביה את קליטת התורה.

על העדר לאקונה ועל מניעה מצד "תנאי הארץ ותושביה" מצביע קיומו של חוק החוזים האחידים, תשכ"ד-1964<sup>14</sup>. חוק זה יוצר, לדעתי, מחסום מקומי בפני תורת ההפרה היסודית בניסוחה המהותי.

נבהיר רעיון זה: תורת ההפרה היסודית צמחה והתפתחה במשפט האנגלי בתגובה על תופעה של התרבות תניות פטור בחוזים אחידים. המחוקק ובתי המשפט באנגליה בחרו לטפל בתופעה זו מצד תניות הפטור ולא מצד החוזים שבהם כלולות תניות כאלה. המחוקק האנגלי לא ראה לנכון להסדיר במעשה הקיקה את החוזים האחידים. חוק חדיש באנגליה (Unfair Contract Terms Act 1977) מסדיר באותה מסגרת תניות פטור בחוזים אחידים ובחוזים שאינם אחידים. בתי המשפט לא ייחסו משקל רב לסוג החוזה שבו כלולות תניות פטור. טעמים היסטוריים ואינרציה שיפוטית הביאו באנגליה

12 ביקורת "פנימית" זו הועלתה בהרחבה בספרי תניות פטור בחוזים (ירושלים, תשל"ד) 97.

13 ג' טדסקי, "בעיית הליקויים בחוק וסעיף 46 לדבר המלך במועצתו" מחקרים במשפט ארצנו (ירושלים, תשי"ט) 132, 183; א' ברק, "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה" משפטים ז (תשל"ז) 15, 28.

14 מחקר לגבי התקיפה שקדמה לחוק החוזים האחידים, תשכ"ד-1964, אינו רק היסטוריו-אקדמי, אלא מיותר, באשר תורת ההפרה היסודית בנוסחה המודרני גובשה ועוצבה רק באמצע שנות השישים.

למצב שהעדר שוויון בעמדות המיקוח, האופייני לחוזה אחיד, מהווה שם אך שיקול אחד מני רבים בקביעת תוקפה של תניית הפטור.<sup>15</sup>

תורת ההפרה היסודית התפתחה, אם כן, במסגרת שיטה משפטית אשר מראש אינה מבחינה בין חוזה אחיד לחוזה רגיל, ודנה בשניהם באותם כלים תיאורטיים. הצדקתה החברתית של התורה טמונה, למעשה, בצורך לרסן ולהגביל תניות בלתי הוגנות בחוזים אחידים.

בשיטת המשפט הישראלית זכה הנושא של תניות פטור בחוזים אחידים לטיפול שונה בתכלית. בחוק החוזים האחידים בחר המחוקק לתקוף את הבעיה של תניות בלתי הוגנות דווקא מצד החוזים שבהם הן מופיעות בשכיחות, והטיל הגבלות ומנגנוני פיקוח על תנאים מגבילים בחוזים אחידים. עצם הדיון הנפרד בחוזים אחידים מניח הבחנה בין חוזים אחידים ובין חוזים רגילים. ומשבוחר המחוקק לדון רק בתנאים מגבילים בחוזים אחידים, ביטא בכך את השקפתו כי אין מקום להתערבות חקיקתית לשם הסדר מגמתי של תניות פטור בחוזים רגילים. חוזים כאלה נדונים במסגרת דין החוזים הכללי, שבו שלט גם טרם צאת חוק החוזים עקרון חופש החוזים.

בידוע הוא כי, משדן המחוקק, ולו גם באורח חלקי ומקוטע, בנושא מסוים, לא ניתן לדבר על לאקונה לגבי אותו נושא.<sup>16</sup> המחוקק הישראלי "דן" בנושא של תניות פטור: מפורשות לגבי חוזים אחידים, ועל-ידי שתיקה לגבי חוזים שאינם אחידים. התוצאה היא, שסוגיית תניות הפטור מוסדרת במשפטנו מאז צאת חוק החוזים האחידים באורח חיובי ומפורש לגבי חוזים אחידים, ובאמצעות הסדר שלילי לגבי חוזים רגילים. החלטה של תורת ההפרה היסודית בישראל עומדת, על כן, בנגוד למושג הלאקונה ולכל שיטת הרצפציה המגולמת בסימן 46.

#### 4. השגת תוצאות דומות לתוצאות שמשיגה האסכולה הפרשנית

חוק החוזים האחידים חוסם את הדרך בפני קבלתה של תורת ההפרה היסודית אפילו בניסוחה המתון. יחד עם זאת, ניתן היה להגיע — לפני צאת חוק החוזים — לתוצאות דומות לאלה הנובעות מתורת ההפרה היסודית, לא מכוח קליטתה של זו מן המשפט האנגלי, אלא מכוח הפעלת כללי פרשנות מקומיים תוך שילובם עם עקרון חופש החוזים. כזכור קובעת תורת ההפרה היסודית, על-פי האסכולה הפרשנית שלה, אך חוקה עובדתית לגבי רצון הצדדים לחוזה, כאילו אין הם מתכוונים להחיל תניות פטור בחוזה שביניהם על מצבים הנוצרים כתוצאה מהפרה יסודית. למסקנה דומה — אם כי ללא חוקה עובדתית — ניתן היה להגיע במשפט שקדם לחוק החוזים מכוח עקרון חופש החוזים, כפי ביטוי בסעיף 64(1) לספר החוקים לפרוצדורה האזרחית העותומנית, יחד עם כללי פרשנות חוזים של דין החוזים המקומי. פירוש דווקני של תניות פטור עשוי להביא, גם בלא הפעלת חוקה כלשהי לגבי רצון הצדדים, למסקנת בטלותה של התנייה. מסקנה כזו לא היה בה או משום אימוץ הלכה אנגלית זרה, אלא יצירת הלכה מקומית הנובעת מן המשפט הנוהג ומתפתחת במסגרתו באופן טבעי ועצמאי.

15 ראה: Schedule 2 לחוק הנ"ל, בהערה 2 לעיל.

16 ראה טדסקי, "בעיית הליקויים בחוק וסעיף 46 לדבר המלך במועצתו", שם, 169 ואילך.

## ג. הדין החדש

### 1. הצבת השאלה

כפי שכבר נאמר במבוא לרשימה זו, יש להבין את שאלת תחולתה האפשרית של תורת החפרה היסודית במשפט הישראלי הנוהג כמתייחסת לתוכן המהותי, ולא להגדרה הטכנית, של התורה. עם זאת חוק החוזים החדש וניתוק הויקה ההדוקה של דין החוזים הישראלי למשפט האנגלי, שוב אין מקום לדבר על קליטה או אימוץ של תורות אנגליות במשפטנו. תורת החפרה היסודית בתור שכזו, על קרבה ועל כרעיה, על שמה ועל תוכנה, בוודאי אינה חלה במשפט הישראלי החדש. אפילו ניתן היה להחילה על-פי שיטת סימן 46, הרי עם ביטול תחולתו של סימן 46 בסעיף 63 לחוק החוזים לא גותרה עוד אפילו אפשרות תיאורטית קלושה ליבוא התורה. יחד עם זאת, בוודאי אין אנו מנועים מעיון במשפט האנגלי לשם השוואת הלכות ועקרונות שבו אל הלכות ועקרונות שבדין החוזים הישראלי יי. וכן אמנם גנהג עתה. נקטה, האם מכיל המשפט הישראלי החדש הלכה הקובעת את תוקפן או את העדר תוקפן של תניות פטור על-פי חומרת הפרתו של החוזה שבו הן כלולות, והאם ניתן להשיג במשפטנו תוצאות דומות לאלה המושגות במשפט האנגלי באמצעות תורת החפרה היסודית. המשפט הישראלי החדש שבו אנו מרכיזים את עיוננו איננו רק חוק החוזים החדש, אלא כל מעשי החקיקה ופסקי הדין האוצלים על שאלות שבתחום דין החוזים.

### 2. הבחנה בין חוזים אחידים לחוזים רגילים

בירור תחולתה האפשרית במשפטנו של תורה הקובעת את תקפותן של תניות פטור על-פי חומרת החפרה של החוזה שבו הן כלולות, מצריך הבחנה בין חוזים אחידים לחוזים רגילים. הבחנה זו מתחייבת מעצם קיומו של חוק החוזים האחידים, תשכ"ד-1964. חוק זה, הקובע מגגנוני פיקוח וביקורת על חוזים אחידים, אינו מסדיר את נושא החוזים האחידים באורח ממצה. לצד הוראותיו, ולאחר מיצוין, חל על חוזים אחידים דין החוזים הכללי. כך קובע סעיף 20 לחוק החוזים האחידים: "אין בהוראות חוק זה כדי לגרוע מכל דין אחר או מכל טענה שזל פיהם עשוי חוזה או תנאי שבחוזה — בין תנאי מגביל ובין תנאי אחר — להיות בטל או ניתן לביטול".

בירור תחולתה של תורה חוזית לגבי חוזים אחידים חייב, אם כן, להיעשות בשני שלבים. האחד, בירור תחולתה של התורה במסגרת חוק החוזים האחידים. השני, בירור תחולתה במסגרת דין החוזים הכללי.

אל השלב השני נגיע, כמובן, רק אם נשיב בשלילה לשאלת תחולתה של תורת החפרה היסודית במסגרת חוק החוזים האחידים. הדיון בתחולתה של התורה במסגרת דין החוזים הכללי יהיה במקרה כזה רלוואנטי הן לעניין חוזים אחידים והן לעניין חוזים רגילים. בחינת תוקפה של תניית פטור בחוזה אחיד היא, לפיכך, כפולה: על תניה כזו לעבור את כור ההיתוך של חוק החוזים האחידים ולעמוד גם במבחני דין החוזים הכללי.<sup>17</sup>

17 השווה: ע"א 594/75 נ' ריבי נ' הייבלום, פ"ד ל (2) 673, 682.

18 בע"א 285/73 לגיל פרמפולין נ' נחמיאס, פ"ד כט (1) 63, הסתמנו שתי גישות מנוגדות באופן קוטבי לבחינת תוקפה של תניית פטור בחוזה אחיד: גישתו של השופט ויתקון

בדיקה דו־שלבית זו של תוקף התניה, גם אם היא מלאכותית לפרקים, נובעת מדבר המחוקק בסעיף 20 לחוק החוזים האחידים ומכוונתו כפי שהיא משתקפת בעצם הסדרת הנושא של חוזים אחידים בחוק.

### 3. תחולת התורה לגבי חוזים אחידים

#### (א) מבחן הקיפוח

סמכות בית המשפט לבטל תניית פטור, על־פי חוק החוזים האחידים, מותנית בשניים: על התווה הגדון לענות על הגדרת "חווה אחיד", בסעיף 1 לחוק החוזים האחידים; על התניה המהווה את נושא בקשת הביטול להיות "תנאי מגביל" כמשמעותו בחוק זה. עם התקיימותם של שני התנאים המוקדמים בפתחה הדרך בפני מבקש הביטול להראות, כי יש בתניה החוזית "משום קיפוח הלקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העשוי להביא לידי קיפוח הלקוחות", כלשון סעיף 14 לחוק החוזים האחידים. הואיל ו"מבחן הקיפוח" הקבוע בסעיף 14 לחוק החוזים האחידים הוא מרכז הכובד לעניין תוקפן של תניות פטור בחוזים אחידים, נקדיש כאן מספר מלים לביורר משמעותו.

#### (ב) יישום מבחן הקיפוח בפסיקה: שמועני נ' מפעלי רכב אשדוד<sup>19</sup>

פסק דין חדיש של בית המשפט העליון<sup>20</sup> חושף מחלוקת פוסקים בדבר תוכנו ומובנו של מבחן הקיפוח. בפרשה זו נדון תוקפו של תנאי בטופס הזמנת ציוד, אשר פטר את הספק מאחריות למסירת הציוד במועד. לא היתה מחלוקת על כך שטופס הזמנת הציוד הוא בגדר "חווה אחיד" כמשמעותו בחוק החוזים האחידים, וכי התנאי הגדון הוא "תנאי מגביל", כמשמעותו בסעיף 15 לחוק החוזים האחידים.

נתעוררה אם כן השאלה, האם יש בתנאי זה "משום קיפוח הלקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העשוי להביא לידי קיפוח הלקוחות", כאמור בסעיף 14 לחוק החוזים האחידים, שרק תשובה חיובית על שאלה זו יכולה להביא לידי ביטול התנאי במסגרת חוק החוזים האחידים.

בשאלה זו נחלקים השופטים: השופט שמגר מביע את ההשקפה כי הקיפוח, האמור בסעיף 14 לחוק החוזים האחידים, נמדד על־פי אמת מידה מוסרית וחברתית, ואילו

(בעמ' 78), אשר מטיל ספק בעצם תחולתו של דין החוזים הכללי, ובעיקר הלכות הסדר הציבורי, על תניה כזו, וגישתו של השופט ברנזון (בעמ' 73), הדין באותה תניה אך ורק על־פי שיקולים של תקנת הציבור. שתי הגישות חשופות לביקורת. השופט ויתקון מסביר את עמדתו כך: "סבור הייתי שכשבא המחוקק ומסדיר תחום משפטי חזקה עליו שהתכוון להסדיר את התחום הסדר מקיף וממצה ולא השאיר פתח להיוקק לדין הקודם". (ראה גם דברי השופט ויתקון באותה רוח, בע"א 508/71 חלאוי נ' מפעל הפים, פ"ד כו (1) 38, 48.) השערה זו לגבי רצון המחוקק, כאילו התכוון להסדיר את התחום באורח ממצה, נסתרת על־ידי דבר המחוקק עצמו בסעיף 20 לחוק החוזים האחידים. אשר לגישתו של השופט ברנזון, קשה לקבל התעלמות מחוק החוזים האחידים, ואפילו לא הסתמכו הצדדים "משום מה" על חוק זה (שם, 73).

19 ע"א 764/76 שמועני נ' מפעלי רכב אשדוד, פ"ד לא (3) 113.

20 אם כי לתוצאה הסופית (דחיית הערעור) מסכימים כל השופטים באותו עניין.

השופטת בן פורת סבורה כי המבחן היחיד לעניין קיפוח הלקוחות הוא מבחן ההגיונות והסבירות. ומכיוון שלדעת השופט שמגר אין דופי מוסרי או חברתי בתניית הפטור הנדונה, ואילו לדעת השופטת בן פורת התניה אינה הוגנת, מגיע כל אחד מהם למסקנה מנוגדת בדבר תוקפה של התניה.

בהחילו "אמת מידה מוסרית וחברתית" לבחינת תוקפן של תניות פטור בחוזים אחידים מאמץ השופט שמגר את השקפתו של השופט ויתקון בפסק הדין הידוע בעניין צים<sup>21</sup>, שניתן אמנם לפני חוק החוזים האחידים, על-פיה יש מקום לפסול תנאי מגביל רק כאשר מצטרפים זה לזה שני גורמים, והם: (1) תוכן התנאי, כלומר היותו בלתי רצוי מבחינה מוסרית או חברתית; (2) מהות החוזה שבו כלול התנאי, כלומר חוזה אחיד. ישום אמת המידה המוסרית-חברתית האמורה הביא בפסיקה שלאחר צים להבחנה בין תנאי מגביל שעניינו פגיעה בחיי אדם, בגופו או בבריאותו, ובין תנאי מגביל שעניינו נזק כספי גרידא, כאשר הסוג הראשון חשוף יותר לביקורת שיפוטית ולביטול על-ידי בית המשפט<sup>22</sup>. ומכיוון שעניין שגדון בפסק הדין דובר בעיסקה מסחרית גרידא, אשר לא נערכה במסגרת שירות ציבורי חיוני<sup>23</sup>, לא ראה השופט שמגר לנכון להתערב בתנאי.

השופטת בן פורת הגיעה למסקנה מנוגדת לעניין תוקפו של התנאי הנדון. בניגוד לעמדת השופט שמגר, המחיל את עקרונות טובת הציבור שנקבעו בפסיקה גם על חוזים אחידים, מביעה השופטת את השקפתה כי אין תחולה לעקרונות אלה אלא מחוץ למסגרת חוק החוזים האחידים. חוק זה, שעיקר מטרתו כלכלית, אינו סובל, לדעת השופטת, את ההבחנה בין תניות שעניינן נזק גופני לתניות שעניינן נזק כלכלי-ממוני. הרפיית הפיקוח על תניות מן הסוג האחרון, מכוח ההבחנה הנזכרת, עשויה לסכל את מטרת חוק החוזים האחידים. המבחן הנכון לקביעת קיומו של הקיפוח האמור בסעיף 14 הוא, לדעת השופטת בן פורת, מבחן ההגיונות. כדי לעמוד במבחן הקיפוח, על התנאי המגביל להיות הוגן כלפי הלקוח, או נועד לשמור על האינטרס הלגיטימי והסביר של הספק. ומכיוון שהתנאי הנדון מעניק לספק יתרון בלתי הוגן, ראוי בית המשפט לראותו כבטל.

### (ג) תקנת הציבור וחוזים אחידים

למעשה נובעת מחלוקת הפוסקים בעניין שמעוני נ' מפעלי רכב אשרדור, בשאלת תוכנו של מבחן הקיפוח, ממחלוקת עקרונית ורחבה יותר, הנסבה על השאלה אם חלים העקרונות של תקנת הציבור במסגרת חוק החוזים האחידים. בשאלה זו נוטה דעתי לצד התשובה השלילית של השופטת בן פורת: אין בין העקרונות

21 ע"א 461/62 צים נ' מויאר, פ"ד יז 1319.

22 השווה ועמ' : ע"א 461/62 צים נ' מויאר הנ"ל עם ע"א 99/59 שהם נ' פינר, פ"ד יד 1451. וראה גם ע"א 285/73 הנ"ל, בעמ' 72. לביקורת ההבחנה בין התנאה על נזק כספי והתנאה על נזק פיזי, ראה הערה 33 להלן.

23 לגבי שירות ציבורי חיוני מתחייבת הקפדת-יותר מצד בית המשפט כדי למנוע פגיעה בזכויותיהם של הגוזקים לשירות. ראה דברי השופט ויתקון בע"א 461/62 צים נ' מויאר הנ"ל בעמ' 1338.



שנקבעו בנושא טובת הציבור ובין תיחום סעיף 14 לחוק החוזים האחידים "ולא כלום"<sup>24</sup>. מבחן הקיפוח הקבוע בסעיף 14 לחוק החוזים האחידים הוא מבחן עצמאי שיופעל על-פי אמות המידה שקבע המחוקק ואין לזהותו עם פגיעה בטובת הציבור. אולם קשה יותר להסכים לקביעתה הבאה של השופטת: "[ל]עקרונות טובת הציבור [...] מקום ותחולה רק כאשר התווה אינו אחד או שהתנאי אינו מגביל"<sup>25</sup>.

יש ויש, לדעתי, מקום ותחולה לעקרונות טובת הציבור גם כאשר התווה הוא חוזה אחיד, אולם זאת לאחר מיצוי הוראות חוק החוזים האחידים, ובכללן סעיף 14 ומבחן הקיפוח אשר בו. הרי זו הוראת המחוקק בסעיף 20 לחוק החוזים האחידים: "אין בהוראות חוק זה כדי לגרוע מכל דין אחר או מכל טענה שעל פיהם עשוי חוזה או תנאי שבחוזה — בין תנאי מגביל ובין תנאי אחר — להיות בטל או ניתן לביטול".

כשם שכל הוראות דין החוזים חלות לכאורה על חוזים אחידים, לאחר מיצוי הוראותיו של חוק החוזים האחידים, כך גם עקרונות טובת הציבור, המעוגנים כיום בסעיף 30 לחוק החוזים. נדגים השקפה זו באמצעות דוגמה קיצונית: חוזה אחיד של כנופיית פשע, המסדיר את חלוקת השלל בין מנהיגי הכנופיה ובין הסרים למרותם, גם אם יהיו הוראותיו של חוזה זה הוגנות וסבירות בין הצדדים, ועל כן לא-מקפחות על-פי סעיף 14, יפסול אותו בית המשפט על-פי סעיף 30 לחוק החוזים. לעניין זה אין הבדל בין תחולת סעיף 30 לחוק והוראות אחרות של החוק. כך חלות גם עילות הביטול שבפרק ב' לחוק החוזים הכללי לגבי חוזה אחיד, אפילו עמד במבחן הקיפוח.

#### (ד) תורת ההפרה היסודית וחוזים אחידים

התשובה המוצעת לשאלת תחולתן של תוצאות דומות בתחום החוזים האחידים לתוצאות המושגות באמצעות תורת ההפרה היסודית היא, אם כן, כלהלן: במסגרת חוק החוזים האחידים אין תחולה לתורה המתנה תוקפן של תניות חוזיות בהומרת הפרתו של החוזה בו הן כלולות. חוק החוזים האחידים קובע מנגנוני פיקוח ובקרה משלו, והמבחן לתוקפן של תניות פטור על-פיו הוא מבחן הקיפוח הקבוע בסעיף 14 לחוק. ייתכן אמנם, כי במסגרת מבחן זה, לפחות כפי עיצובו בידי השופטת בן-פורת, יגיע בית המשפט למסקנה כי תנאי מגביל בחוזה אחיד, הפוטר צד מתוצאות הפרה יסודית, אינו עומד במבחן הקיפוח. אולם בטלות תניית הפטור במקרה כזה אינה נובעת מנשוא ההתנאה, אלא ממבחן עצמאי שקובע החוק.

אולם תשובה זו הינה תשובה חלקית בלבד. שכן, גם לאחר מיצוי הוראות חוק החוזים האחידים חלים על חוזה אחיד, שעבר את מבחן הקיפוח, הוראות, עקרונות וכללים מתחום דין החוזים הכללי.

הגענו, אם כן, אל דין החוזים הכללי כדין החל מעיקרא על חוזה שאינו אחיד, וחל, לאחר מיצוי הוראות חוק החוזים האחידים, גם על חוזה אחיד. אם נגיע למסקנה כי

24 ע"א 764/76 הנ"ל, שם בעמ' 122.

25 שם, שם. ברוח דומה מתבטא השופט ויתקון בע"א 508/71 חלאוי נ' מפעל הפיס הנ"ל בעמ' 48 ובע"א 285/73 לגיל טרימסולין נ' נחמיאס הנ"ל (בעמ' 78). גם לדעתו אין תחולה לעקרונות טובת הציבור לגבי חוזים אחידים.

האם חלה תורת ההפרה היסודית במשפט הישראלי ?

דין החוזים הישראלי הכללי מכיר בתורת ההפרה היסודית, היא בכך כדי לאצול גם על תוקפן של תניות פטור בחוזים אחידים.

#### 4. תחולת התורה לגבי חוזים רגילים

##### (א) "הפרה יסודית" בחוק התרופות

המונח "הפרה יסודית" אינו זר למשפטן ישראלי. המחוקק עשה שימוש רחב במונח זה בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970<sup>26</sup> (להלן: חוק התרופות). אך האם קיים קשר ענייני בין המונח "הפרה יסודית" כפי הגדרתו בחוק התרופות, ובין תורת ההפרה היסודית, והאם מלמד השימוש במונח "הפרה יסודית" על-ידי המחוקק על תחולת התורה של ההפרה היסודית ?

התשובה האינטואיטיבית והפשוטה לשאלות הנוכרות היא שלילית: אין קשר בין המונח ובין התורה, לבד מקשר סמאנטי של כינוי מיותר, ועל כן גם אין השימוש במונח "הפרה יסודית" מצביע על כוונת אימוץ של תורת ההפרה היסודית. ואמנם, נכון הדבר: המונח "הפרה יסודית" מוגדר בסעיף 6 לחוק התרופות והגדרתו מוגבלת על-פי האמור בריש הסעיף — "לענין סימן זה", הוא סימן ב' לחוק התרופות הדרן בביטול חוזה. המונח המוגדר אינו חל, אם כן, מעבר לתחום הביטול, שבו הוא משמש קנה מידה להבחנה בין הפרה יסודית, המזכה בביטול מדי-אוטומאטי (סעיף 7(א) לחוק התרופות), ובין הפרה לא יסודית, שאינה מזכה בביטול, אלא לאחר מתן ארכה שלא נוצלה על-ידי המפר (סעיף 7(ב) לחוק). ואילו תורת ההפרה היסודית עוסקת בתחום שונה לחלוטין של דין החוזים, הוא תחום הלוחות ותקפותן של תניות פטור. לכאורה אין, אם כן, כל קשר בין המונח "הפרה יסודית", שכל עניינו ביטול חוזה, ובין תורת ההפרה היסודית, העוסקת בתניות פטור.

אולם קביעה זו, של העדר קשר בין המונח והתורה המכונים באותו כינוי, היא נחרצת וגורפת מדי.

ראשית, יש להכיר בקיום התרמות, שבה נוטלים חלק המונח והתורה הנדונים כאחד. כאשר מופר חוזה באורח יסודי, מזכה הפרה יסודית זו את הנפגע בביטול, והיא עשויה באותה עת אף לקעקע את תוקפן של תניות פטור<sup>27</sup>.

יתר על כן: הגדרת ההפרה היסודית בסעיף 6 לחוק התרופות דומה בתוכנה ובקני המידה הקבועים בה להגדרת ההפרה היסודית במסגרת התורה האנגלית העוסקת בתוקפן של תניות פטור. ניתן אפילו לומר, כי כל אחד משני חלקי ההגדרה של סעיף 6 תואם אחת מן האסכולות האנגליות בסוגיית ההפרה היסודית. "הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה", האמורה בראשית סעיף 6 לחוק התרופות, היא הפרה המזכה בביטול, ובוודאי גם בהפרה שעם התרחשותה אין תקומה, על-פי האסכולה המתותית, לתניות

26 ס"ח 610.

27 הדעה הקיצונית של השופט דנינג, כפי שבוטאה על ידיו בפסק הדין בעניין *Harbutt's Plasticine* (הערה 2 לעיל), ואשר על-פיה מביא ביטול החוזה בתגובה להפרה לידי בטלות תניות הפטור שבחוזה, נדחתה על-ידי המחוקק האנגלי בסעיף 9 לחוק האנגלי משנת 1977 (הערה 2 לעיל).

פטור בחוזה המופר. ואילו "הפרה שהוסכם עליה בחוזה שתחשב כיסודית", אשר עלי-פי סעיף 6 הנ"ל גם היא הפרה יסודית המזכה בביטול, שוללת, עלי-פי היסקפת האסכולה הפרשנית, את תוקף תניות הפטור בחוזה המופר.

ולבסוף: גם מי שעוסק בגורמים שכלתניים מצווה להתחשב בהשפעות אי-רציונליות העשויות לנבוע משימוש בכינוי דומה לתופעות שונות. קרבן להשפעה כזו נפל השופט בע"א 318/75<sup>29</sup> בהסתייעו, לצורך תחימת המונח "הפרה יסודית" במבחן שנקבע במסגרת תורת ההפרה היסודית, לצרכיה של אותה תורה.<sup>29</sup>

לסיכום: אין זהות בין המונח "הפרה יסודית" כשהוא ננקט לשם קביעת זכות הביטול, ובין המונח "הפרה יסודית" כשהוא ננקט לשם קביעת תוקפן של תניות פטור בחוזה. אולם קירבה וסמיכות רעיונית יש ויש.

יחד עם זה, בוודאי אין לראות את סעיף 6 לחוק התרופות כמאמץ או מחיל מכללא את תורת ההפרה היסודית במשפטנו. המירב שאפשר לומר לסיכום ראש פרק זה הוא, שאילו היה נקבע קיומה העצמאי של תורת ההפרה היסודית, ניתן היה להיעזר בהגדרת סעיף 6 לחוק התרופות גם לשם איתור ההפרה היסודית האוצלת על תוקפן של תניות פטור.

## (ב) חופש החוזים ותקנת הציבור

תניית פטור בחוזה שאיננו אחיד נתונה לתחולת דין החוזים הכללי, אשר העיקרון החולש עליו הוא חופש החוזים. עיקרון זה מבוטא כיום בפשטות ובבהירות בסעיף 24 לחוק החוזים: "תכנון של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים". עקרון חופש החוזים כפוף אמנם לתקנת הציבור, אולם יש לפרש כפיפות זו על דרך הצמצום:

"שום סדר צבורי או אינטרס צבורי או משפטי כלשהו אינו מחייב או מצדיק התערבות בית המשפט כדי לטהר [צד לחוזה] מהתחייבות שקבל על עצמו בחוזה מסחרי רגיל, יהא אשר יהא טיבה של התחייבות זו."<sup>30</sup>

בפרשת צים פסל השופט זילברג את תוקפה של תניית פטור בכרטיס גסיעה באניה, בהעלותו על גס את קדושת החיים הדוחה כל קדושה אחרת "לרבות — אין ספק — גם קדושת החוזים"<sup>31</sup>. אולם עוד באותה פרשה הוגבלה ההלכה הרחבה הנובעת מדברי השופט זילברג והשוללת תוקפה של התנאה על נזקי גוף, כמתייחסת רק לחוזים אחידים, באשר בהם מצטרף להתנאה כזו הגורם של העדר שוויון בין הצדדים לחוזה.<sup>32</sup>

28 הנרי (מקטגילב) נ' ארנמו, פ"ד ל (1) 517, 520.

29 בטעות דומה נכשל עורך ההערות של פסקי הדין של בית המשפט העליון, אשר היפנה לעניין הטענה של הפרה יסודית במסגרת ביטול חוזה אל מאמר שדן בתורת ההפרה היסודית במסגרת תניות פטור: ראה ע"א 91/75, 135/75 פ"ד נ' ביטון, פ"ד ל (1) 367, הערה 1(ב) בעמ' 368. וכן: ע"א 207/76 הריסקו נ' זכטר, פ"ד לא (2) 85, הערה 1(ב), בעמ' 86.

30 דברי השופט ח' כהן בע"א 443/69 מדינת ישראל נ' חדר, פ"ד כד (1) 7, 12.

31 ע"א 461/62, שם, בעמ' 1333.

32 שם, 1338.

האם חלה תורת ההפרה היסודית במשפט הישראלי?

בחוזה רגיל אין, אם כן, אחיזה להבחנה בין התנאה שנשואה נזק ממוני ובין התנאה שנשואה נזק פיזי.<sup>33</sup>

תניית פטור שעניינה נזק כספי ותניית פטור שעניינה נזק פיזי, כשהן מופיעות בחוזה רגיל, תקפות על-פי עקרון חופש החוזים ולכאורה אין בהן גם פגיעה בתקנת הציבור.<sup>34</sup>

### (ג) תופ לב

אלא שחופש החוזים ותקנת הציבור אינם עוד הזות הכל במשפטנו. גם תניית פטור שעמדה במבחן תקנת הציבור חשופה לביקורת מכוח הוראת סעיף 12 לחוק החוזים. הוראה זו התובעת התנהגות תמל-לב במהלך משא ומתן לקראת כריתת חוזה נתפרשה לנו בעבר כקובעת עיקרון קוגנטי<sup>35</sup>, ובכך הריהי דומה לתפיסה המהותית של תורת ההפרה היסודית. הוראת סעיף 12<sup>36</sup>, שהיא כיום מקור הדרישה להגינותן וסבירותן של תניות פטור חוזיות<sup>37</sup>, מהווה את נקודת המישען לפיקוח שיפוטי על תוכנן של תניות פטור.

אולם, אפילו באותן נסיבות שבהן תיחשב תניית פטור חוזית, המתימרת לחול על הפרה יסודית, כעומדת בניגוד לדרישת תום הלב, לא השיג משפטנו את התוצאה המושגת במשפט האנגלי. בעוד שעל-פי תורת ההפרה היסודית נשלל תוקפה של תניית פטור המוסבת על הפרה יסודית, הרי בדין החוזים הישראלי אין באי מילוי אחר דרישת סעיף 12 כדי להוביל לביטול התניה, אלא אך להענקת פיצויים על-פי אמות המידה הקבועות בסעיף 12(ב) לחוק החוזים.

33 כמילא אין הבחנה זו – בין תניית פטור שעניינה נזק פיזי ובין תניית פטור שעניינה נזק ממוני – מניחה את הדעת גם לגבי חוזים אחידים וזאת מהטעמים הבאים: ראשית, כאשר אין בעצם ההתנאה בחוזה אחיד על נזקי גוף משום קיפוח הלקוחות, אלא היא נדרשת להגנת אינטרסים כלכליים לגיטימיים, יינתן לה תוקף (ראה דברי השופטים ויתקון וקיסטר, בע"א 285/73 לגיל טרימפולין נ' נהמיאס, פ"ד כט (1) 63, 78, 79). שנית, קיימות התנאות שנשואן אינו נזק פיזי ואף לא נזק ממוני (ראה למשל את נשוא ההתנאה בפרשת גרעון נ' חברת קרישא, ע"א 280/71, פ"ד כז (1), ובפרשת אורנן נ' מנהל מקרקעי ישראל, המר' 545/67, פ"מ פו 284); ולבסוף, כאשר מופיעה תניית פטור לגבי נזק ממוני בחוזה אחיד שעניינה שירות ציבורי חיוני, הריהי חשופה להתערבות שיפוטית (השווה: דברי השופט ויתקון בע"א 461/62 הנ"ל, בעמ' 1338 ודברי השופט שמגר בע"א 764/76 הנ"ל בעמ' 128).

34 את דברי השופט ברנזון בע"א 285/73 הנ"ל, בעמ' 72, כאילו כאשר מדובר בחיי אדם או בנוק לגופו או לבריאותו אין ההתנאה תופסת, ניתן להגביל, על-פי המשך הכתוב, למקרים שבהם השירות המוצע בחוזה הוא שירות לציבור (ומבחינה סטטיסטית גרידא, רוב החוזים המסדירים שירות כזה הם חוזים אחידים).

35 ג' שלו, "סעיף 12 לחוק החוזים: תום לב במשא ומתן" מעפפים ז (תשל"ז) 118, 122.

36 ולא הוראת סעיף 39. ראה ג' שלו, תניות פטור בחוזים בעמ' 175.

37 דרישה מקבילה לגבי חוזים אחידים מעוגנת בסעיף 14 לחוק החוזים האחידים הנוקט במונחים של קיפוח וחוסר הגינות. השווה: דברי השופטת בן פורת בע"א 764/76 הנ"ל, בעמ' 122-123.

(ד) פירוש תניית הפטור

דין החוזים הישראלי אינו כורך את תוקפן של תניות פטור חוזיות בהפרת החוזה שבו הן כלולות. תוקפן של תניות פטור חוזיות נקבע על-פי מבחנים המתרכזים דווקא בכריתת החוזה ולא בהפרתו. תניית פטור אינה שונה, מבחינה זו, מתניה אחרת בחוזה, והיא חשופה לביטול על-פי הוראות דין החוזים הכללי.

אולם ניתן להגיע במשפט הישראלי לתוצאות דומות לאלה המושגות באנגליה במסגרת תורת ההפרה היסודית, וזאת כאשר כולל החוזה התנאה חוזית אשר על-פיה לא תעמוד תניית פטור נוכח הפרה יסודית. במקרה כזה יביא עקרון חופש החוזים, המגולם כיום בסעיף 24 לחוק החוזים, לידי ביטול תניית פטור בחוזה שהופר באורח יסודי.

גם יישומו של כלל הפרשנות הקבוע בסעיף 25(א) לחוק החוזים, והמורה על פירוש חוזה לפי אומד דעתם של הצדדים לו, עשוי להביא למסקנה כי הצדדים לחוזה, שבו כלולה תניית הפטור, לא התכוונו להחילה על מצב שנוצר כתוצאה מהפרה יסודית. כך ניתן להשיג, גם בלא הפעלת החוקה האופיינית לאסכולה הפרשנית של תורת ההפרה היסודית, את ביטול תניית הפטור.