

תוקפו המחייב של חוזה אחיד כפונקציה של מבנה השוק *

מאת

ד"ר אוריאל פרוקצ'יה **

א. הקדמה. ב. ייחודו של הליך ההתקשרות בחוזה אחיד. 1. עקרון חופש ההתקשרות – מניין? 2. חופש ההתקשרות בעידן החוזים האחרים. 3. איתור מקרי הבעיה בהתקשרות הפטאגראפית. 1. הסבר כללי. 2. התקשרויות סטאנדרטיות אכיפות. 3. התקשרויות סטאנדרטיות פסולות. 4. סיכום ביניים. ד. פקירת כמה פסקי דין של בית המשפט העליון. 1. כללי. 2. שמעון אבנר נ' מפעלי רכב אשדוד. 3. מדינת ישראל נ' חרד. 4. לגיל טרמפולין נ' נחמיאס. ה. אפילוג: פרשנות חוזים אחרים. 1. הצגת הבעיה. 2. פרשנות חוזה אחיד כפונקציה של כוונת הצדדים. 1. סיכום ומסקנות

א. הקדמה

חוק החוזים קובע ככלל רחב כי "תכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים".¹ הוראה זו קובעת את עקרון "חופש החוזים". הוראה זו גם קובעת במשמעותה הקורלאטיבית את כפיפותנו לגורמות החוזיות החלות עלינו, כלומר את חוסר החופש שלנו לנהוג שלא בהתאם להן. מבחינה זו דומה החוזה לחוק. כזה גם זה גודר את גבולות הפעילות המותרת ומבדילה מן ההתנהגות האסורה. אין שיטת משפט נאורה בעולם המכירה בכוח מופלג כזה של כורתי החוזה מבלי לשים לו סייגים. רבים מן הסייגים האלה חלים בשווה הן על חוזים אחרים והן על חוזים אינדיבידואליים. למשל, הוראת חוק החוזים, לפיה "חוזה שכריתתו, חוכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים... בטל"² היא דוגמה לסייג כזה; כך, תניה המחייבת צד לבצע מעשה רצח, היא תניה בטלה, בין אם הוסכם עליה בין ספק ללקוח ובין אם הוסכם עליה בין שני צדדים סתם. ברשימה זו אנסה לבודד את עילות ביטול ההסכמה החוזית החלות על חוזים אחרים בלבד, ולהבדילן מעילות ביטול ההסכמה החלות על כל החוזים כולם.

אם העילה לביטולה של תניה חוזית מסוימת גזורה מתוך הדוקטרינה החוזית הכללית, ברי שאין כל חשיבות לשאלה האם החוזה נשוא הסכסוך הוא חוזה אחיד או חוזה סתם. אפילו הוא חוזה אחיד, אין לתור אחרי המבחנים לאכיפתו בחוק החוזים האחרים, ואף לא להסתמך על נימוקים ומיני טענות שהם רלוואנטיים בתחום החוזים האחרים.

* ד"ר ד' קרצ'מר מן הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים וד"ר ז' שיפר ממחלקת המחקר הכלכלי של בנק ישראל קראו טיוטות קודמות של מאמר זה והעירו הערות מאלפות. יבואו שניהם על הברכה. האחריות לתוכן הכתוב חלה עלי בלבד.

** מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 חוק החוזים (חלק כללי) (להלן – "חוק החוזים") סעיף 24.

2 חוק החוזים, סעיף 30.

מאידך גיסא, אם העילה לביטול ההסכמה גזורה מתוך דיני החוזים האחידים, אין הדין חייב להיאחז, לצורך פסילת התניה, בעילות ביטול כלליות, כגון שהחזוה נגוע בטעות או במרמה, או שאכיפתו עומדת בסתירה לעקרונות תקנת הציבור. בפרקים ב' ו'ג' אניח את הבסיס העיוני העיקרי לרשימה זו. התזה המרכזית בפרקים אלה היא, שעילות הביטול המיוחדות לדיני החוזים האחידים נועדו להילחם בתופעה של תחרות בלתי משוכללת ובתוצאות הבלתי רצויות הנובעות ממנה לגבי צדדים המתקשרים בחוזים. מכאן, שצדדים הסוחרים ביניהם בשווקים שבהם התחרות היא משוכללת אינם זקוקים להגנה מיוחדת כלשהי, ואינם זכאים להסתייע בעילות לביטול תניות בחוזיהם הגזורות מתחום דיני החוזים האחידים. גם אם התחרות איננה משוכללת, ייתכן שאי השכלולים הרלוואנטיים לשוק שבו נכרת החוזה, אינם מועדים לגרום עיוותים שאותם ביקש מחוקק חוק החוזים האחידים למנוע. בפרקים אלה אציין מה הם אותם עיוותים וכיצד ניתן להתגבר עליהם בכלים המשפטיים של דיני החוזים האחידים.

האבחנה הפשוטה בין עילות לביטול הסכמה מטעם דיני החוזים האחידים ובין עילות ביטול הסכמה מטעם הדוקטרינה הכללית איננה, ככל הנראה, מחוורת כל צורכת. כפי שאנסה לתאר בפרק ד', קרה לא אחת שביטול המשפט העליון בישראל לא דק פורתא באבחנה זו ובמה שמתחייב ממנה. בעיקר נסתמנה נטייה בפסיקת בית המשפט העליון להכשיר תניות בחוזים אחידים, למרות שלכאורה נתקיימו בהם עילות פסלות מטעם דיני החוזים האחידים, וכל זאת משום שלא נתקיימו בהם בו־זמנית גם עילות פסלות מכוח הדוקטרינה החוזית הכללית.

לבסוף, בפרק ה', אסביר מדוע עצם הסטאנדארטיות שבהתקשרות אינה יכולה להיחשב לעילת ביטול כלשהי, ולפיכך על בית המשפט לגזור על עצמו התאפקות מירבית בהקשר לכלל שיש "לפרש" חוזה אחיד כנגד מנסחו³: חוזים שלא נתקיימו בהם עילות ביטול כלשהן יש לפרשם ככתבם וכלשונם, ללא מתן "עדיפות מראש" בצורה של "פרומפציה פרשנית" לצד זה או אחר.

ב. ייחודו של הליך ההתקשרות בחוזה אחיד

1. עקרון חופש ההתקשרות — מניין?

הבה נניח חברה הכופרת בעקרון חופש ההתקשרות. בחברה כזו ישנן שתי חלופות. לפי החלופה הראשונה בני החברה מוותרים על הסדרת פעילות פלוגית בחייהם באמצעות נורמות משפטיות כלשהן. בכל הנוגע לפעילות זו איש הישר בעיניו יעשה. מידת הצלחתה של חברה כזו לתפקד כיאות במסגרת אותה פעילות, כלומר להשיג בה יעדים הנראים לה נחוצים, תלויה רובה ככולה ברצונם הטוב של הפרטים בחברה⁴. החלופה השנייה היא לקבוע את כל הנורמות באמצעות אקטים חקיקתיים. בדרך זו

3 הטעם למרכאות הכפולות שבמשפט זה יבואר בפרק ה' להלן.

4 ברור, שבכל חברה פועלות אף נורמות שאינן משפטיות, כגון לחצים חברתיים או כללים השוררים בתרבות נתונה; עם זאת, חופשי כל פרט להתעלם מן הנורמות האלה, אם הוא מוכן לספוג את התוצאות החברתיות והתרבותיות הנובעות מכך.

יאלצו כל בני החברה לציית לצווים שלטוניים שנקבעו באורח צנטראליסטי⁵, בין אם צווים אלה נראים להם ובין אם לאו.

בני החברה עשויים לדחות את שתי האלטרנאטיבות כאחת. החלופה הראשונה, בהיותה מושתתת על אדגים אנארכיים, היא מסוכנת מדי, והדברים יגעים. החלופה השנייה עלולה להיראות בעינינו מסוימים כטוטאליטארית מדי, הואיל והשלטון המרכזי מכתיב לפרטים את כל סדר חייהם ואינו מותיר מרחב כלשהו לקיום על-פי העדפות וטעמים אינדיבידואליים. לעניין זה אין חשיבות לשאלה מה צורת המשטר הנוהג בחברה. אפילו בהנחה שהמשטר נבחר בהליך דמוקרטי, עשויים הפרטים להעדיף לקבוע את דרך חייהם בעצמם, ולא לציית למעין שולחן ערוך הנכפה עליהם מגבוה. הדרך השלישית היא לאמץ את עקרון חופש ההתקשרות. בדרך כזו קובעים הפרטים לעצמם את הנורמות המשפטיות המחייבות אותם. הנורמה החוזית משיגה, אם כן, שתי מטרות בבת אחת. קודם כל היא מחייבת מבחינה משפטית, ובכך היא נמנעת מסכנות האנארכיה. מצד שני היא נקבעת על-ידי כל פרט עבור עצמו, ובכך משתחררים הפרטים מן המועקה הטוטאליטארית שהיתה רובצת עליהם לו נקבעו כל הנורמות ממקור מרכזי אחד. אכן חופש ההתקשרות מבטא מבחינה זו השקפה ביזורית (דצנטראליסטית) מובהקת בשאלת מקור הנורמות: במקום שמחוקק אחד יקבע את כל הנורמות עבור כל הפרטים, "מחוקק" כל פרט כמה מן הנורמות הרצויות לו⁶.

התצדקה הערכית להעדפתה של הגישה הביזורית נעוצה בכמה מן התורות הפילוסופיות שרווחו במאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה. במיוחד ראוי לציין בקשר זה את תורותיהם של אדם סמית, ג'רמי בנתאם וג'ון סטיוארט מיל.

אדם סמית. רוב החוקרים שעסקו בסוגיה תלו את קולר אימוץ העיקרון של חופש ההתקשרות בתורת הכלכלה הליברלית ששלטה בכיפה במאה התשע-עשרה⁷. תורה זו, שפותחה בראשיתה על-ידי אדם סמית, דגלה בהתערבות שלטונית מינימאלית

5 המונח "צו שלטוני שנקבע באורח צנטראליסטי" טעון הבהרה. מלאכת החקיקה נעשית במדינות שונות בעולם ובמשטרים שונים במידה שונה של ריכוזיות. הריכוזיות המירבית מתבטאת בעשיית כל הנורמות החקיקתיות באמצעות בית מחוקקים אחד ויחיד. בקצה השני של הקשת קיימות שיטות בהן מוצלח כמעט כל מלאכת החקיקה לבתי מחוקקים זוטא (עיריות, רשויות מקומיות) או רשויות אדמיניסטרטיביות (שרים, פקידים בכירים) הפזורים ברחבי המדינה. בין שני המקרים הקיצוניים האלה ישנן תופעות ביניים לרוב. למרות חוסר המוגליות במידת הצנטראליזם כאמור, השקפתי על כל הליכי החקיקה הנעשים על-ידי השלטון או מסעמו כעל הליכים הנובעים ממקור "צנטראליסטי", שכן אפילו אם השיטה נוקטת דרך של חקיקה ביזורית עדיין היא צנטראליסטית בהשוואה עם מצב של אנארכיה או מצב שבו נקבעות הנורמות המחייבות את הפרטים על-ידי הפרטים עצמם. ראה הפיסקה הבאה בגוף המאמר.

6 ראה דיון מפורט יותר בפסקה 2 להלן והאסמכתאות המצוטטות שם.

7 ראה ספרה של ג' שלו תניות פשור בחוזים (ירושלים, תשל"ד) 32. המחברת קובעת: "חופש החוזים" כעקרון צמח במאה הי"ח, במקביל לעקרונות דומים בחחומי הכלכלה והחברה. מן הבחינה ההיסטורית הריהו מהווה חלק מתורתו של אדם סמית, המכונה laissez faire, אשר ראתה כל הגבלה המוטלת על הפעילות האנושית כרע... ושיבחה ממשל המרסן עצמו מהתערבות בפעילותם של הפרטים.

בין הכתבים הרבים שפיתחו רעיון זה ראוי לציין את הבאים: Llewellyn, "What Price Contract? An Essay in Perspective" 40 Yale L. J. (1931) 704; Llewellyn, "Book

בדרך התנהגותם הכלכלית של הפרטים. לפי תפיסתו של סמית, אם כל פרט יפעל לקידום האינטרסים האנוכיים שלו⁸ תביא "יד נעלמת" (Invisible hand) לתוצאה כלכלית כלל-חברתית אופטימאלית. ככל שירבה השלטון המרכזי להכתיב את רצונו לפרטים בחברה, ואפילו מתוך המניע להיטיב עם פרטים אחרים (כגון למשל: כדי להשיג יתר שוויוניות בחלוקת ההכנסות) תצא החברה בכללותה נפסדת⁹. יש להדגיש, שסמית לא גרס רק ששוק פלוני זה או אחר (שוק מקומי, שוק היצוא, שוק המוצר א, שוק השירות y) מתנהל באופן אופטימאלי ללא התערבות מבהוץ. בנכונות ממצא זה כבר השגחתו אחרים (יום, נורת ועוד) שקדמו לסמית. גדולתו היתה בכך, שיצר את המודל המופשט של "תכנון על-ידי השוק" ואף גרס כי מודל זה מביא לתוצאה הכלכלית האופטימאלית בכל ענפי הכלכלה¹⁰. כך, אם גורם ייצור עשוי להגיב תפוקה

Review" 52 *Harv. L. Rev.* (1939) 700; Llewellyn, *The Common Law Tradition* (160) 370 et seq.; Kessler, "Contracts of Adhesion — Some Thoughts About Freedom of Contract" 43 *Col. L. Rev.* (1943) 629; Radin, "Contract Obligation and the Human Will", *ibid.* 575; Oldfather, "Toward A Visible Method of Judicial Review of the Adhesion Contractor's Lawmaking" 16 *Kansas L. Rev.* (1968) 303; Benfield, *New Approaches in the Law of Contract* (1970) 74–76.

8 קיימת מחלוקת בין המלומדים האם הביטוי "אינטרסים אנוכיים" מתאר נאמנה את מה שמדריך, בעיני סמית, את דרך התנהגותם של הבריות. אין ספק שסמית היה מודע לכך שפרטים רבים מבצעים מעשים המכונים "אלטרואיסטיים". מכאן שסמית הניח, שכל פרט (או פירמה בודדת) אמנם שואף להתנהגותו למאקסימיואציה של רווחיו; ואולם שאיפה זו אינה בהכרח טעונה מטען ערכי שלילי. ראה: Coase, "Adam Smith's View of Man" 19 *J. of Law and Economics* (1976) 529.

מכל מקום ברור, שההנחה לפיה המוטיבאציה להתנהגות הבריות מעוגנת באינטרסים העצמיים שלהן היא אקסיומאטית בכתביו של סמית. בהקשר זה כתב סמית בספרו *ערכי האומות* (מהדורת Cannan, 1937), בעמ' 14: "But man has almost constant occasion for the help of his brethren, and it is in vain for him to expect it from their benevolence only. He will be more likely to prevail if he can interest their self-love in his favour, and shew them that it is for their own advantage to do for him what he requires of them. Whoever offers to another a bargain of any kind, proposes to do this. Give me that which I want, and you shall have this which you want, is the meaning of every such offer; and it is in this manner that we obtain from one another the far greater part of those good offices which we stand in need of. It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker, that we expect our dinner, but from their regard to their own interest. We address ourselves, not to their humanity but to their self-love, and never talk to them of our own necessities but of their advantages".

וראה לעניין זה: Hollander, "Adam Smith and the Self-Interest Axiom" 20 *J. of Law Economics* (1977) 133.

9 Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*.

10 Hutchinson, "Adam Smith and the Wealth of Nations" 19 *J. of Law and Economics* (1976) 507.

גבוהה יותר אצל פלוני מאשר אצל אלמוני, חוקה עליו שיועסק אצל פלוני דווקא, שכן לפלוני, המתחרה עם אלמוני, יהיה כדאי להציע לו תנאים כספיים¹¹ מפתים יותר משיוכל להציע אלמוני. התחרות תגרום אפוא למאקסימיזציה של התפוקה, ומכאן שכל ריסון של כוחות התחרות החופשית חייב להתבטא בתוצאה כלכלית אי-אופטימאלית.

נקל להצביע על הקשר בין "התכנון על-ידי השוק" ובין תורת חופש החוזים. חופש ההתקשרות מבטיח שכל הצדדים הסוחרים בשוק ינסו להשיג את הרווח המאקסימאלי לעצמם, בעוד שהתחרות ביניהם תערוך להשגת התפוקה המירבית, היינו ל"טוב" הכלכלי האופטימאלי. לו התערבה המדינה בדרך כלשהי (מחירי מאקסימום, מחירי מינימום, מכסות ייצור או חיוב להציע בשווקים רק מוצרים או שירותים העונים על דרישות מינימום מסוימות), היתה בהכרח נגרמת תוצאה כלכלית אי-אופטימאלית. כך, אם המהוקק יקבע מחיר סטטוטורי קוגנטי לגורם ייצור מסוים, אין כל סיבה להניח שהוא יועסק דווקא במקום שבו יעילותו היא המירבית: הפירמות המתחרות על העסקתו לא תהיינה רשאיות עוד "לפתותו" בתנאים כספיים המשקפים את יעילותו היחסית אצלן.

עד כאן ניסיתי להבליט את הקשר הפונקציונלי בין דיני החוזים לבין התוצאה הכלכלית הנובעת מהפעלתם. ואולם, לדעתי, קיים קשר נוסף, עמוק יותר, בין שני המשתנים. אדם סמית עצמו לא ראה את עצמו ככלכלן דווקא. נהפוך הוא. סמית השקיע על עצמו כעל פילוסוף האוסף נתונים (בדרך האינדוקציה) על התנהגותו של האדם מן הבחינה החברתית והפסיכולוגית. במלים אחרות, סמית היה בדעה שכלל "היד הנעלמת" נכון, בהיותו משקף את הכוחות הפסיכולוגיים הפועלים על האדם בחברה, ולא רק בהיותו ביטוי לכלל כלכלי-טכני. מכאן שכל ניסיון של החברה להחליף את "היד הנעלמת" הזו בידו הכבדה של המהוקק מנוגדת לטבע האדם ולזכותו הטבעית של האדם לחיות לפי נטיות לבו¹². אפשר גם לומר, שכל עבודתו של סמית לא נועדה אלא להצביע על הדרך שבה ניתן להגשים את האידיאל הפילוסופי של אותה תקופה — מימוש זכויותיו הטבעיות של האדם. הפילוסופים שקדמו לסמית, כגון לוק, סברו שזכויות טבעיות אלה ניתנות למימוש על דרך השכנוע ההדדי וההסברה החברתית. הם האמינו בדרך השכנוע, הואיל וסברו לתומם שבני החברה ישעו בהכרח להסברה ראציונאלית, ויירתעו מן התוצאות האפוקליפטיות (מלחמה, רעב) העלולות להתרחש אם יפרו אלה את זכויותיהם הטבעיות של אלה. תרומתו הגדולה של סמית היתה שהסביר — באמצעות המודל של תכנון על-ידי השוק — כי דווקא על-ידי ניסיונותיהם של הפרטים להצמיד קדימה את האינטרסים האנוכיים שלהם תושג הבטחת האופטימאלית של הזכויות הטבעיות¹³. ואולם הגשמתה של מטרה נעלה זו מותנה בכך, שכוחות

11 השתמשתי בביטוי הכללי "תנאים כספיים" להבדיל מ"שכר עבודה", שכן גורם הייצור שמדובר בו איננו בהכרח עבודת אנוש. גורם הייצור יכול שיהיה קרקע, למשל, ואז "התנאים הכספיים" ילבשו צורה של דמי הכירה.

12 Hutchinson at 511-512.

13 Lewis, "Adam Smith: The Labor Market as the Basis of Natural Right" 21 *J. of Economic Issues* (1977). ואמנם בין המחברים הקונטיננטאליים יש כאלה הרואים דווקא בשאיפה לקדש את הזכויות הטבעיות (ואולי גם בנהייתן של אירופה אחרי תורת דאמנה החברתית) את הסיבה העיקרית לפיתוחו של רעיון חופש ההתקשרות.

השוק יפעלו באין מפריע. על המהוקק להימנע מלהכתיב את רצונו לפרטים הסוחרים בשווקים.

בנתאם ומיל. היו שהסבירו את עקרון חופש ההתקשרות גם על יסוד התורה הפילוסופית התועלתנית מיסודם של ג'רמי בנתאם וג'ון סטיוארט מיל¹⁴, לפיה, בקיצור נמרץ, הטוב החברתי המירבי מושג על-ידי מאקסימיזציה של הטוב אצל פרטים רבים ככל האפשר. אם כל פרט יקבל את הכוח (קרי: את הגושפנקא המשפטית) לקדם את האינטרס הפרטי שלו, כלומר את הטוב הפרטי שלו באמצעות אימוץ הנורמות החזיות הרצויות לו, מטבע הדברים תגדל רווחתה של החברה האנושית בכלל. אכן, אחד המאפיינים העיקריים לגישתו הסכלתנית והאנטי-מיסטית של בנתאם היה בסירובו לראות בחברה האנושית מעין אורגאניזם בעל רצון, שאיפות ומטרות לגיטימיות עצמאיות, בנפרד מן הרצון, השאיפות והמטרות הלגיטימיות של הפרטים המרכיבים את החברה. אין החברה אלא סך כל הפרטים החיים בה, ולכן ניתן למדוד את מושג הטוב החברתי על-ידי סיכום מידת ההנאה (או הסבל) שחשים כל בני האדם כפרטים¹⁵. מכאן גם יובן, שאם לא יתאפשר לפרטים לתת ביטוי גורמטיבי להעדפותיהם הפרטיות, תקטן מידת הטוב הפרטי שלהם, ומכאן שתקטן גם מידת הטוב הכללי של החברה. מבחינה זו ניתן גם להסיק על התורה התועלתנית כעל הכלול והעמקה של תורת ה"תכנון על-ידי השוק": סמית הניח את היסוד העיוני להשערה שהרווחה הכלכלית במשק תהיה רבה יותר ללא התערבות המדינה. בנתאם הוסיף למושגי הרווחה האלה מטען ערכי, בכך שזיהה את הטוב הכלכלי הכללי-חברתי עם סיכום יחידות התועלת (או הטוב) של הפרטים, ובכך נראה בטוב המצרפי (אגרגטיבי) הזה את המטרה החברתית האולטימטיבית¹⁶.

אינני בטוח אם השקפותיהם של סמית, בנתאם ומיל הן היחידות שיש בהן כדי להסביר את הבסיס הפילוסופי לתורת חופש ההתקשרות. אכן, היו סופרים שניסו להשתית תורה זו על אדגים פילוסופיים נוספים¹⁷. אך נראה לי, כי השפעתם של

ראה, למשל, *Leicht, "Storia Del Diritto Italiano", Il Diritto Privato, Parte Terza. Le Obbligazioni (Milano, 1948) 13-15*.

14 סימוכין להשקפה כזו מוצאת, למשל, ג' שלו בעמ' 32 של ספרה בכתביהם של בנתאם ומיל. ראה: *Bentham, Truth Against Ashurst (Oxford, 1823) 8-9*; *Mill, On Liberty* (Pyramid Books, 1966) Ch. 5.

15 *Baumgardt, Bentham and the Ethics of Today (Princeton, 1952) 167 et seq*.

16 שם, עמ' 521.

17 כותב אחד משייך את עקרון חופש ההתקשרות לנהייתה של החברה האירופית במאה הקודמת אחרי תעוועי תורת הסוציולוגיה הדארוויניסטית. תורה זו קובעת (בקיצור נמרץ) כי האבולוציה החברתית מושחתת על סיגון והפרדה בין פרטים כשירים לבלתי כשירים, ועל דחיקתם ה"טבעית" של האחרונים לשוליים, ואחר כך לחידולן. כדי להשיג אבולוציה אופטימאלית, על המדינה להימנע מלהפריע לפרטים לפתח משחק כוחות חופשי, שבו ידחקו החזקים את החלשים החוצה ויאפשרו לחברה ליהנות ממיצוי יכולתם העדיפה. ראה: *Kornhauser, "Unconscionability in Standard Forms" 64 Calif. L. Rev. 1151 (1976)*. לבסוף, ייתכן שעקרון חופש ההתקשרות אינו נובע באופן בלעדי מאף אחת מן התורות של המאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה. כדאי לציין, שיש לעיקרון זה שורשים כבר בטקסטים הקאנוניים של ימי הביניים, הרבה לפני התעוררותה של אירופה

הוגי הדעות האחרים על עיצוב דיני החוזים המודרניים היתה משנית בחשיבותה, ולכן לא ארחיב עליהם את הדיבור ברשימה קצרה זו.

2. חופש ההתקשרות בעידן החוזים האחידים

התורות השונות שהצגתי בפסקה הקודמת כבסיס אידיאולוגי אפשרי לעקרון חופש ההתקשרות נבדלות זו מזו בכמה פרטים חשובים. אך יש להן מכנה משותף אחד: הן תורות בעלות אופי אינדיבידואליסטי מובהק, במובן זה שכולן שואפות לקדם את רצונו של הפרט, וכולן מגדירות התערבות צנטראליסטית בהבעת רצון כזו או פיקוח עליה כפעילויות בלתי רצויות.

בעידן החוזים האחידים חייבים כל הטעמים שהובאו עד כאן להיבחן מחדש. שווקי המוצרים והשירותים אינם מאוכלסים עוד בפרטים רבים המתמקחים על תנאי החוזה מתוך עמדות כוח דומות. תחת זאת מוצעים חוזים אחידים לציבור הרחב כמות שהם וברירתם של הפרטים אינה אלא בין קבלתם ללא סייג ובין דחייתם המחלטת¹⁸, המציאות האמפירית מלמדת, שבסופו של דבר מקבלים רוב רובם המכריע של הפרטים בחברה את עולם של חוזים אחידים רבים; אכן, חלק הארי ממכלול החוזים המחייבים אותנו הם אחידים. מכאן, שלולי התערבות השלטון המרכזי בתוכן החוזים האחידים היו מירב הגורמות המשפטיות המחייבות בחברה פרי רצונם, החלטתם וניסוחם של הספקים. לזו זה היה המצב המשפטי הפוזיטיבי, היה בכך משום ביטוי להאצלה סטטוטית של כוח החקיקה מן השלטון המרכזי אל ציבור הספקים, קרי אל האוליגרכיה התעשייתית והמסחרית. במקום שהציבור יקבע את הגורמות המחייבות את בני החברה היו אלה נקבעות על-ידי המוכרים העיקריים של המוצרים והשירותים החשובים¹⁹.

לקול תרועת הראציונאליזם. למשל, ניתן למצוא בכלל 85 שבתוספת לסקסטוס של בוניפאציוס השמיני את השורה הבאה, המבטאה בתמציתיות את עקרון חופש ההתקשרות: "Contractus ex conventione legem accipere dignoscuntur". מאידך גיסא, חלפו מאות שנים רבות עד שהצהרה זו נהפכה לדין גוהג במדינה. הכלל הזה לא מצא לו תומכים בין המשפטנים החילוניים בצרפת עד המאה החמש-עשרה ובאיטליה עד המאות השבע-עשרה והשמונה-עשרה. ככלל שאין עליו עוררין לא גובש עד המאה השמונה-עשרה. ראה: Leicht, Ibid.

18 אין בכוונתי לקבוע שכל התקשרות אינדיבידואלית היא בהכרח חופשית ובהכרח מבטאת באופן מלא את רצונותיהם האמיתיים של הצדדים המתקשרים. אך מאחר שתנאיו של החוזה האחד אינם ניתנים כלל לשינוי, קיימת הסתברות הרבה יותר גבוהה לקיום פער בין תנאים אחידים כאלה ובין שאיפותיהם האינדיבידואליות של המתקשרים.

19 האמת ניתנת להיאמר, שלא קיים זיהוי הכרחי בין מי שקובע את תנאי ההתקשרות הסטאנדארטית ובין מעמד כלכלי או חברתי של יצרן או סוחר דווקא. למשל, אם במשק נתון מתחרים המעבידים בינם לבין עצמם, בעוד העובדים מאורגנים בארגון מקצועי, אוי יכול הארגון להכתיב למעבידים חלק מתנאי ההתקשרות. ואולם ניתן לאמר שבשוק זה (שוק העבודה) הפועלים מייצגים את ההיצע והמעבידים את הביקוש, כך שניתן להשקיף על הארגון כאילו הוא מעין ספק מונופוליסטי של שירותי עבודה. ייתכן גם שהכוח הכלכלי הדומיננטי ירוכז דווקא בצד הביקוש, כגון במשק שבו בעלי אוניות מתחרים בינם לבין עצמם, בעוד שכל משגרי המטענים ומקבליהם מאורגנים בארגון המשתמשים בהובלה ימית. המשותף לכל המקרים הללו הוא שארגון כלכלי צנטראליסטי חזק יכול לנצל את מעמדו כדי להכתיב למתקשרים עמו תנאי חוזה שאינם מקובלים על המתקשרים האלה:

אם נניח הנחה נוספת, והיא, שהחברה חפצה בקיומו של משטר דמוקרטי, עשויה האצלה מעין זו לסכל את מטרתה: הספקים אינם גוף נבחר ולפיכך אין זה לגיטימי לאפשר להם ייצור סיטוני של נורמות המחייבות מבחינה משפטית. חקיקה כזו היתה עלולה להביא למצב פאראדוקסאלי בתכלית. עקרון חופש ההתקשרות, שנועד בראשיתו לתת משנה תוקף לרצונו של הפרט, היה מנוצל עתה להשגת המטרה ההפוכה, דהיינו צנטראליזאציה מחודשת של הליך החקיקה: הוצאתו מידי ההמונים, ומסירתו לאוליגארכיה התעשייתית והמסחרית.

נזכור עתה שעקרון חופש ההתקשרות ביקש לקדם את רצונו של הפרט מתוך סלידה מן הצורך לקיים נורמות הנכפות מגבוה, כלומר ממקור צנטראליסטי אחד. לו היה ניתן תוקף ללא סייג לחוזה האחיד היתה החברה ממירה מקור צנטראליסטי אחד (הריבון, בית הגבחרים) במקור צנטראליסטי אחר (קבוצת ספקים). אך בעוד שקיומו של המקור הראשון עשוי לעלות בקנה אחד עם צורת משטר דמוקרטי, אין אפשרות כזו קיימת לגבי האחרון. כל מה שהושג אינו אלא העתקת כוח החקיקה מבית הנבחרים אל תוך החדרים ספוגי העשן של מועצות המנהלים.²⁰

חברה שאינה חפצה לוותר על אשיותיה הדמוקרטיות חייבת לפעול לסיוג כוחם של הספקים לקבוע את תוכן הנורמות.²¹ פעולת ריסון זו היא מהותה של חקיקת החוזים האחידים.

הללו היו מסוגלים "להשיג" תנאים הנראים להם יותר, לו "תוכנן" השוק על-ידי כוחות התחרות החופשית.

20 על הקשר בין התיאוריה הדמוקרטית ובין תופעת ההתקשרות הסטאנדרטית עמד בהרחבה פרופ' דייוויד סלוסון בסידרת מאמרים: Slawson, "Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power" 84 Harv. L. Rev. (1971) 529; Slawson, "New Approach to Standard Forms" 8 No. 4 Trial, (1972) 49; Slawson, "Mass Contracts: Lawful Fraud in California" 48 So. Cal. L. Rev. 1 (1974). גישה זו אומצה גם על-ידי ג' שלו בספרה תניות פסור בחוזים. ראה שם, עמ' 34 ואילך. ייתכן לראות ברעיון זה ביטוי קונקרטי לתורה רחבה יותר, לפיה אין ליתן תוקף לאות הכתובה בחוזה, כאשר היא עומדת בסתירה לציפיותיהם הסבירות והאמיתיות של הצדדים להתקשרות, ובפרט לציפיותיהם של הלוקחות. לענין תורה כללית זו ראה במיוחד: Keeton, "Insurance Law Rights at Variance with Policy Provisions" 83 Harv. L. Rev. (1970) 961 and 1281; Keeton, "Honoring Reasonable Expectations in the Interpretation of Life and Health Insurance Contracts" A.B.A. Sect. Ins., N. and C.L. (1971) 213. ביקורת על גישתו של סלוסון נמתחה על-ידי דוסון: Dawson, "Unconscionable Coercion: The German Version" 89 Harv. L. Rev. 1041 (1976). ביקורת על גישתו של קיטון נמתחה על-ידי סקוויירס: Squires, "A Skeptical Look at the Doctrine of Reasonable Expectations" 6 Forum (1970) 252.

21 סימוכין להשקפה זו ניתן למצוא דווקא בכתיבתם של הוגי הדעות שהטיפו לחוסר התערבות. למשל, כשג'ון סטיוארט מיל מנתח את מושג חופש ההתקשרות, הוא טורח להדגיש שחופש זה רצוי לו כביטוי נאמן לחירות הצדדים המתקשרים. מכאן נובע, לדבריו, שאם עושה הפרט שימוש בכוח זה כדי להגביל את חירותו האישית דווקא, ניסל הטעם מן העיקרון ואין הוא ראוי עוד לאכיפה. בתור דוגמה קיצונית דן מיל באפשרות שאדם כורת חוזה לפיו הוא מוכר את עצמו לעבדות. פשיטא שחוזה מעין זה אינו מקדם את חירותו האישית, ולכן יש לפסול אותו. מיל עצמו מודה בקיצוניות הדוגמה,

גם חוק החוזים האחדים שלנו נועד להשיג את המטרה הזו, כידוע, כדי שבית המשפט יתערב בתוכן ההסכמה בחוזה האחד לא די באחידותו, ולא די שהתניה שמדובר בה היא בחזקת "תנאי מגביל", דהיינו תנאי המיטיב עם הספק ומכביד על הלקוח.²² תנאי מגביל זה ייפסל רק אם יש בו "משום קיפוח הלקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העשוי להביא לידי קיפוח הלקוחות".²³ קיפוח מעין זה אינו אלא תולדה של כפיית חד-צדדית של תנאי חוזה על לקוחות שהיו מעדיפים להתקשר בחוזים אחרים לגמרי. רעיון זה עולה בבירור מתוך דברי ההסבר להצעת החוק:

"השימוש בחוזים אחדים... נפוץ מאוד בתקופתנו ואין כמעט אדם שלא יזקק להם כצד מצטרף. חוזה מסוג זה נערך על ידי צד אחד שהוא הספק של שירות או מצרך, וצד זה קובע את תנאי החוזה לפרטיהם. לעומתו עומד הנזקק לשירות או קונה המצרך שהברירה בידו לקבל את ההצעה בנוסחה בחוזה, ללא שינויים, או שלא לקבלה בכלל. למעשה, בהיות הספק, ברוב המקרים, היחיד, או אחד המעטים, המסוגלים או המוכנים לספק את המצרך או לתת את השירות המבוקשים, ברירתו של הקונה או של מקבל השירות היא מדומה ואין לו אלא לקבל את תנאי הספק.

מצב זה יצר קרקע לשימוש לרעה מצד ספקים. תנאים מכבידים ובלתי הוגנים נקבעים בחוזים אחדים... מפגש הרצונות, שהוא יסוד מוסד לכל חוזה, נעדר לעיתים מחוסר הבנה על אף ההסכמה המובעת כביכול בחתימה. ואפילו שקיימת הבנה, אין הנזקק למצרך או לשירות יכול להינזר ממנו. הוא רואה את עצמו נאלץ להסכים להצעה... תקלה זו דורשת תיקון".²⁴

ג. איתור מוקדי הבעיה בהתקשרות הסטאנדארטית

1. הסבר כללי

מכל האמור לעיל נובע, שיש למנוע מן הספקים לעשות שימוש לרעה במעמדם על-ידי כפיית רצונם באופן חד-צדדי על המוני הלקוחות. לשון אחרת: אם תנאיו של החוזה האחד עומדים בסתירה לרצונות האינדיבידואליים של ציבור הלקוחות שהיו באים

והוא סבור שהרעיון ישים, אם כי בחריפות פחותה, במקרים פחות קיצוניים. ראה: Mill, *ibid*, 128-129. אין ספק שגם בנתאם הניח כהנחת יסוד שתוריותיו מקדמות את החופש האישי, כלומר את ההעדפות הפרטיות של הצדדים. מכאן שהתנהגות של פרטים בחברה שאינה מבטאת העדפות כאלה לא היתה מקבלת גם את ברכתו של בנתאם. ראה הקדמתו המעניינת של פ' מונטגיו לספרו של בנתאם, *Fragment on Government* 34 et seq. (London, Clarendon Press, 1891). הנחותיהם של בנתאם ומיל התבססו על ההשערה (המופרכת) כי כל השווקים משוכללים לחלוטין ומנועים על-ידי כוחות השוק החופשי. כוונתם היתה להסיק מסקנות ממה שנראה היה להם כתופעה כלכלית מובנת מאליה. מי שמנסה להחיל מסקנות אלה על הנחות שונות מאלה שהניחו בנתאם ומיל חוטא להם וחוטא לתורתם. ראה, באופן כללי, לעניין זה: Benedeto Croce *Politics and Morals* (London, 1946) ch. VI 102 et seq.

22 לרשימת התנאים המגבילים כמשמעות הביטוי בחוק חוזים אחדים, ראה סעיף 15 לחוק. 23 חוק חוזים אחדים, סעיף 14.

24 ה"ח. תשכ"ב עמ' 311, 314. על הצעת החוק ודרך גיבושה בוועדה המקצועית ראה טדסקי והכס, "בעיית החוזים הסטנדרטיים" הפרקליט טז (תש"ך) 132.

לידי ביטוי נורמאטיבי אילולי נשלט השוק על-ידי ספקים — יש לשלול את תוקפם הנורמאטיבי של אותם תנאים. מאידך גיסא, אם התנאים הסטאנדארטיים נותנים ביטוי הוגן לשאיפות ולטעמים של ציבור הלקוחות, למרות שניסוהם נעשה בידי הספקים — יש להכיר בתוקפם הנורמאטיבי של התנאים הסטאנדארטיים האלה. השאלה היא, באילו נסיבות נסיק קיומה של סתירה בין תוכנו של החוזה האחד ובין רצונותיהם הלגיטימיים של ציבור הלקוחות?

תחילה אנסה לשרטט תמונה של שוק, שבו הספקים מגיבים לפי רצונם של הצרכנים ונותנים להם ביטוי נורמאטיבי. אסביר גם מדוע מן הראוי לתת תוקף להתקשרויות חוזיות שנעשו בשוק כזה. אחר כך אשרטט תמונה שנייה של שוק שונה, שבו רצונות הצרכנים אינם באים לידי ביטוי, ואשר בו יש לשלול את תוקפם הנורמאטיבי של התנאים המגבילים שבחנות האחד.

השוק הראשון הוא ביסודו שוק תחרותי, או, לחלופין — שוק שאי-השכלולים שבו אינם פוגמים באופן משמעותי ביכולת הצרכנים לתת להעדפותיהם הפרטיות ביטוי נורמאטיבי. שוק כזה יידון בפיסקה 2 להלן. השוק השני הוא כזה שאי-השכלולים שבו מסכלים את ציפיותיהם של הצרכנים לביטוי נורמאטיבי כאמור, והוא יידון בפיסקה 3.

2. התקשרויות סטאנדארטיות אכיפות

הבה נגית שעלות ייצורו של מוצר פלוני היא 100,000 לירות. נניח גם, שכדי שמכירתו של המוצר הזה ללקוחות תהיה כדאית לספקים, עליהם לקבל תמורת המכירה לפחות 110,000 לירות. עתה, נזכיר לעצמנו שהמוצר נמסר לידי הקונה "ביחד" עם החוזה הסטאנדארטי שעל-פיו עוברת הבעלות. החוזה הזה יכול להכיל תניות "טובות" לציבור הלקוחות או "רעות" לציבור הלקוחות. לדוגמה, חוזה עם כתב ערובה (אחריות למוצר) "טוב" מחוזה הפוטר את הספק מאחריות לטיב הסחורה. חוזה המחייב את הספק לעמוד בלוח זמנים נוקשה "טוב" ללקוחות מחוזה הפוטר אותו מסאנקציה על פיגורים. מטבע הדברים הוא שבין כלל העיסקאות המבוצעות באותו שוק ישנן אחדות שבהן החווים "הטובים" מעמיסים על הספק גטל כספי גוסף, שהיה יכול להשתחרר ממנו אילו היה החוזה "רע". אם לקח על עצמו, למשל, אחריות לאיכות המוצר, יהיה עליו לספק את תביעות כל הלקוחות שרכשו מוצרים פגומים. מתוך הנחותינו הקודמות ברור, שספקים הנוטלים על עצמם עלויות מסוג זה אינם יכולים עוד להמשיך למכור את המוצר ב-110,000 לירות. אם נניח שהעלות הנוספת של החוזה "הטוב" היא 10,000 לירות, ייאלץ הספק להעלות את מחיר המוצר ל-120,000 לירות.²⁵

25 הנחתנו בגיתוח זה היא, שהקונים מגיבים באופן ראציונאלי על שינויים בטיב המוצר (או החוזה). כך, אם העיסקה המוצעת להם היא טובה יותר יבקשו הקונים לרכוש כמויות גדולות יותר ממנה בכל מחיר נתון. מכאן שהטבת התנאים יכולה להתבטא, מבחינת הספק, בהעלאת המחיר לצרכן מבלי לגרום בהכרח להקטנת הכמויות המבוקשות ומכאן שסביר להניח שהעלאת המחיר גם תגדיל את הפדיון. מאידך גיסא ברור, שהספק יתקשה יותר להגדיל את פדיונו ללא הטבת תנאי העיסקה, שכן בתנאים המקוריים נתוני הביקוש של הצרכנים אינם משתנים וכל האמרה של המחירים חייבת להשתקף בירידה בכמות הנמכרת.

הנקודה המעניינת היא, שהספק יישאר נייטרלי באופן עקרוני, בין אם ימכור את המוצר תמורת 110,000 לירות בעיסקת חבילה עם חוזה "רע" ובין אם ימכור אותו תמורת 120,000 לירות בעיסקת חבילה עם חוזה "טוב". בשני המקרים הרווח שישאר בידו מן העיסקה יהיה דומה. אם הכוח המניע אותו הוא השאיפה להגדיל את רווחיו עד למאקסימום, בוודאי שיעדיף לירות שני חוזים "טובים" מאשר חוזה "רע" אחד.

הבה נסיט עתה את אלומת הזרקור מן הספק אל הלכות. לצורך פישוט התמונה נניח, שההבדל היחיד בין החוזה "הטוב" לחוזה "הרע" נוגע לאחריותו של הספק לעניין הפיגורים במסירה. נניח שלקוחנו אדיש לשאלת מועד המסירה. בנסיבות אלה היה מעדיף, מצדו, לרכוש את המוצר עם החוזה "הרע" ובמחיר הזול ולא עם החוזה "הטוב" ובמחיר היקר. לקוח זה יפנה אפוא לספק המציע הנחה במחיר — בעיסקת חבילה עם תנאי פטור בנוגע לפיגורים במסירה.

לבסוף, הבה נניח ציבור של לקוחות שאחדים מהם (הקבוצה הראשונה) אדישים למועד המסירה ואילו אחרים (הקבוצה השנייה) להוטים לקבל את הסחורה במועד שנקבע בהסכם, אפילו תמורת מחיר גבוה יותר. מאחר שהספקים, מצדם, שואפים לקסור עיסקאות מכירה רבות ככל האפשר, חזקה עליהם שימכרו ללקוחות הקבוצה הראשונה בזול ובתנאים "רעים" ולקבוצה השנייה ביוקר ובתנאים "טובים".

האם חקיקת חוזים אחידים צריכה לשים לה למטרה לפסול תניות פטור בחוזים מסוג התניות שתוארתי למעלה? התשובה המתבקשת מאלה היא לא. אילו היתה המדינה פוסלת את תוקפן הנורמאטיבי של תניות כאלה היו כל הספקים נאלצים למכור ללקוחות אך ורק חוזים "טובים" וכל הלקוחות היו נאלצים לשלם את המחיר הנוסף המתבקש מכך. בזאת היתה המדינה שוללת מקבוצות אוכלוסין גדולות את החופש לקבוע בעצמן את המערכת הנורמאטיבית החלה עליהן. לשון אחרת, תהליך יצירת כל הנורמות היה מועבר מן העם אל מוסדותיו הריבוניים המרכזיים, מה שהגדרנו קודם כאקט פסול. דווקא אי-התערבות המדינה מבטיחה דצנטראליזציה אוטומאטית של יצירת הנורמות: די בקיום קבוצת לקוחות כלשהי, המעדיפה לקנות את המוצר בלוויית תנאים חוזיים אלה או אחרים ולשלם את המחיר המתבקש מכך (אם באיכות המוצר ואם באיכות החוזה), על מגת שהספקים ימצאו את המסילה להרווח ביקוש זה. אם הביקוש למעשה לא זכה לתגובה מצד הספקים, יש להניח שקבוצת הלקוחות לא היתה גדולה דיה כדי להצדיק ייצור מיוחד (אם של המוצר ואם של החוזה) עבורה. ואם המדינה תפסול את תוקפן הנורמאטיבי של תניות שאינן מספקות את העדפותיהן של קבוצות שוליות באוכלוסייה, היא תכפה בכך את רצונן של הקבוצות השוליות על רוב מגיינה ובניינה של החברה, אשר בעל כורחה תידרש לשלם את המחיר²⁶.

26 הטענה נגד התערבות מטעם המדינה בשווקים משוכללים פותח במיוחד עליי שווארץ: Schwartz, "Seller Unequal Bargaining Power and the Judicial Process" 49 *Ind. L. J.* (1974) 367; Schwartz, "A Reexamination of Nonsubstantive Unconscionability" 63 *Va L. Rev.* (1977) 1053. המיכה ברעיונותיו של פרופ' שווארץ הובעה במאמרו של דוסון, הערה 20 לעיל. ראוי לציין שפרופ' שווארץ הניח בכתביו שלכל הצדדים הפועלים בשוק שאותו הוא מנתח יש אינפורמציה מושלמת על כל הנעשה בשוק. המחבר ער לכך שהנחה זו היא בנסיבות חיים רבות הנחה פיקטיבית, אך הוא מניח אותה בלאו הכי, כדי לבודד את השאלות שהוא דן בהן משאלת האינפורמציה.

אנו רואים אפוא, שבתנאי השוק שתיארתו אין בקיומם של יחסי הספק והלקוח, הם כשלעצמם, כדי להצדיק התערבות שלטונית בתוכנו של החוזה האחד.²⁷

3. התקשרויות סטאנדארטיות בסולות

(א) מוגדלות

בניתוח דלעיל הנחת, שההיצע למוצר הרלוואנטי נובע ממספר רב של ספקים המתחרים ביניהם באופן חופשי, כך שכל אחד מהם שואף להגדיל את מספר מכירותיו על חשבון הספקים האחרים. הבה נניח עתה, שהמוצר מוצע לציבור על בסיס מונופוליסטי, דהיינו רק ספק אחד מספק את הביקוש של כל ציבור הלקוחות. כהנחה שוות ערך ניתן לתאר מצב שבו קיימים מספר ספקים בשוק, אך הללו החליטו לפעול תוך תיאום ביניהם, כך שהלקוח יוכל להשיג תנאי חוזה זהים אצל כל אחד מהם.

הבה נניח תחילה שהביקוש למוצר הנמכר על ידי הספק המונופוליסטי הוא "קשיח" מאוד²⁸, כלומר אין לציבור הלקוחות אפשרות לזוותר עליו או להסתפק בתחליפים.

27 במסקנה זו גפרדת דרכי מדרכה של ג' שלו בספרה הנ"ל. עמדתה היסודית של המחברת, החולפת כחוט השני בכל ספרה, היא שעקרון חופש ההתקשרות במגזר החושים האחרים אינו אלא סיקציה. לדעתה אין הלקוח חופשי לבחור לו את זהות בעל דברו ("מיהות המתקשר", בלשונה), שכן "חזויהם של כל הגופים... העוסקים בענף משקי מסוים זהים, או לפחות, דומים מאוד". אין הלקוח חופשי אף לעצב את תוכן הנורמות החוזיות כרצונו, הואיל ו"הצרכן נדרש לקבלו [את החוזה] כמות שהוא, על קרבו ועל כרעיו" (שם עמ' 38). לדעתי, גישה זו בטעות יסודה. נכון שאין הפרט כפרט מסוגל להשפיע, באמצעות הבעת רצון גרידא, על תוכן התקשרויותיו החוזיות. ואולם אין ספק שציבור הצרכנים מסוגל להשפיע, בתנאי תחרות, באמצעות כוח הקנייה שלו, על הנורמות המוצעות לו ויש לאל ידו, בעזרת כוחות השוק החופשי, להביא לידי גיוון בתנאים ולידי כיבוד העדפותיה של כל קבוצת צרכנים משמעותית. מובן שישנם כוחות המפריעים לשוק זה או אחר לזוהת את עצמו כפי שתיארתו. בשיבושים אפשריים כאלה אדון בפרק ג, פסקה 3. ואולם גם אז ההצדקה להתערבות השלטון בתנאי החוזה מבוססת על השאיפה לנטרל את השפעתם של הכוחות המשבשים ולא על עצם התופעה של הסטאנדארטיות שבהתקשרות. חולק אני גם על הגירסה המקובלת לפיה בית המשפט יתערב בתוכן התניות החוזיות כל אימת שהבחין ב"חוסר שוויון בעמדות המיקוח". ביטוי לעמדה זו ניתן למצוא, למשל, אצל Wilson, "Freedom of Contract and Adhesion Contracts" 14 *Int. and Comp. L. Q.* 172 (1965). לדעת המחבר הסכם שנעשה בין שתי חברות גדולות אינו טעון "שיפור" מטעם בית המשפט, שכן כל אחת מהן חזקה דיה לגרום לשינויים של תנאים סטאנדארטיים. לא כן חוזה שנערך בין חברה כזו ובין עקרת בית שאינה יכולה להשפיע על תוכן ההתקשרות. טיעון זה מופרך בסיפא שלו, שכן, אם החברה הגדולה שמדובר בה מתחרה באופן חופשי על הוצאות הצרכנים, תוכל עקרת הבית, למרות מימדיו הוערים של משק הבית שאותו היא מייצגת, לקבל בשוק את התנאים האופטימאליים עבורה. אם תנאים אלה אינם בנמצא, אין ספק שעקרת הבית אינה משתייכת לקבוצת צרכנים גדולה התפצה בהם, ואין כל הצדקה לכפות על כל הציבור את התנאים שאינם רצויים לו על ידי חיוב הספק להציע אותם לכל לקוחותיו.

28 ביקוש למוצר מוגדר כ"קשיח לחלוטין" כאשר שינויים במחירו של המוצר אינם מתבטאים כלל בשינויים בכמות המבוקשת. אם יש שינויים בכמות המבוקשת, אך שינויים אלה הם

לדוגמה, נניח שהמוצר הוא תרופה בטוחה לחולי, שבלעדית ייהפך בוודאות לממאיר. הספק השואף להגדיל את רווחיו ככל האפשר יוכל במצב כזה להעלות את המחיר עד לקצה העליון של יכולת התשלום האובייקטיבית של ציבור הלקוחות.²⁹ אחת הדרכים להעלאת הרווחיות היא באמצעות הקטנת העלות לספק כתוצאה ממכירת המוצר בחוזה "רע", דהיינו חוזה המטיל עלויות של סיכונים מסוימים (פיגור במסירה, פגם בממכר) על הקונה.

בשוק מעין זה ברור, שתנאי ההסכם אינם מבטאים את העדפותיהם של הלקוחות. עצם הכניסה להסכם הוכתבה, לפי הנחתנו, ללקוח מכורח הנסיבות (הביקוש, כוזר איננו גמיש) ותנאי ההסכם נקבעו באורח חד-צדדי על-ידי הספק. בסיטואציה זו חייבת המדינה – אם היא רוצה למנוע צנטראליזאציה מחודשת של הליך יצירת הנורמות בידי הספקים – שלא לתת תוקף לתנאי החוזה. מלאכה זו חייבת להתנהל במקביל בשני מישורים. ראשית, יש לפסול את התניות ובכך למנוע מן הספק את העלאת מחיר המוצר בדרכי עקיפין, ובניגוד להעדפותיהם הממשיות של הלקוחות. משימה זו ניתן להשיג באמצעות חקיקת החוזים האחידים. אך בכך לא סגי. הספק, מצדו, אדיש לשאלה, אם רווחיו גובעים מהעברת נטל הסיכונים כאמור (כלומר, ממכירת חוזה "רע"), או מהעלאת מחיר המוצר סתם (אגב מכירת חוזה "טוב"). לכן, אילו טיפלו בבעיה במישור דיני החוזים האחידים בלבד, היו הספקים במצב של מונופול, גדחפים למכירת חוזים טובים בלבד, אך במחיר מופקע. מכאן אנו מגיעים למישור המקביל השני אשר בו יש לטפל בבעיה, והוא מישור הפיקוח על המחירים. אם מוצר הוא מסוג אלה שהזכרנו, יש לקבוע לו מחיר גג, ובכך למנוע מן הספק לנצל לרעה את מעמדו המונופוליסטי.

אכן, התבוננות קלה בנעשה במציאות ילמדנו שפיקוח כזה אכן מוטל במרבית שיטות המשפט בעולם. אם, למשל, חשמל, גז או תחבורה ציבורית, נתונים בידיים מונופוליסטיות, ובהנחה שהביקוש למוצרים אלה בתחום כמויות נתון איננו גמיש³⁰ (אם כי לא "קשיח" לחלוטין, כמו בניתוח התיאורטי דלעיל), אזי נתונים מחיריהם של מוצרים אלה לפיקוח מטעם המדינה, ואין הספקים רשאים להעלות אותם באורח חד-צדדי.³¹

קטנים ביחס לשינויים במחיר, הביקוש מוגדר כ"קשיח". ביקוש מוגדר כ"גמיש" כאשר שינויי הכמות המבוקשת גדולים ביחס לשינויים במחיר. כדי להשאיר את התמונה פחות או יותר בהירה לקורא המשפט, אמנע מהגדרה פורמאלית יותר של מושגי הקשיחות והגמישות. הכוונה איננה, כמובן, שהספק ינסה להשיג מחירים דיפרנציאליים בהתאם ליכולתו האינדיבידואלית של כל קונה. המחיר יהיה, עם זאת, ברמה כזאת, שכל העלאת נוספת שלו תבטא בירידת הרווחיות הכוללת כתוצאה מ"ציאת" קבוצות קונים מן השוק.

הסייג הנוגע לתחום הכמויות נובע מכך שאפילו הביקוש למוצרים "הכרחיים" הוא גמיש בתחומי כמויות מסוימים. למשל, הביקוש לחשמל הוא "קשיח" בכמויות קטנות, כלומר יש להניח ששינויי תעריפים לא ישנו באופן משמעותי את צריכתם של אלה המשתמשים בחשמל רק למטרות החיוניות ביותר, כגון מאור ביתי. מאידך גיסא, שינויי תעריף יכולים להשפיע באופן משמעותי ביותר על צריכת החשמל למטרות אחרות ובמיוחד כאשר הצרכן יכול לבצע אותה פונקציה באמצעים לא-חשמליים. דוגמאות לכך הם שימוש בחשמל לבישול או להסקה.

בישראל המקור המשפטי לסמכות המינהל לקבוע מחירי גג למוצרים ושירותים הוא חוק

אם ההיצע המונופוליסטי נוצר שלא בהסכמת המדינה (כלומר, לא באמצעות מתן זיכיון בלעדי לספק מסוים, כגון הזיכיון לחברת החשמל), כי אם כתוצאה מהתאחדות קארטלית של כל הספקים במשק, הדרך לטיפול בבעיה יכולה להיות אחרת. במקום להנציח את מצב המונופולין ולקבוע למוצר מחיר גג, ניתן לפרק את הקארטל לגורמיו ולהחזיר את השוק למצב של תחרות חופשית. פונקציה זו צריכה להיות מבוצעת על-ידי אלה המופקדים על הפעלת חוקי ההגבלים העסקיים.³²

מכל אלה ברור, שאם השוק נשלט על-ידי ספק מונופוליסטי והמדינה לא קבעה פיקוח על המחירים וכמו כן, אם השוק נשלט על-ידי קארטל של ספקים והפעלת חקיקת ההגבלים העסקיים אינה מצליחה להחזיר את השוק למצב של תחרות חופשית,

הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957. מכוח חוק זה פורסמה שורה ארוכה של תקנות וצווים, שבהם הוטל פיקוח על מצרכים ושירותים הנחשבים ל"היוניים". אלה הם מצרכים ושירותים כגון מצרכי מזון בסיסיים או שירותי תחבורה ציבורית, שיצורם או שיווקם נתון בידיים מונופוליסטיות (או בידי קארטל) ושהביקוש להם אינו גמיש. המקרים ה"גקיים" ביותר של מונופול הם כמובן אלה שבהם גמסר זיכיון בלעדי לספק מסוים מטעם המדינה. זיכיון קיבלה, למשל, חברת החשמל: תא"י כרך א 604 (ע). מאחר שבתחום כמויות מסוים הביקוש לחשמל הוא "קשיח", הבטיחה נותנת הזיכיון את אחריות המדינה מפני ניצול לרעה של מעמדו המונופוליסטי של הספק באמצעות נטילת הזכות לקבוע את תעריפי החשמל. ראה למשל, בדיכיון, שם, סעיפים 22 ואילך. מעניין לציין, שמדיניות זו לא ננקטה בכל הזיכיונות. ראה, למשל, סעיף 12 לשטר הזיכיון שנערך לפי חוק זיכיון צינור הנפט, תשכ"ח-1968.

על הקשר ההדוק שבין הפיקוח על תנאי החווה לבין הפיקוח על המחיר המאקסימאלי ניתן לעמוד מתוך התבוננות בכמה צווים שהוצאו מכוח חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, למשל, לפי הצו בדבר מקררים חשמליים ביתיים, ק"ת תשל"ה עמ' 1866, תקנה 9, "לא ימכור יצרן, יבואן או סוחר, מקרר לצרכן אלא אם מסר לו תעודת אחריות" כאמור, בתוספת לצו. בהקשר זה בחרה המדינה להוסיף בעצמה את הנורמות המחייבות לעניין מכר מקררים מן הסוג האמור, שכן אין הספק רשאי למכור ללקוח חוזה "רע" מזה הקבוע בתוספת. לפי דוגמה זו הותקנו צווים נוספים, כגון לגבי הסקה דירתי (ק"ת תשל"ד עמ' 1223) ומכונות כביסה (ק"ת תשל"ג עמ' 982).

32 סעיף המפתח בחוק ההגבלים העסקיים בישראל לעניין זה הוא סעיף 31, שלשונו דוברת בעד:

"ראה הממונה שקיים מונופולין לגבי הספקת מוצר פלוני או שירות פלוני, וכי אילמלא המונופולין היתה רמת המחירים של אותו מוצר או שירות נמוכה מן הקיימת, או שהאיכות, דרכי הייצור או השיווק של אותו מוצר או שירות היו שפירים יותר, או שהכמות המסופקת של המוצר או השירות היתה גדולה יותר, רשאי הוא, באישור המועצה, להציע לשר המסחר והתעשייה לקבוע, בצו, הוראות בדבר מחירים מכסימליים, איכות, דרכי ייצור או הספקת של אותו מוצר או שירות והשר רשאי לצוות כאמור".

וראה לעניין זה צו ההגבלים העסקיים (קביעת מונופולין), תשל"ה-1975. הצורך לפקח במקביל על התניות המהותיות, על המחירים ועל מבני השווקים הרלוואנטיים, נובע מן הטעם הבא: המונופול הוא תופעה העלולה להצמיח כמה תוצאות שליליות השונות ונבדלות זו מזו. אילו היה המשפט מתרכז בריפוי של אחד הסימפטומים בלבד (כגון: תניות פטור בלתי הוגנות), היה יכול לצמות סימפטום אחר במקומו (כגון: העלאת מחירים תוך צמצום הכמות הנמכרת). לכן, בהנחה שאין מפוררים את המונופול (או את הקארטל) ומחזירים את השוק למצב של תחרות משוכללת, יש לפקח בריזמנית על מכלול נקודות התורפה המתלוות לאי-השכלולים האלה ולא רק על חלקן.

כי אז גם חקיקת החוזים האחידים סופה להיכשל. הספקים המונופוליסטיים או המאוגדים בקארטל יימנעו מהכללת סעיפים "מגבילים" בחוזהם, כלומר ימכרו אך ורק חוזים "טובים". את הרווח הרצוי להם יקצרו באמצעות העלאה חד-צדדית של המחיר לרמה הרצויה להם.

הבה נשנה עתה את הנחתנו ונתאר לעצמנו שהביקוש למוצר הרלוואנטי גמיש מאוד. לדוגמה, נתאר לעצמנו שוק שבו נמכרים עשרה סוגי כעכים, הנבדלים אלה מאלה בהבדלים קלים בלבד. אחד הסוגים האלה, הכעך מסוג "אלפא", מיוצר ונמכר על-ידי ספק אחד בלבד, הנהנה מהגנת-פאטנט על מוצרו. אם ינסה ספק זה להעלות באורח בלתי סביר את מחירו של "אלפא", או לשווקו בחוזים "רעים" במיוחד (למשל, כאלה הפוטרים אותו מאחריות על מציאותם של מסמרים או יתושים בתוך המוצר), יימנע ציבור הלקוחות מלקנות את "אלפא" ויעבור למוצרים אלטרנאטיביים. המונופול על מוצר "אלפא" הוא במקרה זה מדומה בלבד, הואיל והספק המוכר אותו חייב להתחרות באופן תופשי עם הספקים האחרים המייצרים ומוכרים כעכים דומים. בלעדיותו של הספק אינה יכולה להצדיק, אם כן, התערבות שלטונית בתוכן החוזה: מותר לנו להניח שאם לקוח פלוני בחר שלא לעבור לתחליפים ולקנות דווקא את "אלפא", אם במחיר מופקע ואם באמצעות חוזה רע, בחירתו זו מבטאת בנאמנות את העדפתו האינדיבידואלית. (למשל, ייתכן שהלקוח מעוניין ב"אלפא" למטרות נוי בלבד והוא אדיש לשאלת הימצאותם של מסמרים במוצר.)

בחי המעשה רוב המוצרים אינם דומים לכעך "אלפא" ואף אינם תרופות פלא למדווים חשוכי מרפא. במלים אחרות, הביקוש הצרכני לרוב המוצרים אינו גמיש לחלוטין ואף אינו קשיח לחלוטין.

נניח, לדוגמה, שהמדובר הוא בשוק שבו נמכרים ונקנים קרשים לבנייה. אם הספק נהנה ממעמד בלעדי בשוק, הוא יוכל להעלות את מחיר הקרשים. אך אם יעלה את מחירם מעבר לרמה מסוימת (הנמוכה אמנם מיכולת התשלום האובייקטיבית של ציבור הלקוחות), יחליטו לקוחות אחדים שלא להמשיך בעסק הקבלנות ולעבור לעיסוק אלטרנאטיבי, שבו אינם חייבים לקנות קרשים לבנייה. הביקוש למצרך הרלוואנטי איננו, אם כן, קשיח לחלוטין. האם נובע מזה, שהמדינה חייבת למשוך ידה מהתערבות בתנאי מכירתו של המצרך הזה? לדעת, התשובה שלילית. אפילו בהנחה, שלקוח פלוני מסוגל מבחינה אובייקטיבית להפסיק את עיסוקו הנוכחי ולהסב את עצמו למשלח-יד אחר, ההסבה הזו איננה נעשית חינם. כל אימת שעלויות ההסבה תהיה גדולה יותר מאשר עלות השתתפותו כצרכן בשוק המונופוליסטי יהיה כדאי ללקוח להמשיך ולרכוש את הקרשים בתנאי השוק המונופוליסטי. אך בחירה זו איננה פרי של העדפה אמיתית בין מוצרים או חוזים מתחרים; היא נובעת מאי-היכולת לשאת בעלות המעבר מצריכת המוצר האחד לצריכת המוצר האלטרנאטיבי.

אם לא תתערב המדינה בהסכם מעין זה, יינתן כוח בידי הספק לכפות על הלקוח אחת משתי אפשרויות, שאף אחת איננה רצויה לו: או לקנות את המוצר בתנאים שאינם מבטאים את העדפותיו, או לבחור בעיסוק שאיננו מבטא את השקפותיו ואשר אם יעסוק בו יוכל להינזר מן הצורך לקנות את המצרך. חזרנו, אם כן, למצב שאותו רצינו למנוע: הגורמות נכפות על הפרטים בחברה באורח צנטראליסטי ולא באמצעות מוסדותיו הנבחרים של העם.

לסיכום נקודה זו אפשר לציין, כי המדינה תצדק אם תתערב בתוכנו של חוזה אחד אם נתקיימו בו, באופן מצטבר, שני התנאים האלה: ראשית, הוא נקשר בשוק לא-תחרותי בין מונופוליסט ובין מספר רב של לקוחות, או לחלופין, בין מספר מוכרים שהסכימו ביניהם על האחדת המוצר והחוזה הנלווה לו, ובין מספר רב של לקוחות. שנית, הוא נקשר בשוק שבו הביקוש איננו גמיש, כלומר הלקוחות אינם נוטים או אינם מסוגלים לצמצם באורח משמעותית את הביקוש למוצר (ואולי לעבור לצריכת מוצרים אלטרנטיביים) כביטוי לאי-ביעוּת רצונם כתנאי החוזה.

לסיום פסקה זו כדאי להעיר שתי הערות:

(א) בהנחה שציבור הלקוחות משופע בטעמים מגוונים בעניין "טיב" החוזה, אין דרך לספק את כל הטעמים האלה זולת על-ידי גיוון החוזה עצמו. גיוון בתנאי החוזה עשוי להטיל מעמסה כספית נוספת על הספק. השערה זו היא סבירה, הואיל והוספת טופס חוזי, נוסף על הטפסים הקיימים, כרוכה לא רק בהוצאות הניסוח והדפוס, כי אם גם במערכת נוספת של כוח אדם שתופקד על מימוּשן של התניות החוזיות המיוחדות כלפי קהל הלקוחות³³. עלייה זו בהוצאות הספק עלולה להתבטא גם בתאמרת מחירי השוק של המוצרים הרלוואנטיים, ואולי גם בצמצום הכמות הנצרכת. העמדה הערכית שאני נוקט ברשימה זו היא, שעל החברה לעמוד בהוצאה נוספת זו. ללא גיוון בתנאי החוזה נשמטת הקרקע מתחת לאשיות הדמוקראטיה החוזית. ואם חפצה החברה שלא להודק עוד להליכים דצנטראליסטיים בתחום החוזי, מוטב שתנאי ההתקשרות ייקבעו על-ידי המחוקק, ולא על-ידי ציבור הספקים.

(ב) בתחרות משוכללת התנהגות הקונים בשוק מעידה, היא כשלעצמה, על העדפותיהם. במצב של מונופולין אין הדבר כך. ואולם מכאן אין להסיק שלו היה המונופולין מתפורר והשוק היה חוזר למצב של תחרות משוכללת, היו הקונים מפתחים בהכרח הרגלי צריכה שונים מאלה שהוכתבו להם במצב המונופולין. מכאן שקיימת אפשרות שגם החוזה הנכרתים בשווקים מונופוליסטיים מבטאים את העדפותיהם האמיתיות של כל המתקשרים. בהקשר זה נראה לי שמן הראוי להבחין בין שני מקרים. אם הספק המונופוליסטי מציע לציבור מיגוון סביר של חוזה, עם הבדל מתאים במחיר, המקביל ל"איכות" החוזה, ניטל טעמה של התערבות מצד המדינה. חוקה על כל לקוח שבחר בחוזה המתאים לו. אם, לעומת זאת, הספק משווק עיסקת חבילה (מוצר יחד עם חוזה) אחת ויחידה, או שהגיוון שהוא מציע אינו מספיק, מותר להניח שלקוחות רבים היו מעדיפים להתקשר בעסקאות אחרות, ולפיכך חייבת המדינה להיחלץ לעזרתם. בדרך זו ייאלצו הספקים לגוון את תנאי חוזהם ולהתאימם לשאיפות האמיתיות של ציבור המתקשרים.

ג. פערים אינפורמטיביים

הבת נתאר לעצמנו שהשוק של ביטוח חיי נוסעים בטיסות בינלאומיות אינו נשלט

33 הגב, למשל, כי הטופס הנוסף מטיל על הספק אחריות לאיכות המוצר. הספק יאלץ אפוא להקים מחלקה מיוחדת שתבדוק תלונות על פגמים בציור ושתדאג להחלפת המוצר הפגום או לחיקונו.

על-ידי שום גורם מונופוליסטי. עשרים הספקים הפועלים בשוק מתחרים אלה באלה בכל האמצעים העומדים לרשותם. המוצר המוצע לציבור מגוון ביותר מבחינת תנאיו: זה מציע ביטוח החל על הטיסה הלוך ושוב, יהיה פער הזמן שבין שתי ההמראות אשר יהיה; אחר מציע ביטוח לעשרה ימים, בין אם ההמראה בחזרה אירעה באותה תקופה ובין אם לאו. פוליסה אחת חלה על מקרי תאונה ומוות שאירעו בתקופה הרלוואנטית אך ורק אם הם נגרמו בתאונה מטוס; ואילו מבטח אחר מתחייב לשלם אף אם סיבת התאונה או המוות מעוגנת בסיכון קרקעי. נניח עוד, כי נערך חישוב אקטוארי מדויק לגבי כל אחד מן הסיכונים האלה, וכי הפרמיה משקפת בצורה סבירה את הממצאים האקטואריים. אך אליה וקוץ בה; הפוליסות האלה משווקות בשדות התעופה באמצעות מכונות אוטומטיות. הלקוח משלשל מטבעות או שטרות מתאימים לתוך המכונה, והמכונה פולטת צרור ניירות. צרור זה הוא הפוליסה. ציבור הלקוחות חופשי לכאורה לבחור לו את הפוליסה המתאימה לצרכיו ולשאת בתשלום הפרמיה המתאימה. למעשה, החופש הזה הוא מדומה. האוטומאט אינו מגלה ללקוח את תוכן החוזים השונים החבויים בו. מכאן שהלקוח אינו מודע גם לגיוון הקיים בשוק, ומהו הוויתור שעליו לקחת על עצמו מבחינת תוכן החוזה, תמורת הפחתה במחיר המוצר מסכום אחד לסכום אחר. למעשה רואים רוב הלקוחות את אקט הרכישה של הפוליסה כ"קניית ביטוח" (כשם כולל) ולא דווקא כקניית פוליסה מסוימת הנבדלת בפרטים חשובים מחברותיה. "העדפותיו" של הלקוח נעשות, אם כן, באורח עיוור ואינן משקפות, למעשה, בחירה חופשית בין חלופות מתחרות. שוב אין לדבר על הליך חקיקתי דצנטראליסטי, כי קיומו של הליך כזה מותנה בקיום מודעות לחלופות ובהבנתן. שוב תצדק המדינה אם תתערב בחוכן החוזה.

נעבור מדוגמה קיצונית זו למתונות ממנה. הבה נניח, שהפוליסות דלעיל אינן משווקות באמצעים אוטומאטיים, אלא שהן סדורות בערימות במשרד של סוכנויות ביטוח השוכן בשדה התעופה. כל לקוח החפץ בכך רשאי לעלעל בעשרים המוצרים השונים המונחים בערימות שלפניו, להציג שאלות ולקבל הסברים. לדעתי, מצבו של הלקוח לא השתנה בהרבה ממצבו בדוגמה הקודמת. בהתחשב בלחץ הזמן שהוא אופייני לשהייה בשדות התעופה מתקבל על הדעת, שלא יעלה בידו לרדת לחקר האלטרנאטיבות הפתוחות לפניו. בחירתו ביניהן היא בחירה שרירותית.³⁴

גם בשוקי המוצרים המוחשיים (להבדיל משוק הביטוח, שבו המוצר הנמכר הוא החוזה עצמו) אנו עדים לתופעות דומות. בהרבה מקרים הלקוח אינו מבין את מהות המוצר (מערכת סטריאופונית, מכונת כביסה) שהוא קונה, מה הן האלטרנאטיבות המוצעות בשוק, ובמה נבדל מוצר פלוני מן המוצרים האלטרנאטיביים. גם כאן הבחירה בין המוצרים היא או מכאניסטית או שהיא מושפעת משיקולים שוליים בעלי רלוואנטיות מועטה, כגון צבע המוצר או חיכוכו של הסוכן.

בשוקים אחרים מותר להניח שהלקוח אינו נכנס לעיסקה לפני שלמד יפה את האלטרנאטיבות המוצעות בשוק מבחינת היתרונות והחסרונות של כל אחת מהן. ייתכן

34 בנוגע למיגוון הרחב של הפוליסות לביטוח חיי נוסעים ועל הקשיים האינפורמאטיביים של הנוסעים לעמוד על טיבן ראה: *Mutual of Omaha v. Russel* 402 F. 2nd 339 (10th Cir. 1968), cer. den. 394 U.S. 973 (1969).

ששוק המכונות המשומשות הוא דוגמה לתופעה זו. בהנחה שהספק איפשר ללקוח לבדוק בדיקה יסודית את המכונת הנמכרת (כגון באמצעות מכוני בדיקה) מותר להגות, שעסקת מכר שהושלמה בין הצדדים אכן משקפת את העדפותיו של הלקוח, אפילו אם נתגלה לאחר מכן פגם במכר, והספק מבקש להתנער מאחריותו לפגם בהסתמך על תביית פטור שבחוזה.

לסיכום נקודה זו אפשר לומר, שלמדינה יש אינטרס לפקח על תוכנם של חוזים אחדים שנעשו בשוק שבו סובלים הלקוחות מנחיתות אינפורמטיבית בנוגע למוצר הנמכר.

ממבט שטחי נראה כאילו ליקויים אינפורמטיביים היו צריכים להצדיק באותה מידה את התערבות המדינה בחוזים אינדיבידואליים. ננית, למשל, שלפלוני מכונת כביסה משומשת והוא מבקש למוכרה לאחר. מידת המידע של הקונה, הן על מהותו ועל איכותו של המוצר המוצע לו למכירה והן על מהותו ואיכותו של האלטרנאטיבות המוצעות בשוק, אינה בהכרח רבה יותר מאשר אילו רכש את המכונה מאת ספק, ועל-פי תנאי חוזה אחד. בשני המקרים הלקוח נוטל על עצמו את עולה של נורמה שאיננה בהכרח מבטאת את העדפותיו ועל כן, אין לומר על הליך יצירת הנורמות שהוא "דצנטראליסטי".

בכל זאת שונה הסכם אינדיבידואלי כזה מחוזה אחד. אם ההסכם הוא אינדיבידואלי, נמצא גם המוכר באותו מצב כמו הקונה, ואף הוא סובל מאותם ליקויי מידע. כמוהו כקונה אינו מיטיב להבין את מהות המוצר ואיכותו. וכשם שהקונה אינו בהכרח ער לאלטרנאטיבות ההיצע בשוק, כך גם המוכר אינו בהכרח ער לאלטרנאטיבות הביקוש. ההבדל הוא, אם כן, במידת השוויון שבעמדות המיקוח של הצדדים: בעוד שהספק בחוזה אחד יכול לנצל את יתרונות המידע שלו להשגת עיסקה "טובה" במיוחד, כלומר מכירת מוצר או חוזה "רעים" ביחס למחיר הנדרש, המוכר האינדיבידואלי אינו נמצא במצב כזה. בעוד שהספק מצויד בכלים המאפשרים לו לנצל לרעה את מעמדו, המוכר האינדיבידואלי אינו מצויד בכלים כאלה. מכאן שקיימת הצדקת יתר לפקח על תנאיו של חוזה אחד שנכרת בשוק הספוג בליקויי מידע מצד הלקוחות. ההצדקה היא מועטת יותר בעסקאות אינדיבידואליות. אמנם אין להסיק מכאן שכל תנאיה של עיסקה אינדיבידואלית צריכות להיות חסינות מפני התערבות המדינה. תניות קשות במיוחד ניתן בדרך כלל לפסול לפי דיני החוזים הכלליים. אך אין צורך לבחון תניות כאלה במבחנים החמורים יותר של דיני החוזים האחדים.

4. סיכום ביניים

כאשר השוק הוא שוק תחרותי (פחות או יותר)³⁵ בכוחו לפקח על עצמו. אמת זו נכונה הן במישור המחירים המושגים עבור הסחורות והשירותים הנמכרים בו והן במישור תנאי החוזות המתלווים אל העסקאות המבוצעות בו. אם קיימת מונוליטיות במוצר

35 במציאות אין (או כמעט שאין) שווקים שהתחרות בהם היא משוכללת לחלוטין. לצרכינו אנו די לנו אם האלמנטים של התחרות החופשית הם דומיננטיים ביחס לאלמנטים המשבשים את פעולתה.

או בשירות הגמכר (בין אם סיבת התופעה נעוצה במעמדו המונופוליסטי של הספק ובין אם היא נעוצה בהתאחדות קארטלית של כל הספקים), ואם, בנוסף לכך, הביקוש למוצר או לשירות הוא ביקוש קשיח בתחום הכמויות הרלוואנט, חייבת המדינה לתקן את השיבוש בפעולות השוק. יישור ההדורים רצוי שיעשה במקביל, הן במישור הפיקוח על תנאי החוזה (חוק החוזים האחדים) והן במישור הפיקוח על המחירים (למשל, באמצעות חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים). דרך אלטרנטיבית לפיקוח הכפול הנה היא לפעול לפירוק הקארטל, כגון באמצעות חוק ההגבלים העסקיים. אם הביקוש למוצר או לשירות גמיש יחסית, אין המדינה צריכה להתערב, לא במחירים ולא בתוכן התניות החוזיות, שכן גמישות הביקוש מבטיחה מתן ביטוי נורמאטיבי להעדפות הלקוחות גם בלא התערבות.

המדינה חייבת להתערב גם כאשר ניטל התוכן מהפעלת הרצון החופשי של הלקוחות בגלל ליקויי מידע. בשוק הספוג בליקויי מידע אצל הלקוחות ניתנת לספקים ההודמנות לנצל את המצב לתועלתם ולרעת הלקוחות. ניצול זה עלול להביא מצב שבו החוזים הנערכים באותו שוק יתנו ביטוי נורמאטיבי אך ורק להעדפות הספקים. גם כאן יש מידת-מה של רלוואנטיות לגמישות הביקוש; שכן, אפילו לקוח שאינו מיטיב להבין את טיב המוצר ואינו בקי באלטרנאטיבות הקיימות בשוק יוכל להתגורר מצריכת מוצרים מסוימים הנראים לו יקרים מדי, אך לא מאחרים. הטעם להתערבות המדינה רב יותר במקרה האחרון.

עיון בחקיקה הישראלית הנוגעת לעניין מעלה בבירור, ששיקולים מעין אלה הדריכו את המחוקק ושימשו תמריץ לקבלת החוקים העיקריים הנוגעים בדבר בכנסת.

סקירת כמה פסקי דין של בית המשפט העליון

1. כללי

בשני הפרקים הקודמים ניסיתי להסביר את הטעמים להתערבות המדינה בענייני חוזים אחדים. ניסיתי אף להבחין בין סיטואציות שבהן התערבות כזו עשויה להיות מוצדקת ובין מקרים אחרים. בפרק זה אנתח מספר הלכות שנפסקו על-ידי בית המשפט העליון בישראל. מטרת הפרק לבחון באיזו מידה מושתתות הלכות אלה על בסיס עיוני מוצק. שלא כמו בפרקים הקודמים, יחייב הדיון בפרק זה התייחסות צמודה יותר לחקיקת החוזים האחדים בישראל. לבסוף, רצוני לציין שאין מטרתו של פרק זה לסקור את כל הפסיקה בנושא החוזים האחדים; מטרתנו אינה קומפילאטורית כי אם אנאליטית.

2. שמעוני אבנר נ' מפעלי רכב אשדוד³⁶

(א) ההחלטה

ראובן ביקש להחליף משאיתו באחרת. ביוני 1974 חתם על טופס הזמנת משאית במשרד סוכני היבואן. המשאית סופקה לו רק בחודש אפריל 1975. כתוצאה מן הפיגור

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

במסירה נגרמה לראובן שורה של נזקים. על נזקים אלה ביקש להיפרע מן הספק. הספק התגונן בטענה שבטופס ההומנה, שעליו חתם הלכות, הודפס שהיא נערכה לפי התנאים "שמעבר לדף". בין התנאים האלה היה כתוב: "תאריך ההספקה המשווער... איננו אלא בבחינת תחזית בלתי מחייבת ואינו מהווה תנאי מתנאי הומנה זו. המזמין לא יוכל לטעון בנסיבות כלשהן שהחברה סיפקה לו את הציוד באיחור או במועד בלתי סביר...". ראובן טען, שתניית הפטור האמורה היא תנאי מגביל, כמשמעות הביטוי בחוק החוזים האחדים, ובהיותה מקפחת אותו כלקוח ראוי בית המשפט שלא לתת לה תוקף משפטי.

בשאלה עקרונית זו נחלקו דעות השופטים. לפי דעת הרוב, שהשמיע אותה השופט שמגר, (להלן: "גירסת שמגר") אין לך מצב של "קיפוח הלכות" אלא אם נתקיימו שניים אלה: התניה שבמחלוקת היא בלתי מוסרית מבחינת תוכנה, ותהליך המשא-ומתן לקה בחוסר שוויון בין הצדדים. אף אחד משני התנאים האלה לא נתקיים בענייננו. המבחן למוסריותה של הנורמה המגבילה נעוץ בעיקרו של דבר בסוג הנזק שהיא פוטרת ממנו: כך, נורמה הפוטרת מאחריות לנזקי גוף תיראה לכאורה כמוקשה מבחינה מוסרית; נורמה הפוטרת מאחריות לנזקי רכוש גרידא תיראה לכאורה ככשרה מבחינה מוסרית. אמנם אבחנה זו אינה חלוטה; אף תניות הפוטרות מאחריות לנזקי ממון יכולות להיות כפופות כנוגדות את תפיסתנו המוסרית, אם ניתן לסווג את המצרך או השירות הנמכר כ"חיוני". בפרשה זו המדובר היה בנזק ממוני גרידא והמוצר הנמכר (משאית) אינו יכול להיחשב כמצרך "חיוני". מכאן שאין אפשרות לראות את תניית הפטור כבלתי מוסרית.

גם אין אפשרות לקבוע שהליך המשא-ומתן לקה בליקויי חוסר שוויון בין הצדדים להסכם. הספק לא היה מונופוליסטי (כלומר אפשר היה להזמין את המשאית אצל סוכן אחר) והלקוח מועמד בחוקתו שהבין יפה את מושא ההתקשרות (כלומר: מותר להניח שהבין את תוכנה של תניית הפטור).

על עמדה זו חלקה השופטת בן פורת. לגירסתה (להלן: "גירסת בן פורת"), עיקר תכליתו של חוק החוזים האחדים היא לרפא פגמים הנוצרים בהתקשרויות "כלכליות" דווקא, כלומר לאו דווקא כאלה שבהן פוטר את עצמו הספק מאחריות לנזקי גוף. קיומם של ספקים אחרים אינה מועילה ללקוח, הואיל ומן הסתם החוזים המופצים על-ידי הספקים האחרים לא היו שונים, עקרונית מן ההסכם שעליו חתם בפועל. כאסמכתא לפרופוזיציה אמפירית זו מפנה השופטת לספרה של ד"ר ג' שלו תניות פטור בחוזים. מאחר שראובן לא יכול היה לזכות בחוזה בטול תניה כזו בכל השוק כולו, אות הוא שהתניה מקפחת ויש לפסול אותה.

(ב) ניתוח

גירסת שמגר אינה עומדת, לעניות דעתי, במבחן הביקורת. עצם ההזדקקות לשאלה ה"מוסרית" נראית לי שלא ממין העניין. אמנם נכון הדבר, שמותר להגביל את כוח "החקיקה הפרטית" של צדדים להסכם על-ידי מיגבלות שמקורן בהשקפותינו המוסריות. כך, מותר, אולי, שלא לתת תוקף נורמאטיבי מחייב להסכם בין פרוצה ללקוח, אפילו אם אקט הזנות איננו נחשב, הוא כשלעצמו, בלתי חוקי. מותר, אולי, שלא לתת תוקף לתניה חוזית הנוגדת את מוסר המשפחה, מוסר העבודה, או המוסר העסקי, המקובל

(לדעת השופט) על החברה בכללותה. בהקשר זה מתקבל על הדעת שתניה חוזית, המבטאת זלזול או חוסר התחשבות ב"קדושת החיים" או בשלמות גופו של האדם, עשויה להיראות כתניה בלתי מוסרית (בהיותה נוגדת נורמה מוסרית המקובלת בחברתנו לפיה יש לאדם, לגופו ולחיי משמעות מוסרית-נורמטיבית גבוהה ביותר). אפשר גם לראות בתניה כזו הבעת רצון העומדת בניגוד לתקנת הציבור. שופט הסבור כך יצדק אם יסרב לתת לה תוקף נורמטיבי. אך שאלת ההתנגדות בין הנורמה החוזית לזו המוסרית היא כאמור שאלה כוללת לדין החוזים, ולא שאלה ספציפית לדין החוזים האחרים. מכאן שהעדר מוסר מוסרי בהתקשרות החוזית אינו יכול לשמש עילה, הוא כשלעצמו, לסירובו של בית המשפט לבדוק תניה בחוזה אחיד מבחינת תוכנה ולהחליט בשאלת אכיפותה.

דברים אלה גובעים במישרים מן הניתוח שבפרקים ב' ו-ג'. מטרתם של דיני החוזים האחרים היא למנוע מן הספקים "לחוקק" באורח חד-צדדי את הנורמות המחייבות את ההמונים. לו היה מותר להם "לחוקק" כל נורמה העוברת את "מבחן המוסריות" שבגירסת שמגר, היה גמסר בידיהם הכוח לכפות על הלוקחות תניות חוזיות בלתי רצויות להם, גם אם הן נייטרליות מן הבחינה המוסרית. למשל, אין כל נפקא מינה מוסרית בשאלה אם מכונת כביסה נמכרת ב-2,000 לירות עם תעודת אחריות לשנה או ב-2,500 לירות עם תעודת אחריות לשנתיים. עם זאת, יש צרכנים שהיו מעדיפים מבחינתם, את האפשרות הראשונה ואילו אחרים מעדיפים את החלופה השנייה. כדי להשיג את הדצנטרליזציה הנכספת בהליך יצירת הנורמות, יש לווסת את השוק באופן שייתן ביטוי להעדפות השונות כאמור. זאת ניתן להשיג בשוק של תחרות בלתי משוכללת רק על-ידי התערבות המדינה בתוכן התניות החוזיות.

אפשר להציג הסבר זה גם בניסוח אחר. אילו כל חוזה העובר את המחסום האובייקטיבי של המבחן המוסרי היה נאכף, ניתן היה להתעלם מרוב השאיפות האינדיבידואליות של הלוקחות: צריך היה להתחשב רק באותן שאיפות שהתעלמות מהן היתה נוגדת את המחסום האובייקטיבי האמור. תוכן הנורמות היה מוכתב אפוא על-ידי שני גורמים: העדפות הספק ודרישותיה המוסריות של החברה. הנורמות גובעות אפוא משני מרכיבים: האוליגארכיה המסחרית והתעשייתית ודרישות קוגנטיות של החוק. פשיטא, שלא זו הדצנטרליזציה שביקשה החברה להשיג כשהכירה בלגיטימיות של האצלת מלאכת החקיקה מן הריבון אל ציבור המתקשרים.

מן הדברים האלה נובע גם, שהאבחנות שבגירסת שמגר בין גזקי גוף לגזקי רכוש ובין מוצרים "חיוניים" לכאלה שאינם "חיוניים", מאחר שנעשו כדי להגדיר את תופעת "הנורמה הבלתי מוסרית", אף הן אינן ממין העניין, ואין בהן כדי לקדם את הדיון בשאלת החוזה האחד.

גם ניתוחו של השופט שמגר בסוגיית השוויון "בעמדות המיקוח" אינו נראה לי. לפי גירסת שמגר, אי אפשר היה להצביע על חוסר שוויון כזה, הואיל והספק לא היה מונופוליסטי והלקוח הבין את תוכן ההסכם. כמצוין בגירסת בן פורת, קיימת אפשרות שההיצע בשוק הוא מונוליטי מבחינת תוכנו, למרות העדר מונופולין של ממש: כלומר, כל החוזים המוצעים על-ידי הספקים השונים שווים מבחינת תוכנם. במצב כזה (מצב של קארטל) נכפית התניה הבלתי רצויה על הלקוח, כשחלופתו היחידה היא שלא להתקשר בחוזה.

שאלת הבנת הלקוח את תוכן התניה שייכת כמובן לסוגיית המידע. כבר ראינו, שהבנת המוצר עצמו אינה פותרת את בעיית הליקויים במידע, אלא אם הלקוח מודע ברומנית לאפשרויות האלטרנטיביות המוצעות בשוק. לכן, גם אם נניח שהלקוח אכן הבין את משמעות הגבלת האחריות לעניין הפיגור במסירה, אין להסיק מכך שידע גם מה שמוצע על-ידי ספקים אחרים ובאילו תנאים.

בעבור עתה לגירסת בן פורת. אף על פי שגישתה של השופטת גראית לי יותר מזו של השופט שמגר יש לבחון שוב כמה מן הדברים שאמרה. אין ספק שצדקה השופטת כשדחתה את האבחנה בין נזקי גוף לנזקי רכוש והכל כמוסבר למעלה. בעניין זה פסקה:

"איני רואה יסוד למיון הנושאים, לענין חוק החוזים האחדים, לאלה הפוגעים בבריאות האדם או בקדושת החיים מזה, ולאלה הפוגעים רק ברכוש, מזה. אכן, קיימת אפשרות לפסול תנאי ... גם בנושא לא כלכלי ... אך כפי שיובהר מהאסמכתאות דלהלן מטרתו העיקרית של החוק היא כלכלית". (ההדגשה במקור.)

מי שקורא פסקה זו בעיון עלול למצוא בה אסמכתא לרעיון המוטעה שקל יותר לפסול תניה מכוח חוק החוזים האחדים, אם אינה נוגעת לחיים או לבריאות הגוף (אלא לנושאים כלכליים בלבד); ולא היא. תוכן התניה או סוג הנזקים שהיא מתיימרת לפטור מאחריות לגביהם הם לרעתי נטולי כל חשיבות. אכן הבוחן היחידה היא מבנה השוק שבו נמכר השירות או המצר. אם, למשל, מקיים יצרן תרופות מונופולין בשוק התרופות והביקוש למוצר הוא ביקוש קשית, פשיטא שיש הצדקה למדינה להתערב בתוכן התווה. מאידך גיסא, אם קיימת תחרות משוכללת בשוק התרופות, כלומר קיים מספר רב של ספקים המתחרים בשוק הצריכה והלקוחות נהנים ממידע מוחלט בנוגע לכל מוצר ותלופותיו (כגון שהבחירה בין התלופות נעשית על-ידי רופאים מומחים הרושמים את התרופות) — אין טעם מבחינת חוק החוזים האחדים להתערב בתוכן התווה. ולעניין זה דומה התרופה בכל, אם תרצו, לפסולת המצטברת בתהליך הייצור שלה, ואיך ניתן לצמצם לצרכים מסחריים. הפסולת, שלא כמו התרופה עצמה, אינה עניין הנוגע "לקדושת החיים" או לשלמות גופו של האדם, ושימושה היחיד הוא מסחרי או כלכלי. בכל זאת תצדק המדינה אם תתערב בתנאי מכירתה של הפסולת מן היצרן אל לקוחותיו, אם מקיים הראשון תנאי מונופולין או אם הלקוחות סובלים מנחיתות אינפורמטיבית. על המדינה למשוך ידה מלהתערב בתנאי החוזה הזה, אם שוק פסולת התרופות מתנהל על-פי כללי התחרות המשוכללת.

משקבעה השופטת שאכן ההסכם היה במישור הכלכלי, הניחה כמעט ללא הנמקה שהתנאי המגביל מקפח את הלקוחות, כלומר שיש לפסול אותו. לפי גירסת בן פורת אין חוק החוזים האחדים מוגבל למקרים שבהם הספק הוא מונופוליסטי. אין כל נפקא מינה אם קיים מונופול שהרי — כפי דבריה של ד"ר שלו, שאותם ציטטה השופטת מתוך הסכמה —

"מקום בו שולטים בכיפה חוזים אחדים, אין כל משמעות לבחירה בין בעל חוזה זה או אחר. חוזהם של כל הגופים והחברות העוסקים בענף משקי מסוים זהים, או, לפחות, דומים מאד, והאמירה כי הפרט יכול לבחור עם מי מביניהם יתקשר, אינה אלא לעג לרש."

קשה להסכים עם הנמקה זו. רוב רובם של המצרכים והשירותים שאנו קונים נמכרים על-ידי ספקים, דהיינו באמצעות חוזים אחידים. עם זאת, ברבים מן המוצרים והשירותים הללו קיימת תחרות חריפה בין הספקים לבין עצמם ולפיכך נוצר בשוק מיגוון רחב של מוצרים ושירותים הנבדלים אלה מאלה בהבדלים חשובים. במלים אחרות, קפיצת הדרך ממימצא של חוזה אחיד למימצא של מונוליותיות במוצר היא קפיצת דרך בלתי מוצדקת שאינה מעוגנת כלל במציאות: הדרך לערוך בדיקה אמפירית איננה יכולה להיות זו של הסתמכות על כתביהם של חכמי המשפט, כי אם זו של שמיעת ראיות, או בנסיבות קיצוניות, הסתמכות על מה שנמצא בתחום הידיעה השיפוטית³⁷. (למשל, אין לדעתי צורך בראיות לצורך קביעת המימצא ששירותי האוטובוסים בישראל הם בלתי מגוונים מבחינת תנאיהם. יש ויש צורך בראיות על תנאי ההספקה של ירקות בשוק הסיטונאי בתל-אביב.)

גם השופטת בן פורת עוסקת בסוגיית היחס בין חוק החוזים האחדים ובין "השאלה המוסרית". בסוגיה זו קבעה השופטת: "ניתן לאמר שעקרונות טובת הציבור יש להם מקום ותחולה רק כאשר החוזה אינו אחיד או שהתנאי אינו מגביל". יפה עשתה השופטת אם היה כוונתה לקבוע שהיות התנאי "מוסרי" או עולה בקנה אחד עם טובת הציבור אינו עומד בסתירה לאפשרות פסילתו לפי חוק החוזים האחדים. אך מכאן ועד לקביעה המצוטטת עוד ארוכה הדרך. פשיטא שאם חוזה פלוני מנוגד לתקנת הציבור, או שאינו מוסרי, או שאינו חוקי, או כיוצא באלה מומים, אפשר לפסול אותו — בין אם הוא אחיד ובין אם הוא אינדיבידואלי, והדברים פשוטים.

3. מדינת ישראל נ' חדד³⁸

(א) ההחלטה

מדינת ישראל מפרסמת מפקדה לפקידה מכרזים על מכירת מלאי גרוטאות של כלי רכב שיצאו משימוש. שמעון זכה במכרז כזה. בחוזה שנחתם בינו ובין המדינה הופיעה התניה הבאה:

"נזיקין לגוף או לרכוש.

האחריות לאבדן, לנזק, להפסד, לתאונה או לכל אי נוחיות שהיו עלולים להיגרם בנפש או ברכוש לקונה או לכל אדם אחר בהקשר האפשרי, מכל סיבה שהיא הכרוכה בטיפול או בשימוש בה במישרין או בעקיפין — לא על המשרד [כלומר: המדינה — א"פ] היא, אלא על הקונה בלבד."

37 אני ער לכך, שהצורך לשמוע ראיות על נהוגי השוק מעורר, הוא כשלעצמו, בעיות מעשיות קשות. כלום יוכלו הצדדים לאסוף את הנתונים האמפיריים הרלוואנטיים לצורך הגשתם במשפט? האם ההוצאה שתהיה כרוכה במלאכת האיסוף הזו לא תהיה גבוהה מדי? ואף אם יוצג החומר בפני השופט, כלום כשיר יהיה להעריכו ולשקלו במומחיות סבירה? בשאלות אלה לא אעסוק ברשימה זו, שכן הן ראיות למחקר נפרד. במסגרת רשימה זו די אם אשכנע את הקורא שאלה הם הנתונים הדרושים כדי לאכוף את חקיקת החוזים האחדים ושבלעדיהם תיעשה כוונת המחוקק פלסתר.

38 ע"א 443/69 מדינת ישראל נ' חדד, פ"ד כד (1) 7.

עובדו של שמעון עסק בפירוק של גרוטאה ונפצע. הוא ביקש להיפרע על נזקו מן המדינה, ואולם זו טענה שלאור התניה המצוטטת לעיל היא השתחררה מכל אחריות לתאונה ורק שמעון לבדו נושא בה. שמעון העלה שתי טענות חלופיות. ראשית, שהתניה האמורה פסולה בהיותה תנאי מגביל שיש בו משום קיפוח הלקוחות. לחלופין, התניה בטלה בהיותה מנוגדת לעקרונות הסדר הציבורי. בטענתו זו הסתמך שמעון על ההלכה המפורסמת שנפסקה בפרשת צים ג' מ'א"ר³⁹ שהחלטת בה, כידוע, לפני קבלת חוק החוזים האחדים בכנסת.

השופט ח' כהן פסק, על דעת שלושת השופטים שיטבו בדיון, ששתי הטענות דינו להידחות. אשר לטענה הראשונה קבע השופט, שעל מנת לפסול תניה בחוזה אחד אין להסתפק בכך שהיא "מגבילה", כמשמעות הביטוי בחוק החוזים האחדים; עליה גם להיות מקפחת את הלקוחות. בטל הוכחת הקיפוח הוא על הטוען לקיפוח, כלומר על הלקוח. מאחר שבעניין זה לא הובאה כל ראיה, לא יכול היה בית המשפט לקבוע –

"אם, בשים לב לכלל תנאי החוזה, ובפרט (למשל) למחירים אשר בהם מוכנה היתה המדינה למכור ללקוחות את הגרוטאות הנדונות, לא היה בשלילת אחריותה של המדינה בנוזיקין משום יתרון סביר אשר תמורתו באה ללקוחות בשיעור הנמוך של המחיר או בתנאים אחרים של החוזה."

שלא כמו הטענה המעוגנת בחוק החוזים האחדים, הטענה הנוגעת לסדר הציבורי היא "משפטית טהורה", ולפיכך לא צריך היה הלקוח להביא ראיות. כדי לפסול תניה בהיותה נוגדת את הסדר הציבורי, די שיתקיימו בה שניים אלה: שתוכנה בלתי רצוי מבחינה מוסרית או סוציאלית, ושהיא הותנתה "במסגרת של חוזה שהצד בו, הנמצא מקופח, לא היה חופשי להתנגד לו". השופט נמנע מלדון בשאלת מוסריותה של תניית הפטור. הוא ראה את עצמו פטור מלדון בשאלה זו לאור קביעתו ששמעון לא הצליח להוכיח לבית המשפט שהתניה הותנתה במסגרת חוזה שהלקוח לא היה חופשי להתנגד לו:

"כשהמדינה מוכרת גרוטאות, הריהי 'ספק' ככל הספקים, והקונים 'לקוחות': איש אינו כופה על הקונה לקנות גרוטאות ואין הגרוטאות בבחינת מצרך חיוני ועממי אשר אין לעשות בלעדיו. קוני הגרוטאות הם סוחרים מנוסים אשר עיניהם פקוחות לכל מה שכתוב בחוזים שהם חותמים עליהם, וידיהם פתוחות לרווחה להשגת ריווח, וקמוצות בקפידה למניעת הפסד. יום סדר ציבורי, או אינטרס ציבורי או משפטי כלשהו, אינו מחייב או מצדיק התערבות בית המשפט כדי לשחררם מהתחייבות שקיבלו על עצמם בחוזה מסחרי רגיל, יהא אשר יהא טיבה של התחייבות זו."

בכך שונה הרקע העובדתי בפרשה זו תכלית שינוי מן הרקע שדון בפרשת צים, שכן שם היה המדובר בהתקשרות בין לקוח ובין מוביל ימי מונופוליסטי, ולכן הלקוח לא יכול היה להודק לשירותי ההובלה הימית בלתי אם לקח על עצמו את כל תניות החוזה שהוכתבו לו באופן חד-צדדי על-ידי הספק.

39 ע"א 461/62 צים ג' מ'א"ר, פ"ד יז 1319. והשווה: ע"א 99/59 "שהם" ג' פ"ינר, פ"ד יד 1451.

(ב) ניתוח

אילו טען הלכות אך ורק את הטענה הראשונה, זו המעוגנת בדיני החוזים האחדים; ואילו פסק בית המשפט רק את חלקה הראשון של ההלכה, זה הנוגע לאותו תחום של המשפט, כי אז היה פסק הדין מונח על בסיס עיוני מוצק: ודאי שאין הלכות יוצא ידי חובתו בכך שהצביע על כי תניה פלונית היא מגבילה. עליו גם לשכנע את בית המשפט כי יש בה משום קיפוח הלכות. ופשיטא שבהיותו מוציא מחברו — עליו הראיה.

חלקה השני של הלכת הדר מוקשה יותר, ויש בו, לדעתי, גם כדי לעורר ספקות בנוגע לחלק הראשון. ראשית, קשה מאוד לקבל את ההלכה שבית המשפט רשאי לפסול תניה בהיותה נוגדת את הסדר הציבורי רק אם נתקיימו בה באופן מצטבר שני התנאים גם יחד: שהיא בלתי מוסרית ושנכפתה על הלכות נגד רצונה. כבר עמדנו על כך — דיני החוזים הכלליים קבעו וקובעים כך גם היום — כי די באי-מוסריותה של הנורמה החוזית כדי לקעקע את אכיפותה. אלמנט הכפייה הוא זר לעניין, ואפילו נורמה שזכתה להסכמה מכל לב של הצדדים אינה אכיפה, אם היא נוגדת את האני מאמין של החברה, כפי שהוא מתפרש על-ידי השופט היושב בדיון.

אלמנט הכפייה נעשה רלוואנטי דווקא בדיון הנוגע לחוזים אחדים, שהרי כפיית הלכות על-ידי הספקים מונעת את הדצנטראליזציה בהליך יצירת הנורמות, שהיא הראציונאל העיקרי לתורת חופש החוזים. מכאן, שהדיון בשאלת הכפייה הוצב על-ידי השופט כהן במקום הגיאומטרי הבלתי מתאים: לא כמענה לטענת הלכות שהתנאי המגביל פסול הוא על-פי תורת החוזים האחדים, כי אם כנימוק לדחיית טענתו שהתניה אינה אכיפה על-פי תורת החוזים הכללית מטעמי תקנת הציבור.

רצוני, אם כן, לעשות עתה את מה שלא עשה השופט כהן, ולבדוק את שאלת הכפייה מן האספקט הרלוואנטי, כלומר מבחינת דיני החוזים האחדים. כזכור, קבע השופט שהלכות אינו אנוס להתקשר בחוזה, שכן הדרך סלולה לפניו שלא לקנות גרוטאות. גרוטאות אינן מצרך חיוני ואפשר בלעדיתן. אם בחר הלכות לרכוש בלאו הכי, וחזקה על סוחר מנוסה שכמותו שהבין יפה את טיב העיסקה שכרת — אל לו להלין אלא על עצמו. הנמקה זו אינה נראית לי. הברירה המציב השופט בפני סוחר הגרוטאות — שלא להיזקק עוד לגרוטאות — איננה ברירה ריאליסטית. לגבי לקוח כזה הביקוש לגרוטאות (לפחות בכמות מסוימת) אינו גמיש, שכן הוויתור על המצרך כרוך באובדן פרנסתו, או, לחלופין, בהסבה מקצועית רבת עלויות למשלח-יד אחר. וכי מדוע ייגרע חלקם של סוחר הגרוטאות מזה של לקוחות אחרים בשווקים אחרים? איני רואה הצדקה כלשהי לכך, שדווקא בשוק זה יינתן לספקים הכוח להכתיב את הנורמות הרצויות להם תוך התעלמות מהעדפותיהם האינדיבידואליות של הלכות. מכאן, שגם קביעת השופט שגרוטאות אינן "חיוניות" וכי אפשר להינזר מהן מחטיאה את המטרה. מאידך גיסא, ניתן היה לתמוך במסקנתו של השופט כהן מנימוק אחר לגמרי והוא זה: סוחר הגרוטאות יכול היה, לו חפץ בכך, לבטח את עצמו מפני פגיעות גוף (של ושל עובדיו) שתגרימנה תוך-כדי הטיפול בגרוטאות. פעולה זו היתה מתבטאת מצד אחד בשיפור המצרך (תוספת אלמנט הביטחון) ומצד שני בייקורו (תוספת הפרמיה). מאחר שהאופציה לעשות כך היתה פתוחה בפני הלכות, אין הוא יכול להישמע עוד בטענה שהספק היה חייב לעשות זאת עבורו. נהפוך הוא:

לו מחק הספק את תניית הפטור מהתקשרויותיו האחרות, היה כופה בכך את המוצר ה"טוב" גם על הלקוחות שהיו מעדיפים, מצדם, להסתפק במוצר ה"רע" תמורת חיסכון בפרמיה. כדוגמה ללקוח מסוג זה ניתן לראות אדם שקנה המידה של עיסוקיו הוא כה גדול, עד כי כדאי לו לבטח את עצמו ובכך לחסוך את ההפרש שבין הפרמיה הנגבית על ידי חברות ביטוח (והכוללת תמורה עבור הוצאות מינהליות ושוליים לרווחיות) ובין הפרמיה של המבטח העצמי, המשיקפת אך ורק את עלותו של הסיכון. והערה אחרונה בהקשר זה: נראה הדבר, שהשופט כהן לא נתקל בקשיים כלשהם לדון בשאלות הנוגעות לקיום מונופולין, ל"חיוניות" המצרך ולברירתו של הלקוח, ואף משאלת רמת המידע של הצדדים לא משך את ידו. כל זאת עשה ללא גביית ראיות, מתוך שהגדיר את השאלה "כמפשטית טהורה", כלומר כשאלה לא-עובדתית שאינה צריכה לראיות לצורך ליבונה. כפי שכבר הבעתי את דעתי, הדיון הזה שייך בעצם לפי טיבו לשאלת אכיפותה של תניית הפטור מבחינת דיני החוזים האחרים. אם כל המידע הזה אכן עמד לרשות בית המשפט – ובלי צורך לגבות ראיות – יכול היה לדון לגופה גם בטענתו הראשונה של הלקוח – זו שהיתה מעוגנת בדיני החוזים האחרים. כזכור, דחה בית המשפט טענה זו מן הנימוק שלא נתמכה ובוססה בחומר ראיות כנדרש.

4. לגיל טרמפולין נ' נחמיאס⁴⁰

(א) ההחלטה

בפרשה מעניינת זו רכש לוי כרטיס כניסה למשטח ספורט ושעשועים של קפיצה על מתקן הידוע בשם "טרמפולין". מתקן זה אינו אלא יריעת אריג אלסטית מתוח שניתן לקפץ עליו ולבצע תוך-כדי כך תרגילי התעמלות. למרות מראהו התמים טמונת במתקן סכנות לרוב, שכן קפיצה בלתי מוצלחת עלולה לגרום לחבלות גופניות קשות. על גב כרטיס הכניסה כרכש לוי הודפסה "תניית פטור" בזה הלשון: "החברה אינה אחראית לשום תאונה, נזק או חבלה ייגרמו לקופץ. הקופץ משתמש במקפצה על אחריותו בלבד." בתוך חצרי החברה ובסמוך למתקן נקבע שלט ואף עליו הודפסו המלים המופיעות על גב הכרטיס. לוי ביצע קפיצה לוליינית על גבי המתקן ונחבל. במשפט שהתנהל בינו ובין בעלי המתקן טענו אלה לפטור מכוח התניה החוזית כאמור. לוי נמנע מלהסתמך על טענה כלשהי המבוססת על חוק החוזים האחרים ותמך יתדותיו בתורה הכללית של תקנת הציבור ובפסק הדין צים נ' מויאר שביסס אותה. כל אחד משלושת השופטים שישבו בדין קבע חוות דעת נפרדת משלו. השופט ברנזון קבע (ולחוות דעתו נתייחס להלן כאל "גירסת ברנזון"), כי כרטיס הכניסה אינו מהווה חלק מן ההתקשרות בין הצדדים, וממילא אין תניות פטור שהודפסו על גבו מחייבות או מזכות אותם. כמו כן קבע, שהשלט שהוצב בתוך החצרים אינו יכול לשנות את זכויות הצדדים, הואיל ותוכנו יכול היה לבוא לידיעת הלקוח רק לאחר אקט ההתקשרות. למעשה, די היה בכך כדי להכריע את תוצאות המשפט. ואולם השופט ברנזון העדיף לבסס את פסק דינו גם על הנימוק החלופי, המתבסס על ההנחה שתנאי הפטור הובא לידיעת הלקוח בנקודת הזמן הקובעת של ההתקשרות, ושהלה הסכים

40 ע"א 285/73 לגיל טרמפולין נ' נחמיאס, פ"ד כט (1) 63.

לתוכנו. גם בהנחה זו נעדר תנאי הפטור תוקף, בהיותו מנוגד לתקנת הציבור. לא ייתכן, פסק השופט, שספק יציע שירות ציבורי הפתוח לכל וגם יתנער באמצעות תניית פטור מכל אחריות לשלום הציבור הנזקק לשירות זה. התנערות מאחריות אפשרית בעיסקות שעניינן ממון בלבד, ושהצדדים להם, הנהנים מעמדות מיקוח שוות, יכולים לבטח את עצמם מפני הסיכונים הכספיים שנטלו על עצמם בהתקשרות. אך כששני אלמנטים אלה חסרים, לאמור (1) הסיכונים נוגעים לחייו או לבריאותו של אדם ו-(2) עמדות המיקוח של הצדדים אינן שוות — יפסול בית המשפט את תניית הפטור.

את חוסר השוויון בין הצדדים מסיק השופט מכמה גורמים. גורם אחד — שדי היה בו לבדו כדי להצביע על חוסר השוויון כאמור — הוא מידת יכולתם השונה של הצדדים לפזר את הנזק על-ידי רכישת ביטוח מתאים. הספק נמצא בעמדה נוחה לרכישת ביטוח כזה, ואף אמנם עשה כך. מאידך גיסא, אין זה סביר לדרוש מלקוח הבא להשתעשע במשך פרק זמן קצר במתקן הספורט (הכרטיס היקנה גישה חופשית למתקן במשך שש דקות) שיבטח את עצמו תחילה. ואכן, הלקוח לא היה מבוסס. טעם אחר למסקנת חוסר השוויון הוא, שהשירות הוא שירות ציבורי הפתוח לכל. כבר נפסק בעבר שחיוניותו של המצרך או של השירות מעמידה את הלקוח בעמדת מיקוח נתונה. מן הדין להרחיב הלכה זו ולהחילה על כל השירותים הציבוריים: חופי רחצה, מגרשי ספורט וכדומה, אף אם אין לסווגם כשירותים חיוניים דווקא.

ניתוח זה יכול היה להיעשות באותה דרך ממש לפי חוק החוזים האחדים; ואולם, מאחר שהצדדים לא הסתמכו עליו "אין בכך כלום". ניתן להגיע לאותה תוצאה גופה על-פי עקרונות תקנת הציבור.

גירסה שונה לגמרי השמיע השופט ויתקון (להלן "גירסת ויתקון"). גם השופט ויתקון יצא מתוך הנחה שתניית הפטור שעל גב הכרטיס לא הוחדרה לתודעת הלקוח ולפיכך אינה מחייבת. אף השלט שהוצב בתוך חצרי הספק אינו יכול לשנות את התוצאה, הואיל ותוכנו הובא לידיעת הלקוח לאחר כריתת החוזה. מטעמים אלה מסכים השופט להכרעת הדין לטובת הלקוח. אך אילו היה תוכן התניה מובא לידיעת הלקוח בשלב הקריטי של כריתת החוזה, אי אפשר היה — לדעת השופט ויתקון — שלא לתת לה תוקף. לא די בכך — פסק — שהספק מבקש לפטור עצמו מאחריות לנזקי גוף. גם לספקים המציעים לציבור מצרכים ושירותים מסוכנים עשויים להיות אינטרסים כלכליים לגיטימיים להגביל את אחריותם, כגון מורה-דרך במדבר או בפסגות הרים, המוכן להדריך את חניכיו בסוג ההרפתקה הרצוי להם רק על סיכונם הם. אם הגבלת האחריות אינה נראית ללקוח, הוא רשאי להינזר מן המצרך או מן השירות. בכך דברים אמורים? במצרכים ובשירותים שאינם חיוניים. אם אכן חיוניים הם, חייב הלקוח להיוקק להם, וכאן עלולה הגבלת האחריות להיכפות עליו נגד רצונו. מכאן, שכדי לפסול את תוקפה המחייב של תניית הפטור חייבים להתמלא בה שניים: (1) היא מתימרת לפטור את הספק מאחריות לנזקי גוף ו-(2) אין הלקוח חופשי בגין חיוניותו של המצרך או השירות להחליט על הינזרות ממנו. מאחר שעסקי הטרמפולין אינם שירותים חיוניים כאלה, אין כל הצדקה לפסול את תוקפן של תניות פטור שהותנו בין ספק ובין לקוח שידע עליהן והבין אותן. גם העצה היעוצה לספק לבטח את עצמו מפני אחריות וכך למנוע את הצורך בשימוש בתניות פטור אינה נראית לשופט.

משמעות העצה אינה אלא הגברת החבות של הספק ללקוהו למעלת חובה מוחלטת. להגברה זו ישנה עלות משלה, ואפילו אם יוכל הספק לגולל עלות זו על ציבור הלקוחות, ייאלץ ציבור זה לשלם עבור שירות שאינו חיוני לחברה. בכך ייועדו כספי הציבור לכיסוי מטרה בעלת חשיבות חברתית שולית, במקום שייועדו להשגת תכליות חשובות יותר לכולנו.

השופט מביע את תמיהתו על כי הלקוח העדיף שלא להסתמך על חוק החוזים האחדים. לכאורה, עם חקיקתו של זה אין עוד מקום לפסיקת הלכה לפי עקרונות תקנת הציבור, שכן חוקה על המחוקק שהסדיר את סוגיית ההתקשרות הסטאנדארטית הסדר ממצה. תמוהה גם עמדתו של הספק, שלא ביקש להשתיק את טענות הלקוח המסתמכות על פסקי הלכה שכבר אבד עליהם הכלת. ואולם, מאחר שההסדר הפסיקתי הקודם וחוק החוזים האחדים מושתתים על אותם שיקולים ממש, מוכן אף השופט ויתקון להתעלם מטענות המסתמכות של הצדדים ולהכריע את הדין שלא על-פי חוק החוזים האחדים.

גירסת שלישית קבע השופט קיסטר (להלן: "גירסת קיסטר"). וכך פסק השופט:

"כאשר לא ננקטו כל אמצעי הזהירות והאזהרות החמורים ולא היה פיקוח של מדריכים הרי יש בכך זלזול בחיי אדם ועצם השאיפה של המערערת [הלוא הוא הספק — א"פ] להיפטר מחובתה לפצות את הנפגע כתוצאה מהזנחתה נוגדת את הסדר הציבורי, וסעיף הפטור בטל מאותה סיבה. אכן, אין המערערת חברה מונופוליסטית ואין שירותה שירות חיוני שהרי אין זו הדרך היחידה להתעמל ואין כאן ניצול מעמד מונופוליסטי, אבל יש כאן ניצול קלות דעת של הלקוחות שאינם מעריכים או שוקלים את מידת הסיכון וגם אינם שוקלים שתנאי הפטור יגיעו לידי מימוש."

שלא כמו השופטים האחרים, אין השופט קיסטר מסתפק בקביעת ההלכה לפי עקרונות הסדר הציבורי, אלא הוא אף דן בשאלה מבחינת חוק החוזים האחדים. גם כאן עמדתו קצרה ונמרצת:

"לפי סעיף 15(1) לחוק, סעיף פטור זה מהווה קיפוח הלקוחות... באשר לא זו בלבד שנעשו נכים לכל ימי חייהם בשל הונחת המערערת... ויסבלו מכך תמיד, אלא ישארו חסרי סעד וישעו אילו היה תוקף לתנית הפטור, כאשר לא יוכלו לקבל פיצויים בשל הנזק הנגרם לגופם."

גם המשפט העברי פוסל תניות שתכליתן פטור מאחריות לנוקי גוף; עקרון "קדושת החיים", המשמש לו בר, רצוי שידריך גם את בית המשפט החילוני, כך שתניות העומדות בניגוד לו תיפסלנה.

(ב) ניתוח

מבין שלוש הגירסאות שנקבעו במשפט טרמפולין נראית לי גירסת קיסטר כמוקשת ביותר וגירסת ויתקון כקרובה ביותר לעקרונות שתיאיתי בפרקים ב ו-ג. לצורך הדיון יהיה נוח יותר לדון בגירסאות השופטים בסדר הפוך למידת הקושי בהן מעוררות. נפתח בגירסת קיסטר. הכלל המשפטי הדומיננטי בגירסת קיסטר חד הוא, הן בניתוח

עקרונות תקנת הציבור והן בניתוח עקרונות חוק החוזים האחדים. העיקרון הוא, שאין אדם רשאי להזניח את חובתו, כלומר להתרשל, ובו-זמנית אף להגביל את אחריותו באמצעות תניית פטור לנזקי גוף הנגרמים מרשלנות זו. אשר לתקנת הציבור — אסתפק בהשמעת מלים ספורות. איש איש והסקפתו, איש איש ודעותיו. אם דעתו של השופט קיסטר היא, שקדושת החיים (כפי שהוא מכנה אותה) היא ערך העולה בחשיבותו, ובכל הנסיבות, על שורה של שיקולים אחרים, כלכליים וחברתיים, מסוג השיקולים שהשופט ויתקון מדבר עליהם, איני יכול, מבחינה אנאליטית, להזים את דבריו (אם כי איני מסכים להם). אך לא כך הדבר בניתוח הסוגיה לפי חוק החוזים האחדים. מאחר שתכליתו של החוק לשמש קורקטיב לעיוותי שוק מסוימים, ומכיון שסוג הנזקים הנגרם ללקוח (נזקי גוף, נזקי רכוש) אינו רלוואנטי כלל להגדרת עיוותי שוק אלה, פשיטא שאין תניה שבחזוזה אחיד בבחינת תנאי "המקפה את הלקוחות" בשל כך בלבד שהלקוחות סבלו נזקי גוף. לשון אחרת: תכלית החוק לא היתה אלא לאפשר ללקוחות לתת בחוזהם ביטוי לרצונותיהם האינדיבידואליים. אם אכן חפצו בתניה המגוללת עליהם את האחריות לנזקי גוף ואף הכירו וידעו את האלטרנאטיבות הפתוחות בפניהם, אין התניה יכולה עוד להיפסל מכוח חוק החוזים האחדים.

גירסת קיסטר מדגימה יפה את הסיכונים האורבים למי שמבקש להכריע בשאלה משפטית באמצעות השראה ששאב מן המשפט המשווה בכלל ומשיטת המשפט העברי בפרט. עיקר הסתמכותו של השופט קיסטר היא על מובאות מן הרמב"ם. המובאות האחרות הן קדומות עוד יותר. הרמב"ם חי ופעל, כידוע, במאה השתים-עשרה, כלומר כשמונה מאות שנה לפני היווצרות אותם תנאי שוק שביקש מחוקק חוק החוזים האחדים לתקן⁴¹. אין כל פלא בדבר, שעם כל גדולתו של הרמב"ם כמשפטן קשה למצוא בדבריו מפתח לפתרון הבעיות דעסקינו.

גירסת ברנזון נראית לי יותר מגירסת קיסטר. ואולם, לדעתי, אף היא אינה מבוססת על השיקולים הנכונים. כזכור, קבע השופט ברנזון שכדי לפסול תניה בחוזה אחיד, חייבת התניה לפטור את הספק מאחריות לנזקי גוף. כבר עמדנו על כך, שסוג הנזקים אינו רלוואנטי בניתוח על-פי חוק החוזים האחדים, ומטעם זה לא אחזור על דברים אלה שנית.

אך לפי גירסת ברנזון לא די בכך שהתניה נוגעת לנזקי הגוף. יש להוסיף לכך — כדרישה מצטברת — את האלמנט של חוסר שוויון בעמדות המיקוח של הצדדים. לכאורה נראית דרישה זו כעולה בקנה אחד עם הקריטריונים שהצעתי בפרקים ב' ו-ג' לעיל. אולם, כשמתבוננים מקרוב בתוכן שיצק השופט ברנזון לביטוי "שוויון בעמדות המיקוח", ובסימנים שסבר כי הם מעידים על העדרו של שוויון כזה, מתקבל לדעתי הרושם שהשופט נתפס לכלל טעות. הסימן הראשון שנתן השופט לאיתור חוסר שוויון בעמדות המיקוח נוגע לסטאטוס היחסי של הצדדים כמפוזרי נזק: אם הספק לבדו מסוגל לבטח את הסיכון, מעמידה אותו עובדה זו בעמדת מיקוח עדיפה. ולא היא. ברוב המכריע של עסקאות הנערכות בין ספק ללקוחותיו נמצא הראשון בעמדה נוחה

41 אמנם גם במאה השתים-עשרה היתה ידועה התופעה של מוכרים מינופוליטיים, אך היקף הבעיה היה שונה לחלוטין מהיקפה כיום וודאי שהתרופות לליקויי השוק דאו אינן יפות עוד עתה.

יותר לרכישת פוליסת ביטוח. השיקולים שהעלה הכופט ברנזון בנוגע לאי-מעשיותה של רכישת ביטוח מצד לקוח המבקש להשתתף על יריעת הטרמפולין תקפים באותה מידה בנוגע לרוב הלקוחות ולעניין רוב המצרכים והשירותים. אילו די היה בכך, איפסו פאקטו, כדי להצדיק מימצא של עמדות מיקוח בלתי מאוזנות, ניתן היה בעצם לפסול כל תנאי "מגביל" (כמשמעותו בחוק) מבלי שיתוסף אלמנט כלשהו המצביע על "קיפוח הלקוחות" (כמשמעותו בחוק). אם נחזור ונתבונן בדוגמת הכעך "אלפא" שהובאה בפרק ג' פסקה 3(א) לעיל, היו מבחני גירסת ברנזון מאלצים אותנו לפסול כל תניית פטור שבחזוה בין הספק של כעך "אלפא" ובין הלכות, שהרי אותו ספק נמצא בעמדה נוחה יותר לרכישת ביטוח אחריות ממי שכל מעייניו אינם אלא בצריכת כעך אחד. עם זאת ברור, שמאחר שהביקוש ל"אלפא" הוא גמיש והלכות יכול להשיג את מטרתו על-ידי צריכת מוצר אלטרנטיבי, אין הצדקה לפסול את תניית הפטור מבחינת חוק החוזים האחדים. אכן השופט ויתקון הביע בפסק דינו הנפרד עמדה מסתייגת מגירסת ברנזון בסוגיה זו. בביקורתו זו הצביע השופט ויתקון על הסכנה הטמונה בהגברת כל חובה למעלה מוהלטת מבחינת סדר העדיפויות הרצוי של חלוקת משאבי המשק. להארה מצוינת זו אפשר להוסיף עוד הערה. מתוך גירסת ברנזון נובע, שאילו אכן היו הספקים מבטחים את אחריותם ומסירים את התנאים המגבילים מחוזיהם היה הכל בא על מקומו בשלום. ואולם כבר ראינו, שהספק השואף למאקסימיזציה של רווחיו גייטראלי מבחינתו אם ישיג את מבוקשו על-ידי מכירת חוזים "רעים" בזול או "טובים" ביוקר. אם ביטח את אחריותו וגולל את הפרמיה על ציבור הלקוחות, מעמדו כמעמד מי שמכר חוזה "טוב" וביוקר. לכן, אם מכירת החוזה "הרע" במחיר הזול יחסית עומדת בסתירה לעקרונות חוק החוזים האחדים, יש למנוע מן הספק להשיג את התוצאה הלא רצויה דרך הדלת האחורית, כלומר באמצעות העלאת המחיר.

להדגמת עמדתי זו אניח מספר הנחות:

- (א) מבנה השוק שבו נמכר המוצר X הוא כזה המצדיק את התערבות המדינה בתוכן החוזה האחד.
- (ב) עלות ייצורה ושיווקה של יחידה של המוצר X היא 100 לירות.
- (ג) כל יחידה עשירית המיוצרת ומשווקת על-ידי הספק מתגלית כפגומה. ליחידה הפגומה אין כל שימוש כלכלי.
- (ד) קיימת אפשרות לשווק את המוצר X בחוזים "טובים", כלומר עם ערובה. אפשר גם לשווקם בחוזים "רעים", כלומר עם הגבלת אחריות לעניין הפגמים.
- (ה) הרווח "הצודק" ממכירת המוצר X נקבע על-ידי התברה ל-20 לירות ליחידה.

הבה נבדוק את יישומן של הנחות אלה לפי גירסת ברנזון. נניח, שהספק מוכר ללקוחותיו יחידה של המוצר X ב-120 לירות. החוזים כוללים תניית פטור מאחריות לפגמים במוצר. נקל להבחין שהספק אינו דורש מלקוחותיו רווח בלתי מוצדק. אילו היה עליו להחזיר את הכסף לכל הלקוחות שרכשו מוצרים פגומים סופו שהיה גובה גטו 1080 לירות עבור כל עכר יחידות שנמכרו ללקוחות והרווח שלו ליחידה היה מצטמצם ל-8 לירות.

אם, לעומת זאת, מוכר הספק ללקוחותיו יחידה של המוצר X ב-140 לירות בחוזים

"רעים" (כמשמעותם בדוגמה הקודמת), יהיה הרווח שלו 40 לירות ליחידה, כלומר רווח מופרז. האם פותרת גירסת ברנזון את העיוות הזה? בהחלט לא. אם יאולץ הספק למכור חוזים טובים, אך גם לקנות ביטוח ולגולל את הפרמיה על הלקוחות, יגבה עבור כל יחידה מחיר גבוה מ-140 לירות: המחיר ייקבע כאותו סכום אשר יאפשר לספק להותיר בידו, לאחר החזרת כספיהם של כל הלקוחות המאוכזבים, רווח של 40 לירות ליחידה.⁴²

הסימן השני שנקבע בגירסת ברנזון להנחותנו לצורך איתור חוסר שוויון בעמדות המיקוח הוא, שהמצרך או השירות מוצעים לציבור הרחב. המבחן המצומצם יותר של "שירות חיוני" נדחה על-ידי השופט ותחתיו אימץ מבחן השירות "הציבורי". הרחבה זו מוקשה בעיני. שירות שעשועי הטרמפולין הוא בוודאי "ציבורי". אך הציבור חופשי להיגזר ממנו ולהסתפק בשעשועים אלטרנאטיביים. חופש ההתנזרות הזה פועל ללא ספק להורדת המחיר ולהטבת התנאים. קיום האלטרנאטיבות מחזיר את הלקוח לעמדת מיקוח שהיא, מבחינת חוק החוזים האחדים, מאוזנת לחלוטין. גירסת ויתקון היא הקרובה ביותר למבחנים שהצעתי בפרקים ב' ו-ג'. השופט ויתקון היה מודע לרלוואנטיות המכרעת של מבנה השוק לשאלת תוקפן המחייב של תניות הפטור. מכאן שחלק על דעת השופט ברנזון, שביקש להרחיב את ההלכות הנוגעות לשירותים חיוניים על מכלול השירותים הציבוריים, אף שאינם חיוניים. הוא גם היה ער לכך שפיזור הנזק על-ידי הוצאות ביטוח וגלגול הפרמיה על שכמ הלקוחות אינה תמיד בגדר האפשרות ואינה תמיד רצויה. בכל זאת החטיא השופט, לפי דעתי, את המטרה בשני עניינים הקשורים זה לזה. ראשית, חוזר השופט ויתקון על העמדה לפיה הכוח לפסול תניה שבחוזה אחיד מותנה בכך שהספק מבקש לפטור את עצמו מאחריות לנוקי גוף דווקא. בעמדה זו ובמידת הצדקתה כבר עסקנו בהרחבה לעיל. שנית, לפי גירסת ויתקון אבד הכלל על ההלכות שנפסקו לפני חקיקת חוק החוזים האחדים ואין להודק להן עוד; ואולם החוק משמיענו, מבחינת תוכנו, כללים זהים בתוכנם לתוכן הנורמות הפסיקטיות שבוטלו. אכן, ניתן היה להקשות איזו חשיבות יש לשאלת תוקפן המחייב של הנורמות הפסיקטיות, אם בלאו הכי אינן שונות מבחינת תוכן מן הנורמות הסטטוטוריות. אך לא זה העיקר. העיקר הוא שהנורמות אינן בהכרח זהות בתוכן, ולפיכך יש להודק לשאלת תוקפם של חוזים אחדים גם מחוץ למסגרת בדיקתו ותחלתו של חוק החוזים האחדים. חוק זה נועד, כאמור, לשמש קורקטיב לעיוותי שוק מסוימים. הא ותו לא. אך חוזה אחד הוא בראש

42 הדרך הנכונה לפתור את הבעיה היא זו: אם השוק הרלוואנטי הוא שוק שמוצדק להתערב בו, יש לאפשר לספק למכור חוזים "טובים" ביוקר או "רעים" בזול, ובלבד שבכל אחד משני המקרים לא יעלה רווחו על 20 ל"י ליחידה. זאת יש לעשות על-ידי פיקוח סימולטאני הן על תניות החוזה והן על המחיר המאקסימאלי. ייתכן מאוד ששוק שעשועי הטרמפולין אינו שוק שמוצדק להתערב בו. אכן, לדעה זו אני נוטה, שכן אפילו אם הספק הוא מונופוליסטי נדמה לי באופן אינטואיטיבי שהביקוש לשירות הוא גמיש למדי. אם כך הוא המצב, אין סיבה להתערב לא בתניות החוזה ולא במחיר המאקסימאלי, שכן גם ללא ויסות יגיע השוק לתוצאות האופטימאליות. דרכו של השופט ברנזון, ממנה אני מסתייג, חלפה אי שם באמצע. מצד אחד לא הצביע על טעמים חזקים להתערב בשוק הרלוואנטי. מצד שני הציע להתערב בתוכן החוזה מבלי שקיימת מערכת פיקוח על המחירים.

וראשונה חוזה, ובתור שכזה תוקפו מותנה בקיום כל המבחנים הלקוחים מדיני החוזים בכלל ומן הדינים הנוגעים לתקנת הציבור בפרט. מכאן שעדיין אפשרי, למשל, שחוזה אחד "יעבור" את מבחני חוק החוזים האחדים, אך ייפסל בהיותו מנוגד לנורמות הנוגעות לקדושת החיים. וגם ההיפך הוא נכון: מעצם זה בלבד שאינו עומד בסתירה לנורמות הנוגעות לקדושת החיים אין להסיק בהכרח שהחוזה יעבור אף את מבחני חוק החוזים האחדים.

ה. אפילוג: פרשנות חוזים אחידים

1. הצגת הבעיה

מקובל לחשוב שחילוקי דעות המתגלים בנוגע לביטוי המופיע בחוזה יש ליישב בהתאם לכוונתם המשוערת של הצדדים. על השופט היושב בדיון להתאמץ לשים את עצמו בנעליהם של הצדדים ולקבוע למה הם התכוונו בשעה שכתרו את ההסכם. כלל זה מעוגן הן במצוות המחוקק⁴³ והן בפסיקת בתי המשפט⁴⁴. נדמה, שהפסיקה קבעה לכלל הזה חריג כשהמדובר בחוזים אחידים. במקרה פרטי זה של התקשרות חונית אימץ לעצמו בית המשפט לא אחת את הכלל *contra proferentem* — "נגד המנסח" — ובהקשרנו: בכל מקרה של ספק בפרשנות של חוזה אחיד יש להכריע כנגד הספק ולטובת הלקוח⁴⁵. חריג זה, שלא כמו הכלל עצמו, אינו מעוגן בחוק החרוט. נשאלת השאלה האם יש לחריג זה הצדקה.

2. פרשנות חוזה אחיד כפונקציה של כוונת הצדדים

לדעתי, אין לחריג כל הצדקה, ומן הראוי היה לפרש חוזים אחידים כמו כל חוזה אחר בהתאם לכוונת מנסחיהם. כדי להבין את הסכנה הטמונה בכלל *contra proferentem* יש להבין מהי בעצם משמעותו. משמעות הכלל היא, שבית המשפט יונחה על-פי חוקה שמשמעות כל ביטוי השנוי במחלוקת היא זו המיטיבה עם הלקוח. כדי לבטל את החוקה הזו חייב הספק להרים את נטל השכנוע — משימה שלעתים יוכל ולעתים לא יוכל לעמוד בה. אילו יצא בית המשפט מתוך נקודת מוצא נייטרלית, היה הספק מצליח במשימותיו לעתים קרובות יותר, כי נטל השכנוע היה מתחלק באופן שווה בינו ובין הלקוח. התוצאה היא, שהכלל *contra proferentem* אינו "כלל פרשנות" במובנו הנכון של ביטוי זה: אין הוא כלי-עזר לליבון כוונתם האמיתית של הצדדים; הוא כלל סובסטאנטיבי שמטרתו מטרה אלוקאטיבית. תכליתו להעביר עלויות מסוימות משכם הלקוחות אל שכם הספקים⁴⁶.

43 ראה, למשל, סעיף 25(א) לחוק החוזים: "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך ההוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו — מתוך הנסיבות".

44 למשל: ע"א 79/76 מרציאנו נ' בן צדין, פ"ד ל (3) 729; ע"א 259/75 שראוס נ' שראוס, פ"ד ל (2) 358.

45 למשל: ע"א 30/49 לונדון איזרנס נ' וינברג, פ"ד ה 24. ואולם ראה: ע"א 139/64 "קלדוניק" נ' גבאי, פ"ד יח (3) 417.

46 ראה את מאמריו של קיטון הנזכרים בהערה 20 לעיל.

בפרקים הקודמים של רשימה זו ראינו שיש מקום לכללים סובסטנטיביים כאלה. הם מוצדקים, כאשר תנאי השוק יוצרים מצב של "אי-צדק כלכלי" או קיפוח הלקוחות מטעם הספקים. התערבותו של בית המשפט משמשת קורקטיב לעיוותים הללו. ואולם אין להשתמש בתרופה, בלתי אם אובחנה המחלה תחילה. הכלל *contra proferentem* משתמש בתרופה, דהיינו מעביר גטלים ועלויות מן הלקוחות אל הספקים, מבלי שאובחנה המחלה תחילה, כלומר בין אם איתרו והוכחו עיוותי שוק רלוואנטיים ובין אם לאו. פרשנות החוזה האחד לרעת המנסח בסיטואציה שבה לא הוכחו עיוותי שוק עלולה, היא גופה, לגרום לעיוותים. אביא שתי דוגמאות:

(א) חוזה ביטוח רכוש קובע, כי בכל מקרה של תת-ביטוח ייחשב המבוטח כמבטח של עצמו בסכום ההפרש שבין סכום הפוליסה לשווי האמיתי של הנכס, וכי המבטח יהיה אחראי רק לגבי החלק הפרופורציונאלי של כל הנזק. לא כאן המקום לנתח בהרחבה את טעמה של התניה הזו. די אם אציין שני דברים. האחד, התניה מנוסחת בדרך כלל בלשון קשה ומסורבלת; בשל ריבוי הגורמים המשמשים בה וסיבוך העניין קשה עד מאוד לפשט את לשונה. הדבר השני הראוי לציון הוא, שהתניה מעוגנת בטעמים כלכליים ואקטואריים מוצקים, שתכליתם להביא לצדק ושוויון בנשיאת נטל הפרמיה בין המבוטחים השונים (*Rate equity*).

הבה נניח, שרכוש מסוים השייך לראובן מבוטח בחסר, ומתעוררת שאלה בנוגע לפרשנות תניית הביטוח החסר. מאחר שהתניה קשה להבנה מבחינה לשונית ועניינית, ניתן, לעתים, למצוא בה פנים לכאן ולכאן מבחינת גיסוחה. האם רצוי להפעיל את כלל הפרשנות *Contra proferentem* ולהעביר גטלים ועלויות מראובן לחברת הביטוח? לעניות דעתי יש לענות על כך בלאו מוחלט. העברה כזו תקעקע את האיזון העדין שעליו מבוססת התניה; בכך שהעלויות תועברנה לחברת הביטוח הן תפוזרנה בין כל ציבור המבוטחים, באופן שראובן ואחרים במצבו (אלה המבוטחים ביטוח חסר) ישלמו פרמיה נמוכה מדי עבור כמות הסיכון שהם מבוטחים כנגדו; בעוד שהמבוטחים האחרים (אלה שביטוחם יותר מלא) ישלמו פרמיה גבוהה מדי עבור כמות הסיכון שהם מבוטחים מפניה. לשון אחרת: מבוטחים שביטוחו את רכושם במלוא ערכו יסבסדו את הביטוח של המבוטחים החלקיים.⁴⁷

(ב) קיימת תחרות משוכללת בין מוכרים של מקלטי טלוויזיה. מאחר שיש צרכנים המעדיפים לרכוש מקלטים עם כתב ערובה ויש אחרים המעדיפים לשלם מחיר נמוך יותר עבור מקלטים ללא כתב ערובה, נוצרים שני שווקים לסיפוקם של שני סוגי הביקוש כאמור. מצב זה הוא בכי טוב, כי רק כך ניתנת האפשרות לכל השאיפות האינדיבידואליות למצוא ביטוי נורמאטיבי. הבה נניח עכשיו, שבית המשפט מבקש לפרש סעיף המופיע בסוג ההסכמים השני, הפוטר את הספקים מאחריות לטיב המקלטים. אם יפעיל בית המשפט את הכלל *Contra proferentem*, הוא עלול להגיע לידי פסילת התניה. בכך יאלץ בית המשפט את ציבור הספקים לבטל את השוק השני ולהציע

47 לניתוח מלא של תניית תת הביטוח ראה: א' פרוקציה, "תת ביטוח" משפטים 1 (1975) 323. ראה גם: Procaccia and Shafton, "Coinsurance Clauses and Rate Equity" *Insurance L. J.* (Feb. 1978) 69.

לכל צרכניהם כתב ערובה תמורת מחיר גבוה יותר⁴⁸. מצב זה הוא בכי רע, הואיל ובכך מבוטלת הדצנטרליזציה בהליך יצירת הנורמות שאותה אנו הפצים להשיג.

ו. סיכום ומסקנות

חוזים אחידים עלולים לבטא באורח חד צדדי את שאיפות הספקים ובכך להכניא לידי קיפוח הלקוחות. מאידך גיסא, לא כל חוזה אחיד מביא לתוצאות בלתי רצויות אלה. ברשימה זו ניסיתי להבהיר את התנאים המאפשרים לעיוותים אלה להיווצר. המדובר הוא בתנאי שוק שאין בו תחרות משוכללת, אם משום קיום מצב של קארטל או מונופול וביקוש בלתי גמיש, ואם משום נחיתותם האינפורמטיבית של הלקוחות ביחס לספקים. בהתקיים תנאי שוק כאלה חייב בית המשפט לבדוק את התנאים המגבילים שבהתקשרויות הסטאנדארטיות, והוא רשאי לפסול את אלה מהם הנראים לו כבלתי מוצדקים. התערבות בית המשפט כאמור תועיל להחזיר ללקוחות מידה של ריבונות בהליכי יצירת הנורמות שנשללה מהם עקב קיומם של אותם תנאי שוק.

לבדיקה הזו אין בהכרח מכנה משותף עם בדיקת תקפותם של חוזים הנערכת לפי עקרונות דיני החוזים הכלליים. ייתכן אפוא, שתניה פלונית תהיה בלתי אכיפה גם בשל היותה מנוגדת לעקרונות הכלליים (כגון שהיא תניה בלתי מוסרית) וגם בשל היותה מנוגדת לעקרונות חקיקת החוזים האחידים (כגון שהיא מאפשרת לספק לכפות באורח חד-צדדי את רצונו על קהל הלקוחות). מכאן נובע, שאף אם התניה שבנדון עולה בקנה אחד עם העקרונות הכלליים (כגון שהיא חוקית, מוסרית והושגה ללא כפייה פיסית), היא עשויה להיפסל לפי עקרונות דיני החוזים האחידים. מאידך גיסא, תניה העולה בקנה אחד עם עקרונות דיני החוזים האחידים (כגון שאיננה בבחינת "תנאי מגביל") עדיין יכולה להיפסל לפי העקרונות הכלליים (כגון מפאת טעות אופראטיבית). המבחנים לפסילה במקרה אחרון זה מצויים בדיני החוזים הכלליים ולא בפרשנות חוק החוזים האחידים.

ולבסוף, מאחר שפסילת תניה מחוללת בהכרח שינויים באלוקאציה של נטלים, כלומר משנה את הנורמה ההסכמית, יש להקפיד שהיא תיעשה רק כאשר העברת הנטל רצויה לגופו של עניין. מכלל הן אתה שומע לאו. על בית המשפט להדיר עצמו מהעברת נטלים הנעשית תוך-כדי הפעלת הכלל הפרשני הפורמאלי של *Contra proferentem*.

48 כשלב ביניים ייתכן שהספק ינסה להתמודד עם הבעיה בעזרת ניסוח בהיר וחד-משמעי יותר של חוזהו. לעתים קרובות לא יועילו התיקונים הללו להעביר את רוע הגזירה מבחינתו של הספק, שכן יוחזק לדעת שבתי המשפט פוסקים נגדו מטעמים ענייניים ולא לשוניים. ראה מאמריו של קיסין הנזכרים בהערה 20 לעיל.