

הפטור מבקרת חוק החוזים האחידים בשל תנאי התואם חיקוק

מאת

משה בר ניב (בורנובסקי)

תנאים אחידים (סטנדרטיים) בחוזים נתונים לבקרה על פי הכללים המתורים בחוק החוזים האחידים תשמ"ג-1982, שתכליתו הגנת הצרכן, במשמעות הרחבה של מונח זה. כללי הבקרה שבחוק החוזים האחידים אמורים להביא להסרת קפות הלקוחות העלול לנבוע מיכולת הספק להכתיב חוזים אחידים. החוק פוטר מבקרתו מספר תחומים, ובהם מקרים שהתנאי בחוזה האחיד תואם הוראת חיקוק, אף אם יש בתנאי כדי לקפח את הלקוח על פי מבחני הבקרה שבחוק. המאמר בוחן את היקף התחולה של תנאי הפטור מחמת תנאי התואם חיקוק ואת הפרשנות שניתנה לכך בפסיקה. המאמר מבקר את היקף הפטור ומציג מתכונת פרשנית שתאפשר הגנה נאותה ללקוחות מפני השימוש בערצמה כלכלית.

א. כללי

מטרתו המוצהרת של חוק החוזים האחידים¹ היא הגנה על הצרכן במובן הרחב של ביטוי זה². להבדיל ממרבית החוקים בישראל, שעל מטרתם יש ללמוד מלשון הוראותיהם השונות או ממקורות חיצוניים – כגון דברי הכנסת או נוסח הצעות החוק – הרי שחוק החוזים האחידים (להלן: "החוק") מצהיר מפורשות על מטרתו וקובע בסעיף 1, כי "מטרתו להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים". טכניקה חקיקתית כזו מתודת ומבהירה את כוונת המחוקק ומשמשת איפוא כלי פרשני יעיל בניתוח הוראות החוק.

החוק מבטא מדיניות חברתית ברורה של הגנה על צרכנים, במובן הרחב של הביטוי, ותכליתו לשנות את מאזן העושר החברתי ואת מכלול הזכויות והחובות שבין צרכנים לבין ספקים עסקיים, כפי שהיו מתגבשים לולא היה נחקק. תחומי תחולתו של החוק הם פונקציה להגדרת מסגרת התחולה שבו

1 תשמ"ג-1982, ס"ח 1068.

2 בחוק נעשה השימוש במונח "לקוחות", שהוא רחב מהמושג "צרכן" כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981. אף שהחוק עשוי לחול גם על לקוחות מתחום הסקטור העסקי, הרי שעיקר כוונתו היא בהגנת הצרכן. ראה ע"א 825/88 אירגן שחקני הכדורגל נ' התאחדות הכדורגל, פ"ד מה(5) 89, 100 (להלן: פסק-דין הכדורגל): "חוק החוזים האחידים הינו תוק צרכני במובן הרחב של מושג זה".

ולפרשנותה. מסגרת התחולה מתוחמת על ידי לשון החוק הן במובן "חיובי", דהיינו: מה נכלל במסגרתו, הן במובן "שלילי", כלומר: מה מוצא מגדרו. החוק מתנה את תחולתו במבחנים פורמליים ומהותיים, כשהראשונים מגדירים את ההיקף המקסימלי לתחולת החוק. כך קובעת הגדרת "חווה אחיד" את ההיקף המרבי לתחום השתרעותו של החוק, שכן שבט ביקורתו של החוק יופעל אך ורק לגבי חוזים שהם בגדר חווה אחיד. דהיינו: חוזים שלפחות חלק מתנאיהם מוכתבים מראש על ידי צד אחד למתקשרים שאינם מוגדרים מראש. המבחנים המהותיים מבהירים אימתי תופעל הבקרה למעשה. מבחנים אלה מתמקדים בקיומם של תנאים מקפחים. משימצא בחווה אחיד תנאי מקפח, עשוי בית-המשפט להתערב ולנסחו מחדש או אף לבטלו.

מובן, שהן היקף התחולה הפוזיטיבי, והן סיוגו על פי החוק, נתונים – ככל דבר חקיקה אחר – לפרשנות. מלאכת הפרשנות מתבטאת בכמה מישורים – חלקם מתמקדים בכללי הפרשנות הקשורים כלשון החוק וחלקם עניינם מטרותיו של ההסדר החקיקתי והמדיניות החברתית שביקש להשליט.

מסגרת התחולה הפוזיטיבית של החוק עשויה להצטמצם כתוצאה מהוראות המסיגות את תחולתו או הפוטרות עניינים או גופים משפטיים מהוראות החוק. בהקשר כזה קובע סעיף 23 לחוק סוגי תנאים או חוזים שלגביהם לא יחולו הוראותיו. הסייגים לתחולת החוק מתייחסים למחיר, להסכמים קיבוציים מסוימים, לתנאי התואם אמנות שישראל צד להן ול"תנאי התואם תנאים שנקבעו או אושרו בחיקוק".

רשימה זו תתמקד בבחינת היקף הפטור מחמת תנאים התואמים הוראות חיקוק ובבעיות המתעוררות עקב כך.

ב. סיוג תחולת החוק בשל תנאים התואמים חיקוק

1. הצגת המסגרת

שאלת סיוג תחולתו של חוק החוזים האחידים בהקשר עם תנאים התואמים הוראות שבחיקוק, אמורה להיבחן הן ברמת המדיניות החברתית שהחוק ביקש להגשים והן על פי כללי הפרשנות הנוגעים לתוכן הוראותיו. הגדרת היקף הפטור על פי החוק תקבע למעשה אם הסדרים בחוזים אחידים, השאובים מדבר חיקוק, ייבחנו על פי כללי הבקרה של החוק. אם ימצא כי היקף הפטור שבסעיף 23(א)(2) לחוק רחב ואינו מאפשר בקרה במסגרת חוק החוזים האחידים, הרי שהבחינה היחידה לתקפותם של תנאים כאלה תהיה על פי מבחני הבקרה של החיקוקים שמהם הם שאובים. כידוע, כללים אלה מוגבלים בהיקף ובתחולה. תוכנה של חקיקה ראשית חסין כמעט לחלוטין מפני בחינה שיפוטית³, ואילו

3 ראה א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה רביעית, תשנ"א) 461 ואסמכתאות שם.

חקיקת-משנה כפופה לבחינה בעילות מצומצמות. עילות הבקרה על תקפותה ותוכנה של חקיקה ראשית תחומות בעיקר בגדרי עמידתה במבחני חוקי-היסוד. כללי הפרשנות המסדירים את הבקרה השיפוטית במקרה של התנגשות שבין חוק לבין חוק יסוד הם בתהליך ראשוני של התגבשות. חקיקת חוקי היסוד העוסקים בזכויות הפרט טרם הושלמה, ואלה מהם שהוחקו כוללים הוראות המגבילות את אפשרות הבקרה כאמצעותם על חקיקה דוגמת חוק החוזים האחידים. כך, לדוגמא, קובע סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי אין בהוראותיו כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים קודם לחקיקתו של חוק היסוד. לעומתו קובע חוק יסוד: חופש העיסוק, כי הוראות חוק הסותרות לו יעמדו בתוקפן שנתיים מיום כניסת חוק היסוד לתוקף.

מכיוון שהוק החוזים האחידים קודם במועד חקיקתו לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הרי שלכאורה הבקרה על הוראותיו, בהסתמך על העקרונות החוקיים בחוק יסוד זה, אינה אפשרית⁴. לעומת זאת, ייתכן כי תיקונים שיוכנסו בעתיד לחוק החוזים האחידים יתפשו כחוק שמועדו מאוחר לחוק היסוד, ולפיכך יהיו נתונים לבקרה, ובמיוחד אם שינויים אלה יעסקו בעניין שונה או יסדירו נושא המוסדר בחוק במתכונת שונה⁵. נראה כי הבקרה על חקיקה הנוגדת חוקי יסוד אינה תחומה רק לגבי חוקי יסוד "משוריינים"⁶. מובן כי הוראת חיקוק שתיתשב כפסולה בשל היותה נוגדת חוק יסוד לא תבוא במסגרת הוראת הפטור שבסעיף 23(א)(2)⁷.

עילות הבקרה השיפוטית על חקיקת-המשנה מיוסדות על כללי המשפט החוקתי והמנהלי, ומטבען אינן תואמות את כללי הבקרה שעל פי חוק החוזים האחידים. כללי הבחינה המהותיים לגבי חקיקת-משנה מתמקדים בעיקר בכללי הסבירות, ונדרשת אי סבירות גבוהה כדי שחקיקת-משנה תיפסל. לעומת זאת, חקיקה צרכנית כוחנת פעולות משפטיות במבחני בקרה השונים מהותית והנובעים מתנאי המבנה הענפי, מנחיתות יחסית של הצד הצרכני כלפי הספק או מנסיבותיה המיוחדות של העסקה.

- 4 ראה בר"ע 3466/92 ארטרכט נ' זליבנסקי ואח' (טרם פורסם), שבו גרס בית-המשפט כי אין מקום לבחון את הוראות "חוק גל" במבחני חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מהטעם שהוק גל הוחק קודם לחקיקת חוק היסוד.
- 5 נראה כי פרשנות זו מחריבת המציאות, שאם לא כן תוכל הכנסת להתחמק מהצורך בחקיקת-משנה לחוק יסוד על ידי הכללה כתיקן לחיקוק קיים.
- 6 כפי שניתן להסיק מדברי השופט אלון בבג"צ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת ואח', פ"ד מד(3) 529. כמרכן ראה א' ברק "זכריות אדם מוגנות – ההיקף וההגבלות" משפט וממשל ב (תשנ"ג) 1; וכן א' ברק "פרשנות של חוקי יסוד" משפטים כב (תשנ"ג) 3.
- 7 בשלב זה של החפתחות התפישת הפרשנית לגבי היקפם ותחולתם של חוקי-היסוד, העוסקים בזכויות היסוד של האדם, קשה להעריך את השלכתם לגבי תחומים שעניינם תחום המשפט הפרטי-עסקי, וממילא קשה עתה להעריך באיזו מידה יחול שינוי מהותי בתחום הבקרה שעל פי החוק.

בבחינת סבירותה של חקיקת-משנה יונחה בית-המשפט במטרות החוק, שמכווח ולשמו הותקנה. חוק כזה לא נועד בהכרח לקדם מטרות צרכניות, להבדיל ממטרות של חוק החוזים האחידים. לפיכך, אין סבירותה של חקיקת-המשנה יכולה להחליף את בקרת חוק החוזים האחידים.

2. הצגת הבעיה

אך חלק בלבד מכלל החיקוקים הם חיקוקים צרכניים או חיקוקים המבוססים על ההכרה בקיומם של כשלי שוק או כשלים מבניים בעסקה. חלק ניכר מהחיקוקים אינו מושפע כלל מקיומם של מצבים כאלה, וחלק אחר דווקא מבוסס על הנחה נוגדת – והיא הנחת השוויון היחסי של הצדדים לעסקה – ועל חופש ההתקשרות המהותי כבסיס לחיקוק. לא ניתן לצפות כי חיקוקים שהם נייטרליים למצבי חוסר שוויון שבין הצדדים לעסקה ישמשו קנה מידה נאות להגדרת סבירותם ותקפותם של הסדרים חוזיים במצבי בסיס השונים תכלית שינוי, כגון מצבים שבהם בעל העוצמה המונופוליסטית הוא המכתיב את התנאים. אם לגבי חוזים הנייטרליים לנחיתות של צד לעסקה כך, הרי מקל וחומר לגבי חוקים היוצאים מהנחת יסוד של שוויון, הסותרת בעצם קיומה את מבנה הנחיתות היחסית שבין הצדדים.

יש שהמשפט אכן ער לבעייתיות מהסוג האמור ומתקין חוקים שנועדו לתקן את העיוות העשוי לנבוע מהנחות היסוד השונות של החוקים. עצם חקיקתו של חוק החוזים האחידים היא דוגמא טובה לכך שהנחת היסוד בדבר חופש החוזים הגלומה בחוק החוזים (חלק כללי), אינה בהכרח יישימה בנסיבות של חוזים אחידים. כמרכזן, גם חקיקתם של חוקים צרכניים שונים מיועדת לשנות את תנאי ההתקשרות הרגילים החלים בין עוסקים בנסיבות של עסקה צרכנית.

נקל להראות, כי הוראות שבחקיקה המשיאות את הרווחה בתנאי התקשרות רצונית, אינן מביאות בהכרח לתוצאה דומה בהקשר של חוזים אחידים. סעיף 1 לחוק המחאת חיובים⁸ מאפשר לצד להמחות את זכויותיו. כל עוד המדובר בחוזה עסקי בין צדדים שווי עמדת מיקוח ומידע, אין כל בעיה מתעוררת; אולם בחוזה אחיד שבו הספק משמר לעצמו את זכות ההמחאה, ולעתים אף שולל אותה מהלקוח, עלולים להיווצר עיוותים שיפגעו קשות בצרכנים. כך, לדוגמא, עלולה המחאת הזכות להגביל את היקף ההגנות שיעמדו לחייב כלפי הנמחה⁹ ובכך להגדיל את הסיכון והעלות הכרוכים בעסקה הצרכנית. לקוח שלא יוכל להתגונן כלפי הנמחה בכל היקף טענות ההגנה שיש לו כלפי הספק עלול להימצא בעמדה נחותה יחסית לזו שהיה נמצא בה כלפי הספק. בנסיבות כאלה ייתכן, שהעלות

8 ס"ח 573.

9 סעיף 2(א) מקנה מעמד של "טהירות" יחסית לזכות המומחת בכך שהוא מגבש חלק מטענות ההגנה העומדות לחייב (הלקוח – צרכן בענייננו) לשעת ההודעה על ההמחאה. מכיוון שהלקוח לא יוכל להסתמך על חלק מטענות הגנה המאוחרות יותר, עלולה ההמחאה,

הסופית של העסקה תהיה גבוהה יותר ללקוח מאשר לולא המחזה הספק את זכויותיו. למשל: בעסקה בתשלומים, כשעל הלקוח לשלם תשלום עתידי לספק, והאחרון המחזה סמוך לכיצוע העסקה את הזכות לתשלום לידי צד שלישי. נניח כי לאחר מתן ההודעה על ההמחאה הצמח ללקוח טענת הגנה שהיתה יכולה למנוע את ביצוע התשלום, לו נטענה כלפי הספק. אם הומחאה הזכות, וטענת ההגנה היא מסוג הטענות שחוק המחאה החיובים מגבש עם מתן ההודעה על ההמחאה, תהיה התוצאה שהלקוח יחויב לשלם לנמחה את הסכום.

ניתן להביא דוגמאות מהוראות חוקים אחרים אשר יישומן בחוזה אחיד עלול להביא לקיפוח הצרכן. חוק החוזים האחידים עצמו קובע חזקות בדבר מהותם של התנאים שיש בהם כדי לקפח לקוחות. סעיף 14(1) שבו קובע חזקת קיפוח לגבי תנאי המסייג כאופן בלתי סביר את אחריותו של הספק, ובמקביל קובע סעיף 4(6) חזקת קיפוח במקרים של שלילת תרופות מהלקוח או כשאלה מותנות במתן הודעה בזמן בלתי סביר. לעומת זאת חוק המכר קובע סדרה של מגבלות על אחריות הספק, וחלקן אף מנוסחות במתכונת שהיתה עלולה ליפול בגדר תנאי מקפח לולא נקבעו בחוק המכר. כך, לדוגמא, אם נתגלה פגם בממכר, על הרוכש להודיע על כך מיד, ואם לא עשה כן – אובדת זכותו להסתמך על אי ההתאמה¹⁰. יצוין כי המדובר בתנאי הניתן להתנאה ושצדדים שווי עמדת מיקוח יכולים לשנותו. אולם בנסיבות של חוזה אחיד תנאי כזה עלול לשמש קיפוח לצרכן, במיוחד בהתחשב במורכבות של חלק מהמוצרים הטכנולוגיים.

כמרכן, מקנה חוק המכר עדיפות למוכר על פני הקונה בכל הקשור למסירת הממכר. לדוגמא: אם נקבע כי מסירת הממכר תהיה תוך תקופה, זכאי המוכר לקבוע באורח חד-צדדי את מועד המסירה. גם תנאי זה הרי ניתן להתנאה או לקביעה של חלופת זמן ידוע, אולם כאשר הספק מכתוב חוזה אחיד, הרי שיוכל תמיד לקבוע במקום את המועד שהיה יכול להיות מוסכם בתקופת זמן שעד לאותו מועד. התוצאה תהיה הכפפת הצרכן-לקוח לקביעת מועד מסירה כרצון הספק. מכיוון שלמועד המסירה נלווה אוטומטית חיוב התשלום, הופך הספק על ידי כך לשליט על שני הנושאים החשובים שבעסקת המכר וכתוצאה מכך ניצב הצרכן בעמדה נחותה. כאמור, בנסיבות של תנאי מיקוח שונים, הסדר אופציונלי

הנעשית בחוזה אחיד, לפגוע בלקוחות. כלומר; היקף ההסתמכות של הלקוח על טענת הגנה עלול להיות מצומצם יותר כלפי הנמחה מאשר כלפי הנושה המקורי (הספק). למען הבהירות יש להרגיש, כי לא כל טענות ההגנה מוקפאות למועד שבו הודע לחייב על ההמחאה. טענות הגנה לגבי הקשר החוץ גופו אינן חסומות בפני החייב גם אם מועדן מאוחר להודעה על ההמחאה. ראה, לדוגמא, ע"א 330/75 גרבוז נ' רשות הנמלים בישראל, פ"ד לא(3) 146, 150: "טענות ההגנה של החייב נגד הנמחה מתגבשות במועד שבו נודע לו דבר ההמחאה: סעיף 2(א) לחוק המחאה חיובים, תשכ"ט-1969. אולם יש להבדיל הכולל היטב בין טענות ההגנה למיניהן, שבהן מדבר סעיף 2(א) הג"ל, לבין הגנות הנובעות מתנאי החוזה גופו".

10 המינוח "מיד" משמעו תקופת זמן קצרה, להבדיל ובמוכתחן מהמינוח "תוך זמן סביר" שנקבע בדין החוזים הכללי לגבי תקופת זמן שלא נקצבו על ידי צדדים לחוזה, ראה ע"א 508/86 ברומברג נ' ורדי, פ"ד מ"ג(3) 555, 560-561.

זה עשוי לשקף את כוונת הצדדים, אך בנסיבות של הכתבת חוזה אחיד עלול אימוץ ההסדר שעל פי חוק המכר להביא לקיפוחו הכולט של הלקוח. דוגמת חוק המכר¹¹ ממחישה היטב את הפרובלמטיקה הגלומה בהגדרת היקף הפטור. המכר הוא אחת העסקאות השכיחות ביותר במגזר הצרכני, ובתור שכזו, אם ייקבע כי כללים בחוזים אחידים המעוצבים במתכונת הוראות חוק המכר יהיו חסינים מבקרת החוק, הרי אם יימצאו בחוק המכר כללים שבנסיבות של נחיתות מובנת של צד (כגון צרכן) יש בהם כדי לקפחו (במשמעות חוק החוזים האחידים), עלולות הוראות כאלה להיות פטורות מבחינה על פי החוק. חוק המכר ותוקי חוזים אחרים מבוססים על הנחת שוויון בין צדדים, ולא על אוריינטציה צרכנית¹². ניתן להביא דוגמאות נוספות להתנגשות אפשרית שבין כללי הבקרה שבחוק החוזים האחידים לבין הוראות שנקבעו בחקיקה אחרת שאינה מונחה על ידי מטרת דוגמת אלה שבחוק; אולם נראה שדי בדוגמאות שהוכאו כדי להראות על הבעייתיות העלולה להתעורר עקב הפטור מתחולת חוק החוזים האחידים מחמת תנאי התואם חיקוק.

3. הדגמת הבעיה

כדוגמא להמחשת הבעיה האמורה יכולה לשמש החלטת בית הדין לחוזים אחידים בעניין פסק-דין הכדורגל¹³. ארגון שחקני הכדורגל פנה לבית-הדין לחוזים אחידים בבקשה לבטל או לשנות הוראות בתקנון הגבלת התשלומים שהתקינה ההתאחדות לכדורגל. התקנון חייב את שחקני הכדורגל בליגות הבכירות להתקשר בחוזים עם

11 אמנם, לפי חוק המכר עצמו קיימים מנגנונים העשויים למתן את ההשלכות העלולות להחמיר עם הצרכן, כדוגמת ייחוס ידיעה למוכר מקצועי על דבר אי ההתאמה (על פי סעיף 15 ו-16 לחוק), אולם כללים כאלה יפים לאו דווקא לגבי עסקה צרכנית או בנסיבות של חוזה אחיד. יישומם של מנגנונים כאלה עשוי לשפר את מצבו של הצרכן בנסיבות שבהן הוראות החוק, כפרשנותן בין סוחרים, עלולות להקניט עדיפות לסוחר. אולם אף כי למנגנונים כאלה יש משמעות צרכנית, בהתחשב בנסיבות העסקה, אין בהם כדי לבטל את הצורך בבקרה נוספת באמצעות מנגנון החקיקה שעל פי חוק החוזים האחידים והכללים המיוחדים המתורים על פי החוק לבקרת החוזים הסטנדרטיים.

12 לדין כללי ראה ס' דויטש "דיני תורים והחקיקה להגנת הצרכן" מחקרי משפט ט (תשנ"ב) 133. כן ראה ס' דויטש "חוק המכר – קווים לפירושו והרהורים על יחסי מוכר-קונה" משפטים יט (התש"ן) 493. לפי השקפתו של פרופ' דויטש, אין בחלק מההסדרים שבחוקי החוזים, וחוק המכר ככלל זאת, כדי להגן על הצרכנים, והוראות אלה אינן תואמות את המאפיינים המיוחדים של עסקה צרכנית. לפיכך מציע פרופ' דויטש, כי במקביל לחקיקה הרגילה בתחום החוזים תוסף חקיקה מקבילה, שחקבע הסדר מיוחד לחוזים צרכניים. מכאן מובן, כי להשקפה זו אין בעצם חקיקת חוק חוזי, כשלעצמה, כדי לוודא שאכן עברה מבחן נאות של בקרה באשר להיותה מגנה על הצרכנים, קל וחומר לנכונות העמדה המוצעת במאמר זה לגבי הצורך בבקרה על פי החוק.

13 לפי העובדות המוצגות לגביה בפסק-דין הכדורגל יש לציין, כי בית-המשפט העליון קיבל את הערעור על החלטה (מטעמים שאינם מבוססים על נשוא מאמר זה) והחזיר את הדין לבית-הדין לחוזים אחידים (ראה להלן, בגוף הדברים בסעיף זה).

קבוצותיהם. נוסח אחיד של החוזה הוכתב על פי התקנון לקבוצות, ואלה התקשרו במתכונתו עם שחקניהן. לטענת ארגון השחקנים, היה החוזה האמור בגדר חוזה אחיד, ומקצת מתנאיו – בגדר תנאים מקפחים כמשמעם בחוק.

התקנון והחוזה הנספח לו שללו מהצדדים (קרי: השחקנים והקבוצות) את חופש ההתקשרות המהותי, כאשר מרבית פרטי החוזה שבין הצדדים הוכתבו מראש במתכונת התקשרות סטנדרטית כפריה. לפיכך – טענו שחקני הכדורגל – נופל חוזה ההתקשרות שבין שחקני הכדורגל לקבוצות בתחום הגדרת החוזה האחיד¹⁴, והבחינה המהותית אם תניות שבו מקפחות נתונה לבקרה על פי החוק. אולם בית-הדין לחוזים אחידים נמנע מלבחון את החוזה על פי כללי הבקרה שבחוק, כתוצאה מקביעתו כי בשל הוראות חוק הספורט¹⁵ אין החוק חל על העניין.

מכיוון שהחוזה, נשוא הדיון, הותקן כחלק מתקנון התאחדות הכדורגל, הפועלת מכוח חוק הספורט – קבע בית-הדין לחוזים אחידים, כי מנגנון הבקרה של החוק אינו חל, וזאת מכוח הוראת סעיף 23(א)(2) לחוק הקובע, כאמור, כי החוק לא יחול על תנאים בחוזה התואמים "תנאים שנקבעו או אושרו בחיקוק"¹⁶.

בית-המשפט העליון קבע בערעור כי תקנון ההתאחדות לכדורגל אינו בגדר תקנה, ולפיכך פרושה בקרת החוק על תנאי החוזה שבין קבוצות הכדורגל לכדורגלנים. אולם לו ניתן היה לראות בתקנון חיקוק – כקביעת בית-הדין לחוזים אחידים – הרי אף אם היה בהוראות חוזה הכדורגלנים כדי לקפחם ואף אם ייעשה שימוש בעוצמה המונופוליסטית של הקבוצות והתאחדות הכדורגל כדי לפגוע בכדורגלנים, לא ניתן יהיה לבחון את החוזה על פי החוק. תנאי

14 אף כי החוזה הוכתב הן לקבוצות הן לשחקנים על ידי גוף שלישי – ההתאחדות לכדורגל – ראה בית-המשפט את הקבוצה המתקשרת כאילו היא הצד הקובע את תנאי החוזה, בהגדרת חוזה אחיד לפי סעיף 1 לחוק. נקבע, כי לצורך חוק החוזים האחידים ייחשב חוזה כאחיד אף אם צד אינו מכתוב במישרין את תנאי החוזה, ובלבד שהגוף שניסח את החוזה מצדד ותומך בעניינו של צד זה (ראה פסק-דין הכדורגל, בעמ' 110). הכרעה זו אינה נקיה מספקות, לפחות בחלק מהקשריה (כגון במקום שמקצת הקבוצות אינן רוצות בחוזה האחיד, אך נאלצות להשחמש בו מכח התקנון), אולם זוהי בעיה ההורגת מתחום רשימה זו.

15 ס"ח 1256. סעיף 10 לחוק הספורט קובע, כי על התאחדות או איגוד ספורט להתיקן תקנונים שיעסקו בין היתר בהעברות ספורטאים ובתנאי התשלומים והשכר לספורטאים. עוד קובע החוק, כי תקנות אלה יחייבו את הקבוצות ואת הספורטאים.

16 להשקפת בית-הדין, שתיים הן העילות לאי תחולתם של דיני החוזים האחידים על החוזה: הראשונה, כי למעשה אין החוזה, הנלווה לתקנון, חוזה כלל, שכן הוא חייב שנקבע בחוק; השנייה, כאמור, תחולת סעיף 23(א)(2) לחוק. לעניין רשימה זו רלבנטי הנימוק השני, אולם – לדעתי – גם ההנמקה הראשונה אינה מבוססת, וסחירתה תובא כאן בקצרה לשם השלמת התמונה. היוחה של התקשרות מוכתבת על פי חיקוק אינה פוטלת אותה מלהיכלל בגדר דיני החוזים. נגטיבות אלה, המבחן להכרעה אם המדובר בחוזה או לאו יהיה אם נשמר חופש ההתקשרות, דהיינו: האם יכלו הצדדים להתקשר או להימנע מלהתקשר. כלומר: יש להבחין בין חופש ההתקשרות לבין חופש עיצוב תנאי החוזה. ראה פסק-דין הכדורגל, בעמ' 109-110.

ההתקשרות, גם אם הם מקפחים, לא היו ניתנים לשינוי ולהתאמה על פי כללי ההוגנות והאינטרסים המוגנים, המובנים בחוק החוזים האחידים.

ג. תכליתו של הפטור

ביסודה של הוראת הפטור שבסעיף 23(א) לחוק עומדות כמה הנחות ומטרות, ובחינתן תסייע להבנת היקף הפטור והצורך שבו. יש לציין, כי ההנחות והמטרות שלהלן אינן בהכרח מתיישבות זו עם זו ואף אינן מצויות בהכרח באותו מישור התייחסות, אך בחינתן וההתייחסות אליהן דרושה לשם הבנת תכליתו של הפטור ולתחימת גבולו.

1. כללי עדיפות בין חיקוקים

קביעת העדיפות בנסיבות של התנגשות בין הוראות חיקוקים שונים, נעשית על פי כללי הפרשנות הכלליים. לפיכך, לולא הוראת הפטור, הרי במקרה שבו תניות בחוזה אחיד היו מוכתבות על פי הוראות חיקוק אחר או תואמות לו, לא היתה לחוק החוזים האחידים תחולה אוטומטית, ובחלק מהמקרים היה נדחה מפני הוראות חיקוק אחר. כללי ההחלטה בעניינים אלה של התנגשות חוקים מודרכים בעיקר על ידי שלושה כללי פרשנות: האחד, חוק ספציפי גובר על חוק כללי; השני, חוק מאוחר גובר על חוק מוקדם¹⁷; והשלישי, חוק בהיררכיה גבוהה גובר על חוק הנמוך ממנו במדרג. לפי ההנחה הפרשנית, שלפיה אין דבר חקיקה בא ללא מטרה, הרי שהכללת הפטור בסעיף 23(א) נועדה להרחיב את תחומי אי התחולה של חוק החוזים האחידים מעבר למה שהיה נקבע על פי כללי הפרשנות הרגילים.

יישום כללי הפרשנות האמורים יוביל בחלק מהמקרים למסקנה, כי חיקוק אחר גובר על חוק החוזים האחידים. במקרים שכאלה מיותרת לכאורה הוראתו של סעיף 23(א). אולם כאשר כתוצאה מיישום כללי הפרשנות יידחה החיקוק החיצוני מפני חוק החוזים האחידים, אזי יש משמעות להוראת סעיף 23(א). לולא הוראה זו, היו הוראות החיקוק החיצוני שאומצו בחוזה האחיד או שנהגו על פיהם בחוזה האחיד צריכות להיבחן באמצעות מנגנון הבקרה שבחוק החוזים האחידים.

התוצאה העולה מכאן היא, שאכן יש משמעות לסעיף הפטור האמור, אולם משמעות זו היא בתחום מוגדר ביותר. בתחום תחולתו המהותית של סעיף 23(א) הוא מחייב מחדש את תוקפו של חיקוק חיצוני, שלולא כן היה נחשב כבלתי תקף בשל ההתנגשות בינו לבין חוק החוזים האחידים.

בפסק-דין הכדורגל, לא נעשתה ההבחנה בדבר תחולתו של הפטור שבסעיף 23(א) בהקשר ליחסי הגומלין השונים שבין חוק החוזים האחידים לבין

17 לכללי פרשנות אלה וליישומם במשפט הישראלי ראה א' ברק פרשנות כמשפט (תשנ"ב, כרך א) 569 ואילך (להלן: ברק, פרשנות); ר' בכר "יחס – נורמה רגילה לעומת נורמה מיוחדת" משפטים ט (תשל"ט) 59 והאסמכתאות שם.

חיקוקים אחרים, אלא שלכאורה עולה ממנו הרחבה כללית של תחום הפטור. אם נכונה גישה זו, הרי שהתוצאה היא כי אופיו של הפטור אינו כזה של מכשיר בקרה לבחינה כאילו נסיבות יחול החוק לגבי חיקוק אחר, אלא כסעיף מחייה המחזיר תוקף לחיקוק חיצוני, שהיה נדחה לולא הוראת הפטור. המשמעות היא שההגנה הצרכנית הנתונה לפי החוק, ושעל פי כללי הפרשנות הרגילים צריכה היתה להינתן לצרכנים, עלולה להישלל מכוח הפרשנות האמורה.

2. חזקות בדבר פעולת המחוקק

הנחה נוספת המסבירה את הוראות הפטור מבוססת על כך, שהסדר הנקבע בחיקוק חזקה עליו שנבחן על ידי המחוקק הרלבנטי, או לפחות אושר במסגרת החיקוק, ולכן אינו מקפח. אליבא דבית-המשפט בפסק-דין הכדורגל¹⁸, בחינה כזו מבטלת את הצורך בבקרה על פי מבחני הפיקוח שבחוק החוזים האחידים. ניתוח ההנמקה מלמד, שהיא מבוססת על כמה הנחות הגלומות בקרבה, ובהן שהמחוקק אכן בחן את התנאים וכי מצאם נאותים. נוסף על כך, נדרשת הנחה חזקה (וקשה) הרבה יותר, דהיינו: כי משעבר התנאי סינן ראשוני על ידי המחוקק, אין עוד צורך לבחון במנגנון הבקרה שעל פי חוק החוזים האחידים.

3. יציבות מסחרית

יסוד אחר שבקביעת הפטור מתבסס על הצורך בשמירת רמת ודאות סבירה לסקטור העסקי¹⁹. ניהול עסק כשרמת הסיכון הכרוכה בו גבוהה, תוצאתו ייקור עלותה של הפעילות הכלכלית. לפיכך, כאשר שאר התנאים נשארים קבועים, הרי שככל שרמת הודאות באשר לתוצאות הצפויות מניהול העסק תהיה גבוהה יותר, תשופר מתכונת ניהול העסק. במבנה שוק תחרותי עשויה להיות לכך השלכה חיובית על המחיר לצרכן.

תנאים בחוזה אחיד, הצפוי לבקרה על פי החוק, אפשר שייפסלו או ישונו לאחר בחינתם על פי חוק החוזים האחידים. לכן, מי שמנהל את עסקיו במתכונת של חוזה אחיד חשוף לאי ודאות גבוהה יותר כאשר לתוקפם החזי של תנאיו מאשר בהתקשרות שלא על פי חוזה אחיד. לפיכך, מניעת התחולה של החוק מביאה לדרגת ודאות גבוהה יותר באשר לתוכן העסקה, וממילא – ליציבות עסקית.

4. "סיכון כפול"

הנחה נוספת המשמשת להצדקת הפטור מתבססת על כך, שלעתים הוראות החוק הן קוגנטיות, ובחלק מהמקרים אין הספק חופשי לבחור את נוסח התנאים שעליו

18 ראה פסק-דין הכדורגל, בעמ' 101, 102.

19 בית-המשפט בפסק-דין הכדורגל, בעמ' 102, רואה בהבטחת היציבות המסחרית והעסקית את אחד משני הרעיונות שביסוד הוראת הפטור.

לשלב בחוזים עם לקוחותיו²⁰. במקרים כגון אלה אין טעם בהתערבות על פי החוק, שכן אפילו כלל הספק תנאי המוגדר כמקפח על פי החוק, הרי שהדבר נעשה במצוות דבר חקיקה מחייב, ולא מרצונו החופשי, ולפיכך אין מקום להעמידו בסיכון של בקרת התנאים הללו על פי החוק; מה עוד, שסביר להניח כי מקרים כאלה יכללו גדר כלל הפרשנות המקנה עדיפות לחיקוק מיוחד על פני חיקוק כללי. כלומר, חשיפה לביקורת על פי החוק במקרים כאלה מעמידה את הצד המשתמש בחוזה סטנדרטי בפני מעין "סיכון כפול". לפי מתכונת הנמקה זו, מתן תוקף לתנאי התואם הוראת חיקוק משרת את הבטחת היציבות והגברת רמת הוראות של הפעילות העסקית²¹.

5. היחס "בית-משפט – מהוקק"

במקום שהוראה בחוזה אחיד נעוצה בתנאי שנקבע בחיקוק, עשויה בחינתה – באמצעות מנגנון הבקרה של התנאי המקפח שבחוק – לשמש למעשה בקרה על דבר החקיקה, כלומר: תשיפת תנאים בחוזה אחיד התואמים חיקוק לבקרה שיפוטית, משמעה למעשה העמדת החיקוק שביסוד התנאי שבחוזה לביקורת שיפוטית. סמכות שיפוטית כזו עשויה להיתפש כמשנה תכלית שינוי את כללי הבקרה השיפוטית על החקיקה. מנגד, ניתן לגרוס כי במקרה כזה מדובר בשני דברי חקיקה שונים ובעלי מטרות שונות, ולפיכך אין בבקרה על פי אחד מהם משום התערבות כזו של המערכת השיפוטית בדבר חקיקה.

לפי השקפתו של בן-נון²², אין בית-המשפט מוסמך כלל לבחון את כשירותו של תנאי בחוזה המתבסס על הוראת חוק, בשל עליונותה הבלתי מעורערת של הרשות המחוקקת על הרשות השיפוטית. אולם גישה זו כשלעצמה מעמידה בסימן שאלה את הצורך בהוראת הפטור שבסעיף 32(א)(2) לחוק, ולמעשה ניתן לגרוס כי היא מייתרת אותו לחלוטין; שהרי אם בתי-המשפט אינם מוסמכים לבחון תנאי בחוזה התואם הוראת חיקוק, ממילא לא היה צורך בקביעתה של הוראת הפטור בחוק.

ד. סיווג התנאי שבחיקוק

1. הייררכיה חקיקתית

המונח "חיקוק" משמעו חוק או תקנה. בגדר מונח זה באים הן חקיקה ראשית הן חקיקת-משנה, דהיינו: תקנה בת פועל תחקיקתי²³. משמעותה של תקנה היא אפוא

20 ראה, לדוגמא, צו הפיקוח על מצרכים ושירותים (תנורי הסקה דירתיים), תשל"ד-1974, ק"ת 3172, הקובע בספח לו את נוסח תנאי תעורת האחיות שספק מצווה ליתן ללקוח.

21 ראה פסק-דין הכדורגל, בעמ' 102.

22 א' בן נון חוק ההודים האחידים, תשמ"ג-1982 (סדרת הפירוש לחוקי החוזים, ג' טדסקי עורך, תשמ"ז) 113.

23 ראה חוק הפרשנות, תשמ"א-1981, ס"ח 1030.

נרחבת באופן יחסי ומתייחסת לנורמה משפטית המשנה את מאזן הזכויות והחובות, והיא מופנית לציבור או לחלק בלתי מסוים ממנו.²⁴

מכאן, שחווה אחיד עשוי לייבא בין תניותיו הן תנאים התואמים הוראות חקיקה ראשית הן תנאים שאובים מתוך הוראות המצויות במדרג נמוך בהיררכיה החקיקתית, כגון תקנות וצווים. אלה כאלה דיים לכאורה כדי לפטור את התנאי שבחווה האחד מבקרה על פי החוק.

הגישה העולה מפסק־דין הכדורגל לגבי היקף הפטור מתחולת החוק מרחיבה וגורפת.²⁵ אמנם, לשון החוק כפשוטה מלמדת לכאורה על צמצום תחולתו של חוק החוזים האחדים לגבי המשמעות המקובלת של המושג חיקוק, מה עוד שלא היה צורך בהקשר האמור להגיע למסקנה כה גורפת בעניין הנדון.²⁶

יש לבחון את השאלה, אם בהקשר להוראת הפטור הנדונה יש לייחס למושג חיקוק את המשמעות הרחבה המקובלת על פי חוק הפרשנות או שמא המדיניות המגולמת בחוק החוזים האחדים צריכה להביא לצמצום המשמעות של המושג "חיקוק" בהקשר העניין. לפחות לגבי צווים אשר אינם כופים במשמעות הפלילית הדעת נותנת, שלא יהיה בהוצאתם על ידי הרשות כדי לדחות את מערכת הבקרה של חוק החוזים האחדים המוכתבת על ידי המחוקק הראשי.

2. תנאים כופים ומרשים

ההוראה שבחיקוק עשויה להיות כופה (קוגנטית) או מרשה (דיספוזיטיבית). מהותן של ההסכמות בענייני ממון בכך שהן ניתנות להתנאה. אכן, מרבית

24 ראה פסק־דין הכדורגל, בעמ' 103 וההפניות שם.

25 כך, לדוגמה, בהתייחסות לעניין מטרת הפטור שבסעיף 23(א)(2): "בהוראה זו נתן המחוקק דעתו לכך שהסדר שעבר את שבט הביקורת של יוצר החיקוק נקבע בחיקוק עצמו או לפחות אושר במסגרתו אינו דורש עיון נוסף לפי מבחני הקיפוח אשר בחוק החוזים האחדים" (פסק־דין הכדורגל, בעמ' 101); ובהתייחסו לחוקים כופים, אומר בית־המשפט כי "אין היגיון בכך כי גבולות ההגנה שניתנה לצרכן במסגרת יתר החוקים הצרכניים יורחבו שוב בדרך השימוש בחוק החוזים האחדים" (פסק־דין הכדורגל, בעמ' 102).

26 כאמור, הקביעה האמורה אף לא היתה דרושה לשם ההכרעה בעניין שבנדון, ולפיכך היא בכחינת אמרת אגב־אורחא — Obiter. משמצא בית־המשפט כי תקנון ההתאחדות לכדורגל אינו בגדר חיקוק, ממילא לא היה צורך לדון בשאלת תחולתו או אי תחולתו של הפטור שבסעיף 23(א)(2) על המקרה.

מעמדה של הלכת אגב־אורחא הנקבעת בפסיקת בית־המשפט העליון אינו מובהר סופית בדין המקומי. יש הגורסים, כי "ההלכה הפסוקה" והמחייבת מכוח חוק יסודות המשפט, החש"ם-1980 כוללת גם את חלקי פסק־הדין שאינם חיוניים לצורך ההכרעה בעניין הנדון. לעומת זאת, מלומדים כברק וכתדסקי תומכים בהשקפה, כי כיסוד משפטי מחייב משמשים רק חלקי ההכרעה השיפוטית, שהם טעם ההחלטה. ההיגיון שביסוד השקפה זו הוא בכך, שרק בעניינים שעליהם מושתתת ההכרעה השיפוטית "מתגלית אחריותו המרכזית של בית המשפט". ראה ברק, פרשנות, בעמ' 509 והאסמכתאות שם.

ההוראות של דיני החוזים אינן נכפות על הצדדים, ונשמרת להם הזכות לעצב את תוכן ההתקשרות כרצונם. לעתים, בשל קיום אינטרס חברתי, כלכלי או אחר, מבקשת המדינה, באמצעות הרשות המחוקקת, להתערב בחופש הפעולה של הצדדים ולשלב בחיקוק הוראות כופות.

ההוראה הכופה עשויה לשרת מטרה צרכנית, או לחלופין – מטרה אחרת. חיקוקים צרכניים יכללו מעצם טבעם שיעור גבוה יחסית של הוראות קוגנטיות. תכליתם של חיקוקים כאלה היא להגן על הצרכן, והתערבותם במערכת היחסים צרכן-ספק נובעת מהכוונה לשנות את המבנה המשפטי או הכלכלי של העסקה הצרכנית. לפיכך, אפיון הוראת חיקוק צרכנית כהוראה דיספוזיטיבית עלולה להותיר בסופו של דבר את מערכת ההתקשרות ללא כל שינוי ממשי, וממילא השלכת חיקוק צרכני כזה עשויה להיות זניחה.

לו היתה בענף, או בסוג העסקאות שהוכפף לפיקוח הצרכני על פי חיקוק, תחרות, ממילא היו מתגבשים בו כללים יעילים ולא היה צורך בהתערבות חקיקתית לגביהם. אולם יש שבשל כשל שוק, נחיתות מיקוחית (unequal bargaining power) או היעדר מידע מספיק המקנים לספק יכולת להכתבת חוזה, נדרשת התערבות חקיקתית במתכונת כופה. חקיקה דיספוזיטיבית המותירה תיקון מצבים אלה לשיקול דעתם של הצדדים תשמר בדרך כלל את המצב הקיים ותנציח את העדיפות הנוכחית לספק. הסקטור העסקי ימשיך באותה מתכונת התקשרות שהיתה נהוגה קודם להחלת החקיקה הדיספוזיטיבית שהחוק ביקש לשנותה.

עם זאת, אין להתעלם לחלוטין מיכולת ההשפעה של חקיקה מרשה גם במישור הצרכני. לחקיקה כזו ערך חינוכי, בהביאה לידיעת הצרכנים את הסטנדרט המועדף על פי החוק. לאינפורמציה זו שתי השלכות: האחת בתחום ההתנהגות הצרכנית – צרכן המודע לסטנדרט עשוי להתנגד להכללת סעיף הנוגע לו בחוזה; והאחרת – בהשפעה על התנהגות הספקים. משנקבע סטנדרט כזה, עשוי ספק להציע חוזה הכולל את התנאי שעל פי החוק. הספק עשוי לשנות מהתנהגותו ללא החיקוק, הן משום שבכך ירוש אמינות בעיני הצרכנים כמי שמתאים את עסקיו לדרישות המיועדות להגן על הצרכן, הן משום רצונו לחסוך בהוצאות העסקה הנובעות ממיקוח שהוא תולדה של מודעות הצרכנים לסטנדרט המרשה שבחיקוק. בהקשר כזה ייתכן אף, כי העמדת הכלל המרשה בחיקוק תהיה כשלעצמה תמריץ לסקטור העסקי לאמצו בשל חיסכון בהוצאות העסקה כלכד.

האופי הכופה של החקיקה הצרכנית מתבטא בשניים: ראשית, אופיה הקוגנטי מונע מהצדדים להתנות על הוראותיה²⁷. לפיכך, להסכמתם לסטות מהוראות החוק אין נפקות, גם כשזו משקפת עסקה יעילה ומשוכללת. אופיה הכופה של החקיקה נועד להשליט משטר התקשרויות סטנדרטי וקבוע לכל העסקאות. כדי למנוע

27 ראה הדוגמאות המובאות בפסק־דין הכדורגל כעמ' 102. וראה דוגמאות נוספות בחוק האחריות למוצרים פגומים, חש"מ-1980, ס"ח 964; צו מכר דירות (טופס של מפרט), חש"מ-1974, ק"ח 3120; חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), חש"מ-1974, ס"ח 749.

נסיונות לסטות מהכלל הכופה, משתרעת תחולתו גם לגבי מקרים העשויים לנגוד בעליל את טובת הצדדים.

שנית, במקרים רבים נלווה לחקיקה הצרכנית הכופה גם היבט פלילי, שדרגת הכפייה הקשורה בו גבוהה יותר מאשר זו של הוראה קוגנטית שתחולתה במישור המשפט האזרחי בלבד. המתקשר בעסקה המתנה על הוראה כופה שבמשפט האזרחי, נוטל על עצמו את הסיכון שההסכמה בנדון תהיה חסרת תוקף ולא תיאכף. לעומת זאת, כאשר לחקיקה קוגנטית נלווה גם היבט פלילי, הרי שנוסף על כך נוטל המתקשר על עצמו גם את הסיכון שבסנקציות פליליות.

3. תנאי כופה המעוגן בחיקוק פלילי

בשל המיון האמור מובן כי ספק חייב לכלול בחזים עם לקוחותיו הוראות הנכפות על ידי סנקציה פלילית. מבחינה משפטית, אין הוא כלל בן חורין לבחור בנוסח שונה להתקשרותו עם הלקוח. כל התניה על חיקוק מסוג זה תביא בעקבותיה שניים: ההתניה תיחשב כבטלה, והעוסק ישא באחריות פלילית ובענישה הנלווית לה²⁸.

העולה מכאן הוא, כי קביעה באשר לתחולת הפטור מבקרת חוק החוזים האחידים לגבי חיקוק כופה עונשי, הכרחית ואף מובנת מאליה. הכפפת הוראות התואמות חיקוק כופה פלילי לבקרת החוק עלולה להביא לתוצאות אבסורדיות. אם ימצא בית-הדין או בית-המשפט הבוחן את ההוראה כי היא מקפחת את הצרכן, הרי שינוי התנאי המקפח שבחווה והתנהגות על פיו יהיו הן בניגוד למצוות חוק אזרחי, הן בגדר עבירה, והעוסק לא יוכל לפעול על פי התניה, כאמור. אולם סיכון של פסיקה כזו הוא תיאורטי גרידא, וייקשה להעלות על הדעת כי הערכאה השיפוטית, הבוחנת את הוראות החווה האחיד, תגיע למסקנה כי תנאי התואם הוראות חיקוק כופה פלילי הוא מקפח, ולכן הוא טעון שינוי או ביטול. לפיכך, עצם הכפפת תנאי כזה לבקרה שיפוטית, על פי חוק החוזים האחידים, תהיה חסרת ערך.

פסיקה, שלפיה כלל כופה פלילי הוא פסול מחמת היותו מקפח את הצרכנים עשויה להיתפש כהתערבות שיפוטית בסמכויות החקיקה וכבקרה שיפוטית על עצם חוקיותו של חיקוק. תפקידה של מערכת השפיטה בישראל מותחם לפרשנות

28 במקרה כזה תתעורר כמובן שאלת תוכנו של ההסדר שבין הצדדים. התנאי הסותר את החיקוק יהיה בטל, ואז תתעורר השאלה אם התחום המוסדר יושלם על ידי כללי ההשלמה של דיני החוזים או על ידי הוראת החיקוק הספציפי או שיימצא כי אין הסדר לענין האמור בין הצדדים. אף כי נושא זה חורג מגדר רשימה זו, נראה להעיר כאן כי במידה רבה יוכרע הפתרון על פי מהותו של החיקוק הכופה וכי כשכבת השלמה ראשונה יש לאמץ את הכלל שבחיקוק הכופה. כך, לדוגמא, על פי חוק הפיקוח על מצרכים ושרותים הותקן צו בדבר מכוונות כביסה ביתיות, הכולל נוסח מפורט של חוזה אחריות שבו על ספק להתחייב כלפי הרוכש. תנאי הנוגד לנוסח החוזה המוכתב ייחשב בלתי תקף, ותחתיו יבוא נוסח החוזה המוכתב בחיקוק.

מעשי החקיקה, ולא לבקרה על הצדקת נכונות המדיניות שהניעה את הרשות המתוקקת לחוקקם²⁹. ייתכן שעל רקע זה ניתן להבין את הקביעה הכללית, כי "הסדר שעבר את שבט ביקורתו של יוצר החיקוק, ונקבע בחיקוק עצמו, או לפחות אושר במסגרתו, אינו דורש עיון נוסף לפי מבחני הקיפות אשר בחוק החוזים האחידים"³⁰. אף כי הרברים בפסקי-הדין נאמרו לאו דווקא בהקשר לחיקוק פלילי, הרי דומה שההנחה המשפטית האמורה, ככל שהיא נכונה, יפה ביתר שאת לחיקוק שבתחום האחריות הפלילית, כאשר אין מותרים בידי הספק מרווח של שיקול דעת כבחירת תנאי ההתקשרות המוכתב.

4. תנאי כופה אזרחי

את ההנמקות וההיגיון העומדים ביסוד הקביעה כי אין החוק חל על תנאי כופה פלילי ניתן ליישם במידה רבה אף לגבי חיקוק כופה שתחולתו אזרחית בלבד, אולם קיים שוני מהותי בין שני סוגי התנאים הכופים.

התנאים הכופים שבחיקוקים אזרחיים אינם במתכונת אחידה. חלקם מיועדים להגן על צרכנים, חלקם נועדו לעגן מדיניות חברתית או כלכלית כללית, וחלקם תכליתם להסדיר נושא בתחום מיוחד. כל עוד החיקוק הקוגנטי מיועד להגן על הצרכן, אי אפשר לדחות על הסף את ההנחה כי בהוראותיו גלומה גם הנחה מיבלעת, והיא, שהוראת החיקוק אינה מקפחת את הצרכן. אולם גם בהקשר זה לא ברור כלל ועיקר שההגנה הצרכנית מכוחו של החיקוק תואמת את המבנה והתוצאות של ההגנה הצרכנית בנסיבות של חוזה אחיד.

זאת ועוד: לא כל ההוראות הכופות (אף בחיקוקים בעלי תכלית צרכנית) תואמות את ההנחה האמורה. חלקן לא באו להגן על הצרכן, אלא דווקא על הספק³¹. על פי סעיף 21 לחוק חוזה הביטוח, במקום שהותנה כי על המבוטח לנקוט אמצעים להקלת סיכון המבטח, ואלה לא ננקטו — קמות למבטח תרופות כנגד המבוטח. בכלל אלה זכאי המבטח לבטל את חוזה הביטוח או להפחית את תגמולי הביטוח. חוק חוזה הביטוח קובע כי הוראה זו היא קוגנטית. לפיכך, אם תיקבע הוראה, כאמור, בחוזה ביטוח, תהיה היא פטורה מבקרת חוק החוזים האחידים. לולא הוראת הפטור שבסעיף 23(א)(2) היה תנאי, כאמור, נכלל במסגרת

29 ראה ברק, פרשנות, בעמ' 281 ואילך והאסמכתאות שם. וראה לעיל, סעיף 51.

30 פסק-דין הכדורגל, בעמ' 101.

31 חוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981, ס"ח 1005, מגלם בהוראותיו מצב שבו קיים חוזה אחיד — פוליסת ביטוח המנוסחת על ידי ספק שירותי הביטוח, המבטח. לפיכך, ניתן להבין כי חוק זה מניח קיום נתינת מיקוחית של הלקוח-מבוטח, ביחסיו עם הספק-מבטח. אולם החוק מחייס גם לאינטרסים נוספים הצריכים הגנה, ובהם עניינים הנוגעים להגנת המבטח, כאשר זה מצוי בעמדה נחותה למבוטח (כגון ככל הקשור לחובת הגילוי המוחמרת, המוטלת על המבוטח) וכן אף את אינטרס כלל המבוטחים לשמירת יציבותן של חברות הביטוח. בית-המשפט בעניין פסק-דין הכדורגל (בעמ' 102) אכן ראה חוק זה כדוגמא לחקיקה צרכנית, כנראה מחמת טעות סופר מפנה פסק-הדין בעמ' 102 להוראת סעיף 23 לחוק חוזה הביטוח,

הבריקה שבחוק³² וייתכן אף שהיה מוגדר כמקפח על פי סעיף 3 לחוק או על פי סעיף 4(2) או 4(6).

כאשר המבטח רוצה לכלול בחוזה תנאי חלופי להוראת סעיף 21 לחוק, עשויה להתעורר שאלת תוקפו של התנאי. חוזה ביטוח הוא דוגמא נפוצה ביותר לחוזה אחיד. בדרך כלל, ובמיוחד בחוזים עם לקוחות פרטיים (להוציא לקוחות עסקיים גדולים), אין ללקוח כל מעורבות בניסוח הפוליסה. הכללה של תנאי בחוזה ביטוח הסותר את סעיף 21 לחוק חוזה הביטוח, תהיה בחוזים כאלה עניין שבשיקול דעתו הבלעדי של המבטח. המבטח עשוי לנסח כלל המחמיר עם המבטח או המקל עמו. במקרה שניסח כלל מחמיר, הרי ניתן יהיה לגרוס כי זה בטל מחמת היותו סותר הוראה שבחוק חוזה הביטוח. לעומת זאת, אם היה התנאי מיטיב עם הלקוח³³, כלום יוכל או המבטח לטעון לבטלות התנאי שנוסח על ידו? מבלי להיכנס למורכבותה של הסוגיה הביטוחית הכרוכה בעניין (שאינה במוקד הרשימה), יונח כי המבטח יהיה מגוע מלטעון את הטענה האמורה³⁴. תחת הנחה זו תתעורר עתה השאלה: כלום הסעיף המיטיב עומד לבקרה על פי חוק החוזים האחידים?

אם תמצא לומר כי התשובה לכך חיובית, מהטעם שהוראתו של התנאי המיטיב אינה מעוגנת בחיקוק – תתקבל תוצאה מוזרה: תנאי שהוא עדיף לצרכן עלול להימצא כתנאי מקפח על פי חוק החוזים האחידים; ולעומתו, תנאי שפגיעתו בצרכן רבה יותר יימלט ממסגרת הבקרה וייחשב כתקף לכל דבר ועניין.

(א) אימוץ הוראה כופה לעניין מקביל

בעת שמחוקק (בין ראשי ובין זוטרי) מחקין הוראה כופה בחיקוק שעניינה עשוי להשפיע על צרכנים, אין זה מן ההכרח שכל ההוראות הכופות שבחיקוק יכוונו

32 הוראות סעיף 21 לחוק חוזה הביטוח עוסקות בחוזה אחיד (פוליסה), המטיל על הצרכן חבות שתכליתה להיטיב עם המבטח. החוק מחייב את הצרכן להקל על סיכנו של הספק. תנאי כזה עלול, בנסיבות חוזה אחיד המוכתב על ידי הספק, להיחשב כפוגע בלקוח, אולם הכללת ההוראה בחוק חוזה הביטוח והתוצאות הקיצוניות מבחינת הלקוח (ביטול החוזה או הפחתת חבות הספק) נובעות מהצורך להגן על חברות הביטוח במסגרת אינטרס הכלל לשמור על יציבותן של חברות אלה.

33 ההסתברות לכך שתנאי כזה ייקבע על ידי המבטח יתכן שאינה גבוהה, אולם בשוק תחרותי עשוי מבטח למשוך מבטחים על ידי הבלטת היתרונות המובטחים על ידו לצרכן, ובכלל זה תנאי התחזה.

34 עניין זה מובא כדוגמא בלבד ולצורך הדגמת הכעייחיות שבנושא. לגופו של עניין דעתי היא, שאין תוקף לתנאי המיטיב עם המבטח בניגוד להוראת סעיף 21 לחוק חוזה הביטוח. הטעם כפול: ראשית, סעיף 40 לחוק האמור מדגיש, כי הוראות הפרק הראשון לחוק זה יחולו על כל סוגי הביטוח, אלא אם כן יידחו על פי הוראה בחקיקה ראשית. מכאן ניתן ללמוד על התחולה הרחבה שחוק חוזה הביטוח מבקש להעניק להוראות הפרק שבו נכלל סעיף 21. ושנית, מהטעם שמתן תוקף להוראה כזו עלול לפגוע בחוסנה של חברת הביטוח, וכתוצאה מכך – לפגיעה במבטחים אחרים.

במישרין להגנת הצרכן³⁵. הוראות כופות מסוג זה קשה לעתים להעמיד בחוקה. שאינן מקפחות במשמעות חוק החוזים האחידים. גם לגבי הוראות החיקוק המיועדות במישרין להגן על הצרכן אין זה ברור שלולא הוראת החוק היה התנאי נחשב סביר. ניתן לבחון לדוגמא את הוראת סעיף 4 לחוק כרטיסי חיוב³⁶, שלפיה הן הלקוח הן המנפיק זכאים לסיים את חוזה כרטיס החיוב בכל עת וללא מתן סיבה. לסיום ההתקשרות נקבעו שני מועדים: האחד, לצרכן – והוא מועד החזרת הכרטיס למנפיק; והאחר – למנפיק, והוא מועד ההודעה. הוראה זו, כהוראות אחרות בחוק כרטיסי החיוב, היא קוגנטית חד-כיוונית, דהיינו: לא ניתן להתנות עליה, למעט לטובת הצרכן. לו נכללה הוראה דומה בחוזה התקשרות רגיל בין ספק ללקוח, ניתן היה לגרוס כי לכאורה עלולה ההוראה להיחשב כמקפחת על פי חוק החוזים האחידים, ולפיכך – כראייה לבקרה שמה היא תנאי מקפח.

נוסף על כך יונח עתה, כי קיים מכשיר פיננסי אחר, הדומה במהותו לכרטיס חיוב, אך אינו נכלל בהגדרת כרטיס חיוב (כגון משום שאינו מחייב כל חפץ או כרטיס). יונח עוד, כי הספק, הנותן את שירותי המכשיר הפיננסי, מכתוב חוזה אחיד ללקוחותיו וכולל בו הוראה כמהותה של הוראת סעיף 4 לחוק כרטיסי חיוב, המאפשרת לו בין היתר לבטל, ללא כל התראה מוקדמת, את ההתקשרות, תוך מתן זכות דומה ללקוח. מובן כי השוויון שבכוח הביטול הוא לכאורי גרידא. הספק עומד מול משתמשים רבים במכשיר הפיננסי, והודעת הביטול מטעם אחד או אחדים מהם אינה ממשית מבחינתו. לעומת זאת, הפסקת האשראי או השימוש במכשיר הפיננסי על ידי הספק ללקוח, בלא סיבה ובלא הודעה מתריעה עלולה להיות הרסנית ללקוח. בנסיבות כאלה סביר לצפות, שהערכאה אשר תבחן את התניות שבמתכונת סעיף 4 לחוק כרטיסי חיוב עשויה למוצאן מקפחות. אם כך הם פני הדברים, הרי עשויה להתקבל תוצאה מוזרה. מבחינה מהותית, בעניינים קרובים ימצא חוזה אחד כחסין מבקרה על פי חוק החוזים האחידים; ואילו בחוזה האחר, שבמקביל, יוגדר הסדר זהה כפסול³⁷.

35 כך כבדוגמא שבחוק חתה הביטוח שהתענה לעיל.

36 החשמ"ו-1986, ס"ח 1185.

37 הקרשי המוצג כאן עשוי להתיישב אם תאומץ פרשנות מרחיבה ביותר למושג "תואם", כך שתידרש התאמה למהות ההסדר החיקיקתי שמתוכו מיובאים תנאים לחוזה האחיד. הפרשנות המרחיבה של המושג "תואם" תביא לצמצום היקף הפטור. במתכנת פרשנות כזו יידרש תנאי שבחחה לתאימות לא רק לגבי לשון הוראת חיקוק, אלא אף לתאימות עניינית-מהותית. המבחן שיידרש יהיה מבחן כולל דר-צדד, אשר יעמיד את הוראות החוזה האחיד מול מהות ההסדר שבחיקוק. לשיטה זו לא די בכך שהתנאי שבחחה שווה או דומה להוראת חיקוק, המסדיר תחום רלבנטי לחוזה, אלא צריך אף לבחון כי מהות ההסדר שבחחה האחיד עולה בקנה אחד עם המסטר שהתוק ביקש להנהיג. מול היתרון האפשרי כצמצום היקפו של הפטור מבקרת חוק החוזים האחידים כרוכה פרשנות כזו בעלות חברתית העלולה להיות כבדה למדי. יסוד היציבות העסקית, שהוא אחד משני היסודות שסעיף הפטור מרשתת עליהם (ראה לעיל סעיף 33) עלול להשתבש ביותר, ולהתדיינות הכרוכה בכך עלריות בלתי מבוטלות.

השוני בתוצאות אינו מלמד בהכרח כי אחד ההסדרים הדומים פסול. כאמור, מטרתו של חוק אינן ממוקדות בהגנת צרכן בלבד. האינטרס הצרכני הוא אחד האינטרסים העשויים להישקל בתהליך החקיקה, אולם על ההסדר החקיקתי להביא במכלול השיקולים גם אינטרסים של הסקטור העסקי, והאיזון החקיקתי בין אינטרס הצרכן לאינטרסים אחרים, הנקבע בסופו של דבר, עשוי להיות הנכון. לעומת זאת, בתחום הייצוגי להוראת החיקוק הספציפי, ואפילו בתחום קרוב, אין להניח את ישימות ההסדר הכופה כדבר אוטומטי; שכן הנחת הבקרה על ידי המחוקק אינה בהכרח רלבנטית לגביו. לכן, כאשר לחוזה אחיד מיוכא הסדר הנובע מהוראה כופה שבחיקוק המסדיר עניין דומה, אין מקום לכלל הפטור אוטומטי את ההסדר מתחולת חוק החוזים האחידים³⁸.

אם כך, הרי שמתעוררת מיד השאלה, באילו הקשרים הוראת הפטור שבסעיף 23(א)(2) היא רלבנטית? כפי שכבר הובהר, במקום שההוראה הכופה שבחיקוק אורחי חלה במישרין על העניין, הרי כל התניה עליה תיחשב לבלתי מחייבת, ותחתיה יוסדרו יחסי הצדדים על פי ההוראה הכופה. מכאן, שאימון הוראה כופה הוא רלבנטי במקרה שההוראה הכופה אינה חלה במישרין על היחסים שבין הספק לבין הלקוח. אולם בנסיבות אלה, כאמור, אין יסוד להנחה בדבר סבירותה של ההוראה בהקשר החדש. הדברים הופכים ברורים בעליל כאשר החוזה האחיד עוסק בתחום שונה ובהקשר ענייני שונה מאשר החיקוק הכופה.

כידוע, יש שחיקוק כופה על ספקים להתקשר עם לקוחותיהם בתוזים שתוכנם נקבע בחיקוק. כך, לדוגמא, על ספק מכוונת כביסה ביחיות להעמיד ללקוח תעודת אחריות למוצר, שנוסחה מוכתב לספק בחיקוק³⁹. תעודת האחריות היא אפוא חלק מהיחס החוזי שבין הספק לבין הרוכש ומגדירה את היקף האחריות ומתכונת אספקתם של שירותי האחריות. ספק (ולעתים אותו ספק עצמו) של מכשיר מיכני אחר – למשל: מכונה ביתית לייבוש כביסה – יכול להציע ללקוחותיו חוזה שירות במתכונת הזוהה לזו המוכתבת בחיקוק לגבי מכוונת כביסה. כמו כן, ספק של מכוונת כתיבה או מכשיר אחר יכול לאמץ לתעודת האחריות את נוסח תעודת

38 יש מי שיטען, כי במקרה כגון זה יש לפרש את הביטוי "תואם" שבסעיף 23(א)(2) שעניינו גם תנאי המופיע בחיקוק השונה מהחיקוק החל על העסקה. פרשנות שכזו תייתר כמובן את הדיון בשאלה הנדונה בגוף הדברים. לדעתי, אין מקום לפרשנות כזו למלה "תואם", שתוצאתה תהיה הרחבה ניכרת של מסגרת הפטור מתחולת חוק החוזים האחידים. בה במידה שאין להרחיב את משמעות המלה "תואם" והפטור שבסעיף 23(א)(3) לחוק לחוזים שאינם קשורים להסכם בינלאומי שהמדינה צד לו, כך אף לעניין פרשנות המונח "תואם" בסעיף 23(א)(2). זאת ועוד: קביעת הוראה בחוק ספציפי נעשית לגבי מהות העניין שהחיקוק מיועד להסדירו. עצם אי הכללתה של הוראה זוהי בחוק המסדיר תחום אחר מלמדת, שהמחוקק מצא כי אין היא מתאימה להסדיר תחום זה. הרחבת המושג "תואם" לפי הפרשנות האמורה בהערה זו תעניק תוקף מעין-חקיקתי להוראת החוק בתחום שהמחוקק הסדיר בחוק אחר ושלגביו לא רצה להחיל את ההוראה.

39 צו הפיקוח על מצרכים ושירותים (מכוונת כביסה ביחיות) תשל"ג-1973, תקנה 9 ותוספת ראשונה.

האחריות המוכתב בחיקוק למכונות כביסה. מובן כי ככל שמהות המכשיר ושימושו שונים, כך גם ישימות ההוראות שבחיקוק המכתיב את חוזה השירות למכונות הכביסה פוחתת.

אולם אף באחד מהמקרים אין זה מן הראוי שלא לפטור את החוזים הללו מבחינה על פי חוק החוזים אחידים הגם שאימצו את הוראות האחריות שבחיקוק. הנחת הבקרה הצרכנית על ידי המחוקק מן הראוי שתהא ישימה – כפי שהובהר – רק לסביבה המיידית של החיקוק הרלבנטי. ראיה לכך ניתן אף למצוא בחיקוקים דומים שבעניין. המחוקק לא הוציא צו כללי הקובע את תנאי מתן האחריות, אלא גזר כללים ותנאים שונים לגבי סוגים נפרדים של מכשירים, מהטעם שאין דין אחד לכלל הנוגעים לסביבה ולנסיבות מסוימות כלאחרים – ואפילו הם קרובים עניינית⁴⁰.

מבין שתי החלופות העיקריות המגדירות את תחום הפטור מתחולת חוק החוזים האחידים נראה, כי ראוי לבחור דווקא בזו המצמצמת את תחומי הפטור. מטרת החוק מוגדרת בו באופן ברור, ותכליתו להגן על הלקוחות. לפיכך, אם אפשריים כמה פירושים להיקף תחולתו של הפטור מההוראות התוק, יש להעדיף את הפירוש המעניק הגנה רחבה יותר לצרכנים (או בהיפוך הדברים – המצמצם את תחולת הפטור).

בענייננו, כאמור, שתי מתכונות עיקריות לפירוש תחולת הפטור על הוראה כופה אזורית התואמת חיקוק:

(א) תחולת הפטור היא רק להוראות הנוגעות במישורין לנשוא החוזה האחיד.

(ב) הפטור נוגע גם להוראות כופות המיובאות לתחום החוזה האחיד מחיקוק שלא נועד במישורין לכפות את הוראותיו על נשוא החוזה האחיד.

להסברים שניתנו לעיל להעדפת המתכונת הראשונה מצטרף גם כלל הפרשנות המצמצם, הנובע ממטרת החוק להגן על הלקוחות.

העדפת המתכונת הראשונה מעוררת מיד שאלה פרשנית נוספת: מה טעם שבמתכונת פטור זו? לו חל התנאי הכופה האזורי ממילא על ההסדר שבין הצדדים, אף לולא שילבו הספק בנוסח החוזה, לא היה הספק צריך לכוללו בחוזה כדי להינות מתנאיו. גם אם כלל בחוזה תנאי כזה, הרי לכאורה לא עשה דבר. הקושי המוצב כאן לכאורה מייתר בהקשר הנדון, את הוראת הפטור שבסעיף 23(א)(2). הרי אם חל החיקוק הכופה ממילא על ההתקשרות, דלת הבקרה אינה פתוחה על פי החוק. לכן, מה הצורך בהכללת סעיף פטור מתחולת החוק דוגמת סעיף 23(א)(2)? אם אכן זוהי התוצאה, ממילא נשללת חלופת הפרשנות הראשונה; שכן אם החוק לא היה ממילא חל בשל הוראת החיקוק הכופה, היה

40 כך, במקביל לצו הנוגע למכונות כביסה ביחיות הרצאו צוים הנוגעים למכשור ביתי אחר, כגון צו הפיקוח על מצרכים ושירותים (מקרים חשמליים כתיים) תשל"ה-1975, המסדיר את תעודות האחריות והאחזקה למקרים. כך אף צו הפיקוח על מצרכים ושירותים (מקלטי טלוויזיה), תשל"ב-1972.

סעיף 23(א)(2) בגדר אמירה בעלמא. כידוע, כלל פרשנות בסיסי הוא, כי אין המחוקק אומר את דברו לריק. מבין שתי חלופות פרשנות – האחת, המביאה למסקנה שלחיקוק אין משמעות; והאחרת, המקנה משמעות אופרטיבית לחיקוק – יש לאמץ את האחרונה. לפיכך, אם לא ניתן להציב תוכן אחר לחלופה הפרשנית המצמצמת את תחולת הבקרה על פי החוק, עשויה כף הפרשנות ליטות לכיוון הרחבתה של מסגרת הפטור הגלומה בסעיף 23(א)(2).

ה. הגנה צרכנית

כמדומה שההשלכות מרחיקות הלכת, הנובעות מהצרת תחומי הגנת הצרכן-לקוח, על פי פסק-דין הכדורגל, לא נעלמה מבית-המשפט. בדונו בשאלת משמעותו של סעיף 23(א)(2), עומד בית-המשפט על ההבחנה שבין חוקים כופים למרשים ומפנה לשורת דוגמאות של חקיקה צרכנית כופה ומעמידן לגבי מטרות חוק החוזים האחידים⁴¹.

הבנת המטרה של הגנת הלקוחות שבחוק צריכה התייחסות בשל מבנה השווקים והעסקאות שעליהם נועד החוק לחול. להשקפתי, ככלל, אמור חוק החוזים האחידים "לתקן" תנאי התקשרויות חוזיות הנעשות בתנאים של כשלי שוק. כך, כשבין הספק ללקוחות קיימים פערי מידע או נחיתות כלכלית הגוררים חולשת הלקוח במו"מ החוזי (unequal bargaining power). הוא הדין כאשר מבנה השוק אינו תחרותי. בנסיבות כאלה אין די בחקיקה הצרכנית הרגילה כדי להביא לתוצאות הרצויות, מבחינה חברתית או כלכלית, לגבי ההתקשרויות שבין הספקים ללקוחות⁴².

חופש ההתקשרות העומד ביסוד דיני החוזים אינו יכול לשמש יסוד תיאורטי להבהרת מתכונת ההתקשרויות בחוזים סטנדרטיים. הספקים, המחזיקים בעמדה מיקוחית או כלכלית המאפשרת להם להכתיב את תוכן החוזה הסטנדרטי, הופכים למכתיבי הנורמות המהותיות המסדירות את ההתקשרויות שבינם לבין לקוחות. כמוכך זה נוצר מצב פרדוקסלי: עקרון חופש החוזים מאפשר לצדדים את החירות לגבש את תוכן ההתקשרות, ולפיכך, כנגזרת הכרחית – את הצמצום המרבי בהתערבות המחוקק בתחום זה. אולם בסביבה של חוזים אחידים אין הלקוחות חופשיים בעיצוב תוכן החוזה, והנורמות החוזיות מוכתבות על ידי קבוצת הספקים. הנובע מכך – לפי השקפת כותבים בתחום זה – הוא החלפת

41 ראה פסק-דין הכדורגל, בעמ' 102, וההפניות שם, ובמיוחד להפניה לא' פרוקציה "תוקפו המחייב של חוזה אחיד כפונקציה של מבנה השוק" משפטים ט (תשל"ח-תשל"ט) 52 (להלן: פרוקציה).

42 למטרות החוק ראה ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א נ' קסטנבאום, פ"ד (מו) 2) 464, 525 ואילך. וראה שם את פסק-דינו של השופט ברק המרחיב את היקף המטרות של החוק והאסמכתאות להרחבה המובאות שם. מכל מקום, השקפתי היא שבדרך כלל יש לייצד את החוק למצבים של כשלי שוק.

המרות החקיקתית-דמוקרטית בתכתיב של קבוצות עסקיות⁴³. חוק החוזים האחידים בא להבטיח ש"דיקטטורה" כזו של קבוצות עסקיות לא תתאפשר וכי בחברה דמוקרטית ישקפו חוזים צרכניים סטנדרטיים את הערכים החברתיים המוכתבים על ידי המחוקק.

1. הגבלת היקף ההגנה הצרכנית בהוראת אי התחולה

המטרה האמורה של חוקי חוזים אחידים אינה מתבטלת מאליה כתוצאה מהתנגשות עם הוראות חיקוק אחר. לפיכך, צריך לבחון את ההצדקה לדחיית החוק מפני הוראות חוזיות התואמות חקיקה, ובראש ובראשונה לגבי הוראות כופות. ההנמקה העניינית בתמיכה לכך⁴⁴ גרסה, כי "אין הגיון בכך כי גבולות ההגנה הניתנת לצרכן במסגרת החוקים הצרכניים יורחבו שוב בדרך של שימוש בחוק החוזים האחידים".

אולם הבעייתיות שבהנמקה זו מתבלטת מיד, שכן חוק החוזים האחידים נועד למלא פונקציה שונה מאשר חוקים מיוחדים להגנת הצרכן; דהיינו: חוק זה דרוש וחינוי נוסף על ההגנה הניתנת לצרכנים על פי חקיקה צרכנית חיצונית.

לשם הבהרת הדברים יתוארו, באורח לא ממצה, כמה דוגמאות לפעולות של חוקי הגנת הצרכן. חוק הבנקאות (שירות ללקוח)⁴⁵ והתקנות שהותקנו מכוחו מיועדים לטפל ביחסי בנק-לקוח בענף המיוחד של הבנקאות. אחת העסקאות האופייניות לעסקי הבנק והלקוח הן עסקאות בשיקים. בהקשר זה מתעוררות שאלות שונות הצריכות קביעה הסכמית בין הבנק ללקוח, כגון לגבי מועד זיכוי הלקוח בשל שיק שהופקד. המחוקק התערב בעניין במסגרת סמכותו על פי חוק הבנקאות (שירות ללקוח) וקבע⁴⁶ הסדרים לגבי מועד הזיכוי, ארעיותו וכד'. לולא ההתערבות החקיקתית היו הסדרים אלה נקבעים בהסכמה בין הבנק ללקוח, ובמקרה של חוזה אחיד היו צריכים לעבור את מנגוני הבקרה של מבחני הקיפוח שבחוק. כך, לדוגמא, ההסדרים האמורים קובעים כי כיום הסליקה ייחשב יום העסקים, זה מסתיים על פי ההוראות בשעה 3 או בשעה מוקדמת יותר שקבע הבנק (מרבית הבנקים קבעו מועד זה בשעת הצהריים לערך). כתוצאה מכך לקוח המפקיד שיק ביום נתון בשעות הפעילות של הבנק, אך לאחר השעה שהוגדרה כסיום יום העסקים, מפסיד יום ערך וייחשב כמי שהפקיד את השיק למחרת היום. התוצאה היא, כי חשבונו של הלקוח יזוכה בערך של יום מאוחר יותר הן לעניין

43 ראה Slawson "Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power" 84 *Harv. L. Rev.* (1971) 529. ראה גם ג' שלו, תניות פטור בחוזים (תשל"ד) 34.

44 פסק-דין הכדורגל, בעמ' 101.

45 התשמ"א-1981, ס"ח 1023, סעיף 5. הסעיף מאפשר הכתבה של תוכן חוזה שעל הבנק לערוך עם לקוח והכולל "את הפרטים שנקבעו בכללים". בכלל הגילוי שעל פי החוק עשוי להימצא עניין המשפיע על היחסים שבין הלקוח לבין הבנק באופן מהותי או המקנה לצד יתרון בלתי הוגן על-פני חברו.

46 בהוראות הבנקאות (שירות ללקוח) (מועד זיכוי וחייב בשיקים), התשנ"ב-1992.

זיכוי בריבית הן לעניין חיוביו של הלקוח כלפי הבנק או אחרים. ייתכן כי הסדר זה סביר ויתכן כי בנסיבות של חוזה אחיד המוכתב על ידי הספק היה עלול להיחשב כמקפת, אולם הכתבת הסדר כזה בחוזה האחיד עם הבנק, בהסתמך על חקיקת-המשנה, מוציאה את ההוראה מכלל הפיקוח על פי החוק.

כללי החיקוקים הקשורים לחוק הבנקאות (שירות ללקוח) הם, בעיקרם, חיקוקים שמגמתם הגנת הצרכן. בהקשר כגון זה אמור החיקוק הצרכני הספציפי לשפר את מצבו של הלקוח (באורח פוטנציאלי, אולי בהרבה; ובאופן מעשי, במידה מופחתת), אך עדיין עשויה להידרש התערבות מכוח חוק החוזים האחידים. יתרונו הברור של הספק הבנקאי מכתוב החוזה האחיד מעמיד את הצדדים בעמדה ברורה של אי שוויון מיקוחי. החוזה האחיד הנובע ממצב דברים זה לא בהכרח ישקף את התנאים הרצויים לצרכן שהיו מושגים לו היו הצדדים בעמדה שווה. לפיכך, התערבות באמצעות מנגנוני הבקרה של חוק החוזים האחידים רצויה, אף אם היא באה במקביל לפעילותו של החיקוק הצרכני.

כדוגמא נוספת להמחשת העניין ניתן להביא את סוגי ההוראות ה"פרטניות" על פי חוק הגנת הצרכן. כך, למשל, קובעות תקנות הגנת הצרכן (מכירות באשראי, מכירה מיוחדת ועיסקה ברוכלות), התשמ"ג-1983⁴⁷, כי בנסיבות מסוימות של פיגור בתשלום זכאי הספק לחלט את הנכס נשוא העסקה או להעמיד את יתרת סכום העסקה לתשלום מידי. תקנה 4(3) לתקנות האמורות קובעת כי על הספק לתת התראה של 14 ימים לצרכן כדי לקיים את החוזה. כמו בדוגמא הקודמת, הרי שאף אם ייתכן מאוד כי בתנאי שוק רגילים תנייה כזו היא סבירה, ודי בהגנת חוק הגנת הצרכן – לא בהכרח כך הם פני הדברים כאשר מדובר בספק בעל עמדה כלכלית המאפשרת הכתבת כלל תנאי החוזה ובהתחשב במהות העסקה ובתנאיה כפי שהן מוכתבות בחוזה האחיד. הוצאת הוראות כאלה מגדר הבקרה על פי החוק עלולה לחשוף צרכנים לנחיתות ולקיפוח שתכליתו של חוק החוזים האחידים למונען.

ניתן עוד להוסיף כהנה וכהנה דוגמאות לגבי אי סבירותה של המסקנה הגורפת האמורה לעניין ייחודן של ההגנות הצרכניות החיצוניות לחוק⁴⁸. אולם נראה לי, כי היסוד העיקרי לביקורת על השקפת בית-המשפט הוא היסוד הכלכלי.

47 ק"ת 4453.

48 לדוגמא נוספת: צו בדבר מכונות כביסה ביתיות, שירות החזקה, תשל"ל, הקובע את מועדי מתן השירות למכונות כביסה. מועדים אלה הם ארוכים יחסית ואינם תואמים את הנסיבות הקיימות בישראל של מצבת הרכבם של תנאי התחבורה ומהות שירות טוב. כך, לדוגמא, על בעל תחנת שירות להיענות לפנייה לקבלת שירות תוך שלושה ימים אם מבקש השירות ממוקם בודיוס של 30 ק"מ, ותוך שבעה ימים אם המרחק עולה על כך. לולא החקיקה הצרכנית האמורה היה מתפתח שוק של תנאי שירות, וחוזה אחיד של ספק הכולל תנאי כזה עלול היה להיחשב מקפת. ראה עוד, למשל, צו בדבר תנורי הסקה דירתיים, תשל"ד, סעיף 15.

2. מבנה השוק והעסקה

כאמור, חוק החוזים האחידים נועד לטפל בבעיות מיוחדות של מבני שוק ומבני עסקאות⁴⁹. אין כל קשר הכרחי בין מטרת חוק צרכני כלשהו לבין מבני השוק, שלגביהם דרושה בקרת החוק. לפיכך, המסקנה כי אין מקום להרחיב את תחולת ההגנה הצרכנית מעבר למסגרת החיקוק הצרכני אינה מבוססת מבחינה כלכלית. ערך המוצר או השירות נשוא העסקה הצרכנית כולל את החוזה האחד הנלווה אליהם. במלים אחרות: המחיר שצרכן משלם עבור העסקה עשוי להיות מושפע מתנאי החוזה. בנסיבות של חוזה אחיד יתבטא הרבר בכמה מצבי יסוד. לגבי המחיר ייתכנו שני מצבים: (א) המחיר פתוח למיקוח או (ב) המחיר קבוע. לגבי תוכן ההתקשרות שבחוזה האחד שוב ייתכנו שני מצבים: (א) הצרכן מכיר ומבין את תנאי החוזה; (ב) הצרכן אינו מבין את תנאי החוזה או אינו מודע להם, כולם או חלקם.

במקרה שמבנה העסקה מאפשר לצרכן ידיעה מלאה לגבי פרטיה וקיימת האפשרות הריאלית להתמקח, אין מתעוררת בעיה בקשר למסקנה בדבר היעדר הצורך בהרחבת ההגנה הצרכנית מעבר לכיסוי שבחיקוק הצרכני החיצוני גם לחוק החוזים האחידים. בהנחה שקיימת תחרות וניתן לרכוש את המוצר או השירות אצל ספק אחר, יתבטאו תניות החוזה האחד במחיר העסקה, וככל שיטיבו עם הספק ויפגעו בצרכן – כך גם תושלם העסקה במחיר נמוך יותר. אולם במסקנה האמורה אין כל ייחוד, שכן גם בנסיבות רגילות, שבהן לא היתה העסקה מושפעת מקיומו של חיקוק צרכני חיצוני, לא היה מקום להחלתו של חוק החוזים האחידים. העסקה שנקשרה במתכונת האמורה משקפת את הערכים הכלכליים שהצדדים מייחסים לה. שיווי המשקל בשוק כזה נוצר כאשר הצרכנים משלמים עבור מוצר (כזכור, נכס + חוזה) באיכות נמוכה יותר (חוזה אחיד "מקפח") מחיר נמוך יותר. בניגוד לחוסר הרלבנטיות של חוק החוזים האחידים בסיטואציה כזו, עדיין עשויות להידרש הגנות צרכנית פרטניות, כגון לגבי מצבי עושק כמשמעם בחוק הגנת הצרכן.

לעומת זאת, כאשר הצרכן אינו מכיר או אינו מבין את תנאי החוזה האחד, מסיבות הקשורות במבנה העסקה (כגון עלויות עסקה גבוהות, היעדר אינפורמציה וכו'), לעתים אין כלל צורך בהתערבות החקיקה הצרכנית הספציפית, ודווקא חוק החוזים האחידים הוא המכשיר המתאים להתערבות. אם נכחן שוב, לדוגמא, את ההגנה הפרטנית על קבוצות צרכנים חלשות, ניתן היה לצפות שדווקא בנסיבות של חוזה אחיד יפחת הניצול לרעה של מצבו של הצרכן החלש. מבנה העסקה ותנאיה הם אחידים לכלל הצרכנים, ואם בנסיבות אלה קיימת פגיעה הרי שהיא נוגעת לכלל הצרכנים המתקשרים עם העוסק ואינה תלויה בנחיתותו המיוחדת של הצרכן החלש. גם כאשר החקיקה הצרכנית הספציפית חלה, אין כל ודאות כי

49 על מבני שוק ועסקאות הרלבנטיות לתחולת חוק החוזים האחידים ראה לדוגמה פרוקציה, בעמ' 33-34, ואין צורך לחזור על עיקרי הדברים כאן.

התרופות הניתנות בה תואמות את העיוות בתנאי העסקה, שהן תולדת מבנה השוק שהצמיח את החוזה הסטנדרטי.

חלק מהחקיקה הצרכנית הוא בראש ובראשונה בעל משמעות פלילית או ארמיניסטרטיבית. כך, לדוגמא, הפרת הוראות שבחוק הגנת הצרכן מעמידה את העוסק בסיכון של אחריות פלילית וסנקציות עונשיות, וכן הפרה של חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים. מובן, שהמבנה הפלילי והסנקציות שבצדה אינם קשורים למבנה עסקה הנקשרת בחוזה סטנדרטי, שהיא עניין אורח-עסקי טהור.

גם בתחום התרופות האזרחיות אין חפיפה בין הסעדים על פי חוק החוזים האחידים לבין הסעדים מכוח חקיקה צרכנית. סעד הפיצויים שעל פי חוק הגנת הצרכן נועד לפצות את הצרכן בגין הטעיה או עושק. זהו סעד בעל אופי נזיקי בעיקרו, המתייחס לשיבוש במערך התפישה העובדתית⁵⁰ של הצרכן לגבי החוזה. לעומת זאת, חוק החוזים האחידים אינו עוסק בשיבוש מערך התפישה הטרומי חזוי, אלא עניינו בניסוח מחדש של תנאי ההתקשרות (או, לחלופין, בביטול העסקה). תחת תנאי התקשרות המקנים עדיפות לעוסק (והנובעים מכשל מבני של השוק או מסוג העסקאות) – על המערכת השיפוטית לשחזר ולקבוע תנאי התקשרות אחרים, שהיו נכונים למערכת התקשרות כלכלית דומה⁵¹. אולם בתהליך השחזור (קביעה של הכללים החלופיים) אין כל ודאות שמערכת השיקולים המצויה ביסודם של חיקוקים צרכניים חיצוניים תבוא לידי ביטוי.

התוצאה הכלכלית היא, שיייתכן כי עוסק יפעל על פי מתכונת הוראות חיקוק צרכני, אך עם זאת תהינה התקשרותו בחוזים סטנדרטיים טעונית (לפחות מהבחינה הכלכלית) התערבות במתכונת חוק החוזים האחידים. בלא התערבות שכזו עשויה העסקה שתיקשר לעמוד בקריטריונים שהחיקוק הצרכני ביקש להשיגם, אך לנגוד את המטרות שביקש המחוקק להשיג בחוקקו את חוק החוזים האחידים.

3. מיצוי ההגנה הצרכנית וכללי התנגשות חוקים

כיצד תיפתר בעיית הסתירה שבין המטרות המתנגשות של חוק החוזים האחידים מול חקיקה צרכנית אחרת? דרך אחת לפתרון היא במתכונת התפישה המתבטאת בעניין פסק-דין הכדורגל, דהיינו: כי חוק החוזים האחידים אינו חל במקום שניתנה לצרכן הגנה באמצעות חקיקה צרכנית אחרת. הלוגיקה נעוצה בהשקפה בדבר מיצוי זכויות הצרכן, דהיינו: שאין היגיון בהרחבת ההגנה הצרכנית

50 בעניין עושק יש בחוק הגנת הצרכן שני ענפים: האחר עניינו חולשה שכלית המאפשרת ניצול הצרכן ובתור שכזו היא נופלת בהגדרת שיבוש בתפישת העסקה. הענף האחר עניינו ניצול מצוקה גופנית, וזה לא בהכרח יגרור שיבוש בתפישת העסקה אלא לעתים, למרות תפישה מוריקת של העסקה – כניעה לספק במודע לעובדת הניצול.

51 הדין במהותה של מערכת הכללים החילופית וקווי היסוד לקביעתה חורגים ממסגרת רשימה זו.

החיצונית באמצעות חוק החוזים האחידים⁵². כאמור, אין הצדקה כלכלית גורפת לגישה זו, וקיים אף קושי בהצדקתה מהבחינה המשפטית. בכללי הפרשנות העוסקים בהתנגשות דינים אין כלל הקובע דחייה כה גורפת של חקיקה מפני חקיקה אחרת העוסקת בתחום קרוב. ההיפך הוא הנכון: כללי הפרשנות פותרים את היחס שבין חקיקה טותרת באותו תחום, במתכונת פרטנית. תהליך הברירה הפרשנית בהקשר כזה מבוסס על בחינה ספציפית של היחס בין חוקים מתנגשים ועל כללי הכרעה הבוררים את החיקוק הגובר. כללים אלה ישימים וצריכים לחול גם כאשר נוצרת התנגשות בין חוק החוזים האחידים לבין חקיקה אחרת. אולם המסקנה בדבר אי תחולתו של החוק במקביל לחקיקה צרכנית כופה אחרת היא רחבה ומשתרעת אף מעבר לתחולת כללי הפרשנות הרגילים. אלה באים לפתור את בעיית ההתנגשות והסתירה שבין הדינים, ואילו הכלל העולה מפסק־דין הכדורגל אינו תחום למרות התנגשות מעין זו בלבד. לכאורה, יידחה חוק החוזים האחידים מפני כל חקיקה צרכנית כופה, הנוגעת לתחום תחולתו, אף כאשר חקיקה זו אינה מתנגשת עם החוק. לגישה זו די לכאורה בכך שהחוזים האחידים מרחיב את תחולת ההגנה הצרכנית כדי לפסול את תחולתו. כלומר: ניתן לכאורה לפרש את השקפת בית־המשפט כי לא רק במקרה של סתירה יידחה חוק החוזים האחידים, אלא אף בנסיבות המאפשרות פרשנות של תחולה מקבילה. נראה, כי המסקנות האמורות אינן רצויות, בראש ובראשונה כדי לאפשר את תיקון כשל השוק הנובע מהמבנה הכלכלי של העסקה או הענף. גם מטרתו הרחבה של חוק הגנת הצרכן כחיקוק־על צרכני, שאינו קשור באופיה ובפרטיה של עסקה כזו או אחרת, אינו מחייב מסקנה, כאמור. נראה, כי די היה בכללי הפרשנות הרגילים של התנגשות בין חוקים כדי ליישב את הבעיה.

ו. חקיקה דיספוזיטיבית

החקיקה הדיספוזיטיבית בתחום החוזי משוללת את יסוד הכפייה מכוחו של הריבון. אף שהוראה דיספוזיטיבית זו היא פורמלית בגדר חוק, הרי עצם תחולתה על היחסים שבין יחידים או גופים עסקיים מותנית ברצונם של הצדדים בלבד. הצדדים יכולים לאמץ כל הסדר חלופי הרצוי להם או לקבוע כי החקיקה המרשה לא תחול עליהם. החקיקה המרשה תחול גם כאשר הצדדים לא התייחסו לשאלת תחולתה, אך עצם שתיתם היא (כמודע או שלא במודע) אקט הכרעתי שמשמעותו המעשית היא בחירה בהסדר הדיספוזיטיבי.

כאשר ספק מסתמך על הסדר חקיקתי דיספוזיטיבי ומאגדו לחוזה אחיד הניתן ללקוחותיו, אין למעשה הכול בין הוראה מאוגדת כזו לבין הוראה אחרת בחוזה. מקורה של ההוראה בחקיקה מרשה אינו אמור להקנות לה עדיפות מהותית לגבי

תניות אחרות בחוזה, ודין סתירה בינה לבין תניות אחרות בחוזה מוסדר בכללי הפרשנות החוזיים הרגילים.

כפי שכבר הובהר, יאמץ הספק לחוזה אחיד חקיקה מרשה רק כאשר זו תואמת את אינטרסיו⁵³. במובן זה עוברת החקיקה המרשה תהליך ברירה דומה לזה של תניות אחרות המוכתבות על ידי הספק בחוזה האחיד⁵⁴. בהנחה שהספק אכן מצוי בעמדה המאפשרת לו להכתיב את תנאי החוזה האחיד, הרי ברירת התנייה מתוך חיקוק מרשה יכולה להצביע על אחת משתיים: או שהתנייה מקנה לספק יתרון או שהתנייה המאומצת תואמת סטנדרט המקובל עליו, אף שאינה מקנה לו יתרון מיוחד⁵⁵. יש לזכור, כי בחוזה אחיד עשויות להיות משולבות תניות משני הסוגים, ורק אותן תניות שהיתרון שבהן לספק (או קיפוח הלקוח) תורגות ממסגרת המותרת על פי החוק, ייפסלו. ייתכן, כי ספק יאמץ הוראה מתקוק מרשה שיישומה בנסיבות חוזה אחיד עלול לפגוע בצרכן ואזי תחזור שאלת הבקרה על תנייה כזו במבחני החוק.

בעיית החוקים המרשים נבחנה על ידי בית-המשפט ונפסק, כי חוק החוזים האחידים לא יחול על תנאי התואם חיקוק מרשה. ביסוד ההכרעה האמורה עומדת ההנמקה, כי מטבע חקיקתו הסדר שנקבע בחיקוק מרשה הוא סביר. לפיכך, אין מקום לבקרה שיפוטית, על פי חוק החוזים האחידים, נוסף על בקרה הגלומה בתהליך החקיקה; וכדברי בית-המשפט: "אין הצדקה לתקיפת הפתרון שנקט המחוקק ואשר נועד להגשים מטרתם של צדדים סבירים המתקשרים בחוזה מסוג זה"⁵⁶.

הבעיה שבהנמקה מתגלה לכאורה מיד. אפילו אם לצורך הדיון ניתן לקבל כסבירה את ההנחה כי הסדר חקיקתי דיספוזיטיבי נועד, "להגשים מטרתם של צדדים סבירים המתקשרים", הרי כהינתן תקפותה וסבירותה של ההנחה האמורה, יש לבחון את ישימותה לסיביבת חוזים אחידים. כזכור, הטעם שבתחולת חוק החוזים האחידים ובחקיקתו הוא שהיחסים החוזיים הגלומים בחוזה האחיד אינם משקפים תוצאה של מיקוח רצוני שבין צדדים סבירים. אולם מה שיכול להיחשב כהסדר רצוי בנסיבות שבהן יש לצרכן עמדת מיקוח שווה לזו של הספק, לא בהכרח ייחשב כאופטימלי בנסיבות שבהן לספק עמדה עדיפה המאפשרת הכתבת

53 למעט מקרים שבהם חוסר תשומת לב או אי לימוד החוק הרלבנטי תוצאתם הכללת התנאי הדיספוזיטיבי על העסקאות נשוא החוזה האחיד.

54 בין בשל כשל מבני בעסקה או בשל ערצמה מתגוליסטית או כשל נסיבות מיוחדות של העסקה, כגון אלה שבע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, שבו הכתיבה החברה קדישא חוזה אחיד לקבורה. המצב הנפשי של הלקוחות, לתן הזמן והעמדה המתגוליסטית היחסית של ספק שירותי הקבורה, מונעים ניהול מ"ם חופשי כמתכנתת עסקה רגילה.

55 ראה לעיל בסעיף 27.

56 פסק-דין הכדורגל, בעמ' 102-103.

חווה אחיד. חוק כגון חוק המכר מושתת על הנחת יסוד של חופש החוזים ושוויון מיקומי, ולפיכך הוא מקצה סיכונים וקובע הסדרים מרשים בין צדדים בעלי מעמד עסקי שווה. כתוצאה מכך, הסדר שנקבע בחיקוק כזה והמשמש השתקפות חקיקתית של מה שנראה כהסדר נאות לצדדים עסקיים סבירים, אינו תואם בהכרח התקשרות צרכנית⁵⁷, קל וחומר שאינו תואם הסכמה במתכונת המוכתבת של החוזים אחידים. לא כל מה שנתפש כסביר וכאופטימלי בין צדדים שווים בעמדתם המיקומית נתפש ככזה לגבי צדדים בעלי מעמד שונה. זאת ועוד: אימוץ הוראה מחיקוק מרשה כזה יכולה להיעשות לגבי נושא מסוים, המוסדר בחיקוק המרשה, אולם הספק, בעל היכולת להכתיב את החווה האחיד, יכול לקבוע כללים אחרים הרצויים לו לגבי היבטים אחרים בעסקה. במקרה כזה הפטור מבקרת החוק עלול להוביל לתוצאה קשה מבחינה צרכנית. החסינות, שתוקנה למרכיב אחד מכלל ההסדר שבחיקוק המרשה, לא תהיה במקומה. סבירות ההסדר המרשה נבדקה ונקבעה על ידי המחוקק במסגרת כללית יותר. הוצאת "צימוק" מכלל ההסדר עלולה לשמוט את כל הנחת הסבירות. נמצא, כי אם אכן יש יסוד להנחה בדבר סבירות ההסדר המרשה, הרי זאת כאשר כל תחום ההסדר אומץ כמקשה אחת. גם במקום שהחיקוק המרשה שהוראותיו מאומצות הוא בתחום צרכני טהור, עומדים במלוא תוקפם הנימוקים שהובהרו באשר ליחס ולהיררכיה שבין חקיקה צרכנית כופה לבין חוק החוזים האחידים. אלא שההנמקה העיקרית מדוע לאמץ הסדרים אלה היתה בכוח הכפייה שבהם, אשר לכאורה אינו מותר בידי העוסק ברירה אלא לנהוג על פיהם. הנמקה זו אינה יישימה כלל ועיקר לחיקוק צרכני מרשה.

לכל היותר ניתן להניח, כי הסדר שקבע מחוקק כהוראה דיספוזיטיבית משקף סטנדרט סביר ורצוי, ובמובן זה תהיה לכך השפעה בשיקולים המהותיים אם התנאי מוגדר כמקפת. אולם למעשה, העמדה שבפסק-דין הכדורגל מקבעת מעמדו של חיקוק מרשה כתנאי הרוחה את תחולת החוק. במובן זה מקבל עוסק, המאמץ לחווה סטנדרטי כלל מרשה, מעין כוח המתחרה בכוח החקיקה של הכנסת, כפי שגובש בחוק החוזים האחידים⁵⁸. בעוד כל תנייה אופציונלית שקבע בחווה עם צרכנים נבחנת במערכת הבקרה של חוק החוזים האחידים, הרי שהסדר שאימץ (ומרצונו החופשי!) מתוך חקיקה מרשה דוחה את תחולת החוק. מקל וחומר מוקשים הרברים במקום שהספק אימץ אך הוראות הנראות לו מכלל ההסדר המרשה. מובן, כי אימוץ הוראה כזו לחווה אחיד ייעשה בדרך כלל כאשר העוסק מפיק מכך תועלת וכנגזרת מכך – במקרים רבים על חשבון רווחת הלקוח.

57 הוכחה לאי התאמתו של חוק המכר לחלק מהעסקאות הצרכניות ניתן למצוא בחקיקה מיוחדת שבאה לשנות מכלליו של חוק המכר בהקשרים צרכניים. כך, הוראות בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981. כמרכן, חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973; וחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ה-1974.

58 אף כי מכוח חוק החוזים האחידים עצמו.

בנסיבות כאלה הרי שהחסינות מפני בקרת חוק החוזים האחידים אינה רצויה בעליל.

עיון בחקיקה המרשה מגלה בנקל, כי זו אינה עולה תמיד בקנה אחד עם האינטרסים של הגנת הצרכן. העסקה הצרכנית הנפוצה ביותר היא ככל הנראה עסקת המכר. עיון שטחי בהוראות חוק המכר מגלה בו הוראות שלז נכללו בחוזה אחד צפויים היו לבקרה כתנאים מקפחים. כך, לדוגמה, קובע סעיף 15 לחוק המכר כי אפילו היתה אי התאמה בממכר, לא יוכל הקונה להסתמך עליה אם חלפו שנתיים מיום מסירת הממכר, ולעניין התרופות הנוספות שעל פי החוזה – אם חלפו ארבע שנים. לולא הוראות חוק המכר היתה תנייה כזו עלולה להיפסל בשל היותה תנאי מקפת. בנסיבות של רכישת מוצרים בני קיימא, כגון מוצרי חשמל או מוצרי אלקטרוניקה, הרי תקופה של שנתיים היא קצרה בעליל מהדרוש לשם הגנת האינטרסים הסבירים של הצרכן⁵⁹. בתנאי תחרות יכול הצרכן להתנות עם המוכר תנאים שיבטיחו את שמישות המוצר לתקופה ארוכה יותר. אולם במבנה שוק המאפשר לספק להכתיב חוזה אחד נמנעת אפשרות כזו. לעומת זאת, הרחבת מתכונת הפטור מבקרת חוק החוזים האחידים גם לתנאים שכאלה מונעת את עיצובו מחדש של תנאי כזה. לולא הרחבת המשמעות של הפטור שבסעיף 23(א)(2) גם על הוראות דיספוזיטיביות, יכול היה בית-הדין, אם מבחני הבקרה מצדיקים זאת, להתערב במתכונת החוזה ולקבוע תחתיה תקופת התיישנות שונה. לפיכך נראה, כי עמדת בית-המשפט בעניין זה אינה רצויה. הקביעה כי אימוץ הוראת חיקוק מרשה לחוזה אחד שוללת את תחולת חוק החוזים האחידים היא מרחיקת לכת ואינה מתחייבת ככלל מקיף. לכל היותר ניתן היה להביא את העובדה שתנאי בחוזה שאוב מחיקוק מרשה כשיקול סבירות במערכת כללי הבקרה שבמסגרת החוק, אך לא כעניין השולל את עצם בקרת חוק החוזים האחידים.

ז. סיכום

כוונתו המפורשת של המחוקק בסעיף 23(א)(2) היתה להצר את היקף החסינות מפני בקרת החוק לגבי הוראות שבחחה אחד והנובעות מהוראה שבחיקוק. להבדיל מהנוסח המקורי שבחוק החוזים האחידים, תשכ"ד – 1964, אשר החיל את היקף הפטור על "תנאים שנקבעו או אושרו בחיקוק... או על פי חיקוק כזה", הרי שהחוק עתה כולל שניים ברשימת הפטורים: את התנאים שאושרו בחיקוק ואת התנאים שנקבעו בחיקוק כזה⁶⁰. רוח המגמה המצמצמת של החוק לעניין הפטור מבקרה לגבי הוראה הקשורה בחיקוק לא באה לידי יישום מלא בפרשנות בית-המשפט העליון בפסק-דין הכדורגל, אשר במובנים מסוימים דווקא הרחיבה את תחום הפטור.

59 ראה ס' דויטש "דיני חוזים והחקיקה להגנת הצרכן" מחקר משפט ט (תשנ"ב) 133.

60 ראה פסק-דין הכדורגל, בעמ' 101-102 וההפניות שם.

מהפסיקה עולה כי הפטור חל הן על הוראה התואמת חקיקה כופה הן על כזו התואמת חקיקה מרשה. רשימה זו מציגה גישה שונה ולפיה גראה, שאין להרחיב את היקף הפטור לתחום החקיקה המרשה. אף לגבי חקיקה כופה אורחית מוצגת כאן העמדה שיש יסוד לבחינה מחודשת של היקף הפטור שנקבע בפסיקה, בהתחשב במטרות חוק החוזים האחידים ובמבנה השוק והתנאים הכלכליים של עסקאות שבהן שולטת ההתקשרות בחזה אחיד.