

## ביקורת ספרים

ר' לוטטהוויז וט' שפניץ

### חוזים אחיזים

הוצאת נבו (1994)

מאת

#### סיני דויטש\*

מאמר זה בוחן את ספרן של ר' לוטטהוויז וט' שפניץ חוזים אחיזים, תוך הצגת גישה ביקורתית כלפי חלק מהסוגיות שנדונו בספר. מאמרי ביקורת ספרים אינם נפוצים בישראל. לדעתי, יש מקום לסוג זה של ספרות משפטית בישראל, שנודעה לספרי משפט על פירוש חוקים ויישומים. ספר זה תורם תרומה חשובה לבחינת יישום חוק החוזים האחידים בבתי-המשפט ובבית-הדין הלכה ולמעשה. הספר משמש לא רק מדריך חשוב לציבור המשחמשים בחוק, אלא מציע גם פתרונות חדשניים לשאלות המורכבות של פירוש החוק ויישומו.

חלק ניכר מהמאמר מוקדש לבחינה ביקורתית של הפרשנות המוצעת על-ידי המחברות לסוגיות ספציפיות של החוק. גישתן היא גישה פרויטיביסטית המקבלת את גישת המחוקק כפי שהיא באה לידי ביטוי בחוק. נקודת-המרכז של חלק זה של המאמר היא, שהניסיון אשר הצטבר מיישום החוק בשנים שחלפו מאז שנחקק בשנת 1982, והשינויים שחלו בתחום זה ברחבי העולם, דורשים שינויים בחוק, כדי להפוך חוק זה למבשר יעיל עוד יותר להגנת הלקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים האחידים.

\* פרופסור-חבר כפקולטה למשפטים באוניברסיטת בראילן ודיקן בית-הספר למשפטים במכללה האקדמית נתניה.

א. מבוא. ב. הערכה כללית של הספר. ג. סקירה קצרה. ד. חידושים בפרשנות חוק החוזים האחידים. ה. הערות ספציפיות. 1. האם יש לקבוע בחוק רשימת תנאים בטלים?; 2. התועלת שבחזקות הקיפוח; 3. אי-סבירות של תנאי כדרישה מוקדמת לחזקת קיפוח; 4. האם זכות הספק לשינויים גורפים תגרום לחוזה להיות בלתי-מסוים?; 5. האם טענת קיפוח עדיפה על פרשנות חוזה?; 6. אכיפת החלטות בית-הדין לחוזים אחידים; 7. הסמכת בית-הדין שלא לאשר חוזה אחיד מבלי לפסול את תנאיו; 8. הוראות החזקה מפורטות. ו. סיכום ומסקנות.

### א. מבוא

נושא החוזים האחידים "זכה" לכך שייכתבו עליו יותר ספרים ומאמרים מאשר פסקי-דין. החל מספרה של ג' שלו תניות פטור בחוזים<sup>1</sup>, שפורסם עוד בתחילת שנות השבעים והעוסק במידה רבה בחוזים אחידים; המשך בספרו של א' בן נון חוק החוזים האחידים, החשמ"ג-1982<sup>2</sup>; וכלה בספרן החשוב של ו' לוסטרהויז וט' שפניץ חוזים אחידים<sup>3</sup>, שהוא נשוא רשימה זו. כמו-כן פורסמו יותר מעשרה מאמרים מקיפים בנושא בעברית<sup>4</sup> ועוד מספר לא קטן של מאמרים באנגלית<sup>5</sup>. הנושא גם נדון במידות שונות של פירוט במאמרים ובספרים העוסקים בדיני-חוזים<sup>6</sup>.

מול כמות מרשימה זו של ספרות משפטית, ספורים המקרים שבהם הפעילו בתי-המשפט את הוראות חוק החוזים האחידים, בין בנוסחו הקודם משנת תשכ"ד<sup>7</sup> בין

1 ירושלים תשל"ד.

2 פירוש לחוקי החוזים (ג' טרסקי עורך, תשמ"ז-1987).

3 תשנ"ד-1994 (להלן: חוזים אחידים).

4 ראו רשימת מאמרים בחוזים אחידים 469-470. לפחות 10 מתוכם מוקרשים ישירות לנושא חוזים אחידים.

5 ראו לדוגמא, Note "Administrative Regulation of Adhesion Contracts in Israel" 66 *Colum* L. Rev. (1966) 1340; Note R. Gottschalk "The Israel Law of Standard Contracts 1964" 81 *L.Q.Rev.* (1965) 31; K.F. Berg "The Israeli Standard Contracts Law 1964 — Judicial Controls of Standard Form Contracts" 28 *Int'l & Comp. L.Q.* (1979) 560; S. Deutch "Controlling Standard Contracts — The Israeli Version" 30 *Mc Gill L.J.* (1985) 458; S. Deutch "Control of Unfair Terms in Consumer Contracts in Israel — Law and Practice" 13 *Journal of Consumer Policy* (1990) 181.

6 לדוגמא: ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 603-636; S. Deutch, *Unfair Contracts* (Lexington, 1997).

7 בתקופה שקדמה לחוק החוזים האחידים בנוסחו משנת תשמ"ג היו שני פסקי-דין בלבד, שטענת תנאי מקפח בחוזה אחיד היתה העילה העיקרית לביטול התנאי המקפח: המ' (י-ם) 545/67 אורנג' ג' מנהל

בנוסחו החדש משנת תשמ"ג<sup>8</sup>, לשם ביטול או שינוי תנאי מקפח בחוזה אחיד. המחברות מציגות את השימוש המועט שנעשה בחוק בפסיקת בתי-המשפט ומבקרות תופעה זו. בתי-המשפט ממשיכים לנקוט גישה שמרנית לגבי הנושא ודוחים את הריון בו בטענות שונות. במקרים רבים לא דנו בחוק החוזים האחידים בטענה שהנושא לא הועלה או לא הוכח על-ידי הצד הטוען את טענת הקיפוח<sup>9</sup>. המחברות מציינות פסקי-דין שבהם היה מקום להעלות טענה זו והיא לא הועלתה<sup>10</sup>. יתר על כן: גם במקרים שבהם התערב בית-המשפט לטובת הלקוח המקופח בחוזה אחיד היה בסיס ההתערבות דוקטרינות משפטיות אחרות ללא הסתמכות על חוק החוזים האחידים<sup>11</sup>. יוצא אפוא<sup>12</sup>, כי הגם שחלפו יותר משלושים שנה מאז נחקק חוק החוזים האחידים (בנוסחו המקורי), עדיין מועט ביותר מספר המקרים שבהם טענה זו התקבלה בפסקי-דין שפורסמו<sup>13</sup>.

שתי סיבות למיעוט השימוש בחוק החוזים האחידים בבתי-המשפט. הראשונה היא, שעם כל הכרסום במעמדו של עקרון "חופש החוזים"<sup>14</sup> הוא ממשיך לרחף גם על חוזים אחידים ומגביל את התערבות בית-המשפט בתוכנם של חוזים אלו<sup>15</sup>. בתי-המשפט עדיין

- מקרקעי ישראל, פס"מ סו 284; ע"א 280/71 גרעון נ' חברה קרישא, פ"ד כז(1) 10. וראו, ס' דויטש "חוק החוזים האחידים — כישלון ולקחים לעתיד" מחקרי משפט א (תשמ"מ-1980) 62, 86-102.
- 8 ראו, חוזים אחידים 189-203, ובמיוחד עמ' 195-203. בעמודים אלו צוינו יותר מ-20 פסקי-דין, שברובם הגדול לא הוכרע הסכסוך על בסיס הטענה של תנאי מקפח בחוזה אחיד.
- 9 ראו שם, הערות 28, 43 — גישה שמרנית. שם, הערות 38, 39, 47, 49 — טענת הקיפוח לא נטענה כלל.
- 10 ראו שם, 202-203, הערה 54-62.
- 11 ראו שם, עמ' 248-251, שכאשר החוזה האחיד דרש כתב למילוי חובות הודעה בגין פגמים בממכר, לא נתן בית-המשפט תוקף לדרישה זו בנימוק של ויתור (שם), הערה 17; ע"א 4445/90 "עמיגור" (ניהול נכסים) נ' מאיוסט תק-על 94 (2) 674 או בנימוק של היעדר תוס-לב ודרך מקובלת לביצוע החוזה (שם), הערות 19, 20; ע"א 293/88 חברת יצחק נימן להשכרה נ' רבי ופיין תק-על 90 (2) 632; ע"א 660, 659/77 שורקה נ' קרים, פ"ד לב(1) 393, 401.
- 12 עם זאת, אין להתעלם מכמה פסקי-דין שביטלו תנאים בחוזים אחידים כהתבסס על החוק (שם, עמ' 197-199, 199, 201).
- 13 דיון כללי בסוגייה זו ביחסי בנק-לקוח ראו ס' דויטש "יחסי בנק-לקוח — אספקטים חוזיים וצרכניים" ספר זיכרון לגד טודסקי (בעריכת י' אנגלרד, א' ברק, מ"א ראבילו וג' שלו, תשנ"ה-1995) 163. וראו שם, עמ' 174-183, פרק ד, "חוק החוזים האחידים והפעלתו בתחום הבנקאות — גישה שמרנית של בתי-המשפט". לעומת זאת, לא היססו בתי-המשפט להפעיל את דיני-החוזים הכלליים להגנת הלקוחות. ראו שם, עמ' 183-195.
- 14 ראו P.S. Atiyah *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Oxford 1979), ג' שלו לעיל הערה 6, 25-36; ס' דויטש "דיני חוזים והחקיקה להגנת הצרכן" מחקרי משפט ט (תשנ"ב) 133, 139-145.
- 15 חוזים אחידים, 190 והערה 2. לעמדה שונה ראו ג' שלו לעיל הערה 6, 607.

רואים בביטול תנאי מקפת בתוזה אחיד כהתערבות ישירה בחופש החוזים, בעוד ששימוש בדוקטרינות אחרות — כמו פרשנות<sup>16</sup>, חוסר תום-לב<sup>17</sup> ומבחנים טכניים-פורמליים של כללי כריתת החוזה<sup>18</sup> — נתפשים כהתערבות פחות ישירה בחופש החוזים. אף שמטרת ה"פירוש" במקרים לא מעטים, כמו כלל "הפרשנות כנגד המנסח", היא להגן על הצד החלש בעסקה, ובמיוחד בעסקה צרכנית בתוזה אחיד<sup>19</sup> — זאת אינה התערבות ישירה בתוכן החוזה, אלא "פירוש" בלבד<sup>20</sup>. לכן ישנה חשיבות רבה לרקע התיאורטי המסביר את העובדה שבחוזים אחידים אין חופש חוזים אמיתי וכאשר התנאי נשוא הסכסוך הוא מקפת, יש צורך וגם הצדקה להתערב בחוזה<sup>21</sup>. הסבר שני למיעוט הפסיקה המתפרסמת בנושא החוזים האחידים הוא, שמעט מאוד מקרים צרכניים מגיעים לבתי-משפט גבוהים (מחוזי ועליון), שלפחות חלק מפסקי-הדין שלהם מתפרסמים. הגם שחוק החוזים האחידים אינו משתמש כלל במונח "צרכן", עדיין הוא "חוק צרכני במובן הרחב של מושג זה"<sup>22</sup>. מבחן הקיפוח, שהוא המבחן המרכזי לפסילת תנאי בתוזה אחיד מקנה משקל רב ל"נסיבות האחרות" של ההתקשרות<sup>23</sup>. במסגרת מבחן הנסיבות האחרות ישנה חשיבות להבחנה בין חוזה עסקי-מסחרי ובין חוזה צרכני בין ספק לצרכן<sup>24</sup>. במקרה הראשון בתי-המשפט יתערבו לעתים רחוקות ביותר. בתי-המשפט מוכנים להתערב בתוכן חוזים אחידים כאשר הצד המקופח בחוזה האחיד הוא צרכן. מאחר שעסקות צרכניות הן בדרך-כלל בסכומים לא גבוהים, אזי למעט מקרים של

16 ראו ע"א 492/73 שפיידר נ' המתנצה להסדר-הימורים בספורט, פ"ד כט(1) 22; שודקה נ' קרים, לעיל, הערה 11.

17 ראו ע"א 148/77 רוט נ' ישופה (בניה) בע"מ, פ"ד לג(1) 617.

18 ראו ע"א 285/73 לגיל טרמטולין נ' נחמיאס, פ"ד כט(1) 63.

19 ראו ג' שלו, לעיל הערה 6, בעמ' 315 והערה 82. וראו גישה מרחיבה יותר ס' דויטש "גבריאלה שלו — תוכן החוזה" עיוני משפט טו (התש"ן) 395, 400.

20 לאחרונה פורסם ספרו המעניין של אייל זמיר פירוש והשלמה של חוזים (תשנ"ז), שם הוא מערער על המוסכמות של פירמידת הפירוש וההשלמה של חוזים ומציג כאפשרות פירמידה הפוכה הכוללת לא מעט מקרים של פירוש מגמתי להגנת הצד החלש לעסקה. וראו חוות-דעתו של השופט ברק בפסקי-דין אפרופים להלן הערה 130, בעניין היחס בין פרשנות להתערבות ישירה בתוכן החוזה.

21 ראו S. Deutch "Standard Contracts — Methods of Control — The Conceptual Framework of the 1982 Law" 7 *Tel Aviv University Studies in Law* (1985-1986) 160, 161-170.

22 ראו ע"א 825/88 ארגון שחקני הכדורגל בישראל נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל, פ"ד מה(5) 89, 100.

23 סעיפים 3 ו-19(ב) לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, ס"ח 8 (להלן: התוק, או חוק החוזים האחידים).

24 ראו חוזים אחידים 70-71.

רכישת דירות<sup>25</sup> יתחיל הדיון בסכסוך, אם יגיע כלל לבתי-המשפט, בבית-המשפט לתביעות קטנות או בבית-משפט שלום. מספר המקרים המגיעים לבית-המשפט המחוזי מועט, ומספר המקרים המגיעים עד לדיון בבית-המשפט העליון נדיר, בשל העלויות הרבות הכרוכות בניהול משפטים כל הדרך מערכאה ראשונה עד בית-המשפט העליון<sup>26</sup>. אין פלא אפוא, שלמעט מקרים של רכישת דירות או נושאים עקרוניים של זכויות אדם<sup>27</sup>, מעטים המקרים שבהם פסקי-דין בנושא חוזים אחדים הגיעו לכלל פרסום<sup>28</sup>. האם מיעוט הפסיקה שפורסמה מבטלת את חשיבותו של בית-המשפט כגוף מפקח על תנאים מקפחים בתחום אחדים? לדעתי, לאו דווקא. בית-המשפט אינו כותר את המקרים המגיעים אליו לפי חשיבותם לחברה או לכלכלה. ישנם חוזים אחדים שהגיעו פעמים מספר לבית-המשפט העליון, כמו הגרלות של מפעל-הפיס<sup>29</sup>, אף שנושא זה אינו עומד במרכז הפעילות המשקית. הסיבה שבגינה הגיעו מקרים אלו לבית-המשפט היתה הסכום הגבוה שהיה שנוי במחלוקת ולא מרכזיותם בכלכלה. גם בחקיקה הצרכנית בכלל<sup>30</sup> ישנה פסיקה מועטת ביותר<sup>31</sup>, ואף-על-פי-כן אין לטעון שאין חשיבות לחקיקה זו. ניתן להניח, שסכסוכים צרכניים רבים נפתרים בדרך של משא-ומתן. כאשר הצרכן

25 לדוגמא: ת"א (י-ם) 674/83 אשכר נ' שיכון ופיתוח לישראל, פ"מ תשמ"ו (ב)3. וראו פסקי-דין נוספים בחוזים אחדים 201-196.

26 לעתים מתפרסמים פסקי-דין של בית-משפט שלום. מקרים אלו מועטים. ראו, לדוגמא, ת"א (ת"א) 3489/83 הלכנן חברה לביטוח נ' נפתלי, פ"מ תשמ"ה (ב) 441, 462-458. סעיף 41 לחוק בתי-המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984 ס"ח 1123, הערה 198 מתנה ערעור שני ברשות, כך שאין זכות ערעור מבית-משפט שלום לבית-המשפט העליון. עם זאת, בשל החשיבות המשפטית ההצרכנית של חוזים אחדים יש סיכוי שתינתן רשות לערעור שני. ראו בר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לון(3) 123, 128.

27 ראו ע"א 294/91 חברה קדישא גזש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (להלן: פסק-דין קסטנבאום). בספר חוזים אחדים 196 צוין, שבעקבות פסק-דין קסטנבאום היתה השתחררות מהמדיניות השמרנית של פירוש חוק החוזים האחדים, וההגבלה למונופולין או לסוג מסוים של תניות כמו נזקי גוף בוטלה (השופט ברק בקסטנבאום, עמ' 527). השאלה היא, כיצד ישפיעו הלכות אלו על סכסוכים כלכליים רגילים שאינם עוסקים בכיתוביות על מצבות ובכבוד האדם וחירותו.

28 חשוב לציין, שחלק ניכר מפסקי-דין המחוזי והעליון שביטלו תנאי מקפח בחוזה אחיד ושאוזכרו בספר חוזים אחדים הם פסקי-דין שלא פורסמו, ראו שם, עמ' 201-197. פסקי-דין בהערות 32, 47 ו-52.

29 ראו ע"א 604, 627, 632/69 גרין נ' מפעל הפיס, פ"ד כה(1) 401; 508/71 חלואי נ' מפעל הפיס, פ"ד כז(1) 38.

30 ראו רשימה מרוכזת של עיקר החקיקה הצרכנית אצל ס' דריטש "השפעת חוקי היסוד על דיני הגנת הצרכן" מחקרי משפט יב (תשנ"ו) 309, 311-312 ההערות 14-18.

31 ראו ס' דריטש לעיל הערה 14, בעמ' 154 והערה 156 שם. מאז פורסמה הרשימה הנ"ל לא חל שינוי של ממש בנושא.

מיוצג על-ידי עורך-דין או ארגון-צרכנים, אין ספק שהאפשרות לפנות לבית-המשפט ולטעון שהתנאי מקפח וניתן לביטול או לשינוי תורמת להשגת פשרה צודקת יותר מבחינתו של הצרכן, כך שאין לבטל את חשיבות הביקורת השיפוטית על חוזים אחידים. אחת ממטרותיו של ספרן החשוב של לוסטהויו ושפניץ היא להגביר את המודעות לנושא חוק החוזים האחידים כדי שיופעל לעתים קרובות יותר ומזומנות יותר בבתי-המשפט ובבית-הדין לחוזים אחידים.

## ב. הערכה כללית של הספר

מזה שנים הורגש הצורך בספר על חוזים אחידים, שהרגש בו יהיה על יישום החוק ושימש כלי להפעלתו על-ידי ציבור המשפטנים, עורכי-הדין והשופטים. בעוד שהצד התיאורטי של הנושא נדון בהרחבה בספרות המשפטית<sup>32</sup>, הורגש חיסרון בספר שיבחן לעומק את פרשנות החוק הלכה ולמעשה וכן את יישומו בערכאות השונות. ספרן של המחברות תורם תרומה חשובה ביותר בנושאים אלו<sup>33</sup>, ואין ספק שהוא ספר חשוב בתחום דיני-החוזים. ספר זה מתבסס בין השאר על ניסיון העשיר של המחברות בטיפול בחוזים אחידים בבית-הדין לחוזים אחידים ובבית-המשפט העליון במשך שנים רבות. המחברות בוחנות בצורה מעמיקה את הפסיקה של בתי-המשפט ובית-הדין לחוזים אחידים ואינן נמנעות מלהביע את ביקורתן<sup>34</sup> במקום שבו הדבר נדרש וכן לחדש חידושים בפירוש החוק<sup>35</sup>, כאשר הדבר נחוץ לשם הגנת לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים<sup>36</sup>.

תרומתן העיקרית של המחברות בספר חוזים אחידים היא חשיפת ההחלטות של בית-הדין לחוזים אחידים והצגתן. בעוד שמספר פסקי-הדין שבהם התקבלה הטענה של תנאי מקפח בחוזה אחיד מצומצם ביותר, מביאות המחברות כ-75 החלטות של בית-הדין הפורשות מצע רחב של נושאים וסוגיות בתחום החוזים האחידים והיכולים לשמש קווים מנחים ומורה-דרך לקביעת המדיניות של המותר והאסור בחוזים אחידים. אף אם אין לראות בהחלטות בית-הדין תקדים מחייב, הן משפיעות ללא ספק על מגזרים שלמים של המשק (כמו כרטיסי-אשראי, מכר דירות חדשות ועוד). יתר על כן: פסקי-הדין

32 ראו לעיל הערות 1-5.

33 ראו המבוא לחוזים אחידים 11.

34 ראו, לדוגמא, שם, עמ' 198-203, ביקורת על הגישה השמרנית של בתי-המשפט לחוק החוזים האחידים.

35 ראו להלן, פרק 7.

36 ואכן, זו מטרת החוק, כמפורט בסעיף 1 לחוק החוזים האחידים.

התקדימיים והמחייבים של בית-המשפט העליון ניתנו במסגרת ערעורים על החלטות של בית-הדין לחוזים אחידים כך שהדיון בבית-הדין הוא שהוביל לתקדימי בית-המשפט העליון. ארבעת פסקי-הדין החשובים בסוגייה זו הם פסק-דין קשת<sup>37</sup>, פסק-דין גד<sup>38</sup>, פסק-דין בית יהונתן<sup>39</sup> ופסק-דין ארגון שחקני הכדורגל<sup>40</sup> — כולם ערעורים על החלטות של בית-הדין לחוזים אחידים. בפסק-דין אלה נקבעו הנחיות ועקרונות לפירוש חוק החוזים וליישומו, והובהרו שאלות רבות שאין עליהן תשובה ישירה כחוק. מכאן, שגם תרומת בית-המשפט העליון לפירוש החוק באה בעקבות החלטות של בית-הדין.

בזמנו הבעתי את ספקותי בשאלה, האם יש הצדקה להליך של אישור חוזים אחידים בבית-הדין<sup>41</sup>? השנים שחלפו והניסיון שהצטבר מאז שנחקק החוק מוכיחים יותר ויותר את יתרוננו של בית-הדין על-פני בית-המשפט כגוף מפקח על חוזים אחידים<sup>42</sup>. ספרן של לוטסהויז ושפניץ מחזק דעה זו. מול פסקי-דין ספורים שהתערכו בתנאים מקפחים בחוזים אחידים ישנן עשרות רבות של החלטות של בית-הדין שהביאו לשינויים בחוזים אחידים ושיפרו את תוכנם עבור עשרות אלפי, ואף מאות אלפי, לקוחות. בספר חוזים אחידים אוזכרו 75 החלטות של בית-הדין שיצרו מסורת ונוהל לטיפול בתנאים מקפחים ולאישור חוזים שאינם מקפחים. גם אם התוצאה הסופית של החוזים המאושרים אינה מושלמת, הרי שהיא מאפשרת בחינתו של כל החוזה ולא רק תנאים בודדים מתוכנו. מן הראוי לציין, שבמסגרת המשא-ומתן בבית-הדין לחוזים אחידים לאישור מכלול חוזה ניתן להגיע גם לסיכומים מעבר לדרישות החוק הקיים, כגון הטלת חובה על קבלן לתאם מראש עם הלקוח את מועד המסירה ולא להסתפק בהודעה על המועד כנדרש בחוק<sup>43</sup>. האישור הוא לחמש שנים בלבד, ובמקרים קיצוניים רשאי בית-הדין — לפי בקשת היועץ המשפטי לממשלה — לבטל תנאי מקפח בחוזה אחיד אף בתוך תקופת תוקפו של האישור<sup>44</sup>. בשל חולשת בתי-המשפט בתחום זה וההצלחה היחסית של בית-הדין

37 ע"א 1/79 מטעלים לניקוי יבש קשת נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לד(3) 365 (להלן: פסק-דין קשת).

38 ע"א 449/85 היועץ המשפטי לממשלה נ' גר חברה לבנין, פ"ד מג(1) 183 (להלן: פסק-דין גד).

39 ע"א 568/88 חברת בית יהונתן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה(2) 385 (להלן: פסק-דין בית יהונתן).

40 ע"א 825/88 ארגון שחקני הכדורגל בישראל נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל, פ"ד מה(5) 89 (להלן: פסק-דין הכדורגל).

41 ראו ס' דויטש, לעיל הערה 7, בעמ' 109-110.

42 אשר לבסיס התיאורטי של יתרון הביקורת המעין-שיפוטית של בית-הדין על-פני ביקורת שיפוטית רגילה ראו S. Deutch, לעיל הערה 21, בעמ' 184-185.

43 ראו חוזים אחידים 281-284. וראו להלן טקסט ליד הערות 86-87.

44 חוזים אחידים 157-158 וסעיף 14(ג) לחוק.

לתוזים אחידים יש להשאיר בידי בית-הדין הן את הכלי של אישור חוזה אחיד והן את הכלי של ביטול תנאים מקפחים בחוזה אחיד, תוך שינויים מסוימים שארון בהם בהמשך.

החלטות בית-הדין אינן מתפרסמות בדרך-כלל. אמנם, ניתן לעיין בהן בבית-הדין לתוזים אחידים, הממוקם בבית-המשפט המחוזי בירושלים<sup>45</sup>, אך בדרך-כלל חומר זה אינו זמין לרוב ציבור המשפטנים. למעט מספר קטן של החלטות שפורסמו<sup>46</sup> ומקרים שנדונו בערעור בבית-המשפט העליון<sup>47</sup>, אין חומר חשוב זה זמין לציבור המשפטנים. ספר זה פותח חומר חשוב זה לכלל הציבור. יש מקום לצפות שבעקבות הספר, המציג את הפרטנציאל הגלום בחוק הן בבית-המשפט הן בבית-הדין לחוזים אחידים יורחב השימוש בחוק בין בדרך של פנייה לאישור בבית-הדין בין בדרך של העלאת הטענות הרלבנטיות בבית-המשפט. עיון בספר מלמד, שבא-יכוח הספקים אינם צריכים לחשוש מפני פנייה לבית-הדין. בית-הדין כיישמו את החוק לא בא לבטל את חופש התוזים, אלא רק להשיב את האיזון הסביר שבין האינטרסים הלגיטימיים של הספק לאלו של הלקוח. אישור החוזה מקנה חסיון של חמש שנים מפני ביקורת בית-המשפט. במקרים שבהם אכן התנאי עומד במבחני הקיפוח של חוק החוזים האחידים, התנאי יבוטל או ישונה.

### ג. סקירה קצרה

הספר חולק לשני חלקים: חלק ראשון, שבו המחברות מציגות את פרשנות החוק בהסתמך על פסיקת בתי-המשפט ובית-הדין לתוזים אחידים, תוך הדגשת פתרונותיו המיוחדים של החוק. החלק השני של הספר בוחן את יישום החוק הלכה ולמעשה בעיקר בבית-הדין לתוזים אחידים. חלק זה הוא חידוש של ממש, שכן לפני-כן היה חומר זה כספר התתום בפני ציבור המשפטנים. גם אם החלטות בית-הדין אינן משמשות תקדים מחייב בבית-המשפט וחלק מהן התקבלו כפשרה בין הצדדים, עדיין הן יכולות לשמש קנה-מידה למה שנחשב מקפח או סביר בעיני בית-הדין. כמוסד העיקרי הממונה על פיקוח על תוזים אחידים מציב בית-הדין קווים מנחים להפעלת החוק ויישומו בבית-המשפט, וייתכן שאף לגבי כתיבת חוזים, ניסוחם ועריכתם. בדרך זו עשוי בית-הדין להביא ליתר הוגנות בתתום התוזים האחידים.

45 סעיף 11 לחוק.

46 ראו חח"א (י-ם) 1/86 היועץ המשפטי לממשלה נ' חברת בית יהונתן, פ"מ תשמ"ז (ג) 309; תח"א

(י-ם) 8/86, 7 גילמור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"מ תש"ן (ב) 45.

47 ראו לעיל הערות 37-40.



החלק הראשון של הספר מתחלק לחמישה פרקים: (א) מטרת החוק והיקפו; (ב) הקיפוח; (ג) בית-הדין לחוזים אחידים; (ד) טענת תנאי מקפח בבית-המשפט; (ה) החלטות בית-הדין, חקיקה ופסיקה.

בפרק הראשון המחברות מדגישות שהחוק הוא חוק צרכני במובן הרחב של המלה<sup>48</sup>. המבחן לחוזה אחיד הוא מבחן טכני-משפטי<sup>49</sup> ולכן גם תקנון יכול להיחשב כחוזה<sup>50</sup>. גם כאשר אפשר להתקשר עם ספקים אחרים, עדיין יכול המסמך להיחשב חוזה אחיד<sup>51</sup>. בשל המבחנים הטכניים של חוזה אחיד הורחב מגוון המקרים שייכנסו למסגרת החוק, ואף מבחינה ראייתית אין קושי של ממש בהוכחת מהותו של חוזה כחוזה אחיד<sup>52</sup>. הסייגים שנקבעו לתחולת החוק בסעיף 23 פורשו בצמצום כדי שלא לרוקן את החוק מתוכנו<sup>53</sup>.

בפרק השני הדין ב"קיפוח", המחברות מסבירות שמבחן זה אינו מבחן מוגדר ויש לראות בו מונח שסתום כמו "תום-לב" ו"סבירות"<sup>54</sup>, הנתון לשיקול-דעתו של בית-המשפט. אין לקבל את הפרשנות הקודמת, שהגבילה את החוק לנוקי גוף או לשירות ציבורי<sup>55</sup>. בספרן המחברות מציעות פירוש מעניין למונחים "קיפוח לקוחות" ו"יתרון בלתי הוגן העלול להביא לידי קיפוח לקוחות", הנראים לכאורה ככפל לשון<sup>56</sup>. דיון נרחב הוקדש לפירוש הפסקאות של "חוקת הקיפוח" שבסעיף 4 לחוק<sup>57</sup>. פרשנות זו מתבססת על פסיקה מקיפה של בית-הדין ובתי-המשפט ויש בה כדי לפתוח בפני המשפטן את הדרך לשימוש בסעיף זה, המעביר את נטל הראיה מהלקוח לספק. בשל מרכזיותו של מבחן ה"קיפוח" אכן ישנה הצדקה להקדשת מקום נרחב לפרשנות מבחן זה, שהוא המבחן העיקרי לפסילת תנאי בחוק החוזים האחידים. סעיף שלם הוקדש לתחולת מבחן הקיפוח על המדינה<sup>58</sup>, ומסקנת המחברות היא שלמעט כמה נושאים, דין המדינה בסוגיית החוזים האחידים כדין כל אדם, כפי שגם קבע סעיף 22 לחוק.

48 חוזים אחידים 16-17.

49 שם, בעמ' 20.

50 שם.

51 שם, בעמ' 50-51.

52 שם, בעמ' 23-31.

53 שם, בעמ' 35-43.

54 שם, בעמ' 47.

55 שם, בעמ' 49-54.

56 שם, בעמ' 59-62, 65-67.

57 שם, בעמ' 79-102.

58 שם, בעמ' 103-116.

הפרק השלישי דן בבית-הדין לחוזים אחידים, תוך הרגשת ההיכט הציבורי של בית-הדין.<sup>59</sup> סעיף שלם הוקדש לבעיות שהתעוררו מחקיקת חוק בתי דין מנהליים, התשנ"ב-1992,<sup>60</sup> החל גם על בית-הדין לחוזים אחידים. בדרך-כלל חוק בתי דין מנהליים משלים סוגיות שלא הוסדרו בחוק החוזים האחידים, אך נעשה מאמץ בספר ליישב בין החוקים כאשר ישנה ביניהם סתירה לכאורה.<sup>61</sup>

אחד הקשיים שנותרו בחוק ושעדיין אין לו פתרון הוא אכיפת החלטות בית-הדין.<sup>62</sup> הספק עלול להתעלם מהחלטת בית-הדין ולהמשיך להשתמש בתנאי פסול, שאמנם אין לו תוקף, אך הלקוח במקרים רבים לא ידע על כך, או לנסח חוזה שתוכנו שונה מזה שהוגש לאישור בית-הדין. אמנם, סעיף 11(ב) לחוק קובע הסדר פרסום החלטות כדי שאלו יובאו לידיעת הלקוחות, אך ההסדר שנקבע אינו יעיל ואינו מספק. נדיר, שצרכן, או אפילו משפטן, ידע אם חוזה מסוים אושר ובאיזה נוסח. פתרונות שונים שנבחנו בספר נדחו, והדבר מותיר נושא זה ללא הסדר. המחברות דוחות את הביקורת על החסיון המוענק לחוזה אחיד של ספק שאושר בבית-הדין.<sup>63</sup> לדעתן, עריף אישור, הבודק את החוזה בכללותו, מאשר פנייה לבית-הדין לביטול תנאים מסוימים. המחברות מסבירות מדוע לא רצוי להטיל חובה כללית לאישור חוזים אחידים,<sup>64</sup> ומדוע הוגבלה הפנייה לבית-הדין לבעלי זכות עמידה ציבוריים, וזאת בשל אופיו הציבורי של בית-הדין.<sup>65</sup>

הפרק הרביעי דן בטענת תנאי מקפח בבית-המשפט ומסביר מדוע יש לאפשר דין מקביל באותו חוזה בבית-המשפט ובבית-הדין.<sup>66</sup> המחברות מציינות, שגם כיום גישת בתי-המשפט ליישום החוק היא שמרנית, והן מבקרות תופעה זו.<sup>67</sup>

הפרק החמישי מציג תיזה, שלפיה להחלטות בית-הדין סממנים של חקיקה ופסיקה. מצד אחד, אין אלו פסקי-דין רגילים, שכן הם אינם דנים בסכסוך קונקרטי בין שני צדדים. ההחלטה חלה על כל ציבור המשתמשים בחוזה של הספק שאושר בבית-הדין. מצד אחר, אין בהחלטות בית-הדין משום חקיקה, שכן בית-הדין אינו יוזם את הפניות

59 שם, בעמ' 130-132. ההיכט הציבורי בא לידי ביטוי בהרכבי מותכיו (נציגי ציבור) של בית-הדין ובאופי החלטותיו. בית-הדין יבחן את החוזה האחיד לגופו, והסכם פשרה בין "הצדדים" לא די בו כדי לשריין את החוזה. גם מבחינת זכות העמידה בבית-הדין היא מוגבלת לגופים ציבוריים שהוגדרו בחוק ובתקנות, וצרכן יחיד אינו יכול לפנות לבית-הדין. נקודה אחרונה זו לא הודגשה בפרק זה בספר.

60 ס"ח 1385, עמ' 90, חוזים אחידים, בעמ' 133-139.

61 שם, בעמ' 136-137 ר'139.

62 שם, בעמ' 146-150.

63 שם, בעמ' 157.

64 שם, בעמ' 160-162.

65 שם, בעמ' 164.

66 שם, בעמ' 185-189.

67 שם, בעמ' 198-202.

אליו ולהחלטות אין תחולה מעבר לתחום הספציפי של הספק שאושר בבית-הדין.<sup>68</sup> בשל מגבלות בית-הדין מציינות המחברות, שהפתרון הנאות לנושאים הדורשים הסדר כללי הוא בחקיקה או בתקנות.<sup>69</sup>

חלקו השני של הספר דן ביישום החוק<sup>70</sup>. המחברות מציינות, שהנושאים המוצגים בתלק זה נבחרו לא בשל חשיבותם, אלא בשל העובדה שנדונו בבית-המשפט או בבית-הדין.<sup>71</sup> חלק זה מעניין ומאלף ודן בשורה ארוכה של תנאים בחוזים אחידים. להלן כמה דוגמאות לתנאים שנדונו בספר: הצדדים להתקשרות, הגבלות על המחאת חיובים, רדישה לאישור ההתקשרות על-ידי הספק, תקופת-ניסיון, הגבלות על אופן שינוי החוזה, תקופות החוזה, חיובי מסירה, בדיקת הממכר, תקופות האחריות והיקפה, שינויים במחיר והדרך לחישובו, אחריות לשמירה על הנכס, רישום זכויות, הערת-אזהרה, הגבלות על תרופות, הגבלות על הזכות להשבה, פיצויים מוסכמים וריבית-פיגורים. הפרק האחרון דן בהגבלת הזכות לפנייה לערכאות. מגוון רחב זה של נושאים ועוד אחרים שלא פורטו כאן יכול לשמש כלי חשוב לכחינת הבעיות של תוכן החוזה בחוזים אחידים, בכלל, ובחוזים אחידים צרכניים, בפרט.

אין ספק, שספר זה ישמש כלי חשוב ביותר למשפטנים הנתקלים בתנאים מקפחים בחוזים אחידים. ברור גם, כי כל מי שעוסק בנושא זה לא יוכל להתעלם מהמידע החשוב שבספר זה ומתרומתן של המחברות להבהרת הסוגיות היותר מורכבות של נושא זה.

#### ד. חידושים בפרשנות חוק החוזים האחידים

נוסף על פתיחת נושא החוזים האחידים בפני ציבור המשפטנים, וכמיוחד הדיון המפורט בהחלטות בית-הדין, יש בספר כמה חידושים הראויים להתייחסות מיוחדת, בשל ההשלכות החשובות שיש להם על דיני החוזים האחידים, בפרט, ואולי גם על דיני-צרכנות, בכלל.

סעיף 23(א)(2) לחוק קובע, ש"הוראות חוק זה לא יחולו על ... תנאי התואם תנאים שנקבעו או אושרו בחיקוק". פרשנות רחבה למונח זה עלולה לרוקן את חוק החוזים האחידים ולפגוע במטרתו המפורשת של החוק כפי שצוינה בסעיף 1 לחוק, שהיא "להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים"<sup>72</sup>. כבר בפסיקת בית-המשפט

68 שם, בעמ' 205-215.

69 שם, בעמ' 216-220.

70 שם, בעמ' 225-422.

71 שם, בעמ' 225.

72 חשיבות סעיף המטרה בכתביו של השופט ברק ובפסיקה נסקרה בקצרה שם, בעמ' 16-17.

העליון<sup>73</sup> נקבע, שהסכמת גוף שאינו ממשלתי להתקין תקנון אינה מוציאה את התקנון מביקורתו של חוק החוזים האחידים, שכן אין לראות בתנאיו תנאים התואמים "תנאים שאושרו בחיקוק"<sup>74</sup>. שאלה מורכבת יותר היא, מה דינם של התנאים הדיספוזיטיביים המופיעים בחוקים שונים כמו חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973<sup>75</sup>, או חוק המכר, תשכ"ח-1968<sup>76</sup>? לכאורה גם בעניין זה הכריע בית-המשפט העליון בפסק-דין כדורגל, בכותבו: "מקום בו מסתמכים בחוזה אחיד על הוראות הסדר מרשה שנקבע בחיקוק, שוב אין הצדקה לתקיפת הפתרון שנקט המחוקק ואשר נועד להגשים מטרתם של צדדים סבירים המתקשרים בחוזה מסוג זה, בכלי של תנאי מקפח בחוזה אחיד"<sup>77</sup>. לאמירת-אגב זו יכולות להיות השלכות קשות על היקף המעורבות של הערכאות השונות בחוזים אחידים מקפחים, שכן ניתן לערוך חוזה, שיטיל חיובים מוחלטים וקשיחים על הלקוח, ואילו חיובי הספק יועתקו מחוקי החוזים: קיום החוזה יהיה זמן סביר לאחר כריתת החוזה במועד שהגרשה יודיע עליו לחייב<sup>78</sup>, הנכס או השירות יהיו מסוג בינוני<sup>79</sup>, מסירת הממכר תהיה תוך תקופה פלוניית, והמוכר יהיה רשאי לקבוע את מועד המסירה בתוך אותה תקופה<sup>80</sup>. הוראות כאלו ואחרות עלולות לטשטש את חיובי הספק ולהקנות לו שיקול-דעת נרחב על דרך הביצוע<sup>81</sup>, כאשר מנגד הלקוח קשור במועדים קשיחים. לכאורה, בשל אמירת-האגב שנאמרה לעיל, לא ניתן יהיה לתקוף סעיפים כגון אלו בחוזה מאחר שהם תואמים הוראות חוק מפורשות.

המתברות אינן מקבלות גישה זו ומבחינות בין תוקפן של הוראות כאלו בחוזים רגילים לתוקפן בחוזים אחידים<sup>82</sup>. הן מציינות, שמרבית ההוראות בחוקי החוזים הן

73 פסק-דין כדורגל, לעיל הערה 40.

74 הנשיא שמגר דן בהרחבה בשאלה זו בעמ' 103-108 של פסק-הדין. הנימוקים העיקריים היו, שהחיקה לצורותיה היא פונקציה שלטונית שאין להעבירה אלא לרשות המבצעת או השופטת וששרים אינם רשאים להאציל סמכויות חקיקה לגוף או לאדם שאינם מנויים עם הרשויות השלטוניות. המשיבה במקרה זה אינה רשות מנהלית כי אם גוף וולונטרי שהוקם שלא מכוח חוק, והתקנון הוחקן ללא מעורבות פורמלית של רשות מרשויות המדינה וגם לא פורסם והמחוקק לא התערב בתוכן החיקוקים ובעיצובם. מסיבות אלו אין לראות בתקנון משום חקיקת-משנה.

75 ס"ח 118 (להלן: חוק החוזים הכללי).

76 ס"ח 98 (להלן: חוק המכר).

77 פסק-דין כדורגל, לעיל הערה 40, בעמ' 102-103.

78 סעיף 41 לחוק החוזים הכללי.

79 סעיף 45 לחוק החוזים הכללי.

80 סעיף 9(ב) לחוק המכר, תשכ"ח-1968.

81 כיקורת כללית על חוק המכר ביחסי ספק-צרכן ראו אצל ס' דויטש "חוק המכר — קווים לפירושו

והרהורים על יחסי מוכר-צרכן" משפטים יט (תש"ן) 493.

82 חוזים אחידים 41-42.

הוראות משלימות, וכשם שהשלמת חוזה על-פי הוראות שבחוק אינה נעשית באופן אוטומטי אלא כל מקרה לגופו, כך גם לא ניתן לומר כי שילוב הוראות דיספוזיטיביות מהחוק בחוזה אחיד יהיה תמיד סביר בנסיבות העניין; אלא יש לבחון כל מקרה לגופו לפי תכלית החוזה, מהות הוראותיו ונסיבות ההתקשרות<sup>83</sup>. כשם שבמקרה שאין התייחסות מפורשת בחוזה לסוגייה מסוימת לא תמיד יפנה בית-המשפט להוראות חוק משלימות<sup>84</sup>, כך גם קליטת הוראת חוק דיספוזיטיבית כזאת בחוזה אחיד לא תמיד תכשיר אותה.

חידוש זה של המחברות מונע את האפשרות שבעזרת נימוקים טכניים ניתן יהיה למנוע את ביקורת בית-הדין ובתי-המשפט על תנאים מקפחים בחוזים אחידים. הוראות דיספוזיטיביות בחוק אינן בהכרח ההסדר הסביר, ולעתים הן רק צילום של התנאים המקובלים בשוק<sup>85</sup>, ואזי אין הן בהכרח צודקות או הוגנות, במיוחד כאשר הן מופיעות בחוזים אחידים.

לכאורה נראה מפסק-דין אחר של הנשיא שמגר, שזו גם דעתו. בפסק-דין גד<sup>86</sup> עלתה השאלה של הגדרת מועד מסירתה של הדירה בחוזה. בית-המשפט העליון קבע את עמדתו במלים ברורות: "על המשיבים (הקבלנים – ס"ד) לכלכל את צעדיהם כך שיוכלו למסור את הדירה בנקודת זמן קבועה ומוגדרת מראש. אם דרושה להם לשם כך תקופת זמן נוספת כ"טווח בטחון", מוטב יהיה שיקבעו בחוזה המכר מועד מאוחר, אשר ניתן יהיה להקדימו בהסכמה"<sup>87</sup>. לכאורה יכלו המוכרים להעתיק את סעיף 9(ב) לחוק המכר הקובע, כי ניתן למסור ממכר תוך תקופה פלוגית, והמוכר יהיה רשאי לקבוע את מועד המסירה בתוך אותה תקופה. אך נראה מפסק-הדין, שלא היה די בקליטת הסעיף לתוך החוזה האחיד כדי לתת לו תוקף אף לו צוטט ויש צורך לקבוע מועד קבוע שהקדמתו תהיה בהסכמה של שני הצדדים, ולא רק על-פי קביעתו של הספק בלבד. מכאן שלחידושן של המחברות יש בסיס גם בפסיקה של הנשיא שמגר עצמו<sup>88</sup>.

83 שם, בעמ' 42.

84 לדיון חדשני בנושא זה ראו א' זמיר פירוש והשלמה של חוזים, לעיל הערה 20.

85 ראו המחלוקת בין הפרופסורים א' פרוקציה וג' טדסקי בנושא. א' פרוקציה "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק? – תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי היסוד במשפט" משפטים יח (תשמ"ט) 395, 401; ג' טדסקי "על הדין הדיספוזיטיבי" עיוני משפט טו (תש"ן) 5; א' פרוקציה "הדין הדיספוזיטיבי באספקלריה של פרופטור ג' טדסקי" עיוני משפט טו (תש"ן) 385. גישתו של פרופ' פרוקציה היא, שמטרתו העיקרית של הדין הדיספוזיטיבי להוזיל עלויות ולכן עליו להיות "חקיין" של הנוהג הכלכלי.

86 לעיל הערה 38, בעמ' 189-191.

87 שם, בעמ' 191 (הדגש הוסף).

88 דבריו של הנשיא שמגר בפסק-דין כדורגל, לעיל הערה 40, אינם חריגים מעיים, שכן כדוגמא לסעיפים סבירים בחוק הוא מביא את סעיף 2(א) לתוספת לחוק המכר (עשיית חוזים למכר טובין בין-לאומי)

סוגייה נוספת שהמחברות מציעות בה פתרונות חדשניים עוסקת במקומו של הלקוח היחיד בביקורת על החלטות בית-הדין. בדיונים בבית-הדין אין מקום בדרך-כלל לייצוג של לקוח יחיד. מה יהיה אפוא אם נודע ללקוח יחיד על החלטה של בית-הדין, שלדעתו פוגעת בו? לערער עליה אין הוא יכול, כיוון שלא היה צד לדיון. המחברות מציעות, שבמקרה כזה הוא יוכל להגיש עתירה לבג"ץ כנגד ההחלטה<sup>89</sup>. אין עדיין תקדים להצעה זו, אך גם היא תורמת לכך שכאשר החלטת בית-הדין שגויה והצדדים לטיעונים אינם מערערים עליה, עדיין ההחלטה פתוחה לביקורת נוספת. המחברות מציעות, שהתערבות בית-המשפט העליון תיעשה במשנה-זהירות, כמו הביקורת על חקיקת-משנה שאושרה בוועדות-הכנסת, ובכל מקרה עדיף להגיע לפתרון בדרך של פרשנות ולא בדרך של פסילה<sup>90</sup>. יש להניח שהפניות לבג"ץ תהיינה נדירות, אך הצעה זו חשובה ברמה העקרונית של שמירת בית-המשפט העליון כערכאה השיפוטית העליונה אשר סמכותה לפקח על כל גוף שיפוטי או מנהלי בישראל.

הפרק החמישי של החלק הראשון<sup>91</sup>, הממקם את החלטות בית-הדין לחוזים אחידים בין חקיקה לפסיקה, חדשני לחלוטין. נושא זה לא נדון בעבר, והחלטות בית-הדין הוגדרו כהחלטות מנהליות, מעין-שיפוטיות וכדומה. זה ניסיון ראשון למקם את בית-הדין במשבצת המשפטית הראויה ולהסיק מכך מסקנות חשובות לגבי מעמד המיוחד של החלטות בית-הדין. מכאן רק טבעי, שהשלב הבא של נושאים שנידונו בבית-דין ולא הגיעו לכלל פתרון משיע-רצון יהיה בהסדרה כללית בחקיקה או בתקנות, כאשר מתברר כי הדיון בבית-הדין אינו הכלי המתאים לטיפול בבעיה שאופיה כללי. ספרן של המחברות אפוא אינו רק ספר חשוב להבהרת חוק החוזים האחידים ודרכי יישומו, אלא גם מציע פתרונות חדשניים שיצטרכו עוד להיבחן בעתיד במכתן הפסיקה והחלטות בית-הדין.

תשליח-1978 וסעיף 2; והתוספת לחוק הכוררות, תשכ"ח-1968, עמ' 103. בשני החוקים ההפנייה היא לנהגים, לנהלים ולתוספת המפורטת בחוק ולא להוראות חוק משלימות דוגמת אלו שבתוק החוזים הכללי וחוק המכר.

89 תוזים אחידים 143-144.

90 שם, בעמ' 144-145.

91 שם, בעמ' 205-220.

## ה. הערות ספציפיות

## 1. האם יש מקום לקבוע בחוק רשימת תנאים בטלים?

עוד לפני שנים הצעתי לקבוע בחוק החוזים האחידים רשימה של תנאים בטלים, ובמיוחד כאלו המתנים על נזקי גוף או הפוגעים בציבור הצרכנים<sup>92</sup>. הצעה זו הסתמכה בין השאר על הוראות החוק האנגלי Unfair Contract Terms Act 1977<sup>93</sup> וכן על חוקים של מדינות אירופאיות אחרות הפוסלות ישירות תניות פטור מסוימות בחוזים צרכניים<sup>94</sup>. חוק החוזים האחידים הישראלי, בנוסחו המקורי משנת 1964, דחה את האפשרות להתערבות חקיקתית ישירה<sup>95</sup>. הצעה זו נדחתה גם בדברי ההסבר להצעת חוק החוזים בנוסחו החדש, כפי שהתקבל בכנסת ב-1982<sup>96</sup>. היתה תקופה שגם אני סברתי, כי חסרונותיה של התערבות חקיקתית ישירה גדולים יותר מיתרונותיה<sup>97</sup>, וזו גם דעתן של מחברות הספר חוזים אחידים<sup>98</sup>.

קרוב ל-15 שנים חלפו מאז נחקק חוק החוזים האחידים בנוסחו החדש, ומתברר שהשימוש בו בבתי-המשפט מועט ביותר ושמרני למדי<sup>99</sup>. לא נראה גם, שנגרם נזק כלשהו למסחר בארצות השוק האירופאי המשותף מההוראות שפסלו תנאים מקפחים

92 ראו ס' דריטש, לעיל הערה 7, בעמ' 132.

93 ראו דיון קצר בחוק האנגלי, לעיל, בעמ' 129-131 והערה 289, שם. מאו שפורסם ספר זה נדון החוק האנגלי במאמרים רבים ובכמה ספרים. לדוגמא: B.W. Harvey & D.L. Parry *The Law of Consumer Protection and Fair Trading* (London, 3rd ed., 1987) 102-113, 165-168; J.K. Mcleod *Consumer Sales Law* (London, 1989) §§ 18.15-18.26, pp. 459-470.

94 לדוגמא: החוק הגרמני, ראו "The Standard Terms Act 1976 of West Germany" 26 Standrock *Am.J.Comp.L.* (1978) 551 וראו שם, בעמ' 568, תרגום לאנגלית של החוק הגרמני על-ידי Galston E. Hahlo "Unfair Contract Terms in the Civil Law Systems" 4 *Can.Bus L.J.* (1979-1980). לדין מקיף בשיטת המשפט האירופאית ראו E. Hondius *Unfair Terms in Consumer Contracts* (1987). הגישה הפוסלת תנאים מקפחים בחוזים אחידים צרכניים מופיעה בכמה חוקים אירופאיים נוספים, כגון אוסטריה. ראו שם, בעמ' 131 ואילך.

95 ראו מאמרם של טדסקי והכט בחוזים אחידים 79 סוף הערה 2.

96 ראו S. Deutch לעיל הערה 21, בעמ' 181-182 והערות 95 ו-96 שם.

97 שם. בין הנימוקים שצינתי היו היעדר הגמישות של החקיקה, הצורך בשינויים, הצורך בהתחשבות בנסיבות כלכליות וחברתיות ועוד.

98 חוזים אחידים 79-80.

99 ראו לעיל ליד הערות 8-28.

בחוזים צרכניים<sup>100</sup>. בשל הניסיון שהצטבר נראה לי, שיש מקום לחשיבה מחודשת בנושא. במשך שנים אלו גם הצטבר תומר רב בבית-הדין לחוזים אחידים על תנאים מקפחים, אשר יחד עם החומר האירופאי בנדון יכול לשמש בסיס לחקיקת סעיף או סעיפים שיפסלו תנאים מקפחים מסוימים בחוזים אחידים צרכניים. כדוגמאות לתנאים שיש מקום לראותם כבטלים כחוזים אחידים צרכניים אציין את שני התנאים הבאים: תקופות חוזי-שירות ארוכות מדי<sup>101</sup> או הכתבת מקום שיפוט שאינו נוח לצרכן<sup>102</sup>. הסיכוי שייקבעו תקדימים כרוזים בטוגיות אלו בפסיקה אינו גדול, שכן רק לעתים רחוקות מגיעים מקרים כאלו לדין בבתי-משפט, ועוד פחותים מכך המקרים שבהם בית-המשפט מתערב בתנאים אלו בהסתמך על חוק החוזים האחידים. יתר על כן: הדרך השיפוטית אינה הדרך המתאימה לפתרון בעיית החוזים האחידים, שכן בעיית הקיפוח בחוזים אלו נובעת ממבנה השוק<sup>103</sup>, ופתרונות אישיים לכל צרכן וצרכן אינם תשובה לכלל הציבור. הוראות מפורטות בדבר תנאים בטלים מעשיות ויעילות, דוגמת ההוראות של חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973<sup>104</sup>, ושל חוק חוזה הביטוח,

100 לדין נרחב בנושא חוזים אחידים כתריסר שיטות-משפט אירופאיות ראו E. Hondius, לעיל הערה 94. במחקרו המקיף בחון פרופ' הונדיוס גם את ההיקף ואת רמת האקטיביות של הביקורת השיפוטית והמנהלית של חוזים אחידים בארצות האיחוד האירופאי. בחלק מהמדינות הפעילות רבה (כגון גרמניה ושבדיה), ובחלק — מצומצמת למדי (כגון צרפת ואנגליה). מאו שפורסם המחקר התרחבה הפעילות בנושא והתקבלה באירופה דירקטיבה בנושא של חוזים אחידים ב-5.4.93. ראו N. Reich, "Protection of Consumer's Economic Interests by the E.C." 14 Syd. L. Rev. (1992) 23, 56-60; M. Dean "Unfair Contract Terms: The European Approach" 56 Mod. L. Rev. (1993) 581. במאמר השני ישנה התייחסות ליישום החקיקה בגרמניה לעומת מיעוט הפסיקה באנגליה.

101 ראו חוזים אחידים 78, 265-259, ובמיוחד פסקי-הדין הבאים: ע"א 568/88 חברת בית יהונתן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה(2) 385, 394-393; הח"א 8/98 הרשות להגנת הצרכן נ' מעליות טל (לא פורסם). בחוק החוזים הגרמני משנת 1976 ישנה הוראה מפורשת, שחובה אחיד עם צרכן לתקופה של יותר מ-18 חודשים הוא מקפח, וראו לעיל הערה 94.

102 ראו חוזים אחידים 417-410. וראו ת"א (באר-שבע) 4003/93, המ' 2436/93, 2248, 2184, חברה לבנין מריו לזניק נ' ניסן ואח' (לא פורסם); בר"ע (כ"ש) 125/94 חברה לבנין מריו לזניק נ' ניסן ואח' (לא פורסם), שם הוחלט לבטל תניית שיפוט של חוזה אחיד בטענת תנאי מקפח מאחר שמקום השיפוט שנקבע (תל-אביב) היה בלתי-סביר. בקשת רשות ערעור לבית-המשפט העליון נדחתה. בבית-המשפט לתביעות קטנות הצרכן יכול להגיש את תביעתו בכל מקום שנקבע בתקנות על-אף האמור בכל חוזה. ראו ס' דויטש "כית-המשפט לתביעות קטנות כמגן הצרכן" עיוני משפט ח (תשמ"א) 345, 359-358. וראו תקנה 2 לתקנות השיפוט בתביעות קטנות (סדרי דין), התשל"ז-1976.

103 ראו S. Deutch, לעיל הערה 21, בעמ' 160-168, 184-185.

104 ס"ח 706, עמ' 196. בעקבות חוק זה חלק ניכר מתגיות הפטור הבלתי-סבירות כחוזי-בנייה שזכ אינן תקפות. הוראות החוק הן קונגטיביות. ראו בהקשר זה סעיף 7א לחוק המכר (דירות), תשל"ג-1973.



תשמ"א-1981<sup>105</sup>. כיום גם לא יהיה חידוש של ממש בגישה זו, שכן היא כבר אומצה במדינות שונות בעולם המערבי<sup>106</sup>.

יש מקום לטענה, כי יצירת רשימה של תנאים בטלים עלולה לגרום לאפקט מצנן של יישום החוק. יש חשש שבית-הדין ובתי-המשפט יסייגו את התערבותם בחוזים אחידים בשל ההתערבות היתירה בחופש החוזים שישנה בהוראות החוק, כאמור. לחשש זה ניתן להשיב כמה תשובות: החשש שבית-הדין ובתי-המשפט יסייגו את התערבותם הוא מופרז. לאחר שבחוק ייקבע אלו תנאים בטלים, הרי בתי-המשפט יהיו חייבים לפעול לפיהם ונראה שהדבר יגרום ליתר מעורבות של הערכאות ולא לפחות מעורבות. בתחומים אחרים, כמו מכר דירות וביטוח, שבהם נקבעו הוראות קוגנטיות, הן מיושמות על-ידי בתי-המשפט ללא כל רתיעה. גם במדינות אירופה, שבהן ישנם כבר חוקים הכוללים רשימות של תנאים בטלים בחוזים אחידים, לא ידוע על רתיעה של בתי-משפט. רשימה של תנאים, כמוצק לעיל, תגרום לכך שצרכנים ולקוחות יפנו יותר לערכאות, שכן ההגנה עליהם ברורה. גם עסקים עשויים לפנות יותר, שכן אין ויכוח לגבי התנאים הבטלים, והם יהיו מעוניינים בשריון התנאים שאינם בטלים. נראה אפוא, שאם תתקבל הגישה המקובלת כיום באירופה לגבי רשימת תנאים בטלים בחוזים אחידים, יביא הדבר להגברת השימוש בחוק החוזים האחידים וליתר הגנה על הלקוחות ולא לנסיגה בשימוש בחוק.

הטיעון העיקרי של המחברות כנגד הצעה זו היא, שההבחנה בין לקוחות צרכניים ללקוחות מסחריים היתה מסבכת את הפעלת החוק וכי הבחנה זו מורכבת<sup>107</sup>. טיעון זה אינו חזק דיו כדי למנוע את ההגנה הראויה לציבור הצרכנים. גם בארצות אחרות היא לא התקבלה, והניסיון השיפוטי שנרכש מהפעלת חזקות הקיפוח (מתוך לבית-הדין) הוכיח שאין די בהן כדי להגן על הצרכן מפני תוזה אחיד מקפח. טענה אחרת שניתן לטעון כנגד הצעה זו היא החשש, שהיא תפגע בחוק החוזים האחידים כחלק מהקודיפיקציה של המשפט האזרחי, ותיצור שתי מערכות מקבילות: משפט אזרחי ומשפט צרכני<sup>108</sup>. גם טיעון זה אינו משכנע, שכן מוסכם על כולם כי חוק החוזים האחידים הוא חוק צרכני במובן הרחב של המלה. יתר על כן: המקרים היחידים שבהם התערב בית-המשפט

105 ס"ח 1005, עמ' 94. החוק קובע סדרה ארוכה של תנאים, חובות ונטלים שאין לשנותם כי אם לטובתו של המבוטח. ראו לדוגמא, סעיף 39 האוסר על התנאה על 28 מתוך 38 ההוראות הראשונות של החוק.

106 ראו לעיל הערות 93 ו-94.

107 חוזים אחידים 79-80 והערה 3, בעמ' 80.

108 ביקורת על גישה זו ראו אצל ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (תשנ"א כרך א) 137-139, והערה 108 שם. אך ראו גישה שונה בג' שלו לעיל הערה 6, 612. לטענתה, חוק החוזים האחידים מוסיף להיחשב כחלק ממערכת החוקים האזרחיים.

בתנאים מקפחים בחוזה אחיד היו מקרים צרכניים<sup>109</sup>. נוסף על כך הוספת הוראות קוגנטיות שיפסלו תנאים מקפחים מסוימים בחוזים צרכניים לא יוציאו את החוק בהכרח ממסגרת הקודיפיקציה של המשפט האזרחי. גם בחוקים אזרחיים אחרים, כמו חוק חרזה הביטוח, ישנן הוראות קוגנטיות למכביר ועם זאת הוא נחשב כחלק מהקודיפיקציה של המשפט האזרחי<sup>110</sup>. גם חוק הערבות ייכלל קרוב לוודאי בקודיפיקציה של המשפט האזרחי<sup>111</sup>, אף שלאחרונה הוסף בו פרק הדין בענין יחיד שמטרתו הגנת הערב הצרכני<sup>112</sup>. גם כיום ישנה הוראה יחידה בסעיף 5 לחוק החוזים האחידים הפוסלת תנאי המונע גישה של לקוחות לבתי המשפט, כך שצד אחד נוסף שיפסול בחקיקה תנאים המקפחים את ציבור הצרכנים לא יהיה בו משום מהפכה<sup>113</sup>. לפי הניסיון, התקדימים והמסורת המשפטית שגובשה בבית הדין לחוזים אחידים ניתן להכין רשימה של תנאים פסולים בחוזים צרכניים אחידים, דבר שיצמצם את הטרחה של פנייה לבתי המשפט.

## 2. התועלת שבחזקות הקיפוח

המחברות, תוך הסתמכות על פרופ' ג' שלו, כתבו, כי "כתוצאה מסעיף 4 קל מאוד במשפטנו לטעון ולהוכיח לכאורה קיפוח; קשה הרבה יותר להפריך חזקה זו"<sup>114</sup>. בדיקת פסיקתם של בתי המשפט מלמדת, שההבחנה בין קיפוח מכוח סעיף 3 ובין חזקת קיפוח מכוח סעיף 4 קלושה למדי. כאשר טענת הקיפוח התקבלה, לא הסתמכו בהכרח על סעיף 115<sup>4</sup> וכאשר דחו את טענת הקיפוח, העובדה שהתנאי יוצר גם חזקת קיפוח לא סייעה ללקוח<sup>116</sup>. עובדה חשובה לא פחות היא, כי הגם שחלפו כ-15 שנים מאז נחקק

109 כמה דוגמאות: ת"א (י-ם) 368/89 לוי נ' מבט בניה תק-מח 92 (1), 1088; ת"א (י-ם) 674/83 אשכר נ' שיכון וסיתוח לישראל, פ"מ תשמ"ו (ב)3; ת"א (תל-אביב) 3489/83 הלכנון חברה לביטוח נ' נפתלי, פ"מ תשמ"ה (ב) 441; ע"א 450/87, 459 קאמר"ב נ' גיל תק-על 92 (1), 392; ה"פ (י-ם) 3086/85 טיטלבוים נ' בנק צפון אמריקה, פ"מ תשמ"ז (ג) 213; ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א קהילת ירושלים נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464.

110 ג' שלו, לעיל הערה 6.

111 הוא מופיע בהצעת חוק לעריכת קובץ דיני ממונות, תשמ"מ-1980, עמ' 184-185, ה"ח 1448.

112 ראו חוק הערבות (תיקון), התשנ"ב-1992 ס"ח 1390, עמ' 144. וראו דיון קצר בחוק זה אצל ס' דויטש, לעיל הערה 13, בעמ' 202-207.

113 ראו לעיל הערה 108, מחלוקת ג' שלו עם ר' פרידמן ונ' כהן אם סיווג חוק כצרכני מוציאו ממסגרת הקודיפיקציה של המשפט האזרחי.

114 חוזים אחידים 81, מתוך ג' שלו דיני חוזים (מהדורה ראשונה, תש"ן) 640.

115 ראו רשימת פסיקה, לעיל בהערה 109.

116 רוגמאות מספר מתחום יחסי בנק-לקוח: ע"א 538/86 זמיר נ' הבנק הבינלאומי הראשון, פ"ד מב(4) 433; ע"א 688/89 הילולים (אריזה ושוק) בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד מה(3) 188.

חוק החוזים האחידים בנוסחו החדש, כמעט שאין כל פסיקה בנרון. אם כל-כך קשה להפריך את חזקת הקיפוח, מדוע לא באה עובדה זו לידי ביטוי בפסיקה? אמנם, בהחלטות של בית-המשפט העליון בדונו בערעור על החלטות בית-הדין, ניתן משקל לכך שהתנאים יצרו חזקות קיפוח<sup>117</sup>, אולם בית-המשפט התערב גם בתנאים שלא היתה חזקת קיפוח לגביהם.

נשאלת השאלה, מדוע חזקת הקיפוח הועילה בבית-המשפט פחות מהציפיות של מחוקקי החוק בנוסחו החדש<sup>118</sup>? תשובה אחת היא, שכתי-המשפט הרגילים ממעטים להשתמש בחוק. התשובה המהותית היא, שבסופו של דבר בית-המשפט צריך להשתכנע, שאכן יש כאן תנאי מקפח המצדיק את התערבותו בחוזה שנכרת בין הצדדים. אם בית-המשפט שוכנע בכך, די בסעיף 3 הדין בקיפוח רגיל; ואם בית-המשפט לא שוכנע, חזקת הקיפוח של סעיף 4 לא תועיל. עדיין יש להמתין לפסיקה נוספת של בתי-המשפט ולבחון אולי יחול שינוי במגמה.

### 3. אי-סבירות של תנאי כדרישה מוקדמת לחזקת קיפוח

בחלק מחזקות הקיפוח של סעיף 4 משולבת הדרישה שיש להוכיח תחילה, כי התנאי בלתי-סביר<sup>119</sup>. דרישה זו חוזרת בחמש מתוך עשר פסקאות של סעיף 1204. לדרישת אי-הסבירות כתנאי לחזקת הקיפוח ניתנו בספר הסברים משכנעים למדי<sup>121</sup>. לגופו של עניין נראה שאם צד לחוזה יוכל לשכנע את בית-המשפט כי התנאי השנוי במחלוקת בחוזה האחיד בלתי-סביר, הרי שבית-המשפט גם יראה אותו בדרך-כלל כמקפח, ואם כך, מה מוסיפה חזקת הקיפוח? בפרשת קסטנבאום<sup>122</sup>, המציגה את הגישות החדשות של בית-המשפט העליון בעניין חוזים אחידים, הוסבר ש"קיפוח" משמעותו "חוסר סבירות וחוסר הוגנות". אם התנאי בחוזה האחיד בלתי-סביר ועומד גם בדרישות האחרות של סעיף 3 לחוק, הרי שהוא תנאי מקפח לפי פרשנות בית-המשפט העליון, ומה מוסיפה לנו חזקת הקיפוח? אם התנאי בחוזה האחיד אינו סביר, מדוע שבית-המשפט יתן לו תוקף?

המשותף לשני המקרים האלו הוא, שהניסיונות לתקוף תנאים מקפחים בחוזים אחידים של ערכות ללקוחות לבנקים נדחו כמו במצב שקדם לחוק משנת 1982. ראו ס' דויטש, לעיל הערה 13, בעמ' 183-174.

117 ראו, פסק-דין גד, לעיל הערה 38; פסק-דין בית יהונתן, לעיל הערה 39.

118 יש לציין, שגם אני האמנתי בזמנו כי לחזקת הקיפוח תהיה השפעה ממשית על יישום החוק. ראו S. Deutch, לעיל הערה 21, בעמ' 187.

119 חוזים אחידים 83.

120 פסקאות (1), (2), (5), (6) ו-(9) של סעיף 4.

121 חוזים אחידים 83 ואילך.

122 לעיל הערה 27, בעמ' 526.

לדוגמא: סעיף 4(9) קובע שתנאי "הקובע מקום שיפוט בלתי סביר" יוצר חזקת קיפוח. נראה, שאם הלקוח יצליח להוכיח כי מקום השיפוט שהוכתב בחוזה האחיד על-ידי הספק בלתי-סביר, בית-המשפט יקבע שהתנאי מקפח ובטל. אפשר לטעון, שגם תנאי בלתי-סביר אינו בהכרח מקפח, אולם פרשנות זו אינה רצויה ואינה מגשימה את מטרת החוק של הגנת לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים. הזהירות שבניסוח סעיף 4 היתה אולי יפה בזמנו, אך מוטב היה לקבוע שבמקרים אלו התנאי בטל ומבוטל ולחסוך את הצורך בהתדיינות משפטית לשם קביעה זו<sup>123</sup>, או לחלופין, לבטל את דרישת הסבירות; שכן בכל מקרה התנאים המופיעים בסעיף 4 רק יוצרים חזקת קיפוח — חזקה הניתנת לסתירה — ולא תנאי מוחלט של בטלות.

#### 4. האם זכות הספק לשינויים גורפים תגרום לחוזה להיות בלתי-מסוים?

בשני מקומות בספר ציינו המחברות, שאם הספק השאיר לעצמו את הזכות לבצע שינויים קיצוניים בחוזה, דרישת המסוימות עלולה להיפגם, והתוצאה תהיה שהחוזה כלל לא נכרת<sup>124</sup>. תוצאה זו אינה הכרחית. שאלת המסוימות מתעוררת בדרך-כלל בחוזים לא-פורמליים, כגון חילופי מכתבים, זיכרון-דברים או חוזה מוקדם<sup>125</sup>. חוזה אחיד הוא בדרך-כלל חוזה מפורט, שכן אחת ממטרותיו של חוזה כזה היא לחסוך בעלויות המנהליות של משא-ומתן וגיכוש חוזה מפורט עם כל לקוח ולקוח. בחוזה אחיד אין בדרך-כלל סיבה להעלות את שאלת המסוימות. הספק מנצל את יתרונו על-ידי ניסוח החוזה מראש באופן חר-צודי, כך שתיוכי הלקוח יהיו מוחלטים; ואילו חיוביו יהיו פחות מוגדרים ונתונים ליתר שיקול-דעת. הבעיה כאן אינה של חוסר-מסוימות, אלא של חוסר-הוגנות. ההצעה לראות בחוזים כאלו חוזים בטלים תועיל בעיקר לספק. ברוב המקרים הלקוחות יקבלו עליהם את הדין ולא יתקפו את ההוראות המקפחות וכאשר ינסו לאזן את תנאי המקפחים של החוזה הם עלולים למצוא את עצמם ללא חוזה כלל. הפתרון שבחר המחוקק בסעיף 4 הוא להותיר את החוזה בתוקפו כדי להגן על הציפיות הסבירות של הצדדים, תוך ביטול התנאים המקפחים. נראה אפוא, שבחוזה אחיד, להבדיל מחוזה רגיל, אין להגדיר את ההסכם כחוסר-מסוימות, אלא יש לתת לו

123 ראו, לדוגמא, פסק-דין מריר-לזניק, לעיל הערה 102.

124 חוזים אחידים 87, לעניין סעיף 4(2) לחוק; רעמ' 90 לעניין סעיף 4(4) לחוק.

125 לדוגמא: ע"א 651/72 פסטונק נ' חברת יוסף לוי פתח-תקוה בע"מ, פ"ד כח(1) 617; ע"א 440/75 זנדבנק נ' דנציגר, פ"ד ל(2) 260; ע"א 62/78 זימלר נ' יניצקי, פ"ד לב(3) 296; ע"א 158/77 רבינאי נ' מן-שקד, פ"ד לג(2) 281; ע"א 664/81 הורארד נ' ארוז, פ"ד לח(3) 301. לעתים תתעורר שאלת המסוימות גם בחוזה פורמלי, ראו ע"א 392/80 קדר נ' אתרים בחוף ת"א, חברה לפיתוח אתרי תיירות בתל-אביב-יפו, פ"ד לו(2) 162. ביקורת על תוצאת פסק-הדין, ראו ר' פרידמן ונ' כהן, חוזים (תשנ"א, כרך א), פסקה 8.7 בהערה 24 (עמ' 273).

תוקף מלא תוך ביטול התניות המקפחות. עם ביטול התניות המקנות שיקול-דעת בלתי-סביר לספק, הרי שבעיית המסוימות של החוזה נפתרת מאליה.

### 5. האם טענת קיפוח עדיפה על פרשנות חוזה?

המתבררת כותבות<sup>126</sup>, שמבחן הקיפוח עדיף על הכלל של "פירוש כנגד המנסח", משני נימוקים: ראשית, לכלל אין תחולה כאשר התנאי בחוזה חד-משמעי. שנית, גם אם יפורש התנאי כנגד המנסח, אין ערובה כי הפירוש שנבחר לטובת הלקוח אינו מקפח. אין ספק שברמה העקרונית עדיפה תקיפה ישירה של קיפוח ואי-הוגנות בחוזה על-פני שימוש בכללים עקיפים, כמו פרשנות כנגד המנסח<sup>127</sup>. אולם בשל העובדה של השימוש המועט בעילת הקיפוח בבתי-המשפט לא הייתי פוסל את כללי הפרשנות כאמצעי חשוב להגנת הלקוחות. בבתי-המשפט מרבים להשתמש בפרשנות כדי לסייע לצד החלש בעסקה<sup>128</sup>, בעוד שהם ממעטים להשתמש בחוק החוזים האחידים. גם הטיעון שכללי הפרשנות אינם יכולים לסייע כאשר התנאי הוא "חד-משמעי" שוב אינו מקובל כיום<sup>129</sup>. הנתת-היסוד היא, שכל טקסט משפטי דורש פרשנות במיוחד לפי הלכת אפרופים<sup>130</sup>, שביטלה את ההבחנה בין פרשנות פנימית לפרשנות חיצונית. טקסטים משפטיים יש לפרש לפי תכליתם ולכן בטקסט שנכתב באופן חד-צדדי על-ידי ספק עבור ציבור הלקוחות יש לפרשו כך שיביא לתוצאה הוגנת בין הצדדים. כך פורש הכלל בארצות-הברית<sup>131</sup> וכך פורשו תניות פטור בחוזים אחידים גם

126 חוזים אחידים 121.

127 S. Deutch, לעיל הערה 6, בעמ' 13-15 — הצגת השימוש בפרשנות ככלי לתיקון עול בחוזים בלתי-מאוזנים. ביקורת על גישה זו ראו, שם, בעמ' 15-19, תוך ציטוט דבריו של Llewellyn: "Covert tools are never reliable tools" (שם, עמ' 17, הערה 154).

128 לדוגמא: ר"ג 28/76 מעוז נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 821; ע"א 391/80 לסרטן נ' שיכון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 237. וראו ומיר, לעיל הערה 20, בעמ' 32, עמ' 53-55.

129 ראו דיון מקיף ומעמיק בסוגיות אלו בספריו של השופט א' ברק פרשנות במשפט (נבו, ירושלים תשנ"ג-1993, כרכים א-ג). ספרים אלו עוסקים בתורת הפרשנות הכללית, בפרשנות חקיקה ובפרשנות חוקתית, אך העקרונות הפרשניים המשותפים לכל מסמך משפטי רלבנטיים גם לפרשנות חוזה.

130 ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265. הגישה הקודמת שאין מקום לפירוש כאשר לשון החוזה ברורה באה לידי ביטוי בפסק-דינו של השופט א' מצא (דעת-מיעוט) בפסקאות 11, 12 ו-15. דעת הרוב של השופטים ד' לוין והמשנה-לנשיא א' ברק, שפורטה בהרחבה, דוחה את הגישה הקודמת וסבורה שיש לפרש סעיפי חוזה לפי תכלית ההתקשרות ולא להיצמד לפרשנות המילולית של הטקסט.

131 ראו Corbin on Contracts, 1989 Supp. (C.K. Kaufman, West) sec. 559 (c), pp. 650-654; וראו Graham v. Scissor — Tail, Inc., 623, P., 2d 165 (1981), שם קבע בית-המשפט העליון של

בישראל<sup>132</sup>, מה גם שכיום ישנן תיאוריות חדשות המציעות להפוך את פירמידת הפירוש וההשלמה של חוזים<sup>133</sup>. לפי גישה זו, יפורשו חוזים בראש-וכראשונה לפי עקרונות תום-הלב, ומכאן שחשיבות הכלל של פרשנות כנגד המנסח רק תגבר<sup>134</sup>. אין אפוא כל סיבה שלא לתת לו את משקלו הראוי בפרשנות חוזים אחידים<sup>135</sup>.

## 6. אכיפת החלטות בית-הדין לחוזים אחידים

ביצוע החלטות בית-הדין היא אחת השאלות הקשות הנותרות ללא תשובה בספר חוזים אחידים<sup>136</sup>. מאחר שבית-הדין דן בתחום ללא סכסוך קונקרטי בין שני צדדים, אין מי שיאכוף את החלטות בית-הדין. אין בידי הרשויות הציבוריות הכלים לעקוב אחרי ביצוע החלטות בית-הדין. הצעות לקביעת עברה פלילית בגין אי-קיום החלטות בית-הדין נדחו על-ידי המחברות. התוצאה היא, שספק המעוניין להתעלם מהחלטות בית-הדין יכול לעשות זאת<sup>137</sup>.

לדעתי, יש מקום לנקוט צעדים נגד ספק המתעלם מהחלטות בית-הדין. בעניין זה יש להבחין בין תנאי שבוטל בחוזה אחיד בעקבות פנייה של רשויות ציבוריות (היועץ המשפטי לממשלה או ארגון-צרכנים) והספק ממשיך להשתמש בו, לבין מקרה שבו אושר חוזה לפי יוזמתו של הספק ולאחר האישור הספק מעדיף להשתמש בחוזה אחר. במקרה הראשון אין סיבה מדוע שלא להטיל קנס על מי שמשתמש בתנאי שנפסל לאחר שרשויות-הציבור הקדישו מאמץ ומשאבים לשכנוע בית-הדין לביטול התנאי. טענת הספק "מדוע דווקא הוא?", ולבנטית כבר בשלב הגשת התביעה לבית-הדין לביטול התנאי, שכן יש להניח כי גם ספקים אחרים משתמשים בתנאים מקפחים דומים. טענה כזו ודאי שלא תישמע בבית-הדין. כך גם מי שניתנה נגדו החלטה שתנאיו מקפחים ובטלים, שאז יש לאכוף את ההחלטה אף שזו בהכרח תהיה רק "אכיפה סלקטיבית".

קליפורניה בין השאר, שאת כלל הפרשנות נגד המנסח יש להחיל ביתר תוקף כאשר מדובר בתחום אחיד (Contract of adhesion).

132 ראו ע"א 492/73 שפיזר נ' המועצה להסדר הימורים בספורט, פ"ד כט(1) 22; ע"א 659/77 שורקה נ' קרים, פ"ד לב(1) 393.

133 א' זמיר, לעיל הערה 20.

134 שם, בעמ' 30-32; 100-113.

135 טיעון נוסף של המחברות על חשיבותו הפחותה של כלל הפרשנות נגד המנסח הוא, שאין ביטחון כי הפירוש שייבחר לא יהיה מקפח. ניתן לאמץ את הגישה של מחזר קרויבק, שלפיה פרשנות צריך שתהיה לטובת הצרכן. ראו זמיר, לעיל הערה 20, בהערה 51, בעמ' 32.

136 חוזים אחידים 146-150.

137 בעיה זו הוצגה בעבר גם ב-S. Deutch, לעיל הערה 5, בעמ' 193-194.

הטלת הקנס בגין התעלמות מהחלטת בית-הדין אינה סנקציה חמורה יתר על המידה ויש להפעילה אם לא מעוניינים להביא להתעלמות הספקים מהחלטות בית-הדין. במשפט האנגלי ישנה הוראה דומה לגבי דרישת תשלום בלתי-מוצדקת בגין אספקת סחורות ללא הזמנה<sup>138</sup>. שם נקבע כי מי שדורש תשלום בגין סחורות כאלו יחויב בקנס כספי, כדי למנוע דרישות תשלום בגין עסקאות בטלות. אמנם, ניתן לטעון שישנן הוראות קוגנטיות נוספות בחקיקה האזרחית הישראלית שהשימוש בהן הוא חסר-תוקף, ובכל-זאת לא מוטל קנס בגין השימוש בהן. התשובה היא, כי בעוד שמשפטן אמור להכיר סעיפי חוק הקובעים הוראות בטלות, נדירים המקרים שבהם ידע הלקוח, גם כאשר הוא מיוצג על-ידי עורך-דין, כי התנאי השנוי במחלוקת בטל בהוראת בית-הדין לחוזים אחידים. לעומת זאת, במקרה של אי-שימוש בחוזה אחיד שאושר, יש פחות הצדקה להטלת סנקציות נוספות כדי שלא להרתיע ספקים מפני פנייה לבית-הדין. יש לזכור, כי יוזמת האישור באה מצדו של הספק ומרצונו החופשי ואם לאחר שהשקיע זמן ומשאבים והביא לאישור החוזה אין הוא משתמש בו, הרי שזו כעיקר בעייתו. אם החוזה האחר שהספק משתמש בו כולל תניות מקפחות, הרי שרשויות-הציבור צריכות לפנות בדרישה לבטלן. כאשר הפנייה לאישור החוזה האחיד אינה וולונטרית, הרי שישנן סנקציות פליליות ואזרחיות נגד ספק המתעלם מהחוזה האחיד שאושר<sup>139</sup>.

הטלת קנס וקביעת רשימת תנאים בטלים בחוזים אחידים צרכניים עלולות להוציא את חוק החוזים האחידים ממסגרת הקודיפיקציה האזרחית. אך נראה, שאין זה מחיר גבוה מדי כדי להגיע לתוצאות הרצויות, מה עוד שאין כל ביטחון כי תוספות אלו תבאנה להוצאת החוק מהקודיפיקציה האזרחית.

### 7. הסכמת בית-הדין שלא לאשר חוזה אחיד מבלי לפסול את תנאיו

סעיף 13 לחוק קובע, שבית-הדין רשאי לתת אישור לחוזה אחיד או לסרב לתתו מחמת תנאי מקפח שיפרט. אולם מה תהיה דרך הטיפול הנאותה בחוזה אחיד, כאשר החוזה בכללותו נראה מקפח ובלתי-מאוזן, אך קשה להצביע על תנאים מסוימים שהם כה בלתי-סבירים עד כדי הצדקת ביטולם? או מקרה, שבו אפילו אחרי ביטול התנאים המקפחים עדיין נשאר החוזה בכללותו בלתי-מאוזן ואין הצדקה לאשרו? לדעתי, אין הצדקה להעניק חסיון לחוזה חר-צדדי ובלתי-סביר. חסיון שכזה עשוי להרתיע את בית-המשפט מפני התערבות בתנאיו הבלתי-הוגנים גם מכוח הוראות חוק אחרות, אף שהאישור הוא רק לפי חוק החוזים האחידים.

138 ראו 1 30 Part C, Unsolicited Goods and Services Act 1971.

139 חוזים אחידים 150 פסקה 153.

ניסיונם של נציגי היועץ המשפטי לממשלה להתנגד לעצם בקשת האישור נרתה בבית־הדין, שראה באישור חוזה אחיד מעין "זכות" של הספק<sup>140</sup>. סבורני, שלפי ההשקפות המפקקות אם בכלל ישנה הצדקה לאישור בית־הדין, המשריין חוזים אחידים מפני ביקורת בית־המשפט, ולפי החקיקה הענפה בעולם<sup>141</sup> המאפשרת התערבות בחוזים אחידים, ללא מתן חסיון לחוזים האחידים של הספק, יש מקום לתיקון החוק. נוסף על האפשרות של אישור לחוזה ושל ביטול תנאים מקפחים יש להסמיך את בית־הדין שלא לאשר את החוזה האחיד גם לאתר ביטול תנאיו המקפחים והקשים ביותר. יש להניח, שהשימוש בסמכות זו יהיה מועט, אך יש לתת לבית־הדין כרי שלא לחייבו לאשר חוזה אחיד שאין הוא משוכנע בהצדקה לאשרו.

### 8. הוראות תחזוקה מפורטות

אחד הפתרונות שהוצעו ואושרו בבית־הדין להגבלת אחריות של קבלן הוא מסירת הוראות תחזוקה מפורטות ללקוח<sup>142</sup>. לכאורה מתן הוראות תחזוקה מפורטות ללקוחות הוא פתרון מצוין להבטחת תקינותו של המבנה. ואכן, כך גם קבע סעיף 4(א)(5) לחוק המכר (דירות), תשל"ג-1973, המטיל על המוכר לתת לקונה הוראות תחזוקה ושימוש<sup>143</sup>. בעקבות הוראה זו של חוק המכר (דירות), הוציא מרכז־הקבלנים חוברת בת עשרות עמודים הכוללת הוראות שימוש והחזקה בדירות חדשות<sup>144</sup>. חוברת זו מטילה על רוכשי דירות רשימה ארוכה של מטלות שכדי לבצען כהלכה יודקק רוכש הדירה להקדיש חלק ניכר מזמנו לבדיקות ברזים, צנרת, סווד, ריצוף ועוד מאות פרטים. אם התקבל טענת הקבלן, שאי־קיום כל ההוראות האלו היא הסיבה לפגמים במבנה, הרי שסעיף אשר מטרתו היתה להגן על הלקוח ישמש נשק נגדו. יש לקוות שטיעונים מעין אלו לא יתקבלו<sup>145</sup>, אך גם ברמה העקרונית לא נראה שמתן הוראות אחזקה מפורטות ומורכבות יש בהן משום תועלת של ממש ללקוחות. אין פירושו של דבר, שאין לחייב

140 שם, בעמ' 152-153.

141 ראו Honduis, לעיל הערה 94.

142 חוזים אחידים 308, תת"א שרכט חברה לבנין.

143 הוראה זו הוספה כחלק מתיקון חוק המכר (דירות) משנת תש"ן-1990 ס"ח 1327, עמ' 35.

144 "הוראות תחזוקה ושימוש בדירה", מוגש כשירות לציבור על־ידי התאחדות הקבלנית והבונים בישראל (1991).

145 טיעונים כנגד דיירים שלא תחזקו את הגג כנדרש וכשל כך נגרמה רטיבות לדירות, נרתו בבית־המשפט. ראו ע"א 353/88 שכון עובדים בע"מ נ' סולל בונה בע"מ חק-על 91 (4) 845, 854-850, השופט מלך בפסקאות 3, 8 ו-9; ע"א 459/87, 450 קאמדי"ב נ' גיל חק-על 92 (1) 382, 387, בפסקה 10.



מוכרים לספק הוראות שימוש למוצרים<sup>146</sup>, אך הוראות אלו צריכות להיות קצרות וברורות כדי שיוכלו לשמש גילוי לצרכן ולא אמצעי להעברת נטל האחריות מהקבלן ללקוח.

### ו. סיכום ומסקנות

אין ספק, שספרן של לוסטהויז ושפניץ הוא תרומה חשובה להבנת חוק החוזים האחידים. הספר מקיף ומציג יריעה משפטית רחבה בעניין יישום הלכות חוק החוזים האחידים הלכה למעשה, חוך הצגת פתרונות חדשניים שיש לקוות כי יאמצו בפסיקה. אין להתעלם מכך, שהספר אינו מפנה כלל למשפט השוראתי ואף עוסק רק בקצרה ברקע התיאורטי של החוק. מגבלות אלו צוינו במפורש על-ידי המחברות במבוא לספרן ולכן אין הן פוגמות במטרה שהכותבות הציבו לעצמן והצליחו לממש בצורה כה יפה. גישת המחברות היא גישה מאוזנת: מאמץ להגן על האינטרסים הלגיטימיים של הלקוחות תוך אי-התעלמות משמירת היסודות העקרוניים של תופש החוזים. ספרן של לוסטהויז ושפניץ הוא ספר חשוב על חוק החוזים האחידים. לדעתי, לא ניתן כיום לדון בשאלות של חוזים אחידים מבלי לדון בספר. עריין נותר מקום לשיפור החוק ולהפיכתו לכלי שהשפעתו תורגש יותר על המשק, בכלל, ועל ניסוח חוזים אחידים, בפרט. אין ספק שבמשך שנים לא מעטות ישמש הספר מקור חשוב לפירוש החוק וליישומו.

146 חובה כזאת ישנה הן בסעיף 3(א) לחוק אחריות למוצרים פגומים, תש"מ-1980, ס"ח 86, הן בסעיף 4(א) לחוק הגנת הצרכן התשמ"א-1981, ס"ח 1028, עמ' 298. בשני החוקים יש לפרש הוראות אלו כמתייחסות להוראות שימוש מתאימות וסכירות בסיכות העניין.

