

שידור מערכות בדיני החוזים האחידים

מאת

ד"ר אריאל בן-נון

א. הבעיה. ב. ההפרר החדש. 1. כללי. 2. ההסמכה המקיפה. 3. תנאים מקפחים לכאורה. 4. מערכת הביקורת הכפולה. 5. עמידתה של ההחלטה המעין-שיפוטית. 6. זהות החוזה האחיד. 7. הפרה של החלטת בית הדין. 8. אמות המידה בביקורת תנאי חוזה. 9. התנגשות הסמכויות. ג. סיכום.

א. הבעיה

כשחוקק חוק החוזים האחידים, תשכ"ד–1964¹, ציפו להשפעה של ממש על יחסי הצדדים, הספקים מנסחי החוזים מחד גיסא, ולקוחותיהם הניצעים בקשר החוזה מאידך גיסא. הניחו, שרבים ייעזרו בהוראות החוק כדי להשתחרר מתניות מתמירות בחוזים האחידים שבהן התחייבו, בלית ברירה², וכי השפיטה העתידה על-פי החוק תגיע את הספקים למתן את נוסח החוזים, הדומים לספקים שאין לשנותם. כה בטוחים היו עורכי החוק בתוצאותיו המעשיות שנוהרו שלא להטות את הכף יתר על המידה לטובת הלקוח. חששו שהסמכות שתינתן בידי השופט, לפסול תניה שבחוזה חתום, תערער את הבהירות ואת היציבות בדיני החוזים. חשש זה נמנה עם הסיבות שבגללן הותר לספקים לבקש אישור לתניות מתמירות, תנאים מגבילים כלשון החוק. אישור כזה, מטעם רשות מינהלית מוסמכת³, מקנה להם חסינות מפני ביקורת שיפוטית⁴. לשם כך הוקמה

1 ס"ח תשכ"ד 58 (להלן: "החוק" או "החוק הקיים").

2 למושג החוזה האחיד, היבטיו המשפטיים הכלכליים ושילובו בתורת דיני החיובים ראה: ג' טדסקי וא' הכט, "בעית החוזים הסטנדרדיים" הפרקליט טז (תש"ך) 132; A. Bin-Nun, "The Israel Law on Standard Contracts", *Israeli Reports on the Eight's International Congress of Comparative Law* (Institute for Legislative Research and Comparative Law, The Hebrew University of Jerusalem, S.Z. Feller, editor, 1970); ג' שלו, תניות פטור בחוזים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, האוניברסיטה העברית בירושלים, 1974) 30; א' פרוקצ'יה, "תוקפו המחייב של חוזה אחיד כפונקציה של מבנה השוק", משפטים ט (תשל"ט) 25; ס' דויטש, "חוק החוזים האחידים: כשלון ולקחים לעתיד" מחקרי משפט (אוניברסיטת בר-אילן, רמת-גן, תש"מ) 62.

3 ראה דברי ההסבר להצעת חוק החוזים האורחיים, תשכ"ב–1962, ה"ח 312.

4 סעיף 10 לחוק.

מועצה ציבורית⁵ (להלן: "המועצה"), שאחרי כן הוסמכה לדון גם בעתירות שיבואו להגן על עניינו של הצרכן המבקש לבטל תנאי מגביל⁶.

המחוקק הישראלי, שהיה הראשון שניסה לפתור את הבעיה הסבוכה של החוזים האחידים בדרך של הקיקה יסודית⁷, הקפיד שלא לפגוע, מעל למוער הדרוש, באיזון הכוחות הפועלים במשק ובכל זאת לעשות למען ההגנה על הצרכן. הוא ביקש להציב מחסום בפני הניצול לרעה של כוח המיקוח העדיף שבידי הספקים ובו בזמן להושיט סעד משפטי גם לספק המגלה איפוק והגינות בקשריו החוזיים עם לקוחותיו. לכן הכין את המערכת הכפולה לביקורת החוזים האחידים. המערכת השיפוטית⁸ נפתחה בפני הצרכן ואילו המועצה, המערכת המינהלית, הועמדה לרשות שני הצדדים, הספק ולקוחו הצרכן⁹ גם יחד. בקווים כלליים ניתן גם להבדיל בין ביקורת אחרי עשיית החוזה, והיא הביקורת השיפוטית, ובין ביקורת מונעת מעין שיפוטית, של המועצה, הקודמת לעשייתו¹⁰. מנגנון מפותח זה גורע להקל הן על הספק ההגון בהצעותיו החוזיות הן על הצרכן בהתנגדותו לתנאי חוזה בלתי הוגנים ולהביא, לימים, לידי ריסון עצמי אצל הספקים בנסחם את תנאי החוזים האחידים.

אולם המציאות היא שונה מהמצופה. מעטים המשפטים שבהם הועלו טענות שבסיסן בהוראות החוק ונדירים ביותר פסקי הדין שנענו לטענות האלה. גם מספר הפניות למועצה קטן מאוד¹¹. בנוף תנאי החוזים האחידים לא חלה תמורה. הגורמים, שאלהם פנה המחוקק על מנת שיפעלו למען שיפורו של מאזן הזכויות והחובות החוזיים, כאילו לא קלטו את השדר או שלא מצאו בו עניין.

גם במקרים הספורים, שבהם התנגדו הצרכנים לתניה שנכפתה עליהם בטופס החוזה, לא תמיד השתיתו את התנגדותם על החוק, אפילו כשהנסיבות איפשרו טיעון על פיו¹². הספקים, מצדם, גילו אדישות כמעט מוחלטת לגבי האפשרות לשריין את נוסח החוזים שלהם מפני התקפה משפטית עתידה, כנראה מתוך סיבות מחושבות היטב של כדאיות¹³. על בקשה כלשהי לביטול תנאים מגבילים מטעם ארגוני הצרכנים לא פורסם דבר, עד כמה שידוע לכותב שורות אלה, עד עצם היום הזה¹⁴. אף השופטים לא עשו למען החיאת החוק. הם היססו להפעיל את הסמכות שניתנה בידיהם ופירשו את החוק על

5 מחלקה מיוחדת במסגרת המועצה שנתמנתה על-פי הסעיפים 13–16 לחוק התגבלים העסקיים, תשי"ט–1959. ראה סעיף 2 לחוק.

6 סעיף 2א לחוק, ס"ת תשכ"ט 140.

7 "... חוק החוזים האחידים היווה בשעתו, חידוש משפטי בעל חשיבות בקנה מידה עולמי", ד' פרידמן, "סוגיות בתחום החוזים האחידים" עיוני משפט 1 (תשל"ט) 490.

8 הסעיפים 14 ו-17 לחוק.

9 סעיפים 2–13 לחוק. למען פישוט הדברים מכונה המציע בחוזה אחד בשם "ספק" והניצע בשם "לקוח" או "צרכן" על אף חוסר הדיוק שבכינויים אלה.

10 ראה: ד' קרצ'מר, "הערות על חוק החוזים האחידים, תשכ"ד–1964, לאור תיקוני משפטים ג (תשל"א) 414. אולם, גם להחלטת המועצה יש תוקף רטרואקטיבי בנסיבות אחדות. ראה סעיף 10 סיפא וסעיף 11 סיפא לחוק.

11 לפירוט המספרים ראה דויטש (לעיל, הערה 2) 86, 112.

12 ראה שלו (לעיל, הערה 2) 44; דויטש, שם, בעמ' 88.

13 ראה קרצ'מר (לעיל, הערה 10) שם.

14 ראה דויטש (לעיל, הערה 2) 104.

דרך הצמצום.¹⁵ החוק נשאר כמעט אות מתה. עם זאת אין חולקים על חשיבותו המעשית של השאלות הכרוכות בחוזים האחידים ועל ההכרח לענות עליהן מענה חקיקתי יעיל.

ב. ההסדר החדש

1. כללי

זה עתה חוקקה הכנסת חוק חדש בניהול, את חוק החוזים האחידים, התשמ"ג—1983.¹⁶ מצב העניינים והביקורת שנמתחה על החוק הקיים¹⁷ שיכנעו את האחראים לחקיקה במשרד המשפטים, שכישלון החוק הקיים בעוץ, לפחות באופן חלקי, בהוראותיו וכי דרוש שינוי תחיקתי מהותי. הקו המנחה את החוק החדש הוא הרחבת סמכויותיהם של הגופים הממונים על ביקורת החוזים האחידים, וזאת בלי לפגוע, עקרונית, במערכת הרשויות הנוכחית. נשמרת הביקורת הכפולה באמצעות בתי המשפט מצד אחד ובאמרי צעות בית הדין לחוזים אחידים (להלן: "בית הדין"), שיבוא במקום המועצה, מצד שני. עורכי החוק החדש טרחו להקנות לו מבנה חיצוני ברור וסגנון מובן לכל. אולם, כפי שנראה להלן, גם בכך אין די כדי לפתור את בעיות הפרשנות כולן.

2. ההסמכה המקיפה

שלא כבחוק הקיים, שם משולבות ההוראות העיקריות בין הסדרים דיוניים וארגוניים, פותח החוק החדש, אחרי הצהרה על מטרתו¹⁸ והגדרת מרכיביו הראשיים, בקביעה הבסיסית כי החוזה האחיד חשוף לביקורת ולהתערבות משפטית. החוק החדש בנוי סביב ההוראה שבסעיף 3, שהיא לב-לבו של ההסדר כולו, וזו לשונה:

"בית המשפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי חוזה אחיד שיש בו — בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות — משום קיפוח לקוחות,

15 ראה: ס' דויטש, "שמרנות בפרוש הוראות חוק החוזים האחידים, תשכ"ד—1964" הפרקליט לב (תשל"ח) 27. אם אמנם התערב השופט וביטל תניה חותית מחמת חוסר ההגיונות שבה, ניתנת עדיפות לנימוקים שאינם קשורים בחוק. ראה: פרידמן (לעיל, הערה 7) 493, 500; ד' פרידמן, "חוזים אחידים, תום לב ותקנת הציבור" עיוני משפט ז (תשמ"ג) 431; ע"א 508/71 חלאוי נ' מפעל הפיס, ואח', פ"ד כז(1) 38; ע"א 285/73 לגיל טרמפולין בע"מ נ' נחמיאס, ואח', פ"ד כט(1) 63. אך ראה ערעור חוזים אחידים 1/79 מפעלים לניקוי יבש קשת בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד לד(3) 365.

16 ס"ה 1068, 8 (להלן "החוק החדש").

17 ראה מבוא להצעת החוק, ת"ח תשמ"ב 28.

18 סעיף 1 לחוק החדש: "חוק זה מטרתו להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים". קביעת יעד לחוק בגוף סעיף איננה דבר שכיח בחקיקה הישראלית. במקרה זה אין בה צו המחייב את בית המשפט או בית הדין אלא פנייה אל הציבור, כדי לעודדו לנצל את הזכויות המוצעות בחוק. השווה סעיף 1 לחוק לעידוד השקעות הון, תשי"ט—1959, שגם הוא סעיף מטרה שכוונתו לעודד את השימוש בזכויות המוקנות על-פי חוק זה, מטרה המובעת כבר בשמו.

או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות (להלן: תנאי מקפח)."

בכך הוזר החוק החדש ומתקרב לתפיסה כפי שהתבטאה בזמנו בדעת הרוב בדין¹⁹ וחשבון של ועדת טדסקי²⁰. הרעיון הוא להסמיך את הרשות השופטת להתערב בתוכנם של חוזים אחידים אם ביצועם כלשונם עשוי להביא לקיפוח של הלקוח או לידי יתרון בלתי הוגן של הספק העלול לקפח את הלקוח. ההסמכה היא כללית ואינה מוגבלת לתנאים אחדים לפי תוכנם. כלליות ההסמכה היא השוני העיקרי לגבי החוק הקיים, שעל-פיו מצטמצמת הביקורת, השיפוטית והמינהלית כאחד, לאי אלה סוגים של תנאים. החוק הקיים מכיל רשימה המגדירה תשעה סוגי תנאים המכונים "תנאים מגבילים"²¹ שהם, ורק הם, ניתנים לביטול – או לאישור.

חשיפתם של תנאי החוזה האחד בכללם לביקורת המשפטית מוסיפה משקל רב להסדר החוקי. יש בה כדי לעודד את הצרכן לעמוד על הזכויות שהחוק מעניק לו וכדי לחזק את נכונות השופט להיעזר בחוק שתחום תוקפו אינו מוגבל עוד במושגים אשר הגדרתם כשלעצמה טעונה פירוש. משהובהר כי מדובר בחוזה אחד, החוק הקיים מטיל על השפיטה שתי הבחנות בזה אחר זה. קודם כל צריך לבדוק אם תניה בחוזה, נשוא ההתדיינות או הביקורת במועצה, כלולה ברשימת התנאים המגבילים. אם תוצאת הבדיקה היא חיובית, אזי תבוא בדיקת כשרותה על-פי אמות המידה של "קיפוח הלקוחות או... יתרון בלתי הוגן של הספק העשוי להביא לידי קיפוח הלקוחות"²². המונח "תנאי מגביל" בחוק הקיים אינו קובע דבר על אודות כשרותו של אותו תנאי. הוא רק מתאר אותם תנאים שלגביהם החוק מסמיך להכריע בעניין כשרותם ובהם הושם סייג לתחום המבצעי של החוק. לעומת מורכבות הגיתות המחשבתיות בהתאם לחוק הקיים יפישט החוק החדש באופן ניכר את תהליך ההחלטה. המבחן הוא אחד, ואם קיימים היסודות של סעיף 3, המובא לעיל, הרי התניה²³ תוגדר כמקפת ודינה ביטול או שינוי.

על פי החוק הקיים חשיפתו של תנאי לביטול איננה מביאה כשלעצמה לביטולו. אמנם בית המשפט מוסמך, בתחומים שגבולותיהם קבועים בחוק עצמו²⁴, לבחון כל תנאי ותנאי שבחוזה, אך הבחינה אינה חייבת להכריע לכאן או לכאן. מכל מקום כך ניתן לפרש אותו²⁵. החוק, בהססנותו המודעת, נמנע מלהחייב בלשון ברורה התערבות

19 טדסקי והכט (לעיל, הערה 2) 149.

20 הסעיפים 1, 2, 6, 14 ו-15 לחוק.

21 הסעיפים 1, 6, 14 ו-15 לחוק הקיים; ערעור חוזים אחידים 1/79 (לעיל, הערה 15) 372.

22 המבחן מקיף על-פי סעיף 2 לחוק החדש ובדומה לסעיף 1 לחוק הקיים, מלבד תניה בחוזה אחד, "בכל תניה אחרת שהיא חלק מההתקשרות...".

23 סעיף 23 מוציא אל מחוץ לתחום החוק החדש תנאים שאושרו בחיקוק או שנקבעו בהסכם בינלאומי שישראל צד לו וכן תנאים של הסכמי עבודה קיבוציים. תנאים אלה עוברים מטבעם תהליכי ביקורת שונים לפני היכנסם לתוקף ולכן אין צורך בביקורת המיוחדת המיועדת לחוזים אחידים. כמובן, אין הביקורת על-פי החוק החדש חלה על התמורה שישלם הלקוח. דבר זה היה שייך לתחום הפיקוח על המחירים, דבר שהחוק המוצע לא נועד לעסוק בו. ראה גם סעיף 19 לחוק הקיים.

24 כך יש להבין את דבריו של השופט שמגר בע"א 148/77 רות ואח' נ' יעזפה (בניה) בע"מ, פ"ד לג(1) 617, 626.

בנוסף של חוזה, וייתכן שזו אחת הסיבות לתוצאותיו המאכזבות. בנקודה חשובה זו השתנתה מדיניות המשפט. לא עוד מדובר על הסמכתה של הרשות השיפוטית או המעיין שיפוטית להתערבות. החוק החדש מורה בלשון פשוטה על ביטול או שינוי של התנאי המקפח, ובכך יוסיף ביטחון ויציבות למשפט.²⁵ התערבות חובה בחוזים אחידים, אם קיימים היסודות החוקיים, עשויה לייעל את ההגנה על הצרכן. והרי זו מטרתו המוצהרת של החוק.²⁶

מלבד ההסמכה המקיפה המפורשת לביקורת החוזים האחידים משקפים גם שינויים בסעיף ההגדרות את מגמתו של החוק החדש להגדיל את תחום השיפוט. התיאור של החוזה האחד מוותר על ההגבלה הכלכלית של החוק הקיים, שעל-פיה רק "חוזה להספקת מוצר או למתן שירות" הוא חוזה אחד במובן החוק.²⁷ זוהי הגבלה מיותרת המכבידה על בתי המשפט.²⁸ בנוגע למונחים "ספק" ו"לקוח" מבהיר החוק החדש כי מדובר במושגים משפטיים ללא זיקה להיבט הכלכלי. הספק הוא המציע התקשרות לפי חוזה אחד והלקוח הוא הניצע ואחת היא מי מקבל ומי נותן דבר. הגדרה מורחבת זו תחיל את החוק החדש גם על מכרזים ועל סוגים אחרים של חוזים המנוסחים בידי המזמין, דבר שאינו אפשרי על-פי החוק הקיים.²⁹

3. תנאים מקפחים לכאורה

כאמור, אין עוד בחוק החדש פירוט של אותם תנאים הכפופים לביקורת. אמנם גם החוק החדש כולל בסעיף 4 רשימה של עשרה סוגים של תנאים הבולטים במגמתם לחזק את עמדתו של הספק מול הלקוח. הרשימה איננה שונה בהרבה מזו שבסעיף 15 לחוק הקיים, אם כי היא מנוסחת בסגנון גמיש וכוללני יותר. אפשר לחלקה לארבע קבוצות עיקריות של תנאים מקפחים: (א) תנאים המגבילים את חופש ההתקשרות של הלקוח בתחום נשוא החוזה; (ב) תנאים המרשים לספק לשנות את החוזה באופן חד-צדדי אחרי כריתתו; (ג) תנאים הפוגעים בזכויות הלקוח על-פי דין, ובמיוחד תנאים המשחררים את הספק מאחריותו; (ד) תנאים המכבידים על הלקוח בגישתו לערכאות או בהבאת ראיות לטיעונו.³⁰ ואולם, אין זאת רשימה ממצה וסגורה ואף אין זאת הדגמה גרידא של תנאים מחמירים בדומה לנוסח שהציעה ועדת טדסקי.

החוק החדש קובע, שהתנאים המוגדרים ברשימה חזקה עליהם שהם תנאים מקפחים. בכך החוק עוזר ללקוח המתנגד, בטענת קיפוח, לאחד התנאים האלה בהטילו את נטל

25 ראה טדסקי והכס (לעיל, הערה 2) 148.

26 ראה הערה 18 לעיל.

27 סעיף 1 לחוק הקיים; סעיף 2 לחוק החדש.

28 על הלבטים בקביעת תחולת החוק בגלל הגורם הכלכלי בהגדרת תחומה האחד ראה: ע"א 604/69, 627, 632 גרין ואח' נ' מפעל הפים ואח', פ"ד כה (1) 401, 409, 417. באחד המשפטים המעטים שהוכרעו על-פי החוק נשוא ההתדיינות, כתובת על-גבי מצבה, היה נטול כל גוון כלכלי. ראה 280/71 גרעון נ' חברה קדישא ואח', פ"ד כז (1) 10, 14.

29 ראה דויטש (לעיל, הערה 2) 72, 73.

30 השווה דברי הסבר לחוק החדש (לעיל, הערה 16) 31. שם מסווגים בקבוצה אחת התנאים המגבילים את חופש ההתקשרות של הלקוח ואלה המרשים לספק שינוי חד-צדדי של החוזה.

ההוכחה, כי אין הוא מקפת, על הספק. לא ירים הספק את נטל ההוכחה, די בטענת הלקוח שהתנאי מקפת ובקביעת בית המשפט או בית הדין, כי התנאי הוא מן התנאים המוגדרים ברשימה שבסעיף 4, כדי לבטלו. יש לראות בהפיכתה של רשימה סגורה לרשימת תנאים מקפחים לכאורה חיוק ניכר של הלקוח והזהרה לספק שלא להכיל, בלי הכרת, תנאים מן המפורטים בחוק בתוך החוזים האחידים שלו. לפי סעיף 5 לחוק החדש "תנאי... השולל או מגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות — בטל" באופן מוחלט בשל תיקון העולם.

4. מערכת הביקורת הכפולה

בדומה לחוק הקיים נשמרת גם בחוק החדש השיטה של מערכת כפולה לביקורת החוזים האחידים. בצד בתי המשפט, שיחילו את החוק לכשתתעורר בסכסוך בין ספק ללקוח שאלה הקשורה בתניה מחמירה, יוקם גוף מעין-שיפוטי³¹, בית הדין לחוזים אחידים, שתפקידו לבחון חוזים אחידים מבחינת כשרות תנאותיהם. ההסדר המוצע מקפיד להעניק לבירור בבית הדין אופי משפטי מקצועי. לשם כך יורחבו החוגים שמתוכם יגויסו באי כוחם של בעלי הדין. בגביית הראיות יוכל בית הדין גם לפעול ביוזמתו הוא³².

היתרונות שבשיפוט המעין-שיפוטי כפי שנשמר הם גלויים. לספק הוא מקנה ודאות בעניין עמידת התקשרויותיו במבחן המשפטי, וללקוחות הוא מאפשר לרסן דרישות בלתי צודקות מצד הספקים בדרך פשוטה, ללא הוצאות רבות וללא צורך להמתין להתדיינות בבית המשפט.

עם זאת, היתרונות תובעים את מחירם. חידוש החקיקה בחוזים האחידים היה מאפשר, ואולי גם מחייב, בדיקת בית ובמסגרת זו בחינה שנייה של עקרון הביקורת הדו-מסלולית. יש במבנה הקיים, והמיועד להימשך בלי שינויים יסודיים, משום ערבוב מין בשאינו מינו. אם לא נתקלו עד כה בתי המשפט בבעיות סבוכות שמקורן במערכת הביקורת הכפולה, נראה שהסיבה לכך היא בעובדה, שלמעשה שבתה הרשות המעין-שיפוטית, המועצה, ממעשה. אם כך יהיה גם בעתיד, לא יהיה זה מועיל להקים את בית הדין. אולם אם החקיקה החדשה תצליח ונוסחים רבים של חוזים יעברו את תהליך הבדיקה בבית הדין, ודאי שבתי המשפט יצטרכו לעסוק בשאלות מורכבות. נפנה קודם כל לעיקרון של שתי המערכות המקבילות ואחרי כן לחוק החדש בפרט.

5. עמידתה של ההחלטה המעין-שיפוטית

בהתאם לסעיפים 13 ו-14 לחוק החדש רשאי בית הדין לתת אישור לבוסס של חוזה אחד. אם עשה כן, לא תישמע, בתקופה של עד חמש שנים, בבית המשפט הטענה

31 ראה דברי ההסבר לחוק החדש (לעיל, הערה 16) 32; הסעיפים 6–18 לחוק החדש; הסעיפים 2–13 לחוק הקיים בנוגע למועצה.

32 על-פי סעיף 9(ב) ייעזר החוק החדש בחוק ועדת חקירה, תשכ"ט–1968, המכיל מרכיבים של חקירה. המועצה נוקת, על-פי החוק הקיים, לשיטה הקונטראדיקטורית-דייונית. ס' דויטש (לעיל, הערה 2) בעמ' 119, מצביע על ניצול החופש שבשיטה הדיונית הקיימת בידי ספקים המבקשים אישור אך מבטלים את בקשתם אם מתברר להם שהמועצה נוטה לסרב.

שיש תנאי מקפת ב"חווה שנכרת לפי אותו חווה אחיד"³³. אישור שכזה הוא בעל אופי יחיד במינו. בשאלה המסוימת של כשרות תניה בחווה אחיד מקדים בית הדין התדיינות אפשרית על חווה, קיים או עחיד, וקובע כיצד על בית המשפט להתייחס לאותה תניה אם וכאשר יובא העניין להכרעתו. קביעה זו דומה למעשה בית דין. אין על בית המשפט להרהר אחריה. Ne bis in idem. לתהליך הזה יש היבטים המזכירים את קדם-המשפט בדיון האורחי³⁴, אך שם ההחלטה קשורה במשפט מוחשי ובעלי הדין שותפים לה. כאן, לעומת זאת, על הלקוח להתמודד עם החלטה שרק הספק השתתף בהתהוותה. אמנם יוצג הלקוח, כביכול, על-ידי היועץ המשפטי לממשלה או מי שהוסמך לכך בתקנות או בידי בית הדין³⁵, אך למעשה לא נשמע קולו בדיון על מתן חסינות לתניה. עתה, כלשון החוק, טענתו גם "לא תישמע... בבית המשפט"³⁶.

החוק, שמצד אחד בא לעודד את השופט להתערב בחווה האחיד, לכשיידרש הדבר להגנת הצרכן, מוציא אותו מצד שני, בו בזמן, מכל תפקיד. בתי המשפט יתקשו להגיע לעקרונות מנחים ויציבים בפסיקתם כשבאותו שטח יפעל מעין גוף מתחרה, בלתי תלוי במידה רבה, שגם הוא ישאף לגבש עקרונות לפסיקתו. אמנם על-פי החוק הקיים והחדש ההחלטה המעין-שיפוטית ניתנת לערעור בפני בית המשפט העליון. אולם זכות זו שמורה רק לבעלי הדין, כלומר לספק ולגופים שהופיעו בבית הדין כמייצגי הצרכנים. לצרכן מן השורה אין מעמד, לא בבית הדין ולא בערעור. ברוב המקרים תתבהר משמעות ההחלטה במלואה רק מאוחר יותר, כשייקרא בית המשפט לדון בחווה שזכה לאישור. או ימצא החווה חסין, וזאת גם כוונת המחוקק.

בהשתלשלות הדברים הצפויה הזאת יזכה בית הדין לעצמאות מעשית. החלטותיו אינן מדורגות בסולם הערכאות. בית המשפט העליון, אשר באופן עקרוני שום תקדים אינו מחייבו³⁷, כפוף להחלטות בית הדין לחוזים אחידים כאילו היו מעשי חיקוק. הסדר זה הוא יוצא דופן. אין ודאות שיעמוד במבחן החוקיות וזאת משתי סיבות. כבר הוזכר שהצרכן, הנחקל במשפטו בתניה שהיא חסינה על-פי אישור מטעם בית הדין, עומד בפני קביעה מעין-שיפוטית שבהתהוותה לא שותף. דבר זה עשוי להתפרש כהפרת

33 הוא הדין לפי הסעיפים 2 ו-10 לחוק הקיים.

34 ראה סעיף 143(9) לתקנות סדר הדין האורחי, תשכ"ג-1963.

35 סעיף 16(ב) לחוק החדש. וראה גם סעיף 25.

36 לפי סעיף 11(ב) לחוק החדש רשאי בית הדין, אך אינו חייב, לפרסם החלטת אישור. צוין, שצו הרחבה בנוגע להסכם קיבוצי, שגם הוא מתיל חווה על בני אדם שלא שותפו במישרין במשאומתן, חייב, לפי סעיפים 25 ו-26 לחוק ההסכמים הקיבוציים, תשי"ז-1957, לא רק בתמימה בידי שר העבודה אלא גם בפרסום מוקדם ברשומות על מנת לתת הזדמנות לכל מעוניין להגיש ערר. היום קובע יושב הראש של המועצה את דרך הפרסום של בקשה המוגשת בהתאם לחוק הקיים ב"כל דרך שימצא לנכון...". ומוזכרים בתקנות אמצעי פרסום שהם שונים מבחינת יעילותם. ראה סעיף 3 לתקנות החוזים האחידים (סדרי דין של המועצה), תשכ"ד-1964. באופן הפרסום תלויה הממשיות של הזכות להצטרף כמשיב לדיון במועצה, המוקנית, לפי סעיף 4 לאותן תקנות, לכל אדם. גם אם התודעה תגיע לידיעת הלקוח אין לו שום סיבה סבירה או עניין להצטרף לדיון אלא אם כן באותו זמן דווקא הוא מעורב בסכסוך על אודות החווה העומד לדיון. לכן אין בהסדר זה קיום זכות השמיעה של הלקוח.

37 סעיף 33 לחוק בתי משפט, תשי"ז-1957.

זכות השמיעה, זאת אומרת כפגיעה בצדק הטבעי³⁸. נוסף על כך סותר התוקף המכריע שבקביעתו של בית הדין את המבנה של מערכת המשפט. מדובר כאן בגוף מעין-שיפוטי המבקש לכבול בהחלטותיו את הרשות השופטת על ערכאותיה³⁹. דומה, שעורכי החוק החדש ערים לאופיו החריג של ההסדר שהם מציעים ולצורך לרככו. על כן, לבקשת היועץ המשפטי לממשלה יורשה בית הדין לחזור מהחלטתו וללבטל תנאי בחוזה אחיד שניתן עליו אישור, אף בתוך תקופת תקפו של האישור, אם מצא שקיימות סיבות מיוחדות המצדיקות ביטול זה⁴⁰. הוראה זו, מעין משפט חוזר, תחליש את ערכו של בית הדין בעיני הספקים ובוודאי שלא תמריץ אותם לבוא אליו בבקשות אישור. החלטות בית הדין שכל תכליתן להשתית את ההתקשרויות לפי חוזה אחיד על בסיס יציב, יציבותן יחסית בלבד על אף, ואולי בגלל, מעמדן החריג.

6. זהות החוזה האחיד

קשיים צפויים גם בגלל הצורך לסווג את החוזים האחידים ולהבדיל בין חוזים זהים ובין חוזים שונים. כוח של אישור, ביטול או שינוי של תניה בחוזה אחיד, שעליהם תחליט בית הדין, יפה "בכל חוזה שנכרת על פי אותו חוזה אחיד...".⁴¹ מה הוא "אותו חוזה" החוק אינו קובע. האם ההחלטה של בית הדין מתייחסת אך ורק לחוזה שנחתם על אותו טופס ואשר צד לו הוא אותו ספק? ומה הדין של חוזה שנחתם על-גבי אותו טופס בדיוק אבל נכרת עם ספק אחר, שלא ביקש אישור? גישה דקדקנית עלולה לחטוא לצדק, אבל גישה מתירנית עלולה לטשטש את הגבולות. ואם ספק משתמש בטפסים שונים לסוגים שונים של התקשרויות והתנאים הכלליים הם זהים על-גבי כל הטפסים, האם אישור של טופס אחד כוחו יפה לגבי כולם? ומה הדין כשיש שינויים בעלי חשיבות משנית או שינויים בסגנון בלבד? והיכן הגבול בין סגנון למדות⁴²? אין צורך בדמיון רב כדי להרבות בשאלות. ובכך לא די. על-פי הגדרת המושג "תנאי" בסעיף 2 לחוק החדש מורכב החוזה האחיד, לפי הנסיבות, מלבד מתנאים שבגוף המסמך הכתוב ומתנאים המאוזכרים בו, גם מ"כל תניה אחרת שהיא חלק מההתקשרות...". הגדרה זו הופכת כל השוואה בין חוזים אחידים לעניין בעייתי ביותר.

38 ראה בג"צ 549/75 חברת סרטי נוח בע"מ ואח' נ' המועצה לביקורת סרטי קולנוע ואח', פ"ד ל(1) 757, 760; בג"צ 555/80 אבו רומי נ' שר הבריאות, פ"ד לה(3) 185, 188, 189, שם מדגיש השופט א' ברק "את החשיבות הרבה שיש ליחס לשמירה קפדנית של הכללים בדבר זכות השמיעה".

39 השווה: א' רובינשטיין, המשפט הקונפטיטוציוני של מדינת ישראל (הוצאת שוקן, מהדורה 3, תשמ"א) 226, 377 ואילך. בסעיף 38(א) לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשמ"א-1981, לא סמך המחוקק על ההסדר הנהוג בחוזים האחידים וביכר את התקיקה המשנית, כנראה כאמצעי בטוח יותר, לקביעת תנאים אחידים: "שר האוצר רשאי לקבוע בתקנות, לכל ענפי הביטוח... הוראות בדבר תנאים שבחוזה ביטוח וניסוחם...".

40 סעיף 14(ג) לחוק החדש. השווה סעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1969, המסמיק את המועצה להגבלים עסקיים "לבטל... התלטה שהחליטה".

41 סעיף 18(א) לחוק החדש; ניסוח זהה בתוכנו מצוי בסעיף 12 וכן בסעיפים 10 ו-11 לחוק הקיים.

42 ראה דויטש (לעיל, הערה 2) 108.

הכפילות במערכת שעליה מוטלת השפיטה בחוזים האחידים מחייבת את בתי המשפט, הדנים בחוזים שעליהם החליט, לכאורה, בית הדין, למצוא תשובה לשתי שאלות יסודיות: ראשית, מהו תנאי מקפת, ושנית מהו "אותו חוזה" במובן החוק. דווקא השאלה השנייה, במה נבדל חוזה זה מחוזה שונה, היא שאלה שמטבע הדברים תעסוק בוותיות ואין בה מקום למחשבה יוצרת שתקדם את המשפט.

בעיית הזהות בין חוזים גם אינה נראית לי כבסיס מתאים להבעת מגמות של מדיניות משפטית בגלל הקאואליטיקה הכרוכה בנושא. אך היא עלולה להכביד במיוחד על בתי המשפט ושוב נשאלת השאלה אם היתרונות שמקווים להפיק מהפעלת בית הדין שקולות כנגד המעמסה הכרוכה בה.

7. הפרה של החלטת בית הדין

בחוק החדש אין תגובה על הפרת החלטתו של בית הדין בידי הספק. ביחסים בין הצדדים, תנאי שבוטל או שונה בבית הדין שוב אינו מחייב, או שאינו מחייב בצורתו המקורית. אך מה דינו של ספק אשר למרות החלטת בית הדין מוסיף להתחמק לקהות על אותן תניות מבוטלות בהנחה, שהקהל ברובו אינו יודע דבר על ביקורת החוזים האחידים? על השאלה הזאת אין תשובה מעשית בחוק. אפשר לראות בחוסר הידיעה של הצרכן ובניצולו בידי הספק מעשה מרמה במובן החוק הפלילי⁴³. נוסף לזה הוצע לקבוע במפורש בחוק עצמו, שאין לכלול בנוסח של חוזה תנאי שבוטל או שונה, ולהטיל עונש מרתיע על אי-ציות להוראה הזאת⁴⁴. פתרון אפשרי אחר הוא להכיל הפרת החלטה של בית הדין במעשי ביוזון בית משפט⁴⁵. החוק החדש אינו מקבל את ההצעות האלה. הוא משאיר את אי-הציות להחלטת בית הדין ללא תגובה, בבחינת *lex imperfecta*.

עם זאת קיים ספק, אם בקביעת עונשים תיפתר הבעיה. השאלה שנידונה בפרק הקודם, מהו "אותו חוזה", מתעוררת כאן בתריפות יתרה. די לו לספק בשינוי כמה תניות או בהוספת תניה פה ושם על מנת להכביד עד מאוד על התביעה. כל שינוי יהיה כלי בידו כדי להתגונן בטענה שהחוזה נשוא התביעה אינו "אותו חוזה" ולכן החלטת בית הדין אינה חלה עליו. מכיוון שאין פירוש מרחיב ואין היקש במשפט פלילי לא יידחה טיעון זה על הסף גם אם הכוונה לעקוף את החוק גלויה לעין.

8. אמות המידה בביקורת תנאי חוזה

בתארו את אמות המידה שעל פיהן יש לבחון תנאי שבחוזה אחיד דורש החוק החדש לבדוק אם "...יש בו — בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות — משום קיפוח

43 הסעיפים 414–416 לחוק העונשין, תשל"ו–1977.

44 קרצמר (לעיל, הערה 10) 419. ברוח זו כולל את הזכות לתביעת נזיקין חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט–1959, בסעיפים 40–45.

45 בהשוואה לחוק החדש מחמיר החוק הקיים באמצע את ההוראות שבחוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט–1959, בנוגע למועצה ועמון, כך יש לפרש, גם את סעיף 34 לאותו חוק, שלפיו אי-ציות לצו המועצה כמוהו כביוזון בית המשפט.

לקוחות, או משום יתרון בלתי הוגן של הספק...". אין זה מקרה כי בניסוח המאמץ את ההוראה שבחוק הקיים ללא שינוי מהותי, מופיעות המלה "ספק" בלשון יחיד והמלה "לקוחות" בלשון רבים⁴⁶. משמע הדבר שאמות המידה שינחו את השופט ואת הדיין בבואם לבחון את כשרות התנאי על-פי סעיף 3 לחוק החדש הן אובייקטיביות. השאלה שבה יש להכריע היא אם התנאי הנבחן מקפח או "עלול להביא לידי קיפוח" לקוחות. אמנם על השופט והדיין לשים לב "למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות", אך הכוונה, בהתאם ללשון החוק הקיים והחדש⁴⁷ כאחד, היא למכלול התנאים האחרים, ולמכלול הנסיבות הכלליות הנוגעות ללקוחות בכללותם ולא לאלה הנוגעות ללקוח אחד בלבד.

התפיסה שיש לבחון את כשרות התניה בקנה מידה אובייקטיבי היתה להלכה פסוקה⁴⁸, אך אין היא מקובלת בחוק החדש. בסעיף 19(ב) לחוק יורחב תחום שיקוליו של בית המשפט. נקבע, כי "בהשתמשו בסמכותו... יתחשב בית המשפט במכלול תנאי החוזה ובנסיבות האחרות, וכן בנסיבות המיוחדות של הענין הנדון לפניו". מטבע הדברים אין הוראה מקבילה לגבי בית הדין. בדברי ההסבר לחוק החדש נאמר כי "הניסוח של הסעיף בא להבהיר שבעוד שבית הדין דן בנוסח חוזה מופשט, דן בית המשפט בחוזה קונקרטי"⁴⁹. יש להוסיף, שפסק הדין של שופט הוא מעשה בית דין רק בין הצדדים המתדיינים וכוחו התקדימי מוגבל, ואילו החלטת בית הדין מחייבת — או מזכה — את הרבים.

עקרונות דיני החוזים מצדיקים ואף דורשים תשומת לב לנסיבות המיוחדות של כל מקרה שבית המשפט דן בו. עם זה, במרכז דיני החוזים עומד רצון הצדדים ואין הרצון ניתן לסטנדרטיזציה. ואולם, אין להתעלם מן השילוב המיוחד במינו של שני הגופים העוסקים בשפיטה בתחום אחד, אם כי בתפקידים שונים, ומן הצורך בתיאום ביניהם. על-פי החוק החדש תימדד הכשרות של תניית חוזה בקנה מידה אחד בבית הדין ובקנה מידה אחר בבית המשפט. בית הדין יכריע בשים לב לנסיבות הכלליות, ואילו בית המשפט יוסמך להתחשב, מלבד בנסיבות הכלליות, גם בנסיבות המיוחדות. משמע שיריעת העובדות, שבית המשפט מוסמך לשקול, גדולה מזו של בית הדין.

סידור כזה, שהוא במהותו טוב וצודק, עתיד לגרום מצבים שאין מהם מוצא קל. המערכת הכפולה והמשולבת והשאיפה להגשמה מלאה של המשפט המהותי אינן עולות בכל מקרה בקנה אחד. נניח שהוגש לבית המשפט חוזה אחיד מצויד באישור מטעם בית הדין. אזי לא תישמע, לפי סעיף 14(ב) לחוק החדש, טענה נגד תניות בחוזה. והנה, בית הדין לא התחשב, ולא היה יכול להתחשב, בנסיבות המיוחדות

46 אין להתיל את סעיף 5 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, הקובע: "האמור בלשון יחיד — אף לשון רבים במשמע, וכן להפך", כשהמחוקק מבדיל באופן כה דייקני ומודע בין יחיד לרבים.

47 אף מדברי ההסבר לחוק החדש (לעיל, הערה 16) 30, 31, ניתן להבין שאין משמעות להבדלי הסגנון בין החוק הקיים והחדש.

48 ראה ע"א 604/69 (לעיל, הערה 28) 408; ע"א 280/71 (לעיל, הערה 28) 28; ת"א (ב"ש) 364/75 שמעוני נ' מפעלי רכב אינדור (מ.ל.) בע"מ, פ"מ תשל"ז (1) 444, 452. בדעה אחרת לגבי החוק הקיים מחזיק דויטש (לעיל, הערה 2) 96, 97, 109.

49 לעיל, הערה 16, בעמ' 35. נראה גם, שבעוד שסעיף 19 לחוק החדש מבקש למדוד את הקיפוח באופן סובייקטיבי נוטה סעיף 3 למידה האובייקטיבית.

של המקרה שבהן בית המשפט כן מוסמך וגם חייב להתחשב על-פי סעיף 19(ב). האם ישמע בית המשפט ראיות על הנסיבות המיוחדות של המקרה? כל אחד משני הסעיפים הנזכרים יפנה את השופט לכיוון אחר ומנוגד. התשובה, שסעיף 19(ב) חל במקרה שטרם הושג אישור מבית הדין, ואילו אחרי השגתו יש לפעול בהתאם לסעיף 14(ב), איננה משביעה רצון. משמעה הזמנה למירוץ אל הערכאות ומי שמקדים להשיג החלטה, הספק בבית הדין או הלקוח בבית המשפט, הוא אשר יזכה. אבל מי שקודם וזוכה אינו בהכרח גם צודק.

גורם מסבך יש לראות באי-שמירת ההיגיון ההירארכי. במערכת המשולבת שלפנינו יש עדיפות לבית הדין. החלטותיו מחייבות את בית המשפט ואילו הפסקים של בית המשפט אינם מחייבים את בית הדין. אף-על-פי כן, תחום הסמכות של בית המשפט בחקירת העובדות רחב מזה של בית הדין. אמנם אין להגדיר את בית המשפט כערכאה נמוכה מבית הדין, אבל במקרה של בחינת כשרותו של החוזה האחיד המעמד של שניהם אינו שווה. ההיגיון הבסיסי שבכל ארגון מדורג היה דורש סמכויות שוות או רחבות יותר בידי בית הדין דווקא, דרישה שכמובן אי אפשר להיענות לה.

כשייכנס לתוקפו החוק החדש ושני הגופים השיפוטניים יפעלו זה בצד זה, הרי רק הפתרון הנהוג היום ימנע סיבוכים. כאמור, כיום מושתתת הביקורת על החוזה האחיד על היבטים כלליים, אובייקטיביים, בלבד הן במועצה והן בבית המשפט. אין זאת אומרת שהנסיבות המיוחדות, שהצדק דורש לשקול אותן, לא תזכנה לתשומת הלב הראויה. טענות שאין להן מקום נגד חוזים אחידים בתור שכאלה יכולות למצוא בסיס משפטי במושגים אחרים⁵⁰ וביניהם תקנת הציבור, טעות או עושק⁵¹. מושג התנאי המקפת, השייך לדיני החוזים האחידים, רצוי שיישמר בתחום המשפטי המיוחד הזה וימנע ללא קשר למקרה זה או אחר. ולא, יסבול התיאום בין שתי מערכות הביקורת, תיאום שהוא בעייתי בלאו הכי.

9. התנגשות הסמכויות

בשעה שהמחוקק מעמיד לרשות המעוניינים שתי מערכות ביקורת, עליו לקבוע מהו הדין לכשתתנגשנה הסמכויות. התנגשות משמעה בענייננו דיון במערכת אחת כשבו-בזמן המערכת השנייה דנה, או כבר החליטה, באותו תנאי של חוזה אחיד. החוק הקיים מנסה לפתור את הבעיה באופן חלקי. סעיף 4 אסר על המועצה לטפל בבקשה "שהוגשה לאחר שטענה נגד תנאי מגביל שבחוזה נטענה במשפט בין הספק לבין אחד מלקוחותיו" ובבקשה בנוגע ל"תנאי שבית המשפט החליט... לראותו כתנאי בטל"⁵². אין בחוק

50 ראה סעיף 24 לחוק החדש: "הוראות חוק זה לא יגרעו מהוראות כל דין שעל פיו עשוי חוזה או תנאי שבחוזה להיות בטל או ניתן לביטול, ולא ימנעו טענה נגד חוזה או תנאי שבחוזה"; פרידמן (לעיל, הערה 15) 431 ואילך. בע"א 148/77 (לעיל, הערה 24) 622, קובע השופט שמגר בנוגע לחוק הקיים: "הוראותיו של החוק... מתשכ"ד אינן שוללות פסילתה של תנאי בחוזה, בשל טעמים אשר אינם מאלה המנויים בו, אך אשר מעוגנים בעקרונות הכלליים של דיני החוזים".

51 ראה בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, הסעיפים 14, 18 ו-30; בחוק המכר, תשכ"ח-1968, הסעיפים 16 ו-18.

52 נדרש ביטול מפורש בצורה של פסק דין הצהרתי או של פסק דין המכריז בלשון חד-משמעית

הקיים הוראה מקבילה שהיתה מוגעת מבית המשפט להחליט בעניין תנאי מגביל שלגביו הוגשה עתירה למועצה.

החוק החדש מוותר על פתרון כלשהו. ואולם, אין זה בגדר פתרון להריץ שתי מערכות שיפוטיות בלי להסדיר את יחסיהן בריצה הזאת. החוק משלים עם קיום הבעיה בלי לנסות להסדירה. דיון באחת משתי מערכות הביקורת, בית הדין ובית המשפט, בכשרות של חוזה אחיד "לא יגרע מסמכותה" של השנייה ו"אין בו כדי למנוע" ממנה להכריע באותו חוזה. עם זאת רשאי בית הדין "אם יראה לנכון בנסיבות הענין, לדחות את המשך הדיון בפניו עד למתן פסק הדין בבית המשפט". כך כתוב בסעיף 21 תחת הכותרת "דיון מקביל".

התוצאה הצפויה של התנגשות הסמכויות היא שוב מירון הצדדים אל הערכאות⁵⁵ והאמור בפרק הקודם כוחו יפה גם כאן⁵⁶. כדי להתגבר על טענת תניה מקפחת, שהרי עלתה בבית המשפט, יפנה הספק לבית הדין בבקשת אישור ואם יעלה בידו לזרז שם, ולהאית כאן, ייתכן שיוכח בפרס "ולא תישמע טענה כזאת בבית המשפט...". אמנם הטענה כבר נשמעה, אבל היא לא תישקל בפסק הדין. ואם יאחר והאישור יינתן אחרי שנפסלה התניה בבית המשפט, אזי נעמוד בפני שאלה מעניינת, כי הרי לאישור יש תוקף רטרואקטיבי⁵⁷. אמנם יש להניח, שהחלטת בית הדין לא תבטל פסק דין של בית משפט, אך פסק הדין הוא בעל תוקף רק בין בעלי הדין. השאלה היא מה דינם של לקוחות אחרים שחתמו על אותו טופס של חוזה. הרי מדובר בחוזה אחיד. כאן מתעוררת גם שאלת השוויון. השילוב של בית המשפט ובית הדין בביקורת החוזים האחידים הוא אפוא מקור לשאלות מורכבות.

ג. סיכום

לכשייקלט החוק החדש בציבור המתקשרים ובפסיקה, תבוא העת להערכתו המעמיקה. בכוונתן של הערות אלה רק להביע הרהורים אגב קריאה בנוסח החוק. הרחבת הביקורת המשפטית על כל התניות שבחוזה האחיד היא החידוש החשוב ביותר. סמכות מורחבת זו, ביחד עם הקמת רשימה של תנאים מקפחים לכאורה ועם הגדרה מקיפה יותר של מושגים יסודיים, יהפכו את החוק לכלי יעיל בהגנת הצרכן. ההסדר החדש עשוי להסיר את הספקות, שבעטיים החוק הקיים לא הופעל כמעט בבתי המשפט, ולעודד את השופט ליישמו. גורם נוסף המשחית את זכות הצרכן על קרקע יציבה יותר מאשר על פי החוק הקיים יש בסעיף 3. במקום ההסמכה, מעין סמכות התערבות שבשיקול דעת, תבוא הוראה מחייבת לביטול או לשינוי של תנאי מקפח.

על ביטול התנאי בחלקו המבצעי. ראה ע"א 280/71 (לעיל, הערה 28) 24; המר' (י"ם)

545/67 אורנו ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל ואח', פס"מ תש"ל (כרך 10) 284, 292.

53 דבר זה מבקש סעיף 4 לחוק הקיים למנוע. ראה דויטש (לעיל, הערה 2) 107, 108.

54 יזכה במירון על-פי החוק הקיים מי שיגיע ראשון לערכאות ועל-פי החוק החדש מי שישג ראשון תחלטה. שני המצבים גרועים.

55 סעיף 14(ב) לחוק החדש קובע רטרואקטיביות בלתי מסויגת.

לעומת זאת, הפעלת בית דין מיוחד לענייני החוזים האחידים היא בעייתית. עקרונית אין להרבות בבתי דין מיוחדים, אלא אם כן קיימים נימוקים כבדי משקל לעשות כן. אמנם בית הדין ישפיע במישרין על כלל החוזים, הן אלה החתומים והן אלה העתידיים להיחתם. בתפקיד הנועד לו הוא משגיח על הנעשה בחוזים האחידים. לחוות דעתו יש תוקף כללי, מעבר להתקשרות זו או אחרת ובכך עיקר תועלתו.

אך עמדתו החזקה הזאת של בית הדין, הרצויה כשלעצמה, תלויה בסופו של דבר בעניין שיגלו בעלי הדין בהתערבותו. כרשות מעין-שיפוטית, להבדיל מגוף מפקח ממלכתי הבוחר ביוזמתו בנושאי הביקורת, בית הדין יזדקק ליוזמת הספקים ולבאי כוחם החוקיים של הצרכנים. אם לא יופנו לבית הדין בקשות רבות יותר מאלה שהופנו למועצה על-פי החוק הקיים, אין כל תועלת בהקמתו. למרות השיפורים ברשות המעין-שיפוטית מבחינת הרכבה והיקף סמכויותיה, אין ביטחון שבעלי הדין שלמענם יוקם המוסד ישנו את גישתם המאופקת. ייתכן שהממונה על הגנת הצרכן, שהחוק המוצע יסמך אותו לעתור לביטול תנאים מקפחים⁵⁶, יעורר את בית הדין לתקיפות יתרה. לעת עתה אין בידינו נתונים מספיקים בכל הנוגע להיקף עבודתו ולהשפעתו המעשית של בית הדין כשיוקם.

מלבד חוסר הוודאות ב"ביקוש", יש ספקות בנוגע לתוקפן של החלטות בית הדין במתכונתו החדשה. טיעון לפסילה של החלטת בית הדין בגלל הפרת הזכות להישמע השמורה לכל אדם העשוי להיפגע בהליך משפטי, ייתכן שיש לו, בנסיבות המקרה, על מה להתבסס. בעיה אחרת כרוכה בעצם שילובו של בית הדין במערכת בתי המשפט. הצורך להפעיל מתוך התאמה שני גופים בעלי מטרות משותפות וסמכויות החופפות באופן חלקי זו את זו הוא מקור לבקיעים במבנה המשפטי והארגוני.

העלינו כאן שאלות שנשארו ללא תשובה משביעה רצון על מנת להמחיש את הבעיות הנובעות מצירופו של בית הדין לבתי המשפט, צירוף המכונה כאן המערכת הכפולה. בעטייה נתקלת ההשגחה על החוזים האחידים בבעיות שקרוב לוודאי שאי-אפשר למנוע אותן לגמרי. השאלה היא, האם למרות זאת יש הצדקה להקמתו של בית הדין בצד בתי המשפט. לדעתנו, לאור הגיסיון בעבר ובהתחשב בעמדה המחזיקת שתהיה לבתי המשפט, אין הדבר הכרחי. החוק החדש ייתן בידי בתי המשפט את הכלים הדרושים כדי לתקן את הטעון תיקון ביחסים בין המתקשרים. פסיקת בתי המשפט גם תשפיע על מכלול ההתקשרויות ותרסן את הספקים בניסוח תניות החוזים. אמנם צודק מי שיטען שההפרה באיזון הכוחות של הצדדים המתקשרים בחוזה האחיד חמורה במיוחד. אך השאלה אם יימצא הפתרון ההולם בהקמת המנגנון הכפול היא בגדר שאלה פתוחה. אל נשכח, שדווקא בגלל האחדות שבחוזים, נשוא החקיקה, הכוח התקדימי של כל פסק דין הוא ממשי במיוחד. כל תביעה בעילה של תנאי מקפח בחוזה אחיד היא מטבעה תביעה במשפט לדוגמה. עוד יבוא הזמן לבחון את הקמת המערכת הכפולה בחינה חוזרת.

56 סעיף 16(א) לחוק החדש; הסעיפים 19–22 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א–1981. אין לצפות לפנייה מצד היועץ המשפטי לממשלה, המוסמך גם הוא לפי אותו סעיף לחוק החדש, לבית הדין אלא במקרים מיוחדים. אין הוא ערוך לסקירה שיטתית בתחום החוזים האחידים ואין זה מתפקידו.