

תיקון מספר 5 לחוק החוזים האחידיים: כוונת המחוקק, התנהגות הצרכן והפער שבין הלכה למעשה

רועי הררי*

מבוא

- א. סקירה של הדין המצוי
1. האם חוק החוזים האחידיים פוגע בעקרון חופש החוזים?
 2. יתרונות החוזה האחיד
 3. מה עשו עם זה בעולם? התערבות רגולטיבית במשפט המשווה
- ב. הפער שבין הלכה למעשה מנקודת מבטם של השחקנים המרכזיים
1. "לא רציונלי ולא במקרה" – החוק מנקודת מבטו של הלוקוח
 2. החוק מנקודת מבטם של הספקים
- ג. תיקון מספר 5 – סקירה לאור ניתוח החוק בפרקים הקודמים
1. תיקונים בחזקות הקיפוח
 - 1.1. תיקון חזקות קיפוח קיימות
 - 1.2. חזקות קיפוח חדשות
 2. תיקון תנאים בטלים בחוזה אחיד
 3. פרסום החלטות בית הדין
 4. ביטול האפשרות לאשר חוזים אחידיים על ידי ספקים בבית הדין
 5. הרחבת סמכויותיו של בית הדין
 6. תיקון בסייגים לתחולת החוק
- ד. תיקון מספר 5 – שינוי מהותי או תיקון פני עדשה
1. פתרונות אפשריים לבעיית פערי הכוחות המובנה
- סיכום

* בוגר במשפטים. המסלול האקדמי המכללה למינהל ע"ש חיים שטריקס.

מבוא

חוק החוזים האחידים¹ פותח בהצהרה על תכליתו: "חוק זה מטרתו להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים"². חוק החוזים האחידים, אשר נחקק בראשית שנות השישים במדינת ישראל,³ היווה חידוש משפטי, בעל חשיבות בקנה מידה עולמי.⁴ המהלך התקדימי של המדינה הצעירה עורר שיח משפטי ענף ברחבי העולם בדבר הצורך בחקיקה דומה.⁵ מדינות כגון גרמניה, אנגליה, צרפת וארצות-הברית אימצו ברבות השנים אל חיקן חקיקה דומה בהשראת המחוקק הישראלי. אין חולק כי לחוק החוזים האחידים יתרונות ניכרים, המיטיבים עם הספק, הלקוח והמשק כאחד. כיום, מרבית ההתקשרויות החוזיות בחיינו נעשות באמצעות חוזים אחידים. ברשימה זו אבקש לבחון את יעילותו של החוק ולראות אם הגשים המחוקק את התכלית שבבסיסו. לאחרונה נכנס לתוקפו תיקון מספר 5 לחוק החוזים האחידים. תיקון זה יעמוד בבסיס רשימה זו. תחילה אבחן את החוק בכללותו. לאחר מכן אבחן את התיקון לנוכח ממצאיו של החלק הראשון. לצורך בחינת המצב הקיים אבקש להתבונן בחוק בעיני השחקנים העיקריים המושפעים ממנו: הלקוח, הספק ובית המשפט.⁶ ניתוחים כלכליים, התנהגותיים וחברתיים מהווים קרקע פורייה לבחינת יעילותו של חוק החוזים האחידים ולכן אעשה בהם שימוש רחב בכתבי.

להתקשרות באמצעות חוזה אחיד כמה בעיות שורשיות. העיקריות שבהן: פערי הכוחות ופערי המידע שבין הצדדים המתקשרים. פערים אלו הם תוצאה של מגרעות אינהרנטיות הטבועות באופיו של החוזה האחיד המאפיין את ההתקשרות המקובלת במאה העשרים ואחת.⁷ קיומם של פערים אלה משפיע על יכולתו של הלקוח לנהל משא ומתן ואף פוגע פגיעה אנושה בעקרון "חופש החוזים".⁸ עקרון חופש החוזים

1 חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן: החוק או החוק החדש).

2 שם, בס' 1.

3 חוק החוזים האחידים, התשכ"ד-1964 (להלן: החוק הישן).

4 דניאל פרידמן "סוגיות בתחום החוזים האחידים" **עיוני משפט** ו 490, 491-490 (1978).

5 למשל: Aubrey L. Diamond, *The Israeli Standard Contracts Law*, 14 ICLQ 1410 (1965).

6 כהגדרתם בס' 2 לחוק. למען הסר ספק, המונח "לקוח" מתייחס לצד לו שההתקשרות מוצעת לו, ואילו ה"ספק" הוא המציע ומנסח החוזה.

7 Charles L. Knapp, *Opting Out or Copping Out? An Argument for Strict Scrutiny of Individual Contracts*, 40 LOY. L.A. L. REV. 95, 135 (2006).

8 גבריאלה שלו **דיני חוזים** כרך א 29-32 (מהדורה שנייה, 2008); אריאל פורת "חוזים אחידים" דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ג 729, 730-731 (2003); גבריאלה שלו **דיני חוזים - החלק הכללי** 45 (2005); ורדה לוטסהויז ואנה שפניץ **חוזים אחידים** 75 (1994).

הוא עיקרון מוביל בדיני החוזים,⁹ ואף הוכר כזכות יסוד חוקתית ועקרון יסוד במשפט המסחרי.¹⁰

באמצעות חוק החוזים האחידים, על תיקוניו, ביקש המחוקק לפתור או לכל הפחות לצמצם את השפעתם של פערים אלו על התקשרות הצדדים. כדי לענות על השאלה אם מגשים חוק החוזים האחידים את מטרתו יש להבין תחילה את הצורך בקיומו של הסדר מיוחד זה. עמידה על יתרונותיו וחסרונותיו של החוק הקיים יבארו את המצב המשפטי הרצוי.

מתווה הרשימה יהיה כדלקמן: בפרק הראשון אבחן את נקודות השוני והדמיון בין החוזה הקלסי "הרגיל" לבין החוזה האחיד. נוסף על כך אבקש לבחון אם החוזה האחיד פוגע בעקרון חופש החוזים ואם לנוכח ניסוחו ודרך כריתתו המיוחדים עדיין מדובר בחוזה. בסיום פרק זה אסקור את החוק הקיים בארצות-הברית ובמדינות האיחוד האירופי בסקירה משווה. בפרק השני אבקש לעמוד על הפער שבין ההלכה עלי ספר לבין חיי המעשה. בחינה זו תיעשה באמצעות בחינת החוק מנקודת מבטם של הלקוח, הספק ובית המשפט. ניתוח התנהגותם של הצדדים ימחיש את פערי הכוחות ופערי המידע שהם כאמור מקור הבעיה. בפרק השלישי אסקור את עיקרי תיקון מספר 5. סקירה זו תעשה לאור התמורות שהביאו לתיקונים אלה כפי שהם באים לידי ביטוי בפסיקה ובדברי ההסבר של המחוקק. בפרק הרביעי אבחן לאור ניתוח החוק בפרקים הקודמים אם בכוחו של תיקון מספר 5 להביא את השינוי המיוחל. אבחן אם אכן מדובר בתיקון מהותי אשר בכוחו לאזן את פערי הכוחות שבין הספק ללקוח או שמא מדובר בניסיון נוסף שלא ישנה מהותית את המצב הקיים. בסופו של פרק זה אציע פתרונות אפשריים לבעיות המפורטות לאורך הרשימה.

א. סקירה של הדין המצוי

1. האם חוק החוזים האחידים פוגע בעקרון חופש החוזים?

בחוזה קלסי,¹¹ הנחת המוצא היא כי ההתקשרות החוזית נעשית בין צדדים שיש ביניהם היכרות אישית. מערכת משפטית הפועלת לאורו של עקרון חופש החוזים, מניחה כי כריתת החוזה נעשית בדרך של הצעה וקיבול המובילה לניסוח משותף

⁹ ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 535-538 (1992) (להלן: פרשת קסטנבאום); ע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער, פ"ד נד(3) 850, 861-862 (2000).

¹⁰ לירן מיכאל "מגיעים אל השוקת אבל לא שותים: כשלי חוק החוזים האחידים והצעות לשינוי" **חוקים** ה' 59, 63 (2013).

¹¹ חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים או חוק החוזים חלק כללי).

המעיד על אומד דעת הצדדים.¹² אומד דעתם של הצדדים יקבל ביטוי אותנטי כאשר מאזן הכוחות בין הצדדים לחוזה שקול, וכך גם המידע הדרוש להשלמת העסקה.¹³ נראה אפוא כי כיום מרבית ההתקשרויות הפרטיות שיש לנו חלק בהן, אינן עונות על מקצת התנאים המאפיינים את חופש החוזים בחוזים הקלסיים. מדובר בחוזים בעלי מאפיינים מיוחדים המכונים "חוזים אחידים". יש סבורים כי כ-99% מן החוזים הנכרתים במשק כיום הם חוזים המתאימים להגדרה זו.¹⁴

החופש להחליט אם להתקשר בחוזה חוסה גם הוא בצלו של עקרון חופש החוזים. בעידן המודרני שירותים חיוניים (כגון הספקת חשמל ומים) ניתנים על ידי מונופול או מעין מונופול, שאינם מותירים חופש בחירה ללקוח. החופש לעצב את החוזה¹⁵ נפגע גם הוא בעידן המודרני באופן שהחוזה האחיד, בשונה מן החוזה הקלסי, לרוב מוגש באופן חד-צדדי על ידי ספק,¹⁶ ולצרכן¹⁷ הברירה לקבל את החוזה בשלמותו או לדחותו.¹⁸

המתנגדים לחוק החוזים האחידים גורסים כי עצם קיומו פוגע בחופש הצדדים לעצב את החוזה כרצונם. מנגד יש הטוענים כי ניתן ואף ראוי להצדיק את התערבות המחוקק מכוח עקרון חופש החוזים עצמו. השבת האיזון תוך צמצום פערי הכוחות בין הצדדים תקדם את החופש במשמעותו המהותית ולא רק את החופש למראית עין.¹⁹ הדעה הרווחת היום היא כדעתה של הקבוצה שנייה ואילו קולות ההתנגדות הלכו ונחלשו בחלוף השנים.

12 שמואל בכר "תוכן קונקרטי לדוקטרינות עמומות: ניתוח התנהגותי של חוזים צרכניים" **עיני משפט** לג 277 (2010). (להלן: בכר "דוקטרינות עמומות").

13 רע"א 1185/97 **יורשי ומנהלי עזבון המנוחה מילגרם ז"ל נ' מרכז משען**, פ"ד (נב) 145, 158 (1998).

14 כפי שנטען לראשונה אצל: W. David Slawson, *Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power*, 84 HARV. L. REV. 529, 530 (1971) קביעה זו נעשתה לפני כארבעה עשורים ולכן ייתכן שכיום מדובר באחוז גבוה אף יותר. ראו תימוכין עדכניים אצל: Russell Korobkin, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, 70 U. CHI. L. REV. 1203, 1203 (2003).

15 כפי שבא לידי ביטוי בס' 24 לחוק החוזים חלק כללי הקובע: "תוכנו של החוזה יכול שיהיה ככל שהסכימו הצדדים".

16 ס' 2 לחוק מגדיר חוזה אחיד כדלקמן: "נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם". ההגדרות של "ספק" ו"לקוח" מצויות גם הן בס' 2.

17 במהלך חיבור זה אשתמש לסירוגין במילים "צרכן" ו"לקוח". להרחבת הדיון בחוזה צרכני ראו: סיני דויטש **דיני הגנת הצרכן** כרך ג שער שלישי (2012).

18 רע"א 3128/94 **אגודה שיתופית בית הכנסת רמת חן נ' סהר חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד (3) 281, 303 (1996).

19 גילי כהן ה'שיויון' מול חופש החוזים "המשפט" א 131, 132 (1993).

2. יתרונות החוזה האחיד

החוזה האחיד הוא הכלי לחלוקת סיכונים בשוק המתאפיין בסטנדרטיזציה.²⁰ לשלב ההתקשרות עלויות בלתי מבוטלות וניתן לצמצמן במידה ניכרת באמצעות שימוש במנגנון התקשרות אחיד. היתרון הראשון הוא אפוא צמצום עלויות עסקה ושיפור יעילות ההתקשרות.²¹ וחיסכון בזמן עקב השימוש במוצר מדף מחושב ובדוק מראש, שיכולת הצדדים לשנותו שינוי של ממש מזערית. היתרון השני²² הוא חיסכון בהכשרת סוכנים ומוכרים. בהיעדר הצורך לדעת כיצד לנסח את חוזה המכר כל שנשאר הוא אך להציג בפני הצרכן את המוצר.²³ היתרון השלישי הוא שהחוזה האחיד כמוצר מדף הוא לכאורה מוצר איכותי שנכתב על ידי עורך דין מוסמך ובדרך כלל בעל ניסיון. היתרון הרביעי²⁴ הוא שהחוזה האחיד מבטיח לפחות למראית עין אחידות ושוויון בין הצרכנים.²⁵ היתרונות שפורטו ברשימה בלתי ממצה זו משרתים ללא ספק את הספק. צמצום עלויות התקשרות והתייעלות עסקית אמורים לשרת גם את טובת הלקוח. בשוק תחרותי יתורגם החיסכון להפחתה במחירי המוצרים תוך היצע של מוצרים/שירותים באיכות גבוהה יותר.²⁶

אף שהצרכנים והספקים נהנים מהשימוש הענף בחוזים אחידים, ישנם כמה טעמים להתערבות חקיקתית בהם שמטרתה להגן על צרכנים המתקשרים בחוזים אחידים.

כדי לקבוע אם התערבות רגולטיבית במצב שוקי נתון היא ראויה, יש לבחון תחילה מצב זה במונחים כלכליים. אנשי השוק החופשי יבקשו להימנע מכל התערבות רגולטיבית בשוק. לטענתם יש בכוחה של "היד הנעלמה" (Coordination)

²⁰ כך קבעה ועדת טדסקי עוד בשנות השישים. ראו: ג' טדסקי וא. הכט "בעיית החוזים הסטנדרטים" הפרקליט טז 132, 133 (1960) (להלן: ועדת טדסקי); אוריאל פרוקצ'יה "תוקפו המחייב של חוזה אחיד כפונקציה של מבנה השוק" משפטים ט 25 (1978).

²¹ DAVID D. FRIEDMAN, LAW'S ORDER: WHAT ECONOMICS HAS TO DO WITH LAW AND WHY IT MATTERS 156–157 (2000).

²² שמואל בכר ומשה גלברד "חוק החוזים האחידים: עיון מחודש בעקבות תיקונו" חוקים ה 19 (2013) (להלן: בכר וגלברד).

²³ כיוון שסוכני המכירות משמשים נציגיו של הספק, בהיעדר חוזה אחיד תתגלה במלוא הדרה בעיית "הנציג המתלהב". נציג עלול להבטיח הבטחות שאין בסמכותו להבטיח (ultra vires) ואין ביכולתו לקיים במטרה למקסם את רווחיו על ידי צבירת מענקי מכירה.

²⁴ Shmuel I. Becher, *Asymmetric Information in Consumer Contracts: The Challenge that is Yet to be Met*, 45 AM. BUS. L.J. 723, 728 (2008).

²⁵ אם כי צרכנים אופורטוניסטים יצליחו "להחליף" ממוכר המנסה לשמר את המוניטין שלו, תנאים והטבות שייכשל הלקוח הממוצע בהשגתם. Lucian A. Bebchuk & Richard A. Posner, *One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets*, 104 MICH. L. REV 827, 827–828 (2006) (להלן: Bebchuk & Posner); מיכאל, לעיל ה"ש 10, בעמ' 67–71.

²⁶ בכר וגלברד, לעיל ה"ש 22, בעמ' 24.

”of The Economic System by The Pricing System”) לסדר את השוק בכוחות עצמו וללא התערבות רגולטיבית. זאת לאור הנחה כי השוק הוא שוק תחרותי.²⁷ היד הנעלמה” מגלמת מנגנון שבאמצעותו השוק מאותת ליצרנים על רמת ביקושים ומכוון אותם להגדיל את ההיצע אם מחירי המוצר גבוהים מעלות הייצור.²⁸ האינטראקציה בין הלקוחות לבין הספקים מקיימת הדדיות משתנה, באופן שלכל צד נתונה היכולת להרוויח ואף להפסיד מאי-עמידה בכללי המשחק.²⁹ הדדיות זו מבטיחה את מערכת האיזונים הנדרשת במשק, ללא צורך בהתערבות. עם זאת, זרם כלכלי אחר, המסווג עצמו כחלק מכלכלני השוק החופשי, גורס כי לעתים מוצדק ואף רצוי לנקוט התערבות שלטונית לאור שיקולים של יעילות כלכלית.³⁰ ההתערבות תוצדק לרוב כאשר מתקיים כשל שוק. מקובל למנות חמישה כשלי שוק עיקריים: מונופול; פערי כוחות; מידע א-סימטרי; החצנות ומוצרים ציבוריים.³¹ השימוש בחוזים אחידים טומן בחובו כמה כשלי שוק אינהרנטיים המצדיקים את התערבותו של המחוקק. להלן אדון בשלוש הצדקות: 1. פערי כוחות. 2. פערי מידע. 3. יצירת דין לא מפקח.

פערי כוחות – המאפיין החשוב ביותר של החוזים האחידים הוא מאזן הכוחות הא-סימטרי בין הספק ללקוח.³² הספק הוא שחקן חוזר (repeat player) ואילו הלקוח הוא לרוב שחקן חד-פעמי (one-shot player).³³ לפיכך לספקים ניסיון רב, ייעוץ מקצועי, יכולת השפעה ושינוי וכוח כלכלי רב.³⁴ פערי הכוח המובנים מביאים לידי חשיפה מובהקת של הלקוח למניפולציות עסקיות, ועל כן ראויים³⁵ כי המחוקק יתערב ויגן על הלקוח מפני כוחו העודף של הספק.³⁶ נוסף על כך הוכרה הפגיעה

27 – Ronald Coase, *The New Institutional Economics*, 88(2) AMER. ECON. REV. 72, 72–74 (1998); Alan Schwartz & Louis L. Wilde, *Imperfect Information in Markets for Contract Terms: The Examples of Warranties and Security Interests*, 69 VA. L. REV. 1387 (1983).

28 אבי שמחון “הקדמה כללית” **הגישה הכלכלית למשפט** 39 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

29 Bechuk & Posner, לעיל ה"ש 25, בעמ' 827.

30 John Maynard Keynes, CRITICAL ASSESSMENTS 42 (John Cunningham wood ed., 2nd ed. 1994).

31 מיכאל, לעיל ה"ש 10, בעמ' 69; אורנה דויטש **מעמד הצרכן במשפט** 137–138 (2002).

32 לוסטוויז ופשניץ, לעיל ה"ש 8, פרק 5, בעמ' 69.

33 Marc Galanter, *Why the “Haves” Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW & SOC'Y. REV. 95 (1974).

34 שמואל בכר ואורן בר-גיל “הגנת הצרכן” **הגישה הכלכלית למשפט** 223 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012) (להלן: “הגנת הצרכן”).

35 ע"א 551/89 **מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' סדובניק**, פ"ד מו(3) 158, 164 (1992).

36 דברי השופט שמגר בע"א 825/88 **ארגון שחקני הכדורגל בישראל נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל**, פ"ד מה(5) 89, 100 (1991).

באוטונומיה של הלקוח³⁷ בשל אופיו של חוזה הפועל על בסיס עיקרון של "קח או הנח"³⁸. בהתאמה, דיני הקיפוח מעניקים משקל רב לצדדים וליחס הכוחות ביניהם.³⁹ הכרעה בדבר הגינות או היעדרה תיעשה על פי תפיסת היסוד הנקודת זמן נתונה בחברה, אך היא תיגזר גם מיחסי הכוחות שבין הצדדים להתקשרות החוזית.⁴⁰

פערי מידע – פערי מידע עלולים להוות כשל שוק שיצדיק התערבות רגולטיבית כדי למנוע עסקאות לא יעילות ופגיעה בהתנהלותו התקינה של המשק. על כפות המאזניים שני אינטרסים: על האחת אינטרס הספק והאפשרות שעקב פגיעה בו ירד המוצר מהיצע השוק; על השנייה הגנה על הלקוח מפני הטעיה וגביית מחיר לא יעיל לשוק.⁴¹ בשוק הסובל ממידע א-סימטרי קיים תמריץ לספק מוצרים באיכות ירודה, מצב המוכר בשם "שוק לימונים". זאת משום שקונים רבים משתמשים בסטטיסטיקת שוק כדי לאמוד את ערכן של רכישות עתידיות.⁴² בענייננו ניתן לייחס את המונח לימון (מוצר באיכות ירודה), הן לחוזה עצמו הן למוצר או לשירות אשר את רכישתו החוזה מסדיר. בהתמקד בחוזה כמוצר, נחלק את החוזה לשלוש דרגות של הוגנות כלפי הלקוח: גבוהה, ממוצעת ונמוכה. בשוק תחרותי המאופיין בפערי מידע לרעת הלקוח, אין יכולת של ממש לסווג את החוזים על פי איכותם. בהתאמה, לספקים אין כל מוטיבציה להציע חוזה הגון ומאוזן יותר. לפיכך המוצרים האיכותיים (חוזים ברמת הוגנות גבוהה) נדחפים אל מחוץ לשוק ונשאר רק "שוק של לימונים".⁴³ פערי המידע מתעצמים לנוכח הנתון הגורס כי לקוחות רבים אינם קוראים כלל את החוזה האחיד שעליו הם חותמים. זאת בעוד הספקים מכירים את החוזה היטב, שכן הוא הוכן על ידיהם או למענם. גם בהנחה שלקוח קרא את החוזה, במרבית המקרים לא יוכל הלקוח ההדיוט להבין את תוכן החוזה לעומקו.⁴⁴ את פערי המידע ניתן לייחס גם למוצר עצמו. פלוני הנכנס לסופרמרקט וממלא את עגלתו בטובין, לרוב אינו בקיא

37 ע"ש (מחוזי י"ם) 195/97 **היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי**, פ"מ התשס"ג(1) 481 (2004) (להלן: עניין **היועץ המשפטי לממשלה**) "מתוך הכרה כי זירת 'החופש החוזי' ו'חופש ההתנאה' בשלב הטרם חוזי של החוזה האחיד מצמצמת מהחופש החוזי שבחוזים אחרים".

38 לקוחות חזקים משנים את מאזן הכוחות בינם לבין הספק. ברשומה זו אתיחס ללקוח ההדיוט, המייצג את חתך הלקוחות הגדול ביותר, ולא ללקוחות החזקים, שהם מיעוט הלקוחות.

39 תנאי מקפה – כהגדרתו בס' 3 לחוק: "בית משפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו – בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות – משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות".

40 פרשת **קסטנבאום**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 538.

41 פורת, לעיל ה"ש 8, בעמ' 739–741.

42 George A. Akerlof, *The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84(3) Q. J. ECON. 488 (1970).

43 מיכאל, לעיל ה"ש 10, בעמ' 66.

44 Irma S. Russell, *Got Wheels? Article 2A, Standardized Rental Car Terms, Rational Inaction, and Unilateral Private Ordering*, 40 LOY. L.A. L. REV. 137, 138 (2006)

במפרט הערכים התזונתיים שמהם מורכבים המוצרים אשר רכש. גם ברכישת פריט יחיד, כגון מחשב נייד לדוגמה, המוצר מכיל פרטי מידע רבים מספור אשר ידועים לספק אך אינם ידועים ללקוח, החל ברכיביו וכלה בכמות הקרינה הנפלטת ממנו והשלכותיה. עם זאת חשוב לציין כי לא כל הפרטים נדרשים לצרכן הממוצע על מנת לקבל החלטה מושכלת.⁴⁵ אם נחזור אל רוכש המחשב, אם רכש את המחשב לצורך הקלדת עבודות בלבד, איכות כרטיס המסך (המשפיעה בעיקר על צפייה בסרטים) אינה מעלה ואינה מורידה. פער המידע מתייחס רק למידע הרלוונטי להכרעה בדבר העסקה הקונקרטית.

יציירת דין לא מפוקח – כאמור, כ-99% מכלל החוזים הנערכים במשק הם חוזים אחידים. עם התפתחותו של המסחר הצרכני המקוון, ניתן לומר כי כיום אף מדובר באחוז גבוה יותר.⁴⁶ בהתעלם מהסכמים בעל פה, נראה כי מעטים האנשים אשר ינסחו חוזה במהלך חייהם, ואלו שינסחו חוזה, יעשו כן פעמים ספורות בלבד. אולם צרכן ממוצע פוגש בחוזה אחד כמה פעמים ביום: בתשלום בעד חנייה, בכל עסקת אשראי שאותה הוא מבצע ועוד. יש הטוענים כי השימוש הענף בחוזים אחידים יוצר דין ציבורי שאינו מפוקח. פועלם התחיקתי של חברי הכנסת, המסדיר את חיי האזרחים, מבוקר על ידי הליך דמוקרטי וגופי ביקורת מוסדיים,⁴⁷ אולם בישראל ובעולם קיימים ארגונים עסקיים המתקשרים עם מאות אלפים ואף מיליוני צרכנים מבלי שנבחרו לכך באופן דמוקרטי וללא מנגנון מפקח סדור.⁴⁸ על נבחר ציבור יש פיקוח ציבורי, ואילו חברות עסקיות מסדירות מערכות יחסים חוזיות הכוללות חובות וזכויות רבות ללא פיקוח. תניותיו של החוזה נקבעות באופן חד-צדדי, ועל כן הצרכן החתום כפוף מכוח דין לתכתיביו של הספק.⁴⁹ בימינו, התפתחותם של התאגידים

45 שמואל בכר ואבישי קליין "פרדוקס הייצוג בתביעות קטנות? על תביעות ביטוח, פערי כוחות וכף רגלו של השופט" **הפרקליט** נ 327, 331-334 (2010) (להלן: "פרדוקס הייצוג בתביעות קטנות").

46 שמואל בכר וטל ז'רסקי "על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן" **מחקרי משפט** כה 431, 432-436 (2009) (להלן: "הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים").

47 W. David Slawson, לעיל ה"ש 14, בעמ' 530.

48 לשם ההמחשה, בסיכומה של שנת 2013 בחן אתר דה מרקר את מספר הלקוחות בחברת HOT. נראה כי לחברה בהערכה גסה כ-850,000 לקוחות לשירותי הטלוויזיה, כ-760,000 לקוחות סלולר וכ-44,000 מחזיקי קו נייה לבית (ייתכן שלקוח מחזיק בחבילת הטריפל ולכן מופיע בשלוש הקטגוריות). אמיתי זיו וגבריאלה דבידוביץ'-ויסברג "משבר השירות ב-HOT: זינוק בכמות התלונות ונטישה של אלפי מנויים" – **TechNation** – **TheMarker** 21.8.2013, זמין ב-www.themarker.com/technation/1.2102490 (נבדק לאחרונה ב-24.11.2016). בחירתי בחברה המספקת מותרות הייתה לשם המחשת צורך בלבד. ככל שיהיה המוצר חיוני יותר וכמות הספקים מצומצמת יותר, יגבר כוחו של הספק לקבוע את סדר יומו של הלקוח.

49 "חוזים יש לקיים" הוא עיקרון אשר ראוי ונכון לחברה להגן עליו. ד"נ 20/82 **אדרס חומרי בנין**

הובילה למצב אנומלי שבו לעתים התאגידים הגדולים משפיעים על חיינו יותר מהממשל. שליטתם בידע ובאמצעי הייצור הופכת את תאגידי הענק לגורמים המשפיעים ומעצבים את חיינו.⁵⁰ על כן ראוי ונכון לפקח באמצעות רגולציה על חוזים אחידים.

3. מה עשו עם זה בעולם? התערבות רגולטיבית במשפט המשווה⁵¹

לאחר שהצבתי את השיקולים בעד ונגד ההתערבות הרגולטיבית בעולמם של החוזים האחידים, אבקש לבחון את המצב המשפטי בכמה מדינות נבחרות. הפיכת העולם לכפר גלובלי, וקלות המסחר בין צרכן ממדינה אלמונית לספק ממדינה פלונית,⁵² מחייבות בחינה של הסוגיה בהקשר רחב יותר. על כן אציג בפרק זה על קצה המזלג תיאור של המצב הקיים מחוץ לישראל. בחרתי בהצגת המצב המשפטי של האיחוד האירופי ושל ארצות-הברית. זאת בשל היקף הסחר בשירותים ובמוצרים עמן המהווה יותר מ-65% מהיקף עסקאות הסחר של ישראל בכללותן.⁵³

האיחוד האירופי – בשנת 1993 פורסמה דירקטיבה על ידי נציבות האיחוד האירופי המסדירה את נושא התנאים המקפחים בחוזים צרכניים.⁵⁴ דירקטיבות של מועצת האיחוד האירופי מקימות בפקיעת תאריך ישומן, תחולה ישירה לפרט מול מדינתו.⁵⁵ תחולה זו עלולה לעלות כדי תביעה נזיקית נגד המדינה על התרשלות בקליטת הדירקטיבה למשפט הלאומי.⁵⁶ תמריץ זה מעודד את מדינות האיחוד לקלוט למשפטן את הדירקטיבות בחקיקה לאומית.⁵⁷ זאת ועוד, במצב שבו יחרוג החוזה מעקרונות יסוד של השיטה המשפטית, עלולה אף לצמוח תחולה ישירה אופקית בין

⁵⁰ בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה, פ"ד מב(1) 221, 227 (1981).

⁵¹ נעמי קליין No Logo 165–213 (עידית פז מתרגמת, 2002).

⁵² להרחבה בנושא תנאים מקפחים במשפט המשווה ראו: הכנסת, תחום חקיקה ומחקר משפטי **תנאים מקפחים בחוזים אחידים: סקירה משווה** (2012), זמין ב- www.knesset.gov.il/LegalDept/heb/docs/Survey131112.pdf (נבדק לאחרונה ב-24.11.2016).

⁵³ "הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים", לעיל ה"ש 46.

⁵⁴ הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "מסחר בינלאומי בשירותים עסקיים בישראל לפי מדינות, 2010" (2014), זמין ב- www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa_template.html?hodaa=20140909 (נבדק לאחרונה ב-24.11.2016).

⁵⁵ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts, L 95 OJ, 21.4.1993, p. 29–34 (להלן: דירקטיבה).

⁵⁶ Duyn v. Home Office, [1974] ECR 1337.

⁵⁷ Francovich v. Italy, [1991] EU: Case C-6/90.

להרחבת הדיון במשפט האיחוד האירופי ראו: אריה רייך "משפט האיחוד האירופי: עקרונות ומוסדות" **משפט בינלאומי** 159 (רובי סיבל ויעל רונן עורכים, מהדורה שנייה, 2010); נלי מונין **משפט האיחוד האירופי אחרי אמנת ליסבון** (המכללה האקדמית צפת בית הספר למשפטים, 2012).

פרטים.⁵⁸ כמו המחוקק הישראלי גם המועצה האירופית הוסיפה תיקונים שונים לאורך השנים אשר מטרתם להיטיב ולשכלל את המנגנון שמטרתו הסדרת היחסים שבין לקוחות לספקים ומניעת קיפוח.⁵⁹ מדו"ח של נציבות האיחוד האירופי עולה כי עיקרי הוראות הדירקטיבה אומצו על ידי המדינות החברות.⁶⁰ הדירקטיבה מגדירה תנאי חוזי שלא נדון באופן פרטני כחלק מהמשא ומתן, כ"תנאי מקפח". זאת כאשר הספק מוביל את יחס הכוחות שלא בתום לב למאזן בלתי שקול, המשפיע במידה ניכרת על מערך הזכויות והחובות לרעת הלקוח. נוסף על ההגדרה הכללית של התנאי המקפח הוספה רשימה לא ממצה של תנאים העלולים לעלות לכדי קיפוח. בדומה לדין הישראלי ייבחן הקיפוח לאור טיב המוצר או השירות, מאפייני העסקה ונסיבותיה.⁶¹ במדינות מסוימות אף הגדיל המחוקק הלאומי והוסיף לרשימה ה"אפורה" העוסקת באינדיקציות לתניות קיפוח אשר הן בנות ביטול (voidable), רשימה שחורה שתנאי הנופל לגדרה נחשב למקפח ועל כן לבטל מעיקרו (void).⁶² על פניו נראה כי גם משפט האיחוד האירופי מבין כי החוק הקיים אינו מצליח לאזן את פערי הכוחות ופערי המידע שבין הספק ללקוח. כיום שוקד האיחוד על הצעת חוק חדשה אשר תסדיר את נושא החוזים האחידים בצורה טובה יותר.⁶³ חלק לא מבוטל מהביקורות אשר יובאו בהמשך מופיעות כפערים שאותם סימן האיחוד האירופי, בין כוונת המחוקק לדרך יישומו של החוק בפועל.

ארצות-הברית – שלא כרגולציה של האיחוד האירופי, שיש לה דמיון ברור לחקיקה הישראלית, החוק האמריקני בחר בגישה אחרת. בארצות-הברית אין חקיקה פרטנית העוסקת בתנאים מקפחים בחוזים אחידים. החוק האמריקני מתמודד עם

Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG, [2010] EU: Case C-555/07 (p.44–56); 58
Mangold v. Helm [2005] EU: .Case C-144/04

למשל: Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC of the European Parliament and of the Council, L 304 OJ, 22.11.2011 59

Report from the Commission on the Implementation of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts, COM (2000) 248 Final, Brussels, April 27, 2000 60

ס' 1)3 לדיקטיבה; ס' 3)3 לדיקטיבה; ס' 4)1 לדיקטיבה. 61

בחוק הצרפתי: Art. L. 132-1 C. con.; בחוק הגרמני: Bürgerliches Gesetzbuch (BGB); כפי שנראה בהמשך, נראה שהמחוקק הישראלי אימץ חלוקה זו לרשימות. הרשימה האפורה שקולה לס' 4 לחוק הישראלי ואילו הרשימה השחורה שקולה לס' 5. 62

Hans W. Micklitz, The Proposal on Consumer Rights and the Opportunity for a Reform of European Unfair Terms .Legislation in Consumer Contracts (August 2010), EU law Working paper No. 2010/12 (זמין ב- cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/14415/LAW_12_2010.pdf?sequence=1 (נבדק לאחרונה ב- 24.11.2016). 63

החוזים האחידים על בסיס עקרונות המשפט המקובל ומקבילו – ה-equity⁶⁴. את התנאי המקפח מחליפה דוקטרינת אי-המצפוניות (unconscionability doctrine) כפי שהיא באה לידי ביטוי בפרקו השני של ה-UCC⁶⁵ וב-Restatement השני של דיני החוזים האמריקניים⁶⁶. תנאי שיימצא בלתי מצפוני מעניק לבית המשפט שיקול דעת בדבר אכיפתו. בית המשפט רשאי לבחור בחלופה אשר תסיר את התוצאה הבלתי מצפונית. בשונה מדירקטיבות האיחוד האירופי אין מדובר בחקיקה פדרלית. למדינות בארצות-הברית החופש לבחור אם לאמץ את הקודיפיקציה לחקיקה המדינית שלהן.⁶⁷

בין שמדובר בהסדר כופה כנהוג במדינות האיחוד האירופי ובין שמדובר בהסדר וולונטרי כמו זה הנהוג בארצות-הברית, נראה כי הבעיות המאפיינות את השימוש בחוזים אחידים חלות על כולם. בפרקים הבאים אבחן באמצעות כלים חוץ-משפטיים את התמורות ההתנהגותיות, הכלכליות והחברתיות המונעות מהחוק להסיר בעיות אלו.

ב. הפער שבין הלכה למעשה מנקודת מבטם של השחקנים המרכזיים

“In theory there's no difference between theory and practice. But in practice there is”⁶⁸. בפרק זה התשובה לשאלת המחקר מתחילה להתבהר. ניכר פער של ממש בין מטרת החוק לבין תוצאות יישומו בעולם המעשה. לצורך ההמחשה אדון בהשפעות ההתקשרות באמצעות חוזה אחיד מנקודת מבטם של השחקנים המרכזיים המושפעים מהחוק. אראה כי ההשפעה אינה חד-כיוונית – לשחקנים השפעה רבה על דרך עיצובו של החוק, פרשנותו ויישומו. כיוון שהחוק ממוען ללקוח, יהווה האחרון את מוקד השיח העיקרי.

⁶⁴ להבחנה בין המשפט המקובל לאקוויטי ראו: מנחם מאוטנר "אקוויטי במשפט העברי" עיוני משפט יח 639, 641–643 (1994).

⁶⁵ U.C.C §2-302 (2002).

⁶⁶ Restatement (Second) of Contracts § 208 (1981), Topic 2 – Considerations of Fairness and the Public Interest.

⁶⁷ להרחבה בדבר ה-UCC וה-Restatement ראו: גיא זיידמן וארז שחם "סימפוזיון: הקודקס האזרחי החדש – הצעת חוק דיני ממונות" משפט ועסקים ד 11, 28–30 (2005).

⁶⁸ ציטוט זה מיוחס לאנשים רבים ובהם לורנס פיטר, קארל מרקס ויוגי ברה. גם בהיעדר היכולת להצביע על הוגה המשפט המקורי ובכך להכניסו לקונטקסט הנכון, אין ספק שמשפט זה מתאים גם לענייננו.

1. "לא רציונלי ולא במקרה"⁶⁹ – החוק מנקודת מבטו של הלקוח

כפי שראינו בפרק הקודם, פערי הכוחות ופערי המידע הם החסרונות המובהקים המאפיינים את ההתקשרות באמצעות חוזים אחידים. יש הסבורים כי התנהגות אופורטוניסטית מצד הספקים היא הגורם המרכזי לכך. אולם כפי שמיד אוכח, ללקוח חלק נכבד ביצירת הפערים ובשימורם.⁷⁰ בפרק זה אבקש לעמוד על המניעים ההתנהגותיים ועל התהליכים הקוגניטיביים המלווים את הקונה בשלבי התקשרותו.

בניתוח כלכלי של התקשרות צרכנית יש להניח תחילה שלוש הנחות מקדימות:⁷¹ האחת כי מדובר בשוק יחיד (המשק הישראלי לדוגמה); השנייה כי השוק בנוי מיחידות כלכליות קטנות; השלישית כי התחרות השוקית משוכללת. על יסוד אלה מניחים שהמוכרים והקונים יפעלו בדרך רציונלית וישאפו למקסם את תועלתם.⁷² במהלך העשורים האחרונים עולה כוחו של זרם המבקר את הגישה הכלכלית ושמך "הגישה ההתנהגותית למשפט". על פי גישה זו, האדם בבסיסו אינו יצור רציונלי המעוניין למקסם את אושרו ואת רווחיו. יתרה מזו, התנהגות האדם הממוצע סוטה באופן שיטתי ובר חזיוי מההתנהגות המוגדרת על ידי הזרם הכלכלי כ"רציונלית".⁷³ מטרת הכלכלה ההתנהגותית היא לנסות לאבחן ולהבין את הכוחות הסמויים המעצבים את החלטותיהם של בני האדם.

ניתן לחלק את התובנות בדבר השפעותיה של התנהגות הצרכן בחלוקה גסה על פי השלבים בהתהוותו וחיייו של החוזה.⁷⁴ נקודת הזמן הראשונה היא השלב הטרומי חוזי המתמקד במשא ומתן. השנייה היא תוכן החוזה, קריאתו או לחלופין אי-קריאתו טרם חתימה. השלישית היא לאחר שגילה הלקוח כי קיימות בחוזה תניות העלולות לקפחו. אבקש לבאר כי אין בחלוקה זו לקבוע מסמרות בדבר ההשלכות ההתנהגותיות בשלב זה או אחר. התנהגות אנשים שונים בשלבים שונים בכריתת וחיי החוזה עלולה להשתנות מאדם לאדם ומחוזה לחוזה. מטרתו היא להניח קווי חשיבה כלליים אשר בעטיים יכול הצרכן לפעול באופן הנוגד את דרך ההתנהגות המוגדרת כ"רציונלית".

69 דן אריאלי לא רציונלי ולא במקרה (גילי בר-הלל סמו מתרגמת, 2009) (להלן: אריאלי לא רציונלי ולא במקרה).

70 בכר וגלברד, לעיל ה"ש 22, בעמ' 23.

71 Gehard Kirchaessner, *(Why) Are Economists Different?*, 21 EUROP. J. POL. ECON. (2005) 543.

72 Ejan Mackaay, *History of Law and Economics*, in: ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS 200 65, 68 (Bouckaert and de Gheest, eds., 2000).

73 בכר "דוקטרינות עמומות", לעיל ה"ש 12, בעמ' 285–290.

74 חלוקה זו שאולה מ- בכר "דוקטרינות עמומות", לעיל ה"ש 12, פרק ג.

פרק הזמן הראשון, השלב הטרומ חוזי – כאמור לעיל החוזים האחידים מתאפיינים לרוב בהיעדרו של משא ומתן. החוזה נוצר על ידי הספק לפני התקשרותו עם הצרכן ומוצג כמוצר מוגמר בינו לבין לקוחות לא מסוימים במספרם או בזוהתם. יתרה מזו, פעמים רבות יעביר הספק את החוזה לצרכן רק לאחר שהסכימו הצדדים על התקשרות ביניהם.⁷⁵

תפיסת החתימה על החוזה כאקט בירוקרטי המעיד על סיום השלב הטרומ חוזי, מעידה על היעדר הבנה מצד הלקוח כי החוזה הוא כלי לחלוקת סיכונים. על כן ההנחה כי החוזה הכתוב נטול תוכן עצמאי מבטאת התנהגות לא רציונלית כשלעצמה. שיחה עם נציג הספק נתפסת בעיני מרבית המתקשרים כעיקר ההסכם, ולכן מרבית הלקוחות מתייחסים לחוזה ולתוכנו בקלות דעת.

משנדונו הפרטים "המהותיים"⁷⁶ לעסקה, נוצרת תחושת מחויבות של הצרכן כלפיה. אם לא די בתחושת המחויבות לעסקה שהתגבשה בשל העלות השקועה (אשר אדון בה בהרחבה בהמשך), נראה כי ככל שיתארך שלב השיח עם הנציג מטעם הספק, תגדל מחויבות הלקוח לאור יחסו ה"חברי" של הנציג.⁷⁷ עירוב נורמות חברתיות במישור המסחרי עלול לעורר בלבול בקרב הצרכן הטיפוסי. השימוש ביחס חברתי בתוך מערכת עסקית נועד לטוות מערכת יחסים ארוכת טווח של אמון המשתמע מקשר חברתי. מניע חברתי מוביל למוטיבציה חזקה וממושכת יותר ממניע כלכלי.⁷⁸ הספק או לחלופין נציגו מרעיף יחס חברי בשלב המשא ומתן ו"מרדים" באמצעותו את ערנותו העסקית של הלקוח ואף גורם לו להרגיש שלא בנוח לסרב. שאילת שאלות והעמקה בתנאי העסקה עלולים להצטייר אצל הצד השני כפקפוק בספק. החשש להצטייר כ"טרחן", "דקדקן" ו"נודניק" בעיני הספק ואף בעיני שאר הלקוחות הממתנים לתורם, גורם לרתיעה עוד בשלב הטרומ חוזי.⁷⁹

פרק הזמן השני, קריאת החוזה – סעיף 5(ב) לחוק הגנת הצרכן⁸⁰ קובע: "עוסק, העומד לחתום על חוזה עם צרכן, חייב לתת לו הזדמנות סבירה לעיין בחוזה לפני חתימתו". רעיון קריאת החוזה הוא רעיון יפה בתיאוריה אך חסר אחיזה במציאות. במיוחד כאשר מדובר בחוזה אחיד והצד אשר נדרש ממנו לקרוא הוא הצד שלא לקח

⁷⁵ בכר "דוקטרינות עמומות", לעיל ה"ש 12, בעמ' 289–296.

⁷⁶ הגדרתם של התנאים המהותיים לעסקה עלולה להיות סובייקטיבית, שכן בעסקת סלולר ייחס האחד חשיבות לסוג המכשיר שיסופק לו ואילו האחר יתמקד בחבילת הגלישה המוצעת לו. כפי שיפורט בהמשך, לעתים רבות חלקיו המשפטיים של החוזה נתפסים בעיני הצרכן כשוליים.

⁷⁷ בכר "דוקטרינות עמומות", לעיל ה"ש 12, בעמ' 292.

⁷⁸ בניסוי שנערך בגני ילדים נראה כי הנורמה החברתית של עמידה בזמנים באיסוף הילדים מהגן יצרה מחויבות חברתית קשיחה, ואילו הטלת קנסות יצרה לגיטימציה לאיחור. אריאלי לא רציונלי ולא במקרה, לעיל ה"ש 69, בעמ' 71–86.

⁷⁹ בכר וגלברד, לעיל ה"ש 22, בעמ' 30–31.

⁸⁰ חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן).

חלק בניסוח החוזה.⁸¹ החוזה האחיד מאופיין במלל רב ובמשלב גבוה של השפה והקורא יתקשה להבינה. אם לא די בכך, אדם הנדרש להתמודד עם כמות גדולה של מידע בפרק זמן קצר עלול לחוות היצף מידע (information overload).⁸² בפועל, בחיי המעשה, אנשים אינם קוראים חוזים אחידים.⁸³ קריאת החוזה משעממת, מנוכרת, ארוכה וגרוע מכול – לא בהכרח טוביל לשינוי תנאים מקפחים. כצרכן אני רוצה את המוצר, ולא את החוזה הנמצא בדרכי להשיגו. קריאת החוזה אינה מבטיחה את היכולת לשנותו הואיל והחוזים האחידים מוגשים במתכונת של "קח או הנח". מבלי לסווג את פרדיגמת אי-הקריאה כטובה או רעה, נראה כי דיני החוזים הכלליים, וכמותם בית המשפט, אינם ששים להכיר במצב זה.⁸⁴ התמודדותם של דיני החוזים הקלסיים עם אי-קריאת החוזה הולידה את חזקת "נטל הקריאה".⁸⁵ הצרכן מוחזק כמי שקרא את החוזה ואף כמי ששאל על התנאים שאת משמעותם לא הבין.⁸⁶ חזקה זו אינה מבוססת על ממצאים אמפיריים ורובה ככולה מבוססת על הנחותיו ה"רציונליות" של המחוקק או השופט. הלכה למעשה מועבר הנטל מידיו של מנסח החוזה לידיו של הצד הפסיבי.⁸⁷ "נטל הקריאה", בהיעדר קריאה דה פקטו מצד הצרכנים, מעודד התנהגות אופורטוניסטית מצד הספקים. מנגד, קריאת החוזה אינה מבטיחה את הזכות ליהנות מתנאי עסקה טובים יותר. לדוגמה, מחקר שנערך בנושא רכישת רישיון לתוכנות שונות, הראה שחוזים שניתנו לקוראים מראש לא בהכרח טובים מאלו שלא ניתנו מראש.⁸⁸

לקוח פלוני המתנהג בצורה רציונלית, מניח בחישוביו את מכלול פעולותיו על כפות המאזניים, וכך אומד את עלות הפעולה אל מול התועלת אשר תצמח ממנה. תוצאות הליך זה הופכות קריאה מעמיקה של החוזה טרם חתימה עליו, למשימה

81 Omri Ben-Shahar, *The Myth of the 'Opportunity to Read'*, 5 ERCL 1, 1–28 (2009)

82 בכר וגלברד, לעיל ה"ש 22, בעמ' 30–31.

83 Lewis A. Kornhauser, *Comment & notes: Unconscionability in Standard Forms*, 64 CLR 1151, 1163 (1976)

84 נראה כי לעתים בית המשפט נוטה להכיר בקושי שבקריאת חוזים אחידים. ראו למשל: עניין **היועץ המשפטי לממשלה**, לעיל ה"ש 37, פס' 397. בית הדין קבע כי בהתחשב בטיב החוזה וביכולת ההשפעה המזערית של הלקוח על עיצובו, סביר להניח כי לא כל הלקוחות יקראו את החוזה. בית המשפט העליון לא הכריע כדעת בית הדין. ראו: ע"א 6916/04 **בנק לאומי נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 18.2.2010) (להלן: עניין **בנק לאומי**).

85 ע"א 6799/02 **יולזרי נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ**, פ"ד נח(2) 145, 149 (2003) (להלן: פרשת **יולזרי**).

86 SAMUEL WILLISTON, *A TREATISE ON THE LAW OF CONTRACTS* 1577 (1957)

87 אין מדובר בשאלה פרשנית שעליה עשויה לחול חזקת הפרשנות האובייקטיבית הגורסת כי הפרשנות תהיה לרעת המנסח, אלא מדובר בתנאי חוזי ברור.

88 Florencia Marotta-Wurgler, *Are "Pay Now, Terms Later" Contracts Worse for Buyers? Evidence from Software License Agreements*, 38(2) J. LEGAL STUD. 309 (2009).

בלתי אפשרית ואף לא כדאית. החוזה ארוך, כתוב בשפה גבוהה, והדפוס צפוף ולעתים אינו ברור.⁸⁹ המסמך דומה תכופות לחוזה של מוצר אחר אשר רכש הקונה בעברו. כיוון ש"השקיע" הצרכן משאבים לא מבוטלים בשלב המשא ומתן,⁹⁰ הוא אינו טורח להתוודע לתוכן החוזה ולקרוא את כל סעיפיו. ההבנה כי את המשאבים שהושקעו אין להשיב, בצירוף הנחת המוצא כי לפניו חתמו באותו יום מאות או אף אלפי צרכנים אחרים, כבדי משקל. ידיעה זו מניבה את תחושת "כנראה שהכול בסדר" הידועה,⁹¹ אשר ניסיון החיים מלמד כי היא שגויה מיסודה.⁹² באשר לאבדן המשאבים שהושקעו, תופעה זו מכונה "עלות שקועה" (sunk cost) – לכאורה "עלויות אלה מהוות עלות שקועה, שאינה מהווה 'עלות רלוונטית בקבלת החלטות'⁹³ כמוכר וכמקובל בעולם העסקים. אך שלא כעסק, הלקוח ההדויט נוטה לתת משקל רב למשאבים שהשקיע. נראה כי אף שבית המשפט מכיר בכך שלקוחות נותנים לעלות השקועה משקל רב, הנטייה השיפוטית היא לסווג את העלות השקועה בעסקאות צרכניות כלא רלוונטית להליך קבלת ההחלטות.⁹⁴

פרק הזמן השלישי, לאחר שגילה הלקוח כי קיימות בחוזה תניות העלולות לקפחו – בחלק לא מבוטל מהמקרים שלב זה אינו מתממש. מדובר במצב שבו גילה הלקוח בדרך זו או אחרת כי התחייב בחתימתו לתניה חוזית אשר עלולה להעמידו במצב של קיפוח. ככלל, לקוחות נמנעים מלעמוד על זכויותיהם מחשש לעימות משפטי.⁹⁵ זאת ועוד, צד לחוזה עלול שלא להעריך נכונה את הסיכון שתניה מסוג זה עלולה לחשוף אותו אליו.

החוזה הוא מכשיר לחלוקת סיכונים. להערכת סיכון שגויה כמה סיבות אפשריות.⁹⁶ האחת היא פערי מידע, שכן החוזה האחיד מאופיין בפערי מידע בין הספק ללקוח. על כן הלקוח חשוף לסיכון שהוא אינו מודע לו כלל. השנייה היא חוסר יכולת של הלקוח לאמוד את מהות הסיכון שעומד לפניו. לדוגמה, מרבית האנשים אינם יודעים להעריך נכונה את הסיכונים הטמונים בנהיגה. התנהגות רציונלית לא

89 חוק החוזים האחידים (תיקון מס' 3), התש"ע-2010, ביקש לצמצם את פערי המידע בין הספק ללקוח. היות ששר התמ"ת (הכלכלה נכון להיום) טרם תיקן תקנותיו בנושא, ולאור הניתוח ההתנהגותי המופיע ברשימה זו, ספק אם יהיה ביד התיקון לשנות את המצב הקיים. לתימוכין ראו: מיכאל, לעיל ה"ש 10, בעמ' 80 (להלן: תיקון מספר 3).

90 אכנה את שיחתו של הלקוח עם נציג השירות "שלב המשא ומתן", אך אין מדובר במשא ומתן קלסי, שבו ללקוח אכן יש יכולת השפעה ממשית על ניסוח תניות החוזה.

91 תחושה זו מכונה בספרות הכלכלה ההתנהגותית "אופטימיות יתר".

92 ועדת טרסקי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 132-135.

93 ת"פ (מחוזי ת"א) 8256-05-11 **מדינת ישראל נ' קדץ**, פס' 58 לפסק דינו של השופט כבוב (פורסם בנבו, 5.7.2012).

94 ת"צ (מחוזי י-ם) 2308/08 **סירקיס נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 27.3.2011).

95 "פרדוקס הייצוג בתביעות קטנות", לעיל ה"ש 45, בעמ' 331-334.

96 בכר "דוקטרינות עמומות", לעיל ה"ש 12, בעמ' 296.

תעלה על הדעת את תרבות הנהיגה הרווחת בישראל. שליחת מסרונים, נהיגה בשכרות ונסיעה ללא חגורת בטיחות הן דוגמאות להתנהגות שאינה רציונלית המתעלמת מהסיכון הגלום בה.⁹⁷ סיבות נוספות להערכת סיכון שגויה מצד הלקוח הן הטיות בשירות האגו (self-serving biases), הכוללות את אופטימיות היתר (over-optimism) וביטחון מופרז (over-confidence).⁹⁸ נראה כי רוב האנשים לוקים בתפיסת מציאות מעוותת. בני אדם נוטים להעריך את יכולותיהם בהגזמה ולהמעיט בערך הסיכונים שעומדים לפניהם.⁹⁹ "לי זה לא יקרה" הוא משפט המלווה את האדם לכל אורך חייו, ולכן הצרכן מוכן לקחת על עצמו סיכונים שבמהלך העניינים הרגיל, לו הייתה ניתנת לו האפשרות לעצב את החוזה, היה נמנע מהם.¹⁰⁰

לצרכן נחיתות לא רק מול הספקים אלא גם אל מול קבוצות אינטרס אחרות כגון ארגונים צרכניים.¹⁰¹ אם כן ראוי לאמץ פרקטיקה צרכנית של התאגדות כנגד כוחם הרב של הספקים שתצמצם את פערי הכוחות. אולם אין מדובר בפתרון קל ליישום. האינטרס הצרכני אינו הומוגני, ועל כן קשה למיין את כלל הצרכנים לקבוצות בעלות אינטרסים משותפים. זאת ועוד, נראה כי לעתים ההשקעה המרובה בהתאגדות אינה כדאית מפאת שוויה הנמוך של העסקה. גם גופים ציבוריים הפועלים כיום כדי להגן על האינטרס הצרכני¹⁰² סובלים ממצוקות תקציביות וממיקום נמוך בסדר העדיפויות המדיני. בעקבות כל אלו ידם קצרה מלהושיע את הצרכנים היחידים.¹⁰³

⁹⁷ דן אריאלי **לא רציונלי אבל לא נורא** (לי מיכאל ברגר מתרגם, 2010) (להלן: אריאלי **לא רציונלי אבל לא נורא**). להרחבה בדבר הגורמים לתאונות דרכים בישראל, תרבות הנהיגה וסטטיסטיקה בנושא ראו: הרשות הלאומית לבטיחות בדרכים **ספר תקצירים: אגף המחקר, חטיבת המידע והמחקר** (2013), זמין ב- cms.education.gov.il/NR/rdonlyres/08F4CA38-227A-4790-B2EB-FF01AD5BE6AB/183542/takzirim23012014.PDF (נבדק לאחרונה ב- 24.11.2016).

⁹⁸ בכר "דוקטרינות עמומות", לעיל ה"ש 12, בעמ' 296-304.

⁹⁹ Lynn A. Baker & Robert E. Emery, *When Every Relationship is above Average: Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage*, 17 LAW & HUM. BEHAV. 439 (1993); אריאלי **לא רציונלי אבל לא נורא**, לעיל ה"ש 97, בפרק 4.

¹⁰⁰ בכר "דוקטרינות עמומות", לעיל ה"ש 12, בעמ' 297.

¹⁰¹ מועדוני צרכנות כגון "חבר", "צוות" ו"אשמורת" שהמכנה המשותף של חבריהם נובע משייכות ארגונית. כמו כן, קבוצות של תעשיינים וספקים כגון איגוד הבנקים, איגוד המוסכים, התאגדות התעשיינים, המשמשים כוח קנייה חזק.

¹⁰² ובהם הרשות לסחר הוגן, אמון הציבור, המועצה הישראלית לצרכנות, הממונה על הגנת הצרכן, רשות ההסתדרות לצרכנות, איגוד הצרכנים הבלתי תלוי ואיגוד הצרכנים הדתיים.

¹⁰³ מיכאל, לעיל ה"ש 10, בעמ' 80.

2. החוק מנקודת מבטם של הספקים

בפרקים הקודמים תואר הספק כשחקן חזק המנצל את כוחו העודף לקיפוח הלקוח. יהיו אשר יגרסו כי לא זה המצב, שכן הצורך של הספק לשמר את המוניטין שלו הוא הגורם השוקי אשר מונע מהספק התנהגות לא הוגנת ואופורטוניסטית כלפי לקוחותיו. כשם שהלקוח סובל מפערי כוחות ופערי מידע, הספק סובל מתופעת המוניטין הא-סימטרי (Asymmetric-Reputation).¹⁰⁴ לעומת הלקוח, אשר כאמור לעיל לרוב מקיים אינטראקציה חד-פעמית עם הספק, על ספקים להגן על המוניטין שלהם לצורך התקשרות עם לקוחות אחרים בעתיד. תופעה זו עשויה להסביר את נכונותם של ספקים לוותר לעתים על תכתיבי החוזה, גם בעת הפרתם על ידי הלקוח. דוגמה טובה לכך היא פרקטיקה של אי-גביית תשלום נוסף מלקוח המאחר בפינוי חדרו בבית מלון במידה סבירה.¹⁰⁵ דוגמה נוספת ניתן לראות במסעדות המשפות את סועדיהן בגין איחור בהגשת המזון על ידי מתן קינוח או הענקת אחוזי הנחה. אכן נראה כי הלכה למעשה הלקוחות מאותתים לספקים באמצעות "היד החופשית" כי על מנת לשמר את המוניטין שלהם עליהם לנהוג בהוגנות. פגיעה במוניטין, בייחוד בעידן המודרני, עלולה להתפשט כ"אש בשדה קוצים". המדיה המודרנית ופלטפורמת האינטרנט מסייעות לצרכנים להעביר מידע רב במהירות גבוהה.¹⁰⁶

אם כן ניתן לטעון כי המנגנון הרגולטורי המאפשר לספק לאשר את חוזיו בבית הדין לחוזים אחידים משרת את שאיפתו לשמר את המוניטין שלו.¹⁰⁷ יתר על כן, אישור החוזה יעניק לספק חסינות דיונית מפני טענות קיפוח. נראה כי אפילו אנשי השוק החופשי יסכימו כי מדובר בהתערבות רכה, שכן מדובר במנגנון וולונטרי. לאור נתונים אלה ולאור דברי ההסבר לחוק המבארים את רצון המחוקק לעודד ספקים להפנות את חוזיהם לאשרורו של בית הדין, ניתן היה לצפות כי יתדפקו על דלתו של בית הדין ספקים רבים כדי לאשר את חוזיהם.¹⁰⁸

תיקונים מאוחרים יותר לחוק והצעות חקיקה מראים תמונה אחרת.¹⁰⁹ גם פרסומיו של בית הדין וחיפוש במאגרים האלקטרוניים העלו תוצאות זהות.¹¹⁰ על פניו

104 Bebachuk & Posner, לעיל ה"ש 25, בעמ' 830.

105 שם, בעמ' 833-834.

106 "הגנת הצרכן", לעיל ה"ש 34, בעמ' 243.

107 ס' 12-15 לחוק, פרק ג'.

108 הצעת חוק החוזים האחידים, התשמ"ב-1981, ה"ח 1556.

109 הצעת חוק החוזים האחידים (תיקון מס' 4), התשע"א-2010, ה"ח 547, בעמ' 297.

110 לפרסומיו של בית הדין ראו: index.justice.gov.il/Units/YeutzVehakika/Nosim; (נבדק לאחרונה ב-24.11.2016). מדובר ביוזמה וולונטרית לפרסום פסקי הדין של בית הדין מצד משרד המשפטים שאינה מתוקצבת מכוח חוק.

נראה כי מוגשות לבית הדין בממוצע כשתי בקשות לאישור בשנה.¹¹¹ עוד בימי החוק הישן ניכר חוסר האטרקטיביות של אישור החוזה מנקודת מבטם של הספקים.¹¹² נראה כי לא הצליח המחוקק להתגבר על בעיות אלו בתיקוני החוק השונים. כתיבת המלומדים דאז יפה גם לימינו: כאשר אין בעיה נקודתית לפתור, יעדיף הספק להימנע ממגע עם גורמים בעלי סמכויות שיפוטיות או מעין שיפוטיות.¹¹³ להעדפה זו טעמים ברורים:¹¹⁴ הטעם הראשון הוא רתיעה מעלויות מנהליות הכרוכות בהתדיינות עם בית הדין. הטעם השני הוא הימנעות מטרחה הנחשבת למיותרת ונקיטת "שיטת מצליח", כלומר אם לא הוגשה תביעה בבית הדין, לא ייזום הספק אינטראקציה מטעמו. אם "שיטת מצליח" של הספק לא פעלה, כל שקרה הוא דחיית ה"בלתי נמנע", ולכן הספק לא הפסיד מכך דבר.¹¹⁵

הגשת תביעה לביטול תניות מקפחות על ידי אחד מהגופים הציבוריים בעלי זכות העמידה היא היוצא מן הכלל. הכלל, לאור הנתונים שהובאו לעיל, הוא אי-התערבות. גם במצב שבו הספק נתבע פרטנית על ידי לקוחותיו, מעדיף הספק להשאיר בידיו את יכולת המיקוח וההתפשרות במאזן כוחות של ספק גדול מול לקוח אחד קטן. הטעם השלישי הוא היעדר תמריץ חיובי.¹¹⁶ החלטות בית הדין אינן מעלות את קרנו של הספק בעיני לקוחותיו ואינן מגנות על המוניטין שלו. מנגד מקנן החשש כי החוזה לא יאושר ועלויות שינוי החוזה הנובעות מאי-אישורו יכבידו על הספק. טעם רביעי הוא פגיעה בגמישותו של הספק לשנות את תנאי החוזים שלו. השוק המודרני מאופיין בשינויים תכופים ומהירים. כבילת שינוי החוזה להליך של אישור בית הדין היא בעייתית ואף מסוכנת לספק.

¹¹¹ מחקר מקיף נערך בשנת 2002 על ידי גליה מסיקה: גליה מסיקה "בית הדין לחוזים אחידים במבחן המציאות – מהומה רבה על לא מאומה" **משפטים** לב 95, 110–115 (2002); מיכאל ביצע תיקוף למחקרה של מסיקה עד לשנת 2011, לעיל ה"ש 10, בטבלה בעמ' 73.

¹¹² לוסטהויז ושפניץ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 154.

¹¹³ דוד קרצ'מר "הערות על חוק החוזים האחידים, תשכ"ד–1964, לאור תיקונו" **משפטים** ג 414, 415–416 (1970).

¹¹⁴ מיכאל, לעיל ה"ש 10, בעמ' 73.

¹¹⁵ בחוזים בעלי חשיבות ציבורית רשאי אחד מבעלי זכות העמידה, קרי: היועץ המשפטי לממשלה, הממונה על הגנת הצרכן והסחר ההגון, המועצה הישראלית לצרכנות, הרשות להגנת הצרכן בהסתדרות וכן כל ארגון לקוחות שיאשר שר המשפטים לעניין מסוים (להלן: ארגונים ציבוריים או בעלי זכות העמידה), לפנות לבית הדין ובכך "לגרור" את הספק כנגד רצונו לבחינת החוזה, שכן התנאי המקפח נבחן על רקע שאר תנאי החוזה. ראו: ס' 16 לחוק החוק החוזים האחידים.

¹¹⁶ ס' 15 לתיקון מספר 3. מטרת התיקון הייתה להמריץ ספקים לאשר את חוזהם בבית הדין, וזאת על ידי ציון אישורו של בית הדין על גבי החוזה. זה היה ניסיון להביא לשינוי תרבותי צרכני שמטרתו הקניית יכולת צרכנית לברר את זהות הספק שאתו יבחר הלקוח להתקשר. מהלך זה, ככל שינוי תרבותי, ייבחן במרוצת הזמן, וכיום נראה כי אין הפעולה נותנת את אותותיה. כפי שנראה בהמשך, תיקון זה בוטל בתיקון מספר 5.

מנגנוני השוק החופשי, כגון המוניטין הא-סימטרי, מצליחים להטביע את חותמם על הספקים השונים. עם זאת פערי הכוחות ופערי המידע עדיין גדולים ונראה כי לא די במנגנוני השוק החופשי לאזן את יחס הכוחות בין השחקנים. הצרכן הישראלי מרגיש מרומה על ידי הספקים, והנזקים המצטברים למשק נאמדים בכשלושה מיליארד שקלים חדשים בשנה.¹¹⁷ המועצה הישראלית לצרכנות לבדה מקבלת כ- 38,000 תלונות צרכניות בשנה.¹¹⁸ נראה כי הלכה למעשה נשמרת עליונותם של הספקים על פני לקוחותיהם, מצב המביא לידי אופורטוניזם והתנהגות בלתי הוגנת כלפיהם מצד הספקים. החוק נכשל בעידוד ספקים לאשר את חוזהם בבית הדין. יתרה מזו, הארגונים הצרכניים בעלי זכות העמידה ממעטים להגיש בקשות לכיטול תנאים מקפחים בחוזים בשל דלות משאבים וריבוי משימות.¹¹⁹ עם זאת יש לציין כי נוכחותם של ארגוני הצרכנות השונים, ופעילותם של בעלי זכות עמידה המממשים את זכותם, מביאות פעמים רבות, אם כי לא מספיק, להסדרים חוץ-משפטיים המגנים על הצרכן ואף מעמידים את הספק בפני בית המשפט בעת הצורך.¹²⁰ עקב כישלונם של מנגנון האישור, נשמעו קולות רבים לבטלו. המחוקק שמע קריאות אלה ובתיקון מספר 5 ביטל את פרק ג' לחוק החוזים האחידים. בפרקים הבאים אציג בהרחבה את ניסיונותיו של המחוקק באמצעות התיקון המדובר לשנות את מאזן הכוחות בין הספקים ללקוחותיהם.

סיכום ביניים – נראה כי כבר לפני כמאתיים שנה הכירו מלומדים באפשרות שהאדם אינו פועל באופן שכלתני,¹²¹ בהסתמך על מידע איכותי ומתוך כוונה למקסם את תועלתו. כבר אז התגלה כי הפרט מונע פעמים רבות על ידי רגשות, חרדות, נדיבות ומתן אמון בבני אדם. הנעה פנימית זו מושתתת על ההבנה בסיסית כי הוא שייך למסגרת חברתית רחבה יותר. כיום דיני החוזים המודרניים מייצגים את עליונות גישתם של אנשי הכלכלה על פני גישתם של אנשי הכלכלה ההתנהגותית. ביקורת

¹¹⁷ סקר שנערך על ידי חברת אמון הציבור, המעיד על תחושת חוסר ביטחון מצד צרכנים המלווה את חוויית הקנייה: אמון הציבור דוח אמון הציבור על מצב הצרכנות מגמות ובעיות המאפיינות את הצרכנות הישראלית (2006), זמין ב- www.emun.org/ptrust/pdf/consumrep0306.pdf (נבדק לאחרונה ב-24.11.2016); מדד ההגיונות לחג פסח 2014 בעסקי קמעונאות, המעיד על כך שכ-54% מהלקוחות נתקלו בחוסר הוגנות מצד הספקים. ראו: www.consumers.org.il/item/fairness_index (נבדק לאחרונה ב-24.11.2016).

¹¹⁸ להרחבה ראו: www.consumers.org.il/category/about_israel_consumer_council (נבדק לאחרונה ב-24.11.2016).

¹¹⁹ את טענת דלות המשאבים אבחן בהמשך חיבור זה.
¹²⁰ לדוגמה ראו: ע"א 232/10 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' המפקח על הבנקים – בנק ישראל (פורסם בנבו, 19.9.2012) (להלן: עניין הבנק הבינלאומי).

¹²¹ כפי שעולה ממאמרו של מנחם מאוטרנר "פרסאוס ושלוש הנשים הזקנות של דיני החוזים בעקבות ספרו של רועי קרייטנר: CALCULATING PROMISES "עיוני משפט לא 489, 504 (2009) (להלן: "פרסאוס ושלוש הנשים").

התנהגותית מלווה מהצד את דיני החוזים מיום היווצרם וראוי כי ייתן לה המחוקק את מקומה בדין, ומוטב מאוחר מאשר לעולם לא. איני גורס כי נכון או ראוי לעודד את תרבות אי־קריאתם של חוזים או התנהגות לא רציונלית, אך התעלמות ממצב נתון תהיה עצימת עיניים אשר תותיר את הלקוח במצב של קיפוח.

החווה האחיד הוא מנגנון ההתקשרות החוזית הנפוץ ביותר כיום. שורש הבעיה המשפטית בחוזים האחידים טמון בפערי הכוחות ובפערי המידע בין הצדדים המתקשרים. נראה כי הכשל העיקרי של חוק החוזים האחידים הוא שכחוק עליו להיבחן בספירה המשפטית אלא שלרוב הוא אינו מגיע אליה כלל. בעקבות הטיות קוגניטיביות הצרכן בוחר לוותר על זכויותיו. כמותו הספק אינו שש לאשר את חוזיו האחידים בבית הדין ואף נמנע ממצע עם גורמים שיפוטניים. גם אם בחר הלקוח לעמוד על זכויותיו, לרוב מפאת סכום הכסף הנמוך שעל הפרק, תיפתר הסוגיה בערכאה נמוכה, ולא בבית משפט העליון אשר יוכל לפתח את ההלכה. כפי שנגלה בהמשך, גם כאשר ניתנת ההזדמנות לבית המשפט להביא לשינוי ולפתח את דין החוזים האחידים, אפקט הקונצנזוס השגוי ודרך התפתחותם של דיני החוזים בצלה של עסקת המקרקעין, מקשים פיתוח הלכה המתאימה לעסקאות הצרכניות המאפיינות את המאה העשרים ואחת. על פניו נראה כי חוק החוזים האחידים על תיקונו נשאר כשהיה: רעיון נפלא אשר נכשל בביצוע ולא אומץ על ידי השחקנים המרכזיים שאליהם הופנה.

תיקון מספר 5, שאותו אסקור בפרק הבא, הוא התיקון הגדול והמקיף ביותר מקרב התיקונים לחוק החוזים האחידים. בראי המכשולים העיקריים המונעים מחוק החוזים האחידים להגשים את יעדו אבחן את תיקון מספר 5.

ג. תיקון מספר 5 – סקירה לאור ניתוח החוק בפרקים הקודמים

"מה הטעם היה בחיפזון לברוא את העולם בשישה ימים? עדיף היה להקדיש לעניין ימים נוספים ולחסוך מאיתנו את כל השיפורים והשכלולים שאנו נאלצים לבצע כיום" (מארק טוויין).

בתאריך ה־8.12.2014 אושרה בקריאה שנייה ושלישית כניסתו לתוקף של תיקון מספר 5 לחוק החוזים האחידים. מעיון בהצעת החוק, ובדברי ההסבר הנלווים לה, עולה כי המחוקק ביקש לשנות היבטים מהותיים ובעלי חשיבות עקרונית.¹²² נראה כי מדובר בתיקון המהותי והמקיף ביותר מאז שהחליף החוק הנוכחי את החוק הישן. התיקונים השונים נובעים בחלקם מלקחים שהופקו במרוצת שלושת העשורים

¹²² הצעת החוק, לעיל ה"ש 109.

האחרונים. אחרים הם תגובה על החלטות שיפוטיות שהתקבלו בשנים האחרונות בבית הדין לחוזים אחידים ובכית המשפט העליון. בפרק זה אסקור ואציג את עיקרי התיקון בראי הפערים אשר נדונו בחלקיה הקודמים של רשימה זו. בסיום הפרק אציע הצעה לתיקון המצב הקיים.

1. תיקונים בחזקות הקיפוח

סעיף 4 לחוק החוזים האחידים מונה רשימת תניות שבעניינן קבע המחוקק חזקה הניתנת לסתירה שהן מקפחות. נפקותה של חזקה זו ניכרת בשני אופנים: רשימה זו משמשת תמרוז אזהרה המתריע Ex-ante מפני שימוש בתניות בעלות פוטנציאל קיפוח, והיא גם אמצעי זיהוי ותיחום Ex-post משנתגלע סכסוך בין ספק ללקוח. רשימה זו תסייע בידי הלקוח, ולמי מהגופים הציבוריים המוסמכים על פי חוק, להוכיח בבית המשפט או בבית הדין שהתנאים שעל הפרק מקפחים.¹²³ משהוכח קיפוח על פי אחת החזקות, או על פי הגדרת הקיפוח הכללית, עובר נטל השכנוע מכתפי הדורש (הלקוח) אל כתפי הספק אשר ניסח את התניות החשודות בקיפוח והמצויות בחוזה ההתקשרות שהוא מציע ללקוחותיו. התיקון בסעיף זה נחלק לשני עיקרים: הראשון, תיקון חזקות קיפוח קיימות והשני, קביעת תניות קיפוח חדשות.

1.1 תיקון חזקות קיפוח קיימות

(1) סעיף 4(7) תוקן באופן הקובע כי "תנאי המטיל את נטל ההוכחה על הלקוח, ואלמלא אותו תנאי נטל זה לא היה מוטל עליו", חזקה שהוא מקפת. לשון הנוסח הקודם הייתה הודית, כלומר במקום "לקוח" נכתב "צד". התיקון ביאר את הברור מאליו כאשר קבע כי אך בהתקיים תניה המכבידה על כתפי הלקוח, תיחשב תניה זו למקפחת.

(2) סעיף 4(8) תוקן באופן המוסיף ומחדד את חזקת הקיפוח של תנאי השולל או מגביל את הזכות להשמיע טענות מסוימות בערכאות משפטיות או הקובע כי כל סכסוך בין הצדדים יידון בבוררות. בסעיף זה שני תיקונים עיקריים אשר מטרתם ביאור ההפרדה וההבדל בין תנאי השולל גישה לערכאות, ואשר דינו בטלות לפי ס' 5(א) לחוק, לעומת מניעה חלקית כגון חיוב בבוררות או מניעת השמעה של טענות בערכאה שיפוטית.¹²⁴ באשר לחלקו הראשון של הסעיף, לשון הסעיף ערב התיקון

¹²³ משה גלברד ויהודה אדר "הצעת חוק החוזים האחידים (תיקון מס' 4): עיון ביקורתית" **חוקים** ה 99 (2013) (להלן: גלברד ואדר); לוסטהויז ושפניץ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 64.

¹²⁴ זכות הגישה לערכאות הוכרה כזכות יסוד חוקתית בשיטת משפטנו, ולכן הסעד בגין פגיעה בה צריך להיות חמור ומידי. לעיון מעמיק בהתפתחותה של זכות זו ראו: יורם רבין "זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית (בעקבות ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' "

הייתה מעורפלת באופן שההבחנה בין הסעיפים 4(8) ל-5(א) הייתה קשה. גריעת המילים "או להזדקק להליכי משפט אחרים" יצרה את ההפרדה הברורה בין מניעה גורפת של גישה לערכאות לבין הגבלות נקודתיות אשר פוגעות בזכות הטיעון בלבד. כך נוצרה ההדרגתיות שביקש המחוקק ליצור מלכתחילה.

חלקו השני של הסעיף הרחיב את חזקת הקיפוח באשר לקביעה המחייבת לדון בבוררות בסכסוך שבין ספק ללקוח. הסעיף הקודם סייג חזקה זו בהינתן "הסכם בורות מקובל". לעומת זאת הסעיף המתוקן עוסק בכל קביעה כי סכסוך יידון בפני בורר כקביעה אפריורית.¹²⁵ הסעיף במתכונתו הנוכחית מבטיח את הוודאות והיציבות הנדרשים לתוכנה העמום של דוקטרינת הקיפוח.

(3) סעיף 4(10) הוא המשך ישיר של חזקת הקיפוח בקביעה אפריורית של פתרון הסכסוך בבוררות. למען הסדר הטוב אציין שאין דינו של חוזה אחיד צרכני כינו של חוזה אחיד מסחרי. הבחנה הכרחית זו נעדרת מחוק החוזים האחידים. בבסיס כל אחד מסוגי החוזים עומדים רציונליים אחרים, ובכל הנוגע לתניות בורות קל וחומר שההבחנה נחוצה. בחוזים מהסוג הצרכני, קיומה של תניית בורות כשלעצמה מעוררת חשד סביר בדבר כוונתו של הספק לחסום תביעות מסוג תובענה ייצוגית או תביעה בבית המשפט לתביעות קטנות נגדו. אם הפריך הספק את חזקת הקיפוח שבסעיף 4(8), עליו לצלוח מכשול מדוקדק ומפורט יותר בסעיף 4(10) המכיל רשימה פתוחה של דוגמאות לאפשרויות של ספק לנצל את כוחו כדי להשפיע על הליך הבוררות ולהטותו לטובתו. בנוסחו הקודם כלל הסעיף רשימת דוגמאות מצומצמת: קביעת בורר, מקום בורות, תנאים לניהול הבוררות, אופן ניהול הבוררות וסדרי הדין שיחולו. הרחבת הסעיף נעשתה לאור ההבנה כי ייתכנו נושאים נוספים שלא נכללו ברשימה המקורית וגם הם עשויים לשמש כר פורה לפעולות מקפחות מצד הספק.

המבחן לקיפוח בנוסח של סעיף בורות חוזי הוא מבחן "ההשפעה היתרה". מבחן זה, העולה מלשון הסעיף, בודק את השפעתו של הספק על תניות הבוררות ויכולתו להשפיע על תוצאות ההליך. אני סבור שמבחן זה אינו יעיל לצורך קביעה כי תניה פלונית מקפחת. בהתקשרות באמצעות חוזה אחיד הספק קובע את תנאי ההתקשרות

קליל תעשיות בע"מ" המשפט ה 217 (2000).

¹²⁵ תחילה, כעולה מהצעת החוק המקורית, התכוון המחוקק להמיר את המונח "מקובל" במונח "סביר". סבורני כי פעל נכון המחוקק כאשר בחר שלא להמיר מושג שסתום מסוג סטנדרט במונח שסתום אחר שהעמימות הטבועה בו רבה אף יותר, שכן המונח "מקובל" הוא קריטריון דסקריפטיבי-אמפירי ואילו המונח "סביר" מספק לבית המשפט קריטריון נורמטיבי – קריטריון שמטיבו ומטבעו פתוח לפרשנות רחבה יותר מצד הערכאה השיפוטית ובכך מגדיל את אי-הוודאות באשר למצב המשפטי. ראו גלברד ואדר, לעיל ה"ש 123, בעמ' 108; מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז 321, 325–326, 331–332 (1987).

וכל תניה הנוגעת לבוררות מבטאת השפעה גדולה מזו של הלקוח על הליך הבוררות. גלברד ואדר מציעים להמיר את מבחן "ההשפעה היתרה" של הספק ב"מבחן הסטייה". חוק הבוררות¹²⁶ קובע הוראות דיספוזיטיביות המספקות מענה לרובם המכריע של העניינים הנוגעים לניהולו של הליך בוררות. מבחן הסטייה יבחן את סטיית הסעיף החוזי מחוק הבוררות ומהוראותיו. זאת בהנחה שהסדרים שבחוק הבוררות הוגנים ומאוזנים באופן המבטיח הליך הוגן ושוויוני לכל אחד מהצדדים להליך הבוררות. פתרון זה ראוי בעיניי משום שחזקות קיפוח נוספות, המנויות למשל בסעיפים 4(1), 4(3) ו-4(6), נסמכות בבחינתן על הפרת דין אחר המטיל אחריות על הספק או לחלופין מעניק תרופה או זכות ללקוח.¹²⁷ בקשתו של ספק לחרוג מדין המוחזק כמאוזן, יכולה לעמוד לו לרועץ ולשמש "נורת אזהרה" המתריעה על אפשרות של תניה חוזית מקפחת.

1.2 חזקות קיפוח חדשות

(1) סעיף 4(א) קובע חזקת קיפוח של "תנאי המקנה לספק באופן בלתי סביר תרופה שאינה עומדת לו על פי דין, לרבות תנאי המתיר לספק לצרף תרופות שאין לצרפן על פי דין או תנאי הקובע פיצויים מוסכמים שאינם סבירים לטובת הספק". סעיף זה משלים את סעיף 4(6) העוסק בתנאי השולל ומגביל זכות או תרופה העומדת ללקוח על פי דין. בדיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט הביעו נציגי הספקים את מורת רוחם מתיקון זה.¹²⁸ לדעתם מדובר בסעיף גורף אשר מכיל את יתר הסעיפים ובכך מייתר אותם. לכאורה, תיקון הסעיף הופך במובן מסוים את הספק ל"רשות" על פי עקרון חוקיות המנהל בכל הקשור לתרופות וסעדים. סעיף זה מטיל חזקת קיפוח על כל סעד או תרופה שאינם מוקנים לספק על פי חוק. קביעה כגון דא מפרה לדעת נציגי הספקים את עקרון חופש החוזים. יתרה מזו, נשמעו טענות כי חיי המסחר מתקדמים מהר יותר מיכולת הסדרת החוק בידי המחוקק. על כן תחומים עסקיים שלמים אינם מוסדרים באופן פרטיקולרי בידי המחוקק ובהם אין החוק מקנה לספקים תרופות הולמות. לדעתי, בצדק דחתה הוועדה טענה זו. הוספת סעיף 4(א), שלא כנרטיב שבו השתמשו נציגי הספקים, אינה "מוציאה מהחוק" תניות חוזיות, אלא מעבירה את נטל ההוכחה אל כתפי הספק. העברת הנטל נעשית אך לאחר שהוכיח הלקוח שהתנאי מעניק לספק באופן בלתי סביר תרופה שאינה עומדת לו על פי דין. הולם וראוי להטיל את נטל ההוכחה והשכנוע במצב כזה על הצד שניסח את

126 תוס' ראשונה ושנייה לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק הבוררות).

127 גלברד ואדר, לעיל ה"ש 123, בעמ' 110.

128 פרוטוקול הנפרש על כשתי ישיבות העוסק רובו ככולו בתניה זו. ראו: פרוטוקול ישיבה מס' 148 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-19 (25.2.2014), פרוטוקול ישיבה מס' 172 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-19 (29.4.2014).

הסעיף החשוד בקיפוח, ולא על הצד שלא השתתף בעיצובו כלל.

(2) סעיף 4(12) החדש הוא תגובה ישירה של המחוקק על פסק הדין בעניין **בנק לאומי**.¹²⁹ הסעיף קובע חזקת קיפוח של "תנאי שלפיו נדרש הלקוח לאשר או להצהיר כי קרא את החוזה, או תנאי שבו הלקוח מצהיר על מעשה שעשה, על מודעותו לעניין מסוים, או על עובדה שמתקיימת בעניינו, או מאשר אותו, והכול למעט מידע שהלקוח מסר לספק בחוזה". תניות מסוג זה נפוצות בהתקשרויות למיניהן הנכרתות באמצעות חוזה אחיד כגון התקשרות לפתיחת חשבון עם בנק. ברקע ניצבת ההלכה הידועה ש"כלל הוא כי אדם החותם על מסמך מוחזק כמי שקרא אותו והבין את תוכנו וכי חתם עליו לאות הסכמתו".¹³⁰ חזקה זו ניתנת לסתירה על ידי הוכחת גרסת הטוען בראיות פוזיטיביות העולות כדי אפשרות קרובה. בעניין **בנק לאומי** סירב בית המשפט להבחין בין חתימה על חוזה קלסי "רגיל" לבין חתימה על חוזה "אחיד" לעניין זה.¹³¹

בפרקים הקודמים לחיבור זה עמדתי על הבעייתיות שבקביעה זו. בעניין **בנק לאומי** נימק בית המשפט קביעה זו בכך שאין קריאת החוזה מאיינת את זכויותיו של הלקוח הצומחות לו מכוח חוק החוזים האחידים.¹³² קביעתו של בית המשפט העליון שונה בעניין זה מגישתו של בית הדין לחוזים אחידים אשר קבע בעניין **בנק לאומי** ובעניין **הבנק הבינלאומי** כי "חוק החוזים האחידים נועד כולו להתמודד עם הפיקציה כי הלקוח קרא, הבין את החוזה והסכים לתוכנו. ההגנה הניתנת מכוח חוק זה ללקוח מבוססת, למעשה, על ההנחה שהלקוח הרגיל אינו קורא את החוזה או אינו מבינו, ועל כל פנים אין לראותו כמי שמסכים הסכמה אמיתית לתוכנו".¹³³ כאמור גישה זו נדחתה על ידי בית המשפט העליון.

תיקון החוק דוחה את גישתו של בית המשפט העליון ומקבל את זו של בית הדין. בדברי ההסבר נכתב כי "קיים חשש כי החלטה זו של בית המשפט העליון תגרור הכשלתם של לקוחות ותביא לפגיעה בהם, באופן שאינו עומד בקנה אחד עם מטרות חוק החוזים האחידים".¹³⁴ אין חולק שסיווגו של חוזה כחוזה אחיד אינו מפקיע את

129 עניין **בנק לאומי**, לעיל ה"ש 120.

130 פרשת **יולזרי**, לעיל ה"ש 85; שם, תוך הפניה לע"א 1513/99 **דטיאשילי נ' בנק לאומי לישראל בע"מ**, פ"ד נד(3) 591 (2000); ע"א 6645/00 **עו"ד ערד נ' אבן**, פ"ד נו(5) 365 (2002).

131 טעמו היה שהיות החוזה "אחיד" אינו מאיין את היותו חוזה "רגיל". לוסטהוויז ושפניץ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 19; גבריאלה שלו, לעיל ה"ש 8, בעמ' 606-608; פסק הדין בעניין **מילגרומ**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 157.

132 עניין **בנק לאומי**, לעיל ה"ש 84, בעמ' 17.

133 עניין **בנק לאומי**, לעיל ה"ש 84, בעמ' 175; ח"א 8002/02 **המפקח על הונקים נ' הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ**, פס' 165 (פורסם בנוב, 1.10.2009).
134 קביעה זו גם מתיישבת עם Restatement (second) of contracts § 211 (1981), המכיר בכך שחתימה על חוזה "אחיד" אינה זהה לחתימה על חוזה "רגיל".

החוזה מסיווגו המקורי והעיקרי – חוזה. דא עקא, וכפי שמפורט בפרקים הקודמים, שאין מדובר בחוזה ככל החוזים אלא בחוזה בעל אופי ומאפיינים מיוחדים. לפיכך ברוח חוק החוזים האחידים, ההתייחסות המשפטית אליו צריכה להיות שונה מזו הנהוגה כלפי חוזה רגיל בעניין זה. לקביעה זו חשיבות רבה. גם אם השפעת התיקון על הספקים והלקוחות תהיה שולית כמצופה מניתוחם ההתנהגותי למעלה, בכל זאת אותה המחוקק לבית המשפט, אות אשר ככל הנראה יזכה לתגובתו של בית המשפט בדיון הבא אשר יגיע לפתחו.

יש הסבורים שניסוח הסעיף באופן שהוא חל על כל הצהרה מפי הלקוח, יהא תוכנה אשר יהיה, גורף ומשולל הצדקה.¹³⁵ לדידם, ניסוח גורף של הסעיף עלול להכביד על התקשרות הצדדים לחוזה ולכן עלול להביא להתנהלות מתגוננת מצד הספקים. התנהלות מסוג זה עלולה לגרור הוצאות כלכליות אשר יגדילו שלא לצורך את עלות המוצר וההתקשרות, דבר שיגרע מרווחתם של כל הצדדים המעורבים. איני שותף לדעה זו, ולא רק בראי ניתוח החוק מנקודת מבטם של הספקים והלקוחות כפי שהובא בפרק ב' לרשימה זו. הספקים פועלים ב"שיטת מצליח" ומעניקים מענה נקודתי לסכסוכים עם לקוחות "מתוחכמים". הלקוחות לוקים באדישות רציונלית ולכן אינם ערים להימצאותו או להיעדרו של סעיף הצהרתי. הטלת נטל ההוכחה על כתפי הספקים היא היפוך המצב הקודם שבו נדרש הלקוח לסתור את "נטל הקריאה". אם דרוש לספק אישור הצהרתי, הוא יכול לבקש מסירה פוזיטיבית של מסמך שימש ראייה או לחלופין להיזקק לכתיבת ההצהרה כטקס חופשי באופן שלא תוכל להיחשב לתנאי מקפח.¹³⁶

2. תיקון תנאים בטלים בחוזה אחיד

סעיף 5(ב) החדש קובע כי "תנאי בחוזה אחיד הפוטר את הספק, באופן מלא או חלקי, מאחריות לנזק גוף או למעשה זדון המוטלת עליו על פי דין – בטל". לעומת חזקת קיפוח, הניתנת לסתירה, סעיף זה מצטרף לסעיף 5(א) כחזקה חלוטה שאינה ניתנת לסתירה ודינה בטלות.¹³⁷ סעיף 4(1) סיווג תניה הפוטרת את הספק מאחריות המוטלת עליו על פי דין כחשודה, ואילו סעיף 5(ב) מכתירה כבטלה.¹³⁸ מן הסעיף

¹³⁵ גלברד ואדר, לעיל ה"ש 123, בעמ' 116.

¹³⁶ בדיונים בוועדת חוקה, חוק ומשפט הועלה חשש זה על ידי נציגי הבנקים וחברות מסחריות נוספות במשק. ראו תגובתו של היועץ המשפטי לוועדה, אלעזר שטרן, על טענות אלו. פרוטוקול ישיבה מס' 256 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-19, 1-11 (12.11.2014).

¹³⁷ ס' 2(ב) לחוק הגנת הצרכן קובע: "לא יציב עוסק שלט ולא יודיע בכל דרך אחרת, שאין הוא אחראי לכל נזק גוף העלול להיגרם לצרכן בתחום העסק או בחצרו". תיקון ס' 5(ב) לחוק החוזים האחידים מחזק הוראת חוק זו ומעניק סעד של בטלות.

¹³⁸ גלברד ואדר, לעיל ה"ש 123, בעמ' 147-150.

החדש ומכותרתו, "תנאים בטלים בחוזה אחיד", עולה שהמחוקק הישראלי אימץ חלקית את עניין הרשימה השחורה והרשימה האפורה הנהוג במדינות האיחוד האירופי. מעיון בדברי ההסבר¹³⁹ עולה כי המחוקק ביקש להכניס תניות כגון אלו, הפוטרות את הספק מאחריות לנזקי גוף, תחת כנפי תקנת הציבור שבסעיף 30 לחוק החוזים הכללי. ההיסטוריה הפסיקתית בישראל מלמדת אותנו ממילא כי בית המשפט נוקט גישה חשדנית לתניות חוזיות הפוטרות ספקים מאחריות לנזקי גוף. לא זו אף זו, חיבור בין תניה כגון דא ובין תקנת הציבור אינו בגדר חדשות.¹⁴⁰ אף-על-גב, אין בנמצא במחוזות הפסיקה הישראלית הלכה ברורה הקובעת כי תניית פטור גורפת מאחריות לנזקי גוף דינה בטלות. ישנם פסקי דין המביעים דעה מהוססת בנושא.¹⁴¹ ישאל השואל, האם ראוי ונכון להעניק בטלות גורפת בלא כל התחשבות בנסיבות העניין ובטיבו של החוזה? נראה כי מתוך קשת האפשרויות אשר עמדה לרשות המחוקק בחר הוא בחלופה המחמירה. איני סבור כי ראוי לקבוע שתניה זו דינה בטלות מוחלטת כפי שקבע המחוקק. תיקון זה מסיר את שיקול דעתו של בית המשפט או בית הדין ואינו מבטא את המצב המשפטי המצוי. נוסף על כך נראה כי המחוקק נכשל בעיצוב המצב המשפטי הרצוי. אין חולק כי מדובר בקביעה חשובה אשר מטרתה להגן על ציבור הלקוחות, אך מסופקני אם היה ראוי לעגנה בהסדר הדומה לאחריות קפידה או לאחריות מוחלטת.

139 הצעת החוק, לעיל ה"ש 109, בעמ' 295.

140 ע"א 285/73 לגיל טרמפולין בע"מ נ' נחמיאס, פ"ד כט(1) 63 (1974); ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר, פ"ד יז(2) 1319 (1963) (להלן: פרשת צים); ע"א 1795/93 קרן גמלאות של חברי אגד נ' יעקב, פ"ד נא(5) 443 (1997). ראו את דבריו המאלפים של השופט חשין בפס' 12-14 לפסק דינו: "מה בין 'תנאי מקפח' לבין 'תנאי הנוגד את תקנת הציבור'? [...] כשאני לעצמי אומר, שנתקשיתי להבדיל בין סמכות לסמכות, בין מגל לחרמש, בין כלי מבער רע מימין לבין כלי מבער רע משמאל. אליבא דידך, ההבדל בין השניים – ככל שהוא בנמצא – הבדל דק-מך-הדק הוא; ובהיותו מה שהוא, שאלה היא אם ראוי לנו שנדוק ונדקדק [...] מושג התנאי המקפח מהווה מעין קריסטליזציה של תקנת הציבור בנסיבות החוזים האחידים"; גבריאלה שלו, לעיל ה"ש 8, בעמ' 621-622.

141 שם. למשל בפסק הדין בעניין לגיל טרמפולין קבע השופט ויתקון כי לא כל סעיף הפוטר את הספק מחבות בגין נזקי גוף יהיה בו כדי לסתור את תקנת הציבור; גלברד ואדר, לעיל ה"ש 123, בעמ' 149-150.

3. פרסום החלטות בית הדין

סעיף 11 עוסק בפרסום החלטות בית הדין.¹⁴² בפרקים הקודמים הוצגה החשיבות של פרסום החלטות מנחות המעצבות את הדין. להחלטות בית הדין בכל הנוגע לשינוי תניות מקפחות או לביטולן יש השפעה ישירה על ציבור הלקוחות של הספק הספציפי. זאת ועוד, ספקים אחרים יכולים ללמוד מהכרעות בית הדין וליישם את החלטותיו בניסוח חוזיהם. להכרעת בית הדין יש השפעה גם על הליכים פרטניים המתקיימים בין לקוחות לספקים בערכאות השונות. פרסום ההחלטות נחוץ אפוא למתדיין התוקף את הסעיף החוזי, ולזה המגן עליו בתכנון מהלכיהם.

ההסדר ערב התיקון לקה בחסר. החלטות בית הדין לחוזים אחידים פורסמו בספר ההחלטות שהונח במזכירות בית הדין בעוד החלטות בתי המשפט מתפרסמות כיום באינטרנט.¹⁴³ במרוצת השנים חל שיפור יחסי בחשיפה הציבורית של פסקי הדין של בית הדין. החלטות בית הדין כלולות במאגרים המשפטיים האלקטרוניים, וחלקן מפורסמות גם באתרי ארגוני צרכנות. במרבית מאגרי המידע פסיקות בית הדין "נבלעות" בפסיקותיהם של בתי המשפט המחוזיים ואיתורן קשה יחסית.¹⁴⁴ יתרה מזו, פרסומן אינו שלם משום שהחווה הנדון בהחלטת בית הדין אינו מצורף לה.

¹⁴² ס' 11(א) לחוק קובע כי "בית הדין ינהל ספר החלטות שיהיה פתוח לעיון הציבור". ס' 11(ב) לחוק קובע: "ביטל או שינה בית הדין תניה מקפחת יפרסם את החלטתו או תמצית ממנה בשני עיתונים יומיים לפחות או בכל דרך אחרת שנקבעה בתקנות; החלטות אחרות רשאי בית הדין לפרסם בדרך שתיראה לו מתאימה לתועלת הציבור".

¹⁴³ לנושא הפרסום ראו בהרחבה: מסיקה, לעיל ה"ש 111; מיכאל, לעיל ה"ש 10; פרוטוקול ישיבה מס' 172 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 128, בעמ' 36.

¹⁴⁴ ראו: גלדברד ואדר, לעיל ה"ש 123, בעמ' 175, הערה 175. המחברים בדקו את תוצאות החיפוש במאגרי המידע המשפטיים המופיעים באינטרנט. כיוון שחלף זמן ממועד כתיבת רשימתם, ערכתי בדיקה חוזרת בעצמי ולהלן התוצאות: במאגר "תקדין" אין אפשרות של בחירה נפרדת בהחלטות של בית הדין לחוזים אחידים. לא יועיל חיפוש על פי הקידומת ח"א, שכן בעבר סומנו חלק מהכרעות בית הדין באותיות אחרות. בחיפוש נמצאו כ-14 הליכים; במאגר "נבו", לצד אפשרות בחירה מתוך עשרות ערכאות שונות, ניתן לייחד חיפוש לפסיקותיו של בית הדין. החיפוש העלה כ-110 תוצאות. חיפוש זה ניב אך את ההחלטות המסומנות באותיות ח"א, ולכן לא יאתר את כל החלטות בית הדין (פרט לכש החלטות המתחילות באותיות ע"א); במאגר "פדאור" אין אפשרות לייחד חיפוש לבית הדין גרידא ושימוש בחיפוש המתקדם מניב כ-265 תוצאות של ערכאות מחוזיות בנושא חוזים אחידים. תוצאות החיפוש מעלות אפוא כל דיון בבית משפט מחוזי המצוי במאגר ומכיל את מילות החיפוש "חוזים אחידים", ולא רק את החלטותיו של בית הדין; במאגר "פסק דין" ניתן לייחד חיפוש לבית הדין, וחיפוש זה העלה כ-30 החלטות בלבד; מאגר "LawData" מאפשר חיפוש פרטני של הכרעות בית הדין ומניב יותר מ-100 החלטות. נראה כי מאז נכתבה רשימתם של גלדברד ואדר חל שיפור בהנגשת החלטות בית הדין במאגרי המידע. עם זאת, הספק אם שלל החלטות בית הדין נגישות לציבור מתחזק לנוכח הפערים הניכרים במספר ההחלטות בין המאגרים.

פרסום ההחלטה ללא צירוף החוזה מקשה על הלקוח לבחון אם תיקן הספק את חוזהו לפי הנחיות בית הדין. עם זאת, גם לו היה בית הדין מצרף את החוזה להחלטותיו, סביר להניח שהלקוח הרגיל לא היה מעיין בו טרם חתימה על הסכם זהה.

נוסחו החדש של הסעיף קובע: "בכפוף להוראות סעיף 25 לחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992, פסקי דין והחלטות אחרות של בית הדין לחוזים אחידים, לרבות נוסח חוזים אחידים שאליהם מתייחסים פסקי דין או החלטות כאמור, **יפורסמו כדרך שמתפרסמים פסקי דין והחלטות אחרות של בתי המשפט המחוזיים**; בית הדין רשאי לפרסם פסקי דין והחלטות שלו **בדרכים נוספות שייראו לו מתאימות**, לתועלת הציבור".¹⁴⁵ נראה כי במקום לקבוע מנגנון ברור, המיר המחוקק הנחיה עמומה אחת באחרת. יש לקבוע דרך פרסום שתביא את קביעות בית הדין לידיעת הציבור. כפי שנוכחנו, חרף השיפור המרשים, הדרך להגשמת יעד זה עוד ארוכה. בעידן האינטרנטי המאפיין את תקופתנו ראוי להקים מכוח חוק (ולא כיוזמה התנדבותית מטעם גוף או ארגון זה או אחר) מאגר אשר ירכז את הכרעות בית הדין.

4. ביטול האפשרות לאשר חוזים אחידים על ידי ספקים בבית הדין

אחד מהתיקונים המהותיים והבעייתיים בעיניי הוא ביטול פרק ג' לחוק. פרק זה הסדיר בעבר את אפשרותו של ספק לפנות לבית הדין ולנסות לקבל אישור לחוזה האחיד שבאמצעותו הוא מתקשר עם לקוחותיו. בתום ההליך דחה בית הדין את הבקשה אם מצא כי החוזה מכיל תניות מקפחות. לחלופין העניק את אישורו ובכך הקנה לספק "ביטוח" מפני תקיפת תניות החוזיות בערכאות שיפוטיות בעילת קיפוח לפרק זמן שאינו עולה על חמש שנים. אישור החוזה הקנה את הזכות לציין זאת על גבי החוזה "המבוטח". כעולה מן הפרקים הקודמים, הספקים לא התדפקו על דלתותיו של בית הדין ולא המתינו בתור לאישור חוזיהם.

תועלתו המוגבלת של ההליך הולידה שתי גישות עיקריות לפתרון המצב.¹⁴⁶ הראשונה הייתה גישה אופטימית חיובית, אשר בבסיסה ההנחה כי מדובר במנגנון חיוני בעל פוטנציאל לשמש אמצעי יעיל לפיקוח על חוזים אחידים. על פי הדוגלים בגישה זו, כישלוננו של ההסדר הנוהג מחייב את התערבותו של המחוקק במטרה להגביר במידה ניכרת את השימוש במנגנון האשרור. תיקון מספר 147³ היה אחת מאבני הדרך להגשמת הגישה החיובית. בתיקון זה, שמקוצר היריעה אדון בו בתמצית, נקבעה בס' 15(ב) חובה שהוטלה על ספקים מסוג מסוים לציין על גבי חוזים

¹⁴⁵ ס' 11 לחוק (ההדגשות הוספו).

¹⁴⁶ גלברד ואדר, לעיל ה"ש 123, בעמ' 124-131.

¹⁴⁷ תיקון מספר 3, לעיל ה"ש 89.

בשימושם אם אושר החוזה על ידי בית הדין. מדובר בנורמה מסוג soft norms או כללים חצי קוגנטיים הנהוגים בדין הבין-לאומי בתחום החברות ואף צוברים תאוצה בענפי משפט נוספים.¹⁴⁸ הרעיון הוא מתן תמריץ חיובי לספקים החפצים בשימור מוניטין כלפי קהל לקוחותיהם. תמריץ זה פועל בשני שלבים: תחילה, וחשוב מכול, בשלב ניסוח החוזה ולאחר מכן בשלב אישורו בבית הדין. תמריצים כאלה טובים להכוונת המשק על ידי המחוקק, שכן אינם עולים כדי רגולציה כבדה או פיקוח הדוק מדי על הנעשה בשוק. תמריץ זה נכשל מתוקף הסיבות שהובהרו לעיל, ונראה שהוסיף על כך המחוקק בכך שלא הגדיל את המשאבים הציבוריים המוקצים לפעילות זו. ודוק, גם לו היה משיג תיקון מספר 3 את מטרתו, לא היה מסוגל בית הדין להתמודד עם מבול הפניות שהיה פוקד אותו.¹⁴⁹ משאבים אלה ראוי שיושקעו לא רק בבית הדין (לשם הגדלת נפח פעילותו) אלא גם במשרד המשפטים, משרד היועץ המשפטי לממשלה ואולי אף גופים נוספים המופקדים על ייצוג האינטרס הציבורי בפני בית הדין מכוח פרק ד' לחוק.

גישה שנייה הייתה הגישה הפסימית שלילית, שראתה בכישלוננו של תיקון מספר 3 הוכחה ניצחת לכישלוננו של מנגנון האישור. גישה זו ראתה בהליך האישור, הליך בלתי אפקטיבי שתורמתו לאינטרס הציבורי מוגבלת ולכן יש לצמצמו או כפי שבחר המחוקק בתיקון מספר 5 – לבטלו. מדברי ההסבר, אשר במתכונתם המקורית ביקשו לצמצם את ההסדר, עולה¹⁵⁰ שלדעת המחוקק הליך האישור זהה בחשיבותו להליך הבקשה לביטול. שני ההליכים דורשים הקצאת משאבים ציבוריים נרחבים. בהליך הבקשה לביטול/שינוי עומד בפני בית המשפט צד אשר לנגד עיניו עומדת מטרת החוק המנויה בסעיף 1 ואילו בהליך האישור פועל הספק ממניעיו שלו שלא תמיד עולים בקנה אחד עם מטרת דין החוזים האחידים. הואיל ושני ההליכים זהים בחשיבותם, קבע המחוקק ש"עדיפה התמקדות והקצאת המשאבים של הגורמים המוסמכים בהגשתן של בקשות לביטול תנאים מקפחים בחוזים אחידים". כיוון שצמצום הקצאת המשאבים פירושו צמצום אטרקטיביות הפנייה לבית הדין, בוטל מנגנון זה כליל.

המחוקק בחר ללכת בשבילי הגישה הפסיבית. ככל שביקש המחוקק להעביר משאבים ובכך לעודד בקשות ביטול, אין הדבר עולה מלשון החוק ואין הדבר נתמך בהקצאת משאבים. אולם התיקון החדש מרחיב, ולו במעט, את סמכויות הגופים הציבוריים המוסמכים על פי חוק להגיש בקשת ביטול. סעיף 16 המתוקן מעניק לגופים אלו אפשרות להגיש בקשה לשינוי סעיף החשוד כמקפח (ולא רק בקשה

Andrew T. Guzman & Timothy L. Meyer, *international soft law*, 2(1) J. LEGAL 148
ANAL. 171-225(2010); סיני דויטש "דיני החוזים הצרכניים מול דיני החוזים המסחריים"
עיוני משפט כג 135, 185-186 (1999).

149 להרחבה בעניין תיקון מספר 3 ראו: בכר וגלברד, לעיל ה"ש 22.

150 דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 122, בעמ' 298.

לביטולו).

5. הרחבת סמכויותיו של בית הדין

אחד החסרונות הבולטים של חוק החוזים האחידים היה אי-הקניית סמכויות אכיפה ומתן סנקציות לבית הדין. על פניו לא הייתה לבית הדין ערב התיקון הסמכות לאכוף באופן אפקטיבי את החלטותיו בין שניתנו מכוח פרק ג' לחוק (בקשת אישור) ובין שניתנו מכוח פרק ד' (בקשת ביטול).¹⁵¹ ככל שמדובר בבקשת אישור על פי פרק ג', לשון החוק לא חייבה את הספק להמשיך ולהשתמש בחוזה שאושר. ספק שנדרש לתקן ולשנות את חוזהו לצורך אישורו, היה רשאי להחליט שלא להשתמש בחוזה המאושר. זאת ועוד, בהיעדר איסור בחוק ספק היה רשאי להמשיך ולהשתמש בחוזה הראשוני או אף לשנותו כאוות נפשו ובכך להמשיך בפעילותו הכלכלית בלי שייחשב למפר את החלטת בית הדין. בעיה דומה הייתה גם בקשר לחוזים שהונחו לפתחו של בית הדין מכוח פרק ד'. בבקשת שינוי או ביטול, בשונה מבקשת אישור, אין מדובר בספק הפונה מיוזמתו אל בית הדין אלא בספק שנדרש להופיע בפניו כנגד רצונו. גם במצב כגון דא הספק יכול לעקוף את החלטת בית הדין על ידי אימוץ ניסוח אחר לעסקה המקפחת. לא זו אף זו, לא הייתה סנקציה – אזרחית, מנהלית או פלילית – בארסנל הכלים של בית הדין כדי למצות את הדין עם ספק שהפר את הנחיותיו. תיקון מספר 5 מכיל שני הסדרים שמטרתם להתמודד עם בעיה זו:

(1) סעיף 17(ב) בנוסחו החדש קובע: "ביטל בית הדין תנאי או שינה אותו, כאמור בסעיף קטן (א), יגיש הספק לבית הדין נוסח מתוקן של החוזה האחיד הכולל את הביטול או השינוי שעליו הורה בית הדין, בתוך 21 ימים מהמועד שבו הפכה ההחלטה לחלוטה; הגיש הספק נוסח מתוקן כאמור, יקבע בית הדין אם החוזה שהוגש תוקן בהתאם להחלטתו". ס"ק ג' אף מוסיף וקובע: "ביטל בית הדין תנאי או שינה אותו, כאמור בסעיף קטן (א), רשאי הוא לתת כל צו להבטחת קיום החלטתו כאמור, ובכלל זה לחייב את הספק להשתמש בנוסח המתוקן של החוזה האחיד כאמור בסעיף קטן (ב), לתקופה שיקבע; צו לפי סעיף קטן זה, דינו לעניין ביצוע הצו ולעניין סעיף 6 לפקודת ביזיון בית משפט, כדין צו שניתן בידי בית משפט בעניין אזרחי".¹⁵² תיקון זה מעניק "שיניים" לבית הדין ומקנה לו סמכויות פיקוח ואכיפה על החלטותיו. יכולתו של בית הדין לתת צווים תאפשר לו לפקח על החלטותיו בדבר תיקון או מחיקת סעיף פלוני ולהבטיח שימוש בחוזה המתוקן לתקופה שתיקבע. הפרת צו בית הדין שקולה להפרת פסק דין ודינה כדין ביזיון בית משפט בערכאה

¹⁵¹ להרחבה ראו: מסיקה, לעיל ה"ש 111, בעמ' 115–118; גלברד ואדר, לעיל ה"ש 123, בעמ' 150–153.

¹⁵² ס' 17(ב) ו-(ג) לחוק.

אזרחית. מסופקני אם מנגנון זה ישים מבחינה מעשית, שכן כדי לאכוף סעד של ביזיון בית הדין לפי סעיף 6 לפקודת ביזיון בית משפט, נדרשת מעורבותו של צד פרטי. לארגונים בעלי זכות העמידה אין מספיק משאבים כדי לפקח על החלטות בית הדין ולהבטיח את אכיפתן, ואילו ללקוחות פרטיים אין זכות עמידה כלל.¹⁵³ אשר לסנקציית המאסר, כלל ידוע הוא שאי-אפשר לשלוח תאגיד לכלא.

(2) סעיף 18 לחוק עוסק בכמה סוגיות עיקריות. הראשונה היא סוגיית משך התחולה של החלטות בית הדין. השנייה היא סוגיית היקף התחולה של החלטות בית הדין. באשר לסוגיה הראשונה, התיקון הופך את הכלל לחריג ואת החריג לכלל באשר לתחולת פסיקת בית הדין.

עובר לתיקון קבע הכלל כי פסיקותיו של בית הדין בעניין בטלותם או שינוים של סעיפים מקפחים יזכו לתחולה פרוספקטיבית, ובמילים אחרות, פסיקותיו יחולו על כל חוזה עתידי שיכרות הספק עם לקוחות לאחר מתן פסק הדין. החריג לכלל היה אפוא תחולה רטרוספקטיבית בעקבות החלטת בית הדין כי החלטתו תחול גם על חוזים שנכרתו לפני הכרעת בית הדין. תיקון מספר 5 הפך את היוצרות וקבע כי ברירת המחדל תהיה תחולה רטרוספקטיבית להוציא חיובים שקוימו על פי החוזה לפני מועד זה. לפיכך החריג הוא שבמקרים מיוחדים כמפורט בסעיף 18(א)(2) בית הדין רשאי לקבוע תחולה פרוספקטיבית בהתחשב באחד מאלו: (1) סוג החוזה; (2) תקופת ההתקשרות; (3) עוצמת הקיפוח. מדובר ברשימה פתוחה ובית הדין רשאי להביא בחשבון שיקולים נוספים. קביעה זו מתיישבת עם ההלכה הידועה: "כאשר ערכאה שיפוטית קובעת הלכה, תוקפה של זו, בדרך כלל, הוא למפרע [...] לשון אחר, ההחלטה המפרשת הוראת חוק היא מעצם טיבה וטבעה דקלרטיבית. פעולתה איננה רק מכאן ולהבא, אלא היא בגדר הצהרה על מובנו של דבר החקיקה מאז ומעולם."¹⁵⁴

¹⁵³ יצאתי לבחון את הטענה בדבר מיעוט משאבים של הגופים הציבוריים בעלי זכות העמידה. מסקנה זו מתבקשת ממספרן הזניח של בקשות הביטול המוגשות לבית הדין כעולה מפרק ב'. לשם הדיון אתמקד במועצה הישראלית לצרכנות. מעיין בדו"חות התקציב על פי פרסומי החשב הכללי, (זמין ב- www.ag.mof.gov.il/AccountantGeneral/BudgetExecution/BudgetExecutionTopNav/BEHistoryDataHistory/BEHistoryData/default.htm) (נברק לאחרונה ב- 24.11.2016) עולה כי בפרק זמן של שלוש שנים לא ניצלה המועצה את תקציבה עד תום. עם זאת ניכרת עלייה מתמדת בניצול התקציב. בשנת 2011 ניצלה המועצה כ-34% מסך תקציבה, בשנת 2012 ניצלה המועצה כ-51% מסך תקציבה ובשנת 2013 ניצלה המועצה כ-98% מסך תקציבה. נתון זה יכול להטעות ולהביא לכלל מסקנה כי מקור הבעיה אינו במשאבי המועצה (להלן: פרסום החשב הכללי).

במועצה כ-13 עובדים המטפלים בכ-38,000 פניות בשנה, ראו לעיל ה"ש 118. התיבה "משאבים" כוללת תקינת כוח אדם, הכשרה מקצועית והכוונה. למועצה אחריות רבה בנושאים רבים ומגוונים ועל כן לטעמי רצוי לעבות את שורותיה ולהעניק לה תמריץ לעמוד על זכויותיהם של צרכנים בבית הדין לחוזים אחידים. את דעתי אביע בהרחבה בפרקים הבאים. בג"ץ 221/86 כנפי נ' ביה"ד הארצי, פ"ד מא(1) 469, פס' 5-11 לפסק דינה של המשנה

לכאורה ניתן לטעון שבכך נפגעת יכולת הסתמכותו של הספק. אולם באיזון שבין שיקול הסתמכותו של הספק לבין שיקול הגנת הצרכן, הגנה על הצרכן עדיפה ולו בגלל מטרת החוק המנויה בסעיף 1. אם החלטת בית הדין עלולה לפגוע באופן בלתי מידתי בהסתמכותו של הספק, בסמכותו של בית הדין לסטות מברירת המחול על פי השיקולים המוקנים לו בדין.¹⁵⁵

אשר לסוגיה השנייה, והיא היקף התחולה של החלטות בית הדין, סעיף 18 קובע כי החלטה של בית הדין בדבר ביטול או שינוי תניה מקפחת תחול "בכל חוזה אחיד אחר של אותו ספק שבית הדין קבע לגביו כי הוא דומה במהותו לחוזה האחיד שלגביו ניתנה החלטת בית הדין". התיקון מרחיב את נוסחו הקודם של הסעיף אשר קבע שהחלטת בית הדין תחול אך על "חוזה שנכרת על פי אותו חוזה אחיד". לשון אחר, החלטת בית הדין תחול על כל חוזה הדומה במהותו לחוזה שבעניינו פסק בית הדין. קביעה זו נועדה להתמודד עם ניסיון מצד הספק לחמוק מהכרעת הדין על ידי שימוש בחוזה דומה אך שונה. עריכת שינויים בחוזה לא תפטור את הספק מכפיפות להחלטת בית הדין אם אין בהם כדי לשנות את מהותו המקפחת. אין חולק שמדובר ביוזמה מבורכת המצמצמת את מרחב התמרון הנתון לספק המבקש לקפח את לקוחותיו. עם זאת, יש לזכור כי השוואה פורמלית בין חוזה אחד למשנהו היא עניין טכני ואילו השוואה מהותית בין חוזים אינה פשוטה באותה מידה. גם אם לבית הדין ישנם הכלים הדרושים לכך, אין בידו הזמן או כוח האדם כדי לעמוד במשימה זו.

6. תיקון בסייגים לתחולת החוק

סעיף 23 לחוק החוזים האחידים קובע ארבעה סייגים לתחולתו של החוק. בתיקון מספר 5 תוקן הראשון מהם, העוסק בתמורה כספית, והשני – העוסק "בתנאי התואם תנאים שנקבעו בחיקוק, בהתאם לתכלית החיקוק". אתמקד בראשון שלפיו לא יחול החוק על תמורה כספית שישלם הלקוח. לשון הסעיף לפני התיקון קבעה כי הוראות החוק לא יחולו על "תנאי הקובע את התמורה הכספית שישלם הלקוח". סייג זה משמש קרקע פורייה למחלוקות משפטיות ומהווה טענת הגנה מתבקשת מצד ספקים. הגדרתו של סייג זה עמומה והדיון המעמיק בו חורג מגבולותיה של רשימה זו. מחלוקת ניצחת המתעוררת בעקיבות הפסיקה נוגעת ליחס בין תמורה כספית כלשון החוק לבין מנגנוני עדכון מחיר. הפסיקה כבר הבחינה בין השניים בעבר באמצעות סעיף 4(4) לחוק באשר לעדכון התמורה הכספית הנתון לשיקול דעתו הבלעדי של הספק. יפים לכך דברי בית הדין בעניין **איגוד**:

לנשיא השופטת בן פורת (1987); ע"א 2444/90 ארואסטי נ' קאשי, פ"ד מח(2) 513, פס' 6ב'-8 לפסק דינו של השופט טל (1994).

155 דיון נרחב בנושא זה מצוי במאמרם של גלברד ואדר, לעיל ה"ש 123, בעמ' 131-136.

"ההנחה העומדת ביסוד סעיף 23(א) היא, שככל שמדובר בתנאי הקובע את התמורה שמשלם הלקוח, זהו ענין שגם בגדרו של חוזה אחיד הוא פרי משא ומתן בין הצדדים, או, לפחות, ענין המצוי במרכז תשומת ליבו של הלקוח עובר לכריתת החוזה, ולכן יש להניח כי הלקוח הסכים לו באופן ספציפי [...] שונים הדברים לגבי הסדרים שעניינם בעדכון או בשינוי מאוחר של התמורה. יש להניח כי הסדרים חוזיים כאלה, המתייחסים לתמורות עתידיות, אינם תופסים את מוקד תשומת ליבו של הלקוח"¹⁵⁶.

הטיות קוגניטיביות כגון האדישות הרציונלית, אפקט העלות השקועה ואופטימיות היתר שנדונו בפרקים הקודמים חלות כאן ביתר שאת. לפיכך ראוי לקבל פרשנות המוציאה מגדרי הסייג כל מה שאינו תמורה גרידא המועברת לספק. הדבר מתיישב עם מגמת הפסיקה, וכן עם דברי ההסבר להצעת החוק המנמקים את המילים "בעד נושא העסקה"¹⁵⁷. השיקולים המצדיקים הימנעות מהתערבות שיפוטית בנושא התמורה יפים כאשר הוראת החוזה קובעת מחיר נקוב הברור ללקוח.

אמחיש זאת בדוגמה: ראובן נכנס לחנות מכשירי אלקטרוניקה ורכש ממיטב כספו טלוויזיה בטכנולוגיית השידור המתקדמת ביותר בסכום של כ-10,000 ש"ח. למחרת היום כאשר ביקר בחנות אלקטרוניקה מתחרה גילה כי אותה טלוויזיה נמכרת בחנות המתחרה בכ-8,500 ש"ח. האם חל סעיף 23(1) על ענייננו? התשובה חיובית. אין מדובר בעניין זה בקיפוח כי אם בטעות בכדאיות העסקה כהגדרתה בסעיף 14(ד) לחוק החוזים הכללי. במצב כגון דא, המחיר החוזי נמצא במרכז תשומת לבו של הלקוח ולכן לא יוכל לטעון טענת קיפוח בשל פער המחירים גרידא. הדוגמה שלעיל היא מקרה קל, ונראה כי ניסוחו של המחוקק הקובע שסייג זה יחול רק על תמורה כספית "בעד נושא העסקה" יתקשה להתמודד עם מקרים מורכבים יותר עקב ניסוחו העמום.

¹⁵⁶ ח"א 704/05 איגוד איגוד בתי אבות בישראל – א.ב.א. נ' מדינת ישראל, פס' 25 לפסק דינה של השופטת מזרחי (פורסם בנבו, 11.10.2009) (להלן: עניין איגוד); ראו גם: עניין מילגרם, לעיל ה"ש 13; ת"א (מחוזי י-ם) 5032/03 משהב חברה לשיכון בנין ופיתוח בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 25.2.2004); עת"מ (מחוזי י-ם) 1315/04 איגוד נותני שירות סיעוד בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 3.7.2005); פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 753.

¹⁵⁷ למשל קביעתו של בית המשפט באשר לפרשנות של ס' 23(א) לחוק: "ראויה לפירוש מצמצם ככל הניתן", ראו: עניין קרן גמלאות, לעיל ה"ש 140, בעמ' 465; הצעת החוק, לעיל ה"ש 122, בעמ' 299–300. הוצע: "מוצע להבהיר שהסייג האמור בדבר התמורה הכספית, חל רק על התמורה עצמה 'בעד נושא העסקה' ולא על התנאים הנלווים לה, כגון: תנאים בדבר אופן חישוב התמורה או הדרך שבה היא נקבעת, החובה להפקיד פיקדון, מועד התשלום [...] תנאים אלה יעמדו לביקורת בית הדין ובית המשפט".

תיקון נוסף בסעיף זה הוסיף את צמד המילים "או הספק" לאחר המילים "שישולם הלקוח". תיקון זה מחיל את הסייג גם על מצבים שבהם הספק הוא מקבל הנכס או השירות ואילו הלקוח הוא שמספק אותם.¹⁵⁸ סעיף 2 לחוק מסווג את הספק כ"מי שמציע שהתקשרות עמו תהיה לפי חוזה אחיד, ואחת היא אם הוא הנותן או המקבל של דבר". הלקוח מוגדר מעצם ההגדרה השיורית כ"מי שספק מציע לו שהתקשרות ביניהם תהיה לפי חוזה אחיד, ואחת היא אם הוא המקבל או הנותן של דבר". מכך עולה השאלה מדוע נוסח מלכתחילה סעיף 32(א)1(1) בלשון שאינה עולה בקנה אחד עם סעיף ההגדרות. ייתכן שמדובר בהיסח הדעת וסוגיה משפטית זו לא עמדה לנגד מנסחי הסעיף המקורי. בית הדין לחוזים אחידים נדרש להתמודד עם שאלה זו בפסק הדין בעניין **איגוד**.¹⁵⁹ בהכרעתו נקט פרשנות מצמצמת וקבע: "בשים לב לגישה המקובלת כיום לפיה ראוי לפרש את הסעיף בצורה מצמצמת, אין הצדקה לקבוע לסעיף 23 פרשנות החורגת מגדר המתחם שמתירה לשונו". פירוש זה אינו מתיישב עם סעיף ההגדרות לחוק. על כן טוב עשה המחוקק שיישב מחלוקת זו. פרשנותם הקלסית של המונחים "לקוח" ו"ספק" אינה תואמת במובנה הכלכלי-היסטורי את ההגדרה שבסעיף 2 לחוק. על פי ההגדרה הכלכלית ההיסטורית, הלקוח הוא המתחייב לשלם את התמורה בעבור נכסיו או שירותיו. משום כך פעל נכונה בית הדין כאשר נצמד לפרשנות הצרה. הכרעה זו ממשיכה את מגמת הפרשנות המצמצמת סייגים לחוק ומתיישבת עם מטרת החוק המנויה בסעיף 1. תיקון מספר 5 הופך את הכרעת בית הדין ומרחיב את הסייג גם למקרים שבהם הלקוח הוא מקבל התמורה הכספית מידי הספק והוא שמספק את הנכס או השירות.

ד. תיקון מספר 5 – שינוי מהותי או תיקון פני ערשה

מסקירת עיקרי התיקון נראה שהמחוקק הקשיח עמדותיו כלפי הספקים. ביטוי להקשחה זו עולה מהוספת חזקות מקפחות (בלשון כללית וגורפת) וביאור אלו הקיימות במגמת פרשנות המרחיבה לחומרה ומבטאת את חשדנות המחוקק כלפי מנסח החוזה. ביטוי נוסף ניכר במעבר לשימוש ברשימה שחורה המכילה תניות בטלות (בדומה למדינות האירופי) לצד רשימה אפורה המכילה חזקות קיפוח הניתנות לסתירה. לצד כל אלה ביטל התיקון את פרק ג' לחוק ובכך בוטל מנגנון האישור המקנה לספק גישה עצמאית לבית הדין. ביטול זה נבע כאמור משני נימוקים

¹⁵⁸ פסק הדין בעניין **אפרופים** הוא דוגמה למקרה כזה. המדינה כמנסחת החוזה היא הספק, ואילו נותן השירות על פי הגדרת ס' 2 לחוק הוא הלקוח. ראו: ע"א 4628/93 **מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום בע"מ**, פ"ד מט(2) 265 (1995).

¹⁵⁹ עניין **איגוד**, לעיל ה"ש 156, בעמ' 9-10; ה"פ (מחוזי י-ם) 519/98 **עמותת בעלי ודיירי קרית וולפסון בירושלים נ' קריית וולפסון בירושלים חברה לניהול ושירותים בע"מ**, פס' 50 לפסק דינו של השופט דרורי (פורסם בנבו, 14.3.2007).

השלובים זה בזה – ההבנה כי הליך זה זהה מהותית בחשיבותו להליך בקשת הביטול או השינוי וחוסר אמון מצד המחוקק במניעיו של הספק.

לא רק מצבו של הספק השתנה מתוקף תיקון זה, אלא גם כוחו של בית הדין. מחד גיסא, ביטל המחוקק באמצעות תיקון זה הלכות שיפוטיות שונות הן של בית הדין הן של בית המשפט העליון. ביטול זה מעביר אל היושבים על כס השיפוט מסר ברור באשר לגישה המחמירה עם הספקים שבה חפץ המחוקק. מאידך גיסא, העניק המחוקק לבית הדין סמכויות אכיפה ופיקוח, יכולת להוציא צווים ואף את היכולת להטיל על ספק "מתחכם" סנקציה מכוח פקודת בזיון בית משפט. להחלטות בית הדין ביקש המחוקק להעניק פומביות ומשקל ציבורי. הענקת הפומביות מבקשת לשים את בית הדין במקום הראוי לו כמגדלור המסמן את הדרך לספינות הספקים וספינות הלוקחות המבקשות למצוא חוף מבטחים. בראי כל אלו הגיעה העת לשאול אם מדובר בשינוי מהותי או שמא בתיקון פני עדשה שאינו צפוי לשנות ממש את המצב הקיים. שאלה זו אבחן בהתייחס לשאלת פערי הכוחות ובחינת שינוי מעמדו של בית המשפט.

שאלת פערי הכוחות שבין הספק ללקוח – ניתן לומר כי במצב אידיאלי יביא חוק החוזים האחידים לשוויון בין הצדדים המתקשרים. עקרון השוויון קנה אחיזה בשיטת משפטנו ונתפס כעקרון יסוד אשר זכה למעמד חוקתי.¹⁶⁰ מעיקרון זה חשיבותו הרבה של נושא השוויון בין הצדדים לדיון משפטי,¹⁶¹ קל וחומר ביחסים המשפטיים שבין ספק ללקוח. כדי לבחון אם תיקון מספר 5 מקדם את עקרון השוויון במערכת המשפטית הנתונה, יש להתבונן תחילה במבנה המערכת כדי לבחון אם שוויון מסוג זה יכול להתקיים בה. על פי המלומד Marc Galanter,¹⁶² המערכת המשפטית מורכבת מארבעה מבנים משפטיים עיקריים: (1) כללי המשפט; (2) בתי המשפט; (3) עורכי הדין; (4) הצדדים. אליבא דגלנטר, פערי הכוחות המובנים בין הספק ללקוח הם תולדה של הפרמטר הרביעי.

הרחבת דיני הקיפוח, קביעת תניות הבטלות וסגירת שערי בית הדין בפני הספקים הן פעולות המעניקות בכורה לצדדים וליחסי הכוחות ביניהם. תיקון מספר 5 מבקש להביא לשינוי זה דרך שינוי הכלל המשפטי ועל ידי חיזוק כוחו של בית הדין ושל בית המשפט. דא עקא, נראה שאין בכך כדי לשנות את מאזן הכוחות בין הצדדים. קביעת חזקות קיפוח או אף הכרזה על בטלות סעיפים בעלי אופי פלוני, ימריצו את השחקנים החוזרים למצוא פתרונות יצירתיים המשמרים את יתרון כוחם על פני כוחו של הלקוח. ודוק, גם לאחר תיקון מספר 5 יישארו הלקוחות בגדר שחקן חד-פעמי

¹⁶⁰ בעיגונו על ידי בית המשפט בשורה של פסקי דין תחת כבוד האדם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו למשל: בג"ץ 1113/99 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נד(2) 164, 187 (2000).

¹⁶¹ "פרדוקס הייצוג בתביעות קטנות", לעיל ה"ש 45, בעמ' 345–355.

¹⁶² Galanter, לעיל ה"ש 33.

ואילו הספקים ימשיכו לשאת בגאווה את התואר שחקן חוזר. לפיכך לספק עדיין יש יתרון אינהרנטי הנובע מניסיון רב, ייעוץ מקצועי, יכולת השפעה ושינוי כמו גם כוח כלכלי רב, ואילו ללקוח חיסרון מובנה המתבטא בהיעדר כל אלו.

זהות הצדדים היא הגורם המבני המכריע ולכך צורות ביטוי שונות במגרש המשפטי שבו הם מתמודדים זה מול זה. לשחקנים החוזרים ידע וניסיון רב המאפשרים להם לעצב את פני החוזה באופן שתנייתיו יפעלו לטובתם. גם אם פסק בית המשפט או בית הדין לרעת הספק, יוכל האחרון לנצל את המידע החדש שרכש בהתקשרויותיו העתידיות. בכל זמן נתון השחקן החוזר משתתף בכמה הליכים הנדונים במקביל הן בערכאות אזרחיות הן בבית הדין, ולכן כל הליך כשלעצמו הוא בעיניו פיסה קטנה בתמונת הפאזל הגדולה. הוא יכול אפוא לחלק סיכונים ולבחור מאבקים שבהם כדאי ויעיל להשתתף. נוסף על כך, השחקן החוזר יכול למנף התדיינות משפטית כדי להשפיע על יצירתו של הכלל המשפטי, שינויו או עיצובו. לרוב לשחקן החוזר יתרון ארגוני המתבטא בצבירת ידע, ביכולות פיננסיות ובליווי של מומחים העובדים בשכר ריטיינר (ולכן אין מחיר כלכלי כבד להיוועצות רבה בהם). היותו של הספק שחקן חוזר מקנה לו מוניטין בעולם התוכן הרלוונטי ומבסס יחסי קרבה עם פקידי הרשות וערכאות השיפוט.¹⁶³

לאור כל האמור לעיל, נראה כי תיקון מספר 5, רחב ומקיף ככל שניסה המחוקק לעצבו, לא יביא לשינוי מהותי בחיי המעשה של עולם החוזים האחידים ולא יתרום לצמצום פערי הכוחות בין הצדדים.

שאלת שינוי מעמדם של בית הדין ובתי המשפט – בית הדין לחוזים אחידים, אשר הוקם מכוחו של סעיף 6 לחוק, הוא רשות מנהלית עצמאית.¹⁶⁴ בית הדין ממלא תפקיד כפול בקידומן של זכויות הצרכן ובהגנה על קהל הצרכנים מפני תנאים מקפחים. בכובעו הראשון פועל בית הדין Ex-Post, והוא משנה או מבטל תנאים מקפחים מתוקף פרק ד' לחוק. פעילותו של בית הדין בעניין זה נעשית לרוב לאחר הליך התקשרות, בעקבות פניית אחד הגופים אשר החוק מעניק להם זכות עמידה.¹⁶⁵ בכובעו השני פועל בית הדין Ex-Ante, וכאן הוא פועל לפני הליך ההתקשרות כאשר בעלי זכות העמידה מבקשים מבית הדין לשנות או לבטל סעיפים מקפחים בחוזה התקשרות בטרם הספיק הספק להתקשר עם לקוחותיו באמצעותו. טרם תיקון מספר 5 יכלו הספקים להגיש באופן וולונטרי או מכוח דין את חוזהם לאישור.¹⁶⁶ כחלק

¹⁶³ "פרדוקס הייצוג בתביעות קטנות", לעיל ה"ש 45, בעמ' 347–351.

¹⁶⁴ גבריאלה שלו דיני חוזים כרך ג 509 (מהדורה שנייה, 2008).

¹⁶⁵ זכות עמידה מוענקת ליועץ המשפטי לממשלה, לממונה על הגנת הצרכן והסחר ההוגן, למועצה הישראלית לצרכנות, לרשות להגנת הצרכן בהסתדרות וכן לכל ארגון לקוחות שיאשר שר המשפטים לעניין מסוים. ראו: ס' 16 לחוק.

¹⁶⁶ ס' 12 לחוק. ישנם דינים פרטיקולריים המעניקים סמכות לגורמים חיצוניים להטיל חובה על ספקים, המתקשרים באמצעות חוזים אחידים, להגישם לאישור. למשל, ס' 20 לחוק כרטיסי

מהליך זה בחן בית הדין את תוכנו של החוזה ותר אחר תנאים מקפחים.¹⁶⁷ בהיעדר תנאי חוזה העונים על הגדרת הקיפוח, העניק בית הדין אישור לחוזה. כוחו של אישור זה היה יפה לחמש שנים (או פחות, על פי קביעת בית הדין) והעניק חסינות מפני טענות שהתנאים מקפחים.¹⁶⁸ מנגנון זה, אשר הופיע בפרק ג' לחוק, בוטל כאמור בתיקון מספר 5. לפיכך כובעו השני של בית הדין, הגם שבית הדין ימשיך לחובשו באמצעות פרק ד' לחוק, ישנה את פניו במרוצת השנים הקרובות.

נראה כי חרף הרחבת הסמכויות של בית הדין, החלטותיו מחוסרות יכולת אכיפה רוחבית. הכרעת דין בנוגע לחוזה פלוני אינה משפיעה באופן רוחבי על תניות מקפחות בחוזים דומים בחברות מקבילות. קביעות בית הדין אינן חלות על ספקים אחרים אלא רק על חוזים נוספים של אותו ספק העוסקים באותו נושא. נראה כי האיתות המועבר לשוק מעניק לגיטימציה לשמר את הנוהל הנהוג לפני פסק הדין, להמשיך את הקיפוח, והכול בחסותו של החוק.¹⁶⁹

באשר לבתי המשפט, חוק החוזים האחידים מסמך אותם לבטל או לשנות תנאי מקפח Ex-Post בהתקשרות פרטנית.¹⁷⁰ תנאי מקפח הוא מונח שסתום היכול לשאת פרשנויות שונות.¹⁷¹ השימוש בו דורש יציקת תוכן על ידי בית המשפט וזה עלול להשתנות לפי הזמן והנסיבות.¹⁷² לרשות בתי המשפט מנגנון נוסף הקבוע בסעיף 4 לחוק, והוא מספק רשימה של סעיפים שהימצאותם בחוזה אחיד מקימה חזקת קיפוח. משהוכח לבית המשפט כי אכן תניה חוזית נופלת בגדרי אחת מחזקות הקיפוח, יתהפך נטל ההוכחה ויועבר לספק.¹⁷³ זאת בשונה ממצב הדברים הרגיל שבו "המוציא מחברו עליו הראיה".¹⁷⁴ פרקטיקה זו של חזקות קשיחות לצד הענקת שיקול דעת שיפוטי נהוגה גם במדינות נוספות בעולם.¹⁷⁵

חיוב, התשמ"ו-1986, המעניק סמכות לשר המשפטים; ס' 27(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, המסמך את הממונה על ההגבלים העסקיים. להרחבה ראו: לוטהוויז ושלפניץ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 155-156.

167 פרק ג' לחוק.

168 ס' 14 לחוק.

169 להרחבה ראו: מיכאל, לעיל ה"ש 10, בעמ' 73-78, הסוקר את עניין דיזנהויז – ח"א 804/07 דיזנהויז יוניטורס נסיעות ותיירות בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 13.10.2009) – ואת השפעת ביטול תניות מקפחות על חוזים דומים עד כדי זהות, אשר חברות מקבילות עושות בהן שימוש.

170 ס' 3, 17 ו-19 לחוק.

171 בדומה ל"תום הלב" או "תקנת הציבור", תנאי מקפח נבחן במבחנים של סבירות והגיונות. ראו פרשת קסטנבאום, לעיל ה"ש 9, בעמ' 529; ע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לז(1) 533, 556-557 (1982).

172 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ב 136 (1993).

173 ע"א 449/85 היועץ המשפטי לממשלה נ' גד חברה לבניין בע"מ, פ"ד מג(1) 183, 189 (1989).

174 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 757-758 (2003).

175 כפי שמובא בסקירת המשפט המשווה ברשימה זו.

עוד בימיו של החוק הישן רווחה הדעה כי נכשל החוק כישלון חרוץ.¹⁷⁶ חלק מהביקורת שהושמעה כוונה אל בית המשפט ולדעתי תקפה גם לאחר תיקון מספר 5. נראה שבתי המשפט לא קלטו לחיקם את השקפת העולם החדשנית שביסוד חוק החוזים האחידים במלואה.¹⁷⁷ דין החוזים הכללי חל על מגוון רחב של עסקאות ובהן עסקה המתבצעת באמצעות חוזה אחיד. לשם הדיון נניח כי חיקוקו של חוק החוזים האחידים יכול להתפרש כ"פרישה" מדין החוזים הכללי והעמדתו של דין החוזים האחידים כענף משפטי נבדל ועצמאי.¹⁷⁸ במצב כזה, במרכז עיצוב הדין בפסיקת בתי המשפט ובית הדין תעמוד מטרת חוק החוזים האחידים כפי שהיא מופיעה בסעיף 1 לחוק.

גישה זו לא קנתה לה אחיזה בחיי המעשה ומשום כך חוק החוזים האחידים עדיין כפוף לעקרונותיה של התיאוריה הקלסית.¹⁷⁹ יש פרדוקס מובנה במצב שבו בית המשפט מחיל על סוגים שונים של חוזים את אותם "דיני החוזים". מצד אחד דיני החוזים מתפתחים על גבן של התקשרויות חוזיות מסוג מסוים, ומצד אחר ההלכות והכללים המתגבשים כך מוחלים על התקשרויות מסוג אחר. נראה כי מצב כגון דא מביא בהכרח לתוצאות נורמטיביות שגויות.¹⁸⁰ על כן יש לשאול שאלה מתחום תורת המשפט בדבר יכולתו של המשפט להתאים דוקטרינות וכללים משפטיים כלליים לדינים ספציפיים.

העסקה החוזית הפרדיגמטית, אשר על בסיסה מתפתחים דיני החוזים בישראל, היא עסקת המקרקעין. כך עולה ממחקרו של פרופ' מאוטנר שסקר את כל הפרשיות החוזיות אשר נדונו בבית המשפט העליון בשישים השנים האחרונות. סקירה זו מטרתה להתחקות על מגמות מבחינת סוגי העסקאות המגיעות להכרעתו של בית המשפט העליון.¹⁸¹

לכאורה, לאור הנתון שהחוזים האחידים מהווים 99% מכלל ההתקשרויות החוזיות, נצפה לראות כי לחוזה האחיד יהיה משקל סגולי רב בהתפתחות הדין. אולם

176 למשל: סיני דויטש "חוק החוזים האחידים: כישלון ולקחים לעתיד" **מחקרי משפט** א 62, 83 (1980) (להלן: "דויטש כישלון ולקחים"); פרידמן, "סוגיות בתחום החוזים האחידים", לעיל ה"ש 4; לוטסהויז ושפניץ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 190.

177 "דויטש כישלון ולקחים", שם.

178 הכוונה היא שכחלק מהדין הצרכני יעמוד באופן עצמאי ונפרד מדיני החוזים. ראו להרחבה: "פרסאוס ושלוש הנשים", לעיל ה"ש 121, בעמ' 501.

179 ראו דוגמה ליישום כללי פרשנות אובייקטיבים בחוזה אחיד: ת"צ (מחוזי מר') 11-02-53368 **ניצנים עיצוב גנים בע"מ נ' סונול ישראל בע"מ**, פס' 14-17 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו, 8.12.2013). כלי פרשנות אובייקטיביים נוספים לתקיפת חוזים אחידים מפורטים בהרחבה אצל פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 773-776.

180 מנחם מאוטנר "כיצד מתפתחים דיני החוזים של ישראל?" **עיוני משפט** לד 527 (2011) (להלן: מאוטנר "כיצד מתפתחים דיני החוזים של ישראל?").

181 שם.

אין כך הדבר. מחקרים שונים מראים כי דווקא אנשי עסקים נמנעים מליישב סכסוכים בעניין התקשרויותיהם באמצעות ערכאות שיפוטיות.¹⁸² נתון זה מתיישב עם האמור בפרקים קודמים בחיבור זה בדבר העדפת הספק להתמודד באופן פרטני עם לקוחותיו ולהימנע ממגע עם בית המשפט. מחקרו של מאוטנר מעלה כי דיני החוזים בישראל מתפתחים על גבה של עסקת המקרקעין.¹⁸³ הביטוי לכך בעיקרו מספרי וחופף גם את תכניות הלימוד האקדמיות ולכן מעצב גם את קו המחשבה של משפטנים בשישים השנים האחרונות. נראה שחוזים אחידים אינם מגיעים לדיון בבית המשפט העליון משום שלרוב מדובר בעסקאות שערכן הכלכלי נמוך ואין בו כדי להניע את מערכת המשפט. גם כאשר אחד הצדדים מבקש למצות את יומו בערכאות השיפוט, סביר כי לא יעלה בידו לעשות זאת לאור הלכת **חניון חיפה** המסווגת את מרבית התיקים הפוטנציאליים כערעורים ברשות.¹⁸⁴ מכוח סעיף 20 לחוק יסוד: השפיטה, הלכותיו של בית המשפט העליון בלבד מהוות תקדים מחייב.

על פניו נראה כי יפים גם כיום דבריו של פרופ' דויטש: "כאשר בית המשפט מבטא דעות שמרניות המתעלמות מהאופי המיוחד של החוזים האחידים הרי שעלול להיגרם לציבור נזק לא רק להלכה אלא גם למעשה [...] יתכן שהיבול הדל של הפסיקה בסוגיה זו נובע לא רק ממיעוט הפונים אלא גם מהנכונות המועטת של בית המשפט להושיט לציבור הלקוחות עזרה בנושא חשוב זה".¹⁸⁵

182 הנושא רחב היקף ומובא כאן על קצה המזלג. להרחבה ראו: שם; מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" **עיוני משפט** כט 17 (2005) (להלן: מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה").

183 כ-50% מסך כל הפסיקה החוזית. ראו: מאוטנר "כיצד מתפתחים דיני החוזים של ישראל?", לעיל ה"ש 180.

184 בהנחה שלפי סכומי התביעה הנמוכים, הערכאה הדיונית בעלת הסמכות הדיונית היא בית משפט השלום או בית המשפט לתביעות קטנות. בר"ע 103/82 **חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ**, פ"ד(3) 123 (1983) (להלן: פרשת **חניון חיפה**).

185 סיני דויטש "שמרנות בפרוש חוק החוזים האחידים, תשכ"ד-1964" **הפרקליט** לב 27, 33 (1977) (ההדגשות הוספו). במסמך זה סקרתי פסקי דין מתקופות שונות, ונראה שקביעה כי בית המשפט אינו נוטה לסייע לציבור הלקוחות היא כוללנית ואינה מדויקת. מנגד, אל מול הנכונות והמוטיבציה של בתי המשפט להגן על הצרכן כפי שזו עולה מפסקי הדין, עומדת גישה כלכלית המבקשת להגן על חופש החוזים ועל קיומם של חיובים חוזיים.

ניתן לומר כי גם השופטים, כמו הצרכנים, הם בני אדם הלוקים בהטיות קוגניטיביות שונות. דוגמה מובהקת לכך היא יציקת תוכן לדוקטרינות עמומות המשתמשות במונחי ססתום כ"תנאי מקפח"¹⁸⁶. היושב בדין סבור כי המסקנה אליה הגיע בהכרעתו, בדבר התוכן הראוי, נמצאת בקונצנזוס.¹⁸⁷ אחת הביקורות המרכזיות בנושא היא שביציקת התוכן למושג העמום, השופט נוקט לעתים אקטיביזם שיפוטי עד כדי הפיכתו לצד לחוזה.¹⁸⁸ ניטול לדוגמה את השימוש במונח "הציבור הנאור" של השופט לנדוי בעניין צים.¹⁸⁹ אמירה זו אינה זרה לשיטת המשפט האנגלו-אמריקנית.¹⁹⁰ רטוריקה זו, כמו גם "האדם הסביר", "תום הלב" ומונחים דומים, מטעה ומעמידה את השופט כנציגו של "הציבור הנאור". לכאורה ניתן לטעון כי מדובר בכסות להשלטת דעותיו של השופט על הצדדים לסכסוך. השימוש בטרמינולוגיה של דוקטרינות עמומות מטרתו ליצור לגיטימציה לדעתו האישית של השופט וטשטוש עקבות המקור שממנו נגזרה. מנגד, תפיסות שונות שאינן עולות בקנה אחד עם השקפת עולמו של השופט עלולות להיתפס בעיניו כלא "סבירות" או לא "נאורות". הדבר יתחזק ככל שיהיה השופט משוכנע בצדקת דרכו.¹⁹¹ לעתים קרובות נעשה הדבר בהיעדר מודעות ומתוך אמונה כנה כי אכן מדובר בדעה הרווחת בציבור הנאור ולא בעמדתו הפרטית של השופט, ובכך טמונה הבעיה המרכזית.¹⁹² הכרעת השופט במקרה העוסק בחוזים אחידים לרוב נעדרת השכלה, ידע וכלים בתחומים ההתנהגותיים והכלכליים הנדרשים לפתרון הבעיה או לחלופין נובעת מתפיסות עולם שונות. זאת ועוד, התערבות שיפוטית נעשית לרוב בדיעבד ואינה מקנה מכשירי מנע להגנה על צרכנים.

186 בכר "דוקטרינות עמומות", לעיל ה"ש 12, בעמ' 287-288.

187 להרחבה בדבר אפקט הקונצנזוס השגוי ראו: Robyn M. Dawes, *The Potential Non Falsity of the False Consensus Effect*, in *INSIGHTS IN DECISION MAKING: A TRIBUTE TO HILLEL J. EINHORN 179-183* (Robin M. Hogarth Ed., 1990).

188 להרחבה ראו: מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה", לעיל ה"ש 182.
189 אין זאת אומרת, שבית-המשפט רשאי להתערב כרצונו ביחסי חוזה, לפי השקפתו הפרטית של השופט על מה שטוב ומועיל בעיניו מבחינות עקרוניות אלו, אלא עליו להיות פרשן נאמן להשקפות המקובלות על הציבור הנאור, שבתוכו הוא יושב. פרשת צים, לעיל ה"ש 140, בעמ' 1335.

190 ראו גם: BENJAMIN N. CARDOZO, *THE NATURE OF JUDICIAL PROCESS* (1921) בעמ' 89: "Their standard must be an objective one. In such matters, the thing that counts is not what I believe to be right. It is what I may reasonably believe that some other man of normal intellect and conscience might reasonably look upon as right"

191 Lee Ross, David Greene & Pamela House, "The False Consensus Effect": *An Egocentric Bias in Social Perception and Attribution Processes*, 13 J. EXPERIMENTAL SOC PSYCHOL. 279 (1977).

192 בכר "דוקטרינות עמומות", לעיל ה"ש 12, בעמ' 288.

לסיכום חלק זה, נראה שהמחוקק העניק לבתי המשפט ולבית הדין חרב כהה וחלודה, אך שכח לשים בארנקם כסף למימון פעולות השחזת החרב. לכן פתרון זה אינו יעיל דיו ותיקון מספר 5 הוא לא יותר מתיקון פני עדשה, קל וחומר כאשר מדובר במערכת משפט אדוורסרית, שבה בתי המשפט אינם גורם אשר בכוחו לאזן את פערי הכוחות. תפקידו של בית המשפט להיות פסיבי ולהכריע על פי הנתונים שהצדדים לדיון מניחים לפניו. בהיעדר צד המוסמך על פי פרק ד' לחוק להביא חוזה אחיד לפתחו של בית הדין, נותר האחרון משולל סמכות או יכולת לאזן את הפער. ככל שמדובר בתביעה אזרחית המתבררת בפני ערכאה אזרחית, גם לזהותו של עורך הדין המייצג אין כל משקל על פי גישה זו, שכן זהותו וניסיונו של האחרון גם הם נגזרים מזהות השחקן ומניסיונו בספרה המשפטית שבה הוא פועל.

1. פתרונות אפשריים לבעיית פערי הכוחות המובנים

ברור לכול כי מציאות החיים מקדימה כרונולוגית את פועלו של המחוקק משום שעסקאות צרכניות מתקיימות בסביבה דינמית ואינן כבולות להליכים בירוקרטיים ממושכים שהמחוקק כפוף להם. גישתי לבעיה העומדת על הפרק היא גישה דיאלקטית. משמעות הדבר שאיני סבור כי לאחר כחמישים שנים שבהן מבקש המחוקק להסדיר את תחום החוזים האחידים כדי "להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים", רשימה זו תציע פתרון שיגשים מטרה זו כבדרך קסם. עם זאת, ברצוני להציע פתרון אפשרי הנגזר מענף משפטי מקביל. לצורך הצעה זו אמשיך את כברת הדרך שעבר המחוקק בתיקונו האחרון.

סבורני כי דווקא ניסיונו של המחוקק לחזק את ידם של היועץ המשפטי לממשלה וארגונים ציבוריים מסוימים, בעלי זכות העמידה, על חשבון האפשרות של ספקים להביא לאישור חוזהיהם, עשוי לשרת הצעה זו ולהוות פתרון יעיל. זאת משום שכך הופך החוק את הצד שכנגד לשחקן חוזר הנהנה (לפחות לכאורה) מהיתרונות שמהם נהנה הספק כשחקן חוזר. בטופולוגיה שבין שחקנים חוזרים לשחקנים חד-פעמיים, נראה שלייצוג הלקוחות על ידי הגופים בעלי זכות העמידה, משמעות רבה בעיצוב היחסים החוזים שבין ספק ללקוח. כיום פועלים בישראל שני גופים צרכניים עיקריים. הראשון הוא "המועצה הישראלית לצרכנות" הממומנת על ידי משרד הכלכלה והשני הוא "הרשות להגנת הצרכן" הממומנת ומופעלת מטעם ההסתדרות החדשה. נוסף עליהן ארגון שאינו עונה על הגדרת "ארגון צרכני" על פי חוק ושמו "אמון הציבור".

כאמור לעיל, כיום אותם גופים סובלים ממחסור במשאבים וממיקום נמוך בסדר העדיפויות המדיני. לצורך המחשה המועצה הישראלית לצרכנות מקבלת כ-38,000

תלונות צרכניות בשנה. מעיון בחוק המועצה הישראלית לצרכנות,¹⁹³ נראה שפרט לטיפול בתלונותיהם של צרכנים, על המועצה מוטלת אחריות רבה בתחומים צרכניים רבים ומגוונים.¹⁹⁴ יתרה מזו, נראה כי היקף האחריות אינו תואם את כמות המשאבים והתקינה המוקצבת לצורך עמידת המועצה במשימותיה.¹⁹⁵ בעקבות כל אלו ידם קצרה מלהושיע את הצרכנים היחידים. עם זאת, פועלם של הגופים הציבוריים בהליכים שונים מלמד שבכוחם של אותם ארגונים להיאבק בשם ציבור הקוחות ולצמצם את חוסר האיזון שבהתקשרויות באמצעות חוזים אחידים.¹⁹⁶ לפיכך אני סבור שכצעד ראשון, יש להאריך את רשימת הגורמים הזכאים להגיש בקשה לבטל או לשנות תניות מקפחות בחוזים אחידים. על הרשימה המעודכנת לכלול גופים ציבוריים ללא כוונת רווח אשר חרטו על דגלם את ההגנה על הצרכן.¹⁹⁷

אמנם ראוי ונכון לזכור כי טענת הקיפוח נטענת בעיקר בבתי המשפט האזרחיים ולא בבית הדין לחוזים אחידים. משמעות הדבר שמרבית ההתדיינות נערכות וימשיכו להיערך בין לקוח לספק ועל כן פערי הכוחות ימשיכו להתקיים.¹⁹⁸

¹⁹³ חוק המועצה הישראלית לצרכנות, התשכ"ח-2008 (להלן: חוק המועצה הישראלית).
¹⁹⁴ מעיון בס' 2 לחוק המועצה הישראלית עולה כי על המועצה מוטלת האחריות לתת שירותים לציבור הצרכנים; לקדם חינוך והסברה למודעות צרכנית; ליזום הצעות חוק בתחום הגנת הצרכן; לסייע לצרכנים במימוש זכויותיהם מול גופים פרטיים ועוד מגוון רחב של תפקידים כמופיע בסעיף זה.

¹⁹⁵ לדין בנושא דלות המשאבים ראו: פרסום החשב הכללי, לעיל ה"ש 153.
¹⁹⁶ בפסקי דין אלו ובפסקי דין נוספים הצליחו בעלי זכות העמידה להביא לשינוי מאזן הכוחות בין הצדדים: עניין **היועץ המשפטי לממשלה**, לעיל ה"ש 37; ח"א 8010/02 **המפקח על הבנקים – בנק ישראל נ' בנק הפועלים בע"מ פ"ד תשסד (2) 115 (2006)**.

¹⁹⁷ הרחבת הרשימה תתבצע באמצעות אישורו של שר המשפטים לפי ס' 16 לחוק החוזים האחידים. כיוון שאין כיום ארגונים צרכניים רבים (שאינם פועלים למטרות רווח), בשלב הראשון יש להוסיף לרשימה רגולטורים הממונים על תחומים משיקים כגון הממונה על הבנקים, האמון בין היתר על הגנה על לקוחות מפני הבנקים כעולה מס' 5(1א) לפקודת הבנקאות, 1941; הממונה על ההגבלים העסקיים, מתוקף ההבנה שאחת ממטרות החוק היא הגנה על הצרכן. בעולם נפוצה מתכונת זו בכמה מדינות: המועצה הפדרלית למסחר בארצות הברית, המועצה לתחרות וצרכנות באוסטרליה, המשרד לסחר הוגן האנגלי והמועצה האירופית, האמונה על הגנת הצרכן ובמקביל על תחום ההגבלים העסקיים. להרחבה בנוגע להיות ההגנה על הצרכן אחד מעקרונות היסוד בדין ההגבלים העסקיים ולמודלים דומים בעולם ראו: MAHER M. DABBAH, INTERNATIONAL AND COMPARATIVE COMPETITION: Law 40–42 (2010).

¹⁹⁸ אסייג את דבריי בכל הנוגע להתדיינות בפני בית משפט לתביעות קטנות. הקמת בית משפט לתביעות קטנות נועדה ליצור ערכאה דיונית נגישה, מהירה ושווה לכל נפש. בית המשפט לתביעות קטנות משוחרר מכללי סדרי הדין ודיני הראיות. נוסף על כך, הצדדים אינם מיוצגים וניתנת ללקוח האפשרות להציג את המקרה במילותיו הפשוטות. על כן בערכאה זו מצמצם פער הכוחות, והשופטים בה פעמים רבות אף נוטים לטובת הצד החלש. משום כך עידוד צרכנים למצות את יומם בבית המשפט לתביעות קטנות יכול לשמש מענה הולם לבעיות

בהנחה שצרכנים ימשיכו ללקות באדישות רציונלית ובהטיות קוגניטיביות שימנעו מהם לעמוד על זכויותיהם מול ספקים, אין מנוס מלהרחיב את נפח פעילותם של בעלי זכות העמידה. במצב זה יעמדו בבית הדין שחקנים חוזרים, המתדיינים אל מול שחקנים חוזרים בעלי יתרונות דומים. פתרון דומה הוצע לאחרונה בנוגע להגשת תובענה ייצוגית על ידי ארגון נטול עילת תביעה אישית וכך גם באשר להסדרת הגשת התנגדויות להסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות.¹⁹⁹ בצדק הטיל המחוקק דופי במניעיו של הספק בפניותיו אל בית הדין. לעומת זאת אין חולק כי לבעלי זכות העמידה אין מניע כלכלי, אנוכי ונסתר המניע אותם בפנייתם אל בית הדין כי אם חובתם על פי דין לעשות כן. כשם שהמחוקק חושש ממניעיו של הספק, מניעיו של תובע פלוני בתובענה ייצוגית מעוררים חשש.

ערן טאוביג מציע להרחיב את זכאותם של ארגונים מחוסרי אינטרס להשתתף בהליך התובענה הייצוגית ואף לזכות לשיפוי כספי בגין התערבות זו. שיפוי זה יכול למלא את הארנק שלצד החרב שהעניק המחוקק לבית הדין לחוזים אחידים. פסיקת הוצאות בסכומים ניכרים על ספק אשר חוזהו נמצא מכיל סעיפים מקפחים, בכוחה לממן את פעילות הארגון המבקש וכן את פעילותו של בית הדין.²⁰⁰ הצעתו של טאוביג על קצה המזלג – כאשר מוגשת תובענה ייצוגית והצדדים מעוניינים להגיע להסדר פשרה (הדורש את אישורו של בית המשפט), בעלי עניין רשאים להגיש את התנגדותם. סעיף 18(ג) לחוק תובענות ייצוגיות מאפשר לבית המשפט לשלוח הודעה על הסדר הפשרה "לאדם אחר".²⁰¹ בדומה, תקנה 12(ד) לתקנות תובענות ייצוגיות, שתוקנה מכוח סעיף 18(ג),²⁰² קובעת רשימה של גורמים שלהם רשאי בית המשפט לשלוח הודעה על בקשה שהוגשה לאישור הסדר פשרה,

צרכניות ex-post. עם זאת, קיומו של בית המשפט לתביעות קטנות אינו מבטל את פערי הכוחות הקיימים בטרם נתגלע סכסוך בין הצדדים. ככל שימשיכו הספקים לפעול ב"שיטת מצליח" שנדונה לעיל, לא יתחולל שינוי אמיתי ex-ante. יתרה מזו, כעולה מפרק ב' לחיבור זה, מסיבותיהם הספקים מעדיפים לבודד את סכסוכיהם עם הלקוחות ולשמור על מאזן כוחות שבו הם יכולים להפעיל לחץ על הלקוח היחיד (למשל בהגעה להסכם פשרה). סיבה נוספת היא שכאמור לעיל, דיון המתחיל את דרכו בבית המשפט לתביעות קטנות, אין בכוחו להביא לשינוי הדין על ידי הערכאה המוסמכת לכך מתוקף הלכת **חניון חיפה**, לעיל ה"ש 184. להרחבה בדבר פרדוקס הייצוג והכוח שבבית המשפט לתביעות קטנות ראו בתוך: "פרדוקס הייצוג בתביעות קטנות", לעיל ה"ש 45.

199 ערן טאוביג "התנגדות להסדר פשרה בתובענה ייצוגית – אליה וקוץ בה" **הפרקליט** נג(2) 393, 419–421 (2014).

200 היקף הוצאות יכול כמובן להיגזר מהיקף ההתקשרויות של אותו ספק. לא דינו של בנק גדול כדינו של חדר כושר שכונתי.

201 ס' 18(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.

202 תק' 12(ד) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010.

והם רשאים על פי דין להגיש את התנגדותם.²⁰³ יתרה מזו, ארגון נטול עילת תביעה יכול להגיש תובענה ייצוגית לשם הגנה על ציבור הצרכנים ובעניין זה חלה מגמת ריכוך בפסיקה הישראלית. ראו על כך את דברי השופטת שטמר בפסק הדין בעניין **המועצה הישראלית לצרכנות**:

"ניתן לראות ברכה רבה בניהול בקשה לאישור תובענה ייצוגית על ידי המועצה. ראשית משום היותה גוף סטוטורי, שמפעיל שיקול דעת שונה מזה של התובע הפרטי".²⁰⁶

ההסדר על פי תקנה 12(ד) לוקה באותה בעיה של פרק ד' לחוק החוזים האחידים. נראה כי קולם של רבים מהארגונים הרשאים לבוא בשערי בית המשפט כמעט ואינו נשמע.²⁰⁴ שחקנית מפתח היא המועצה הישראלית לצרכנות המגישה התנגדותיה למכביר, ואף הקליניקה לתובענות ייצוגיות הפועלת במרכז הבינתחומי בראשותו של אלון קלמנט והפועלת בשם המועצה הישראלית לצרכנות.²⁰⁵ לטענת טאוסגי, כיוון שהארגונים הציבוריים אינם ששים להשתמש בזכות שניתנה להם על פי חוק, על המחוקק ליצור תמריץ ראוי אשר יביא להרחבת השימוש בזכות זו. הצעתו של טאוסגי באשר לתמריץ הראוי יפה גם לענייננו. על המחוקק לתקן בחוק החוזים האחידים את האפשרות לפסיקת הוצאות לחובת הספק המקפה, ולהקבילה לגמול שתובע ייצוגי זכאי לו בתובענה ייצוגית.²⁰⁶ מכיוון שמדובר בארגונים ציבוריים, אין חשש שהשימוש בפרק ד' לחוק יהפוך למכשיר יזמי. פסיקת הוצאות ושכר טרחה בשיעור גבוה תעודד ותמריץ ארגונים בעלי זכות עמידה להשתמש בזכות המוקנית להם על פי חוק, קל וחומר שתמריץ ארגון שאינו ממומן מתקציב המדינה. חשוב לעודד ולהמריץ רשויות וארגונים לקחת חלק פעיל יותר

²⁰³ בדומה לבעלי זכות העמידה בבית הדין לחוזים אחידים, מדובר ברשימה מצומצמת של גופים שיש להם כמות מוגבלת של משאבים וכוח אדם: הממונה על הגנת הצרכן, המפקח על הביטוח, המפקח על הבנקים, הממונה על ההגבלים העסקיים, הרשות לניירות ערך, המשרד להגנת הסביבה, נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה, נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות והממונה הראשי על יחסי עבודה.

²⁰⁶ בפסק הדין נדחתה הבקשה, אך קביעתה של השופטת לכל הפחות מכינה את הקרקע לאישור נרחב יותר של תובענות על ידי גופים ציבוריים בעתיד. ראו: ת"צ (מחוזי מר') 20330-06-09 **המועצה הישראלית לצרכנות נ' הד ארצי בע"מ**, פס' 1 לפסק דינה של השופטת שטמר (פורסם בנבו, 8.11.2011) (להלן: עניין **המועצה הישראלית לצרכנות**). לבקשה שאושרה על ידי השופט כבוב ראו: ת"צ (מחוזי ת"א) 2484-09-12 **הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' כהן** (פורסם בנבו, 12.2.2013).

²⁰⁴ טאוסגי, לעיל ה"ש 199, בעמ' 420.

²⁰⁵ שם.

²⁰⁶ שם, בעמ' 444-451. אין חולק כי הליך בבית הדין לחוזים אחידים שונה מהליך בתובענה ייצוגית וכי מדובר בהליך שאינו מניב במהותו רווח לצד המבקש.

בעיצוב דיני החוזים האחידים ובכך להתגבר על ידי השפעה, ולו עקיפה, על פער הכוחות ביחסי הספק והלקוח.

סיכום

יתרונותיו הרבים של החוזה האחיד מצדיקים את השימוש בו ואילו חסרונותיו מהווים עילה ראויה להסדרתו בחוק. ברשימה זו בחנתי את חוק החוזים האחידים תוך התמקדות בתיקון מספר 5. הגעתי לכלל מסקנה כי חוק החוזים האחידים נכשל בהשגת מטרתו העיקרית: "להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים". מבחינת דרך יישומו של החוק לא נותר אלא לקבוע כי חוק החוזים האחידים נשאר כשהיה: רעיון חלוצי ומתקדם שאינו מצליח להשפיע על המציאות דה פקטו. פערי הכוחות הינם תוצר לוואי של צורת ההתקשרות באמצעות חוזים אחידים הנובע מטיבה ומטבעה. אין משמעות הדבר שיש להיכנע לנתון עובדתי זה ולהשלים עם המצב הקיים. נחישותו של המחוקק לאורך השנים, הבאה לידי ביטוי בתיקונים לחוק, מעוררת הערכה. בתיקון מספר 5 נראה כי המחוקק ממשיך לנסות ולתקן את הכלל המשפטי תוך הקשחת עמדותיו כלפי הספקים וחיזוק ידיה של הערכאה השיפוטית. עם זאת, המחוקק ממשיך להתעלם מהתמורות החברתיות והתרבותיות המשפיעות על יישומו של החוק. על כן נראה כי לא בשלה העת לצעוד בדרך הנכונה אשר תוביל לפתרון המבוקש.

ברשימה זו הצעתי למחוקק לחזק את ידם של ארגונים ציבוריים בעלי זכות עמידה בבית הדין מכוח פרק ד' לחוק. הצעה זו מתיישבת עם עמדתו של המחוקק ועולה מדברי ההסבר לתיקון מספר 5 וכן מדברי הוועדות השונות שבהן נדון תיקון זה. לצד החרב שהעניק המחוקק בתיקונו האחרון, עליו לספק מקור למימון האוחזים בחרב – בית הדין והארגונים הציבוריים. תמריץ כלכלי יעודד ארגונים אלה וכן ארגונים צרכניים חדשים לקבל עליהם את תפקיד מצמצם פערי הכוחות המעיב על התקשרות הצדדים.

לסיום אבקש להיזקק למטפורה המוכרת של גרנט גילמור. בסיום ספרו "מות החוזה"²⁰⁷ גילמור מתאר את ההיסטוריה של הספרות והאמנות כמעברים לסירוגין מעידן "קלסי" לעידן "רומנטי". העידן הקלסי מאופיין בחוקיות ברורה, אחידה וצפויה ועל כן גם משעממת. לפיכך העידן הקלסי אינו ממושך. לעומתו העידן הרומנטי מאופיין בחוסר סדר וחוסר עקיבות הגובלים בכאוס. נראה כי יום תיקונו של החוק הישן סימל במובן מסוים את תחילתו של עידן קלסי קצר. משנגמר עידן זה, נראה כי כיום נמצאים אנו בעידן רומנטי. ניתוח החוק המובא ברשימה זו מציג לפנינו תמונה עגומה. כמו גילמור מייחל אני ליום שבו תיקונו של המחוקק ישיבנו שנית לעידן

²⁰⁷ GRANT GILMORE, THE DEATH OF CONTRACT (1974).

הקלסי בכך שיצליח לגשר על הפער שבין הלכה למעשה.²⁰⁸

²⁰⁸ "פרסאוס ושלוש הנשים", לעיל ה"ש 121, בעמ' 500 המביא את דבריו של גילמור.