

מנגנון הצמדה א-סימטרי כתנאי מקפח? בעקבות תיקון מס' 4 לחוק החוזים האחידים

שמואל בכר* ומשה גלברד**

מבוא

בחודש יולי 2012 התקבל תיקון מס' 4 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן: "החוק").¹ עיקרו של התיקון בהוספת חזקה חדשה לרשימת חזקות הקיפוח המנויות בסעיף 4 לחוק. במסגרת התיקון הוסף סעיף 4(11), הקובע חזקת קיפוח לגבי "תנאי הקובע הצמדה של מחיר או תשלום אחר, לפי החוזה, למדד כלשהו, כך שירידה של המדד או עלייה שלו לא תזכה את הלקוח". בנוסף, הוסמך שר המשפטים (להלן: "השר") לקבוע בתקנות "נסיבות או סוגי חוזים שבהם לא תחול החזקה האמורה בסעיף 4(11)".²

בחוזים בהם החיוב הכספי החל על הלקוח צמוד למדד כלשהו – כגון לשערו של מטבע חוץ או למדד המחירים לצרכן – מופיע לעיתים קרובות תנאי הקובע שער מזערי למדד. משמעותו של תנאי כזה היא שכאשר חלה עלייה במדד, יחויב הלקוח בתוספת תשלום בהתאם למלוא שיעור עליית המדד. לעומת זאת, אם חלה ירידה במדד, לא יופחת חיובו הכספי של הלקוח מתחת לשער המזערי.³ התיקון קבע חזקת קיפוח ביחס לתנאי מהסוג האמור.⁴ בכך ביקש המחוקק להגביר את האיזון בין הצדדים לחוזה ולחתור תחת התמריץ של הספק לכלול תנאי מסוג זה בחוזים האחידים בהם הוא משתמש.⁵

הערת חקיקה זו מתמקדת בתיקון זה והיא כוללת ארבעה חלקים: **בחלק הראשון** נציג את הדרך בה פסק בית הדין לחוזים אחידים כאשר הובאו בפניו טענות קיפוח כנגד תנאי מעין זה;

* מרצה בכיר, המסלול האקדמי המכללה למינהל.

** מרצה בכיר, המכללה האקדמית נתניה; חבר בית הדין לחוזים אחידים.

¹ חוק החוזים האחידים (תיקון מס' 4), התשע"ב-2012, התקבל בכנסת ב"ט בתמוז התשע"ב (9 ביולי 2012) (להלן – התיקון או החוק המתקן). על פי האמור בסעיף 3 לחוק המתקן, תחילתו ארבעה חודשים מיום פרסומו. החוק פורסם בכ"ב בתמוז התשע"ב (12 ביולי 2012).

² סעיף 25(א)(7) לחוק. לפי ס' 25(ב) לחוק, התקנת התקנות מחייבת גם אישור של ועדת הכלכלה של הכנסת.

³ קיימות בשוק כמה גרסאות של מנגנוני הצמדה חד כיווניים: מנגנון אחד ניתן לכנות "א-סימטרי טהור". מנגנון זה קובע עליית מחיר בהתאמה לעליית המדד, תוך התעלמות מוחלטת מירידת מדד. לפי פשוטם של דברים, נראה כי התיקון כיוון למנגנון מעין זה; מנגנון אחר הוא מנגנון הצמדה לפיו המחיר החוזי מוצמד למדד, והוא יכול לעלות או לרדת – בכפוף לשער מינימלי (או מקסימאלי). מנגנון זה נדון בעניין ח.א. 8002/02 **המפקח על הבנקים נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ** (5.5.2009) (להלן: עניין **הבנק הבינלאומי הראשון**); מנגנון אפסרי נוסף יכול להיות הצמדת התשלום החוזי למדד הגבוה ביותר שיפורסם במהלך התקופה עליה מסכימים הצדדים; מעבר לכך, קיימים מדדים רבים אליהם ניתן להצמיד. בין המקובלים יותר ניתן למנות את מדד המחירים לצרכן, מדד תשומות הבנייה, מדד מחירי הדיר, מדדי מניות שונים, שערי מטבעות, ועוד.

⁴ למעשה, חזקת הקיפוח אינה מבחינה בין מצב בו לקוח משלם לספק לבין מצב בו לקוח זכאי לקבל מהספק תשלום. מכיר, בהקשר זה, כי לקוח מוגדר בסעיף 2 לחוק החוזים האחידים באופן הבא: "מי שספק מציע לו שההתקשרות ביניהם תהיה לפי חוזה אחיד, ואחת היא אם הוא המקבל או הנותן של דבר". לגבי לקוח הזכאי לקבלת תשלום, מנגנון הצמדה א-סימטרי "לא יזכה את הלקוח" במצב של עלייה במדד.

⁵ ראו הצעת חוק החוזים האחידים (תיקון מס' 5) (קביעת שער מזערי להצמדה כתנאי מקפח), התשע"ב-2012. ההצעה ודברי ההסבר פורסמו בה"ח 461, ט"ו באייר התשע"ב (7 במאי 2012), עמ' 176. נעיר, כי בעת הגשתה סומנה הצעת החוק כ"תיקון מס' 5". זאת, בשל העובדה שעל שולחן הכנסת הייתה מונחת כבר באותה העת הצעת חוק לתיקון מס' 4 לחוק החוזים האחידים, שכללה הצעה לרפורמה מקיפה בחוק החוזים האחידים. לדין ראו: משה גלברד ויהודה אדר "הצעת חוק החוזים האחידים (תיקון מס' 4): עיון ביקורתי" **חוקים** ה' 99 (2013). הליכי החקיקה של הצעת תיקון מס' 5 נסתיימו קודם שהושלמו הליכי החקיקה של הצעת תיקון מס' 4 ולפיכך נחקק התיקון כ"תיקון מס' 4".

בחלק השני נדון בקצרה בשאלת גבולות ההתערבות בתנאים חוזיים המתייחסים למחיר; **בחלק השלישי** נדון במשמעותה של חזקת הקיפוח החדשה ונבחן אותה באופן ביקורתי, וכן, נציע מתווה חלופי; **בחלק הרביעי** והאחרון נשרטט קווים ראשוניים ליישום החזקה ולהפעלת הסמכות להתקנת תקנות המגבילות את היקף תחולתה.

א. הרקע לתיקון החוק: פסיקת בית הדין לחוזים אחידים

בשלושה הליכים שהתקיימו בשנים האחרונות בפני בית הדין לחוזים אחידים נטענה טענת קיפוח לגבי תנאי בחוזה הקובע מנגנון הצמדה חד-כיווני.⁶ כפי שנסביר להלן, בכל המקרים נדחתה הטענה או נזנחה. סמוך לאחר שניתן פסק הדין האחרון מבין השלושה, הונחה הצעת התיקון על שולחן הכנסת.

בעניין **הבנק הבינלאומי הראשון** טען המפקח על הבנקים כי מנגנון הצמדה שנקבע בחוזה ההלוואה של הבנק הינו חד-כיווני ולכן מקפח.⁷ במהלך הדיון טען הבנק, כי מנגנון ההצמדה הופך להיות א-סימטרי רק כאשר מדד המחירים לצרכן יורד מתחת למדד הבסיס (דהיינו, המדד שהיה ידוע במועד כריתת החוזה). זאת, בשונה מאי שקלול כל ירידת מדד באשר היא.⁸ המפקח על הבנקים השתכנע כי בנסיבות הללו דרישת הבנק שהלווה יפרע לפחות את סכום ההלוואה הנומינאלי היא לגיטימית ואינה מקפחת. לפיכך הוסכם בין הצדדים כי הסעיף יותר על כנו. בית הדין נתן להסכמה זו תוקף.

גם בפסק הדין בעניין **שיכון ופיתוח** נדון חוזה אחיד למכר דירה שכלל מנגנון הצמדה, לפיו "... ירידה במדד החדש מתחת למדד הבסיסי לא תזכה את הרוכש בהקטנת הסכום".⁹ היועץ המשפטי לממשלה טען כי בשל חוסר הסימטריה מדובר בתנאי מקפח. עמדת בית הדין היתה, כי על-אף שבאופן אינטואיטיבי מנגנון הצמדה חד-כיווני נחזה כבלתי הוגן, אין די בכך על מנת לקבוע כי התנאי מקפח.¹⁰ בעניין זה הסתבר, כי הספק מממן את בניית הדירות באמצעות אשראי שהוא מקבל מבנקים ומספקים. כן הסתבר, כי מנגנוני ההצמדה שעל פיהם ניתן האשראי לספק אף הם חד-כיווניים. בנסיבות אלו, קבע בית הדין, כי מנגנון ההצמדה החד-כיווני נועד להגן על אינטרס כלכלי לגיטימי של הספק ואין לראותו כמקפח.

עמדה דומה קיבלה ביטוי בפסק הדין בעניין **ב. יאיר**,¹¹ שעסק אף הוא בחוזה אחיד למכר דירה וניתן שבועות מספר לאחר פסק הדין בעניין **שיכון ופיתוח**. גם במקרה זה קבע בית הדין כי התנאי בחוזה שקבע הצמדה חד-כיוונית איננו מקפח. זאת, נוכח המציאות העסקית בתוכה פועל הספק. אף כאן ציין בית הדין כי בשוק הרלוונטי מקובלים מנגנוני הצמדה חד-כיווניים, לרבות בחוזים שבין

⁶ אחד מכותבי הערת חקיקה זו היה חבר במושב בית הדין בשלושת פסקי הדין האמורים בפרק זה.

⁷ עניין **הבנק הבינלאומי הראשון**, לעיל ה"ש 3, פס' 66.

⁸ כך למשל, אם המדד עלה בשני אחוזים בחודש אחד וירד באחוז בחודש השני, התשלום המושג על הלקוח עולה בחודש הראשון ויורד בחודש השני בהתאמה. כלומר, מנגנון ההצמדה אינו מתעלם מירידה במדד כל עוד הירידה במדד אינה פוגעת בסכום הנומינאלי בו חב הלקוח.

⁹ ראו ח.א. 702/06 **היועץ המשפטי לממשלה נ' שיכון ופיתוח לישראל בע"מ**, פס' 20-28 (6.12.2011).

¹⁰ בהקשר זה ציין בית הדין כי חזקת הקיפוח שבסעיף 4(4) לחוק אינה חלה, מכיוון שמנגנון ההצמדה שבחוזה מבוסס על קריטריון אובייקטיבי שאינו נתון לשליטתו של הספק. ולפיכך, צריכה שאלת הקיפוח להיבחן בגדרו של סעיף 3 לחוק.

¹¹ ראו ח.א. 901/08 **היועץ המשפטי לממשלה נ' ב. יאיר חברה קבלנית לעבודות בניה 1998 בע"מ**, פס' 29-34 ואילך (19.2.2012).

הספק לבין הבנקים המספקים לו אשראי.¹² כמו בעניין **שיכון ופיתוח**, מציין בית הדין כי אם יחול שינוי בסביבה העסקית בה פועל הספק יהיה מקום לבחון מחדש את ההצדקה לקיומו של מנגנון הצמדה מעין זה.

כחודש ימים לאחר שניתן פסק הדין בעניין **ב. יאיר** יזם חבר הכנסת שי חרמש (מטעם ועדת הכלכלה של הכנסת) את הצעת חוק החוזים האחידים (תיקון מס' 5) (קביעת שער מזערי להצמדה כתנאי מקפח), התשע"ב-2012. כחודשיים לאחר פרסומה של ההצעה התקבל התיקון בקריאה שניה ושלישית. מעיון בנוסח התיקון וברקע שהביא לחקיקתו נראה כי תכליתו ברורה: לשרש את הפרקטיקה הרווחת של קביעת מנגנוני הצמדה חד-כיווניים בחוזים אחידים.

ב. קיפוח בחוזים אחידים וסייג התמורה הכספית

חזקת הקיפוח החדשה שהוספה לחוק נוגעת במישרין בנושא התמורה הכספית. בנושא זה לא מתקיימים בדרך כלל הטעמים המצדיקים פיקוח שיפוטי הדוק על תנאיו של חוזה אחיד.¹³ כך למשל, עניין התמורה הכספית נתון פעמים רבות למשא ומתן בין הצדדים. גם כאשר לא מתקיים משא ומתן בעניין המחיר, התמורה הכספית מצויה תדיר במוקד תשומת ליבו של הלקוח. לפיכך, בשווקים תחרותיים רבים ספקים מתחרים על ליבו ועל כיסו של הצרכן באמצעות הצעת מחירים נמוכים ככל אפשר. משום כך ניתן גם להניח, כי בניגוד לתנאיו האחרים של החוזה האחיד, קיימת הסכמה מודעת מצד הלקוח לרכיב התמורה הכספית שבחוזה. יתר על כן, באופן טיפוסי אין לספק יתרון של ידע או מומחיות בכל הנוגע להבנת המשמעות של המחיר על פני הלקוח. זאת, לעומת תנאים אחרים בחוזה האחיד, שאותם עלול הלקוח שלא להבין.¹⁴

התמורה הכספית, אם כן, מצויה בליבת ההסכמה החוזית. לפיכך, התערבות בתנאים הכספיים שבחוזה מחייבת זהירות רבה. ואכן, חוק החוזים האחידים עצמו מסייג את תחולתו וקובע כי הוראותיו לא יחולו על "תנאי הקובע את התמורה הכספית שישלם הלקוח".¹⁵ יחד עם זאת, אין לפרש את הדברים האמורים כאן כקריאה להימנע לחלוטין מהחלת החוק על תנאים הקשורים בתמורה הכספית. ברמה הפוזיטיבית, החוק עצמו קובע חזקת קיפוח לגבי תניה המקנה לספק זכות לקבוע או לשנות על דעת עצמו, לאחר כריתת החוזה, מחיר שנקבע בחוזה.¹⁶ יתר על כן, יש להבחין בין תנאי הקובע את המחיר *per se* לבין תנאי הקובע מנגנון לעדכון של המחיר או המתייחס לדרך חישובו.¹⁷

¹² שם, פס' 33.
¹³ לסקירת הטעמים המקובלים לפיקוח על תוכנם של חוזים אחידים, ראו, למשל, שמואל בכר ומשה גלברד, "חוק החוזים האחידים: עיון מחודש בעקבות תיקוני חוקים ה-19 (2013)", חלק ב.2.

¹⁴ ראו, למשל, אריאל פורת "חוזים אחידים", חוזים (כרך ג, דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים); גלברד ואדר, לעיל ה"ש 5, חלק ה.1. (א). ראו גם: ת"א (מחוזי י-ם) 5032/03 משהב חברה לשיכון בנין ופיתוח בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פס' 9-11 (פורסם ב"נבו", 25.01.2004); ת"א (מחוזי ת"א) 1761/02 דן טאבא נ' מינהל מקרקעי ישראל - מחוז המרכז, פס' 9-11 (פורסם ב"נבו", 25.11.2008); ע"מ (מחוזי י-ם) 1315/04 איגוד נותני שירות סיעוד בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, פס' 9-10 (פורסם ב"נבו", 03.07.2005).

¹⁵ סעיף 23(א)(1) לחוק; לגישה דומה ראו למשל סעיף 4(2) לדירקטיבה האירופית על תנאים בלתי-הוגנים (Unfair Contract Terms Directive – 93/13/EEC), הקובע כי הוראות הדירקטיבה לא יחולו, בין היתר, על התמורה הכספית.

¹⁶ ראו חזקת הקיפוח שבסעיף 4(4) לחוק. לדיון בחזקה זו ראו: לוסטרויז ושפניץ חוזים אחידים 90-91, 334-320 (1994).
¹⁷ לגישה שיפוטית לפיה ראוי לפרש את סעיף 23(א)(1) בצורה מצמצמת, ראו, למשל, ע"א 1795/93 קרן גמלאות של חברי אגד בע"מ נ' יעקב, פ"ד נא (5) 465, 433 (1997). לפסיקה לפיה אין להחיל את הסייג על מנגנוני חישוב ועדכון מחיר, ראו, למשל, ה"פ (מחוזי י-ם)

ההצדקה לפרשנות המצמצמת של סייג התמורה מבוססת על שני טעמים עיקריים. ראשית, גישה מצמצמת מתבקשת לצורך הגשמת תכליתו העיקרית של חוק החוזים האחידים להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים.¹⁸ דין החוזים האחידים מאופיין בחשש כי הספק ינסה לנצל את כוחו באופן לא הוגן בעת חלוקת העוגה החוזית. פרשנות מצמצמת של סייג התמורה מרחיבה את היקף תחולתו של החוק וממילא מגבירה את ההגנה על לקוחות.

שנית, ההצדקות לסייג התמורה הכספית אינן חלות – לפחות לא במלוא היקפן – על תניות הקשורות בתמורה אך אינן התמורה הנקובה עצמה. בפרט נכונים הדברים ביחס למנגנונים חוזיים לעדכון מחיר. להערכתנו, בניגוד לתמורה הנקובה ובדומה לשאר התניות הטיפוסיות בחוזה האחיד, מנגנון עדכון המחיר בדרך כלל אינו נושא למשא ומתן בין הצדדים. כמו כן, תניות העוסקות בעדכון המחיר אינן מצויות במוקד תשומת ליבו של הלקוח. יתר על כן, בניגוד לתמורה נקובה שהבנתה קלה ופשוטה, מנגנוני עדכון מחיר עשויים להיות מורכבים ומסובכים להבנה עבור הלקוח.¹⁹

זאת ועוד: בניגוד לתמורה הנקובה המחייבת את הלקוח באופן מידי, מנגנון העדכון מיועד להיות מופעל, אם בכלל, בנקודת זמן עתידית. על רקע עובדה זו, הטיות קוגניטיביות ידועות עלולות למנוע מהלקוח בחינה מושכלת של מנגנון עדכון המחיר המעוגן בחוזה האחיד. בין הטיות אלו ניתן למנות את הנטייה לאופטימיות יתר; את הנטייה שלא לייחס לסיכון העתידי (של עלייה במחיר) את משקלו המלא; ואת הנטייה להמעיט במשקלם של רווחים או הפסדים עתידיים בהשוואה לרווחים או הפסדים מיידיים.²⁰ לבסוף, גם עומס המידע בו נתקל הלקוח עלול למנוע ממנו לשקול כראוי את משמעויותיו של תנאי חוזי הקובע מנגנון עדכון או חישוב כזה או אחר.

ג. חזקת הקיפוח החדשה: ניתוח ביקורתי והצעת מתווה חלופי

חזקת הקיפוח החדשה מאששת את הגישה הפרשנית העקרונית לפיה מנגנוני עדכון מחיר מצויים בגדר חוק החוזים האחידים. באופן כללי, ומהטעמים שפירטנו לעיל, עמדה זו נראית לנו ראויה.

519/98 עמותת בעלי ודיירי קרית וולפסון בירושלים נ' קרית וולפסון בירושלים חברה לניהול ושירותים בע"מ, 23 (פורסם ב"נבו", 14.03.2007). כידוע, בית המשפט העליון התערב מטעמי קיפוח בתנאי בחוזה אחיד שקבע מנגנון מחיר ברע"א 1185/97 מילגרם נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145 (1998). ראו גם – ח"א (חוזים אחידים) 1/86 היועץ המשפטי לממשלה נ' חברת בית יהונתן, 14 (פורסם ב"נבו", 5.6.1988); ובאחרונה – ח"א (י-ם) 704/05 איגוד בתי אבות בישראל נ' מדינת ישראל – משרד הרווחה, פס' 26-24 (להלן: עניין איגוד בתי אבות בישראל). גישה פרשנית מצמצמת ניתן למצוא גם בפסיקה המפרשת את סייג התמורה הכספית שבדירקטיבה האירופית (לעיל ה"ש 13) ראו: Hans-W. Micklitz, Jules Stuyck and Evelyne Terryn eds., 2010, 293-295 *Cases Materials and Text on Consumer Law*.

ראו סעיף 1 לחוק.¹⁸

לגישה פרשנית הנוטה לכיוון זה ראו עניין איגוד בתי אבות בישראל, לעיל ה"ש 17. ראו גם: ת"א (מחוזי חי') 463/01 ווקסלין אדוארד נ' אנגל חברה לקבלנות כללית בעמ' 9 (פורסם ב"נבו", 28.02.2005).¹⁹

שאלה קשה יותר היא מה דינו של מנגנון עדכון מחיר המבוסס על עדכון בשיעור קבוע מראש: בע"ש 5017/98 מגדל הזהב בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 9-21 (פורסם ב"נבו", 11.12.2003) הביע בית הדין, באמרת אגב, את העמדה שלפיה על מנגנון המבוסס על עדכון שנתי בשיעור קבוע מראש (למשל, תוספת למחיר של 5% לשנה) יחול סייג התמורה. בפסיקה מאוחרת יותר העדיף בית הדין להותיר שאלה זאת בצריך עיון: ראו עניין איגוד בתי אבות בישראל, לעיל ה"ש 17, פס' 25.

אחד מהבטייזים של אופטימיות-יתר הוא הנטייה להמעיט בהערכת משקלם של סיכונים עתידיים. ליישום בהקשר של חוזים צרכניים, ראו, למשל, שמואל בכר "תוכן קונקרטי לדוקטרינות עמומות: ניתוח התנהגותי של חוזים אחידים" עיוני משפט לג 277, חלק ד.ד. 2 (2010); שמואל בכר ואורן בר-גיל הגישה הכלכלית למשפט 223, 231-232, 261-263 (א' פרקצ'ה עורך, 2012). על הקושי לערוך השוואה רציונאלית בין מצבים שבהווה לבין מצבים עתידיים ועל הנטייה להמעיט בחשיבותו של רווח או הפסד עתידי לעומת רווח או הפסד מידי, ראו למשל: Games G. March, *Bounded Rationality, Ambiguity and Engineering of Choice*, 9 BELL J. ECON. (1978); Herbert A. Simon, *Rational Decisionmaking in Business Organizations*, 69 AM. ECON. REV. 493, 587, 590 (1979); ליישום בהקשר של חוזים אחידים צרכניים ושינוי חד-צדדי של תנאי החוזה ראו בכר, לעיל, חלק ד.ד. 4. (1979) 502-503.

עמדה זו גם עולה בקנה אחד עם ההנחה הרווחת כי ספק עלול לנצל את כוחו באופן לא הוגן, תוך גריפת חלק לא פרופורציונלי מהרווח החוזי לכיסו.

עם זאת, חזקת הקיפוח החדשה אינה הולמת את רוח פסיקת בית הדין. כזכור, בשלושת המקרים שהובאו לפניו קבע בית הדין כי אין לראות במנגנון עדכון חד-צדדי משום תנאי מקפח. על רקע עמדתו השונה של המחוקק ולאור ההנמקות שהובאו לעיל, נפנה כעת לבחון האם יש הצדקה לקביעת חזקת קיפוח בעניין. השאלה הינה האם לא די בכך כי ניתן באופן עקרוני לתקוף מנגנוני עדכון מחיר על בסיס טענת קיפוח, מבלי להיעזר בחזקת קיפוח ספציפית.

למרבית חזקות הקיפוח המנויות בסעיף 4 לחוק החוזים האחידים יש מקבילות בשיטות משפט נוספות. כך לדוגמה, באוסטרליה מופיעה רשימה (לא-ממצה) של תנאים הנחזים להיות מקפחים במסגרת ה-Unfair Contract Terms Law משנת 2010.²¹ רשימה זו חופפת ברובה את רשימת חזקות הקיפוח שבסעיף 4 לחוק החוזים האחידים הישראלי. דמיון רב למדי קיים גם בין החזקות הישראליות לבין מרבית החזקות המופיעות בנספח (Annex) לדירקטיבה האירופית על תנאים מקפחים בחוזים צרכניים,²² שאומצה ונחקקה במשפטן הפנימי של כל 27 המדינות החברות באיחוד האירופי.²³ לעומת זאת, לא מצאנו מקבילה לחזקת הקיפוח החדשה שנקבעה בתיקון מס' 4. עובדה זו מחייבת ניתוח ראשוני של חזקת הקיפוח האמורה, ללא אפשרות השוואה לשיטות משפט אחרות.

בהקשר זה עולה הטענה כי מנגנון עדכון מחיר אינו נושא למשא ומתן בין הצדדים ואינו זוכה לתשומת ליבו של הלקוח בעת כריתת החוזה. מחד גיסא, מנגנון עדכון המחיר החד-צדדי מהווה חלק אינטגרלי מהחוזה האחיד, המוצע על בסיס "קח או הנח". לפיכך אפשר להניח כי הוא אכן אינו נושא למשא ומתן בין הצדדים לחוזה. מאידך גיסא, איננו בטוחים כי ניתן לטעון באופן גורף כי תנאי מעין זה אינו מצוי במוקד תשומת ליבו של הלקוח. בעסקות גדולות דוגמת רכישת דירה, מדובר בתנאי משמעותי מאוד בעל השלכות כספיות לא מבוטלות. ההשפעה של תנאי הקובע הצמדה למדד המחירים לצרכן בקשר לרכישת דירה צנועה בעלות של מיליון ש"ח יכולה לעמוד על עשרות אלפי שקלים. לא מן הנמנע כי צרכנים רבים משקללים את עובדת ההצמדה בהחלטות הרכישה שלהם. זאת במיוחד על רקע חלופות המימון העומדות בפניהם, והכוללות הצמדות שונות או הלוואות על בסיס ריבית בנק ישראל (המכונה ריבית פריים). בה בעת, בעסקאות קטנות יותר – דוגמת חוזי סולר או תשתית אינטרנט – ההשפעה של הצמדה למדד עשויה להיות קטנה יחסית

²¹ החוק חל על חוזים אחידים צרכניים בלבד. להסבר על החוק ועל רשימת התנאים המקפחים שבו ראו: http://www.google.co.il/url?sa=t&rct=j&q=Australian+unfair+contract+terms+&source=web&cd=1&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.consumerlaw.gov.au%2Fcontent%2Fthe_acl%2Fdownloads%2Funfair_contract_term_guide.PDF&ei=7k2PUfAlOMW0Bp6ngLAM&usq=AFQjCNF6Y4OB8DPssYhxhBhNCyElqYeZjXQ. החוק מהווה חלק מתוך ה-Australian Consumer Law שנכנס לתוקפו ב-1 לינואר 2011. לדברי הסבר ראו: http://www.consumerlaw.gov.au/content/Content.aspx?doc=the_acl/guidance.htm.
²² COUNCIL DIRECTIVE 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.
²³ לפירוט האופן שבו יושמה הדירקטיבה במשפט הפנימי של כל אחת מהמדינות החברות ראו: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:71993L0013:EN:NOT>

במונחים נומינאליים. בהיעדר מחקר אמפירי קשה להעריך באילו נסיבות זוכה תנאי זה לתשומת לב מצדם של לקוחות.²⁴

חשוב להזכיר, כי גם אם התנאי שעניינו מנגנון עדכון מחיר זוכה בנסיבות מסוימות לתשומת לב הלקוח, מנגנוני עדכון המחיר עצמם עשויים להיות מורכבים ומסובכים להבנה. כך, למשל, לא כל הלקוחות יודעים להבחין בין הצמדה למדד "ידוע" (נושא פני עבר) לבין הצמדה למדד "בגין" (נושא פני עתיד). בנוסף, לקוחות רבים אינם יודעים להעריך נכונה את ההשפעה המצטברת של הצמדה למדד בעסקאות מתמשכות. ברמה הפשוטנית ביותר, מדד העולה מידי חודש ב-1% אינו עולה באופן שנתי ב-12%, כי אם ב-12.68%. בהלוואה הניתנת ל-10 שנים יכולה להיות לכך משמעות כלכלית לא מבוטלת. יתר על כן, ישנם מדדים מוכרים פחות, ומנגנוני עדכון מורכבים יותר המצריכים הבנה כלכלית של ממש.²⁵ יחד עם זאת, לא ניתן להתעלם מן העובדה כי חלק ממנגנוני העדכון מסדירים תשלומים לתקופות קצרות יחסית, בעסקאות פשוטות ותוך שימוש במנגנוני עדכון ידועים יחסית. במקרים אלו אנו סבורים כי לא נדרשים ידע והבנה כלכליים של ממש על מנת להבין את מנגנון ההצמדה.

גם בשאלת השפעתן של הטיות קוגניטיביות ישנם שיקולים לכאן ולכאן. מחד גיסא, לקוח הניצב בפני תנאי הקובע הצמדה חד-צדדית בהחלט עלול לסבול מאופטימיות יתר ביחס לעליית המדד העתידית. הלקוח הטיפוסי עלול שלא לייחס לסיכון העתידי של עלייה במדד את משקלו המלא, והוא מועד להמעיט במשקלן של התרחשויות עתידיות. יתר על כן, הלקוח עלול לגלות אופטימיות יתר ביחס ליכולת ההשתכרות והמצב הכלכלי העתידיים שלו. לקוח טיפוסי עלול להאמין, ללא ביסוס מוצדק, כי מצבו הכלכלי וכוח ההשתכרות העתידיים שלו ישתפרו באופן משמעותי. לקוח כזה עלול להתייחס בביטול או בקלות דעת לתנאי הקובע הצמדה עתידית. לבסוף, גם עומס מידע עלול לגרום ללקוח שלא לתמחר כהלכה את המשמעות הנלווית לתנאי הקובע הצמדה חד-כיוונית.

מאידך גיסא, לא מן הנמנע שכיום יותר ויותר צרכנים משקללים את סוגיית ההצמדה ועדכון המחיר החוזי בעסקאות מתמשכות. ריבוי מסלולי ההלוואה האפשריים כיום (למשל, הלוואה על בסיס ריבית הפריים לעומת הלוואה צמודת מדד), לצד המידע שמונגש לציבור על ידי הבנקים, גורמים ללקוחות רבים לתת את הדעת להיבט זה. כמו כן, הסוגיה זוכה להתייחסות בפורומים שונים ברשת האינטרנט. לבסוף, מומחים ואנשי מקצוע בהם נעזרים חלק מן הלקוחות, דנים בנושא ואף מספקים אזהרות והמלצות. לכן, בהיעדר מחקר אמפירי נראה כי לא ניתן לפסוק בוודאות מהי מידת השפעתן של הטיות קוגניטיביות על האופן בו תופס הלקוח מנגנוני עדכון מחיר.

לסיכום, מכלול השיקולים שנדונו עד כה מצביע על כיוונים נוגדים. אין ספק בעינינו כי נכון לאפשר לבתי המשפט לבחון תנאים חוזיים הקובעים מנגנוני הצמדה ועדכון מחיר, ובכלל זה הצמדה חד-כיוונית. עם זאת, לא השתכנענו כי היקף התופעה וחומרתה מצביעים על כשל שוק כללי המצדיק חקיקת חזקת קיפוח גורפת ביחס להצמדה חד-כיוונית, כפי שנעשה בתיקון מס' 4.

²⁴ באופן כללי נעיר, כי הפסיקה מספקת שפע דוגמאות לתנאים אחידים חשובים שלא זכו לתשומת לב הלקוחות ex ante. ראו למשל: ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר פ"ד יז 1319 (1963); ע"א 148/77 רוס נ' ישופה, פ"ד לג(1) 617 (1979); ע"א 294/91 חברת קדישא נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) (1992).

²⁵ לאזכור מקצתם ראו לעיל ה"ש 3.

כיוון שמדובר בתנאים הנוגעים לתשלום – עניין העומד בלב העסקה – אנו חוששים כי קביעת חזקת קיפוח גורפת עלולה ליצור רגולציה עמוקה מדי שאין לה הצדקה.²⁶ ספרות ענפה עוסקת בבעייתיות הכרוכה ברגולציית יתר. מבלי להיכנס לפירוט, נציין כי הטענה המרכזית בהקשר זה נוגעת לעובדה שפעמים רבות רגולטורים לוקים בהיעדר מידע מספיק אודות השוק אותו הם מסדירים. כתוצאה מכך עלולה רגולציה עמוקה מדי לפגוע בתחרות וביעילות השוק.²⁷ טענות כלליות נוספות (שגם הן אינן ייחודיות להסדרת תחום החוזים האחידים) נוגעות לעובדה שבקביעת ההסדרים הרגולטוריים עלולים להיות מעורבים שיקולים לא ענייניים, כגון שיקולים פוליטיים ופופוליסטיים.²⁸

לו דעתנו הייתה נשמעת, היינו מציעים גישה אחרת, גורפת פחות. כאמור, תיקון מס' 4 יצר חזקת קיפוח לגבי תניה הקובעת מנגנון עדכון מחיר א-סימטרי. בנוסף, התיקון הסמיך את השר לקבוע בתקנות נסיבות או סוגי חוזים שבהם לא תחול החזקה. המלצתנו בעניין זה היא להפוך את סדר הדברים ולהסמיך את השר לקבוע בתקנות על אלו חוזים או סוגי ספקים תחול החזקה.²⁹ כקריטריונים מנחים כלליים יוכלו לשמש שיקולים דוגמת אלו המנויים כיום בס' 15(ג) לחוק החוזים האחידים: המספר המשוער של לקוחות הנזקקים לספק; היותם של הלקוחות צרכנים; אופי פעילותו של הספק; וסוג השירות או המוצר המוצע על ידי הספק. כפועל יוצא, גישה זו תחייב, לצד הגנה על לקוחות מפני תנאים מקפחים, בחינה זהירה יותר של תנאים חוזיים העוסקים בהצמדת מחיר ועדכנו. היא תבטיח התחשבות בתנאי השוק ובחינת נסיבות החוזה טרם קביעת חזקת קיפוח. היא תמנע התערבות מוגזמת בהסדרים חוזיים. וכפי שהפרק הבא ידגיש, בהינתן חזקת הקיפוח הנוכחית – בהחלט ישנו צורך לגלות משנה זהירות ולבור מוזן מבר.

²⁶ כתגובה ניתן כמובן לטעון כי כמו לגבי יתר חזקות הקיפוח שבסעיף 4 לחוק החוזים האחידים, אף כאן מדובר אך ורק בחזקה הניתנת לסתירה. חזקות הקיפוח המנויות בסעיף 4 לחוק אינן חלוטות ובסופו של דבר מדובר בהעברת נטל ההוכחה בלבד לצד החזק, הוא המנסח. נוסף על כך אפשר לטעון, כי באפשרות המנסח לאשר את התנאי קודם לחתימת החוזה מול בית הדין. הגיון של טענות אלו בצדן. עם זאת, הן סתירת החזקה והן אישור החוזה, מטילים על הספק נטל משמעותי, הכרוך בהשקעת משאבים. כאמור, איננו משוכנעים כי נכון ויעיל להטיל על הספקים, באופן גורף, נטל מסוג זה.

²⁷ על בעיית העדר המידע ראו, למשל: Dieter Bös, *Regulation: Theory and Concepts*, http://econpapers.repec.org/scripts/redir.pf?u=http%3A%2F%2Fwww.wiwi.uni-bonn.de%2Fbgsepapers%2Fbonedp%2Fbgse32_2001.pdf;h=repec:bon:bonedp:bgse32_2001 על הפגיעה האפשרית בתחרות וביעילות השוק ראו, למשל:

Frank A. Wolak, *An Econometric Analysis of the Asymmetric Information, Regulator-Utility Interaction*, 34 ANNALES D'ECONOMIE ET DE STATISTIQUES, 13 (1994) (לקובץ pdf של המאמר ראו: http://www.google.co.il/url?sa=t&rct=j&q=an+econometric+analysis+of+the+asymmetric+information+regulator+utility+interaction&source=web&cd=1&ved=0CC0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.stanford.edu%2Fgroup%2Ffwolak%2Fcgj-bin%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Ffiles%2FAn%2520Econometric%2520Analysis%2520of%2520the%2520Asymmetric%2520Information%2C%2520Regulator-Utility%2520Interaction_1994_Wolak.pdf&ei=fgibUjOcltHwtQbv5lG4BA&usq=AFQjCNH10p8bJNAW9XRql0sUCkfMYGbPsA

²⁸ ראו, למשל: George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation* <http://www.google.co.il/url?sa=t&rct=j&q=the+theory+of+economic+regulation&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CC0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.jstor.org%2Fstable%2F3003160&ei=PAybUaDSHtHRsgaq9YD4CQ&usq=AFQjCNG7Nv09Bt2RNePg0pkbm4ukePTEOQ>; Peter V. Letsou, *The Political Economy of Consumer Credit* http://www.google.co.il/url?sa=t&rct=j&q=peter+v+letsou+the+political+economy+of+consumer+credit&source=web&cd=1&ved=0CQ0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.emory.edu%2Femory_lj%2Farticles%2Fletsou.pdf&ei=AFQjCNG7Nv09Bt2RNePg0pkbm4ukePTEOQ; Francois Salanie and Nicholas Treich, *Regulation in Happyville*, 119 ECON. J. 665 (2009). על השפעותיה השליליות של רגולציה פופוליסטית ראו גם: ²⁹ זאת, כמובן, תחת ההנחה שהשר יעשה שימוש בסמכותו. ראו גם להלן פרק ד חלק VI.

ד. חזקת הקיפוח וגיבוש התקנות: הערות ליישום

בהנחה שחזקת הקיפוח תיוותר על כנה במתכונת הקיימת, יש לבחון מהי הדרך הנכונה להפעלתה. כאמור לעיל, השר הוסמך לקבוע בתקנות נסיבות או חוזים שבהם לא תחול החזקה. ההערות שלהלן מצביעות על כיוונים אפשריים ליישומה של סמכות זו.³⁰

1. חוזים אחידים מסחריים

בניגוד למקובל בשיטות משפט אחרות, חוק החוזים האחידים הישראלי אינו מבחין בין חוזים אחידים צרכניים לבין חוזים אחידים שאינם כאלה. בהקשר דנן, דומה כי קשה להצדיק חקיקתה של חזקת קיפוח המתערבת בהסדרים כספיים בחוזים מסחריים. כאשר מדובר בחוזים אחידים צרכניים, הלקוח הטיפוסי סובל מפערי מידע, פערי כוחות ומומחיות, והטיות קוגניטיביות שונות המנוצלות על ידי העוסק. אולם כאשר מדובר בחוזים אחידים המשמשים גופים מסחריים, ההנחה בדבר פערים טיפוסיים המצדיקים התערבות משפטית והגנה מיוחדת, נסתרת. לפיכך, במקרים אלו איננו מוצאים הצדקה של ממש להפעיל את החזקה האמורה. ברוח זו, אנו מציעים כי התקנות שיותקנו על ידי השר יחריגו חוזים מסחריים מתחולת חזקת קיפוח זו.

II. החרגה של חוזים צרכניים מסוימים

לא כל החוזים הצרכניים עשויים מקשה אחת. לטעמנו, על השר לבחון החרגה של חוזים צרכניים מסוימים מגדר החזקה וזאת בהתחשב, בין היתר, בשיקולים הבאים: חיוניות המוצר או השירות; היקף הלקוחות וסוגם (כך, למשל, ישנם שירותים או מוצרים המכוונים מלכתחילה לקהל יעד של לקוחות מתוחכמים); מידת התחרות הקיימת בשוק בתחום המדובר; היקף הגילוי הנאות ללקוח: דהיינו, באיזו מידה הופנתה תשומת ליבו של הלקוח לתניה שקובעת מנגנון הצמדה א-סימטרי (כגון בדרך של הצגה מופרדת או מובלטת של התניה בפני הלקוח) ובאיזו מידה התניה מנוסחת בלשון ברורה, בהירה ופשוטה להבנה.

במסגרת זו על השר לבחון מהי ההשלכה של חזקת הקיפוח על החוזים המוצעים ללקוחות ועל יכולתם של לקוחות לבחור בין מוצרים שונים. כך, למשל, מרבית הבנקים מציעים ללקוחות חוזי הלוואה בשתי גרסאות חלופיות: האחת עם שער רצפה, והשנייה ללא שער רצפה. תמחור ההלוואות נעשה, כמובן, בהתאם לסוג החוזה. בהקשר זה מתעורר חשש כי קביעה גורפת של חזקת קיפוח תביא לידי כך שהבנקים יציעו חוזי הלוואה מסוג אחד בלבד: ללא שער רצפה. מציאות זו עלולה להותיר את הלקוח ללא יכולת בחירה בין סוגי הלוואות, כמו גם לייקר את חוזי הלוואה עבור לקוחות המעדיפים חוזי הלוואה עם שער רצפה בריבית נמוכה יותר.³¹

III. התחשבות בסביבה העסקית בה פועל הספק

כפי שעולה מפסיקת בית הדין,³² בשווקים מסוימים מתקשרים ספקים עם גופים מסחריים או ספקים אחרים בחוזים בהם מקובלים מנגנוני הצמדה א-סימטריים. כך, למשל, חוזים רבים שבין ספקים

³⁰ יצוין, כי חלק מההערות שלהלן רלוונטיות גם לחזקות קיפוח אחרות, שאינן במוקד הערת חקיקה זו.

³¹ אנו מודים לקורא החיצוני על הערתו המועילה בעניין זה.

³² ראו לעיל ה"ש 9-11 וטקסט נלווה.

לבין בנקים המספקים לספק אשראי כוללים מנגנון הצמדה חד-כיווני. הוא הדין ביחס לשווקים אחרים, בהם מוצמדים מחירי סחורות או שירותים באופן חד-כיווני (דוגמת שכר עבודה צמוד מדד ספק משלם לעובדיו, כאשר השכר אינו פוחת בעת ירידת המדד).

אנו מציעים כי "סביבת העבודה" של הספק תילקח בחשבון על ידי השר בעת קביעת התקנות השוללות את תחולת החזקה.³³ נשוב ונזכיר בהקשר זה כי גם במקרים בהם נשללת תחולת החזקה לא נשללת תחולת החוק. כלומר, לקוח המבקש לתקוף מנגנון עדכון א-סימטרי בטענת קיפוח יוכל לעשות זאת אם יוכיח כי התנאי עומד במבחני הקיפוח שנקבעו בפסיקה.

IV. מניעת אופורטוניזם בעסקות אשראי קצרות-מועד

סוג נוסף של מקרים בהם ראוי לדעתנו להחריג את חזקת הקיפוח ביחס לתנאי הצמדה חד-כיווני מתייחס לחוזה במסגרתו נותן הספק אשראי קצר-מועד או הלוואה (ולו גם ארוכת טווח) הניתנת לפירעון מוקדם. החשש הוא שלקוחות מתוחכמים הצופים ירידה של המדד עלולים ליטול הלוואה לפני פרסום המדד ולפרוע אותה מיד לאחריו ובכך לנצל לטובתם את פערי המדד באופן אופורטוניסטי. לספק – נותן האשראי – אין בדרך כלל כלים יעילים כדי להתגונן מפני סיכון מעין זה.³⁴ מובן כי אף כאן אי החלת חזקת הקיפוח אינה מונעת מהלקוח להוכיח קיפוח במקרה המצדיק זאת.³⁵

V. בחינה מחודשת של החזקה והתקנות לאחר תקופת ניסיון

החזקה החדשה נכנסה לתוקף בנובמבר 2012. כאמור, מדובר בחזקה חדשה וייחודית שטרם נבחנה לעומק. גם הליכי החקיקה שהובילו לתיקון נדמים בעינינו כמהירים ולא ממצים. לפיכך, אנו ממליצים לשוב ולבחון כעבור זמן את החזקה, את התקנות שיותקנו (ככל שאכן יותקנו), ואת השפעתן על מנגנוני עדכון וחישוב המחיר בחוזים השונים בשוק. בדיקה אמפירית עשויה לשפוך אור על הנושא ולהביא לתובנות חשובות ובעקבותיה ניתן יהיה לקבל החלטות מושכלות יותר.

VI. הסמכת השר להתקין תקנות: תבונה מעשית או אחיזת עיניים?

לכאורה, הסמכת השר להתקין תקנות המסייגות את תחולת חזקת הקיפוח (או – לפי הצעתנו החלופית, תקנות הקובעות על אילו חוזים וספקים תחול חזקת הקיפוח) היא הגיונית ומתבקשת. תקנות אלו יוכלו לאזן בין שני הכוחות המנוגדים העומדים בלב דיני החוזים האחידים: מחד גיסא, הצורך להגן על הלקוח מפני כוחו העודף של הספק. מאידך גיסא, הצורך להימנע מהתערבות יתרה בחיי המסחר.

³³ לכאורה ניתן לטעון, כי אם חוזי האשראי הם חוזים אחידים – הרי שחזקת הקיפוח תעמוד גם לספקים בתפקידם כלקוחות; אם לא – הרי שלספקים כוח מיקוח מול ספקי האשראי. עם זאת, טענה זו נראית לנו מעט פשטנית, וממספר טעמים. נמנה כאן את מקצתם. ראשית, שוני בעמדות השופטים עלול להביא לכך שבמקרה אחד ייקבע כי חזקת הקיפוח נסתרה בעוד שבמקרה אחר ייקבע להיפך – מה שעלול ליצור אנומליה. שנית, באותם מקרים בהם יש הצדקה עסקית להצמדה חד-כיוונית, עצם קביעת החזקה עלולה לעודד ליטיגיה חסרת תועלת. שלישית, ההנחה שלספקים יש כוח מיקוח מול ספקי האשראי בהתקשרות בחוזים שאינם אחידים אף היא אינה נקייה מספקות. סביר מאוד להניח כי ספקים רבים מצויים בעמדת נחיתות ביחס לספקי האשראי שלהם.

³⁴ בעיה זו הוצגה בידי נציגי אגוד הבנקים בעת הדיון בהצעת החוק שהתקיים בוועדה. ראו: פרוטוקול מס' 872 משיבת ועדת הכלכלה של הכנסת השמונה-עשרה, מיום י"ד בסיון התשע"ב (4 ביוני 2012): www.knesset.gov.il/protocols/data/rf/kalkala/2012-06-04.rtf

³⁵ אין בידנו מידע אמפירי על פוטנציאל הבעיה והיקפה. אם מספר הלקוחות המתוחכמים-אופורטוניסטיים קטן, פתרון חלופי יכול להיות קביעת עלויות גבוהות בדמות קנס פירעון מוקדם או חיוב בעמלות אחרות (במקום חרגת חזקת הקיפוח).

פתחנו את הערתנו זו במילה "לכאורה", ולא בכדי. למרות שהסמכת מחוקק המשנה להתקין תקנות מסייגות נראית כמהלך המשקף תבונה מעשית, אנו חוששים מהאפשרות שהוא יתגלה כמהלך עקר. מקורו של החשש בהערכה כי השר לא ימהר להתקין תקנות. כך, במקרים קודמים הסמכת השר להסדיר סוגיות מרכזיות בתחום החוזים האחידים הייתה בבחינת "קול קורא במדבר", והשר לא מימש את סמכותו. דוגמה אחת היא ההסמכה שניתנה לשר להתקין תקנות מכוח סעיף 15 לחוק החוזים האחידים. דוגמה נוספת היא הסמכת השר מכוח ס' 20 לחוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986, לדרוש ממנפיקי כרטיסי חיוב לאשר את חוזהם האחידים. לאור ניסיון מצטבר זה, אנו סבורים כי אל להם לבתי המשפט להירתע מלגלות תפקיד אקטיבי בעיצוב גבולותיה הרצויים של חזקת הקיפוח; ודאי שלא על רקע שתיקתו הצפויה (לצערנו) של מחוקק המשנה.

* * * * *

בהערת חקיקה זו ביקשנו לבחון את תיקון מספר 4 לחוק החוזים האחידים, המעגן חזקת קיפוח ביחס לתנאי בחוזה אחיד הקובע מנגנון הצמדה א-סימטרי. נוכח אופייה של הערת החקיקה, הדיון בה אינו ממצה את הנושא. עם זאת, אנו מקווים שהוא מציף סוגיות חשובות ומעניינות הראויות לבחינה ולעיון נוספים.