

הערות איגוד הבנקים

הצעת חוק החוזים האחידים (תיקון מס' 4), התשע"א-2010

1. לסעיף 1(4) להצעת החוק - הוספת פסקה 11 לסעיף 4 לחוק

1.1 תיקון מוצע זה מבקש לקבוע, כי כל תנאי בחוזה אחיד, שבו הלקוח מצהיר על ידיעת דבר מה או על עשיית דבר מה - חזקה שהוא תנאי מקפח.

1.2 למיטב הבנתנו, חזקת קיפוח גורפת וללא יוצא מהכלל ביחס לכל תנאי בחוזה אחיד, אשר בו הלקוח מתבקש להצהיר על מעשה שעשה או על מודעותו לעניין מסוים – אינה מוצדקת, אינה הגיונית ואינה מידתית.

אדרבא - הצהרות לקוח על ידיעתו ועל מעשיו הינן במקרים רבות דרושות, נכונות ומתבקשות, כגון:

- הצהרה על נכונות פרטי הזיהוי שנמסרו ע"י הלקוח לספק במסגרת ההתקשרות; אין צורך לומר, שהלקוח הוא-הוא הבקי בפרטי הזיהוי שלו-עצמו; עוד אין צורך לומר, כי קבלת פרטי זיהוי נכונים ומדויקים של הלקוח הוא אינטרס חיוני של הספק, בוודאי לכשמדובר בבנק מקום בו עסקינן בכספי הלקוח. לפי פסקה (11) המוצעת, תנאי זה ייחשב למקפח!

- פעילות מול לקוח שהוא תאגיד (לדוג' - חברה בע"מ) מחייבת לעתים - כמתחייב מעקרונות יסוד בדיני תאגידים – קבלת החלטה מתאימה ע"י דירקטוריון החברה (או ע"י גורם מוסמך אחר בחברה, בהתאם להוראות תקנון החברה). על כן, לקוח שהוא חברה בע"מ, מתבקש להודיע, במסגרת תנאי ההתקשרות, כי אכן התקבלו החלטות החברה הנדרשות, וכי ההחלטות התקבלו בהתאם למסמכי ההתאגדות התקפים ומחייבים את החברה לכל דבר ועניין. לעתים גם נדרשת החברה להצהיר, כי ידוע לה שהסכמת הספק לפעילות מתבססת על ההחלטות שהתקבלו ע"י החברה כאמור.

בהתאם לפסקה (11) המוצעת, תנאי תמים זה יחזק כתנאי מקפח בחוזה אחיד. התוצאה, לפיה התנאי ההגיוני וההכרחי (כמעט אמרנו, הטריטוריאלי) הנ"ל הוא מקפח, הינה, בכל הכבוד, אבסורדית.

- לעתים מתבקשת ההצהרה על מנת להדגיש בפני הלקוח סיכונים מסוימים. אין כל סיבה הגיונית למנוע מהספק לוודא בהתקשרות מול הלקוח כי האחרון מודע לסיכונים אלה.

1.3 כפי שצוין בדברי ההסבר, בית המשפט העליון, בע"א 6916/04 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, דחה את הגישה העומדת מאחורי התיקון המוצע. פסיקת בית המשפט העליון הייתה חד משמעית וברורה כאשר בבסיסה נמצאת הקביעה, כי אין מקום להבחין לעניין האמור בין חתימה על חוזה "רגיל" לבין חתימה על חוזה "אחיד"; על כן, "לקוח" החותם על "חוזה אחיד" כמוהו כצד לחוזה שאינו אחיד החותם על אותו החוזה. יודגש, כפי שנתמך גם על ידי בית המשפט העליון בפסק דינו האמור, כי הבעיה המיוחדת בחוזים האחידים אינה אי-ידיעת התנאים או היעדר הסכמה-פורמאלית לתוכם, אלא דווקא הסכמה, אם כי לתנאים מוכתבים מראש, שאין לשנותם. אולם, אין הדברים חורגים מעבר לכך; "החוזה האחיד" נותר חוזה, דרכי הצעה והקיבול יהיו כבחוזים הרגילים, וכן שאר עקרונות ודוקטרינות שבדיני החוזים - ככל שאינן נשללות או נסתרות על ידי קביעה שיפוטית מכוחו של חוק החוזים האחידים.

כפי שפורט בפסק דינו של בית המשפט העליון, מחויבותו החוזית של הלקוח הינה מעצם הסכמתו לחוזה כאשר חתימתו מהווה ביטוי לאותה הסכמה שהלקוח, בחוזה האחיד, ככל צד לכל הסכם אחר, "מוחזק" כמי שהבין את תוכן המסמך. על כן, לא מצא בית המשפט העליון פגם או קיפוח בנוסח הצהרת הלקוח כי חתימתו על החוזה מבטאת את הסכמתו לאמור בחוזה. אך מובן הוא, כי אין בהסכמה זו משום ויתור כלשהו על זכות איזושהי מזכויות הלקוחות על פי חוק החוזים האחידים.

אכן, בית המשפט העליון ציין בפסק דינו כי ההצהרה הנוספת של הלקוחות כי "קראנו את התנאים הכלליים" מעוררת אי נוחות מסוימת, זאת נוכח הפער הגדול שבין אותה הצהרה לבין המציאות המוכרת. אולם שלא כבית הדין קמא באותו מקרה, בית המשפט העליון לא סבר כי אי נוחות זו עולה כדי תנאי מקפח. זאת בראש ובראשונה מתוך כך שאין הצהרה זו מעלה או מורידה מאומה מזכויות הלקוחות על פי דין החוזים בכלל ועל פי חוק החוזים האחידים בפרט. עם זאת, הביע בית המשפט העליון את דעתו, כי המילים "קראנו את התנאים הכלליים" מיותרות לחלוטין ואין בהן כדי לשרת אינטרס כלשהו של הבנק. אשר על כן, ומתוך אי הנחת המתעוררת - לשווא וללא צורך לטעמו - מהוספת המילים הנ"ל להצהרה, סבור היה המשפט העליון כי טוב יעשה הבנק אם ימחק את קטע ההצהרה אשר במילים "אנו מאשרים כי קראנו את התנאים הכלליים", ויסתפק בהצהרת הלקוחות כי קיבלו את עותק התנאים הכלליים, כי ניתנה להם האפשרות הדרושה לעיין בו וכי חתימתם על המסמך מהווה את הסכמתם לאמור בו.

לפיכך, אנו מתנגדים לתיקון המוצע, הבא להפוך, ללא נימוקים הולמים ובוודאי שלא משכנעים, את הקביעות המנומקות כדבעי של בית המשפט העליון.

עם זאת, למרות שכאמור בית המשפט העליון הביע את דעתו כי אין המדובר ב"תנאי מקפח", אך לאור אי הנוחות ו"המלצתו" למחוק את קטע ההצהרה המתייחס ל"קריאתו" של החוזה האחיד, אנו מוכנים לקבל את הגישה שבחוזה אחיד לא יידרש הלקוח להצהיר כי קרא את ההסכם. עם זאת, כפי קביעת בית המשפט העליון לא נראה לנו שיש מקום לעשות כן על ידי קביעת הצהרה כאמור כ"תנאי מקפח", אלא אולי בסעיף נפרד.

כלל היותר, הגם שלדעתנו כאמור אין לכך מקום, ראוי היה שנוסחו של סעיף קטן (11) המוצע יוגבל לקריאת תנאי ההסכם, ולהלן נוסח מוצע - "(11) תנאי לפיו נדרש הלקוח להצהיר כי קרא את ההסכם."

2. **לסעיף 5 להצעת החוק [סעיף 13(ב) החדש לחוק] - סעיף 14(ב) לחוק קובע, כי לאחר שבית הדין אישר נוסח של חוזה אחיד, אזי במהלך תקופת תקפו של האישור (ככלל - חמש שנים) "לא תישמע בבית הדין טענה שיש בחוזה האחיד תנאי מקפח". לשון אחר, במהלך תקופת האישור, נוצרת חזקה חלוטה, לפיה החוזה האחיד המאושר איננו מקפח.**

הצעת החוק מבקשת לשנות מצב דברים זה. על פי הצעת החוק, אישור חוזה אחיד על ידי בית הדין ייצור חזקה לכאורה, בת סתירה, לפיה החוזה האחיד אינו מקפח. דברי ההסבר להצעת החוק מבהירים, כי "הלקוח יוכל, בהליך משפטי לפני בית המשפט, לסתור חזקה זו".

לעניות דעתנו, הוראה זו מוטת באופן בלתי הוגן לטובת הלקוח, ומעודדת הליכי סרק נגד ספקים:

- מבחינת הלקוח, הצעת החוק מקנה לו תמריץ לתקוף חוזים אחידים בבית הדין, גם שעה שטענות הלקוח הן קלושות, במיטב "שיטת מצליח"; שהרי אם הלקוח יזכה - מה טוב, ואם לאו - לא נגרם נזק, שכן הלקוח יוכל לשוב ולנסות את מזלו בהליך אזרחי רגיל בבית המשפט.

- ומבחינת הספק, הצעת החוק "מודה", שמטרתה היא למעשה שלא לתמרץ ספקים להגיש את החוזה לאישור בית הדין. ואכן, מה הטעם יהיה לספק ליזום הליך מורכב, יקר וממושך של אישור חוזה אחיד, אם בסופו של יום, ואף אם יתקבלו טענותיו והחוזה יאושר, לא תובטח לספר ולו תקופה מינימלית של "שקט תעשייתי" ?

לאור האמור לעיל, אנו סבורים כי אין מקום לתיקון המוצע.

3. לסעיף 7 להצעת החוק - [הוספת פסקה 17(ב) לחוק]

3.1 הצעת החוק מבקשת לתקן את סעיף 17 לחוק, באופן שיקנה לבית הדין – בנוסף לסמכויות המוקנות לו כיום – גם את הסמכות "ליתן כל צו להבטחת קיום החלטתו". עוד מבהירה הצעת החוק, כי "צו לפי סעיף קטן זה, דינו לעניין ביצוע הצו ולעניין סעיף 6 לפקודת ביזיון בית המשפט, כדין צו שניתן בידי בית משפט בעניין אזרחי".

סעיף 6 לפקודת ביזיון בית המשפט קובע, כי "המסרב לציית לצווי בית המשפט...תהא להם הסמכות לכוף אדם בקנס או במאסר לציית לכל צו שניתן על ידם והמצווה לעשות איזה מעשה או האוסר לעשות כל מעשה".

3.2 מתן סמכות לבית הדין, לא רק לבטל או לשנות תניות מקפחות (סמכות המוקנית לו כבר היום), אלא גם לצוות על מי מהצדדים לבצע פעולות, תעניק לבית הדין מעמד אקטיבי ויזום, אשר עלול לגלוש לכדי עיצוב הוראות החוזה עבור הצדדים. למיטב הבנתנו, גישה זו אינה ראויה.

3.3 זאת ועוד, הסמכות אותה מוצע להקנות לבית הדין, לא זו בלבד שאינה ראויה – היא אף מיותרת. הרי ממה נפשך: אם בית הדין פסל תניה שהקנתה פטור לספק, הלקוח יוכל לאכוף את זכויותיו החוזיות כלפי הספק כמקובל (כגון – בהליכי הוצאה לפועל) תוך התעלמות מהפטור האמור, ולשם כך אין צורך בצו של בית הדין לחוזים אחידים; ואם התניה שנפסלה הקנתה לספק זכות אקטיבית כלפי הלקוח, לא יוכל הספק לאכוף זכות זו (פסילת התניה על ידי בית הדין – כשלעצמה וללא צורך בצו – תהווה הגנה ללקוח בהליכי הוצאה לפועל נגדו).

3.4 בכל מקרה, אין הצדקה להחיל במצב כאן הליכי ביזיון בית משפט ביחסים שבין הספק ללקוח, אשר החיובים ההדדיים ביניהם הם ככלל חיובים כספיים. עמדה זו מתיישבת עם הכלל שגובש בפסיקה ולפיו אין להיזקק להליכי ביזיון כאשר קיימת דרך אחרת לביצוע ההוראה השיפוטית.

3.5 לבסוף, החלת דיני ביזיון בית משפט כמוצע בהצעת החוק, מעלה את החשש של שימוש בלתי ראוי בהליכים אלה על ידי לקוחות, כדי להפעיל לחץ על הספקים; והכל, כאמור, בעניינים בטיבם הוא כספי-אזרחי מובהק, ושאיפתם מסורה לרשויות ההוצאה לפועל.

4. לסעיף 8 להצעת החוק - החלפת סעיף 18 לחוק

4.1 היפוך הכלל לגבי תחולה רטרואקטיבית של ביטול או שינוי תנאי מקפח – אנו סבורים, כי יש להותיר את הכלל הקבוע כיום על כנו. החלה רטרואקטיבית של ביטול או שינוי של תנאים בחוזה, מצריכה בחינה מדוקדקת ופרטנית של בית הדין, כל מקרה ונסיבותיו. החלטה רטרואקטיבית "אוטומטית", ללא בחינה מוקדמת ומתאימה של בית הדין, עשויה לגרור עמה פגיעה, גם היא "אוטומטית", בוודאות העסקית והחוזית, הן של הספק והן של לקוחותיו.

4.2 החלת ביטול או שינוי תנאי מקפח על כל חוזה אחיד זהה במהותו של אותו ספק – אנו מתנגדים נחרצות לתיקון האמור, אשר מלבד זה שהוא עשוי לעורר קשיים נכבדים ביישום, יש בו כדי להביא לתוצאות בלתי רצויות, הן מבחינת הספק והן מבחינת הלקוח.

ראשית, לעניין הקשיים ביישום – הכיצד ניתן לקבוע כי מדובר בחוזה אחיד "זהה במהותו"? מהי אותה "מהות" שיש להשוות בין החוזים? מהם מרכיביה ומאפייניה של

אותה "מהות" ? האם סוג העסקה (חד פעמית, נמשכת)? האם התייחסותה לסוג השירות או שמא לנכס אשר השירות ניתן לגביו ?

מלבד הקשיים הפרשניים אשר עשויים להביא לקושי נכבד ביישום התיקון האמור, הרי בהחלט ייתכן שבמקרים מסוים לא תהיה כל הצדקה להחלת הכלל האמור, אשר עשויה להביא לצידה לפגיעה בספק, המיוחדת לחוזה האמור, ואף יכול והלקוח ייצא כששכרו בהפסדו. זוהי עשויה להיות תוצאה מסתברת של ה"אוטומטיות" ביישום ההחלה, ללא שיש יכולת לספק ואף לא לגורמים אחרים לטעון לגבי החוזים האחרים ולהביאם לבחינה פרטנית, מראש, בפני בית הדין.

לעניות דעתנו, על מנת להביא לביטול או שינוי של תנאי בחוזה אחיד מפאת היותו מקפח, יש לבחון את מכלול החוזה, על מרכיביו ומאפייניו בכל מקרה ומקרה, על פי נסיבותיו ואת כל העניינים האחרים שעשויים להיות כרוכים בכך.

לפיכך, אנו סבורים שאין מקום לקבוע החלה "אוטומטית" של תיקון או שינוי של תנאי מקפח על חוזים אחרים.

4.3 הרחבת שיקול דעתו של בית הדין בבואו להחליט לגבי ביטול ההחלה הרטרואקטיבית של ביטול או שינוי תנאי מקפח - בסיפא לס"ק (ב) מוצע לקבוע כי לעניין ביטול כלל ההחלה הרטרואקטיבית יביא בית הדין בחשבון, בין היתר, את סוג ותקופת ההתקשרות ואת עוצמת הקיפוח. הואיל ומטבע הדברים, החלה רטרואקטיבית "אוטומטית" של ביטול או שינוי תנאי מקפח עשויה לגרום בצידה (בעיקר כשמדובר באותם חוזים אחידים אחרים, "זהים במהותם", של אותו ספק) גם הכבדה משמעותית על הספק ו/או על הלקוח. ייתכן ומדובר בקשיים תפעוליים של הספק ליישם תחולה רטרואקטיבית כאמור, ייתכן כי מדובר בחוזה המגלם עסקה חד פעמית שבה לא ניתן לאתר את הלקוח, או שקיימים קשיים ממשיים באיתורו.

לפיכך, נבקש להוסיף לרשימה, הפתוחה אמנם, של השיקולים שעל בית הדין להביא בחשבון, גם "הכבדה על הספק או על הלקוח".

5. לסעיף 10(2) להצעת החוק - תיקון סעיף 23(א) לחוק - רשויות מוסמכות, ובעיקר אמורים הדברים לרשויות פיקוחיות פרסמו ומפרסמות הוראות רבות בתחום סמכותן, כאשר במרבית המקרים הוראות אלו, חלקן או כולן, אינן חוסות תחת המונח "חיקוק" בס"ק זה [כגון - הוראת ניהול בנקאי תקין של המפקח על הבנקים שאינן עולות כדי תקנה בת פועל תחיקתי, החלטות מליאת רשות ניירות ערך וחוזרים מטעמה (מכוח תזכיר חוק סמכויות רשות ניירות ערך - הוראות מנהליות), חוזרי אגף שוק ההון, ביטוח וחסכון, תקנון הבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ ועוד].

נראה, כי השימוש בסייג זה במונח "חיקוק", כפי הגדרתו בחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, הינו ארכאי לעניין זה ומתעלם מכך שברבות השנים פעילות הרגולטורים האמורים התגברה באופן משמעותי ביותר ויצרו מעין "חיקיקת משנה" ענפה משלהם, חלף חקיקה ממש, אשר יש לראותה, לענייננו, כ"חיקוק". זאת בעיקר משום שההסבר הרווח לסייג הקבוע כיום בחוק לגבי "חיקוק" של המחוקק - כי קבע נורמות סבירות - בהחלט הולם, ככלל, גם את הוראותיהם של הרגולטורים האמורים.

לפיכך, נבקש להרחיב את הסייג האמור מעבר לתנאים התואמים "חיקוק" (כהגדרתו בחוק הפרשנות), כגון לדוג' לתנאים התואמים "הוראות רשות מוסמכת" או "הוראת מינהל" וכיוצ"ב.

6. הוראת מעבר וסעיף תחילה - בדומה לקבוע בהצעת חוק החוזים האחדים (תיקון מס' 3), התש"ע-2010 אשר אושרה ביום 1.6.2010 בקריאה שנייה ושלישית במליאת הכנסת, נבקש להוסיף לתיקון הוראת מעבר הקובעת כי הוא לא יחול על חוזים אחידים שנכרתו לפני יום תחילתו. כמו כן, בהתאם לנוסח הסופי של התיקון, יהיה צורך לבחון קביעת מועד תחילה מאוחר על מנת לאפשר היערכות מתאימה של הספקים (לדוג' - בעניין התאמת החוזים לתנאים המקפחים שייקבעו).