



הכנסת

הלשכה המשפטית

תחום חקיקה
ומחקר משפטי

תנאים מקפחים בחוזים אחידים - סקירה משווה -

סקירה משפטית

כתיבה: עו"ד נתי פרלמן

כ"ח בחשוון תשע"ב

13 בנובמבר 2012

אישור:

עו"ד הודיה קין, ממונה (חקיקה ומחקר משפטי)

מסמך זה הוא סקירה משפטית משווה ואינו חוות דעת משפטית

תמצית

מסמך זה נכתב לצורך הדיון בהצעת חוק החוזים האחידים (תיקון מס' 4) התשע"א-2010,¹ אשר עברה בקריאה ראשונה והונחה על שולחנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט לשם הכנתה לקריאה שנייה ושלישית. הצעת החוק נועדה לשפר את ההגנה על הצרכן מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים, ולייעל את הטיפול של בית הדין לחוזים אחידים ושל היועץ המשפטי לממשלה, בחוזים האחידים.²

בין היתר, הצעת התיקון מבקשת לקבוע כי תנאי שלפיו נדרש הלקוח להצהיר על מעשה שעשה, על מודעותו לעניין מסוים או על דבר מה אחר או לאשר אותו, ובכלל זה תנאי שלפיו נדרש הלקוח לאשר או להצהיר כי קרא את החוזה או כי הוא מסכים לחוזה או לתנאיו, יוחזק כתנאי מקפח.³ כמו כן, במסגרת דיוני הוועדה בתיקון המוצע, הוצע גם כי תנאי המרחיב זכויות של ספק מעבר לתרופות העומדות לו בדין יוחזק כתנאי מקפח.⁴ מטרת מסמך זה לסקור האם קיימות הוראות דומות בעולם.

המשטר החוקי בדבר חוזים אחידים מעורר שאלות יסודיות שבין העקרונות של התיאוריה החוזית הקלאסית, כגון חופש החוזים והחזקה שהחותם על חוזה מחייב את עצמו למכלול תנאיו, לבין שיקולים פרקטיים ותובנות של הגישה ההתנהגותית למשפט וכלכלה, והעובדה שכוח המיקוח של הצרכן ויכולותיו המעשיות אינם מגבשים הסכמה אמיתית לתנאים מקפחים של חוזים אחידים.⁵ מסמך זה איננו מתייחס לשאלות המהותיות הללו, אלא סוקר בקצרה את ההוראות הרלוונטיות בדירקטיבה האירופית העוסקת בנושא, ובמדינות: בריטניה, צרפת, גרמניה, אוסטריה, אוסטרליה וארה"ב.

¹ ראו: **הצעות חוק** הממשלה 547, י"ז בכסלו התשע"א, 24 בנובמבר 2010, עמ' 294:

http://www.knesset.gov.il/committees/heb/material/data/H23-09-2012_12-09-50_547.pdf

יש לציין כי ההצעה צפויה להתקבל כתיקון מס' 5, שכן תיקון אחר כבר התקבל כתיקון מס' 4. ראו, באתר האינטרנט של משרד המשפטים: ס"ח 2367, **חוק החוזים האחידים** (תיקון מס' 4), כ"ב בתמוז התשע"ב, 12 ביולי 2012, עמ' 482

<http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/D1526250-06D1-4ACE-A89B-D6AFA64B5777/36538/2367.pdf>

הצעת חוק החוזים האחידים (תיקון מס' 5) (קביעת שער מזערי להצמדה כתנאי מקפח) התשע"ב-2012, **הצעות חוק** הכנסת 461, ט"ו באייר התשע"ב, 7 במאי 2012, עמ' 176: <http://www.knesset.gov.il/Laws/Data/BillKnesset/461/461.pdf>.
תאריך כניסה: 13 בנובמבר 2012.

² דברי ההסבר להצעת החוק.

³ סעיף 4(1) להצעת החוק. וראו עוד בדברי ההסבר שם; ע"ש 195/97, **היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי לישראל בע"מ**; ע"א 6916/04, **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**.

⁴ ראו: פרוטוקול מס' 667 מיישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, כ' באב התשע"ב (08 באוגוסט 2012).

⁵ ראו, למשל: Shmuel I. Becher and Esther Unger-Aviram, "The Law of Standard Form Contracts: Misguided", 8 *DePaul Bus. & Comm. L.J.* (2009-2010) 199; Russell Korobkin, "Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability", 70 *University of Chicago Law Review* (2003) 1203; Robert A. Hillman and Jeffrey J. Rachlinski, "Standard-Form Contracting in the Electronic Age", 77 *New York University Law Review* (2002) 429; Todd D. Rakoff, "Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction", 96 *Harvard Law Review* (1983) 1173; W. David Slawson, "Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power", 84 *Harvard Law Review* (1971) 529; Joshua D. Wright, "Behavioral Law and Economics, Paternalism and Consumer Contracts: An Empirical Perspective", 2 *NYU Journal of Law and Liberty* (2007) 470-511. באתר האינטרנט של בית הספר למשפטים של אוניברסיטת ניו-יורק:

http://www.law.nyu.edu/ecm_dlv3/groups/public/@nyu_law_website_journals_journal_of_law_and_liberty_documents/documents/ecm_pro_060956.pdf. תאריך כניסה: 13 בנובמבר 2012.



מִן הַסְקִירָה עוֹלָיִם הַמִּמְצָאִים הַבָּאִים :

- ככלל, חוקי המדינות שנסקרו כוללים רשימות של תנאים מקפחים. ישנן רשימות "שחורות", אשר התנאים שבהן מוחזקים כתנאים מקפחים בהחלט, ורשימות "אפורות", אשר התנאים שבהן נחשבים כמקפחים אלא אם כן מוכח אחרת. המסמך יתן את הדגש לתנאים הדומים לאלה המוצעים במסגרת ההצעות לתיקון החוק.
- בשנת 1993 פרסמה מועצת הקהילייה האירופית דירקטיבה המחייבת את המדינות החברות לקבוע בחוקיהן כי תנאים מקפחים בחוזים צרכניים לא יחייבו את הצרכן.
- הדירקטיבה כוללת רשימה אינדיקטיבית ולא ממצה של תנאים העשויים להיחשב כמקפחים, ובכללם תנאים המחייבים צרכן שלא עמד בחובותיו לשלם פיצוי גבוה באופן לא פרופורציונאלי.
- הוראות הדירקטיבה האירופית נקלטו בבריטניה באמצעות תקנות, אשר הוראותיהן זהות במהותן להוראות הדירקטיבה. לצידן של התקנות האמורות קיים בבריטניה חוק נוסף העוסק בחוזים אחידים. שניות זו יוצרת תוצאות לא עקביות וישנה כוונה לאחד את החקיקה בעניין.
- החוק בצרפת דמה אף הוא לדירקטיבה האירופית, אך בשנת 2009 תוקן החוק, ויש בו רשימת תנאים שייחשבו מקפחים באופן אוטומטי ("רשימה שחורה"), כגון תנאים **המחשיבים את הצרכן כמי שהסכים לתנאים שאינם כתובים בחוזה**, ורשימה של תנאים שיוחזקו כמקפחים אלא אם כן יוכח אחרת על ידי הספק ("רשימה אפורה") **כגון חיובו של הצרכן בחובות פיצוי בגובה לא-פרופורציונאלי במידה רבה**.
- החקיקה הגרמנית בדבר חוזים אחידים קדמה לדירקטיבה האירופית, ונדרשה לשינויים קלים בלבד לשם יישומה. כיום כולל החוק הן "רשימה אפורה" של תנאים שעשויים להיחשב מקפחים, והן "רשימה שחורה" של תנאים שבטלים תמיד :
- הרשימה "האפורה" כוללת, בין היתר, תנאים אשר יוצרים **הצהרות אשר צד לחוזה ייחשב כמי שהצהירם מבלי שינתן לו זמן סביר להצהירם במפורש ומבלי שהשלכות הדבר יובאו לתשומת ליבו מראש ובאופן מיוחד, וכך חיוב פיצוי בגובה שאיננו סביר**.
- הרשימה "השחורה" כוללת, בין היתר, תנאים אשר יוצרים **הגבלה של זכויות סירוב ביצוע, עיכבון וקיזוז הנתונים על פי החוק, פטור מחובת הודעה מוקדמת לצד השני בטרם ביטול החוזה, פיצויים מוסכמים החורגים מן הנזקים בפועל והטלת קנסות**, והפיכת נטלי הוכחה באמצעות חיוב צד לאשר עובדות מסויימות.
- חוק הגנת הצרכן האוסטרי כולל "רשימה אפורה" של תנאים אשר יהיו בטלים אלא אם כן הספק יוכיח שהם הוסכמו מפורשות במשא ומתן, וכך "רשימה שחורה" של תנאים הבטלים תמיד, וביניהם תנאים אשר על פיהם **התנהגות מסויימת של הצרכן נחשבת כהצהרה מצידו או כהימנעות מהצהרה**, אלא אם כן ניתנת לו הודעה מפורשת על משמעות התנהגותו מראש והזדמנות סבירה לתת על כך הצהרה מפורשת.
- גם באוסטרליה, המשטר החוקי בעניין חוזים אחידים דומה במהותו לזה שבדירקטיבה האירופית. החוק האוסטרלי כולל רשימה לא ממצה של תנאים העשויים להיות מקפחים. אלה כוללים תנאים אשר מענישים צד אחד ולא את הצד השני על הפרה או סיום של החוזה, וכן



תנאים המגבילים את זכות התביעה של אחד הצדדים או את הראיות שהוא יכול להציג בהליכים הקשורים לחוזה.

- בארה"ב אין חקיקה העוסקת באופן פרטני בתנאים מקפחים בחוזים אחידים. הטיפול בעניין מבוסס על עקרונות המשפט המקובל ודיני היושר, כגון עיקרון אי-המצפוניות (Unconscionability Doctrine), לפיו תנאים בחוזה הנוגדים את המצפון אינם נאכפים.

1. הדירקטיבה האירופית

באפריל 1993 פרסמה מועצת הקהיליה האירופית דירקטיבה בדבר תנאים מקפחים בחוזים צרכניים (unfair terms in consumer contracts).⁶ עיקרי הוראות הדירקטיבה יושמו בחקיקה המדינתית של המדינות החברות.⁷ תנאים חוזיים הנדרשים על פי חוקים ותקנות של המדינות החברות או אמנות בינלאומיות, בייחוד בתחום התחבורה, אינם כפופים להוראות הדירקטיבה.⁸ הדירקטיבה חייבה את

⁶ ראו, באתר האינטרנט של האיחוד האירופי: Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts, *Official Journal of the European Communities* L 95/29, April 21, 1993 (להלן: הדירקטיבה, או הדירקטיבה האירופית):

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1993:095:0029:0034:EN:PDF>

וראו עוד: http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/protection_of_consumers/l32017_en.htm; Directive 2011/83/EU on Consumer Rights, Amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC, *Official Journal of the European Union* L304/64, November 22, 2011

Directive <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:0088:EN:PDF>; Directive 2005/29/EC Concerning Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices in the Internal Market and Amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC and Regulation (EC) No 2006/2004 (Unfair Commercial Practices Directive), *Official Journal of the European Union* L149/22, June 11, 2005

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:EN:PDF>; http://www.isitfair.eu/index_en.html. תאריך כניסה: 8 בנובמבר 2012.

⁷ ראו פירוט על כך בדוח של הוועדה האירופית בדבר יישום הדירקטיבה במדינות הקהילה האירופית: *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

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0248:FIN:EN:PDF>. וראו עוד:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:71993L0013:EN:NOT>

וראו עוד, באתר האינטרנט של ועידת האיחוד האירופי, מחקר שנערך באוניברסיטת בילפלד עבור הוועידה אודות ההבדלים באופן יישום האמנה במדינות השונות: *EC Consumer Law Compendium: Comparative Analysis*, April 2007, בעמ' 327-418. http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf

יש לציין כי לאחרונה מתגבשת כוונה לערוך רפורמה בחקיקה האירופית בעניין. ראו, באתר האינטרנט של ה-European University Institute, *The Proposal on Consumer Rights*: Hans W. Micklitz, *EU Working paper 2010/12*, *The Proposal on Consumer Rights and the Opportunity for a Reform of European Unfair Terms Legislation in Consumer Contracts*, European University Institute, Florence

http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/14415/LAW_12_2010.pdf?sequence=1

תאריך כניסה: 8 בנובמבר 2012.

⁸ סעיף 1(2) לדירקטיבה.



המדינות החברות לבצע את החקיקה הנדרשת עד לסוף שנת 1994, על מנת שזו תחול על חוזים שנכרתו מתחילת שנת 1995.⁹

הדירקטיבה מגדירה צרכן כאדם טבעי הפועל למטרות שמחוץ לעיסוקו, מסחרו או מקצועו.¹⁰ מוכר או ספק הוא אישיות משפטית, בבעלות ציבורית או פרטית, או אדם טבעי, הפועלים למטרות הקשורות לעיסוקם, מסחרם או מקצועם.¹¹ הדירקטיבה קובעת כי **תנאי חוזי שלא נדון באופן אינדיבידואלי** ייחשב תנאי מקפח אם, בניגוד לחובת תום הלב, הוא **גורם לצדדים חוסר איזון משמעותי בזכויות ובחובות שעל פי החוזה, תוך פגיעה בצרכן.**¹²

תנאי חוזי תמיד ייחשב כתנאי שלא נדון באופן אינדיבידואלי, כאשר הוא נוסח מראש ולכן לא ניתנה לצרכן אפשרות להשפיע על תוכנו, ובייחוד בהקשר של חוזה אחיד מנוסח מראש (pre-formulated standard contract). העובדה שתנאי מסויים או היבטים מסויים שלו נדונו באופן אינדיבידואלי איננה שוללת מהוראה זו לחול בנוגע לשאר החוזה, אם בבחינה כוללת הוא חוזה אחיד מנוסח מראש. כאשר מוכר או ספק טוענים שתנאי אחיד נדון באופן אינדיבידואלי, נטל ההוכחה חל עליהם.¹³ הסעיף מפנה לנספח, הכולל רשימה **אינדיקטיבית** ולא ממצה של תנאים **העשויים** להיחשב מקפחים.¹⁴ אלה כוללים תנאים אשר:

- שוללים או מגבילים חבות של מוכר או ספק במקרה של מוות או פגיעה של צרכן כתוצאה ממעשיהם או ממחדליהם.
- שוללים או מגבילים באופן לא ראוי את הזכויות המשפטיות של הצרכן כלפי המוכר או הספק או צד שלישי במקרה של אי-ביצוע מלא או חלקי או ביצוע לא מתאים של חובותיו החוזיות, כולל הזכות לקזז את חובותיו למוכר או לספק כנגד תביעותיו נגדם.
- כובלים את הצרכן להסכם באופן מוחלט, בעוד הספקת השירותים על ידי המוכר או הספק מותנות בתנאי שמימושו תלוי ברצונו בלבד.
- מתירים למוכר או ספק לנכס סכומים ששולמו על ידי הצרכן במקרה שהוא בוחר שלא להשלים או לבצע את החוזה, מבלי לקבוע לצרכן פיצוי תואם כאשר המוכר או הספק מבטלים את ההסכם.
- **מחייבים צרכן שלא עמד בחובותיו לשלם פיצוי גבוה באופן לא פרופורציונאלי.**
- מתירים למוכר או ספק לבטל את החוזה על פי שיקול דעתם מבלי שאותה אפשרות תינתן לצרכן, או מתירים למוכר או ספק לנכס לעצמם סכומים ששולמו עבור שירותים שטרם סופקו על ידם באשמתם.

⁹ סעיף 10(1) ש.ס.

¹⁰ סעיף 2(b) ש.ס.

¹¹ סעיף 2(c) ש.ס.

¹² סעיף 3(1) ש.ס.

¹³ סעיף 3(2) ש.ס.

¹⁴ סעיף 3(3) ש.ס.



- מאפשרים למוכר או ספק לסיים חוזה שאיננו מוגבל בזמן מבלי לתת על כך הודעה סבירה, אלא אם כן ישנה לכך סיבה כבידת משקל.¹⁵
 - חידוש אוטומטי של חוזה מוגבל בזמן אם הצרכן איננו מתנגד, כאשר הזמן שבו על הצרכן להביע התנגדות מוקדם באופן לא סביר.
 - כובלים את הצרכן באופן בלתי הדייר לתנאים אשר לא היתה לו הזדמנות ממשית לדעת אותם לפני כריתת החוזה.
 - מאפשרים למוכר או ספק לשנות באופן חד צדדי את תנאי החוזה, ללא סיבה ראויה המפורשת בחוזה.¹⁶
 - מאפשרים למוכר או ספק לשנות באופן חד צדדי וללא סיבה ראויה מאפיינים של המוצר או השירות שיש לספק על פי החוזה.
 - קובעים שמחירים של מוצרים או שירותים ייקבע בעת הספקתם או מאפשרים למוכר או ספק להעלות את מחירם, מבלי לתת לצרכן זכות לבטל את החוזה אם המחיר גבוה מדי ביחס למחיר שנקבע בעת כריתת החוזה.¹⁷
 - נותנים למוכר או ספק זכות לקבוע האם המוצרים או השירותים שסופקו מתאימים לקבוע בחוזה, או זכות חד צדדית לפרש כל תנאי בחוזה.
 - מגבילים את חובתו של מוכר או ספק לכבד התחייבויות שקיבלו נציגיו, או התנייתן בעמידה בדרישות פורמאליות.
 - מחייבים צרכן לקיים את כל חובותיו כאשר המוכר או הספק אינם מקיימים את חובותיהם.
 - מאפשרים למוכר או ספק להמחות את זכויותיהם או חובותיהם כאשר הדבר עלול לפגוע בבטחונות של הצרכן, ללא הסכמתו.
 - שוללים או מגבילים את זכותו של הצרכן לנקוט בהליכים משפטיים או להפעיל תרופה משפטית, בייחוד באמצעות חיובו להביא סכסוכים לבוררות, מגבילים את הראיות הזמינות לו או מטילים עליו נטל הוכחה שעל פי החוק היה מוטל על צד אחר.
- שאלת אי-הגינותו של תנאי חוזי תיבחן על פי אופיים של המוצרים או השירותים שלשם הספקתם נכרת החוזה, כלל הנסיבות הרלוונטיות בעת כריתתו, וכל התנאים האחרים של ההסכם.¹⁸ הבחינה לא

¹⁵ סעיף 1(g) לנספח. סעיף זה איננו חל על ספק שירותים פיננסיים, כאשר יש לכך סיבה ראויה, ובלבד שיוודיע על כך לצד השני באופן מיידי. סעיף 2(a) שם.

¹⁶ סעיף 1(j) שם. סעיף זה איננו חל על שינויים בשיעורי ריבית ותשלומים אחרים בין ספק שירותים פיננסיים לצרכן, כאשר יש לכך סיבה סבירה, ובלבד שיוודיע על כך לצד השני בהקדם האפשרי והוא יהיה רשאי לבטל את החוזה. סעיף 2(B) שם. וראו עוד שם.

¹⁷ סעיף 1(l) שם. סעיף זה וכן סעיפים 1(g) ו-1(j) אינם חלים על עסקאות בניירות ערך ומכשירים ושירותים כלכליים אחרים, אשר מחירים תלוי בתנודות שוק שאינן בשליטתו של המוכר או הספק, ועל עסקאות במטבע זר. סעיף 2(c) שם.

סעיף 1(l) גם איננו חל על הצמדה למדד, ובלבד ששיטת הצמדה מפורשת בחוזה. סעיף 2(d) שם.

¹⁸ סעיף 1(1) לדירקטיבה.



תתייחס לתנאים המגדירים את נושאי החוזה העיקריים (the main subject matter of the contract) ולהלימות המחיר ביחס לשירותים ולמוצרים המסופקים בתמורה, בתנאי שאלה ניתנים בשפה פשוטה ומובנת (plain intelligible language).¹⁹

חוזים הערוכים כולם או חלקם בכתב, עליהם להיות מנוסחים בשפה פשוטה ומובנת. במקרה של ספק, הפרשנות המועילה ביותר לצרכן גוברת.²⁰ המדינות החברות יקבעו בחוקיהן כי **תנאים מקפחים בחוזה צרכני לא יחייבו את הצרכן**, וכי החוזה ימשיך לחייב את הצדדים אם הוא ניתן ליישום ללא התנאים המקפחים.²¹ על המדינות החברות גם לקבוע בחוקיהן הוראות המונעות המשך קיומם של תנאים מקפחים בחוזים צרכניים.²²

2. בריטניה

בריטניה קלטה את הוראות הדירקטיבה האירופית באמצעות תקנות בשנת 1994 - The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations (UTCCR).²³ אלה שונו מספר פעמים, ונחקקו מחדש בשנת 1999.²⁴ **ההוראות זהות במהותן להוראות הדירקטיבה האירופית, ורשימת התנאים העשויים להיחשב מקפחים זהה ממש לזו שבדירקטיבה.**²⁵ ה-UTCCR מאפשר ל-Office of Fair Trading (OFT), שהוא המפקח הראשי על פי החוק,²⁶ ול-11 גופים ציבוריים נוספים לעתור לבית-משפט על מנת לאסור את

¹⁹ סעיף 4(2) שם.

²⁰ סעיף 5 שם.

²¹ סעיף 6(1) שם.

על המדינות החברות גם להבטיח כי הגנה זו איננה נשללת מן הצרכן בשל ברירת הדין על החוזה. סעיף 6(2) שם.

²² סעיף 7 שם.

²³ ראו, באתר האינטרנטי לחקיקה של ממשלת בריטניה: *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations*, 1994, No. 3159. <http://www.legislation.gov.uk/uksi/1994/3159/contents/made>.

תאריך כניסה: 11 בנובמבר 2012.

²⁴ ראו, באתר האינטרנטי לחקיקה של ממשלת בריטניה: *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations*, 1999, No. 2083. <http://www.legislation.gov.uk/uksi/1999/2083/contents/made>. וראו עוד:

http://www.legislation.gov.uk/uksi/2001/1186/pdfs/uksi_20011186_en.pdf;

http://www.legislation.gov.uk/uksi/2006/523/pdfs/uksi_20060523_en.pdf

תאריך כניסה: 11 בנובמבר 2012.

²⁵ בענין זה ראו למשל: *The Office of Fair Trading v Ashbourne Management Services Ltd & Ors*, EWHC 1237 (Ch) [2011]; *Barber v London Borough of Southwark*, EWHC 1497 (Ch) [2002];

²⁶ ראו, באתר האינטרנט של ה-OFT: <http://www.offt.gov.uk/about-the-offt>; מפקח נוסף על יישום החוק בתחום השירותים הפיננסיים הוא ה-Financial Services Authority (FSA). ראו, באתר האינטרנט של ה-FSA:

<http://www.fsa.gov.uk/about>. וראו, באתר האינטרנטי לחקיקה של ממשלת בריטניה: *Enterprise Act 2002*, C. 40.

;<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/introduction>; *Financial Services and Markets Act 2000*, C. 8;

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/introduction>

וראו עוד: http://www.offt.gov.uk/shared_offt/about_offt/offt838.pdf;

http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/unfair_contract_terms/offt311.pdf;

http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/unfair_contract_terms/offt143.pdf;

http://www.fsa.gov.uk/static/pubs/guidance/fg12_02.pdf



השימוש בתנאים מקפחים.²⁷ מאפיין מרכזי נוסף של ה-UTCCR הוא הדרישה שתנאים בחוזים צרכניים יהיו כתובים בלשון פשוטה ומובנת (plain, intelligible language).²⁸

מלבד התקנות הללו, קיים בבריטניה עוד משנת 1977 חוק העוסק בתנאים חוזיים מקפחים, ה- Unfair Contract Terms Act (UCTA).²⁹ ה-UTCCR נחקק על מנת לקיים את הוראות הדירקטיבה, בעוד ה-UCTA ממשיך לחול. שני דברי החקיקה כוללים הוראות ומושגים דומים וחופפים בחלקם, אך אלה מניבים תוצאות שאינן אחידות. ה-UCTA איננו חל בין ספק לצרכן בלבד, אלא אף בין שני צדדים שווים, והוא חל על תנאים המגבילים אחריות נזיקית. תנאים מסויימים, כגון תנאים המגבילים אחריות למוות ולפגיעות גוף או למוצרים פגומים, בטלים באופן אוטומטי.³⁰ תנאים אחרים המגבילים אחריות עסקית יהיו תקפים אם יוכח כי הם הוגנים וסבירים (fair and reasonable).³¹ כמו כן ישנם תחומים שעליהם ה-UCTA איננו חל, כגון חוזי ביטוח וחוזים הקשורים לאינטרסים בקרקע.³² בשנת 2001 משרד התעשייה והמסחר של בריטניה פנה ל-Law Commission,³³ על מנת שזו תציע משטר חוקי אחיד בנושא. בשנת 2005 פרסמה ה-Law Commission את המלצותיה וטיוטה של הצעת חוק בעניין.³⁴ אלה

http://www.fsa.gov.uk/pubs/other/consumer_contracts_report.pdf. תאריך כניסה: 12 בנובמבר 2012.

²⁷ ראו סעיפים 10-16 ותוספת ראשונה ל-UTCCR.

וראו למשל: *Office of Fair Trading (OFT) v Abbey National plc & Ors*, UKSC 6 (25 November, 2009); Michael Schillig, "Directive 93/13 and the 'Price Term Exemption': A Comparative Analysis in the Light of The ; the 'Market for Lemons' Rationale", 60 *International and Comparative Law Quarterly* (2011) 933-963 *Office of Fair Trading (OFT) v ; Office of Fair Trading v Foxtons Ltd.*, EWHC 1681 (Ch) (10 July, 2009) - *Ashbourne Management Services*, [2011] EWHC 1237 (Ch), [2011] ECC 31 :Unfair Terms in Consumer Contracts :Law Commission

http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/unfair_terms_in_contracts.htm. תאריך כניסה: 11 בנובמבר 2012.

²⁸ *Peabody Trust Governors v Reeve*, [2008] EWHC 1432 (Ch), [2009] L&TR 6 :UTCCR, Regulation 7 Directive 98/27/EC on Injunctions for the Protection of Consumers' Interests, *Official Journal of the* ; at 33 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:166:0051:0055:EN:PDF> ; *European Communities* L166/51, June 11, 1998 Directive 2009/22/EC ; [lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:110:0030:0036:EN:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:110:0030:0036:EN:PDF) ; *Official Journal of the European Communities* :L110/30, May 1, 2009

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:110:0030:0036:EN:PDF>

תאריך כניסה: 11 בנובמבר 2012.

²⁹ ראו, באתר האינטרנטי לחקיקה של ממשלת בריטניה: *The Unfair Contract Terms Act 1977*, C. 50 (להלן: UCTA):

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50>. תאריך כניסה: 11 בנובמבר 2012.

³⁰ UCTA, §§ 10, 14

³¹ ראו: UCTA, §11 and Schedule 2

³² ראו: UCTA, Schedule 1

³³ ה-Law Commission הוא גוף סטטוטורי עצמאי שעוסק בבחינת החקיקה בבריטניה, ומציע רפורמות על מנת שזו תהיה הוגנת, עדכנית, פשוטה ויעילה ככל האפשר. ראו באתר האינטרנט של ה-Law Commission של בריטניה:

<http://lawcommission.justice.gov.uk/index.htm>. ראו עוד, באתר האינטרנטי לחקיקה של ממשלת בריטניה: *Law Commissions Act 1965*, C. 22 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1965/22>. תאריך כניסה: 11 בנובמבר 2012.

³⁴ ראו, באתר האינטרנט של ה-Law Commission, *The Law Commission and The Scottish Law Commission, Unfair Terms in Contracts: report on a Reference under Section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965*, February 2005 http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc292_Unfair_Terms_In_Contracts.pdf. ראו עוד: http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/cp166_Unfair_Terms_In_Contracts_Consultation.pdf

תאריך כניסה: 11 בנובמבר 2012.



טרם הבשילו לכדי חקיקה. בשנת 2012, פתחה ה-Law Commission בהתייעצות נוספת בעניין, והיא מתכוונת לפרסם את המלצותיה במחצית 2013.³⁵ הדבר נעשה במסגרת רפורמה כללית יותר המתוכננת בדיני הצרכנות, וכוונה לחוקק "מגילת זכויות הצרכן".³⁶

3. צרפת³⁷

החקיקה בנושא חוזים אחידים בצרפת החלה בשנת 1978.³⁸ לאחר מכן אוחדה החקיקה בחוק הצרכנות, אשר תוקן בשנת 1995 בהתאם להוראות הדירקטיבה האירופית.³⁹ בשונה מהוראות הדירקטיבה, החוק הצרפתי חל גם על תנאים חוזיים שנדונו באופן אינדוידואלי, וגם על כאלה הנובעים מדרישות חוקיות.⁴⁰ כמו כן, החוק מעניק לבתי המשפט כוח להכריע בדבר תנאים מקפחים גם בחוזים בהם שני הצדדים אינם צרכנים.⁴¹

³⁵ בעניין זה ראו, באתר האינטרנט של ה-Law Commission: The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Consumer Contracts: A New Approach?*, Summary of the Issues Paper, July 2012.

http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/unfair_terms_in_consumer_contracts_issues_summary.pdf

וראו עוד: http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/unfair_terms_in_contracts.htm

תאריך כניסה: 11 בנובמבר 2012.

³⁶ תשובתה של הגבי' לוריין קונוויי, ממחלקת הפנים בספריית בית הנבחרים בבריטניה, 31 בינואר 2013. וראו: The Department for Business, Innovation and Skills (BIS), *New Bill Will Strengthen Consumer Rights*, September 19, 2011, באתר האינטרנט של BIS.

The Law Commission and ; <http://news.bis.gov.uk/content/Detail.aspx?ReleaseID=421254&NewsAreaID=2> : The Scottish Law Commission (LC317, SLC216), *Consumer Remedies for Faulty Goods*, November 2009 : באתר האינטרנט של ה-Law Commission.

The Law Commission and The Scottish Law Commission (LC332, SLC226), *Consumer Redress for Misleading and Aggressive Practices*, March 2012. http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc317_Consumer_Remedies_Faulty_Goods.pdf ; http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc332_consumer_redress.pdf : תאריך כניסה: 14 בפברואר 2013.

³⁷ פרק זה מבוסס בעיקרו על תשובתה של הגברת פנסי שפוטו מן האסיפה הלאומית של צרפת, 30 בינואר 2013. וראו עוד: The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Consumer Contracts: A New Approach?*, Appendix A, 25 July 2012, עמ' 5-1. ראו, באתר האינטרנט של ה-Law Commission של בריטניה:

http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/unfair_terms_in_consumer_contracts_appendices.pdf

תאריך כניסה: 13 בפברואר 2013.

³⁸ *Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services* (dite "loi Scrivener"), article 35; Civ. (1) 14 May 1991, JCP 1991.II.21763 note Paisant : באתר האינטרנט של ממשלת צרפת:

<http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000518102>

תאריך כניסה: 13 בפברואר 2013.

³⁹ *Loi n°95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial*. ראו, באתר האינטרנט של ממשלת צרפת:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000187054&dateTexte>

תאריך כניסה: 13 בפברואר 2013.

⁴⁰ ראו, חוק הצרכנות הצרפתי, Code de la consommation, Partie législative, Livre Ier: Information des consommateurs et formation des contrats, Titre III : Conditions générales des contrats, Chapitre II : Clauses abusives, Article L132-1, באתר האינטרנט של ממשלת צרפת:



החוק כולל רשימת תנאים העשויים להיחשב כמקפחים ("רשימה אפורה") בדומה לדירקטיבה, אך בשונה ממנה, החוק קבע כי נטל ההוכחה נותר על הצרכן. בשנת 2009 תוקן החוק באמצעות תקנה, ויש בו רשימת תנאים שייחשבו מקפחים באופן מוחלט ("רשימה שחורה") ורשימה של תנאים שיוחזקו כמקפחים אלא אם כן יוכח אחרת על ידי הספק.⁴²

הרשימה "השחורה" כוללת תנאים אשר על פיהם:⁴³

- הצרכן נחשב כמי שהסכים לתנאים שאינם כתובים בחוזה.
- מוגבלת האחריות השילוחית של הספק.
- מוקנית לספק הזכות לשנות את תנאי החוזה באשר למשכו, ולמאפייניהם ולמחירם של המוצרים או השירותים המסופקים על ידו.
- מוקנית לספק הזכות לקבוע האם המוצרים או השירותים המסופקים על ידו הינם בהתאם לחוזה, או לפרש את תנאיו.
- הצרכן חייב למלא את חובותיו על פי החוזה כאשר הספק איננו עומד במילוי חובותיו.
- זכויות הפיצוי של הצרכן מבוטלות או מוקטנות.
- נמנעת מן הצרכן הזכות לסיים את החוזה בשל אי-מילוי חובותיו של הספק.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000006161834&cidTexte=LEGITEXT000006069565&dateTexte=20100128>, and The Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Consumer Contracts: A New Approach?*, Appendix A לעיל הערה 37, בעמ' 2.

שם, בעמ' 5. וראו עוד שם.⁴¹

ראו: Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation, באתר האינטרנט של Legifrance של ממשלת צרפת:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020414100&categorieLien=id>

: וראו עוד: Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation (1), art. 6:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022419094&dateTexte=&categorieLien=id>. תאריך כניסה: 13 בפברואר 2013.

יש לציין כי בדומה לצרפת ומדינות נוספות שישקרו להלן, גם בספרד כוללת החקיקה בדבר תנאים מקפחים בחוזים אחידים, אשר נחקקה לראשונה בשנת 1984 ותוקנה בשנת 2007, החוק כולל "רשימה שחורה" של תנאים מקפחים. ישנו בספרד גם מרשם של תנאים מקפחים, המתעד תנאים שהוכרו כמקפחים בהחלטות סופיות של בתי המשפט. על רשויות המאשרות חוזים, כגון מרשם המקרקעין, להימנע מלאשר חוזים הכוללים תנאים מקפחים על פי החוק או המרשם. בעניין זה ראו: פרק זה מבוסס בעיקרו על: The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Consumer Contracts: A New Approach?*, Appendix A, 25 July 2012, עמ' 8-11. ראו, באתר האינטרנט של ה-Law Commission של בריטניה:

http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/unfair_terms_in_consumer_contracts_appendices.pdf; Ley

general para la defensa de los consumidores y usuarios, 26/1984, סעיפים 85-91, באתר האינטרנט של משרד ראש

הממשלה של ספרד: עיתון רשמי 176, 24 ביולי 1984: <http://www.boe.es/boe/dias/1984/07/24/pdfs/A21686-21691.pdf>;

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, עיתון

רשמי 287, 30 בנובמבר 2007, באתר האינטרנט של משרד ראש הממשלה של ספרד:

<http://www.boe.es/boe/dias/2007/11/30/pdfs/A49181-49215.pdf>. תאריך כניסה: 13 בנובמבר 2012.

סעיף 1 שם.⁴³



הכנסת

תחום חקיקה ומחקר משפטי

- מוקנית לספק זכות חד-צדדית לסיים את החוזה על פי שיקול דעתו.
- הספק רשאי, בעת סיום החוזה, על פי שיקול דעתו, לשמור סכומים שגבה מהצרכן עבור שירותים שלא סופקו על ידו.
- מוארכת תקופת ההודעה המוקדמת המוטלת על הצרכן בחוזים מתמשכים, לעומת תקופת ההודעה המוקדמת המוטלת על הספק.
- מוטלת על הצרכן חובת פיצוי על סיומו של חוזה מתמשך.
- מוטל על הצרכן נטל הוכחה אשר אמור היה לחול על הספק על פי החוק.

הרשימה האפורה כוללת תנאים אשר על פיהם:⁴⁴

- מוטלות על הצרכן חובות קשיחות, בעוד חיובי הספק תלויים בשיקול דעתו.
- מותר לספק לשמור סכומים שנגבו מהצרכן כאשר הוא מבטל את החוזה, מבלי להעניק לצרכן זכות מקבילה לפיצוי כאשר הספק מבטל את החוזה.⁴⁵
- מוטלות על הצרכן חובות פיצוי שאינן פרופורציונאליות במידה רבה.
- מותר לספק לסיים את החוזה מבלי לתת הודעה מוקדמת זמן סביר מראש.
- מותר לספק להמחות את חובותיו על פי החוזה ללא הסכמת הצרכן, כאשר הדבר עשוי לפגוע בזכויותיו.
- מוקנית לספק הזכות לשנות את תנאי החוזה שאינם נוגעים למשכו, ולמאפייניהם ולמחירם של המוצרים או השירותים המסופקים על ידו.
- מתנים על תאריך כריתת החוזה, מלבד כאשר הדבר מותר על פי החוק.
- זכויות ביטול או סיום החוזה המוקנות לצרכן נוקשות יותר מאלה המוקנות לספק.
- מצמצמים באופן לא ראוי את אפשרויות ההוכחה הניתנות לצרכן.
- מוגבלת יכולתו של הצרכן לנקוט בהליכים משפטיים, בייחוד באמצעות חיובו לדון בבוררות וכדומה.

קיימת בצרפת ועדה, אשר מתפקידה לבחון את חוקיותם של תנאים בחוזים שבין ספקים לצרכנים, Commission des Clauses Abusives (CCA).⁴⁶ באופן רשמי, אין המלצות הוועדה מחייבות, אך צרכן יכול להסתמך עליהן בהליכים נגד ספק כבסיס לטענותיו באשר לקיפוח. בהחליטו בדבר טענות

⁴⁴ סעיף 2 שם.

⁴⁵ ראו סעיף L114-1 לחוק הצרכנות הצרפתי.

⁴⁶ ראו, סעיף L132-2 לחוק הצרכנות הצרפתי, באתר האינטרנט Legifrance של ממשלת צרפת: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000006161835&cidTexte=LEGITEXT000006069565&dateTexte=20100128>. וראו את אתר ה-CCA: <http://www.clauses-abusives.fr>.

תאריך כניסה: 13 בפברואר 2013.



לקיפוח, רשאי בית-משפט לבקש את חוות דעתה של הוועדה, אך הוא איננו חייב לקבלה. הוועדה יכולה גם להמליץ על שינויי חקיקה. הוועדה מפרסמת דוח שנתי על פעילותה.⁴⁷

4. גרמניה

בשנת 1976 נקבעו בחקיקה הכללים שפיתחה הפסיקה בגרמניה בדבר תנאים מקפחים בחוזים אחידים.⁴⁸ התאמות קלות בלבד נדרשו על מנת ליישם את הוראות הדירקטיבה. בשנת 2001 ההוראות הרלוונטיות הועברו לקוד האזרחי הגרמני (BGB).⁴⁹ כיום כולל החוק הן "רשימה אפורה" של תנאים שעשויים להיחשב מקפחים, והן "רשימה שחורה" של תנאים שבטלים תמיד.

הרשימה "האפורה" כוללת תנאים אשר יוצרים:⁵⁰

- אפשרות לדחייה של מועד קבלתה או דחייתה של הצעה או של מועד ביצועה? באופן לא סביר.
- אפשרות שחרור מחובות החוזה ללא סיבה מוצדקת; ובמקרה שהביצוע בלתי אפשרי, מבלי להודיע על כך ללא דיחוי לצד השני ולפצותו.
- יכולת לשנות את תנאי החוזה או לסטות מהם.
- **הצהרות אשר צד לחוזה ייחשב כמי שהצהירן מבלי:**
 - שינתן לו זמן סביר להצהיר זאת במפורש;
 - הצד השני יביא לתשומת ליבו מראש את השלכות הדבר באופן מיוחד.
- חזקות לפיהן צד אחד קיבל הצהרות בעלות חשיבות מיוחדת מאת הצד השני.
- **חובות פיצוי בגובה שאיננו סביר.**

הרשימה "השחורה" כוללת תנאים אשר יוצרים:⁵¹

- אפשרות לשינויי מחיר בתוך ארבעה חודשים מעת כריתת החוזה. **מניעה לצד אחד מלהפעיל זכויות של סירוב ביצוע, עיכבון וקיזוז הנתונות לו על פי חוק.**

⁴⁷ ראו, סעיפים L534-3 – L534-1 לחוק הצרכנות הצרפתי.

⁴⁸ *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (AGB Gesetz) 9 December 1976.

⁴⁹ *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) 8 August 1896, §§305-310. ראו, באתר האינטרנט של משרד המשפטים של

גרמניה: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0900. וראו עוד: The Law

Commission and The Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Consumer Contracts: A New Approach?*,

Appendix A, 25 July 2012, עמ' 5-8. ראו, באתר האינטרנט של ה-Law Commission של בריטניה:

http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/unfair_terms_in_consumer_contracts_appendices.pdf

תאריך כניסה: 13 בנובמבר 2012.

⁵⁰ סעיף 308 שם - תנאים אסורים עם אפשרות לבחינה (Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit).

⁵¹ סעיף 309 שם – תנאים אסורים ללא אפשרות לבחינה (Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit).



- פטור מחובת הודעה מוקדמת לצד השני בטרם ביטול החוזה.
- סכום פיצויים קבוע מראש העולה על הנזקים הרגילים או השכיחים וללא מתן אפשרות לצד השני להוכיח שהנזקים קטנים מסכום הפיצויים האמור.
- קנסות על אי-קבלה או קבלה מאוחרת של ביצוע החוזה על ידי הצד השני, אי-תשלום, או סיום החוזה.
- פטור או הגבלה של חבות נזיקית עקב פגיעה בחיים, בגוף או בבריאות, ובמקרים של רשלנות פושעת (gross fault) עבור כל פגיעה אחרת.
- שלילה והגבלה של זכויות חוזיות אחרות, כגון סיום החוזה, תביעות צד ג' ושיפוי, וכן קיצור של תקופות בדק.
- כבילה לחוזה למשך תקופה העולה על שנתיים, חידוש אוטומטי של החוזה לתקופות העולות על שנה, ותקופות הודעה מוקדמת לשם סיום החוזה העולות על שלושה חודשים.
- אפשרות להמחות את החוזה מבלי שהנמחה צוין במפורש בחוזה ומתן אפשרות לצד השני להשתחרר מן החוזה במקרה של המחאה.
- ייחוס חובותיו של שולח לשלוחו ללא הצהרה נפרדת על כך או במקרים של חוסר סמכות.
- שינויים בנטל ההוכחה לרעת הצד השני, ביחוד על ידי:
 - חיובו בנטלי הוכחה שלא היו מוטלים עליו אחרת;
 - חיובו לאשר עובדות מסויימות, מלבד קבלות החתומות בנפרד.
- דרישות מחמירות או מיוחדות לעמידה בחובות הודעה והצהרות מול הצד השני או צד שלישי.

5. אוסטריה⁵²

הקוד האזרחי של אוסטריה קובע כי תנאי חוזי הגורם הכבדה משמעותית לאחד הצדדים, בהתחשב בכל נסיבות העניין, הינו בטל.⁵³ הוראות אלה חלות לא רק על חוזים בין ספק לצרכן אלא גם על חוזים שבין שני צדדים עסקיים או שני צדדים פרטיים. בשנת 1979 חוקק באוסטריה חוק להגנת הצרכן, החל בין ספקים לצרכנים בלבד, וקובע רשימה "שחורה" של תנאים אשר תמיד יהיו בטלים, ורשימה "אפורה"

⁵² פרק זה מבוסס בעיקרו על תשובתה של הגב' אליזבת דיטריך-שולץ מן הפרלמנט האוסטרי, 6 בפברואר 2013.

⁵³ סעיף 3(879) לקוד האזרחי של אוסטריה.



של תנאים אשר יהיו בטלים אלא אם כן הספק יוכיח שהצרכן הסכים להם באופן מפורש במשא ומתן. בנוסף לכך, החוק קובע כי כל תנאי שאיננו ברור יהיה בטל.⁵⁴

הרשימה "השחורה" כוללת תנאים אשר על פיהם:⁵⁵

- הזמן שבו הספק רשאי לקבל הצעה של צרכן או שבו הצרכן כבול לחוזה ארוך באופן בלתי סביר או איננו מוגדר דיו.
- התנהגות מסוימת של הצרכן נחשבת כהצהרה מצידו או כהימנעות מהצהרה, אלא אם כן ניתנת לו הודעה מפורשת על משמעות התנהגותו מראש והזדמנות סבירה לתת על כך הצהרה מפורשת.
- הודעה שנשלחה לצרכן על ידי הספק נחשבת כאילו התקבלה על ידו, אלא אם כן הצרכן לא הודיע לספק על שינוי כתובתו, וההודעה נשלחה לכתובתו האחרונה של הצרכן.
- הודעה מהצרכן לספק נדרשת לעמוד בתנאים פורמאליים מחמירים, מעבר להיותה בכתב.
- הספק רשאי להעלות את המחיר המשולם לו על פי שיקול דעתו.
- מוגבלת זכותו של הצרכן לסרב לקיים את חיוביו על פי החוזה בשל אי-ביצוע של חיובי הספק או כאשר יש סכנה לביצועיו בשל מצבו הכלכלי, אשר הצרכן לא ידע ולא היה עליו לדעת אודותיו בעת כריתת החוזה. בכלל זה כלולים גם תנאים אשר על פיהם סירובו של הצרכן מותנה בהכרת הספק בכך שישנם פגמים בביצועיו.
- מוגבלת זכות עיכובן הנתונה על פי חוק לצרכן.
- מוגבלת זכות קיזוז הנתונה על פי חוק לצרכן.
- מוגבלת זכות הפיצוי של הצרכן כאשר נגרם לו נזק בזדון או ברשלנות פושעת (gross negligence).
- ניתנת לספק או למי מטעמו הזכות לקבוע האם חיוביו בוצעו כדין.
- מוטל על הצרכן נטל הוכחה אשר איננו מוטל עליו על פי חוק.
- זכות הבעלות של הצרכן על מטלטלין שנמסרו לספק לשם ביצוע עבודה מתבטלת לאחר תקופת זמן שהיא קצרה באופן בלתי סביר.
- הריבית המוטלת על הצרכן במקרה של אי-פירעון גבוהה ביותר מחמישה אחוזים לשנה מן הריבית ההסכמית.
- מוגבלת זכותו של הצרכן לביטול החוזה.

⁵⁴ סעיף 6(3) לחוק הגנת הצרכן האוסטרי.

⁵⁵ סעיף 6(1) שם.



- מוטלות על הצרכן הוצאות גביה שאינן סבירות במקרה של אי-פירעון.
- הרשימה "האפורה" כולל תנאים אשר על פיהם:⁵⁶
- הספק רשאי לבטל את החוזה ללא הצדקה.
- הספק רשאי להמחות את חובותיו על פי החוזה.
- הספק רשאי לשנות את אופן ביצוע חיוביו על פי החוזה, באופן שאיננו סביר.
- הספק רשאי לדרוש מחיר גבוה מן המחיר שנקבע בחוזה בתוך חודשיים מכריתת החוזה.
- מוגבלת חובת הפיצוי של הספק עבור נזק שנגרם למטלטלי הצרכן שנמסרו לו לשם ביצוע עבודה.
- מוגבלת זכות הצרכן להחזר כפול של מקדמות ששולמו על ידו.⁵⁷
- סכסוכים בין הספק לצרכן יוכרעו בבוררות.

6. אוסטרליה

בשנת 2010 חוקק הפרלמנט הפדראלי של אוסטרליה את ה-Australian Consumer Law (ACL), אשר ערך רפורמה בדיני הצרכנות באוסטרליה.⁵⁸ ה-ACL נכלל בתוספת השנייה ל-Trade Practices Act (TPA), 1974,⁵⁹ אשר שמו שונה ל-Competition and Consumer Act 2010 (CCA).⁶⁰ הרפורמה

⁵⁶ סעיף 6(2) שם.

⁵⁷ זכות זו קבועה בסעיף 908 לקוד האזרחי האוסטרי.

⁵⁸ ראו, באתר האינטרנט של משרד האוצר של אוסטרליה: Standing Committee of Officials of Consumer Affairs, Parliament of Australia, *An Australian Consumer Law: Fair Markets - Confident Consumers*, February 17, 2009. http://archive.treasury.gov.au/documents/1484/PDF/An_Australian_Consumer_Law.pdf

תאריך כניסה: 6 בנובמבר 2012.

⁵⁹ ראו, באתר האינטרנט של ממשלת אוסטרליה: *Trade Practices Act 1974*, No. 51.

<http://www.comlaw.gov.au/Details/C2010C00623>. תאריך כניסה: 6 בנובמבר 2012.

⁶⁰ ראו, באתר האינטרנט של ממשלת אוסטרליה: *Competition and Consumer Act 2010*, No. 51 1974, Vol. 3: http://www.comlaw.gov.au/Details/C2012C00514/Html/Volume_3#_Toc328990610; הרפורמות נחקקו בשני שלבים, הראשונה שבהן נכנסה לתוקפה ביולי 2010 והשנייה בינואר 2011, ואז בוטל ה-TPA. ראו: *Trade Practices Amendment (Australian Consumer Law) Act (No 1) 2010* (Cth), No. 44.

Trade Practices Amendment (Australian Consumer Law) Act (No 2) 2010 (Cth) No. 103. <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2010A00044>; <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2012C00095>.

בעניין זה ראו עוד: Jeannie Paterson, "The Australian Unfair Contract Terms Law: The Rise of Substantive Unfairness As a Ground for Review of Standard Form Contracts", 33 *Melbourne University Law Review* 934-956 (2009); *Australian Consumer Law: A Guide to the Unfair Contract Terms Law*; Australian Competition and Consumer Commission-

<http://www.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=937060&nodeId=474f2089fe9f431870dd3e420363bc33&fn=A%20guide%20to%20unfair%20contract%20terms%20guide.PDF>; תאריך כניסה: 6 בנובמבר 2012. <http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/930016>



נערכה על בסיס הסכמה בין הממשל הפדראלי וממשלות המדינות השונות של אוסטרליה, באמצעות ה-
Council of Australian Governments (COAG).⁶¹

ה-UCTL (Unfair Contract Terms Law), הקובע את ההוראות בדבר תנאים מקפחים בחוזים
אחידים (Unfair Terms in Standard form Consumer Contracts) נכלל בתוספת השנייה לחוק.⁶² ה-
UTCL נחקק על בסיס המלצות של ה-Productivity Commission (PC) של אוסטרליה.⁶³ הוועדה
בחנה את העלויות הכרוכות בפיקוח על תנאים מקפחים בחוזים אחידים, והחליטה כי התועלות של שוק
הוגן יותר עולות עליהן.⁶⁴

על פי ה-UCTL, תנאי מקפח בחוזה צרכני אחיד הוא בטל.⁶⁵ יוצאים מן הכלל הזה הם תנאים המגדירים
את נושאי החוזה העיקריים (the main subject matter of the contract), תנאים הקובעים את המחיר
לתשלום על פיו (upfront price payable under the contract),⁶⁶ וכן תנאים הנדרשים או המותרים
באופן מפורש על פי חוק פדראלי או מדינתי.⁶⁷

החוזה הצרכני שתנאי מתנאיו הוא מקפח ובטל ממשיך לחייב את הצדדים אם הוא ניתן ליישום ללא
התנאי המקפח.⁶⁸ חוזה צרכני הוא חוזה להספקת מצרכים או שירותים, או מכירה או הענקה של
אינטרס בקרקע, ליחיד אשר רוכש אותם באופן מלא או בעיקר לשימוש או צריכה אישית, משפחתית או
ביתית.⁶⁹

תנאי הוא מקפח אם הוא:⁷⁰

- יוצר חוסר איזון משמעותי בין זכויות הצדדים וחובותיהם על פי החוזה;

⁶¹ ראו, באתר האינטרנט של ה-COAG: Council of Australian Governments, *Intergovernmental Agreement for the Australian Consumer Law* (2009):

http://www.coag.gov.au/sites/default/files/IGA_australian_consumer_law.pdf. תאריך כניסה: 6 בנובמבר 2012.

⁶² ראו חלק 2-3 שם.

⁶³ ה-PC הוא גוף מחקר וייעוץ עצמאי של ממשלת אוסטרליה, העוסק במגוון תחומים של כלכלה חברה וסביבה. ראו את אתר
האינטרנט של ה-PC: <http://www.pc.gov.au>.

וראו את דוח הוועדה: Productivity Commission Inquiry Report No. 45, *Review of Australia's Consumer Policy Framework*, Vol. 1 – Summary, 30 April 2008

http://www.pc.gov.au/data/assets/pdf_file/0006/79170/consumer1.pdf. תאריך כניסה: 6 בנובמבר 2012.

⁶⁴ ראו שם בעמ' 34-35, ובחלק השני של דוח הוועדה בעמ' 155-156, 433-438.

http://www.pc.gov.au/data/assets/pdf_file/0008/79172/consumer2.pdf. תאריך כניסה: 6 בנובמבר 2012.

יש לציין שגם מדינת ניו-זילנד שוקלת ללכת בדרכה של אוסטרליה ולהעביר חקיקה בדבר תנאים מקפחים בחוזים
אחידים. ראו, באתר האינטרנט של המשרד לענייני צרכנים של ניו-זילנד: <http://www.consumeraffairs.govt.nz/pdf-library/legislation-policy-pdfs/CLR-Additional-paper---Unfair-contract-terms.pdf>.

תאריך כניסה: 12 בנובמבר 2012.

⁶⁵ סעיף 123(1) שם.

⁶⁶ ראו סעיף 26(2) שם. והשוו סעיף 24(2) לדירקטיבה האירופית.

⁶⁷ סעיף 26 שם. וראו עוד סעיף 28 שם. והשוו סעיף 21(2) לדירקטיבה האירופית.

⁶⁸ סעיף 23(2) שם.

⁶⁹ סעיף 23(3) שם.

⁷⁰ סעיף 24(1) שם.



- איננו דרוש על מנת להגן על אינטרסים לגיטימיים של הצד שהתנאי מועיל לו ;
- גורם פגיעה (כלכלית או אחרת) לצד אילו ייושם.

תנאי בחוזה צרכני מוחזק ככזה שאיננו דרוש על מנת להגן על אינטרסים לגיטימיים של הצד שהתנאי מועיל לו, אלא אם כן אותו צד מוכיח אחרת.⁷¹ בבחנו האם תנאי בחוזה צרכני הוא מקפח, רשאי בית המשפט לשקול כל שיקול הנראה לו רלוונטי, אך בית המשפט חייב לשקול את מידת השקיפות של התנאי ואת החוזה בכללותו.⁷² תנאי הוא שקוף אם הוא מנוסח בלשון פשוטה במידה סבירה, קריא, מוצג באופן ברור ונגיש באופן סביר לכל צד המושפע ממנו.⁷³

ה-UTLC גם כולל רשימה דוגמאות לא ממצה של תנאים של חוזה צרכני אשר **עשויים להיות תנאים מקפחים**. כמו כן, החוק מאפשר לממשלה לקבוע בתקנות סוגים של תנאים אשר ייחשבו כתנאי מקפח,⁷⁴ לאחר שקילת הפגיעה שאותו סוג תנאי גורם לצרכנים, השלכת הקביעה על המסחר והאינטרס הציבורי.⁷⁵ רשימת הדוגמאות כוללת כל תנאי אשר:⁷⁶

- מאפשר לצד אחד (אך לא לצד השני) להימנע מביצוע החוזה או לצמצמו.
- מאפשר לצד אחד (אך לא לצד השני) לסיים את החוזה.
- מעניש צד אחד (אך לא את הצד השני) על הפרה או סיום של החוזה.
- מאפשר לצד אחד (אך לא לצד השני) לשנות את תנאי החוזה.
- מאפשר לצד אחד (אך ללא לצד השני) לחדש או לא לחדש את החוזה.
- מאפשר לצד אחד לשנות את המחיר, מבלי שהצד שכנגד יוכל לסיים את החוזה.
- מאפשר לצד אחד לשנות את אופיים של המוצרים או השירותים המסופקים, או של האינטרסים הנרכשים, באופן חד צדדי.
- מאפשר לצד אחד לקבוע באופן חד צדדי האם החוזה הופר או לפרש אותו.
- מגביל את האחריות השילוחית של צד אחד.
- מאפשר לצד אחד להמחות את החוזה, תוך פגיעה בצד השני, ללא הסכמתו.
- מגביל את זכותו של צד אחד לתבוע צד שני.
- מגביל את הראיות שצד אחד יכול להציג בהליכים הקשורים לחוזה.

⁷¹ סעיף 24(4) ש.ס.

⁷² סעיף 24(2) ש.ס.

⁷³ סעיף 24(3) ש.ס.

⁷⁴ סעיף 25(1)(n) ש.ס. טרם הותקנו תקנות בעניין.

⁷⁵ סעיף 25(2) ש.ס.

⁷⁶ סעיף 25(1) ש.ס.



- מטיל את נטל ההוכחה בהליכים הקשורים לחוזה, על אחד הצדדים.
- כאשר צד להליך טוען זאת, ישנה חזקה שהחוזה אכן חוזה אחיד, אלא אם כן הצד שכנגד יוכיח אחרת.⁷⁷ החוק קובע כי כאשר בית המשפט בוחר האם חוזה הוא חוזה אחיד הוא רשאי לשקול כל שיקול הנראה לו רלוונטי, אך הוא חייב לשקול שיקולים מסויימים הקבועים בחוק. החוק גם מאפשר לקבוע בתקנות שיקולים נוספים שבית המשפט יהיה חייב לשקול.⁷⁸ בית המשפט חייב לשקול האם:⁷⁹
- לאחד מן הצדדים יש את כולו או רובו של כוח המיקוח בקשר לעסקה.
- החוזה הוכן על ידי צד אחד לפני שהתקיים בין הצדדים כל דיון בקשר לעסקה.
- צד נדרש, בפועל, לקבל או לדחות את תנאי החוזה כפי שהוצגו.
- ניתנה לצד הזדמנות ממשית לשאת ולתת אודות תנאי החוזה.
- תנאי החוזה לוקחים בחשבון מאפיינים ספציפיים של צד לחוזה או נסיבות העסקה.

ה-UTLC איננו חל על חוזים להספקת מוצרים ושירותים פיננסיים,⁸⁰ אך הרפורמה החקיקתית תיקנה במקביל גם את חוק ניירות הערך וההשקעות האוסטרלי, והוא כולל הוראות דומות.⁸¹ ה-Australian Securities and Investments Commission (ASIC) הוא המפקח הפדראלי על יישום החוק.⁸² כך למשל, בתקנות חדשות שנחקקו לאחרונה וחלות על הלוואות שניטלו מאז יולי 2011, נאסר על מלווים להטיל קנסות על פירעון מוקדם של משכנתאות כדיור בריבית משנה.⁸³ על הלוואות שניטלו לפני כן ניתן עדיין לגבות קנסות יציאה, אך לא באופן מוגזם או מקפח. לאחרונה חייב ASIC מוסד למשכנתאות

⁷⁷ סעיף (1)27 שם.

⁷⁸ סעיף (f)27 שם. טרם נתקנו תקנות בעניין.

⁷⁹ סעיף (2)27 שם

⁸⁰ CCA, §131(2).

⁸¹ ראו, באתר האינטרנט של ממשלת אוסטרליה: ה-Australian Securities and Investments Commission Act, No. 51, Part 2, Division 2, Subdivision BA, §12BF – 12BM (2001 (Cth) (ASIC Act), No. 134, Part 7-1, Schedule 1, National Credit Code, Part 4, Division 3, §78

http://www.comlaw.gov.au/Details/C2012C00694/Html/Text#_Toc336955147

וראו עוד: National Consumer Credit Protection Act 2009 (Cth), No. 134, Part 7-1, Schedule 1, National Credit Code, Part 4, Division 3, §78

http://www.comlaw.gov.au/Details/C2012C00684/Html/Text#_Toc336507623

<http://www.comlaw.gov.au/Details/F2010L00301>. תאריך כניסה: 7 בנובמבר 2012.

⁸² ראו הדרכה של ASIC בעניין: Regulatory Guide 220, Early Termination Fees for Residential Loans: Unconscionable Fees and Unfair Contract Terms, November 2010, ASIC

[http://www.asic.gov.au/asic/pdflib.nsf/LookupByFileName/rg220.pdf/\\$file/rg220.pdf](http://www.asic.gov.au/asic/pdflib.nsf/LookupByFileName/rg220.pdf/$file/rg220.pdf)

תאריך כניסה: 7 בנובמבר 2012.

⁸³ ראו, באתר האינטרנט של ממשלת אוסטרליה: National Consumer Credit Protection Regulations 2010, Chapter 7, Part 7-2A, §79A

וראו דוח של ASIC בעניין http://www.comlaw.gov.au/Details/F2012C00558/Html/Text#_Toc333237610 Report 300, Review of Early Termination Fees for Residential Loans Entered Into Before 1 July 2011, September 2012

[http://www.asic.gov.au/asic/pdflib.nsf/LookupByFileName/Report300-published-18-September-2012.pdf/\\$file/Report300-published-18-September-2012.pdf](http://www.asic.gov.au/asic/pdflib.nsf/LookupByFileName/Report300-published-18-September-2012.pdf/$file/Report300-published-18-September-2012.pdf). תאריך כניסה: 7 בנובמבר 2012.



להחזיר 3.3 מיליון דולר לאלפי לקוחות שנגבו מהם קנסות יציאה מופרזים, מאז כניסתו של ה- ASIC Act לתוקפו ביולי 2010.⁸⁴

7. ארה"ב

בארה"ב אין חקיקה העוסקת באופן פרטני בתנאים מקפחים בחוזים אחידים. החוק בארה"ב בעניין זה מבוסס על עקרונות מן המשפט המקובל ודיני היושר, כגון **דוקטרינת אי-המצפוניות (Unconscionability Doctrine)**.⁸⁵ עיקרון זה בא לידי ביטוי גם בפרק השני של ה- Uniform Commercial Code (UCC),⁸⁶ הקובע כי אם בית משפט מוצא שהחוזה, או כל תנאי שבו, היו בלתי-מצפוני בעת כריתתו, הוא רשאי שלא לאכוף אותו, לאכוף את שאר החוזה ללא אותו תנאי, או להגביל את תחולתו של התנאי על מנת למנוע את התוצאה הבלתי-מצפונית.⁸⁷ סעיף דומה קיים ב- Restatement השני של דיני החוזים בארה"ב.⁸⁸

⁸⁴ ראו, באתר האינטרנט של ASIC : [http://www.asic.gov.au/asic/asic.nsf/byheadline/12-169MR+RHG+customers+refunded+over+\\$3.3+million?openDocument](http://www.asic.gov.au/asic/asic.nsf/byheadline/12-169MR+RHG+customers+refunded+over+$3.3+million?openDocument). תאריך כניסה: 7 בנובמבר 2012.

⁸⁵ בעניין זה ראו, למשל: Dando B. Cellini & Barry Wertz, "Unconscionable Contract Provisions: A History of Unenforceability from Roman Law to the U.C.C.", 42 *Tul. L. Rev.* (1967) 193; Wayne R. Barnes, "Toward a Fairer Model of Consumer Assent to Standard Form Contracts: In Defense of Restatement Subsection 211(3)", 82 *Washington Law Review* (2007) 227-274; ושינגטון:

<http://digital.law.washington.edu/dspace-law/bitstream/handle/1773.1/194/82washrev227.pdf?sequence=1>; Harry G. Prince, "Unconscionability in California: A Need for Restraint and Consistency", 46 *Hastings L.J.* (1995) 459-554; באתר האינטרנט של אוניברסיטת הייטטינגס:

Sierra David Sterkin, "Challenging Adhesion Contracts in California: A Consumer's Guide", 34:2 *Golden Gate U. L. Rev.* (2004) 285-324; באתר האינטרנט DigitalCommons:

<http://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1877&context=ggulrev>. תאריך כניסה: 12 בנובמבר 2012.

⁸⁶ אודות ה- UCC ראו: הלשכה המשפטית של הכנסת, תחום חקיקה ומחקר משפטי, **עקרונות היסוד בהצעת הקודקס האזרחי, סקירה משווה: הקוד המסחרי האחיד בארה"ב**, כתיבה: עו"ד נתי פרלמן, 15 בנובמבר 2011.

⁸⁷ UCC, §2-302. ראו, באתר האינטרנט של ה-Legal Information Institute של אוניברסיטת קורנל: <http://www.law.cornell.edu/ucc/2/article2.htm#s2-302>. תאריך כניסה: 12 בנובמבר 2012.

⁸⁸ *Restatement of the Law, Second, Contracts*, Ch. 9, Topic 2 - Considerations of Fairness and the Public Interest, §208. עקרונות נוספים הקיימים בהקשר זה הם עיקרון תום הלב ועיקרון הפרשנות נגד המנסח, *Contra Proferentem*. ראו סעיף 205 ו-206 שם.

ה- Restatements של המשפט האמריקאי הם פרי עבודתו של ה-American Law Institute (ALI), שהוא ארגון עצמאי שנוסד בשנת 1923 לשם שיפור הוודאות והבהירות של המשפט האמריקאי, והוא אשר יצר את מפעל הקומפילציה של המשפט המקובל האמריקאי, ה- Restatements of the Law. המוסד מורכב מ-400 משפטנים, שופטים ומלומדים מובילים, המוציאים לאור פרסומים שנועדו להבהיר, לעדכן ולשפר את המשפט האמריקאי. פרסומי הארגון כוללים את ה- Restatements, חוקים לדוגמה ועקרונות משפט בעלי השפעה רבה על הפסיקה והחקיקה בארה"ב, למרות שפורמאלית אין להם כל תוקף מחייב. ראו, באתר האינטרנט של ה-ALI: <http://www.ali.org/doc/thisIsALI.pdf>; <http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=about.overview>. תאריך כניסה: 12 בנובמבר 2012.

על מגמת הקודיפיקציה בארה"ב ושאלת מעמדם הקודיפיקטיבי של ה-UCC וה- Restatements ראו, גיא זיימן וארז שחם, "סימפוזיון: הקודקס האזרחי החדש – הצעת חוק דיני ממונות, הכנס המשפטי השנתי השני של בית-ספר רדזינר למשפטים (מאי 2005), **משפט ועסקים** ד, התשס"ו (ספטמבר 2006) 94-11, בעמ' 29-30, ובמקורות המצוינים שם.



קיים ב-Restatement סעיף נוסף העוסק בחוזים אחידים, הקובע כי כאשר יש לצד להסכם סיבה להאמין כי הצד השני לא היה מסכים לו אילו ידע אודות קיומו של תנאי מסויים, אותו תנאי איננו חלק מן ההסכם.⁸⁹ על הסעיף נמתחה ביקורת של מלומדים,⁹⁰ והצעות לתקן את ה-UCC בהתאם אליו נדחו בסופו של דבר.⁹¹

⁸⁹ *Restatement of the Law, Second, Contracts*, Ch. 9, Topic 3 - Effect of Adopting a Writing, §211(3). וראו עוד סעיף 20 וסעיף 201 שם.

⁹⁰ ראו, למשל: John E. Murray, Jr., "The Standardized Agreement Phenomena in the Restatement (Second) of Contracts", 67 *Cornell L. Rev.* (1982) 735.

⁹¹ בעניין זה ראו: Jean Braucher, "Delayed Disclosure in Consumer E-Commerce as an Unfair and Deceptive Practice", 46 *Wayne L. Rev.* (2000) 1805-1857.

