

זכות הביטול בעסקות צרכניות: רגישות מוצדקת או נצחון פירוס?

מאת

שמואל בכר*, טל ז'רסקי**

תקציר

החוק מכיר במגוון עילות אשר בהתקיימן רשאי אדם לבטל חוזה או לפנות לבית- המשפט לצורך ביטולו. ברשימת העילות המצדיקות ביטול חוזה ניתן למנות, למשל, אותם מצבים העולים כדי פגם בכריתת החוזה: טעות, הטעיה, כפייה ועושה. נוסף על כך, הזכות לביטול חוזה צומחת גם כאשר יש אי-התאמה, ובאופן כללי יותר – כאשר החוזה הופר על-ידי הצד האחר.

דיני הגנת הצרכן באים להוסיף על אלה ולקבוע כי לעיתים צרכן רשאי לבטל עסקה באופן חד-צדדי אף מבלי שתעמוד לו אחת מן העילות המוכרות בדיון. כך, חוק הגנת הצרכן מתיר לצרכן שכרת עסקה מיוחדת – דוגמת עסקת רוכלות, עסקה לרכישת יחידת גופש או עסקת מכר מרחוק – לבטל את החוזה אך בשל חרטה, מבלי שנפל פגם בהליך הכריתה ומבלי שהתגלו פגם או אי-התאמה בנוגע לנכס או לשירות הנרכש. באחרונה אף פורסם כי משרד התמ"ת פועל להקנות זכות חרטה צרכנית רחבה יותר, שתחול באופן גורף על רוב העסקות הצרכניות.

מאמר זה מבקש לדון בסוגיות העולות מהגנה צרכנית זו. בין היתר המאמר מבקש להתמודד עם השאלות הבאות: מדוע ובאילו נסיבות ראוי להעניק זכות חרטה צרכנית כקוקה? את מי זכות חרטה זו משרתת? מהם הסכנות והחסרונות הנלווים למתן זכות

* מרצה בכיר, המסלול האקדמי של המכללה למינהל – בית-הספר למשפטים, ראש המוסד ליישוב סכסוכים, חבר המועצה הציבורית וחבר ועדת המשפטים, ארגון אמון הציבור.

** מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.
אנו מודים ליהודה אדר, למיכאל בירנהק, לשרון בר-זיו, לאמיר ונג, לאיל זמיר, לאברהם טננבוים, לעומר טנא, לפאינה מילמן, לזאב פרידמן, לחיים רביה, לארנה רבינוביץ-עיני ולמשתתפי הסמינר המחלקתי בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה ובבית-הספר למשפטים של המכללה למינהל על הערותיהם המועילות. כן ברצוננו להודות לאיל דרוק, לדנה לפידוס, לניר פרבר ולענר רבינוביץ על עזרתם הרבה במחקר. תודתנו נתונה לקרן תשתיות של משרד המדע ולקרן המחקר של בית-הספר למשפטים במכללה למינהל על הסיוע הכספי, וכן לחברי מערכת עיוני משפט – אירית ברודסקי, גדי בן-דרור וענבל דולב – על עבודת העריכה היסודית והמקיפה.

חרטה? האם יהיה נכון להותיר את הסדרת זכות החרטה הצרכנית לכוחות השוק? האם צרכנים הפועלים ברשת האינטרנט זקוקים להגנה רחבה יותר מאלה הפועלים בסביבה הפיזית המסורתית? כפי שמאמר זה מדגים, עיצוב מושכל של זכות החרטה הצרכנית מחייב שקלול והתחשבות במגוון סוגיות, לרבות פרטיות, תפקידה של רגולציה ביחסי צרכן-עוסק, אחריות אישית, אכיפת החקיקה הצרכנית, תובנות התנהגותיות וכשלים כלכליים.

א. מבוא

ב. הדין הנוהג וההצדקות שבבסיסו

1. עסקות "רגילות"

2. עסקות רוכלות

3. עסקות לרכישת יחידת נופש

4. עסקות מכר מרחוק

5. סיכום-ביניים

ג. ביטול העסקה הצרכנית ה"רגילה"

1. זכות החרטה וכוחות השוק

2. למה לנו זכות חרטה צרכנית חקוקה? על כוחות שוק וכשלי שוק

(א) נחיתותו הטיפוסית של הצרכן (ופערי הכוחות בינו לבין העוסק)

(ב) פערי מידע

(ג) הגברת אמון הציבור והגדלת המסחר

(ד) הגנה על עוסקים הוגנים

3. זכות חרטה צרכנית חקוקה: חסרונות וסכנות

(א) עלויות

(ב) הונאות

(ג) גלגול העלויות והשפעתן

(ד) זכות חרטה וולונטרית כמדד (proxy) לאיכות

(ה) פרטיות והפליית צרכנים

(ו) זכות חרטה עלולה לעודד בזבזנות וצריכה לא-מתונה

(ז) עקרון האחיות האישית

4. זכות חרטה צרכנית: בין המצוי לרצוי

ד. ביטול העסקה הצרכנית: עסקות מכר מרחוק ומסחר מקוון

1. ההצדקות להגנה מיוחדת על צרכנים מקוונים

(א) חוסר הפנמה והעדר גמירת-דעת

(ב) פערי כוחות

(ג) פערי מידע

(ד) אמון הציבור במדיום האינטרנטי

2. זכות החרטה בסביבה המקוונת: עיון מחודש בחסרונות ובסכנות

- (א) עלויות ההחזרה (לרבות הונאות) וגלגולן
 - (ב) בעיית הפרטיות והפליית צרכנים
 - (ג) חרטה, בזבזנות וצריכה לא-מתונה בשוק המקוון
 - (ד) עקרון האחרייות האישית
3. ביטול החוזה המקוון: מסקנות והמלצות
- ה. סיכום

א. מבוא

"חלונות ראויה יפים פה
זה הכל למכירה
גם אנחנו תלויים
עם פתקי החלפה."¹

החזרת מוצרים הינה תופעה רחבת-היקף. במרס 2007 פרסם משרד התמ"ת סקר שעסק בהרגלי הצריכה, ההחלפה וההחזרה של מוצרים בכמה תחומים.² תוצאות הסקר מלמדות כי שווי המוצרים שהוחלפו או הוחזרו, בתחומים הנסקרים בלבד, עמד על קרוב לחצי מיליארד שקלים בשנת 2005. על-פי סקר זה, כמעט 700,000 (יותר משליש) ממשקי-הבית בישראל החליפו או החזירו לפחות פריט אחד שקנו או קיבלו במתנה³ בשנת 2005. כ-70,000 משקי-בית ניסו להחליף או להחזיר מוצר ונדחו, וכ-90,000 משקי-בית התכוונו לערוך החזרה או החלפה אך לא מימשו את כוונתם. על-פי ממצאי הסקר, רק 25% ממשקי-הבית החזירו את המוצר בשל פגם. ב-69% מהמקרים נעשו ההחלפות בשל חוסר התאמה לצרכיו של הקונה או בשל שינוי בהעדפותיו ובטעמו.

הסוגיה מעוררת עניין הולך וגובר בקרב ציבור הצרכנים, אשר לרוב אינו שבע-רצון

1 ברי סחרוף, "עבדים", מתוך האלבום "נגיעות". מילים ולחן: ברי סחרוף (1998).

2 הסקר אסף מידע בנוגע לארבעה תחומים: (1) ציוד לבית; (2) טיפוח החן; (3) ספרים, קלטות ומשחקי מחשב; (4) הנעלה וביגוד. ראו רוני בר-צורי "דפוסי צריכה - החלפה והחזרה של מוצרים" (2007) www.tamas.gov.il/NR/rdonlyres/3ED00813-A273-4AE1-AEDE-3650572CFBC1/0/X7649A.pdf (להלן: סקר משרד התמ"ת).

3 ראוי לציין כי העובדה שהסקר כולל החזרת מוצרים שניתנו במתנה מקהה את מובהקות ממצאיו, היות שבמצבים אלה סביר כי הנטייה להחזיר מוצר גדולה יותר. לצערנו, אין ברשותנו מידע המתייחס להחזרות שאינן כוללות מתנות. אנו מודים לסנדי קדר על הידוד נקודה זו.

מההסדרים המוצעים על-ידי הסוחרים בשוק.⁴ בפברואר 2006 פרסם ארגון "אמון הציבור"⁵ תוצאות של סקר שערך בקרב המבקרים באתרו. במסגרת סקר זה התבקשו הגולשים לענות על השאלה: "מה התופעה הכי מעצבנת בצרכנות הישראלית?"⁶ התשובה השכיחה ביותר התייחסה לבתי-עסק ש"לא מאפשרים להחזיר מוצרים ולקבל כסף אלא [רק] זיכוי" – תופעה שקיבלה 35% מקולות הגולשים.⁷

נתוני הסקרים והמשאלים מעידים כי זכות החרטה וההחזרה היא סוגיה מעשית, שכיחה ובעלת נפקויות כלכליות משמעותיות.⁸ העניין זוכה בתשומת-לב ציבורית ופוליטית, ונתפס בעיני הציבור כנושא כאוב ומטריד המצריך הסדרה.⁹ אכן, משרד התמ"ת פעל להרחבת זכות הביטול הצרכנית ולהחלתה על מכלול העסקות הצרכניות.¹⁰ יוזמה זו של משרד התמ"ת עוררה כעס והתנגדות בקרב ארגוני הסוחרים, אשר הצהירו כי לא יכבדו חקיקה צרכנית כזו.¹¹

- 4 ראו, למשל, מירב קריסטל "גידול של 40% בתלונות על עסקות מכר מרחוק" *ynet* 31.12.2008 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3648177,00.html
- 5 ארגון "אמון הציבור" הוא חברה לתועלת הציבור בע"מ שנוסדה במטרה להנהיג הגינות עסקית בישראל. הארגון פועל ללא כוונת רווח בתחום האינטרס המשותף לצרכנים ועסקים הוגנים. ראו www.emun.org. לצד ארגון זה פועלים גופים נוספים במטרה להגן על צרכנים ולשפר את התרבות הצרכנית-העסקית. הבולט מביניהם הוא המועצה הישראלית לצרכנות – חברה ממשלתית שהינה ארגון הצרכנים הגדול בישראל, ואשר פועלת על-פי חוק המועצה הישראלית לצרכנות, התשס"ח-2008. נוסף על כך יש לציין את הממונה על הגנת הצרכן במשרד התמ"ת, הפועל מכוח פרק ה לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן).
- 6 "מה התופעה הכי מעצבנת בצרכנות הישראלית?" (2007) www.emun.org/ptrust/wc.dll?p=2 (להלן: סקר אמון הציבור).
- 7 תוך שהיא מקדימה את התופעות השליליות הבאות: פרסומות מטעות (26%), בובוז זמן בהמתנה טלפונית או בתור לנציג שירות (25%) וחשבוניות לא-ברורים של ספקי שירותים (14%).
- 8 ראו סקר משרד התמ"ת, לעיל ה"ש 2.
- 9 ראו, למשל, את כתבות העיתונות המאוזכרות להלן בה"ש 10. כן ראו, למשל, יעל אונגר "הזיכוי המחיק של גולף" *ynet* 6.12.2007 www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-3478827,00.html ואת תגובות הגולשים שם.
- 10 ראו, למשל, שלומי דינור "מהפכה צרכנית בדרך: זכות ביטול על כל עסקה" *ynet* 26.2.2007 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3369783,00.html; איילה הורביץ "החזר כספי – בקרוב גם אצלינו" *nrg* 31.1.2007 www.nrg.co.il/online/16/ART1/537/738.html. לדיון נרחב ראו להלן חלקים ב1 ו-1ג.
- 11 כך התבטא אברהם בירנבאום, יושב-ראש ארגוני הסוחרים, בישיבת ועדת הכלכלה שעסקה בהצעת תיקון לחוק הגנת הצרכן בנושא חובת הגילוי של מדיניות החזרת הטובין: "אתם יכולים להעביר מה שאתם רוצים. אני מבטיח לכם שאנחנו נצפצף על כל חוק הגנת הצרכן."

הקריאה להסדרה חוקית של הסוגיה אין בה כדי להעיד כי הנושא אינו מוסדר בדיון הקיים. למעשה, כמה רובדי חקיקה מטפלים בהחזרת מוצרים וביטול עסקות. חוק החוזים (חלק כללי)¹² וחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)¹³ קובעים עילות אשר בהתקיימן יכול צד לחוזה לבטלו (או לפנות לבית-המשפט לצורך ביטולו). ביטול כאמור מצמיח למבטל זכות להשבה, אשר בפועל משמעה החזרת המוצר שבעבורו שילם הצרכן, תוך השבת התמורה ששולמה.¹⁴ בחוק החוזים (חלק כללי) מעוגנת האפשרות לבטל חוזה בשל פגמים ברצון (טעות, הטעיה, כפייה ועושה).¹⁵ בחוק המכר מצוינת האפשרות לבטל את החוזה בגין אי-התאמה.¹⁶ נוסף על כך, חוק החוזים (תרופות) מפרט את הנסיבות שבהן הפרת החוזה על-ידי הצד האחר לעסקה תקנה לנפגע זכות לבטל את החוזה.¹⁷ יתר על כן, זכותו של הצרכן לביטול עסקה הורחבה בחקיקה כך שתכלול גם מצבים שבהם העסקה נגועה ב"מעשה או מחדל שיש בו משום הטעיה או ניצול מצוקה כאמור בחוק זה".¹⁸

מעבר לכך, לצרכנים נתונה לעיתים הזכות לחזור בהם מן העסקה ולבטלה אך בשל חרטה מצידם וללא התקיימות כל עילה. פעמים מוקנית לצרכן זכות חד-צדדית ובלתי-מותנית לבטל את העסקה מכוח החוזה הספציפי שנכרת עם העוסק. זכות חרטה זו, המוענקת על-ידי המוכר כחלק מתנאי ההסכם, תכונה על-ידינו "זכות חרטה וולונטרית". במצבים אחרים הזכות האמורה מוענקת לצרכן מכוח הסדר סטטוטורי שאי-אפשר להתנות עליו.¹⁹

פרוטוקול ישיבה מס' 339 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-16 (3.1.2005). www.knesset.gov.il/protocols/data/html/kalkala/2005-01-03.html

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

13 חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1971 (להלן: חוק החוזים (תרופות)).

14 ראו, למשל, ס' 21 לחוק החוזים (חלק כללי); ס' 9 לחוק החוזים (תרופות).

15 ראו פרק ב לחוק החוזים (חלק כללי).

16 ס' 11 לחוק המכר, התשכ"ח-1968.

17 ראו פרק ב, סימן ב לחוק החוזים (תרופות).

18 ס' 32 לחוק הגנת הצרכן. עילות ההטעיה והעושה המעוגנות בס' 2-3 לחוק הגנת הצרכן אינן זהות לעילות ההטעיה והעושה המעוגנות בחוק החוזים (חלק כללי). לדיון נוסף ראו סיני דויטש דיני הגנת הצרכן א 414-422 (2001); אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט 386, 432 (2002). נוסף על כך, תקנות הגנת הצרכן (עילות לביטול מכר) (חלקי חילוף), התשמ"ז-1986, מאפשרות ביטול עסקה בשל אי-גילוי פרטים שעניינם חלקי-חילוף או מיקומן של תחנות שירות למוצרים מסוגי המוצרים המפורטים בתוספת שעלותם 300 ש"ח ומעלה.

19 ראו ס' 36 לחוק הגנת הצרכן, הקובע כי הוראות החוק הינן קוגנטיות ("יחולו על אף כל ויתור או הסכם נוגד"). ראו גם ח"א (חוזים אחידים) 701/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' חברת מוסף המכרז של המדינה בע"מ, תק-מח 2007(3) 8388, פס' 33, 35, 38 (2007) (להלן: עניין המכרז של המדינה). הקביעה כי הוראות החוק הן קוגנטיות נועדה להשיג הגנה אפקטיבית על ציבור הצרכנים, הסובל מנחיתות בכוח המיקוח ומפערי מידע. לדיון ברציונלים לקיומם של דיני הגנת הצרכן ובתכליתם ראו, למשל, אורנה דויטש, לעיל ה"ש 18, בעמ' 27-37; סיני דויטש, לעיל ה"ש 18, בעמ' 118-128.

כפי שנדון בהרחבה בפרק הבא, חוק הגנת הצרכן מקנה לצרכנים את הזכות לבטל עסקות מסוימות באופן חד-צדדי (להלן: זכות חרטה חקוקה) גם בהעדר עילה משפטית מוכרת.²⁰ באחרונה החלו בתי-המשפט להידרש לסוגיות הנובעות מזכות החרטה הצרכנית בתדירות גוברת.²¹ אולם למרות היקף התופעה, השיבותה ותשומת-הלב שניתנה לה, הכתיבה המשפטית-האקדמית העוסקת בזכות החרטה הצרכנית הינה מועטה ביותר.²² חֶסֶךְ זה מפתיע במיוחד על רקע העובדה שהדיון בהענקת זכות חרטה צרכנית מעלה שאלות עיוניות מרתקות המשפיעות על תפיסות-היסוד בתחום הצרכנות, על מהותו של המושג "חווה" ועל תפקידה של הרגולציה המשפטית ביחסי צרכן-עוסק ובכלל. אף שניתוח הנושא יכול להיראות פשוט וטכני במבט ראשון, הוא מחייב בחינה בין-תחומית של סוגיות מתחומי המשפט, הכלכלה, הפסיכולוגיה ותורות שונות בתחום השיווק והפרסום.

במאמר זה נבקש להתמודד עם הסוגיות השונות שנושא זה מעלה, תוך ניסיון להבין מדוע ומתי ראוי להעניק לצרכן זכות חד-צדדית לבטל עסקה שעל-פי דיני החוזים יש לה תוקף סופי ומחייב. כן נבחן כיצד נכון לעצב את זכות החרטה הצרכנית, ומתן ההשלכות השונות והסכנות הטמונות בהכרה חוקית בזכות צרכנית זו.

את פרק ב נקדיש לסקירת הדין הקיים בעסקות הצרכניות השונות. במסגרת זו נדון בחובה המוטלת על העוסק להציג לפני הצרכן את מדיניותו בדבר החזרת טובין. נוסף על כך

20 כן ראו ס' 9-10 לחוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986, לרבות תיקון מס' 4 לחוק (ראו ס"ח התשס"ח 814), אשר מרחיב את ההגנה לצרכנים במקרים מסוימים.

21 לפסיקה העוסקת בחרטה צרכנית בעסקות "רגילות" ראו, למשל, ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 9244/06 אשכנזי נ' אגמי שיווק רהיטים (לא פורסם, 15.3.2007); ת"ק (תביעות קטנות קר') 1842/06 לבנה נ' אופטיקה הזורע אופטומטריסטים בע"מ, תק"ש 15754 (3) 2007 (2007); ת"ק (תביעות קטנות י"ם) 1016/07 רודקובסקי נ' טטוראשילי תק"ש 4) 2007 (2007); ת"ק (תביעות קטנות י"ם) 3424/07 עמר נ' "מעייין שטוב" תק"ש 4) 2007 (2007); ת"ק (תביעות קטנות י"ם) 24780 (2007) (להלן: עניין עמר); ת"ק (תביעות קטנות ק"ג) 1215/06 גולדינסקי נ' קרמיקה פרמה תק"ש 4) 2007 (2007); ת"ק (תביעות קטנות י"ם) 5042/07 בוטקילינה נ' מולטיסייל שיווק בע"מ תק"ש 2) 2008 (2008) (להלן: עניין בוטקילינה); ת"ק (תביעות קטנות נצ') 1658-10-07 ז'נו נ' "חנות קטנה ומטריפה" (לא פורסם, 11.3.2008) (להלן: עניין ז'נו); ת"ק (תביעות קטנות י"ם) 2155/08 רוזנזפט נ' מקס סטוק ירושלים תק"ש 3) 2008 (2008) (להלן: עניין רוזנזפט); ת"ק (תביעות קטנות ב"ש) 2667/08 אלקיים נ' בסט ביי רשתות שיווק, BIG BOX תק"ש 1) 2009 (2009) (להלן: עניין אלקיים); ת"ק (תביעות קטנות ב"ש) 2385/08 מגן נ' "מיקרו מיקס" תק"ש 1) 2009 (2009) (להלן: עניין מגן); ת"ק (תביעות קטנות ר"ל) 645/09 ברוך משה נ' חברת פלאפון תקשורת בע"מ, תק"ש 3) 2009 (2009).

להתייחסות כללית יותר לזכות החרטה (תוך שימת דגש בעסקות מכר מרחוק) ראו עניין המכרז של המדינה, לעיל ה"ש 19, פס' 33-38. לפסיקה רבה נוספת העוסקת בזכות חרטה צרכנית בעסקות ספציפיות ראו להלן פרק ב.

22 לדיון ראשוני בזכות חרטה צרכנית כללית ראו אורנה דויטש, לעיל ה"ש 18, בעמ' 286-289. גם בספרות המשווה אין התייחסות נרחבת לזכות חרטה צרכנית כללית.

נעמוד על הרציונלים המצדיקים את עיגון זכות החרטה הצרכנית בעסקות מיוחדות, דוגמת עסקות רוכלות, עסקות לממכר יחידות נופש ועסקות מרחוק. בפרק ג נדון בזכות החרטה הצרכנית בעסקות "רגילות". במסגרת פרק זה נקיים דיון ביקורתי בהצדקות העקרוניות למתן זכות חרטה צרכנית, תוך הצגת הבעיות המרכזיות הנלוות להענקת זכות זו. לדעתנו, בחינת העלות והתועלת שבמתן זכות חרטה צרכנית בעסקות "רגילות" מלמדת כי ככלל אין זה ראוי לסטות מדיני החוזים הכלליים ולאפשר לצרכן להתחרט ולבטל עסקה אך בשל רצונו. בפרק ד נדון בזכות הצרכן לבטל חוזה בעסקת מכר מרחוק, תוך התמקדות בעסקות מקוונות. תחילה נציג את הסיבות המרכזיות שבעטיין מקובל לסבור כי צרכנים זקוקים להגנה מיוחדת בכריתת עסקות מקוונות. בהמשך נדון בהשפעתן של התופעות המיוחדות למדיום המקוון – דוגמת פלטפורמות טכנולוגיות חדשות, ממשקים ייחודיים בין צרכנים לבין עוסקים, בעיית הפרטיות ותופעות של זרימת מידע באמצעות האינטרנט – על ההצדקות להכרה בזכות החרטה החקוקה. הדיון בפרק זה יראה כי זכות החרטה המוקנית כיום לצרכנים מקוונים הינה רחבה מדי. נחתום בסיכום ובהמלצות.

ב. הדין הנוהג וההצדקות שבבסיסו

בהעדר סיבה מיוחדת, הוודאות העסקית, היעילות החוזית וההגינות ביחסי הצדדים לעסקה מחייבות התייחסות לחוזה שנכרת כדין כאל חוזה סופי ומחייב שאי-אפשר לחזור ממנו. עם זאת, החקיקה הצרכנית מכירה במגוון מצבים שבהם הצרכן יכול להתחרט ולבטל את החוזה.²³ כפי שנסביר בהרחבה בהמשך, חוק הגנת הצרכן מעגן זכות חרטה צרכנית בשלושה סוגי עסקות: עסקות רוכלות, הנכרתות בסביבתו ה"טבעית" של הצרכן, ולא במקום עסקו של העוסק;²⁴ עסקות לרכישת יחידות נופש;²⁵ ועסקות מכר מרחוק, הנכרתות ללא נוכחות משותפת של הצדדים לחוזה.²⁶

בפרק זה נסקור את ההסדרים הנוהגים בסוגי העסקות השונות, את הרציונלים שבבסיס הסדרים אלה ואת הדרך שבה יושמו ההסדרים על-ידי בתי-המשפט. מטרתו של פרק זה

23 נחזור ונדגיש כי זכות הביטול מכוח ההסדרים הספציפיים האמורים הינה נפרדת מעליות הביטול המוכרות המעוגנות בחוק החוזים (חלק כללי). ראו גם ע"ש (חוזים אחידים) 7053/99 כ.י.ד. ערוץ הקניות בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק"מ 2002(3), 66574 (2002) (להלן: עניין ערוץ הקניות).

24 זכות הצרכן לבטל ללא סיבה עסקת רוכלות מוסדרת בס' 14(א) לחוק הגנת הצרכן. כן ראו ס' 59 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981, הקובע תקופת ביטול של שלושה ימים לעסקת ביטוח שנכרתה במקום מגוריו או במקום עבודתו של המבוטח וללא הזמנתו.

25 זכות הצרכן לבטל ללא סיבה עסקה לרכישת יחידות נופש מוסדרת בס' 14(ג) לחוק הגנת הצרכן.

26 זכות הצרכן לבטל ללא סיבה עסקות מכר מרחוק מוסדרת בס' 14(ג) לחוק הגנת הצרכן.

הינה משולשת: ראשית, הספרות המשפטית בישראל אינה עוסקת בהרחבה בזכות החרטה הצרכנית,²⁷ ולכן סקירה מסודרת ועדכנית של הדין הנוהג ושל השיקולים העומדים בבסיסו עשויה למלא חלק מפער זה; שנית, הפרק יספק תשתית לדיון מתקדם ומורכב יותר בפרקים הבאים; שלישית, הדיון בפרק זה יבהיר מדוע בחרנו להתמקד בפרקים הבאים דווקא בעסקות "רגילות" ובעסקות מכר מרחוק.

1. עסקות "רגילות"

ראובן רוכש חולצה בחנות בגדים. כעבור ארבעה ימים הוא מתחרט ומבקש להחזירה. האם ראובן זכאי לעשות כן? האם לפרק-הזמן שחלף מעת הרכישה יש משמעות כלשהי, ואם כן – מהי? התשתנה התשובה אם מדד ראובן את החולצה או לבש אותה? היש הבדל בין רכישת מוצר לבין קבלתו כמתנה לצורך האמור? ואם העוסק מקבל את החולצה בחזרה – האם עליו להחזיר לראובן את מלוא כספו או שמא די בהחזר חלקי או במתן זיכוי? האם ניתן להגביל את הזיכוי בזמן או באופן אחר (לדוגמה, לסייגו באופן שלא יחול על מוצרים הנמכרים במבצע)?

עד שנת 2005 לא הייתה בחוק הגנת הצרכן התייחסות לסוגיה של ביטול עסקות צרכניות "רגילות". ביולי 2005 תוקן החוק, ונקבע כי על העוסק מוטלת החובה להציג במקום בולט ובאופן ברור וקריא "מודעה המפרטת את מדיניותו לגבי החזרת טובין שלא עקב פגם".²⁸ תוכנה המהותי של המודעה נתון להחלטתו של העוסק, הרשאי לעצב מדיניות זו כראות עיניו.²⁹ מכוח ההסמכה בחוק הגנת הצרכן³⁰ הותקנו תקנות המפרטות את הדרך הצורנית שבה יש להציג את המודעה בדבר מדיניות החזרת הטובין.³¹ התקנות קובעות את מיקום

27 לסקירה אחת ראו סיני דויטש, לעיל ה"ש 18, בעמ' 358-365. נוסף על כך ראו אורנה דויטש, לעיל ה"ש 18, בעמ' 289-295. שתי הסקירות נכתבו לפני כשבע שנים, ומאו תוקן החוק, השתנתה המציאות העסקית וניתנה פסיקה חדשה.

28 ס' 4ג לחוק הגנת הצרכן, שכותרתו "חובת גילוי מדיניות החזרת טובין".

29 לדעה שונה ראו עניין עמר, לעיל ה"ש 21, פס' 8-11, שם גילתה השופטת שניידר גישה אקטיביסטית יותר. באותו עניין נידונה חוקיותה של מודעת מדיניות החזרת טובין שבה נקבע כי התמורה שתושב לצרכן תהיה בהתאם למחיר המוצר בעת החזרתו (ולא בעת קנייתו). השופטת שניידר פסקה כי מודעה זו אינה עומדת בדרישות החוק. מפסק-הדין עולה כי עוסק אינו רשאי לקבוע כי התמורה שתושב לצרכן תהיה נמוכה מהתמורה ששולמה. לטעמנו, בפסיקה זו יש משום הטלת נטל לא-מוצדק על העוסק. כפי שיובהר להלן, אנו בדעה כי אף שקביעתה של מדיניות החזרת הטובין ועיצובה כפופים לעקרונות כלליים, דוגמת עקרון תום-הלב, יש להיזהר מלהתערב בשיקול-דעתו של העוסק.

30 ס' 4ג(ו) לחוק הגנת הצרכן, הקובע כי "השר רשאי לקבוע הוראות לענין סעיף זה, לרבות בדבר הצגת המודעה במקום העסק... ובדבר גודל האותיות".

31 תקנות הגנת הצרכן (הצגת מודעה בדבר מדיניות החזרת טובין), התשס"ה-2005 (להלן: תקנות הגנת הצרכן (הצגת מודעה בדבר מדיניות החזרת טובין)).

המודעה, גודלה, נוסח כותרתה, דרך הצגתה, גודל האותיות ועוד כהנה וכהנה.³² לפיכך, בנוסחו הנוכחי, חוק הגנת הצרכן אינו מקנה זכות חרטה צרכנית בעסקות "רגילות", אלא מסתפק בהטלת החובה לגלות את מדיניות ההחזרה ובהסדרת אופן הצגתה של מדיניות זו. בנקודה זו נעיר כי חקיקה דומה ניתן למצוא בחלק ממדינות ארצות-הברית. בניו-יורק, למשל, אימץ המחוקק את החובה לפרסם את מדיניות ההחזרה הנהוגה במקום בולט.³³ נוסף על כך, חוק הגנת הצרכן קובע כי במקרה שעוסק לא פרסם מדיניות החזרת טובין כנדרש, לצרכן קמה הזכות להחזיר את הטובין, והעוסק חייב בהשבת מלוא התמורה שהתקבלה.³⁴ שימוש בבררת-מחדל זו אמור לתמרץ את העוסק לגלות את עיני הצרכן ולחשוף לפניו את מדיניותו.³⁵ באמצעות חיוב העוסק בגילוי ברור של מדיניות החזרת הטובין, המחוקק מבקש לוודא כי הצרכן יוכל לשקול את מדיניות העוסק עובר לקבלת ההחלטה בדבר רכישת הטובין. בכך יש פוטנציאל להגברת התחרות בין עוסקים ולצמצום פערי המידע בין הצרכן לבין העוסק בכל הנוגע בתנאי העסקה ובהסדרים החלים עליה.

32 תק' 1 לתקנות הגנת הצרכן (הצגת מודעה בדבר מדיניות החזרת טובין) קובעת כי המודעה "תוצב במקום העסק, במקום הנראה לעין על יד כל קופה ובאופן שהצרכן יוכל לקרוא בנקל את הכתוב בה"; תק' 3 קובעת כי "גודל המודעה לא יפחת מעמוד שרוחבו 21 סנטימטרים, ואורכו - 29.7 סנטימטרים (A4); תק' 4 קובעת כי כותרת המודעה תודגש בקו תחתון, וכי נוסחה יהיה "מדיניות החזרת מוצרים"; תק' 5-6 קובעות את גודל האותיות, צבען וכדומה. אולם יודגש כי גם תקנות אלה אינן מצמצמות את שיקול-דעתו של העוסק ביחס לתוכנה של מדיניות החזרה. בעניין מגן, לעיל ה"ש 21, קבע בית-המשפט, תוך הסתמכות על התקנות האמורות, כי אין בכיתוב באותיות קטנות על חשבונית כדי לקיים את דרישת פרסום המודעה.

33 ראו: N.Y. GEN. BUS. LAW § 218-a (1977). חקיקים דומים קיימים גם בקליפורניה ובאוהיו. ראו: Consumer Sales Practices Act, OHIO REV. CODE ANN. § 1345.03 (LexisNexis 2009); CAL. CIV. CODE § 1723 (Deering 2009).

34 ס' 14ג (ג) לחוק הגנת הצרכן. מן הממונה על הגנת הצרכן במשרד התמ"ת (להלן: הממונה) נמסר לנו כי לצד הסדר זה, הממונה יכול, מכוח הסמכות המסורה לו בס' 21(4) לחוק הגנת הצרכן, להעמיד עוסק על חובתו זו בדרך של מתן הודעה המורה לו לתקן את הנדרש, ואולי אף פרסום של הוצאת הודעה זו (חלופת דואר אלקטרוני מתאריך 17.7.2007). בעניין ז'נו, לעיל ה"ש 21, נקבע כי הנטל להוכיח כי הוצב שלט ובו פרטיה של מדיניות החזרה מוטל על בעל החנות, באשר מדובר בטענת הגנה (ולטעמנו כך הדבר כמעט תמיד, שכן התובע טוען לתחולתה של בררת-מחדל אשר תחול בהעדר שלט). במקרה זה לא התרשם השופט שאכן הוצב ליד הקופה שלט שכלל תאריך או כותרת מתאימים. גם בעניין רוזנזפט, לעיל ה"ש 21, לא הצליח בעל החנות להרים את נטל ההוכחה בדבר קיומו של שלט במועד המכירה.

35 לדיון נרחב בתפקידם של כללי בררת-מחדל חוזיים ראו: Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87 (1989).

צמצום פערי המידע מגדיל את הסיכוי שהצרכן יקבל החלטה מושכלת ומודעת, ומונע הפתעות ואכזבות לאחר מעשה.³⁶ לבסוף, החוק מפרט רשימה של מקרים חריגים שההסדר האמור אינו חל עליהם.³⁷ כך, למשל, נאסרה החזרת מוצרי מזון או טובין פסידים.³⁸ החזרת מוצרים מסוג זה הינה בעייתית מכיוון שבמקרים אלה המוכר אינו יכול לחזור ולמכור את המוצרים לצרכנים אחרים, שכן מכירתם החוזרת עלולה להוות סכנה בריאותית-תברואתית (במקרה של מוצרי מזון) או להיות נגועה בחוסר תום-לב או ברמייה (במקרה של טובין פסידים). כן נאסרה החזרת טובין הניתנים להקלטה, לשעתוק או לשכפול אם הצרכן פתח את אריזתם המקורית,³⁹ ונאסרה גם החזרת טובין שחלה הרעה במצבם.⁴⁰ חריגים אלה נועדו למנוע התנהגות אופורטוניסטית וחסרת תום-לב מצידו של הצרכן. נוסף על כך, יש באיסורים אלה משום ניסיון למוער את הפרתם של דיני הקניין הרוחני. החוק אוסר גם החזרת טובין שיוצרו במיוחד לפי הזמנת

36 אולם קיים פער משמעותי בין התיאוריה והרציונל העומדים בבסיס החוק והתקנות לבין המציאות בפועל. בתי-עסק רבים אינם ממלאים את דרישות החוק, וסקרים מעידים כי החוק והתקנות אינם מיושמים ונאכפים בקפדנות. ראו, למשל, שרון מרוז "לא מכירים את החוק" www.nrg.co.il/online/16/ART1/709/234.html 13.3.2008 (דיווח שלפיו בדיקה של הקליניקה לזכויות הצרכן בקרית-אונו העלתה כי "יותר מ-50% מבעלי החנויות לא טורחים לשים שלט הנוגע למדיניות החזרת המוצרים מאחר שרובם לא מכירים את החוק"); נורית קדוש "לא רואים את הכסף" www.nrg.co.il/online/16/ART1/036/629, 20.1.2006 html (שם נכתב כי "רוב העסקים מצפצפים על החוק ולא מפרסמים את מדיניות החזרת המוצרים. ככה זה כשהתמ"ת לא דואג לאכוף את התקנות"). כן ראו אורית חדר מדיניות החזרת מוצרים (עבודת סמינריון בקורס "תובענות ייצוגיות ודיני צרכנות", הפקולטה למשפטים - אוניברסיטת בר-אילן, 2007). במסגרת העבודה נבדקו 27 חנויות באזורים שונים, ונמצא כי אף לא חנות אחת עמדה בכל דרישות החוק והתקנות בנוגע למועדו בדבר החזרת טובין לא עקב פגם.

37 ס' 4ג(ד) לחוק הגנת הצרכן.

38 ס' 4ג(ד1) לחוק הגנת הצרכן. המונח "טובין פסידים" מתייחס למוצרים שמאבדים את ערכם או עלולים להתקלקל לאחר זמן קצר יחסית, דוגמת מוצרי חלב, עיתונים, מוצרי מאפה וכדומה. בעניין רוזנזפט, לעיל ה"ש 21, נקבע כי החזרת טובין הקשורים לחגי ישראל לאחר התג אינה נכללת בהכרח בחריגים אלה, שכן החגים חוזרים בכל שנה. זאת, להבדיל מהחזרת טובין הקשורים לאירוע חד-פעמי (כגון אירוע ספורט גדול). על כל פנים, חריג זה יש לפרש בצמצום.

39 ס' 4ג(ד2) לחוק הגנת הצרכן.

40 ס' 4ג(ב) לחוק הגנת הצרכן. על-פי האמור בסעיף, פתיחה של אריות המוצר אינה בגדר "הרעה", אלא אם כן יקבע השר אחרת. בעניין מגן, לעיל ה"ש 21, צוין כי הוכחת "הרעה" במצב הטובין יכולה להיות פשוטה וזולה, אך במקרים מסוימים היא תחייב את שמירת הטובין והגשת חוות-דעת לבית-המשפט. עוד נקבע כי הסכמה למכור את המוצר המוחזר כמשומש בשלב מאוחר יותר מהווה אינדיקציה לאי-קיומה של "הרעה".

הצרכן.⁴¹ גם כאן, החזרת מוצר מסוג זה תקשה על המוכר לחזור ולמוכרו. לבסוף, נקבע כי ההסדר אינו חל על טובין שאי-אפשר להחזירם בהתאם להוראות דין אחר (דוגמת תרופות והלבשה תחתונה).⁴²

אולם ייתכן שהמצב המשפטי עומד להשתנות. בהתבסס על ההסמכה המסורה לשר התמ"ת במסגרת חוק הגנת הצרכן,⁴³ פועל כעת משרד התמ"ת ליצור הסדר חדש.⁴⁴ על-פי ההסדר המתגבש יוכלו צרכנים לבטל עסקה לרכישת מוצר או שירות⁴⁵ בתוך תקופה מוגדרת,⁴⁶ בתנאי שהמוצר לא נפגם ולא נעשה בו שימוש, ובתנאי שהצרכן יציג את חשבונית הקנייה.⁴⁷ תחילה הוצע כי צרכנים לא יחויבו בתשלום דמי ביטול כתנאי למימוש זכות החרטה,⁴⁸ אולם מאוחר יותר פורסם כי משרד התמ"ת חזר בו, וכי הוא מבקש לחייב

41 ס' 4ג(ד) (3) לחוק הגנת הצרכן.

42 ס' 4ג(ד) (4) לחוק הגנת הצרכן. נוסף על כך נקבע, בס' 4ג(ד) (5) לחוק הגנת הצרכן, כי ההסדר האמור לא יחול על "טובין שקבע השר, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת".

43 ראו ס' 114(א) לחוק הגנת הצרכן. סעיף זה, אשר הוסף בשנת תשס"ה, מסמיך את שר התמ"ת לקבוע הוראות מהותיות העוסקות בזכותו של הצרכן לבטל עסקה ולקבל את כספו בחזרה, ובלבד שהטובין יוחזרו לעוסק מבלי שנעשה בהם שימוש ומבלי שנפגמו.

44 ראו: "סגן רוה"מ ושר התמ"ת, אלי ישי, העביר למשרד המשפטים, טיוטה של תקנות המעניקות לצרכן את הזכות לבטל עסקה ולקבל חזרה את כספו" (2007). www.moital.gov.il/NR/exeres/6F2505DD-7EDB-47B4-B649-5FBF6320D03C.htm

45 מעניין שזכות החרטה המעוגנת בטיטות התקנות חלה גם על עסקה לרכישת שירותים, שאותה יהיה הצרכן רשאי לבטל בכל עת. אם נעשה שימוש בשירות, ייגבה מן הצרכן החלק היחסי מן התמורה המוסכמת. ראו טיוטת תקנות הגנת הצרכן (ביטול עסקה), התשס"ח-2007, www.knesset.gov.il/committees/heb/material/data/kalkala2007-12-10.pdf (להלן: טיוטת התקנות).

46 על-פי האמור בטיטות התקנות, שם, על הצרכן לפעול לביטול העסקה בתוך ארבעה-עשר יום.

47 שם. טיוטת התקנות מסייגת את זכות החרטה הצרכנית כך שלא תחול על מוצרי מזון, מוצרים פסידים, דירות, מכוניות, תרופות, מוצרים שיוצרו במיוחד בעבור הצרכן ומוצרים הניתנים לשכפול או להעתקה. נוסף על כך, זכות הביטול אינה קיימת אם מדובר בשירותי הארחה, נסיעה, חופש ובילוי, אם מועד השירות חל בתוך שבעה ימים מיום כריתת ההסכם. ראו www.moital.gov.il/NR/exeres/8D8575D6-D268-40E2-9AD6-FAA6CB8DC83D.htm.

48 לא נדון במאמר זה בשאלה אם החוק מסמיך את שר התמ"ת לחוקק זכות ביטול כללית (כפי שטוען משרד התמ"ת) או רק זכות ביטול ספציפית (כעמדת משרד המשפטים), ואם השר יכול לקבוע כי מימוש זכות הביטול לא תותנה בדמי ביטול. ראו: "סגן רוה"מ ושר התמ"ת, אלי ישי מפיץ היום תזכיר חוק המסדיר את היקף הזכות של הצרכן לבטל עסקה ולקבל חזרה את כספו" (2007). www.tamas.gov.il/NR/exeres/23B21D3A-7DF9-4204-AF9F-69279F962894.htm. באחרונה נסוג בו משרד התמ"ת מכוונתו ליצור זכות חרטה גורפת וכללית, אך ההצעה הנוכחית עדיין גורפת ורחבה. ראו: "בעקבות ההתנגדויות הרבות של מגזרים שונים במשק

צרכנים בדמי ביטול של 5% מערך העסקה או 100 ש"ח - הנמוך מביניהם.⁴⁹ התפתחויות אלה מחודדות את הצורך בבדיקה מקיפה של הרציונלים להכרה בזכות חרטה חקוקה. לכך נקדיש את פרק ג להלן. משעמדנו על ההסדר הנוהג וההסדר המוצע בעסקות צרכניות "רגילות", נפנה כעת לדון באותן עסקות מיוחדות שלגביהן עוגנה בחקיקה זכות חרטה צרכנית.

2. עסקות רוכלות

עסקת רוכלות הינה עסקה צרכנית שנכרתת ביוזמת העוסק ולא בבית-עסקו.⁵⁰ לרוב מדובר בעסקות שבהן המוכר מגיע לביתו של הצרכן. מכיוון שהצרכן אינו הצד שיוזם את העסקה, רבים הסיכויים שהוא לא חשב עליה מספיק,⁵¹ ושלא הייתה לו הזדמנות נאותה לבחון את החלופות העומדות לפניו ולשקול את צעדיו. נוסף על כך, לעיתים המוכרים פועלים בשכונות ובאזורים המאוכלסים על-ידי אוכלוסיות מוחלשות, דוגמת

לתקנות החזר כספי יקיים משרד התמ"ת התייעצויות עם משרדי ממשלה רלבנטיים" (2008) www.tamas.gov.il/NR/exeres/6ADF7BE4-CEDD-4593-AF87-813AACBD7B82.htm (להלן: הודעת משרד התמ"ת לעיתונות מיום 2.4.2008). נוסף על כך, לא נדון בטענת הסוחרים שלפיה התקנות פוגעות בזכויות-יסוד המוקנות לעוסקים מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, וגם לא בטענה כי העוסקים המקומיים מופלים לעומת עוסקים זרים המתחרים בהם. ראו, למשל, את טענותיהם של נציגי ענף התיירות, כפי שהן מאוזכרות בהודעה לעיתונות "סגן רוה"מ ושר התמ"ת אלי ישי נפגש היום עם נציגי ענף התיירות בנושא תקנות בדבר זכות ביטול והחזר כספי לצרכן" (2008) www.tamas.gov.il/NR/exeres/F0672E7B-802B-43FA-B5DE-A23DF08249BA.htm. איננו מתיימרים, במסגרת מאמר זה, לגבש חוות-דעת מלומדת בנוגע לטיטות התקנות, אשר משתנה חדשות לבקרים.

49 ראו צבי זרחיה "התמ"ת מציע: הצרכנים ישלמו עמלה בגין החזרת מוצר" **TheMarker** www.haaretz.com/hasite/pages/ShArt.jhtml?more=1&itemNo=969750&c 30.3.2008 www.ontrassID=2&subContrassID=6&sbSubContrassID=0. הַסָּדֵר דוּמָה קְבוּעַ בַּס' 14(ב)(1) לחוק הגנת הצרכן, העוסק בתוצאות מימושה של זכות החרטה בעסקות מכר מרחוק ובעסקות לרכישת יחידות נופש.

50 ס' 8 לחוק הגנת הצרכן מגדיר "עסקת רוכלות" כ"הצעת עסקה לצרכן מאת עוסק, או מי מטעמו, שבא שלא לפי הזמנה למקום מגוריו, שירותו הצבאי, עבודתו, לימודיו, או לקרבתם, וכן לכל מקום שאינו בית עסק של העוסק או של מי מטעמו... או פניה יוזמה של עוסק לצרכן בכל דרך שהיא, שבעקבותיה הגיע העוסק, או מי מטעמו, למקום הצרכן כדי לקשור עסקה". לדיון בהגדרה זו ובשינויים שנעשו עם השנים בהסדרת ביטולה של עסקת רוכלות ראו סיני דויטש, לעיל ה"ש 18, בעמ' 360-358. כן ראו אורנה דויטש, לעיל ה"ש 18, בעמ' 293.

51 לעיתים הרוכל מציג את הצעת העסקה כהצעה אטרקטיבית ומיוחדת שתפוג תוך זמן קצר.

קשישים ועולים חדשים.⁵² מעבר לכך, בעסקות אלה הרוכלים עלולים לנצל את המוסכמה החברתית-התרבותית שלפיה יש לנהוג בנדיבות ובנימוס כלפי אורחים.⁵³ לבסוף, מוכרים נוקטים לעיתים אסטרטגיות שיווקיות מניפולטיביות שעלולות לפגוע בשיקול-דעתו האובייקטיבי של הצרכן.⁵⁴ לפיכך עסקות רוכלות מתאפיינות תדיר בפערי כוחות ובפערי מידע בין הצדדים.⁵⁵

לחצם של מוכרים העוברים מדלת לדלת אינו מאפשר לצרכנים לבדוק אם המידע שהועבר לירייהם נכון ומדויק, והוא עלול לדחוף אותם לקבלת החלטות נמהרות ושגויות. הלחץ האמור, שלעיתים מיתוסף עליו הרצון "להיפטר" מן הסוכן ושכנועיו, מקשה על הצרכנים לסרב לעסקה. נוסף על כך, לעיתים הצרכן מצוי בלחץ הנובע מכך ש"ביקורו" של העוסק נערך בעיתוי לא-נוח, אשר לא תואם עימו מראש.⁵⁶ הצרכן הסביר אינו מורגל

52 ראו, למשל, ת"ק (תביעות קטנות י"ם) 2136/05 גולדברגר נ' מי טובים, מערכות טיהור מים בע"מ, תק"ש 2005 (3) 24251, פס' 1 (2005), שם מביא בית-המשפט את טענת התובעת בזו הלשון: "אמרת לי: אני לא קונה. אני שבעים ושמונה שנים שותה מים מהברז. אין לי כסף. הוא בא עם תיק, לקח שתי כוסות, כוס אחת מהמים שלו וכוס אחת מהמים שלי. המים שלי היה שחור. אני קיבלתי שוק, זה מה שאני שותה, מה זה? זה לא המים שלי. הוא בלבד לי את הראש כאילו שהייתי בהיפנוזה. הוא דיבר, דיבר, דיבר. הוא אמר לי למלא את השיקים." לטענת התובעת, היא לא התכוונה לקנות את המוצר אך לחצו עליה, והסוכן הוא שמילא את השיקים בכתב-ידו. לכאורה מדובר בדפוס פעולה; כך גם נמסר לנו מן המועצה הישראלית לצרכנות. ראו גם: Colin Camerer, Samuel Issacharoff, George Loewenstein, Ted O'Donoghue & Matthew Rabin, *Behavioral Economics and the Case of "Asymmetric Paternalism"*, 151 U. PA. L. REV. 1211, 1241 (2003) (התייחסות לצורך להגן על צרכנים מבוגרים במצבים מעין אלה).

53 ראו, למשל, אורנה דויטש, לעיל ה"ש 18, בעמ' 292: "סירוב לאורח נתפס כצעד פוגע העולב בעוסק, ורתיעה זו עלולה להיות מנוצלת לרעה על-ידי העוסק."

54 דוגמה אחת לכך היא טענה של רוכל כי צרכן המחליט לא לרכוש את המוצר המוצע פוגע בכריאותו שלו ובכריאותם של בני משפחתו. ראו, למשל: Sgt. Robert J. Sherman, *Door to Door Solicitation*, www.texaspolicecentral.com/door.html ("Be suspicious of anyone who tries to sell by playing on your emotions. For example, some sellers will suggest you are shirking your responsibilities to your family if you don't buy their product").

55 ראו, למשל, בש"א (שלום עכו) 3746/06 ליברמן נ' מלחם (לא פורסם, 25.2.2007) ("ההנחה המובלעת... והמעוגנת במטרתו של חוק הגנת הצרכן, הינה כי הצדדים לעסקת הרוכלות אינם שווים בכוחם וכי לפעמים הסכמת הרוכש לעסקה נובעת מפזיזות, מלחצי 'הרוכל' ומכאן הוקנתה לו אפשרות לבטל את העסקה תוך 14 יום מיום מסירת הטובין, וזאת מבלי לנמק..."); ת"א (שלום חי) 2020/06 בליומנוב נ' קלנדרב, תק"ש 2006 (2) 21165 (2006) (להלן: עניין בליומנוב).

56 ראו, למשל, ת"ק (תביעות קטנות קר) 1180/07 הלבניץ נ' אורינטל טרוול בע"מ (לא פורסם, 12.3.2008), שם טענו התובעים כי העסקה שווקה "במועד שלא היה נוח להם... תוך

לקבל החלטות כלכליות חשובות ללא הכנה מוקדמת, ובנסיבות האמורות הוא עלול לקבל החלטה שגויה.⁵⁷

מסיבות אלה הדין מכיר בזכות החרטה האמורה, ומאפשר לצרכנים תקופת צינון שבמהלכה הם רשאים לחזור בהם מן העסקה.⁵⁸ סעיף 14(א) לחוק הגנת הצרכן קובע כי צרכן רשאי לבטל עסקת רוכלות בתוך ארבעה-עשר יום מיום עשיית ההסכם או מסירת הממכר (ובשירות – בתוך ארבעה-עשר יום מעת כריתת ההסכם, אם טרם הוחל בנתינת השירות). התקנות מוסיפות ומחייבות את הרוכל לספק לצרכן גרעין מינימלי של מידע, לרבות זכותו של הצרכן לבטל את העסקה כאמור.⁵⁹ צרכן המנצל את זכותו זו לבטל עסקת רוכלות אינו מחויב בדמי ביטול, אולם אם חלה הרעה משמעותית במצב הטובין, העוסק רשאי לנכות מן הסכום המוחזר לצרכן את שיעור הפחת שנצבר עליהם.⁶⁰ הפרת הוראות החוק הנוגעות בעסקת רוכלות מהווה עבירה פלילית.⁶¹

הסדרים דומים המקנים זכות חרטה לצרכן המתקשר בעסקת רוכלות ניתן למצוא במדינות רבות אחרות. בארצות-הברית נקבע בהוראת הרשות לסחר הוגן (Federal Trade Commission) כי לצרכן נתונה זכות ביטול (cooling-off period), הניתנת למימוש בתוך שלושה ימים מעת כריתת העסקה.⁶² נוסף על כך, מדינות רבות בארצות-הברית אימצו כללים ספציפיים לעניין זה.⁶³ גם באירופה אומצו דירקטיבות צרכניות הקובעות סטנדרט מינימלי מחייב בנוגע לזכויות חרטה בעסקות רוכלות.⁶⁴ תקופת הצינון שנתונה לצרכן בעסקות רוכלות אמורה לסייע לו לשקול את העסקה

מתן מידע רב והדגמה חפוזה על המחשב". בית-המשפט, שפסק על-דרך הפשרה, לא קיבל טענה זו. לשיטת בית-המשפט, יכלו התובעים לומר לנתבעים, "באופן ברור ופשוט", כי הם מבקשים להתפנות לבני משפחתם. בכך יש משום דחייה של אותה מוסכמה חברתית שעליה עמדנו לעיל בה"ש 53 או התעלמות ממנה.

57 ראו, למשל: Shmuel I. Becher, *Behavioral Science and Consumer Standard Form Contracts*, 68 LA. L. REV. 118, 153–155 (2007).

58 ראו, למשל, ת"ק (תביעות קטנות י"ם) 5260/99 חדר נ' מליבו קוסמטיקה, פס' 13 (לא פורסם, 12.6.2000).

59 תק' 2(6) לתקנות הגנת הצרכן (עריכת חוזה בכתב ופרטים שרוכל חייב למסור לצרכן), התשס"ח-2008.

60 ס' 14(ב) לחוק הגנת הצרכן. על-פי ס' 14(ג), הֶסָדֵר זה אינו חל על עסקה לממכר טובין פסידיים.

61 ס' 23(ב)(4) לחוק הגנת הצרכן.

62 16 C.F.R. § 429.1 (1972).

63 ראו, למשל: Door-to-Door Sales Protection Act, N.Y. PERS. PROP. LAW §§ 425–431 (1976); ME. REV. STAT. ANN. tit 9–A § 3–502 (1973); N.D. CENT. CODE § 51–18–02 (1973); TEX. BUS. & COM. CODE § 39.003 (2006); CAL. CIV. CODE § 1689.6 (2005); FLA. STAT. § 501.025 (2008); N.J. STAT. ANN. § 17:16C–61.5 (1968).

64 ראו: Council Directive 85/577, art.5, 1985 O.J (L 372) 31 (EC).

מבלי להיות נתון בלחץ שהופעל עליו על-ידי סוכן המכירות במעמד הכריתה. חקיקה זו מעניקה לצרכן גם הזדמנות לגשר על פערי המידע שהיו מנת-חלקו בעת כריתת ההסכם, באמצעות איסוף מידע הנוגע בתנאי העסקה ובמצגים שהוצגו לפניו במהלך ביקורו של הסוכן, וכך לקבל החלטה מושכלת יותר.⁶⁵ נוסף על כך, הידיעה כי הצרכן רשאי לבטל את העסקה לאחר כריתתה עשויה להקטין את התמריץ של המוכר ללחוץ על הצרכן, לנהוג בעורמה או להציג את המוצר או השירות באופן שגוי או מטעה.⁶⁶

3. עסקות לרכישת יחידת נופש

חוק הגנת הצרכן מגדיר עסקה לרכישת יחידת נופש כעסקה שעניינה "זכות, בין קנינית ובין שלא קנינית, המקנה לבעליה זכות שימוש לסירוגין, בחדר או במקום מגורים אחר, בארץ או בחוץ לארץ, במשך שלוש שנים לפחות, לתקופה של יומיים או יותר במהלך כל שנה".⁶⁷ עסקה כזו מחייבת חתימה על חוזה כתוב,⁶⁸ ועל העוסק למסור לצרכן טופס גילוי חתום, המכיל פרטים רבים המפורטים בחוק,⁶⁹ ביניהם "פרטים בדבר זכותו של הצרכן לבטל את העסקה".⁷⁰ החוק מוסיף וקובע כי לצרכן נתונה הזכות לבטל את החוזה בתוך ארבעה-עשר יום מעת חתימת החוזה או ממועד קבלתו של טופס הגילוי (המאוחר מביניהם), וכי על הודעת הביטול להינתן בכתב.⁷¹ אם הביטול נעשה אך בשל חרטה, ולא עקב פגם או אי-התאמה, העוסק רשאי לגבות דמי ביטול בשיעור של 5% מסכום העסקה או 100 ש"ח – הנמוך מבין השניים.⁷² יתר על כן, אם תמורתה של העסקה שולמה באמצעות חיוב בכרטיס אשראי, על מנפיק הכרטיס להמתין שלושים יום "מהמועד שבו הופקד בידיו מסמך המעיד על העסקה" עובר לחיוב הלקוח.⁷³ אי-עמידה בהוראות החוק שעניינן עסקה

65 ראו: Cass R. Sunstein & Richard H. Thaler, *Libertarian Paternalism is Not an Oxymoron*, 70 U. CHI. L. REV. 1159, 1187–1188 (2003) ("...under the heat of the moment, consumers might make ill-considered or improvident decisions... Aware that people might act impulsively or in a way that they will regret, regulators do not block their choice, but ensure a period for sober reflection").

ה"ש 52, בעמ' 1240–1242.

66 שם, בעמ' 1240.

67 ס' 14 לחוק הגנת הצרכן.

68 ס' 14א(א) לחוק הגנת הצרכן.

69 ס' 14א(2) ו-14א(ב) לחוק הגנת הצרכן.

70 ס' 14א(ב)(13) לחוק הגנת הצרכן.

71 ס' 14א(ג) לחוק הגנת הצרכן.

72 ס' 14ה(ב)(1) לחוק הגנת הצרכן.

73 ס' 14ב לחוק הגנת הצרכן (הסעיף מוסיף ומורה כי "הודיע הלקוח למנפיק, בתוך 30 הימים האמורים, כי העסקה בוטלה בהתאם להוראות סעיף 14א(ג), לא יחייבו המנפיק בסכום כלשהו בשל אותה עסקה").

לממכר יחידות נופש מהווה עברה פלילית, שניתן אף להשית מאסר בגינה.⁷⁴ הסדר סטטוטורי זה, המתייחס לענף מסחר ספציפי, הינו חריג⁷⁵ הקיים גם במשפט המשווה.⁷⁶ הצורך בהסדר זה נובע משילובם של כמה גורמים ומאפיינים מרכזיים, ובעיקר בשל אופן שיווקן של חלק מיחידות אלה. אלפי צרכנים מתלוננים על שיטות הפעולה של מוכרי יחידות הנופש, והערכת הנוק המצטבר לצרכנים מגיעה לעשרות מיליוני שקלים.⁷⁷

מקריאת הפסיקה ודיווחי התקשורת בנושא עולה כי אופי התנהלותן של החברות המשווקות את החבילות הללו הינו אגרסיבי ביותר, וכי לרוב השיווק נעשה אגב אינטראקציה ישירה, מניפולטיבית ואינטנסיבית בין הסוכנים לבין לקוחותיהם הפוטנציאליים.⁷⁸ לעיתים

74 ס' 23(א)(5) לחוק הגנת הצרכן.

75 ראו גם ת"א (שלום ת"א) 21497/04 פרוילינגר נ' לאומי קארד בע"מ, תק"ש 2006(3) 13554, פס' 4 (2006), שם מציין בית המשפט כי "עקב ריבוי התקלות בעסקאות למכירת דירות נופש, ועקב ריבוי פסקי הדין שניתנו בעסקאות מסוג זה, נקט המחוקק, תוך ניסיון לגונן על הלקוח התמים, בצעד חריג, כשקבע הוראות ספציפיות, שהן בכחינת LEX SPECIALIS, לאפשרות לחייב את הלקוח בגינן ולאפשרות לבטל עסקאות אלו" (ההדגשה במקור).

76 בארצות-הברית ראו: 15 U.S.C.S. § 1635 (1968); Ky. Rev. Stat. Ann. § 324.142 (LexisNexis 2009); Ark. Code Ann. § 18-14-703 (1991); Fla. Stat. Ann. § 721.06 Council Directive 94/47, art 5. 1994. לחקיקה באיחוד האירופי ראו: O.J. (L 95) 29 (EU). בנקודה זו נבהיר כי ההשוואה וההפניה למשפט האירופי, להבדיל מההשוואה למשפט הנוהג בארצות-הברית, הינה לצורך אינפורמטיבי בלבד. איננו מבקשים להקיש ולהסיק מסקנות נורמטיביות או אופרטיביות מהדין הנוהג במשפט האירופי (השונה במהותו ובתפיסתו מהמשפט הנוהג בארצות-הברית).

77 ראו רוני לינדר-גנץ "עוקץ 5 כוכבים" *The Marker* 15.3.2007, 30. על-פי דיווח זה, התקבלו במועצה הישראלית לצרכנות יותר מ-2,000 תלונות בשנים 2001-2007.

78 ראו, למשל, ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 4473/05 גינת נ' וורלדוויד ריזורס תק"ש 2005(3) 24211 (2005). אין בכוונתנו לטעון כי כל החברות הפועלות בתחום זה נוהגות באופן זה, אך זהו הדימוי המקובל בתקשורת ובציבור, וכך עולה גם מקריאת פסקי-הדין בנושא. ראו, למשל, תומר קרן "בכל יום בישראל נגנבים 100 אלף דולר" *TheMarker* 21.1.2006 www.themarker.com/tmc/article.jhtml?ElementId=skira20060125_674466&layer=consumer&er&layer2=consumer; רכישת יחידת נופש בלילה ובאולם רועש - זכאים לבטל" גלובס 13.12.2005 www.takdin.com.il/searchgl/%20_h_hd_1L3OpCJkoN34mC30mCpanDZCkQ7HjR000.html; מור "אפשר לנצח את יחידת הנופש" *y-net* 18.9.2005 www.y-net.co.il/articles/0,7340,L-3143594,00.html. יוער כי לחצים אלה נמשכים כאשר הרוכשים מבקשים לבטל את העסקה מכוח הזכות הנתונה להם בחוק. ראו, למשל, ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 11500/05 ינון רחל נ' אקסס הוואנה בע"מ, תק"ש 2006(3) 11752, 11753 (2006). בית המשפט מתאר

התהליך מתחיל כאשר החברה מודיעה לפלוני כי זכה בהנחה גדולה או בפרס יוקרתי (דוגמת טלוויזיה או חופשה זוגית חינם), וכי כדי לממש את זכיתו עליו להגיע להרצאה בנושא יחידות נופש (ללא כל התחייבות, כמובן).⁷⁹ הקניית מתנה נתפסת כביטוי של קשר אישי ותשומת-לב, היוצרים תחושת מחויבות בקרב מקבל המתנה, ולפיכך עלולה לפתות את הצרכן להתקשר בעסקה שאינה כדאית מבחינתו.⁸⁰ עוד מסתמן כי חוזים אלה נחתמים לעיתים לאחר הרצאה שיווקית שאורכת שעות, שבמהלכה הצרכנים נחשפים לסוכני מכירות שונים.⁸¹ שיווק העסקה וכריתת ההסכם נעשים בסביבה רועשת והומה, הפוגעת ביכולתם של הרוכשים להבין ולהפנים את המסרים המועברים ולקבל החלטה מושכלת.⁸² לעיתים הצרכן חותם על חוזה הרכישה האחיד בשעת לילה מאוחרת, לאחר שצרך מזון ומשקאות

שם את הפגישה שבה ביקשו הרוכשים לבטל את העסקה כהאי לישנא: "הפגישה במשרדי הנתבעת, שנועדה להסדרת ביטול העסקה, הפכה למכבש שבאמצעותו הופעל על התובעים לחץ עצום, בלתי הוגן, לחזור בהם מכוונת הביטול. נציגי הנתבעת נקטו בשיטות שכנוע ושיווק אגרסיביות: תעודות זהות נלקחו מהתובעים בכניסה לבניין, הפגישה נמשכה שעות ארוכות והתישה אותם, נציגי הנתבעת ליוו אותם לכל מקום, הציעו להם שיפורים בתנאי ההסכם המקורי ועשו הכול על-מנת לשכנעם לחזור בהם מכוונת הביטול ולהסכים לתנאים החדשים שהוצעו להם. התובע העיד שהלחץ שהופעל עליהם היה כזה שבכווחו היה לגרום לו, בסוף אותו יום, לחתום על כל דבר שהיו מציעים לו."

79 זהו דפוס פעולה חוזר. ראו, למשל, ת"א (שלום אשד) 2756/97 פליווטוקל נ' Contract Services (לא פורסם, 10.7.1999) (להלן: עניין פליווטוקל); אורנה דויטש, לעיל ה"ש 18, בעמ' 289-290. לאנגדוטות רלוונטיות נוספות ראו, למשל, את דבריו של חבר-הכנסת אברהם פורז, ד"כ התשנ"ח 6437-6438: "מה הבעיה שמתעוררת כאן?... ניצבים מול שיווק אגרסיבי מאוד של יחידות נופש. חלק מאיתנו, לפחות אני קיבלתי פעם מכתב הביתה... ואמרתי לי: אשריך וטוב לך, זכית... אני יודע לקרוא בין השורות, וראיתי שלא זכית בכלום." כן ראו את דבריהם של חברת-הכנסת תמר גווינסקי וחבר-הכנסת ניסים דהן, שם.

80 ראו, למשל, אורנה דויטש, לעיל ה"ש 18, בעמ' 289.

81 ראו, למשל, עניין פליווטיקל, לעיל ה"ש 79; ת"א (שלום חד) 2125/03 שוורץ נ' וורלד וויד ריזורטס בע"מ, תק"ש 25276 (4)2006 (2006).

82 ראו, לדוגמה, ת"א (שלום ת"א) 63948/06 הורביץ נ' נתיבי חוג החופש בע"מ (בפירוק), תק"ש 22803 (1)2008 (2008). באותו עניין הוזמנו התובעים על-ידי הנתבעת למפגש בנושאי תיירות בארץ ובהוץ-לארץ, והובטחה להם מתנה בדמות נופש זוגי. התובעים הוכנסו לאולם עם מספר רב של זוגות. המוזיקה רעשה. התובעים התבקשו לכבות את הטלפון הנייד, לא הורשו לצאת מן האולם, ונחשפו לפעולות שיווק אגרסיביות מצד אנשי שיווק מתחלפים במשך חמש שעות. ראו גם ת"א (שלום ת"א) 16626/03 דהרי נ' לאומי קארד בע"מ, תק"ש 17646 (1)2003 (2003). לסיקור תקשורתי של מקרה דומה ראו איתן מור "לא יחידה ולא נופש" www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-11.2.2007_ynet 3363336.00.html

אלכוהוליים, לרוב על חשבוננו של המוכר וביוזמתו.⁸³ לעיתים אף לא מתאפשר לצרכן לעיין בחווה עובר לחתימתו עליו.⁸⁴

מעבר לכך ניתן למנות כמה מאפיינים אובייקטיביים המקשים עוד יותר על הצרכן לקבל החלטות בצורה מושכלת. ראשית, מדובר בעסקות שהצרכן הממוצע אינו מורגל בהן. מעטים הצרכנים שהתנסו ברכישת יחידות נופש יותר מפעם אחת, וחוסר ניסיון זה אינו מאפשר לצרכן לפתח מיומנות עסקית או ללמוד מטעויות העבר. שנית, מדובר בנכס שנשאר עם הרוכש לאורך שנים רבות, ובמועד הכריתה קשה להעריך את מידת התועלת העתידית מן הנכס, אשר לא בנקל ניתן להחליפו או למוכרו.⁸⁵ שלישית, מדובר בעסקה שפרטיה רבים ומורכבים. החווה עמוס וגדוש בתנאי שימוש רבים וברכיבי תשלום שונים ומגוונים, ועל טופס הגילוי להכיל, במצוות החוק, ארבע-עשרה קבוצות של פרטי מידע. החווה כולל מרכיבים של תשלומים נסתרים, דוגמת דמי ניהול ודמי אחזקה, שקשה לשקללם ולהעריכם נכונה בעת ביצוע הרכישה. מאפיינים אלה אינם מתקיימים רק בהסכמים לרכישת יחידות נופש, אך שילובם בא לידי ביטוי באופן מובהק ביותר בסוג עסקות זה. לפיכך, ובדומה לעסקות רוכלות, גם במצבים אלה נכרתים חושים במצב של פערי מידע ופערי כוחות בין הצדדים, וכאשר הצרכנים חשופים לעיתים להשפעתם של סוכני מכירות ולמניפולציות שיווקיות קשות. באופן טיפוסי, צרכנים אינם מסוגלים לנתח באופן קר ומחושב את כדאיותה של העסקה במעמד כזה.

בשל כל אלה מתעורר הצורך בהגנה חקיקתית נמרצת על צרכנים הכורתים עסקה לרכישת יחידת נופש.⁸⁶ בהקשר זה חשוב לציין כי אין זו עסקה צרכנית טיפוסית. מדובר

83 ראו, למשל, ת"א (שלום י"ם) 3435/98 גרינפלד יורה נ' אקטיביטי תיירות ונופש (1996) בע"מ, תק"ש 2005 (4) 10263 (2005). פסק-דין זה מתייחס למניפולציות המכירה והשיווק שננקטות על-ידי חלק ממוכרי דירות הנופש, ואשר כוללות, בין היתר, גם "שתילת" לקוח מטעם המוכר. לקוח מדומה זה מביע בתחילת הערב התנגדות קולנית ונחרצת לעסקה, אך ככל שמאמצי השיווק מתקדמים כן נחלשת "התנגדותו" של ה"לקוח", עד שבסוף הערב הוא "מתרצה" ורוכש יחידת נופש. כאשר הלקוחות האחרים עדים ל"תהליך" שעבר אותו "לקוח סרבן", הם משתכנעים שמדובר בעסקה משתלמת.

84 ראו, למשל, ת"א (שלום י"ם) 9516/99 אמתון נ' אקטיביטי תיירות ונופש (1996) בע"מ, תק"ש 2001 (2) 1052, פס" 3 (2001), שם טענו התובעים כי "הדייל לא אפשר להם לקרוא את ההסכם במלואו, ויתרה מכך, חלקים מההסכם לא נמצאו בידיו, והם הובאו לאולם, רק במעמד של חתימת ההסכם".

85 הדברים הגיעו לידי כך שכיום פועלות בשוק חברות המבטיחות לרוכשים מתוסכלים ומאוכזבים שירות שעניינו מכירת יחידות הנופש שרכשו. ראו, למשל, "חילון אמיתי דורש אמצעים מיוחדים" www.reality-projects.com/site.php?page=billboard.html (פרסום מסחרי מאוגוסט 2008, הכולל שלטי-חוצות בדמות בובה תלת-ממדית המחולצת מיחידת הנופש שלה). על-פי דיווחים בעיתונות, גם כאן מדובר לעיתים בהטעיית הצרכן ובניצול מצוקתו. ראו לינדר-גניץ, לעיל ה"ש 77; קרן, לעיל ה"ש 78.

86 גם אם התערבות חקיקתית זו נדמית במבט ראשון פטרנליסטית מדי. ראו Camerer et

בעסקות משמעותיות למדי מבחינה כלכלית (קרי, יקרות), אשר מגיעות לרוב להיקף של עשרות אלפי שקלים.⁸⁷ לפיכך החיוב לחתום על חוזה כתוב ולגלות פרטים רבים בטופס גילוי, כמו גם עיגונה של זכות חרטה חקוקה, נובעים מאופיין של עסקות אלה. אמצעי הגנה המעוגנים בחוק אמורים לאפשר לצרכנים להרהר בעסקה משמעותית זו ביישוב־הדעת, ובכך לצמצם את יכולתם של העוסקים להפיל ברשתם צרכנים תמימים.⁸⁸ גם כאן, הידיעה כי לצרכן נתונה זכות חרטה חד־צדדית עשויה לצמצם את התמריץ של המוכר ללחוץ על הצרכן, לנהוג בעורמה או להציג לפניו את המוצר או השירות באופן שגוי או מטעה.

4. עסקות מכר מרחוק

רחל גולשת באתר מכר ורוכשת בו זוג נעליים בסכום של 500 ש"ח. זוג הנעליים מגיע לביתה כעבור שבועיים. כעבור עשרה ימים נוספים רחל מתחרטת ומבקשת לבטל את העסקה. היש לרחל זכות להחזיר את המוצר לעוסק? כיצד הזמן שחלף מעת ביצוע העסקה או קבלת המוצר משפיע על זכות זו? האם העוסק רשאי לנכות דמי ביטול מן ההחזר? האם העוסק חייב לבטל את העסקה ולהחזיר לרחל את כספה או שמא הוא רשאי להסתפק במתן זיכוי? היש משמעות למדיניות החזרת הטובין שפורסמה באתר המכר, ואם כן – מהי? חוק הגנת הצרכן מגדיר "עסקת מכר מרחוק" כ"התקשרות בעסקה של מכר נכס או של מתן שירות, כאשר ההתקשרות נעשית בעקבות שיווק מרחוק, ללא נוכחות משותפת של הצדדים לעסקה".⁸⁹ החוק מוסיף ומגדיר את המונח "שיווק מרחוק" כ"פניה של עוסק לצרכן באמצעות דואר, טלפון, רדיו, טלוויזיה, תקשורת אלקטרונית מכל סוג שהוא... במטרה להתקשר בעסקה שלא בנוכחות משותפת של הצדדים".⁹⁰ נוסף על כך, החוק מקנה לצרכן

al, לעיל ה"ש 52, בעמ' 1242: "Under normal conditions, this type of protectionist legislation might seem overly paternalistic. However, [such regulations] target specific transactions where experience has shown that consumers are likely to act under influences other than rational decision making"

87 ראו, למשל, קרן, לעיל ה"ש 78.

88 דיון במידת הצלחתם ויעילותם של האמצעים שחוקקו ובצורך לאמץ אמצעים אחרים או נוספים חורג מגבולות מאמר זה. נעיר, עם זאת, כי לאחר קריאת פסקי־דין רבים השתכנענו כי יש מקום לשקול עיגון של תקופת צינון לפני חתימת הסכם כזה (ולא לאחריה), קרי, חיוב הצדדים להמתין פרק־זמן מסוים מעת שיווק העסקה והעברת החוזה וטופס הגילוי ללקוח ועד החתימה על החוזה. להצעותיה של המועצה לצרכנות בעניין זה ראו לינדר־גניץ, לעיל ה"ש 77.

89 ס' 14ג(ו) לחוק הגנת הצרכן.

90 שם. קריאה דווקנית של הגדרת החוק יכולה להעלות ספקות ביחס לעצם הכללתן של עסקות מקוונות במונח "מכר מרחוק". לכאורה ניתן לטעון כי אתר מכר וירטואלי דומה במהותו לחלון ראווה, אשר מקובל להתייחס אליו כאל הומנה להציע הצעות, ולא כאל הצעה. לפי פרשנות זו, לא יחולו הגנות חוק הגנת הצרכן במספר רב של עסקות מקוונות. אולם כפי

הנקשר בעסקת מכר מרחוק כמה הגנות ייחודיות. ראשית, הוא מטיל על המוכר מרחוק חובה לגלות לצרכן גרעין מינימלי של פרטים.⁹¹ שנית, החוק דורש מן המוכר לספק פרטים מסוימים בכתב, לרבות "האופן שבו יכול הצרכן לממש את זכותו לבטל את העסקה".⁹² הפרת חובת הגילוי או אי-מסירת המסמך הכתוב מהווה עברה פלילית.⁹³ שלישית, החוק מעגן זכות חרטה צרכנית חקוקה. סעיף 14ג(ג) לחוק הגנת הצרכן מגדיר את היקפה של זכות הביטול המיוחדת הנתונה לצרכן המבצע עסקות מכר מרחוק.⁹⁴ על-פי האמור בסעיף, לצרכן נתונה באופן עקרוני הזכות לבטל את העסקה מיום כריתתה ועד ארבעה-עשר יום לאחר קבלת המוצר.⁹⁵ סעיף 14ד לחוק קובע כי על הביטול להיעשות בכתב (לרבות תקשורת אלקטרונית). על-פי סעיף 14ה, במקרה של ביטול עסקת מכר לא עקב פגם או אי-התאמה, "יחזיר העוסק לצרכן, בתוך ארבעה-עשר ימים מיום קבלת ההודעה על הביטול, את אותו חלק ממחיר העסקה ששולם על ידי הצרכן, יבטל את חיובו של הצרכן בשל העסקה ולא יגבה מהצרכן סכום כלשהו, זולת דמי ביטול בשיעור שלא

שציינו במקום אחר, קריאה מצמצמת זו נראית פלפול משפטי החותר תחת תכלית החקיקה. ראו שמואל בכר וטל ז'רסקי "על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן" מחקרי משפט כה 431, 451-452 (2010). תכלית החקיקה (הסדרת ההגנות הנתונות לצרכן הכורת עסקה "שלא בנוכחות משותפת של הצדדים") וההגדרה הרחבה של המונח "שיווק מרחוק" (שמוסיפה על "פרסום קטלוגים או מודעות" את התיבות "או באמצעי כיוצא באלה") תומכות בהחלת ההגנות הנוגעות בעסקת מכר מרחוק גם על עסקות מקוונות. אכן, בתי-המשפט מתייחסים אל אתרי מכר ברשת האינטרנט כאל אמצעי "שיווק מרחוק". ראו, למשל, ת"ק (תביעות קטנות י"ם) 2638/07 פלד נ' מוטורהום ישראל בע"מ, תק"ש 2007 (4) 94 (2007) (להלן: עניין פלד). לצורך המשך דיונונו נניח, לפיכך, כי עסקות מקוונות הן אכן עסקות מכר מרחוק.

91 על-פי הוראת ס' 14ג(א) לחוק הגנת הצרכן, בגרעין זה נמנים "... (2) התכונות העיקריות של הנכס או של השירות... (4) מועד ודרך הספקת הנכס או השירות... (6) פרטים בדבר אחריות לנכס; (7) פרטים בדבר זכות הצרכן לבטל את החוזה...".

92 ס' 14ג(ב)3 לחוק הגנת הצרכן.

93 ס' 23(ב)6 לחוק הגנת הצרכן.

94 גם בית-הדין לחוזים אחידים הבהיר כי זכות החרטה היא זכות נפרדת ועצמאית, שאינה תלויה בחקיקה הכללית, דוגמת חוק החוזים וחוק המכר, ואינה קשורה אליה. ראו עניין ערוץ הקניות, לעיל ה"ש 23, פס' 41. להחרגות הספציפיות בעסקות מכר מרחוק ראו ס' 14ג(ד) לחוק הגנת הצרכן.

95 ס"ק (ג) קובע כי "בעסקת מכר מרחוק רשאי הצרכן לבטל בכתב את העסקה - (1) בנכס - מיום עשיית העסקה ועד ארבעה עשר ימים מיום קבלת הנכס או מיום קבלת המסמך המכיל את הפרטים האמורים בסעיף קטן (ב), לפי המאוחר מביניהם; (2) בשירות - בתוך ארבעה עשר ימים מיום עשיית העסקה, ובלבד שביטול כאמור ייעשה לפחות שני ימים, שאינם ימי מנוחה, קודם למועד שבו אמור השירות להינתן".

יעלה על 5% ממחיר הנכס נושא החוזה או העסקה, או 100 שקלים חדשים, לפי הנמוך מביניהם".⁹⁶

לפיכך, במקרה ההיפותטי שאותו הצגנו בפתח חלק זה, רחל רשאית לבטל את העסקה לרכישת הנעליים, מכיוון שביטול זה נעשה בתוך התקופה הקבועה בחוק (ארבעה-עשר יום מעת קבלת הממכר). זכות זו קבועה בחקיקה צרכנית-קוגנטית. על-כן, גם אם הוסכם אחרת בין הצדדים (למשל, בתקנון של אתר המכר), אין להסכמה הנוגדת תוקף. ביטול העסקה גורר עימו השבה. בה-בעת, אתר המכר רשאי לנכות מסכום ההחזר סכום של 25 ש"ח (שהם 5% ממחיר העסקה, אשר במקרה דנן עמד על 500 ש"ח).⁹⁷

הגנה על צרכנים מפני עסקות המערבות שיווק ומכר מרחוק עוגנה בכמה דירקטיבות של האיחוד האירופי.⁹⁸ מעבר לכך, זכות חרטה מקוונת (right of withdrawal) מוכרת בעסקות מכר מרחוק במדינות גרמניה, צרפת, אוסטריה, הולנד, אנגליה, יוון, איטליה, פורטוגל, פינלנד, דנמרק ושוודיה.⁹⁹ עם זאת, הצרכן בארצות-הברית אינו נהנה מהגנה דומה.

בישראל ההגנות המוקנות לצרכן הנקשר בעסקת מכר מרחוק נחקקו לפני התמסדותו של המסחר המקוון.¹⁰⁰ במקור נועד החוק להגן בעיקר על צרכנים הכורתים עסקות באמצעות הטלפון (לרבות מצבים שבהם הצגת המוצר נעשתה במדיום אחר, דוגמת הטלוויזיה), הדואר (לדוגמה, באמצעות קטלוגים) או הפקסימיליה.¹⁰¹ עם שינויי העיתים והתפתחות הטכנולוגיה, החוק מוחל כעת, באופן הולך וגובר, גם על עסקות הנכרות ברשת האינטרנט.¹⁰²

96 ס' 14(ב) לחוק הגנת הצרכן.

97 יצוין כי בעוד טיוטת התקנות אינה מאפשרת גביית דמי ביטול מן הצרכן בגין מימוש זכות החרטה, מימוש זכות החרטה הצרכנית בעסקות מכר מרחוק גורר אחריו חיוב בדמי ביטול כאמור. זהו מצב אנומלי, החותר תחת רצון המחוקק להעניק הגנה רחבה יותר לצרכנים הכורתים עסקות מכר מרחוק. איננו סבורים כי זו כוונת המחוקק. אנו מניחים כי אם יתקבלו התקנות המוצעות על-ידי משרד התמ"ת, הנוגעות בזכות החרטה בהקשר הכללי, תתוקן בהתאם החקיקה הנוגעת במסחר אלקטרוני בפרט ובעסקות מכר מרחוק בכלל.

98 Parliament and Council Directive 2002/65, Distance Marketing of Consumer Financial Services, 2002 O.J. (L 271) 16 (EU); Parliament and Council Directive 97/7, On the Protection of Consumers in Respect of Distance Contracts, art. 6, 1997 O.J. (L 144) 19, 22–23 (EU).

99 לסקירה קצרה ראו: Georg Borges & Bernd Irlenbusch, *Fairness Crowded Out by Law: An Experimental Study on Withdrawal Rights*, 163 J INST. & THEORETICAL ECON. 84, 89 (2007).

100 חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 7), התשנ"ח-1998.

101 ראו דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 5) (מתן אפשרות לצרכן לבטל חוזה), התשנ"ז-1996, ה"ח 2566.

102 ראו, למשל, עניין פלד, לעיל ה"ש 90; ת"ק (תביעות קטנות פ"ת) 1115/07 זליגר נ'

עסקות שתחילתן בפנייה ישירה ובלתי-מוזמנת של המוכר לצרכן באמצעי תקשורת ישירים שונים (בעיקר בטלפון, אך גם באמצעות פקס ודואר אלקטרוני) מזכירות, במידה מסוימת, עסקות רוכלות. בהינתן פנייה יזומה של העוסק, צרכנים עלולים להימצא בעמדת נחיתות לנוכח הלחץ המופעל עליהם או בשל מרכיב ההפתעה. אולם חשש זה אינו כה גדול, מכיוון שלחץ זה פחות בהעדר מפגש פיזי בין הצדדים.

מכל מקום, עסקות מקוונות רבות מתאפיינות בכך שהצרכן הוא שיוזם את הרכישה. לפיכך הבעיה המרכזית המנחה את ההגנה על הצרכן בעסקת מכר מרחוק היא נחיתות אינפורמטיבית. החשש המקובל הוא שצרכן הרוכש מוצר מבלי לחוש אותו ולראותו לנגד עיניו, ומבלי שתהיה לו היכולת לברר עם המוכר פרטים הנוגעים בממכר ובעסקה, עלול לטעות בהערכת המוצר ובמידת התאמתו לצרכיו.¹⁰³ לכן נתונה לצרכן תקופת ביטול, שבמהלכה הוא יכול להתרשם באופן ישיר ובלתי-אמצעי מן הנכס, ולראות אם המוצר שהתקבל עולה בקנה אחד עם מה שהובטח או פורסם על-ידי העוסק.

5. סיכום-ביניים

עסקות רוכלות ועסקות לרכישת יחידות נופש מתאפיינות במניפולציות שבעטיין צרכנים שוגים ורוכשים מוצרים באופן נמהר. במצבים אלה צרכנים קונים מוצרים או שירותים שהם אינם חפצים בהם ואשר לא היה בכוונתם לרכוש אותם כלל.¹⁰⁴ במינוח חוזי ניתן לטעון כי גמירת-דעתם של הרוכשים לא הייתה מלאה.¹⁰⁵ כלומר, עסקות רוכלות ועסקות לממכר יחידות נופש מתאפיינות בכך שצרכנים לא היו רוכשים אותם מוצרים או שירותים בנסיבות אחרות (כפי שהם עצמם מעידים בדיעבד, וכפי שמעידה נכונותם לנקוט הליכים משפטיים כדי לסגת מן העסקה). לפיכך נחלץ המחוקק להגן על הצרכן מפני מניפולציות ולחצים, שעלולים לגרום אף לפערי מידע. החוק מעניק לצרכן תקופת צינון, שבמהלכה הוא יכול לבטל את החוזה ללא סיבה וללא צורך בהנמקה.¹⁰⁶ לעומת זאת, החריג השלישי, העוסק בעסקות מכר מרחוק, אינו כולל לרוב מאפיינים אלה. מעצם הגדרתה של עסקת מכר מרחוק משתמע לכאורה כי יכולתו של העוסק לנקוט

פיאלקוב, תק"ש של 2007(3) 9587 (2007); ת"ק (תביעות קטנות ק"ש) 344/06 ועקנין נ' 4H סחר בינלאומי ישיר בע"מ, תק"ש של 2007(1) 4008 (2007). ראו גם עניין המכרו של המדינה, לעיל ה"ש 19.

103 ראו, למשל, אורנה דויטש, לעיל ה"ש 18, בעמ' 294-295.

104 ראו, למשל, ה"פ (שלום ת"א) 176369/00 מנצור נ' ויזה ואח' (לא פורסם, 6.6.2000).

105 ראו עניין בליומנוב, לעיל ה"ש 55 ("ההנחה היא שגמירות הדעת של הצרכן בעסקת רוכלות אינה מלאה בעת התקשרותו בהסכם"). לחלופין ניתן לטעון כי לכריתת החוזה נלווה פגם משמעותי ברצון, דוגמת ניצול מצוקה, הגם שספק אם דרישותיה של עילה זו (המעוגנות בס' 3 לחוק הגנת הצרכן) מתקיימות.

106 כאמור לעיל בה"ש 52 ו-65, יש בכך משום התערבות פטרנליסטית של המחוקק, אף אם ראויה ומוצדקת. כן ראו אורנה דויטש, לעיל ה"ש 18, בעמ' 294.

סקטיקות שיווק אגרסיביות ומניפולטיביות, תוך ניצול המגע הישיר בין הצדדים, פחותה בהרבה.¹⁰⁷ באופן טיפוסי, בעת ביצוע עסקת מכר מרחוק, כמו בעת ביצוע עסקה "רגילה", צרכנים קונים מוצר או שירות שהם החליטו כי הם זקוקים לו (ומתוך יישוב דעת יחסי), אלא שבדיעבד הם מחליטים כי המוצר או השירות אינם מתאימים להעדפותיהם, והם מבקשים להתחרט.¹⁰⁸ בסוג עסקות זה יש להתמודד עם השאלה אם כוחות השוק עשויים להוביל לפתרון יעיל והוגן לכל הצדדים. התמודדות זו אינה רלוונטית לעסקות רוכלות ולעסקות לרכישת יחידות נופש, אשר מתאפיינות, כפי שהוסבר לעיל, בפערי כוחות גדולים בעת כריתת החוזה ובניצול קיצוני של מגבלותיו הקוגניטיביות והרגשיות של הצרכן. לפיכך אנו סבורים כי האתגר בהערכת היקף ההגנה הצרכנית הניתנת לעסקות אחרונות אלה מצדיק התייחסות נפרדת ומקיפה.

מעבר לשוני עקרוני זה, יש סיבות נוספות המניעות אותנו להתמקד במסחר המקוון ובעסקות "רגילות". באשר למסחר המקוון, מסחר זה מתפתח במהירות, תוך שהוא מציב בפני המשפט אתגרים מורכבים, חדשניים וסבוכים. ההתמודדות עם אתגרים אלה מצריכה הבנה מעמיקה של התופעות החברתיות והמודלים העסקיים החדשים המתפתחים ברשת, כמו גם היכרות עם הטכנולוגיות התומכות בהם. כל אלה מתנקזים לפתחו של המסחר המקוון, אשר צמח בקצב מטאורי בעשור האחרון, ויש להניח כי ימשיך בצמיחה זו גם בעתיד.¹⁰⁹ מרכזיותו, מורכבותו וייחודו של המסחר האלקטרוני, וכן נפחו ההולך וגדל, מצדיקים לטעמנו דיון נפרד בהקשר דנן.¹¹⁰ האם הקניית זכות חרטה חקוקה עולה בקנה אחד עם המציאות הטכנולוגית-המסחרית המאפיינת כיום את עולם המסחר המקוון, והאם היא נדרשת בהקשר זה? האם הגנה זו תואמת את הדינמיקות המסחריות והחברתיות המאפיינות את רשת האינטרנט? מחד גיסא, בישראל, במדינות אירופה ובמדינות נוספות מוקנית זכות חרטה חקוקה בעסקות מקוונות. מאידך גיסא, בארצות-הברית, ערש המסחר המקוון, בולט העדרה של הגנה סטטוטורית מעין זו. הבדל כה משמעותי בתפיסת הצורך בהגנת הצרכן מלמד אף הוא על הצורך לדון בדינמיקת השוק המקוון ובתפקידו של הרגולטור בהקשר זה. לשאלות אלה ואחרות נפנה בפרק ד להלן.

הבדלים השוואתיים בהתייחסותם של המחוקק והרגולטור הינם סיבה נוספת המניעה אותנו להרחיב גם בנוגע לעסקות "רגילות". כאן אנו מתייחסים ליוזמתו הנוכחית של משרד התמ"ת, כפי שתוארה לעיל, המציבה את ישראל מחוץ לקונסנזוס החקיקתי המקובל

107 איננו טוענים שיכולת זו אינה קיימת כלל, מכיוון שקיימים אמצעי שיווק מתוחכמים גם במדיום המקוון. לדיון נוסף ראו להלן פרק ד.

108 אנו מודים לאיל זמיר על חידוד בקודה זו.

109 ראו בכר וז'רסקי, לעיל ה"ש 90, הערות 6-10 והטקסט הסמוך להן.

110 ראו גם אורנה דויטש, לעיל ה"ש 18, בעמ' 295: "להוראת החוק ביחס לעסקה מרחוק נודעת חשיבות מיוחדת בתקופתנו, בשל תופעת המסחר באינטרנט." הכותבת סבורה כי מכיוון ש"באמצעות האינטרנט ניתן למסור מידע מגוון ומפורט לצרכן... [ש]יכול לשקול את המידע בניחותא... אין כיום הצדקה להכללת עסקאות מסוג זה... בגדר העסקאות המאפשרות לצרכן הסתלקות ללא עילה". אנו סבורים כי מסקנה נחרצת זו ראויה לליבון נרחב, שיעמוד בליבו של פרק ד להלן.

במדינות המערביות.¹¹¹ כפי שציינו, הגנה מיוחדת על צרכנים הכותרים עסקות רוכלות, עסקות לרכישת יחידות נופש ועסקות מכר מרחוק קיימת גם במדינות מערביות אחרות. כמו־כן, מדינות מסוימות בחרו להקנות זכות חרטה גם בעסקות הנוגעות במשכנתות¹¹² ובנופש.¹¹³ אולם למיטב ידיעתנו אין כיום בארצות־הברית או באירופה (הידועה בהגנה הצרכנית הרחבה שהיא מעניקה) הסדר חקיקתי המקנה זכות חרטה חקוקה צרכנית כללית. האם נכון יעשה המשפט הישראלי אם יעגן בחקיקה קוגנטית זכות חרטה כללית כזו? לזאת נפנה כעת.

ג. ביטול העסקה הצרכנית ה"רגילה"

פרק זה עוסק, אם כן, בעסקות צרכניות "רגילות" ובשאלה אם ראוי להעניק לצרכן זכות חרטה חקוקה בעסקות אלה. בטרם נבחן אם אכן יש הצדקה להחלתה של זכות חרטה חקוקה (הן רחבה והן בהקשרים ספציפיים), ראוי לבחון ראשית אם הקניית הזכות האמורה לא תתרחש אף ללא התערבות מדינית. במילים אחרות, יש לבחון אם כוחות השוק ושיקולים נורמטיביים אחרים לא יניעו מעצמם את העוסקים להקנות זכות חרטה לצרכנים מקום שנכון או יעיל לתת זכות כזו. לאחר שנדון בסוגיה זו, נבחן באופן ביקורתי את כשלי השוק העשויים לתמוך בעיגונה של זכות חרטה חקוקה, ואת החסרונות והסכנות הנלווים לעיגונה של זכות זו.

1. זכות החרטה וכוחות השוק

על פניו, אם הצרכנים רואים את האפשרות להחזרת מוצר ולביטול עסקה כחשובה, חזקה עליהם שידעו להעדיף עוסקים המקנים זכות זו או שיעמדו על כך שבמועד ביצוע העסקה תובטח להם זכות חרטה. לפיכך ההנחה היא כי כוחות השוק ייצרו עסקות הכוללות זכות חרטה, ככל שזכות זו אכן מוערכת על־ידי הצרכנים. מוכר,

111 אנו מודעים לכך שמדינות שונות נבדלות זו מזו בצרכניהן ובתרבות הצריכה השוררת בהן, כמו־גם ביעדים שהחקיקה הצרכנית שלהן מבקשת להגשים. עם זאת, הסדרים אלה עשויים להאיר את האיזונים שאליהם הגיעו מחוקקים אחרים הפועלים במשטרים חברתיים־כלכליים־משפטיים דומים.

112 ברמה הפדרלית, ה־Truth in Lending Act מקנה ללווה הממשכן את ביתו זכות ביטול למשך שלושה ימים. במדינת טקסס, לדוגמה, נתונה ללווה תקופה של שנים־עשר יום שבמהלכה הוא יכול לבטל את העסקה. ראו: Vernon, Tex. Const. Ann. art. XVI § 50(6)(Q)(xi)(g) (2009).

113 ראו: Council Directive 90/314, On Package Travel, Package Holidays and Package Tours, art. 4, 1990 O.J. (L 158) 59 (EC).

שיעניק זכות חרטה לצרכנים, שיגביר את אמונם, יבסס את המוניטין שלו, וכפועל יוצא מכך יגדיל את מכירותיו ואת רווחיו.¹¹⁴

לתמיכה בגישה זו ניתן להביא כדוגמה את מדיניות החזרת המוצרים הנוהגת בחנויות וברשתות רבות בארצות-הברית. אף שלצרכן האמריקאי לא הוקנתה בחוק זכות כללית להחזיר את המוצר ללא עילה, רובן המכריע של החנויות והרשתות (המקוונות והלא-מקוונות) מאפשרות ביטול עסקה אך בשל חרטה צרכנית.¹¹⁵ לפיכך, לכאורה, גם בישראל אל לו למחוקק להתערב ולקבוע זכות חרטה צרכנית, מכיוון שכוחות השוק יכולים להוביל מעצמם לתוצאה ראויה המקובלת על כל הצדדים: אם הצרכנים אכן רואים חשיבות בקבלת זכות מעין זו, אזי הם יאותו דרישה זו למוכרים; ואם השוק אינו מספק זכות כאמור, אזי ייתכן שהיא אינה חשובה מספיק לצרכנים. על-פי גישה זו, התערבות על-דרך קביעת זכות חרטה חקוקה אינה ראויה, אינה מוצדקת, ועלולה להוביל לתוצאה לא-יעילה.

בנקודה זו, ולנוכח ההשוואה שנעשתה לעיל, הקורא הספקן עשוי להציב שלוש ביקורות. הראשונה היא השאלה אם ההשוואה בין השוק האמריקאי לזה הישראלי נכונה ותקפה. באופן כללי מקובל לסבור כי רוב השווקים האמריקאיים מתאפיינים בתחרות רבה ונמרצת, בעוד חלק ניכר מן השווקים הישראליים אינם כה תחרותיים.¹¹⁶ גם גודלם של השווקים שונה לחלוטין, וכך גם גודלם של השחקנים המרכזיים בהם.¹¹⁷ לבסוף, גם התרבות

114 נוסף על כך ניתן לטעון כי הענקת זכות חרטה עשויה לסייע לבעל העסק ללמוד (אגב ההחזרות) מהם המוצרים הבעייתיים שאינם משביעים את רצון לקוחותיו. מובן שאיסוף מידע מסוג זה יכול להיעשות במידה רבה גם על-ידי מתן זיכוי (ולא זכות חרטה מלאה). אולם נראה כי הענקת זכות חרטה הכוללת חזור כספי מלא תעודד צרכנים רבים יותר להחזיר את המוצר (בהשוואה למתן זיכוי). לכן עוסק המקנה זכות חרטה עשוי ליהנות מזרימת מידע מלאה יותר.

115 ראו, למשל, סקר משרד התמ"ת, לעיל ה"ש 2, בעמ' 3: "במדינות מערביות שונות בכלל ובארה"ב בפרט, במסגרת התחרות על לקוחות, מאפשרים בתי עסק רבים לצרכנים להחזיר מוצרים, אם התחרטו על הקניה, ולקבל בחזרה את סכום הקניה ללא צורך לנמק את סיבת ההחזרה. אפשרות זו להשבת מוצר וקבלת סכום הקניה נהוגה במדינות רבות גם ללא חוק בנושא, והיא משקפת כאמור, את התחרות על כיסו של הצרכן". כן ראו את הדיון להלן בטקסט הסמוך לה"ש 199-201.

116 יצוין כי אין להסתפק באמירות כלליות בדבר מידת התחרות המאפיינת את השווקים השונים, ויש לבדוק אם תחרות זו מביאה עימה גם תחרות ביחס להיבט הנבדק (במקרה דגן - זכות חרטה צרכנית). לשון אחר, השאלה הרלוונטית היא לא עד כמה התחרות בענף זה או אחר נמרצת (למשל, עד כמה התחרות ביחס למחיר המוצרים חריפה), אלא אם התחרות האמורה מתבטאת גם בתחרות על ליבו של הצרכן באמצעות הענקת זכות חרטה צרכנית.

117 בנקודה זו ניתן לטעון כי אחד ההבדלים המהותיים לעניין זה בין השוק האמריקאי לבין השוק הישראלי הוא ריבויים של חברות-ענק וקונגלומרטים בשווקים האמריקאיים. על-פי קו חשיבה זה, עוצמתם הכלכלית של גופים אלה בארצות-הברית עשויה לאפשר להם להקנות לצרכן זכות חרטה וולונטרית, ואילו בשוק הישראלי, שאינו מתאפיין בריבוי של תאגידי-ענק

הצרכנית האמריקאית שונה מזו הישראלית.¹¹⁸ אכן, כאשר בוחנים את מצב הדברים בפועל, ניתן לראות בנקל כי כוחות השוק בישראל לא הובילו עד כה לשיווי-משקל שבו מוענקת לצרכן זכות חרטה, לפחות לא בהיקפים הקיימים בארצות-הברית.

בנקודה זו ראוי להבהיר כי ניתן לחשוב על כמה הסברים לכך שרוב השחקנים העסקיים בשוק הישראלי (הגם שלא כולם)¹¹⁹ אינם מעניקים זכות חרטה וולונטרית. ההסבר האחד הוא שתודעתם של הצרכנים הישראלים לעניין זה התעוררה רק באחרונה. כך, למשל, התיקון לחוק הגנת הצרכן המחייב בתי-עסק להציג מודעה המפרטת את מדיניות ההחזרה של מוצרים לא עקב פגם התקבל, כאמור, רק ביולי 2005.¹²⁰ פרק-זמן קצר יחסית זה אין בו כדי לבסס מודעות ודרישה מצידם של צרכנים לנושא זכות החרטה. ייתכן בהחלט

אשר מסוגלים להעניק זכות חרטה ולספוג את העלויות הנלוות לה במסגרת המודל העסקי שלהם, יש מקום להתערבות של המחוקק ולהקניית זכות חרטה. לדעתנו, טענה זו אינה כה משכנעת. אם חברות הפועלות בישראל אינן מציעות זכות חרטה וולונטרית מכיוון שהן אינן מסוגלות לעמוד בעלויות הנלוות להקניית זכות זו, אזי לא יהיה נכון לכפות עליהן הענקת זכות זו באמצעות חוק. לדיון נוסף בבעיית העלויות הנלוות להענקת זכות חרטה צרכנית ראו להלן חלק ג.

118 קיימות דוגמות רבות להמחשת טענה זו, ונסתפק בכמה המחשות קצרות. ראשית, חרם צרכנים הינו תופעה מבוססת ואפקטיבית בתרבות האמריקאית, בעוד שבתרבות הישראלית לא נרשמו חרמות צרכניים אפקטיביים רבים. נוסף על כך, ארגוני מידע צרכני אמריקאיים, דוגמת ה-BBB (Better Business Bureau), ממלאים תפקיד מרכזי וחשוב בעיצוב השוק הצרכני, בעוד גופי הצרכנות בישראל סובלים ממיעוט תקציבים ומדלות אמצעים. יתר על כן, בארצות-הברית פועלת רשות צרכנות מדינתית חזקה ומשפיעה – ה-Federal Trade Commission – בעוד שבישראל טרם הוקמה רשות כזו (אף שהוכרו על הקמתה כבר לפני זמן רב; ראו, למשל: "משרד התמ"ת: בשנת 2006 צפויים שינויים מרחיקי לכת בתחום הגנת הצרכן, תוקם הרשות לסחר הוגן, תוגבר האכיפה של תקנות הגנת הצרכן פרסומת ודרכי שיווק לקטינים" (2006) – www.tamas.gov.il/NR/exeres/DC6E0B9E-E4BD-414B-819A-A029C6391DB6.htm). על מאפייני התרבות השונים ניתן להשקיף גם מפרספקטיבה היסטורית. כך, למשל, הצרכן האמריקאי מורגל בכריתת עסקות המתאפיינות בפערי זמן משמעותיים מעת הרכישה ועד קבלת המוצר. כאשר קיימת מסורת מושרשת של עסקות מסוג זה, אוכלוסיית הצרכנים מחונכת ומודעת לחשיבותה של זכות החרטה, ועל-כך הצורך בהתערבות חקיקתית פוחת. ראו גם: CHRIS ANDERSON, THE LONG TAIL 42 (2006).

119 מיעוט קטן מקרב החברות הפועלות בישראל מעניקות לצרכן זכות חרטה, ביניהן חברות גדולות ומבוססות דוגמת IKEA, שופרסל, הום סנטר ומחסני חשמל. ראו גם אורלי פלג-מזרחי "איזו רשת מחזירה מזומן ליד – ואיפה תקבלו זיכוי מוגבל בזמן?" גלובס 13.7.2009. www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000479847&fid=821

120 יומי התיקון אכן קיוו כאמור כי החובה להביא לידיעת הצרכן את מדיניות העסק בדבר החזרת טובין תעודד עוסקים להעניק זכות חרטה, ותהפוך עניין זה לשיקול מהותי מבהינתו של הצרכן.

שעם חלוף הזמן והתגבשות התודעה הצרכנית יוכל השוק להגיע לנקודת איזון ראויה ללא התערבות חיצונית. עובדה נוספת העשויה לתמרץ עוסקים ישראלים להעניק זכות חרטה היא התחרות עם מוכרים זרים אשר מספקים את מרכולתם בארץ ומאפשרים זכות חרטה.¹²¹ נקודה זו מקבלת משנה תוקף עם העמקת חדירתו של המסחר המקוון, הכולל שחקנים בין-לאומיים רבים.¹²²

שנית, אף אם ניתן להסתמך על כוחות השוק לצורך יצירת זכות החרטה, הקורא הספקן יכול לתהות עדיין מהו הפתרון הראוי לתקופת-הביניים, קרי, עד אשר ייצרו כוחות השוק את זכות החרטה הצרכנית. ייתכן ששיווי-המשקל המבוקש ייווצר רק כעבור תקופה ממושכת יחסית, שרק לאחריה יפנימו כוחות השוק את נכונותם של הצרכנים לשלם פרמיה בעבור זכות החרטה. בתקופת-הביניים עלול להתקיים שוק עסקות לא-יעיל ולא-הוגן מבחינתם של הצרכנים.

אף שיש ממש בחשש זה, איננו סבורים שעניין זה היווה שיקול מרכזי שהנחה את המחוקק הישראלי. החקיקה שעייגנה את זכות החרטה בעסקות מכר מרחוק לא סויגה בזמן, ולא הועמדה לבחינה מחודשת בתום תקופה מוגדרת. גם שינויי החקיקה המתגבשים (המקנים זכות חרטה צרכנית כללית) אינם מיועדים להיות זמניים. זאת, בניגוד למודלים רגולטוריים בעולם¹²³ ובישראל¹²⁴ המתמודדים עם צרכים זמניים ותקופות-ביניים באמצעים אחרים. לדעתנו, הסדר חקיקתי זמני, אשר יבחן מזמן לזמן ויוארך במידת הצורך, יכול לתת מענה לחשש זה.

121 דוגמות לחברות זרות אשר פועלות בארץ ומעניקות לצרכן זכות חרטה הן חברת הרהיטים IKEA וחברת הצעצועים טויס אר אס.

122 לבסוף, ניתן לטעון כי כוחות השוק בישראל הם שהובילו למצב שבו רוב בתי-העסק אינם מעניקים זכות חרטה וולונטרית. זאת, משום החשש כי זכות זו תנוצל לא בתום-לב על-ידי צרכנים רבים. אם זה אכן שיווי-המשקל, אזי מצב זה תואם את העדפותיהם של רוב הצרכנים והעוסקים. כלומר, צרכנים מעדיפים עסקות שלא מוענקת בהן זכות חרטה, בשל החשש שעסקות אלה מתומחרות ביתר. זאת, משום שהצרכן הטיפוסי חושש שהוא מסבסד צרכנים אחרים העושים שימוש לא בתום-לב בזכות האמורה, ועל-כן מעדיף להימנע מעסקה הכוללת זכות חרטה. אולם טיעון זה בעייתי מכיוון שהוא מייחס רציונליות ותחכום-יתר לצרכן הממוצע.

123 בארצות-הברית, לדוגמה, המחוקק או הרגולטור קובעים לעיתים פרק-זמן שבסופו "תשקע" (sunset) ההוראה, אלא אם כן יבחרו להאריכה. ראו, לדוגמה, *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001 (USA PATRIOT Act)*, Pub. L. No. 107-56, § 224, 115 Stat. 272 (2001).

124 במצבים מסוימים המחוקק הישראלי רואה לנכון להגביל את הוראותיו לתקופת זמן מסוימת, אשר בסופה ייבחן העניין מחדש. כך נעשה במצבים אין-ספור. ראו, למשל, ס' 51 לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000 (הגבלת תחולת החוק לשלוש שנים); תק' 4 לתקנות סדר הדין האזרחי (הוראת שעה) (מס' 2), התשס"ח-2007, ק"ת 238 (הגבלת תוקפן של התקנות לשנתיים), וס' 45 לחוק הרשות הלאומית לבטיחות בדרכים (הוראת שעה), התשס"ו-2006 (הגבלת תוקפו של החוק עד לתאריך 31 בדצמבר 2012).

שלישית, הקורא הספקן יכול לתהות אם ניתן וראוי להסתמך על כוחות השוק בנוגע להקניית זכות החרטה ולעיצובה. הגישה שתיארנו לעיל, שלפיה יש להעניק עדיפות לפתרונות יצירי השוק הפתוח, הינה גישה "כלכלית" המאומצת על-ידי רגולטורים וחוקרי משפט אמריקאים רבים. אולם יש גם גישה אחרת, שאומצה באירופה,¹²⁵ שלפיה אין פגם בהסדרת הסוגיה של זכות החרטה הצרכנית בחוק אף ללא איתור כשלי שוק. אכן, קיימים כמה נימוקים לסברה כי ראוי לכאורה שזכות החרטה תוסדר בדין. ראשית, צרכנים נוטים לממש זכות חרטה חקוקה יותר משהם נוטים לממש זכות חרטה וולונטרית. סיבה אפשרית אחת לנתון זה נעוצה בכך שזכות החרטה הוולונטרית נתפסת על-ידי הצרכנים כאקט "ידידותי" או "נדיב" של העוסק.¹²⁶ לפיכך מקובל להניח כי צרכנים רבים ישתדלו לא לנצל לרעה מחווה חיובית זו.¹²⁷ כמו-כן, זכות חקוקה מגבירה את המודעות הציבורית. כלי התקשורת מדווחים על הזכות, והיא עשויה ליהפך לחלק מהחינוך הצרכני או מההשכלה המשפטית. באופן דומה, עצם חקיקתה של זכות חרטה צרכנית עשויה להעיד על חשיבותה של הזכות ומעמדה. לבסוף, זכות חקוקה קלה יותר להוכחה ולמימוש, מכיוון שהצרכן אינו צריך להסתמך על מודעה בדבר מדיניות החזרת המוצרים, אשר נתונה לשיקול-דעתו של העוסק ועלולה להשתנות מזמן לזמן.

אולם קיימות סיבות טובות להעדפת כוחות השוק על המחוקק בכל הנוגע בעיצובה של זכות החרטה הצרכנית. ראשית, הותרת ההסדרה של זכות החרטה לכוחות השוק אינה פוגעת באוטונומיה החוזית של הצדדים, ואינה מבקשת להכתיב להם את תוכן ההסדר העסקי.

125 ראו לעיל בה"ש 64 ו-113.

126 על השפעת היותה של זכות החרטה חקוקה (לעומת וולונטרית) ראו Borges & Irlenbusch, לעיל ה"ש 99.

127 שם. עוצמת החשש שצרכנים ינצלו לרעה את זכות החרטה תלויה כמובן בחברה ובתרבות, ואנו מודעים לכך שבמציאות הישראלית יש לעיתים תחושה שצרכנים אכן ינצלו לרעה זכות זו. עם זאת, ייתכן בהחלט שהרושם המתקבל בהקשר זה הינו מוטעה. כך, למשל, כלי התקשורת מדווחים כי הצרכן הישראלי מנצל את זכות החרטה הוולונטרית המוענקת לו על-ידי חברות בין-לאומיות הפועלות בארץ פחות מאשר עמיתו האמריקאי. ראו גבריאל אסולין "הלקוח הישראלי עדיף בהרבה" גלובס 14.4.2008. www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000332428. בכתבה זו נטען כי "שיעור הלקוחות הישראלים המחזירים מוצרים לאיקאה נמוך ב-50% מאשר בארה"ב". ניתן אומנם לגרוס כי ייתכן שאימוץ זכות חרטה וולונטרית על-ידי חברות רבות יגביר את המודעות הצרכנית ואת מימוש הזכות. ברם, הגם שאין בנמצא נתונים אמפיריים בנושא, איננו סבורים, בנסיבות העניין, כי טענה זו משכנעת. נוסף על כך חשוב לזכור כי הציבור נחשף דווקא ובעיקר לצרכנים שאינם מהססים להחזיר מוצרים ואף להתנהג אגב כך באופן בוטה וקולני. את הצרכנים שבוחרים לנהוג אחרת איננו מכירים, והחלטותיהם ומעשיהם אינם נחרטים בזכרוננו. מציאות זו עלולה ליצור תחושה מטעה. הטיה זו מכונה Availability Cascades: אנשים נוטים להפריז בהסתברות להתרחשות מקרים שקל להיזכר בהם, ולהמעיט בהסתברות להתרחשותה של תוצאה שקשה יותר לדמינה.

שנית, כוחות שוק יגיבו על-פירוב באופן מהיר יותר ומדויק יותר מאשר הרגולטור.¹²⁸ כוחות השוק צרים ורגישים יותר לשינויי אווירה ועדיפויות אצל צרכנים, וחזקה עליהם שישכילו לפלח את השוק לתת-קבוצות באופן יעיל ומדויק יותר. שלישית, כוחות השוק אמורים לשקף את התבונה המצרפית של ההמונים, ולא רק של המחוקקים או פקידי הממשל, אשר מונחים לעיתים על-ידי אג'נדה בעייתית, מוטה או מוטעית. לפיכך אנו בדעה כי לרוב ראוי לצמצם את ההתערבות הרגולטורית בעסקות וולונטריות בכלל ובהכרה בזכות החרטה בהם בפרט. לטעמנו, יש לתחם התערבות זו לאותם מקרים שבהם כשלי שוק – כלכליים או התנהגותיים – מונעים היווצרותו של שיווי-משקל יעיל. נבחן את קיומם של כשלים אלה בהמשך דברינו.

2. למה לנו זכות חרטה צרכנית חקוקה? על כוחות שוק וכשלי שוק

למרות הפוטנציאל הגלום בכוחות השוק, תהא זו טעות להניח, כמוכח מאליו, כי ידו הנעלמה של השוק תביא לידי גיבוש רצונם של הצרכנים ותוביל להיווצרותה של זכות חרטה וולונטרית. בשלב זה נניח כי הצרכנים אכן מעוניינים בזכות חרטה, וכי כשלים וקשיים אפשריים בשוק עלולים למנוע שיווי-משקל שישקף העדפה צרכנית זו. בחלק זה נבקש לאתר כשלים אלה, ולבחון אם הם מובילים למסקנה כי יש לאמץ זכות חרטה חקוקה. במסגרת זו נדון בארבע סיבות פוטנציאליות התומכות, לכאורה, בזכות חרטה חקוקה: פערי כוחות; פערי מידע; הגברת אמון הציבור בשוק והגדלת נפח המסחר; והגנה על עוסקים הוגנים.¹²⁹

(א) נחיתותו הטיפוסית של הצרכן (ופערי הכוחות בינו לבין העוסק)

באופן כללי, הנחיתות הצרכנית ביחס לעוסק מצדיקה התערבות חקיקתית שתגן על הצד החלש (דהיינו, הצרכן). נחיתות זו הינה מאבני-היסוד של דיני הצרכנות.¹³⁰ נחיתותו של הצרכן – אם זו אכן קיימת – עשויה להצדיק קביעת כלל ברור וחד-משמעי שלפיו לצרכן נתונה זכות חרטה חקוקה.

את ההשפעות של פערי הכוחות שבין הצרכן לעוסק יש לבחון בשתי נקודות-זמן. נקודת-הזמן האחת היא ex post, קרי, המועד שבו הצרכן נוכח כי העסקה שביצע אינה עונה על דרישותיו או ציפיותיו, והוא מבקש לבטלה. נקודת-הזמן האחרת היא ex ante (המוקדמת יותר מבחינה כרונולוגית), קרי, בעת כריתת העסקה. בנקודה זו הצרכן עשוי

128 ייתכנו כמוכח מצבים שבהם דווקא התערבותו של הרגולטור היא אשר "תעורר" את הנושא, תגביר את מודעות הציבור לעניין, ואף תניע את כוחות השוק להפנים את העדפות הצרכן. אולם ברגע שעניין כלשהו אכן מוטמע ב"גנום" הצרכני, יהיו אלה כוחות השוק שיגיבו על-פירוב ראשונים וייתנו מענה להעדפות הצרכניות.

129 הצדקות אפשריות אלה למתן זכות חרטה צרכנית מקבילות להצדקות הכלליות לקיומם של דיני צרכנות בכלל. ראו, למשל, אורנה דויטש, לעיל ה"ש 18, בעמ' 27-37.

130 לפירוט הסיבות והגורמים המובילים לנחיתות טיפוסית זו ראו, למשל, שם, בעמ' 87-122.

"לאותת" לעוסק כי הוא מעוניין בזכות חרטה. נדון עתה בסוגיית פערי הכוחות בשתי נקודות-זמן אלה.

תחילה נדון בטענה בדבר פערי הכוחות שעלולים להתגלות ex post, בשעה שהצרכן מבקש לעמוד על זכותו לבטל את העסקה, כאשר לרשותו עומדת עילת ביטול כללית. כפי שהסברנו, מדובר בכל אותם מצבים שבהם החוזה הצרכני נגוע בפגם או הופר. במצבים מעין אלה, הזכות לבטל חוזה (ולדרוש השבה) מותנית בכך שהצד הטוען להיות החוזה בר ביטול יוכיח כי התקיימה עילה המצדיקה את ביטולו. אולם פעמים רבות הצרכן אינו מודע כלל לזכותו לבטל עסקה מסיבה מעין זו.¹³¹ חוסר מודעות זה יכול להתבטא באי-הכרת הזכויות המשפטיות הנתונות לצדדים לעסקה, כמו-גם בסברה מוטעית של הצרכן שלפיה הוא כפוף למסגרת החוזית שעיצב העוסק, גם אם היא מקפחת או נגועה בחוסר תום-לב, באי-חוקיות וכדומה.¹³² חוסר מודעות זה הינו ביטוי לפערי הכוחות האמורים ולחולשתו היחסית של הצרכן.

חוסר המודעות מצידו של הצרכן לזכות המשפטית לבטל את העסקה בהינתן עילה מוכרת בדין הינה אך הביטוי הראשון לפערי הכוחות הטיפוסיים שביחסי צרכן-עוסק בשלב שבו הצרכן מבקש לבטל את העסקה. מעבר לעצם המודעות, חשוב לזכור כי העלויות הנלוות להוכחת עילות הביטול הקבועות בחוק הינן גבוהות לרוב.¹³³ עלויות אלה – הכוללות, בין היתר, שכר-טרה של עורך-דין, אגרת משפט, הוצאות משפט, משא-ומתן עם הצד שכנגד, אובדן ימי עבודה וכדומה – עלולות להניא צרכן מן היישוב מלממש את זכותו ומלפעול לביטול החוזה. מעבר לעלויות הכספיות הישירות, הצרכן הממוצע גם חושש מעצם המעורבות בהליכים משפטיים, הנתפסת כחוויה שאינה נעימה במיוחד.¹³⁴ יתר על כן, גם

131 סקר שנערך על-ידי המועצה הישראלית לצרכנות ומכון גיאוקרטוגרפיה, ואשר פורסם במרס 2008, מלמד כי רובם המכריע של הצרכנים אינם מודעים לזכויותיהם ולהוראותיו של חוק הגנת הצרכן. ראו רינה דגני "חיוניות המידע בתהליך קבלת ההחלטות של צרכנים בעולם המודרני" המועצה הישראלית לצרכנות (18.3.2008) www.consumers.org.il/files/modaotdgani.ppt.

132 למחקר אמפירי הממחיש טענה זו ראו: Dennis P. Stolle & Andrew J. Slain, *Standard Form Contracts and Contracts Schemas: A Preliminary Investigation of the Effects of Exculpatory Clauses on Consumers' Propensity to Sue*, 15 BEHAV. SCI. & L. 83 (1997).

133 לעניין זה יפים דבריו הבאים של פרופ' רובין: "The converse problem with relying upon trial by argument is that many social policies are under-enforced... Litigation ranges from being rather expensive, to extremely expensive, to ferociously expensive, to make-your-hair-stand-up-on-and-knock-your-teeth-out-one-by-one expensive... Common law was remarkably blind to this difficulty. It devoted enormous attention to the measurement of damages, but ignored trial expenses..." Edward L. Rubin, *Trial by Battle*. *Trial by Argument*, 56 ARK. L. REV. 261, 288 (2003)

134 שיטת המשפט האדוורסרית נשענת, כידוע, על יריבות בין הצדדים המתדיינים. יריבות זו

אם הצרכן מודע לזכותו ומבקש לממשה, על-פי-רוב הוא חסר ניסיון ומומחיות משפטיים (one-shot player). העוסק, לעומתו, הינו לרוב שחקן חוזר בעל משאבים כלכליים וניסיון עסקי ומשפטי (repeat player).¹³⁵ מעבר לכך, צרכנים אינם עומדים לרוב על זכויותיהם מפאת ההיקף הנמוך יחסית של הנזק שנגרם להם. במצבים רבים התועלת הצפויה ממימוש הזכות הצרכנית קטנה מהעלויות הצפויות לצרכן אם ינקוט הליך משפטי, כך שלא יהיה זה יעיל מבחינתו לפעול למימוש זכותו הצרכנית באמצעים משפטיים.

מן המקובץ עולה כי פעמים רבות לא יפעלו צרכנים לביטול העסקה גם כאשר באמתחתם עילה מוצדקת לעשות כן. על רקע זה ניתן להבין את היתרון הגלום בקביעת זכות חרטה צרכנית חקוקה וקוגנטית. ביחס לעצם המודעות לזכות הצרכנית, זכות חרטה הינה זכות "קליטה" וקלה להבנה וליישום הרבה יותר מזכות הצרכן לבטל עסקה בשל הטעיה או עושה. בנוגע לעלויות הנלוות להוכחת הטענה המשפטית של הצרכן, בכל אותם מצבים שבהם הצרכן מעוניין לבטל את העסקה בהתקיים אחת מן העילות המפורטות בדין, יקל עליו להוכיח את טענותיו המשפטיות בבית-המשפט. כאשר נתונה לצרכן זכות ביטול חד-משמעית, יהיה קשה יותר לעוסק להתכחש לבקשתו של הצרכן לבטל עסקה.¹³⁶ בה-בעת יהיה קל יותר לצרכן לקבל את הסעד המבוקש - ביטול העסקה, הגם שבמקרה שבו יסרב העוסק להחזיר לצרכן את כספו, ייאלץ עדיין האחרון לפנות לבית-המשפט.¹³⁷

זומינה ומעודדת שימוש בטקטיקות ובמהלכים משפטיים שנועדו לקעקע את אמינותו של הצד האחר ולחשוף את חולשותיהם ופגמיהם של טיעוניהם. חוסר ההיכרות של הצרכן הממוצע עם המערכת המשפטית, מחד גיסא, ורצונו הטבעי להימנע מעימותים לא-נעימים, מאידך גיסא, מניעים רבים מן הצרכנים לוותר על ה"תענוג" שבליטיגציה או בקונפליקט המשפטי. ראו גם: William L. Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...*, 15 L. & Soc. Rev. 631 (1981).

135 ראו את מאמרו הקלסי של: Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 L. & Soc. Rev. 95 (1974).

136 נזכיר כי על-פי ס' 31 לחוק הגנת הצרכן, הצרכן זכאי לפיצוי של עד 10,000 ש"ח ("פיצוי לדוגמה"), אף ללא הוכחת נזק, בשל סירובו של העוסק להשיב את התמורה ששילם, "לאחר שהעוסק לא פעל בהתאם למדיניות החזרת טובין המפורטת במודעה" (ס"ק (1)) או "לאחר שהעוסק לא הציג מודעה המפרטת את מדיניותו לגבי החזרת טובין שלא עקב פגם" (ס"ק (2)). שיעור הפיצוי נתון לשיקול-דעתו של בית-המשפט, המצווה לשקול, בין היתר, את חומרת ההפרה ואת שווייה הכספי של העסקה. לפירוט מלא של השיקולים שבית-המשפט רשאי להתחשב בהם ראו ס' 31א(ה). בכך שינה המחוקק את מאזן העלות-תועלת האמור, והטה אותו בבירור לכיוון הצרכן. ניתן ליישם רעיון זה גם בהקשר של זכות חרטה חקוקה כללית, כמובן.

137 לקלות זו יש יתרון לכאורי נוסף, והוא חיסכון בליטיגציה ובמשאבים שיפטיים. יצירת כלל משפטי ברור וחד-משמעי המאפשר חרטה צרכנית יחסוך בהתדיינות משפטית ובזמן שיפוטי. עם זאת, לכלל כזה יש גם כמה חסרונות. ראשית, קיים חשש שעלויות הליטיגציה דווקא

אף שהנמקה זו אטרקטיבית מאוד, היא מעוררת חשש לחוסר הלימה בין הבעיה לבין האמצעי שמבקשים להשתמש בו על-מנת להתמודד עימה. זאת, משום שעל-מנת להבטיח לצרכן יכולת טובה יותר לעמוד על זכותו לבטל עסקה בהינתן עילת ביטול, אנו פותחים לפניו פתח לחרטה אף ללא עילה. עיגון קוגנטי של זכות הביטול הצרכנית מחזק את מעמדו של הצרכן אל מול העוסק באופן קיצוני, שאינו פרופורציונלי לבעיה שעיון זה מבקש לפתור. מעבר לכך, אנו סבורים כי כאשר צרכנים ניצבים בפני קשיים במימוש זכויותיהם, יש להתמודד עם הבעיה באופן ישיר. מתן זכות חרטה חקוקה הינו "טאטוא בעיה מתחת לשטיח", ואין בו משום התמודדות ממוקדת וקונקרטית עם התנהלותו הפסולה של העוסק ועם הסיבות המאפשרות או אף מתמרצות התנהלות זו. כמו-כן יש לזכור כי הענקת זכות חרטה חקוקה כרוכה בעלויות גבוהות לעוסקים, לצרכנים עצמם ולשוק בכללותו, כפי שיפורט בהמשך דברינו. לפיכך, אם יש אפשרות להגשים את המטרות של הגנת הצרכן מבלי להשית עלויות אלה, נראה לנו שיש להעדיף אפשרות זו.

לבעיה של אי-מימוש זכויות משפטיות על-ידי צרכנים המשפט נותן מענה בארבעה מישורים. לטעמנו ראוי לפעול במישורים אלה, ולא להיוקק לזכות חרטה חקוקה. ראשית, נעשים מאמצים להנגיש את מערכת המשפט לאזרח הקטן. דוגמה מובהקת אחת בהקשר זה היא הקמת מערכת בתי-המשפט לתביעות קטנות.¹³⁸ בבתי-משפט אלה סכום האגרה נמוך,¹³⁹ הייצוג המשפטי אסור לרוב,¹⁴⁰ ובית-המשפט אינו כבול בסדרי הדין הרגילים.¹⁴¹

יתעצמו, מכיוון שצרכנים רבים יפנו לבתי-המשפט בתביעות נגד סוחרים שאינם מאפשרים לממש את זכות החרטה הלכה למעשה. ראוי, למשל, את ההתבטאות המצוטטת להלן בה"ש 180, שלפיה זכות צרכנית חקוקה תוביל לחיכוכים בין צרכנים לעוסקים ולא תיושם על-ידי בתי-העסק. אפילו החקיקה הנוכחית, המסתפקת בחיוב העוסק בהצבת מודעה תוך הסדרת ההיבטים הצורניים, אינה מיושמת – ראו לעיל ה"ש 36. שנית, החיסכון הלקאווי בהתדיינות המשפטית מושג במחיר פגיעה משמעותית בעוסקים, שכן כפי שנסביר מיד, למתן זכות חרטה מתלוות עלויות רבות. שלישי, הגם שבתי-המשפט נדרשים לעניין בתדירות גוברת (ראו לעיל ה"ש 21), נכון להיום הנושא אינו גוזל עדיין זמן רב מבתי-המשפט השונים. על הסיבות המרכזיות למיעוט הליטיגציה בתחום הצרכני עמדנו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 133-135.

138 ראו, למשל, רע"א 292/93 סרבוז נ' אופק בע"מ, פ"ד מח(3) 177 (1994). כן ראו את דברי ההסבר להצעת חוק שיפוט בתביעות קטנות, התשל"ה-1975, ה"ח 208, שלפיהם הכוונה המרכזית בהקמת בית-המשפט לתביעות קטנות היא "...לאפשר לאזרחים, הנאלצים לוותר על תביעותיהם משום ההוצאות הגדולות הכרוכות בכך והטרדה של משך ההתדיינות, להביא תביעות לסכומי כסף קטנים לפני המוסד החדש". לדיון מקיף ראו סיני דויטש "בית המשפט לתביעות קטנות כמגן הצרכן" עיוני משפט ח 345 (1981).

139 תק' 6 לתקנות שיפוט בתביעות קטנות (סדר-דין), התשל"ז-1976, קובעת כי סכום האגרה יעמוד על 1% מסכום התביעה, ולא פחות מ-50 שקלים.

140 ס' 63 לחוק בית המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי-המשפט).

141 ס' 62 לחוק בתי-המשפט.

כמו־כן, הצרכן יכול להסתייע בארגוני צרכנים לצורך מימוש זכויותיו המשפטיות.¹⁴² ברור שאין בכך משום פתרון מלא ואופטימלי,¹⁴³ אך בהחלט יש בדברים כדי לצמצם באופן ניכר את החסמים העומדים בדרכם של צרכנים המבקשים להביא את ריבם לפני בתי־המשפט. שנית, פתרון נוסף לבעיית אי־מימושן של זכויות צרכניות בהקשר של סכומים פעוטים הוא תמרוץ הצרכן לתבוע. סוג אחד של תמרוץ מגיע מכיוונו של מוסד התובענות הייצוגיות.¹⁴⁴ חוק תובענות ייצוגיות, שהתקבל בשנת 2006, הרחיב את מגוון העילות והמצבים הצרכניים שמכוחם ניתן להגיש תובענה ייצוגית.¹⁴⁵ מוקדם לקבוע אם החוק חולל שינוי של ממש במצב המשפטי בתחום התובענות הייצוגיות הצרכניות, אך אין ספק כי קליטתו והטמעתו עשויים לסייע באיזון פערי הכוחות ובהתגברות על המכשול הכלכלי למימוש זכויות צרכניות. סוג שני של תמרוץ הוא ה"פיצוי לדוגמה". כפי שהזכרנו,¹⁴⁶ על־פי התיקון לחוק הגנת הצרכן שהתקבל באוקטובר 2007, צרכנים יכולים לקבל פיצוי של עד 10,000 ש"ח בגין אי־עמידה של העוסק בחובות מסוימות המוטלות עליו מכוח חוק הגנת הצרכן, וזאת אף ללא הוכחת נזק. שלישית, יש לזכור כי חוק הגנת הצרכן קובע רף נמוך יותר מן הרף המקביל בדיני החוזים בכל הנוגע בעילות המרכזיות של הטעיה ועושק.¹⁴⁷ כך, חוק הגנת הצרכן אוסר עשיית דבר "העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי",¹⁴⁸ קרי, די בכך שמעשהו או מחדלו

142 ראו, למשל, צו שיפוט בתביעות קטנות (ארגונים מייצגים), תשל"ז-1977. צו זה מסמיך את המועצה הישראלית לצרכנות לייצג צרכנים.

143 בספרות נטען כי אף שההליכים הפורמליים פחות המתנהלים במסגרת בתי־המשפט לתביעות קטנות מעניקים תחושה טובה לאזרח הקטן, תחושות לחוד ותוצאות לחוד. מכיוון ששופטים משתכנעים יותר מטיעונים המוצגים באמצעות נרטיב משפטי, נטייתם של בתי־המשפט היא לפסוק לרעת האזרח התובע ולטובת החברה הנתבעת (המסוגלת להציג את טיעוניה במינוחים ובשפה משפטיים). ראו, למשל: William M. O'Barr & John M. Conley, *Litigant Satisfactory Versus Legal Adequacy in Small Claims Court Narratives*, 19 L. & Soc'y Rev. 661 (1985). לטענה כי המציאות בבתי־המשפט לתביעות קטנות בישראל הפוכה, למצער בכל הנוגע בתיקי ביטוח שעניינם נזקי רכוש בתאונות־דרכים, ראו שמואל בכר ואבישי קליין "פרדוקס הייצוג בבית המשפט לתביעות קטנות: על תביעות ביטוח, פערי כוחות וכף רגלו של השופט" (צפוי להתפרסם בהפרקליט נ, 2010). כמו־כן עיינו שם לסקירה כללית בדבר הצלחתן של תביעות צרכניות בבתי־המשפט לתביעות קטנות.

144 אשר אמור אף הוא להנגיש את מערכת בתי־המשפט לאזרח הקטן ולצמצם את בעיית התת־אכיפה. ראו, למשל, את דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, ה"ח הכנסת 232.

145 חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006. העילות המפורטות בס' 1-4 ו-11 בתוספת השנייה לחוק הן בעיקרן עילות האמורות לשמש את האזרח הקטן.

146 לעיל בה"ש 136.

147 ראו לעיל ה"ש 18.

148 ס' 2(א) לחוק הגנת הצרכן (ההדגשה הוספה).

של עוסק עלולים להטעות, ואין צורך בהוכחת הטעיה בפועל או בקיומו של קשר סיבתי בין ההטעיה לבין כריתת העסקה. החוק מונה רשימה ארוכה (עשרים תת-סעיפים)¹⁴⁹ ולא-סגורה של עניינים הנחשבים מהותיים לעניין הטעיית הצרכן. גם עילת העושה מוגדרת בחוק הגנת הצרכן באופן רחב יותר,¹⁵⁰ וכוללת, למשל, גם עשיית דבר (מצידו של העוסק) "לשם קבלת תמורה העולה על התמורה המקובלת".¹⁵¹

רביעית, יש חשיבות רבה להקניית חינוך צרכני ולהגברת המודעות הצרכנית. במסגרת זו פועלים גופים דוגמת הממונה על הגנת הצרכן, המועצה הישראלית לצרכנות, רשות ההסתדרות לצרכנות וארגון אמון הציבור. חינוך צרכני והעלאת המודעות לזכויות צרכניות יתרמו אף הם למימוש זכויות צרכניות ולהרתעת עוסקים-מעוולים. שימוש מושכל בכל אלה עשוי לצמצם באופן משמעותי את הצורך בזכות חרטה חקוקה כמענה למקרים של הפרת חוק ופגיעה בזכויות צרכניות על-ידי עוסקים.

כעת נעבור לנקודת-הזמן המוקדמת יותר (ex ante) שבה קיומם של פערי כוחות עשוי להוביל לצורך באימוץ זכות חרטה חקוקה. בעת כריתת העסקה הצרכן אמור לדרוש מן העוסק כי יכלול בחוזה הצרכני שביניהם התייחסות לזכות החרטה, ככל שזו אכן חשובה בעיניו. מובן שההנחה התיאורטית היא שקיומה של זכות זו תתומחר על-ידי הצדדים. בנקודה זו ניתן לטעון כי זכות חרטה חקוקה נדרשת משום שפערי הכוחות שבין הצדדים פוגעים ביכולתם של הצרכנים "לאותת" לעוסק בצורה אפקטיבית את העדפותיהם בדבר זכות החרטה. על-פי טיעון זה, לצרכנים אין אפשרות סבירה להתמודד, להתמקח ולשאת-ולתת עם העוסק על תוכנו של ההסדר בנוגע לזכות החרטה הצרכנית.¹⁵² במצב זה העוסק לא יתאים את עצמו לדרישות הצרכן, ועל-כן על המחוקק להתערב ולהקנות זכות חרטה חקוקה.

אולם נראה כי טענה זו, המבקשת להצדיק התערבות חקיקתית בשל נחיתות צרכנית בשלב כריתת העסקה, לא תוכל להתקבל בשווקים צרכניים רבים. זאת, משום שבשווקים תחרותיים אין לפערים בגודל, בהשכלה ובתחכום בין צרכנים לבין עוסקים כדי להעיד בהכרח על פערי כוחות המצריכים התערבות רגולטורית. טענה זו עשויה להיות נכונה

149 ראו ס' 2(א)(1)-(2) לחוק הגנת הצרכן.

150 ראו ס' 3 לחוק הגנת הצרכן, שכותרתו "איסור ניצול מצוקת הצרכן". להבדיל מעילת העושה הקבועה בס' 18 לחוק החוזים (חלק כללי), ס' 3(ב) לחוק הגנת הצרכן אוסר גם ניצול "בורותו" של הצרכן, כמו-גם "הפעלת השפעה בלתי הוגנת עליו". כזכור, עילת העושה הקבועה בס' 18 לחוק החוזים (חלק כללי) דורשת כתנאי להתממשות העילה כי תנאי החוזה יהיו "גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל".

151 ס' 3(ב) לחוק הגנת הצרכן.

152 מובן שטענה דומה נשמעת תדיר ביחס לצורך בהתערבות בחוזים אחידים צרכניים, אשר מנוסחים על-ידי הצד החזק לעסקה ומוצעים על בסיס של "take it or leave it". חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1983 (להלן: חוק החוזים האחידים), נועד להגן על ניצעים מפני עדיפות זו. ראו, בין היתר, ס' 1 לחוק החוזים האחידים.

בשווקים מונופוליסטיים או ריכוזיים, אולם שווקים מעין אלה ראויים להסדרה נפרדת.¹⁵³ בשווקים המתאפיינים בתחרותיות, הצרכן יכול לאותת לעוסק את העדפותיו בעניינים שונים, לרבות בכל הנוגע בזכות החרטה, באמצעות העדפת מתחרהו.¹⁵⁴ בנקודה זו תעמוד לאותו עוסק הבררה לשנות את דרכיו או להפסיד לקוחות. יתר על כן, את המידע בדבר שביעות רצונו יכול הצרכן להעביר לעוסק לא רק באופן ישיר במהלך ההתקשרות, אלא גם באופן עקיף – באמצעי התקשורת וכדומה.¹⁵⁵ נראה כי גם בנקודה זו קשה להכיר בקיומם של פערי כוחות בין צרכנים לעוסקים כגורם אשר מצדיק כשלעצמו התערבות בגוף החוזה הצרכני בדרך של קביעת זכות חרטה חקוקה.¹⁵⁶

(ב) פערי מידע

רציונל נוסף העשוי להצדיק זכות חרטה צרכנית הוא קיומם של פערי מידע. להנמקה זו יש כמה רבדים, המתייחסים ל"פערים" שונים. ברמה הבסיסית ביותר ניתן לסבור כי כאשר הצרכן אינו בקיא במאפיינים של הנכס או השירות, הוא עלול לרכוש מוצרים ושירותים אשר אינם תואמים את העדפותיו וצרכיו. בהקשר זה פערי המידע הינם פועל יוצא מחוסר נסיונו של הצרכן, וכן מהעובדה שהמוכר או היצרן מכירים לרוב את הטובין טוב בהרבה מהצרכן. פערים אלה מביאים לידי כך שחלוקת הסיכונים מוטה במקרים רבים לטובת המוכרים. לפיכך המשפט מאמץ כמה פתרונות לצמצום הפער האמור,¹⁵⁷ וזכות חרטה חקוקה עשויה להיות אחת מהן. על-פי היגיון זה, בתקופה שלאחר הרכישה הצרכן יכול ללמוד טוב יותר את מהות הנכס או השירות, וכך להגיע להחלטה מושכלת יותר בדבר

153 בראש ובראשונה באמצעות דיני ההגבלים העסקיים. מעבר לכך, אם מדובר בגוף הזוכה במעמד של מונופול או של שחקן בשוק ריכוזי מכוון רישיון, אזי המדינה, במהלך מתן הרישיון, מופקדת על הדאגה להגנת האזרח/הצרכן. כך פני הדברים בשווקים דוגמת טלפונים, תחבורה ציבורית, אנרגייה ותשתיות, וכדומה.

154 על דינמיקת שוק זו בהקשר הרחב של תניות מקפחות בחוזים אחידים, ועל החסרונות שבהסתמכות על דינמיקה זו, ראו, למשל: Shmuel I. Becher, *Asymmetric Information in Consumer Contracts: The Challenge that is Yet to be Met*, 45 Am. Bus. L.J. 723 (2008).

155 לדיון בשאלה אם ועד כמה עוסקים אכן קשובים למסרים מעין אלה ראו: Shmuel I. Becher & Tal Z. Zarsky, *E-Contract Doctrine 2.0: Standard Form Contracting in the Age of Online User Participation*, 14 MICH. TELECOMM. & TECH. L. REV. 303 (2008).

156 כנגד זה ניתן לטעון כי צרכנים עלולים להימנע מהעלאת הנושא על-מנת לא ליצור אצל המוכר את הרושם שהם צרכנים "בעייתיים" שקשה לרצותם, ובכך לבדל את עצמם לרעה. ראו והשוו: Lucian A. Bebchuk & Richard A. Posner, *One-Sided Contracts in Competitive Consumer Market*, 104 MICH. L. REV. 827 (2006). על-אף הגיונה של טענה זו, נראה כי היא מרחיקת-לכת. לדעתנו, התעניינות של הלקוח במדיניות ההחזרה של העסק נתפסת כלגיטימית גם על-ידי עסקים, ולפיכך לא תגרום על-פירוב לסיווגו כלקוח בעייתי.

157 דוגמת הטלת חובות גילוי.

התאמתו לצרכיו. זכות החרטה תאפשר לצרכן להשיב מוצר שאינו תואם את העדפותיו האמיתיות. במילים אחרות, זכות זו תאפשר לצרכן לגשר על פערי המידע. השימוש בפערי מידע כבסיס להצדקתה של זכות חרטה חקוקה מעורר כמה קשיים. בראש ובראשונה, קיימים מנגנונים רבים אחרים שתפקידם לגשר על פערי המידע. חובות גילוי רבות מוטלות על העוסק או היצרן, אשר נהנים מיתרון במידע.¹⁵⁸ לצד אלה קיימים מנגנונים לבקרת איכות, דוגמת תקינה של מכון התקנים,¹⁵⁹ אשרור חוזים צרכניים אחידים¹⁶⁰ ופיקוח של גופים מדינתיים.¹⁶¹ נוסף על כך יש חוות-דעת של ארגוני צרכנות וארגונים צרכניים,¹⁶² של גופי תקשורת וגופים אחרים,¹⁶³ וכן של צרכנים אחרים,¹⁶⁴ אשר מספקים אף הם מידע צרכני חשוב ומגוון. על כל אלה יש להוסיף את המידע הרב שהמוכר מספק לצרכן לפני ביצוע העסקה. מכלול מקורות המידע שצוינו אמור לסייע לצרכן לגשר על חלק ניכר מנחיתותו במידע. אנו מכירים בכך שזכות חרטה חקוקה מעמידה לרשות הצרכן אמצעי להשגת מידע אשר קשה לאוספו ולהפנימו לפני כריתת החוזה הצרכני אך ניתן להפנימו בתוך תקופת החרטה בדרך קצרה ובלתי-אמצעית. אין ספק שהתנסות חושית (tactile) ישירה עם הנכס או השירות מאפשרת לצרכן להכיר טוב יותר את מושא העסקה. כפי שנסביר להלן, ייתכן שבמצבים מסוימים פערי המידע נוטים להיות גדולים במיוחד, וההתנסות הצרכנית מאפשרת איסוף מידע רב ובאופן יעיל ומהיר. אולם בזוכרנו כי בהקניית זכות חרטה חקוקה גלומות עלויות וסכנות שונות, שיפורטו בהמשך,¹⁶⁵ עדיף, במידת האפשר, להישען על אפשרויות אחרות לגישור על הפער האמור.

נוסף על כך חשוב לזכור כי יש פערי מידע אשר גם זכות חרטה חקוקה לא תאפשר את

158 בין חובות אלה נזכיר את החובה לסמן מוזן – ראו צו הגנת הצרכן (סימון ואריזה של מוצרי מוזן), התשנ"ט-1998; את החובה להבליט החרגות בפוליסות ביטוח – ראו חוק חוזה ביטוח, התשמ"א-1981; את החובה לצרף תשריטים בעסקות לרכישת דירה – ראו ס' 2-3 לחוק המכר (דירות), התשל"ג-1973; את החובה לספק מידע ברור ומפורט בנוגע לתכשיטים מסוימים – ראו תקנות הגנת הצרכן (גילוי פרט מהותי לגבי יהלומים, אבני חן ופנינים), התשנ"ה-1995.

159 נושא המוסדר בחוק התקנים, התשי"ג-1953.

160 ראו פרק ג לחוק החוזים האחידים.

161 לדוגמה: גופי תברואה, רבנות (פיקוח כשרות), משרד החקלאות, משרד הבריאות, משרד התקשורת, המשרד לאיכות הסביבה וכדומה.

162 דוגמת המועצה הישראלית לצרכנות, רשות ההסתדרות לצרכנות וארגון אמון הציבור.

163 כיום יש מדורים העוסקים בנושאי צרכנות בכל העיתונים היומיים הנפוצים (המודפסים והדיגיטליים), לרבות ידיעות אחרונות, ynet, מעריב, nrg, הארץ, TheMarker, גלובס ועוד.

164 ניתן למצוא שפע של חוות-דעת כאלה ברשת האינטרנט. להשפעתן על כוחם הקולקטיבי של הצרכנים ועל מידת ההגנה שהם זקוקים לה ראו להלן חלק ד2. כן ראו בכר וז'רסקי, לעיל ה"ש 90.

165 ראו את הדיון להלן בחלק ג4.

צמצומם. ראשית, כך פני הדברים ביחס לפערים הנוגעים בבעיות נסתרות במוצר – אותן בעיות או פגמים המתגלים אגב שימוש ממושך. כאן לא תועיל זכות החרטה האמורה, שכן הבעיות יתעוררו רק לאחר תקופה אשר תחרוג מזו הקבועה בחוק כתקופה שבה אפשר להחזיר את המוצר.¹⁶⁶ כמו־כן, ברוב המקרים תנאי מוקדם להפעלת זכות החרטה וביטול העסקה (בכל הנוגע בטובין) הוא שלא נעשה שימוש אינטנסיבי במוצר.¹⁶⁷ משמע, אם הגישור על פערי המידע שצוינו לעיל מצריך שימוש של ממש (ולא רק "חיסה" ישירה של הנכס הנרכש), לא יתאפשר מימוש של זכות החרטה. לנוכח טיעונים אלה, ובמיוחד לנוכח העובדה שהצרכנים יכולים לדרוש מהעוסק או "לאותת" לו כי יעניק להם זכות חרטה במועד כריתת החוזה, אין להכיר בזכות חרטה חקוקה גורפת כפתרון לבעיית פערי המידע.

אך לטענת פערי המידע כהצדקה למתן זכות חרטה יש היבטים עמוקים יותר. כאן עלינו לחזור ולשאל: אם זכות החרטה אכן חשובה כל־כך לצרכנים, מדוע הם אינם מתעקשים שתוענף להם הזכות במועד כריתת החוזה? כדי להצדיק התערבות בנקודה זו, יש להוכיח קיומם של פערי מידע במועד כריתת החוזה גם לעניין עצם הצורך בזכות חרטה בהקשר הצרכני. משמע, ניתן לטעון כי במועד ביצוע העסקה הצרכן אינו מודע למדיניות ההחזרה והחרטה של העוסק ולצורך העתידי שיהיה לו בה. על־כן, על־פי טיעון זה, הצרכן אינו מביאה בחשבון במערכת שיקוליו, או למצער אינו מעריכה כראוי. בהינתן פערי מידע אלה, לא יובילו כוחות השוק לתוצאה אופטימלית אשר תשקף את העדפותיהם של הצרכנים השונים, והדבר עלול ליצור כשל שוק המצדיק הסדרה חקיקתית.

אך האם אכן קיים פער מסוג זה? האם צרכנים אכן אינם מודעים למדיניות החזרת המוצרים של העוסק? כפי שכבר ציינו,¹⁶⁸ החוק והתקנות מחייבים את בעל העסק להציב, במקום בולט לעין ועל־יד כל קופה, מודעה ברורה ומפורטת בדבר מדיניות החזרת הטובין לא עקב פגם. אולם גם אם נניח שהוראות החוק מקוימות והמידע גלוי וברור, ייתכן עדיין שהפער ימשיך להתקיים בשל כשלים של הצרכנים באיסוף המידע, בעיבודו ובשימוש בו. זאת, משום שצרכנים אינם מבררים כיאות את היקף זכות החרטה בכואם להתקשר בחוזה, עקב מגבלות הקשב האנושי. כידוע, עקב הקשב האנושי המוגבל של הצרכנים הם נאלצים להתרכז במספר מצומצם של היבטים "בולטים" בעת קבלת החלטות צרכניות (ובכלל).¹⁶⁹

166 זו הבעיה עם "תכונות נסתרות" (credence qualities) של מוצרים, אשר מתגלות רק לאחר שימוש ממושך. לעניין זה ראו גם Becher, לעיל ה"ש 154.

167 ראו, למשל, את הודעת משרד התמ"ת לעיתונות מיום 2.4.2008, לעיל ה"ש 48: "בהתאם לתקנות שהובאו היום לדיון בועדת הכלכלה, צרכן יהיה רשאי לבטל הסכם לרכישת טובין או סוגי טובין כמפורט להלן, תוך 14 ימים מיום שקיבלם ובתנאי שהחזירם לעוסק בלא שנפגמו או נעשה בהם שימוש."

168 ראו לעיל את הטקסט הסמוך לה"ש 28–35.

169 ראו: Russel Korobkin, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, 70 U. Chi. L. Rev. 1203 (2003). כן ראו: שמואל בכר "תוכן קונקרטי לדוקטרינות עמומות: ניתוח התנהגותי של חוזים צרכניים" (צפוי להתפרסם בעיוני משפט ל"ג, 2010).

זכות החרטה עשויה לא להיכלל באותו גרעין של פרטים הזוכה בתשומת-ליבו של הצרכן. נכון להיום נראה שזכות החרטה עדיין אינה יסוד בולט בהשוואה למחיר העסקה, לאופי הנכס, לתקופת ההספקה של הנכס או השירות וכדומה. בהינתן מצב זה, לא יאותו הצרכנים נכונה את דרישותיהם ביחס לחרטה הצרכנית. לפיכך לעוסקים אין תמריץ מספיק להעניק לצרכנים זכות חרטה (אשר ממילא אינה נשקלת על-ידיהם לרוב בעת כריתת העסקה). אין ביכולתנו לקבוע מסמרות בשאלה אם זכות החרטה עתידה ליהפך לסוגיה "בולטת" דייה, ועל-כן לסוגיה שאין לגביה פערי מידע בין צרכנים לעוסקים. מדובר בשאלה דינמית אשר תלויה בשוק, בחברה ובתרבות, ומצריכה בדיקה אמפירית מקומית-ישראלית. עם זאת, נעיר כי יש להתייחס בזהירות לטענה שלפיה עניינים הנוגעים בזכות החרטה לעולם אינם בולטים. השפעות שונות ומגוונות גורמות לכך שקשת העניינים הזוכים בהבלטה ובתשומת-לב צרכנית משתנה עם חלוף העיתים. בארצות-הברית יש לזכות החרטה גוונים רבים,¹⁷⁰ וצרכנים מבררים את היקפה של זכות החרטה דרך קבע.¹⁷¹ לא מן הנמנע שלמרות השוני שעליו עמדנו לעיל בין השוק האמריקאי לבין זה הישראלי,¹⁷² תשתרש תרבות זו גם בשוק הישראלי. זאת, במיוחד לנוכח החקיקה החדשה יחסית המחייבת כאמור את העוסק להציג את מדיניותו בנושא זה באופן ברור ובולט.

לבעיית פערי המידע בעניין העמידה על זכות החרטה במועד כריתת החוזה הצרכני יש היבט התנהגותי נוסף העשוי להצדיק התערבות חקיקתית. גם אם הצרכנים אכן נותנים את הדעת לסוגיה של מדיניות ההחזרה, ייתכן שהם אינם מסוגלים להעריך נכונה את הסיכוי שיתעורר צורך לבטל את העסקה שהם עומדים לכרות, ולפיכך נוטים להמעייט בצורך במדיניות חרטה ליברלית במועד הכריתה. להערכה שגויה זו יש כמה סיבות. ראשית, הצורך בזכות החרטה מתעורר במיוחד במצבים שבהם קיימים פערי מידע מהותיים באשר לאופיו של המוצר. ודוק: קיומם של פערים אלה מתחוויר רק זמן-מה לאחר הכריתה. לשון אחר, לצרכנים קשה לאמוד נכונה את הסיכוי להתהוותו של אירוע עתידי (הצורך בחרטה) ולתמחרו בהתאם. כמו-כן, הצורך לבטל עסקה מתעורר לרוב במצבים של העדר שביעות-רצון של הצרכן מן המוצר או השירות. ייתכן שצרכנים נוטים להמעייט בהערכת הסיכון להתרחשות מעין זו (או אף להתעלם ממנה) עקב הנטייה האנושית לאופטימיות-יתר.¹⁷³ לפי הנמקה זו, צרכנים רבים עשויים אומנם לשקלל את זכות החרטה, אך להעריכה

Yeon-Koo Che, *Customer Return Policies for Experience Goods*, 44 J. INDUSTR. ECON. 170 (1996).

171 לסקר העוסק בעניינים אלה ראו: Erika Morphy, *Survey: Customers Want Flexible Return Policies*, E-COM. TIMES, Jul. 1, 2007, www.ecommercetimes.com/story/Ceng6yZTM0am6N/Survey-Customers-Want-Flexible-Return-Policies.xhtml. נמצא, בין היתר, כי 75% מהצרכנים מייחסים חשיבות מכרעת למדיניות חרטה פשוטה של העוסק – נתון אשר גבוה פי ארבעה כמעט מהנתון המשקף את כמות הצרכנים שמחירו של המוצר הוא הגורם המכריע בעיניהם.

172 ראו לעיל את הטקסט הסמוך לה"ש 116–118.

173 ראו, למשל: Oren Bar-Gill, *Seduction by Plastic*, 98 Nw. U. L. REV. 1373 (2004).

בחסר. לפיכך, גם במצב מעין זה, אין לעוסקים תמריץ מספיק להעניק לצרכנים את הזכות האמורה, מכיוון שהללו אינם נכונים לשלם את הפרמיה שתשקף נכונה את שווייה של הזכות המוענקת על-ידי העוסק.

כפי שנסביר בהמשך, במצבים מסוימים אכן גוברת ההסתברות להיווצרות פערים מהותיים מעין אלה. או-אז מתעורר הצורך בהקניית זכות חרטה חקוקה. עם זאת, נדרש עדיין מחקר אמפירי שיתמקד בשאלה באילו נסיבות אכן יש קושי צרכני להעריך נכונה בעת כריתת העסקה את הסיכוי שיתעורר בהמשך צורך לבטל את העסקה.

(ג) הגברת אמון הציבור והגדלת המסחר

הצדקה אפשרית נוספת למתן זכות חרטה היא שהענקת זכות חד-צדדית לצרכן לבטל את העסקה תביא לידי הגברת אמון הציבור בשוק. לטיעון זה כפל פנים: האחד עניינו יעילות השוק והיקף העסקות בו; והאחר – הגינותו.¹⁷⁴

ראשית, הגברת אמון הציבור באמצעות הענקת זכות חרטה תעודד פעילות צרכנית, שכן ביסוס הביטחון הצרכני יקל על צרכנים חשדניים לבצע עסקות.¹⁷⁵ נוסף על כך, הגברת אמון הציבור בשוק תוביל להקטנת אמצעי הזהירות (המכונים בספרות הכלכלית precautions) שינקטו הצרכנים,¹⁷⁶ ובכך – לחיסכון בעלויות הנלוות לביצוע עסקות צרכניות. כמו-כן, הגברת האמון הציבורי לא רק תקדם את יעילות השוק, אלא גם תתרום ליצירת אווירה של שיתוף-פעולה והגינות¹⁷⁷ – אקלים חיובי שהכל ייהנו ממנו. הצדקה זו, המתמקדת באמון הציבור בשוק הצרכני, משפיעה על אופייה של זכות החרטה הראויה. זאת, משום שכדי להגביר את אמון הציבור (וכפי שהראתה הפרדיגמה האמריקאית של "money back guarantee"), יש צורך במדיניות שתאפשר החזר כספי, ואין להסתפק במתן

174 לפסיקה ברוח דומה ראו עניין בוטקילינה, לעיל ה"ש 21.

175 בספרות הסוקרת את התפתחות הצרכנות בארצות-הברית בתחילת המאה נוסים לציין את מדיניות ההחזרה הנדיבה שהונהגה שם באופן וולונטרי ככלי אשר אומץ לבניית אמון אצל הרוכשים וכאמצעי לבידול בין מוכרים אמינים לרמאים. ראו לעניין זה: JOSEPH TUROW, NICHE ENVY 24, 31 (2006). טורו מסביר בספרו כי השימוש בזכות חרטה נדיבה (money "back guarantee") על-ידי בעלי חנויות הכולבו בשנות העשרים שימש כלי מרכזי לבניית ביטחון בקרב ציבור הצרכנים. נחזור לנקודה זו בחלק ג' להלן.

176 הכוונה היא לאותם אמצעי זהירות הבאים לידי ביטוי בחקירות ודרישות מצד הצרכן בנוגע למוצר ולמדיניותו של העוסק.

177 על כך ניתן אולי להוסיף כי קביעת זכות חרטה גורפת וקוגנטית תיצור מימד מסוים של האחדה ושוויון בין כלל הצרכנים. אם אנו חוששים שלצרכנים הנמנים עם קבוצות אוכלוסייה חלשות (למשל, צרכנים החיים בפריפריה) מוצעת מדיניות החזרת מוצרים קשיחה יותר מאשר לצרכנים הנמנים עם קבוצות אוכלוסייה חזקות (למשל, צרכנים החיים במרכז), האחדת זכות החרטה תיצור שוויון מסוים בתנאי השוק. בטענה זו גלומים קשיים לא-מעטים, ובנקודה זו די אם נציין כי איננו מודעים לנתונים אמפיריים התומכים בה.

זיכוי ללקוח. הענקת זכות חרטה תמנע מבית-העסק את היכולת "לכבול" את הלקוח,¹⁷⁸ ותשחרר את הלקוח מן הצורך להוציא הוצאות נוספות אגב מימוש הזיכוי.¹⁷⁹ גם רציונל זה כבסיס להצדקת זכות חרטה חקוקה ורחבת-היקף אינו נקי מספקות. זאת, במיוחד לנוכח העובדה שכנגד זכות החרטה החקוקה עומדת האפשרות שזכות זו תאומץ על-ידי השוק באופן וולונטרי. אם מתן זכות חרטה אכן יבסס את אמון הציבור בשוק ויגביר את פעילותו הצרכנית, אזי בהעדר הכשלים שצוינו לעיל, חוקה על העוסקים שידעו לזהות פוטנציאל זה ולהעניק לצרכנים זכות חרטה וולונטרית. כמו-כן, מנקודת-מבטם של הצרכנים, ייתכן שהפחתת אמצעי הזהירות שהם נוקטים כתוצאה ממתן זכות חרטה (אשר יוצרת, כאמור, אמון צרכני) תתברר כהרגעת-שווא, ועל-כן – כחרב-פיפיות. כפי שנסביר בהמשך, הקניית זכות חרטה עלולה לתמרץ מוכרים לנצל את אמון הצרכנים ולפגוע בהם בדרכים אחרות. נוסף על כך, לנוכח ההתנגדות העזה שמביעים הסוחרים בישראל לאימוץ זכות חרטה חקוקה,¹⁸⁰ איננו בטוחים כי כפייתה על העוסקים אכן תיצור אקלים מסחרי חיובי.¹⁸¹ לבסוף, יש לזכור כי קידום תרבות הצריכה בישראל אינו בהכרח יעד ראוי. כפי שהדוגמה האמריקאית מראה, עידוד הצרכנות מוביל לעיתים לצריכת-יתר ולפשיטת-רגל, לאוטומציה של הפרטים בחברה, לרידוד השיח הציבורי, להגדלת פערים, לירידה בחיסכון ולתופעות חברתיות ותרבותיות בעייתיות אחרות.¹⁸²

178 מתן זיכוי כנגד החזרת מוצר (או הפסקת שירות) כובל את הלקוח לבית-העסק. נוסף על כך הוא עלול לגרום לצרכן הוצאות נוספות. לרוב אי-אפשר לקבל עודף לאחר שימוש בזיכוי, וצרכן שבידו זיכוי אינו מוצא תמיד מוצר חלופי בעלות זהה. פעמים רבות, לפיכך, על-מנת לממש את הזיכוי, הצרכן נאלץ להוסיף תשלום כלשהו על סכום הזיכוי שבידו.

179 נוסף על כך, לעיתים הזיכוי מודפס על נייר כימי שנמחק כעבור זמן-מה. ראו, למשל, אונגר, לעיל ה"ש 9.

180 אכן, נשיא איגוד לשכות המסחר, אוריאל לין, צוטט בכלי התקשורת כטוען שהענקת זכות חרטה תפגע באקלים העסקי, מכיוון ש"הטלת חובה כללית על מוכר לקבל בחזרה מוצרים שנקנו ממנו מבחירה חופשית תוליד חיכוכים בלתי פוסקים בין קונה למוכר ותשבש כליל את אורחות המסחר בארץ". ראו צבי זרחיה "בשל מחלוקת משפטית: נדחתה ההצבעה המאפשרת לצרכנים להחזיר מוצר בתוך 14 יום ולקבל הכסף בחזרה" *TheMarker* 10.12.2007 www.themarker.com/tmc/article.jhtml?log=tag&ElementId=zz20071210_89765.

181 כן נציין כי אף שהציבור הצרכני במדינת-ישראל אינו רואה בעין יפה את תופעת הזיכויים (ראו סקר אמון הציבור, לעיל ה"ש 6), אין אפשרות לדעת אם הענקת זכות חרטה צרכנית אכן תיצור אקלים עסקי נעים ונינוח יותר (ואם כן – באיזו מידה). לדעתנו, גם חוסר ידיעה זה תומך בהשאת הסדרתה של הסוגיה לכוחות השוק.

182 דיו רב נשפך על סוגיות אלה. ראו, למשל: ELIZABETH WARREN & AMELIA WARREN-TYAGI, THE TWO INCOME TRAP (2004); BARRY SCHWARTZ, THE PARADOX OF CHOICE (2005); CARL HONORE, IN PRAISE OF SLOW (2004); JULIET B. SCHOR, THE OVERSPENT AMERICAN (1998).

(ד) הגנה על עוסקים הוגנים

הצדקה נוספת להענקת זכות חרטה, הפעם תוך התמקדות בטובת העוסקים דווקא, היא ההגנה על עוסקים הוגנים, המבקשים להעניק לצרכן זכות חרטה. דיני הצרכנות מתמרכים עוסקים הנוהגים בהגיונות. על פניו, קביעת זכות חרטה חקוקה תגן על עוסקים אלה. עוסק המעניק זכות חרטה באופן וולונטרי נושא בעלויות לא־מבוטלות.¹⁸³ עוסק שאינו מעניק זכות חרטה צרכנית – ולכן אינו צריך לשאת בעלויות הנלוות לזכות זו – נהנה, לכאורה, מיתרון על עמיתו. יתרון זה עשוי להיות מתורגם למחיר נמוך יותר. מכיוון שמחיר הינו מאפיין מרכזי ומשמעותי מבחינתו של הצרכן, עוסק שאינו מעניק זכות חרטה יכול להגדיל ולבסס את נתח השוק שלו על־חשבון עמיתו. יוצא אפוא כי דווקא העוסק ההגון, שביקש להיטיב עם הצרכן ולהעניק לו זכות חרטה, מוצא את עצמו במצב נחות בהשוואה לעוסק שאינו מעניק את הזכות האמורה.¹⁸⁴ זכות חרטה חקוקה מונעת מצב לא־רצוי זה. אולם טיעון זה מניח כמה הנחות שאינן טריוויאליות ואינן נכונות במקרים רבים. ראשית, הוא מניח שצרכנים מתמחרים את זכות החרטה בחסר, ועל־כן בוחרים לרכוש את המוצר הזול יותר, אף שלא נלווית לו זכות חרטה. כפי שהסברנו לעיל,¹⁸⁵ וכפי שנרחיב להלן,¹⁸⁶ טענה זו נסמכת על הנחות הגיוניות בדבר פערי מידע בין הצדדים. עם זאת, איננו מודעים לממצאים אמפיריים המגבים הנחה זו. על־כן אנו סבורים כי יש להימנע מלאמצה בקשת רחבה של מצבים, ולהסתפק באימוצה בשווקים ספציפיים ובמצבים נקודתיים. מעבר לכך, את הערכת־החסר בדבר חשיבותה של זכות החרטה ואת פערי המידע המתלווים לה יוכל עוסק "הוגן" לתקן על־ידי כך שיטמיע בקרב הצרכנים את שווייה האמיתי.¹⁸⁷ לבסוף, טיעון זה מניח כי הענקת זכות החרטה הינה אקט של הגיונות מצד העוסק, אשר יש לעודדה. אולם תפיסה זו עלולה להתגלות כבעייתית. במצבים מסוימים אי־הענקת זכות

183 ראו את הדיון להלן בחלק 4.1.

184 מצב זה עלול אף להוביל ל"שוק לימונים", שבו מוצעים בשוק מוצרים באיכות נמוכה ובמחיר נמוך. ראו את המאמר הידוע: *Quality*: George Akerlof, *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 Q. J. ECON. 488 (1970).

185 הנחה זו שימשה אותנו להצגת רציונל התערבות נוסף, שעניינו טעות צרכנית בהערכת ההסתברות של הצורך לממש את זכות החרטה, אשר מובילה לפערי מידע. ראו לעיל את הטקסט הסמוך לה"ש 173.

186 ראו את הדיון בסוגיית פערי המידע בעולם המקוון להלן בחלק ד(ג).

187 טענת־נגד אפשרית היא שעוסקים יימנעו ממאמץ חינוכי זה בשל החשש שלאחר השקעת המאמץ, אשר יוביל לשינוי התפיסה הצרכנית, ישנו גם עוסקים אחרים את מדיניותם, וכך "ירכבו" (free ride) על מאמציהם של הראשונים וינצלו אותם. טענה אפשרית נוספת היא שמאמצים חינוכיים של עוסקים נידונים לרוב לכישלון, אם בשל עלותם הרבה, אם בשל חוסר אמונם של הצרכנים במסרים הבאים מכיוונם של עוסקים, ואם בשל הטיית קוגניטיביות המונעות תיקון של הערכת־החסר של הזכות הצרכנית. לא נרחיב בטענות אלה כאן.

חרטה על-ידי המוכר הינה תולדה של היגיון עסקי, ואין בה כדי להעיד על חוסר הגינות.¹⁸⁸ במצבים אחרים הענקת זכות חרטה "נדיבה" יכולה להעיד על ניסיון של הסוחר להקנות לעצמו או לסחורתו מוניטין של איכות, אמינות והוגנות.¹⁸⁹ כאשר אין לדברים ביסוס, הדבר עלול לגרום להטעיית צרכנים.

ההצדקות לקיומה של זכות חרטה חקוקה רחוקות מלהיות פשוטות, והשיקולים השונים אינם מובילים לתוצאה חדה וברורה.¹⁹⁰ הניתוח שלעיל מדגים כי אימוץ זכות חרטה חקוקה בהקשר רחב הוא בעייתי למדי. כדי להבין טוב יותר את הסתייגותנו מההצדקות השונות להכרה בזכות חרטה קוגנטית ורחבה, נפנה עתה לדון בחסרונות ובסכנות הנלווים להענקת זכות חרטה צרכנית חקוקה.

188 כך, למשל, בענפי מסחר מסוימים – דוגמת כלי-רכב ודירות – הענקת זכות חרטה עלולה להשית עלויות כבדות על העוסק. במצבים כגון דא, גם עוסק הוגן יבכר לרוב להימנע מהענקת זכות חרטה צרכנית שתוביל לנשיאה בעלויות אלה. אכן, גם טיוטת התקנות המוצעות על-ידי משרד התמ"ת מוציאה שני תחומים אלה (בין היתר) מגדר זכות החרטה.

189 לדיון בזכות החרטה כמדד אפשרי לאיכות ראו להלן את הטקסט הסמוך לה"ש 209–213.
190 לא ייפלא אפוא כי קובעי המדיניות והפוליטיקאים העוסקים בנושא נוטים להשתמש בהצדקות עמומות ולעיתים פופוליסטיות, אשר לא תמיד עולות בקנה אחד עם ניתוח מסודר ושיטתי. לדוגמה, ההנמקה שבה השתמש משרד התמ"ת להכרה בזכות חרטה רחבה היא כי "אין מקום לחייב את הצרכן להמשיך ולקבל שירות שאין הוא מעוניין בו יותר" (מתוך ההודעה לעיתונות של משרד התמ"ת, לעיל ה"ש 44). הנמקה זו מתייחסת בעיקר לשירותים בעלי אופי מתמשך (דוגמת שירותי תקשורת), אשר פעמים רבות גורמים לצרכנים הוצאות מיותרות ועוגמת-נפש. אולם הנמקה זו נחלשת מאוד כאשר מדובר במוצר (ולא בשירות), אשר רכישתו הוולונטרית היא לרוב עניין חד-פעמי (או ספציפי-קונקרטי) המתבסס על הצורך של הצרכן בעת ביצוע הרכישה.

אכן, מאוחר יותר שינה משרד התמ"ת את דרך התמודדותו עם התופעה של נותני שירותים המפתים את הצרכן (לעיתים באמצעות הצעות מחיר מפתות לתקופה קצובה) לרכוש שירותים בסיסיים (דוגמת טלפון נייד, תשתית אינטרנט או שידורי טלוויזיה רב-ערוצית), תוך "לכידתו" לתקופה ארוכה (למשל, באמצעות תניה חוזית הכובלת את הצרכן לעוסק למשך תקופה ממושכת, דרישת קנס התנתקות גבוה והופך את הפסקת השירות ליקרה ולא-כדאית, או אימוץ מנגנון חידוש אוטומטי מכלי שלצרכן תהיה הזדמנות סבירה לפעול למניעת החידוש). במקום לקשור את הבעיה לזכות חרטה צרכנית, קיבל המחוקק ב-2 באפריל 2008 את חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 22), ס"ח התשס"ח 490, ואת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 23), ס"ח התשס"ח 493, המטפלים בבעיות אלה בדיוק. לעניין זה ראו גם את פסק-דינו של בית-הדין לחוזים אחרים: ח"א (חוזים אחרים) 9005/03 היועץ המשפטי לממשלה נ' שח"ל טלרפואה בע"מ, תק"מ 2006(2) 11664 (2006) (להלן: עניין טלרפואה).

3. זכות חרטה צרכנית חקוקה: חסרונות וסכנות

כפי שראינו, ניתן להעלות כמה הצדקות – משכנעות יותר או פחות – להענקת זכות חרטה באמצעות חקיקה צרכנית-קוגנטית. על-אף הצדקות אלה, אנו מאמינים כי ברת-המחדל הראויה היא להותיר את קביעת היקפה של זכות החרטה הצרכנית לשיקול-דעתם של העוסקים. זאת, כל עוד לא הוכח כי כשלים מונעים את התגבשותו של הסדר יעיל המשקף באמנה את העדפותיהם של הצרכנים. עמדתנו זו נשענת גם על מחיר ההכרה בזכות החרטה וחסרונותיה. להלן נבקש לעמוד על כמה טיעונים מרכזיים נגד קביעת זכות חרטה צרכנית חקוקה, שחלקם מתמקדים בשיקולי יעילות וחלקם נוגעים באוטונומיה של היחיד, אשר עלולה להיפגע כתוצאה מרגולציה זו.

(א) עלויות

ניתוח ההשלכות הנלוות לעיגון זכות חרטה גורפת בחקיקה מוביל למסקנה כי הדבר עלול להוביל להוצאות כספיות מרובות, אשר יתחלקו בין כמה שחקנים. בכך יש חשש לפגיעה כלכלית בעוסקים, העלולים לשאת בעלויות משמעותיות כתוצאה מהחזרת מוצרים. העוסקים, מצידם, ינסו לגלגל עלויות אלה בחזרה אל הצרכנים, באמצעות ייקורם של המוצרים והשירותים. תחילה נתאר את היקף העלויות, ולאחר-מכן נבחן את דרך חלוקתן והשפעתן.

ראשית, לעניין ההוצאות. זכות חרטה צרכנית מחייבת את העוסקים למסד מערך הפצה "הופכי" (reverse distribution), שיטפל בשינוע המוצר המוחזר אל יעדו (נקודת המכירה, האחסון או ההפצה). בנסיבות מסוימות – למשל, כאשר המוצר מושב לחנות שבה נרכש, וכל שנותר לבעל העסק הוא לארוז את המוצר ולהציבו מחדש על המדף למכירה – העלות האמורה נחזית כזניחה.¹⁹¹ אך במצבים אחרים – למשל, אם המוצר כבר אינו נמכר בחנות (בשל חלוף העונה או סיבה אחרת) או שהוא נשלח בחזרה באמצעות הדואר למקום אחר – יש צורך ביצירת מנגנון תפעול מיוחד.¹⁹² נוסף על כך, במקרים רבים החברה נדרשת למכור את המוצר המוחזר במחיר נמוך מזה שנדרש בעבורו מלכתחילה, אם בשל בלאי שנגרם למוצר עקב פתיחת אריזתו¹⁹³ ואם בשל שינויי תמחור שהתרחשו בין מועד הרכישה לבין

191 כיום יש רשתות מרכזיות אשר פועלות בתצורה ממוחשבת ויעילה, ומשתמשות במערך הפצה משוכלל המאפשר להן לא להחזיק מלאי מעבר לנמצא על המדפים. לפיכך, ברגע שמוצרים נרכשים, החנות נדרשת להזמין אחרים במקומם. במקרים אלה, החזרת מוצרים לחנות יוצרת חוסר סדר במערך ההפצה, אשר מבוסס על דיוק מרבי. ראו גם: IAN AYRES, SUPER CRUNCHERS (2007) 29.

192 להסבר אחד של העלויות הכרוכות בתהליך ראו: Tony Sciarrotta, *How Philips Reduced Returns*, SUPPLY CHAIN MGMT. REV., Nov. 1, 2003, available at www.scmr.com/article/CA335015.html.

193 בשוקים גדולים, דוגמת אלה שבארצות-הברית, עוסקים גדולים משתמשים ברשתות הפצה חלופיות למכירת מוצרים אלה. רשתות חלופיות אלה (כגון Odd Job) מוכרות מוצרים

מועד ההחזרה והמכירה השנייה.¹⁹⁴ כמו-כן, להחזרת המוצר ולביטול העסקה נלוות עלויות פיננסיות וחשבונאיות.¹⁹⁵ לבסוף, החזרת מוצר מאלצת את בעל העסק לבדוק את תקינותו ומצבו, ולעיתים הבדיקה נעשית על-ידי גורם שלישי (דוגמת יצרן/יבואן/מעבדה). בדיקה זו משיתה כמובן עלויות נוספות על העוסק המתמודד עם המוצר המוחזר.

(ב) הונאות

לעלות האמורה, אשר מסתמכת על הוצאות הקשורות לצרכנים תמי-לב, מצטרפת העלות הקשורה לאותם צרכנים המנצלים בחוסר תום-לב את זכות החרטה. ההכרה בזכות החרטה מקילה על גנבי סחורה לקבל כסף בעבור סחורה גנובה, לעיתים תוך זיוף חשבונות באמצעים ממוחשבים. על-פי נתוני ה-WALL STREET JOURNAL, כך קרה ל-95% (!) מבתי-העסק בארצות-הברית בשנת 2006.¹⁹⁶ נוסף על כך, זכות חרטה מאפשרת לצרכנים להחזיר לעוסק מוצר (כחדש) על-אף היותו משומש, כפי שחוו 56% מבתי-העסק בארצות-הברית באותה שנה. פעולותיהם של אותם "שואלים" לובשות צורות שונות, אשר המוכרות והידועות מביניהן הן "רכישת" מוצרי הלבשה והנעלה יקרים לכבוד אירוע חד-פעמי או "רכישת" מוצרי אלקטרוניקה לצורך צפייה באירוע ספורטיבי חשוב.¹⁹⁷ ניצול זכות החרטה בנסיבות אלה גורם לעיתים בלאי של ממש למוצר, ומגביר את העלות המושגת על

במחירים נמוכים במיוחד (liquidators). באחרונה אף החלו הרשתות להפיץ סחורות מוחזרות באמצעות אתר המכירות הפומביות eBay.

194 קיימת כמובן גם האפשרות שהמוצר תומחר מלכתחילה באופן מופרז, ודווקא החזרתו ייצור מצב שבו הוא יימכר במחיר הוגן יותר. אולם לטעמנו, מדובר בטענה חסרת ביסוס ובעייתית. ראשית, תחרות אמורה להביא לידי תמחור יעיל. במקרים שבהם אין תחרות מספקת, יש לעודד קיומה של תחרות באמצעים אחרים (למשל, באמצעות דיני ההגבלים העסקיים), ולא לפעול לפתרון עקיף על-דרך מתן זכות חרטה. שנית, איננו סבורים כי זה המקרה הטיפוסי. כאמור לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 2 ואילך, על-פי סקר משרד התמ"ת, רוב הצרכנים מבקשים להשיב מוצר לא בשל מחירו המופרז, אלא בשל חרטה.

195 ביטול עסקה כרוך לעיתים בפרוצדורה חשבונאית ובהזדכות על המע"מ מול רשות המיסים. הודעת זיכוי מעוגנת בס' 49 לחוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975, המאפשר תיקון חשבונת שהוצאה בהתאם לשינוי שחל בעסקה (דהיינו, ביטול חשבונת-מס או תיקונה), וכן בס' 9(ה) ו-23 להוראות מס הכנסה (ניהול פנקסי חשבונות), התשל"ג-1973.

196 Suzanne Barlyn, *Putting Return Policies to the Test*, THE WALL ST. J., Feb. 22, 2007, <http://online.wsj.com/article/SB117211033170315666.html>

197 זוהי תופעה ידועה ונרחבת למדי בארצות-הברית. לאנקדוטה אחת ראו: *Costco Ends Lifetime Return Policy*, www.savingadvice.com/blog/2007/02/27/101196_costco-ends-lifetime-return-policy.html (27.2.2007). כותב הבלוג מספר: "I heard through a friend about one person who bought the largest high definition big screen TV Costco had simply to throw a Superbowl party with his friends this year. He returned it the next week"

העוסק.¹⁹⁸ על כל אלה נוסף אובדן הכנסה, אם בדמות העסקה שהתבטלה, אם בדמות מכירה חלופית שלא יצאה אל הפועל בהעדר מלאי (עקב החזקת המוצר על-ידי "המשאיל") ואם בדמות עסקת השכרה שלא התקיימה.

בארצות-הברית, מולדתה של מדיניות ההחזרות הגמישה (hassle-free return "policy"), רמאויות וניצול לא-ראוי של מדיניות החזרת מוצרים פרו-צרכנית גרמו לבתי-העסק בשנת 2006 הפסד של כ-9.6 מיליארד דולר.¹⁹⁹ אולם מכיוון שמדובר בזכות וולונטרית (ולא חקוקה), בתי-העסק יכולים להגיב על מציאות זו ולעצב את הזכות כרצונם ובהתאם ליעדיהם ולמטרותיהם. אכן, הפסדים אלה הניעו רבים מבתי-העסק להקשיח את מדיניות החזרת הטובין שלהם²⁰⁰ ולנקוט מהלכים אחרים לצמצום התופעה. איננו סבורים כי התרבות הישראלית תיצור מצב אחר, ונראה כי זכות חרטה חקוקה תחמיר את המצב (יחסית לזה אשר קיים בהינתן זכות חרטה וולונטרית) ותגדיל את העלויות הנידונות.²⁰¹ כבר כיום משרד התמ"ת מדווח²⁰² כי ב-53% ממקרי ההחזרה המוצר שהושב לעסק לא היה סגור ובאריזתו המקורית.²⁰³

(ג) גלגול העלויות והשפעתן

כפי שצינו, הראשונים שיישאו בעלויות הנלוות להענקת זכות חרטה חקוקה יהיו העוסקים.²⁰⁴ לפיכך קיומה של חובה זו עלול להקשות על העוסקים להתנהל בשוק ולהכביד

198 Barlyn, לעיל ה"ש 196.

199 שם. להערכה גבוהה אף יותר ראו: DAN ARIELY, PREDICTABLY IRRATIONAL 196 (2008).
על-פי אריאלי: "The retail industry has its own headache: it loses \$16 Billion a year to customers who buy clothes, wear them with the tags tucked in, and return these secondhand clothes for a full refund". איננו טוענים כי נתון זה עולה על הנוק אשר נגרם או עלול להיגרם לצרכנים ממדיניות החזרות קשיחה. אנו מודעים גם לאפשרות שפעמים רבות, כאשר צרכן מחזיר מוצר אחד, הוא רוכש מוצר אחר, דומה או זהה, מאותו עוסק או מעוסק אחר, ובכך מתקוות חלק מן העלויות המושתות על עוסקים בגין ביטול עסקות על-ידי צרכנים. כל שביקשנו להראות בנקודה זו הוא שלמדיניות החזרות גמישה עלול להיות מחיר כלכלי לא-מבוטל.

200 שם.

201 לניתוח אוהד וחיובי קצת יותר וספקני פחות של הצרכן הישראלי ראו אסולין, לעיל ה"ש 127.

202 ראו סקר משרד התמ"ת, לעיל ה"ש 2.

203 מובן שאין בנתון זה כשלעצמו כדי לבסס את הטענה כי מדובר בהחזרה שנעשית בהונאה או בחוסר תום-לב. ייתכן בהחלט שדווקא פתיחת האריזה היא שסייעה לקונה להתרשם באופן טוב ומדויק יותר מן המוצר. אנו מביאים את הנתון בעיקר כדי להמחיש כי לתופעה יש עלויות לא-מבוטלות מבחינתו של העוסק.

204 היקפן היחסי של העלויות האמורות יפחת ככל שהעוסק גדול יותר. לכך יש כמה סיבות, ביניהן קיומם של מנגנונים למכירה יעילה של סחורה מוחזרת, יתרון גדול יותר מעצם

עליהם. אולם סביר להניח כי העוסקים ינסו, ככל שכוחות השוק יאפשרו זאת, לגלגל את העלויות הנוספות על הצרכנים, תוך ייקור מכלול המוצרים והשירותים. אומנם, אין בהכרח פסול בגלגול העלויות הנלוות למתן זכות חרטה על צרכנים, במיוחד אם האחרונים מוכנים לשלם את העלות הנוספת (הפרמיה) בתמורה לזכות זו.²⁰⁵ אולם לדעתנו, כשלים כלכליים והתנהגותיים מונעים תמחור רציונלי של זכות זו, ובכך יש משום פגיעה בהגינות העסקית וברוחת הצרכנים.

גלגול העלויות עלול להוביל לכמה תוצאות בעייתיות אף יותר. כדי להבין את טענתנו זו, חשוב להזכיר כי אין להתייחס לכלל הצרכנים כאל מקשה הומוגנית אחת. צרכנים הינם הטרוגניים בהעדפותיהם ובטעמים, כמו גם בנטייתם להתחרט על רכישות שביצעו ובנכונותם לפעול למימוש זכויותיהם. כאשר מביאים בחשבון את ההטרוגניות הצרכנית, ניתן להיווכח כי הייקור האמור עלול להוביל לעיוותים ולתוצאות שקשה להצדיקן. הבעיה הראשונה בהקשר זה היא סבסוד צולב. סבסוד זה נובע מכך שהקניית זכות חרטה קוגנטית מצמצמת את יכולתו של הצרכן לבחור בין עסקות (סיכונים) ומחירים שונים. ללא זכות חרטה חקוקה ניתן להניח כי השוק יציע שני סוגי עסקות לגבי כל מוצר נתון: עסקות מן הסוג האחד יעניקו זכות חרטה (באופן הסכמי-וולונטרי) תוך גביית פרמיית סיכון מסוימת; ואילו עסקות מן הסוג האחר (אשר עשויות להיות מוצעות על-ידי עוסקים אחרים באותו שוק או אפילו על-ידי אותו עוסק עצמו) יציעו אותו מוצר במחיר נמוך יותר אך ללא זכות חרטה. במצב זה הצרכן יכול לבחור את מידת הסיכון שהוא מעוניין להיחשף אליה, ולהעדיף עסקה אחת על רעותה.

לעומת זאת, אם יחויב העוסק (באמצעות חקיקה קוגנטית) להעניק לצרכן זכות חרטה, ייווצר מצב שבו קיים בשוק רק סוג אחד של עסקות – עסקות עם זכות חרטה. במצב זה לא יוכל הצרכן לבחור את רמת הסיכון שהוא מעוניין להיחשף אליה (ולשלם בהתאם לבחירתו זו). בהנחה שמחירי המוצרים כוללים פרמיה המשקפת את הסיכון שלקוח יבקש לבטל את העסקה, צרכנים שאינם עושים שימוש תדיר בהחזרות מוצרים ישלמו יותר בעבור מוצרים, תוך שהם מסבסדים את חבריהם הנוטים להתחרט לעיתים תכופות. זוהי תוצאה בעייתית.²⁰⁶ יתר על כן, אימוץ זכות חרטה חקוקה יביא לידי כך שכלל הצרכנים יסבסדו את העלויות הנובעות מהתנהלותם של אותם צרכנים רמאים אשר "שואלים" מוצרים (קרי, רוכשים מוצרים מתוך מטרה ידועה מראש להשיבם כעבור זמן-מה). גם זו תוצאה לא-ראויה. נוסף על כך ייתכן שלסבסוד האמור יהיו תוצאות חלוקתיות בעייתיות. כך, למשל,

חזרתו של הרוכש לבית-העסק, השפעה חשבונאית קטנה יותר על חישוב תזרים המזומנים ועוד. אי-לכך, אימוצן של תניות חרטה פרו-צרכניות עלול להוביל לפגיעה בעוסקים קטנים דווקא. ראו גם לעיל ה"ש 117.

205 לדיון מעניין בהקשר זה ראו: Richard Craswell, *Passing on the Cost of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationship*, 43 STAN. L. REV. 361 (1991).

206 ההנחה המובלעת בביקורת זו היא כי אין זה ראוי שצרכנים שאינם נוטים להתחרט יסבסדו את אלה שנוטים לכך. לדיון משיק ראו להלן חלק ג(נ) (דיון בעקרון האחרייות האישיית).

מסקר משרד התמ"ת עולה כי ככל שרמת ההכנסה עולה, שכחותה של תופעת ההחלפות / החזרות עולה אף היא. כך, עשירים (מעל 40% מחליפים יותר מעניים (17%), וותיקים (37%) מחליפים יותר מעולים (25%).²⁰⁷ דברים אלה מעלים חשש להיווצרותם של כמה "סבסודים עקיפים" בין סוגי צרכנים שונים: צרכנים עניים יסבסדו את מימוש זכות החרטה על-ידי עשירים, ועולים חדשים יסבסדו את מימוש זכות החרטה על-ידי תושבים ותיקים. סבסודים אלה משקפים תוצאות לא-רצויות מבחינה חברתית.²⁰⁸

(ד) זכות חרטה וולונטרית כמדד (proxy) לאיכות

זכות חרטה צרכנית חקוקה ואחידה פוגעת ביכולתו של העוסק לאותת על איכות מוצריו באמצעות מתן זכות חרטה וולונטרית. בדומה למתן אחריות על מוצר,²⁰⁹ כאשר עוסק מאפשר לצרכן להתחרט על קנייתו, הוא מאותת לצרכן על בטחונו כי המוצר הנמכר ישיביע את רצונו.²¹⁰ ככל שמדיניות החזרת המוצרים של העוסק ליברלית יותר כך רכישת המוצר נתפסת כ"בטוחה יותר". לפיכך עיגון זכות חרטה גורפת בחקיקה ימזער את יכולתו

207 סקר משרד התמ"ת, לעיל ה"ש 2. עם זאת, ניתן לפרש את ממצאי הסקר באופן שונה, ולטעון כי אין מקום להשוות בין שיעורי ההחזרה בקרב עניים ועולים לבין שיעורי ההחזרה בקרב עשירים וותיקים, שכן המוצרים והשירותים הנרכשים על-ידי האוכלוסיות השונות אינם אותם מוצרים. אוכלוסיות חלשות צורכות יותר מוצרי-יסוד ולכן מתחרטות פחות, בעוד אוכלוסיות מבוססות צורכות מגוון רחב יותר של מוצרים, לרבות מותרות ומוצרי-יוקרה, שלגביהם זכות החרטה עשויה להיות רלוונטית יותר. טענה נוספת שניתן לטעון היא שאוכלוסיות מבוססות נוטות יותר לקבל ולתת מתנות מאשר אוכלוסיות חלשות, וסיכוייה של מתנה להיות מוחלפת גבוהים מסיכוייו של מוצר שנרכש לשימוש אישי.

כנגד זה ניתן לטעון כי אוכלוסיות חלשות חוששות יותר מביצוע קניות לא-מוצלחות, ועל-כן נוקטות הליך חיפוש מוקדם יסודי יותר. נוסף על כך ניתן לטעון כי לאוכלוסיות חלשות יש זמן פנוי רב יותר, ועל-כן הם נכונים יותר להשקיע משאבים בחיפוש מידע עובר לכריתת העסקה. לבסוף, ניתן לגרוס כי אוכלוסיות חזקות מעריכות יותר את זמנן (גם אם אין הבדלים מבחינת שעות הפנאי), ועל-כן מעדיפות להשקיע פנאי זה בערוצים אחרים, ולא באיסוף מידע בשלב הטרם-חוזי. כך או אחרת, הסברים אלה הינם ספקולטיביים באופיים, ולפיכך יש להתייחס לדברים בזהירות.

208 לכאורה ניתן לטעון כי תהליכים אלה מתרחשים ממילא עקב הענקת זכות החרטה הולונטרית. אולם הענקת זכות חרטה חקוקה תחמיר בעיות אלה. זכות חרטה חקוקה תרחיב את ממדי התופעה, ואף תיתן לה "גושפנקה" ולגיטימציה חוקית וחברתית.

209 גם בהקשר זה אנו עדים להאחדה מכוח החוק. ראו תקנות הגנת הצרכן (אחריות ושירות לאחר מכירה), התשס"ו-2006, הנוגעות באחריות שעל העוסק לספק לצרכן בעסקות של 150 שקלים ומעלה בתחומי החשמל, הגז והאלקטרוניקה.

210 במילים אחרות, העוסק מאותת שהוא אינו חושש לשאת בסיכונים ובעלויות הנובעים ממתן זכות חרטה, מכיוון שהוא מעריך כי בשל שביעות-הרצון של לקוחותיו, כמות ההחזרות שעומן הוא יצטרך להתמודד תהיה קטנה.

של העוסק לאותת, באמצעות הענקה וולונטרית של זכות חרטה, כי הוא בטוח בשביעות הרצון של לקוחותיו. בכך נמנעת מן הצרכן אינדיקציה אפשרית לאיכות המוצר ולמהימנות העוסק. כפועל יוצא מכך נפגעת יכולתו של הצרכן לשקלל ולאזן נכונה בין מגוון תכונותיו של הממכר, לרבות קיומה של זכות חרטה.

בנקודה זו חשוב להבהיר את הדברים הבאים. ראשית, הטענה כי זכות חרטה וולונטרית יכולה לשמש מדד לאיכות הממכר מניחה כי תניות בדבר זכות חרטה הינן "בולטות" ועל-כן זוכות בתשומת-ליבם של הרוכשים. הנחה זו אינה טריוויאלית כלל. כפי שהסברנו,²¹¹ מיקומן של תניות אלה במסכת השיקולים הצרכנית הינו דינמי ותלוי-הקשר.²¹² שנית, הטענה האמורה מתעלמת מיכולתו של העוסק להתנות על זכות החרטה המעוגנת בחוק לטובתו של הצרכן, ולהעניק זכות חרטה וולונטרית המיטיבה עם הצרכן (מעבר להסדר המינימלי הקבוע בחוק). בדרך זו העוסק יכול לבדל את עצמו ממתחריו גם אם עוגנה זכות חרטה בחקיקה. אולם יכולת זו אינה משיבה לזכות החרטה את מלוא כוחה הפוטנציאלי לשמש מדד איכות. זאת, משום שהענקת זכות "נדיבה" (קרי, זכות המיטיבה עם הצרכן מעבר לסטנדרט הקבוע בחוק) עלולה להיות אמצעי איתות מורכב מדי ולא-יעיל. הדיכוטומיה שבמסגרתה יש זכות חרטה או אין זכות כזו הינה אמצעי איתות קל להבנה ויעיל יותר משינויים כאלה או אחרים בהיקפה של זכות החרטה ובטיבה.²¹³

(ה) פרטיות והפליית צרכנים

בעיה פוטנציאלית נוספת הגלומה בזכות חרטה חקוקה היא הפגיעה בפרטיות ואימון פרקטיקות המפלות באופן בעייתי בין צרכנים. כאמור, חקיקה המקנה זכות ביטול לצרכן ללא סיבה עלולה לגרור אחריה עלויות כבדות. עלויות אלה מעודדות ומתמרצות בתי-עסק למצוא דרכים יצירתיות, ולעיתים אף בעייתיות ולא-לגיטימיות, למזעור העלויות הנכפות עליהם. בארצות-הברית, כדי להילחם בעלויות הנובעות מקיומם של "מחזירנים סדרתיים", החלו חלק מהחנויות המציעות זכויות חרטה נדיבות להשתמש במערכת הקרויה Consumer Return Database. מערכת זו עוקבת אחר התנהגות הצרכן ומאפשרת לבית-העסק לאתר, כבר במועד ביצוע העסקה, צרכנים "מועדים" (נצלנים, רמאים או בררניים במיוחד).²¹⁴

211 ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 168-171.

212 יוער כי מקום שצרכנים נוטים להעניק לזכות החרטה חשיבות מופרזת, המביאה לידי קבלת החלטות מוטעית, הענקת זכות חרטה קוגנטית דווקא תצמצם את כוחו של העוסק לנצל הטיה זו. אולם איננו מודעים לנתונים אמפיריים התומכים בטענה כי זה אכן המצב בקרב הצרכנים במדינת-ישראל. אנו מקווים להתמודד עם סוגיה זו במחקר עתידי.

213 זאת, לנוכח הקושי של צרכנים להבחין נכונה בין רמות שונות של זכות חרטה. קושי זה עלול להפוך את האיתות באמצעות זכות החרטה לבלתי-אמין ולבלתי-יעיל. מובן שהרחבת זכות החרטה גם מגדילה את העלויות המושתות על העוסק.

214 ראו, לדוגמה, את המובאה הבאה מתוך: Chris Jay Hoofnagle, *Privacy Self-Regulation*, in CONSUMER PROTECTION IN THE AGE OF THE 'INFORMATION ECONOMY' 379, 396 (Jane K. Winn ed., 2006): "Jim Dion, president of retail consulting firm Dionco Inc., recently

כאשר בתי-העסק מצוידים במידע זה, הם פועלים על-מנת "לחסום" צרכנים בעייתיים אלה כבר בכניסה לבית-העסק או בשלב מוקדם אחר של תהליך הרכישה, תוך סירוב לנהל עימם אינטראקציה עסקית. מובן שהשימוש במערכת כזו גורם לדאגה רבה בקרב צרכנים וגופים להגנת הצרכן.²¹⁵

אימוץ זכות חרטה רחבה וקוגנטית בישראל יגדיל את הסיכון שהעוסקים חשופים אליו. במצב מעין זה יגבר התמריץ לאמץ טכנולוגיות ומודלים עסקיים במטרה לאתר צרכנים "בעייתיים" (המועדים להשתמש בזכות החרטה), לחסום אותם או להפלות נגדם. הדבר עלול לעורר בעיות סבוכות וחדשות בקו התפר שבין תחום הגנת הפרטיות לבין תחום הגנת הצרכן.²¹⁶

אכן, קיים חשש שבעיות אלה יתעוררו גם במשטר שבו זכות החרטה היא וולונטרית. גם במשטר זה יש לספק תמריץ להתמודד עם תופעת "המחזירנים הסדרתיים" (כפי שזו מתעוררת כיום בארצות-הברית). אולם במשטר שבו זכות החרטה היא וולונטרית, העוסק יכול לעצב את זכות החרטה מראש באופן העשוי למוער את הבעיות הנלוות לתופעת "המחזירנים הסדרתיים" (למשל, באמצעות גביית דמי ביטול שונים בגין השבת המוצרים, או החרגת מוצרים מסוימים מן הזכות בזמנים מסוימים המועדים לפורענות, דוגמת התקופה שבה משודרים אירועי ספורט פופולריים במיוחד).²¹⁷ ודוק: אימוץ זכות חרטה קוגנטית ורחבה לא יאפשר לעוסקים להתגונן מפני הסיכונים שהיא יוצרת. במצב מעין זה הם

urged storeowners to create disincentives for certain customers. Dion characterized 20 percent of the population as 'bottom feeders', who complain and have low levels of loyalty. Businesses, he argues, should try to eliminate these customers: 'It'd be cheaper to stop them at the door and give them \$10 not to come in'... retailers 'should consider a preferred customer database – prefer that they don't shop here'".

כפי שניתן לראות מדוגמה זו, לעיתים משימת איסוף הנתונים ועיבודם מועברת לגורם שלישי – דבר היוצר נדבך נוסף של בעיות פרטיות.

215 השימוש במערכת מידע מעין זו מעורר מגוון שאלות, כגון: כיצד הצרכנים מסווגים – על-פי אילו אמות-מידה ועד כמה מדובר בפעילות לגיטימית? האם הצרכנים יודעים על המערכת? האם יש להם גישה למידע המצוי בה (לצורך בדיקת אמינותו)? אין בכוונתנו להשיב על שאלות אלה במאמר זה, אלא אך לציין השלכה שלילית אפשרית של אימוץ זכות חרטה חקוקה.

216 ניתן לגלגל את הטיפול בבעיות אלה לפתחם של דיני הגנת הפרטיות. אולם הניסיון מלמד כי כאשר נוצרים תמריצים מהותיים לאמץ מודלים אלה, העוסקים מוצאים את הדרך "לפתות" את ציבור הצרכנים לוותר על זכויותיהם. לפיכך ראוי לשנות את מערכת התמריצים של הצרכנים והעוסקים כדי למנוע התפתחות זו.

217 יצוין כי "גידורים" והבידולים יכולים להיעשות אף ללא הסתמכות על מידע פרטי הנוגע בצרכנים ממש. דווקא קביעה חוקית בדבר זכות מנדטורית אשר אינה מאפשרת הגמשה של זכות החרטה היא שתוביל למצב שבו ייאלצו עוסקים להחליט מראש אם לתת את השירות לצרכן נתון אם לאו.

עלולים לפעול באופן קיצוני יותר, ולהשתמש במידע האישי שייאסף על-ידיהם במטרה לחסום לחלוטין צרכנים מסוימים מביצוע העסקה עימם.²¹⁸

(ו) זכות חרטה עלולה לעודד בזבזנות וצריכה לא-מתונה

מעבר להיבטים הכלכליים, ראוי לבחון אם זכות חרטה אכן מסייעת, בסופו של יום, לצרכן הממוצע. תובנות מתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית עשויות להצביע על תשובה שלילית. הענקת זכות חרטה עלולה לעודד רכישות פזיזות ובלתי-נדרשות.²¹⁹ מחקרים התנהגותיים מראים כי מידה מתונה של לחץ והיחשפות מסוימת לסיכון מסייעות בחידוד הערנות ובקבלת החלטות מושכלת.²²⁰ כאשר אנשים אינם חווים מידה מינימלית של לחץ, הם נוטים לקבל החלטות נמהרות ופזיזות, העלולות לבוא לידי ביטוי ברכישה שגויה של מוצרים ושירותים. לשון אחר, כאשר נתונה לצרכן זכות חרטה גורפת ורחבה, הוא עלול להסתכן ולרכוש מוצר שהוא אינו בטוח שהוא צריך, מתוך מחשבה שלכל-היותר הוא יוכל להחזיר את המוצר במועד מאוחר יותר.²²¹ אולם, אף שבעת הרכישה (ex ante) האפשרות להחזיר את המוצר נראית קלה לביצוע, סיבות רבות מונעות את הצרכן מלממש את זכותו זו בנקודת-זמן מאוחרת יותר (ex post). תובנה מרכזית זו תעמוד במוקד הדיון שלהלן. ראשית, החזרת המוצר וביטול העסקה מצריכות מן הצרכן השקעת משאבים. לאחר הרכישה יש נטייה מובהקת להישאר עם המוצר, ולא תמיד הצרכן מוצא את הזמן, הסבלנות והמשאבים (לרבות הכספיים) להחזיר את המוצר ליעדו על-פי נוהלי העוסק. יתר על כן, לאחר שהלקוח השקיע זמן ומשאבים בבחירת המוצר ובקנייתו, תגבר נטייתו להישאר עם המוצר, מתוך התחשבות באותם משאבים שהשקיע בתהליך הרכישה. דפוס התנהגות זה

218 ניתן לכאורה לטעון כי ממילא קיימים תמריצים רבים לעוסקים לאסוף מידע אישי ולהשתמש בו, אף ללא קשר לסוגיה של זכות החרטה הצרכנית. עם זאת, אף שבאמצעות הברית המידע האישי נאסף למטרות ולשימושים שונים, היה זה דווקא שימוש מסוג זה אשר קיבל תהודה שלילית ביותר, ואף הוביל לנסיונות חקיקה נגדיים. לפירוט בעניין זה ראו: Jason Scott Johnston, *The Return of Bargain: An Economic Theory of How Standard Form Contracts Enable Cooperative Negotiation between Businesses and Consumers*, 104 MICH. L. REV. 857, 875–76 (2006).

219 ראו: Stacy L. Wood, *Remote Purchase Environments: The Influence of Return Policy*, 38 J. MARKETING RES. 157 (2001). *Leniency on Two-Stage Decision Processes*, 38 J. MARKETING RES. 157 (2001).

220 זהו חלק ממודל קבלת החלטות שפותח כבר בשנות השבעים של המאה הקודמת. ראו: IRVING L. JANIS & LEON MANN, *DECISION MAKING: A PSYCHOLOGICAL ANALYSIS OF CONFLICT, CHOICE, AND COMMITMENT* 45–134 (1977).

221 גם ניתוח זה מסתמך על כך שעובדת קיומה או העדרה של זכות חרטה צרכנית הינה תכונה בולטת במידה כזו או אחרת, אשר נשקלת ברצינות ומובאת בחשבון על-ידי הצרכן בעת ביצוע הרכישה.

משקף את בעיית העלות השקועה (sunk cost effect). על-פי תובנה זו, אנשים נוטים להתנהג באופן לא-רציונלי ולהתחשב בהשקעות עבר, הגם שאי-אפשר להחזירן.²²² נוסף על כך, נטיית הצרכן להישאר עם המוצר מוחרפת עוד יותר בשל תובנה התנהגותית אחרת, הנסמכת על ה־endowment effect. מחקרים מראים כי אנשים נוטים להעריך מוצרים ביתר אך בשל זיקתם האישית לנכס או הזכות שיש להם בו.²²³ פעמים רבות הצרכן נקשר למוצר שרכש, ומפתח יחס רגשי כלפיו (ולעיתים אף רואה בו חלק מאישיותו). הדבר בא לידי ביטוי בכך שהמחיר שאנשים נוטים לדרוש בעבור מוצר (או זכות) שברשותם עולה על המחיר שאותו היו מוכנים לשלם על-מנת לרכוש אותו מוצר (או אותה זכות). אנשים אינם מעריכים נכונה נטייה אנושית זו. לכן, אף שבעת רכישת המוצר הם מזהים אותו עם מחיר קנייה מסוים, לאחר רכישתו ערכו (הסובייקטיבי) עולה. לפיכך צרכנים נוטים לא לממש את זכות החרטה שבידיהם (אף אם מלכתחילה סברו שיעשו כן), כדי לא לקבל תמורה אשר פחותה בעיניהם משווי של המוצר.²²⁴

לסיכום נקודה זו, מודלים של קבלת החלטות, בעיית העלות השקועה ותופעת ה־endowment effect מלמדים כי זכות חרטה חקוקה עלולה לעודד צריכה מוגברת של מוצרים אשר לא היו נרכשים בהכרח (או שלא נכון כלכלית להישאר עימם לאחר ביצוע הרכישה) אלמלא הגנת החוק. רבות נכתב על צריכת-היתר המאפיינת את העולם המערבי בדורות האחרונים, ועל השלכותיה על הפרט ועל החברה בכללותה.²²⁵ ספק בעינינו אם תפקידה של המדינה – באמצעות דיני הגנת הצרכן²²⁶ – לתרום, ולו בעקיפין, להתפתחותה של תופעה זו.²²⁷

בנקודה זו הקורא הערני עשוי להצביע על כך שמסתמנת סתירה בין הטיעונים השונים שהוזכרו לעיל. הסברנו כי זכות החרטה עלולה להתגלות כבעייתית בשל כך שהיא מאפשרת החזרות רבות מדי, אולם לאחר-מכן הבאנו תובנות המסבירות מדוע צרכנים אינם מממשים את זכות ההחזרה. מהו, אם כן, המצב לאשורו – החזרות רבות או שמא החזרות מעטות? המענה לסתירה לכאורית זו הוא שמדובר בסוגי צרכנים שונים, אשר לכולם החוק מבקש לתת מענה ביוצרו זכות חרטה חקוקה. בעוד צרכנים מסוג אחד ינצלו את קיומה של זכות החרטה לא בתום-לב, תוך גלגול עלויות על המוכרים ועל צרכנים אחרים, צרכנים מן

222 ראו: Hal R. Arkes & Catherine Blumer, *The Psychology of Sunk Cost*, 35 ORG. BEHAV. & HUM. DECISION PROCESS 124 (1985).

223 Wood, לעיל ה"ש 219.

224 ראו גם SCHWARTZ, לעיל ה"ש 182, בעמ' 71: "The endowment effect helps explain why companies can afford to offer money-back guarantees on their products. Once people own them, the products are worth more to their owners than the mere cash value, because giving up the products would entail a loss"

225 ראו, למשל, את המקורות המובאים לעיל בה"ש 182.

226 זאת, להבדיל ממדיניות וולונטרית של בתי-עסק העלולה לעודד צריכה לא-מתונה.

227 ניתן כמובן לטעון כי הגדלת הצריכה טובה לכלכלה ומעודדת צמיחה. לא נסתמך על טיעון בעייתי זה בנקודה זו.

הסוג האחר לא ינצלו אותה די, ובכך יסבסדו צרכנים מן הסוג הראשון. לפיכך זכות חרטה חקוקה רחבה וכוללנית תשפיע על סוגי צרכנים שונים בדרכים שונות, מבלי להשיג את יעדיה.

(ז) עקרון האחריות האישית

החקיקה הצרכנית הקיימת (והמוצעת) בנוגע לזכות החרטה הצרכנית (כמו גם החקיקה הצרכנית בכללותה) היא חקיקה קוגנטית-פטרנליסטית. חקיקה זו אמורה לסייע על בסיס אינדיווידואלי, ולהגן על צרכנים מסוימים מפני פגיעה עצמית ברווחתם. בהבעת היא עלולה לפגוע ביכולתם של כוחות השוק לעצב את העסקה באופן הוגן ויעיל. יובהר: איננו טוענים כי פטרנליזם הוא בהכרח דבר פסול שיש להתנגד לו תמיד. איננו טוענים גם כי פטרנליזם פוגע בהכרח ביעילות המצרפית.²²⁸ אכן, בנסיבות מסוימות יש הצדקות מגוונות ומשכנעות להתערבות משפטית-פטרנליסטית.²²⁹ כך, למשל, תובנות מתחום הכלכלה ההתנהגותית (behavioral economics) מלמדות כי פעמים רבות אנשים טועים, באופן שיטתי וצפוי, בעת קבלת החלטות. כפי שהסברנו לעיל בהקשר של עסקות רוכלות ועסקות לרכישת יחידות נופש, במצבים אלה מן הראוי שהמחוקק, אשר מופקד על רווחת הציבור ועל קידום טובת הכלל, יתערב ויגן על אנשים מפני טעויותיהם (כמו גם מפני הטעויות וההחלטות הצרכניות השגויות שמקורן בלחץ המופעל על-ידי המוכר בעת כריתת ההסכם).²³⁰ נוסף על כך, פטרנליזם עשוי לקדם את רווחתם של רבים ולפגוע אך מעט באחרים, שאינם זקוקים להגנה מסוג זה.²³¹ לבסוף, פטרנליזם עשוי לקדם בחירות מושכלות שהפרט מעוניין בהם, מבלי לפגוע במגוון החלופות העומדות לפניו.²³²

228 הגם שהאינטואיציה המקובלת, לפחות מבחינת הגישה הכלכלית למשפט, היא לראות בפטרנליזם דבר המנוגד ליעילות, יש טענות כבדות-משקל התומכות בעמדה שונה. ראו:

Eyal Zamir, *The Efficiency of Paternalism*, 84 VA. L. REV. 229 (1998).

229 תקצר היריעה מלהתעכב כאן על שלל ההצדקות הללו. לדיון מעניין ראו: Anthony T. Kronman, *Paternalism and the Law of Contracts*, 92 YALE L.J. 763 (1983).

230 ראו, למשל: Jeffrey J. Rachlinski, *The Uncertain Psychological Case for Paternalism*, 97 Nw. L. REV. 1165 (2003).

231 רעיון זה מכונה "פטרנליזם אסימטרי". ראו: Camerer et al., לעיל ה"ש 52. כך, לדוגמה, דרישה לתקופת המתנה קצרה עובר לקבלת החלטות משמעותיות, דוגמת נישואים או רכישת דירה, עשויה לסייע מאוד לאנשים הנוטים לקבל החלטות נמהרות בלהט הרגע, מבלי לפגוע באופן משמעותי באלה שהחלטותיהם מתקבלות ביישוב-הדעת.

232 רעיון זה מכונה "פטרנליזם ליברטריאני". ראו: Sunstein & Thaler, לעיל ה"ש 65; RICHARD H. THALER & CASS R. SUNSTEIN, NUDGE (2008). בתמצית, העיקרון העומד בבסיסו של רעיון זה הוא יכולתו של הפרט לבחור את שהיה בוחר אלמלא ההתערבות הפטרנליסטית של המשפט, קרי, יכולתו "לצאת" (opt out) מההסדר הנושא גוון פטרנליסטי. כך, למשל, ניתן לאמץ כללי בררת-מחדל המעודדים חיסכון (לדוגמה, הפרשות סוציאליות מן השכר), תוך מתן אפשרות לאלה שאינם מעוניינים בכך לצאת מהסדר זה. כלל בררת-מחדל כזה מנצל את

אולם כאשר מדובר בזכות חרטה בעסקות "רגילות", אי-אפשר לטעון שאנשים מקבלים החלטות לא-רציונליות וטועים באופן שיטתי, וכי על-כן יש להגן עליהם בחקיקה פטרנליסטית. בעסקות "רגילות" צרכנים אינם נתקלים בלחץ חריג ובמניפולציות רגשיות משמעותיות כדבר שבשגרה. להט הרגע אינו גורם מרכזי בעסקות אלה. כפי שהסברנו במהלך פרק זה, הפרת האיזון החוזי המקובל ביחסי צרכן-עוסק, העלויות הנלוות להענקת זכות חרטה, והפגיעה המגולגלת בחזרה על הצרכנים שאינם עושים שימוש תדיר בזכות החרטה – כל אלה תומכות באיפוק חקיקתי. את ההתערבות החקיקתית יש להתאים ככל האפשר למצבים ספציפיים (דוגמת עסקות רוכלות ועסקות לרכישת יחידות נופש) שלגביהם הוכח כי צרכנים נמצאים בעמדת נחיתות משמעותית המונעת מהם הפעלת שיקול-דעת סביר.

מעבר לכך, חקיקה כללית אשר מתירה לצרכן להתחרט על רכישת מוצר או שירות ללא עילה פוגעת בעיקרון שלפיו על אדם ליטול אחריות אישית למעשיו, למחדליו ולהחלטותיו. חברה המעוניינת להנך את אורחיה הנטילת אחריות אישית ולחשיבה לפני מעשה, ראוי שתזכור כי מתן זכות חרטה צרכנית מעודד התנהגות הפוכה. ספק בעינינו אם בהקשר שלפנינו ראוי לעצב משטר משפטי שבמסגרתו יוכל אדם להתחרט על מעשיו (ולעיתים אף לפגוע באחר) מבלי לשלם על כך מחיר (בוודאי לא מחיר משמעותי).²³³

* * *

נבקש לסיים חלק זה בהתייחסות לאפשרות לגבות מן הצרכן דמי ביטול. על פניו היה אפשר לפתור חלק ניכר מהקשיים הנידונים לעיל באמצעות התניית מימושה של זכות החרטה בגביית דמי ביטול.²³⁴ לכאורה מדובר בפתרון אידיאלי. הוא מאפשר את גלגול עלויות הביטול על הלקוח המבטל בלבד, ובכך מצמצם את הצורך בגלגול עלויות על כלל הצרכנים. בכך יש כדי למזער באופן משמעותי את הבעיה החלוקתית ואת הסבסודים הצולבים שעליהם הצבענו לעיל. נוסף על כך, חיוב הצרכן בדמי ביטול יעודד אותו לכאורה לחשוב טוב יותר לפני רכישת המוצר (דבר העולה בקנה אחד עם מה שכינינו "עקרון האחריות האישית"), ואף ימנע התנהגות אופורטוניסטית מצידו של הרוכש.

העובדה שאנשים נוטים, מכוח האינרציה, להישאר עם הסטטוס-קוו, מבלי לפגוע ביכולתם של אחרים לבחור בחלופה אחרת.

233 בהקשר זה ראוי להזכיר כי גרסות מוקדמות של טיוטת התקנות קבעו כי לא ייגבו מן הצרכן דמי ביטול בגין מימוש זכות החרטה. ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 48. העובדה שהצרכן אינו חייב בתשלום פיצוי לעוסק בגין מימוש זכות החרטה מעצימה, כמובן, את הפיתוי הצרכני להתחרט על רכישות. בה-בעת יש לזכור כי מימוש זכות החרטה, כמו כל פעולה משפטית אחרת, כפוף לעיקרון הממתן של החובה לנהוג בתום-לב.

234 טכניקה זו אינה זרה למחוקק הישראלי. כיום החוק מתיר גביית דמי ביטול מוגבלים בעסקות לרכישת יחידת נופש או בעסקות מכר מרחוק (ראו ס' 14(ב)(1) לחוק הגנת הצרכן).

אולם למרות היתרונות הגלומים בגביית דמי ביטול, אין מדובר בפתרון-קסם.²³⁵ דמי הביטול המותרים כיום הינם מוגבלים ביותר, ועומדים על 5% ממחיר העסקה או 100 שקלים – הנמוך מבין השניים.²³⁶ לפיכך נראה כי גם במקרים שבהם המחוקק מאפשר גביית דמי ביטול, פעמים רבות דמי הביטול הנגבים פחותים מן הנוק הנגרם כתוצאה ממימושה של זכות החרטה. דמי ביטול אלה לא יוכלו להשיב לעוסקים את ההפסדים הנגרמים להם מלקוחות רמאים, "שואלים" ומחזירים סדרתיים. לכן אין בכוחם של דמי ביטול סמליים למנוע גלגול הוצאות על כלל הצרכנים. באופן דומה, דמי ביטול סמליים לא יבטלו את הצורך במעקב אחר צרכנים ובמיונם לקבוצות שונות. כפי שהסברנו, מציאות זו תוביל לבעיות בתחום הפרטיות. מעבר לכך, לגבי מחזירים "תמימים", חיובם בדמי ביטול יוסיף על רתיעתם מפני מימושה של זכות זו. בכך אנו עלולים להגדיל את המרחק בין האטרקטיביות של זכות החרטה כפי שהיא נתפסת במעמד הרכישה לבין האפשרות האמיתית להפעילה לאחר הרכישה.²³⁷

4. זכות חרטה צרכנית: בין המצוי לרצוי

עמדנו לעיל על היתרונות ועל החסרונות והסכנות הגלומים בעיגון זכות חרטה צרכנית גורפת בחקיקה. לדעתנו, כאשר משקללים את כל ההנמקות למתן זכות חרטה חקוקה ואת מידת תקפותן אל מול משקלם הכולל של החסרונות והסכנות הכרוכים בהענקת זכות זו, מתבקשת המסקנה כי לא ראוי לעגן זכות חרטה כללית בחקיקה. מסקנה זו מתחזקת לנוכח העובדה שכוחות השוק עשויים לסייע בהשגת שיווי-משקל יעיל, שבו צרכנים אשר מעוניינים בעסקה המאפשרת זכות חרטה יוכלו, ברוב המקרים, למצוא עסקה שתהלוך את העדפותיהם.

לכאורה ניתן להסתפק בכללים הנוכחיים, אשר מחייבים פרסום של מדיניות ההחזרה באופן בולט אך משאירים את עיצוב תוכנו של ההסדר לשיקול-דעתו של העוסק. עם זאת, ניתן להצביע על גורמים משמעותיים אשר חותרים תחת יעילותם של כללים אלה ופוגעים ביכולתם להוביל לשיווי-משקל יעיל. ראשית, צרכנים רבים – אם לא רובם המכריע – אינם מודעים לפרטי ההסדר החקיקתי.²³⁸ חוסר מודעות זה גורם לכך שהנושא אינו זוכה

235 לממצאים אמפיריים המראים כי דמי הביטול הנמוכים הנהוגים בגרמניה בעסקות מכר מרחוק אינם מרתיעים צרכנים מלממש את זכות החרטה ראו לעיל ה"ש 99.

236 ס' 14(ב) (1) לחוק הגנת הצרכן.

237 נוסף על כך, צרכנים עלולים לא להפנים את היקפם של דמי הביטול במעמד כריתת העסקה בשל היצף מידע (קרי, יכולת הקשב המוגבלת של אנשים, המאלצת אותם להתמקד במספר מצומצם של היבטים בעת קבלת החלטות רכישה).

238 אחד מכותבי מאמר זה שואל את תלמידיו באופן קבוע מהו ההסדר החקיקתי בתחום של ביטול עסקות והחזרת טובין. עד למועד כתיבתן של שורות אלה הופנתה שאלה זו ליותר מאלף סטודנטים, ורק אחד ידע כי קיימת חובה לפרסם את מדיניות החזרת הטובין, כי תוכנו של ההסדר נתון לשיקול-דעתו של העוסק, וכי אי-פרסום המדיניות כאמור מקים חזקה שלפיה

בתשומת-הלב שהוא ראוי לה. בכך פוחת הסיכוי שזכות החרטה אכן תיהפך לרכיב מרכזי בעסקות צרכניות טיפוסיות. מטבע הדברים, חוסר מודעות זה גם מונע צרכנים רבים מלממש את זכותם. כפי שציינו,²³⁹ בתי-עסק רבים אינם עומדים בדרישות החוק והתקנות שהוצאו מכוחו. הפרה מתמשכת של הוראות החוק פוגעת ביכולתם של הצרכנים להפנים את זכויותיהם ולממשן,²⁴⁰ והדבר מונע את כוחות השוק מלהגיע לשיווי-משקל יעיל. לפיכך על גופי הצרכנות והעוסקים בתחום לפעול להטמעת הנושא בקרב ציבור הצרכנים, בין היתר באמצעות פרסום הנושא באתרי אינטרנט שונים, בפרסומים אחרים (דוגמת עלוני מידע לצרכן) ובכלי התקשורת. נוסף על עידוד המודעות הציבורית, יש לתעדף את הנושא כראוי ולהקצות לו את המשאבים הנדרשים לצורך אכיפת ההסדר החקיקתי.²⁴¹ לבסוף, יש להמשיך במאמצים להנגיש את מערכת המשפט לאזרח הקטן, ולוודא כי הפרת חוזים, כמו גם מקרים של הטעיה ועושה ביהסי צרכן-עוסק, יתגלו ויטופלו בין כותלי בית-המשפט. ככל שבית-המשפט יטפל באופן אפקטיבי יותר באותם עוסקים אשר מפירים את חוק הגנת הצרכן ומקשים על הצרכן לממש את זכויותיו, כן יקטן הצורך להתמודד עם פרקטיקות שיווק ומכירה פסולות באמצעות הקניית זכות חרטה גורפת.

על-אף האמור, איננו פוסלים את האפשרות שניתוח זהיר ומדוקדק של ענף מסחר זה או אחר יציב על צורך לעגן בחקיקה זכות חרטה. כפי שכבר ציינו,²⁴² מחוקקים בישראל ובעולם איתרו נקודות אחדות שבהן ראוי להכיר בזכות כאמור. בנקודה זו נבקש לציין כמה "כללי אצבע" באשר למקרים ולנסיבות שבהן ראוי (או לא ראוי) להכיר בזכות חרטה חקוקה.

אינדיקציה מרכזית בהקשר זה היא המצב בפועל באותו ענף. אם כוחות השוק הובילו למצב שבו חלק לא-מבוטל מבתי-העסק כבר מעניקים זכות חרטה, אזי יש בכך אינדיקציה לכאורית ליעילותם של כוחות השוק (ועל-כן לצורך לגלות ריסון חקיקתי). לעומת זאת, יש מקום להתערבות חקיקתית רבה יותר במצבים שבהם יש פערי כוחות או פערי מידע

²³⁹ לצרכן נתונה זכות חרטה. אף שאין מדובר במדגם סטטיסטי מייצג, נראה כי יש בכך משום אינדיקציה טובה לבורותו של הציבור בסוגיה זו.

²⁴⁰ לעיל בה"ש 36.

²⁴¹ ראו גם את דבריו של בית-הדין לחוזים אחדים בעניין המכרו של המדינה, לעיל ה"ש 19, פס' 38, שלפיהם "זכות החרטה הנתונה לצרכן היא זכות מהותית, אשר חשוב להבטיח כי הצרכן יהיה מודע לקיומה... לפיכך, יש לצמצם ככל האפשר את נטיתם הטבעית של ספקים להגביל את השימוש בזכות זו, באמצעות הערמת קשיים על מימושה".

²⁴² ס' 14 לחוק הגנת הצרכן, הקובע חובה להציג מדיניות החזרת מוצרים, אמור להיאכף על-ידי יחידת הממונה על הגנת הצרכן במשרד התמ"ת - ראו ס' 20-22 לחוק.

²⁴³ ראו את הדוגמות המפורטות לעיל בפרק ב. בגרסתן האחרונה, נכון למועד כתיבתן של שורות אלה, שינה משרד התמ"ת את טיוטת התקנות כך שהן יחולו על ענפי מסחר או נסיבות קונקרטיים-ספציפיות. ראו את הודעת משרד התמ"ת לעיתונות מתאריך 2.4.2008, לעיל ה"ש 48.

(על-פי הניתוח שצוין לעיל) בין הצדדים לעסקה הצרכנית, אשר מובילים לתוצאה המוטת לטובת אחד הצדדים.

מעבר לכך, בהבחנה בין שווקים שונים ובין עסקות שונות לעניין זה יש לתת את הדעת למגוון היבטים. האחד הוא אופיו של המוצר. כך, בשווקים ובמוצרים שבהם יש סיכוי לירידת ערך ממשית כתוצאה מהחזרה או תמריץ חזק ל"השכרה" קצרת-מועד מצד רוכשים חסרי תום-לב, אין למהר להקנות זכות חרטה.²⁴³ החזרה של תכשיטים, מוצרים לאחר הרכבה, שמלות-ערב או תמונות אומנות משיתה לרוב עלויות או הפסדים גדולים בהרבה מאשר החזרת ציוד משרדי סטנדרטי או כלי-בית שאריזתם לא נפתחה. כן יש להבחין בין מוצרים שנמכרו במכירה מיוחדת לבין מוצרים שנמכרו במהלך העסקים הרגיל. הצדקות חזקות במיוחד נדרשות על-מנת לאפשר החזרת מוצרים מן הסוג הראשון, מכיוון שלרוב יקשה על בית-העסק למכור את המוצר שנית באותו מחיר ובאותם תנאים.²⁴⁴

נוסף על כך, בעת בדיקת הצורך בעיגון זכות חרטה ניתן להתחשב ולשקלל היבטים דוגמת מורכבות המוצר, מורכבות העסקה והיקפה. ביחס למורכבות המוצר ניתן להבחין בין מוצרים המבוססים על טכנולוגיה מורכבת או מתקדמת (דוגמת מחשב או מכשירי ניווט) לבין מוצרים פשוטים (דוגמת פריטי לבוש סטנדרטיים).²⁴⁵ בנוגע למורכבות העסקה יש מקום להבחין בין עסקה מורכבת, שנכרתת לטווח ארוך או מתחדשת ואשר מערבת גורמים שונים, לבין עסקה קצרת-טווח חד-פעמית ופשוטה.²⁴⁶ בהקשר של היקף העסקה ייתכן שיש מקום להבחין בין עסקות שבהן הסכום המשולם על-ידי הצרכן נמוך יחסית (רכישת מוצרי היגיינה, לדוגמה) לבין רכישות צרכניות שבהן מחיר העסקה גבוה (מוצרי חשמל ואלקטרוניקה, תכשיטים, כלי-רכב וכדומה).²⁴⁷

243 עניין זה מוצא את ביטויו במידה מסוימת כבר כיום ברשימת החריגים שבס' 4(ג) לחוק הגנת הצרכן. ראו לעיל ה"ש 38-41 והטקסט הסמוך להן.

244 אפיונה הקונקרטי של החקיקה חורג מגבולות מאמר זה. בקצרה נציין כי יש מקום לתת את הדעת להבחנה שבין נכס לבין שירות (הרציונלים שמנינו לעיל אינם תקפים באותה מידה לשני סוגי העסקות), למשכה של זכות החרטה (קבועה) – במצב של כשל שוק שסביר להניח שלא יבוא על פתרונו באמצעות כוחות השוק; זמנית – באותם מצבים שבהם חזקה שכוחות השוק יובילו לאיזון הראוי). לנורמות המשפטיות שיעצבו אותה ולמרחב שיקול-הדעת שיינתן לבתי-המשפט (רשימה סגורה או פתוחה, נורמות כלליות ועמומות או מוגדרות ומפורטות).

245 ראו תקנות הגנת הצרכן (אחריות ושירות לאחר מכירה), התשס"ו-2006.

246 לעניין זה ראו גם ס' 13א-13ד לחוק הגנת הצרכן.

247 כאן ניתן לציין שיקולים נוגדים: מחד גיסא, הצרכן זקוק להגנה רבה יותר בעסקות יקרות, מכיוון שהנוק הפוטנציאלי גדול יותר; מאידך גיסא, ניתן לצפות שצרכן המתקשר בעסקה חשובה ומשמעותית יאסוף מידע רב וינקוט אמצעי הגנה ובדיקה רבים יותר.

ד. ביטול העסקה הצרכנית: עסקות מכר מרחוק ומסחר מקוון

בפרק הקודם עמדנו בהרחבה על השיקולים השונים שיש לשקול אגב עיצוב הדין הראוי בכל הנוגע בזכות החרטה הצרכנית בעסקות "רגילות". בפרק זה נשתמש בתובנות ובשיקולים שעליהם עמדנו על-מנת לבחון מהו הדין הראוי ביחס לזכות החרטה הצרכנית בעסקות מקוונות.²⁴⁸ תחילה נדון בהצדקות להגנה מיוחדת על צרכנים מקוונים. לאחר-מכן נדון בסכנות ובחסרונות הגלומים בהענקת זכות חרטה מקוונת. נסכם את הדין בהמלצות ובאפיון קטגוריות שבהן ראוי, לטעמנו, להעניק זכות חרטה חקוקה.

1. ההצדקות להגנה מיוחדת על צרכנים מקוונים

"ראיתי תמונה של עגילים והחלטתי לרכוש אותם מתנה. הובטח שהעגילים יגיעו תוך שלושה ימי עבודה, ובפועל עברו שמונה ימי עבודה עד להגעת העגילים, וגם זאת רק לאחר טלפון... לאחר מכן התברר שהעגילים הם בגודל מיקרוסקופי ממש, ולא דומים לתמונה בכלל. שלחתי פקס ואימייל על ביטול העסקה יום לאחר שהמוצר הגיע אלי... ושלחתי בחזרה את המוצר בדואר רשום. למרות שהמוצר כבר אצלם, והם גבו את מלוא התמורה עליו, אני עדיין רודף אחרי כספי בחזרה. מסקנה, תכשיטים כדאי לראות בחנות ולא לקנות באינטרנט." (דרור, עכו, 16.9.2005)²⁴⁹

בחלק זה נבחן אם צרכנים מקוונים זקוקים להגנה רחבה יותר בהקשר זה מאשר עמיתיהם בעולם הפיזי. כפי שראינו לעיל, המחוקק בישראל (כמו-גם במדינות אחרות) ענה על שאלה זו בחיוב.²⁵⁰ כעת נבקש ליישם את התובנות שהעלינו לעיל ולדון באופן ביקורתי בהצדקות המרכזיות להקניית זכות החרטה בעסקות מקוונות.²⁵¹

(א) חוסר הפנמה והעדר גמירת-דעת

הצדקה ראשונית להגנה זו היא שבעסקות מכר מרחוק (ובעיקר בעסקות מקוונות) הצרכן אינו מבין שמדובר בעסקה סופית, מחייבת ותקפה. כפועל יוצא מכך הוא אינו מפנים את העובדה שלא נתונה לו זכות חד-צדדית לחזור בו מן העסקה לאחר שקיבל את

248 בפרק זה נדון בעסקות מקוונות הנכרתות בתחומי מדינת-ישראל. איננו מתייחסים, במסגרת מאמר זה, לעסקות בין-לאומיות ולסוגיות הנוגעות בכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי.

249 תגובן (טוקבקיסט) מגיב על כתבה של תמר ברזילי "עסקאות וכרטיסי אשראי – איך ומתי אפשר לבטל?" *ynet* 16.9.2005 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3141610,00.html (תגובה 37).

250 ראו לעיל תת-פרק ב4. להגנות בחקיקה הישראלית ראו ס' 14-14 לחוק הגנת הצרכן.

251 הניתוח בחלק זה חופף את הניתוח שערכנו לעיל בחלק ג2. עם זאת, לא כללנו בחלק זה את סוגיית ההגנה על עוסקים הוגנים, מכיוון שלא מצאנו כי המסחר המקוון מתחדש דבר-מה בהקשר זה.

המוצר לידי. על-פי הצדקה מוצעת זו, זכות החרטה הצרכנית נועדה לאפשר לצרכן לחזור בו מעסקה שלא הייתה לו כל כוונה אמיתית, מלאה ושלמה להתקשר בה. אין מקום לקבל הנמקה זו, הן מבחינה מהותית והן מבחינה מתודולוגית. מבחינה מהותית, אין סיבה לסבור כי בימינו, כאשר המסחר האלקטרוני כבר נעשה מקובל ונפוץ, חוזים אשר נכרתים "מרחוק" אינם מאפשרים גמירת-דעת הדומה לזו המאפיינת חוזים בין נוכחים. סביר להניח שרוב הצרכנים המבצעים עסקות באינטרנט כבר הפנימו כי מדובר בעסקה תקפה לכל דבר, שבמסגרתה צדדים מחליפים תמורות קונקרטיות (קרי, קבלת מוצר או שירות תמורת תשלום).²⁵² גם מבחינה מתודולוגית אין לקבל הצדקה זו. הדיון בדבר גמירת-דעתו של הרוכש ראוי שיערך במסגרת דיני ההצעה והקיבול (השלב הטרם-חוזי), ולא במסגרת זכות החרטה. כאשר אי-אפשר ללמוד על גמירת-דעתו של הצרכן הסביר, ממילא לא נכרת חוזה, כך שאין מה לבטל. ולהפך: אם נקבע כי במצב נתון נכרת חוזה, אזי גמירת-דעתו האובייקטיבית של הצרכן כבר הוכחה, ועל-כן אין מקום ואין טעם להעניק לו זכות חרטה בשל פקפוק בגמירת-דעתו. ודוק: איננו טוענים כי לא ייתכן ששיקול-הדעת של הצרכנים נפגם במקרים אלה באופן המצדיק חריגה מהתבניות הרגילות של דיני החוזים הכלליים.²⁵³ כל שאנו טוענים הוא שדיון בפגמים שבשיקול-הדעת הצרכני אין מקומו במסגרת בחינת גמירת-הדעת הצרכנית (כמובנה בפרק א בחוק החוזים (חלק כללי)).

(ב) פערי כוחות

כפי שהסברנו, התערבות בתנאי המסחר ואימוץ זכות חרטה חקוקה ניתן להצדיק בנימוקים המסתמכים על פערי כוחות בין העוסק לצרכן בשתי נקודות-זמן שונות: הראשונה היא עם כריתת החוזה הצרכני, והשנייה – המאוחרת יותר – היא נקודת-הזמן שלאחר כריתת ההסכם (ולעיתים אף לאחר ביצועו). תחילה נבחן את פערי הכוחות בשלב המאוחר יותר, קרי, לאחר כריתת ההסכם. לכאורה, המתווה המקוון מערים קשיים נוספים בפני צרכן המבקש לעמוד על זכותו לבטל את החוזה

252 עסקות שבהן לא מוחלפות תמורות קונקרטיות מעוררות קשיים מסוימים, שבהם אנו דנים במקום אחר. ראו בכר וז'רסקי, לעיל ה"ש 90.

253 בהקשר זה נעיר כי משרד התמ"ת מקדם חקיקה שתרחיב את עילת העושה ותאפשר את אכיפתה באופן אפקטיבי יותר. ראו: "סגן רוה"מ ושר התמ"ת אלי ישי: אישור טיוטא לתיקון חוק הגנת הצרכן תביא לקידום מעמדו של הצרכן" (2007) www.moital.gov.il/NR/exeres/C2B7941B-5160-4FA1-94E9-1BD8D9AA3711.htm. בכך יש משום מענה מסוים לאותן עסקות שבהן מוכרים אגרסיביים מנצלים אוכלוסיות פגיעות, דוגמת קשישים וצרכנים שאינם שולטים בשפה העברית. ודוק: גם כאשר הדיון בגמירת-דעתו של הצרכן באותם מצבים מוביל למסקנה כי נכרת חוזה שאינו נגוע בעושה, בית-המשפט או בית-הדין יכולים עדיין להתערב בתוכן החוזה האחיד, ובכך להגן על הצד החלש לעסקה. ראו, למשל, רע"א 1185/97 מילגרום נ' מרכז משען, פ"ד (נב) 145 (1998). כן ראו עניין טלרפואה, לעיל ה"ש 190; ע"פ (מחוזי חי') 2078/07 מדינת ישראל נ' ב.ד. פריים טריידינג גרופ בע"מ, תק"מ 2007(3) 2541 (2007). נחזור לדון בבעייתיות זו ובדרכי פתרונה בהמשך.

בהתאם לעילה העומדת לו על-פי דין. כדי להביא לידי ביטול כאמור, יידרש הצרכן להבין את היקף זכויותיו על-פי ההסכם שנכרת באופן מקוון, ואשר ייתכן שאינו נגיש לו בנקודת-הזמן המאוחרת שבה הוא מבקש לבטל את העסקה. כמו-כן ייאלץ הצרכן לנהל שיח משפטי עם גורם מרוחק ועלום, אשר לעיתים אינו משיב כלל על פניותיו. מרחקים אלה והעדר הזמינות הגיאוגרפית של העוסק המקוון עלולים להרתיע את הצרכן מלעמוד על זכותו. נוסף על כך, גם העלויות הקשורות למשלוח המוצר בחזרה לעוסק עלולות לגרום לכך שהצרכן לא יחזיר את המוצר.²⁵⁴ על-פי גישה זו, קשיים אלה מצדיקים את עיגונה של זכות חרטה רחבה, ברורה וחד-משמעית.

טענות וחששות אלה במקומם. לעיתים עוסקים מקוונים בוחרים להתעלם מפניות מוצדקות של לקוחות, ולעיתים קשה לצרכן לשחזר או לאתר, במועד המאוחר לכריתה, את תנאי העסקה שכרת. אולם, כפי שצינו לעיל, יש אמצעים ישירים ומתאימים יותר המאפשרים התמודדות עם חששות מסוג זה. דוגמה אחת היא החלטתו של המחוקק להטיל חובות גילוי מוגברות ולהקל על המבקשים לבטל חוזה מקוון בהינתן קיומה של עילה בדיון, דוגמת פגם או אי-התאמה.²⁵⁵ גם עם ההתנהלות הבעייתית של עוסקים אשר אינם מאפשרים לצרכנים לחוות בתנאי החוזה לאחר כריתתו ניתן להתמודד ישירות. זאת, באמצעות רגולציה אשר תמרץ או תחייב עוסקים מקוונים להציג את תניות החוזה בכל עת.²⁵⁶ ייתכנו אומנם פערי כוחות הנובעים מקשיים פוטנציאליים ביצירת קשר עם העוסק, אך מטעם זה בלבד יהא זה בלתי-ראוי להעניק זכות חרטה חקוקה. הענקת זכות זו מהווה תרופה רחבה בהרבה מהחולי שהיא מבקשת לפתור, במיוחד לנוכח העלויות הנוספות וההשפעות העקיפות שעליהן נעמוד להלן.

כעת נעבור לדון בפערי הכוחות בנקודת-הזמן המוקדמת יותר. האם פערי הכוחות בשלב כריתת החוזה המקוון מצדיקים זכות חרטה חקוקה? אנו סבורים כי גם כאן יש לענות על שאלה זו בשלילה. כפי שהסברנו, בשוק תחרותי תהא זאת טעות לסבור כי הצרכן הינו חלש רק משום שהוא מרוחק ונטול כוח עסקי, יחסית לעוסק המבוסס והמתוחכם. יש להבחין בין טענת פערי הכוחות הנטענת ביחס למערכת היחסים הספציפית בין עוסק פלוני לבין צרכן אלמוני לבין טענת פערי הכוחות הנטענת בנוגע למערכת היחסים הכללית (ברמת המקרו) שבין קבוצת העוסקים לקבוצת הצרכנים. טענה אחרונה כללית זו מחייבת בחינה של אופן זרימת המידע המאפיינת את המקרה הנידון והיקפה, ושל כוחם הקולקטיבי של הצרכנים.

254 נציין כי הקניית זכות חרטה אינה מקילה על הצרכן מכיוון שהוא נושא בעלויות ההחזרה של המוצר אגב מימוש זכות החרטה. ראו ס' 14ה(ב) (2) לחוק הגנת הצרכן, הקובע כי בעת מימוש זכות החרטה (לא עקב פגם או אי-התאמה) על הצרכן להשיב את המוצר או הנכס "לעוסק במקום עסקו".

255 ראו ס' 14 (הטלת חובות גילוי מוגברות), 14 (הודעת ביטול יכולה להישלח גם באמצעות הפקסימיליה או תקשורת אלקטרונית) ו-14ה(א) (1) (התוצאות של ביטול עסקה) לחוק הגנת הצרכן.

256 ראו Becher & Zarsky, לעיל ה"ש 155, בעמ' 360. רגולציה זו אינה מכבידה במיוחד, מכיוון שניתן להשתמש באמצעים טכנולוגיים פשוטים וזולים להבטחת זמינות מסוג זה.

כוחו של הצרכן מתבטא בעיקר ביכולתו לאותת את חוסר שביעות-רצונו באמצעות מעבר למוצר של המתחרה. אכן, שווקים מקוונים רבים מתאפיינים בתחרות עזה, ובהם לצרכנים, כקולקטיב, יש כוח רב. יכולתו של העוסק לעמוד על רגליו תלויה בהיענותו המהירה לרצון הצרכנים ובמאבק מתמיד על נתח השוק. לפיכך איננו סבורים כי ככלל נכון לטעון שצרכנים מקוונים נמצאים בנחיתות. המדיום המקוון מגביר את התחרות בין עוסקים בשווקים צרכניים, ועל-כן מקטין דווקא את פערי הכוחות.²⁵⁷ רשת האינטרנט מגשרת בקלות על מרחקים גיאוגרפיים, ובכך מאפשרת לצרכן לבחור בין עוסקים ברדיוס גיאוגרפי נרחב בהרבה. כמו-כן, העדר הצורך בהקמת תשתית פיזית למסחר מוזילה במקרים רבים את עלויות ההקמה של עסקים מקוונים, מורידה את סיפי הכניסה לשוק, ולפיכך מגדילה את התחרות בשוק ומיטיבה עם הצרכן.

כנגד זה ניתן להמשיך ולטעון כי בהקשר המקוון פערי הכוחות האמורים גדלים, היות שהצרכן אינו מסוגל לאותת את העדפותיו לעוסקים באופן אפקטיבי, שכן הוא אינו מתקשר בהסכם או מקבל את הנכס במקום ה"מסורתי" (הוא מקום עסקו של העוסק). תחת זאת הוא כורת את ההסכם (ולרוב גם מקבל את המוצר) בביתו (או במקום עבודתו, במקום לימודיו וכדומה) ובמרוחק ממקום העסק. במצב זה הצרכן ניצב בפני קושי ממשי לאתר את נציגי העוסק כדי להביע לפנייהם את טרונותיו ולהשפיע על צרכנים אחרים (אשר אותם הוא אינו רואה כלל). לעיתים כל שמתאפשר לו לעשות הוא לשלוח הודעה לכתובת דואר אלקטרוני עלומה, מבלי לדעת אם היא פעילה או נבדקת.²⁵⁸ על-פי טענה זו, יש מקום לחזק את מעמדם של הצרכנים הנמצאים במצב זה, ולאפשר להם לקבל סעד עצמי אשר יאזן את כוחם הנחות אל מול עוסקים הפועלים בחסות הרשת.

גם טעון זה אינו משכנע, ואינו מתחשב כיאות במכלול מאפייניה של הזירה הצרכנית המקוונת. ראשית, ייתכן שהמסחר המקוון דווקא מקנה לצרכנים אפשרות טובה יותר לתקשר ישירות עם העוסק, ובמיוחד עם גורמים בכירים יותר בארגון. גורמים מקוונים מפעילים יישומים שונים כדי לאסוף משובים מצרכנים, ולהשתמש במידע זה לצורך שינויה של האינטראקציה העסקית ושיפורה.²⁵⁹ גוסף על כך, צרכנים מקוונים יכולים לחלוק עם צרכנים אחרים את חוויות הרכישה שלהם וללמוד מנסיונם של אחרים במגוון רחב של פלטפורמות הקיימות ברשת,²⁶⁰ אשר ניתנות לאיתור באמצעות מנועי חיפוש. עוסקים רבים מודעים לכוחם של הצרכנים כאמור, וסוקרים מידע מקוון מגוון על-מנת לנסות לתת מענה מהיר לדרישות הצרכנים ובכך להגן על המוניטין העסקי שלהם.²⁶¹ לסיכום, איננו

257 תחרות זו מגיעה הן מהעולם המקוון והן מעבר לו, שכן העולם המקוון והעולם הלא-מקוון מתחרים זה בזה.

258 חלופה אחרת העומדת לרשות הצרכן היא כמונן להעדיף את המוצר של העוסק המתחרה, ככל שיש כוח.

259 דוגמת בלוגים של החברה אשר מאפשרים מתן מענה, פורומים, חוות-דעת ומשובים צרכניים.

260 ראו Becher & Zarsky, לעיל ה"ש 155, בעמ' 320-341.

261 לדיון בנטייתן של החברות לעשות כן ראו: Keith Schneider, *Brands for the Chattering*.

רואים בטיעונים הנטועים בקיומם של פערי כוחות בהקשר זה הצדקות ראויות להענקת זכות חרטה צרכנית חקוקה.

(ג) פערי מידע

ההנמקות המוצקות ביותר להקניית זכות חרטה חקוקה במסחר המקוון נטועות בפערי המידע. את ההנמקות הייחודיות למסחר המקוון אנו מפצלים לשני רבדים: הרובד האחד עניינו העדר יכולת חישה (קרי, מישוש של המוצר); והרובד האחר, הרחב יותר, עוסק בהעמקת פערי המידע באופן כללי במסחר הצרכני המקוון. נדון בדברים כסדרם.

(1) העדר חישה

ההנמקה של העדר חישה נסמכת על קיומם של פערים בלתי־סבירים בין ציפיותיו הסובייקטיביות של הצרכן המקוון הנוגעות במוצר לבין המציאות. למעשה, הצרכן משלם מחיר מסוים בעבור מוצר מבלי שהוא מודע לכך שהוא רוכש מוצר בעל תכונות נחותות יותר. ההנחה היא שאילו ידע הצרכן את המצב לאשורו, נכוונתו להיכנס לעסקה הייתה קטנה או שהוא היה מתמחר אותה במחיר נמוך יותר. על־פי הצדקה זו, פערים אלה נוצרים בשל אי־יכולתו של הצרכן לחוש את המוצר באופן בלתי־אמצעי²⁶² – למדוד אותו ולראותו כפי שהוא במציאות – עובר לרכישה עצמה.²⁶³

אומנם, עוסקים מקוונים מנסים להתגבר על פער זה ולהציג את מרכולתם באופן חזותי.²⁶⁴ אולם האמצעים המקוונים השונים אינם מעניקים לצרכן אותה חוויה חושית בלתי־אמצעית של אדם הניצב בפני מוצר. דוגמה מקובלת לבעיה זו לקוחה מתחום ההלבשה. כל כמה שישתדל מוכר בעולם המקוון להציג את הבגד הנמכר (בדוגמות שלעיל – חולצה או געליים) באופן מדויק, מומחש ונאמן למקור, חוויית הרכישה של הלקוח, המעוניין למדוד את המוצר ולראות (או לחוש) עד כמה הוא הולם אותו, תהיה עדיין חלקית וחסרה. זכות חרטה צרכנית, אם כן, עשויה לתמרץ את המוכר המקוון להציג את מרכולתו באופן מדויק

Masses, N.Y. TIMES, Dec. 17, 2006, available at www.nytimes.com/2006/12/17/business/yourmoney/17buzz.html?ex=157680000&en=a22d2d0b2c252929&ei=5124&partner=permalink&exprod=permalink; Paul Gibler, *Brand Protection in the Age of Customer Engagement*, WISCONSIN TECHNOLOGY NETWORK Mar. 2, 2007, wistechnology.com/article.php?id=3742. נוסף על כך, יש חברות, דוגמת BuzzNetworks הישראלית (אשר נרכשה לאחרונה על־ידי נילסן העולמית), אשר עוקבות אחר אפיקי מידע אלה בעבור החברות, ומעבירות להן את המידע על בסיס תקופתי.

262 ראו, למשל, עניין ערוץ הקניות, לעיל ה"ש 23, פס' 4.

263 באנגלית נוהגים לכנות זאת "the lack of a tactile experience". יושם אל לב כי הגם שחוק הגנת הצרכן מקנה הגנה מיוחדת לרוכשי מוצרים ולרוכשי שירותים כאחד, הנמקה זו רלוונטית למוצרים בלבד. לביקורת ולדיון בהתייחסות השווה של חוק הגנת הצרכן למוצרים ולשירותים ראו אורנה דויטש, לעיל ה"ש 18, פס' 13.2–13.4, 13.12–13.14.

264 תוך שימוש בעזרים דוגמת תמונות, סרטי וידיאו, מערכות שמע וכדומה.

ומוחשי ככל האפשר.²⁶⁵ לפי קו חשיבה זה, דרך מהירה וטובה לסגירת פערי מידע אלה היא באמצעות הענקת הזדמנות לצרכן "לחוש" את המוצר כאשר זה מגיע לידי, ורק לאחר-מכן לקבוע אם זה אכן המוצר הרצוי לו. לשון אחר, ניתן להבטיח הזדמנות ל"חישת" ולחוויית המוצר בדרך בלתי-אמצעית באמצעות יצירת זכות חרטה חקוקה, אשר תאפשר ביטול חד-צדדי מצד הצרכן לאחר שפערי המידע האמורים ייסגרו.

הנמקה זו למתן זכות חרטה חקוקה בעסקות מקוונות נראית לכאורה משכנעת, אולם גם היא אינה מצדיקה הכרה בזכות חרטה גורפת בהקשר המקוון דווקא. ראשית, יש תחומי סחר שבהם היקף החוויה החושית והבלתי-אמצעית במסחר המקוון דומה למדי לזה הקיים במסחר הרגיל. כך הדבר לגבי שירותים, שאותם אי-אפשר כעיקרון לחוש גם בעולם הפיזי.²⁶⁶ שנית, יש תחומי סחר מקוון שבהם טכנולוגיית ה"חישת" מרחוק מתקדמת ומאפשרת חוויה המתקרבת לזו שבעולם הפיזי.²⁶⁷ בתחומים מסוימים ניתן אף למצוא תחליף לחוויית ה"חישת" במועד הרכישה באמצעות בחינת המוצר בחנות "פיזית" עובר לרכישה,²⁶⁸ באמצעות הסתמכות על יישומי ה-Web 2.0²⁶⁹ לצורך איסוף מידע "חי" ומוחשי באשר לעסקה ולתכונות הממכר,²⁷⁰

265 תיאורטית ניתן להבין הנמקה זו כאיתות המופנה לעוסק ברשת האינטרנט: הצגת המוצר באופן לא-מדויק או לא-נאמן למקור תוליד פער ציפיות אצל הצרכן, אשר יצדיק את ביטול העסקה.

266 עם זאת, בהקשר המקוון נוצר פער מידע בשל החוסר בנציג מכירות זמין אשר יספק הסברים בקשר לשירות. נחזור לנקודה זו בהמשך.

267 ראו את הדיון התמציתי לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 264-265. כן ראו: Jennifer LeClaire, *Online Sales Soar, Apparel Tops List* May 14, 2007, www.newsfactor.com/story.xhtml?story_id=03300275W480. לדוגמה נוספת ראו את אגף התאורה באתר של חברת IKEA, שם מודגמת בצורה יפה הדרך שבה יאירו גופי תאורה שונים בסביבות שונות - www.ikea.co.il/?catid={DE285DEE-E64F-4131-99AA-20DDFA670B40}.

268 חברות כגון נייקי וגאפ הן אך שתי דוגמות מתוך מגוון עצום של חברות המוכרות מוצרים הן בעולם האמיתי והן באמצעות האינטרנט. ראו www.gap.com; www.nike.com. חשוב עם זאת לציין כי מימוש אפשרות זו מייקר את עלויות העסקה ועל-כן עלול לפגוע באטרקטיביות שלה במקרים רבים.

269 המונח "Web 2.0" מתייחס למגוון של תופעות מקוונות שעניינן יצירת תוכן, דירוג וכדומה על-ידי הגולשים ברשת האינטרנט.

270 מוכרים רבים משלבים באתריהם יישומי Web 2.0, שבמסגרתם הצרכנים משתפים זה את זה בדבר נסיונם עם המוצר, וכך מספקים לכלל הצרכנים המתעניינים מידע ממשי יקר-ערך. ראו LeClaire, לעיל ה"ש 267: "There is so much Web 2.0 hype and user-generated content... Retailers have found a way to leverage that with content like customer reviews that allow shoppers to hear what products are really like directly from other customers. In the example of apparel, they can find out whether the clothing runs large .or small".

או באמצעות סרטוני המחשה.²⁷¹ בעסקות הנכללות בקטגוריות אלה אין מקום להכיר בזכות חרטה חקוקה בהקשר המקוון בטענה של העדר חישה. מעבר לכך, ההנמקה של העדר חישה מסתמכת על ההנחה שצרכנים מקוונים אינם מסוגלים להעריך נכונה, במועד כריתת החוזה, כי אי-יכולתם לחוש את מושא העסקה באופן בלתי-אמצעי יוצר פערי מידע העלולים לפגוע באטרקטיביות העסקה. אנו סבורים שאם צרכנים יודעים מראש (למצער בסוגי עסקות מסוימים) כי הם עלולים לסבול מפערי מידע בשל העדר חישה, חוקה עליהם שיידעו לתמחר את העסקה בהתאם, לנקוט אמצעי זהירות נאותים או לאותת את העדפתם לעסקות הכוללות זכות חרטה (וולונטרית) בהיקף ובתנאים הנחוצים.²⁷² נתייחס להנחה זו ולהשלכותיה בהמשך.²⁷³

(2) העמקת פערי המידע

ההצדקה המרכזית השנייה לקיומן של הגנות צרכניות בעסקות מקוונות במסגרת הטיועון הבסיסי של פערי מידע היא שבעסקות מקוונות מעמיקים פערי המידע בין העוסק לצרכן בכל הנוגע בעסקה, בחווה הנלווה לה ובהשלכותיה העתידיות. פערים אלה נובעים מבידודו היחסי של הצרכן המקוון ומן ה"התממשקות" השונה עם עוסקים וצרכנים אחרים שהינה מנת-חלקו בחוויה זו. כפי שנסביר מיד, בידוד זה, שלרוב אינו נחלתו של הצרכן בעולם הפיזי, עלול לכאורה לפעול לרעתו של הצרכן המקוון בכמה מישורים. עסקות מקוונות מתאפיינות בהעדר תקשורת ישירה בין הצדדים לעסקה. בעסקה רגילה הנכוחות המשותפת של הצדדים לעסקה מאפשרת לצרכן להיעזר במוכר, לשמוע את הסבריו, לשאול אותם שאלות, ואולי אף לבקש ממנו לשנות רכיבים מסוימים במוצר, בשירות או בחווה המסדיר את יחסי הצדדים. בעסקה הנכרתת ברשת האינטרנט, לעומת זאת, "אין עם מי לדבר". הצרכן המקוון אינו יכול להיעזר במוכר, ואינו יכול לנהל עימו משא-ומתן. זאת ועוד, הצרכן אינו יכול להתרשם באופן בלתי-אמצעי משפת הגוף של המוכר, ממחוותיו המילוליות והפיזיות ומהבעות-פניו. נוסף על כך, ובניגוד לעסקה הנערכת בעולם הפיזי, בעת "ביקור" אצל העוסק הווירטואלי, הרוכש אינו יכול לאסוף מידע מצרכנים אחרים אשר רוכשים מוצרים זהים או דומים. הרוכש הפוטנציאלי אינו יכול לשאול לדעת אחרים על המוצר או לצפות בצרכנים אחרים אשר משיבים את המוצר לעוסק, מבקשים לערוך בו שינויים או מתלוננים על איכותו. זוהי הצדקה פוטנציאלית להענקת "תקופת למידה" לצרכן המקוון, שבמסגרתה יהיה המוצר ברשותו. ההנחה היא שבתקופה נתונה זו יוכל

271 ראו, למשל, "סרטונים מקדמים מכירות של נעליים" פורום שיווק 1271, 3 (2008). על-פי כתבה זו, השימוש בסרטוני הדמיה/המחשה של נעליים נועד "לתת ללקוחות חוויה קרובה יותר לזו של החנות המוחשית". בעקבות סרטוני ההדמיה נרשם גידול של 44% במכירות. זאת, על-אף הבעייתיות שבהצגת פרטי לבוש למכירה מקוונת, כפי שהוסבר לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 264-265.

272 ראו את הדיון בבעיית פערי המידע לעיל בחלק ג(ב).

273 טיעון זה, כמו-גם טיעון נגדי, ראוי שיתבססו על ממצאים אמפיריים מתאימים. למיטב ידיעתנו, ממצאים כאלה אינם קיימים.

הצרכן המקוון לגשר על פערי המידע האמורים ולהחליט אם ברצונו לשמור את המוצר. גם בנקודה זו ראוי לסייג את הטיעון האמור בכמה אופנים. פערי המידע, אשר נוצרים לכאורה בשל בידודו היחסי של הצרכן המקוון, זוכים במענה מכמה כיוונים. לרשות הצרכן המקוון עומדים מקורות מידע ומינים ומגוונים ביותר. מקורות אלה מאפשרים איסוף מידע בקשר לעסקה, לאפיון המוצר ולחווה המסדיר את העסקה. מקורות אלה ניוונים מסוחרים אחרים, מגופי ביקורת וצרכנות שונים, ובעיקר מצרכנים מנוסים אחרים. כל אלה מעניקים במקרים רבים מענה מידי וטוב למדי²⁷⁴ לשאלות צרכניות שעשויות להתעורר אצל הצרכן המקוון. פורומים, בלוגים ורשתות חברתיות, אשר נגישים כולם באמצעות מנועי חיפוש שונים, מאפשרים לצרכנים לצמצם את פערי המידע.²⁷⁵ לנוכח כל זאת, ובהינתן מאפייניו של ה-Web 2.0, קשה להצדיק יחס קטגורי שונה לעסקות מקוונות מטעם זה בלבד. זאת ועוד, לעיתים דווקא הימצאותו של מוכר בקרבת הצרכן טומנת בחובה סכנות פוטנציאליות לא־מעטות מבחינתו של הצרכן. הרצון להימנע מתחושת חוסר נעימות כלפי המוכר מניא את הצרכן מלהציג שאלות מסוימות או מלברר עניינים המעידים על חשדנות.²⁷⁶ כמו־כן, מוכר עלול לנקוט טקטיקות מכירה מניפולטיביות שישפיעו על הצרכן באופן שיעודד קבלת החלטות לא־זהירה. בעולם הווירטואלי, שבו אין אינטראקציה אנושית וישירה בין המוכר לבין הקונה, חששות אלה מאבדים מתוקפם. שיקולים אלה יעמדו לפנינו להלן, כאשר נחזור ונבחן באילו מצבים מוצדק להעניק זכות חרטה חקוקה במסחר המקוון.

(ד) אמון הציבור במדיום האינטרנטי

הצדקה אפשרית נוספת להגנה יתרה על הצרכן במרחב המקוון מבקשת לראות בזכות החרטה הצרכנית אמצעי המיועד לקדם את אמון הציבור במסחר האלקטרוני (וזאת מעבר לקידום אמון הציבור בשווקים באופן כללי). אכן, סקרים שונים מעידים כי חלקים גדולים מן הציבור נרתעים עדיין מביצוע עסקות באמצעות האינטרנט. כך, למשל, מסקר שנערך על־ידי חברת InterSight עולה כי 49% מהגולשים חוששים מביצוע פעולות כלכליות או בנקאיות ברשת, וכי 71% חוששים ממסירת פרטי כרטיס אשראי במהלך עסקה מקוונת.²⁷⁷ סקר אשר נערך על־ידי ארגון אמון הציבור ופורסם במרס 2006 מצביע גם הוא על מגמה דומה.²⁷⁸ התקווה היא שעגיגונה של זכות החרטה בחקיקה יאפשר לצרכנים להתגבר, ולו

274 לא מן הנמנע שאיכות המענה שהצרכן המקוון מקבל לשאלותיו גבוהה מזו שניתן לצפות לה בעולם האמיתי. זאת, בין היתר, בשל מגוון המקורות העצום ברשת האינטרנט.

275 ראו גם Becher & Zarsky, לעיל ה"ש 155.

276 כן ראו לעיל ה"ש 156. גורמים חברתיים הינם אחת הסיבות – גם אם לא העיקרית – לאי־קריאת חוזים צרכניים. ראו והשוו בכר וז'רסקי, לעיל ה"ש 90, בעמ' 468.

277 ראו "סקר: 49% מהגולשים בישראל חוששים מקניה ברשת" ynet 8.5.2007. www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3397227,00.html. הסקר הוזמן על־ידי חברה, ואינו זמין לעיון הציבור.

278 ראו "סקר צרכנים: האם אתה חש בטוח לרכוש באתרי מכר באינטרנט?" אמון הציבור (29.3.2006) www.emun.org/ptrust/wc.dll?ptweb-surveyshow-&SURVID=100002

במידה חלקית, על חששות אלה.

בעוד שתי ההנמקות הראשונות מתמקדות בנחיתותו של הצרכן ובקידום ישיר של האינטרסים שלו, הנמקה שלישית זו מתמקדת דווקא באינטרס הכלכלי של העוסק להגביר את אמון הציבור ברשת האינטרנט. מעבר לכך, בהגברת אמון הציבור בשוק המקוון מעורבים אינטרסים נרחבים יותר של המדינה ככלל. למדינה יש אינטרס לעודד את השימוש בתשתיות תקשורת למסחר, כדי לפתח תחומים אשר יגבירו את התחרות וההיצע במגוון של שווקים למצרכים ולשירותים. נוסף על כך, מבחינה חברתית ולאומית, התפתחות המסחר המקוון עשויה לסייע בהקטנת הפערים בין המרכז לפריפריה.²⁷⁹ באמצעות מסחר כאמור יוכלו תושבי הספר ליהנות ממגוון ומתחרות אשר עד עתה היו שמורים לתושבי המרכז בלבד. באופן דומה, עוסקים הפועלים בפריפריה יוכלו לשווק את מרכולתם בקלות רבה יותר לאזורים מרכזיים, למרות מקום שבתם המרוחק.

אנו סבורים כי גם הנמקה זו אינה נקייה מספקות. על פניו, אם אכן יש צורך בחיזוק אמון הציבור, וככל שזכות חרטה אכן מחזקת אותו, חזקה על העוסקים המקוונים שידעו לאפייין צורך זה ולתת לו מענה באופן וולונטרי. במילים אחרות, אם זכות חרטה אכן עשויה לקדם את המסחר המקוון, אזי לעוסקים יש תמריץ כלכלי להעניק זכות חרטה, ולפיכך אין צורך ברגולציה חיצונית לצורך השגת האמור. כל זאת על בסיס ההנחה שצרכנים אכן מסוגלים לאותת באופן אפקטיבי את העדפתם ביחס לזכות החרטה.

נוסף על כך, להעדר אמון הציבור במערכת המקוונת יש כמה סיבות, אשר חלקן אינן קשורות בהכרח להענקת זכות חרטה. כך, למשל, יש החוששים מהמסחר המקוון עקב רתיעתם מטכנולוגיות חדשות; יש המוצאים את תהליך הרכישה באינטרנט מבלבל, מסורבל או מתסכל;²⁸⁰ רבים אחרים מסתייגים מבעיות הפרטיות והאבטחה (האמיתיות או

על-פי תוצאות הסקר, 43% מן הגולשים תופסים את העסקה המקוונת כ"מסוכנת", 40% חשים ביטחון רק בעסקות שנערכות עם אתרים שהתחייבו להתנהל לפי כללים ברורים וליטול אחריות לכל מוצר שנמכר דרכו, ו-6% חשים ביטחון רק בעת רכישת מוצרים בעלות של עד 100 שקלים. חשוב לזכור כי הסקר נערך בין הגולשים באתר אמון הציבור, ואינו מייצג את כלל האוכלוסייה. מחד גיסא, סביר להניח שהחשש בקרב הציבור הרחב גדול יותר, מכיוון שהסקר נערך בקרב גולשי אינטרנט. חלק מהאוכלוסייה אינו גולש באינטרנט, וסביר להניח שחששם של אלה שאינם גולשים ברשת מפני ביצוע רכישות מקוונות גדול אף יותר. מאידך גיסא, הגולשים באתר ארגון אמון הציבור הינם מטבעם צרכנים מודעים ודרוכים המעדיפים, על פניו, הגנה צרכנית חזקה יותר. כך או אחרת, נתון זה מספק בהחלט אינדיקציה ראשונית באשר למידת האמון שהציבור רוחש כלפי פלטפורמת המסחר המקוון.

279 אנו מודים לניבה אלקין-קורן על הערה זו.

280 ראו: JOHN B. HERRIGAN, ONLINE SHOPPING: INTERNET USERS LIKE THE CONVENIENCE BUT WORRY ABOUT THE SECURITY OF THEIR FINANCIAL INFORMATION (2008), available at www.pewinternet.org/~media/Files/Reports/2008/PIP_Online%20Shopping.pdf. על-פי מחקר זה: "More than half of internet users encounter frustrations and other frictions in the course of online shopping" (שם, בעמ' i).

המדומות) אשר מתעוררות בהקשרים אלה.²⁸¹ לפיכך, בטרם מאמצים זכות חרטה חקוקה על בסיס הצדקה זו, יש לבחון אם התרופה הנידונה אכן תגביר את האמון במערכות המסחר המקוונות ואת השימוש בהן.

2. זכות החרטה בסביבה המקוונת: עיון מחודש בחסרונות ובסכנות

בבואנו לבחון את הצורך בעיגון זכות חרטה חקוקה במסחר מקוון ואת ההצדקה לו, עלינו לבחון את השלכותיה וחסרונותיה של זכות זו בהקשר של מסחר מקוון. לפיכך, בחלק זה נשוב ונבדוק אם החסרונות והסכנות שמנינו בחלק 3 לעיל תקפים גם לעסקות מקוונות, ובאילו מידה.²⁸² דיון זה יאפשר לנו להצביע על ההסדר הרצוי ביחס לזכות חרטה צרכנית מקוונת.

(א) עלויות ההחזרה (לרבות הונאות) וגלגולן

הבעיות והעלויות הנובעות מהצורך בקיומו של מערך החזרה, שעליהן עמדנו לעיל,²⁸³ רלוונטיות גם לשוק המקוון. אומנם, בעסקות מעין אלה החוק²⁸⁴ מתיר לעוסק לגבות דמי ביטול בשיעור שלא יעלה על 100 ש"ח או 5% משווי העסקה (הנמוך מביניהם).²⁸⁵ כמו-כן, העדר נקודות מכירה פיזיות בשרשרת המסחר האמורה עשוי להפוך את תהליך קליטתם של המוצרים בחזרה למהיר וליעיל יותר, ובכך להפחית במידת-מה את העלויות הנלוות להחזרת מוצרים. אולם העלויות הכרוכות בקליטת מוצרים אלה (לרבות המעקב אחריהם במהלך שינועם בחזרה), במיונם בחזרה לנקודות המכירה, ההפצה או השיווק, ובבלאי הנגרם להם בתהליך זה אינן טריוויאליות. עלויות אלה עשויות לעלות – ובאופן משמעותי – על תקרה חקוקה זו. לכן בעיית העלויות הנלוות לחרטה הצרכנית שרירה וקיימת גם במסחר המקוון.

התשתית המקוונת עלולה להחריף את בעיית ההונאות. העדר ממשק ישיר ואישי בין ה"רוכש/שואל" לבין המוכר עלול להפחית את הרתיעה מלהחזיר מוצרים, ולפגוע ביכולתו

281 שם. המחקר קובע כי: "most online Americans have high levels of concern about sending personal or credit card information over the internet".

282 דיוננו לעיל בזכות החרטה בעסקות "רגילות" כלל גם דיון בבעיות של צמצום מרחב הבחירה של הצרכן ומניעת האפשרות להשתמש במדיניות החזרת מוצרים ליברלית כ-proxy לאיכות המוצר או השירות. איננו רואים הבדלים משמעותיים בהקשרים אלה בין העולם הפיזי לעולם המקוון, ולכן לא נשוב לדון בבעיות אלה כאן.

283 כך, במקרה של הפעלת זכות החרטה על-פי ס' 14(ב) לחוק הגנת הצרכן.

284 ראו ס' 14(ב) לחוק הגנת הצרכן, וטקסט סמוך לה"ש 49.

285 אם תתקבל הצעת משרד התמ"ת להעניק זכות חרטה צרכנית שאינה מותנית בדמי ביטול (ראו טיוטת התקנות, לעיל ה"ש 45), ייתכן שגם זכות החרטה הצרכנית בעסקות מכר מרחוק תתוקן כך שלא ייגבו דמי ביטול. תיקון מעין זה יחריף את בעיית העלויות, כמובן.

של העוסק לסרב לקבל את המוצר בחזרה בטענה שנעשה שימוש הפוגע בערך המוצר.²⁸⁶ מצד אחר, הונאות "קשות" של זיוף חשבונות או גנבת מוצרים ממדפים והחזרתם כחדשים תוך בקשת זיכוי עשויות להיות סבוכות יותר לביצוע. היכולת של סוחרים לנהל מעקב מדויק אחר מוצרים בשוק המקוון עשויה לסייע להם במאבק בנסיונות מרמה אלה. ברור שהעלויות הנלוות להכרה בזכות חרטה חקוקה חותרות תחת ההצדקות העומדות בבסיסה של הכרה זו. הראשונים שיישאו בעלויות הנובעות מזכות חרטה צרכנית יהיו העוסקים המקוונים. העלויות שיושאו על העוסקים המקוונים בגין החזרת מוצרים יפגעו ברווחיהם, ולפיכך יקטינו את התמריץ להמשיך לפתח שוק זה ולהתחרות בו. כפי שציינו לעיל, פיתוח המסחר המקוון הינו אינטרס מדינתי-כללי, אשר בבסיסו הצדקות כלכליות וחברתיות.²⁸⁷ זכות חרטה חקוקה עלולה לפגוע בהגשמת אינטרס זה. כמו-כן, וכפי שציינו בהקשר הכללי, העוסקים ינסו (ככל שכוחות השוק יאפשרו להם)²⁸⁸ לגלגל את העלויות הנוספות הנגרמות מקיום זכות חרטה חקוקה על מכלול הצרכנים, תוך ייקור מוצרים ושירותים. הן צמצום הרווח הקמעונאי והן עליית המחירים הצפויה עלולים להשפיע לרעה על היקף העסקות ברשת האינטרנט, ובעיקר על היחס שבין עסקות הנעשות במדיום המקוון לבין עסקות שנכרתות בעולם הפיזי. כאן נעיר כי אחת הדרכים המרכזיות שבהן עוסקים מקוונים מנסים לבדל את עצמם מסוחרים בעלי נוכחות "פיזית" היא באמצעות הצעות מחיר אטרקטיביות.²⁸⁹ אם משיתים על עוסקים

286 כך, למשל, כאשר עוסק יקבל לידי מוצר עם בלאי, יוכל הצרכן לטעון כי הבלאי נגרם אגב המשלוח. טענה זו לא תעמוד בעת החזרת מוצר לחנות בעולם הפיזי.

287 ראו את הטקסט הסמוך לה"ש 279.

288 קשה מאוד להעריך (ועל-כן אנו נמנעים מלעשות כן) למה יובילו כוחות השוק בהקשר זה. מחד גיסא, ייתכן שעלויות ההקמה הנמוכות וכן גורמים נוספים ייצרו תחרות רבה יותר בין עוסקים, אשר לא תאפשר את גלגול העלויות כאמור. מאידך גיסא, אנו מודעים לאחרונה לתופעות של התרכזות – דווקא בשוק המסחר האלקטרוני – אצל מספר מצומצם של "עושי שוק" בעלי מוניטין ופלטפורמה פופולרית, מה שיכול להוביל דווקא לכוח שוק רב יותר לעוסקים. עוד ישפיעו לעניין זה היבטים ספציפיים הנוגעים בדרגת קשיחותם של הביקושים בתחום זה ובמרכיבים נוספים אשר קשים לחיזוי. יצוין כי בנקודה זו לא ראוי לטעמנו לבחון אם בעת הזאת עוסקים מצליחים לגלגל עלויות אלה בפועל, היות שהתחרות בין המסחר המקוון לבין זה שבעולם הפיזי נמצאת עדיין בתחילתה, וכוחם של המוכרים הווירטואליים ישתנה מן הסתם בשנים הקרובות.

289 לדוגמה אחת ראו את ההשוואה של מחירי מצלמות דיגיטליות ברשתות הגדולות בארצות-הברית, זמין ב-" www.digitalcamera-hq.com/digital-cameras/why-shop-online "its-cheaper-digital-cameras_roundup.html. תוצאות ההשוואה מלמדות כי: "Far and away, online shopping for digital cameras was much cheaper". לדוגמה נוספת, העוסקת בהשוואת מחירי תרופות בחנויות פיזיות ובהנויות מקוונות, ראו [www.health.gov.au/internet/nhhrc/publishing.nsf/Content/063-choice/\\$FILE/063%20Choice%20Attachment.pdf](http://www.health.gov.au/internet/nhhrc/publishing.nsf/Content/063-choice/$FILE/063%20Choice%20Attachment.pdf). נתוני ההשוואה מלמדים כי: "Prices on average for all five drugs were lower online than in traditional pharmacies".

מקוונים עלויות נוספות אשר ייחודיות להם בלבד (להבדיל מזכות חרטה כללית על כל סוגי העסקות), פוגעים ביכולתם להתחרות בעוסקים של העולם הפיזי על-דרך מתן הצעות מחיר אטרקטיביות.²⁹⁰ בכך מובילה החקיקה, אשר במקורה ביקשה לפתח את המסחר הדיגיטלי ולקדמו,²⁹¹ דווקא לפגיעה בו.

(ב) בעיית הפרטיות והפליית צרכנים

כפי שהסברנו לעיל,²⁹² הענקת זכות חרטה עלולה לתמרץ עסקים למצוא דרכים לעקוב אחר התנהגותו של הצרכן ולאחר, כבר במועד ביצוע העסקה, צרכנים "מועדים" (נצלנים, רמאים או בררניים במיוחד). בהינתן אמצעי המעקב וההתחקות הנמצאים כיום בשימוש ברשת האינטרנט, סוחרים בעולם המקוון יוכלו ליצור מאגרי מידע כאלה באופן יעיל אף יותר מן הסוחרים בעולם הפיזי. הם אף יוכלו להשתמש במאגרי המידע שברשותם בצורה אפקטיבית יותר, תוך הפעלת אלגוריתמים מתוחכמים לצורך זיהוי משתמשים בעלי מאפיינים "חשודים" וחסמת אותם צרכנים מביצוע עסקות. נוסף על כך, עוסקים מקוונים יוכלו לנצל את העובדה שהממשק האינטרנטי הינו אישי כדי לנקוט מדיניות תמחור ומכירה שונה לכל רוכש. זאת, בהסתמך, בין היתר, על מידע שהופק בתהליך התחקות זה.²⁹³ גם בהקשר המקוון, הסתפקות בזכות חרטה וולונטרית עשויה למתן חששות אלה. אמת, גם במשטר וולונטרי יש לסוחרים תמריץ להפלות בין צרכנים. עם זאת, סוחרים יוכלו לעשות כן באמצעות התוויית מדיניות החזרה שונה לצרכנים שונים, בהתאם לסיכון שיצרה התנהלותם הקודמת. כלומר, לקוחות "נאמנים" שהעסק הפך ביקרם יקבלו זכות חרטה נדיבה יותר מזו שתוקנה ללקוחות "בעייתיים". אף שגם התנהלות זו טומנת בחובה מעקב אחר צרכנים, תוצאות המעקב אינן כה דרסטיות כפי שתוארו לעיל (במצב שבו זכות החרטה חקוקה). נוסף על כך הן נחזות כהוגנות יותר, וקושרות קשר הדוק יותר בין חששו

290 לכאורה היה אפשר לחזק טענה זו באמצעות השוואה בין המסחר הדיגיטלי במדינות (כאצות- הברית) שבהן אין זכות חרטה חקוקה לבין המסחר הדיגיטלי במדינות שבהן יש זכות כאמור (גרמניה, ישראל). היות שהיקף הצלחתו של מסחר זה מושפע מכמות רבה מאוד של משתתפים מתערבים (כגון היקף המסחר ועוצמת החברות הפועלות בתחום, היקף התשתית הדיגיטלית ועוד), אנו סבורים כי השוואה כאמור הינה שטחית, ולא תוכל להוביל למסקנות אופרטיביות לענייננו.

291 על-פי אתר משרד התמ"ת, אחת הסיבות המרכזיות לחקיקה הצרכנית במסחר האלקטרוני (אשר הובילה להכרה בזכות החרטה) היא הרצון להגביר את אמונם של המשתמשים ברשת האינטרנט. ראו יצחק קמחי "הגנת הצרכן במסחר אלקטרוני" (2005) www.moit.gov.il/NR/eres/D219F2D5-2F86-4177-AD7A-3D9E9673DDEA.htm.

292 בטקסט הסמוך לה"ש 214.

293 בשל אופיו של הממשק האינטרנטי, ייתכן שעוסקים ינקטו אסטרטגיה זו אף ללא ידיעתם של הצרכנים, אשר פעמים רבות אינם מודעים לכך שעמיתיהם זוכים ביחס שונה. אולם, כפי שציינו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 274-275, הצרכן המקוון אינו מבודד מעמיתיו, כך שאסטרטגיה זו עלולה להתגלות ברבים ולפגוע במוניטין של העוסק.

של המוכר לבין האמצעי הננקט. כמו־כן, במקרים שבהם הקניית זכות חרטה תשית עלויות גבוהות או שאיסוף המידע יעורר כעס צרכני רב, העוסקים יכולים לצמצם את זכות החרטה למכלול הצרכנים, ובכך לייתר את אמצעי המעקב הפוגעניים האמורים.

(ג) חרטה, בזבזנות וצריכה לא־מתונה בשוק המקוון

נראה כי התבונה המעניינת ביותר העולה מבחינת ההשלכות השליליות של זכות החרטה בהקשר המקוון מתגלה בבדיקת ההשפעות הפסיכולוגיות העקיפות של הקניית זכות חרטה בשוק זה. הסברנו לעיל כי הענקת זכות חרטה אינה מסייעת בסופו של יום לצרכן, ועלולה לעודד רכישות פזיזות. לצורך ביסוס טענה זו הסתמכנו על כמה תובנות התנהגותיות. לטעמנו, ההנמקות האמורות תקפות ביתר שאת לרכישות צרכניות הנעשות באמצעות האינטרנט.²⁹⁴

המסחר המקוון מתאפיין בקוצר־רוחם של הגולשים־הרוכשים הפוטנציאליים ובחתימה לסיפוק מהיר ומיידי בכל הנוגע בביצוע פעולות שוטפות והזמנות רכישה.²⁹⁵ יתר על כן, הרכישה המקוונת נעשית לרוב מהבית ובשעות הנוחות למשתמש, בלי לחץ והפרעות חיצוניות־סביבתיות. לפיכך, כאשר מצטרפת למאפיינים אלה הידיעה כי הרכישה ניתנת לחרטה, הפיתוי של הצרכן להתקשר בעסקות שאין לו בהן צורך עלול לגבור עוד יותר.²⁹⁶ כפי שהסברנו, העובדה שזכות החרטה תעודד רכישות פזיזות הינה אך חלק אחד בתיאור הבעיה. הבעיה מתחדדת לנוכח העובדה שאל מול הקלות הרבה ברכישה, באים הסרבול והקושי הנלווים לאקט ההחזרה. אנו סבורים כי קושי זה אינו זוכה לרוב בתמחור זהיר ומלא מצד הרוכש במועד כריתת העסקה. במועד זה הצרכן הממוצע מתמקד בחוויית ההווה (היא חוויית הרכישה) ובבחירת המוצר המתאים לצרכיו, ולא בשקלול הסיכויים שהמוצר

294 כפי שהסברנו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 225-227, זכות חרטה חקוקה משמעה עידוד מדינתי לצריכה לא־מתונה. זאת, להבדיל מעידוד צריכה לא־מתונה הנעשה על־ידי גורמים מסחריים, המונעים בעיקר על־ידי תמריצים כלכליים.

295 ראו, למשל, ליאור הנר "גולשים באינטרנט מוכנים להמתין עד 4 שניות לטעינת אתר - אחרת הם נוטשים" **TheMarker** 14.11.2006 www.themarker.com/tmc/article.jhtml?El=14.11.2006_TheMarker_14.11.2006_641&origin=ibo&layer=headlines&layer2=&layer3=ementId=1h20061114_641 כדי לגשר על הפער שבין החתימה לסיפוק מהיר ומיידי בביצוע הזמנת המוצר לבין הזמן החולף עד לקבלת המוצר, עוסקים שונים מציעים שירות הספקה מהיר במיוחד. ראו, למשל, רויטל סלומון "לטובת חסרי הסבלנות: נענע שופס מבטיחה לספק ללקוחות מוצרים הנקנים באתר בתוך 90 דקות מרגע ההזמנה" **TheMarker** 14.6.2006 www.themarker.com/tmc/article.jhtml?fromHasot=true&ElementId=%2Fibo%2Frepositories%2Fstories%2Fm1_2000%2Fskira20060614_434.xml&origin=ibo&layer=hightech&layer2=coupon&layer3=ementId=1h20060614_434

3. עוד ראו התייחסות לכך אצל: Robert A. Hillman & Jeffery J. Rachlinski, *Standard-Form Contracting in the Electronic Age*, 77 N.Y.U. L. REV. 429, 480 (2002)

296 ראו: Robert A. Hillman, *Online Boilerplate: Would Mandatory Website Disclosure of E-Standard Terms Backfire?* 104 MICH. L. REV. 837 (2006)

לא יתאים לצרכיו או בתמחור הקשיים הפוטנציאליים שעלולים להתלוות להחזרת המוצר. כאשר הצרכן מבקש להחזיר את המוצר, הוא מגלה במקרים רבים כי אין לו כתובת פיזית שאליה הוא יכול להחזיר את המוצר. במקרים אלה הוא נדרש לרוב לשלוח את המוצר בחזרה בדואר, לעיתים תוך ביטוחו – תהליך שגזול משאבים לא־מבוטלים של זמן וקשב.²⁹⁷ אך מעבר לכך, מחקרים שנערכו בעניין זכויות החרטה במסחר מרחוק הראו כי במצבים אלה ה־endowment effect היה מובהק יותר, ומנע במצבים מסוימים את מימוש הזכות.²⁹⁸ הסבר אפשרי אחד לממצא זה הוא שבעסקות מכר מרחוק חולף זמן ממושך יותר עד למועד קבלת המוצר, ולכן חולף גם זמן רב יותר עד לשלב שבו על הצרכן להחליט אם הוא מעוניין להשיב את המוצר הנרכש ולבטל את העסקה.²⁹⁹ בפרק־הזמן שבו הצרכן מצפה להגעת המוצר מתחזק הקשר שלו אליו. התחזקות זו עלולה להניא אותו מלוותר על המוצר ולהחזירו. לפיכך, בהקשר של מסחר מקוון נראה כי יש סיכויים רבים יותר שזכות חרטה – הנתפסת בשלב של כריתת העסקה כזכות חשובה וישימה – לא תגן על הצרכנים (אשר מסיבות התנהגותיות יעדיפו לא לממש את הזכות), אלא אך תשלה אותם ותשטש את ערנותם, ולכן תרע עימם. בסופו של יום, זכות החרטה תגביר את הפיתוי של הצרכן לרכוש מוצר שאין לו צורך בו, והוא יימנע מלהשיב את המוצר עקב מאפייני ההתנהלות האנושית.

(ד) עקרון האחריות האישית

החשש לפגיעה בעקרון האחריות האישית, שלפיו על אדם לקבל אחריות להחלטותיו, גובר כאשר דנים בזכות חרטה צרכנית לעסקות מקוונות. במימד המקוון הפיתוי הצרכני להתחרט ו"להיעלם" עלול להיות גבוה יותר. זאת, בעיקר בשל העדר החשש מפני הוקעה חברתית או פגיעה במוניטין ובאמינות של הצרכן המתחרט.³⁰⁰ על אלה נוספת היכולת להשתמש באינטרנט תוך שמירה על אנונימיות או פסבדונימיות (קרי, שימוש בשמות שונים), אמינות או מדומה, במהלך עסקות צרכניות, ותוך שימוש באמצעי תשלום חד־פעמיים.³⁰¹

297 נוסף על כך, עסקות מקוונות רבות הן עסקות בין־לאומיות, דבר שעלול להקשות את ההתקשרות מוכר־קונה (בשל קיומם של משטרים משפטיים שונים, הבדלי שפה, הבדלי תרבות ופערי זמן) ולייקר את החזרת המוצר. מובן שהפנמת מציאות זו על־ידי הצרכן המקוון כבר בשלב של כריתת העסקה תפתור את הבעיה האמורה, ותפחית את הסיכוי לקבלת החלטות פזיזות ונמהרות. מכיוון שמאמרנו אינו מתמקד בעסקות בין־לאומיות, לא נרחיב בנקודה זו.

298 ראו Wood, לעיל ה"ש 219, בעמ' 158–159. לטענה כי אנשים נקשרים באופן זה גם למוצר שטרם נמצא בבעלותם ראו גם Ariely, לעיל ה"ש 199, בעמ' 135–136.

299 Wood, לעיל ה"ש 219, בעמ' 159: "the delay due to delivery may increase the endowment effects observed at product receipt".

300 כפי שהערנו לעיל בה"ש 127, עוצמת החשש משתנה מחברה לחברה ומתקופה לתקופה.
301 לכאורה יש מתח בין הטיעון המובא כאן, שלפיו צרכנים יכולים לפעול ברשת האינטרנט

3. ביטול החוזה המקוון: מסקנות והמלצות

האם ההצדקות להגנות צרכניות נרחבות בהקשר של מסחר מקוון אכן תומכות במתן זכות ביטול כפי שזו קבועה כיום בחוק? לטעמנו, התשובה היא שלילית. איננו סבורים כי ניתן להצדיק קיומה של זכות חרטה גורפת לצרכן המקוון כפי שהיא מעוגנת כיום בחקיקה קוגנטית. למסקנה זו הגענו לאחר ששקלנו את הסכנות וההשלכות השליליות שיש למתן זכות חרטה חקוקה, כמו גם את האפשרות שבמצבים מסוימים יובילו כוחות השוק ליצירת זכות חרטה וולונטרית. לנוכח זאת אנו סבורים כי כעיקרון יש להתוות את היקפה של זכות החרטה החקוקה בצמצום. בה בעת אי אפשר להתעלם מן הצורך להגן, בנסיבות מסוימות ובשל הטעמים שמנינו, על הצרכן המקוון.

ההצדקות המשכנעות ביותר לקיומה של זכות חרטה צרכנית בעסקות מקוונות נעוצות בבעיית פערי המידע. אולם, כפי שהסברנו לעיל, פערי המידע אינם אחידים בכל המצבים. לפיכך יש להתוות קטגוריות של מקרים שבהם יש מקום להקנות זכות חרטה חקוקה.³⁰² נאפיין כעת שתי קטגוריות שבהן פערי המידע משמעותיים דיים להצדיק זכות חרטה חקוקה.

קטגוריית המקרים הראשונה כוללת מצבים שבהם קיים סיכון גבוה לפער מידע הנובע מהעדרה של חוויה והתרשמות חושית ישירה ובלתי-אמצעית. סיכון זה תלוי באופי המוצר, כמו גם באופיו של השוק שבו הוא נמכר. מבלי לקבוע מסמרות בעניין, נראה כי מוצרי הלבשה והנעלה, רהיטים ואולי אף חלק ממוצרי האלקטרוניקה וכלי-הבית נכנסים לקטגוריה זו. במקרים אלה קיים סיכון גבוה מאוד לטעות ולאכזבה של הצרכן, ועל-כן ראוי להעניק בהם זכות חרטה. לעומת זאת, בשווקים שבהם המוצרים הינם סטנדרטיים או אינם מצריכים "תחושה" ישירה כדי לעמוד על טיבם, אין צורך בהכרה בזכות חרטה חקוקה כאמור. כך הן, למשל, עסקות לממכר ספרים, דיסקים ואולי אף ציוד משרדי וחומרי-גלם.

קטגוריית המקרים השנייה שבה יש מקום לקביעת זכות חרטה חקוקה היא אותם שווקים המתאפיינים במחזור עסקות ובהיקף עסקות נמוכים. זאת, משום שבענפי מסחר דלילים ניתן להניח כי יקשה על הצרכן המתעניין למצוא ברשת האינטרנט מידע רב ואפקטיבי המגיע מצרכנים אחרים שכבר התנסו בצריכת המוצר או השירות.³⁰³ לעומת זאת, בתחומים שבהם

באנונימיות או פסבדונימיות, לבין טענותינו האחרות בדבר אמצעי המעקב וההתחקות שניתן להפעיל ברשת. מתח זה הינו מדומה בלבד. בראש ובראשונה, קיים פער בין תפיסת המציאות של הגולש-הצרכן לבין המציאות הלכה למעשה. ללא קשר לאמצעי המעקב הנמצאים בשימוש ברשת, הצרכן סבור שפעילותו ברשת הינה אנונימית וקשה למעקב. בתפיסת האנונימיות (הסובייקטיבית) יש תמריץ מסוים להחזרת מוצרים באופן לא-מבוקר או לא-הגון. שנית, בעוד רוב הצרכנים אינם מודעים לאמצעי ההתחקות המקוונים ולאמצעים שניתן להשתמש בהם על-מנת למנוע התחקות זו, קבוצה קטנה יחסית של גולשים מודעים לעניין ויודעים כיצד להתמודד עם הדברים. האנונימיות (האמיתית) של קבוצת מיעוט זו עלולה לעודד אותם לנצל את זכות החרטה.

302 הקניית זכות חרטה יכולה להיעשות בחקיקה ראשית או משנית, לרבות באמצעות צווים.

303 לדיון נרחב בוריימת המידע בין צרכנים ברשת האינטרנט ובהשפעתה על הצורך בהתערבות משפטית פרו-צרכנית ראו Becher & Zarsky, לעיל ה"ש 155.

קיים מסחר מקוון ער וממושך, סביר להניח שלצרכן המקוון יש דרכים חלופיות לסגור בקלות את פער המידע שנפער עקב העדרו של קשר בין-אישי עם המוכר. מעקב אחר התחומים השונים וקביעת תקנות המתאימות לנעשה בתחומים אלה מצריכים מחקר דינמי והיכרות טובה עם המוצרים והשוקים השונים, וראוי להטילם על הרשות המבצעת.³⁰⁴ חשוב להדגיש כי ייתכן שאף בחלק מהמצבים הנכנסים לשתי הקטגוריות שתוארו יהיה אפשר להימנע מהתערבות רגולטורית ולהסתפק בכוחות השוק לצורך יצירת זכות חרטה. זאת, משום שאין זה מדויק תמיד לייחס את פערי המידע רק לתנאי המוצר ולמאפייניו. ייתכן שפערי המידע המשמעותיים והרלוונטיים יהיו אלה המתייחסים לקיומה ולהיקפה של זכות חרטה וולונטרית, ולצורך העתידי במימושה של זכות זו. כלומר, במקרים רבים הרוכש יכול לאמוד בצורה נכונה את הסיכונים לחוסר התאמה עוד לפני רכישת המוצר, ואז הוא יכול לתמוך סיכונים אלה ולקבל החלטות בהתאם. משמע, ייתכנו מקרים רבים שבהם יש סיכוי גבוה לאכזבה צרכנית בהקשר המקוון, ואף-על-פי-כן לא יהיה בכך כדי להצדיק הכרה בזכות חרטה סטטוטורית. זאת, מקום שהסיכון לאכזבה צרכנית ידוע מלכתחילה ומתמוך בהתאם. מדיניות זו תאפשר לצרכנים המעוניינים בכך לזכות עסקה ללא זכות חרטה, ובכך להזיל את מחיר העסקה או לקבל תנאים מועדפים אחרים (המאזנים את הסיכון שבביצוע עסקה ללא זכות חרטה).

כדי להמחיש את הדברים, ניתן דוגמה קונקרטית מתחום ההלבשה וההנעלה. בחרנו לתת דוגמה דווקא מתחום זה, מכיוון שהמצדדים בקיומה של זכות חרטה חקוקה במסחר המקוון סבורים כי אין מתאים מתחום ההלבשה וההנעלה להסדרה באמצעות זכות חרטה חקוקה. בתחומים אלה אין חולק שהסיכון לחוסר התאמה גבוה. הצרכן אינו יכול למשש את המוצר, לראותו בגודל אמיתי ולבדוק את התאמתו לממדי גופו ולמבנה גופו. אולם סיכון זה "בולט" וצפוי, לטעמנו, וסביר להניח כי רוכשים רבים ערים לו. ערנות זו יכולה לבוא לידי ביטוי בבחינה זהירה של מדיניות ההחזרה של העוסק, ובהימנעות מרכישה מאותם עוסקים שאינם מעניקים זכות חרטה. ערנות זו עשויה לבוא לידי ביטוי גם בתמחור נמוך יותר של עסקה שאינה כוללת זכות חרטה, קרי, בהקטנת המחיר המרבי שהצרכן מוכן לשלם במסגרת עסקה כזו בהשוואה למחיר המרבי שהוא מוכן לשלם במסגרת עסקה זהה הכוללת זכות חרטה. כמו-כן, ערנות זו יכולה לבוא לידי ביטוי בכמות הנרכשת, או בנכונות למדוד או לנסות את המוצר בעולם האמיתי עובר לרכישתו ברשת האינטרנט (ככל שהדבר אפשרי).³⁰⁵ לפיכך זכות חרטה חקוקה הינה מיותרת לאותם צרכנים, ואף מקשה על צרכנים המבקשים ליטול את הסיכון וליהנות מיתרונות המסחר המקוון.³⁰⁶ בה-בעת, מדוגמה זו ניתן גם ללמוד על מקרים שבהם דווקא ראוי להעניק זכות חרטה

304 אנו סבורים כי כדאי לבחון את האפשרות להטיל משימה זו על הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן, האמורה לקום בתקופה הקרובה.

305 או להפך; צרכן יכול ליטול את הסיכון על עצמו ו"לקזז" באפשרות לרכוש את המוצר מבלי לטרוח לצאת מן הבית ולנהל אינטראקציה עם מוכרים.

306 יש להמשיך לבחון נקודה זו באופן אמפירי, אך על פניו יש בדברים כדי להצביע על הסתכלות אחרת בדבר ההיקף הרצוי של זכות החרטה החקוקה.

חקוקה לצרכן המקוון. התערבות רגולטורית מוצדקת באותם מקרים שבהם הצרכן אינו אומד נכונה את הסיכוי שיתעורר צורך להחזיר את המוצר או אינו יכול "לאותת" לעוסק באופן אפקטיבי כי הוא מעוניין בזכות חרטה. מצבים אלה עלולים להיגרם על-ידי חוסר תחרות, חוסר במידע, חוסר מודעות למידע קיים, כשלים קוגניטיביים בעיבוד מידע קיים או עלויות עסקה המניאות את הצרכן מלהביע באופן אפקטיבי את העדפותיו. בשווקים המתאפיינים בכשלים אלה יש סיכוי גדול לפערים בין תפיסת הצרכן והעדפותיו לבין המציאות דה-פקטו, ובהם ראוי להעניק זכות חרטה חקוקה.³⁰⁷

לבסוף, כדי לחזק את דינמיקת השוק ולעודד הקניה וולונטרית של זכות חרטה צרכנית על-ידי עוסקים, יש להבטיח זרימת מידע בעניין זה בין עוסקים לצרכנים. על-כן אנו מברכים על כך שהמחוקק קבע חובה לגלות לצרכן³⁰⁸ פרטים בדבר זכותו לבטל את העסקה בהתאם להוראות החוק.³⁰⁹ הטלת חובת גילוי על העוסק מגדילה את הסיכוי שסוגיית זכות החרטה ומדיניות החזרת הטובין של העוסק ייפכו למימד בולט, הזוכה בתשומת-לב צרכנית. לדעתנו, במקרים רבים די בהטלת חובת גילוי בדבר מדיניות החזרת הטובין, תוך השארת עיצוב תוכנו של ההסדר לשיקול-דעתו של העוסק המקוון.³¹⁰

ה. סיכום

איתור נקודת האיזון הראויה בכל הנוגע במתן זכות חרטה צרכנית הינו מלאכה מורכבת וסבוכה. מלאכה זו מצריכה שקילת מגוון של שיקולים, אשר חלקם נוגדים את האינטואיציה, בעיקר זו המבקשת להגן על הצרכן. הסדרת זכות החרטה הצרכנית מחייבת הבנה רחבה

307 בשלב זה אין בידינו די נתונים ביחס לחשש זה, ונראה כי נדרש מחקר אמפירי נוסף כדי לזהות שווקים אלה. לכאורה נראה כי הסחר במוצרי אלקטרוניקה יכול להתאים להגדרה זו. בתחום זה הצרכנים עלולים לסבור בטעות כי הם מכירים ומפנימים את כל הסיכונים המצויים במוצר. עם זאת, באופן טיפוסי הצרכן עלול לסבול מחוסר במידע בשל אופיו הדינמי של שוק המוצרים האלקטרוניים, ובשל המאפיינים הרבים והמורכבים של המוצר האלקטרוני הטיפוסי. מכל מקום, אנו מותירים את אפיון השווקים שבהם נדרשת הענקת זכות חרטה חקוקה למחקר עתידי, שיסתמך על נתונים אמפיריים אשר כיום אינם בנמצא.

308 כפי שראינו, ס' 14ג(ב) לחוק הגנת הצרכן מורה על מסירת פרטים מסוימים בכתב. הוראה זו מגבירה את הסיכוי שהפרטים הרלוונטיים אכן יובאו לתשומת-ליבו של הצרכן, אך היא גוררת אחריה כמובן עלויות עסקה שיש לבחון את תועלתן. לדיון נרחב ראו בכר וז'רסקי, לעיל ה"ש 90, חלק ב5. בנקודה זו די אם נעיר כי לטעמנו חשוב שהנתונים יובאו לידיעתם של הצרכנים בשלב מוקדם של העסקה ובאופן בולט וברור.

309 ס' 14ג(א)(7) לחוק הגנת הצרכן.

310 כזכור, כך עשה המחוקק ביחס לעסקות "רגילות". ראו ס' 4ב לחוק הגנת הצרכן, אשר קובע חובת הצגה של מדיניות החזרת המוצרים, תוך שהוא משאיר את קביעת תוכן המדיניות לכוחות השוק.

של תחום הצרכנות; ניתוח מדוקדק יותר של האוכלוסייה הצרכנית, המביא בחשבון את ההטרונותיות המאפיינת אוכלוסייה זו; בחינת תפקידה של הרגולציה בדיני הצרכנות; התחשבות בצורך להגן על עוסקים; הכרת המאפיינים של המסחר המקוון והדרכים הנכונות לקידומו; ושקלול של כשלי שוק קלסיים לצד תובנות התנהגותיות הזורות אור על הדרך שבה צרכנים מתנהגים.

מאמר זה התמקד בעסקות "רגילות" ובעסקות מקוונות. ביחס לעסקות "רגילות" איננו סבורים כי יש מקום להנהיג זכות חרטה חקוקה כללית. הסכנות הנלוות לחקיקה כזו וחסרונותיה עולים על יתרונותיה. את הכשלים הנובעים מיחסי הכוחות והמסחר שבין העוסקים לצרכנים יש להסדיר בדרכים אחרות, המתאימות יותר לבעיות המתעוררות במסגרת יחסים אלה. לפני קביעת זכות חרטה כללית יש לדאוג לאכיפת החקיקה הנוכחית, להעלאת המודעות הצרכנית לנושא, לעידוד התחרות בשוק, לחיזוק מעמדם של ארגוני הצרכנות ולהנגשת המערכת המשפטית לצרכנים הנפגעים מהפרת החוק.

בנוגע לעסקות מקוונות, הדיון בזכות החרטה הנתונה לצרכן המקוון מדגים כי נקודת האיזון שבחר המחוקק אינה ראויה. הגם שבסוגי עסקות ובענפים מסוימים יש הצדקה לזכות חרטה צרכנית בהקשר המקוון, זכות כללית וגורפת עלולה להתגלות כחבר-פיפיות הפוגעת במסחר הדיגיטלי ובצרכניו. הנהגת זכות חרטה כללית אינה רגישה דייה למאפייני השוק המקוון, כמו-גם למציאות שבה פועלים הסוחרים במדיום זה. זכות חרטה מקוונת רחבה וכוללת אינה הולמת את כלל ענפי המסחר האלקטרוני ואת כל סוגי העסקות – לרכישת מוצרים ושירותים מוחשיים ולא-מוחשיים – הנכרתות ברשת האינטרנט. דמי הביטול הסטטוטוריים הקבועים כיום בחוק הינם נמוכים יחסית, ועל-כן אינם נותנים מענה למכלול הבעיות הנידונות לעיל.

אנו מודעים לכך שהצעותינו אינן עולות תמיד בקנה אחד עם הרצון ליצור חקיקה צרכנית המורכבת מכללים ברורים, מפורטים ומדויקים.³¹¹ החקיקה הצרכנית נוטה לאמץ נורמות משפטיות קונקרטיות, ולהימנע במידת האפשר משימוש בנורמות מופשטות (כגון "תום-לב" ו"תקנת הציבור") המקנות מרחב גדול לשיקול-דעת שיפוטי.³¹² עם זאת, אנו סבורים כי על-מנת להגן על הצרכן ועל העוסק ההוגן, וכדי לקדם את יעילות השוק, יש לאמץ מדיניות גמישה ודינמית יותר בהקשר דנן.

עניין נוסף, העובר כחוט-השני בדיון, הוא קריאתנו למחקר אמפירי נוסף אשר יתייחס לעסקות הנידונות ולהתנהגות הצרכנית סביבן. העדרם של מחקרים אמפיריים ונתונים סטטיסטיים מקשה על קביעת כללים רוחביים שיחולו באופן גורף וקונגנטי. העובדה שיש צורך במחקרים אמפיריים נוספים אשר ינחו את מגבשי המדיניות בהקשרים אלה ויאפשרו קבלת החלטות מושכלת ויעילה מהווה, לדעתנו, הצדקה מסוימת לזהירות בכל הנוגע בהתערבות רגולטורית. בהקשרים רבים די בחקיקה המחייבת את העוסקים לגלות את

311 לדיון ביתרונותיו ובחסרונותיו של מאפיין זה של החקיקה הצרכנית ראו, למשל, אורנה דויטש, לעיל ה"ש 18, בעמ' 338-342.

312 לדיון נרחב בנורמות משפטיות ראו מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז 321 (1987).

מדיניותם באופן בולט וברור, בעידוד תחרות שוקית ובפיקוח שיפוטי על הנעשה בשוק להשיג תוצאה סבירה לחלוטין. הפקדה של עיצוב תוכנה של זכות החרטה הצרכנית בידי המחוקק, אשר מסתמך על אינטואיציה ומושפע מדעת־קהל ומקבוצות־אינטרס, עלולה להתברר כנצחון פירוס.

