

## על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן

### שמואל בכר וטל ז'רסקי

**תקציר** ♦ **מבוא:** על אינטרנט, חוזים ומשפט ♦ **א. כריתת החוזה המקוון** 1. מסגרת הדיון 2. כריתת החוזה הצרכני: כוונה ליצירת יחסים משפטיים 3. כריתת החוזה המקוון: המודל הגמיש ואינדיקציות לגמירת דעת 4. תוכנו של החוזה הצרכני המקוון 5. חובות גילוי בעסקות מקוונות ♦ **ב. החוזה האינטרנטי הצרכני כ"חוזה אחיד"** 1. פערי כוחות 2. פערי מידע 3. הוויכוח סביב מודל הצרכנים המתוחכמים 4. פערי מידע, קריאת חוזים ומסחר מקוון (א) מבוא: פערי מידע וחוזים מקוונים (ב) על פערי מידע וזרימות מידע ברשת האינטרנט (ג) זרימת המידע ובעיית מהימנות המידע (ד) השלכות זרימת המידע ♦ **סיכום**

### תקציר

יותר ממיליארד בני אדם ברחבי העולם משתמשים כיום באינטרנט, וקרוב לשני מיליארדים צפויים להשתמש בו עד לשנת 2010. במסגרת מגמה כלל עולמית זו, המסחר הצרכני המקוון הוא אחת התופעות המרכזיות והמעניינות המתפתחות באינטרנט. היקפי המסחר האלקטרוני גדלים משנה לשנה, תוך שינוי דרמטי של כללי המשחק העסקיים. במסגרת זו יוצר האינטרנט דינמיקות המעודדות התפתחויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות שונות ומגוונות. באופן טבעי, התפתחות זו מביאה עמה גם ריבוי של נקודות ממשק בין העולם המקוון לבין עולם המשפט.

מאמר זה מתמקד בעסקות צרכניות מקוונות הנכרתות בין ספקים לבין צרכנים באינטרנט. מטרת המאמר הינה לבחון מהם ההסדרים המשפטיים הראויים בהקשר זה. לשם כך אנו מתייחסים למציאות הכלכלית והחברתית החדשה אשר הממשק האינטרנטי יוצר, בניסיון להגשים שני יעדים מרכזיים אשר סותרים לעתים זה את זה: מחד גיסא, ההגנה על הצרכן המקוון, ומאידך גיסא, קידומו של המסחר המקוון.

\* שמואל בכר, מרצה בכיר, המסלול האקדמי של המכללה למינהל – בית הספר למשפטים.

\*\* טל ז'רסקי, מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

\*\*\* אנו מודים ליהודה אדר, מיכאל בירנהק, שרון בר-זיו, אמיר ונג, חיים רביה ומשתתפי השתלמויות שופטים לשנת תשס"ז על הערותיהם החשובות. כן ברצוננו להודות לענר רבינוביץ וניר פרבר על עזרתם הרבה במחקר. תודתנו לקרן תשתיות של משרד המדע על הסיוע הכספי.

## שמואל בכר וטל זירסקי

את התייחסותנו נחלק לשתי מערכות, הסדורות על פי שלביה הכרונולוגיים של העסקה המקוונת. המערכה הראשונה עוסקת בסוגיות הנלוות לשלב הטרום-חוזי ולכריתת החוזה המקוון. במסגרת זו נדון בסוגיות הקשורות להתגבשותו של החוזה המקוון ולחובות הגילוי המוטלות על המוכר. המערכה השנייה מתמקדת בניתוח החוזה הצרכני המקוון מפרספקטיבת דיני החוזים האחידים. במערכה זו אנו מדגימים בעזרת ניתוח כלכלי וניתוח התנהגותי של חוזים אחידים, כיצד זרימת המידע באינטרנט עשויה לצמצם את הצורך בהתערבות משפטית בתוכנם של חוזים צרכניים מקוונים.

### מבוא: על אינטרנט, חוזים ומשפט

יותר ממיליארד בני אדם ברחבי העולם משתמשים כיום באינטרנט, וקרוב לשני מיליארדים צפויים להשתמש בו עד לשנת 2010.<sup>1</sup> לאינטרנט שימושים רבים ומגוונים. הוא מאפשר גלישה בין אתרים שונים ושימוש בתכנים המצויים בהם, העברת מסרים ותכנים באמצעות דואר אלקטרוני ורשתות אחרות,<sup>2</sup> השתתפות בקבוצות דיון ויצירת קהילות וירטואליות.<sup>3</sup> כמו כן ניתן להשתמש באמצעות האינטרנט בשירותי מדיה אחרים, כגון רדיו, טלוויזיה וטלפוןיה. "חברת האינטרנט" או "תרבות האינטרנט"<sup>4</sup> איננה מוגבלת לאינטראקציה אשר מתרחשת באמצעות מחשבים אישיים. גישה לרשת זו או לרשתות דומות אפשרית דרך קונסולות משחקים, טלפונים סלולריים וטלוויזיות.

המסחר הצרכני המקוון, הכולל עסקות שנערכות בין ספקים (כמוכרים) וצרכנים (כקונים), לקוחות),<sup>5</sup> הוא אחת התופעות המרכזיות והמעניינות המתפתחות באינטרנט.<sup>6</sup> מסחר זה הולך

- 1 ראו למשל: נתוני אתר הסטטיסטיקה Clickz : [www.clickz.com/showPage.html?page=stats/web\\_worldwide](http://www.clickz.com/showPage.html?page=stats/web_worldwide).
- 2 תוכנות נפוצות לצורך זה הן, למשל, ICQ, MSN, skype.
- 3 תופעות אלו הן חלק מתופעה רחבה יותר הקרויה Web 2.0, המאופיינת ביצירת תוכן מקוון בשיתוף הגולשים. לדיון נרחב במאפייני התופעה ראו להלן, פרק ב.4.
- 4 כאן הכוונה למושג הלוועזי "internet society".
- 5 במהלך המאמר נשתמש חליפות במונחים "צרכנים", "רוכשים", "קונים" וכיוצא בזה, באופן ההולם את הגדרת המונח "צרכן" במונחיו בסעיף 1 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן"), המגדיר "צרכן" כ"מי שקונה נכס או שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי". באופן דומה, לאורך המאמר נשתמש לחלופין במונחים "ספקים", "מוכרים", "עוסקים" וכדומה באופן התואם את הגדרת המונח "עוסק" בסעיף 1 לחוק הגנת הצרכן ("מי שמוכר נכס או שירות דרך עיסוק, כולל יצרן"). לדיון נרחב יותר במונח "צרכן" ראו סיני דויטש *דיני הגנת הצרכן* כרך ראשון – יסודות ועקרונות 176-182 (התשס"א) (להלן: סיני דויטש).
- 6 עסקות אלו מכונות גם B2C (Business to Consumers). מסחר בין אנשים פרטיים לבין עצמם (C2C – Consumers to Consumers) ובין גופים מסחריים לבין עצמם (B2B – Business to Business) איננו נדון במאמר זה.

על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן

ומתרחב מדי יום: <sup>7</sup> תחזיות לשנת 2007 התייחסו להיקף של 500 מיליארד דולר. <sup>8</sup> השוק הישראלי אף הוא לא נותר אדיש לפוטנציאל המסחר המקוון. יותר ממיליון גולשים מבצעים באופן קבוע רכישות באמצעות האינטרנט, <sup>9</sup> ובשנת 2005 נאמדו ההוצאות הצרכניות באינטרנט ב-1.5 מיליארד ש"ח. <sup>10</sup> המסחר מקיף תחומים רבים ומתרחש על גבי פלטפורמות שונות. לגידול המתמיד בהיקפי המסחר המקוון תורמים העלות הנמוכה הכרוכה בכניסה לשוק וכן שכלול האמצעים לאבטחת המידע והתשלום. צרכנים נמשכים למדיום זה בשל הקלות והנוחות בביצוע עסקות (בכל שעות היממה ומכל מקום בעולם שבו ישנה גישה לאינטרנט). צרכני האינטרנט נהנים מהתחרות הנמרצת המאפיינת את השוק המקוון ומשקיפות וזמינות גוברות של מידע רב ומגוון. הוזלת ציוד הקצה, לצד הגידול במספר המשתמשים בעלי מיומנויות בסיסיות הנדרשות לביצוע עסקות מקוונות, תורמים אף הם לחשיפה הגדלה והולכת של משתמשים למדיום האלקטרוני בכלל ולפוטנציאל המסחרי הטמון בו בפרט. <sup>11</sup>

התפתחות המסחר האלקטרוני מביאה עמה גידול בנקודות הממשק בין מדיום חדש זה לבין עולם המשפט. ההתמודדות עם הסוגיות החדשות והשאלות המשפטיות הסבוכות אשר מדיום זה מציב מחייבת את הכרת התופעות והמאפיינים הייחודיים לעולם הווירטואלי. האינטרנט מוביל לשינויים המתרחשים במהירות עצומה. המשפט, שנדרש להתאים עצמו למציאות חיים דינמית כדבר שבשגרה, ניצב הפעם בפני אתגר קשה במיוחד. <sup>12</sup>

מטרת מאמר זה הינה להתמודד עם השאלות המרכזיות העולות מכריתת חוזים צרכניים מקוונים, תוך התמקדות באיתור ההסדרים הראויים ביחס לחוזים אלו. אנו מקווים כי המאמר יסייע לעורכי דין, לרגולטורים ולשופטים להתמודד עם השאלות שמתעוררות אגב העיסוק בחוזים צרכניים מקוונים. ככלל אנו סבורים, כי עיצוב המדיניות המשפטית הראויה צריך להתבסס על שני עקרונות מנחים. העיקרון הראשון הינו עידוד המסחר האלקטרוני, שעשוי

7 כך למשל, ההוצאות הצרכניות המקוונות בארצות הברית בלבד גדלו מ-143 מיליארד דולר בשנת 2005 ל-170 מיליארד בשנת 2006 ראו: [www.metrics2.com/blog/2006/10/26/online\\_consumer\\_spending\\_to\\_hit\\_170\\_billion\\_in\\_200.html](http://www.metrics2.com/blog/2006/10/26/online_consumer_spending_to_hit_170_billion_in_200.html)

8 תחזית חברת מחקר האינטרנט IMRG, כפי שדווחה ב-*Sunday Times* וסוקרה בעיתונות הישראלית: "המכירות המקוונות בעולם צפויות להגיע השנה להיקף של חצי טריליון דולר", *הארץ* – 29.4.07 *The Marker*

9 כך לפי סקר חברת CIA (Credit Information Association): [www.nrg.co.il/online/16/ART1/053/022.html](http://www.nrg.co.il/online/16/ART1/053/022.html)

10 שם.  
11 בישראל, לדוגמה, נרשם בעשור האחרון גידול של יותר מ-1000% במשקי הבית בעלי מנוי לאינטרנט, מ-4.6% בשנת 1997 ל-55% בשנת 2007. ראו מוטי בסוק "כמה עולה לנהל משק בית בישראל" *הארץ* – 8.8.2007 *The Marker*

12 לדיון נרחב בממשק שבין משפט וטכנולוגיה, ראו מיכאל בירנהק "משפט המכונה" *שערי משפט* ד 315 (2006). דיון בייחודו של העולם הווירטואלי בהקשר של מאמר זה יעמוד בלבו של פרק ב להלן.

לקדם תחרות בין עוסקים, לחסוך בעלויות עסקה ולהנגיש את הפריפריה למסחר. כך יורחב מעגל המשתתפים (צרכנים ועוסקים כאחד) הנוטלים חלק במסחר הצרכני. להגשמת מטרה זו יש לפעול לצמצום חששותיהם של הפועלים בשוק המקוון, תוך התאמת המשפט לפלטפורמות הטכנולוגיות החדשות. כמו כן חשוב להותיר מידה מסוימת של גמישות שתאפשר לספקים ולקמעונאים להתאים עצמם לדרישות השוק המקוון, המאופייין בדינמיות רבה. העיקרון המנחה השני הינו ההגנה על הצרכן המקוון. להגשמת מטרה זו יש לאתר מצבים שבהם הצרכנים נמצאים בעמדת נחיתות אל מול הספקים ולאחר מכן לעצב מסגרת משפטית הולמת, המספקת הגנה צרכנית. תרומתו המרכזית של מאמר זה, הינה בחינת ההסדרים הקיימים והתאמתם לשתי מטרות-על אלו. לצורך כך נדרשים אנו לא רק להצגת המצב המשפטי המצוי והרצוי, אלא גם לניתוח הסביבה העסקית והחברתית ברשת.

את התייחסותנו נחלק לשתי מערכות, הסדורות על פי שלביה הכרונולוגיים של העסקה המקוונת. המערכה הראשונה עניינה השלב הטרם-חוזי, המתמקד בכריתת החוזה המקוון. המערכה השנייה נתיח כי החוזה האמור תקף, ותתמקד בניתוח החוזה הצרכני המקוון מפרספקטיבת דיני החוזים האחידים.<sup>13</sup> מאמר זה מבקש לבחון, ביחס לכל אחת מהמערכות האמורות, את התהוות המשפט בישראל ובעולם, תוך ביקורת על ההסדר המצוי והתמקדות באיתור ההסדר הרצוי. במסגרת בדיקה זו נתייחס לחקיקה קיימת, לצורך בחקיקה חדשה, ולהסדרים שראוי להותיר לשיקול דעת ולפיתוח שיפוטיים. אנו תקווה כי יהא בכך כדי להתוות מסגרת משפטית כוללת, אשר תאפשר התמודדות טובה עם האתגרים המשפטיים שהמסחר הצרכני מעורר ועתיד לעורר בשנים הקרובות.

פרק א יעסוק בסוגיות המתעוררות לפני כריתת החוזה המקוון ותוך כדי כריתתו, בהסתמך על הוראות חוק החוזים (חלק כללי)<sup>14</sup> ועל הפסיקה שניתנה מכוחו. במסגרת זו נדון בשאלות המתעוררות ביחס לגמירת דעתו של הצרכן המקוון, למועד כריתת החוזה המקוון ולעיצוב תוכנו ותניותיו. נוסף לזה כולל הפרק דיון בחובות הגילוי החקוקות הספציפיות המוטלות על מוכר הפועל באינטרנט, חובות הרלוונטיות אף לשלב הטרם-חוזי. כפי שהדיון בפרק זה מדגים, ניתן להסתמך על עקרונות הדין הקיים כדי להכריע בסכסוכים הנוגעים

13 בנקודה זו חשוב להדגיש, כי מאמר זה מתמקד אך בהיבטים חוזיים-צרכניים של עסקות צרכניות מקוונות. היבטים משפטיים רבים אחרים, כדוגמת כללי ברירת דין ופורום (לרבות כללים אשר נוגעים למשפט בינלאומי פרטי); אחריות חברות כרטיסי אשראי וחוק כרטיסי חיוב; היקף אחריותם של מתווכים ו"קניונים וירטואליים" סוגיות של זכויות יוצרים; דיני פרטיות ודיני קניין לא יידונו במאמר זה, אך לכולם השלכות חשובות לעניין תוקפן ומהותן של עסקות וירטואליות רבות. נוסף לכך, מאמר זה איננו כולל דיון בזכות החרטה הנתונה לצרכנים הכורתים עסקה באינטרנט. לדיון כללי ונרחב בזכות החרטה ראו שמואל בכר וטל ז'רסקי, "זכות הביטול בעסקות צרכניות: רגישות מוצדקת או ניצחון פירוס?", עתיד להתפרסם בעיוני משפט לב (2009) (להלן: "בכר וז'רסקי").

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

על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים : בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן

לעסקות מקוונות, אך בד בבד יש מקום להתייחס לעקרונות הכלכליים והחברתיים החדשים שהרשת מביאה ואשר משפיעים על האיזונים המשפטיים שיש לבצע.

בפרק ב נרחיב את הדיון בסוגיות המתעוררות מתוך תפיסת החוזה הצרכני המקוון כחוזה אחיד בהסתמך על חוק החוזים האחידים.<sup>15</sup> כאן נבחן את שתי ההנמקות המרכזיות, פערי כוחות ופערי מידע, המשמשות את הקהילה המשפטית להצדקת התערבות משפטית (אם על ידי המחוקק ואם באמצעות בתי המשפט) בעיצוב החוזה הצרכני האחיד, פרשנות תניותיו ואכיפתו. כן נבחן אם (ובאיזו מידה) ניתן להמשיך להצדיק את ההתערבות בחוזים אחידים בעולם הסחר הדיגיטלי, הכולל דינמיקות כלכליות וחברתיות חדשות, ובראשן תופעות ייחודיות של זרימת מידע. כפי שנדגים להלן, אנו סבורים כי התופעות הייחודיות שהאינטרנט מביא עמו יכולות למזער באופן משמעותי את הצורך בהתערבות (שיפוטית ואחרת) בחוזה הצרכני המקוון מבלי לפגוע בהגנת הצרכן או בקידומו של תחום מסחר זה.

לצורך המשך דיוננו נעמוד בקצרה על כמה מאפיינים בולטים של האינטרנט. ראשית, האינטרנט הינו מערכת תקשורת פתוחה המאפשרת גישה כמעט לכל משתמש, מכל מקום ובעלות נמוכה (כך לגבי העלות הראשונית, ובוודאי לגבי העלות השולית).<sup>16</sup> שנית, במצבים רבים האינטרנט מאפשר למשתמש לבצע פעילויות שונות ומגוונות באופן אנונימי (ואף פסבדונימי).<sup>17</sup> בד בבד הממשק האינטרנטי מאפשר פרסונליזציה (פנייה ישירה על ידי מפעיל האתר לכל משתמש), בהסתמך על מידע שנאסף על המשתמש ועל התנהלותו. כמו כן האינטרנט מאופיין ביכולת לפנות, בעלות כמעט זניחה, לגורמים מרוחקים ורבים מאוד ברו-זמנית ובכך מאפשר לכל שחקן מקומי לפעול בשוק הגלובלי. יתר על כן, האינטרנט אף מציע למשתמש אמצעי חיפוש מהירים ויעילים המאפשרים דליית מידע מתוך מכלול

15 חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן: "חוק החוזים האחידים") משתמש במונח "לקוח" (ולא "צרכן"), והוא איננו מסייג את תחולתו ביחס ללקוחות שאינם צרכנים. ראו סעיף 2 לחוק החוזים האחידים, המגדיר "לקוח" כ"מי שספק מציע לו שההתקשרות ביניהם תהיה לפי חוזה אחיד...". על אף הגדרה רחבה זו, אנו נשתמש במונחים "חוזים אחידים", "חוזים צרכניים" ו"חוזים צרכניים אחידים" לסירוגין.

16 העלות הראשונית באה לידי ביטוי ברכישת ציוד המחשב, בגישה לרשת הרלוונטית וברכישת המיומנות הנדרשת לצורך שימוש באינטרנט. עלות זו יורדת באופן חד בשל הירידה המתמשכת בעלויות החומרה והתקשורת, כמו גם בשל האפשרות להתחבר לרשת באמצעים פשוטים יותר (כמו מחשבי כף יד וטלפונים סלולריים) ובשל פיתוחם של תוכנות וממשקים "ידידותיים למשתמש". העלות הראשונית יכולה אף לבוא לידי ביטוי בעלות הנלווית להקמת האתר והממשק, אשר למרות שאיננה מבוטלת, היא אינה כוללת עלויות פיזיות של שכירות ואחזקה. העלות השולית הינה עלות הגלישה עצמה, משלוח ההודעות ואחזקת האתר. עלויות אלו נמוכות למדי, נמוכות לאין שיעור מאלו הקיימות בעולם הפיזי. במצבים מסוימים מגיעה העלות השולית לכמעט אפס, לדוגמה במקרים של משלוח הודעות דוא"ל (דבר שמביא לבעיות שונות ברשת, כגון בעיית דואר הזבל).

17 זהות פסבדונימית מאפשרת למשתמש המקוון לנהל התקשרויות תוך שימוש באישיות המנותקת מהווייתו הפיזית-האמיתית. כידוע, לעתים תחושת האנונימיות שמקנה האינטרנט הינה סובייקטיבית, מטעה ונטולת ביסוס של ממש.

הידע העצום הקיים ברשת. ואולם השפעת התפתחותו של העולם הווירטואלי איננה כלכלית-עסקית בלבד. האינטרנט מהווה גם זירת התפתחות חברתית ותרבותית והוא יוצר דרכי תקשורת חדשות בין אנשים,<sup>18</sup> אשר מאפשרות זרימת מידע אמין ורלוונטי בין מספר הולך וגדל של משתמשים. נחזור לרבים ממאפיינים אלו בהמשך.

#### א. כריתת החוזה המקוון

Dilbert: "I didn't read all of the shrink-wrap license agreement on my new software until after I opened it. Apparently I agreed to spend the rest of my life as a towel boy in Bill Gate's new mansion".

Dogbert: "Call your lawyer".

Dilbert: "Too late. He opened his software yesterday. Now he's Bill's laundry boy".<sup>19</sup>

#### 1. מסגרת הדין

ראובן ניגש באמצעות הדפדפן שבמחשבו לאתר האינטרנט של הספק שמעון. במהלך שהותו באתרו של שמעון הוא מתוודע למכלול השירותים או המוצרים שאותם שמעון מציע. ראובן מבקש לרכוש אותם מוצרים ושירותים מוחשיים (לדוגמה: רכישת מוצר חשמלי) או וירטואליים (לדוגמה: התקנת תוכנה למחשב) או ליהנות מהם בדרך אחרת.<sup>20</sup> בשלב מסוים מוצגות בפני ראובן, בדרך זו או אחרת, תניות (או הפניה לתניות) אשר שמעון הספק מבקש

18 למשל, הוא מחזק קשרים בתוך המסגרות החברתיות הקרויות ואף מאפשר יצירת מסגרות חברתיות גמישות ורחבות יותר. לעניין זה, ראו: *The Strength of Internet Ties 2 (1/25/2006) available at www.pewinternet.org/pdfs/PIP\_Internet-ties.pdf*

19 Stephen Y. Chow, *Contracting in Cyberspace: The Triumph of Forms?*, 41 BOSTON B.J.

16 (1997) (quoting John Adams's "Dilbert" in THE BOSTON GLOBE, January 14, 1997)  
20 מקובל לסווג את העסקות הצרכניות שבהן מעורב האינטרנט לשלוש קבוצות. הקבוצה הראשונה עניינה עסקה מקוונת אשר מתקיימת כולה בתחומי האינטרנט ומסתיימת ברכישה של מוצר המועבר אל הצרכן באינטרנט (למשל, תוכנת מחשב, ספר אלקטרוני או שירות הניתן דרך האינטרנט בלבד). קבוצת העסקות השנייה כוללת עסקות מקוונות לרכישת מוצר מוחשי, שבה כל שלבי היחסים החוזיים מתנהלים באינטרנט (בדומה לעסקה הראשונה), אולם המוצר מסופק ללקוח מחוץ לאינטרנט (למשל, הזמנת ספר באמצעות האינטרנט). לבסוף, הקבוצה השלישית כוללת עסקות בלתי מקוונות, שבהן הקשר הראשוני נוצר דרך האינטרנט, אך שלביה האחרונים של העסקה, כמו גם אספקת המוצר מושא העסקה, מתבצעים מחוץ לאינטרנט. ראו יונתן בר-שדה *האינטרנט והמשפט המסחרי המקוון* פרק שלישי (1998). מאמר זה רלוונטי לכל אחת משלוש הקבוצות (לרבות הקבוצה השלישית, לעניין מצגים שנעשו ברשת ועשויים לחייב את המוכר).

על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים : בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן

להחיל על מערכת היחסים בין הצדדים. במקרים מסוימים נדרש ראובן אגב גלישה להעביר לשמעון פרטים לצורך ביצוע התקשרות זו (כגון פרטים אישיים, אמצעי תשלום וכדומה), כשהוא נותן את הסכמתו, במפורש או מכללא, לתנאי השימוש באתר האינטרנט או לתשלום הנדרש. האם ההתנהלות המתוארת מהווה כריתת חוזה? אם כן, מתי נכרת החוזה ומהו תוכנו? בחלק זה ניתן מענה לשאלות אלו ונתווה דרך להתמודדות עמן במספר רב של סיטואציות שונות.

השאלות המוזכרות לעיל עשויות להתעורר בכמה נקודות זמן. לדוגמה, הן עשויות להתעורר לאחר האינטראקציה הראשונית בין הצדדים באתר, אך בטרם סופק לצרכן המוצר שנרכש.<sup>21</sup> בתקופת זמן זו עשוי הצרכן להתחרט ולבקש מהספק להשתחרר מן העסקה.<sup>22</sup> כן ייתכן כי הצרכן או הספק יבקשו ליצוק תוכן חדש או שונה מזה אשר הוסכם או התגבש במהלך האינטראקציה הראשונית ביניהם.<sup>23</sup> בהקשר הזה יש להידרש לשאלה מתי, אם בכלל, התגבשה אותה אינטראקציה ראשונית בין הצדדים לכדי חוזה. השאלות האמורות עשויות להתעורר גם לאחר ביצוע ההספקה או מתן השירות. במועד זה עלולות להתגלות אי-הסכמות בין הצדדים לעניין הנכס או השירות שסופק. סכסוכים בין הצדדים יתבררו בהסתמך על החוזה שנכרת בין הצדדים (אם אכן נכרת) ושיבהיר את חלוקת הסיכונים ביניהם. ואולם לעתים יתמקד הסכסוך המשפטי בשאלה מהן התניות (קרי מהו תוכן החוזה) שעליהן הוסכם בין הצדדים. ייתכן מצב שבו ייקבע כי נכרת חוזה בין הצרכן לספק, ואולם רק חלק מהתניות שאותן ביקש הספק להחיל על הצדדים (לדוגמה, רק התניות המובלטות, אשר לרוב עוסקות במחיר המוצר ובטיבו) ייכללו בחוזה. במקרה מעין זה, שאר תניות החוזה יושלמו על פי הנהגה או מכוח מנגנוני ההשלמה הדיספוזיטיביים הקיימים בדין.<sup>24</sup>

הדיון בשאלות האמורות מניח כי ניתן לכרות חוזים במדיום האינטרנטי. לא תמיד הייתה הנחה זו טריוויאלית. כאשר המסחר עשה את צעדיו הראשונים ברשת, עלתה התהייה אם בכלל ניתן לכרות חוזים במסגרת זו. הפרקטיקה החוזית הפיזית והמקובלת בכריתת חוזים צרכניים כוללת לרוב חתימה בכתב ידם של הצדדים על מסמך עשוי נייר המסדיר את הקשר ביניהם.<sup>25</sup> באינטרנט, כידוע, החתימה על חוזה, שנתפסה באופן מסורתי כאינדיקציה טובה

21 במקרים רבים כיום מתקצר עד לאפס מרווח הזמן בין האירועים האמורים, במיוחד כאשר המוצר המסופק הינו מוצר דיגיטלי.

22 יצוין כי על פי הדין הישראלי, יכול הצרכן להשתחרר מן העסקה בכל מקרה ללא צורך בסיבה מכוח סעיף 14 לחוק הגנת הצרכן, אשר מקנה לצרכנים זכות חרטה בסביבה המקוונת. לדין נרחב ראו בכר וז'רסקי, לעיל הערה 13.

23 כך למשל, צד אחד לעסקה עשוי לפנות למשנהו בכוונה להבהיר עניין מסוים, לעתים בניסיון לכלול את ההבהרה הנדונה כחלק מהחוזה המחייב שנכרת בין הצדדים.

24 ראו למשל: סעיפים 26, 41, 44-47 לחוק החוזים.

25 זהו למשל המצב בכריתת חוזים בנקאיים, חוזי ביטוח ועוד.

לגמירת דעתם של המתקשרים בחוזה,<sup>26</sup> מוחלפת ב"הקלקה" על תיבת טקסט שלרוב כוללת אך את המילים "אני מסכים", "המשך" או מתבטאת בשימוש באתר (המהווה הסכמה מכללא לתנאי ההסכם).<sup>27</sup> אמת הדבר, לעסקות מקוונות קדמו עסקות אחרות שנערכו ללא חתימת הצדדים לחוזה, כדוגמת עסקות שהתנהלו או השתכללו באמצעות הטלפון או כפועל יוצא של התנהגות הצדדים. ואולם האינטרנט מעצים את הניגוד שבין הפרדיגמה החוזית הקלאסית לזו המודרנית. דף הנייר המקובל המצוי בידי הצדדים והמשרד קביעות ורצינות מתחלף בתצוגה וירטואלית וזמנית על מסך המחשב. אם לא די בכך, האינטראקציה האינטרנטית מאופיינת באנונימיות ובריחוק גיאוגרפי בין הצדדים. לרוב החוזה המקוון נכרת מבלי שקיימו הצדדים תקשורת מילולית, מאפיין שמקשה אף הוא על תפיסת יחסי הגומלין המקוונים ככאלה העשויים להביא לכריתת הסכם משפטי מחייב.

כיום, בפרספקטיבה של שנים אחדות, ניתן לומר שברור<sup>28</sup> כי על אף מאפייניו הייחודיים של האינטרנט, חוזה יכול להיכרת במסגרת זו. ואכן, מבחינת הדין המהותי, אין קושי להחיל את דיני החוזים על העסקות המקוונות. כך למשל, הדין הישראלי אינו מחייב ככלל חתימה על חוזה כתנאי להתגבשותו.<sup>29</sup> כידוע, מרבית החוזים יכולים להיכרת גם ללא חתימת הצדדים.<sup>30</sup> גם העובדה כי החוזה המקוון איננו חוזה כתוב (במובנו המסורתי, קרי מודפס) איננה פוגמת לרוב באפשרות לכרות חוזה תקף.<sup>31</sup> חוזים רבים נערכים דרך קבע על-פה או

26 החתימה מבטאת את אישיותו ואת התחייבותו האישית של צד לחוזה. ראו לדוגמה: Anthony M. Balloon, *From Wax Seals to Hypertext: Electronic Signatures, Contract Formation, and a New Model for Consumer Protection in Internet Transactions*, 50 EMORY L.J. 905, 934 (2001).

27 יוער כי הוועדה לבדיקת בעיות משפטיות הכרוכות במסחר אלקטרוני (2003) לא הכריעה בדבר דרישת ההסכמה המפורשת או ההסתפקות בזו המשתמעת בהקלקה כתנאי לכריתת חוזה. ראו טיוטת דו"ח הוועדה, [www.halemo.net/edoar/0010/eommercedraft.pdf](http://www.halemo.net/edoar/0010/eommercedraft.pdf), בעמ' 30.

28 הפסיקה הישראלית הכירה בכריתת חוזה באמצעות תשדורות באינטרנט. ראו למשל: ת"א (השלום ת"א) 29488/04 *Computer Sky EDV* נ' *חברת פריים מדיקל בע"מ*, פדאור 18)05 (885 (2005). כן הכירה הפסיקה בתוקפה של הודעה אלקטרונית המעדכנת את מחיר השירות והמשודרת על מרקע הטלוויזיה. ראו החלטת בית הדין לחוזים אחידים בע"ש 7167/99 *די.בי.אס. שירותי לוויין בע"מ* נ' *היועמ"ש* (1998), שבה נקבע כי אין סיבה שלא להכיר ולעודד את השימוש בהתפתחויות טכנולוגיות שנועדו להקל, לייעל ולהוזיל את תהליכי העברת המידע תוך חיסכון בכוח אדם ובמשאבים אחרים.

29 יצוין עם זאת, כי ישנם חריגים סטטוטוריים שלפיהם חתימה על מסמכי העסקה מהווה ראיה לכאורה לביצועה. בהיעדרה של חתימה כאמור, תאופיין העסקה כ"עסקה במסמך חסר" היוצרת חבויות מוגברות. ראו חוק כרטיסי חיוב התשמ"ו-1986, סעיפים 8-9.

30 ראו למשל: ע"א 692/86 *בוטקובסקי נ' גת*, פ"ד מד(1) 57 (1989); ע"א 3991/96 *וילוז'ני נ' מעלה השרון*, פ"ד נב(5) 278 (1998).

31 למעט אותם מצבים מסוימים וידועים שבהם גילה המחוקק את דעתו כי רצינותה של העסקה או רגישותה מצריכות את עיגונה בכתב. דרישת כתב קונסטטיטיבית מופיעה, לדוגמה, בסעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ובסעיף 5 לחוק המתנה, תשכ"ח-1968. לעניין זה ראו גם הצעת חוק מסחר

על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים : בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן

בהתנהגות.<sup>32</sup> לפיכך, וכדי להתמודד עם סוגיית כריתת החוזה ותוכן החוזה, יש לבחון את יישום הוראות חוק החוזים ואת הפסיקה הענפה שניתנה על בסיסו.<sup>33</sup> לזאת נפנה כעת, כשאנו מאזנים בין היעד של קידום המסחר האלקטרוני לבין הגנת הצרכן המקוון. נעשה כן תוך בחינת הכוונה ליצירת יחסים משפטיים, בדיקה אם נכרת חוזה ואם כן, מהם תניותיו. לאחר מכן נעבור לדון בסוגיה נוספת הרלוונטית לשלב הטרם-חוזי – חובות גילוי. בכל אחד משלבים אלה נתווה דרך ניתוח ייחודית להתמודדות עם השאלות הנדונות.

## 2. כריתת החוזה הצרכני : כוונה ליצירת יחסים משפטיים

תנאי מוקדם להכרה בקיומו של חוזה מחייב הוא כוונת הצדדים ליצור מערכת יחסים משפטית מחייבת.<sup>34</sup> בבואנו לבחון את השאלות הנדונות לעיל בהקשר של עסקה צרכנית מקוונת, עלינו לבחון קיומה של כוונה כאמור. בקריאתנו לתת את הדעת לנקודה זו אין, כמובן, משום חידוש משפטי מסעיר. ואולם, בחינת סוגיית הכוונה ליצור יחסים משפטיים עשויה להביא תועלת רבה במקרה דנן. זאת משום שקידום ההגנה הצרכנית, כמו גם קידום המסחר המקוון, יושגו על ידי אימוץ מדיניות שלפיה ככלל, אין לכפות על הצרכן חוזה שבו כלל לא התכוון להתקשר. במצבים שבהם כלל לא נוצרה כוונה ליצור מערכת יחסים חוזית יוסדרו היחסים המשפטיים בין הצדדים באמצעות נורמות משפטיות אחרות שאינן חלק מדיני החוזים (ולא על ידי אותן תניות שעליהן הוסכם לכאורה).<sup>35</sup>

במצבים בעלי אופי מסחרי הנמצאים בליבת ההקשר החוזי נוהגים בתי המשפט להשיב בחיוב, לרוב במשתמע, על השאלה "האם התכוונו הצדדים לחוזה ליצור יחסים משפטיים?". ואולם בהקשר של המדיום האינטרנטי, נראה כי יש מקום לדון ולפתח כלים להתמודד עם השאלה אם ישנה כוונה להתקשרות חוזית בסיטואציות שונות. זאת משום שחלק גדול מציבור המשתמשים טרם הפנים כי הסביבה המקוונת עמוסה בהזדמנויות (אשר כוללות גם כללים ומסמכים משפטיים) אשר עשויות להוביל להסדרת מערכת היחסים המשפטיים בין

אלקטרוני, תשס"ח-2008, פרק ג, אשר בחרה, כעיקרון, שלא לשנות את הדרישות הצורניות להתגבשותו של חוזה.

32 ראו למשל: ע"א 290/80 ש.ג.מ. חניונים בע"מ נ' מ"י, פ"ד לז(2) 633 (1983).

33 בהקשר זה יש לזכור כי הקשיים המושגיים בהכרה בכריתת חוזים במסגרת זו ימשיכו להשפיע על קביעתנו אם להכיר בכריתת חוזה ובהיקף תניותיו.

34 לעניין זה, ראו גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 136-135 (תשס"ה-2005). (להלן: שלו – מהדורה שלישית). שלו מסבירה מדוע לטעמה הדיון האנליטי בסוגיית הכוונה ליצור יחסים חוזיים מנותק מהדיון בקיומה או בהיעדרה של גמירת דעת בעת כריתת החוזה.

35 בין נורמות אלו ניתן למנות בעיקר את דיני הצרכנות ואת דיני עשיית עושר ולא במשפט, לצד דיני הנזיקין ודיני הקניין.

הגולשים לבין נותני השירות על בסיס חוזי.<sup>36</sup> בחינה של סיטואציות שנוצרות בהקשר זה, ואשר נראות כיוצרות כוונה ליחסים חוזיים בעולם ה"פיזי", עשויה להוביל לתוצאה שונה כאשר מדובר במסגרת הווירטואלית. להמחשת הדברים, טלו לדוגמה את שני המצבים השכיחים הבאים:

(1) אברהם גולש לאתר של חברת שרה בע"מ (להלן: שרה). אברהם משתמש בתכנים (כגון טקסט, מוזיקה או וידאו) המצויים באתר של שרה והזמינים לכל דכפין ואף מפיק תועלת מתכנים אלה. בשלב מאוחר יותר רוצה אברהם להשתמש באותם תכנים בדרכים שונות (לדוגמה, הוא משלב אותם בתכנים שהוא מפיק לצדדים שלישיים או מסתמך עליהם בפעולותיו השונות).<sup>37</sup> בשלב זה מבקשת שרה למנוע מאברהם לעשות בתכנים כרצונו: להטמיע אותם באתרו, להשתמש בכתובות שהיו באתרו או כל פעולה אחרת. שרה טוענת כי במועד השימוש בתכנים נכרת בין אברהם לשרה חוזה, על פי התנאים אשר נוסחו בידי שרה והוצגו בדרך מסוימת באתרה.<sup>38</sup> תנאים אלו מגבילים את הפעולות שאותן מתעתד אברהם לבצע בתכנים האמורים.<sup>39</sup>

(2) יצחק מתקין במחשבו האישי תוכנה אשר ניתנת להורדה, ללא תשלום תמורה, דרך אתר האינטרנט של חברת רבקה בע"מ (להלן: רבקה).<sup>40</sup> התוכנה מבצעת פעולות חיוניות בעבור יצחק (כגון תרגום, חיפוש או הרצת קובצי מדיה). בד בבד התוכנה מבצעת פעולות נוספות אשר משרתות את האינטרסים של רבקה (מעקב אחר פעולותיו של יצחק, העברת פרסומות או

36 כך למשל, כדי לעיין בחוזה (ככל שאכן מדובר בחוזה) שאנו כורתים עם חברת גוגל בעת שאנו מחפשים באינטרנט באמצעות מנוע החיפוש של החברה, יש להקיש על הקישורית "הכל אודות גוגל", ואח"כ על "מדיניות שימוש" ו"תנאי שימוש", המופיעים בכתב קטן יחסית בתחתית העמוד. כלומר, נדרשות שלוש הקלקות (לפחות) כדי לעיין במסמכים האמורים. אחד ממחברי המאמר נוהג לשאול את תלמידיו באופן קבוע אם הם מעיינים בתניות האמורות או למצער פותחים את דף התניות האמור. נכון לרגע כתיבת שורות אלו נשאלו על כך מאות סטודנטים במוסדות שונים, אך טרם נמצא הסטודנט שענה בחיוב.

37 כך, לדוגמה, במצב שהתכנים האמורים הינם כתובות דוא"ל או אמצעי קשר אחר, אשר אותו אברהם מנצל (או "קוצר") כדי לפנות לאחרים לצורך קידום אינטרסים אישיים או מסחריים. ראו לדוגמה: בר"ע (מחוזי ת"א) 2542/03 סויסה נ' בן חיים (טרם פורסם, 9.10.2005) (להלן: עניין סויסה); Register.com, Inc. v. Verio, Inc. 356 F.3d 393 (2d Cir. 2004).

38 כפי שעולה מעניין סויסה, לעיל הערה 37, הניתוח המשפטי של מקרים מסוג זה עשוי להיות מושפע גם מדוקטרינות ומעילות לבר חוזיות, כדוגמת מערכת יחסים קניינית בין מחזיק במיטלטלין לבר רשות/מסיג גבול. במקרים שבהם הנכס מושא החוזה הינו יצירה המוגנת בזכויות יוצרים, עשוי החוזה האמור להקנות לבעל הזכות ביצירה זכויות אשר עולות על אלו המוקנות לו על פי חוק זכויות יוצרים. לעתים הגבלות מעין אלו נתפסות כנוגדות את תקנת הציבור. ראו ניבה אלקין-קורן "הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן המידע" *עלי משפט* ב 319 (2002) (להלן: אלקין-קורן).

39 מקרה היפותטי זה מעורר גם בעיות של זכויות יוצרים. כפי שהבהרנו לעיל בהערה 13, מאמר זה יתמקד בהיבטים החוזיים של עסקות צרכניות מקוונות.

40 אלו עובדות פסק הדין Specht v. Netscape Comms. Corp., 306 F.3d 17, 22 (2d Cir. 2002) (להלן: עניין Specht).

על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן

שימוש בכוח חישובי ממעבדו של יצחק).<sup>41</sup> כאשר הדבר מתחוויר ליצחק, הוא מעלה טענות כנגד רבקה לעניין פעולות נוספות אלו. בתגובה מפנה רבקה את יצחק לתנאי השימוש באתר, שלפיהם "הסכים" יצחק לביצוע פעולות נוספות אלו (או להוראות אחרות אשר נוגעות להתבררות הסכסוך בין הצדדים) כאשר התקין את התוכנה במחשבו.<sup>42</sup>

בשני המצבים האמורים ינסו מפעילות האתרים לטעון כי מערך היחסים בין הצדדים נשלט על ידי תניות ההסכם שהופיעו באתרם. לפיכך במצבים מעין אלו מתעוררת השאלה אם נכרת חוזה בין הצדדים מכוח התנהגותו והתנהלותו של הצרכן (במקרים דגן, אברהם או יצחק) באתר הספק (שרה או רבקה). כפי שהסברנו לעיל, ראוי בהקשר זה לבחון אם הצרכנים (אברהם ויצחק) יצרו מצג (אובייקטיבי)<sup>43</sup> של הפנמת העובדה שהם נכנסו למערכת יחסים משפטית המובילה לשכלולו של חוזה.<sup>44</sup> הספק (שרה/רבקה) ינסה לשכנע לאחר מעשה כי אין דרך אחרת להבין את האינטראקציה המתוארת בין הצדדים. ואולם על בית המשפט לבחון בזהירות אם אמנם כך הדבר.

בהתחשב ב"צרכן הסביר" ובנורמות המיוחדות הנוצרות בעולם האינטרנט, לא נראה שברוגמאות שצוינו התגבשה כוונה ליצירת יחסים חוזיים אצל משתמש הקצה. הגם שהמונח "צרכן סביר" הינו מונח חמקמק וקשה להגדרה (בייחוד בהקשר של העולם המקוון, המאופיין בחדשנות ובדינמיות רבה), ניתן לציין בבטחה שהאינטרנט יוצר מצבים רבים שבהם מוצעים לגולשים תכנים ושירותים מסוגים שונים ללא תמורה נראית לעין מצד הספק וללא ציפייה ליצירת חוזה מצד המשתמשים. ניתן להסביר את היעדר התמורה והציפייה ליצירת חוזה בכך שבהקשרים מקוונים רבים יש לספקים סיבות רבות ושונות ליצירת תכנים

41 כך, לדוגמה, פעלה הגרסה ה"חינמית" של תוכנת התרגום "בבילון". ראו:

[www.filesland.com/companies/Babylon-com-LTD/products.html](http://www.filesland.com/companies/Babylon-com-LTD/products.html)

42 סוגיה נוספת הרלוונטית למקרה המתואר היא הדרישה החדשה בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הפרטיות") בדבר "הסכמה מדעת" לפגיעה בפרטיות (ראו תיקון מס' 9 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, מ-26.6.2007). בחוזים אחידים רבים מסכימים הניצעים לפגיעה בזכותם לפרטיות. ספק רב אם דרישת ההסכמה מדעת לפגיעה בפרטיות והאופן הנוכחי שבו נכרתים חוזים מקוונים הכוללים תניות בדבר הסכמת הניצע לפגיעה בפרטיות עולים בקנה אחד. מאמר זה לא ירחיב בסוגיה מעניינת זו.

43 דיני החוזים, כידוע, אינם נדרשים לבדיקה בדבר תפיסתו הסובייקטיבית של המתקשר, אלא למצג האובייקטיבי שאותו הוא יוצר לעניין כריתת החוזה. לאימוץ הגישה האובייקטיבית לעניין הליך כריתת החוזה ראו למשל: ע"א 379/82 נוה עם נ' יעקובסון, פ"ד לח(1) 740 (1984); ולאחרונה ע"א 8163/05 הדר חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית (טרם פורסם, 6.8.2007), פסקה 25 (להלן: עניין הדר).

44 בנקודה זו ניתן להקשות מדוע לא לדון בהיבטים אלו במסגרת הדיון בשאלה אם לצרכן גמירת דעת מספקת להתקשר בחוזה על פי התנאים האמורים. אין ספק כי ניתן לבצע את הניתוח האמור גם בדרך זו. ואולם ההתמודדות עם הסיטואציות באמצעות הכלי האנליטי המוצע כאן מסייעת באיתור מצבים שבהם אין גמירת דעת מבחינה אובייקטיבית וסובייקטיבית.

מקוונים, למתן זכות גישה אליהם ולשימוש בהם.<sup>45</sup> לאור מציאות זו מתגבשת אצל צרכנים מקוונים רבים ההבנה וההכרה (הסבירות, לדעתנו) כי לא כל אינטראקציה שבמסגרתה ניתנת גישה לתכנים או לשירותים תלווה בהכרח במערכת חוזית מחייבת. לפיכך אנו סבורים שהדרישה ל"כוונה ליצירת יחסים משפטיים" לרוב איננה מתמלאת במצבים שבהם הצרכן איננו נדרש לתת תמורה ברורה ומוחשית (לרוב תשלום כספי) במסגרת האינטראקציה עם הספק, או במצבים שבהם לא הובהר לצרכן באופן חד משמעי כי מדובר בהתקשרות בעלת גוון מסחרי.

במצבים אלה אין מקום להכיר ביצירת קשר חוזי, משום שלאחד הצדדים אין כוונה אובייקטיבית ליצירת הקשר האמור. סטייה מעיקרון זה תהווה כפיית חוזה על צד אשר איננו מעוניין בו. כפייה של מערכת יחסים חוזית על צרכנים עלולה לעורר את חשדם של המשתמשים במסחר האלקטרוני ולפגוע בקידום המסחר במדיום חשוב זה. גם הצורך בקידום ההגנה על הצרכן המקוון ובביסוס האוטונומיה שלו תומך באימוץ גישה זו. במצבים רבים ספקים הפועלים בסביבה הווירטואלית מסתירים (או מעמעמים) את התנאים הכרוכים בשימוש במוצרים או בשירותים מקוונים, כמו גם את עצם היווצרותו של קשר משפטי מחייב. היטיב להגדיר זאת בית המשפט הפדרלי בעניין Specht, בקובעו כי במצבים רבים "the individual... is not made aware that he is entering into a contract"<sup>46</sup> במקרים האמורים לא מן הנמנע כי הצרכן יגבש ציפייה לגיטימית לקבלת דבר מה מבלי להיכנס להתחייבויות משפטיות, ועל כן לא יהא זה ראוי לכפות עליו תניות חוזיות שאותן לא שקל ואשר להן לא היה מודע.

בטרם נעבור למקרים אחרים, הקשים יותר להכרעה, נבקש להעיר שתי הערות. ראשית, ההכרעה באילו מקרים לייחס לגולשים כוונה ליצירת יחסים משפטיים לכריתת חוזה היא סוגיה מורכבת, תלויה זמן והקשר. על אף הנטייה הגוברת להסדיר את סוגיית החוזים הצרכניים בחקיקה מפורשת, אנו סבורים כי נכון יהיה להשאיר קביעות אלו לבית המשפט. גמישות זו תאפשר לבית המשפט לבחון את הנסיבות הקונקרטיות שהביאו לחילוקי הדעות בין הצדדים ואת התרבות העסקית והצרכנית שבה הצדדים פועלים. על בית המשפט להידרש, בין היתר, לשאלת ניסיונו ותחכומו של הניצע. במקרים רבים דינו של הצרכן הסביר לא יהא זהה לדינו של גורם מסחרי (ולא צרכן)<sup>47</sup> או צרכן שהינו "שחקן חוזר", מה שעשוי להביא

45 בין סיבות אלו ניתן למנות בנוולנטיות, רצון לסחור בקשב של המשתמשים, רצון לקדם רעיונות ואת שמו של היוצר, פרסומות וכד'.

46 עניין Specht, לעיל הערה 40. להתנהלות מעין זו עשויות להיות סיבות שונות, לרבות חוסר הרצון ליידע את הצד השני בדבר ההשלכות השליליות של הורדת התוכנה או השימוש בתכנים, או הרצון שלא לסרב את הליך הגלישה.

47 כך למשל, בפסיקה האמריקנית ישנה נכונות רבה יותר להכיר בקיומם של חוזים בין הצדדים כאשר שניהם מסחריים. ראו להלן הערה 62.

על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים : בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן

להכרעות שיפוטיות שונות.<sup>48</sup> אנו מודעים לכך שמתן שיקול דעת רחב לבתי המשפט טומן בחובו חסרונות לא מעטים.<sup>49</sup> ואולם אנו בדעה כי שופטים מקצועיים, בסיוע עורכי דינם של הצדדים, יכריעו לרוב באופן סביר.<sup>50</sup> בה בעת ברור כי הכרה טובה של המתרחש בעולם המקוון חיונית לניתוח נכון של המציאות החוזית המקוונת.<sup>51</sup>

כמו כן נציין כי בהחלט ייתכנו מצבים שבהם יכיר בית המשפט ביכולתו של בעל האתר להגיש תביעות משפטיות כנגד צרכנים אשר משתמשים באתרו שלא כדין. טענות מעין אלו מקובלות במצבים שבהם הצרכן מעביר את תוכני בעל האתר ומציגם כשלו, או ללא הפרסומות הצמודות להם. ואולם טענות מעין אלו לא צריכות להישען על טענות חוזיות (ולפיכך להיות כפופות לתניות אשר התווה בעל האתר), אלא על דינים אחרים, כדוגמת עשיית עושר, עוולות מסחריות ודיני נזיקין. דיונים בעילות אלו חורגים מענייננו.

### 3. כריתת החוזה המקוון : המודל הגמיש ואינדיקציות לגמירת דעת

הדיון בכוונת הצדדים ליצור מערכת יחסים משפטית-חוזית מסייע בניתוח שני המצבים המתוארים לעיל, של אברהם ויצחק, ובמבחר מצבים דומים. בה בעת דיון זה איננו רלוונטי לקשת רחבה של מצבים טיפוסיים אחרים, שבהם הכוונה ליצירת יחסים חוזיים ברורה או משתמעת. במקרים אלו המפתח לתשובה לשאלה אם נכרת חוזה בין הצדדים מצוי בעקרונות פרק א לחוק החוזים (חלק כללי) הקובע מנגנון לכריתת חוזה באמצעות הצעה וקיבול.<sup>52</sup> להלן נסביר כיצד ניתן וראוי להחיל עקרונות אלו, בהתאמה לעקרונות היסוד של הגנת הצרכן וקידום המסחר הדיגיטלי.

החלת העקרונות שפותחו בפסיקה על הסיטואציה דנן מראה כי הסוגיה הדוקטרינלית שעמה יתמודד המשפטן לצורך הכרעה בשאלת כריתת החוזה הצרכני המקוון הינה מצומצמת

48 במסגרת הכרעה זו מסור לשופט שיקול דעת רחב ביותר, ועליו להסתייע בניסיונו וב"חוש המומחיות של המשפטן". כפי שנחזור ונציין בהמשך דברינו, איננו נרתעים מהענקת מרחב שיקול דעת זה.

49 כפי שנציין להלן, בטקסט סמוך להערה 81. בין חסרונות אלו ניתן למנות חוסר ודאות משפטית, פסיקה בלתי אחידה ולעתים סותרת ועלות גבוהה הנלווית לפיתוח שיפוטי של נורמות משפטיות. לדיון נוסף הסוקר ומבקר את יכולתם של בתי המשפט לפתח את דיני החוזים הצרכניים באופן אופטימלי 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). (להלן: Becher).

50 בנקודה זו נבקש להעיר, כי להסתמכות על חקיקה כאמצעי רגולציה של עסקות צרכניות או כאמצעי להגבלת שיקול הדעת השיפוטי באמצעות חקיקה מנחה ומפורטת חסרונות מרובים, העולים, לדעתנו, על החסרונות הנלווים להסדרה שיפוטית. לסקירת מגבלות החקיקה בהקשר דומה ראו למשל: Becher, שם. נראה כי גם בהקשר הספציפי של ההסדרה המשפטית של המסחר המקוון, הפסיקה מגלה גמישות ודינמיות, בעוד החקיקה בנושא מתמהמהת והליכי עיבודה מתארכים זה שנים.

51 שקילה זהירה של הסוגיה חשובה במיוחד לאור העובדה שאם ייקבע כי לא הייתה כוונה ליצור יחסים משפטיים, אין מקום לבחון כלל את הליך כריתת החוזה הנדון ואת תוכנו, ובכך מסתיים הניתוח המשפטי.

52 ראו סעיף 1 לחוק החוזים.

בהיקפה. על פי המודל שפותח בפסיקה (המכונה לעתים "המודל הגמיש"),<sup>53</sup> די באיתור נקודת זמן אשר בה מסכימים הצדדים על מספיק פרטים כך שיעמדו במבחן המסוימות ואשר בה יש בהסכמתם משום גמירת דעת. חוזים מקוונים מאופיינים לרוב בכך שהספק מנסח את מסמך ההתקשרות כך שיתייחס למגוון גדול של סוגיות וסיכונים שעשויים להתעורר, ועל כן יצלח את מבחן המסוימות (אשר ממילא צומצם בפסיקה באופן ניכר).<sup>54</sup> כן ניתן להוסיף ולהניח כי גמירת דעתו של הספק קלה להוכחה נוכח רצונו המוצהר להתקשר בהסכמי מכר במסגרת האתר הווירטואלי.<sup>55</sup> לפיכך מוקד הבדיקה בדבר כריתת חוזה צרכני מקוון הינו קיומה או היעדרה של גמירת דעת אצל הצרכן. בעסקה זו תיגזר גמירת הדעת מניתוח אובייקטיבי של התנהגות הצרכן.

השאלה שנעסוק בה כעת, אם כן, הינה באילו סוגי התנהגות והתנהלות ראוי להכיר כמגבשים גמירת דעת מצדו של הצרכן. ההסתמכות על התנהגות לצורך כריתת חוזה איננה זרה לדין החוזי, המכיר בקיבולו של חוזה בדרך של התנהגות.<sup>56</sup> ואולם בהקשר המקוון, יישום שאלה זו בפרקטיקה איננה פשוטה. מרבית החוזים הצרכניים המקוונים הם חוזים אחידים, אשר לא מתקיים משא ומתן פרטני ביחס לתוכנם. לפיכך, ובהיעדר מסמך משפטי מפורט, מודפס וחתום, מלאכת איתור האינדיקציות ההתנהגותיות הרלוונטיות הנוגעות לגמירת דעתו של הצרכן-הניצע הינה עדינה במיוחד. לטעמנו, במסגרת מלאכת איתור זו יש להסתמך על שני אלמנטים מרכזיים לצד כמה אלמנטים משניים. בפסקאות הבאות נתווה את הדרך שבה אנו מציעים להתמודד עם סוגיה זו.

תחילה ראוי לתת את הדעת לשני סוגי הסכמים מקוונים המעסיקים את בתי המשפט והאקדמיה בארצות הברית כבואם לבחון את השאלה האמורה. אלו הם שני "אבות הטיפוס" של התנהלות השוק המקוון: הסכמי הקלקה (clickwrap) והסכמי גלישה (browsewrap).<sup>57</sup> הדינמיקה הראשונה (הסכמי הקלקה) מתייחסת למצבים שבהם האינדיקציה לגמירת דעתו של הצרכן הינה בהקלקתו על צלמית (אייקון) רלוונטית המתייחסת לתניות החוזה, הקלקה אשר מעידה לכאורה על הסכמתו לתנאים הרלוונטיים המופיעים סמוך לצלמית האמורה.<sup>58</sup> הדינמיקה השנייה (הסכמי גלישה), לעומת זאת, מתייחסת למצבים שבהם הספק מבקש

53 חוק החוזים מתווה דינמיקה מסוג אחד לכריתת חוזים, המתאימה למשא ומתן הנערך בין נעדרים. במקביל פיתחה הפסיקה את "המודל הגמיש" או "המודל הדינמי".

54 ראו, לדוגמה: רע"א 4976/00 בית הפסנתר נ' מול, פ"ד נו(1) 577 (2001).

55 כאמור בהערה 46 לעיל, ייתכנו מצבים שבהם יבחר הספק שלא להדגיש את גמירת דעתו מסיבות אסטרטגיות. במקרים אלו ספק אם בית המשפט ייתן תוקף לתניות "מוסחרות", אם מכוח דיני ההצעה והקיבול ואם מכוח עקרון תום הלב.

56 ראו סעיף 6(א) לחוק החוזים.

57 מקור השמות האמורים נובע מהמושג "חוזה צלופן" – shrinkwrap. ראו אלקין-קורן, לעיל הערה 38.

58 לעניין זה ישנן כמובן וריאציות טכנולוגיות שונות, כגון ממשק המצריך מעבר על פני כל תניות ההסכם כדי לאשרו, ממשק המחייב סימון חיבת טקסט מסוימת ועוד. נדון באופציות אלו להלן.

על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן

להסיק את גמירת דעתו של הגולש מעצם התנהלותו של המשתמש בתוך דפיו של האתר הרלוונטי. במקרים אלו מבקש הספק להסיק, כי הגלישה עצמה מהווה קיבול בהתנהגות של תנאי השימוש באתר כפי שהם מופיעים באחד מדפיו. וריאציות שונות של הסכם זה כוללות מצבים שבהם התנאים מופיעים בדף הראשון באתר או מקושרים מדף הבית או ממכלול דפי האתר ומופיעים במקום אחר.<sup>59</sup> המקרים ההיפותטיים של אברהם ויצחק שהובאו לעיל<sup>60</sup> יכולים לשמש כדוגמאות שכיחות להסכמי גלישה.

למרות חוסר הבהירות שאפיין את הפסיקה האמריקנית בעניין זה בעבר,<sup>61</sup> נראה כי כיום התכנסה פסיקה זו לכדי תוצאה ברורה יחסית, המקנה ודאות מסוימת לפועלים בזירה המקוונת. כפי שציין פרופ' למלי (Lemley),<sup>62</sup> כמעט כל פסקי הדין שדנו בהסכמי הקלקה קבעו כי דינמיקה זו מעידה עקרונית על גמירת הדעת של הצרכן להתקשר בחוזה על פי האמור בתניות המוצגות בהסכם ההקלקה.<sup>63</sup> זאת להבדיל מהסכמי גלישה, שלרוב לא יובילו לכריתת חוזה מחייב בהקשר הצרכני. על פי הגישה שהתגבשה בארצות הברית, גלישה ושהייה באתר אינטרנט לא די בהן ברוב המקרים כדי לגבש יסוד אובייקטיבי של גמירת דעת. אופי ההסכם, הקלקה או גלישה, הינו ממד מרכזי אחד העשוי לסייע בקביעת גמירת דעתו של הצרכן-גולש. לצד עניין זה יש להתחשב בשאלה אם הצרכן נדרש לשלם תמורה (באמצעות מתן מספר כרטיס האשראי או בדרך אחרת) כחלק מתהליך ההתקשרות.<sup>64</sup> לטעמנו, תשלום עשוי להיות אינדיקציה חזקה לקיומה של גמירת דעת צרכנית.

כאשר משלבים את הדיון בשני אלמנטים מרכזיים אלו, מתקבלת הטבלה הבאה:

59 אכן, כמעט כל ביקור בכל אתר כולל הקלקה מסוג זה או אחר. עם זאת ברור שלא ניתן לומר כי הקלקה זו מעידה על גמירת דעת לצורך כריתת חוזה.

60 ראו טקסט סמוך להערות 36-42.

61 מובן שאין בדברים אלו כדי לרמוז כי דיני החוזים שלנו מושפעים, או ראוי שיושפעו, אך ורק (או בעיקר) מדיני החוזים כפי שהתפתחו בארצות הברית. כך למשל, עקרון העל של תום הלב (good faith) התקבל והשתרש בישראל בהשראת המשפט הקונטיננטלי (ראו למשל: סעיף 242 של ה-BGB הגרמני). דיני החוזים האמריקניים אינם רואים בעקרון תום הלב עיקרון מרכזי וחובק כול למרות קליטתו בחקיקה (ראו: UCC § 1-203).

62 Juliet Moringiello, Mark Lemley, *Terms of Use*, 91 MINN. L. REV. 459 (2006); ראו גם: Juliet Moringiello, *Signals, Assent and Internet Contracting*, 57 RUTGERS L. REV. 1307 (2005) (להלן: Juliet Moringiello).

63 מובן שהמושג "חוזה הקלקה" כולל וריאציות שונות. ראו טקסט סמוך להערה 69 להלן.

64 יצוין כי פיתוחים אחרונים של חברות e-commerce מאפשרים לצלוח שלב זה בקלות רבה ואף ללא הצורך בהקלדת פרטי כרטיס האשראי, אשר נשמרו מהרכישה הקודמת (כך לדוגמה ב-amazon.com, המאפשרת two-click ואף one-click purchase). לטעמנו, אין הכרח בהקלדת מספר כרטיס האשראי או אמצעי זיהוי אחר לעמידה בדרישה המפורטת בטקסט, אלא די בכך שיוצג בבירור כי בנקודה מסוימת מתבצע תשלום.

**כריתתו של חוזה מקוון**

היעדר תמורה	קיומה של תמורה	חוזה הקלקה
3	1	חוזה גלישה
4	2	

על פי טבלה זו, הספרה 1 מסמנת אינטראקציה מקוונת הכוללת אינדיקציות חזקות ביותר לכריתתו של חוזה, בעוד שהספרה 4 מסמנת אינטראקציה אשר ספק רב אם היא מתגבשת לכדי חוזה.<sup>65</sup> לטעמנו, גם במצב 2 ישנן אינדיקציות רבות לכריתתו של חוזה. במצב שבו משולמת תמורה והצרכן מודע לקיום התשלום ולפרטיו,<sup>66</sup> גם אם אין מדובר בחוזה הקלקה, ראוי להכיר בכריתתו של חוזה. במצב מעין זה סביר להניח כי הצרכן הבין שלפניו סיטואציה שבה הוא נקשר בהסכם מסחרי תקף ומחייב. נזכיר כי ההכרה בעצם כריתתו של חוזה עדיין איננה אומרת דבר על תוכן תניותיו, קרי אם (ובאיזו מידה) יחולו התנאים שאותם ניסח הספק. תוכן החוזה וההתערבות השיפוטית בו מהווים סוגיה נפרדת, שתעמוד בלבו של החלק הבא. בנקודה זו נציין כי אל לבית המשפט להירתע מלהכיר בהתנהגות המתהווה בתוך המדיום האינטרנטי בלבד כמגבשת גמירת דעת אצל הצרכן (ללא צורך במסמך פיזי או בחתימה בפועל). מחזורי המכירות העצומים ומגוון העסקות המקוונות<sup>67</sup> מצביעים לכאורה על כך שהצרכן מסוגל להשתמש באינטרנט לצורך כריתת עסקות והתקשרויות חוזיות. גם משיקולי קידום הסחר הדיגיטלי יש מקום לאמץ מסקנה זו. במצבים רבים מעדיפים ספקים לבנות ממשק אשר ממעט במספר החלונות ובהקלקות הנדרשות בטרם כריתת החוזה, אף במחיר של פגיעה בוודאות המשפטית בנוגע לכריתתו. מבחינתם של הספקים, חוסר ודאות זה איננו שקול לחשש כי צרכנים יתייאשו מריבוי החלונות ושלבי החוזה וינטשו את הליך הרכישה.<sup>68</sup> אי הכרה בהסכמי גלישה תאפשר לצרכנים לנהוג באופן אופורטוניסטי ולהשתחרר מהתחייבויות שלטעמנו ברור כי התכוונו לקבל. נשוב ונדון בהיבט זה ביתר פירוט בהמשך דברינו.

65 כפי שהוסבר לעיל, ייתכן שבמצבים אלו אין כלל כוונה ליצירת יחסים משפטיים בין הצדדים.  
 66 מן הראוי להבהיר כי אנו עוסקים במצבים שבהם הלקוח מבצע התקשרות ראשונית שבמסגרתה הוא מוסר אמצעי תשלום (קרי, מספר כרטיס אשראי), ולאחר מכן הוא מחויב באופן ספציפי בכל מקרה שבו הוא גולש באתר. לעומת זאת איננו עוסקים במקרה הבעייתי שבו לקוח מתחייב בתשלום מבלי לדעת למה בדיוק הוא מתחייב.

67 לדוגמה ריהוט: [www.nanashops.co.il/categories.php?cid=1666](http://www.nanashops.co.il/categories.php?cid=1666); כלי רכב: [www.daka90.co.il](http://www.daka90.co.il); חבילות נופש וטיולים: [www.nrgshops.co.il/categories.php?cid=1861](http://www.nrgshops.co.il/categories.php?cid=1861); חפצי אמנות: [www.netoshops.co.il/product.asp?productid=1114](http://www.netoshops.co.il/product.asp?productid=1114), ועוד.

68 ספקים רבים מעדיפים את נוחותם של המשתמשים, המעדיפים לרוב להימנע מהצורך לעבור דרך דפים וחלונות רבים. לעניין זה ראו גם: Ronald J. Mann & Travis Siebeneicher, *Just One Click: The Reality of Internet Retail Contracting*, 108 COLUM. L. REV. 984 (2008) (להלן: Mann & Siebeneicher).

על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים : בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן

מצב 3 הוא המורכב ביותר. הוא יוכרע, לטעמנו, על פי עובדות המקרה ומתוך בדיקת הממשק הספציפי אשר בו השתמש הצרכן. במסגרת זו יש לבחון עד כמה ברור היה לגולש הסביר כי הוא עומד בפני כריתת חוזה. ניתן לבדוק, לדוגמה, אם הגולש נדרש לסימון ספציפי של התניות; אם היה עליו לגלול את עמודי החוזה טרם סימון "אני מסכים"; אם היה עליו להקליד את המילים "אני מסכים" או לבחור (באופן אקטיבי) בחלופה זו; אם הוזהר כי לפניו חוזה משפטי מחייב; אם היה עליו להזין פרטים אישיים אחרים, ועוד כהנה וכהנה. כל אלו, נוסף על גודל הגופן (פונט), צבע התניות ומיקומן על הדף ראויים להישקל על ידי בית המשפט על בסיס קוואיסיטי-קונקרטי. כן יש לבחון מגוון יסודות משניים, למשל אם הצרכן יכול היה להבין ממקומות אחרים כי מדובר בהתקשרות חוזית, אם הוא לקוח חוזר, ומהי מידת התחכום שהפעלת האתר דורשת.<sup>69</sup>

בנקודה זו עשוי הקורא לתהות אם הניתוח שהצענו איננו מותיר מרווח שיקול דעת רחב מדי לבתי המשפט. השארת הסוגיה להכרעת בית המשפט (במקום, לדוגמה, חקיקת חוקים או התקנת תקנות בנושא) עלולה, על פי קו מחשבה זה, להגביר את חוסר הוודאות שבו מצויים הצדדים. הסדר שיפוטי-קוואיסיטי הוא אטי, יקר ולעתים גם לא אחיד. למרות ביקורת זו אנו סבורים כי יתרונות ההסדר המוצע עולים על חסרונותיו. בפסיקותיהם יוכלו בתי המשפט להסתמך על ניסיונם-הם בעסקות פיזיות, בהתחשב בתנאי העסקה ובמאפיינים הספציפיים של הצדדים. הגמישות ומרחב שיקול הדעת אמורים אף לסייע בקידום המסחר המקוון באופן אופטימלי. קביעה אפריורית של כללים נוקשים וברורים עלולה להתברר כטעות, במיוחד על רקע דינמיות השוק המקוון וכלליו המשתנים חדשות לבקרים.

לסיכום נקודה זו, הפסיקה הקיימת בנושא והתשתית הכללית שאותה הצגנו בחלק זה נותנת לבית המשפט את הכלים לקבוע מתי ניתן להסתפק בהסכם גלישה ליצירת חוזה ומתי אין די אף בהסכם ההקלקה. גם אם תתקבל חקיקה המתווה את התשתית המשפטית והטכנולוגית הדרושה לכריתת החוזה, הרי שבתי המשפט עדיין יוכלו להתערב בהסדרי הכריתה מכוח עקרון "תום לב" ועקרונות שסתום אחרים. לפיכך תפקידם המרכזי של בתי המשפט בעיצוב הסדרי כריתת החוזה המקוון אינם רק ראויים, הם אף בלתי נמנעים.

#### 4. תוכנו של החוזה הצרכני המקוון

הכרעה חיובית בסוגיית כריתת החוזה שנדונה לעיל מובילה לדיון בסוגיית תוכן החוזה. בהקשר זה נדרשים בתי המשפט להכריע מהן התניות הנכללות בחוזה האחיד המקוון. לצורך כך על בתי המשפט ליישם מבחנים אובייקטיביים, שבהתקיימותם ייחשב הגולש כמי שקרא את התניות והבינן.

69 יסודות אלו ישמשו אף לבחינת המצב המשפטי בסיטואציות 1, 2 ו-4, אך במידה פחותה.

הפרדת סוגיית כריתת החוזה מסוגיית תוכן החוזה נובעת מהעובדה שבמצבים מסוימים יכריע בית המשפט כי נכרת חוזה בין הצדדים (ועל כן, לדוגמה, ניתן לאוכפו), אך חלק מהתניות אשר הספק ביקש להחיל לא ייכללו בו (ולכן לא יוכרו כמחייבות). במצבים טיפוסיים רבים חלק מן התניות יוצגו בצורה ברורה וללא ספק יופנמו על ידי הצרכן. אלה יהיו לרוב תניות הנוגעות למחיר, לאופי המוצר ולפרטים בולטים נוספים.<sup>70</sup> חלק אחר מן התניות, הנוגעות לעניינים בולטים פחות, כגון תניות ברירת דין, בוררות, פיצויים מוסכמים וקיוזים, יוצגו בדרך שלרוב לא תלכוד את תשומת לבו של הצרכן.<sup>71</sup> כפי שנסביר להלן, הצגת התניות הבלתי בולטות באופן המקשה על הצרכן את הפנמתן עלולה להביא לאי-הכללתן בחוזה. במקרה כזה תוכנן של התניות הבלתי בולטות יושלם על ידי בית המשפט בהסתמך על מנגנוני ההשלמה הקבועים בדין, ולא על פי הנוסח שביקש הספק להחיל על העסקה.<sup>72</sup> הדיון הנפרד בשאלת כריתת החוזה ובשאלת תוכנו מאפשר דיוק אנליטי המסייע בהשגת שני היעדים המרכזיים שעליהם עמדנו: הגנת הצרכן וקידום המסחר המקוון.

הדיון בתוכנו של החוזה מצריך הבהרה חשובה נוספת. איננו מקבלים את הטענה הגורפת כי בשל העובדה שצרכנים אינם מעיינים בתניות חוזיות, מן הראוי לא לאוכפן.<sup>73</sup> אכן, המציאות שבה צרכנים אינם קוראים את החוזים האחידים שהם צד בהם איננה מיוחדת לעולם האינטרנטי. גם בעולם הפיזי ישנם חוזים אחידים רבים שבהם הצרכן לרוב איננו מעיין. עם זאת שיקולי יעילות והגינות<sup>74</sup> תומכים בדרך כלל באימוץ החזקה שלפיה הצרכן עדיין מוחזק כמחויב לאמור בחוזה.<sup>75</sup> האתגר המשפטי המחייב דיון בנקודה זו הינו איתור

70 אנו נשתמש בהבחנה המקובלת בספרות בין תניות בולטות ומרכזיות (salient terms) לבין תניות שלא זוכות לתשומת לבם של צרכנים (non-salient terms). משמע, הכוונה כאן ל"בולטות" במובן הקוגניטיבי.

71 אין בדוגמאות ובחלוקה המוצעת כאן כדי לרמז כי הסיווג לתניות "בולטות" ו"בלתי בולטות" הוא קשיח וקבוע. כפי שנטען בפרק ב.4 להלן, תניות שנחשבות ל"בלתי בולטות" בהחלט יכולות להפוך ל"בולטות". ראו גם: Oren Bar-Gill, *The Behavioral Economic of Consumer Contracts* 92 (2008). MINN. L. REV. 749, 772-3, 776-777 (2008).

72 עקרונות ההשלמה של דיני החוזים (סעיף 26 לחוק החוזים) בהסתמך על הסדרים דיספוזיטיביים כלליים ופרטניים, נוהג ועקרונות תום הלב. לעניין ההיררכיה בין היסודות האמורים, ראו למשל: דניאל פרידמן ונילי כהן *חוזים* כרך ג (2003); אהרן ברק *פרשנות במשפט* כרך רביעי – פרשנות החוזה (2001); איל זמיר *פירוש והשלמה של חוזים* (1996). מן הסתם, תוצאות החלת הסדרים אלו תהיה שונה בתכלית במקרים אלו מההסדרים שאותם מציע הספק.

73 גרסה מרוככת של טענה זו היא שיש לאכוף את החוזה האחיד רק ככל שתניותיו עולות בקנה אחד עם "הסביר", "המקובל" או "המצופה". אנו נתייחס בהרחבה להיבטים מסוימים של טענה זו בפרק הבא, עת נדון בחוק החוזים האחידים ובהתערבות השיפוטית הראויה בחוזים אלו.

74 כך מבקש המשפט למנוע אופורטוניזם, קרי למזער את יכולתו של צד לחוזה להסתלק ממנו רק מכיוון שהתברר לו בדיעבד שהחוזה איננו כדאי או רווחי כפי שנדמה היה מלכתחילה (בעת כריתת החוזה).

75 ראו למשל: עניין *הדד*, לעיל הערה 43, בפסקה 30. לדיון נרחב בסוגיה ראו להלן: פרק ב, ובעיקר חלקים ב.2 ו-ב.3.

על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים : בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן

הקו המפריד בין מצבים שבהם אי-הקריאה הינה תוצר של נטילת סיכון מצדו של הצרכן והוא מוחזק כמודע לתניות החוזה לבין מצבים שבהם אי-הקריאה הינה תוצר של התנהלותו הבעייתית של הספק.

ראשית, גם סוגיה זו ראוי שתופקד בידי בית המשפט, ומהטעמים שמנינו לעיל.<sup>76</sup> מעניין לציין כי המחוקק נתן את דעתו לעניין בקובעו כי "עוסק העומד לחתום על חוזה עם צרכן חייב לתת לו הזדמנות סבירה לעיין בחוזה לפני חתימתו..."<sup>77</sup> לטעמנו, אין באמור כדי לצמצם את תפקידם של בתי המשפט. אלו עדיין יצטרכו להתמודד בהקשרים שונים ובסיטואציות שונות עם השאלה מהי אותה "הזדמנות סבירה" הקבועה בחוק.

שנית, כדי להכריע בסוגיה לגופה יש לשוב להבחנה המקובלת במשפט האמריקני<sup>78</sup> בין ממשק של חוזי הקלקה לבין ממשק של חוזי גלישה.<sup>79</sup> חוזה הקלקה (על הווריאציות השונות שלו אשר פורטו לעיל) מעמיד את הצרכן בחזקה שלפיה הוא יכול (וצריך) היה לעיין בתניות החוזה.<sup>80</sup> בה בעת חוזי הגלישה זוכים ליחס חשדני יותר, בעיקר בעסקות צרכניות. מובן שמדובר בעיקרון כללי בלבד. הדרך שבה נכרת החוזה מהווה אך שיקול אחד מתוך מכלול השיקולים בהקשר זה. בארצות הברית ניתנו פסיקות שונות בעניין זה, בהסתמך על דרך כריתת החוזה כמו גם על זהות הצדדים, ניסיונם ותחכומם. החריגות מהעיקרון נקבעות בשים לב לנסיבות הקונקרטיות המאפיינות את המקרה הנדון.<sup>81</sup> למרות הפסיקות והנסיבות השונות, הרי שככלל ניתן להצביע על עיקרון שלפיו הסכמי גלישה זוכים ליחס חשדני יותר.

כדי לקבוע אילו כללים ראוי לאמץ בהתמודדות עם שאלה זו בדין הישראלי, נשוב לשני העקרונות אשר מנחים אותנו לאורך הניתוח האמור: הגנת הצרכן וקידום המסחר האלקטרוני. בנקודה זו העקרונות האמורים מובילים לתוצאות שהן לעתים סותרות. עקרון הגנת הצרכן מוביל לדרישות מחמירות יותר בכל הנוגע לאופן הצגת תניות החוזה ולמתן האפשרות לצרכן לקרוא את החוזה ולהפנימו. על פניו, גם העיקרון השני, קידום המסחר המקוון, אמור לתמוך

76 בין היתר ובעיקר מכיוון שהגמישות השיפוטית הולמת את הדינמיות המאפיינת את ההתפתחויות באינטרנט.

77 סעיף 5(ב) לחוק הגנת הצרכן. הסעיף ממשיך וקובע: "וכן למסור לו עותק ממנו לאחר החתימה". לא נתעמק בתיבה זו בשל הקושי ליישמה בהקשר האמור.

78 נשוב ונדגיש כי המלצתנו להיעזר בפסיקה האמריקנית אין משמעה אימוץ אוטומטי של הנפסק שם. הגם שחשוב ללמוד מניסיונם של בתי המשפט בארצות הברית, עדיין חשוב לזכור כי בתי המשפט האמריקניים פועלים במציאות חברתית, צרכנית, אידאולוגית ומשפטית שאיננה זהה (למצער) למציאות הישראלית.

79 זאת מעבר לתניות המרכזיות או ה"בולטות", כגון מחיר וכמות, אשר כמעט תמיד מוצגות בצורה בולטת.

80 חשוב להדגיש כי מדובר בחזקה בלבד וכי ישנן סיבות טובות ורבות לסתירתה. הדיון בסוגיה זו חורג מגבולות מאמר זה.

81 ראו: Juliet Moringiello, לעיל הערה 62; Nancy S. Kim, *Clicking and Cringing* 86 Or. L. Rev. 797 (2007).

בהצגת התניות באופן גלוי וברור כדי למנוע כפיית תניות על הצדדים, העלולה ליצור מוניטין גרועים לסחר המקוון.

בשם עקרון הגנת הצרכן המקוון ניתן לכאורה לטעון, כי רק שימוש בחוזה הקלקה מחמיר יחסית (לדוגמה, רק במקרים שבהם התניות הוצבו בעמוד נפרד אשר עליו מחויב הצרכן להקליק ואף להוסיף את שמו לכל אחת מהן) יהווה הסכמה לתניות החוזה שהוצג. ואולם קביעת סף כאמור תציב מוכרים (כפי שהוזכר לעיל) בפני דילמה קשה ושתי אפשרויות בלתי רצויות: האחת היא לעמול על בניית ממשק אשר יבטיח כי רוכשים יהיו כפופים למסגרת החוזית. מעבר לעלויות הכרוכות בכך, חלופה זו עלולה לגרום לרוכשים רבים שלא להשלים את תהליך הרכישה עקב הסרבול והזמן הנוסף הנדרש להשלמת התהליך.<sup>82</sup> התוצאה הסופית תהיה פגיעה בהיקפי המסחר ואף הגדלת עלויות ההקמה וההפעלה של האתר או צמצום המגוון בו. האפשרות השנייה העומדת בפני ספקים מקוונים היא להמשיך להפעיל ממשק אשר יאפשר לרוכשים להשלים את העסקה במספר הקלקות מועט, מבלי שיובטח כי התניות כולן יחייבו את הצרכנים. בחירה בחלופה זו תוביל אף היא לתוצאה בלתי ראויה, המקנה לצרכנים יתרון אסטרטגי שאיננו הגון ואיננו מוצדק.<sup>83</sup> בהינתן חלופה שנייה זו, יוכלו צרכנים להתנער מתניות החוזה הבלתי בולטות. ואולם תניות אלו עשויות לתאום את האיזון והתמחור החוזיים שהושגו במועד כריתת החוזה, ומתן האפשרות לצרכן להתנער מתניות אלו יוביל לפיכך לתוצאות בלתי יעילות ובלתי צודקות.<sup>84</sup>

לאור כל זאת, בבוא בית המשפט להכריע אם יש לכלול תניות אשר הוצגו בפני הצרכן במסגרת החוזה בין הצדדים, עליו להיעזר במבחני העזר המקובלים בארצות הברית. לצד אלו ראוי לשקול את הצורך להקל על ספקים ולאפשר להם לכלול תניות חוזיות בהסכמים מסוימים גם מבלי לדרוש קשב ותשומת לב רבה נוספת מן הצרכן. בהקשר זה יש להתחשב בעובדה כי לרוב צרכנים ממילא לא קוראים, הן בעולם הפיזי הן בעולם הווירטואלי, את החוזים האיחידים שהם צד בהם. אכן, ייתכן כי ישנם צעדים שיגבירו את הסיכוי שקצת יותר

82 זאת משום שכל חלון ושדה אשר עמו נדרשים צרכנים להתמודד גורם לצרכנים רבים לאבד את סבלנותם ולבכר שימוש בפלטפורמות מסחריות אחרות.

83 ממחקר אשר פורסם באחרונה בארצות הברית עולה, כי מוכרים בוחרים לבנות את הממשק של אתרם בדרך אשר תבטיח כריתת מספר מקסימלי של עסקות (משמע בוחרים באפשרות השנייה מאלו שציינו). אסטרטגיה עסקית זו מחייבת את העוסק להציג את התניות בדרך אשר איננה דורשת מהצרכן הקלקה ייחודית. סביר להניח כי העולם העסקי של אתרים ישראלים יוביל לתוצאה דומה. אין טעם להחיל כלל משפטי אשר מנסה להנהיג התנהלות שלא תאומץ בסופו של יום ואף תוביל לתוצאות בלתי רצויות. Mann & Siebeneicher, לעיל הערה 68.

84 ברמה העיונית, עקרון תום הלב יוכל למנוע התנהגות אופורטוניסטית זו. ואולם בהקשר דנן, ההסתמכות על ההשפעה הממתנת של עקרון תום הלב שגויה. ראשית, נלוות לה עלויות רבות וצריכת משאבים שיפוטיים. שנית, היא מטילה באופן אפריורי את הנטל על הצד ההוגן להוכיח את התנהגותו הפסולה של הצד השני. לבסוף, הוכחת הטענה שהצד השני נהג בחוסר תום לב היא לעתים בעייתית מבחינה ראייתית.

על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים : בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן

צרכנים יקראו את החוזים האחידים שהם צד בהם. לא כל הצרכנים עשויים מקשה אחת, ולא כולם יתמידו באי-קריאת חוזים בכל הנסיבות.<sup>85</sup> עם זאת נראה כי שינוי זניח יחסית זה במספר הצרכנים אשר יקראו את ההסכם במלואו איננו מצדיק נקיטת אמצעים שיאלצו את כל הצרכנים להקדיש זמן ותשומת לב לקיומם של חוזים אלו במדיום המקוון, תוך סיכון לפגיעה במסחר בכללותו.<sup>86</sup> לפיכך אנו בדעה כי בנקודה זו יש מקום להסיג את עקרון הגנת הצרכן ולתת מעמד מרכזי לשיקולי יעילות, שיתחשבו בעובדה כי הרוב המכריע של הצרכנים ממילא לא קוראים חוזים אחידים.

## 5. חובות גילוי בעסקות מקוונות

לאחר שעסקנו ביישום דיני ההצעה והקיבול בהקשר של חוזים צרכניים מקוונים, ראוי לתת את הדעת להיבט משפטי נוסף החולש על השלב הטרם-חוזי: חובות הגילוי המוטלות על הספק הפועל באינטרנט מכוח חוק הגנת הצרכן. חובות אלו מוגדרות בסעיף 14ג לחוק הגנת הצרכן, המתייחס לעסקות "מכר מרחוק".

תחילה ראוי להבהיר, כי לטעמנו הדרישה המצוינת בסעיף 14ג אכן כוללת את המסחר האלקטרוני הנערך במסגרת אתרי אינטרנט.<sup>87</sup> חוק הגנת הצרכן מגדיר "שיווק מרחוק" כ"פנייה של עוסק לצרכן באמצעות... תקשורת אלקטרונית מכל סוג שהוא... פרסום קטלוגים או מודעות, או באמצעי כיוצא באלה, במטרה להתקשר בעסקה שלא בנוכחות משותפת של הצדדים".<sup>88</sup> קריאה דווקאית של הגדרה זו יכולה להעלות ספקות ביחס לשאלה אם קיומו של אתר מִכָּר וירטואלי מהווה "פנייה של עוסק לצרכן". ניתן לטעון כי חנות וירטואלית דומה במהותה לחלון ראויה, אשר מקובל להתייחס אליו כאל הזמנה להציע הצעות ולא כאל הצעה. ואולם קריאה דווקאית זו נראית כפלפול משפטי העושה את כוונת החוק פלסטר.<sup>89</sup> אנו בדעה כי הפרשנות הראויה תתייחס אל אתרי מכר ברשת האינטרנט כאל אמצעי שיווק מרחוק. זאת הן לאור תכלית החוק, שעניינה הסדרת ההגנות הנתונות לצרכן הכורת עסקה "שלא בנוכחות

85 ראו: Shmuel I. Becher & Esther Unger-Aviram, Myth and Reality in Consumer Contracting Behavior (work in progress, available at [papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=587112](http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=587112))

86 כלומר, אם היינו יודעים כי הצגת החוזה בממשק הקלקה כזה או אחר אכן מדרבנת ומתמרצת צרכנים לקרוא את החוזים האחידים שלהם, הרי שתוצאת האיזון בין האינטרסים המתנגשים הייתה עשויה להיות שונה.

87 ואכן, התייחסות בתי המשפט לעסקות הנכרתות ברשת האינטרנט כעסקות מכר מרחוק היא דבר שבשגרה. ראו למשל: ת"ק (י-ם) 2638/07 פלד נ' מוטורהום ישראל בע"מ (טרם פורסם, 1.10.2007).

88 סעיף 14ג(1) לחוק הגנת הצרכן.

89 בעולם האמיתי ישנה הבחנה פיזית ברורה בין חלון הראווה לבין הקופה, בין הסתכלות על חלון הראווה מחוץ לחנות לבין הימצאות בתוך החנות, בין התבוננות או התרשמות פיזית בלתי אמצעית מן הנכס לבין הבאתו לקופה לצורך רכישתו וכד' – הבחנות שאינן כה חדות במציאות של העולם הווירטואלי.

משותפת של הצדדים", והן לאור ההגדרה הרחבה של "שיווק מרחוק", שאיננה מסתפקת ב"פרסום מודעות", אלא אף מוסיפה "או באמצעי כיוצא באלה".

סעיף 14ג(א) לחוק הגנת הצרכן מטיל על המוכר בעסקת מכר מרחוק חובה לגלות לצרכן גרעין מינימלי של פרטים. על פי הוראת החוק, עם גרעין זה נמנים " (1) השם, מספר הזהות והכתובת של העוסק בארץ ובחוץ לארץ; (2) התכונות העיקריות של הנכס או של השירות; (3) מחיר הנכס או השירות ותנאי התשלום האפשריים; (4) מועד הספקת הנכס או השירות ודרך הספקתם; (5) התקופה שבה ההצעה תהיה בתוקף; (6) פרטים בדבר האחריות לנכס; (7) פרטים בדבר זכות הצרכן לבטל את החוזה בהתאם להוראות סעיף קטן (ג)".

החוק איננו מסתפק בהטלת חובת הגילוי האמורה, והוא דורש מן המוכר לספק פרטים מסוימים בכתב.<sup>90</sup> על פי סעיף 14ג(ב) לחוק הגנת הצרכן, "בעסקת מכר מרחוק יספק העוסק לצרכן בכתב, בעברית או בשפה שבה נעשתה הפנייה לשיווק, לא יאוחר ממועד הספקת הנכס או השירות, מסמך הכולל פרטים אלה: (1) הפרטים האמורים בסעיף קטן (א) (1) ו-(2); (2) מחיר הנכס או השירות ותנאי התשלום החלים על העסקה; (3) האופן שבו יכול הצרכן לממש את זכותו לבטל את העסקה בהתאם להוראות סעיף קטן (ג); (4) שם היצרן וארץ ייצור הנכס; (5) מידע בדבר האחריות לנכס או לשירות; (6) תנאים נוספים החלים על העסקה".<sup>91</sup>

הפרת חובות הגילוי הקבועות בחוק הגנת הצרכן יכולה לגרום תוצאות מגוונות. ראשית, היא יכולה לחשוף את המוכר לתביעה בגין עוולה נזיקית<sup>92</sup> ואף לחייבו בפיצוי סטטוטורי גבוה.<sup>93</sup> כמו כן במקרים מסוימים יחויב הספק בקנס מכוח חקיקה עונשית.<sup>94</sup> במקרים אחרים עשויה לחול בדרך מחדל הקבועה בדיון, הפועלת לטובת הצרכן וכנגד האינטרס הכלכלי של העוסק שלא עמד בחובות הגילוי (כמו בעניין אי עמידה בחובת הגילוי במדיניות החזרת טובין<sup>95</sup>).

לאחר שעמדנו על הוראות החוק, נבקש לבחון אם חובות הגילוי האמורות עולות בקנה אחד עם שני העקרונות הבסיסיים של הגנה על הצרכן וקידום המסחר האלקטרוני. במסגרת בדיקה זו נבחן מהם היתרונות ומהן העלויות הנובעות מחובות גילוי אלו, ולפיכך האם הן מוצדקות.

90 ניתן למלא דרישה זו גם באמצעות שימוש במדיום אלקטרוני.

91 נוסף לזה, כאשר מדובר במוצרי חשמל, גז ואלקטרוניקה, שמחירם יותר מ-150 ש"ח, תקנות הגנת הצרכן (אחריות ושירות לאחר מכירה), התשס"ו-2006, סעיפים 12-14, מטילות חיובים נוספים על המוכר. בין חיובים אלו ניתן למנות, לענייננו, את חובת המוכר לספק לרוכש תעודת אחריות הכוללת את פרטי הרכישה, כמו גם את שם הטובין ותיאורם, שם הדגם ושנת הייצור, פרטי העוסק שמכר את הטובין לצרכן ופרטיו המלאים של היצרן.

92 סעיף 31 לחוק הגנת הצרכן.

93 סעיף 31(ב)(2) לחוק הגנת הצרכן.

94 סעיף 23(ב)(6) לחוק הגנת הצרכן.

95 סעיף 14ג(ג) לחוק הגנת הצרכן.

על הסדרה ראוייה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן

המשפט מטיל על צדדים הנהנים מיתרון מידעי חובות גילוי בנסיבות רבות ומגוונות. כאשר עוסקים ביחסים שבין חברות לבין לקוחות או צרכנים, ניתן למצוא דוגמאות רבות של חובות גילוי. רובן, מטבע הדברים, מוטלות על החברה המסחרית שנהנית בדרך כלל מיתרון מידעי.<sup>96</sup> הטלת חובות גילוי מטפלת במזעור פערי המידע שבין צדדים לחוזה. היא תורמת להסבת תשומת לבו של צד בחוזה למידע חשוב (שייתכן שלא היה זוכה לתשומת לבו אלמלא חובת הגילוי) ולתחושה כי השוק מתנהל באופן אנושי, הגון וצודק. על כן הטלת חובת גילוי נחשבת אמצעי המגן על הצרכן מפני מוכרים אשר עלולים לנצל לטובתם את יתרונם המידעי. כאן ניתן להקשות ולשאול אם חובות הגילוי אכן מגנות על הצרכן. בהקשר זה עולות כמה טענות נגד. ראשית, הטלת חובות גילוי לא תמיד מותאמת ליכולתם של אנשים לעבד ולעכל מידע. כאשר חובת הגילוי מובילה לגילוי פרטי מידע רבים, הדבר עלול להביא לבעיית היצף מידע (information overload), והצד שאמור ליהנות מגילוי המידע עלול להירתע מן המידע או לשנות בהבנתו.<sup>97</sup> שנית, הטלת חובת גילוי מגדילה את עלויות חיפוש המידע מצדו של המעוניין במידע, זאת משום שכלל שמחפש המידע נתקל במידע רב יותר, כך יהיה לו קשה יותר, ולכן גם יקר יותר, לאתר את המידע שבו הוא חפץ.<sup>98</sup> לבסוף, מידע שאיננו מותאם לרמתו ולידיעותיו של הצרכן עלול לגרום לו בלבול ואף תחושת תסכול ואי נוחות.<sup>99</sup> ואולם נראה כי הדרישות הקיימות בדין הישראלי הינן סבירות. חובות הגילוי המוטלות על העוסק עניינן גילוי מידע אשר יכול להועיל מאוד לצרכן (כגון לעניין זהותו של המוכר,<sup>100</sup>

96 כך, יצרן מזון מחויב לציין את מרכיבי המזון ואת ערכיו התזונתיים על גבי אריזת המזון (ראו תקנות בריאות הציבור (מזון) (סימון תזונתי), התשנ"ג-1993). מבטח חייב להאיר את עיני המבוטח בדבר החריגות בפוליסה (סעיף 3 לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק חוזה הביטוח")). בה בעת מבוטח חייב להשיב למבטח על שאלות העשויות להשפיע על נכונותו של המבוטח לספק את הביטוח הנדרש (סעיף 6 לחוק חוזה הביטוח). מוכר יחידת נופש חייב לספק מידע רכש לרוכש הפוטנציאלי, לרבות "תיאור מפורט של אתר יחידות הנופש ומיקומו" (סעיף 14א(ב) לחוק הגנת הצרכן). מוכר פנינים חייב לידע את לקוחו אם הפנינים "טבעיות, מתורבתות, או מלאכותיות" (סעיף 2(א)(3) לתקנות הגנת הצרכן (גילוי פרט מהותי לגבי יהלומים, אבני חן ופנינים), התשנ"ה-1995). כמו כן חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973, מחייב מוכרי דירות בשוק הראשוני לספק לרוכש מפרט הכולל מידע רב שמתייחס לדירה הנמכרת (סעיפים 2-3 לחוק המכר (דירות)). נוסף לזה, כמובן, מוטלות על הצדדים לחוזה חובות גילוי מכוון סעיף 12 וסעיף 15 לחוק החוזים.

97 ראו: Russell Korobkin, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, 70 U. CHI. L. REV. 1203 (2003) (להלן: Korobkin).

98 ראו: David M. Grether, Alan Schwartz, & Louis Wilde, *The Irrelevance of Information Overload: An Analysis of Search and Disclosure*, 59 S. CAL. L. REV. 277 (1986) (להלן: Grether, Schwartz & Wilde).

99 Melvin Aron Eisenberg, *Text Anxiety Symposium: Legal Implications of Human Error: Cognitive Imperfections: Consumer Law Inferences*, 59 S. CAL. L. REV. 305 (1986)

100 צרכן עלול שלא לברר מידע זה בשל אמונתו שהכול יתנהל כשורה. בהקשר זה יש לציין, כי אנשים נוטים להיות אופטימיים באופן לא ראלי, דבר העלול לגרום להערכת סיכונים (כדוגמת היעלמות המוכר או קיומו של פגם במוצר) בחסר. כך לדוגמה, צרכן עלול להעריך את הסיכון לאי-אספקת

מועד ההספקה ודרכה<sup>101</sup> ואופי האחריות שתוענק לו). חלק מחובות הגילוי מתייחס למידע אשר ממילא יש חובה לגלותו על פי הוראות אחרות של חוק הגנת הצרכן, ולכן אין בו חידוש.<sup>102</sup> לבסוף, חלק אחר של חובות הגילוי מתייחס למידע שהספקים ממילא היו חושפים, ודאי בשוק תחרותי.<sup>103</sup> על כן, לדעתנו, ההוראות הקיימות יגנו על הצרכן ללא פגיעה של ממש במסחר המקוון ומבלי לגרום לעומס קוגניטיבי נוסף או לעלויות חיפוש בלתי סבירות. באחרונה העלה פרופ' הילמן (Hillman) בעיה נוספת עם הטלת חובות גילוי על העוסקים בהקשר צרכני זה. טענתו של הילמן היא שהטלת חובות גילוי מקיפות עשויה בסופו של יום להתברר כניצחון פירוס (תופעה שאותה מכנה הילמן Backfiring). על פי הילמן, חובת הגילוי עלולה לשרת דווקא את הספקים, שבעקבות עמידתם בחובות הגילוי הקבועות בחוק יהיו חסינים מטענות משפטיות.<sup>104</sup> בהקשר של חוזים אחידים, למשל, החובה לגלות באופן בולט וברור את הכללתן של תניות חד-צדדיות בחוזה האחיד עלולה לפעול כבומרנג כנגד הצרכנים

חלפים למוצר הנרכש ב-1 ל-10,000, בעוד שבפועל הסיכון עומד על 1 ל-1,000. כאשר מוסיפים לכך את חששם של צרכנים באינטרנט מפני התחזות, היעלמות או התמוטטות במפתיע של המוכר הווירטואלי, כמו גם את הקושי בבירור זהותו של הצד השני לעסקה המקוונת, חובת הגילוי האמורה נמצאת מוצדקת אף יותר.

101 סעיף 14ג(א)(4) לחוק הגנת הצרכן. בהינתן ריחוק גיאוגרפי בין הרוכש לבין המוצר (והמוכר), הטלת חובה זו מספקת לרוכש נתון חשוב שאלמלא חובת הגילוי אולי לא היה טורח בגילוי. זאת ועוד: במקרים רבים סביר להניח, כי את מירב מאמציו ומשאביו הקוגניטיביים משקיע הרוכש בבירור טיבם של הנכס או השירות, המוניטין של העוסקים השונים, והמחירים המוצעים ברשת לעסקה שבפניה ניצב הרוכש. בהתקיים תרחיש מעין זה, כאשר מגיע שלב ההזמנה, הצרכן כבר מיצה את חיפושיו ואת סבלנותו, והוא עלול שלא להשקיע את תשומת הלב הנדרשת בבירור מועד אספקת הנכס ודרך אספקתו. לפיכך, החובה לגלות נתונים אלה ממזערת כשל אפשרי בתחום זה ועל כן נתפסת בעינינו כמוצדקת.

102 כך, לדוגמה, לעניין גילוי התכונות העיקריות של המוצר או השירות מכוח סעיף 14ג(א)(2) לחוק הגנת הצרכן. סעיף 4 לחוק הגנת הצרכן קובע חובת גילוי – הגם שמסויגת יותר – ברוח זו. על פי הסעיף האמור, עוסק חייב לגלות לצרכן כל פגם או איכות נחותה או תכונה אחרת הידועים לו, המפחיתים משמעותית מערכו של הנכס או השירות. נמצאנו למדים, כי הגם שמוכר הפועל באינטרנט חייב בגילוי רחב יותר ("התכונות העיקריות"), הוא ממילא חייב בפירוט תכונות המפחיתות מערך הנכס. החובה הנוספת היא לגילוי של עניינים ניטרליים או חיוביים, ואיננו רואים סיבה להסתייג ממנה.

103 כך לעניין חובת הגילוי השלישית שעניינה מחיר הנכס או השירות ותנאי התשלום (סעיף 14ג(3) לחוק הגנת הצרכן). מכיוון שמחיר ותנאי תשלום הם עניין מרכזי מבחינתם של מרבית הצרכנים, סביר מאוד להניח כי גם ללא קשר לחובת גילוי זו היו ספקים מגלים את מחיר העסקה ואת תנאי התשלום. על פניו, הטלת החובה עשויה לסייע בהבהרת עלותו הסופית של המוצר, במיוחד אם ישנם מרכיבי מחיר נסתרים (כדוגמת דמי חברות, דמי הובלה או דמי הרכבה). עם זאת נעיר, כי החובה לציין את מחירו הסופי והכולל של המוצר מעוגנת ממילא בהוראתו של סעיף 17ד לחוק הגנת הצרכן.

104 Robert A. Hillman, *Online Boilerplate: Would Mandatory Website Disclosure of E-Standard Terms Backfire?*, 104 MICH. L. REV. 837, 852 (2006). במאמר זה מדגים הילמן כיצד במצבים מסוימים (הנוגעים לאיכות הסביבה ולזנים נכחדים) הובילו דרישות החוק לתוצאה הפוכה מזו שלה התכוון המחוקק.

על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן

(עמם באה חקיקה שכזו להיטיב): כאשר צרכנים יטענו נגד תוקפן של תניות חד-צדדיות אלו בשלב מאוחר יותר, עשוי בית המשפט לקבוע כי הם מושגים, מכיוון שהמוכר פעל בהתאם לחובת הגילוי המוטלת עליו ועמד בדרישות החוק.

לטעמנו, אין חשש ממשי כי התרחיש שאליו מתייחס הילמן יתממש במשפט הישראלי. ראשית, המשפט הישראלי מטפל בתניות מקפחות באמצעות דבר חקיקה נפרד, הרי הוא חוק החוזים האחידים. חוק זה מבצע רגולציה תוכן, והוא מעניק לבית המשפט סמכות ושיקול דעת לבחון את הוראות החוזה לגופן. חקיקה מעין זו לא קיימת בארצות הברית. שנית, בהנחה שקיימת תחרות בין ספקים, צרכנים בזירה הווירטואלית מסוגלים לעמוד על זכותם בכל הנוגע להיבטים בולטים בעת כריתת החוזה. כפי שנסביר להלן, תחרות מונעת את הצורך בהגנה שיפוטית בכל הנוגע להיבטים בולטים של העסקה. הצורך בהתערבות שיפוטית עלול להתקיים דווקא ביחס לאותן תניות לא בולטות, הקרויות לעתים "האותיות הקטנות". ואולם חובות הגילוי האמורות לעיל אינן מתייחסות ברובן לתניות מסוג זה, ועל כן הן לא ישפיעו על ניתוח הסוגיות הנלוות להקשרים אלו.<sup>105</sup> מעבר לכך, חובת הגילוי לא אמורה להשליך על שאלת קיומה של גמירת דעת צרכנית או על הבדיקה הנפרדת שעניינה קיומם (או היעדרם) של פערי מידע. במקרים רבים המידע שניתן על ידי ספקים במדיום המקוון מובא בחשבון על ידי צרכנים באופן סקפטי וראשוני בלבד (ועל כן אין בו כדי לגשר בצורה משמעותית על פערי מידע בחוזים אחידים). כפי שנסביר בפרק ב להלן, בבדיקת קיומם של פערי מידע יש להתמקד בבדיקת זרימת המידע בין הצרכנים לבין עצמם, אשר מעשירה את הצרכן במידע רב נוסף. על כן בהינתן מאפייני דיני החוזים ודיני הצרכנות הישראליים, ביקורתו של הילמן, אשר מכוונת לצמצום חובות הגילוי במסגרת זרימת מידע בין הספק לצרכן (שאיננה כה אפקטיבית ממילא), איננה יכולה לעמוד.

מעבר לדיון בהיבטים הפרו-צרכניים, יש להתייחס גם לשאלה אם הטלת חובות גילוי תקדם את המסחר באינטרנט. הטלת חובות גילוי נתפסת, גם על ידי אנשי הניתוח הכלכלי למשפט המבקשים למזער התערבות רגולטורית בהיעדר כשלי שוק, כאמצעי ההסדרה הזהיר והמתון יותר מבין החלופות המצויות בידי המחוקק.<sup>106</sup> מידע הוא כוח, וגילוי לצד שכנגד ממזער את פערי המידע ואת פערי הכוחות שבין הצדדים ותורם לקבלת החלטות מושכלת וטובה.<sup>107</sup> עם זאת לחובות גילוי חסרונות ידועים (מעבר לסכנות שעליהן עמדנו לעיל).

105 כפי שפורט לעיל, הוראות החוק אשר מחייבות גילוי אינן מתייחסות לתניות כגון כללי ברירת דין, מקום שיפוט, אמצעי ליישוב סכסוכים ושאר סוגיות אשר מסווגות בספרות כ"בלתי בולטות".

106 כך, הטלת חובות גילוי נחשבת להתערבות מתונה בהרבה ביחס להסדרת תוכנו של חוזה, כפי שחוק החוזים האחידים, לדוגמה, מתיימר לעשות. ראו למשל: סעיף 4 לחוק החוזים האחידים (הקובע רשימת תניות שחוקה עליהן שהן מקפחות) וסעיף 5 (הקובע כי תנאי המגביל או השולל את זכות הלקוח לפנות לערכאות בטל).

107 להתייחסות בספרות לתרומת חובת הגילוי לצמצום פערים בין צרכנים למוכרים, ראו אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט 113-107 (התשס"ג), שם היא עוסקת בפערי מידע בשוקים צרכניים ובהולשתו

ראשית, הטלת חובות גילוי מגדילה את עלויות העסקה. כאשר העלות הכרוכה בגילוי המידע עולה על התועלת המופקת ממנה, הטלת חובת גילוי פוגעת במקסום התועלת החברתית הכוללת.<sup>108</sup> שנית, לחברות מסחריות, מעצם היותן שחקנים חוזרים, יש אינטרס לפגוע באפקטיביות של גילוי המידע באמצעות הצגתו באופן שאיננו נוח לקריאה ולעיכול, ואף לנצל למטרות פרסומיות ולקידום מכירות.<sup>109</sup>

כאשר בוחנים את חובות הגילוי המוטלות מכוח החוק הישראלי בסביבה המקוונת, קשה להתרשם שמדובר בחובות המטילות נטלים מוגזמים על הצד הנהנה מיתרון מידעי. החובות עוסקות במידע זמין מבחינת הספק, ועלויות הצגתו והפצתו במדיום הדיגיטלי הינן זניחות. כפי שציינו לעיל, חלק ניכר מחובות הגילוי מתייחס למידע אשר החברות היו חושפות ממילא.<sup>110</sup> על כן קשה לטעון כי חובות הגילוי מעמיסות על המסחר המקוון ופוגעות בו.

ואולם בבוא בית המשפט לבחון את יישום חובות הגילוי האמורות, יש מקום לפרשנות מקלה, שתאפשר לספקים לעמוד בחובותיהם באמצעות גילוי בקיצור נמרץ. כפי שהסברנו לעיל, הניסיון העסקי מראה<sup>111</sup> כי במדיום הדיגיטלי כל פעולה נוספת שאותה נדרשים הצרכנים לעשות בדרך להשלמת העסקה מורידה באופן חד את הסיכוי להשלמתה. כל שלב נוסף שאותו צריך הצרכן לעבור גורם לו לעצבנות ולקוצר רוח. מסיבה זו מתאמצות חברות לבנות פלטפורמות שבהן יוכלו צרכנים להשלים עסקות במספר הקלות מינימלי.<sup>112</sup> כפי שהסברנו,<sup>113</sup> הצבת דרישה להצגת המידע האמור בחלון נפרד או בכל אמצעי מסרבל אחר תציב את הספקים בפני שתי ברירות בלתי רצויות: אי-עמידה בחובות הגילוי (וזאת כדי

האינפורמטיבית של הצרכן. ראו גם: סיני דויטש, לעיל הערה 5, עמ' 151-156, שם הוא דן בחובות הגילוי בדיני הגנת הצרכן.

108 ראו: Grether, Schwartz & Wilde, לעיל הערה 98.

109 ראו למשל: Jeffery J. Rachlinski, *The Uncertain Psychological Case for Paternalism*, 97 Northwestern University L. REV. 1165, 1177 (2003) ("In extreme cases, firms might even use clever disclosure of information as a marketing tool to help sell more of their products," footnote omitted); Howard Latin, "Good" Warnings, Bad Products, and Cognitive Limitations, 41 UCLA L. REV. 1193 (1994); Todd Barlow & Michael S. Wogalter, *Alcoholic Beverage Warnings in Magazine and Television Advertisement*, 20 J. CONSUMER RES. 1 (1993); Lars Noah, *The Imperative to Warn: Disentangling the "Right to Know" from the "Need to Know" about Consumer Product Hazards*, 11 YALE J. ON REG. 293 (1994).

110 אם מסיבות מסחריות ואם לאור חובות הגילוי הכלליות המעוגנות בחוק הגנת הצרכן והתקפות ביחס לכל סוגי העסקות הצרכניות.

111 Ronald J. Mann & Travis Siebeneicher, *Just One Click: The Reality of Internet Retail Contracting* 108 COLUM. L. REV. 984 (2008)

112 על הרקע הזה ניתן להבין טוב יותר את המוטיבציה למאבק המשפטי העיקש בדבר הפטנט על רכישת "הקליק האחד". ראו: Sandeep Junnarker, *Amazon Sues Barnesandnoble.com Over Patent*, www.news.com/2100-1001-231798.html.

113 חלק א.4 לעיל.

על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן

לרצות את הצרכנים הדורשים כריתת עסקות באופן מהיר ופשוט) או עמידה בדרישות החוק, וכפועל יוצא הפסד הכנסות מצרכנים שיפנו עורף למדיום הדיגיטלי ויפנו לאפיקי מסחר אחרים.<sup>114</sup> בה בעת, לצד פרשנות מקלה של הדרישות האמורות, על בית המשפט להקפיד על פרסום בהיר ופשוט של האלמנטים הדורשים, ולוודא כי הגילוי האמור לא יבוצע באופן המסכל את מטרתו או היוצר מעמסה קוגניטיבית או עלויות חיפוש גבוהות.<sup>115</sup> הדיון בשאלות הנלוות לשלב הטרום-חוזי מהווה אך את המערכה הראשונה בהתמודדות עם חוזים צרכניים מקוונים.<sup>116</sup> לאחר שייקבע כי נכרת חוזה מקוון ולאחר שיובהר אילו תניות כלולות בו, יש להידרש להיקף ההגנה הנתונה לצרכן-גולש ולמידת ההתערבות השיפוטית בחוזים אלו. הפרק הבא יתמודד עם הסוגיות המהותיות הכרוכות באפיונו של החוזה הצרכני המקוון כחוזה אחד ובאפשרות להתערב בתוכן החוזה, כאמור.

114 כמו כן, היות שמדובר בזירה בינלאומית, ייתכן שאותם צרכנים יפנו לאתרים זרים אשר מספקים שירותים לתושבי ישראל ואינם כפופים לדרישות החוק הישראלי (וגם אינם בהכרח עומדים בהן).

115 כך למשל, ניתן לדרוש מן הספק להדגיש רק את החלקים העוסקים בגילוי המידע שעליו לגלות מכוח החוק, כמו גם להפריד חלקים אלו מיתר הוראות החוזה. לדיון נרחב ראו גם: Shmuel I. Becher, A “Fair Contracts” Approval Mechanism: Reconciling Consumer Contracts and Conventional Contract Law, 42 U. MICH. J. L. REFORM (forthcoming 2009).

116 בהקשר לשלב הטרום-חוזי נבקש להצביע על בעיה אפשרית, הנובעת מהרכבת ההוראות של חוק הגנת הצרכן על הוראות חוק החוזים. כאמור לעיל, חוק הגנת הצרכן קובע בסעיף 14(א)5 כי בעסקת מכר מרחוק חייב העוסק לגלות לצרכן את “התקופה שבה ההצעה תהיה בתוקף”. בה בעת חוק החוזים קובע בסעיף 3(ב) כי “קבע המציע שהצעתו היא ללא חזרה, או קבע מועד לקיבולה, אין הוא רשאי לחזור בו ממנה לאחר שנמסרה למציע” (ההדגשות שלנו, ש’ב’ וט’ז). מכאן עולה, כי ספק העומד בחובות הגילוי ומפרט את מועד תקפותה של ההצעה הופך את הצעתו לכוזו שלא ניתן לחזור ממנה (ובלבד שההצעה נמסרה לניצע כאמור). ודוק: מכיוון שכל הצעה באינטרנט חייבת לעמוד בהוראות חוק הגנת הצרכן העוסקות בשיווק מרחוק, שכן הוראות חוק הגנת הצרכן הן קוגניטיביות באופיין (ראו סעיף 36 לחוק הגנת הצרכן), נוצר מצב שבו כל הצעה כאמור היא הצעה שממנה לא ניתן לחזור. לשון אחר: ספק המבקש להותיר בידו את היכולת לחזור בו מן ההצעה חייב לכאורה להפר את הוראות חוק הגנת הצרכן הדורשות ממנו לגלות את התקופה שבה ההצעה בתוקף. אנו בספק אם זו הייתה כוונת המחוקק, ובכל מקרה, איננו סבורים כי תוצאה זו ראויה. כפי שלא ראוי להוציא את אתרי המכר מגדר “שיווק מרחוק” בשל התיבה “פנייה של עוסק לצרכן”, כך גם לא ראוי לאפשר את הרכבת הוראות החקיקה הצרכנית על זו הכללית באופן המאלץ אתרי אינטרנט לפנות לציבור אך ורק בהצעות בלתי חוזרות. מובן שישנן חלופות נוספות לטיפול בבעיה זו. ראשית, ניתן לטעון כי הספק יכול להתנות על הוראות סעיף 3 לחוק החוזים (כללי), כשהוא שומר לעצמו את הזכות לחזור בו מההצעה לפני המועד שנקבע לקיבולה. שנית, ניתן לטעון, על דרך הפרשנות, כי משמעות התיבה “הצעה” שבסעיף 14(א)5 איננה זהה למשמעות התיבה “הצעה” בפרק א לחוק החוזים. שלישי, אתרי המכר יכולים לנסות לבנות את הליך ההתקשרות באופן שבו פניית האתר מהווה הזמנה בלבד. הצעת הרכישה, לפי שיטה זו, תיעשה על ידי הצרכן, והקיבול הסופי – על ידי הספק. לדיון בסוגיית ההצעה הבלתי חוזרת, אשר כוללת בחובה גם הצעות שנקבע המועד לקיבולן, ראו: שלו – מהדורה שלישית, לעיל הערה 34, בעמ’ 196.

### ב. החוזה האינטרנטי הצרכני כ"חוזה אחיד"

לאחר שנתנו דעתנו לשאלת כריתת החוזה, תוכן החוזה, וחובות הגילוי המוטלות על הצד שנהנה מיתרון מידעי ביחסי ספק-לקוח, עלינו להידרש למשמעות העובדה שהחוזה הצרכני המקוון הינו לרוב חוזה אחיד.<sup>117</sup> נסיבות כריתת חוזים אחרים, במיוחד בהקשרים צרכניים, מאופיינות בהיעדר משא ומתן לעניין אופי החוזה ותנאותיו, ולניצע נותרת הברירה לקבל את החוזה על תנאותיו או לדחות את החוזה בכללותו.<sup>118</sup> נסיבות אלו מאפיינות עסקות צרכניות מקוונות רבות.<sup>119</sup>

לחוזים אחרים יתרונות רבים. השימוש בחוזים אחרים תורם ליעילותן של עסקות באמצעות הקטנת עלויות העסקה; הוא מעניק לצדדים ודאות משפטית באמצעות מסמך המשקף את יחסיהם המשפטיים, מבהירו ומסכמו; הוא יוצר, לפחות למראית עין, שוויון בין כלל הניצעים, והוא אף עשוי להקל על צרכנים ללמוד את ההסדרים שהם כפופים להם (שכן לאחר שצרכן לומד להכיר את משמעותן של כמה תניות מרכזיות, הוא יכול ליישם את הידע שרכש למקרים דומים רבים בעתיד). על כן דווקא השימוש בחוזים מעין אלו מקדם את המסחר האלקטרוני ובמצבים מסוימים אף מגן על הצרכן. ואולם העובדה כי החוזה האחד נכרת ללא משא ומתן בין הצדדים ומבלי שהניצע מעיין בתניותיו מאפשרת למנסחי החוזה לכלול בו תניות בלתי הוגנות ובלתי יעילות. לפיכך בתי המשפט בוחרים להתערב בתכנים של חוזים אחרים. בישראל נקבע בחקיקה,<sup>120</sup> כי צד לחוזה אחיד יכול לפנות לבית המשפט ולבקש להתנער מחלק מתניות החוזה אם יוכיח כי התניות האמורות הינן מקפחות.<sup>121</sup> חוק

117 כידוע, סעיף 2 לחוק החוזים האחרים מגדיר חוזה אחיד כ"נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם".

118 ובלשונו הציורית של השופט חשין, מדובר בחוזה שניתן לכנותו "קח-א-הנח" (ובאנגלית: take-it-or-leave-it). ראו רע"א 3128/94, אגודה שיתופית בית הכנסת רמת חן נ' סהר חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נ(3) 281 (1996), פסקה 2 לפסק דינו של השופט חשין.

119 ייתכן שלא כך יהיו פני הדברים בעתיד. בממשק האינטרנטי קיים פוטנציאל למנגנון אחר, אשר על פיו יקבל כל משתמש חוזה שיערך בהתאם לדרישותיו ולהעדפותיו. כבר כיום ישנם כלים טכנולוגיים המאפשרים לכל צרכן להגדיר את העדפותיו בכל הנוגע לתניות מרכזיות ומקובלות בחוזים מקוונים. לאחר מכן כלים אלו יכולים לפעול כסוכנים ומתווכים בין הצרכן לבין אתר הסחר האלקטרוני. בנסיבות כריתה שכאלו, כאשר סוכנים אלקטרוניים ינהלו את המשא ומתן המקוון בעבור הצרכן בהתאם להעדפותיו שהוגדרו מראש, יתקבל חוזה ייחודי-פרטני שישקף מפגש רצונות בין סוכנים אלקטרוניים חכמים והתואם את העדפותיו הספציפיות של המשתמש. ואולם מסיבות שונות, שלא זה המקום לפרטן, חזון זה טרם קרם עור וגידים, וספק אם מציאות זו תשתנה בעתיד הקרוב. לתיאור הדינמיקה האמורה, ראו: LAWRENCE LESSIG, CODE: V 2.0 226-230 (2006).

120 ראו פרק א ופרק ד לחוק החוזים האחרים.

121 ראו סעיף 3 לחוק החוזים האחרים, הקובע כי "בית המשפט או בית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו – בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות האחרות – משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות".

על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן

החוזים האחידים מעניק לבית המשפט ולבתי הדין לחוזים אחידים סמכות להתערב בתוכנם של חוזים אחידים בהינתן תנאי מקפח.<sup>122</sup> ואולם המונח "תנאי מקפח" איננו מוגדר בחוק באופן ברור ופרטני.<sup>123</sup> המדובר בנורמה משפטית מסוג "סטנדרט", קרי בנורמה עמומה וכללית,<sup>124</sup> שעיצובה ופיתוחה מסורים לבית המשפט.<sup>125</sup> בהמשך דברינו נבחן כיצד ראוי להפעיל נורמה זו בהקשרים של חוזים מקוונים צרכניים, תוך שקילת שני העקרונות אשר מנחים אותנו לאורך מאמר זה: הגנת הצרכן וקידום המסחר האלקטרוני.

בטרם נמשיך, ראוי לציין כי התערבות בתוכן החוזה הצרכני האחיד איננה דבר של מה בכך. ההתערבות השיפוטית בתוכן החוזה, לרבות התערבות שנעשית על בסיס הוראות חוק החוזים האחידים, היא התערבות שמשמעותה פגיעה בחופש החוזים. על כן התערבות כזו מנוגדת לתפיסת היסוד שלפיה צדדים לחוזה זכאים לעצבו כרצונם, ולא ראוי שבית המשפט יכתוב או יעשה חוזה בעבור הצדדים.<sup>126</sup> ואולם מקובל להצדיק התערבות כזו כדי להגן על הצרכנים אשר נקשרים בחוזה האמור. עם זאת, כאשר נבחן את שימור העיקרון השני הנסקר במאמר זה, נראה כי אין ודאות שהתערבות כזו תוביל לקידומו של המסחר האלקטרוני. עיצוב לאחר מעשה של החוזה האחיד הצרכני עלול לחרוג מתחומי מומחיותו המוסדית של בית המשפט. כמו כן קשה להעריך בדיעבד אם הקצאת הסיכונים שנעשתה מלכתחילה, במועד הכריתה, הייתה הוגנת. קושי זה מתחדד על רקע הצורך לבדוק את חלוקת הסיכונים החוזית המגולמת בתניה כזו או אחרת תוך שקילה ושקלול של כל תניות החוזה ומרכיביו,<sup>127</sup> לרבות התמורה החוזית המוסכמת. העסקה המקוונת הופכת את המשימה האמורה לסבוכה וקשה עוד יותר. עסקות מקוונות מאופיינות בסיכונים (גלויים ונסתרים) רבים יותר מבחינתו של הצרכן. בה בעת, לעתים עסקות מקוונות מתומחרות בהתאם ומאופיינות במחירים נמוכים יחסית. נוסף על כך הן נערכות בתנאים סביבתיים משופרים לכאורה (רכישה מהבית, בשעות הפנאי וללא לחץ מצדו של המוכר או מצדם של קונים פוטנציאליים אחרים), כאשר לרוכש

בארצות הברית אין חקיקה המקבילה לחוק החוזים האחידים הישראלי, ובתי המשפט האמריקניים מתערבים בחוזים צרכניים בעיקר באמצעות דוקטרינת ה-*unconscionability*, המעוגנת ב- UCC § 2-302, וב- Restatement (Second) of Contracts, § 208.

122 ראו למשל: סעיף 3 לחוק החוזים האחידים הקובע כי "בית המשפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי לחוזה אחיד שיש בו – בשנים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות האחרות – משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לכדי קיפוח לקוחות".

123 שם. סעיף 2 לחוק החוזים האחידים אינו מגדיר את המונח "תנאי מקפח".

124 לדיון כללי ראו מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה לשאלת תורת המשפט של החקיקה" *משפטים* יז 321 (1987).

125 ראו למשל: דברי השופט (כתוארו דאז) ברק בע"א 294/91 *חברת קדישא גחש"א נ' קסטנבאום*, פ"ד מו(2) 464 (1992), שלפיהם "התיבה 'קיפוח' עמומה היא. היא משקפת ערך חברתי שלילי אשר תוכנו המשפטי חייב להיקבע על פי תכליתה של הנורמה המשפטית המעוגנת בתיבה זו".

126 דנ"א 2045/05 *ארגון מגדלי ירקות נ' מדינת ישראל* (טרם פורסם, 11.5.2006).

127 כך על פי סעיף 19(ב) לחוק החוזים האחידים.

אפשרויות אחרות לממש את רצונו (באמצעות התקשרות עם מתחרים אחרים ברשת ומחוצה לה). יתר על כן, הצרכן המקוון גם נהנה מהזדמנויות רבות לאיסוף מגוון של מידע על השוק, הספק והעסקה. את מכלול האלמנטים הללו משקללים הרוכש והספק במועד הרכישה, ועל השופט לנסות לשחזרם בשלב מאוחר יותר ולאתר סיטואציות שבהן האיזונים הפנימיים של החוזה האמור הינם בלתי הוגנים. זוהי משימה סבוכה ומורכבת ביותר, ובמצבים רבים ספק אם יצליח בית המשפט להגיע לתוצאה אופטימלית אשר תקדם את המסחר האלקטרוני. לפיכך נבקש לבחון ביתר זהירות אם כוחות השוק עשויים לייתר את ההתערבות השיפוטית בתוכנו של חוזה זה.

בספרות<sup>128</sup> מקובל לציין שני נימוקים מרכזיים להתערבות בחוזים אחידים ולהגנה משפטית על הצרכנים בהם (כלומר לכך שלא ניתן להסתפק בכוחות השוק לבדם):<sup>129</sup> (1) פערי כוחות ו-(2) פערי מידע בין הצדדים המתקשרים (וליתר דיוק, בין הצד אשר ניסח את החוזה האחיד לבין הצד אשר מקבל אותו). בבואנו לדון בשאלה כיצד ראוי להחיל את דיני החוזים האחידים במסגרת הווירטואלית, עלינו לבדוק אם ובאיזו מידה שתי ההנמקות הבסיסיות הללו תקפות לחוזים אחידים במרחב הווירטואלי. בשני החלקים הבאים נדון בהצדקות הכלליות להתערבות בתוכנם של חוזים אחידים (עקב פערי כוחות ופערי מידע) אף בשוקים לא מקוונים. לאחר מכן נרחיב בוויכוח סביב קריאת חוזים אחידים על ידי צרכנים ובהשפעתו על קיומם של פערי מידע. לבסוף נתאר את המציאות המקוונת, ונחזור ונבדוק כיצד היא עשויה לשנות את החשיבה המשפטית בדבר הצורך בהתערבות שיפוטית בחוזים אחידים. במהלך ניתוח זה נמעט להבחין בין עקרון הגנת הצרכן לעקרון קידום המסחר המקוון, שכן טעמנו הוכחה כי כוחות השוק עושים את מלאכתם נאמנה בהקשר זה תעניק הגנה לצרכנים ואף תאפשר לשוק לנווט את דרכו בצורה עצמאית לתוצאות אופטימליות אשר טובות למוכרים ולרוכשים (ובכך להוביל לקידום המסחר).

## 1. פערי כוחות

ההנמקה הראשונית והבסיסית להתערבות בתוכנו של חוזה אחיד שנכרת בין צדדים אוטונומיים הינה הגנה על הצד החלש (הניצע), הסובל מנחיתות ביחס למנסח החוזה. נחיתות זו באה לידי ביטוי, למשל, בחוסר ניסיונו העסקי של הצרכן, במיעוט משאביו, בתלותו בספק, בחוסר יכולתו להשפיע על נוסח החוזה, בקשייו בקריאת טקסטים משפטיים ובנחיתותם

128 ראו למשל: אריאל פורת "חוזים אחידים" *חוזים* כרך ג 729 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003).  
129 בתי המשפט יכולים להתערב בחוזים מכוח כלים משפטיים אחרים, כדוגמת תום לב, תקנת הציבור ודיני הפגמים ברצון, המפורטים בחלק ב' של חוק החוזים. לדיון ביחס שבין מושג השסתום "תנאי מקפח" לבין המושג "תקנת הציבור" ראו ע"א 1795/93 *קרן הגימלאות של חברי אגד נ' יעקב*, פ"ד נא(5) 433 (1997), פסקאות 7-9 לפסק דינו של השופט טירקל, פסקאות 9-16 לפסק דינו של השופט חשין.

על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים : בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן

ובחוסר ניסיונו בהתדיינות משפטית.<sup>130</sup> הסיטואציות הקלאסיות לקטגוריות כאלו הינן עסקות צרכניות שנערכות עם ספק הפועל בשוק שאיננו תחרותי, ובעיקר עסקות הנוגעות למצרכים ולשירותים חיוניים.<sup>131</sup> ההנמקה להתערבות במצבים אלו ברורה: לצרכן אשר נזקק לשירות אין יכולת לאותת לשוק את אי שביעות רצונו מהחווה ומתנאיו, והוא אנוס לקבל את החווה החד-צדדי שנוסח על ידי הספק באופן המטיל את מירב הסיכונים על הלקוח.

הנמקה זו קנתה שביתה של ממש בבתי המשפט בישראל למן שנות השישים ועד ימינו. ביטויים לגישה זו, המבקשת להקל על הצרכן על רקע פערי הכוחות בינו לבין הספק המכתיב את תנאי החווה האחיד, כוללים בין היתר את פסק דין צים (פסיקת פיצוי בגין נזקי גוף למרות תניה נוגדת בכרטיס הרכישה),<sup>132</sup> פסק דין בית הכנסת רמת חן (הענקת כסוי ביטוחי לבית הכנסת למרות שהדבר איננו משתמע בבירור מתניות הפוליסה),<sup>133</sup> פסק דין קסטנבאום (בית המשפט מאפשר כיתוב לועזי על גבי מצבה למרות תניה נוגדת בטופס הזמנת שירותי הקבורה),<sup>134</sup> ופסק דין מילגרום (קביעה כי התשלום עבור בית אבות סיעודי יהיה בשיעור התשלום של בית אבות רגיל, בניגוד לאמור בחווה בין הצדדים).<sup>135</sup>

ואולם בהמשך רשימתנו נבחר שלא להתמקד בהנמקה זו. באופן כללי, ישנו קושי להתערב בחוזים אחידים דווקא מטעם זה, היות שלא אחידותו של החווה הינה הגורם לתוצאה הבלתי הוגנת לצרכנים. במילים אחרות, אף אם לכל צרכן יהיה חווה ייחודי משלו, עדיין ייתכן שהחווה יהיה מוטא ובלתי הוגן כתוצאה מעיוותי השוק. ולהפך: ספק המשתמש

130 ואולם אין להבין את פערי הכוחות כנובעים מכך שאל מול הצרכן ההדיוט, חסר המשאבים, ההשכלה המתאימה וההבנה המקיפה (כזה הוא המצב לעתים קרובות), ניצב תאגיד ענקי בעל אנשי מקצוע, משאבים וניסיון רב שנים בתחום. זוהי אך תמונה חלקית של המציאות הכלכלית והמשפטית הקיימת בשוק. על זאת יש להוסיף כי למרות כוחו הלכאורי של התאגיד, במצב של תחרות פתוחה ומשוכללת עוצמתו כולה תלויה באותו צרכן וברבים אחרים כמותו אשר יכולים (לפחות באופן תאורטי) להביאו לידי כינוס נכסים אם יעדיפו באופן עקבי את מתחריו (ומכאן הביטוי האמריקני הנודע המושרש בתחום הקמעונאות – "הלקוח הוא המלך"). התחרות הנמרצת (אם זו אכן מתרחשת) לא רק מגנה על הצרכן הקטן, אלא גם מרוממת אותו לדרגת הצד החזק בשוק, כאשר הכוח הקולקטיבי של ההמון הצרכני גובר על זה של כל תאגיד יחיד. ואולם בשווקים צרכניים רבים התחרות איננה משוכללת ובכך יכול התאגיד לממש את כוחו העודף, ללא החשש כי יוענש בידי כוחות השוק.

131 כך למשל בע"א 461/62 צים נ' מזיאר, פ"ד יז(2) 1319 (1962) (להלן: עניין צים), אשר קדם לחוק החוזים האחידים.

132 ראו לעיל, הערה 131.

133 רע"א 3128/94 אגודה שיחופית בית הכנסת רמת-חן נ' סהר חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נ(3) 281 (1996).

134 ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992).

135 רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון הירושה מילגרום הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145 (1998).

בחווה אחיד הוגן ישתמש בו להתקשרויות חוזרות עם כלל לקוחותיו.<sup>136</sup> נוסף לזה, אחדות התנאים איננה בהכרח תוצאת ניצול קיומם של פערי כוחות. להפך: אחדות זו עשויה לעתים ללמד דווקא על אימוצן של תניות חוזיות אופטימליות ויעילות, המשרתות את שני הצדדים והמציגות חלוקת סיכונים אופטימלית (או, במילים אחרות, מגנות על הצרכן ומקדמות את המסחר).<sup>137</sup> גם העובדה שספקים שונים מציעים תנאים דומים אין בה כדי ללמד דבר. שוק תחרותי אמור לספק למנסחי החוזים תמריץ לאימוץ מכלול תנאים אופטימליים, שלעתים יועתקו מספק פלוני לספק אלמוני. לפיכך מבנה השוק ותנאיו הם אלו העלולים להביא את הצרכן לעמדת נחיתות, והם אלו הראויים להסדרה רגולטיבית מתאימה באמצעות עידוד התחרות ופיקוח מדינתי.<sup>138</sup> נוסף על התמודדות עם בעיות אלו בדרך של הסדרת מבנה השוק, ההתמודדות יכולה להיעשות אף באמצעות חוקים צרכניים ומעין-צרכניים ספציפיים, אשר יגנו על צרכנים בענפי מסחר ושירותים בעייתיים ומועדים לפורענות. בין ענפים אלו ניתן לכלול, נכון להיום, יחסי בנק-לקוח,<sup>139</sup> מבטח-מבוטח,<sup>140</sup> צרכן-שירותי תשתיות ותקשורת, שירותי רפואה לאוכלוסיות חלשות או מבוגרות,<sup>141</sup> עסקות המאופיינות בפערי שפה,<sup>142</sup> חבילות ויחידות נופש<sup>143</sup> וכדומה. ואכן, במקרים רבים מבוצעות התערבויות כאמור בידי המחוקק, הרגולטור או בית המשפט.

יתרה מכך, נראה כי הטענה בדבר קיומם של פערי כוחות בין צרכן למוכר הינה בעייתית למדי בהקשר של המסחר המקוון. שווקים מקוונים רבים מאופיינים בתחרות נמרצת עקב ספי כניסה נמוכים מצדם של המוכרים, דבר המגביר את התחרות ביניהם. כמו כן היות

136 סוגיה מעניינת היא שאלת קיומה האפשרי של אפליה בין לקוחות שונים, קרי מצב שבו הספק משתמש בחוזים הוגנים בעבור לקוחות מקבוצה א' ובחוזים שאינם הוגנים בעבור לקוחות הנמנים עם קבוצה ב'. לדיון נוסף בעניין זה ראו להלן טקסט סמוך להערה 167.

137 ראו למשל: Douglas G. Baird, *The Boilerplate Puzzle*, 104 MICH. L. REV. 933, 941 (2006).

138 לדוגמה, דרך פעולות הרשות להגבלים עסקיים ומכוח חוק ההגבלים העסקיים. בשווקים אחרים, אשר בהם השחקנים הדומיננטיים פועלים מכוח רישיון או זיכיון של המדינה (תקשורת, תחבורה), אמורה המדינה לדאוג למבנה שוק יעיל אשר ימנע מצב שבו יוכל צד אחד לנצל כוח שוק כדי "לכפות" על משנהו תנאי חוזה בלתי הוגנים ובלתי מאוזנים.

139 ראו והשוו: ח"א (י-ם) 8010/02 *המפקח על הבנקים – בנק ישראל נ' בנק הפועלים* (טרם פורסם, 9.2.2006). (להלן: *עניין בנק הפועלים*); ע"ש (י-ם) 195/97 *היועמ"ש נ' בנק לאומי*, דינים מחוזי לד (4) 744 (2004).

140 ראו והשוו: ע"א 1064/03 *אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' עובד המנוחה רחל שחר פיאמנטה ז"ל*, תק-על (1)2006, 1806 (2006); ע"א 8163/05 *הדר חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית*, תק-על (3)2007, 1976 (2007).

141 ראו והשוו: ח"א (י-ם) 9005/03 *היועמ"ש נ' שח"ל טלרפואה בע"מ*, תק-מח (2)2007, 2901 (2007).

142 ראו והשוו: ע"פ (מחוזי חיפה) 2078/07 *מדינת ישראל נ' פריים טריידינג גרופ בע"מ* (טרם פורסם, 15.7.2007); ת"ק (חיפה) 2988/07 *סימקין נ' פלאפון תקשורת בע"מ* (טרם פורסם, 28.5.2008).

143 ת"א (י-ם) 4964/00 *ברדוגו נ' אקטיביטי תיירות ונופש 1996 בע"מ*, תק-של (1)2007, 12333 (2007).

על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן

שהתקשורת באמצעות האינטרנט אדישה ברובה למרחקים גיאוגרפיים, הרי שמספר השחקנים שיהיו פעילים בכל נקודה גיאוגרפית הולך וגדל, והוא כולל שחקנים הממוקמים באזורים מרוחקים.<sup>144</sup> מציאות זו יוצרת תחרות ניכרת, אשר לעתים קרובות מונעת פערי כוחות או ניצול לא ראוי של פער שכזה.<sup>145</sup>

גורמים אחרים מביאים אף הם לכך שהטענה המסורתית בדבר פערי כוחות מאבדת מכוחה בהקשר זה. כך השוק המקוון מאופיין לא רק בריבוי ספקים ומוכרים, אלא גם בעסקות הנערכות באמצעות מכרזים ומכירות פומביות,<sup>146</sup> מכירות מתחרות של מוצרי יד שנייה,<sup>147</sup> מערכות שיתוף חפצים<sup>148</sup> וסחר חליפין,<sup>149</sup> מכירות נישא של מגוון רחב ביותר של מוצרים, לצד התאגדות צרכניות<sup>150</sup> ומכירות קבוצתיות.<sup>151</sup> כל אלו הופכים את הטענה של פערי כוחות בהקשר של המסחר המקוון לטענה בעייתית, שלמצער איננה מדויקת בחלק ניכר מהמקרים.

144 בנקודה זו ניתן לכאורה לטעון כי ההפך הוא הנכון. זאת בהתחשב בעובדה שדינמיקות השיווק והמכירה ברשת מאפשרות יצירת קשר חזק בין הצרכן למוכר. קשר זה בא לידי ביטוי בנאמנות חזקה למותג, הנבנית, בין היתר, הודות ליכולתם של המוכרים לצבור מידע אישי רב על-אודות הצרכנים ולהשתמש במידע זה ביעילות ובדייקנות לצורך בניית ממשק ייחודי לכל משתמש. על פי קו טיעון זה, נאמנות צרכנית עלולה לפגוע בתחרות ולפיכך להעצים דווקא את פערי הכוחות. ואולם לטעמנו הטענה אינה משכנעת דיה. מעבר לאתגרים הטכנולוגיים ביצירת דינמיקות וממשקים אלו, האינטרנט מאופיין בקלות היחסית שבה מדלג הרוכש מאתר אחד למשנהו. נוסף לזה, הרשת מעניקה לצרכן הגולש תחושה של אנונימיות, אשר מעודדת אותו לגלות התנהגות אגרסיבית יותר ונאמנה פחות כלפי ספק זה או אחר. לדיון נוסף בעניין זה, ראו: Shmuel I. Becher & Tal Z. Zarsky, *Standard Form Contracting in the Age of Online User Participation*, 14 MICH. TELECOMM & TECH. L. REV. 303, 322-3 (2008). (להלן: Becher & Zarsky).

145 חריגה מכך תהיה במצבים שבהם מבנה הרשת יוצר מונופול מובנה, כמו במצב של ספק שירותים (גישה לרשת) או מערכות הפעלה. ראוי לתת את הדעת לכך שכמה פסקי דין מרכזיים העוסקים בכריתה ובאכיפה של חוזים ברשת בארצות הברית עוסקים במצבים מעין אלו, ועל כן יש לקוראם ולהקיש מהם בזהירות (ראו למשל: Register.com, Inc. v. Verio, Inc., 356 F.3d 393 (2d Cir. 2004), אשר עוסק בגוף האמון על חלוקת כתובות אתרים באינטרנט).

146 לדוגמאות של אתרים מסוג זה הפועלים ספציפית בישראל ראו: [www.wallashops.co.il](http://www.wallashops.co.il) ו-[www.p1000.co.il](http://www.p1000.co.il).

147 דיימון דארלינג "ישן הוא הדבר החדש הבא" (ניו יורק טיימס, מובא בתרגום לעברית) *הארץ* – *The Marker* 13.12.2005. לאתר מוביל ראו: [www.eBay.com](http://www.eBay.com). לאתר ישראלי ראו: [www.wallabuy.co.il](http://www.wallabuy.co.il).

148 ראו למשל: [www.agora.co.il](http://www.agora.co.il) (העברת חפצים משומשים חיים מגולש אחד לאחר).

149 ראו למשל: [www.bdidut.com](http://www.bdidut.com) (קהילה חברתית-כלכלית המבוססת על סחר חליפין תוך שימוש בחרוזים כמטבע).

150 ראו למשל: [www.haam.co.il](http://www.haam.co.il) (התארגנות לצורך ייסודו של איגוד צרכנים וירטואלי לקבלת תעריפים אטרקטיביים מחברות סלולריות); [www.hisahon.co.il](http://www.hisahon.co.il) (התאגדות צרכנים לצורך הוזלת תעריפי אינטרנט, טלפון סלולרי וטלוויזיה).

151 ראו למשל: [www.hotels.co.il/hotelsmain/hotels/hotel-GROUP-SALE-LIST.cfm](http://www.hotels.co.il/hotelsmain/hotels/hotel-GROUP-SALE-LIST.cfm) (מכירות קבוצתיות של חבילות תיור וחופשות).

מעבר למבנה השוק, האינטרנט אף מסייע להקטנת פערי הכוחות בין הצרכנים לתאגידים בכך שהוא מאפשר לצרכנים קולניים להעביר את מחאתם לצרכנים אחרים בצורה זולה ויעילה ביותר ובכך לאלץ את הספקים (על אף כוחם העודף) להתחשב ברצונות הצרכנים ובהעדפותיהם. מחאה זו עוברת באמצעות בלוגים (שהינם מכשיר צרכני רב-עוצמה אשר רק מתחיל להיקלט בישראל)<sup>152</sup> ואתרי אינטרנט צרכניים.<sup>153</sup> תופעת הטוקבקים מחזקת גם היא את כוחם של הצרכנים, המשתמשים בבמה זו להבעת עמדתם הצרכנית.<sup>154</sup> העיתונות הכתובה אף מיהרה להכתיר את התופעה בכותרת "צרכן מזן חדש", "יצירתי בביקורת שלו, ברעיונות ובדרישות, קהילתי ומחובר".<sup>155</sup> על רקע כל אלו, אין להתפלא כי מנהלים בכירים צוטטו בתקשורת כאומרים כי הם מקבלים החלטות לפי תגובות העובדים והצרכנים באינטרנט.<sup>156</sup> לסיכום חלק זה, על בית המשפט ככלל לצמצם את ההגנה המשפטית המוענקת לצרכנים מקוונים על בסיס הטיעון של פערי כוחות. ספק בעינינו אם יש בטיעון בעייתי זה כדי לבסס התערבות שלאחר מעשה בתוכנו של החוזה הצרכני המקוון. עם זאת, מובן כי על כל מקרה להיבחן באופן ספציפי ועל פי נסיבותיו הקונקרטיות. כך, למשל, אנו סבורים כי יש מקום להתערבות כאמור, כאשר מדובר בשוק שאיננו תחרותי דיו. כאשר ניסיונות אחרים (וראויים יותר) להסדיר ולקדם תחרות שוק כושלים, לעתים לא נותר לבית המשפט ולמחוקק אלא לפעול להגנתם של צרכנים על בסיס טענת פערי הכוחות.

## 2. פערי מידע

גם בהיעדר פערי כוחות בין הצדדים, קיומם של שחקנים רבים הפועלים בשוק הנחזה לתחרותי עדיין איננה מבטיחה הגנה מפני כל התניות המקפחות בחוזים אחידים. התערבות חיצונית של בית המשפט עדיין נדרשת בשל פערי מידע בין הצדדים בכל הנוגע לעסקה, לתניות המסדירות אותה ולהשלכותיהן. ככלל, מקובל לסבור כי צרכנים אינם קוראים חוזים אחידים. פרקטיקה זו גורמת לכך שלציבור הצרכנים אין מידע מספיק בנוגע לתוכן החוזה ולמשמעויותיו. בהיעדר מידע כאמור, לא יכולים הצרכנים לאותת לחברות כי התניות שהוצעו

152 ראו למשל: הבלוג הצרכני "מיומנו של לקוח" [www.dontsmile.info](http://www.dontsmile.info).

153 ראו למשל: [www.haam.co.il](http://www.haam.co.il); [www.tluna.nrg.co.il](http://www.tluna.nrg.co.il).

154 לצד אלו, ולאור קוטנו היחסי של השוק הישראלי, השימוש בהודעות דואר אלקטרוני המופצות בשרשרת לצורך הבעת מחאה צרכנית מקנה אף הוא כוח רב לצרכנים. נוסף לזה, לאחרונה ראינו כיצד הודעות דוא"ל אלו מובילות לתחקירים עיתונאיים ולתהודה ציבורית רחבה. לדוגמאות מהעת האחרונה ראו "אסם דורשת תיקון מאדם שניהל נגדה קמפיין באינטרנט", *הארץ – The Marker*, 20.3.2007; רוני לינדר-גנץ ועמירם כהן "מייל שרשרת שקרי שמאשים את תנובה במחזור חלב שפג תוקפו מכה גלים" *הארץ – The Marker*, 6.6.2007.

155 ערן גרינברג "צרכן מזן חדש", *ynet – צרכנות*, 19.4.2007. לכן סבור הכותב כי "הלחץ עובר למגרש של המשווקים". שם.

156 איילה צורף "שור: שינוי קטן במוצר – והנשים מתנפלות עלינו בפורומים", *הארץ – The Marker*, 26.4.07.

על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן

להם אינן הוגנות. בנסיבות שכאלו אין למוכרים מוטיבציה להציע לצרכנים תניות מאוזנות והוגנות. מעבר לכך, ישנם מלומדים הסוברים כי קיומו של שוק תחרותי אך מחריף את המצב. תחרות בין ספקים בכל הנוגע למחיר המוצר ולמספר תניות בולטות אחרות גורמת לספקים להציע לצרכנים תניות חוזיות אחרות, שאינן בולטות, באיכות המינימלית האפשרית, כדי לאזן את תמחורן הנמוך של התניות הבולטות.<sup>157</sup>

על פניה, הטענה בדבר פערי מידע בחוזים אחידים הינה בעייתית. המשפט המקובל מטיל על צדדים לחוזה נטל לקרוא את תוכנו (the duty to read).<sup>158</sup> נטל זה משמעותו כי חזקה על צד לחוזה שהוא קרא והבין את החוזה שהוצג לפניו, שעליו חתם או שאותו קיבל בהתנהגותו. חזקה זו נועדה לאפשר הסתמכות של צדדים לחוזה על תוכנו ועל תקפותו וליצור ודאות בשוק. גם אם צד לחוזה לא קרא את התניות כאמור, הרי שככלל די בגמירת דעתו האובייקטיבית כדי לחייבו לפעול על פי התניות האמורות. קיומה של חזקה זו מקשה על צד לחוזה לטעון שהוא איננו מחויב בתניות שלא קרא (או קרא ולא הבין) ושופיעו בחוזה שהוא צד בו. כאשר מדובר בעסקה אשר צלחה את משוכות הדיון הקודם, שנתקיימו בה יסודות גמירת הדעת והמסוימות אצל כל הצדדים והיא מוסדרת באמצעות מנגנון משפטי הראוי להיקרא חוזה, הרי שתניות הכלולות בו יחייבו לרוב את הצרכן והוא יחזק כאחד שקראן. תניות אלו בהכרח היו זמינות לצרכן בדרך זו או אחרת בטרם כריתת החוזה, ועל כן קשה לטעון כי הצרכן נמצא בנחיתות מידע כלפי הספק בכל הנוגע לנאמר בו.<sup>159</sup> עם זאת, מקובל לסבור כי למרות שלצרכן יכולת טכנית ותאורטית לעיין בחוזה האחיד הרלוונטי על תניותיו, הוא אינו עושה כן. להימנעות זו סיבות טובות ומגוונות, המשפיעות על עיצובם הראוי של דיני החוזים האחידים. כפי שנדגים להלן, אם סיבות מוצדקות מביאות לכך שצרכנים (ככלל) אינם בקיאים בפרטי תניות החוזה בשל הימנעותם מקריאתם, הרי שבעיית פערי המידע ביחס לאמור בחוזה האחיד בהחלט יכולה לשמש כבסיס להתערבות משפטית בתוכן החוזה.

### 3. הוויכוח סביב מודל הצרכנים המתוחכמים

ההכרה בעובדה שרוב הצרכנים אינם מעיינים בחוזים המוצעים להם איננה מובילה לתמימות דעים שלפיה יש לתת לבתי המשפט ולרגולטורים יד חופשית להתערב בחוזים אלו. חוקרים בולטים הנמנים עם אסכולת הגישה הכלכלית למשפט מציינים כי מזוור לבעיית פערי המידע יכול לבוא בדמות דינמיקת שוק שתייתר את הצורך בהתערבות משפטית בחוזים הצרכניים

157 זוהי בעיית שוק הלימונים, כפי שהיא מיושמת לחוזים אחידים. ראו למשל: Korobkin, לעיל הערה 97.

158 לדיון נוסף בנטל לקרוא חוזים בהקשר הצרכני ראו למשל: John C. Calamari, *Duty to Read – A Changing Concept*, 43 FORDHAM L. REV. 341 (1974).

159 במיוחד לאור הנטל העקרוני המוטל על צד לחוזה לקרוא את תוכנו.

האחידים.<sup>160</sup> התומכים בגישה זו מכירים בעובדה כי רוב הצרכנים אינו מעיין בכל התניות החוזיות. למרות זאת, די במספר מצומצם של צרכנים מתוחכמים (להלן גם: "צרכנים שוליים"), אשר מתעכבים על כל פרט בחוזה ומעיינים בו בטרם הם מבצעים את רכישתם, כדי להגן על השוק כולו (על צרכניו השונים) ולהביא לכך שספקים ישתמשו בתניות מאוזנות.<sup>161</sup> ההנמקה הבסיסית בהקשר זה הינה כי בשוק תחרותי דיו, הספק חושש מפני אובדן הצרכן השולי למתחרה אשר יספק תניות טובות יותר. על כן יהיה זה לטובתה של הפירמה לכלול בחוזה תניות הוגנות אשר לא יבריחו את הצרכנים השוליים.<sup>162</sup> אליבא דתפיסה זו, פערי המידע אינם מובילים לכשל שוק, בהינתן כמות מצומצמת יחסית של צרכנים הטורחים לקרוא את החוזים האחידים, ליידע את עצמם ואחרים ביחס לתוכנם ולקבל החלטות רכישה בהתאם.

טענה זו של האסכולה הכלכלית הובילה לפתיחת שיח בין-תחומי בדבר נכונותה. בתגובה לה טוענים חוקרים רבים כי הצרכנים השוליים אינם ממלאים את התפקיד שאנשי המשפט והכלכלה מייחסים להם בשוק החוזים האחידים. יודגש כבר כעת כי אם טענות הנגד נכונות, הרי שפערי המידע נותרים בעינם, וההצדקה להתערבות רגולטורית או שיפוטית בחוזים אחידים צרכניים נותרת על כנה. בספרות מקובל לחלק את הסיבות המביאות צרכנים, לרבות שוליים, שלא לקרוא חוזים או שלא להשפיע באופן כה חיובי על שוק החוזים האחידים, לשלוש קבוצות מרכזיות: רציונליות, התנהגותיות וחברתיות.<sup>163</sup> נדון בשלוש הקבוצות הללו בקצרה, ונבחן את יישומן בהקשר הנדון: המסחר האלקטרוני בסביבת האינטרנט.

קבוצת הסיבות הראשונה לאי-קריאת חוזים ולפקוק ביכולתם של צרכנים מתוחכמים לתקן את השוק מורכבת מסיבות "רציונליות", המאמצות את עקרונות הניתוח הכלכלי.<sup>164</sup> הנחת המוצא של התפיסה הכלכלית בוחנת את התנהלות הצרכן הרציונלי, המבקש למקסם את תועלתו בהינתן העדפות קבועות וחיפוש אופטימלי של מידע. על פי עקרונות אלו, לצרכן

160 ראו למשל: Alan Schwartz & Louis L. Wilde, *Imperfect Information in Markets for Contract Terms: The Examples of Warranties and Security Interest*, 69 VA. L. REV. 1387 (1983).

161 בספרות הפופולרית מכונים צרכנים אלו Mavens. הם דואגים לא רק להתעכב על יסודות החוזה, אלא אף לספר לרבים אחרים על הכשלים שאותם איתרו בחוזים שונים. ראו: Malcolm Galdwell, *THE TIPPING POINT* 61 (2002).

162 הדינמיקה האמורה לא תפעל אם היתרונות מהשימוש בתניות מוטות יעלו על החיסרון באובדן הצרכן השולי – נקודה אשר קשה מאוד לבודקה. כמו כן, דינמיקה זו תעוקר אם הפירמה תוכל לאתר את ה"צרכנים השוליים" ולהעביר להם הצעות שונות מאלו המועברות לקהל הרחב. אנו נחזור לנקודה חשובה זו להלן, בטקסט סמוך להערות 167-168.

163 ראו: Robert A. Hillman & Jeffery J. Rachlinski, *Standard-form Contracting in the Electronic Age*, 77 N.Y.U.L. REV. 429 (2002), (להלן: Hillman & Rachlinski).

164 לדין נרחב ולסקירת הספרות בתחום ראו Becher, לעיל הערה 49.

על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן

הטיפול העומד בפני חוזה אחיד לא משתלם לרוב לקרוא את החוזה ולהרהר בו לעומק נוכח שיקולי העלות (הרבה)<sup>165</sup> והתועלת (אשר תצמח בהסתברות נמוכה)<sup>166</sup> העולה מקריאה זו. מעבר לכך, אחדים מהחוקרים מסבירים כי אותם צרכנים מתוחכמים עלולים להחליט שלא לעיין בתניות החוזה האחיד בשל "בעיית הטפיל" ומתוך מחשבה שאחרים יעשו כן במקומם (ובמילים אחרות, מתוך רצונם להיות "נוסעים חופשיים" ולהיבנות מקריאתם של אחרים, אשר לא יקראו מסיבה דומה).<sup>167</sup> נוסף לזה, יש הסבורים כי מנסחי החוזים האחידים יכולים לנטרל את הצרכנים המתוחכמים ולגרום לכך שלא ישפיעו על מכלול השוק באמצעות הפלייתם לטובה, הן בשלב כריתת החוזה הן בשלב ביצועו.<sup>168</sup> בכך יוצרים ספקים את התחושה כי אין טעם לקרוא חוזים אחידים, מכיוון שבמקרים רבים הדינמיקה בפועל, ולא לשונו הכתובה של החוזה ו"האותיות הקטנות", היא שמכתיבה את מערכת היחסים שבין הצדדים. כן ניתן לסבור כי קיומם של צרכנים שוליים לא ישפיע על השוק בכללותו, היות שיש לצרכנים אלו מאפיינים ייחודיים ודרישות ייחודיות, שאינם מועילים לכלל ציבור הצרכנים. סיבה רציונלית נוספת המפחיתה מהאטרקטיביות שבקריאת חוזים אחידים היא העובדה שלרוב אי-אפשר לשאת ולתת ביחס לתוכנם.<sup>169</sup> לבסוף, בענפי מסחר רבים, כדוגמת בנקאות, ביטוח ותקשורת, החוזים האחידים המוצעים על ידי החברות השונות הפועלות בשוק נראים זהים בתוכנם, ועל כן לא תצמח תועלת רבה מקריאתם.<sup>170</sup> קבוצת הסיבות השנייה לאי-קריאת חוזים אחידים כוללת סיבות התנהגותיות, אשר מביאות בחשבון את המגבלות הקוגניטיביות של הצרכן (לרבות הצרכן השולי).<sup>171</sup> ראשית,

165 בעיקר במונחי זמן וקשב, אך כמובן גם במונחי כסף (היות שלעתים ניתן להקדיש את משאבי הזמן האמורים למטרות רווחיות יותר). כן יש לתמוך את העלות הכרוכה בעמידה על הזכויות אשר עולות מהחוזה, עמידה אשר מן הסתם מצריכה פנייה למשפטנים, לערכאות משפטיות וכיוצ"ב.

166 זאת בשל העובדה שבמקרים רבים הסיכוי להפרת החוזה ולפרוץ סכסוך הוא נמוך. מעבר לכך, אף התועלת עשויה להיות נמוכה יחסית במקרים שבהם מדובר בחוזה למוצרים זולים יחסית, שכן במקרים רבים הנזק המקסימלי לא יעלה על סכום הרכישה.

167 Avery Katz, *The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation*, 89 MICH. L. REV. 215 (1990).

168 אפליה בשלב כריתת החוזה מכונה אפליה *ex ante*. מוכר הנוקט שיטת אפליה זו מציע לצרכנים מתוחכמים ומיודעים חוזים טובים יותר מאלו המוצעים לעמיתיהם. אפליה בשלב שלאחר כריתת החוזה קרויה אפליה *ex post*. מוכר הנוקט שיטה זו יבכר שלא לפעול בנוקשות על פי החוזה ככתבו וכלשונו ולוותר לצרכן מתוחכם ואסטרטיבי, אך לא לכלל הצרכנים.

169 כאן ראוי להבהיר כי עדיין תיתכן הפקת תועלת מקריאת החוזה האחיד בשל היכולת לקבל החלטה מושכלת יותר ביחס לעצם קבלתו וכריתתו.

170 לסיבות נוספות ראו Becher, לעיל בהערה 49.

171 הניתוח המותאם לקבוצת סיבות זו סוטה מהניתוח הכלכלי ה"טהור" אשר מניח, כאמור לעיל, כי הצרכנים הינם רציונליים. על פי תפיסה זו, ההנחה היא כי הרציונליות של הצרכנים מוגבלת (bounded rationality). לפירוט חלק ניכר מן הכשלים הקוגניטיביים העלולים ליצור כשל שוק בהקשר של קריאת חוזים צרכניים ראו: Hillman & Rachlinski, לעיל הערה 163; Shmuel

מלומדים מצביעים על כך שכאשר צרכן ניגש לעיין בחוזה המוצג לו, הוא מסייג את בדיקתו למספר מצומצם של פרטים מהותיים או בולטים.<sup>172</sup> תניות רבות אחרות, העשויות בעיקר להשליך על התרחשויות מאוחרות יותר במערכת היחסים שבין הספק לצרכן (בעיקר אם הקשר בין הצדדים יעלה על שרטון), אינן נבחנות. בין אלו נמנות תניות לא בולטות (non salient) העוסקות בכרירת דין, בחירת פורום, תניות בוררות, תנאי הגבלת אחריות וכדומה. התנהלות זו נובעת מכך שהמלל הרב שנכלל בחוזים האחידים הרבים אשר להם נדרש הצרכן הממוצע יוצר היצף מידע. הצרכן איננו יכול להקדיש קשב מתאים לכל החוזים במלואם, ועל כן הוא מרכז את הקשב המוגבל שלו במספר תניות מצומצם אשר נראות לו רלוונטיות וחשובות יותר. בהקשר זה מוסיפים החוקרים ומציינים כי הסיטואציה שבה נכרת החוזה האחיד הינה בלתי נוחה לריכוז, והיא מלווה לעתים בלחץ ובאווירה לא נוחה.<sup>173</sup>

סיבות התנהגותיות נוספות להימנעות מעיון בחוזה הצרכני האחיד נעוצות בעובדה שלרוב החוזה האחיד מוצג לעיונו של הצרכן לאחר שגמלה בלבו ההחלטה לבצע את העסקה האמורה. נוסף לזה, צרכנים יימנעו מקריאת חוזים בשל האמונה השגויה כי הם חסינים מטעויות ומסיכונים וכי דבר לא ישתבש ברכישה שלהם (הטיה קוגניטיבית המשתקפת באמרה העממית "לי זה לא יקרה"). צרכנים עלולים להימנע מקריאת חוזים גם בשל החשש מהתסכול הצפוי מהיתקלות בלשון משפטית בלתי מובנת. לאור מכלול סיבות ותופעות אלו, קשה להצדיק את טענת מלומדי הגישה הכלכלית למשפט, כי בעצם קבלת החוזה יכול הצרכן לאותת לספקים ולשוק את שביעות רצונו (או את היעדרה) ביחס למכלול תנאי החוזה. הקבוצה האחרונה של סיבות לאי-קריאת חוזים מתמקדת בהנמקות הלקוחות מעולם הפסיכולוגיה החברתית.<sup>174</sup> על פי נימוקים אלו, הצרכן נמנע מלקרוא חוזים אחידים במלואם ולעומקם בשל חששו כי קריאת החוזה תתפרש כאקט של חוסר אמון כלפי המוכר או הנציג מטעמו, שעמו התנהל המשא ומתן.<sup>175</sup> יתר על כן, צרכן המבקש לקרוא חוזה אף עלול לחוש כי הוא מעכב צרכנים אחרים הממתינים לשירות או לביצוע העסקה. לכן אך טבעי הוא כי צרכנים יטו לוותר על קריאת החוזה לעומקו כדי שלא לעכב אחרים וכדי שלא להיתפס על ידי סיבתם כטרחנים ולהסתכן בעוינות העלולה להתעורר כלפיהם.

Becher, *Behavioral Science and Consumer Standard Form Contracts*, 68(1) LA. L. REV. 117 (2007), (להלן: Becher, Behavioral Science).

172 המחוקק הישראלי מכיר בכך שחלק מהתניות (התניות ה"בולטות") בחוזה האחיד נבחנות על ידי הצרכן, ועל כן ההנמקה להגנה צרכנית בהקשר זה נחלשת. כך, בחוק החוזים האחידים מוציא המחוקק מגדר תחולת החוק תנאי שסוכם בין הצדדים במפורש (ועל כן סביר כי נקרא על ידי הלקוח) (ראו הגדרת המונח "תנאי" בסעיף 2). כמו כן על פי סעיף 23 לחוק, מוצאות מתחולתו תניות אשר עוסקות בתמורה, שנחשבות לתניות בולטות הנסקרות על ידי רוב הצרכנים בכל מקרה.

173 ראו למשל: Becher, Behavioral Science, לעיל הערה 171, חלק VI.B.1.

174 ראו שם; Hillman & Rachlinski, לעיל הערה 163, בעמ' 482.

175 ספקים נוטים להביע מורת רוח ולעתים אף עצבנות גלויה כאשר הם נתקלים בצרכן המבקש לקרוא חוזה.

על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן

כאמור לעיל, ההכרה במכלול סיבות אלו הביאה מלומדים לסבור כי אין לסמוך על קיומם של צרכנים שוליים לצורך הסדרת פעילות השוק כולו. דעה זו מוצאת אוזן קשבת אצל בתי המשפט, המקבלים את התפיסה כי ישנן סיבות טובות ומרובות לכך שצרכנים לא קוראים חוזים אחידים,<sup>176</sup> ועל כן הם מניחים את קיומם של פערי מידע מהותיים בין הצדדים ומתערבים בתניות החוזה. לפיכך קיומם של פערים כאלה מהווה הנמקה מרכזית להתערבות בחוזים אחידים. באיזו מידה תקפות הנמקות אלו בהקשר של המסחר המקוון? בכך נדון כעת.

#### 4. פערי מידע, קריאת חוזים ומסחר מקוון

##### (א) מבוא: פערי מידע וחוזים מקוונים

ראינו לעיל כי פערי המידע מקורם בסיבות שונות ומגוונות, המונעות מניצעים לחוזים אחידים לקרוא את האמור בחוזה האחד ולהבינו. בתת־פרק זה נבחן אם יש מקום לשקול מחדש את מסקנות הדיון האמור בבואנו ליישמו בסביבת המסחר הדיגיטלית. מלומדים נוטים להשיב לשאלה זו על דרך השלילה.<sup>177</sup> הגישה המקובלת בספרות הינה שהמעבר לסביבת הסחר האלקטרוני איננו משנה את התנהלות הצרכנים בכל הנוגע לקריאת חוזים צרכניים ולהפנמתם וכי פערי המידע נותרים בעינם. תשובה זו מקבלת חיזוק אמפירי בסקרים מצומצמים אשר נערכו לאחרונה, המראים כי נטייתם של צרכנים שלא לקרוא חוזים אחידים קיימת גם במדיום הדיגיטלי.<sup>178</sup> אם זהו המצב, הרי שיש בכך כדי להצדיק את ההתערבות המשפטית בתוכנם של החוזים האחידים המקוונים. ואולם מבחינה אנליטית ניתן להצביע על כמה שינויים טכנולוגיים אשר עשויים להשליך על התנהגותם של הצרכנים ועל נטייתם לקרוא את החוזים שלפניהם ולהפנימם.

176 בכך פוטרים בתי המשפט, הלכה למעשה, את הצרכנים מהנטל לקרוא חוזים.  
177 ראו למשל: Hillman & Rachlinski, שם; Clayton P. Gillette, *Pre-Approved Contracts for Internet Commerce*, 42 HOUSTON L. REV. 975, 979 (2005).

178 Robert A. Hillman, *Online Consumer Standard Form Contracting Practices: A Survey and Discussion of Legal Implications in CONSUMER PROTECTION IN THE AGE OF THE 'INFORMATION ECONOMY'* (Jane K. Winn ed., 2006)

גם העיתונות הכתובה נוטה לבטא הלך רוח דומה. לדיווח אנקדוטלי, כללי ומבודח יותר ראו שירה גל, "מצפצפת על הוראות השימוש", *מעריב-עסקים* מחשבים, 25.7.2007, עמ' 8-12. הכותבת מציינת כי "...כשאתם נרשמים לאיזשהו שירות או אתר, בסוף טופס ההרשמה תמיד ממתינה בסבלנות שורה קצרה בנוסח 'קראתי את התקנות ואני מסכים לתנאי האתר'. אף אחד לא באמת רוצה לקרוא את הדברים שכתובים בתקנון. הרי מדובר בטקסט ששוקל כמו כל ספרי 'הארי פוטר' ומשופע במונחים מאתגרים שלמראית עין נראים כמו סתם שגיאת הדפסה... אבל כמו גולש טוב, אנחנו מסמנים X בתוך הריבוע הקטן – ומתפללים שלא חתמנו כרגע על הסכם ממון עם השטן. בדרך כלל אנחנו מתרצים את ההתחמקות מקריאת התקנון בטענה שיש לנו מספיק צרות על הראש... אבל הסיבה האמיתית היא שאנחנו לא רוצים לדעת".

נתחיל עם הניתוח ה"רציונלי". כאן ניתן להצביע על כמה מאפיינים טכנולוגיים אשר מסייעים בקריאה מושכלת ויעילה יותר של חוזים במדיום המקוון. לדוגמה, במדיום האלקטרוני קל יותר לאתר תניות רלוונטיות ואף להשוות בין חוזים שונים בצורה אוטומטית.<sup>179</sup> ואולם גורמים אלו מאוזנים בכך שהסביבה האינטרנטית מאופיינת בחוזים אחידים רבים יותר, העשויים להיות אף ארוכים יותר.<sup>180</sup> כמו כן יש צרכנים שמתקשים לעיין בחוזים במתכונת הדיגיטלית (על המסך, תוך כדי גלילה).<sup>181</sup>

נעבור לניתוח ההתנהגותי. מחד-גיסא ניתן לסבור כי סביבת הכריתה של החוזה הווירטואלי הינה רגועה ונינוחה יותר (ביתו של המשתמש או סביבת עבודתו), ועל כן מתאפשר לצרכנים לעיין בחוזים ולהפנימם בצורה טובה יותר. הצרכן אף יכול להסתייע במקורות מידע שונים בעיכול המידע הרב העומד לרשותו ביחס למוצר או השירות הנרכשים,<sup>182</sup> מה שעשוי לאפשר לו לפנות יותר קשב לתוכן החוזה. מאידך-גיסא ניתן לטעון כי יתרונות אלו מאוזנים ביכולתם של ספקים לבצע מניפולציות ויזואליות שונות ביתר קלות במדיום זה (על ידי שימוש בממשק המאפשר מסרים ייחודיים לכל משתמש), אשר יניאו את המשתמש מקריאה יסודית של החוזה בטרם כריתתו.<sup>183</sup> נוסף לזה, המאפיינים המיוחדים של החוויה הצרכנית הווירטואלית עלולים אף הם לפגוע ביכולתו של צרכן לקרוא את החוזה ולהפנימו כראוי. כך למשל, חוויית כריתת החוזה הווירטואלית מאופיינת לרוב בריחוק ובניתוק בין המציע לניצע. עובדה זו מצמצמת את יכולתו של הניצע לתקשר עם המוכר או עם נציגו וכך לברר באופן טוב יותר מה משמעות החוזה ומהו תוכנו.

גם מבחינת הניתוח החברתי ניתן להעלות טענות שלפיהן החוויה הווירטואלית איננה יוצרת את הלחצים אשר פוגעים בנכונותם של צרכנים לבחור בקריאה זהירה של חוזים

179 נוסף לזה ניתן לסבור, שצרכנים ברשת הינם מטיבם משכילים ועשירים יותר ועל כן מתוחכמים וזהירים יותר בקריאת חוזיהם. לטעמנו, לא ניתן להסתמך על טענה מעין זו. ראשית, ייתכן שדווקא בשל היות הצרכנים משכילים ועשירים יותר הם עסוקים מכדי לבחון את תניות החוזה האחיד לפרטיו (ובשל העובדה כי זמנם יקר, מדובר בהחלטה מושכלת). שנית, יותר ויותר צרכנים מצטרפים לשוק הצרכנות האינטרנטי. את העסקות הנדונות כאן ניתן לבצע ברמת תחכום נמוכה ובאמצעים פשוטים הנמצאים בהישג ידם של רבים. ראו והשוו עניין *בנק הפועלים*, לעיל הערה 139, פסקאות 4, 35 לפסק הדין. שלישית, ההנחה האמורה שלפיה צרכנים ברשת הינם משכילים ואמידים יותר מתעלמת מן העובדה כי השימוש באינטרנט נפוץ יותר בקרב צעירים דווקא. ניתן להניח במידה רבה של היגיון כי צרכנים צעירים עלולים להיות חסרי ניסיון ולנהוג לעתים בפזיזות.

180 זאת מכיוון שחוזים מקוונים אינם מצריכים הדפסה על נייר (דבר החוסך עלויות ומקום אחסון).

181 Hillman & Rachlinski, לעיל הערה 163, בעמ' 482, מעלים טענה זו, אף שהיא נשענת על התרשמות אנקדוטלית בלבד. ואולם ניתן לסבור כי הקושי האמור הינו אך תולדה של פערי הדורות בין משתמשים ותיקים וצעירים והוא עתיד להיעלם עם חלוף הזמן. לאחד הכותבים התרשמות הפוכה מזו אשר צוינה, שלפיה תלמידים רבים מציינים בפניו כי הינם מוצאים את הקריאה ממסך המחשב עדיפה ונוחה יותר.

182 ראו הדיון להלן.

183 ראו למשל: Hillman & Rachlinski, שם.

על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים : בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן

אחידים. הצרכן המקוון איננו נתון לאותן מניפולציות שיווקיות שבהן נתון עמיתו בעולם הפיזי ; צרכן העומד בפני עסקה מקוונת ואשר מעוניין לעיין בחוזה האחיד שבפניו לא יחשוש מהדרך שבה רצון זה יתפרש בעיני נציג המוכר. הוא אף לא יחשוש מתגובת רוכשים פוטנציאלים אחרים, שכן אלו לא יחזו בהתנהלותו באופן ישיר, ועל כן הם אינם נושפים בעורפו. עם זאת, דווקא היעדרם של גורמים חברתיים באינטראקציה המסחרית עלול להעמיק את פערי המידע בין הצרכנים לספקים, כתוצאה מתחושת הצרכן כי "אין עם מי לדבר" בזירה המקוונת. תחושה זו עלולה להסיט את תשומת לבו של הצרכן מן החוזה האחיד אל עבר בדיקת המוניטין של הספק ווידוא זהותו, ועל כן להצדיק הגנה שיפוטית באמצעות התערבות בתניות החוזה.

לטעמנו, הניתוח שהוצג עד כה הינו חסר וחלקי (למרות היותו משקף את רמת השיח האקדמי הנוכחית בעניין זה). המציאות הווירטואלית שנוצרה לאחרונה מצדיקה שינוי תפיסתי מהותי ועמוק הרבה יותר ביחס לדרך שבה מבקש המשפט להתמודד עם זרימת החוזים האחידים. כפי שניתן היה להבין מן הניתוח עד כה, משפטנים בחרו למקד את תשומת לבם בנייתו לכתחילי (*ex ante*), המבקש להבין ולנתח את התנהגותם של צרכנים בשלב כריתת החוזה. ההתמקדות הזו עלולה להתברר כשגויה. לאור ההתפתחויות ברשת האינטרנט, יש לבחון את זרמת המידע בין צרכנים מנוסים לאלו שאינם. רק כך נוכל לקבוע אם דינמיקות השוק במסחר המקוון מצריכות התערבות שיפוטית לשם הגנת הצרכן וקידום המסחר המקוון בכללותו.

#### **(ב) על פערי מידע וזרימות מידע ברשת האינטרנט**

בחלק זה נסביר כי המאפיינים החדשים של האינטרנט וזרימת המידע המתהווה בו יוצרים קבוצה חדשה (ונוספת) של צרכנים שוליים, העשויים להמריץ את הספק לנסח חוזים אחידים הוגנים יותר ובכך לאפשר לשוק לבדו להבטיח הן את התפתחותו התקינה הן את הגנת הצרכן. פעילותה של קבוצה זו מסתייעת בזכות מאפיינים שונים של האינטרנט, אשר מאפשרים שיתוף מידע ותכנים בצורה יעילה בין גולשים רבים ואשר מכונים לאחרונה שירותים ומאפיינים של Web 2.0. מציאות חדשה זו יוצרת זרימת מידע שטרם נדונה עד כה בספרות המשפטית, העוסקת בחוזים אחידים והמטשטשת בין שלב כריתת החוזה לבין שלבים מאוחרים יותר. נראה כי מציאות זו מתחילה להשפיע, ובעתיד אף עשויה להשפיע הרבה יותר, על תוכנם של חוזים אחידים, על התנהלות המוכרים ברשת על פיהם, ולפיכך על הצורך וההצדקה להתערבות שיפוטית בעסקות מקוונות.

כפי שניתן היה להבין מהדיון עד כה, הוויכוח המרכזי הניטש בספרות סביב הדרך הנאותה להתייחס לחוזים אחידים מתמקד בשאלה אם צרכנים קוראים חוזים אחידים קודם כריתתם ואם הם יכולים ואמורים לקרואם ולהבינם בצורה נאותה. נראה כי הכול מסכימים שמרבית הצרכנים בדרך כלל אינם קוראים את החוזה הרלוונטי. חלק מהמלומדים סבורים כי יהיו די צרכנים אשר יקראו חלק מן החוזים חלק מן הזמן כדי ליצור תמריץ מספיק לספקים

לנסח חוזים הגונים ויעילים. מלומדי משפט אחרים מותחים ביקורת על תזה זו וגורסים כי גורמים רבים ושונים מביאים לכך שלא קיימת קבוצת צרכנים שוליים אשר מעיינת בחוזים האחידים. ואולם ההתמקדות ביכולתם של צרכנים לקרוא את החוזים האחידים קודם כריתתם ולתקן את השוק בעבור כלל הצרכנים מתעלמת מן העובדה שחלק לא מבוטל מהם עשוי לקרוא את התניות החוזיות לאחר מעשה (*ex post*), לרוב לאחר שהתגלעו חילוקי דעות ביחס למוצר או לחובות הצדדים ולזכויותיהם. בסיטואציות רבות אחרות ילמדו צרכנים על תניות החוזה בדרך בלתי אמצעית, כאשר הם חווים את התניות באמצעות אינטראקציה עם הספק אשר תתנהל בהתאם לחוזה או בצל האמור בו.<sup>184</sup> במקרים אלו קריאה או חווייה של תניות החוזה איננה כפופה לאילוצים ולקשיים אשר מאפיינים קריאה בטרם כריתת החוזה, המובילה לכך שהקריאה וההפנמה הינן כאמור חלקיות ביותר.

לכאורה, ובהתאם לניתוח המשפטי הבסיסי של דיני החוזים, אין להכרה מאוחרת (שלאחר מעשה) באמור בחוזה משום נפקות של ממש. קריאה של החוזה לאחר כריתת העסקה איננה מגשרת על פערי המידע שבין הצדדים לחוזה בטרם כריתתו, ועל כן איננה מרתיעה את מנסח החוזה מלכלול בו תניות מקפחות חד-צדדיות. תניות אלו ימשיכו לחייב את הצרכן גם לאחר שילמד על טיבן הבעייתי בשלב מאוחר יותר. ואולם בהינתן מאפייני העולם הווירטואלי, ידיעה מאוחרת זו עשויה להיות (כמעט לראשונה) בעלת חשיבות רבה.<sup>185</sup> העולם המקוון מאופיין בזרימת מידע בלתי פוסקת ובכיוונים שונים. חלק מזרימת המידע מקורו בצרכנים מנוסים שכבר התנסו בעסקה הצרכנית עם הספק. פעמים, צרכנים מנוסים אלו מפרטים את התנסותם ואת חוויותיהם במסגרות שונות הזמינות באינטרנט, ובכך משתפים גולשים אחרים במידע זה. המידע האמור נאסף ונשקל על ידי צרכנים אחרים לפני ביצוע העסקה כחלק מהליך חיפוש המידע והשוואת המוצרים בשלב הטרם-חוזי. יוצא אפוא כי האינטרנט יכול לצייד צרכנים הנמצאים בשלב מוקדם בתהליך הרכישה (*ex ante*) במידע רב-ערך שמקורו בצרכנים מנוסים שכבר רכשו את המוצר והתנסו בו (*ex post*).

נבהיר באמצעות דוגמאות אחדות מחיי היום-יום. יותר ויותר אנשים הנמצאים בפני רכישה או קבלת החלטה כלכלית או אחרת מחפשים מידע באינטרנט על-אודות הנושא העומד על הפרק. לדוגמה, בעל עסק המעוניין לרכוש רכב לשימוש עובדיו עשוי לקרוא באינטרנט לא רק כתבות של מומחי רכב, אלא גם את דעתם ואת הערותיהם של רוכשי רכב אחרים שהתנסו ברכישת רכב מהסוג המדובר. באופן דומה, אצנית המבקשת לרכוש נעלי ריצה יכולה להתרשם באמצעות האינטרנט לא רק מהמגוון המוצע ומהמחירים השונים, אלא

184 דוגמה אחת הינה מצב שבו רוכש מבקש להחזיר את המוצר ולתבוע את החברה, אך נאמר לו כי על פי חוזה הרכישה לא יוכל לקבל החזר כספי באותה העת, וכי עליו לתבוע את החברה בהליך של בורות. במקרה זה הספק התווה את פעולותיו בהתאם לאמור בחוזה האחיד, והצרכן פעל לפיו אף ללא קריאתו.

185 לפיתוח רעיון זה ראו: Becher & Zarsky, לעיל הערה 144.

על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים : בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן

גם מחוות הדעת ומההתנסות של אצניות אחרות שרכשו נעלי ריצה.<sup>186</sup> צרכן המבקש לרכוש מכשיר חשמלי מסוים ומתלבט בין כמה ספקים המוכרים את המוצר עשוי להיתקל באינטרנט בתגובות גולשים ביחס להתנהלות הספקים השונים (שירות לקוחות, עמידה בלוחות זמנים וכדומה).<sup>187</sup> במקרים אלו רוכש פוטנציאלי וחסר ניסיון העומד בפני קבלת החלטה צרכנית דולה מהאינטרנט לא רק מידע שניתן על ידי גופים מסחריים או מקצועיים, אלא גם, ולעתים בעיקר, מידע קונקרטי שניתן על ידי צרכנים אחרים שכבר התנסו ברכישה, ואף עברו תקופת התנסות עם הנכס הנרכש או עם הספק המציע אותו. המידע הזה יכול להימצא באתרי המכר עצמם, בפורומים, בקהילות שונות ובבלוגים, כמו גם בטוקבקים מזדמנים. זוהי מהפכת Web 2.0,<sup>188</sup> שבה נוטל חלק מספר הולך וגדל של צרכנים.<sup>189</sup>

תפקיד מרכזי בזרימת מידע זו ממלאים מנועי החיפוש. כלים אלו לרוב אינם יוצרים תכנים משל עצמם, אך הם מאפשרים לגולשים למצוא בקלות ובמהירות התייחסויות למוצרים ולשירותים שבהם הם מעוניינים. מנועי החיפוש מאפשרים במקרים רבים גישה ל"שיחות" אשר מתרחשות בפורומים וברשתות חברתיות, וכך יכולים גם אלו שמחוץ לשיח האמור ליהנות מפירותיו. משתמשים רבים משתלבים אפוא בהוויה המתרחשת במסגרת פורומים ורשתות אלו ונבנים מפירותיה.

ראוי לציין, כי העידן המקוון איננו מביא למהפכה רבתי בטבע האדם אשר בעקבותיה מתחילה זרימת המידע יש מאין. מאז ומתמיד תרו צרכנים פוטנציאליים אחר מידע הנוגע לרכישותיהם, ומאז ומעולם הפיצו צרכנים מנוסים את המידע שבידם לסיבתם המיידית. השינוי שלפנינו הינו בחיבור בין מקור המידע לבין המעוניינים בו (בין היתר באמצעות מנועי החיפוש, אך גם באמצעות יצירת פורומים ורשתות חברתיות אשר האמור בהם לא נמחק).

186 למבחר היצע ותגובות גולשים, ראו: [www.amazon.com/b/ref=sc\\_fe\\_c\\_6\\_0\\_1040668\\_4/103-5088757-6537402?ie=UTF8&node=1044856&no=1040668](http://www.amazon.com/b/ref=sc_fe_c_6_0_1040668_4/103-5088757-6537402?ie=UTF8&node=1044856&no=1040668). לדוגמה ספציפית לאופי התגובות, ראו: [www.overstock.com/Clothing/Adidas-Ultra-Cushion-Womens-Running-Shoes/2496245/product.html#custreviews](http://www.overstock.com/Clothing/Adidas-Ultra-Cushion-Womens-Running-Shoes/2496245/product.html#custreviews). להפניות נוספות הכוללות אף פרה-טסט שביצעו הכותבים לבדיקה ולאיתור של זרימות מידע מעין אלו, ראו: Becher & Zarsky, לעיל הערה 144, בהערות 73 ו-82.

187 לאתר ישראלי המכיל מידע מסוג זה, ראו למשל: [www.ramkol.co.il](http://www.ramkol.co.il).

188 ראו למשל: גלי כץ "המהפכה הצרכנית של הווב 2.0" *הארץ* – *The Marker* 6.12.2006.

189 חשוב להדגיש כי לא רק צרכנים מנוסים יכולים לספק מידע לצרכנים שאינם מנוסים. שיתוף המידע יכול לבוא גם מדוחות ומסקרים של גופי צרכנות ו"כלבי שמירה" (watchdog groups), דוחות המשקפים פעמים רבות הצטברות של תלונות צרכנים או המונעים מהן. אמנם דוחות וסקרים שכאלו היו קיימים גם לפני האינטרנט (וללא קשר אליו), אך האינטרנט מספק בימה המעודדת הפצת דוחות וסקרים מסוג זה ממספר סיבות. ראשית, השימוש באמצעים מקוונים מקל על הפצת החומר ומוזיל את עלותו. שנית, מנועי חיפוש מגבירים את זמינותו. שלישית, האינטרנט מאפשר עבודה יעילה יותר על דוחות וסקרים, הן בשל המידע הכללי הרב המצוי ברשת הן בשל המידע המגיע מגולשים אחרים (אשר עשויים להיות הנסקרים). כל אלו הופכים את הכנת הסקרים והדוחות הצרכניים לקלה ואטרקטיבית הרבה יותר.

השינוי מתבטא בכך שצרכנים יכולים לחפש מידע על דברים שנאמרו על ידי צרכנים מנוסים באשר הם, ולא רק לבדוק בקרב חבר מכריהם ולהסתמך על זיכרונם המוגבל. במילים אחרות, וכמו בהקשרים רבים אחרים, האינטרנט מרחיב רשתות חברתיות ויוצר רשתות רחבות הרבה יותר ובהן קשרים בעוצמות שונות.<sup>190</sup> התפתחות זו מובילה גם לשינויים בהתנהלות הצרכנים המנוסים. בעבר צרכנים אלו לא מיהרו להפיץ את המידע שבידם משום שהניחו (נכונה) כי השפעתם תהיה מעטה יחסית בהתחשב בנכונותם הנמוכה להשקיע משאבים בעניין במונחי קשב וכסף. כיום, כאשר צרכנים מבינים את ההשפעה הפוטנציאלית המשמעותית של דבריהם המועלים לאינטרנט, הם מגלים מוטיבציה גדולה מבעבר להעשיר את השיח הצרכני-ציבורי במידע רלוונטי.<sup>191</sup>

למציאות הזו, שבה צרכן העומד בפני עסקה מקבל מידע מצרכנים מנוסים, יש פוטנציאל השפעה עצום על הדרך שבה ספקים מנסחים את חוזיהם. באמצעות הדינמיקה המתוארת, מספרם הכולל של הצרכנים אשר נחשפים למידע מדויק בדבר החוזה, הנכס או השירות הנמכר בטרם כריתתו גדל, וקבוצת הצרכנים השוליים או המיועדים גדלה אף היא. בכך מתעצם כוח השוק של אותם צרכנים, וגדלה תשומת הלב המוקדשת להעדפותיהם על ידי הספקים, גם בכל הנוגע לתניות אשר עד עתה סווגו כ"בלתי בולטות". לשון אחר, זרימת המידע מלקוחות מנוסים ללקוחות פוטנציאליים עשויה לשנות את מאזן הכוחות ספק-לקוח. מידע הזורם ברשת בדבר התנהלות הספק והחוזה שבו הוא משתמש יכול להוביל לאי-התקשרות הצרכן הפוטנציאלי עם הספק ובכך ליצור תמריץ לניסוח חוזים מאוזנים יותר, שאינם מצריכים התערבות משפטית חיצונית בתוכניהם. או במילים אחרות, להביא לכך שדינמיקת השוק תוביל לתוצאה שבה החוזים יהיו נוחים לצרכנים, מבלי שבתי המשפט יתערבו בהתפתחות המסחר המקוון ואף יפגעו בה.<sup>192</sup>

190 ראו לעניין זה: Lior J. Strahilevitz, *Social Norms from Close-Knit Groups to Loose-Knit* (2003) 70 U. Chi. L. Rev. 359; וכך "How's My Driving", Lior J. Strahilevitz, *For Everyone (and Everything?)*, 81 N.Y.U. L. Rev. 1699 (2006). (להלן: Strahilevitz, NYU).

191 לדיון נרחב ראו Becher & Zarsky, לעיל הערה 144, בעמ' 336-340. את המוטיבציה של המשתמשים ניתן לייחס לתמריצים פנימיים וחיצוניים רבים: רצון לנקמה באלו שגרמו להם עוול, רצון לתרום לקהילה, לעזור לאחרים, לפתח מוניטין "וירטואליים" אשר ישרתו אותם גם בהקשרים אחרים ועוד.

192 יצוין שדינמיקה זו לא תצלח בכל המקרים. אחד המצבים האמורים הינו כזה שבו התניה החוזית הנדונה היא כזו אשר איננה נאכפת לרוב והספק איננו עומד על קיומה אלא במקרים נדירים ביותר. במקרים אלו לא תהיה זרימת מידע אמין בדינמיקה המתוארת לעיל. במצבים מעין אלו על בית המשפט לנהוג בזהירות ולעתים להתערב בתוכן החוזים. כאן לא יוכל בית המשפט להניח את קיום האפשרות שלפיה השוק יתקן את תוכן החוזה, היות שאפשרות זו לא קיימת בפועל נוכח כישלון זרימת המידע. ראו דיון מקיף לעניין זה אצל Becher & Zarsky, לעיל הערה 144, עמ' 360.

על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן

#### (ג) זרימת המידע ובעיית מהימנות המידע

לפני שנדגים כיצד זרימת המידע משפיעה על הגורמים הרציונליים, ההתנהגותיים והחברתיים המביאים צרכנים שלא לקרוא חוזים אחידים, עלינו לתת תחילה את הדעת לאתגרים הנוגעים לזרימת המידע באינטרנט, שעשויים להוביל לכך שהתערבות שיפוטית בגוף החוזים האחידים תהיה נחוצה. כפי שיוסבר מיד, הדגש בהקשר הזה יינתן לאתגרים הנוגעים למהימנות המידע.

אמינות הפורום. כאשר עוסקים בבעיית מהימנות המידע, יש להבחין בין חששות שונים. הראשון הינו אמינות הפורום. במקרים רבים הערותיהם של הצרכנים המנוסים לעניין המוצרים הנדונים אינן מופיעות באתר שבשליטתם, אלא באתרים המארחים את השיח. בחלק ניכר מן המקרים אתרים אלו מופעלים באמצעות גורמים מסחריים בעלי אינטרסים שונים. לפיכך מתעורר חשש מפני התערבות בתכנים מצד מנהל מקור המידע. אם מנהל הפורום או האתר שולט על התכנים המתפרסמים באתר או אינו מאפשר לכל המידע להופיע באתר, מתעורר חשש כי המידע שמגיע לידיעת הציבור יהיה מוטא וחלקי ולכן לא יוביל לתוצאות המקוות.

לטעמנו, סביר להניח כי השוק ייתן מענה, ולו חלקי, לחשש זה. האינטרנט מאפשר העברת מידע במהירות בדבר קיומם של פורומים חשודים, והמשתמשים ילמדו עם הזמן שלא להסתמך עליהם. מידע זה יועבר, מן הסתם, על ידי אלו שיביעו תרעומת על כך שאמירותיהם צונזרו, ויימצאו על ידי משתמשים אחרים באמצעי החיפוש שנדונו לעיל. זרימת המידע תוביל לפגיעה במוניטין של האתר המארח ובעקבות זאת לירידה של ממש בשיעור הגולשים באתר החשוד ולנוקים עקיפים אחרים.<sup>193</sup> לפיכך ניתן להניח כי למפעילי האתרים תמריץ עקרוני להימנע מצנזור מידע שבסופו של יום יפגע בתזרימי הכנסותיהם.<sup>194</sup> במילים אחרות, הדינמיקה אשר מביאה לפתרון הבעיה הינה דינמיקה של זרימת מטא-מידע (metadata),<sup>195</sup> מידע בדבר המידע הנוגע למסחר המקוון.

אין בדברים האמורים כדי לבטל לחלוטין את החשש מבעיית אמינות הפורום. אם ממצאים יצביעו על התהוות בעיה זו בהיקף נרחב, יהיו לכך שתי נפקויות חשובות. ראשית, על מערכת המשפט להכיר בכך שזרימת המידע אשר בהשפעתה נדון להלן איננה מתרחשת. במצב דברים זה לא ניתן יהיה להסתמך עליה ועל תוצאותיה, ויהיה צורך באמצעים משפטיים אחרים כדי להגן על הצרכנים ברשת.<sup>196</sup> שנית, ייתכן שיהיה מקום לאמץ כלים משפטיים

193 ראוי לציין, כי ישנם פורומים רבים ורשתות חברתיות אשר אינם בעלי אינטרסים זרים, ומטרתם היחידה היא הגדלת התנועה באתרם. מבחינת אתרים אלו, "צנזור" תכנים משיקולים זרים יחתור תחת הרצון להגדיל את התנועה באתר. לפיכך קיומם של אתרים מסוג זה מקטין את הסיכון הנדון.

194 רוב האתרים נבנים מהכנסות מפרסום, אשר תלויות בכמות המבקרים באתר.

195 זרימת סוגים אחרים של מטא-מידע תשחק תפקיד מרכזי אף בכל הנוגע לבעיות מהימנות אחרות אשר נדון בהן להלן.

196 בין אמצעים אלו ניתן למנות, לדוגמה, פרשנות רחבה ונדיבה יותר של המושג "תניה מקפחת".

ומטה-משפטיים אשר יעודדו זרימה אמינה ויפחיתו את החשש לפגיעה באמינות הפורום.<sup>197</sup> אמינות המסר. החשש השני (והכבד יותר, לטעמנו) למהימנות המידע הזורם ברשת והנוגע למסחר המקוון מתייחס לנכונות המסר ולאמינותו. חשש זה מתעורר כתוצאה מכמה בעיות שונות. ראשית, מהימנות המידע עלולה להיפגם כאשר הדובר (מספק המידע) הוא בעל אינטרס מסחרי.<sup>198</sup> במקרה מעין זה מתעורר חשש כי הדובר יהלל וישבח מוצר שיש לו אינטרס בהצלחתו (גם אם התשבחות אינן מוצדקות). האינטרס המסחרי של הדובר אף עלול לתמרץ אותו להכפיש מתחרים ולהמעט בערך מוצרים או שירותים חלופיים. לצערנו, מדובר בפרקטיקה מצויה ונפוצה למדי.<sup>199</sup> שנית, אמינות המסר יכולה להיפגע לא בשל הסובייקטיביות של תורם המידע, אלא בשל חוסר הבנתו או חוסר מומחיותו. הבעייתיות בחששות אלו מוחמרת בשל שני מאפיינים של האינטרנט שהזכרנו בראשית דברינו. ראשית, משתמשים יכולים להסוות (ואכן מסווים) עצמם בקלות תחת מעטה של אנונימיות. כמו כן הרשת מאפשרת למשתמש בודד לשכפל את קולו בקלות יחסית. מאפיינים אלו עלולים ליצור חוסר הלימה בין גודלה של הקבוצה וניסיונה מחד-גיסא לבין ההדר, החשיפה והבמה שניתנים לקבוצה מאידך-גיסא.<sup>200</sup> אתגרים וחששות אלו הינם אך חלק מאחת הבעיות הקשות ביותר אשר מאפיינות את חברת האינטרנט: היכולת ליצור מוניטין למשתמשים ולתכנים בצורה אמינה ויעילה.

ניתן להצביע על פתרונות אחדים המסייעים בהתמודדות עם האתגר הנדון. פתרונות אלו מגיעים מכיוון התעשייה, אשר אף היא מעוניינת לקדם את האמינות ברשת מסיבות מסחריות. גם כאן מסתמן פתרון לבעיית המהימנות באמצעות יצירת מטה-מידע אשר יאפשר לגשר על חוסר המידע המצוי ברשת האנונימית. הכלי הראשון בהקשר זה הינו מערכות של הצבעות ההמון. מערכות אלו מאפשרות מתן ציונים להערות על ידי "עוברי אורח". מעבר לכך, הן

197 אלו עשויים להיות כלים שליליים וחיוביים. דוגמה לכלים שליליים הינה אכיפה אזרחית ופוליטית כנגד אתרים אשר פועלים לצנזור תכנים בניגוד להצהרותיהם ולהתחייבויותיהם שלא לעשות כן. נראה כי אכיפה זו צריכה לבוא מצדה של המדינה, היות שהנזקים אשר נגרמים לכל אחד מן המגיבים המצונזרים זניחים. כלים חיוביים עשויים להיות הגדרה ברורה של פטור לפורומים מפני תביעות של צדדים שלישיים אשר עשויים להיפגע מהאמור בהם. אם יוגדר הפטור בצורה רחבה וברורה, יאבדו אותם אתרים את הלגיטימציה לנקוט סינון תכנים. נוסף לזה יכולה המדינה לצאת בקמפיין חינוכי שיעודד מודעות לתגובות צרכניות אשר ידגיש את חשיבותו של חופש הביטוי הצרכני ואת השפעתו על המציאות המסחרית-משפטית. לבסוף, ייתכן שיהיה רצוי כי המדינה עצמה תממן פורומים אשר בהם ניתן יהיה לדון בסוגיות צרכניות שונות ללא חשש צנזורה מסיבות בלתי ראויות.

198 ראו למשל: מיכל רוז-חיימוביץ "סקר: 50% מהצרכנים מטילים ספק באמינות הביקורות המתפרסמות באינטרנט" גלובס 17.1.2007, (להלן: מיכל רוז-חיימוביץ).

199 ראו למשל: אבינועם מגן "טוקבקיסטים מקצועיים משכירים מקלדתם לכל דורש", הארץ – The Marker 7.12.2006.

200 בעיה אשר מובילה, בין היתר, לקושי בהתמודדות עם דואר זבל. סקר של "הגל החדש" מלמד כי בשלב זה מרבית הגולשים (כ-70%) אינם נוהגים לדרג מוצרים ולכתוב ביקורות באופן קבוע. ראו מיכל רוז-חיימוביץ, לעיל הערה 198.

על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן

מאפשרות הצגה של הציון הממוצע של ההערה, הערות קודמות שניתנו לדוברים, והערות אשר ניתנו בעבר למדרגים. מערכות אלו קיימות בתצורות שונות.<sup>201</sup> בחלק מהמצבים מוכנות המערכות אל תוך הפורום הרלוונטי, ובחלק מהמצבים הן חיצוניות לו. באמצעות מערכות אלו יכול המשתמש, אשר מתוודע לדובר ולדבריו בפעם הראשונה, להיבנות מהמידע אשר נצבר במערכת ביחס לאותו דובר ולדבריו. מחקרים מראים שמידע זה, הנבנה על בסיס תובנות הציבור בכללותו, מצביע במקרים רבים על אמינותו של הדובר ועל נכונות דבריו.<sup>202</sup> נוסף למערכות הצבעות ההמון, קיימות פלטפורמות טכנולוגיות בעלות מאפיינים חברתיים אשר עשויות לסייע רבות בנקודה זו: קיומן והתחזקותן של רשתות חברתיות שבהן המוניטין הוא רכיב חשוב וקבוע.<sup>203</sup> רשתות חברתיות אלו כוללות מספר משתנה של משתמשים (בין מאות למאות אלפים), שחלקם מתנהלים ברשתות אלו בקביעות.<sup>204</sup> במהלך התנהלות זו מגבשים משתמשים קבועים פרסונה הכוללת מאפייני אישיות ומוניטין. לפיכך בבוא משתמש לעיין בהערות המתפרסמות ברשת זו, הוא יכול לבדוק מהו הניקוד אשר הוענק למשתמש ולדבריו בידי שאר חברי הרשת בעבר ובהווה. חלק מהמשתמשים מחשיב מאוד את המוניטין הווירטואלי, המקנה לו מעמד ברשת האמורה. השיח המתרחש ברשתות אלו מקיף נושאים רבים וכולל אף סוגיות הקשורות למסחר. במצבים רבים האמור בו איננו מוגבל לעיניהם של חברי הרשת וחילופי הדברים פתוחים לצפיית כלל המשתמשים (ונגישים ממנועי חיפוש כלליים), עובדה המעצימה את חשיבות התכנים המועברים באותן רשתות.

201 חלק מהאתרים המפעילים פורומים מאפשרים ליקוט מידע כאמור. דוגמה מפורסמת הינה [www.eBay.com](http://www.eBay.com) המפעילה מנגנון מתוחכם למעקב אחר המוניטין. אתרים נוספים המאפשרים איסוף מידע הם [www.digg.com](http://www.digg.com), [del.icio.us](http://del.icio.us), [www.hadash-hot.co.il](http://www.hadash-hot.co.il), [www.shaveh.co.il](http://www.shaveh.co.il) ו-[www.politinet.co.il](http://www.politinet.co.il). לדיון מעמיק יותר בכלים אלו ראו: Tal Z. Zarsky, *Assessing Alternative Compensation Models for Online Content Consumption*, 84 DEN. U. L. REV. 645, 709 (2006).

202 לעניין השימוש באינטליגנציה של ההמון ראו: CASS R. SUNSTEIN, *INFOTOPIA* 60 (2006). כן ראו: JAMES SUROWIECKI, *THE WISDOM OF CROWDS* (2005). יוער כי גם מערכות הצבעות ההמון אינן פתרון קסם וגם הן נתונות למניפולציות. מערכות אלו יאפשרו איתור מסרים אשר מגיעים ממקורות הלוקים בחוסר מומחיות והבנה. ואולם הן עשויות להיתקל בקשיים באיתורם ובסינונם של תכנים אשר מקורם במשתמשים המעוניינים להטעות בשל אינטרסים מסחריים שונים. משתמשים כאמור ישקיעו ממרצם, מזמנם ומהונם לנסות לעקוף את המערכות האמורות ולהונות אותן. הם יוכלו לעשות כן באמצעות רשתות דמה של ממליצים בעלי מוניטין אשר ניזונים אלו מאלו ולבסוף מקדמים אג'נדות מסחריות. כדי להיאבק בתופעות אלו מתפתח מעין משחק "חתול ועכבר" אשר תוצאתו איננה נהירה בנקודה זו. בעלי האתרים וגורמים נוספים מנסים לפתח אלגוריתמים מתוחכמים וכלים נוספים למנוע ניפוח מלאכותי של מוניטין הדובר ודבריו, בשעה שהגורמים המסחריים תרים אחר אמצעים לעקוף כלים אלו.

203 לדיון נרחב בתופעה ראו למשל: Becher & Zarsky, לעיל הערה 144.

204 דוגמה ידועה לרשת מעין זו הינה [slashdot.org](http://slashdot.org), שבאמצעותה מעבירים המשתתפים מידע אלו לאלו ונותנים ציונים למידע כדי לסייע לקוראים אחרים. לדיון מעמיק בדינמיקה זו בהקשר האמור ראו: YOCHAI BENKLER, *THE WEALTH OF NETWORKS* 78 (2006).

להבדיל מהצבעות ההמון אשר צוינו לעיל, זרימת המידע ביחס לחוזים מקוונים ברשתות האמורות מוגנת במידה רבה גם מהחשש לפגיעה במהימנות המידע עקב אינטרסים מסחריים. היות שחלק מהמשתתפים בשיח הינם "שחקנים חוזרים", הם לומדים בזריזות לזהות את הדוברים ה"אמיתיים" ולהתריע מפני "דוברי דמה" (המכונים "sock puppets") המשרתים גורמים מסחריים. התרעות אלו מחד-גיסא ורצונם של משתתפי הרשת החברתית לשמר את מעמדם מאידך-גיסא מגנים על השיח המתנהל בתוך מסגרת זו מחלק גדול מבעיות האמינות שצוינו לעיל. בכך רשתות חברתיות אלו מהוות כר נרחב לזרימת מידע אמין ורלוונטי למשתמשים ולצרכנים שונים.

המחקר בכל הנוגע לרשתות חברתיות וירטואליות נמצא אך בתחילתו. בנקודה זו נסתפק בתחזית אופטימית שלפיה זרימת מידע מהימן הנוגע לחוזים מקוונים בין צרכנים מנוסים לחדשים מתרחשת, ותמשיך להתרחש ביתר שאת, במסגרות אלו. כאמור, האתגרים לזרימה זו רבים. אולם כלים טכנולוגיים, דינמיקות חברתיות הרואות חשיבות בשימור המוניטין הווירטואליים וזרימות של מטה-מידע מאפשרים שימור כמות מספקת של מידע מהימן. מידע זה מאפשר לחלק מהמשתמשים לצמצם את פערי המידע שמהם סובלים צרכנים טיפוסיים בעולם האמיתי. לכך, כפי שמיד נראה, יכולה להיות חשיבות מרובה.

#### (ד) השלכות זרימת המידע

צרכנים באינטרנט לא קוראים, ככלל, את החוזים האחידים שהם צד בהם. בה בעת הצרכן המקוון עובר תהליכים ההופכים אותו לקהילתי יותר, שיתופי יותר וביקורתי יותר. האם אפשר לקשור את שתי התופעות באופן המשפיע על הדרך שבה על המשפט להתמודד עם הבעיות שחוזים צרכניים אחידים מעוררים? אנו סבורים כי שתי התופעות משפיעות ומשליכות זו על זו. לפיכך, ומשעמדנו על זרימת המידע וחסרונותיה, נחזור ונבחן את השפעתה הפוטנציאלית של זרימת המידע ברשת האינטרנט על אותן סיבות רציונליות, התנהגותיות וחברתיות התורמות לנטייתם של צרכנים שלא לקרוא חוזים אחידים, או המונעות מקבוצת הצרכנים המתוחכמים לתקן את השוק בעבור הכלל. לכך נקדיש חלק זה. כפי שנראה להלן, זרימת המידע עשויה למזער חלק גדול מהחששות כי מידע בדבר החוזה האחיד והשלכותיו לא יגיעו אל הצרכן המקוון בטרם כריתת החוזה וממילא לא יישקלו על ידיו כיאות. לפיכך, וככל שזרימת המידע אכן תגשים את הפוטנציאל הטמון בה, ייתכן שהטענות בדבר הצורך להגן על הצרכן האמור באמצעות התערבות בתי המשפט בגוף החוזים האחידים המקוונים ייחלשו.

ניתוח כלכלי/רציונלי. כאמור לעיל, בעולם הפיזי לצרכן הטיפוסי העומד בפני חוזה אחיד לא משתלם לקרוא את החוזה ולהתעמק בהשלכותיו נוכח שיקולי העלות (הרבה) והתועלת (אשר תצמח בהסתברות נמוכה). הנמקה זו נחלשת כאשר בוחנים את השפעת זרימת המידע על התנהלות העולם המקוון. במקרים אלו מעבירים לקוחות מנוסים את המידע הנוגע לניסיונם ולדעתם באופן קריא, נוח וממצה, ללא שימוש בז'רגון משפטי ובניסוחים

על הסדרה ראוייה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן

מסורבלים. למעשה, קריאת חוות הדעת של צרכנים מנוסים מהווה מעין תחליף או Proxy לקריאת החוזה האחיד. הצרכן המקוון נשען על מסרים המשקפים את תוכן החוזה מבלי להיזקק לקריאה מדוקדקת שלו, קריאה שאין לו הכלים והמימנות לבצע באופן סביר. נוסף לזה, בעולם האמיתי צרכנים מתוחכמים עלולים להחליט שלא לעיין בתניות החוזה האחיד (ובכך לנהוג כ"נוסעים חופשיים") בשל "בעיית הטפיל", כלומר מתוך מחשבה שאחרים יעשו כן ויתקנו את השוק בעבורם. שוב, הנמקה זו איננה משכנעת כאשר מדובר במדיום המקוון. מחקרים אמפיריים שנערכו לאחרונה מעידים כי משתמשים רבים אוספים בעצמם מידע הנוגע לעסקה ולחוזה. הם לא נרתעים מלעשות כן, היות שהמידע נגיש הרבה יותר, בהיותו כתוב על ידי צרכנים אחרים ולמענם. קהילות וירטואליות ופורומים מספקים תמריצים חשובים להתייעץ עם אחרים בתוך קהילה הבנויה מקשרים חברתיים בדרגות עוצמה משתנות. במצבים הללו נוצרת לרוב דינמיקה של שיתוף פעולה וקרבה ולא אימוץ התפיסה של "אדם לאדם – זאב", אשר עליה נסמכת תופעת ה"טפיל" האמורה.<sup>205</sup> נוסף לזה, צרכנים בעולם האמיתי נמנעים מקריאת חוזים מכיוון שכל החוזים האחידים המוצעים על ידי החברות נראים, אינטואיטיבית לפחות, זהים בתוכנם. ואולם זרימת המידע בעולם המקוון מייתרת במידה לא מעטה את הצורך להתבסס על האינטואיציה בהקשר זה. זרימת המידע המתוארת מאפשרת לצרכנים להתרשם בקלות רבה יותר אם החוזים האחידים אכן זהים, וזאת לא על בסיס אינטואיציה, אלא על בסיס התנסותם המעשית של גולשים אחרים והשוני בין הדיווחים על התנסויות אלו.

לבסוף, ציינו כי ספקים יכולים לנטרל את הצרכנים המתוחכמים אשר בידיהם מידע בדבר החוזה האחיד ובכך למנוע מהם את ההשפעה על מכלול השוק. ספקים יכולים לעשות כן באמצעות הפליה לטובה של הצרכנים המיודעים והמתוחכמים, הן בשלב כריתת החוזה (באמצעות הצעת תניות חוזיות שונות וטובות יותר מבחינת הצרכן) הן בשלב ביצועו (באמצעות גילוי גמישות ואי-עמידה על לשונו הכתובה של החוזה). ואולם נראה כי אפליה במציאות המקוונת הינה קשה ולא כדאית. היא איננה כדאית, היות שכאשר ספק מוותר על הכללת תניות אחידות או על אכיפתן ביחס לצרכנים מסוימים (כאלו שהמוכר חפץ ביקרם), הוא מסתכן בהפצת מידע בדבר פעולות אלו באינטרנט לכלל הלקוחות הפוטנציאליים. לפיכך אפליה בין לקוחות באינטרנט טומנת בחובה סיכון עצום למוניטין המוכר, סיכון הגבוה הרבה יותר בעולם האלקטרוני, שבו יש לצרכנים הכלים להפיץ מידע באופן מהיר ואפקטיבי בהרבה בהשוואה לעמיתיהם בעולם האמיתי.<sup>206</sup> כמו כן אפליה כזו קשה ביותר לביצוע, היות

205 מובן שהצרכן-הגולש מן היישוב איננו מודע למגוון הפורומים והקהילות המקוונות, מה גם שלא כל תחום צרכני נדון באמצעים אלו. לשם כך מסתייעים צרכנים במנועי חיפוש, המאפשרים איתור של מידע רלוונטי באופן זול, יעיל ומהיר.

206 בעבר ניסתה חברת אמזון.קום לנקוט אסטרטגיות שונות של בידול מחירים, ואולם היא נחשפה לכמות עצומה של ביקורת ציבורית כאשר הדבר נחשף – דבר שהוביל להפסקת פעולות אלו. לעניין זה ראו: Benkler, שם, בעמ' 157. לעניין זרימת מידע מסוג זה בין צרכנים במדיום האינטרנטי ראו: LAURA

שסקרים שהתפרסמו לאחרונה בארצות הברית מראים כי משתמשים רבים מאוד, מחתכים חברתיים מגוונים, אוספים מידע מצרכנים אחרים בטרם כריתת החוזה. לפיכך, ספקים יתקשו לאתר בצורה יעילה את הפרופיל של "הצרכן הבלתי מתוחכם הטיפוסי", אשר לא רק שאיננו קורא את תניות החוזה מראש, אלא אף איננו מתעדכן באמצעות המנגנונים אשר נדונו לעיל. בהעדר יכולות כאלו, ייאלצו הספקים להניח כי כל הצרכנים הינם בחזקת "מתוחכמים".

ניתוח התנהגותי-פסיכולוגי. כאמור, בעולם האמיתי צרכנים המעיינים בחוזה אחיד שמוצג לחתימתם מצמצמים את בדיקת החוזה למספר מוגבל של פרטים מהותיים (המכונים "פרטים בולטים", כגון המחיר ואופי הנכס). תניות רבות אחרות (העוסקות בברירת דין, בחירת פורום, בוררות, הגבלת אחריות וכו'), העשויות בעיקר להשליך על התרחשויות מאוחרות יותר במערכת היחסים שבין הספק לצרכן, אינן נבחנות.

כאשר בוחנים את הדינמיקה הווירטואלית, מתחוויר כי זרימת המידע באינטרנט עשויה להחליש גם בעיה זו. גולשים אינם אך קוראים (או במרבית המקרים, נמנעים מלקרוא) את החוזה המוצג בפניהם, אלא הם גם נחשפים למשוב המגיע אליהם מצרכנים מנוסים. כשגולש קורא את חוות הדעת של עמיתיו הגולשים המנוסים הוא אמור להיתקל במגוון רחב של תרחישים ובעיות. כאשר צרכנים פוטנציאליים לומדים על בעיות אשר עולות מלשון החוזה ומהתנהלות החברה על פיה, הרי שהמידע האמור איננו זוכה להתעלמות, אלא להפך, לקשב רב. לפיכך תניות המסווגות כבלתי בולטות הופכות לבולטות בעת שהן מאוזכרות בידי צרכנים מנוסים.<sup>207</sup> כאשר המידע הרלוונטי נושא אופי מוחשי וחי במקום להיות מובע בלשון משפטית אמורפית ולקונית, הצרכן הפוטנציאלי ייטה להפנים ולשקלל אירועים שהתרחשו בפועל לצרכנים כמותו (להבדיל מספקולציות באשר לתוצאות שליליות בעתיד, שאותן ייטה הצרכן המצוי להדחיק). למרות שהן נובעות מתניות שלא היה נותן עליהן את הדעת כאשר הופיעו בחוזה (כגון תניות ברירת דין או הגבלת אחריות).<sup>208</sup>

כן הזכרנו כי צרכנים רבים בוחרים שלא לעיין בחוזה אחיד בשל השלב המאוחר שבו הוא מוצג לעיונו של הצרכן – לאחר שכבר גמלה בלבו ההחלטה, הלכה למעשה, לרכוש את המוצר הנדון. ואולם תקפותה של תובנה זו נחלשת כאשר מביאים בחשבון את הפוטנציאל הטמון בזרימת המידע המקוון. זרימת המידע מאפשרת לצרכן לעמוד, כבר בשלב מוקדם של חיפושיו, על פריטי מידע רבים ומגוונים שמסופקים לו על ידי עמיתיו הגולשים ואשר מהווים

GURAK, PERSUASION AND PRIVACY IN CYBERSPACE: THE ONLINE PROTESTS OVER LOTUS MARKETPLACE AND THE CLIPPER CHIP (1997).

207 ראו: Becher & Zarsky, לעיל הערה 144. עניין זה אף מאוזכר על ידי Korobkin. לעיל הערה 97, בעמ' 1240.

208 לדוגמה, צרכן אשר יקרא בפורום כי צרכן אחר שרכש מוצר שבו הוא מעוניין נזקק לפנות לבית משפט במדינה זרה, בהסתמך על משפט של מדינה שלישית. במקרים אלו הצרכן הפוטנציאלי יעזמת עם השלכות התניה החוזית באופן שלא היה מעלה על דעתו אילו לא היה המידע האמור זמין לו באמצעות זרימת המידע שנדונה לעיל.

על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן

בפועל תחליף לתניות החוזה. לפיכך הצרכן המקוון יכול לשקול בצורה טובה יותר את המידע המונח לפניו כבר בשלב מוקדם, מבלי לחוש במחויבות להתקשר בחוזה הנוגע לנכס אשר כבר החליט בלבו לרכשו.

כמו כן הסברנו כי צרכנים נמנעים מקריאת חוזים אחידים בשל האמונה (השגויה) כי הם חסינים מטעויות ומסיכונים, ועל כן כי דבר לא ישתבש במקרה שלהם. גם גורם זה עשוי לאבד מתקפותו לאור זרימת המידע באינטרנט. אחת מהדרכים לנטרל הטיה קוגניטיבית זו היא להפוך את הסיכונים הנדונים מסיכונים מופשטים-אמורפיים לסיכונים מוחשיים-מעשיים. ניתן להשיג זאת, למשל, באמצעות עימות צרכנים עם מקרים שאירעו לאחרים שהיו מצויים בסיטואציה דומה או בסביבתם הקרובה.<sup>209</sup> לכן סביר להניח כי ההיתקלות באינטרנט בדיווחים של אנשים שחוו את התממשות הסיכון תקטין את הנטייה להתעלם מן הסיכון. באופן דומה, ציינו כי צרכנים עלולים להימנע מקריאת חוזים בשל החשש מהתסכול הצפוי בהיתקלות בלשון משפטית בלתי מובנת. גם חשש זה איננו כבד משקל בהינתן זרימת המידע האלקטרונית, המאפשרת העברת מידע על ידי צרכנים אחרים בשפה עממית ופשוטה.

ניתוח חברתי. במסגרת הזו הסברנו כי צרכנים עלולים להימנע מקריאת חוזים בשל רצונם להימנע מהבכת המוכר ומהבעת אי אמון במצגיו ובהבטחותיו ובשל הרצון שלא לעכב צרכנים אחרים ובכך להיתפס על ידי סביבתם כטרחנים. ברור כי במציאות המקוונת, המאופיינת בריחוק ובבידוד יחסי, רבים מהגורמים החברתיים האמורים נעלמים לחלוטין. זאת ועוד: גם הטענה בדבר בידודו<sup>210</sup> של הצרכן כגורם המצדיק הגנה צרכנית מיוחדת, כולל התערבות בתוכנם של חוזים אחידים, מאבדת מתקפותה כאשר מביאים בחשבון את מאפייניו החברתיים-קהילתיים של האינטרנט. להפך: פעמים רבות ניצב הצרכן המקוון בלבו של דיון סוער (אשר אליו יוכל להצטרף בקלות). הוא יכול להסתייע ברשתות חברתיות, בפורומים ובמומחים כאלו ואחרים, ולרשותו מידע ומקורות מידע רבים.

לסיכום, מאפייני המסחר המקוון וזרימת המידע באינטרנט עשויים לאפשר לצרכנים פוטנציאליים היכרות טובה יותר לא רק ביחס למוצר או לשירות הרלוונטי, אלא גם ביחס לחוזה האחיד ולהתנהלות העסק על פיו. המידע הרלוונטי מוגש לגולש בשפה פשוטה וברורה ובאופן המאפשר לו להתגבר על בעיות רציונליות, קוגניטיביות וחברתיות המונעות ממרבית הצרכנים בעולם האמיתי לקרוא חוזים אחידים ולהעריך נכונה את תוכנם.

המשפט צריך להיות ער לזרימת המידע הזו ולהעריך מחדש את נכונותו רבת השנים להתערב בהסדרים החוזיים המקוונים על בסיס הטענות המסורתיות של פערי כוחות ופערי

209 כך למשל, אנשים נוטים לרכוש ביטוח לאחר שחוו אירוע ביטוחי בעצמם או לאחר ששמעו על מישהו בסביבתם שעבר אירוע ביטוחי דומה. ראו למשל: Herbert Simon, *Rationality in Psychology and Economics*, 59 J. Bus. S209, S215-16 (1986).  
210 כאמור בחלק ב.4(א) לעיל.

מידע. לפיכך ראוי כי בתי המשפט יאמצו נורמה של אי-התערבות בחוזים אחרים שנוגעים לעסקות המשתייכות לתחומים שבהם ישנה זרימת מידע ערה וטובה בין צרכנים שונים בעולם הווירטואלי. במקרים שזרימות אלו אכן קיימות, די יהיה בהן להגשים את היעדים שציינו בתחילת דרכנו. המוכרים יחששו מפגיעה בצרכן, נוכח האפשרות שמידע בדבר פעולות אלו יזלוג לכיוונם של צרכנים אחרים ויפגע בהם ישירות. כמו כן המוכרים יפעלו לקידום המסחר הדיגיטלי בזכות עצמם, כאשר הצרכנים וגופים אחרים מספקים להם הכוונה בכל עת באמצעות המשוב האינסופי שאותו הם מעבירים דרך מנגנונים דיגיטליים ברשת, הזמינים לכל דכפין ובעלות זניחה.

מעבר לכך, על המשפט לקחת חלק פעיל בשימורה ובקידומה של זרימת המידע שנדונה לעיל בדרכים שונות. לדוגמה, אנו תומכים עקרונית בפסיקה הישראלית שלפיה אתרי אינטרנט להשוואת מחירים ומוצרים רשאים לאפשר לצרכנים השונים להביע את דעתם על הספקים ועל מוצריהם, גם כשזו פוגעת במוניטין של ספק זה או אחר ומבלי שהם עצמם יהיו חשופים לתביעה.<sup>211</sup> נוסף לזה, ניתן להגשים יעדים אלו של קידום זרימת המידע בין צרכנים באמצעות הקמת רשתות להחלפת מידע בסיוע המדינה או גופי צרכנות מוכרים, בעידוד צרכנים להשתתף בתרומה לרשתות מעין אלו ובנקיטת צעדים שונים לשמירה על מהימנות המידע המופיע בהן.<sup>212</sup> השימוש באמצעים אלו ואחרים יעודד כתיבת חוזים מקוונים הוגנים יותר, וכפועל יוצא יצמצם את הצורך בהתערבות משפטית חיצונית.

לבסוף נעיר, כי אין סיבה לצמצם את הדיון שערכנו בפרק זה לשווקים מקוונים בלבד. דיונו איננו נסוב דווקא על עסקה אשר נרקמת ונערכת ברשת, אלא על עסקות שזוכות לדיונים ולהחלפת מידע רלוונטי, המתקיימים בצורה אופטימלית בסביבה הווירטואלית. לצורך המאמר הנחננו כי מוצרים ושירותים המוצעים ברשת זוכים להתייחסות רחבה יותר במדיום זה. כן הנחננו כי הרוכשים בסביבה המקוונת משתתפים בשיח המתקיים ברשת לעניין עסקות אלו ותורמים לו הן כצרכנים מנוסים הן כצרכנים פוטנציאליים. ואולם גם עסקות צרכניות המתבצעות בעולם הפיזי זוכות להתייחסות ולדיון בעולם הווירטואלי. על כן ייתכן

211 ראו א 15984/06 (השלום תא) זאפ נ' אלקדיה (טרם פורסם, 15.4.2007). באותו עניין טענה הנתבעת כי התובעת, הבעלים של אתר אינטרנט אשר מציג השוואות מחירים של מוצרים שונים מספקים שונים, הפרה את החוזה שנכרת בין הצדדים. הטענה התבססה על כך שהתובעת אפשרה לגולשים לחוות את דעתם באמצעות משוב ובכך פגעה במוניטין של הנתבעת. בית המשפט דחה את הטענה בקובעו כי "חופש הביטוי וחופש המידע השמורים לכל פרט קיימים גם באמתחתה של התובעת ושל הגולשים המעוניינים להביע דעתם על מוצר כזה או אחר וספק כזה או אחר". בית המשפט אף הוסיף כי אין לקבל את הטענה כי חוות דעת של גולש שאיננה חיובית משפיעה על קשות על עסק כזה או אחר, מכיוון שמרחב האינטרנט נטול גבולות ואין בתגובה אחת כדי להשפיע מהותית. הגם שאנו מסכימים לתוצאת פסק הדין, אנו סבורים כי לאור זרימת המידע שעליה עמדנו אין זה נכון להתבונן על חוות דעת שאותה מפרסם הגולש כעל "תגובה אחת" חסרת השפעה של ממש. כפי שניסינו להסביר לכל אורך הפרק, ההפך הוא הנכון.

212 ראו Becher & Zarsky, לעיל הערה 144.

על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים : בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן  
שבתוך זמן קצר יהיה מקום להרחיב את הדיון האמור ולהחילו על כלל השוק (או למצער על  
חלקים ניכרים ממנו). בכך נדון ברשימה אחרת.

### סיכום

הצורך של המשפט להגיב למציאות דינמית ומשתנה איננו חדש, והוא היה עמנו מאז ומעולם. ואולם, האפשרות להתקשרות מסחרית וחוזית באמצעות האינטרנט על מאפייניו השונים הינה תופעה חדשה ומיוחדת, בעלת נפקויות רבות ומגוונות. העולם המקוון משנה את האופן שבו אנשים מבצעים עסקות ומתקשרים האחד עם השני; הוא יוצר קהילות חדשות, והוא משנה את הדרך שבה אנשים אוספים מידע ומעבדים אותו. ההשלכות הפסיכולוגיות, הכלכליות, החברתיות, הפוליטיות והתרבותיות של העולם הווירטואלי הן עמוקות. דרושה מחשבה מחדש על רבים מהיסודות המשפטיים המקובלים, בבואנו להידרש לסוגיות הנוגעות למסחר המקוון.<sup>213</sup>

במאמר זה בחנו כיצד ראוי שהמשפט הישראלי יתמודד עם מגוון סוגיות המתעוררות במועד ביצוע עסקה צרכנית מקוונת. בבדיקתנו התמקדנו בשני יעדים מרכזיים אשר המחוקק הישראלי רואה לנגד עיניו: הגנת הצרכן המקוון וקידום המסחר המקוון בכללותו. בבדיקתנו העלתה ממצאים מגוונים. הניתוח שערכנו לסוגיות העולות בשלב הטרם-חוזי ולכריתת ההסכם הראה כי הדינים והעקרונות הנוהגים בעולם הפיזי יכולים, בשינויים, הבהרות ודיוקים מסוימים, להתאים אף לעולם העסקות המקוון. ואולם לא כך הם פני הדברים בכל הנוגע למידת ההתערבות השיפוטית הראויה בחוזים צרכניים אחידים. ההסתמכות המסורתית על פערי כוחות ופערי מידע לצורך התערבות בתוכן החוזה האחיד ראויה לבחינה מחודשת וזהירה, המביאה בחשבון את השינויים הרבים שהאינטרנט מביא עמו. חלק מן התפיסות המסורתיות ביחס להתערבות בתוכנם של חוזים אחידים מקורו בחששות שמידת הרלוונטיות שלהם מוטלת בספק, בפטרנליזם מיותר או בחוסר הבנה של המדיום המקוון. לאינטרנט פוטנציאל לתרום באופן משמעותי ביותר לרווחתם של צרכנים ועסקים כאחד. למרות הפוטנציאל הזה, או אולי בזכותו, אנשי המשפט חייבים לגלות ערנות תמידית להתפתחויות שזירה דינמית זו נושאת בחובה. קשה להפריז בחשיבות שביצירת משטר משפטי יעיל והוגן שלא יעמיד חסמים מיותרים בפני שגשוגו של המסחר המקוון. היכולת לעמוד בהצלחה באתגר הזה היא בהישג יד. חבל שלא לממשה.

213 טענה העומדת בבסיס הצורך ללמוד, ללמד ולחקור בתחום הייחודי הקרוי cyberlaw. לעניין זה ראו Lawrence Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, 113 HAR. L. REV. 501 (1999).