

## אחריותן המשפטית של סוכנויות הנסיעות כלפי לקוחותיהן – הסדר האחריות הרצוי

מאת

אלעד שילד\*

בעסקה להזמנת שירותי תיירות נערכת, באורח טיפוס, שרשרת של התקשרויות בין הספקים המקומיים של שירותים לבין אלה המרכיבים חבילות נופש לבין אלה המשווקים אותן לתייר עצמו – סוכנויות הנסיעות. ריבוי החוליות בעסקה מעורר, בין היתר, את שאלת האחריות המשפטית לאספקה של אותם שירותים ולאיכותם. ככלל, הסוכנויות מבקשות לפטור את עצמן מאחריות לביצוע השירותים מושא החוזה, ואילו הלקוחות רואים בהן, פעמים רבות, גורם האחראי לאספקתם כמובטח. בחקיקה ובפסיקה אין תשובה ברורה לגבי מהות תפקידה של סוכנות הנסיעות ומעמדה המשפטי, וממילא גם לגבי היקף האחריות הנובע מכך. המאמר בוחן מהו הסדר האחריות הרצוי מנקודת מבטן של כמה תיאוריות נורמטיביות. מהממצאים עולה, בין היתר, כי מן הראוי לקבוע שהאחריות כלפי הלקוח היא להשתדלות ולא לתוצאה. כמו כן, הדיון מניח בסיס עיוני מוצק להקצות את האחריות לביצוע הנאות של השירותים המוזמנים על סוכנויות הנסיעות עצמן, יחד ולחוד עם המארגנים וספקי השירותים. לפיכך תהא הסוכנות אחראית לביצוע רשלני של השירות בידי הספק גם אם בהתנהגותה שלה לא דבק כל אשם. עם זאת, במקרים שבהם הסוכנות אינה אשמה בליקויים – מוצע להגביל את חבותה בתקרת פיצוי או בתעריפים קבועים מראש על סוגים שונים של תקלות טיפוסיות. נוסף על כך מוצע לקבוע חזקת אשם, כך שנטל השכנוע להיעדר רשלנות יוטל על כתפי הסוכנות. עוד נמצא כי את הסדר האחריות המוצע ראוי לעגן בחקיקה, ובאורח קוגנטי.

---

\* דוקטור למשפטים, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית צפת. תודה מיוחדת לפרופ' איל זמיר ולד"ר אורי בן אוליאל על הערותיהם המעמיקות ומלאות התבונה, ולשופט בית המשפט העליון עופר גרוסקופף על הערותיו החשובות ומאירות העיניים. כן תודה לחברי מערכת כתב העת דין ודברים על מלאכתם המאומצת ותרומתם למאמר.

**מבוא. א. היקף האחריות הראוי. ב. הקצאת האחריות לליקויים בשירותי התיירות.**  
 1. הארות מהמחקר הביהביוראלי. 2. תאוריית הרצון. 3. שיקולי יעילות כלכלית.  
 4. שיקולי הוגנות, איזון ושקילות התמורות. 5. שיקולים חלוקתיים. ג. אפשרות  
 ההתנאה על כללי האחריות. 1. שיקולי יעילות כלכלית. 2. שיקולי הוגנות.  
 3. שיקולים צרכניים וחלוקתיים. 4. שיקולים פטרנליסטיים. ד. שיקולי  
 קוהרנטיות. ה. סוג הפיקוח על תוכן החוזה. סיכום.

## מבוא

שוק סוכנויות הנסיעות חשוב מכמה היבטים: ראשית, מדובר בענף בעל מאפיינים ייחודיים המרכז פעילות כלכלית בהיקף ניכר בתחום התיירות, תחום פעילות שחשיבותו בעולם הולכת וגדלה. שנית, שוק זה עובר בשנים האחרונות תהפוכות דרמטיות בעקבות התפתחותן של פלטפורמות טכנולוגיות המשנות את פניו ללא הכר.<sup>1</sup> התפתחויות אלו, ובעיקר הנגשת המידע ויצירת האפשרות לבצע הזמנה ישירות מהספקים, מצמצמות את התלות בסוכנויות הנסיעות ומחייבות אותן ליצור ערך מוסף חדש עבור לקוחותיהן. לכך עשויה להיות השפעה גם על סוגיית אחריותן המשפטית כלפיהם. שלישית, אף על פי שבישראל מוגשות מדי שנה תביעות רבות נגד סוכנויות הנסיעות, אין בנמצא ניתוח משפטי מקיף ויסודי של הדין החל עליהן בפסיקת בית המשפט העליון ואף לא בכתיבה האקדמית. לבסוף, מבחינה משפטית קיים קושי לסווג את סוכנות הנסיעות לקטגוריה משפטית ברורה, ולכן יש אי-בהירות לגבי האופן שבו על המשפט להגדיר ולתחום את היקף אחריותה כלפי לקוחותיה.

מערכת היחסים בין החוליות בשרשרת השיווק של שירותי התיירות, בפרט בנושא האחריות המשפטית לאספקה של אותם שירותים ולאיכותם, מעוררת קושיות רבות.

1 מערכות הפצה גלובליות (Global Distribution Systems, GDS), כמו אמדאוס, גלילאו וסייבר, הן מערכות שבאמצעותן ניתן להזמין שירותי תיירות שונים. עד לפני כמה שנים שימשו מערכות אלו רק את סוכנויות הנסיעות, אך היום הן מתמקדות באתרי אינטרנט שבהם מוצרי תיירות נמכרים ישירות לצרכנים. דוגמאות לסוג זה של אתרים הן: Expedia, CheapOair, Travelprice, EasyGo, Vayama, Priceline, Travelocity לצידם התפתחו מנועי חיפוש ייחודיים, כגון: Kayak, SkyScanner, Jetradar, momondo. כן ראו, למשל, את KIWI ו-Xplorer, המשמשים הן כמנוע חיפוש הן כסוכנות נסיעות מקוונת (OTA). למיזם מקומי מצליח לאיתור טיסות זולות ראו: secretflights.co.il. גם לפלטפורמות המספקות נוספות, שהשפעתן על השוק ניכרת, הן Booking ו-Airbnb. גם לפלטפורמות המספקות ציונים ודירוגים, כמו TripAdvisor, השפעה על השקיפות והתחרות בתחום (ובהקשר זה ניתן לציין אף את השפעתן של הרשתות החברתיות). אפילו בתחום התיירות העסקית, שבו עדיין מרבים להיעזר בשירותיהן של סוכנויות הנסיעות המסורתיות, מתפתחות פלטפורמות המקלות את המעבר להזמנה באמצעות ממשקים דיגיטליים. ראו, למשל את הסטארט-אפ הישראלי travelsuit, המציע לארגונים קטנים ובינוניים ממשק מקוון לניהול מערך הנסיעות העסקיות.

חשיבות מיוחדת יש למערכת יחסים זו כאשר נותן השירות נמצא במדינה אחת והמשתמש הסופי מתגורר במדינה אחרת. כך באשר לשירותי תיירות, שבהם נערכת באורח טיפוסי שרשרת של התקשרויות בין הספקים המקומיים של שירותים (בתי מלון, מסעדות, מובילים וכדומה) לבין אלה המרכיבים חבילות נופש (המארגנים בארץ היעד או בארץ המוצא) ולבין אלה המשווקים את החבילות לתייר עצמו – סוכנויות הנסיעות. חלק גדול מההתדיינויות המשפטיות מתקיימות בין הלקוח לבין הסוכנות, משום שלראשון אין קשר ישיר עם החוליות האחרות בשרשרת, שמקצתן אף אינן נמצאות במדינת המוצא.

ככלל, סוכנויות הנסיעות מבקשות לפטור את עצמן מאחריות לביצוע השירותים מושא החוזה, באמצעות הגדרת מעמדן כמתווכות בלבד.<sup>2</sup> עם זאת, פעמים רבות לקוחותיהן של הסוכנויות רואים אותן כמי שמכרו להם את מוצרי התיירות שהוזמנו באמצעותן, ולאור זאת כגורם האחראי לאספקתם כמוכטח. מבחינת הלקוחות, הסוכנות היא שגבתה את התשלום עבור מוצר התיירות, ולכן עליה לשאת באחריות אם השירות לא סופק, או סופק באופן לקוי. בחיקוקים הרבים החלים על עסקה לרכישת שירותי נופש<sup>3</sup> אין תשובה ברורה לגבי מהות תפקידה של סוכנות הנסיעות ומעמדה המשפטי. גם פסיקת בתי המשפט בעניין, וממילא גם לגבי היקף האחריות הנובע מכך, איננה אחידה.<sup>4</sup> בנושא זה יש שתי גישות מנוגדות: לפי הגישה האחת, יש להטיל על סוכנות הנסיעות אחריות מוחלטת כמי שנושאת בעצמה, בשל מעמדה העצמאי בעסקה, בחיובים החוזיים לביצוע השירותים מושא החוזה.<sup>5</sup> לפי הגישה הפוכה, יש לראות בסוכנות מתווך גרידא,

- 2 ראו, למשל, את תנאי השימוש באתר איסתא ישראל בע"מ (להלן: "איסתא"): "חברת איסתא ישראל בע"מ היא סוכנות נסיעות במהותה ועל כן היא פועלת כמתווכת בין הנוסע לבין ספקי השירותים השונים [...] חברת איסתא ישראל בע"מ אינה אחראית בכל צורה שהיא לגבי תקלות כלשהן, עקב ביצוע לקוי של השירותים הקשורים בספקי שירותים...". [www.issta.co.il/support/terms.aspx](http://www.issta.co.il/support/terms.aspx) (נצפה לאחרונה בפברואר 2020).
- 3 נוסף על הדינים הכלליים החלים על עסקאות להזמנת שירותי נופש, מדובר לרוב בעסקאות צרכניות, ולכן חלה עליהן גם החקיקה הצרכנית, לרבות חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, ס"ח 248, והתקנות שהותקנו מכוחו, וחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982, ס"ח 8. כמו כן, על ענף התיירות חלים חיקוקים ייעודיים רבים, שעמם נמנים, בין היתר, חוק שירותי תיירות, תשל"ו-1976, ס"ח 228 ותקנות שירותי תיירות (חובת גילוי נאות), תשס"ג-2003, ק"ת 544.
- 4 בשל עלותם הנמוכה יחסית של שירותי הנופש מתנהלים רוב ההליכים בבית המשפט לתביעות קטנות ובערכאות הנמוכות, וגם כיום אין בפסיקה הלכה חד-משמעית לגבי מהות תפקידה של סוכנות נסיעות ותוכן החובות החלות עליה. על אף הריבוי העצום של פסקי דין בנושא אחריות המשפטית של סוכנויות הנסיעות כלפי לקוחותיהן, לא ניתן בבית המשפט העליון פסק דין משמעותי הקובע הלכה ברורה ומחייבת. ראו: אלעד שילד, "מותו של סוכן? על אחריות המשפטית של סוכנויות הנסיעות כלפי לקוחותיהן בדין הישראלי", **המשפט כה** (תש"ף) 225 (להלן: שילד, "מותו של סוכן").
- 5 ראו, למשל: ת"א (מחוזי חי') 371/82 **ציטיאט נ' רשף תיירות נסיעות בע"מ** (לא פורסם, עותק בידי המחבר 24.4.1985) (להלן: עניין **ציטיאט**); ת"ק (תביעות קטנות פ"ת) 3148/06

אשר מקבל הזמנות מהלקוח ומעבירן לנותן השירות, ולכן אינו נושא באחריות כלשהי לשירות המוזמן. לפי גישה זו, על מזמין השירות להפנות את טענותיו במישרין לנותן השירות בפועל.<sup>6</sup>

הדין המעמיק ביותר בסוגיית אחריות המשפטית של סוכנויות הנסיעות נערך דווקא בבית הדין לחוזים אחידים, במסגרת בקשה שהגישה חברת דיזנהויז יוניתורס נסיעות ותיירות (1979) בע"מ לאשר נוסחים של חוזים אחידים שכותרתם "דף למזמין שירותי נסיעות" ו"דף למזמין שירותי נסיעות דרך האינטרנט".<sup>7</sup> בהתאם להחלטת בית הדין,

6 **בורנפלד נ' הדקה ה-90 בע"מ** (פורסם בנבו, 2007) (להלן: עניין **בורנפלד**); וכן ת"ק (תביעות קטנות פ"ת) 2993/05 **ויסוצקי נ' איסתא ישראל בע"מ** (לא פורסם, עותק בידי המחבר 22.5.2006) (להלן: עניין **ויסוצקי**).  
 ראו, למשל: בר"ע (מחוזי י-ם) 3278/01 **בר-טוביה נ' רג'ואן נסיעות בע"מ**, פ"מ תשס"א (א) 625, בעמ' 628 (2002); ת"ק (תביעות קטנות ק"ג) 343/08 **טרייגר נ' כספי הפלגות קרוז בע"מ** (פורסם בנבו, 2009) (להלן: עניין **טרייגר**); ת"ק (תביעות קטנות עפ') 3230-08-07 **גבאי נ' איסתא ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 2008); וכן ת"א (שלום ת"א) 55701/04 **שבדרון נ' השטיח המעופף** (פורסם בתקדין, 2006) (להלן: עניין **שבדרון**).  
 התשובה לשאלות מהו הבסיס (אם קיים) להטלת אחריות על הסוכנויות ומהו היקפה של אחריות זו, טמונה, בין היתר, גם בהכרעה בסוגיה הכללית שעניינה מעמדה המשפטי של סוכנות הנסיעות (מתווך, שלוח של הספק, שלוח של הלקוח, שלוח כפול, נאמן, מוכר, קבלן או סוכן עמיל, ועוד). בהיעדר התייחסות לכך בחקיקה נתקלה הפסיקה בקושי של ממש להגדיר את מעמדה המשפטי של סוכנות הנסיעות. ביסוד הקושי עומד הניסיון לכפות מודלים משפטיים "טהורים" על מודל פעילות עסקי מורכב. ראו: ח"א 701/05 **היועץ המשפטי לממשלה נ' חברת מוסף המכרז של המדינה בע"מ**, תקדין מחוזי 2007 (3) 8388 (2007) (להלן: עניין **המכרז של המדינה**); וכן ח"א 804/07 דיזנהויז יוניתורס נסיעות ותיירות (1979) בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה פסקה 15 (פורסם בנבו, 2009) (להלן: עניין דיזנהויז). ההכרעות הסותרות נובעות, בין היתר, ממסקנות שיפוטיות שונות לעניין מעמדה המשפטי של סוכנויות הנסיעות בעסקה להזמנת שירותי תיירות. כמו כן, נראה שהן משקפות הבדלי תפיסה לעניין היקף האחריות הראוי שיש להטיל על הסוכנויות, מבחינה נורמטיבית, שכן לעיתים התוצאה המעשית של הדיון אינה תלויה כלל במלאכת הסיווג. להרחבה ראו: שילד, "מותו של סוכן" (לעיל, הערה 4). לפיכך נראה כי יש לעבור מניתוח אנליטי של שאלת אחריותה של הסוכנות לניתוח נורמטיבי המבוסס על שיקולי מדיניות, כמפורט להלן.

7 עניין **דיזנהויז**, שם. לעניין היקף אחריותה של הסוכנות לשיבושים או תקלות שאירעו בביצוע השירות שהוזמן ממנה, המחלוקת בין הצדדים הייתה אם האחריות חלה על כל תקלה ושיבוש שעליהם ידעה, או צריכה הייתה לדעת, או שמא רק על תקלות ושיבושים של ממש. מכאן שהמחלוקת נסבה על השאלה מתי יש לראות את הסוכנות כמי שהתרשלה בביצוע תפקידה (אשם אישי). בית הדין הורה כי הסעיף ינוסח באופן הבא: "סוכנות נסיעות – דיזנהויז מזמינה בעבורך את שירותי הנסיעות מאת ספקי השירותים השונים בהתאם לפרטים המפורטים בהזמנתך. דיזנהויז מתחייבת לבצע את ההזמנה במימונה, למסור לספקי השירותים את המידע הרלוונטי לעסקה ולוודא התאמת ההזמנה למבוקש, ואולם לא תהיה אחראית לשיבושים ו/או תקלות בלתי צפויות ושאינן בשליטת סוכנות

הסוכנות אחראית לשירותי הייעוץ שהעניקה ללקוח כגורם עצמאי. היא נדרשת לבצע בדיקות סבירות כדי לוודא ששירותי התיירות שהיא מוכרת הם ממשיים ותואמים את המובטח ללקוח, לוודא את התאמת ההזמנה לדרישות הלקוח ולבצע את ההזמנה במימנות וכן להקנות ללקוח את הזכות המשפטית לקבלת השירות מהספק ולהבטיח כי השירות אכן יינתן. עם זאת הסוכנות אינה מקבלת על עצמה אחריות לאיכות השירות ואף לא לליקויים העלולים ליפול בו, למעט ליקויים שבהם ניתן לייחס לה אשם. בשלב מתן השירות ללקוח על ידי ספק השירות מחויבותיה כוללות, בעיקר, את העברת המידע מספק השירותים ללקוח וטיפול בתלונות הלקוח כלפיו.

החלטת בית הדין בעניין **דיונהויז** סיפקה אפוא קביעות ברורות בסוגיה זו, ויש פסקי דין רבים המפנים אליה כהלכה מנחה ופוסקים בהתאם לקביעות המפורטות בה.<sup>8</sup> עם זאת, הפסיקה הענפה בשאלת אחריותן של הסוכנויות ממשיכה לעסוק באפיון מערך החובות והזכויות החל במשולש החוזי מזמין-סוכנות-ספק גם לאחריה. ההחלטה אומנם חידדה את היקף האחריות המוטלת על הסוכנויות, סיפקה לבתי המשפט כלים חשובים בבואם להכריע במקרים הקונקרטיים וללא ספק השפיעה רבות על ההנמקה שעליה מבוססת הפסיקה, אך נראה שעיקר השפעתה הוא בביסוס המגמות הכלליות שהיו קיימות גם קודם למתן ההחלטה.<sup>9</sup> מעבר לכך, גם אם הניתוח המשפטי שערך בית הדין תואם והולם את הדין הקיים, עדיין ראוי לבחון את הצורך בשינוי – בפרט בשאלת אחריותן של הסוכנויות לליקויים שנפלו, שלא באשמתן, בשירותי התיירות שהוזמנו מהן – באופן שיביא בחשבון את מכלול השיקולים והאינטרסים המעורבים.

הנסיעות, אם יחולו אצל ספקי השירותים, אלא אם ידעה או היה עליה לדעת מראש על אותה תקלה ו/או שיבוש של ממש". שם, בפסקה 39.

8 ראו, למשל: ת"ק (תביעות קטנות ב"ש) 14867-07-11 **לנגר נ' דיונהאוז יוניתורס נסיעות (1979) בע"מ** (פורסם בנבו, 2012) (להלן: **עניין לנגר**); ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 14887-08-12 **קועד נ' השטיח המעופף בע"מ** (פורסם בנבו, 2013) (להלן: **עניין קועד**); ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 58185-03-14 **דוויק כהן נ' הדקה התשעים בע"מ** (פורסם בנבו, 2014); ות"א (שלום חי) 21736-10-13 **בן רחמים נ' קווי חופשה בע"מ** (לא פורסם, עותק בידי המחבר 2.3.2015).

9 ראו, למשל: **עניין קועד**, שם. פסק הדין עולה בקנה אחד עם המגמות שהיו קיימות בפסיקה לפני עניין **דיונהויז**. כמו כן, אף על פי שהוא מבוסס לכאורה על עניין **דיונהויז**, ספק אם בהתאם להחלטת בית הדין היה מקום לחייב את הסוכנות במקרה זה. לדין במגמות הכלליות שהיו בטרם ניתן פסק הדין בעניין **דיונהויז**, ראו: שילד, "מותו של סוכן" (לעיל, הערה 4) בעמ' 246–256. עוד ראוי לציין בהקשר זה כי התניות שנקבעו על ידי בית הדין כמקפחות, לרבות לעניין האחריות לאספקת השירותים שהוזמנו באמצעות סוכנות הנסיעות, לא תוקנו בחוזים האחידים שבהם משתמשות הסוכנויות אחרות, ונוסחם נותר כשהיה לפני מתן ההחלטה בעניין **דיונהויז**. ראו: לירן מיכאל, "מגיעים אל השוקת אך לא שותים: כשלי חוק החוזים האחידים והצעות לשינוי", **חוקים** ה' (2013) 59, בעמ' 75–79.

במאמר זה נבחן מהו הסדר האחריות הרצוי במקרים שבהם נפגעות זכויותיהם של לקוחות הסוכנויות.<sup>10</sup> הדיון ייערך בשלושה נדבכים: הראשון, מהו היקף האחריות הראוי, קרי מהן נורמות ההתנהגות שיש לדרוש על מנת לעמוד בתנאי החוזה להזמנת שירותי תיירות; השני, כיצד יש להקצות את העלויות והסיכונים הטמונים בעסקה בין הגורמים השונים המעורבים בה – האם יש מקום להטיל את האחריות לליקויים שנפלו בשירותי התיירות (דווקא) על סוכנויות הנסיעות, להבדיל מהמארגנים או מנותני השירות בארץ היעד; והשלישי, אימתי ראוי לעשות זאת באורח קוגנטי – האם יש מקום להתערבות כופה בנושא האחריות לשירותי התיירות. נבחן שאלות אלו מנקודת מבטן של כמה תאוריות נורמטיביות. הדיון בשיקולי המדיניות יעסוק בשאלה הכללית של היקף האחריות המשפטית האזרחית כלפי הלקוח, ולכן יסתמך על תאוריות של אחריות מדיני החוזים ומדיני הנזיקין כאחד. לבסוף, נעמוד בקצרה גם על סוג הפיקוח הרצוי על תוכן החוזה – חקיקתי או שיפוטי.

המאמר מקיים דיון מעמיק ומקיף בסוגיות אלו, שהשיח המשפטי בעניינן, על אף חשיבותן הרבה, איננו ענף. לשאלות המשפטיות המתעוררות בהקשר זה יש חשיבות עצמאית נוכח ההיקף הכלכלי הגדול של העסקאות שבהן מדובר וריבוי ההתדיינות המשפטיות, אך עשויה להיות להן חשיבות גם כבסיס להיקף למצבים אחרים שבהם מעורבים גורמי ביניים בשיווק מוצרים ושירותים. למעשה, התאוריות והשיקולים השונים שיידונו במאמר אינם רלוונטיים לאחריותן המשפטית של סוכנויות הנסיעות דווקא, אלא באופן כללי למערכות יחסים עסקיות טיפוסיות.<sup>11</sup> הדיון פוסע אפוא במסגרת חשיבה שהוצעה בהקשרים אחרים וממחיש כי לתובנות שם עשויה להיות תועלת בהקשר רחב בהרבה.

הניתוח הנורמטיבי של התאוריות ושיקולי המדינות הרלוונטיים להטלת אחריות על סוכנויות הנסיעות מניב ממצאים ותובנות חשובים אשר עשויים לעניין קהל רחב של קוראים, מהאקדמיה ומהפרקטיקה גם יחד, ולשמש כלי עיוני ומעשי למעצבי החוקים כמו גם לאלו הפוסקים על פיהם. יצוין כבר כעת כי המסקנה העולה מהדיון היא שיש מקום להתערבות חקיקתית כופה בתוכנם של החוזים בין סוכנויות הנסיעות ללקוחותיהן ולהטלת אחריות לביצוע הנאות של השירותים המוזמנים גם על הסוכנויות עצמן. מכאן

10 הדיון מתמקד בתיירות חוץ בלבד, כשלפחות חלק מהשירותים שהוזמנו מסופקים בחוץ-לארץ. חלק מהשיקולים הנדונים אומנם יפים גם לתיירות פנים, אך לכך ראוי להקדיש דיון נפרד.

11 ראו, למשל: איל זמיר, "הבסיס התיאורטי של חוק המכר (דירות)", **משפטים** ל (תש"ס) 459 (להלן: זמיר, "מכר (דירות)"), (לעניין אחריותו של מוכר מכוח חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973, ס"ח 196); נילי קרקו-אייל, "הגבלת חבותו הנזיקית של רואה החשבון המבקר כלפי צדדים שלישיים", **משפטים** מא (תשע"ב) 517 (לעניין הסדר האחריות המוטל על רואה חשבון מבקר ועל מנהלי החברה); ואסף חמדני, "אחריות שומרי-סף בשוק-ההון", **משפט ועסקים** ה (תשס"ו) 11 (לעניין אחריותם המשפטית של שומרי סף בשוק ההון).

שבחינת הדרך הראויה להסדרת הנושא עשויה לתרום לא רק למחקר התאורטי, אלא גם לעיצוב הדין.

## א. היקף האחריות הראוי

האם סוכנויות הנסיעות אחראיות לכשלים שנפלו, שלא באשמתן, בשירותי התיירות שהוזמנו מהן? תשובה לשאלה זו מחייבת לקבוע ראשית כול אם האחריות לביצוע הנאות של שירותי התיירות כלל מותנית באשם אם לאו.

ככלל, הצדדים חופשיים לקבוע את היקפה או רמתה של האחריות שכל אחד מהם מקבל על עצמו במסגרת החוזה. יש כמה דרגות של אחריות חוזית, כך שלפעמים האחריות מותנית באשם ולפעמים לא. בהקשר זה ראוי להבחין בין חיוב לנקוט אמצעים סבירים (חיוב השתדלות) לבין חיוב להשיג תוצאה מסוימת (חיוב תוצאה).<sup>12</sup> בחיובי השתדלות, חייב נושא באחריות רק אם ניתן לייחס את אי-השגת התוצאה להתרשלותו, ואילו בחיובי תוצאה – אי-השגת התוצאה היא כשלעצמה הפרה של החוזה.<sup>13</sup> בחלק מהחוזים קיימות זו בצד זו התחייבויות המטילות אחריות לתוצאה והתחייבויות המציבות דרישה לרמת התנהגות סבירה או נאותה בלבד. כך, ככלל, התחייבות למתן שירות עשויה לכלול חיוב תוצאה לעצם מתן השירות, וחיוב השתדלות לגבי השגת התוצאה המקווה.<sup>14</sup> לכאורה, אלו החיובים המוטלים גם על סוכנויות הנסיעות. אף על פי כן, הסוכנות אינה מתחייבת לספק את שירותי התיירות עצמם, ולכן גם אין לומר שהיא

12 איל זמיר, **חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974** (פירוש לחוקי החוזים מיסודו של גד תדסקי, תשנ"ה) בעמ' 34-36 (להלן: זמיר, "קבלנות"). כן ראו: ע"א 2887/91 גול נ' אוריאל (פורסם בנבו, 1995); ע"א 444/94 אורות ייצוג אמנים והפקות נ' עטרי, פ"ד נא(5) 241 (1997); ע"א 7664/00 אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' עיריית חולון, פ"ד נו(4) 117, בעמ' 131-132 (2002).

13 זמיר, **קבלנות**, שם; איל זמיר, **עקרון ההתאמה בקיום חוזים** (1990) בעמ' 104. גם אם מדובר בחובה שאת ביצועה ניתן להעביר לאחר, האחריות לכך שהביצוע יעמוד ברמה הנדרשת לפי החוזה נותרה של המתקשר עצמו. ראו: דניאל פרידמן, "רמת האחריות החוזית", דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים** (כרך ג, 2003) 385, בעמ' 409-410.

14 פרידמן, שם, בעמ' 389-390. כך, למשל, במסגרת התקשרות חוזית בין לקוח לעורך דין שעניינה הגשת ערעור על פסק דין, חיובו של עורך הדין להגיש את הערעור במועד הוא חיוב תוצאה. כדי לזכות בערעור, לעומת זאת, מחויב עורך הדין לפעול ברמה מקצועית סבירה בלבד, קרי מדובר בחיוב השתדלות. באופן דומה, בחוזה שכירות מחויב המשכיר להעמיד את המושכר לרשות השוכר כשם שמוכר מחויב למסור את הממכר לקונה. מדובר אפוא בחיוב תוצאה. כמו כן, חובת המשכיר היא למסור נכס המתאים "...למוסכם בינו ובין השוכר" (סעיף 6 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, ס"ח 160). עם זאת, אין מדובר בחיוב תוצאה לכל תקופת החוזה, שכן העובדה שבמהלך השכירות נוצר במושכר פגם שלא באשמת המשכיר אינה מהווה הפרה של החוזה מצידו. שם.

מבצעת חיוב זה באמצעות אחר.<sup>15</sup> לעומת זאת, כאשר מדובר בספקי השירותים, כמו המוביל האווירי או המלון, ואולי אף המארגנים, הרי נראה שכקבלנים, בהתאם לאמור לעיל, הם מחויבים לעצם מתן השירות, אך נושאים בחיוב השתדלות לכך שהוא יהיה תואם את שהובטח במסגרת החוזה.<sup>16</sup>

כאשר עסקינן בחוזים לקבלת שירות מקצועי, ההנחה היא שההתחייבות החוזית חופפת את הסטנדרט שמציבה עוולת הרשלנות, והחוזה מפורש כמטיל רמת אחריות זהה לזו הנדרשת בדיני נזיקין. משטר של אחריות המבוססת על אשם מחייב לפצות את הלקוחות (רק) במקרה שבו לא ננקטו אמצעים סבירים כדי למנוע ליקויים בשירותי התיירות שהוזמנו. כאמור, כאשר מדובר בביצוע בידי אחר, אין זה משנה אם נפל אשם כלשהו בהתנהלות של מי שקיבל על עצמו את החיוב לספקם או אם ספק השירותים בפועל התרשל בעצמו. חיוב חוזי לתוצאה, לעומת זאת, מביא להטלת אחריות גם כאשר ננקטו אמצעים אופטימליים כדי למנוע את הנזק, ובכך מייקר מאוד את עלויות השירותים ומגביר את החשש לפגיעה בשוק.<sup>17</sup> למעשה, אחת הסיבות לכך שבחוזים רבים למתן שירותים מתנה הדין הדיספוזיטיבי (ברירת המחולל שתחול אם הצדדים לא קבעו אחרת) את האחריות בקיומה של רשלנות היא שהטלת אחריות שאינה מותנית באשם במקרים אלה עלולה לפגוע בהיקף הפעילות.<sup>18</sup>

אף על פי שרשלנות ואחריות ללא אשם יוצרות את אותם תמריצים לחיוב,<sup>19</sup> השיקול בדבר הכוונת התנהגות אינו השיקול העיקרי, וודאי לא היחיד, להטלת אחריות כלפי הלקוח. הטלת אחריות מלאה (שאינה מבוססת על אשם) אין משמעה בהכרח שינוי רמת הזהירות שתינקט, אלא רק שהיא תוטל גם במקרים שבהם נגרם נזק למרות אותה זהירות.<sup>20</sup> מאפייניה של אחריות המותנית באשם צריכים להישקל כנגד החסרונות האמורים של שיטה זו, לרבות העלות הגבוהה של ההליך השיפוטי ואי-הוודאות בדבר

15 סוכנויות הנסיעות מבהירות בחוזי ההתקשרות עימן כי הן פועלות כמתווכות בין המזמין לבין הספקים השונים, וכי אין להן כל אחריות לביצוע שירותי התיירות מושא החוזה. ראו, למשל: לעיל, הערה 2 והטקסט שלידה. כן ראו: שילד, "מותו של סוכן" (לעיל, הערה 4).

16 סעיף 3 לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974, ס"ח 110, בשונה מסעיף 11(3) לחוק המכר, תשכ"ח-1968, ס"ח 196, אינו מבהיר מהו היקף אחריותו של הקבלן, ולאמיתו של דבר אינו מוסיף על ההסכם בין הצדדים. פרידמן (לעיל, הערה 13) בעמ' 398.

17 השוו בקשר לאחריותם של שומרי סף בשוק ההון): חמדני (לעיל, הערה 11) בעמ' 33.

18 ראו, למשל: ישראל גלעד, "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני נזיקין", **משפטים** כ"ב (תשנ"ג) 421, בעמ' 471-472 (להלן: גלעד, "גבולות ההרתעה").

19 ברק מדינה, "הכוונת התנהגות באמצעות עוולת הרשלנות – דיני הנזיקין בראי תורת הבחירה החברתית", **המשפט** ד (תשנ"ט) 255. כן ראו: אמל ג'בארין, "על אחריותם של אתרי אינטרנט לתוכן מזיק של משתמשים בראי הניתוח הכלכלי למשפט", **קרית המשפט** ט (תשע"א) 263, בעמ' 316-319 (להלן: ג'בארין, "אתרי אינטרנט").

20 איל זמיר, "אחריות הקבלן כשומר – שיקולי מדיניות", **עיוני משפט** יז (תשנ"ב) 95, בעמ' 104 (להלן: זמיר, "אחריות הקבלן כשומר").



דרך ההתנהגות הנדרשת.<sup>21</sup> שיקול הדעת הרחב המוקנה לבית המשפט בקביעת דרך ההתנהגות הרצויה, שאלה שאותה הוא מכריע מטבע הדברים בדיעבד, מקשה על הצדדים לכלכל את צעדיהם ועלול להביא להתנהגות שאינה יעילה.<sup>22</sup> מנגד, ספק רב אם הלקוחות יהיו מעוניינים לשאת בעלות הכרוכה במשטר של אחריות מלאה. אחריות זו תאפשר להם לתבוע על כל אי-התאמה בכל שירות שיקבלו במהלך הטיול, למשל במקרים שבהם אתר תיירות היה סגור בשל שביתה, פקקי תנועה שקיצרו מאוד את פרק הזמן לביקור באטרקציה כלשהי או כל איחור לא זניח בטיסה.

אם כן, דומה כי ראוי לקבוע שהאחריות כלפי הלקוח אינה לתוצאה – אחריות שמשמעותה שאין בעובדה שההפרה נגרמה בשל מעשיו או מחדליו של אדם שלישי כדי לגרוע מהאחריות, להוציא מקרים חריגים ביותר של סיכול;<sup>23</sup> אם לא כן, הרי שכאשר התוצאה לא הושגה והשירות שהוזמן לא סופק כמובטח, תחול על החייב אחריות בין שהוא האשם בכך, בין שהאשמה רובצת על נותן השירותים בפועל ובין שלא נפל דופי בהתנהגותו של איש מהם.<sup>24</sup> תחת זאת, ראוי לקבוע שבאופן טיפוסי האחריות כלפי הלקוח לעניין הביצוע הנאות של השירות (לעומת עצם מתן השירות)<sup>25</sup> היא להשתדלות,

21 ראו, למשל: חמדני (לעיל, הערה 11) בעמ' 44; וכן: Louis Kaplow & Steven Shavell, "Accuracy in the Determination of Liability", 37 *J. L. & Econ.* (1994) 1; Richard Craswell & John E. Calfee, "Deterrence and Uncertain Legal Standards", 2 *J. L. Econ. & Org.* (1986) 279.

22 ג'בארין, "אתרי אינטרנט" (לעיל, הערה 19). לנימוקים נוספים להעדפת משטר של אחריות מוגברת על פני משטר של רשלנות, ראו: Steven Shavell, "Strict Liability Versus Negligence", 9 *J. Legal Stud.* (1980) 1; ואמל ג'בארין, "הקניונים הווירטואליים כשומרי הסף במסחר האלקטרוני בראי הניתוח הכלכלי למשפט", **מחקרי משפט** כה (תש"ע) 735 (להלן: ג'בארין, "הקניונים הווירטואליים"). הקושי הטמון בצורך של בתי המשפט, במסגרת כלל של רשלנות, להתוות תקן ראוי של זהירות ולבחון אם התנהגות הנתבע עמדה בו, מסביר את ההמלצה הרווחת לאמץ משטרים של אחריות שומרי סף שאינה מותנית באשם. ראו: חמדני, שם, בעמ' 24; וכן: Frank Partnoy, "Barbarians at the Gatekeepers: A Proposal for a Modified Strict Liability Regime", 79 *Wash. U. L. Q.* (2001) 491; John C. Coffee, "Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reforms", 84 *B. U. L. Rev.* (2004) 301.

23 במצבים שבהם נסיבות אשר אינן נמצאות בתחום הצפיות של המתקשר ושהוא לא יכול היה למונען, הפכו את קיום החוזה לבלתי אפשרי, או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים, קובע סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס"ח 16 (להלן: "חוק התרופות"), כי החוזה לא ישמש עילה לפיצויים או אכיפה נגד אותו מתקשר.

24 השוו: פרידמן (לעיל, הערה 13) בעמ' 410.

25 ההבחנה בין אי-ביצוע של השירות לבין התאמה של השירות מקבילה להבחנה הידועה בדיני המכר בין אי-מסירה לבין אי-התאמה. לעיתים עשויה להתעורר השאלה מתי אי-התאמה בין הממכר שנמסר בפועל לבין הממכר המובטח היא כה מהותית עד שהיא עשויה לעלות לכדי אי-מסירה, ובענייננו – מתי ביצוע לא נאות של שירותי התיירות כמוהו כאי-מתן השירות בכלל. שאלה זו חשובה, שכן אף בהתאם להחלטה בעניין **דיזנהויז**

קרי לרמת זהירות סבירה.<sup>26</sup> האחריות כלפי הלקוח תהא אפוא מותנית באשם, בין שמדובר באשמו של הנושא בחיוב החוזי ובין שמדובר באשמו של הגורם שעליו הוטל ביצוע השירות בפועל.

עם זאת, כיוון שההתחייבות כלפי הלקוח במסגרת העסקה להזמנת שירותי תיירות היא מצד גורמי מקצוע במהלך פעילותם העסקית, ראוי לדרוש רמת זהירות גבוהה כלפיו.<sup>27</sup> יתר על כן, הגם שהאחריות כלפי הלקוח צריכה להיות מותנית באשם, ראוי כי נטל השכנוע להיעדר רשלנות יוטל על מי שנושא באותה אחריות. חלק מהשיקולים להקצאת האחריות, כפי שיידונו בתת-הפרק הבא, רלוונטיים אף לעניין זה. כך, היותו של אותו גורם מונע נזק טוב יותר מהלקוח והימצאותו בעמדה טובה יותר מהאחרון להשיג ראיות בסוגיית ההתרשלות מצדיקים את היפוך הנטל. במילים אחרות, הלקוח אינו יודע במהלכם הרגיל של הדברים מהן הסיבות המדויקות לליקוי שנפל בשירות, וככלל הוא נעדר שליטה על מצב הדברים. בידי הגורם המקצועי, לעומת זאת, אמצעים טובים יותר לידיעה, ופעמים רבות אף להשפעה, מאשר אלו שבידי הלקוח, ולכן ראוי להטיל עליו את הנטל להוכיח שלא התרשל. מסקנה זו עולה בקנה אחד אף עם אופי האחריות הקבוע בדירקטיבה האירופית המסדירה את היקף האחריות של מארגני חבילות נופש ושל סוכנויות נסיעות קמעונאיות המשווקות אותן, הן לעניין היותו של האשם תנאי להטלת האחריות (כך שהיעדר אשם פוטר מאחריות) והן לעניין של היפוך נטל השכנוע.<sup>28</sup> אם כך, הפער המעשי בין שתי רמות האחריות (לתוצאה ולהשתדלות) מצטמצם באופן ניכר. ראשית, העברת נטל השכנוע להיעדר רשלנות מגבירה מאוד את הרמה

"...התחייבותה המשפטית של המבקשת היא להקנות ללקוח זכות משפטית לקבלת השירות מספק השירותים, ולהבטיח כי שירות כזה אכן יינתן. אין היא נוטלת על עצמה אחריות לאיכותו של השירות האמור, ואף לא לליקויים העלולים ליפול בו (למעט כאלה בהם ניתן לייחס לה אשם)". ראו, בהקשר זה: ע"א 430/79 בנישתי נ' ששון, פ"ד לה (2) 400 (1981); ת"ק (תביעות קטנות י-ם) 2615-01-11 סלע נ' ארקיע אינטרנשיונל (1981) בע"מ (פורסם בנבו, 2011) (להלן: עניין סלע); ולעניין ההבחנה בדיני המכר ראו: ע"א 8343/01 עובדיה נ' סיבל נהריה בע"מ (בכינוס נכסים), נח(6) 400 (2004).

26 גם בתחום עיסוקן של סוכנויות הנסיעות, כבכל תחום אחר, יש מגוון רחב של חיובים חוזיים שונים, שסביר שחלקם יהיו חיובי השתדלות וחלקם חיובי תוצאה. ייתכנו לפיכך מקרים קונקרטיים שבהם המסקנה עשויה להיות שונה, וזאת בהתחשב בנסיבות המקרה ובאופי החיוב.

27 השוו: זמיר, "אחריות הקבלן כשומר" (לעיל, הערה 20) בעמ' 100.

28 סעיף 5 ל- Council Directive 90/314/EEC of June 13, 1990, on package travel, package holidays and package tours, O.J. (L 158) 59 (EC) Directive and of the European Parliament of 2015/2302 of the European Council of 25 November 2015 on package travel and linked travel arrangements, amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 90/314/EEC, O.J. (L 326) 9 (EC) (להלן, בהתאמה: "הדירקטיבה" ו"הדירקטיבה החדשה").

המעשית של האחריות. הטעם לכך נעוץ, בין היתר, בקושי האפשרי לברר את הסיבות והנסיבות המדויקות של כל ליקוי, כמו גם את הדרך שבה ראוי היה לנהוג באותן נסיבות. קשיים אלה עשויים לקרב מאוד את האחריות לרמה של אחריות לתוצאה. שנית, רף זהירות גבוה, מטבע הדברים, מקטין את הפער בין אחריות מלאה לאחריות ברשלנות.<sup>29</sup> שלישית, מובן מאליו שככל שהאחריות לליקויים שנפלו באשמתם של ספקי השירותים תוטל גם על המארגנים או על סוכנויות הנסיעות, הרי שזו, מבחינת האחרונים, קרובה יותר לאחריות חוזית מלאה. אף על פי כן, עדיין אין לומר שמדובר באחריות אשר כלל אינה מבוססת על אשם.

הגם שקיימת הצדקה עקרונית להטלת אחריות, ייתכן שבענייננו יש מקום להגבילה בשל החשש מפני ניצולה לרעה.<sup>30</sup> בהקשר זה ראוי לשקול, לצד קיומה של עילת תביעה, להגביל את חבותו של הנתבע. השיטה של אימוץ הסדר אחריות רחב, בד בבד עם הגבלת החבות מכוחה, אינה זרה לדין הישראלי או לדינים אחרים.<sup>31</sup> בהקשר של חבילות נופש, ה"דירקטיבה החדשה" מסדירה את האפשרות להגביל את סכום הפיצוי בגין נזק שאינו נזק גוף.<sup>32</sup> ואכן, חלק ממדינות האיחוד קבעו קני מידה מזעריים להגבלת החבות.<sup>33</sup> גישה זו מבקשת ליצור איזון בין השאיפה לפצות מספר רב יותר של ניוזקים לבין השאיפה להימנע מהטלת נטל כלכלי כבד מדי על הנתבעים. בכך שהיא מאפשרת פסיקת פיצוי לניזוקים רק עד לגבול מסוים, אפשר לקוות שהיא תעורר התנגדות פחותה מאשר להסדר של אחריות רחבה יותר (ללא הגבלת חבות).<sup>34</sup>

29 זמיר, "אחריות הקבלן כשומר" (לעיל, הערה 20) בעמ' 99. ככל שרמת הזהירות הנדרשת מהחייב גבוהה יותר, כך ירבו המקרים שבהם התנהגותו לא תיחשב לסבירה וניתן יהיה לייחס את אי-השגת התוצאה להתרשלותו. ראו, בהקשר זה, גם: פרידמן (לעיל, הערה 13) בעמ' 386 ("קטגוריית האשם מושתתת על השוואה בין רמת ההתנהגות של הנתבע לרמת ההתנהגות הסבירה או הנאותה. ככל שקנה המידה להשוואה, כלומר ההתנהגות הנחשבת סבירה או נאותה, גבוה יותר, כך תהא האחריות בקטגוריה זו חמורה יותר").

30 השוו: חמדני (לעיל, הערה 11) בעמ' 46. הצבת רף זהירות גבוה והעברת נטל השכנוע להיעדר רשלנות מקלים מאוד את הטלת האחריות על הנתבע. בהתחשב בכך שסוג הנזק העלול להיגרם עקב ביצוע לקוי של שירותי התיירות הוא פעמים רבות נזק לא-ממוני בעל אופי סובייקטיבי, אפשרות זו עלולה לתמרץ תובעים פוטנציאליים להגיש תביעות גם בגין ליקויים ותקלות זניחים. ראו: הדיון בתת-פרק ב.3 (ג) להלן.

31 בהקשר הנזיקי אומצה שיטה זו בדין הישראלי בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, ס"ח 234, ובחוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ם-1980, ס"ח 86. דוגמאות לשיטה זו ניתן למצוא גם בדינים זרים. ראו: Ronen Avraham, "Database of State Tort Law Reforms (5<sup>th</sup>)", *U. TEX. L. (2014) Law and Econ. Research Paper No. e555*.

32 סעיף 14(4) ל"דירקטיבה החדשה" (המקביל לסעיף 5(2) ל"דירקטיבה").  
33 Report on the Implementation of Directive 90/314/EEC on Package Travel and Holiday Tours in the Domestic Legislation of EC Member States, SEC (99) 1800 final (1999).

34 קרקר-אייל (לעיל, הערה 11) בעמ' 523-524.

יש כמה הסדרים משפטיים אפשריים להגבלת החבות.<sup>35</sup> אחת האפשרויות המקובלות היא קביעת תקרה חקוקה לפיצוי שאפשר יהיה להשית על סוכנות נסיעות במקרים שבהם נפלו הליקויים באשמתם הבלעדית של ספקי השירותים. למשל, ה"דירקטיבה החדשה" קובעת שהחבות מכוחה עשויה להיות מוגבלת בחוזה כל עוד ההגבלה אינה חלה על נזק גוף או על נזק שנגרם בכוונה או ברשלנות, והיא אינה נמוכה משילוש המחיר הכולל עבור החבילה.<sup>36</sup> אם יוכח שהנזק נגרם בשל אשמה של הסוכנות עצמה, יוכל הניזוק להיפרע ממנה על מלוא הנזק. כמו כן, לא מוצע לאמץ כלל של ייחוד עילה, שמשמעותו שלילתן של אפשרויות התביעה של הלקוח מכוח עילות אחרות.

להסדר של תקרת פיצוי חקוקה חסרונות ויתרונות ברורים. הסדר כזה אומנם עלול למנוע לעיתים את השבת המצב לקדמותו, אך גם, למשל, להגדיל את הוודאות באשר לשיעורם המרבי של סכומי הפיצוי, לשפר את יכולתן של הסוכנויות לרכוש ביטוח אחריות יעיל ואטרקטיבי יותר ולהפחית את הסיכון הכלכלי שהן חשופות לו. בענייננו ההסדר עשוי לקדם גם שיקולי צדק והגינות, שכן הוא נותן ביטוי לכך שתרומתה של הסוכנות לקרות הנזק עקיפה ומשנית, והסיכון של חוסר היכולת לגבות את הפיצוי מהספקים (או מהמארגנים) יחולק בין הסוכנות לבין הלקוח ולא ייפול עוד במלואו על כתפיו של אחד מהם.<sup>37</sup> כך, כאשר הסוכנות אינה אשמה בליקויים שנפלו והנזק שנגרם ללקוח גבוה מהתקרה, יישא הלקוח בסיכון של חוסר היכולת לגבות את יתרת הפיצוי מהגורמים האחרים. אומנם קביעת התקרה מתאפיינת במידה של שרירותיות, אך נראה כי תקרה בגובה כפול מהתמורה ששולמה לסוכנות עבור השירותים שהוזמנו באמצעותה יוצרת קשר הולם בין פועלה של הסוכנות לבין היקף אחריותה. ניתן לשקול להחיל תקרת פיצוי, אולי גבוהה יותר, גם על המארגנים. כמו כן, ייתכן שניתן להגביל את החבות גם באמצעות טבלאות פיצוי קבועות מראש, בדומה לאלו שבחוק שירותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתנאיה).<sup>38</sup> יתרון בולט של האפשרות השנייה הוא החיסכון בעלויות שיפוטיות. החיסרון, מנגד, הוא שדברים שונים מקבלים טיפול דומה. מוצע אפוא לקבוע תעריפים קבועים על סוגים שונים של תקלות טיפוסיות, ותקרת פיצוי שירית לתקלות מסוגים נפוצים פחות.

35 שם, בעמ' 592.

36 סעיף 14(4) ל"דירקטיבה החדשה".

37 השוו: קרקר-אייל (לעיל הערה 11) בעמ' 599–601. אף ששם נדון טיעון זה בקשר לאחריותו של רואה החשבון המבקר לנזקים של צדדים שלישיים שמקורם ברשלנותו, הוא רלוונטי, אף ביתר שאת, גם לעניין אחריותה של סוכנות הנסיעות לליקוי שאינו נעוץ באשמתה.

38 חוק שירותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתנאיה), תשע"ב–2012, ס"ח 414 (להלן: "חוק ביטול טיסה"). סעיף 16 לחוק זה קובע כי אין בהוראותיו כדי לגרוע מזכותו של נוסע לפיצוי לפי כל דין.

## ב. הקצאת האחריות לליקויים בשירותי התיירות

לפי התפיסות שהתפתחו במהלך המאה העשרים, תפקידם של דיני החוזים אינו מתמצה במתן תוקף להסכמת הצדדים.<sup>39</sup> יש דינים רבים המעצבים את תוכנם של חוזים שונים. בפרק זה נעמוד על מארג הרציונלים, ההצדקות ושיקולי המדיניות הרלוונטיים לחלוקת האחריות בין סוכנויות הנסיעות לחוליות האחרות בשרשרת שירותי התיירות. אלו עשויים להנחות את קובעי המדיניות בעיצוב משטר האחריות, לסייע להאחדה בפסיקה ולהיות לעזר לעוסקים בענף ולצרכנים של שירותי התיירות. תיאורו של הדין הנוהג במהלך המאמר יופיע ככלל רק כדי לתמוך בטיעונים אלו ולהדגים את יישומם, כיוון שהדין הפוזיטיבי אינו נימוק מרכזי במישור התאורטי או הנורמטיבי.

נפנה אפוא להציג את התאוריות המרכזיות אשר עשויות להצדיק התערבות במערכת היחסים בין סוכנויות הנסיעות ללקוחותיהן, ושינוי של אופן הקצאת האחריות כלפיהם. במסגרת זו נדון, בסדר זה, בנושאים הבאים: תאוריית הרצון; שיקולי יעילות כלכלית; שיקולים של הוגנות (fairness), איוון ושיקילות התמורות; שיקולים חלוקתיים. נפתח את הדיון בהארות של המחקר הביהביוראלי (התנהגותי), משום שהן רלוונטיות להיבטים שונים של כמה מתאוריות אלו.

### 1. הארות מהמחקר הביהביוראלי

הדיסציפלינה המחקרית המכונה "כלכלה התנהגותית" (behavioral economics) מלמדת על כך שהאופן שבו אנשים מתנהגים אינו תואם את ההנחות הסטנדרטיות של הרציונליות הכלכלית.<sup>40</sup> מחקרים התנהגותיים, ניסויים ואמפיריים, מלמדים שהערכותיהם והכרעותיהם של רוב האנשים סוטות באופן שכיח, שיטתי וניתן לחיזוי, מהתנהגות המוגדרת על ידי הכלכלה הקלאסית כרציונלית.<sup>41</sup> מודלים התנהגותיים מראים

39 ; Morris R. Cohen, "The Basis of Contract", 46 *Harv. L. Rev.* (1933) 553, pp. 585–586  
איל זמיר, "צדק פרוצדורלי וצדק מהותי בדיני חוזים: עושק וכפייה כמקרי מבחן", **עלי משפט** יג (2016) 7 (להלן: זמיר, "צדק").

40 ראו, למשל: Daniel Kahneman, *Thinking, Fast and Slow* (2011) pp. 269–277. כך, בתחום התיירות, מחקר שבחן את רציונליות הבחירה בין אפשרויות תחבורה שונות מצא שהבחירות לא היו אופטימליות, ושפעולות של איסוף מידע ועיבודו הושפעו מהטיות קוגניטיביות אשר הובילו לחריגה ניכרת מהתנהגות הנתפסת כרציונלית. ראו: Alessandro Innocenti, Patrizia Lattarulo & Maria Grazia Pazienza, "An Experimental Analysis of Travel Mode Choice", *Sostenibilità, Qualità e Sicurezza nei Sistemi di Trasporto e Logistica* (Edoardo Marcucci e Enrico Musso eds., 2011) 265

41 שמואל בכר, "תוכן קונקרטי לדוקטרינות עמומות: ניתוח התנהגותי של חוזים צרכניים", **עיוני משפט** ל"ג (תש"ע) 277, בעמ' 285–286. התנהגות רציונלית מוגדרת כהתנהגות השואפת להשיא תועלת תוך הסתמכות על מערכת העדפות קבועה אגב איסוף אופטימלי

כיצד דפוסי חשיבה מסוימים מעוותים את הדרך שבה בני האדם מקבלים החלטות ופוגעים ביכולתם להשיא את תועלתם.<sup>42</sup> לכן, גם בהיעדר כשל שוק במוכן המסורתי של המושג, אין לומר שהתערבות בתוכן החוזה היא בהכרח בלתי מוצדקת משיקולים כלכליים. כיוון שגם כשיש מידע מלא בקשר לכל תנאי העסקה קיימת סכנה שהלקוחות לא יבחרו בחלופה הטובה ביותר עבורם, או כזו שתשקף את רצונם האמיתי,<sup>43</sup> ההארות הביהבירואליות אינן רלוונטיות רק לשיקולים של יעילות כלכלית, אלא גם להיבטים של הגשמת הרצון, צדק מחלק, פטרנליזם וכדומה.

המונח "רציונליות מוגבלת" (או "רציונליות חסומה") משקף את התפיסה שמערכות קוגניטיביות אנושיות הן מערכות מוגבלות המועדות לשגיאות. אנשים עלולים לטעות בהערכת הסתברויות ובחישוב תוחלות, להתקשות בנייתוח מידע סטטיסטי, לא לייחס משקל הולם לסיכונים שונים ולהיות מושפעים מהטיות פסיכולוגיות ומאשליות שכיחות. עקב כך, בעוד אדם "רציונלי" היה נמנע מעסקה לא יעילה, בן אנוש בהחלט עלול להתקשר בעסקה הפוגעת ברווחתו שלו, כמו גם ברווחה החברתית הכוללת.<sup>44</sup> הרציונליות המוגבלת של לקוחות הסוכנויות עלולה להוביל, למשל, להערכת חסר של הסיכונים שהם מקבלים על עצמם במסגרת החוזה להזמנת שירותי תיירות. הטיות שונות (כמו אופטימיזם-יתר), בשילוב דפוס הפעילות המקובל בענף (כמו הצגת החוזה רק כאשר העסקה מוסכמת ו"גמורה"), מגבירים את הסיכוי שהלקוח לא יבחן כראוי את תוכן החוזה ולא ייתן את הדעת למשמעויותיו.<sup>45</sup> הדבר עלול להוביל להחלטות שגויות<sup>46</sup> ולנכונות של הלקוח לקבל על עצמו סיכונים חוזיים שאותם לא היה מקום לקבל מבחינה רציונלית. ספקים המודעים להטיות הקוגניטיביות של לקוחותיהם עלולים לנצל אותן

של מידע. ראו: Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior* p. 14 (1976).

42 בכר, שם, בעמ' 286–288; שחר ולר, **חוק חוזה הביטוח, תשמ"א–1981** (כרך א, 2005) בעמ' 105 הטקסט ליד הערה 278, בעמ' 114 הטקסט ליד הערה 303, ובעמ' 126 הטקסט ליד הערות 341–342. כן ראו: Russell B. Korobkin & Thomas S. Ulen, "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics", 88 *Cal. L. Rev.* (2000) 1053.

43 השוו: ולר, שם, בעמ' 126–128.

44 שמואל בכר ואורן בר-גיל, "הגנת הצרכן", **הגישה הכלכלית למשפט** (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012), 223, בעמ' 230–234. הדבר נכון בייחוד משמדובר ב"אותיות הקטנות" של הסדר חד-צדדי בחוזה אחיד. זו סיבה נוספת לשקול התערבות משפטית. שם בעמ' 242.

45 בכר (לעיל, הערה 41) בעמ' 291.

46 דניאל כהנמן, **לחשוב מהר, לחשוב לאט** (יעל סלע שפירו ועידית נבו מתרגמות, מיה בר-הלל עורכת, 2013) בעמ' 286–287. נטייתם של אנשים לאופטימיזם-יתר זכתה לביסוס מחקרי ענף, ראו: בכר ובר-גיל (לעיל, הערה 44) בעמ' 231.

בעת עיצוב המוצר או השירות, והמסגרת החוזית הנלווית לו.<sup>47</sup> אם כן, ייתכן שתנאי החוזה שבו משתמשות הסוכנויות מנצלים את קלות הדעת של הלקוחות, אשר אינם מעריכים כראוי את מידת הסיכון שתניות הפטור יגיעו לכלל מימוש.<sup>48</sup> יש אפוא לבחון את המודל העסקי של סוכנויות הנסיעות גם על רקע האפשרות של ניצול ההטיות הקוגניטיביות של לקוחותיהן.

לפי הגישה ההתנהגותית למשפט, ראוי שהמשפט יתחשב באופן שבו הטיות קוגניטיביות, תפיסות חברתיות בדבר הוגנות וצדק ומגבלות על כוח הרצון של הפרט משפיעות על הדרך שבה אנשים פועלים ומקבלים החלטות הלכה למעשה (ולא יתבסס רק על ההנחות התאורטיות לגביה).<sup>49</sup> לאור הרציונליות החסומה של הבריות, פטרנליזם משפטי – קרי התערבות משפטית המגבילה את חירותו של אדם במטרה לקדם את טובתו שלו – עשוי אפוא לכבד את החופש והאוטונומיה של אנשים וכן להיות יעיל מבחינה כלכלית.<sup>50</sup> הוא אף עשוי להיות מוצדק כדי לצמצם פערים בחברה, לאור העובדה שלספקים יש תמריצים ברורים (שדווקא גדלים עם התחרות בשוק) לנצל יוריסטיקות (מעין כללי אצבע שמטרתם לצמצם מטלות מורכבות של הערכת הסתברויות וניבוי ערכים ולאפשר פעולות שיפוט פשוטות יותר לשם קבלת החלטות בקלות ובמהירות),<sup>51</sup> והטיות של לקוחות.<sup>52</sup> אם כן, ניתן להסתייע בתובנות התנהגותיות כדי להבין טוב יותר את הדין הנוהג ולעצב באופן נכון יותר את הדין הרצוי.<sup>53</sup> תובנות אלו עשויות להסביר,

47 בהתאם לעניין המכרז של המדינה (לעיל, הערה 6), אחד המצבים שבהם צריכה להתמקד ההתערבות השיפוטית בחופש העיצוב של מודל עסקי בשוק תחרותי מכוח חוק החוזים האחידים הוא כאשר המודל העסקי מבוסס על ניצולו של פגם קוגניטיבי אצל ציבור הלקוחות.

48 ראו, בהקשר זה, את דבריו של השופט קיסטר בע"א 285/73 לגיל טרמפולין נ' נחמיאס, פ"ד כט(1) 63, בעמ' 82 (1974) (להלן: עניין לגיל טרמפולין). הדבר אינו ייחודי למערכת היחסים שבין סוכנויות הנסיעות ללקוחותיהן, ולאמיתו של דבר שכיח למדי במערכות היחסים החוזיות שבין נותני שירות או מוכרים לבין לקוחות. כך, למשל, בבדיקה שערכה הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן נמצא כי כל התקנונים של אתרי הסחר המקוון שנבדקו כללו תנאים החשודים כמקפחים את הצרכנים, ולעיתים אף מקימים חזקת קיפוח, לרבות (ובעיקר) לעניין האחריות. ראו: הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן, דו"ח לשנת 2018 (31.1.2019) בעמ' 38–39.

49 בכר (לעיל, הערה 41) בעמ' 278; Avishalom Tor, "The Methodology of the Behavioral Approach to Law", 4 *Haifa L. Rev.* (2008) 237.

50 Eyal Zamir, "The Efficiency of Paternalism", 84 *Va. L. Rev.* (1998) 229, pp. 237–246 (להלן: זמיר, "פטרנליזם"). כן ראו: Eyal Zamir & Barak Medina, *Law, Economics, and Morality* (2010) pp. 313–347.

51 Amos Tversky & Daniel Kahneman, "Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases", 185 *Science* (1974) 1124.

52 Oren Bar-Gill & Elizabeth Warren, "Making Credit Safer", 157 *U. Pa. L. Rev.* (2008) 1.

53 בכר (לעיל, הערה 41) בעמ' 325–326.

למשל, מדוע חובות גילוי אינן יכולות להתגבר כשלעצמן על חוסר היעילות וחוסר ההגינות של חוזים אחידים בכלל, וחוזים צרכניים בפרט, ובאופן קונקרטי – להצדיק התערבות בתוכנם של החוזים בין סוכנויות הנסיעות ללקוחותיהן.

## 2. תאוריית הרצון

בהתאם לתאוריית הרצון, חוזה הוא מכשיר שבאמצעותו הצדדים לו מגשימים את רצונם הפרטי. כיבוד האוטונומיה הפרטית הוא היסוד למתן התוקף המשפטי (והמוסרי) לחוזה, והגשמת הרצון הפרטי היא הבסיס העיוני של דיני החוזים ותכליתם.<sup>54</sup> בענייננו, יש כמה סיבות להזמין שירותי תיירות באמצעות סוכנות נסיעות.<sup>55</sup> פרט לכך שיש המבקשים להימנע מלמסור פרטים אישיים מזהים ברשת וחוששים מחוסר אמינות של אתרים ומבעיות באבטחת התשלום,<sup>56</sup> רבים מעדיפים את הנוחות שיש בשירות אישי של גורם מקצועי החוסך את הטרדה הכרוכה בביצוע הזמנה.<sup>57</sup> חבילות נופש המוצעות על ידי סוכנויות חוסכות זמן רב בתכנון החופשה, ולעיתים אף זולות יותר מאשר הרכבה עצמית של אותם שירותים, ששילובם עשוי להיות מורכב בשל הצורך בתיאום בין פעילויות ללוחות זמנים. לאמיתו של דבר, ככל שמאפייני החבילה מורכבים יותר, כך הנטייה להזמין באמצעות סוכנות גדולה יותר. נוסף על כך, היצף המידע ברשת מביא לקוחות לפנות לסוכנות כדי לקבל מידע מדויק, רלוונטי, מקצועי ואמין.<sup>58</sup> גם בעידן האינטרנט, הטומן אפשרויות עצומות לחילופי מידע, למתווכים עדיין יש תפקיד חשוב בשרשרת התיירות, במיוחד באספקלריה של חוסר ודאות לגבי איכות המוצר התיירותי.

- 54 Charles Fried, *Contract as Promise* (1981). כן ראו: איל זמיר, "רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות (בשולי ע"א 5493/95 דיור לעולה (ע.א.ק.) נ' קרן, פ"ד נ(4) 509), "משפטים כא (תשנ"ט) 783, בעמ' 788 (להלן: זמיר, "רצון, יעילות ושקילות התמורות").
- 55 ראו, למשל: עיריית רוזנבלום, "מי מפחד מהסוכן הווירטואלי", *TheMarker* (7.11.2008), שם מתוארים ממצאיו של סקר שנערך בנושא.
- 56 ראו, למשל: שגיאה כהן, "מזמינים מלון? היהירו מהונאה", *ידיעות אחרונות – מוסף ממון* (2.9.2014) (עשרות אלפי גולשים שהזמינו מלון בחוץ-לארץ באמצעות האתר Booking.com התבקשו "לשלם" באמצעות העברה בנקאית לאחר שהאקרים פרצו למערכות ההזמנות של בתי המלון).
- 57 חוסר הבנה כיצד לבצע את ההזמנה באמצעות האינטרנט – המאפיין חתך רחב של אוכלוסיות אשר אינן שולטות ברזי התפעול של המחשב והאינטרנט – וכן תקלות בתהליך ההזמנה או רצון להימנע מראש משיבושים במהלכה עשויים להגביר את התלות בסוכנויות. Bdicoface, *סקירה ענפית – ענף התיירות* (2010) בעמ' 24 (להלן: "ענף התיירות"). בהקשר זה ראוי לציין גם קשוי שפה, המרתיעים רבים מלהזמין באמצעות האתרים הזרים. נוסף על כך, קיומן של חלופות ההזמנה ברשת בקושי מורגש בחלק מהמגזרים העיקריים של צרכני השירותים. כך באשר לתיירות קבוצות וכך גם באשר לנסיעות עסקים. שם, בעמ' 25.



כמו כן, הזמנה באמצעות סוכנות נסיעות מקומית כפופה לחוק הגנת הצרכן ולתקנות שהותקנו מכוחו. אלו מעניקים לצרכנים הגנות רבות, לרבות, למשל, באשר לאפשרות לבטל את העסקה ולקבל החזר כספי. הגנות אלו, אשר עשויות להיות בעלות ערך כלכלי רב, לעיתים אינן חלות על הזמנות שבוצעו מספק (או אתר) זר. אחת הסיבות המרכזיות להזמנה באמצעות סוכנות היא שלקוחות חשים ביטחון רב יותר בהתנהלות עם גורם אנושי, אשר נותן להם את ההרגשה ש"יש כתובת" במקרה של תקלה לפני הנופש או במהלכו.<sup>59</sup> ואכן, פעמים רבות הזמנה באמצעות סוכנות מספקת את הכתובת הנחוצה במקרה של בעיה או תקלה. דוגמה אחת לכך היא קריסתן של חברות התעופה ספנאייר הספרדית ומאלב ההונגרית. הגם שכספי הלקוחות בישראל אינם מבוטחים מפני קריסה של חברות בענף התעופה והתיירות, הצליחו סוכני הנסיעות להציל את כספם של כ-7,000 לקוחות. השבת הכספים על ידי הסוכנויות התאפשרה לאור חוות דעת משפטית, שלפיה הן רשאיות שלא להעביר למסלקה של יאט"א (ארגון חברות התעופה הבין-לאומי), כספים המיועדים לחברות התעופה שקרסו, ולקזוז מהתשלום החודשי שהן מעבירות למסלקה.

עם זאת, הטלת אחריות משפטית על סוכנויות הנסיעות בניגוד למודל העסקי שלהן מגבילה את חירותן לנהל את עסקיהן כראות עיניהן ומונעת את הגשמת רצונן. דפוס הפעילות שבו בחרו הסוכנויות מכתיב את היקף השירותים שהן מציעות ללקוחותיהן וממילא את היקף חובותיהן כלפיהם. ככלל, אין מניעה שסוכנות נסיעות תגביל את פעילותה למתן שירותי תיווך או שליחות, אלא שדפוס הפעילות שהסוכנויות הגדירו לעצמן אינו מתאים למסגרות הידועות של יחסים אלו.<sup>60</sup> במילים אחרות, הקושי שבהגדרת סוכנות הנסיעות את עצמה כ"מתווכת" בלבד הוא שאין הלימה בין התיאור המשפטי לבין השירות שהיא מעניקה בפועל. לכן, אף על פי שהסוכנויות מציינות בתנאי ההתקשרות עימן שהן משמשות מתווכות בין המזמין לבין נותני שירותי התיירות, שאחריותן מוגבלת לעריכת ההזמנה כנדרש אצל הספקים השונים ולמסירת המידע שנתקבל מהם ללקוח ושהן לא יישאו באחריות לאספקה לקויה של השירותים הלכה למעשה, הרי שבפועל, פעמים רבות המצג שנוצר כלפי הלקוח הוא שהסוכנות אחראית לאספקת השירות ולטיבו.<sup>61</sup> ושהיא תעמוד לרשות הלקוח במקרה של תקלה הקשורה בכך. במקרים אלו, רק כאשר מתעורר סכסוך וסוכנויות הנסיעות מתבססות על הסדר החוזי, מתחוויר ללקוח להפתעתו שהחווזה פוטר אותן לכאורה מאחריות לשירות זה.<sup>62</sup> מכאן שלכאורה יש פער בין מה שהסוכנויות כותבות בחוזים (וטוענות בבית המשפט) לבין מה שהן עושות בפועל. ואכן, ייתכנו מצבים שבהם תהיה הצדקה עניינית

59 BDicoface, בדיקה מיוחדת – סוכנויות נסיעות 2013 (2013).

60 עניין דיזנהויז (לעיל, הערה 6) בפסקה 15.

61 ראו, למשל: עניין סלע (לעיל, הערה 25).

62 הדבר, כאמור, אינו ייחודי למערכת היחסים החוזית שבין סוכנויות הנסיעות ללקוחותיהן. ראו לעיל, הערה 48 והטקסט שלידה.

ליצירת פער בין הוראות החוזה האחיד לבין המודל העסקי שעל פיו פועלים הלכה למעשה, למשל, כאשר מטרתו של הפער היא למנוע סחטנות של לקוחות טורדניים.<sup>63</sup> במילים אחרות, יש מצבים שבהם החוזה אומנם פוטר את הסוכנויות מאחריות כלפי לקוחותיהן, אך בפועל אלו אינן אוכפות אותו, בין היתר משיקולי מוניטין.<sup>64</sup> אם כך, יש להטיל על סוכנויות הנסיעות אחריות דווקא כדי להגשים את רצונן האמיתי. ואולם, ההשערה שלפיה הרצון האמיתי של הסוכנויות הוא לשאת באחריות לליקויים בשירותי התיירות מפוקפקת למדי.<sup>65</sup>

מנקודת מבט אחרת, ניתן לטעון שקיים פער בין מה שסוכנויות הנסיעות כותבות ומתכוונות (שלא לשאת באחריות) לבין ציפיות הלקוחות מהן. בהתאם למודל העסקי המקובל של הסוכנויות, כפי שבא לידי ביטוי בפועל, הן מתימרות לספק שירות שהוא מעבר לביצוע ההזמנה. מכאן שהלקוח אינו משלם רק על ביצוע הפעולה הטכנית של ההזמנה, פעולה פשוטה שאותה יכול היה לבצע גם בעצמו, אלא גם על מכלול שירותים נוספים הניתנים על ידי הסוכנויות.<sup>66</sup> כאמור, אחד היתרונות המרכזיים שיש בשימוש בשירותיה של סוכנות נסיעות גלום באפשרות להסתייע בידע המקצועי העומד לרשותה ובהיכרותה עם הגורמים השונים הפועלים בשוק. לאור זאת הלקוחות מתקשרים עם הסוכנות, ולא עם הספקים של שירותי התיירות במישרין, ודומה שהם רואים בה גוף עצמאי המעניק להם שירות, ולא מתווכת או שלוחה בלבד.<sup>67</sup> ללקוחות של סוכנות נסיעות יש אפוא ציפייה בסיסית שהסוכנות, כגורם מקצועי עצמאי, תישא באחריות הנגזרת מכך, ובכלל זה תנקוט את הפעולות הבאות: תבחן את טיב השירות שמספק כל ספק שאליו היא מפנה; תיידע את הספקים בדרישות המיוחדות שלהם ותוודא עימם שהם יכולים לעמוד בדרישות אלו; תקנה להם זכות משפטית לקבלת השירות מהספק; תבטיח שהשירות, כפי שהובטח, אכן יינתן בפועל.<sup>68</sup>

63 עניין המכרז של המדינה (לעיל, הערה 6) בפסקה 24. ייתכן אפוא שיש תועלת חברתית בכך שספקים מעגנים בחוזה תניות רחבות מאלה שבכוונתם לממש. אלו יופעלו בשוק תחרותי רק כלפי לקוחות "בעייתיים", בין היתר משיקולים של הגנת המוניטין. ראו, למשל: Lucian A. Bebchuk & Richard A. Posner, "One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets", 104 *Mich. L. Rev.* (2006) 827.

64 ראו, בהקשר זה: Shmuel I. Becher & Tal Z. Zarsky, "Minding the Gap", 51 *U. Connecticut L. Rev.* (2019) 69.

65 ראו: הדיון להלן בתת-פרק ב.3(ג).

66 ראו: הדיון להלן בתת-פרק ב.4.

67 ראו: דבריו של השופט ריבלין ברע"א 5765/02 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' זילברשלג (פורסם בנבו, 2009).

68 השו: עניין דיזנהויז (לעיל, הערה 6). כן ראו: ע"א (מחוזי מר') 58327-03-11 אומני הרייזון בע"מ נ' עזובן גדליזון ז"ל (פורסם בנבו, 2011) (להלן: עניין אומני הרייזון בע"מ) ("...השאלה מהו תפקידו של גורם ביניים בעסקה, ומהם השירותים שהוא מחויב להעניק, היא שאלה מורכבת, אשר תלויה בעיקרה בציפיות הלגיטימיות של הצדדים ביחס לשירותים שמעניק גורם הביניים").

אם כן, פעמים רבות לקוחותיהן של סוכנויות הנסיעות רואים אותן כמי שמכרו להם את מוצרי התיירות שהוזמנו באמצעותן, ולאור זאת כגורם אחראי לאספקתם בהתאם להזמנה. הסוכנות היא הגורם שאליו פנה הלקוח וכלפיה הביע את רצונותיו וציפיותיו. היא בעלת דברו וזו המבררת את צרכיו, ובעצם היא הקשר היחיד שלו לעסקה. יחסים אלו מצדיקים את ציפיותו של הלקוח שהסוכנות תעמוד לצידו בכל בעיה שתתעורר, וצרכים להקים את אחריותה לקיום העסקה.<sup>69</sup> בהמשך לכך, ההתקשרות המשפטית נעשית בין הלקוח לבין הסוכנות, ולא ישירות עם הספקים. בהיעדר ראייה ברורה לכך שהסוכנות משמשת שלוחתם של הספקים (להבדיל מסוכן עצמאי), ממילא לא ניתן לומר שפעולותיה מזכות ומחייבות את הספקים, ולא אותה. זאת ועוד, התשלומים משולמים לסוכנות עצמה, וכנגד קבלות שהיא מנפיקה. הם גם אינם מועברים במלואם לספקים אלא בניכוי עמלה. בנסיבות אלו, ובהיעדר ראיות המלמדות על כוונה קונקרטית אמיתית של הלקוחות לראות בסוכנות מתווכת בלבד, שאינה אחראית לכך שהעסקה תבוצע, מן הראוי לקבוע שגם הסוכנות מחויבת כלפי הלקוחות.<sup>70</sup>

במובן זה, ניתן לטעון שהצדקה זו מבוססת על השאיפה להגשים את הרצון האמיתי של הלקוחות. לעיתים אין מנוס מהסדרה שלטונית, דווקא כדי להבטיח שההתקשרות בין הצדדים אכן תשקף את רצונם האמיתי. כך, ניתן לטעון שהפער במומחיות ובכוח המיקוח של הצדדים ועצם השימוש בחוזים אחידים המנוסחים בידי הסוכנויות – חוזים אשר קיים ביניהם דמיון ניכר – עלולים לגרום לכך שהוראות החוזה לא תשקפנה את הרצון האמיתי של הלקוחות. אלו אינם קוראים את ה"אותיות הקטנות" של החוזה, ואם כן – אין בכוחם להבין את מלוא משמעותן או להשפיע על תוכן.<sup>71</sup> ממצאים אמפיריים החושפים שאין מתאם בין התמורה החוזית לבין תנאי החוזה עשויים להעיד כי חוזים אחידים אכן אינם מושפעים מהעדפות הלקוחות, ולכן אינם משקפים אותן, שכן

69 עניין ציטיאט (לעיל, הערה 5).

70 השוו: עניין אומני הרייזן בע"מ (לעיל, הערה 68). בפסיקה, כאמור, אין תשובה ברורה לגבי מהות תפקידן של סוכנויות הנסיעות ומעמדן המשפטי בעסקה להזמנת שירותי תיירות. מעבר לכך, דומה כי ההכרעות הסותרות משקפות הבדלי תפיסה לעניין היקף האחריות הראוי שיש להטיל עליהן. ראו לעיל, הערה 6 והטקסט שלידה. לניתוח אנליטי של מעמדן המשפטי של סוכנויות הנסיעות ראו: אלעד שילד **אחריות המשפטית של סוכנויות נסיעות** (טרם פורסם). שיקולים (נוספים על אלו שפורטו לעיל) אשר השפיעו על הפסיקה בבואה להחליט אם להטיל אחריות על הסוכנויות (גם אם לא תמיד באופן משכנע, ולבטח לא אחיד) היו תוכן ההסכם שבין סוכנות הנסיעות ללקוחותיה, המצג שיצרה הסוכנות כלפיהם, מאפייני ההזמנה ומידת מעורבותה של הסוכנות, מיהותם של כלל הצדדים לעסקה, עמידתה של הסוכנות בחובות הגילוי, תום הלב והזהירות והאופן שבו בא לידי ביטוי הכשל בהוצאת ההזמנה אל הפועל. להרחבה ראו: שילד, "מותו של סוכן" (לעיל, הערה 4).

71 גבריאלה שלו, **תניות פטור בחוזים** (1974) בעמ' 31–42, 61–66 (להלן: שלו, "תניות פטור").

הרציונליות הכלכלית מניחה כי הלקוח יהיה נכון לשלם עבור זכויות מעטות יותר מחיר נמוך יותר.<sup>72</sup>

תפיסת הלקוחות, שלפיה סוכנות הנסיעות נושאת באחריות לשירותי התיירות,<sup>73</sup> מתיישבת היטב עם הנחייתן של הסוכנויות ליצור עימן קשר בכל מקרה של תקלה. כך למשל, סוכנות הנסיעות איסתא אף מעמידה לרשות לקוחותיה מוקד חירום טלפוני, שאליו ניתן להתקשר בשעות הלילה, שבהן מוקדיה סגורים.<sup>74</sup> סיבה נוספת לתפיסה זו היא שבמקרים רבים הלקוחות עשויים להבין את עצם העובדה שהסוכנות החליטה לשתף פעולה עם ספק מסוים, קל וחומר להמליץ עליו בפניהם, כאילו יש בה משום אישור בדבר טיב שירותיו. העיקרון המשפטי אשר יכול לתמוך בכך הוא מתן אחריות (warranty) משתמעת או השתק מחמת מצג. אם הסוכנות יצרה מצג בדבר איכות השירות של ספק מסוים (או של הספקים הנבחרים על ידיה באופן כללי), רמתו או טיבו, ובשל כך בחרו הלקוחות להתקשר עימה, היא תהא מנועה מלטעון לעובדות הסותרות את תוכן המצג שיצרה. מובן שהקושי הוא לקבוע מתי יצרה הסוכנות מצג כאמור.<sup>75</sup> בסיכומו של דבר, הלקוחות מסתמכים על המקצועיות של סוכנויות הנסיעות ומיומנותן, והסתמכות זו יוצרת ביניהם אמון שממנו נובעת רמת מחויבות גבוהה. הסוכנות נתפסת לא אחת כגורם הנושא באחריות לפיצוי, וכמי שמעניקה, עקב מעורבותה בעסקה, משום "ביטוח" מפני ליקויים בשירותים המוזמנים באמצעותה.<sup>76</sup> יתרה מזאת, דומה שהציבור נוטה לתפוס את הסוכנות כמי שמעניקה הבטחה, לפחות

Eyal Zamir & Yuval Farkash, "Standard Form Contracts: Empirical Studies, Normative Implications, and the Fragmentation of Legal Scholarship – Comments on Florencia Marotta-Wurgler's Studies", 12 *Jerusalem Rev. Legal Stud.* (2015) 137, p. 138.

Yvonne Chittenden, "Legal Liability of Travel Agents: Are they Agents at all?", 8 *Auckland U. L. Rev.* (1999) 1061.

www.issta.co.il/support/information.aspx (נצפה לאחרונה בפברואר 2020);  
www.issta.co.il/support/travel-help.aspx (נצפה לאחרונה בפברואר 2020). כן ראו: דבריו של שחר תורג'מן, מנכ"ל סוכנות הנסיעות הדקה ה-90, בריאיון עיתונאי. בתגובה לאמירה של המראיינים "אבל אתה המוכר והתלונות מגיעות אליך", השיב: "ולכן כשאני נדרש לסייע ולדאוג שהלקוח יקבל את מה שמגיע לו אני עושה את מה שצריך...". רותם שטרקמן וגילי מלניצקי, "לעלות על מטוס בדרך לחופשה ולגלות: איזה אפס אני, איך נדפקתי?" *TheMarker* (1.10.2016). [www.themarker.com/markerweek/1.3084384] (נצפה לאחרונה בפברואר 2020).

לדיון בהשתק מחמת מצג, ראו: מנחם מאוטנר, "יוצרי סיכונים ונקלעי סיכונים – הגנתו של המסתמך על מצג הזולת בחקיקה האזרחית החדשה", *משפטים* טז (תשמ"ו) 92, בעמ' 107–106.

Paul C. Wohlmuth, "The Liability of Travel Agents: A Study in the Selection of Appropriate Legal Principles", 40 *Temp. L.Q.* (1966) 29 ראו, למשל: אחריותה המשפטית של סוכנות הנסיעות כלפי הלקוח יש מקום להתייחס אליה כאל קבלן עצמאי, שכן הצרכנים רואים אותה ככל קמעונאי אחר).

סבירה, באשר לנכונות המצגים שהיא מציגה בקשר לספקים השונים ולאופן שבו יספקו את השירות. לכן, ובהתחשב בכך שלפחות חלק מהגורמים הבאים בשרשרת אינם מצויים בארץ, מי שניזוק עקב מצג מטעה או שירות לקוי נוטה לתבוע את הסוכנות עצמה, לרוב כנתבעת יחידה, אף אם תרומתה לקרות הנזק הייתה משנית או שולית.

מסקנה זו עשויה לתמוך בהתערבות בתוכן החוזה ובאופן הקצאת האחריות הקבועה בו, במטרה להגשים את הרצון האמיתי של הלקוחות באשר לאחריותה של הסוכנות במקרה של תקלה.<sup>77</sup> מנגד, כאמור, ספק אם בהיבט זה יש תכלית סובייקטיבית משותפת שהצדדים לחוזה ביקשו לקדם באמצעותו. להפך – סביר להניח שהרצון של סוכנות הנסיעות הוא דווקא שלא לשאת באחריות זו. אם כך, שיקול זה בעייתי למדי, שכן כדי להגשים את ציפיות הלקוחות יש להטיל אחריות על הסוכנויות בניגוד לרצונן. כאשר יש סתירה בין הרצונות של הצדדים לחוזה, ספק אם ניתן להעדיף את הרצון של צד אחד על פני הרצון של הצד האחר בהתבסס על תאוריית הרצון. מכאן שהסבר זה מעורר קושי כהצדקה לתקינה של זכויות הלקוח בכלל, ותוכן אחריותה של סוכנות הנסיעות בפרט.<sup>78</sup>

### 3. שיקולי יעילות כלכלית

#### א. כללי

אמת מידה המבטאת העדפה ערכית שונה היא התאוריה הכלכלית. בהתאם לגישה הכלכלית למשפט, תכליתם של דיני החוזים (כתכלית המשפט בכלל) היא להשיא את הרווחה החברתית הכוללת.<sup>79</sup> נקודת המוצא של גישה זו היא שהרווחה המצרפית (סך הרווחה בחברה) המרבית, הנמדדת בהגשמת ההעדפות של אנשים, מופקת כאשר הפעילות מתבצעת בשוק משוכלל. קיומו של שוק כזה דורש, בין היתר, מספר גדול של קונים ומוכרים שאינם יכולים לתאם ביניהם את הפעילות, עלויות עסקה נמוכות, היעדרן

77 בהתחשב בכך שהסוכנויות כוללות בחוזה עם הלקוח תניות פטור מאחריות, נראה כי התערבות מרשה ממילא אינה צפויה להשפיע על המצב הנוהג. עם זאת, בשלב זה מתמקד הדיון בשאלה על מי ראוי להטיל את האחריות ולא אם יש לעשות כן באופן כופה (שהרי גם סוכנויות הנסיעות יכולות להסכים לכל הטיעונים בעד הטלת אחריות קוגנטית כלפי הלקוחות, ובלבד שזו תוטל על הספקים).

78 על ההצדקה לרגולציה של חוזים בנימוק שהם אינם משקפים את רצונו האמיתי של אחד הצדדים, וכן על הבעייתיות של הצדקה זו, ראו: זמיר, "מכר (דירות)" (לעיל, הערה 11) בעמ' 469–473.

79 לדיון בגישה הכלכלית למשפט, ראו: Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (9<sup>th</sup> ed., 2014); עלי זלצברגר, "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט", **משפטים** כב (תשנ"ג) 261; זמיר, "רצון, יעילות ושקילות התמורות" (לעיל, הערה 54) בעמ' 785.

של השפעות חיצוניות והיותם של כל השחקנים בשוק רציונליים ובעלי מידע מלא.<sup>80</sup> בהתקיים שוק משוכלל, אין כל צורך בהסדרתה של הפעילות או בהתערבות כלשהי בנעשה בו. כאשר אחד התנאים לקיומו של שוק משוכלל אינו מתקיים, נוצר כשל שוק אשר גורם לאובדן ברווחה המצרפית. במקרה זה, גם לפי העקרונות של הניתוח הכלכלי למשפט, נדרשת לעיתים התערבותו של המשפט בשוק כדי למזער את אובדן הרווחה שכשל זה גורם.<sup>81</sup> גם כאשר התערבות המשפט בשוק מוצדקת, אין משמעה בהכרח התערבות כופה. כך, אחת ההצדקות הכלכליות לקביעתם של דינים דיספוזיטיביים היא חיסכון בעלויות עסקה, שכן הם מאפשרים, במקרים המתאימים, לעגן את ההסדר היעיל באורח טיפוסי. בכך ייחסך מרוב המתקשרים הצורך לשאת ולתת על ההקצאה היעילה של הסיכונים, ובה בעת יאפשר עסקאות שבהן ההסדר האופטימלי אינו מתיישב עם הוראות הדין. אם כן, גם כאשר הקצאת החיובים והסיכונים בין הצדדים איננה אופטימלית, יש לבחון אם קיימים כשלי שוק שבעטיים אין להסתפק בקביעת ההקצאה היעילה כהוראת השלמה דיספוזיטיבית ונדרשת תקינה קוגנטית של תוכן החוזה.<sup>82</sup> בתת־פרק הבא נדון בהקצאת האחריות היעילה בין הגורמים השונים המעורבים באספקת שירותי התיירות. בהמשך לכך, בתת־פרק ב.3(ג) נברר מדוע סוכנויות הנסיעות מבקשות לפטור את עצמן מאחריות כלפי הלקוח לביצוע הנאות של אותם שירותים. לאחר שנקבע מהו הסדר האחריות היעיל ביותר, לפחות באורח טיפוסי, נבחן אם ראוי לאפשר לצדדים להתנות על הסדר זה, או שמא ראוי, משיקולים של יעילות כלכלית, שהוא יהיה קוגנטי. זאת נעשה להלן בתת־פרק ג.1.

## ב. הקצאת הסיכונים היעילה

הניתוח הכלכלי מניח שלשני הצדדים משתלם להטיל אחריות וסיכונים על מי שערורך לשאת בהם בעלות נמוכה יותר. לכן, השיקול שיש להטיל סיכונים על מי שיכול למנוע או לפזר אותם בצורה הזולה ביותר, כיוון שכך יוקטנו עלויות החוזה ותגדל התועלת

80 לפירוט ההנחות הנדרשות כדי שעסקאות רצוניות תשגנה את התוצאות הרצויות ראו: זמיר, "מכר (דירות)", לעיל ה"ש 11, בעמ' 473; וכן: זמיר, "פטרנליזם" (לעיל, הערה 50) בעמ' 246–251.

81 ראו, למשל: Oliver Williamson, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications* (1975); Oliver Williamson, "Transaction Costs Economics: The Government and Contractual Relations", 22 *J. L. Econ.* (1979) 233.

82 ראו, למשל: Ian Ayres & Robert Gertner, "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules", 99 *Yale L.J.* (1989) 87, pp. 89–95. הכוונה ב"תקינה" היא לקביעת הדרישות השונות המחייבות את מושאה; משמעותו של המונח "תקינת תוכן", בהקשר של הטיעון המובע במאמר, היא רגולציה של תוכן הזכויות והחיובים של הצדדים לחוזה (קרי כזו המכתיבה או פוסלת תניות מסוימות בהסדר החוזה).

ממנו, הוא שיקול סטנדרטי של יעילות בדיני חוזים.<sup>83</sup> ככלל, יש להבטיח שהסיכון יוקצה באופן היוצר את התמריצים האופטימליים למזעור עלותו. לצורך הקצאתו יש להתחשב בתוחלת הנזק, בעלות האמצעים למניעתו או להפחתתו בידי כל אחד מהצדדים וכן באפשרות פיזור הסיכון שלא משתלם למנוע.<sup>84</sup> אם אין ביכולתם של הצדדים למנוע את הנזק, הרי שדי בכלל התועלת השולית הפוחתת כדי להצביע על היתרון של פיזור נזק כדרך להקטנת הפגיעה שלו ברווחה האנושית, ולכן על השיקול של הטלת האחריות על מפזר הנזק הטוב יותר. בהתאם לכלל זה, אנשים מפיקים תועלת פחותה ככל שיש בידם יותר מאותו דבר. אדם יאות אפוא ביתר קלות לוותר על שקליו הראשונים (השוליים) מאשר על השקלים האחרונים שיוותרו לו. על כך מבוססת תאוריית הביטוח – נכונות לשלם פרמיה (השקלים הראשונים) על מנת שלא לאבד הון ניכר (השקלים האחרונים) עם התממשות הסיכון המבוטח.<sup>85</sup> למעשה, ההסבר לכך שאחריות חוזית חלה אף בהיעדר התרשלות מבוסס על הרעיון של ביטוח, שכן גם כאשר לא משתלם למנוע את התרחשותו של סיכון כלשהו לצדדים עשוי להשתלם להטיל את האחריות לו על הצד המסוגל לפזרו באופן יעיל יותר (ועל ידי כך להקטין את עלותו).<sup>86</sup>

משמעות הדבר היא שכל תניית פטור הקיימת בחוזה בתנאים של מידע מלא היא יעילה ורצויה לשני הצדדים לחוזה:<sup>87</sup> הצדדים יקבעו ביניהם תניית פטור רק כאשר הצד לחוזה אשר צפוי בעקבותיה לשאת בנזקים הוא מונע-נזק או מפזר-נזק טוב יותר מאשר הצד לחוזה שהתניה נועדה להגנתו.<sup>88</sup> אם הספק עצמו מונע או מפזר נזק טוב יותר, הוא יעדיף לקבל את האחריות לנזק על עצמו ולא להותירה על כתפי הצד, שכן אין לו אינטרס להגדיל את עלויות החוזה כאשר הוא יכול להקטין. בהתאם לכך תגדל התועלת הכוללת מהחוזה ורווחיו של הספק עימה.<sup>89</sup> לכן, כאשר נקבעת תניית פטור בחוזה לטובת הספק בתנאים של מידע מלא, מדובר בתניה יעילה במובן זה שהצד הוא מונע או מפזר נזק טוב יותר לגבי הסיכון שעליו היא חלה. ביטולה של התניה יאלץ את הספק

83 אריאל פורת, "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל", **עיוני משפט** כב (תש"ס) 647, בעמ' 652 (להלן: פורת, "שיקולי צדק"). לניתוח של הקצאות סיכונים, בעיקר במצבים של סיכול, ראו: Richard A. Posner & Andrew M. Rosenfield, "Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis", 6 *J. Legal Stud.* (1977) 83.

84 זמיר, "מכר (דירות)" (לעיל, הערה 11) בעמ' 474.

85 פורת, "שיקולי צדק" (לעיל, הערה 83) בעמ' 680.

86 זמיר, "אחריות הקבלן כשומר" (לעיל, הערה 20) בעמ' 106–109.

87 פורת, "שיקולי צדק" (לעיל, הערה 83) בעמ' 670.

88 הדבר מותנה בכך שהמחיר נקבע בין הצדדים לחוזה ולא מכוח התערבות חיצונית, ראו: אוריאל פרוקצ'יה, "תוקפו המחייב של חוזה אחיד כפונקציה של מבנה השוק", **משפטים** ט (תשל"ט) 25, בעמ' 37–38 (להלן: פרוקצ'יה, "חוזה אחיד"). במקרה של מונופולין והגבלת מחירים בחוק, תניות פטור עשויות לשמש טכניקה לעקיפה של הגבלת המחיר. שם.

89 פורת, "שיקולי צדק" (לעיל, הערה 83) בעמ' 671.

לשאת באחריות לסיכון בעצמו, אף שהדבר אינו יעיל מבחינה כלכלית ומגדיל את עלות החוזה.

מנגד, בהתקיים ההנחה שאכן קיים פער מידע בין הצרכן לספק,<sup>90</sup> כפי שיידון בתת-פרק ג.1. להלן,<sup>91</sup> עלולה תניית פטור לאפשר לאחרון לגבות מחיר גבוה יחסית מבלי שהצרכן יהיה מסוגל להעריך כראוי את המחיר שהוא משלם בגינה. בנסיבות אלו קיים חשש שהספק יגבה מהלקוח מחיר שאין הוא מודע לו,<sup>92</sup> ואף יימנע עקב כך ממניעה או מפיזור של הנזק על אף היותו המונע או המפזר הטוב ביותר שלו. אם כך, אין מדובר בתניה יעילה, ולכן ביטולה עשוי להיות מוצדק.<sup>93</sup>

בענייננו, סוכנות הנסיעות היא מונעת ומפזרת נזק טובה יותר מהלקוח, ולכן בהשוואה בין השניים נראה שראוי כי היא תישא באחריות כלפיו. הסוכנות היא העומדת בקשר עסקי מתמשך עם ספקי השירותים, ולכן היא בעלת אמצעים רבים וטובים יותר להתמודד עימם במישור של אכיפת זכויות עבור הלקוחות, כמו גם במישור של מניעת הנזק או צמצומו.<sup>94</sup> הטלת האחריות עליה צפויה ליצור תמריצים הן לנקיטת אמצעי זהירות מצידה (למשל בבחירת הספקים ובפיקוח עליהם, בחשיפת המידע הרלוונטי ובמסירתו ללקוח), הן מצד הספקים, בהנחה שבמקרים שבהם מקור התקלה נעוץ בהתנהלותם תצליח הסוכנות – בשונה מהלקוח – להיפרע מהם.<sup>95</sup>

היותה של סוכנות הנסיעות מונעת נזק טובה יותר מהלקוח נובע גם ממקצועיותה, מניסיונה, מהיכרותה המוקדמת עם הספקים והמארגנים ומשליטתה על הגורמים שעמם היא בוחרת להתקשר.<sup>96</sup> תכונות אלו ממקמות את הסוכנויות בעמדה טובה יותר מאשר הלקוח למזער את הסיכון לליקויים בשירותי התיירות. עם זאת, יש לזכור שאלו אינן החלופות היחידות, משום שאפשר להטיל אחריות גם על מארגני הטיולים ועל ספקי השירותים בפועל. השאלה היא מי מהשניים, הלקוח או הסוכנות, יכול להטיל אחריות

90 להצדקה להתערב במצב שבו קיימת בעיית מידע, ראו: פרוקצ'יה, "חוזה אחיד" (לעיל, הערה 88) בעמ' 40–43.

91 פער המידע בהקשר הנוכחי מתבטא בכך שמזמין השירות אינו מודע תמיד למשמעותה של תניית הפטור ולסיכון שהוא נוטל על עצמו בכך שהוא מסכים לה. השוו: פורת, "שיקולי צדק" (לעיל, הערה 83) בעמ' 674.

92 כאשר תניות הפטור מתייחסות לנזקי גוף, עשוי להיות לחברה אינטרס לשלול את תוקפן גם אם הצרכן מודע לסיכון שייפגע בגופו ולא יפוצה על כך. שם, בעמ' 675; עניין לגיל טרמפולין (לעיל, הערה 48).

93 פורת, שיקולי צדק, שם בעמ' 674. עם זאת, ייתכנו מצבים שבהם הצרכן הוא מונע או מפזר הנזק הזול במקרה הקונקרטי, שאז קיומה של תניית הפטור עשוי להועיל לשני הצדדים לחוזה למרות קיומה של בעיית מידע. שם.

94 עניין דיזנהויז (לעיל, הערה 6) בפסקה 7 לפסק הדין.

95 האפשרות שסוכנות הנסיעות תישא לבדה באחריות כלפי הלקוח טומנת בחובה, מטבע הדברים, גם חסרונות. ראו: הדיון להלן, ובפרט בתת-פרק ב.3(ג).

96 ראו, למשל: עניין לנגר (לעיל, הערה 8) בפסקאות 17–18.



על המארגנים והספקים בעלות נמוכה יותר, ומי מהשניים יכול לפזר את הסיכון של אי-הצלחה להטיל אחריות על המארגנים והספקים טוב יותר.

הספק הוא מונע הנזק הטוב ביותר, ועליו לשאת באחריות למלוא הנזק שנגרם ללקוח בשל מחדליו.<sup>97</sup> עם זאת, הטלת אחריות על גורם אחר, אף שאינו מונע הנזק הטוב ביותר, עשויה להיות מוצדקת. הדבר נכון במקרים שבהם מונע הנזק הטוב ביותר אינו בר-גבייה, בין משום שהוא חדל פירעון, בין משום שקשה או לא ניתן לאתר<sup>98</sup> ובין, כמו במקרה הטיפוסי בענייננו, משום שמיצוי הזכויות נגדו במסגרת הליך משפטי הוא יקר ובלתי כדאי. במקרים מסוג זה מונע הנזק הטוב ביותר עלול שלא לראות לנגד עיניו את העלות המלאה שלה תגרום פעילותו, ולכן לא יהיה בעל תמריץ מספק לנקוט אמצעי זהירות.<sup>99</sup> לעומת זאת, סוכנות הנסיעות, המודעת למגבלות התביעה של הלקוח נגד הספק הנמצא בחוץ-לארץ, תבחר לנקוט אמצעי זהירות סבירים כדי להפחית את הסיכון שהיא עצמה תישא באחריות. גם במקרים שבהם אין באמצעי הזהירות שיינקטו על ידיהן כדי למנוע את הנזק, סוכנויות הנסיעות תוכלנה לשמש כסוכנויות אכיפה לאור קיומם של חסמים לתביעה ישירה כלפי האחראי העיקרי – ספק השירותים. כאמור, השיקול בדבר הכוונת התנהגות אינו השיקול היחיד להטלת אחריות משפטית.

במישור היחסים שבין הסוכנות למארגן, דווקא האחרון הוא לרוב בעל שליטה טובה יותר על איכות השירות של הספקים המקומיים. עם זאת, נראה כי אין בכך כדי להוביל למסקנה שיש להטיל אחריות על המארגן בלבד. ראשית, ממילא סוכנויות הנסיעות פועלות פעמים רבות גם כמארגן (הגם שמכך לא נובע שיש להטיל אחריות על סוכנות כשהיא אינה המארגן). שנית, הלקוחות קשורים בקשר חוזי מחייב ישירות עם הסוכנות,

William M. Landes & Richard A. Posner, "Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis", 9 *J. Legal Stud.* (1980) 517, p. 518

97 קרקו-אייל (לעיל, הערה 11) בעמ' 539.

98 הגם שהלקוחות מתקשים לתבוע את הספק, עדיין לאחרון ישנם תמריצים למנוע את הנזק בשל קיומם של מנגנונים חוץ-משפטיים, ובראשם המוניטין העסקי. בעידן הטכנולוגי עומדות בפני הלקוחות פלטפורמות רבות לחיובי דעה על שירותיו של הספק, המאפשרות למתוח עליו ביקורת אפקטיבית בתפוצה רחבה. לאור ההסתמכות הרבה של הלקוחות על חוות דעת, ההיצע הרב של שירותי התיירות והתחרות בין הספקים השונים, ניתן להניח שהספק ייחס לחוות דעת אלו חשיבות רבה באופן שיתמרץ אותו לפעול כדי לזכות במשובים חיוביים. לתמורות הללו עשויה להיות השפעה דרמטית על מערך התמריצים של השחקנים השונים בשרשרת האספקה והשיווק של שירותי התיירות. עם זאת, כפי שיובהר להלן, ההשפעה של המוניטין אינה מיתרת בהכרח את הצורך גם בתמריצים משפטיים. כמו כן, יש להידרש לאותם מקרים שבהם, למרות תמריץ המוניטין, נפלו ליקויים בשירות באשמת הספק. כן ראו, בהקשר זה: עומרי בן שחר ויובל פרוקצ'יה, "דיני חוזים", **הגישות הכלכלית למשפט** (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012), 153, בעמ' 154 ("...חשוב להכיר בכך שהישענות על מוניטין כמנגנון אכיפה יחיד היתה מגבילה במידה רבה את מגוון העסקאות האפשריות. בעולם כלכלי הנסמך על מוניטין בלבד היו מתחרים חדשים מתקשים להיכנס לשווקים, והתחרות היתה נחלשת...").

ופעמים רבות כלל אינם יודעים מיהו המארגן. אומנם כאשר מדובר בטיול מאורגן, הטיול נבחר, לעיתים קרובות, מתוך קטלוג טיולים של חברה מארגנת (שממנה עולה בבירור זהות המארגן), אך פני הדברים שונים כשמדובר בחבילת נופש הכוללת, למשל, טיסה, מלון והעברות בלבד. במקרה זה יש סיכוי גבוה לכך שמזמיני החבילה אינם נותנים את הדעת לגורם שצירף את הרכיבים השונים יחד. לבסוף, סוכנויות הנסיעות הגדולות משתמשות בכוחן המסחרי כדי להכתיב למארגנים לא רק את התנאים שבהם תשווק חבילת הנופש, אלא גם את רכיביה. במילים אחרות, לסוכנויות יש השפעה רבה על איכות השירותים שמקבל הלקוח, גם אם אין להן שליטה או מומחיות גדולה יותר מאשר למארגנים בהרכבת החבילות.<sup>100</sup>

לאור זאת, כלל של אחריות ביחד ולחוד אשר יאפשר לחייב את סוכנות הנסיעות לשאת בנטל הפיזי צפוי להביא להרתעה יעילה. הטעם לכך הוא שתוחלת הנזק שהסוכנות רואה לנגד עיניה כאשר מוחל עליה כלל זה היא נגזרת של הגורמים הבאים:<sup>101</sup> חומרת הנזק (אם יתממש) ושיעור הפיזי הנגזר ממנו; ההסתברות שייפול ליקוי באספקת שירותי התיירות; ההסתברות שהיא עצמה תיתבע ואף תיאלץ לשאת בנטל הפיזי, לרבות במקרים שבהם לא הייתה יכולה להפחית את ההסתברות להתרחשות הנזק על ידי נקיטת אמצעי זהירות סבירים.

לכאורה, האפשרות שסוכנות הנסיעות תישא לבדה במלוא הפיזי – ואם תיקבע תקרת פיזי, כמוצע בפרק הראשון, בפיזי עד לגובה התקרה – אינה מבוטלת לאור נטייתם של הלקוחות לתבוע אותה, לעיתים לבדה, ובשל הקושי האפשרי שלה להיפרע מהגורמים הרלוונטיים בתביעת חזרה. במקרה כזה, הטלת אחריות על הסוכנות עלולה להיות בלתי יעילה מבחינה כלכלית גם כאשר זו תוטל ביחד ולחוד עם הספק: אם לא תצליח סוכנות הנסיעות לשמש כסוכנות אכיפה (קרי כזו המאפשרת הטלת אחריות על האחראי העיקרי באמצעותה), לא זו בלבד שלא יינתן מענה לחשש מפני הרתעת-חסר של הגורמים האחרים – שהרי בהנחה שהלקוחות אכן נוטים להסתפק בתביעה נגד הסוכנות בלבד, אלו נהנים מהסיכוי שכלל לא ייאלצו לשאת בחלקם בנזק ולכן ימשיכו לראות לנגד עיניהם תוחלת נזק נמוכה מזו שלה גרמו בפועל<sup>102</sup> – אלא שעלולה להיווצר הרתעת-יתר של הסוכנות עצמה.

100 לעיתים רשות גדולות של סוכנויות נסיעות הן חלק ממארג חברות עם ספקים או סיטונאי תיירות (המארגנים). אף שמבחינה משפטית מדובר באישיות משפטית נפרדת, מבחינה מסחרית הן פועלות יחד. ייתכן שההסדר המשפטי צריך לשקף את המטרה העסקית המשותפת של גופים אלו. ראו: David J. Grant & Stephen Mason, *Holiday Law: The Law Relating to Travel and Tourism* (5<sup>th</sup> ed., 2012) pp. 59–61.

101 השו: קרקו-אייל (לעיל, הערה 11) בעמ' 565–567.  
102 השו: קרקו-אייל, שם, בעמ' 574, 576. להצגת הקשיים שבהטלת אחריות משותפת על לווים ומלווים, למשל, ראו: Ronald Rothstein, "Rethinking the Joint and Several Liability of Lenders under CERCLA", 29 *Val. U. L. Rev.* (1995) 1417.

אף על פי כן, דומה כי הטלת אחריות על סוכנות הנסיעות היא אכן יעילה, הן במקרים שבהם בנקיטת אמצעי זהירות סבירים היא יכולה להפחית את ההסתברות להתרחשות הנזק (שאז אי-נקיטתם משמעותה שדבק בה אשם), והן במקרים אחרים ש(גם) בהם היא יכולה להפחית את הסיכון לשאת בנטל הפיזי לבדה, באמצעות הסדרי שיפוי חוזיים עם החוליות הבאות בשרשרת. יתרה מזאת, הרתעה יעילה מחייבת שכל אחד מיוצרי הסיכון בכוח יתומרץ להתנהג באופן היעיל, לאור יכולתו להשפיע על הסיכון ומניעתו לעומת יכולתם של האחרים לעשות כן, ולאור ההשפעה ההדדית בין ההתנהגויות.<sup>103</sup> לסוכנויות הנסיעות יש מכלול כלים, פיננסיים ואחרים, המאפשרים להן לפקח על רמתם של השירותים המוענקים על ידי הספקים ולוודא את איכותם. הן יכולות להשפיע על הספקים או המארגנים גם באמצעות חיובם לעמוד בתנאים מסוימים כתנאי לשיתוף הפעולה עימן. כך, יש באפשרות הסוכנויות לכלול בהסכמי שיתוף הפעולה עימם תניות שונות באשר לרמת השירותים ולאופן ביצועם, כמו גם באשר לזכויות הפיקוח עליהם. הסוכנויות עשויות לדרוש דיווח מידי על כל תקלה שנפלה בביצוע השירותים או על תלונות שהתקבלו בעניין, ולהסדיר גם את הסעדים בגין הפרת ההתחייבות, לרבות שיפוי הסוכנויות במקרים שבהם הן תישאנה באחריות כלפי הלקוח בגין השירות הלקוי. תניות חוזיות מעין אלו עשויות לשמש כלי יעיל לשמירה על אופן ביצוע השירותים ורמתם. דומה שסוכנויות הנסיעות מצויות בעמדה טובה לדרוש התחייבויות בעניינים אלו, שכן ספקי השירות והמארגנים נשענים כמעט באופן מוחלט על שיווק שירותיהם באמצעותן. אומנם כוח המיקוח של סוכנויות הנסיעות הקטנות והבינוניות קטן מכוחן של הסוכנויות הגדולות, אך שוק התיירות בישראל מאופיין בסוכנויות בעלות כוח מיקוח גדול יחסית. בשל התחרות הגבוהה ושולי הרווח הנמוכים בענף, סוכנויות קטנות רבות חוברות לשחקנים גדולים כדי להביא לשיפור בכוח הקנייה, לחיסכון בהוצאות השיווק, לחשיפה מוגברת, לפיתוח קשרים עסקיים ועוד.<sup>104</sup> בה בעת, דומה שלסוכנויות אין תלות בספק מסוים, וזאת בשל שיתופי הפעולה עם ספקים רבים והתחרות ביניהם.<sup>105</sup>

103 ישראל גלעד, דיני הנוזקין – גבולות האחריות (כרך א, 2012) בעמ' 140 (להלן: גלעד, "גבולות האחריות").

104 ראו, למשל: איסתא ליינס חברת נסיעות של הסטודנטים בישראל בע"מ, דוח תקופתי ושנתי לשנת 2018 (2019) בעמ' 12 (להלן: "הדוח השנתי של איסתא") ("בשנים האחרונות ישנה מגמה של מכירת פעילויות עסקיות של סוכנויות נסיעות קטנות בבעלות פרטית לרשתות גדולות בעלות ניהול מרכזי בדומה לזה של החברה, ושל התאגדות משרדי נסיעות קטנים לרשתות במטרה לגבש כוח שיצור יתרונות כלכליים ושיווקיים מול הספקים והלקוחות. מדובר במגמה אשר מוצאת את ביטוייה בפיתוח רשתות של סוכני נסיעות על חשבון המשרדים הפרטיים"). גם הקשחת הרגולציה מצד הארגון הבין-לאומי של חברות התעופה הסדירות (יאט"א) להענקת הרישיונות למכירת כרטיסי טיסה בחברות התעופה הסדירות הביאה לכך שחברות שונות בענף נסגרו או התמזגו לגופים גדולים ויצביים יותר. ראו: BDicoface, סקירה ענפית – סוכנויות נסיעות (2013) בעמ' 7-9, 30 (להלן: "סקירה ענפית").

105 ראו: "הדוח השנתי של איסתא", שם, בעמ' 23.

בהקשר זה ראוי להתייחס גם לדיון שנערך בספרות המשפטית באשר לאחריותם של שומרי סף. לפי הרציונל העומד בבסיס אחריותם, הטלת האחריות אינה מבוססת על הערכה נורמטיבית של מידת תרומתם למעשה המזיק, אלא על האיזון שבין העלויות החברתיות של ההתנהגות הבלתי רצויה לבין היעילות שבה הם יכולים למנוע אותה או להגבילה.<sup>106</sup> לפי גישה זו, נראה שהרחבת מעגל האחריות רצויה כאשר לא ניתן להשיג את רמת ההרתעה האופטימלית באמצעות הטלת האחריות על הגורם הישיר לנזק בלבד. במקרים רבים מערכת המשפט אינה יכולה להבטיח שהמזיק העיקרי יפנים את העלות האמיתית של פעולתו, בין משום שלא מצויים בידי המשאבים הנדרשים לתשלום הפיצוי, בין משום שהצליח להימלט מאימת הדין (למשל בגין מגבלות של תחום השיפוט או כללי ברירת הדין).<sup>107</sup> האפשרות השנייה רלוונטית יותר לענייננו, לאור כך שבודדים המקרים שבהם יתבעו לקוחותיהן של סוכנויות הנסיעות את הספקים בחוץ-לארץ. בנסיבות אלה, משטר המבוסס על הטלת אחריות על הספק הזר בלבד עלול למנוע הרתעה אופטימלית.<sup>108</sup> על כשל זה ניתן להתגבר באמצעות הרחבתו של מעגל האחריות גם לסוכנות הנסיעות, בהנחה שזו אכן יכולה להקטין את הסיכון לנזק ושהטלת האחריות תניע אותה לעשות כן. בהקשר זה ראוי כאמור להתייחס גם להסדרי שיפוי אפשריים בין הצדדים, וזאת בהנחה שהצדדים יעשו מלאכה טובה יותר מהמדינה (הרגולטור או בתי המשפט) בהקצאה של סיכוני האחריות המשפטית.<sup>109</sup>

לצד טיעונים אלו, יש לשוב ולהידרש גם לחשש מפני הרתעת-יתר של סוכנויות הנסיעות. בהקשר זה יש להתחשב במנגנוני הרתעה והפנמה חיצוניים. השפעתם המצטברת של מנגנונים אלה עלולה לגרום לכך שעלותן של פעילויות יוצרות סיכון בעיני הסוכנות תהיה גבוהה מעלותן החברתית האמיתית. כתוצאה מכך היא עלולה להימנע מפעילות יעילה התורמת לרווחה המצרפית, ולכן הרתעת-יתר עלולה להפוך את הטלת האחריות לבלתי יעילה.<sup>110</sup> דוגמה למנגנון הפנמה חיצוני כזה, כאמור, הוא המוניטין. לסוכנות הנסיעות, כשחקנית קבועה, יש תמריץ שוק להבטיח שהשירות שהוזמן באמצעותה יסופק כמובטח. לכן, כמצוין לעיל, שיקולי מוניטין עשויים לגרום לסוכנויות להימנע מלהישען בדווקנות על תנאי החוזה המוטלים לטובתן, למעט כלפי לקוחות שתלונותיהם קנטרניות.<sup>111</sup> זהו אכן מצב הדברים במקרים מסוימים, ומכאן,

Reinier H. Kraakman, "Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy", 2 *J. L. Econ. & Org.* (1986) 53; Reinier H. Kraakman, "Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls", 93 *Yale L. J.* (1984) 857.

107 חמדני (לעיל, הערה 11) בעמ' 19–20.

108 לפי הגישה הכלכלית הצרכן ינקוט הליכים משפטיים רק אם התועלת הצפויה מניהולם עולה על עלותם. בכר ובר-גיל (לעיל, הערה 44) בעמ' 266.

109 חמדני (לעיל, הערה 11) בעמ' 35.

110 השוו: גלעד, "גבולות האחריות" (לעיל, הערה 103) בעמ' 146.

111 השוו: Bebchuk & Posner (לעיל, הערה 63); בכר וזרסקי (לעיל, הערה 64).

לכאורה, שתמריץ השוק לשימור המוניטין העסקי של הסוכנות עשוי להיות תחליף נאות להטלת אחריות משפטית עליה.<sup>112</sup> עם זאת, ספק אם קיומו אכן מייתר את הצורך בהטלתה. ריבוי הסכסוכים המשפטיים בין הסוכנויות ללקוחותיהן עשוי להעיד על כך. בכך נעסוק, בין היתר, בתת-פרק ג.1 להלן.

אשר לפיזור הנזק, הרי שהסוכנויות מסוגלות לפזר את הסיכון בעלות נמוכה יותר מאשר המזמין. מטרה זו ניתנת להשגה באמצעות פיזור העלויות בין מספר רב של אנשים או לאורך זמן.<sup>113</sup> מאחר שאחת הדרכים העיקריות לכך היא ביטוח, ראוי להטיל את עלויות הנזק על גורמים אשר קיימת לגביהם הסבירות הגבוהה ביותר שירכשו ביטוח. לכן, בהנחה שסוכנויות הנסיעות יוכלו לרכוש ביטוח אחריות מקצועית, הטלת אחריות עליהן מתיישבת עם מטרה זו.<sup>114</sup> כושרו של צד לפזר את הסיכון תלוי ביכולתו לחזות ולחשב את הנזק שעלול להיגרם ואת ההסתברות להתרחשותו, וכן באפשרותו לרכוש פוליסת ביטוח מתאימה. בעוד המזמין הוא לרוב צרכן (אף שהסוכנויות משרתות גם לקוחות עסקיים ופירמות),<sup>115</sup> עיסוקה של הסוכנות במתן השירות. בידיה מצוי מידע מלא יותר על אודות הסיכונים האפשריים במתן השירותים שהוזמנו באמצעותה – המידע הדרוש לשם עריכת ביטוח הולם. לאור זאת, יכולתן של סוכנויות הנסיעות לרכוש ביטוח אחריות אפקטיבי גבוהה מיכולתו של כל לקוח לרכוש ביטוח פרטי לעצמו, אם אפשרות זו בכלל פתוחה בפניו.

יתרה מזאת, גם בהיעדר ביטוח מסחרי עשויות הסוכנויות לשמש "מבטח עצמי" ולפזר את הסיכון בין לקוחותיהן באמצעות מנגנון המחיר, בעוד אפשרות זו אינה פתוחה בפני הלקוח הבודד. הסוכנויות השונות אף יכולות לשתף ביניהן פעולה בהיבט זה, ולבחון הקמתה של קרן משותפת אשר תשמש לפיצוי לקוחות שנפגעו שלא כתוצאה של רשלנות הסוכנות. אם אין ביכולתן לעשות כן, ירכשו הסוכנויות פוליסת ביטוח ויבקשו לפזר את עלותה בין הלקוחות באמצעות הכללת רכיב הפרמיה במחיר החוזי.<sup>116</sup> סביר להניח שאם יספקו הסוכנויות גם שירותי מתן אחריות, הערך שאותו ייחסו הלקוחות

112 Bebhuk & Posner, שם.

113 Guido Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis* (1970) pp. 40, 42; גלעד, "גבולות ההרתעה" (לעיל, הערה 18) בעמ' 432.

114 Guido Calabresi, שם, בעמ' 42; "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", 70 *Yale L. Rev.* (1961) 499, pp. 517–518. מכל מקום, סוכנות הנסיעות מצויה בעמדה טובה יותר מאשר הלקוח לרכוש ביטוח מתאים בתנאים טובים יותר.

115 ככלל, הרוב הגדול של לקוחות הסוכנויות הם צרכנים פרטיים. כך, למשל, צבר ההזמנות של קבוצת איסתא בתחום תיירות הפנאי ליום 31.12.2018, הסתכם ב-45,069 אש"ח, בעוד שצבר ההזמנות של הקבוצה בתחום התיירות העסקית לאותו יום הסתכם ב-5,213 אש"ח בלבד. ראו: "הרוח השנתי של איסתא" (לעיל, הערה 104) בעמ' 19 ו-28.

116 השוו: זמיר, "אחריות הקבלן כשומר" (לעיל, הערה 20) בעמ' 106–109; וכן זמיר, "מכר (דירות)" (לעיל, הערה 11) בעמ' 475–476.

לשירותיהן, במונחים של נכונות לשלם, יהיה גבוה יותר, ולכן הן תצלחנה "לגלגל" עליהם את העלות הנוספת הכרוכה בכך.<sup>117</sup> חלופות אלה אינן עומדות בפני הלקוחות-הניזוקים, אשר ככלל אינם יכולים לפזר את הסיכון פיזור יעיל. מכל מקום, ודאי שהרחבת מעגל החבים, כך שיכלול גם את סוכנות הנסיעות, משרתת מטרה זו.<sup>118</sup>

הטלת סיכון חוזי על הצד הערוך לשאת בו בעלות נמוכה יותר משרתת אפוא את תכלית היעילות. דומה שהטלת הסיכון לליקויים בשירותי התיירות על סוכנויות הנסיעות מתיישבת עם שיקול זה. כמו כן, שיקולי יעילות בדיני חוזים אינם עוסקים רק בצדדים (הפוטנציאליים) לחוזה. לעיתים הם עוסקים גם בהשאת התועלת מצדדים שלישיים וממשאבים חברתיים.<sup>119</sup> השאיפה להפחית עלויות מנהליות מצדיקה אפוא לאמץ הסדר שיביא לצמצום התדיינויות משפטיות ועלותן.<sup>120</sup> מובן שכלל המטיל אחריות משפטית על סוכנויות נסיעות כרוך מטבעו בעלויות מנהליות, שמקורן בצורך לברר את התביעות ולהתגונן מפניהן. לכאורה, דרך אפקטיבית להפחית את ההתדיינויות ואת עלותן היא דווקא לפטור את הסוכנויות מכל אחריות, שכן אז, כאמור, הלקוחות כמעט לעולם לא יטרחו לתבוע את הספקים שבחוף-לארץ. עם זאת, בכך ייפגעו בצורה קשה התמריצים למנוע את הנזק, וממילא הוא גם לא יפוזר. הכרעה בדבר הזהות של גורם מקומי האחראי כלפי הלקוח למתן שירותי הנופש שהזמין ולטיבם תקדם מטרה זו, מבלי לפגוע בתמריצים למניעת הנזק ובפיזורו.

קידום השאיפה להפחתה של עלויות מערכת תלוי בהסדר המשפטי הקונקרטי שיאומץ. כך, למשל, לסוג האחריות, לקיומן של הגנות, מספרן והיקפן, לסוג החבות (אחריות ביחד ולחוד או אחריות יחסית) ולקביעה של תקרה חקוקה לפיצוי יש השפעה ממשית וישירה על עלויות המערכת. נוסף על כך, משהוכרעה שאלת האחריות, דומה שניתן לקצר ולפשט את ההליך גם באשר לשאלת החבות, וזאת באמצעות טבלאות פיצוי קבועות מראש על סוגים שונים של תקלות טיפוסיות.<sup>121</sup>

117 גם אם יצליחו סוכנויות הנסיעות לגלגל את העלות הנוספת ללקוחות, סביר להניח שיהיו לכך השלכות על הביקוש להזמנות באמצעותן. ראו, בהקשר זה, הדיון להלן בתת-פרק הבא.

118 גווידו קלברזי (Guido Calabresi), מאבות הגישה הכלכלית למשפט, סבור שאחת ממטרות דיני הנוזיקין היא הפחתה של עלויות תאונה משניות באמצעות פיזור הנזק. Calabresi (לעיל, הערה 113) בעמ' 40, 42. לדיון במקורן של עלויות אלו ראו: גלעד, "גבולות ההרתעה" (לעיל, הערה 18) בעמ' 432.

119 פורת, "שיקולי צדק" (לעיל, הערה 83) בעמ' 653.

120 בהתאם לגישתו של קלברזי, אף זו אחת ממטרותיהם של דיני הנוזיקין. ראו: Calabresi (לעיל, הערה 113) בעמ' 139.

121 ראו לעיל, הדיון בפרק א. "הדירקטיבה", כמו גם "הדירקטיבה החדשה", עוסקת באפשרות להגביל את הפיצוי אך לא קובעת מהו הפיצוי הראוי או כיצד יש לחשבו. עם זאת, ראו: Regulation (EC) No 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights,

**ג. הסברים אפשריים לניסיון של סוכנויות הנסיעות לפטור את עצמן מאחריות**

ההתפתחויות הטכנולוגיות המנגישות את המידע ומאפשרות ללקוח להזמין את שירותי התיירות ישירות מהספקים מייתרות, במידה מסוימת, את הצורך בשירותיהן של סוכנויות הנסיעות עבור לקוחות רבים. על רקע השינויים המהירים שעברו על שוק התיירות בעידן הטכנולוגי, דומה כי על הסוכנויות לעצב את תפקידן מחדש כדי ליצור ערך מוסף (נוסף) עבור לקוחותיהן ולשרוד בתנאי השוק המשתנים. אחת התועלות המרכזיות שסוכנות נסיעות יכולה להציע ללקוחותיה היא קבלת אחריות לכשלים שהלקוח עלול להיתקל בהם במהלך הנסיעה. הסוכנות יכולה לעשות זאת בהתחשב בכך שתביעתם של ספקי השירותים בחוץ-לארץ מעוררת, מבחינת הלקוח, קשיים ניכרים, ותוך ניצול יתרון הגודל שממנו נהנית הסוכנות (לעומת הלקוח) כלפי הספקים. מבחינה זו, האחריות המשפטית משקפת עבור הסוכנות דווקא הזדמנות להרחבת קשת השירותים שהיא מספקת ללקוחותיה. לסוכנויות הנסיעות, או לפחות לחלקן, צריך אפוא להיות תמריץ לשאת באחריות לשירותי התיירות שהן משווקות ללקוחותיהן. לסוכנות יש עניין רב בטיפוח מוניטין בדבר איכות הפיקוח שלה על הספקים שאת שירותיהם היא מציעה ללקוחותיה, כמו גם באשר למענה שהיא נותנת ללקוחות במקרה של תקלה. לכאורה, סוכנות אשר תציע חוזה טוב יותר ותאיר את עיני הצרכנים בדבר היתרונות הגלומים בו, עשויה להגדיל את נתח השוק שלה על חשבון מתחרותיה.<sup>122</sup> לפיכך, ההנחה שלסוכנות יש עניין במתן אחריות לשירותים שהיא מציעה ללקוחותיה – גם ללא התערבות משפטית – סבירה.<sup>123</sup>

מתעוררת אפוא התמיהה מדוע בוחרות הסוכנויות לכלול בחוזהן פטור גורף מאחריות לטיבם של שירותי הנופש שאותם הן משווקות. ניתן לנסח שאלה זו באופן רחב יותר – אם בעניין זה מוצעים חוזים מוטים הפוגעים ברווחת הצרכנים, מדוע אף לא אחת מהסוכנויות מציעה חוזה טוב יותר כדי למשוך לקוחות רבים יותר? באופן כללי, התשובה המתבקשת היא שבהיותן גורמים רציונליים הפועלים להשיא את תועלתם האישית, הסוכנויות יעשו כן רק כאשר התועלת הצומחת להן מדרך פעולה זו עולה על העלות הכרוכה בה. והנה, במקרים רבים נראה שלא יעיל מבחינתו של עוסק לנסות

and repealing Regulation (EEC) No 295/91, O.J. (L 46) 1 (EC) (להלן: "תקנות הפיצוי בשל ביטול טיסה"). כמו כן, בחלק גדול מההסכמים עצמם נכללות תניות פיצוי שונות למקרים כגון ביטולים ושינויים. ראו, למשל: <http://www.thomson.co.uk/editorial/simply/terms/our-agreement.html> (נצפה לאחרונה בפברואר 2020).

122 בכר ובר-גיל (לעיל, הערה 44) בעמ' 244.

123 השוו: חמדני (לעיל, הערה 11) בעמ' 21–22.

למשוך צרכנים באמצעות תניות חוזיות עדיפות. לכך יש כמה טעמים:<sup>124</sup> ראשית, צרכנים נוטים שלא לייחס חשיבות רבה לתניות חוזיות בתהליך קבלת ההחלטות, ולכן שינוי של תנאי החוזה אינו צפוי להשפיע על החלטתם (כפי שעולה גם מהממצאים האמפיריים שבהם נדון להלן בתת-פרק ג.1). שנית, ההשקעה הנדרשת מצד העוסק כדי להאיר את עיני הלקוחות הפוטנציאליים לגבי תוכן החוזה האחיד ומשמעותיותו היא רבה, יקרה ומורכבת. לעיתים העלות הכרוכה בתהליך זה גבוהה מהתמורה שהעוסק עשוי להפיק ממנו.

גם בהנחה שהעוסק יצליח לגרום לחלק נכבד מהצרכנים להבחין ביתרונותיו של החוזה על פני החוזים המוצעים על ידי מתחריו, עדיין לא ברור שהוא ייחנה מגידול בהיקף פעילותו: אם שינוי תנאי החוזה הנלווה לעסקה אכן ישפיע על בחירת הלקוחות, סביר להניח שגם מתחריו של העוסק יפעלו לשינוי חוזהם.<sup>125</sup> לכל אחת מהסוכנויות יש יכולת לדעת בפרק זמן קצר אם מי מהן קיבלה על עצמה אחריות למתן שירותי התיירות. מעבר לכך שתקנוני הסוכנויות מפורסמים באתריהן, שינוי זה נועד מלכתחילה למשוך לקוחות, ולכן אך טבעי שיפורסם בהבלטה. בניגוד לתהליך היקר והמורכב של חינוך הלקוחות הפוטנציאליים לשים לב לתוכנו של החוזה האחיד, שינוי החוזה כשלעצמו זול ופשוט יחסית. במקרה כזה, לא זו בלבד ששינוי תנאיו לא יניב את התוצאה המיוחלת, אלא מצבו של העוסק אף יהיה גרוע מזה שבו היה טרם ביצוע המהלך החלוצי: הוא יאבד את היתרון התחרותי היחסי שרכש, המשאבים שהשקיע בחינוך הצרכנים ירדו, לפחות בחלקם, לטמיון והוא ימשיך לשאת בעלויות הכרוכות בשיפור תנאי החוזה (מתן האחריות). עוסק רציונלי יצפה תוצאה זו, ולכן יימנע מלהציע תניות חוזיות עדיפות מלכתחילה.<sup>126</sup>

הסבר אפשרי נוסף לכך שהסוכנויות אינן נכונות להציע שירות זה נעוץ בסברה כי בשונה מיצרן או יבואן המזוהה עם מוצריו, עומד מאחוריהם ומעניק בנוגע אליהם אחריות ושירות לאחר המכירה,<sup>127</sup> שירותי הנופש כלל אינם מזוהים עם סוכנות הנסיעות אלא עם ספקי השירותים בפועל. במילים אחרות, במקרים רבים שבהם נפל ליקוי בשירותי התיירות, עיקר הפגיעה התדמיתית הוא בספק השירותים ולא בסוכנות שממנה הוזמנו. מנגד, ייתכן מצב שבו כאשר הכול מתנהל כשורה, מלוא ההערכה ניתנת לספק

124 בכר ובר-גיל (לעיל, הערה 44) בעמ' 244. כיוון שהדיון בכך, לפחות בחלקו, איננו ייחודי לסוכנויות נסיעות, ולמעשה רלוונטי כמעט לכל חברה עסקית גדולה המשרתת צרכנים, יפורטו טיעונים אלה בצמצום ניכר.

125 מחקרים אמפיריים שבחנו את שיטות התמחור בשוקים דיגיטליים מצביעים על נטייה של המוכרים לתאם ביניהם את תנאי המכירה בשוק, ראו: ג'בארין, "אתרי אינטרנט" (לעיל, הערה 19) הערות 105–107 והטקסט שלידן.

126 בכר ובר-גיל (לעיל, הערה 44) בעמ' 244.

127 ראו, למשל, את סממת הדגל של חברת ניופאן בע"מ: "ניופאן – שמות גדולים. אחריות גדולה".



עצמו, אך כשמהו משתבש מופנות הטענות גם, ובעיקר, לסוכנות הנסיעות. אומנם ההנחה המסתברת תומכת במסקנה שהלקוח יעדיף לפנות בעתיד לסוכנות אחרת במקרה של סכסוך עם הסוכנות במקרה הנוכחי, אך אם כל הסוכנויות רואות את עצמן כמתווך נטול אחריות באשר לאופן ביצוע השירותים שהוזמנו מהן, נראה כי לא תהיה לכך השפעה על התחרות בין הסוכנויות.

מזווית אחרת, ניתן לטעון שהשוק לא יעריך מתן אחריות על ידי הסוכנויות ואינו צפוי לתגמל אותן על כך. אילו ראו הלקוחות חשיבות בשירות מעין זה, חזקה שכוחות השוק היו מביאים לכך שיהיו סוכנויות שיציעו אותו. עם זאת, משקלה של טענה זו אינו גבוה לאור קיומם של מצבים שבהם כוחות השוק אינם פועלים כנדרש כדי להשיא את העדפות הצדדים לעסקה (ולכן אין לצפות שהם יגיעו אל ההסדר היעיל בכוחות עצמם). יתרה מזאת, ייתכן שהשירות דווקא מוערך על ידי הלקוחות, ורצוי מאוד מבחינתם, אלא שהם מניחים כי ממילא זהו הכלל המשפטי החל על העסקה. זהו אחד מכשלי השוק שעליהם נעמוד להלן בתת-פרק 1.ג – מידע חסר של הלקוחות בקשר לתוכן החוזה בכלל ולכלל המשפטי החל על העסקה בפרט.

נוסף על כך, אחת הטענות המרכזיות של סוכנויות הנסיעות להצדקת תניות הפטור<sup>128</sup> היא שאין להן שליטה או יכולת להשפיע על מתן השירותים בפועל. בהיעדרן של אלו, אין זה יעיל כלכלית מבחינתן לערוך לטיב השירותים. הסוכנויות מבקשות אפוא לספק רק את השירותים שבהם הן מתמחות, ולא שירותים אחרים שאינם נתונים לשליטתן.<sup>129</sup> דומה שטיעון זה, לפחות ברמת ההנמקה הנוכחית, איננו משכנע. ראשית, מהדיון לעיל עולה שהסוכנויות הן דווקא בעלות אמצעים הן לעניין מניעת הנזק והן לעניין אכיפת הזכויות כלפי הספקים. שנית, על רקע חלופות החיפוש וההזמנה באינטרנט, מתעוררת השאלה מדוע סוכנויות הנסיעות אינן מעוניינות, גם בהנחה שלתפיסתן הן אינן מונעות נזק טובות, ליצור ללקוח ערך מוסף ולספק שירותי אחריות כמעין גורם מבטח (אשר לעולם איננו מונע הנזק הטוב ביותר).<sup>130</sup> ניתן לחשוב על ביטוח בסגנון "Risk Free" (באנלוגיה לסגנון הנופש המקובל והאהוב "הכול כלול"), או לכל הפחות על ביטוח שיקנה כיסוי לסיכונים מוגדרים, אשר יבטיח כי השירותים המוזמנים יתנהלו כשורה מצידם של הספקים.<sup>131</sup>

128 הדבר עולה הן מנוסח התניות עצמן והן מטיעוניהן של הסוכנויות כנתבעות בבתי המשפט. ראו, למשל: עניין **בורנפלד** (לעיל, הערה 5); וכן איריס ליפשיץ-קליגר, "חברת אופקים ללקוח שחופשתו נהרסה: 'פנה ישירות לספקית' – ידיעות – מוסף ממון (29.12.2011).

129 השוו: עניין **דיזנהויז** (לעיל, הערה 6).

130 ראו, למשל, דבריו של תורג'מן: "מי שיצליח לשרוד לאורך שנים בענף ההישרדותי הזה הוא מי שיציע ערכים נוספים מעבר למחיר". שטרקמן ומלניצקי (לעיל, הערה 74). כן ראו, למשל: עניין **קועד** (לעיל, הערה 8).

131 בהקשר זה ראו, למשל, את שירות "ערכות לנחיתה בזמן" שמציעה חברת התעופה Wizzair. החברה מאפשרת תמורת תוספת תשלום של 44 ש"ח לקבל פיצוי בסך 100 יורו במקרה שהטיסה נוחתת בעיכוב של שעה, גם מסיבות שאינן בשליטתה, כגון תנאי מזג

ניתן להעלות על הדעת כמה נימוקים להימנעותן של הסוכנויות מלשמש גורם מבטח:<sup>132</sup> ראשית, המודל העסקי של סוכנויות הנסיעות עלול ליצור תמריץ שלילי לכך, לאור הפגיעה הכלכלית שעלולה להיגרם לספקים. כאמור, מרבית התיירים אינם מנהלים מערכה משפטית נגד ספק שמקום מושבו בחוץ-לארץ בשל העלויות הכרוכות בכך, ולכן הספק אינו נושא בנטל הפיזי ברוב המקרים שבהם גרם לנזק. ייתכן שכניסתה של הסוכנות לנעליהם של לקוחותיה וניהול המערכה על ידיה יובילו להוצאות ניכרות, שהספקים לא נדרשו לשאת בהן עד כה. בין סוכנויות הנסיעות לבין הספקים קיימת תלות הדדית הפוגעת בכדאיות של הסוכנויות לנהל מערכה משפטית נגד הספקים, קל וחומר להפסיק את שיתוף הפעולה עימם.

שנית, מתן אחריות כרוך בעלויות שאינן מבוטלות עבור הסוכנויות, גם בהנחה שהן ישופו בסופו של דבר על ידי הספקים. כך, למשל, על סוכנות המבקשת לאמץ דפוס פעולה זה לשאת בעלות הכרוכה בהקמת מנגנון לבירור התלונות עם הספקים ובנקיטת הפעולות הנדרשות בהתאם למסקנות הבירור, לרבות תשלום פיזיים ללקוחות וניהול הליכים נגד הספקים.<sup>133</sup> ייתכן שבישראל, בשל קוטנו היחסי של הענף, העלות הכלכלית הכרוכה בהקמת מנגנון מעין זה גבוהה מהתועלת שעשויה לצמוח מכך לסוכנות.<sup>134</sup> שלישית, דומה כי בדרך כלל הנזק העיקרי שעלול להיגרם ללקוח עקב ביצוע לקוי של שירותי התיירות הוא נזק לא-ממוני בעל אופי סובייקטיבי.<sup>135</sup> בהתאם לניתוחים

אוויר או שביטות. <https://wizzair.com/he-il/information-and-services/wizz-services/on-time-guarantee> (נצפה לאחרונה בפברואר 2020).  
 132 לדיון דומה בהקשר של אתרי סחר, ראו: ג'בארין, "הקניונים הווירטואליים" (לעיל, הערה 22).  
 133 ההחלטה של התאחדות סוכני הנסיעות בישראל לסגור את המוסד לבוררות, אשר טיפל בתלונות של לקוחות נגד סוכנויות נסיעות, נבעה, בין היתר, מהעלות הגבוהה שהייתה כרוכה בהפעלתו. ראו: דני שדה, "רוצים להתלונן על סוכן נסיעות? כבר לא אפשרי", Ynet (26.1.2010) [[www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3839687,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3839687,00.html)] (נצפה לאחרונה בפברואר 2020). כן ראו: עירית רוזנבלום, "ד"ר אסף מידני: ביטול המוסד לבוררות תלונות – כשל בהגנת צרכני התיירות", TheMarker (27.1.2010) [[www.themarker.com/misc/1.557640](http://www.themarker.com/misc/1.557640)] (נצפה לאחרונה בפברואר 2020) ("אין מנוס מלמסד פיקוח של המדינה על ענף התיירות"). לדיון בתוכנית ליישוב סכסוכים שמפעילה בבריטניה ABTA (Association of British Travel Agents), ראו: Christopher Hodges, Iris Benohar & Naomi Creutzfeldt-Banda, *Consumer ADR in Europe* (2012) pp. 328–334.

134 השוו: ג'בארין, "אתרי אינטרנט" (לעיל, הערה 19) בעמ' 280–282.

135 מטבע הדברים, ליקויים שונים באספקת השירות עלולים לגרום לנזק כלכלי ואף לנזק פיזי (כך, למשל, במקרה של איחורים, תאונה שבה מעורב המוביל, הרעלת מזון או התחשמלות בבריכה). עם זאת, סקירת הפסיקה מלמדת כי אלו המקרים החריגים. ראו: שילד, "מותו של סוכן" (לעיל, הערה 4); וכן נתנאל מונדרר, **הקודקס המקיף לדיני תירות-נופש-מלונאות-תעופה ושייט (דין, הלכה ומעשה)** (2018).

כלכליים ופסיכולוגיים, אין לצפות מאנשים שיבטחו את עצמם מפני נזק מסוג זה.<sup>136</sup> הא ראייה, שאין למצוא בשוק פוליסות המבטחות מפני פגיעות לא-ממוניות בשוק הביטוח.<sup>137</sup> כיוון שצדדים רציונליים לחוזה לרוב היו נמנעים מלקבוע שהנפגע זכאי לפיצוי בגין נזקיו הלא-ממוניים, יש להימנע מלכפות עליהם כלל של פיצויים שבו לא חפצו מלכתחילה.<sup>138</sup> עם זאת, שיקול הביטוח אינו השיקול היחיד העומד לנגד עיני הלקוח בבואו להחליט על הסעדים שלהם יהיה זכאי במקרה של הפרת החוזה. האינטרס של נפגע פוטנציאלי לזכות בפיצוי נובע לא רק מרצונו להיטיב את נזקיו, אלא גם מרצונו להרתיע את המפר הפוטנציאלי מפני הפרה שכזו. שיקול ההרתעה, בניגוד לשיקול הביטוח, פועל גם על נזקים לא-ממוניים. כאשר חלקן של הנזק הלא-ממוני מתוך סך הנזק הכולל צפוי להיות גדול, כמו במקרה הטיפוסי של שירותי תיירות, שיקול ההרתעה צפוי להוביל את הנפגע בכוח להעדיף כלל של פיצוי גם על נזק לא-ממוני.<sup>139</sup> בענייננו ההרתעה רלוונטית הן לסוכנות הנסיעות והן לספק (ולמארגן), אשר אומנם אינו צד לחוזה עם הלקוח, אך יושפע מכך ישירות. עם זאת, אין סיבה להניח שסוכנות הנסיעות תבקש לקדם הסדר שתכליתו היא הרתעתה שלה.

רביעית, סוכנות נסיעות שתנסה למשוך לקוחות באמצעות מתן אפשרות לתבוע אותה (לאור מתן אחריות מצידה) עלולה לחשוף את עצמה לבעיית הבחירה השלילית (adverse selection).<sup>140</sup> היא תמשוך בעיקר לקוחות בעייתיים המחפשים סכסוכים ותביעות, משום שעבור לקוחות כאלה מתן האחריות לשירותי התיירות חשוב במיוחד.<sup>141</sup> כשל שוק זה עלול ליצור עודף סיכון לסוכנויות שייאותו לפצות בגין נזקים לא-ממוניים ולהוביל לפרמיות גבוהות, לאור כך שדווקא אנשים המועדים לסוג נזק זה יצטרפו לשירות. ככל שיגדל שיעורם בקרב לקוחותיהן של סוכנויות אשר יציעו שירות כאמור, כך יקטן הסבסוד ההדדי והן תיאלצנה להעלות את הפרמיה כדי לשמור על רווחיות ויציבות כלכלית. במצב זה ייאלץ כלל ציבור הלקוחות לספוג את העלויות הכבדות שייצרו הלקוחות ה"מועדים". העלאות הפרמיה עלולות לגרום בסופו של דבר ללקוחות

- 
- Samuel A. Rea, "Nonpecuniary Loss and Breach of Contract", 11 *J. Legal Stud.* 136  
35 (1982); וכן פורת, "שיקולי צדק" (לעיל, הערה 83) בעמ' 681.
- Steven P. Croley & Jon D. Hanson, "The Nonpecuniary Costs of Accidents: Pain-and-Suffering Damages in Tort Law", 108 *Harv. L. Rev.* (1995) 1785  
פורת, "שיקולי צדק", שם, שם ("באין ביקוש – אין היצע").
- 138 פורת, "שיקולי צדק", שם, בעמ' 681–683. אם טיעון זה נכון, המסקנה היא שאין להטיל  
אחריות לנזקים אלו אפילו על הספק, ולא רק על הסוכנות.
- 139 שם, שם.
- George A. Akerlof, "The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market  
Mechanism", 84 *Q. J. Econ.* (1970) 488
- 141 השו: בכר ובר-גיל (לעיל, הערה 44) בעמ' 244.

הבעייתיים פחות להעדיף את הסוכנויות שאינן מציעות שירות זה, אך הן זולות יותר.<sup>142</sup> **בחירה שלילית** עלולה אפוא להביא לכך שהביטוח ימשוך דווקא את הלקוחות הבעייתיים – לקוחות שלסוכנויות הנסיעות ממילא אין כל עניין למשוך אליהן. יתרה מזאת, סביר להניח שהפרמיה החוזית עבור שירות זה תהיה גבוהה למדי גם בשל החשש מפני ריבוי תביעות סרק במטרה להוציא מהסוכנות כספים על כל דבר פעוט ובגין כל תקלה מזערית.<sup>143</sup> חשש זה מבוסס על ריבוי התביעות נגד סוכנויות הנסיעות ועל כך שרבות מהן מתגלות כבלתי מוצדקות.<sup>144</sup> דומה שהמקור לכך טמון במידת הסובייקטיביות הגלומה בטענות בדבר אובדן הנאה ועוגמת נפש, וכן בריבוי תביעות קטנוניות וקנטרניות נגד הסוכנויות,<sup>145</sup> תביעות אשר בצידן עלויות מנהליות גבוהות. תכליתן של תניות הפטור היא, לפיכך, לשמור על גבולות הסיכון והאחריות של הסוכנויות, והן שמאפשרות להן להעניק את השירות במחיר שווה לכל נפש. בסופו של דבר, סוכנות הנסיעות אינה חברת ביטוח. ראוי שהסיכון שהיא מקבלת על עצמה יעמוד ביחס סביר לתמורה שהיא מקבלת עבור השירות שאותו היא מספקת.<sup>146</sup> אם כן, הגיונה של הגבלת האחריות נעוץ בטיבו המוגבל של השירות שאותו מעניקות הסוכנויות ובאינטרס – הפרטי והציבורי – להגדיר את גבולות הסיכון המוטל עליהן במקרים שבהם הן אינן המזיק הישיר.<sup>147</sup>

- 142 השוו: John W. Boudreau, "Selection Utility Analysis: A Review and Agenda for future Research", *Advances in Selection and Assessment* (M. Smith & I.T. Robertson eds., 1989) 227, p. 238.
- 143 ראו, בהקשר זה: בר"ע (שלום ת"א) 1675/89 **רימון טיולים בע"מ נ' שרעבי** (לא פורסם, 20.11.1989).
- 144 ראו, למשל: ת"ק (תביעות קטנות י-ם) 2174/00 **אבידן נ' גלקסי נסיעות בע"מ**, תקדין שלום 2001 (2) 15757 (2001) ("תביעות נגד סוכני נסיעות ומארגני טיולים הפכו, כך נראה, 'ספורט לאומי' ורבות מהן מתגלות, למרבית הצער, כנסיונות שווא לעשות רווחים קלים ולהכין תשתית לטיול נוסף לחו"ל"). חיפוש באתר נבו לצורך הערכה גסה של מספר ההליכים בבתי המשפט לתביעות קטנות בלבד הניב למעלה מ-1,000 פסקי דין הכוללים את הביטוי "סוכנות נסיעות", וזאת רק בעשור האחרון. לכאורה תחת הכלל של היעדר אחריות שמאמצות הסוכנויות כיום לא ניתן היה לצפות להתפתחותו של ספורט כזה. תופעה זו מחזקת את הסברה שלפיה הלקוחות רואים בהן גורם האחראי לשירותי התיירות שהוזמנו באמצעותן, וזאת על אף האמור בתקנוניהן.
- 145 ראו, למשל, האמור בהקשר זה בת"ק (תביעות קטנות ת"א) 4308/04 **ליברמן נ' מנו ספנות** (פורסם בנבו, 2004). השופט קליין חוזר על הדברים גם בת"ק (תביעות קטנות ת"א) 4751/06 **נוי נ' חב' השטיח המעופף** (פורסם בנבו, 2008). כן ראו: דריה כנף, "חווה לך ברה", **Ynet** (7.8.2009) [www.ynet.co.il/Ext/Comp/ArticleLayout/CdaArticlePrintPreview/1,2506,L-3758097,00.html].
- 146 ע"א 11628/05 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' מאגר ציוד למשרד ולמחשב בע"מ (פורסם בנבו, 2007).
- 147 השוו: ת"א (שלום ראשל"צ) 3794/08 **מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' אמינות מוקד ארצי** (1978) **בע"מ פס' 33** (פורסם בנבו, 2012).

לאור כל זאת, הסוכנויות סבורות שאין מקום להטיל עליהן את האחריות לליקויים שנפלו בשירותי התיירות. הטלת אחריות שאינה מותנית באשם שלהן איננה מוצדקת, לגישתן, מההיבט המשפטי כמו גם מההיבט המסחרי-כלכלי. הטלת אחריות כזו עלולה לגרום לקריסתן הכלכלית ולהיעלמותן מן השוק. במצב זה עלולה להיפגע נגישותם של ספקים לשירותיהן של סוכנויות נסיעות, וגם לכך צפויות להיות השלכות שליליות בהתחשב בתפקידן של הסוכנויות בשוק. לחלופין, הטלת אחריות על הסוכנויות עלולה לגרום לייקור ניכר בעלות שירותיהן ולפגיעה בכלל ציבור הלקוחות. משטר אחריות כזה אומנם צפוי לתמרץ סוכנויות נסיעות לאמץ את רמת הזהירות הרצויה מבחינה חברתית, אך מאחר שגם זו אינה מבטיחה מניעה מוחלטת של ליקויים בשירותי התיירות, עדיין יהיו מקרים שבהם תידרש הסוכנות לשאת באחריות. עקב כך תבקש הסוכנות לפצות את עצמה מראש על העלות הצפויה של האחריות המשפטית שתוטל עליה על ידי הגדלת התמורה שהלקוח משלם לה. גובהה של התוספת ("פרמיית האחריות") תלוי בהיקף האחריות ובמידת האפקטיביות של הסוכנות במניעת הליקויים,<sup>148</sup> ולפיכך היא צפויה לייקר את השירותים בצורה ניכרת ולגרום לירידה דרמטית בביקוש להם.

מובן ששתי החלופות אינן רצויות אף מבחינה חברתית; להפך – קיים אינטרס ציבורי מובהק להבטיח את המשך פעילותן של הסוכנויות, אשר מנגישות את שירותי התיירות לציבור הרחב, מסייעות לספקים לשווק את שירותיהם ומקלות ביצוע עסקאות יעילות בשוק התיירות. מבחינת שיקולי יעילות, עליית המחיר כשלעצמה אינה בלתי רצויה בהכרח. השאלה היא מהי השפעתה על השוק. לתוספת המחיר עלולות להיות השלכות שליליות, למשל בשל כך ששירותי הסוכנויות יהיו נגישים פחות ללקוחות שרגישותם למחיר גבוהה. במילים אחרות, תוספת המחיר שתדרוש הסוכנות עלולה לייקר את השירותים באופן שבו חלק מהלקוחות יימנעו מלצרוך אותם כליל. לאמיתו של דבר, מדובר בטיעון בדבר אפקט הצינון (chilling effect), שלפיו הטלת אחריות תוביל להרתעת יתר ותיצור תמריצים שליליים, כך שפעילויות מועילות ורצויות לחברה תצטמצמנה ואף תחדלנה מלהתקיים. חשש זה מתעורר בכל המצבים שבהם נשקלת הטלת אחריות על גורמי ביניים.<sup>149</sup> הספרות הכלכלית מלמדת שלא ניתן לצפות מראש את ההשפעה המדויקת שתהיה להטלת האחריות על השוק הרלוונטי, והתוצאות האפשריות נעות בין היעדר כל השפעה על השוק לבין קריסתו המוחלטת.<sup>150</sup> בענייננו, סוכנויות הנסיעות עשויות לטעון שהפוטנציאל של עלויות האחריות גדול יחסית בשל

148 שומר הסף יבקש לפצות את עצמו לא רק על האחריות הצפויה, אלא גם על העלויות הכרוכות באמצעי המניעה. חמדני (לעיל, הערה 11) בעמ' 25–26.

149 ראו, למשל: Assaf Hamdani, "Who's Liable for Cyberwrongs?", 87 *Cornell L. Rev.* 901 (2002).

150 חמדני (לעיל, הערה 11) בעמ' 26; Assaf Hamdani, "Gatekeeper Liability", 77 *S. Cal. L. Rev.* (2003) 53.

העובדה שאין להן יכולת טובה למנוע את הליקויים בשירותים שהוזמנו באמצעותן.<sup>151</sup> עם זאת, יכולתן להישפות מהגורם הרלוונטי עשויה לתת מענה, לפחות חלקי, לחשש זה. בסיכומו של דבר, בהתאם לקריטריון של יעילות, ראוי לאמץ כלל של אחריות ביחד ולחוד של סוכנות הנסיעות, המארגן והספקים כלפי הלקוח. הדיון בשאלה מדוע אין הסוכנויות מאמצות באופן וולונטרי סטנדרט אחריות זה ממחיש את הטענה שיש סיבות טובות להניח כי אף אם סטנדרט אחריות נתון הוא יעיל, הוא לא בהכרח יאומץ גם בשוק תחרותי.

#### 4. שיקולי הוגנות, איזון ושקילות התמורות

בהתאם לתפיסה הרווחת, תכליתם של דיני החוזים היא להבטיח שהליך ההתקשרות יהיה הוגן, כלומר שלא ייפול פגם כלשהו ברצונו של אחד הצדדים לחוזה, ואי-שקילות של התמורות הקבועות בו (קרי הגינותם של תנאים) אינה מצדיקה, כשהיא לעצמה, התערבות ביחסים החוזיים.<sup>152</sup> ואולם, במהלך המאה העשרים איבדה הגשמת הרצון הפרטי מכוחה כבסיס העיוני של דיני החוזים, ולצידה צברו כוח תאוריות שונות, ובהן הוגנות החוזה.<sup>153</sup> לאמיתו של דבר, תקינותו של הליך כריתת החוזה היא לעיתים רק אמצעי להבטיח את ההוגנות של תוכנו.<sup>154</sup> כך, דומה שעל אף הרטוריקה המתייחסת לתקינותו של הליך ההתקשרות, בתי המשפט מגלים מחויבות רבה לערכים של שקילות התמורות, הגינות וצדק מהותי.<sup>155</sup> הדבר מתיישב עם ממצאים שלפיהם פעמים רבות בתי המשפט נמנעים מלדון בתניות הפטור של סוכנויות הנסיעות לגופן, לאור ההנחה שהן לא הובאו לידיעת הלקוחות או לא הוכח כי האחרונים היו ערים להן.<sup>156</sup> לאור זאת, ייתכן שיש

- 
- 151 השוו: חמדני, שם, בעמ' 28.  
 152 ולר (לעיל, הערה 42) בעמ' 115–116. כן ראו, למשל, את דעת הרוב בע"א 4839/92 גנו נ' כץ, פ"ד מח(4) 749 (1994).  
 153 איל זמיר, **פירוש והשלמה של חוזים** (1996) בעמ' 89–100 (להלן: זמיר, "**פירוש והשלמה**"); וכן זמיר, "צדק" (לעיל, הערה 39) בעמ' 10.  
 154 על הקשר בין הבחינה של תנאי החוזה לסיכויי קבלת הטענה בדבר פגם בהליך ההתקשרות ראו: זמיר, "צדק", שם, בעמ' 8; זמיר, "**פירוש והשלמה**", שם, בעמ' 42–43; ולר (לעיל, הערה 42) בעמ' 115–116; וכן ע"א 6234/00 ש.א.פ. נ' **בנק לאומי לישראל**, פ"ד נז(6) 769, בעמ' 788 (2003).  
 155 זמיר, "**פירוש והשלמה**", שם, בעמ' 98; Duncan Kennedy, "Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power", 41 *Md. L. Rev.* (1982) 563; זמיר, "צדק", שם, בעמ' 8; זמיר, "צדק", שם, בעמ' 8/88 **שאל רחמים בע"מ** למשל: ע"א 784/81 **שפיר נ' אפל**, פ"ד ט(4) 149 (1985); וע"א 8/88 **שאל רחמים בע"מ** נ' **אקספומדיה בע"מ**, פ"ד מג(4) 95 (1989).  
 156 ראו, למשל: ת"א (מחוזי ת"א) 1286/08 **אביגור נ' כספי הפלגות קרוז בע"מ** (פורסם בתקדין, 2011); ת"א (שלום חי) 7502/07 **קובה נ' כספי ספנות בע"מ** (פורסם בתקדין, 2007); תא"מ (שלום חי) 8490/07 **שטרית נ' אופיר טורס בע"מ** (פורסם בתקדין, 2008);

הצדקה להתערב בהסדר החוזי המוצע על ידי סוכנויות הנסיעות גם משיקולי הוגנות, איזון ושקילות התמורות, ולאמץ חלוקה מאוזנת והוגנת של עלויות ותועלות בחוזה על פני התניות מפורשות אשר אינן מתיישבות עם ערכים אלו.

בהנחה שעל דיני החוזים להבטיח מידה מסוימת של הוגנות ושקילות בהקצאת התועלות והעלויות בין הצדדים לחוזה,<sup>157</sup> עולה השאלה אם דרישה זו אכן מתקיימת בענייננו. מתן תשובה לשאלה זו כרוך בקשיים, בין היתר בשל הקושי להעריך את שווי השוק של תניה הפוטרת את סוכנות הנסיעות מאחריות. עם זאת, קביעת שווי אובייקטיבי לזכאויות שונות, אף בהיעדר מחיר שוק, עשויה להיות בת-השגה בהנחה שקיים קנה מידה אובייקטיבי, המאפשר לערוך השוואה בין התמורות ללא תלות בהסכמה הרצונית של הצדדים (כפי שקיבלה ביטוי בחוזה).<sup>158</sup> כך, ייתכן שהעלות הנמוכה של שירותי הסוכנות עבור הלקוח מובילה למסקנה שהתמורה הניתנת בעדה הוגנת וסבירה. ככל שהתמורה שמשלם הלקוח לסוכנות נמוכה יותר, כך עליו לצפות ממנה למידת אחריות קטנה יותר לשירותים שאותם היא מעניקה.<sup>159</sup> לתמורה הניתנת לצד השני לחוזה יש אפוא משקל בבחינת סבירותה של תניית הפטור.<sup>160</sup>

יתרה מזאת, דומה שיש ממש בטענה שדווקא הטלת הסיכון לשאת בנזק שנגרם בשל התנהלותם של גורמים אחרים על הסוכנות – בשעה שהיא עצמה ביצעה את חלקה ללא דופי – איננה הוגנת. לאור העובדה שמקום מושבם של הספקים בחלק גדול מהמקרים הוא בחוץ-לארץ, הסיכון שהם לא יהיו בני-גבייה הוא ממשי. אם כן, אף על פי שתרומתה היחסית של הסוכנות לנזק עשויה להיות אפסית, היא עלולה לשאת במלוא נטל הפיצוי בשל העדפת הלקוחות להגיש את התביעה נגדה (ולא נגד הספק) מצד אחד, והקושי שלה לתבוע את נותני השירותים מהצד האחר. גם אם בסופו של דבר תצליח הסוכנות להיפרע מהאחראים האחרים את חלקם בנזק, היא שתישא בנטל של הגשת תביעות חזרה, ובמקרים המתאימים גם בנטל של ניהול הליכי הוצאה לפועל.<sup>161</sup> מצב דברים זה אינו עולה בקנה אחד עם תחושת הצדק וההגינות.<sup>162</sup>

וכן ת"ק (תביעות קטנות רח') 2226/08 **שוקר נ' איסתא ישראל בע"מ** (פורסם בתקדין, 2009) (להלן: עניין **שוקר**).

157 ההשקפה שראוי להבטיח את שקילות התמורות בחוזה ניתנת להצדקה מבחינה נורמטיבית גם מטעמים של יעילות כלכלית, פטרנליזם וצדק חלוקתי. זמיר, "פירושו והשלמה" (לעיל, הערה 153) בעמ' 94–90; 19; F. H. Buckley, "Three Theories of Substantive Fairness", 33, pp. 48–59. *Hofstra L. Rev.* (1990).

158 זמיר, "פירושו והשלמה", שם, בעמ' 97.

159 השוו: זמיר, "אחריות הקבלן כשומר" (לעיל, הערה 20) בעמ' 101.

160 שלו, "תניות פטור" (לעיל, הערה 71) בעמ' 153–157.

161 השוו: קרקו-אייל (לעיל, הערה 11) בעמ' 539.

162 שם, בעמ' 580. מצב דברים זה אינו עולה בקנה אחד גם עם נקודת המבט של צדק טריבייטיבי, במקרים שבהם הטלת אחריות מלאה על הסוכנות גורמת לחוסר יחסיות ניכר

מנגד, במישור היחסים שבין הלקוח לסוכנות דומה כי המחיר שסוכם ביניהם מבוסס על ההנחה שהשירותים יבוצעו בהתאם להזמנה. כאשר הביצוע של שירותי התיירות אינו נאות, הלקוח אינו מקבל תמורה ההולמת את המחיר ששילם, ולכן החוזה אינו הוגן. אם כך, ניתן לטעון שהבטחת שקילות התמורות תשתקף ישירות בהסדר אשר יבטיח את אחריות הסוכנות בקשר לשירותי התיירות שהוזמנו ממנה. כמו כן, דומה כי הסדרים חוזיים מסוימים הם הוגנים או בלתי הוגנים מטבעם, בלי קשר לשיעור התמורה הנגדית. אפשר אפוא לומר כי רף האחריות שייקבע ימנע התנאות שהן בלתי הוגנות מטבען.<sup>163</sup>

נוסף על כך, סוכנויות הנסיעות נהנות משיתוף הפעולה העסקי-כלכלי עם ספקי השירותים, ולכן ניתן לטעון שרווחיהן מאותו שיתוף פעולה הם צידו האחד של המטבע, ואילו צידו האחר הוא שיתופן באחריות לנזקים שנבעו ממנו או נוצרו בעקבותיו. אם כן, רווחיהן של הסוכנויות מהעסקה הם הצדקה להרחבת אחריותן.<sup>164</sup> בהתאם לכך, התגמול שקיבלה עבור שירותיה שולל מהסוכנות את האפשרות להסיר את אחריותה במקרים שההזמנה אינה מתבצעת בהתאם למה שסוכם עימה. סוכנות הנסיעות היא הגורם המקצועי האחראי על מכלול התיאומים הכרוכים בארגונה של חופשה, שאליו פונה הלקוח בדיוק לשם כך. אילו הייתה כל תכליתה של הסוכנות הזמנת השירות, לא היה צורך בשירותיה וניתן היה להזמין ישירות מהספקים עצמם. לכן, דומה שגם כאשר מקור התקלה נעוץ בספקים, יש מקום להטיל אחריות על הסוכנות בשל מעמדה הייחודי בעסקה והערך המוסף שאותו היא אמורה להעניק למזמינים את השירותים באמצעותה.<sup>165</sup>

כמו כן, בשל הקושי להיפרע מהגורם האחראי לנזק יש לבחור, כעניין של מדיניות, על מי מהצדדים הוגן להטיל סיכון זה. דומה שבין הלקוח, הנופל בין הכיסאות בשרשרת הגורמים האחראים לאספקת השירותים, לבין הסוכנות המקצועית והמיומנת, המקשרת (והמקושרת) בין חוליות השרשרת, שיקולי הגינות וצדק מחייבים את העדפת הלקוח באמצעות הטלת הסיכון על הסוכנות.<sup>166</sup> אומנם ראוי להתחשב גם ביחסים שבין יתר

בין נטל האחריות המוטל עליה לבין חומרת מעשיה (קל וחומר כשהאחריות אינה מבוססת על אשמה של הסוכנות). השוו: קרקו-אייל, שם, בעמ' 581.

163 השוו: זמיר, "מכר (דירות)" (לעיל, הערה 11) בעמ' 492–494.

164 השוו: מרשה גלפי, רות פלאטור-שנער ועמיחי קרנר, "אחריות מלווים למפגעים סביבתיים הנגרמים על ידי הלווים – הניסיון האמריקני כמודל לקביעת ההסדר הישראלי הראוי", **הפרקליט נ (תש"ע) 439**, בעמ' 451.

165 עדות לגישה זו ניתן למצוא גם בפסיקה. ראו, למשל: עניין **ויסוצקי** (לעיל, הערה 5); ות"ק (תביעות קטנות ת"א) 641/04 **דורון נ' דיזינהויז נסיעות ותיירות 1979** בע"מ (לא פורסם, עותק בידי המחבר 14.7.2004).

166 השוו: קרקו-אייל (לעיל, הערה 11) בעמ' 581–582. אומנם, כאמור, לא ניתן להקיש באופן ישיר מהמקרה של רואה חשבון רשלן למשטר שבו מוטלת אחריות על הסוכנות גם ללא אשם מצידה, אך יישום הטיעון בהקשר הנוכחי, בהתחשב במאפייניה הייחודיים של



החוליות בשרשרת, ולא רק ביחסים שבין הלקוח לבין הסוכנות, אך אם קיים חוסר הגינות בהטלת האחריות על סוכנות הנסיעות הוא במישור היחסים שבינה לבין המארגן או הספק אשר עלולים להימלט מאחריות, ולא במישור היחסים שבינה לבין הלקוח.

ערך אחר, הקרוב לערך ההגינות, הוא הערך של צדק מתקן. שיקולים של צדק מתקן עשויים לתמוך בהבטחה של שקילות מזערית בין התמורות (אם מייחסים לו משמעות של שוויון ואיזון ביניהן). לפי תפיסה זו, אין זה צודק שאחד יתעשר על חשבון האחר, בין עקב מעשה עוולה ובין עקב חליפין שבהם התמורות בלתי שקולות.<sup>167</sup> כך, ניתן לטעון משיקולי צדק מתקן – אף שאפשר להציג זאת גם במונחים של תמריצים – שאם נטיל אחריות על הסוכנות, יש סיכוי גבוה יותר שהיא תטיל אחריות על המארגנים או הספקים, או תניע אותם להשתתף באחריות, משום החשש שהסוכנות תפסיק לעבוד עימם. עם זאת, המושג צדק מתקן הוא, בעיקרו של דבר, מושג צורני, שקשה מאוד לגזור ממנו באורח ישיר מסקנות אופרטיביות לענייננו. יש אפוא להיזהר מהסקת מסקנות העלולות לשבש בדיעבד את חלוקת הסיכונים והעלויות שהצדדים קבעו ביניהם מלכתחילה, וזאת מבלי שתהיה לכך הצדקה מבוססת.<sup>168</sup>

לבסוף, יש לזכור כי גם אילו הגענו למסקנה שיש מקום להתערב בתוכנו של החוזה בין סוכנויות הנסיעות לבין לקוחותיהן מטעמי הגינות וצדק, ייתכן שלהתערבות זו, אשר תבטיח את אחריותה של הסוכנות כלפי לקוחותיה, לא תהיה השפעה על שקילות התמורות אם היא תוביל לייקור שירותיה של הסוכנות עבור הלקוחות. על כך נעמוד במסגרת הדיון בשיקולים של צדק מחלק.

## 5. שיקולים חלוקתיים

הצדקה אפשרית נוספת להטלת אחריות על סוכנויות הנסיעות מבוססת על שיקולים חלוקתיים, שעניינם ההקצאה הצודקת של משאבים ונטלים בחברה.<sup>169</sup> שיקולים אלו עוסקים בעיקר בשימוש בכללים משפטיים כדי לסייע באמצעותם לקבוצות חלשות, תוך סטייה מהתפיסות הרגילות של צדק חוזי והדדיות בעסקה.<sup>170</sup> ישאל השואל אם לקוחות

העסקה להזמנת שירותי תיירות באמצעות סוכנות הנסיעות, מביא, כאמור, למסקנות דומות.

167 זמיר, "פירוש והשלמה" (לעיל, הערה 153) בעמ' 90–91; פורת, "שיקולי צדק" (לעיל, הערה 83) בעמ' 649–650.

168 השו: זמיר, "קבלנות" (לעיל, הערה 12) בעמ' 201–202.

169 Antohny T. Kronman, "Contract Law and Distributive Justice", 89 *Yale L. J.* (1980) 472; Kennedy (לעיל, הערה 155); Daphna Lewinsohn-Zamir, "In Defense of Redistribution Through Private Law", 91 *Minn. L. Rev.* (2006) 326. כן ראו: זמיר, "פירוש והשלמה" (לעיל, הערה 153) בעמ' 100–107.

170 אורנה דויטש, מעמד הצרכן במשפט (2002) בעמ' 128–130.

הסוכנויות אשר נופשים בחוץ-לארץ הם קבוצה חלשה העולה בקנה אחד עם השיקולים החלוקתיים המתוארים להלן. על כך יש להשיב כי צרכני שירותי התיירות, כצרכנים בכלל, אומנם אינם קבוצה הומוגנית, אך גם צרכנים "חזקים" יותר מבחינה כלכלית ו"מתוחכמים" יותר מבחינה אינפורמטיבית זקוקים וראויים להגנה. ואכן, יש הצדקות להחיל את החובות מכוח הדינים הצרכניים גם כלפי צדדים "חזקים".<sup>171</sup>

עם זאת, על אף החשש שמא הספק ינצל את מעמדו בשוק ויכתוב ללקוחותיו תנאים בלתי הוגנים המגבילים את אחריותו, הרי שביטול תניית פטור בחוזה אחד שנכרת בין ספק לצרכן עלול דווקא להביא להעלאת מחיר המוצר או השירות ולפגיעה בציבור הצרכנים,<sup>172</sup> ומכאן לתוצאה שאינה עולה בקנה אחד עם תפיסת הצדק החלוקתי.<sup>173</sup> באופן דומה, קביעה של סטנדרטים גבוהים לאיכות ובטיחות של מוצר/שירות מסוים עלולה לגרום לכך שיהיו אנשים שלא יוכלו עוד להרשות לעצמם ליהנות ממנו. גם כאשר מוטלת חובה להעניק שירות מסוים, יש להביא בחשבון את האפשרות שהיא תוציא מהשוק סוג של שירותים אשר חלק מהצרכנים עשויים לחפוץ בו.<sup>174</sup> שירות עם אחריות הוא שירות שונה משירות ללא אחריות.

אחת הטענות האינטואיטיביות נגד שימוש במשפט הפרטי למטרות חלוקתיות היא שאם מפקחים על תוכן החוזה מבלי לפקח גם על התמורה הנדרשת במסגרתו, ההשפעה

171 חוק הגנת הצרכן עצמו – המבוסס על חולשתו היחסית של הצרכן – אינו מבחין בין סוגי הצרכנים השונים. יתר על כן, חקיקה בעלת אופי צרכני חלה לעיתים גם על לקוחות שאינם צרכנים. דוגמה אחת לכך, היא חוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א–1981, ס"ח 258. ראו: אורנה דויטש, "מקורות החולשה של האינטרס הצרכני", קריית המשפט ב (תשס"ב) 367, בעמ' 396–399. נקודת המוצא בתת-פרק הנוכחי היא שגם אם מדובר בהקצאה של האחריות בין החוליות השונות באורח דיספוזיטיבי, עשויה להיות לכך השפעה חלוקתית. ראו: זמיר, פירוש והשלמה (לעיל, הערה 153) בעמ' 38–56, 105. לפיכך בשלב זה הדיון אינו עוסק בשאלת הקוגנטיות.

172 פורת, "שיקולי צדק" (לעיל, הערה 83) בעמ' 654–655. כך, ייתכן שקונים מסוימים היו מעדיפים לרכוש דירות זולות יותר ללא האחריות שמטיל על המוכרים חוק המכר (דירות), וייתכן שבגלל החוק קונים מסוימים אף נאלצים לוותר כליל על רכישת דירה. זמיר, "מכר (דירות)" (לעיל, הערה 11) בעמ' 500. אם כך, תקינת תוכן עלולה למנוע רכישה של מוצרים או שירותי דווקא מצרכנים חלשים. אורנה דויטש, שם, בעמ' 368. יתרה מזאת, רגולציה של השוק עלולה לסייע לעניים הבינוניים גם על חשבון העניים המרודים ולא רק על חשבון העשירים. לעיתים רגולציה של השוק אף מיטיבה עם החזקים על חשבון החלשים, כמו במקרים שבהם היא מפחיתה את התחרות. ראו: איל זמיר, "דיני הגנת הצרכן – האומנם תחום משפטי שונה ונפרד?", מאזני משפט ח (תשע"ג) 409, בעמ' 415–416 (להלן: זמיר, "הגנת הצרכן").

173 פורת, "שיקולי צדק", שם, בעמ' 675.

174 שם, בעמ' 676. לדיון בשאלות אלו מנקודת המבט של הניתוח הכלכלי, ראו: אריאל פורת, "חוזים אחידים", דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים (כרך ג, 2003) בעמ' 729, 739–741 (להלן: פורת, "חוזים אחידים"). ההטרונגיות הצרכנית מגבירה את הספקות לגבי יכולתו של המחוקק לקבוע רגולציה אופטימלית. בכר ובר-גיל (לעיל, הערה 44) בעמ' 246.

החלוקתית עלולה להתקזז: ככל שהוראות החוק ירחיבו את היקף החובות המוטלות על הצד החזק, כך יש לצפות שהמחיר החוזי יעלה בהתאם. במילים אחרות, כללים משפטיים אינם אפקטיביים במסגרות חוזיות, שכן השוק לעיתים קרובות מנטרל בצורה מלאה או חלקית את ההשפעה החלוקתית.<sup>175</sup> בענייננו, הרחבת האחריות כלפי הלקוחות צפויה להביא לייקורם של שירותי הסוכנויות.<sup>176</sup> לכן, גם התומכים בהתערבות שתכליתה להגן על ציבור לקוחותיהן אינם יכולים להניח כמובן מאליו שלהרחבת היקף אחריותן תהיה השפעה חלוקתית המיטיבה עימם. אם כן, בדומה לשיקולי ההוגנות ושיקולי התמורות, שיקולים של צדק חלוקתי אינם מספקים הצדקה להתערבות בתוכן החוזה אלא באורח מסויג בלבד.<sup>177</sup>

מטרתה של ההתערבות ביחסים החוזיים שבין סוכנות הנסיעות ללקוחותיה היא להטיל על הראשונה סיכונים שולוא ההתערבות היו מוטלים כדבר שבשגרה על הלקוחות. תוצאתה של התערבות זו היא הרחבה של היקף הסיכון המוטל על הסוכנויות. אם יגלגלו הסוכנויות על שכמם של הלקוחות את מלוא העלות הנוספת הנובעת מהטלת האחריות עליהן, לכאורה אין להתערבות בתוכן החוזה כל משמעות חלוקתית: במקום לקבל שירות בהיקף מצומצם בעלות נמוכה, ישלמו הלקוחות סכום גבוה יותר עבור

175 זמיר, **פירוש והשלמה** (לעיל, הערה 153) בעמ' 102–103. כן ראו: Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics* (6<sup>th</sup> ed., 2012); Louis Kaplow & Steven Shavell, "Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income", 23 *J. Legal Stud.* (1994) 667, p. 674; Louis Kaplow & Steven Shavell, "Should Legal Rules Favor the Poor? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income", 29 *J. Legal Stud.* (2000) 821, p. 823; A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics* (4<sup>th</sup> ed., 2011); David A. Weisbach, "Should Legal Rules Be Used to Redistribute Income?", 70 *U. Chi. L. Rev.* (2003) 439, pp. 448–449; Louis Kaplow & Steven Shavell, "Fairness Versus Welfare", 114 *Harv. L. Rev.* (2001) 961, pp. 993, 1126; Lawrence H. Summers, "Some Simple Economics of Mandated Benefits", 79 *Am. Econ. Rev.* (1989) 177, pp. 180, 182; Cass .R. Sunstein, "Switching the Default Rule", 77 *N.Y.U. L. Rev.* (2002) 106, pp. 126–127

176 ספק אם יהיה ביכולתן של סוכנויות הנסיעות לגלגל את עלויות האחריות על הספקים ולא על הלקוחות, וזאת לאור המגמות הקיימות בענף. אם בעבר נבעו מרבית הכנסותיהן של הסוכנויות מהעמלות שהן קיבלו מהספקים, הרי שהחל משנת 2002 החלה מגמה כלל-עולמית של קיצוץ ניכר בשיעור עמלות הבסיס המשולמות לסוכנויות עד לכדי ביטולן לחלוטין. על מנת להתמודד עם אובדן הכנסות מעמלות אלו גלגלו מרבית הסוכנויות את הסכומים הישר על לקוחותיהן. ראו, למשל: "הדוח השנתי של איסתא" (לעיל, הערה 104) בעמ' 16 ("...בשנים האחרונות נמשכת המגמה של הורדת שיעורי העמלות על ידי חברות התעופה והספקים האחרים בתחום התיירות היוצאת ותיירות הפנים, כאשר אחת הדרכים להתמודדות עם מגמה זו הינה הוספת תוספת (mark-up) למחיר שנקבע ע"י הספק") ובעמ' 24 ("בשנת 2009 ביטלו חלק מחברות התעופה את העמלות המשולמות לסוכני הנסיעות ודמי השירות מוטלים על הלקוחות"). יכולתם של הספקים לקצץ ואף לבטל את עמלות הסוכן עשויה להעיד על כך שאין בכוחן של הסוכנויות לגלגל עלויות על הספקים.

177 השוו: זמיר, "מכר (דירות)" (לעיל, הערה 11) בעמ' 511.

שירות רחב יותר, הכולל גם מתן אחריות. למעשה, הוראה שתחייב מתן אחריות רחבה מצד סוכנות הנסיעות כלפי הלקוח עלולה לגרום לכך שהלקוחות יאלצו לשלם יותר עבור שירות שיתכן כי חלקם כלל אינם מעוניינים בו,<sup>178</sup> ובכך, כאמור, דווקא לפגוע ברווחתם.<sup>179</sup> עם זאת, הצלחת הסוכנויות לגלגל את העלות הכרוכה במתן אחריות על הלקוחות עשויה להעיד שהאחרונים מעריכים את שווי ההטבה הצומחת להם מתקינת התוכן כגבוהה יותר מאשר עלותה לסוכנויות, משמע הלקוחות יוצאים נשכרים מהזכאות הנוספת אף שהם הנושאים בעלות הכרוכה בה.<sup>180</sup>

אם לא יצליחו סוכנויות הנסיעות לגלגל את מלוא העלות הנוספת על שכמם של הלקוחות, ייתכן שניתן יהיה להסיק מכך שמרבית הלקוחות כלל אינם סבורים שהרחבת האחריות מצדיקה את העלות הנוספת הכרוכה בה. במקרה זה מדובר בהתערבות המעניקה ללקוחות מעין כיסוי ביטוחי שאין הם נכונים לשלם עבורו. ואולם, אם הלקוחות אינם מעריכים כראות את ההטבה שתצמח להם מההתערבות בתוכן החוזה בשל בעיית מידע או מחמת רציונליות מוגבלת, ולא דווקא משום שבאורח מודע ורציונלי הם מעדיפים את השירות המצומצם, תהא להתערבות השפעה חלוקתית חשובה. הסוכנויות יאלצו לשאת בעלות האחריות בעצמן, ואילו התועלת האמיתית הצומחת ללקוחותיהן גבוהה מזו שהעריכו בעת כריתת החוזה.<sup>181</sup> מבחינה זו, השיקול החלוקתי מתיישב הן עם ההצדקה הכלכלית (המתמקדת בבעיות מידע של הלקוחות), הן עם ההצדקה הפטרונליסטית (המתמקדת ברציונליות המוגבלת שלהם), והן עם השאיפה להבטיח את שקילות התמורות.<sup>182</sup>

תקינת תוכן של חוזים אחידים יכולה אפוא להיות אטרקטיבית גם בשל ההשפעה החלוקתית שלה. היא עשויה להעצים את החלשים ולקדם את רווחתם באמצעות הענקת זכויות התורמות להם באופן אובייקטיבי, כמו יחס הוגן ומכבד מצד ספקי שירותים ומוכרים, איכות מסוימת של מוצרים ושירותים ונגישות למערכת המשפט.<sup>183</sup> יתרה מזאת, כאשר הלקוחות נתונים לחסדי הספקים (או הסוכנויות), והאחרונים מכבדים את תביעותיהם הלגיטימיות רק על פי שיקול דעתם (בין היתר משיקולי מוניטין) ולא משום

178 השוו: ולר (לעיל, הערה 42) בעמ' 114.

179 בן שחר ופרוקצ'יה (לעיל, הערה 99) בעמ' 157–158.

180 השוו: זמיר, "מכר (דירות)" (לעיל, הערה 11) בעמ' 498–499. עם זאת, מחקר אמפירי העלה שבניגוד לציפייה של הניתוח הכלכלי, חלוקת החיובים והזכויות בין הצדדים אינה באה בהכרח לידי ביטוי בתמורה החוזית. במילים אחרות, לא נמצא מתאם בין מידת החדר-צדדיות של החוזה לתמורה החוזית. ראו: Florencia Marotta-Wurgler, "What's in a Standard Form Contract? An Empirical Analysis of Software License Agreements", 4 *J. Empirical Legal Stud.* (2007) 677 (להלן: Marotta-Wurgler, "חוזה אחיד").

181 זמיר, "מכר (דירות)", שם, שם; ולר (לעיל, הערה 42) בעמ' 114–115, 117–118.

182 השוו: זמיר, "מכר (דירות)", שם, שם.

183 Lewinsohn-Zamir (לעיל, הערה 169) בעמ' 331–332, 369.

שחובה זו מוטלת עליהם מבחינה משפטית, מעמדם של הלקוחות כישות אוטונומית וחופשית מצוי בסכנה.<sup>184</sup>

בחינת יחסי הכוחות בין הצדדים לחוזה להזמנת שירותי תיירות מלמדת, כאמור, שאין מדובר בכוחות שווים. עדיפות כוחה של סוכנות הנסיעות מובהקת, והיא נובעת, בין היתר, מהגורמים הבאים: הכוח הנתון לה להכתיב ללקוח תנאים חוזיים; ניסיונה המסחרי והמקצועי; המומחיות שיש לה בתחום שירותי התיירות; המידע העומד לרשותה; בהקשר הנוכחי גם, ובעיקר, נגישותה לספקי השירותים ולמארגנים (בארץ ובחוץ-לארץ). פעמים רבות הלקוח מוצא את עצמו מול מספר רב של גורמים אשר כל אחד מהם מטיל את האחריות לליקויים על גורמים אחרים, בד בבד עם הכחשת אחריותו שלו כלפיו.<sup>185</sup> סוכנות הנסיעות היא הקשר היחיד של הלקוח לעסקה, ונגישותה לספקים גבוהה בהרבה מזו של לקוחותיה. בשל כך עליה להבטיח, לכל הפחות, שלרשות הלקוח יעמדו מנגנונים משפטיים אשר יאפשרו לו לממש את זכויותיו כלפי הספק במקרה שבו השירות לא יסופק או ייפלו בו ליקויים שונים.<sup>186</sup> העלויות הכרוכות בעמידה של הלקוח על זכויותיו כלפי הספק הזר לרוב עולות על התועלת הצפויה מכך, ולכן צרכן רציונלי יימנע מלממשן.<sup>187</sup> לסוכנות הנסיעות, לעומת זאת, כלים רבים ויעילים יותר להתמודד עם הספקים (כפי שנדון גם בהקשר של שיקולי יעילות כלכלית), לרבות במישורים של תביעה, גבייה והפעלת לחץ עסקי וכלכלי נגדם.<sup>188</sup> העובדה שללקוח אין כתובת אחרת,

184 Zamir & Farkash (לעיל, הערה 72) בעמ' 166. כן השוו: Alon Harel, *Why Law Matters* (2014) pp. 147–190.

185 בהקשר זה נשמעת לרוב אף טענת הספק ל"היעדר יריבות" בינו לבין הלקוח נוכח העובדה שהזמנת שירותי התיירות נעשתה באמצעות סוכנות נסיעות. ראו, למשל: עניין **שבדרון** (לעיל, הערה 6) בעמ' 2–4; עניין **בורנפלד** (לעיל, הערה 5) בפסקה 12 לפסק דינו של השופט (בדימוס) שטרסמן, וכן עניין **שוקר** (לעיל, הערה 156) בפסקה 1. לפסק דינו של השופט ברק.

186 השוו: עניין **אומני הרייזן בע"מ** (לעיל, הערה 68) בפסקה 5 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

187 סיני דויטש, **דיני הגנת הצרכן** (כרך א – יסודות ועקרונות, 2001) בעמ' 103 (להלן: דויטש, "**הגנת הצרכן**").

188 עניין **דיזנהויז** (לעיל, הערה 6) בפסקה 7 לפסק הדין; עניין **סלע** (לעיל, הערה 25) בעמ' 6–8; כן ראו: ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 16754-09-12 **פרגון נ' אופרן הולדיי אוטו (1997) בע"מ** (פורסם בנבו, 2013). בהיות מגבלת הגישה לערכאות אחת הבעיות המרכזיות של הצרכן, נשמעו קולות הקוראים לשקול את הטלתה של אחריות חמורה על עוסקים כאסטרטגיה צרכנית. ראו: אורנה דויטש (לעיל, הערה 170) בעמ' 318. בהקשר זה ניתן לציין גם שברע"א 2652/94 **טנדלר נ' לה קלוב מדיטראנה (ישראל) בע"מ** (פורסם בנבו, 1994) נקבע כי "...אין לפרש את הדיבור 'מורשה' בתקנה 482(א) [לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד–1984, ק"ת 2220 – א"ש] במשמעות הטכנית של שלוח אלא המבחן הקובע לשאלה זו הינו קיומה של דרגה כזו של אינטנסיביות של הקשר שבין המורשה לנתבע, שיש להניח כי המורשה יעביר לידיעת הנתבע את דבר ההליכים שהוגשו נגדו". פרשנות מרחיבה עשויה אפוא להביא למסקנה כי סוכנות נסיעות היא לעיתים אף בבחינת

זולת סוכנות הנסיעות, שאליה הוא יכול לפנות, להתלונן או למסור כתבי בית-דין היא שיקול נוסף להקצות את האחריות כלפי הלקוח לסוכנות, יחד ולחוד עם המארגנים וספקי השירותים.<sup>189</sup>

נראה אפוא שלהטלת אחריות על סוכנויות הנסיעות, לפחות באורח טיפוסי, השפעה חלוקתית רצויה, אשר תיטיב עם מרבית הלקוחות. כמו כן, גם אם יכולתם של הלקוחות לממש את זכויותיהם כלפי הספקים כיום טובה מבעבר,<sup>190</sup> היא עדיין נחותה מזו של הסוכנויות, העומדות עימם בקשר עסקי מתמשך. לבסוף, ניתן לטעון שהערך החברתי החיובי שיש לפעילותן של הסוכנויות נובע בעיקר מהנגשתם של שירותי התיירות לציבור, ובכלל זה הבטחת זכויותיו של הלקוח בעסקה. אם כן, שיקולי הצדק החלוקתי עשויים להצדיק את העדפת הלקוחות באמצעות הקצאת האחריות גם לסוכנויות עצמן.

### ג. אפשרות ההתנאה על כללי האחריות

אחת השאלות המרכזיות בקשר לאחריותם של גורמי ביניים היא עד כמה ראוי לאפשר להם לעצב בעצמם את המודל העסקי שעל פיו הם פועלים. בהקשרנו, השאלה היא אם יש מקום למנוע מגורמי הביניים, במקרים מסוימים, לפצל את השירותים שהלקוח נזקק להם, ובכך לכפות עליהם מתן שירות אשר אין הם מעוניינים להעניקו. באופן קונקרטי, ניתן לנסח את השאלה באופן הבא: האם ראוי לאפשר לסוכנות נסיעות להגביל את השירות שהיא מעניקה ללקוחותיה לשירותי תיווך בלבד, ולפטור את עצמה מכל אחריות לאופן הביצוע של השירותים שהוזמנו באמצעותה, או שמא ראוי לכפות עליה מתן אחריות לשירותים אלו?

מורשה של הספק לצורך המצאת כתבי-דין. ברע"א 2737/08 ארבל נ' TUI AG (פורסם בנוב, 2009) (להלן: עניין ארבל) נקבע ש"ככל שהיקף הסחר בין גופים בינלאומיים לבין עצמם ובינם לבין פרטים במדינות שונות גדל, הציפייה הסבירה של אותם גופים היא כי הם עלולים להיתבע באחת מן המדינות בהן הם פועלים". באותו עניין נקבע לגבי קונצרן תירות בין-לאומי שלנוכח נפח הפעילות הבין-לאומי הגדול שאותו הוא מנהל הסיכון שיתבע לדין באחת מהמדינות שבהן הוא פועל – צפוי.

189 ליישומו של שיקול זה בפסיקה ראו, למשל: ת"ק (תביעות קטנות חי') 4115/07 לדאני נ' כספי הפלגות קרוז בע"מ (פורסם בנוב, 2009). כן ראו: עניין סלע, שם ("משאין לחב' אייר רואיל מרוק' כל נציגות ישראלית ומשלא ניתן לאתרה, הרי שאין מנוס מהטלת אחריות על הנתבעת"). מנגד, ראו: עניין טרייגר (לעיל, הערה 6) ("אין לתפוס את הסוכן אך ורק משום שאין לתובע כל כתובת אחרת בישראל").

190 ראו, למשל: עניין ארבל (לעיל, הערה 188), באשר לצמצום המקרים שבהם תתקבל טענת פורום לא נאות. כן ראו: ע"ר (מחוזי מרכז) 59443-03-19 בן זאב נ' Booking.Com BV (פורסם בנוב, 2019). מעבר לכך, בעידן המידע והשיימינג יחסי הכוחות עשויים להשתנות ולהשפיע על מערך התמריצים של ספקי השירותים, שיחששו מפרסום שלילי.

לאחר שבחנו מהו היקף האחריות הראוי כלפי הלקוח (חיוב השתדלות עם היפוך נטל השכנוע), ומהי הקצאת האחריות הרצויה בין הגורמים השונים המעורבים בעסקה להזמנת שירותי תיירות (אחריות ביחד ולחוד של כל הגורמים הרלוונטיים כלפי הלקוח), נפנה לבחון אם אלו צריכים להיות קוגנטיים, או שמא ראוי לאפשר לצדדים להתנות על הסדר זה. נדון בכך מנקודת המבט של שיקולים כלכליים, שיקולי הוגנות, שיקולים חלוקתיים וצרכניים (שלוש נקודות מבט שנדונו בפרק הקודם, אך יישומן בהקשר הנוכחי, מטבע הדברים, שונה) וכן שיקולים פטרנליסטיים.

### 1. שיקולי יעילות כלכלית

במקרים רבים כריכת שירותים אינה לטובת הצרכן, ויש בה כדי להפחית את חופש הבחירה הפתוח בפניו. ואכן, לכאורה, לא רק לסוכנות הנסיעות יש אינטרס שלא יכפו עליה להעניק שירותים שאינם בתחום התמחותה, אלא גם ללקוחות אין עניין שעוסק יחויב לספק עם השירותים שבהם הוא מתמחה גם שירותים שאין לו כישורים או ידע להעניקם. כפייה לספק שירותים שלגביהם אין לספק יכולת אמיתית לתרום תרומה בת-ערך פוגעת בלקוח, שכן היא מעין קשירת שירות בשירות מכוח הדין, המחייבת אותו לרכוש חבילת שירותים יקרה ובלתי יעילה.<sup>191</sup> עם זאת, קשירתם של שירותים עשויה להיות, במקרים המתאימים, יעילה, ואינטרס צרכני ראשון במעלה.<sup>192</sup> כשם שלרגולציה האוסרת על קשירת שירותים הצדקה כלכלית, כך ייתכן שבמקרים מסוימים עלולים להיווצר כשלי שוק אשר יביאו למסקנה שדווקא יש לחייב קשירת שירותים אלו באלו. למשל, ניתן לטעון באופן אינטואיטיבי למדי שאם יש סיכון במוצר מסוים שלגביו אין לצרכן מספיק מידע, עשוי להיות מקום לכפות על הספק לנקוט אמצעי זהירות מסוימים או להעניק אחריות כמעין מוצר משלים. בשל כך יש לבחון את השאלה מתי ראוי דווקא לחייב קשירת שירות בשירות, ובענייננו – שירות של ייעוץ והזמנה של שירותי תיירות עם שירות של מתן אחריות לליקויים העלולים ליפול בשירותים אלו. דפוס הפעילות שבו בחרו סוכנויות הנסיעות מכתוב את היקף השירותים שהן מציעות לציבור לקוחותיהן. חיובן לשנות את דפוס הפעילות ממילא ישנה את היקף שירותיהן וכך יכפה עליהן ועל ציבור לקוחותיהן כאחד היקף שירותים שונה מזה שבו בחרו.

191 עניין דיזנהויז (לעיל, הערה 6) בפסקה 16.

192 קשירת שירות בשירות עשויה להועיל לצרכנים ואף להגביר את התחרות בשוק. ראו, למשל: David S. Evans, A. Jorge Padilla & Michele Polo, "Tying in Platform Software: Reasons for a Rule-of-Reason Standard in European Competition Law", 25 *World Competition* (2002) 509; *European Perspectives on Behavioural Law and Economics* (Klaus Mathis ed., 2015) p. 223. Joshua D. Wright, "The Antitrust/Consumer Protection Paradox: Two Policies at War with Each Other", 121 *Yale L. J.* (2012) 2216.

עם זאת, מהדיון שקיימנו בשאלה כיצד יש לחלק את האחריות בין החוליות השונות משיקולים של יעילות כלכלית, עולה כי אחת הסיבות המרכזיות שבעטייה רצוי להטיל אחריות על הסוכנויות איננה הרצון להרחיב את תחומי העיסוק והפעילות שלהן, כך שתכלולנה דברים שהן מבקשות שלא לעסוק בהם, אלא העובדה שהסוכנויות יכולות ליצור למארגנים ולספקים תמריצים אפקטיביים לנהוג כראוי, יותר מאשר יכולים הלקוחות, ולשמש גם כסוכני אכיפה נגדם. במילים אחרות, מוצדק להטיל אחריות משפטית על הסוכנות, שכן כך זו תגולגל בסופו של דבר על שכם מי שיכול למנוע את התקלות בעלות הנמוכה ביותר. ההצדקה להטלת האחריות על הסוכנויות אינה מבוססת אפוא על אשמן או על הרצון שהן תשנינה את דפוס הפעילות שלהן, אלא על השאיפה להשתמש בהן כאמצעי להטלת אחריות על המארגנים והספקים, בייחוד כשאלה נמצאים בחוץ-לארץ. העלות הכרוכה בעמידה על זכויותיו של הלקוח ובמימוש הסעדים העומדים לרשותו עשויה אף היא להצדיק פיקוח ברור וחד יותר על תוכן החוזה, מתוך הנחה שהדבר יוויל את הגשת התביעות.

כאשר עסקנו בהקצאת הסיכונים היעילה עמדנו גם על החשש מפני הרתעת-יתר, לרבות בשל תמריץ השוק לשימור המוניטין העסקי של הסוכנות. בהקשר הנוכחי נציין שההשפעה של המוניטין על הטיפול בתלונות הלקוחות עדיין אינו מספק הסבר משכנע, כשלעצמו, להימנע מתקינת תוכן של חוזים אחידים.<sup>193</sup> כך, גם אם הסוכנויות נמנעות במקרים מסוימים מלהסתמך על תניות הפטור, עדיין יש להידרש לאותם מקרים שבהם אין הן נוהגות כך. נוסף על כך, שיקולי מוניטין עלולים להביא להעדפת לקוחות מסוימים על פני אחרים, בהתבסס על מידת החשיבות שמייחסת הסוכנות לשביעות רצונם (לקוחות עסקיים קבועים לעומת לקוחות מזדמנים, למשל).<sup>194</sup> כמו כן, הטלת אחריות משפטית שתקנה ללקוחות זכאות לפיצוי עשויה לתרום לרווחתם יותר מאשר במצב שבו אותו פיצוי יינתן להם לפני משורת הדין.<sup>195</sup> לבסוף, קיים ספק באשר לאפקטיביות של המוניטין כמנגנון הפנמה של סוכנויות הנסיעות, נוכח ניגוד העניינים המאפיין את פעילותן בבואן לשווק את שירותיו של ספק מסוים. המודל העסקי שלפיו הן פועלות יוצר עבורן תמריץ שלילי לצמצם את מספר הספקים שעומים הן עובדות. קיומם של יחסי תלות בין הסוכנויות לספקים עלול לפגוע בנכונותן של הסוכנויות לפעול נגדם כשמדובר בליקויים נקודתיים. במילים אחרות, הסוכנות עלולה להעדיף לשמור על יחסים טובים עם ספק מבוקש על חשבון שביעות רצונם של לקוחות בודדים. מכל מקום, גם בהנחה

Eyal Zamir, "Contract Law and Theory: Three Views of the Cathedral", 81 *U. Chi. L.* 193  
 193-167. Zamir & Farkash; *Rev.* (2014) 2077, pp. 2100-2101 (לעיל, הערה 72) בעמ' 166-167.

194 עצם העובדה שהלקוחות יהיו נתונים לחסדיה של הסוכנות אם לכבד את תביעותיהם המוצדקות מסכנת את מעמדם העצמאי והחופשי. ראו: Zamir & Farkash, שם, בעמ' 166. טיעון זה חורג מהמסגרת של שיקולי יעילות, ראו לעיל, הדיון בשיקולים החלוקתיים בתת-פרק ב.5.

195 שם, בעמ' 167.



שיש הצדקה להתערבות משפטית, ראוי שקובעי המדיניות יתחשבו בקיומם של תמריצי שוק אלו.<sup>196</sup>

נוסף על כך, לפי הגישה הכלכלית לדיני חוזים, התערבות קוגנטית בתוכן החוזה עלולה דווקא לפגוע ברווחתם של הצדדים, שכן כל הוראה בדין המיטיבה לכאורה עם צד אחד תגרום להעלאה במחיר שאותו צד נדרש לשלם. כאמור, ניתן להניח שכאשר הצד החלש מוכן לשלם את עלותה של ההוראה החוזית המיטיבה, הצד החזק יכול אותה גם ללא התערבות כופה ויגבה ממנו את מחירה.<sup>197</sup> אם כן, בהתאם לגישה הכלכלית למשפט, כוחות השוק הם הדרך הטובה ביותר להגנת עניינו של הצרכן, וכל התערבות תביא לתוצאות יעילות פחות מאלו שהיו מושגות על ידי כוחות השוק עצמם. ואולם, גם הניתוח הכלכלי אינו שולל את הצורך בהתערבות משפטית במקרים המתאימים. כאשר כוחות השוק אינם פועלים כנדרש כדי להשיא את העדפות הצדדים לעסקה, כלומר במצב שבו אין לצפות כי הצדדים יגיעו אל ההסדר היעיל בכוחות עצמם, אסדרה של השוק, לרבות אסדרה של תוכן ההתקשרות החוזית, עשויה להיות רצויה מטעמי יעילות.<sup>198</sup> במילים אחרות, אם יש כשל שוק המונע מהצדדים להגשים את העדפותיהם, הגברת היעילות עשויה לדרוש התערבות. ככל שכשלי השוק רבים ומשמעותיים יותר, כך גובר החשש שמתן תוקף לחוזים הנחזים כמבטאים את ההסכמה החופשית של הצדדים לא יוביל להשאת התועלת החברתית, ועשויה להידרש אסדרה של השוק כדי להגשים מטרה זו באמצעות קביעת כללים משפטיים שתכליתם לחתור לשכלול או להחליף את מנגנון השוק שכשל.<sup>199</sup> נדון להלן בשני היבטים העשויים להצדיק התערבות מטעמים אלה.

#### א. תחרותיות השוק

סוכנויות הנסיעות פועלות בשוק תחרותי לכאורה. הדבר נובע בעיקר מריבוי השחקנים בענף ומנאמנות לקוחות נמוכה.<sup>200</sup> כאמור, בשל התחרות העזה ושולי הרווח הנמוכים, סוכנויות קטנות רבות חוברות לשחקנים גדולים או מתאגדות לרשתות כדי ליצור יתרונות כלכליים ושיווקיים כלפי הספקים והלקוחות גם יחד. בשוק זה חלק ניכר מהלקוחות הם שחקנים חוזרים, ובו למוניטין יש משקל לא מבוטל. לכן, מנגנון השוק אמור להביא לכך שלקוחות מתוסכלים לא ישובו להשתמש בשירותיה של סוכנות שהתנעה מאחריות כלפיהם. אלא שלעיתים קיים פער בין המודל העיוני של שוק משוכלל לבין השוק הלכה

196 השוו: חמדני (לעיל, הערה 11) בעמ' 22.

197 בן שחר ופרוקצ'יה (לעיל, הערה 99) בעמ' 157–158. ראו לעיל, בהקשר זה, את הדיון בשיקולים החלוקתיים בתת-פרק ב.5.

198 בכר ובר-גיל (לעיל, הערה 44) בעמ' 224; דויטש, "הגנת הצרכן" (לעיל, הערה 187) בעמ' 77.

199 זמיר, "פירוש והשלמה" (לעיל, הערה 153) בעמ' 116–117.

200 "סקירה ענפית" (לעיל, הערה 104) בעמ' 23.

למעשה. ראשית, ספק אם אכן מדובר בשוק תחרותי לחלוטין. כאמור, בשל התחרות הגבוהה ושולי הרווח הנמוכים בענף,<sup>201</sup> סוכנויות נסיעות קטנות רבות נסגרות או מתמזגות לגופים גדולים ויציבים.<sup>202</sup> עקב כך יש בענף נטייה למבנה שוק ריכוזי הנתון לשליטה דומיננטית של מספר מצומצם של סוכנויות גדולות. נוסף על כך, שוק התיירות בישראל קטן, קיימת תלות בין הפועלים בו, לכמה מהגורמים הפעילים בשוק יש השפעה מובהקת על הנעשה בו במונחים של ביקושים, מחירים, כמויות ואיכויות (למשל, רשתות של סוכנויות נסיעות, מארגנים או בתי מלון) ועלויות הכניסה לשוק גבוהות. במילים אחרות, קיימים כשלי שוק שעלולים לחשוף את הלקוח להתנהגות אופורטוניסטית באופן העשוי להצדיק התערבות.<sup>203</sup>

יתרה מזאת, ספק אם קיומה או היעדרה של תחרות אכן משפיע על הצורך בהתערבות. התחרותיות עלולה לבוא לידי ביטוי ברכיבים מסוימים של השירות בלבד, למשל במחיר, אך לא ברכיבים רלוונטיים אחרים. לאמיתו של דבר, זהו המצב במרבית המקרים. מכאן שכשלי שוק הפוגעים באינטרס הצרכני הם תופעה נפוצה גם בשוק תחרותי. לעיתים האינטרסים המשותפים לכלל העוסקים מובילים לכך שהתחרות איננה משתרעת על כלל ההיבטים של העסקה, וקיימות תכונות משותפות למוצרים ולשירותים המוצעים על ידי מרבית הספקים, אם לא כולם.<sup>204</sup> למשל, ייתכן שההיצע בשוק הוא מונוליטי (הומוגני), למרות היעדרם של מונופולין או קרטל של ממש, במובן זה שכל החוזים המוצעים על ידי הספקים השונים זהים מבחינת תוכנם. קיומם של ספקים אחרים אינו מועיל ללקוח אם החוזים שהם מציעים אינם שונים עקרונית מההסכם שעליו חתם.<sup>205</sup> בענייננו, החוזים שבהם משתמשות סוכנויות הנסיעות לעניין היקף אחריותן אכן דומים להפליא בתוכנם, עד כדי זהות מילולית. במצב זה נכפות התניות הבלתי רצויות על הלקוח, וחלופתו היחידה היא לא להתקשר בחוזה עם אף לא אחת מהסוכנויות, ובעצם לוותר כליל על העסקה.<sup>206</sup> לכן, אחת הטענות המקובלות בהקשר של פיקוח על תוכנם של חוזים אחידים היא שהחוזה אינו משקף את העדפותיהם של

201 ראו, למשל, דבריו של תורג'מן: "...[שולי הרווח נמוכים – א"ש] מאוד. ענף התיירות הוא ענף מזעזע, הישרדותי. שנה אחת לא טובה – ואתה בבעיה. אבל יש בו תחרות מרתקת ומאתגרת. אני לא מכיר הרבה ענפים שהרווח הגולמי שלהם כל כך נמוך..." שטרקמן ומלניצקי (לעיל, הערה 74).

202 ראו לעיל, הערה 104 והקסט שלידה.

203 דברי ההקדמה של גדעון דורון לספרם של אסף מידני ונתן אוריאל, דיני תיירות להלכה ולמעשה המשפט בראי הפוליטיקה (2007).

204 אורנה דויטש (לעיל, הערה 170) בעמ' 134–146.

205 ראו, למשל, גישתה של השופטת בן-פורת בע"א 764/76 שמעוני נ' מפעלי רכב אשדוד (מ.ל.) בע"מ, פ"ד לא(3) 113 (1977) (להלן: עניין שמעוני).

206 Zamir & Farkash (לעיל, הערה 72) בעמ' 137.

הלקוחות, ועל כן לא ישיא את התועלת שלהם מהעסקה (כמו גם את התועלת החברתית הכוללת).<sup>207</sup>

אומנם ייתכן שהדמיון בין המוכרים השונים, הקונים השונים והעסקאות הנערכות ביניהם גורם לכך שקיים דמיון בצורכיהם של הצדדים ובהעדפותיהם, כך שעם הזמן נוצר דמיון ניכר גם בין החוזים האחידים שבהם נעשה שימוש, וזאת אף ללא תיאום בין העוסקים השונים. הנוסח הדומה של החוזים עשוי לשקף אפוא היעדר גיוון בהעדפות הקונים.<sup>208</sup> ואולם, ספק אם בענייננו ניתן להניח קיומה של אבולוציה בלתי מתואמת של התניות המשקפת את ההעדפות השכיחות של לקוחות הסוכנויות. ראיה לכך היא ריבוי ההתדיינות המשפטיות בנושא, המעיד כנראה על כך שתניות החוזה אינן משקפות את העדפות הלקוחות באשר להיקף אחריותה של הסוכנות, וממילא אינן נובעות מהיעדר גיוון בהעדפותיהם. הרי כאשר מדובר בהקצאת אחריות, לפי הניתוח הכלכלי משתלם לשני הצדדים להטיל אחריות וסיכונים על מי שערך לשאת בהם בעלות נמוכה יותר.<sup>209</sup> על כן, דומה כי "שוק האחריות" של סוכנויות הנסיעות לשירותי התיירות איננו שוק משוכלל, ולכן אין לצפות שהוא ישיא את התועלת החברתית. אם תקינת תוכן תבטיח שתניות החוזה האחיד תשקפנה את מה שהצדדים היו קובעים בהן אלמלא הכשלים שנפלו במנגנון השוק (לרבות, כפי שיידון להלן, בשל בעיית מידע שיש ללקוחות לגבי תוכן החוזה) או ההטיות הפסיכולוגיות של הצרכנים (כפי שנדונו לעיל בתת-פרק ב.1), היא עשויה להיות מוצדקת מנקודת מבט כלכלית.<sup>210</sup>

ואכן, המחקר האמפירי מצביע על כך שאין הבדל מובהק במידת החד-צדדיות בין החוזים שבהם משתמשים הספקים בשווקים תחרותיים לבין החוזים שבהם נעשה שימוש בשווקים שאינם תחרותיים, או בין החוזים של חברות בעלות נתח שוק גדול לאלה של חברות עם נתח שוק קטן.<sup>211</sup> אם כך, לתנאי התחרות בשוק צריכה להיות חשיבות מוגבלת בעת בחינת הצורך בהתערבות בתוכן החוזים. יתרה מזאת, העובדה שלא נמצא קשר בין מידת החד-צדדיות לבין המחיר<sup>212</sup> מלמדת, כאמור, כי חוזים אלה אינם מושפעים מהעדפות הלקוחות.

207 זמיר, "מכר (דירות)" (לעיל, הערה 11) בעמ' 487.  
 208 שם, בעמ' 488. למעשה, הדמיון בין החוזים המוצעים על ידי הספקים השונים עשוי להיות דווקא תוצאה של התחרות בשוק.  
 209 זמיר, "קבלנות" (לעיל, הערה 12), בעמ' 38.  
 210 זמיר, "מכר (דירות)" (לעיל, הערה 11) בעמ' 487.  
 211 Florencia Marotta-Wurgler, "Competition and the Quality of Standard Form Contracts: The Case of Software License Agreements", 5 *J. Empirical Legal Stud.* 447 (2008) (להלן: Marotta-Wurgler, "תחרות").  
 212 Marotta-Wurgler, "חוזה אחיד" (לעיל, הערה 180) בעמ' 708, 711–712.

**ב. פערי מידע**

הקושי לגבי עסקאות צרכניות נובע, בין היתר, גם מהיעדרו של מידע מלא לצרכנים, אשר יאפשר להם בחירה מודעת בין מוצרים או שירותים מתחרים. כדי שהחווה ישיא את התועלות של הצדדים לו, ואגב כך את התועלת החברתית המצרפית, על הצדדים להתקשר על בסיס מידע מלא ונכון באשר לתמורות המוחלפות ביניהם ובאשר לסיכויים ולסיכונים שבהם כרוכה ההתקשרות. עם זאת, לאור קיומו של מגוון רחב של מוצרים ושירותים, לא ניתן לצפות מהצרכן לרכוש יכולת להעריך באופן מדויק טרם הרכישה. ניתן להגדיר את התנהגות הצרכנים בנסיבות אלו כ"אדישות רציונלית" (מצב שבו שיקולי עלות-תועלת מצדיקים הימנעות מביצוע פעולה שלה עשוי להיות ערך חיובי).<sup>213</sup> ואכן, אחת ההצדקות העיקריות להתערבות בתוכן החווה מנקודת המבט של יעילות כלכלית מבוססת על כך שללקוחות חסר מידע רלוונטי. פערי מידע בין הצדדים לחווה עלולים לסכל את השגתה של חלוקת סיכונים אופטימלית באמצעותו, שכן כאשר אחד הצדדים פועל על בסיס הנחות שגויות באשר לתועלות ולעלויות של החווה, יש להניח שחלוקת החיובים והסיכונים בו לא תשיג יעילות מרבית.<sup>214</sup> שיקולי יעילות כלכלית עשויים אפוא להצדיק רגולציה של מידע ותוכן כדרך להתמודד עם בעיות מידע, בחוזים צרכניים ומסחריים כאחד.<sup>215</sup> בהקשר זה ניתן להבחין בין בעיות המידע של הצרכנים לגבי השירותים שהם צפויים לקבל לבין בעיות המידע שלהם לגבי תוכן החווה. כפי שיידון בהמשך הדברים, ייתכן כי הצרכנים סובלים גם מבעיות מידע לגבי המצב המשפטי, שהוא קשור, אך אינו זהה, לתוכן החווה.

אשר לבעיות המידע לגבי השירותים, הרי שבענייננו זו אחת הסיבות המרכזיות שבעטייה פונים הלקוחות מלכתחילה לסוכנויות הנסיעות. מגוון התכונות המורכב של מוצרים ושירותים צרכניים אינו מאפשר לצרכן להשוות ביניהם באופן מעשי, גם אם היה מוכן להשקיע את המשאבים הדרושים לכך. ואכן, התופעה של מידע א-סימטרי הולידה מתווכים אשר עיקר תפקידם הוא להעריך את איכות המוצר ולהפוך את המידע בנושא לזמין ואמין עבור הלקוחות הפוטנציאליים.<sup>216</sup> מסקנה זו נכונה בייחוד בהקשר של

213 דויטש, "הגנת הצרכן" (לעיל, הערה 187) בעמ' 100.

214 זמיר, "אחריות הקבלן כשומר" (לעיל, הערה 20) בעמ' 112.

215 זמיר, "הגנת הצרכן" (לעיל, הערה 172) בעמ' 412–413. ואכן, התערבות משפטית שעיקרה הטלת חובות גילוי מיושמת בדין הישראלי. ראו, למשל: חוק הגנת הצרכן; חוק המכר (דירות); חוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות, תשנ"ג–1993, ס"ח 174 (להלן: "חוק הסדרת הלוואות") וחוק ניירות ערך, תשכ"ח–1968, ס"ח 234. ראו גם: הוועדה הציבורית לבחינת טיב השירות והמוצר התיירותי בישראל, **דוח הוועדה** (2008) בעמ' 22 (שבו הוועדה ממליצה "...להרחיב ולהעמיק חובה זו על כלל המגזרים בענף..."). לניתוח הבעיה של פערי המידע כהצדקה להתערבות משפטית בשווקים צרכניים ראו: פורת, "חוזים אחידים" (לעיל, הערה 174).

216 ראו, למשל: Gary Biglaiser, "Middlemen as Experts", 24 *Rand J. Econ.* (1993) 212; Wujin Chu & Woosik Chu, "Signaling Quality by Selling Through a Reputable

מוצרי תיירות, לאור מאפייניהם הייחודיים.<sup>217</sup> הנופש הוא מוצר המבוסס על חוויה, והלמידה לגביו היא באמצעות ניסיון אישי. במילים אחרות, איכות המוצר והתאמתו לצורכי הלקוח קשים להערכה כל עוד לא התנסה בו הלקוח בפועל.<sup>218</sup> גם בהקשר זה ראוי לשוב ולהידרש להשלכות של עידן האינטרנט. לכאורה, הנגשת המידע ברשת פותרת את בעיית חוסר המידע של הלקוחות ומצמצמת את התלות בסוכנויות הנסיעות. ואכן, אם בעבר היו הסוכנויות המקור העיקרי, אם לא הבלעדי, למידע, הרי שבעידן הדיגיטלי הפך האינטרנט למקור המידע החשוב ביותר.<sup>219</sup> לאמתו של דבר, האינטרנט הפך לערוץ השיווק וההזמנות המשמעותי ביותר בענף התיירות.<sup>220</sup> עם זאת, הגם שהאינטרנט הפך את המידע לזמין יותר, המידע שהוא מציע אינו בהכרח מלא, אמין, עדכני ומדויק.<sup>221</sup> מעבר לכך, לעיתים מדובר בהצפה של מידע, באופן המקשה את סינון המידע הרלוונטי. סוכנויות הנסיעות נותנות לכך מענה.<sup>222</sup> בשל כך, במקרים רבים האינטרנט אומנם משמש לבדיקה מקדימה, אך לקראת ההזמנה ולצורך ביצועה פונים הצרכנים לסוכנות עצמה.<sup>223</sup>

בעיית מידע עלולה לגרום לכשל שוק ולבחירה השלילית שאותה מדגים שוק הלימונים.<sup>224</sup> הוצאת השוק ממצב של שוק לימונים תאפשר לעוסקים להציע מגוון רחב

- 
- Dealer: An Example of Renting the Reputation of Another Agent", 13 *Marketing Sci.* (1994) 177.
- Aleix Calveras & Francina Orfila, "Intermediaries and Quality Uncertainty: Evidence from the Hotel Industry", 20 *Tourism Econ.* (2014) 727; Philip Nelson, "Advertising as Information", 82 *J. Pol. Econ.* (1974) 729.
- השוו: זמיר, "מכר (דירות)" (לעיל, הערה 11) בעמ' 478-479.
- מקינזי אנד קומפני, the E-economy.co.il – כלכלת האינטרנט בישראל (2011) בעמ' 36.
- ראו, למשל: "הדוח השנתי של איסתא" (לעיל, הערה 104) בעמ' 12.
- לעניין חוות הדעת המפורסמות על הספקים השונים ומידת אמינותן, ראו, למשל: Dina Mayzlin, Yaniv Dover & Judith Chevalier, "Promotional Reviews: An Empirical Investigation of Online Review Manipulation", 104 *Am. Econ. Rev.* (2014) 2421.
- ראו לעיל, בהקשר זה, את הדיון בתת-פרק ב.2. כן ראו, למשל: ת"ק (הרצ' 31290-10-15) בוחניק נ' קשרי תעופה בע"מ (פורסם בנבו, 2017) ("חרף מהפיכת המידע וזמינותו לכל דורש באינטרנט, הרי שככל שהדברים נוגעים למחלוקת נשוא תיק זה, טרם נפקד מקומם של סוכני הנסיעות, הספקים והסיטונאים ולא נס ליחס. עדיין בידיהם מידע, לעיתים מכלי ראשון ומביקור במקום, בקשר ליעדי הנופש, ומי שמתקשר עם סוכן נסיעות מצפה לקבל את המידע מסוכן הנסיעות דווקא"). לדיון בתרומתן של סוכנויות הנסיעות גם בעידן הדיגיטלי, ראו: שילד (לעיל, הערה 70).
- "סקירה ענפית" (לעיל, הערה 104) בעמ' 17-18.
- "לימונים" הוא כינוי אמריקני למכוניות משומשות פגומות. באמצעות שוק המכוניות המשומשות הדגים ג'ורג' אקרלוף (George Akerlof) כיצד בעיית מידע עלולה להביא למצב שבו מוצעים למכירה מוצרים באיכות הנמוכה ביותר האפשרית ובמחיר הנמוך ביותר האפשרי. ראו: Akerlof (לעיל, הערה 140) בעמ' 488-500.

יותר של איכויות ומחירים, ובכך תקדם את היעילות בשוק. לסוכנויות הנסיעות עשוי אפוא להיות תפקיד מפתח בהוצאת שוק התיירות ממצב של שוק לימונים, גם בעידן האינטרנט, דבר התומך בהטלת אחריות משפטית עליהן. התשובה לשאלה מה מידת האחריות שיש להטיל על גורמי ביניים צריכה אפוא להתחשב גם בתפקידם כמנגנוני שוק המאפשרים לשווקים עם מידע א-סימטרי לתפקד. נדמה כי זו כשלעצמה הצדקה טובה וחשובה להתערבות בתוכן החוזים של הסוכנויות (המבקשות, למשל, שלא לשאת באחריות למידע שנמסר להן מצדדים שלישיים), קל וחומר כשהיא מתווספת ליתר השיקולים הכלכליים.

הקשיים האמורים באשר לבדיקת איכותם של השירותים רלוונטיים גם באשר לבדיקת איכותם של החוזים מבחינת תוכנם. סיבה מרכזית לכך שאין שוק משוכלל לגבי תנאי החוזה היא שהתחרות, אם זו קיימת, מתייחסת לתנאים הגלויים בעסקה בלבד. מנקודת מבטו של מתקשר רציונלי אין זה כדאי ללמוד את הוראות החוזה, שכן העלות הכרוכה בכך עולה על התועלת.<sup>225</sup> עקב כך, למרות הנחת היסוד הכלכלית שעסקאות רצוניות הן יעילות, דומה כי חזקת היעילות אינה חלה על החוזים שבין סוכנויות הנסיעות ללקוחותיהן. הטעם לכך נעוץ גם בכשל השוק שממנו סובל תת-השוק של ההוראות החוזיות הנסטרות בחוזים אחידים צרכניים – ההוראות שמרבית הלקוחות אינם מודעים להן.<sup>226</sup> בהנחה שהלקוחות אכן אינם קוראים בעיון את תנאי החוזים האחידים,<sup>227</sup> אין לסוכנויות תמריץ נאות לספק את העדפותיהם במישור זה,<sup>228</sup> ולכן החוזה אינו משקף בהכרח את העדפות הצדדים.<sup>229</sup>

225 זמיר, "מכר (דירות)" (לעיל, הערה 11) בעמ' 490. בספרות נדונה לפיכך בעיית המידע כהצדקה להתערבות רגולטורית. ראו, למשל: Alan Schwartz & Louis L. Wilde, "Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis", 127 U. Pa. L. Rev. (1979) 630. בהקשר זה ראו גם: דויטש, "הגנת הצרכן" (לעיל, הערה 187) בעמ' 100, 125.

226 השוו: ולר (לעיל, הערה 42) בעמ' 96–97, 128.

227 אומנם במשפט המקובל צד לחוזה מוחזק כמי שקרא את תוכנו, אך ההנחה הרווחת היא שהוא אינו עושה כן. ראו: שמואל בכר וטל ז'רסקי, "על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן", **מחקרי משפט** כה (תשס"ט–תש"ע) 431. כן ראו, למשל: ע"ש (מחוזי י-ם) 195/97 **היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי**, פ"מ תשס"ג(1) 481 (2004) ("אכן, חוק החוזים האחידים נועד כולו להתמודד עם הפיקציה כי הלקוח קרא, הבין את החוזה והסכים לתוכנו. ההגנה הניתנת מכוח חוק זה ללקוח מבוססת, למעשה, על ההנחה שהלקוח הרגיל אינו קורא את החוזה או אינו מבינו, ועל כל פנים אין לראותו כמי שמסכים הסכמה אמיתית לתוכנו").

228 השוו: זמיר, "מכר (דירות)" (לעיל, הערה 11) בעמ' 490.

229 ולר (לעיל, הערה 42) בעמ' 96.

ואכן, ממצאים המבוססים על בדיקה אמפירית של עשרות אלפי ביקורים של גולשים באתרי מכירות של תוכנות מאששים הנחה אינטואיטיבית זו.<sup>230</sup> יתרה מזאת, ממצאים אמפיריים מלמדים, בניגוד להנחה האינטואיטיבית, שחוזים שתנאיהם אינם חשופים ללקוחות טרם כריתתם יהיו מוטלים יותר לטובת הספק מאשר חוזים שנגישותם ללקוחות רבה יותר. במילים אחרות, אין מתאם בין מידת נגישותו של החוזה ללקוחות לבין מידת החד-צדדיות שלו לטובת הספק. חוזים נגישים ובלתי נגישים נמצאו מוטלים לטובת הספק באותה המידה.<sup>231</sup> למעשה, נמצא שככל שנגישותו של החוזה ללקוחות גבוהה יותר, כך הוא נוטה להיות דווקא מוטל יותר לטובת הספק.<sup>232</sup>

בדומה לבעיות מידע של הצרכנים לגבי המוצרים או השירותים עצמם, גם חוסר מודעותם לתוכן החוזה עלול ליצור בעיה של שוק לימונים שבו מוצרים מאיכות גרועה דוחקים אל מחוץ לשוק מוצרים מאיכות טובה.<sup>233</sup> כשקיימים פערי מידע בין מוכרים לקונים עלולים כוחות השוק להביא למצב שבו מוצעים למכירה מוצרים באיכות הנמוכה ביותר האפשרית ובמחיר הנמוך ביותר האפשרי. בשוק לימונים הלקוחות אינם מבחינים בין החוזים השונים לפי איכותם, ולכן הביקוש אינו רגיש לפערי האיכות ביניהם. בעקבות זאת לא יוצעו לציבור הלקוחות חוזים המספקים להם, למשל, היקף אחריות רחב יחסית. התמורה המרבית שהלקוחות יהיו נכונים לשלם עבור חוזה כלשהו תשתווה לזו המבוקשת עבור חוזה המעניק אחריות צרה יחסית, מאחר שהלקוח, בשל בעיית המידע שממנה הוא סובל, יניח שכל החוזים מעניקים אחריות מצומצמת בלבד.<sup>234</sup>

- Florencia Marotta-Wurgler, "Will Increased Disclosure Help? Evaluating the Recommendations of the ALI's 'Principles of the Law of Software Contracts'", 78 *U. Chi. L. Rev.* (2011) 165 (להלן: Marotta-Wurgler, "גילוי מוגבר");  
 Florencia Marotta-Wurgler, "Does Contract Disclosure Matter?", 168 *J. Inst. & Theoretical Econ.* (2012) 94 (להלן: Marotta-Wurgler, "גילוי חוזי");  
 Marotta-Wurgler & David R. Trossen, "Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard Form Contracts", 43 *J. Legal Stud.* (2014) 1; Lewis A. Kornhauser, "Unconscionability in standard Forms", 64 *Cal. L. Rev.* (1976) 1151, p. 1163. לדיון בסיבות שבעטיין נמנעים הצרכנים לקרוא את החוזים, ראו: בכר ובר-גיל (לעיל, הערה 44) בעמ' 240–238, 242–243.  
 Florencia Marotta-Wurgler, "Are 'Pay Now, Terms Later' Contracts Worse for Buyers? Evidence from Software License Agreements", 38 *J. Legal Stud.* (2009) 309  
 Florencia Marotta-Wurgler, "Even More than You Wanted to Know about the Failures of Disclosure", 10 *Jerusalem Rev. Legal Stud.* (2014) 1, pp. 4–8  
 ליישום המושג "שוק לימונים" על חוזים אחידים ראו: Kornhauser (לעיל, הערה 230) בעמ' 1177.  
 השוו: ולר (לעיל, הערה 42) בעמ' 99. על החשש מתחרות לתחתית לגבי תניות חוזיות טיפוסיות, ראו: Russell Korobkin, "Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability", 70 *U. Chi. L. Rev.* (2003) 1203, p. 1220.

ניתן להניח כי זהו התהליך שחל בשווקים רבים לגבי חוזים אחידים צרכניים. חוזה אחיד הוא אחד ממאפייניו של המוצר/שירות,<sup>235</sup> שאותו ניתן לראות לעיתים כתכונה חבויה שאין לספקים תמריץ להשקיע בה. הרצון להשקיע בהיבטים הבולטים של המוצר יחד עם הצורך להציעו במחיר תחרותי צפויים להביא את הספק לפגוע באיכות ההיבטים החבויים, ובהקשר זה משמעות הדבר חוזים מוטים יותר לרעת הלקוח.<sup>236</sup> ואכן, ממצאיה של פלורנסיה מארוטה-וורגלר (Florenca Marotta-Wurgler), אשר חוקרת את התחום, מלמדים כי כמעט כל החוזים שנבדקו היו מוטים לטובת הספק. אומנם נמצא גיוון מסוים מבחינת מידת ההטיה (נתון המערער את הטענה שאין טעם לקרוא אותם כי ממילא כולם זהים),<sup>237</sup> אך בהחלט הייתה רמה גבוהה של אחידות, לפחות לגבי תנאים מסוימים.<sup>238</sup> יתרה מזאת, במרוצת השנים הפכו חוזים מעין אלו למוטים יותר ויותר לטובת הספק.<sup>239</sup> בכך הופכים החוזים לחלק משוק לימונים, שבו קיים תמריץ להטיל על הלקוח במסגרת החוזה עימו סיכונים רבים ככל האפשר.<sup>240</sup> אומנם יש הסבורים כי אין מקום להתערב בשווקים תחרותיים בהנחה שמיעוט מושכל ומיודע של צרכנים יצליח להוביל את השוק לשיווי משקל באמצעות חוזים אחידים צרכניים יעילים (the informed minority hypothesis),<sup>241</sup> אך הממצאים המעידים שלמעשה כמעט איש לא קורא חוזים אחידים מפריכים את ההיפותזה בדבר קיומו של מיעוט כזה.<sup>242</sup>

מלבד בעיית המידע הטיפוסית לגבי השירותים שהזמינו ואיכותם, ומלבד בעיית המידע לגבי תוכנו של החוזה האחיד שבו התקשרו, דומה שלקוחות הסוכנויות סובלים

- 235 על תפיסת החוזה כמוצר ראו גם: אוריאל פרוקצ'יה, "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לעירפול מושגי היסוד במשפט", *משפטים יח* (תשנ"ט) 395, בעמ' 409.
- 236 בכר ובר-גיל (לעיל, הערה 44) בעמ' 242–244.
- 237 Zamir & Farkash (לעיל, הערה 72) בעמ' 139.
- 238 Marotta-Wurgler, "חוזה אחיד" (לעיל, הערה 180) בעמ' 702–704.
- 239 Florenca Marotta-Wurgler & Robert Taylor, "Set in Stone: Change and Innovation in Consumer Standard-Form Contracts", 88 *N.Y.U. L. Rev.* (2013) 240.
- 240 ולר (לעיל, הערה 42) בעמ' 99; בכר ובר-גיל (לעיל, הערה 44) בעמ' 242–244.
- 241 ראו, למשל: Schwartz & Wilde (לעיל, הערה 225); George L. Priest, "A Theory of the Consumer Product Warranty", 90 *Yale L. J.* (1981) 1297, p. 1347; Michael J. Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract* (1993) pp. 119–120; Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness versus Welfare* (2002) pp. 219–220.
- 242 Marotta-Wurgler, "גילוי מוגבר" (לעיל, הערה 230) בעמ' 182; Marotta-Wurgler, "גילוי חוזי" (לעיל, הערה 230); Bakos, Marotta-Wurgler & Trossen (לעיל, הערה 230) בעמ' 101. כן ראו: Shmuel L. Becher, "Asymmetric Information in Consumer Contracts: The Challenge That Is Yet to be Met", 45 *Am. Bus. L. J.* (2008) 723 מובילים גם את תומכי התאוריה בדבר המיעוט המיודע להטיל ספק בתקפותה ביחס לחוזים אחידים. ראו, למשל: Ian Ayres & Alan Schwartz, "The No-Reading Problem in Consumer Contract Law", 66 *Stan. L. Rev.* (2014) 545, pp. 547–548; Zamir & Farkash (לעיל, הערה 72) בעמ' 147, 152.



מבעיית מידע גם באשר לדין החל על העסקה. לטענה שהבירור של תוכן אחריותה של הסוכנות כלפיו, הן מבחינת תוכן החוזה והן מבחינת הדין החל, יקר מדי עבור הלקוח, ניתן להתייחס גם כאל כשל שוק מסוג עלויות עסקה גבוהות. בענייננו, ניתן לטעון שהלקוחות פועלים על פי הנחה שגויה, שלפיה סוכנות הנסיעות נושאת באחריות מלאה למתן השירותים שהוזמנו באמצעותה (בעוד הסוכנות עצמה מודעת לכלל המשפטי התוחם את אחריותה). עקב כך יחשוב המזמין שעלות העסקה מבחינתו נמוכה משהיא למעשה, החוזה לא ישיא את התועלת המשותפת וכמות העסקאות מסוג זה תהיה גבוהה מהאופטימום.<sup>243</sup> כאמור בתת-פרק א.1 לעיל, בעיה זו עשויה להיפתר, לפחות בחלקה, באמצעות הטלת אחריות חוזית מלאה על סוכנויות הנסיעות. עם זאת, נראה שגם משטר של אחריות המותנית באשם (אישי ושאינו אישי), תוך היפוך נטל השכנוע, עשוי לתת מענה מספק לקושי זה.

אם כך, במקרים שבהם בחירותיהם של הלקוחות אינן משקפות בחירה חופשית ומיודעת בין חלופות מתחרות בשל פערי המידע – באשר לשירותים, לתוכן החוזה או למצב המשפטי – צריך להיות למדינה עניין לפקח ולהתערב.<sup>244</sup> ניתן לבחון דרכים שונות של התערבות בשוק. במקרים רבים, הדרך האופטימלית תהא לטפל בכשל השוק עצמו – הטלת חובות גילוי במקרים של בעיות מידע, פירוק של מונופולים וקרטלים במקרים של תחרות מוגבלת וכדומה. עקב כך, כאשר המידע החסר שהלקוח זקוק לו מצוי בידי הצד האחר, עשוי המשפט להטיל על האחרון את החובה לספק לו מידע זה. בענייננו, יש לבחון את יעילותה של חובת הגילוי, שכן ספק אם חובת הסבר אכן תפתור את בעיית המידע של הלקוחות, בפרט בקשר לתוכן החוזה. לספקנות זו טעמים רבים, שעל חלקם עמדנו במסגרת הדיון בהארות מהמחקר הביהביוראלי. למשל, ייתכן שגם אם הלקוחות מודעים לקיומה של תניה המגבילה את אחריות הספק, הם אינם מבינים את מלוא השלכותיה המשפטיות.<sup>245</sup> יכולתם של הלקוחות לעבד את המידע ולבצע הערכה מדויקת של עלות-תועלת היא מוגבלת. גם כאשר הסיכונים ומורכבות הנושאים הרלוונטיים הם מינוריים יחסית, ניתוח של עלות-תועלת מצביע לעיתים קרובות על העדיפות של תקינת תוכן על פני גילוי של מידע אשר אנשים יכולים או אינם יכולים להבינו ולהשתמש בו.<sup>246</sup> בהקשר זה יש לזכור שלספקים, המבקשים להשיא את

243 השוו: זמיר, "אחריות הקבלן כשומר" (לעיל, הערה 20) בעמ' 112–113.

244 פרוקצ'יה, "חוזה אחיד" (לעיל, הערה 88) בעמ' 41–43.

245 ראו, למשל: Jeff Sovern, Elayne E. Greenberg, Paul F. Kirgis & Yuxiang Liu, "Whimsy Little Contracts' with Unexpected Consequences: An Empirical Analysis of Consumer Understanding of Arbitration Agreements", 75 *Md.L.Rev.* (2015) 1.

246 Zamir & Farkash (לעיל, הערה 72) בעמ' 163.

רווחיהם, אין תמריץ להציג את המידע באופן שיקל על הלקוחות לקבל את ההחלטה היעילה.<sup>247</sup>

הטעם המרכזי לכך שחובות גילוי עלולות להיות עקרות נעוץ בעובדה הפשוטה שצרכנים אינם קוראים חוזים אחידים. נראה כי הסיבה לכך אינה העובדה שאין להם אפשרות לקרוא אותם, אלא השערתם שהחוזים ארוכים מדי, קשים להבנה ואינם רלוונטיים לשימוש שלהם במוצר, כמו גם להחלטתם אם להתקשר בעסקה אם לא. ואכן, ממצאים אמפיריים מעידים כי הסבירות שלקוחות אשר קראו את החוזה יתקשרו בעסקה דומה לסבירות להתקשר בעסקה מבלי לקרוא את החוזה.<sup>248</sup> מכאן שלא זו בלבד שהאפקטיביות של חובת הגילוי מוגבלת, אלא גם השפעתה על התנהגות הצרכנים או על תוכן החוזים אינה משמעותית. ממצאים אלו עשויים להוביל למסקנה נורמטיבית ברורה באשר לאפקטיביות של חובות גילוי, גם מחוץ לחוזה האחיד, לאור העובדה שגם נגישות משופרת למידע אינה משפרת את מידת צריכתו בפועל. אומנם המחקרים התמקדו, כאמור, בחוזים בשוק המקוון של רישיונות תוכנה, אשר עשוי להיות שונה משווקים מקוונים ולא מקוונים אחרים, אך נכון לעתה נראה שזו התובנה הרווחת והמקובלת של המחקר האמפירי בתחום זה.<sup>249</sup>

ההשפעה השולית של חיובי גילוי על החלטות הלקוחות בשלב ההתקשרות גורעת מאוד מהצדקתם כאמצעי להשאת היעילות הכלכלית באמצעות פתרון בעיית המידע.<sup>250</sup> לאמיתו של דבר, האפקטיביות המוגבלת של חיובים אלה גורעת באותה מידה גם מכוחן של הצדקות אחרות המניחות שחובות גילוי תשפיענה על התנהגות הלקוחות, כמו הגשמת הרצון האמיתי של הצדדים לחוזה, צמצום הפערים ביניהם והגברת שקילות התמורות.<sup>251</sup> מכל מקום, אם הבעיה איננה בעיית מידע של הלקוחות, אלא העובדה שאין להם דרך מעשית להטיל אתריות על הספקים בחוץ-לארץ, הרי שחובות גילוי לא תפתורנה את הבעיה ממילא. ייתכן אפוא שאופן האסדרה הראוי של כשל זה מחייב דווקא תקינת תוכן,<sup>252</sup> בייחוד כאשר הוא מתווסף לכשלים אחרים.

247 Omri Ben-Shahar & Carl E. Schneider, "The Failure of Mandated Disclosure", 159 *U. Pa. L. Rev.* (2011) 647, pp. 691–702.

248 ראו: Marotta-Wurgler, "גילוי מוגבר" (לעיל, הערה 230); Marotta-Wurgler, "גילוי חוזי" (לעיל, הערה 230); Bakos, Marotta-Wurgler & Trossen; (לעיל, הערה 230).

249 ראו, למשל: Omri Ben-Shahar & Carl E. Schneider, *More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure* (2014). כן ראו: Tess Wilkinson-Ryan, "A Psychological Account of Consent to Fine Print", 99 *Iowa L. Rev.* (2014) 1745.

250 נראה שגם חסידיה של הגישה הכלכלית למשפט מתחילים להטיל ספק ביעילותן של חובות גילוי. ראו, למשל: Ben-Shahar & Schneider, שם. כן ראו: Zamir & Farkash (לעיל, הערה 72) בעמ' 152.

251 זמיר, "מכר (דירות)" (לעיל, הערה 11) בעמ' 484.

252 ולר (לעיל, הערה 42) בעמ' 106–107. גם רגולציה של תוכן הזכויות והחיובים של הצדדים מיושמת בישראל. ראו, למשל, את ההוראות הקוגנטיות של חוק המכר (דירות) ושל חוק

ייתכן שבחלק מהחוזים תהא ההקצאה האופטימלית של הסיכונים שונה.<sup>253</sup> אם כן, אף אם מקבלים את ההנחה שהשוק אינו משוכלל, הסדרה קוגנטית של אחריות הסוכנויות כרוכה בעלויות, לרבות הפגיעה ביעילות של עסקאות שבהן ההסדר האופטימלי אינו מתיישב עם הקצאת האחריות האמורה. עם זאת, דומה שהתועלת שתצמח משלילת האפשרות להתנות על הקצאת הסיכונים עולה על העלות הכרוכה בה.<sup>254</sup> בהנחה שהקצאת הסיכונים המוצעת אכן מוצדקת משיקולי יעילות, ההסדרה הברורה והמפורשת של הנושא, על כוחה הכופה, תגביר את הוודאות המשפטית.<sup>255</sup> בסיכומו של דבר, אף על פי שתיקון עצמי של השוק הוא אפשרי, ניכר כי אין לסוכנויות כל נכונות לנקוט את הצעדים הדרושים לשם כך, וכוחות השוק אינם מצליחים ליצור בעצמם דינמיקה כלכלית שתסיר את הכשל. דומה אפוא שאין מנוס מהתערבות משפטית-חיצונית שתקדם יעילות כלכלית. התערבות זו תבוא לידי ביטוי בקביעת כללי האחריות שיחולו על הסוכנויות.<sup>256</sup> שיקולי היעילות שנדונו לעיל מספקים, כך נראה, הסבר משכנע להתערבות כופה בתוכן החוזה ולהטלת האחריות גם על סוכנויות הנסיעות.<sup>257</sup>

## 2. שיקולי הוגנות

המסקנה שיש מקום לאמץ חלוקה מאוזנת והוגנת של עלויות ותועלות בחוזה על פני התניות מפורשות בחוזה אשר אינן מתיישבות עם ערכים אלו, ושהטלת האחריות על סוכנויות הנסיעות אכן הוגנת, מעוררת את השאלה אם יש מקום לאכוף תניית פטור המתנה על אחריות זו. התפיסה שהלקוח אינו משלם רק על ביצוע הפעולה הטכנית של

המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ה–1974, ס"ח 14 (להלן: "חוק הבטחת השקעות של רוכשי דירות"). עם ההצדקות להתערבות מדינתית כופה ולקיומה של תקינת תוכן בתחום זה, נמנות, בין היתר, המסקנה שאין לצפות שהשוק יווסת את עצמו לאור ההומוגניות של החוזים הנוהגים, והימצאותו של הקבלן בעמדת עדיפות מובהקת על פני הרוכש. ראו: זמיר, "מכר (דירות)", שם, בעמ' 479. דומה שהצדקות אלו רלוונטיות גם בהקשרנו. אגב, בהקשר של עסקאות תיווך, חוק המתווכים במקרקעין, תשנ"ו–1996, ס"ח 70, כולל תקינת גילוי כמו גם תקינת תוכן.

253 יש מקרים שבהם מערכת ההעדפות של הצדדים לעסקה להזמנת שירותי תיירות שונה מההנחות הטיפוסיות שהוצגו. מאחר שיעילות נבחנת לפי העלויות והתועלות של הצדדים לעסקה, לכאורה יש מקום לאפשר להם לסטות מהכללים ההולמים את המקרה הטיפוסי. זמיר, "קבלנות" (לעיל, הערה 12) בעמ' 38.

254 השוו: זמיר, "מכר (דירות)" (לעיל, הערה 11) בעמ' 477–478.

255 שם, בעמ' 491. על שיקולי יעילות וכללים קוגנטיים, ראו, באופן כללי: Posner (לעיל, הערה 79).

256 השוו: ג'בארין, "אתרי אינטרנט" (לעיל, הערה 19) בעמ' 282–283.

257 השוו: זמיר, "אחריות הקבלן כשומר" (לעיל, הערה 20) בעמ' 106–109, 112.

ההזמנה, אלא גם על מכלול שירותים נוספים הניתנים על ידי הסוכנויות, עשויה להצדיק כלל דיספוזיטיבי של הטלת אחריות על הסוכנויות, אם כי כנראה אינה יכולה להצדיק כלל כופה המסכל את רצונן. עם זאת, קיומו של פער בעמדות המיקוח היחסיות של הצדדים, היעדר חלופה הוגנת לחוזה (כלומר חוזה שאינו כולל תניה כזו גם אם מחירו גבוה יותר), העובדה שמדובר בצמצום חבות חוזית לסיכון רגיל לגבי אותו חוזה – מובילים כולם למסקנה שקיומה של תניית פטור בחוזה אינה הוגנת, ולכן אין לתת לה תוקף.

העובדה שההתקשרות בין הלקוח לסוכנות היא לרוב במסגרת עסקה צרכנית – שבה הלקוח מצוי בעמדה נחותה ממנה מבחינת היקף המידע שבידו, אינו שותף לניסוח החוזה (בהיותו חוזה אחיד), ופעמים רבות אינו מודע לכלל תנאותיו או אינו מבין את משמעותן במועד ההזמנה – מגבירה את ההצדקה להקפיד על שקילות אובייקטיבית של התמורות. ואכן, חוזים צרכניים המוכתבים על ידי צד אחד נוטים להיות חד-צדדיים (גם בשווקים תחרותיים).<sup>258</sup> אם כך, החשש מפני ניצול לרעה של הכוח החוזי עשוי להצדיק פיקוח על הסכמים אלו ולתמוך בהסדר כופה.<sup>259</sup>

נוסף על כך, הגידול העצום בשימוש באינטרנט לשם בירור מידע וביצוע הזמנות בתחום התיירות מעמיד בספק את עצם הצורך בסוכנויות הנסיעות. מכאן שמצופה מהסוכנויות להעניק ללקוח ערך מוסף להזמנה של שירותי תיירות באמצעותן. מתן אחריות לביצועם של שירותי התיירות יוצר ערך מוסף משמעותי. ההנחה שציפיתם של הלקוחות בהתקשרותם עם הסוכנות היא שזו תישא באחריות במקרים של תקלה באספקת השירותים מחזקת מסקנה זו.<sup>260</sup> לאור זאת, ובשל הקושי להיפרע מהגורם

258 Marotta-Wurgler, "תחרות" (לעיל, הערה 211). עם זאת, העובדה שרוב ההסכמים נוטים לטובת הספק אינה מנביעה בהכרח שהם בלתי הוגנים (או בלתי יעילים) בשוק תחרותי. ראו: Zamir & Farkash (לעיל, הערה 72) בעמ' 153. זו למעשה גם עמדתה של מארוטה-וורגלר.

259 דויטש, "הגנת הצרכן" (לעיל, הערה 187) בעמ' 120, 139.  
 260 היתרון המרכזי שיש בהזמנה באמצעות סוכן, וזו ציפיתם הבסיסית של לקוחותיו, הוא ש"יש לצרכן עם מי לדבר, למי לבוא ולהתייעץ, ואל מי לפנות במקרה של תקלה". ת"ק (תביעות קטנות ירושלים) 4184/06 ברודנר נ' קשר רנט א קאר בע"מ (פורסם בתקדין, 2007). כן ראו, למשל: עניין סלע (לעיל, הערה 25). בהקשר זה ראוי להבחין בין אתרים ישראלים המציעים עסקאות באינטרנט לבין סוכנויות מקוונות בעולם (online travel agency, OTA), שכן האחרונות מנהלות משא ומתן ישירות עם הספקים, ואילו בישראל מדובר בסוכנויות "קלסיות" אשר פתחו ערוץ תקשורת נוסף עם הצרכנים בעזרת האינטרנט. הזמנה באמצעות אתרים אלו כמיה כביצוע הזמנה באמצעות סוכנות הנסיעות עצמה. ראו: "ענף התיירות" (לעיל, הערה 57) בעמ' 24. לשאלה אם יש הבדלים, מבחינת משטר האחריות הרצוי, בין סוכנויות נסיעות קלסיות לבין סוכנויות מקוונות ראוי להקדיש דיון נפרד. עם זאת, בהקשר הנוכחי יוער כי המעבר לסוכנויות מקוונות עשוי להשפיע על הציפיות הסבירות של הלקוחות בקשר לאופי השירות של הסוכנות, כמו גם למידת אחריותה לשירותים המוזמנים באמצעותה. כאשר יש הבדל ניכר במחיר בין שתי

האחראי לנזק, דומה שאין מקום לאפשר לסוכנות להתנער באופן מוחלט מהלקוח בכל מקרה של תקלה, אף אם זו אינה נובעת מרשלנותה. הצדק וההגינות תומכים לפיכך במסקנה שיש לעגן את הקצאת האחריות האמורה בחוק ולקובעה באופן קוגנטי.<sup>261</sup>

### 3. שיקולים צרכניים וחלוקתיים

הצדקה נוספת שלא לאפשר לצדדים להתנות על הסדר האחריות המוצע מבוססת על שיקולים חלוקתיים או צרכניים.<sup>262</sup> כוח המיקוח של הצרכן עם הספק מוגבל, וזאת בניגוד להנחת השוויון בין הצדדים לחוזה העומדת בבסיסם של דיני החוזים הכלליים.<sup>263</sup> ואכן, הגישה המסורתית של דיני הגנת הצרכן מניחה שהצרכן מצוי בנחיתות מתמדת במערכת היחסים עוסק-צרכן. הוא אינו מסוגל להגן על עצמו הן בשל בעיית המידע, הנובעת, בין היתר, מהמגוון הרחב של מוצרים ושירותים, והן בשל היעדרה של אפשרות ממשית לנהל משא ומתן עם העוסק, גם בשוק תחרותי.<sup>264</sup> לפי גישה זו, לעוסקים יש ניסיון, מומחיות, משאבים, ייעוץ מקצועי, יכולת להשפיע על מעצבי המדיניות ואינטרס כלכלי להתארגן. הצרכנים אינם נהנים מכל אלו, ואף חשופים למניפולציות מצד העוסקים, שכל מטרתם היא השאת רווחיהם.<sup>265</sup> במילים אחרות, החולשה של האינטרס הצרכני נובעת מקיומו של חוסר איזון בעמדות הכוח והמיקוח של הצדדים, שכן הצרכן מצוי בעמדת נחיתות הן בשלב של גיבוש הנורמה – החוזית או

פלטפורמות עסקיות אלה, סביר שיש פער אף בציפיות הצדדים לגבי תוכן השירותים המוענקים במסגרתן.

261 השוו: זמיר, "מכר (דירות)" (לעיל, הערה 11) בעמ' 492–494.

262 גישה חלוקתית, כפי שנדונה לעיל, מבקשת לצמצם את הפערים ולהגביר את השוויון בחברה, וזאת באמצעות חלוקה מחדש של עושר וכוח בין קבוצות שונות. אחת התכליות המרכזיות של ההגנה על הצרכן היא צמצום פערי הכוח בינו לבין ספק המוצרים או השירותים. ראו: אורנה דויטש (לעיל, הערה 170) בעמ' 28. כיוון שכך, דומה כי הגישה הצרכנית היא יישום קונקרטי של הגישה החלוקתית. אומנם הספקים אינם בהכרח עשירים יותר מהצרכנים שעמם התקשרו, אך צדק חלוקתי מטפל גם באי-שוויון של כוח, לרבות הכוח להכתיב את תוכן ההתקשרות החוזית. ראו: זמיר, "פירוש והשלמה" (לעיל, הערה 153) בעמ' 100–101 ו-104–105.

263 סיני דויטש, "דיני חוזים והחקיקה להגנת הצרכן", **מחקרי משפט ט** (תשנ"ב) 133, בעמ' 144.

264 מטרתם העיקרית של חוקי החוזים היא להגשים את ציפיותיהם הסבירות של הצדדים, ואילו מטרתו של חוק הגנת הצרכן היא, כפי שמעיד עליו שמו, להגן על הצרכנים. איל זמיר, **חוק המכר, תשכ"ח–1968** (פירוש לחוקי החוזים בעריכת גד טדסקי, 1987) בעמ' 67 (להלן: זמיר, "מכר").

265 בכר ובר-גיל (לעיל, הערה 44) בעמ' 223.

החקיקתית – הן בשלב של מימוש זכויותיו. מקור נוסף לחולשת האינטרס הצרכני הוא קיומם, לעיתים, של פערים במידע המשפטי באשר לתוכנו של הדין החל.<sup>266</sup> הספק נהנה מעדיפות ברורה על פני לקוחותיו גם מעצם העובדה שמדובר בחוזה אחיד, שאת תנאיו נדרש הלקוח לאשר על בסיס "קח או הנח" (take it or leave it). לאור זאת, יש כמה הצדקות להתערב ולהגן על הניצע בחוזה אחיד.<sup>267</sup> ראשית, ההגנה נדרשת בשל קיומם של פערי הכוחות בין הצדדים, המאפשרים לצד החזק בעסקה להעמיד את תנאיו ולאליץ את הצד החלש להסכים להם. מבחינת הניתוח הכלכלי טענה זו כשלעצמה אינה מצדיקה התערבות רגולטורית, שכן ספק המציע מוצר שאינו תואם את רצון לקוחותיו בשוק משוכלל צפוי לאבד אותם לטובת מתחריו ולחדול מלהתקיים. לאור ההנחה שהלקוח מתקשר באופן רצוני, חזקה שתנאי העסקה משפרים את מצבו גם כשמדובר בחוזים אחידים צרכניים.<sup>268</sup> עם זאת, כאמור, אין בנמצא שוק משוכלל התואם את הנחות המוצא הסטנדרטיות של הניתוח הכלכלי, ולכן הספק עלול לנצל לטובתו, בין היתר, את עדיפותו במידע על פני הלקוחות, כמו גם את ההטיות הקוגניטיביות שלהם. שנית, חוזים אחידים יוצרים מעין חקיקה פרטית, משמרבית הלקוחות מעדיפים את קבלתם ללא סייג על פני דחייתם המוחלטת. מאחר שהם חלק הארי ממכלול החוזים כיום, הרי שאלמלא התערבות הדין בתוכנם היו מרב הנורמות המשפטיות המחייבות בחברה פרי רצונם של הספקים. מכאן שחברה אשר אינה מעוניינת לוותר על אופייה הדמוקרטי מחויבת לפעול לסיוג כוחם בקביעת תוכן הנורמות.<sup>269</sup> ואכן, למשל, מטרתם של דיני החוזים האחידים היא למנוע מהספקים "לחוקק" באופן חד-צדדי את הנורמות המחייבות את הציבור, ולהחזיר ללקוחות מידה של מעורבות בהליכי יצירתן, שנשללה מהם בתנאי השוק.<sup>270</sup> גם דיני הגנת הצרכן מושתתים על ההבנה שפערי הכוחות הטיפוסיים בין הצרכן לעוסק מחייבים התערבות משפטית שתגן על הצרכן מפני כוחו העודף של העוסק.<sup>271</sup> אי-השוויון הכלכלי והמקצועי בין הצדדים הוא אחת ההצדקות

266 ה"בטן הרכה" של הלקוח הצרכני היא חולשתו האינפורמטיבית בעניינים משפטיים. אורנה דויטש (לעיל, הערה 170) בעמ' 460.

267 בישראל אף נחקק לשם כך חוק החוזים האחידים, ראו: בכר ובר-גיל (לעיל, הערה 44) בעמ' 235. למרות העובדה שחוק זה אינו מוגבל לעסקאות צרכניות, הוא בעל אוריינטציה צרכנית מובהקת. אורנה דויטש, שם, בעמ' 452–453. גם הרוח בבית הדין לחוזים אחידים הפכה לפרו-צרכנית. ראו: זמיר, "צדק" (לעיל, הערה 39) בעמ' 15.

268 בכר ובר-גיל, שם, בעמ' 236–237.

269 פרוקציה, "חוזה אחיד" (לעיל, הערה 88) בעמ' 31–32 ("עקרון חופש ההתקשרות, שנועד בראשיתו לתת משנה תוקף לרצונו של הפרט, היה מנוצל עתה להשגת המטרה הפוכה, דהיינו צנטראליזאציה מחודשת של הליך החקיקה: הוצאתו מידי המוונים, ומסירתו לאוליגארכיה התעשייתית והמסחרית").

270 שם, בעמ' 45, 58.

271 בכר ובר-גיל (לעיל, הערה 44) בעמ' 223. מטרתם של דיני הגנת הצרכן היא להגן על הצרכנים בהנחה שהם צד חלש בעסקה שבה הספק מכתוב את רצונו, ולכן שחופש חוזים אמיתי אינו קיים בעסקאות צרכניות. ראו: סיני דויטש, "החקיקה הצרכנית והקודיפיקציה

להגן על הצרכן, והוא גם עשוי להסביר מדוע הגנה זו מצדיקה לעיתים פגיעה בחופש החוזים.<sup>272</sup> אומנם חופש החוזים זכה בישראל למעמד של זכות יסוד חוקתית, נוכח הגשתו את אוטונומית הפרט והרצון,<sup>273</sup> אך ככל חופש – הוא מוגבל.<sup>274</sup> לעיתים, חופש חוזים מוחלט מאפשר לחזק לנצל את החלש ולכפות עליו את העדפותיו.<sup>275</sup> היעדר רגולציה אינו מניב בדרך כלל חופש רב יותר לשני הצדדים, אלא כוח רב יותר למנסחי החוזים על חשבון הלקוחות.<sup>276</sup> בשל כך יש מקרים שבהם קיימת הצדקה טובה להתערב בתוכנם.<sup>277</sup>

מאחר שהצרכן מצוי בעמדת נחיתות, המשפט הוא שצריך ליצור את האיזונים הנדרשים, אשר ניתן היה להשיגם במשא ומתן בין צדדים בעלי ידע וכוח מיקוח שווה בעסקה, ולהסדיר עבורו את מה שאינו יכול להסדיר בעצמו. ניתן לטעון שכאשר המחוקק קובע הסדרים קוגנטיים בתחום הצרכני, הוא מבקש להגשים את הרצון ה"אמיתי" של הצדדים, כלומר גם את רצונו של הצרכן, אילו היה באפשרותו להביאו לידי ביטוי בחוזה.<sup>278</sup> הקוגנטיות היא אפוא אחד המאפיינים הבולטים של החקיקה הצרכנית. הטעם לכך מובן, בצל החשש שנוכח עדיפותו של העוסק – הבאה לידי ביטוי, בין היתר, בעצם העובדה שהוא אשר מנסח את החוזה האחיד שרוב לקוחותיו אינם קוראים – הוא יוכל להתנות על זכויותיו של הלקוח אם אלו יהיו דיספוזיטיביות, ולחמוק מהתנאים שאותם ביקש המחוקק להכתיב.<sup>279</sup> התייחסות לדיני התיירות, או לפחות לחלקם המתייחס לזכויות התיירים, כחלק בלתי נפרד מדיני הגנת הצרכן, צריכה להביא לפירושם ברוח

- 
- האזרחית", **משפטים** לו (תשס"ז) 499, בעמ' 503–504. לדיון במגוון שיקולי המדיניות המצדיקים את הטיפול המיוחד בחוזים צרכניים ראו: דויטש, "הגנת הצרכן" (לעיל, הערה 187) בעמ' 23, 91–111, 119–126; אורנה דויטש (לעיל, הערה 170) בעמ' 123–147; וכן זמיר, "מכר (דירות)" (לעיל, הערה 11) בעמ' 495.
- 272 דויטש, "הגנת הצרכן", שם, בעמ' 23, 91–111, 119–126.
- 273 אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך ג – פרשנות חוקתית, 1994) בעמ' 649–700; גבריאלה שלו, **דיני חוזים** (מהדורה שנייה, 1995); וכן בג"ץ 1683/93 **יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים**, מז(4) 704 (1993).
- 274 ראו, למשל: דבריו של השופט (כתוארו דאז) אהרן ברק בד"נ 22/82 **בית יולס נ' רביב משה ושות' בע"מ**, פ"ד מג(1) 441, בעמ' 486 (1989).
- 275 ראו: דבריה של השופטת פלפל בה"פ (מחוזי ת"א) 157/01 **רייז נ' מיסטר מאני ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 2002) ("חירות החוזים ועיצוב העסקה אינם חירות הבזיזה!");
- 276 Zamir & Farkash (לעיל, הערה 72) בעמ' 166.
- 277 שם, בעמ' 162–167.
- 278 אורנה דויטש (לעיל, הערה 170) בעמ' 128.
- 279 שם, בעמ' 368–369.

חוק הגנת הצרכן ולהבטחת הגנתו של הלקוח מפני ניצולו על ידי נותני השירותים, לרבות שירותי סוכנות נסיעות.<sup>280</sup>

אשר על כן, בהנחה שדיני החוזים הם אכן מכשיר לגיטימי להשגת היעד בדבר הגברת השוויון החברתי והכלכלי, הדרך הישירה והאפקטיבית לעשות זאת היא על ידי תקינה כפויה של תוכן החוזה בין הסוכנויות ללקוחותיהן. כחווה אחיד צרכני ראוי להחיל עליו מגבלות אשר יבטיחו את האינטרס הצרכני מפני ניצולו לרעה על ידי נותן השירות. פערי הכוחות בין הלקוח לסוכנות וליתר החוליות בעסקה מביאים למסקנה שאין להותיר את הסדרת התחום לצדדים בלבד, וזאת בשל החשש המתמיד מפני ניצול חולשתו של הלקוח וחסרו יכולתו לאזן את פערי הכוחות ולממש את זכויותיו.

#### 4. שיקולים פטרנליסטיים

שיקולים נוספים אשר עשויים להצדיק הגבלה כופה של חופש פעולתם של המתקשרים הם שיקולים בדבר פטרנליזם בדיני חוזים.<sup>281</sup> ניתן להצדיק פטרנליזם מטעמים תועלתניים, כלכליים, חלוקתיים ואלטרואיסטיים. ניתן להצדיקו גם על בסיס ההסכמה המשוערת, מלכתחילה או בדיעבד, של האדם שבחירותו מבקשים להתערב.<sup>282</sup> שיקול מסוג זה עשוי להצדיק את הגבלת המתקשרים בהנחה שההתערבות נועדה למנוע פגיעה באינטרס העצמי שלהם, ושהדין מגשים באורח סביר את האינטרסים הלגיטימיים של שני הצדדים לעסקה.<sup>283</sup> ואכן, בדין הישראלי יש כללים רבים שיסודם (לפחות חלקית) נעוץ בפטרנליזם.<sup>284</sup>

ניתן לטעון שנוכח בעיית המידע של הלקוחות בקשר לתוכן החוזה אין לראות בהכתבת הוראות החוזה משום התערבות פטרנליסטית.<sup>285</sup> אם כן, ספק אם התערבות

280 מידני ואוריאל (לעיל, הערה 203) בעמ' 57. לאמיתו של דבר, ייתכן שיש מקום להחיל את העקרונות ושיקולי המדיניות המזינים את דיני הגנת הצרכן על כלל החוזים, לרבות על חוזים פרטיים ומסחריים. ראו: זמיר, "הגנת הצרכן" (לעיל, הערה 172) בעמ' 410; איל זמיר, "הסדרת החוזים המיוחדים בהצעת הקודקס האזרחי", **משפטים** לו (תשס"ז) 531, בעמ' 543–544.

281 על פטרנליזם במשפט בכלל, ובדיני החוזים בפרט, ראו: זמיר, "פטרנליזם" (לעיל, הערה 50). כן ראו: Antohny T. Kronman, "Paternalism and the Law of Contracts", 92 *Yale L.J.* (1983) 763 (לעיל, הערה 155).

282 זמיר, "מכר (דירות)" (לעיל, הערה 11) בעמ' 505.

283 זמיר, "פירוש והשלמה" (לעיל, הערה 153) בעמ' 107–113.

284 ראו, למשל: "חוק הבטחת השקעות של רוכשי דירות"; סעיף 14 לחוק הגנת הצרכן; סעיפים 6 ו-15 (א) ל"חוק התרופות"; סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969, ס"ח 259; וסעיף 5 לחוק המתנה, תשכ"ח–1968, ס"ח 102. מגמה פטרנליסטית ברורה ניכרת בייחוד בחקיקה הצרכנית. ראו: סיני דויטש, "דיני החוזים הצרכניים מול דיני החוזים המסחריים", **עיוני משפט** כג (תש"ס) 135.

285 ולר (לעיל, הערה 42) בעמ' 128.



כופה בתניות הנסטרות של החוזה להזמנת שירותי התיירות היא אכן פטרנליסטית. כאמור, הימנעותו של הצרכן מקריאת החוזה הופכת אותו לתכונה חבויה של המוצר/שירות. ככל שהתכונה גלויה פחות לצרכן בעת כריתת העסקה, כך גדל הצורך בהגנה משפטית.<sup>286</sup> נוסף על כך, ככל שהנושא שולי יותר במודל העסקי של העוסק, כך נמוך יותר הסיכוי שהלקוחות מודעים להיבט זה ומפקחים עליו. מטעם זה, התערבות ב"תניות משניות" המסדירות את יחסי הצדדים במקרה של סכסוך או הפרה צריכה להיות רבה יותר מאשר התערבות בתניות הקובעות את ה"חובות הראשוניות" של הצדדים.<sup>287</sup> בענייננו, כאמור, ספק אם הלקוחות כלל מודעים לתוכן החוזה באשר למידת אחריותן של הסוכנויות במקרים שבהם נפל ליקוי בשירותי התיירות שהן מציעות, נושא הקרוב יותר להיבטים המוסדרים במסגרת התניות המשניות. הטיעון שלפיו אין לראות בהכתבת הוראות החוזה משום התערבות פטרנליסטית משכנע במיוחד על רקע היעדרו של היצע בשוק החוזים הרלוונטי.

מכל מקום, אף אם בהתערבות פטרנליסטית עסקינן, היא עשויה להיות מוצדקת. הטעם לכך הוא שגם כשיש ללקוח מידע מלא באשר להיקף האחריות המוגבל של הסוכנות בהתאם לחוזה, וגם כשקיימות חלופות חוזיות שונות, הלקוחות עדיין עלולים לבחור בחלופה שאיננה החלופה הטובה ביותר עבורם. כאמור במסגרת הדיון בהארות מהמחקר הביהביוראלי, מחקרים אמפיריים בתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית מצביעים על כך שבמצבים רבים הערכותיהם והכרעותיהם של רוב האנשים אינן לגמרי רציונליות. אנשים נוטים, למשל, להתעלם מסיכונים שהסתברותם נמוכה ולאופטימיות יתר (המאופיינת באמירה "לי זה לא יקרה").

בהקשר של סוכנויות הנסיעות, יש בסיס לחשש שהלקוחות יתקשו להעריך נכונה את ההסתברות שיפלו ליקויים בשירותי התיירות שהזמינו. נוסף על כך, אנשים מייחסים משקל נמוך מדי להטבות או לעלויות עתידיות, בהשוואה להטבות ולעלויות שבהווה. עקב כך הם עלולים להעדיף הפחתה כלשהי במחיר המשולם עתה תוך נשיאה בסיכון גבוה יותר בעתיד, על פני תשלום גבוה יותר בהווה בעד אחריות רחבה יותר של הסוכנות בעתיד. לאור זאת, קיים חשש מוחשי שהסכמת הלקוח להגביל את אחריות הסוכנות לליקויים העלולים להתגלות בשירות בעתיד לא תהא לגמרי רציונלית. סוכנויות הנסיעות עלולות לנצל לתועלתן את ההטיות הרווחות של המתקשרים עימן, למשל בכך שיקבעו תניות וסייגים בקשר לאחריותן. מבחינה זו התערבות פטרנליסטית עשויה להיות מוצדקת.<sup>288</sup>

286 בכר ובר-גיל (לעיל, הערה 44) בעמ' 243.

287 בעניין המכרז של המדינה (לעיל, הערה 6) נקבע שאחד המצבים המרכזיים המצדיקים התערבות שיפוטית מכוח חוק החוזים האחידים בחופש עיצוב מודל עסקי בשוק תחרותי הוא כאשר ההסדרים נוגעים להיבטים אגביים של המודל העסקי. שם, בפסקה 24.

288 השוו: זמיר, "הגנת הצרכן" (לעיל, הערה 172) בעמ' 414–415.

התובנות מהמחקר הביהביוראלי השפיעו מאוד על הניתוח הכלכלי עצמו.<sup>289</sup> ההכרה בכך שהאופן שבו אנשים מתנהגים אינו תואם את הנחות המוצא של הניתוח הכלכלי הסטנדרטי, ולכן אינו משיא את תועלתם או את התועלת החברתית הכוללת, עשויה להצדיק רגולציה ופטרנליזם בדיני חוזים גם לפי גישה מוניסטית, שלפיה המטרה היחידה היא הגדלת סך כל הרווחה החברתית.<sup>290</sup> בנסיבות אלה, שלילת התוקף מתניות מסוימות בחוזה עם הסוכנות (או תקינת תוכן כופה) עשויה להיות מוצדקת בשל הצורך להגן על הלקוח מפני ליקויים בשיקול דעתו, חוסר האמון בכוחו לדאוג לאינטרס האמיתי שלו בעצמו, הסכמתו המשווערת ובעצם מכל הטעמים העשויים להצדיק פטרנליזם בכלל.<sup>291</sup>

ההצדקה להתערבות פטרנליסטית מושפעת מהבחנות שונות, ובהן סוג האינטרסים שעליהם היא מבקשת להגן.<sup>292</sup> ייתכן כי העובדות שלפיהן עניינו של החוזה בין הלקוח לסוכנות הוא הזמנת שירותי תיירות לתקופת זמן מוגבלת וקצרה יחסית, שהוא נועד לעסקה שהיא חד-פעמית מטבעה, ולא להסדרה של יחסים חוזיים ארוכי טווח ומתמשכים, שמדובר לרוב בסכומי כסף נמוכים יחסית ושהשירותים מושא החוזה אינם מהסוג הבסיסי וההכרחי לצרכן, אלא ניתן לראותם כשירותי מותרות<sup>293</sup> – כל אלו אינן תומכות בהתערבות משיקול זה. גם העובדה שהנזק שעלול להיגרם ללקוח הוא בעיקרו ממוני ושאינו ממוני (בשונה מנזק פיזי לגוף או לרכוש) מטילה בספק את ההצדקה להתערבות פטרנליסטית. מנגד, דומה שלהזמנת שירותי התיירות עשויה להיות חשיבות רגשית רבה עבור הלקוחות, לאור השינוי הקיצוני באורח חייהם במהלך החופשה, הציפייה, ההתרגשות הרבה לקראתה וההיערכות המיוחדת הנדרשת עבורה. הדבר נכון בייחוד כאשר היציאה לחופשה היא לרגל אירוע מיוחד.<sup>294</sup> מכאן שאי-קבלת השירות כמובטח עלולה לגרום ללקוח מפח נפש גדול במיוחד ונזק נפשי אשר כמוהו כנזק גוף.<sup>295</sup> נתון זה עשוי להצדיק התערבות משפטית כופה.

- 289 זמיר, "צדק" (לעיל, הערה 39) בעמ' 15; מיה בר-הלל ואוריאל פרוקצ'יה, "כלכלה התנהגותית", *הגישה הכלכלית למשפט* (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012) בעמ' 71; *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law* (Eyal Zamir & Doron Teichman eds., 2014).
- 290 זמיר, "צדק", שם; זמיר, "פטרנליזם" (לעיל, הערה 50) בעמ' 237–254; Zamir & Medina; (לעיל, הערה 50).
- 291 השוו: זמיר, "מכר (דירות)" (לעיל, הערה 11) בעמ' 506–509.
- 292 זמיר, "פירוש והשלמה" (לעיל, הערה 153) בעמ' 107–109.
- 293 לכאורה יש להפעיל את מבחן הסבירות וההגינות באופן מחמיר יותר כשמדובר בחוזה למכירת מצרך חיוני. ראו: ורדה לוטטהויז וטנה שפניץ, *חוזים אחידים* (1994) בעמ' 76; וכן דעת הרוב בעניין *שמעוני* (לעיל, הערה 205). בענייננו ניתן לראות בשירותי התיירות מוצרי מותרות בלבד.
- 294 עניין *דיזנהויז* (לעיל, הערה 6) בפסקה 6.
- 295 בחוקים רבים נזק נפשי אכן נחשב לנזק גוף. ראו, למשל: חוק האחריות למוצרים פגומים וחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים. כן ראו: ולר (לעיל, הערה 42) בעמ' 127.

מעבר לכך, נראה שההתערבות המוצעת בתוכן החוזה היא התערבות מתונה, המגבילה את חירותם של הפרטים בעוצמה נמוכה למדי. הכלל הכופה אינו מחייב את הלקוח לבצע פעולה מסוימת או להימנע מפעולה כזו. מנקודת מבטה של סוכנות הנסיעות, אומנם הכלל מגביל את חלוקת הסיכונים שהיא יכולה להציע ללקוחותיה, אולם אינו שולל את יכולתה לגלגל את עלות ההתערבות על כתפיהם (או אל החוליות הבאות בשרשרת).<sup>296</sup> זאת ועוד, כאשר ההתערבות בהסכמת הצדדים באמצעות חקיקה כופה מיועדת לשפר את מידת הרצוניות של בחירתם, נראה שהיא בעלת אופי פטרנליסטי "חלש" בלבד. התעלמות מרצונו של צד לחוזה עשויה להיות מוצדקת כאשר הרצון של הצד אשר הדין מבקש להגן עליו אינו מופעל באופן חופשי מספיק. כאשר לצד השני כוח מיקוח עדיף, ניתן לומר שההתערבות בבחירה של הצרכן איננה התערבות בבחירה רצונית מלאה. הדבר נכון גם כאשר מידת הרציונליות של הבחירה שאותה מסכלים היא נמוכה.<sup>297</sup>

גם גישה תועלתנית תצדיק התערבות פטרנליסטית במקרים שבהם הפגיעה שתיגרם אם יינתן לפרט להגשים את בחירתו עולה על הנזק הכרוך בעצם ההתערבות בחירותו.<sup>298</sup> לעיתים אין בהתערבות בתוכן החוזה פגיעה בחופש החוזים, שכן ספק אם הצרכן נהנה מחופש חוזים מהותי בעסקאות צרכניות. ואולם, גם אם פגיעה כזו קיימת, יש מקום לאזן בין חופש החוזים לבין ערכים חשובים אחרים, ולעיתים להגן על ציבור הצרכנים משיקולים פטרנליסטיים, אף אם הם סותרים את חופש החוזים.<sup>299</sup> משגיבשנו עמדה לגבי שלוש השאלות שהוצגו בראשית הדברים, נפנה לברר אם הסדר האחריות המוצע עולה בקנה אחד עם הדין הנוהג בהקשרים אחרים.

#### ד. שיקולי קוהרנטיות

בבחינת השאלה אם יש להתערב בתוכן החוזה בין סוכנויות הנסיעות ללקוחותיהן, ראוי להתחשב גם בשיקולים של קוהרנטיות. במסגרת זו, יש לבחון את מידת ההתאמה של ההסדר המשפטי המוצע להסדרים המשפטיים הקיימים בדין הישראלי ובשיטות משפט רלוונטיות אחרות.<sup>300</sup> קוהרנטיות היא תכונה רצויה של מערכת המשפט, שכן ככל

296 שם, בעמ' 127.

297 זמיר, "פירוש והשלמה" (לעיל, הערה 153) בעמ' 107–108.

298 שם, בעמ' 111; Paternalism (Rolf); Dan Brock, "Paternalism and Promoting the Good", Paternalism (Rolf ; Sartorius ed., 1983) 237.

299 דויטש, "הגנת הצרכן" (לעיל, הערה 187) בעמ' 61–63.

300 על השאיפה לקירוב של דינים והרמוניה נורמטיבית ראו: אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך א, 1992) בעמ' 390.

שהמערכת המשפטית קוהרנטית יותר, כך היא רציונלית ומוסרית יותר.<sup>301</sup> שיקולי קוהרנטיות רלוונטיים לכל שלוש הסוגיות שבהן עסקנו עד כה: היקף האחריות, הקצאתה והיותה קוגנטית או דיספוזיטיבית. אם כן, אף שהם עומדים בפני עצמם, הפרק הנוכחי הוא בבחינת המשך ונגזרת לדיון בשיקולים הקודמים. מטרתו לרכז את ההתייחסות לשיקולי קוהרנטיות ולהדגיש את חשיבותם.

אשר להיקף האחריות כלפי הלקוח, ככזו המותנית באשם אך כוללת חזקת אשם, ניתן להיעזר בסעיפי העברת נטל השכנוע הקבועים בסעיפים 38–41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].<sup>302</sup> סעיפים אלו, הרלוונטיים בתביעות המבוססות על עוולת הרשלנות, מעבירים את נטל השכנוע בסוגיית האשם אל הנתבע ובכך יוצרים חזקת התרשלנות מצידו. ניתן לטעון שגם הסדר האחריות החל על יצרנים כלפי מי שנגרם לו נזק גוף כתוצאה של פגם במוצר שייצרו הוא בעל משמעות דומה מבחינה זו. חוק האחריות למוצרים פגומים אומנם קובע ש"... ואין נפקא מינה אם היה או לא היה אשם מצד היצרן",<sup>303</sup> אך ככלל פוטר את היצרן מאחריות אם הצליח להוכיח היעדר אשם מצידו בהיבט של תכנון המוצר או של ביצוע בדיקות בטיחות. אם כך, מדובר למעשה באחריות המבוססת על אשם, אך שבה קיימת חזקת אשם, ונטל השכנוע לסתור חזקה זו מוטל על הנתבע.<sup>304</sup>

הסדרים אלו נזיקיים באופיים. להסדר אחריות דומה על רקע חוזי (הגם שתביעה מכוח עוולת הרשלנות או חוק האחריות למוצרים פגומים יכולה להיות אף היא על רקע קיומו של חוזה) ניתן להסתייע בכלל החל על אחריות הקבלן כשומר. חוק השומרים,<sup>305</sup> הקובע את היקף האחריות של מי שמחזיק בנכס כדין שלא מכוח בעלות כלפי בעליו, מבחין לעניין רמת האחריות בין שומר שכר שהמטרה של שמירת הנכס טפלה למטרה העיקרית שלשמה הוא מחזיק בנכס, לשומר שכר שמטרת השמירה אינה טפלה למטרה העיקרית של החזקתו. אחריותו של האחרון היא לתוצאה, והוא יהא פטור רק אם אוכדן הנכס או נזקו "...נגרמו עקב נסיבות שלא היה עליו לחזותן מראש ולא יכול היה למנוע תוצאותיהן", ואילו הראשון פטור מאחריות אם האוכדן או הנזק נגרמו "שלא ברשלנותו".<sup>306</sup> אם כך, מדובר בחיוב השתדלות אגב הפיכת נטל השכנוע.

אשר להקצאת האחריות, ייתכן שיש מקום להקיש מאחריותו של קמעונאי לפגמים במוצרים שמכר. כפי שסוכנות הנסיעות אינה יכולה לשלוט כראוי על הביצוע הנאות של שירותי התיירות בידי הספקים השונים, כך הקמעונאי אינו יכול להבטיח שבמוצרים

301 אלון הראל, "תיאוריות קוהרנטיות של המשפט", **עיוני משפט יח** (תשנ"ד) 387, בעמ' 390, 395.

302 פקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח תשכ"ח 266.

303 סעיף 2(א) לחוק האחריות למוצרים פגומים.

304 ישראל גלעד, "אחריות חמורה למוצרים: חוק האחריות למוצרים פגומים תש"ם–1980", **מחקרי משפט ח** (תש"ן) 179.

305 חוק השומרים, תשכ"ז–1967, ס"ח 52.

306 סעיף 2(ב) לחוק השומרים.

שהוא מוכר לצרכן (באריזתם המקורית הסגורה) לא נפלו פגמים. עם זאת, תקנות הגנת הצרכן (אחריות ושירות לאחר מכירה)<sup>307</sup> קובעות כי בטובין מיובאים יראו את מי שייבא אותם כיצורן לעניין אחריותו מכוח תקנות אלה,<sup>308</sup> וכן כי על עוסק שמכר לצרכן טובין (שמחירם עולה על 400 ש"ח) יחולו כל החיובים המוטלים בתקנות על יצרן טובין, כאשר אין אפשרות לאתר את היצרן.<sup>309</sup> במילים אחרות, התקנות קובעות כי במקרים שבהם לא ניתן לאתר את היצרן או את היבואן יחולו החיובים על מוכר הטובין. הסדר דומה קיים גם בחוק האחריות למוצרים פגומים, המחיל את האחריות המוטלת על יצרן גם על "יבואן שייבא לישראל למטרות מסחריות מוצר שיוצר בחוץ-לארץ", ועל "ספק של מוצר שהיצרן שלו בארץ או היבואן שלו אינם ניתנים לזיהוי על פניו".<sup>310</sup>

רבות מן ההצדקות להוראות אלה רלוונטיות גם במקרה של סוכנויות הנסיעות. כשם שנגישותם של הקמעונאי, היבואן או הספק לצרכן לצורך הגשת תביעה היא בעלת חשיבות רבה בעיצוב הדין, בשל הקשיים הטמונים לעיתים בהגשת תביעה נגד היצרן, כך צריך להיות הדבר גם כאשר ליכולתו של הלקוח להיפרע מהסוכנות במקרים שבהם תביעה נגד ספקי השירותים מעוררת קשיים מבחינה מעשית. לסוכנות, בדומה לגורמים אלו, יש זכות חזרה אל הגורם האחראי לליקוי, וכמו להם, גם לה נתונה היכולת לשאת בנטל על ידי גלגולו אל הצרכן. בהיעדר גורם נגיש שממנו ניתן להיפרע באופן מעשי בגין ליקויים שנפלו במתן שירותי התיירות, יש להחיל את חיוביו על הגורם הישיר שממנו הזמין הלקוח את אותם שירותים, קרי סוכנות הנסיעות. דווקא מתן פטור מאחריות לסוכנויות עלול אפוא להיראות כפוגם בקוהרנטיות.

לבסוף, אשר לשאלת הקוגנטיות, קרי האפשרות להתערב באופן כופה בתוכן החוזה בכלל ובנושא האחריות בפרט, הרי שהתערבות שיפוטית וחקיקתית בתוכן החוזה היא תופעה מוכרת בדיני החוזים המודרניים בתחומים שונים.<sup>311</sup> למשל, חוק החוזים האחדים קובע כללים קוגנטיים לעניין תוקפם של חוזים ומקנה סמכות לשנות תנאים מקפחים ואף לבטלם.<sup>312</sup> מכאן שגם היבט זה בהסדר האחריות המוצע לגבי סוכנויות הנסיעות תואם הסדרים משפטיים אחרים הקיימים בדין הישראלי, ובכך מתיישב אף עם שיקולי קוהרנטיות. יתרה מזאת, דומה שההצעה להטיל על סוכנויות הנסיעות אחריות קוגנטית כלפי הצרכנים עולה בקנה אחד עם החקיקה הצרכנית המסיבית שקודמה בישראל החל

307 תשס"ו–2006, ק"ת 571 (להלן: "תקנות אחריות ושירות לאחר מכירה").

308 סעיף 18 ל"תקנות אחריות ושירות לאחר מכירה".

309 סעיף 19 ל"תקנות אחריות ושירות לאחר מכירה".

310 סעיף 1 לחוק האחריות למוצרים פגומים.

311 גבריאלה שלו, "מה נותר מחופש החוזים", **משפטים** יז (תשמ"ח) 465; דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים** (כרך א, 1991) בעמ' 45–65; ואריאל פורת, **הגנת אשם תורם בדיני חוזים** (1997) בעמ' 71–76.

312 זמיר, "מכר" (לעיל, הערה 264) בעמ' 65. לשם הגדרתו של תנאי כמקפח, אין הכרח שהספק יהיה מוגנפול, שתהא תלות מיוחדת של הלקוח בספק או שיהיה מדובר בשירות חיוני או בנזק גוף. ראו: פורת, "שיקולי צדק" (לעיל, הערה 83) בעמ' 668–669.

משנת 2008 לערך. שטף החקיקה בא לידי ביטוי בתיקונים רבים לחוק הגנת הצרכן ומכוחו (לרבות התקנתן של תקנות המאפשרות לצרכנים לבטל חוזים באורח חד-צדדי, ותיקונים לחוק המגבילים את כוחם של ספקים לשנות תנאים בחוזים מתמשכים),<sup>313</sup> וכן בסדרה של רפורמות צרכניות חשובות (לרבות בחוק המכר (דירות) וב"חוק הבטחת השקעות של רוכשי דירות").<sup>314</sup>

אם כך, תקינת תוכן מקובלת בדין הישראלי בכלל, ובחקיקה להגנת הצרכן בפרט. תוכן החוזה אינו נתון בלעדית לרצון הצדדים, ופעמים רבות מוכתב בחקיקה באופן כופה.<sup>315</sup> בחלק מהמקרים, תקינת התוכן מתייחסת לשאלת האחריות עצמה. דוגמה בולטת להטלת אחריות קוגנטית, שבעיקרו של דבר מתייחסת למצבים שבהם יש חוזה בין הצדדים, היא זו המוטלת על המוכר מכוח חוק המכר (דירות). חוק זה שם דגש בתקינה קוגנטית של תוכן הזכויות של הקונים, ומסדיר באופן כופה, בין היתר, את אחריות המוכר להתאמת הדירה ולתקינותו הנמשכת של הממכר לאחר מסירתו. בכך מגביל החוק את חופש הפעולה של הצדדים בעניינים הנוגעים בתוכן החוזה.<sup>316</sup> גם סעיף 16 לחוק המכר מטיל אחריות דומה כאשר הייתה אי-התאמה שהמוכר ידע או היה עליו לדעת עליה. דוגמה נוספת לאחריות כזו היא האחריות המוטלת על המנפיק מכוח חוק כרטיסי חיוב, אשר קובע כי "לא תחול על הלקוח אחריות כלשהי לשימוש לרעה שנעשה בכרטיס חיוב, להוציא האחריות המפורטת בחוק זה".<sup>317</sup> גם האחריות על היצרון מכוח חוק האחריות למוצרים פגומים אינה ניתנת להתנאה.<sup>318</sup>

הטלת אחריות קוגנטית על סוכנות הנסיעות עשויה אפוא לעלות בקנה אחד גם עם שיקולים של קוהרנטיות. מעבר לכך, כאשר מדובר בעסקאות המתאפיינות בפערי מידע או בהבדלים במעמד הצדדים, החוקים הספציפיים (כמו חוק המשכון<sup>319</sup> או חוק חוזה הביטוח<sup>320</sup>) מתחשבים באופן ברור במאפיינים אלה של העסקה. לאור זאת, ובהתאם

313 ראו, למשל: חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 37), תשע"ד–2014, ס"ח 402, המאפשר לצרכנים לבטל מנוי לתקופה קצובה במכון כושר בכל עת, ומגביל את דמי הביטול שרשאי המכון לגבות.

314 זמיר, "צדק" (לעיל, הערה 39) בעמ' 13–14.

315 שם; דויטש, "הגנת הצרכן" (לעיל, הערה 187) בעמ' 157, 424–429. ראו, למשל: סעיף 7א לחוק המכר (דירות); סעיף 17 לחוק "הסדרת הלוואות"; סעיף 17 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח); סעיף 14 לחוק כרטיסי חיוב, תשמ"ו–1986, ס"ח 187; וסעיף 32 לחוק הערבות, תשכ"ז–1967, ס"ח 46.

316 העברת הדגש מחיובים של מסירת מידע להסדרה קוגנטית של תוכן החוזה במסגרת חוק המכר (דירות) (תיקון מס' 3), התש"ן–1990, ס"ח 184, עולה בקנה אחד עם התפתחויות שחלו בתחומים אחרים של הפיקוח המשפטי על השוק הפרטי. זמיר, "מכר (דירות)" (לעיל, הערה 11) בעמ' 466.

317 סעיף 5(ו) לחוק כרטיסי חיוב.

318 סעיף 7 לחוק האחריות למוצרים פגומים.

319 חוק המשכון, תשכ"ז–1967, ס"ח 48.

320 חוק חוזה הביטוח, תשמ"א–1981, ס"ח 94.

למדיניות הכללית בחקיקה האזרחית, ראוי להתחשב גם במאפייני העסקה עם סוכנות הנסיעות בקביעת החיובים והנטלים המוטלים עליה.<sup>321</sup> בבואנו לבחון את דיני התיירות כענף משפטי, אין מקום להתייחס לדין המקומי בלבד. התיירות, באופן טבעי, חובקת עולם, ועימה גם מכלול הדינים החל על העסקה להזמנת שירותי תיירות. בארצות הברית תעשיית התיירות מצויה, במידה מסוימת, באסדרת-חסר, ולעיתים פועלת תחת העיקרון "יזהר הקונה" (caveat emptor).<sup>322</sup> יש מדינות אחדות שבהן נחקקו חוקים המבקשים להסדיר את פעולתם של סוכנויות נסיעות ומארגנים.<sup>323</sup> בחוקים אלה נקבעו כללים לגבי אופן הפרסום, חובות הגילוי ואמצעים שיש לנקוט כדי להבטיח את כספי הלקוחות.<sup>324</sup> ואולם, השוני באסדרה בין המדינות רב,<sup>325</sup> ולעיתים ההוראות במדינות השונות מטילות דרישות כפולות, מיותרות ויקרות. במקצת המקרים ההוראות אף סותרות אלו את אלו.<sup>326</sup> אומנם חקיקה פדרלית מסוימת עשויה להיות רלוונטית לסוכנויות הנסיעות,<sup>327</sup> אך אין מדובר באסדרה ישירה של פעולתן. מדובר אפוא בתחום שהאסדרה בו חסרה, אינה אחידה ובלתי סדורה.<sup>328</sup> מטבע הדברים, קיומן של חובות שונות במדינות שונות יוצר חוסר ודאות משמעותי לסוכנויות הנסיעות וללקוחותיהן כאחד.<sup>329</sup>

לעומת האסדרה (החסרה) בארצות הברית, המצב באירופה שונה לחלוטין. האיחוד האירופי מחייב שבפני הלקוח יעמוד גורם אשר יהא אחראי כלפיו לביצוע הנאות של כלל ההתחייבויות העולות מההסכם להזמנת שירותי התיירות, בין שהגורם האחראי הוא מארגן החבילה בין שהוא סוכנות הנסיעות (ובין ששניהם יחד). אם כן, בהתאם ל"דירקטיבה החדשה" (ברומה לדירקטיבה שאותה החליפה), קיים גורם מקומי ונגיש

- 321 השוו: זמיר, "קבלנות" (לעיל, הערה 12) בעמ' 41–42.
- 322 Thomas A. Dickerson, *Travel Law* (ONLINE version, 2015) § 1.02 The Nature of Travel Law.
- 323 לסקירה השוואתית של החוקים שם ראו: [http://www.americanstudenttours.com/NTA\\_Seller\\_Of\\_Travel\\_Overview.pdf](http://www.americanstudenttours.com/NTA_Seller_Of_Travel_Overview.pdf) (נצפה לאחרונה בפברואר 2020).
- 324 [http://www.americanstudenttours.com/NTA\\_Seller\\_Of\\_Travel\\_Guide.pdf](http://www.americanstudenttours.com/NTA_Seller_Of_Travel_Guide.pdf). כן ראו: Dickerson (לעיל, הערה 322). על חלק מהמארגנים חלות תקנות השֶׁכֶר הפדרליות (14 C.F.R § 380), אשר מטילות עליהם חובות שונות כמו גם אחריות חמורה לחלק מהכשלים של הספקים. <https://bit.ly/2QdKaWz> (נצפה לאחרונה בפברואר 2020).
- 325 כך, למשל, בהיעדר חוק פדרלי המחייב רישוי של סוכני נסיעות קיימת חובת רישוי (שונה) רק בחלק מהמדינות.
- 326 Phil Cameron, "Travel Agents: Their Role and Liability", 30 *GPSolo* (2013) 42.
- 327 ראו, למשל: 1705 Stat. 92 § 92–504 Pub. L. No. 95–504, *Airline Deregulation Act of 1978*.
- 328 יש מדינות שבהן מבוצעת אסדרה בתחום גם על ידי התובע הכללי, מזכיר המדינה, מחלקת המסחר, הסוכנות לרישוי עסקים, החטיבה לענייני צרכנות, המועצה לתיירות, ראש עיר או מחוז מקומי ואף על ידי המחלקה לחקלאות. בהקשר זה ראוי לציין כי גם ארגונים של העוסקים בתעשיית התיירות מסדירים באופן עצמי את חבריהם. ראו: Cameron (לעיל, הערה 326).
- 329 גם הפרתן של חובות אלו מנביעה, במידה רבה, תוצאה שונה. שם.

אחד לפחות אשר אחראי כלפי הלקוח לביצוע הנאות של רכיבי החבילה כמכלול.<sup>330</sup> אחריות זו מותנית באשם תוך הפיכת נטל השכנוע,<sup>331</sup> והוראות הדירקטיבה בעניין זה אינן ניתנות להתנאה.<sup>332</sup> בה בעת, החבות מכוחה, כאמור לעיל, עשויה להיות מוגבלת.<sup>333</sup> דומה שמתן ביטוי לגלובליזציה ביחסים העסקיים, המסחריים והצרכניים תומך בהתאמת הדין הישראלי לדין הנוהג באירופה, הרצוי בהרבה מזה הנוהג בארצות הברית.<sup>334</sup> כמו כן, הטלת אחריות קוגנטית לביצוע הנאות של שירותי התיירות (גם) על סוכנויות הנסיעות תציב את ישראל בשורה אחת עם מדינות מפותחות בעולם. לאחר שהנחנו את התשתית התאורטית להתערבות בתוכנם של החוזים בין סוכנויות הנסיעות לבין לקוחותיהן, נדון להלן, בקצרה, באופי ההסדר הרצוי – חקיקתי או שיפוטי.

### ה. סוג הפיקוח על תוכן החוזה

בדין הנוהג כיום, ובהיעדר הסדר חקיקתי ממצה, קיימת עמימות של ממש בפסיקת בתי המשפט לגבי היקף אחריותן של סוכנויות הנסיעות. לעמימות הדין עשוי להיות יתרון מסוים, שכן היא נובעת, במידה רבה, משיקול הדעת הרחב שבתי המשפט מפעילים לצורך קבלת תוצאה משפטית המתחשבת במכלול נסיבותיו של המקרה הקונקרטי. עם זאת, נדמה שעל אף יתרון זה, מדיניות משפטית עמומה אינה רצויה בשל חסרונותיה הרבים. עם חסרונות אלו נמנים, בין היתר, חוסר ודאות משפטית ולעיתים קרובות גם חוסר אחידות. הקושי לנבא את תוצאות ההליך המשפטי גם עלול להגדיל את עלויות העסקה בין הצדדים, והצורך להגיש תביעות, בשל חוסר בהירות הדין, מגביר את העומס על בתי המשפט.<sup>335</sup> המסקנה המתבקשת מכך, כמו גם מהניתוח העיוני של שיקולי המדיניות הרלוונטיים, היא שהותרת ההסדר המשפטי הקיים על כנו אינה רצויה, וראוי

330 סעיף 13(1) ל"דירקטיבה החדשה" (המקביל לסעיף 5(1) ל"דירקטיבה").

331 סעיף 14(3) ל"דירקטיבה החדשה" (המקביל לסעיף 5(2) ל"דירקטיבה").

332 סעיף 23 ל"דירקטיבה החדשה" (המקביל לסעיף 5(3) ל"דירקטיבה").

333 סעיף 14(4) ל"דירקטיבה החדשה" (המקביל לסעיף 5(2) ל"דירקטיבה").

334 כך, למשל, "חוק ביטול טיסה" אימץ לתוך הדין הישראלי חקיקה דומה לזו שבמדינות השוק האירופי המשותף (השוו ל"תקנות הפיצוי בשל ביטול טיסה"). לדיון במשפט המשווה, לרבות בדין האמריקני, הדומה יותר למצב הנוהג בישראל, ראו: שילד (לעיל, הערה 70). כן ראו: Dickerson (לעיל, הערה 322), וכך: Grant & Mason (לעיל, הערה 100).

335 השוו: אורי בן אוליאל, "הודעה מוקדמת על סיום חוזה הפצה: עמימות הדין והצורך בהסדר חקיקתי", **חוקים** ו' (2014) 171. בהקשר זה ראו, באופן כללי, גם: מנחם מאוטנר, "על אי-הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה", **משפט וממשל ט** (תשס"ו) 223.



להטיל אחריות לביצוע הנאות של שירותי התיירות (גם) על סוכנויות הנסיעות שהשירותים הוזמנו באמצעותן.

אם יש הצדקה לפיקוח על תוכן החוזים, מתעוררת שאלה מסדר שני לגבי הדרך הטובה ביותר להשגת הפיקוח הרצוי. במילים אחרות, החלטה לפקח על תוכנם של ההסדרים החוזיים בין סוכנויות הנסיעות ללקוחותיהן מחייבת בחירה בין פיקוח חקיקתי על פי קריטריונים דווקניים שייקבעו בחוק, לבין פיקוח שיפוטי המקנה שיקול דעת רחב לבית המשפט לפי אמות מידה כלליות, רחבות ובלתי מוגדרות.<sup>336</sup> יתרונה הבולט של השיטה הראשונה הוא בקיום היציבות והביטחון המשפטי, המאפשרים לצדדים בכוח להתנהל באופן מושכל. חסרונה העיקרי הוא נוקשותה, אשר מגבילה את האפשרות לקבוע איוון בין שיקולים מוסריים, חברתיים וכלכליים בהתאם לנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה. מובן שיתרונה העיקרי של שיטת הפיקוח החקיקתי הוא גם חסרונה המרכזי של שיטת הפיקוח השיפוטי – חוסר ודאות ביחסים החוזיים.<sup>337</sup>

בשל חוסר הוודאות המאפיין את הדין המצוי, כמו גם בשל הצורך בשינוי, מן הראוי כי המחוקק הוא שיפעל כדי לקבוע הסדרים ספציפיים לסוגיה זו, ולא יותיר לבתי המשפט לפתח את כללי האחריות שיחולו על הסוכנויות באמצעות חקיקה שיפוטית. הטעם לכך הוא שמבין שתי הפרדיגמות של תקינת תוכן – פיקוח משפטי בדיעבד המבוסס על סטנדרטים מעורפלים, ופיקוח חקיקתי או מנהלי מראש באמצעות הכתבה (או שלילת תוקפן) של תניות מסוימות לחוזה – נראה שהפרדיגמה השנייה אפקטיבית בהרבה.<sup>338</sup> מטבע הדברים, יש הבדלים רבים בין הכנסת לבתי המשפט כמוסדות היוצרים רגולציה. לפיתוח הדין באמצעות בתי המשפט, בייחוד בהקשר הצרכני, יש חסרונות רבים. מדובר בפיתוח קזואיסטי (קונקרטי, ממקרה למקרה), איטי ויקר, היוצר עומס על המערכת ומביא לחוסר אחידות ולא-ודאות. הטעם לכך הוא שלרוב מדובר בפסיקה של הערכאות הנמוכות בלבד. בתי המשפט אינם יכולים להבטיח הגנה נאותה לצרכנים גם בשל העובדה שהם אינם מצוידים במשאבים הדרושים כדי להתמודד עם הבעיות העקרוניות בקשר להגנת הצרכן, ונעדרים מומחיות מיוחדת בהיותה תחום משפטי זניח יחסית. מעבר לכך, החשיפה של בתי המשפט לסכסוכים צרכניים מעוותת – שכן התובעים הם לרוב הצרכנים המתוחכמים והאסרטיביים, ומוגבלת – שכן המקרים הנדונים בפניהם הם בגדר "קצה הקרחון" בשל מגבלות האכיפה הפרטית.<sup>339</sup> נוסף על

336 שלו, "תניות פטור" (לעיל, הערה 71) בעמ' 153–157.

337 שם, בעמ' 151–157, 170.

338 Zamir & Farkash (לעיל, הערה 72) בעמ' 167.

339 המקרים המגיעים להכרעה שיפוטית אינם מדגם מייצג של הסכסוכים הצרכניים. הסתמכות על בתי המשפט לצורך הגנת הצרכן משמעה הטלת הנטל על הצרכנים, אשר מסיבות שונות אינם יכולים למלא תפקיד זה ביעילות. ראו: Shmuel L. Becher, "Behavioral Science and Consumer Standard Form Contracts", 68 *La. L. Rev.* (2007) 117, p. 125. בהקשר זה ראוי להתחשב גם בעובדה שמרבית הסכסוכים עם סוכנויות הנסיעות נדונים בבית המשפט

כך, כל שבאפשרותם של בתי המשפט להציע הוא, כאמור, ממילא התערבות אקס-פוסט, שהיא מטבעה מוגבלת בהיקפה.<sup>340</sup> יתר על כן, לבתי משפט אין יכולת לאזן בין כלל האינטרסים הרלוונטיים למידת האחריות שיש להטיל על סוכנויות הנסיעות. פסיקתם מבוססת על טענות הצדדים לסכסוך קונקרטי, ולא על מכלול השיקולים שאותם יש להביא בחשבון לצורך גיבוש הסדר ראוי וממצה. נוסף על כך, מאחר שההחלטות המתקבלות הן תלויות נסיבות ומשתנות ממקרה למקרה, גובר הצורך להביא כל סכסוך לפתחו של בית המשפט. אם כך, דרך זו, הגורמת לריבוי ההתדיינות המשפטית, איננה שיטה יעילה. גם מבחינת הנפגעים אין בה מענה מספק, בשל הזמן הרב הנדרש לשם מימוש זכויותיהם ואי-הוודאות בקשר לתוצאות ההליך המשפטי.<sup>341</sup> אם כן, המכשיר השיפוטי הוא מכשיר בעייתי לצורך הסדרת אחריותן של סוכנויות הנסיעות. הפסיקה פותרת סכסוך קונקרטי, ותוצאותיה אינן מספקות לצורך גיבוש מדיניות כללית.<sup>342</sup> גם החלטותיו של בית הדין לחוזים אחידים אינן יכולות לשמש תחליף ראוי לחקיקה.<sup>343</sup> אומנם, כאמור, גם נתיב החקיקה אינו חף מקשיים, אך בעת גיבוש ההסדר יכול המחוקק, בשונה מבתי המשפט, להתחשב בכל הגורמים בעלי העניין ולהסתייע במומחים כדי לחקור את כל ההסדרים האפשריים ולנתח את תוצאותיהם (הכלכליות והאחרות).<sup>344</sup> בסיכומו של דבר, הפיקוח השיפוטי יקר יותר ואפקטיבי פחות. האיזון בין התועלות שיש בהטלת אחריות על סוכנויות הנסיעות לבין העלויות (הפרטיות והחברתיות) שבהן

לתביעות קטנות. בתביעות אלו, שבהן התובע אינו מיוצג על ידי עורך דין, הצגת טיעונו עלולה להיות לקויה וקיים חשש שהאינטרס הצרכני לא יזכה לייצוג הולם.

340 שם. כן ראו: שמואל בכר ואבישי קליין, "פרדוקס הייצוג והכוח בבית המשפט לתביעות קטנות? על תביעות ביטוח, פערי כוחות וכף רגלו של השופט", **הפרקליט** נ (תשס"ח) 327, בעמ' 331–334.

341 השוו: גלפי, פלאטור-שנער וקרנר (לעיל, הערה 164) בעמ' 495; סיני דויטש, "הגנת הצרכן הבנקאי: מכח חוק או מכח קודים אתיים – מה עדיף?", **הפרקליט** מו (תשס"ג–תשס"ד) 241. מטבע הדברים, הליך משפטי של תובענה ייצוגית, שהפך לשכיח במיוחד בתובענות צרכניות, אינו רלוונטי לסוגיות שבהן עוסק המאמר. בהתאם לדין הנוהג, תובענות כאלו אינן מתאימות לביורור כתובענה ייצוגית משאינן מקיימת את התנאים הקבועים בסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו–2006, ס"ח 264. אין משמעות הדבר שלא מוגשות בקשות לאישור תובענות ייצוגיות נגד סוכנויות נסיעות בעניינים אחרים, כגון הטעיית לקוחות, תיאום מחירים וחלוקת שוק. ראו, למשל: "הרוח השנתי של איסתא" (לעיל, הערה 104) בעמ' 62–68.

342 השוו: גלפי, פלאטור-שנער וקרנר, שם, שם.

343 גליה מסיקה, "בית הדין לחוזים אחידים במבחן המציאות – מהומה רבה על לא מאומה", **משפטים** לב (תשס"ב) 95, בעמ' 99–100.

344 השוו: גלפי, פלאטור-שנער וקרנר (לעיל, הערה 164) בעמ' 495–496.

היא כרוכה עדין ומורכב, ולכן רצוי שיערך על ידי המחוקק.<sup>345</sup> הנהירות שיש לנהוג בעת ביצוע האיוון בין האינטרסים ושיקולי המדיניות השונים צריכה למצוא את ביטויה בעיצוב התנאים להכרה בקיומה של אחריות זו. תנאים אלו צריכים להיות ברורים כדי לקדם אחידות וודאות משפטית, מסחרית וצרכנית, וכדי להוזיל את עלויות הבירור והפיצוי על נזקי הלקוח.

## סיכום

עסקה להזמנת שירותי תיירות מאופיינת, באורח טיפוס, בשרשרת של התקשרויות. סוכנויות הנסיעות הן גורם הביניים המשווק את השירותים לתייר עצמו ושעימו התייר מתקשר. ריבוי החוליות בעסקה מעורר, בין היתר, את שאלת האחריות המשפטית לאספקה של אותם שירותים ולאיכותם. המאמר מתמקד בשלוש שאלות יסוד: (א) מה צריך להיות היקף האחריות כלפי הלקוחות (אם האחריות לליקויים שנפלו בשירותי התיירות צריכה להיות לתוצאה או להשתדלות); (ב) מי צריך לשאת באחריות כלפי הלקוח (כיצד יש להקצות את האחריות בין החוליות השונות – סוכנות הנסיעות, המארגן והספקים); (ג) אם האחריות צריכה להיות קוגנטית או דיספוזיטיבית.

הדיון במארג הרציונלים, ההצדקות והשיקולים מניח בסיס עיוני מוצק להתערבות בתוכנם של החוזים בין סוכנויות הנסיעות ללקוחותיהן, כמו גם להטלת אחריות לביצוע הנאות של השירותים המוזמנים גם על הסוכנויות עצמן (יחד ולחוד עם המארגן והספק). אחריות זו אומנם צריכה להיות מבוססת על אשם, אך מוצע לאמץ כלל של היפוך נטל השכנוע והחלה של חזקת אשם. כן מוצע לקבוע שסוכנות הנסיעות תהא אחראית כלפי הלקוח בין אם הליקוי בשירותי התיירות שהזמין ממנה נעוץ באשמתה שלה ובין אם הוא נעוץ באשמתו של המארגן או הספק. עם זאת, במקרים שבהם הסוכנות אינה אשמה בליקויים, מוצע להגביל את חבותה בתקרת פיצוי או בתעריפים קבועים מראש על סוגים שונים של תקלות טיפוסיות. כמו כן, המסקנה העולה מהדיון היא שיש לעגן את היקף האחריות ואת הקצאתה האמורה בחקיקה, ובאורח קוגנטי. לבסוף, נמצא כי שיקולי קוהרנטיות תומכים בהסדר המוצע, אשר תואם את הדין הישראלי בהקשרים אחרים כמו גם דינים זרים.

לאור חשיבותה הפרקטית הרבה של הסוגיה, ועקב חוסר הבהירות בנושא בדיון המצוי, ראוי לפעול בהקדם להסדרה ברורה של האחריות המשפטית של סוכנויות הנסיעות כלפי לקוחותיהן. שיקול הדעת הרחב המסור לשופטים עד לאימוץ הסדר

345 הניסיון האמריקני לקביעת היקף אחריות המלווים למפגעים סביבתיים הנגרמים על ידי הלזים מלמד שבתי המשפט אינם המוסדות המתאימים ביותר לכך. פסיקתם גרמה לאי־ודאות ואף לפגיעה קשה באינטרסים של הגורמים הרלוונטיים, משלא הבינו את כלל ההשלכות הפרקטיות של החלטותיהם. שם, בעמ' 466–467.

האחריות הרצוי בידי המחוקק מחדד עוד יותר את הצורך לעמוד על שיקולי המדיניות הרלוונטיים. מבחינה זו, נמעני הניתוח שערכנו הם מעצבי החוקים, כמו גם אלו הפוסקים על פיהם. יש לקוות כי הדיון המוצע במאמר יסייע בידם לעבור מניתוח אנליטי של שאלת אחריותה של סוכנות הנסיעות לניתוח נורמטיבי המבוסס על שיקולי מדיניות אלה.

יתר על כן, חלק נרחב מהדיונים שנערכו לאור התאוריות והשיקולים השונים אינו רלוונטי לאחריותן המשפטית של סוכנויות הנסיעות בלבד. חשיבותן של התוכנות העולות מהמאמר מרחיקה ראות לשאלה עקרונית וכללית בהרבה – האחריות המשפטית שיש להטיל על גורמי ביניים. תחום משפטי זה, אשר חשיבותו בעידן הטכנולוגי הולכת ומתחדדת, נתרם הן בשל הרחבת היריעה, תוך הכללת דוגמה חשובה נוספת של גורם ביניים בעל משמעות כלכלית במסגרת הניתוח הקיים, והן בשל התרומה לגיבושה של מסגרת החשיבה הנורמטיבית על סוגיות אלה, תוך המחשת דרך הפעלתה.