

## זכות הצרכן לחרטה מעסקה: הצדקות, היסטוריה חקיקתית וניתוח כלכלי

מאת

סיני דויטש\*

זכות הצרכן לחזור בו מעסקאות צרכניות על פי חוק היא חידוש של המשפט הישראלי. אין הוראות כאלו בשיטות משפט אחרות. במאמר זה נבחנת סוגיה צרכנית חשובה זו בסדרה של כלים מחקרניים: בחינה נורמטיבית, בדיקת ההיסטוריה החקיקתית, בדיקה אמפירית וניתוח כלכלי.

במאמר מוצגות ההצדקות לזכות הביטול המעוגנות בנימוקים רבים, חלקם נורמטיביים וחלקם מבוססים על ניתוח אמפירי וניתוח כלכלי, הבודקים את יתרונות האסדרה בסוגיה זו הלכה ולמעשה.

מטרה משנית של המאמר היא להציג את ההתפתחות החשובה של דיני הגנת הצרכן החל מסוף שנות התשעים של המאה שעברה – מעבר מהוראות שנועדו להגן על הצרכן להוראות שנועדו לקבוע כללים לסחר הוגן. בעוד דיני הגנת הצרכן הקלסיים היו במידה רבה הרחבה של המשפט האזרחי, הרי שבעקבות השינויים המהותיים בחוק הגנת הצרכן ניתן לראות בדיני החוזים הצרכניים דין מיוחד של חוזים, שרבות מהוראותיו אינן מתיישבות עם כללי המשפט האזרחי. הזכות לביטול חוזה הנה חלק אינטגרלי של המהפך הזה.

ההצדקות הנורמטיביות לזכות הביטול הן רבות: הגנת הצרכן מפני החלטות פזיזות ושגויות; מתן אפשרות לצרכן לשקול מחדש את העסקה לאחר השלמת פרטים; חיסכון בהתדיינות משפטית אם היה פגם במוצר; מניעת בזבוז כלכלי אם הצרכן יישאר עם נכס שהוא אינו מעניין בו; חיסכון בהשקעת זמן וכסף לבידור כל העובדות במלואן לפני הרכישה, שכן ניתן להשלים את המידע לאחר הרכישה. גם לעוסקים יש אינטרס במתן זכות

\* פרופסור למשפטים, המשנה לנשיא ודיקן ביה"ס למשפטים, המכללה האקדמית נתניה. ברצוני להודות לפרופ' משה גלברד שקרא טיוטות קודמות של מאמר זה והעיר הערות חשובות ומועילות. ברצוני להודות לד"ר גיל שרוני על הערותיו החשובות בטיוטות קודמות בסוגיות הכלכליות, וכן לפרופ' עדי אייל על הערותיו המועילות. האחריות לכתוב היא כמובן של המחבר בלבד.

ביטול, שכן יש בה כדי לעודד רכישות ולאפשר השלמת העסקאות על ידי הצרכן גם כאשר לא מצויים בידיו מלוא הפרטים. במציאות שיעור הביטולים אינו גבוה, ויש באסדרה זו משום עידוד תרבות הסחר הצרכני בישראל.

החקיקה והתקנות בנושא לא התקבלו כלאחר יד, והנושא נדון במשך שנים בכנסת ובוועדותיה. נוסח החוק והתקנות שונה פעמים מספר כדי להגן על העוסקים. בהצבעות בכנסת הייתה תמיכה בחוק ובתקנות מקיר לקיר.

בדיקה אמפירית המבוססת על סקר מעמיק של מאות עוסקים מלמדת כי השפעת התקנות על השוק לא הייתה פוגענית, ויש עוסקים הטוענים שהן אף הועילו למסחר, היה גידול מסוים במכירות והחששות שליוו את הליך החקיקה והתקנות היו משוללי יסוד.

בפרק של הניתוח הכלכלי נבחנו התוצאות של התקנות על פי פרמטרים כלכליים של יעילות העסקה. התברר כי עסקה ללא זכות החזרה יעילה פחות מעסקה שיש בנוגע אליה זכות להשבה התלויה בתשלום מסוים של הצרכן. מחקרים הבוחנים הוראות צרכניות על פי מבחנים כלכליים הם נדירים במשפט הישראלי. יש לקוות כי בעקבות מאמר זה יבואו מחקרים נוספים, שיבחנו את דיני הגנת הצרכן על פי הגישה הכלכלית למשפט.

## מבוא

מתן זכות לצרכן לחזור בו מעסקה לאחר שנכרתה וזכות הצרכן להשתחרר מהחווה לפני תום תקופת החווה הם שינויים חשובים ביותר לקידום של דיני הגנת הצרכן. שינויים אלו הם בין המאפיינים המגדירים, לדעתי, את דיני הגנת הצרכן כענף משפטי עצמאי<sup>1</sup> וככלי חשוב לפיתוח הסחר ההוגן. ניתן לראות בכך מהפכה, שכן הדגש בתחום זה עובר מהגנת הצרכן מפני עוסקים לא נורמטיביים לקביעת כללים לעידוד הסחר ההוגן.

זכות הצרכן לחזור בו מעסקה לאחר שנכרתה הוסדרה בשני חיקוקים. הזכות להתחרט מעסקאות מיוחדות<sup>2</sup> מפורטת בחוק הגנת הצרכן.<sup>3</sup> הזכות לחרטה בעסקאות רגילות נקבעה

- 1 ראו סיני דויטש "דיני החוזים הצרכניים מול דיני החוזים המסחריים" עיוני משפט כג 135 (2000) (להלן: דויטש "דיני החוזים הצרכניים"); סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך א – יסודות ועקרונות 317–349 (2001) (להלן: דויטש דיני הגנת הצרכן א).
- 2 במונח "עסקאות מיוחדות" הכוונה לעסקאות רוכלות, מכירת יחידות נופש או עסקת מכר מרחוק. במונח "זכות ביטול" בעסקאות "רגילות" הכוונה למספר רב של עסקאות שאין בהן כל ייחוד, שניתן לבטלן בתקופת צינון על פי תיקון לחוק הגנת הצרכן בשנת 2005, שהפך לאופרטיבי בתקנות הגנת הצרכן (ביטול עסקה), התשע"א–2010, ק"ת 16 (להלן: תקנות ביטול עסקה).
- 3 חוק הגנת הצרכן, תשמ"א–1981, ס"ח 248, ס' 14 (עסקה ברוכלות); ס' 14 א (רכישה של יחידות נופש); ס' 14 ג (עסקת מכר מרחוק).

בתקנות הגנת הצרכן (ביטול עסקה) התשע"א-2010. נוסף על כך נקבעו בחוק הגנת הצרכן<sup>4</sup> הוראות המאפשרות לצרכן להשתחרר מעסקאות ממושכות. זכות הצרכן להתחרט בעסקאות מיוחדות נדונה בהרחבה במאמר אחר.<sup>5</sup> בדיקה אמפירית של השפעת התקנתן של תקנות הביטול נבחנה גם היא במקום אחר.<sup>6</sup> מאמר זה הוא השלישי בטריולוגיה של מאמרים הדנים בזכות לביטול עסקה, והוא נועד להשלים את ההסברים וההצדקות לזכות זו על פי כללים נורמטיביים, היסטוריים, אמפיריים וכלכליים.

ההוראות בדבר זכות כמעט-כללית של הצרכן לחזור בו מעסקה למשך זמן קצר ("תקופת צינון") הן מההוראות מרחיקות הלכת של הגנת הצרכן והסדרת הסחר ההוגן, ואין דומות להן במשפט האירופאי, במשפט האנגלי או במשפט האמריקאי.<sup>7</sup> בשל החידוש שבהוראות אלו יש צורך להציג הצדקות מיוחדות להן. ההצדקות יוצגו בפרק ב' של המאמר. ראוי להוסיף כי מתן אפשרות כה נרחבת לצרכן להתחרט לאחר שנכרתה עסקה עומדת לכאורה בניגוד ליסודות של דיני החוזים, שבבסיסם ודאות, ביטחון ויציבות,<sup>8</sup> ולכן יש להציג הנמקות משכנעות לחידוש זה.

בשל החששות שליוו את התקנת התקנות חשוב לבחון מבחינה אמפירית אם לא נגרם נזק של ממש לעוסקים ואם החששות הללו אכן התממשו אם לאו. במחקר אמפירי<sup>9</sup> שערכתי

4 ראו ס' 13 א ו-13 ב לחוק הגנת הצרכן (ביטול עסקה לתקופה קצובה); ס' 13 ד לחוק הגנת הצרכן (ביטול עסקה מתמשכת); ס' 13 ה, ו-13 ו-13 ז לחוק (עסקה מתמשכת בעניין שירותי רפואה); ס' 13 א-13 – ביטול עסקאות המפורטות בתוספת הרביעית.

5 ראו סיני דויטש "ביטול עסקאות צרכניות מיוחדות בתקופת הצינון: מאפיינים, הצדקות וקביעת סטנדרטים לסחר הוגן" מאזני משפט יא 1 (2016) (להלן: דויטש "ביטול עסקאות מיוחדות").

6 ראו סיני דויטש "זכות הצרכן לביטול חד-צדדי של עסקה: בחינה אמפירית של השפעת תקנות הגנת הצרכן (ביטול עסקה), התשע"א-2010" משפטים 219 (2017) (להלן: דויטש "זכות הצרכן לביטול עסקה").

7 יש קושי בהבאת ראיות לחקיקה שאינה קיימת. עם זאת, יש כותבים המציינים במפורש שאין זכות מנדטורית לביטול עסקאות. ראו לדוגמה Jan M. Smits, *Consumer Protection: Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law: The Right to Change Your Mind*, 29 PENN. ST. INT'L L. REV. 671, 677 (2011). במאמר הוא מציין במפורש כי בארצות הברית אין לצרכנים זכות כללית לביטול עסקה מכוח החוק.

8 ראו גבראלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי 16 (2005).

9 המחקר האמפירי מבוסס על סקר הכולל 22 טבלאות. הסקר הוכן על ידי ובוצע על ידי חברת Smith Consulting בהנהלת רפי סמית. הוא מבוסס על סקר טלפוני מעמיק של 400 עוסקים. נבחרו חמישה ענפים ייצוגיים במשק. התברר שרוב החוזרות היו בענף ההלבשה וההנעלה. הסקר התרכז בבעלי עסקים קטנים ובינוניים. ראו סיני דויטש ורפי סמית "ממצאי מחקר בקרב עסקים בנושא ביטול עסקאות צרכניות והחזר כספי" (יולי 2013), [www.netanya.ac.il/](http://www.netanya.ac.il/)

התברר שלא נגרם נזק של ממש לעוסקים ושהחששות מפני תקנות אלו התבררו כמוגזמים. ואולם, לא די בעובדה שהתקנות לא גרמו נזקים כדי להצדיק התקנת תקנות כה ייחודיות. לפיכך, אציג במאמר זה יריעה רחבה של הצדקות לתקנות (פרק ב'), וגם את הרקע ההיסטורי שקדם להתקנתן (בפרק ד' של המאמר). כמו כן, אבחן נתונים אמפיריים נוספים שלא נדונו עד עתה (פרק ה'). חידוש מיוחד במאמר זה הוא ניתוח כלכלי של תוצאות ביטול עסקה, שגם הוא תומך בהתקנת התקנות (פרק ו'). בניתוח הכלכלי תיבחן יעילות העסקאות לפני התקנת התקנות ויעילות העסקאות הצרכניות לאחר התקנת התקנות. הצורך בתקנות נובע מכך שהעוסקים בישראל לא העניקו לצרכנים מרצונם החופשי זכות חרטה מהעסקה, וזאת בשונה מעוסקים במדינות אחרות (פרק ג').

מתן זכות לצרכן לבטל עסקה מכוח חוק ותקנות אינה רק אמצעי חשוב להגנת הצרכן, אלא גם מסמנת התפתחות חשובה בדיני הגנת הצרכן בישראל. בהוראות אלו יש משום מהפכה בדיני הגנת הצרכן בישראל, מהפכה שעיקרה מעבר מהגנת הצרכן מפני עסקאות לא נורמטיביות להוראות שמטרתן עידוד הסחר ההוגן. מאמר זה הוא כאמור השלישי והאחרון בטריולוגיה של שלושה מאמרים הבוחנים את הזכות במשפט הישראלי להתחרט מחוזים צרכניים באופן חד-צדדי למשך "תקופת צינון". בפרק הראשון שלו יוצגו בקצרה ההתפתחויות בדיני הגנת הצרכן בישראל החל מסוף שנות התשעים של המאה שעברה והאופן שבו הסוגיה של ביטול עסקה צרכנית משתלבת במגמה זו.

## א. ההתפתחויות בדיני הגנת הצרכן בישראל מסוף שנות התשעים של המאה שעברה ואילך

### 1. דיני הגנת הצרכן הקלסיים והתפתחותם מסוף שנות התשעים

דיני הגנת הצרכן, כפי שנקבעו בזמנו בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, היו במידה רבה הרחבה של דיני החוזים ודיני הנזיקין. מאחר שבחקיקה האזרחית לא הייתה הגנה מספקת

ResearchCen/Consumer-protection-laws/Publications/Documents/Consumer-Survey.pdf  
(להלן: סקר דויטש-סמית). במאמר שכתבתי, "זכות הצרכן לביטול עסקה", לעיל ה"ש 6, נבחן במפורט המחקר האמפירי. במאמר זה יש למחקר האמפירי מקום משני בלבד לצד הנושאים של ההצדקות לתקנות אלו, הרקע ההיסטורי שלהן, הניתוח הכלכלי של תוצאות התקנות ועוד. טבלאות המחקר האמפירי שהובאו במאמר זה הן טבלאות שלא הוצגו במאמר הנ"ל.

על הצרכן,<sup>10</sup> נדרשו הוראות נוספות שיחזקו את ההוראות הקיימות ויוסיפו לנפגע סעדים נזיקיים נוסף על הסעדים החוזיים. כמו כן הוספו סנקציות פליליות<sup>11</sup> ונקבע פיקוח מנהלי של הממונה על הגנת הצרכן. חקיקה זו נעשתה מתוך ההנחה שבמקרים רבים הצרכן אינו יכול לדאוג לאינטרסים הלגיטימיים שלו. הוראותיו של חוק הגנת הצרכן נקבעו כהוראות קוגנטיות,<sup>12</sup> שאם לא כן ניתן היה להתנות עליהן בחוזים צרכניים, המנוסחים כמובן על ידי העוסקים.

עיון בחוק הגנת הצרכן, כפי שנחקק בשנת 1981, מלמד כי עיקר הוראותיו עסקו בשלושה תחומים: הטעיה, ניצול מצוקה וחובות גילוי.<sup>13</sup> אין ספק שההוראות בחוק הגנת הצרכן רחבות מאלו של דיני החוזים, שכן מדובר בחוק מגן ולא בחוק אזורי ניטרלי, אך בסך הכול לא הייתה בחקיקה הצרכנית סטייה של ממש מכללי המשפט האזרחי. עילת ההטעיה מופיעה גם בסעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי),<sup>14</sup> אם כי עילת ההטעיה בחוק הגנת הצרכן רחבה בהרבה.<sup>15</sup> העילה של ניצול מצוקה שבסעיף 3 לחוק הגנת הצרכן, כפי שנקבעה בנוסח החוק המקורי, מופיעה גם בסעיף 18 לחוק החוזים (חלק כללי),<sup>16</sup> אף כי היא רחבה יותר בחוק הגנת הצרכן.<sup>17</sup> חובות גילוי מקובלות בדיני חוזים כחלק מחובות תום הלב<sup>18</sup> ואין בהן חידוש יוצא דופן, אם כי יש הבדל ביניהן:<sup>19</sup> חובת תום הלב בדיני חוזים

10 ראו דויטש דיני הגנת הצרכן א, לעיל ה"ש 1, שער ראשון, פרק ב: "חופש החוזים והגנת הצרכן", בעמ' 27–64 וכן פרק ו.1: "מדוע אין די במשפט האזרחי להגנת הצרכן", בעמ' 147–151.

11 ס' 23 לחוק הגנת הצרכן.

12 ס' 36 לחוק הגנת הצרכן הקובע כי "הוראות חוק זה יחולו על אף כל ויתור או הסכם נוגד".  
13 פרק א של חוק הגנת הצרכן דן בפרשנות (סעיף ההגדרות). פרק ב: הטעיה וניצול מצוקה. פרק ג: מכירות באשראי, מקדמות, רוכלות ומכירות מיוחדות – פרק שעיקרו, למעט ההוראה בדבר עסקה ברוכלות בס' 14, דן בחובות גילוי. פרק ד: סימון טובין עוסק גם הוא בחובות גילוי. פרק ה: קובע את הפיקוח המנהלי של הממונה על הגנת הצרכן. פרק ו: עונשין ותורפות ופרק ז: הוראות שונות. כותרות אלו היו הכותרות של החוק בעת שנחקק ב-1981.

14 חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 118.

15 ראו דויטש "דיני החוזים הצרכניים", לעיל ה"ש 1, בעמ' 167–173.

16 בס' 18 לחוק החוזים (חלק כללי) עילת ניצול מצוקה מוגדרת כעילת העושה. לדיון בהוראה זו ראו סיני דויטש "הוראת העושה בחוק החוזים" מחקרי משפט ב 1 (1982).

17 ראו דויטש "דיני החוזים הצרכניים", לעיל ה"ש 1, בעמ' 173–176. בשנת 2014 עברה ההוראה של ניצול מצוקה שבחוק הגנת הצרכן שינוי דרסטי. ראו להלן ה"ש 26.

18 ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א, פס' 12.49–12.53 (1991), חובת הגילוי במהלך המשא ומתן כחלק מחובת תום הלב; גבריאלה שלו, לעיל ה"ש 8, בעמ' 149–151.

19 הדרישה לחובות גילוי מפורטות קיימת גם בחוקים אחרים שאינם דנים ביחסי עוסק-צרכן. לדוגמה, חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, מטיל חובות גילוי רחבות בתשקיף, וזאת שנים רבות לפני חוק הגנת הצרכן.

קובעת סטנדרט של התנהגות; לעומת זאת, חובות הגילוי בחוק הגנת הצרכן הן מפורטות וקובעות כללים,<sup>20</sup> ולא רק סטנדרט של התנהגות.

סיכומו של דבר, בעבר ראו בחוק הגנת הצרכן, כפי שנחקק בשנת 1981, הרחבה וחזוק של דיני החוזים והנזיקין בעסקאות צרכניות,<sup>21</sup> וזאת למטרה של הגנת הצרכן, ולא ענף משפטי נפרד. עם חלוף השנים והחקיקה הענפה בדיני הצרכנות בשנים אלו, שנתואר בקצרה בהמשך המאמר, ניתן לראות בדיני החוזים הצרכניים במאה העשרים ואחת ענף נפרד של דיני החוזים,<sup>22</sup> שמטרותיו הרבות<sup>23</sup> אינן זהות למטרות של דיני החוזים הכלליים.<sup>24</sup>

בשנות התשעים ובעשור הראשון של המאה העשרים ואחת נעשו שינויים רבים ומהותיים בחוק הגנת הצרכן. פרק ב', שכותרתו "הטעיה וניצול מצוקה", הורחב מאוד.<sup>25</sup> ראוייה לציון מיוחד הרוויזיה של סעיף 3 לחוק הגנת הצרכן,<sup>26</sup> שבמקורו הטיל איסור על

20 לדיון בהבחנה בין כללים לסטנדרטים ראו מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" הפרקליט יז 321, 325–329 (1987).

21 ראו סיני דויטש "דיני חוזים והחקיקה להגנת הצרכן" מחקרי משפט ט 133, 152 (1991). שם כתבתי: "מאחר שרוב התנאים (בחוזים צרכניים) כפופים לעקרונות הכלליים של דיני חוזים אין לראות בהן ענף מיוחד של דיני חוזים" (בעמ' 145). עם שכלולם של דיני הגנת הצרכן, בשנות התשעים ובעשור הראשון של המאה העשרים ואחת, מובן שמסקנתי השתנתה.

22 דויטש דיני הגנת הצרכן א, לעיל ה"ש 1, בעמ' 332–349. וראו דיון מקיף בעניין Sinai Deutch, *Consumer Contracts as a Special Branch of Contract Law – The Israeli Model*, 29 TOURO L. REV. 695 (2013).

23 דויטש דיני הגנת הצרכן א, לעיל ה"ש 1, בעמ' 119–120, המציין כמטרות של הגנת הצרכן את המטרות הבאות: הגנת ערכים חברתיים, הגנת ציפיות הצדדים, כשלי שוק, צדק חלוקתי וחוסר שוויון. וראו שם בעמ' 67–126, דיון כללי בתשובות לביקורת הגישה הכלכלית למשפט על דיני הגנת הצרכן.

24 בשנות האלפים הייתה גם התפתחות דרמטית בסעדים הפליליים והמנהליים. שונו סעיפי חוק רבים והוספו סעדים אזרחיים, פליליים ומנהליים נוספים.

25 לדיון כללי על נושא ההטעיה הצרכנית ראו סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרכים ב ג – הדיון המהותי (2012) (להלן: דויטש דיני הגנת הצרכן ב; ג). איסור ההטעיה שבס' 2 לחוק הגנת הצרכן עבר תיקונים ושינויים רבים ויש כיום עשרות הבדלים בינו לבין דין ההטעיה החזוית. ראו דויטש דיני הגנת הצרכן ב (שער ראשון, פרק ד: "הבדלים בין הטעיה צרכנית לבין הטעיה חזוית", בעמ' 81–90). פרק ב לחוק הגנת הצרכן עבר שינויים רבים נוספים: הוסף ס' 4א, הן בחוזה אחיד ובמידע אחר הקשור לצרכן. הוסף ס' 4ב, המחייב את גילוי זהות העוסק. הוסף ס' 4ג, המטיל חובת גילוי מדיניות החזר טובין. הוסף ס' 7א, המטיל מגבלות על פרסומת ודרכי שיווק אחרות המכוונות לקטינים, וכן הוסף ס' 7ב, המטיל סייגים על שימוש בשם של ארגון הצרכנים.

26 בחוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 39), התשע"ד–2014 נוסח ס' 3 מחדש. כותרת הסעיף שונתה מ"איסור ניצול מצוקת הצרכן" ל"איסור הפעלת השפעה בלתי הוגנת". במקום שתי פסקאות בשני סעיפים קטנים נחקקו הוראות חוק מפורטות. המונח "ניצול" הושמט ובמקומו הובאו

ניצול מצוקתו של הצרכן, בדומה לסעיף העושה החוזי. הסעיף שונה לחלוטין, ובניסוחו החדש בשנת 2014 שונתה כותרתו ל"איסור הפעלת השפעה בלתי הוגנת", נושא שאינו מוסדר כלל בסעיף 18 לחוק החוזים (חלק כללי).

לפרק ג' לחוק הגנת הצרכן הוספו הוראות רבות, שבעקבותיהן גם שונתה כותרתו. במקום הכותרת המקורית, "מכירות באשראי, מקדמות ורכלות ומכירות מיוחדות", נקבעה כותרת חדשה "הוראות לעניין סוגים שונים של עסקאות". ההבדל אינו רק סמנטי<sup>27</sup> אלא גם מהותי. ההוראות שנקבעו בנוסח המקורי בנוגע למכירות באשראי כללו חובות גילוי ותו לא. להוראות בדבר רוכלות אכן הייתה משמעות עבור הצרכן, אך נדרשו תיקונים רבים<sup>28</sup> כדי להפוך אותן למעשיות. ההוראה בדבר מכירה מיוחדת, בנוסחה המקורי בסעיף 15, לא יושמה מעולם ואין כל פסק דין המאזכר אותה.<sup>29</sup> מכאן שפרק ג' עסק, בנוסחו המקורי, בנושאים שהשפעתם על הצרכן קטנה. הדברים השתנו החל מסוף שנות התשעים של המאה שעברה ואילך. התוספות העיקריות הן: עסקה לתקופה קצובה (סעיף 13א); עסקה מתמשכת (סעיף 13ד); עסקה מתמשכת בעניין שירותי רפואה (סעיף 13ה); זכות לביטול עסקה ברכישה של יחידות נופש (סעיף 14א); זכות לביטול עסקה במכר מרחוק (כולל עסקאות באינטרנט) בתוך תקופת הצינון (סעיף 14ג); החזר כספי או זיכוי בשל החזרת טובין (סעיף 14ו); תווי קנייה (סעיף 14ח). הוראות מפורטות אלו<sup>30</sup> מסדירות באופן מהותי סדרה של עסקאות צרכניות חשובות. אסדרה זו נועדה להגן על הצרכן לא רק מפני עוסקים לא נורמטיביים, אלא גם לעודד את הסחר ההוגן.

הוסף פרק ד'1, הדין באחריות ושירות לאחר מכירה (סעיפים 18א ו-18ב). פרק זה נועד להגן על הצרכן גם בשלב שלאחר קבלת המוצר או השירות. הראייה החדשה של הגנת הצרכן היא ראייה הוליסטית, הכוללת את אסדרת כל השלבים של רכישה צרכנית: לפני

דוגמאות להפעלת השפעה בלתי הוגנת. יש לראות בסעיף, כפי שנוסח בשנת 2014 וכבר תוקן בשנת 2016, עולם חדש של מושגים, שהקשר בינם לבין ס' 18 לחוק החוזים (חלק כללי), הדין בעושה, קלוש.

27 הכותרת של פרק ב בחוק הגנת הצרכן נותרה "הטעיה וניצול מצוקה". כותרת זו שגויה, שכן ההוראה בדבר ניצול מצוקה בוטלה. שאר הסעיפים שבפרק ב דנים בחובות גילוי, ולפיכך השם הנכון של הכותרת צריך היה להשתנות ל"הטעיה, השפעה בלתי הוגנת וחובות גילוי". שינוי זה היה מביא לידי ביטוי את השינויים הגדולים שחלו בפרק זה בשנים האחרונות.

28 הגדרת "רוכלות" בס' 8 לחוק הגנת הצרכן, שכללה 12 מילים בלבד, הורחבה פעמים מספר עד שהגיעה לנוסח המחייב כיום. ס' 14, הקובע את דיני עסקת הרוכלות, עבר שלושה תיקונים מהותיים, שהרחיבו את תחולתו כך שיתאים לגישה החדשה לדיני הגנת הצרכן.

29 עד 2010, דהיינו 30 שנה לאחר חקיקת החוק, לא פורסמו פסקי דין כלשהם שדנו בס' 15 לחוק הגנת הצרכן או אזכרו אותו (על פי "נבו" ו"תקדין"). בשנת 2008 עבר הסעיף שינויים מהותיים, ששינו את תוכנו לעומת הנוסח המקורי.

30 הוראות אלו משתרעות על פני 11 עמודים וקובעות לפרטי פרטים את ההתנהגות הנדרשת מעוסקים. לשם השוואה, חוק הגנת הצרכן המקורי כולו השתרע על פני שמונה עמודים בלבד.

ההתקשרות, במהלך ההתקשרות ואספקת המוצר או השירות וכן אחריות לאחר מסירת המוצר ומתן השירות. גישה זו מאפיינת את דיני הגנת הצרכן החדשים.

הוקמה רשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן<sup>31</sup> וניתנו לה סמכויות רחבות.<sup>32</sup> הוסף פרק שלם בדבר אכיפה מנהלית, הכולל דינים מפורטים בנוגע לעיצום כספי (סעיפים 22ג–22ב), התראה מנהלית (סעיפים 22ג–22ט) והתחייבות להימנע מהפרה (סעיפים 22טז–22יט) – בסך הכול 24 סעיפים מפורטים,<sup>33</sup> המשנים לחלוטין את דיני האכיפה המנהלית בחוק הגנת הצרכן המחודש. כמו כן הוספה הוראה בדבר פיצויים לדוגמה.<sup>34</sup>

הוראות פרק ג' של חוק הגנת הצרכן, המאפשרות ביטול חד-צדדי של חוזה על ידי הצרכן לאחר כריתתו, הן מהשינויים החשובים שנעשו בחוק הגנת הצרכן, שכן יש בהן לא רק הרחבה של דיני החוזים, אלא תפיסה חדשה של מהות העסקה הצרכנית לעומת עסקה מסחרית או כללית. הוראות אלו הן שלב חדש בהגנת הצרכן. הגנת הצרכן שוב אינה משמשת רק כאמצעי הגנה כנגד הטעיה, ניצול מצוקה, היעדר גילוי וכדומה. דיני הגנת הצרכן באים להגן על הצרכן גם מפני רכישת מוצרים שהוא אינו זקוק להם או אינו יכול לעשות בהם שימוש. החוק נועד להגן על הצרכן מפני מידע חסר ומפני שיקול דעת שגוי, גם כאשר אין בעסקה מרמה או עושק. גישה מהפכנית זו באה להגן על הצרכן מפני החלטות חפוזות ושגויות. הגנה זו מוענקת לצרכן ללא קשר להתנהגות העוסק, וזאת כדי לעודד את הסחר ההוגן.<sup>35</sup>

## 2. החידוש שבמתן זכות חרטה לצרכן שאינה מוגבלת לעסקאות מיוחדות

כבר בסוף שנות התשעים של המאה שעברה הוכרה במשפט הישראלי זכות הצרכן להתחרט מכמה עסקאות ב"תקופת צינון".<sup>36</sup> מדובר היה במכירות ברוכלות, רכישת יחידות נופש

- 31 לפני כן הגוף המפקח היה הממונה על הגנת הצרכן, פעילותו לא הייתה מספקת. ראו מבקר המדינה דו"ח שנתי 54 לשנת 2003 (2004), "פעולות להגנת הצרכן". ראו גם דויטש דיני הגנת הצרכן ב, ג, לעיל ה"ש 25, בעמ' 655–657, ביקורת על היישום המועט של הפיקוח המנהלי על פרסומת מטעה.
- 32 לשם כך נחקקו עשרה סעיפים נוספים בפרק ה, ובהם הוקנו לרשות סמכויות רבות כדי למלא אחר הפעילויות הנדרשות בעקבות שינויי החקיקה הרבים.
- 33 סעיפים אלו משתרעים על פני שבעה עמודים מפורטים, הכוללים יותר מ-80 פסקאות.
- 34 ס' 31א לחוק הגנת הצרכן – פיצויים לדוגמה. הסעיף משתרע על פני שני עמודים וכולל פסקאות וסעיפים קטנים רבים.
- 35 בהצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 17) (החזר כספי בביטול עסקה), התשס"ה–2004, ה"ח 35, ציון כי "הצעת חוק זו שבאה לעודד סחר הוגן, עומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו". הדגש היה אפוא על מסחר הוגן.
- 36 "תקופת צינון" היא תקופה קצרה הקבועה בחוק שבמסגרתה יכול הצרכן לחזור בו מעסקה באופן חד-צדדי. זכות זו שונה מהזכות להשתחרר אף לאחר זמן ניכר מחוזה בחוזים ארוכי



ומכר מרחוק.<sup>37</sup> ואולם, עסקאות אלו הן עסקאות מיוחדות. החידוש בתקנות הגנת הצרכן שנכנסו לתוקפן בשנת 2010 הוא בכך שהן מאפשרות חרטה תוך תקופת צינון בעסקאות רבות, הכוללות את רוב תחומי הצרכנות; העסקאות שהתקנות אינן חלות עליהן מפורטות בתקנות.<sup>38</sup>

מתן זכות חרטה כמעט כללית מעסקה עומדת בסתירה ברורה לכלל היסודי של דיני חוזים: "חווה עשית עליך לקיימו" *Pacta sunt servanda*.<sup>39</sup> כל עוד הוגבלה זכות זאת לכמה עסקאות בעלות מאפיינים מיוחדים, ניתן היה לבסס את הזכות לביטול עסקה על המאפיינים המיוחדים של עסקאות אלו, המבדילים ביניהן לבין עסקאות "רגילות": ב"רוכלות" העסקה נקשרת מחוץ למקום עסקו של העוסק; במכירת יחידות נופש יש חשש ממשי של ניצול לרעה של הליך ההתקשרות, ובמקרים רבים הצרכנים אינם מודעים לתוצאות העסקה; במכירה מרחוק אין קשר ישיר בין שני הצדדים בעת ההתקשרות, והצרכנים גם אינם יכולים לראות את המוצר בפועל. זכות הביטול בעסקאות "מיוחדות" אכן מכוונת לעסקאות מיוחדות. לעומת זאת, תקנות ביטול עסקה חלות על מגוון רחב ביותר של עסקאות, שאין בהן כל ייחוד, לא בתוכנן ולא בפרוצדורה של ההתקשרות, ולפיכך יש צורך בהנמקות מיוחדות שיסבירו מדוע לאפשר את ביטולן בתקופת הצינון. ואכן, אין פלא שלפני שהותקנו התקנות פורסמה בספרות המשפטית ביקורת על המגמה להתקין תקנות אלו.<sup>40</sup>

כאמור, לתקנות ביטול עסקה הישראליות אין אח ורע במדינות אחרות, לא באירופה ואף לא בארצות הברית.<sup>41</sup> קביעת דין חדשני, שאינו קיים במדינות אחרות, דורשת הצדקות

37 טווח. מונח זה אינו מופיע בחקיקה הישראלית והוא לקוח מהמשפט האמריקאי (Cooling off period). רואים בעסקה צרכנית שנעשתה ללא הפעלת שיקול דעת מעשה שנעשה בלהט ההתקשרות, ולפיכך מעניקים לצרכן זכות "להתקרר" ולחשוב על העסקה מחדש. תקופת הצינון בחקיקה היא לזמן קצר, עד שבועיים.

38 ראו ס' 14, 14 א ו-14 ג לחוק הגנת הצרכן. וראו דיון בסעיפים אלו בדויטש "ביטול עסקאות מיוחדות", לעיל ה"ש 5.

39 ראו תקנות ביטול עסקה, לעיל ה"ש 2, תקנה 4.

40 מושג זה מופיע רבות בספרות המשפטית בדיני חוזים. ראו גם ע"א 6601/96 AES systems Inc. נ' סער, פ"ד נד(4) 850 (2000).

41 ראו שמואל בכר וטל ז'רסקי "זכות הביטול בעסקאות צרכניות: רגישות מוצדקת או ניצחון פירוס" עיוני משפט לב 127 (2009).

42 ראו Caroline D. Shoenberger, *Consumer Myths V. Legal Realities: How Can Businesses* (2004) 16 LOY. CONSUMER L. REV. 189, 202-212, *Cope?* על כך שזכות ההחזרה במסחר האמריקאי מבוססת על נוהג אך ללא חיוב בחוק, וראו בייחוד שם, בעמ' 212-217, על כך שמתן אפשרות להתחרט בתקופת צינון היא מדיניות של שיקולים עסקיים, אך ללא חובה בחוק. ראו גם Smits, לעיל ה"ש 7, בעמ' 677, שם צוין כי בארצות הברית אין לצרכנים זכות כללית לביטול עסקה מכוח החוק.

משכנעות. תקנות אלו שונות גם מהזכות להשתחרר מעסקה, שנקבעה בחוק הגנת הצרכן בנוגע לעסקאות ממושכות.<sup>42</sup> אין מדובר כאן בזכות להשתחרר מעסקאות ממושכות, אלא בזכות לחרטה תוך זמן קצוב לאחר התקשרות. יש אפוא להציג את ההנמקות לתקנות אלו.

## ב. ההצדקות הנורמטיביות לזכות החרטה של הצרכן בעסקאות רגילות

מאחר שאין מאפיינים מיוחדים לעסקאות הצרכניות שניתן לבטלן על פי תקנות ביטול עסקה, ראוי להציג נימוקים כלליים שיצדיקו את התקנתן של תקנות אלו. בפרק זה אציג את הנימוקים הנורמטיביים המצדיקים את התקנת התקנות.

ניתן להציג הסברים רבים לשאלה מדוע יש הצדקה לתקנות ביטול עסקה. יש הבדלים ניכרים בחשיבות של כל אחד מהסברים אלו, ויש גם הסברים הדומים זה לזה. מכל מקום, סברתי שראוי להציג את מגוון ההנמקות להתקנת התקנות.

הנימוקים העיקריים המצדיקים את הזכות לביטול עסקה בעסקאות צרכניות רגילות הם כדלקמן:

זכות חרטה לזמן קצוב נועדה להגן על הצרכן מפני החלטות שגויות ופזיזות, ובמיוחד מפני רכישות של טובין ושירותים שאין הוא זקוק להם. זכות החרטה תאפשר לצרכן לשקול מחדש את הרכישה, במיוחד בשוק שהוא במצב של מונופולין נסיבתי (situational monopoly).<sup>43</sup>

לעוסקים יש עניין במתן אפשרות לצרכן להתחרט מהעסקה תוך זמן קצוב, שכן הדבר יעודד רכישות של צרכנים; כאשר הללו מתלבטים בנוגע להתאמת המוצר או השירות לצורכיהם, הם יודעים שבמקרה של אי-התאמה יוכלו לבטל את העסקה. אפשרות החרטה חשובה במיוחד כאשר המוצר נרכש עבור מי שאינו מגיע לחנות, כגון בגדי ילדים, מתנות וכדומה. מתן זכות חרטה לצרכן ירחיב את היקף מסחר על ידי הגדלת ארון הציבור ויצירת אווירה נוחה יותר לרכישה, וזאת בשל יכולת החרטה של הצרכן.

42 ס' 13 א ו-13 ב לחוק הגנת הצרכן דנים בביטול עסקה לתקופה קצובה; ס' 13 ד לחוק הגנת הצרכן דן בביטול עסקה מתמשכת; ס' 13 ה, ו-13 ו-13 ז דנים בעסקה מתמשכת בעניין שירותי רפואה; ס' 13 א לחוק הגנת הצרכן דן בביטול עסקה לתקופה קצובה. מדובר בעסקאות שפורטו בתוספת הרביעית לחוק הגנת הצרכן.

43 MICHAEL J. TREBILCOCK, THE LIMITS OF FREEDOM OF CONTRACT, HARVARD UNIVERSITY. 93-96 (1993). Press, Cambridge Mass. הכוונה היא ששוק שיש בו מוצרים דומים מקשה על צרכן לערוך השוואה, ויהיו אף מקרים שבהם לא תהיה כל תועלת בהשוואה. שוק מורכב ובו מאות מוצרים מסכל את האפשרות של איסוף מידע מועיל לפני הרכישה, מה עוד שיש מוצרים שקשה לאסוף מידע עליהם לפני הרכישה.

זכות החרטה יכולה לתרום להורדת מחירים במשק. עוסקים יירתעו מפני דרישות מחיר מופרזות, שכן בתוך תקופת הצינון יוכל הצרכן לבדוק מחירים, להתחרט ולרכוש את המוצר מספק אחר במחיר זול יותר, או המוכר עצמו יסכים להורדת המחיר כדי למנוע את ביטול העסקה.

זכות חרטה ללא צורך בהנמקתה תחסוך התדיינות משפטיות גם כאשר יש סיבה משפטית לביטול העסקה. זכות החרטה מופעלת לעתים כאשר בפועל הייתה הטעיה או הפרה של החוזה, אך ביטול עסקה בגין עילות אלו הוא מורכב ומסובך.<sup>44</sup> אם הצרכן מגלה פגמים אלו בתוך תקופת הצינון,<sup>45</sup> עומדת לרשותו אפשרות פשוטה לבטל את העסקה מכוח תקנות ביטול עסקה, ללא צורך בהוכחת הטענות המשפטיות הללו.

התקנות יעילות גם על פי הקריטריונים של מבחני קלדור-היקס,<sup>46</sup> לפיהם המעבר ממצב א' (כאשר אין תקנות ביטול עסקה) למצב ב' (יש תקנות ביטול עסקה) יהיה יעיל אם התועלת לצרכן גבוהה מהנזק לעוסקים. יש לבחון אם העלויות לעוסקים נמוכות מההפסד לצרכנים בשל כריתת חוזים לא יעילים או בשל החמצה של עסקאות יעילות (אם הצרכן החושש אינו מתקשר בעסקה שהייתה מתבררת כיעילה), וזאת במצב משפטי שבו לא ניתן לבטל עסקאות. בפרק ו' ייערך ניתוח כלכלי שיוכיח כי התוצאות של ביטול עסקה יעילות

44 ביטול חוזה בשל הטעיה, על פי ס' 15 לחוק החוזים (חלק כללי), דורש הוכחה של הטעיה ושל קשר סיבתי. ביטול חוזה בשל הפרתו, על פי ס' 7 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס"ח 16, דורש הוכחה של הפרה יסודית או לחלופין הפעלת פרוצדורה מורכבת של מתן ארכה והודעת ביטול. אלו דרישות שלא פשוט לעמוד בהן. אפילו ביטול עסקה בשל הטעיה על פי חוק הגנת הצרכן היא מורכבת. ראו דויטש דיני הגנת הצרכן ג, לעיל ה"ש 25, בעמ' 1168-1211. ראו גם שמואל בכר ואורן בר-גיל "הגנת הצרכן" הגישה הכלכלית למשפט 225 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012), שכתבו: "נקיטת הליכים משפטיים לשם עמידה על זכויות מצריכה הן מודעות והן יוזמה מצדו של הצרכן. אולם מודעות צרכנית אינה דבר של מה בכך". כמו כן הם כתבו: "כאשר מדובר ביוזמה לנקיטת הליכים משפטיים, על הצרכן הבוחן את העלות הנלוות לנקיטת הליכים משפטיים, לתמחר את השקעת המשאבים ואת ההוצאות הצפויות" (שם בעמ' 266). אין פלא שבמקרים רבים יעדיפו הצרכנים שלא להגיש תביעה גם כאשר לדעתם הם נפגעו והם גם צודקים. ביטול עסקה ללא צורך בהוכחת עילה משפטית היא הפתרון לבעיה זו.

45 ס' 114 לחוק הגנת הצרכן ותקנות ביטול עסקה אינם מתייחסים דווקא לנכס שאינו מתאים, אך אין סיבה לכך שצרכן לא ישתמש בהוראות אלו לביטול עסקה במקום לנהל דיון ולהוכיח הטעיה או הפרה.

46 ניקולס קלדור וג'ון היקס הם שני כלכלנים ידועי שם שפרסמו את התאוריות שלהם עוד בסוף שנות השלושים של המאה שעברה. ראו Nicholas Kaldor, *Welfare Proportion of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, 49 *ECON. J.* 549 (1939); John Hicks, *The Social Valuation Income*, 7 *ECONOMICA* 37 (1940). וראו עלי ולצברגר "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט" משפטים כב 261, 277 (1993).

יותר מאשר מצב של היעדר זכות לביטול עסקה.<sup>47</sup> במקרה כזה עלול הצרכן להישאר ובידיו מוצר או שירות שהוא אינו מעוניין בהם ושנרכשו בשל מידע חסר או פזיזות.<sup>48</sup> גם העוסקים יכולים להיפגע, מאחר שהצרכנים יימנעו מביצוע רכישות כאשר יש להם ספק בנוגע אליהן. ללא זכות לחרטה, רכישות שהיו עשויות להיות יעילות לשני הצדדים לא יתבצעו.

עלויות הבירור של ערך המוצר גם הן סוג של עלויות עסקה. אימתן אפשרות להתחרט מטיל את הסיכון על הקונה. על מנת לצמצם את הסיכון ידרש הצרכן לערוך לפני הרכישה סקר שוק, בדיקה שעלותה גבוהה וגם לא תמיד מועילה. הגישה שנבחרה בתקנות היא לאפשר את החזרת המוצר ולהטיל את הסיכון על המוכר, וסיכון זה מקוּוּז בחיוב הקונה לשלם דמי ביטול.

יש מקרים שבהם בירור מוקדם לא יועיל, שכן רק כאשר החפץ מגיע לבית הקונה יוכל הלה לבחון אם הוא מתאים לצרכיו אם לאו. במקרים אלו אין ערך לבירור מוקדם, שכן בירור כזה לא יועיל לו. הטלת דמי ביטול על הצרכן מחזקת את זכות הקונה לביטול, שכן יש בה פיצוי למוכר. כמו כן, דמי ביטול מפנים את תשומת לבו של הקונה לכך שהביטול כרוך בעלויות.

החובה לאפשר לצרכן להתחרט לזמן קצוב (תקופת צינון) עשויה להוביל את השוק להתנהגות שהיא טובה לצרכן יותר מהקבוע בתקנות. יש בחובה זו פוטנציאל לכך שהעוסקים יאפשרו מרצונם החופשי תקופות ארוכות יותר של זכות חרטה.<sup>49</sup> מתברר כי בעקבות התקנות אפשרו עוסקים ללקוחותיהם לבטל עסקאות. הרגלת השוק לאפשרות שהצרכן יתחרט תוך זמן קצר היא שתאפשר לעוסק ללכת צעד נוסף ולאפשר ללקוחות זמן נוסף לחרטה, ובכך לסמן ללקוחותיו שהעוסק סומך עליהם, וכן סומך על טיב מוצריו ועל המחירים שקבע. בתקנות ביטול עסקה יש פוטנציאל לקביעת סטנדרטים גבוהים יותר של מסחר.

החשש מפני ביטולי עסקה רבים אינו ריאלי, זאת בשל אפקט העלות השקועה (the sunk cost effect) ברכישה. במקרים רבים מקדישים הצרכנים זמן ניכר לתהליך ההחלטה לרכוש מוצר. הם אינם בטוחים שאכן זה המוצר שבו הם מעוניינים, אך מאחר שכבר הקדישו

47 ראו Omri Ben Shahr & Eric A. Posner, *The Right to Withdraw in Contract Law*, 40 J. LEG. STUD. 115 (2011), שגם לדעתם יש מקרים רבים שבהם דווקא זכות החזרה מהחווה יעילה יותר מאשר היעדר הזכות.

48 ניתן לראות ברכישת נכס שאינו מתאים לצרכן משום "תאונה חוזית". ראו דוד רונן התאמת חוזים לנסיבות משתנות 157, 160 (2001), שם הוא מסביר זאת כאי-ודאות הנמשכת לשלב הביצוע.

49 מטבלה 18 של סקר דויטש-סמית, לעיל ה"ש 9, עולה כי 67% מהעוסקים אפשרו לצרכן זכות ביטול גם במקרים ובתקופות שבהם התקנות אינן מחייבות את העוסקים להחזיר את הכסף. כן התברר בסקר שבעניין זה אין הבדל בין ענף הביגוד וההנעלה לבין שאר הענפים.

לחיפוש זמן רב, הם רוכשים אותו אף על פי שאינם משוכנעים שהוא מתאים להם או ממלא אחר צורכיהם. מתן זכות לביטול תוך תקופת זמן קצרה (תקופת צינון) תאפשר לצרכנים מחשבה נוספת באשר לשאלה אם הם מעוניינים במוצר. אין חשש שהביטול יהפוך לתופעה המונית, שכן בשל השיקול של העלות השקועה ברכישת המוצר, הסיכוי שהמוצר יוחזר קטן. "עלות שקועה" אמורה להיות בלתי רלוונטית להחלטת הרכישה, אך בפועל אנשים מקבלים החלטות בדרך זו, ומאחר שכבר השקיעו בעסקה, אין הם מעוניינים לסגת ממנה.<sup>50</sup> תקנות אלו מחזקות את המטרה של העלאת תרבות המסחר בישראל, שיקול לגיטימי של חברה מתקדמת המעוניינת בשיפור איכות החיים. סחר הוגן הוא חלק מאיכות החיים. סחר נוקשה, דווקני ונטול פשרות מכביד על ניהול המסחר. מתן האפשרות מרצון להחזיר מוצרים קיימת באירופה ובארצות הברית.<sup>51</sup> מאחר שבישראל לא התגבשה אצל רוב העוסקים גישה המאפשרת השבה ללא רגולציה, היה על המחוקק והרשות המבצעת להסדיר זאת מכוח חוק ותקנות.

יש אפוא נימוקים דוקטרינריים רבים לצורך בהתקנת תקנות אלו, נימוקים המציגים תשתית ראויה להתקנת תקנות ביטול עסקה בישראל.

### ג. מדוע לא העניקו העוסקים בישראל מרצון זכות חרטה לצרכנים?

במדינות אחרות קיימים כאמור הסדרים של ביטול עסקאות, שנקבעו על ידי העוסקים באופן וולונטרי. קביעת זכות זו ללא הוראה מנדטורית מלמדת שגם העוסקים מפיקים תועלת מתקופת הצינון של הזכות לחרטה. מדוע אפוא לא אומצה גישה זו גם בישראל? התשובה היא שכנראה התנהגות לא רציונלית אינה ייחודית לצרכנים, אלא גם עוסקים מתנהגים באופן זה.<sup>52</sup> סירוב העוסקים לאפשר לצרכנים להתחרט נבע מתוך הרצון לשמור על

50 Mark Seidenfeld, *Cognitive Loafing, Social Conformity, and Judicial Review of Agency Rulemaking*, 87 CORNELL L. REV. 486, 500 (2002); Russell Korokbin & Thomas S. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88. CAL. L. REV. 1051 (2000); Hal R. Arkes & Catherine Blumer, *The Psychology of Sunk Cost*, 35 ORGANIZATIONAL BEHAVIOR AND HUMAN DECISION PROCESSES 124 (1985).

51 ראו לעיל ה"ש 7 ר-41.

52 לדיון כללי בשאלות אלו ראו דן אריאלי לא רציונאלי ולא במקרה (2011), ובמיוחד הפרקים הבאים: פרק 2: נקודת הכשל של היצע וביקוש, פרק 7: מחיר הבעלות. אריאלי מציין רשימה ארוכה של שותפים למחקר; ראו שם, בעמ' 203–207. לרשימה של עשרות מאמרים בסוגיה של כלכלה התנהגותית, ראו שם עמ' 211–216. ראו גם דן אריאלי לא רציונאלי אבל לא נורא (2011) והמקורות הרבים שהוא מציין שם, בעמ' 311–324.

הסטטוס-קו מסיבות של רגש, נוהג, תרבות, היסטוריה וכדומה. בשנים הראשונות שלאחר קום המדינה שררו בארץ תנאי מחיה קשים, שהביאו לכינונו של משטר הצנע. ה"צנע" בוטל לקראת סוף שנות החמישים, אך המסורת של מסחר נוקשה ודווקני נמשכה גם לאחר ביטולו. כמעט כל המסחר היה בידי עוסקים קטנים, שלא הסכימו באופן וולונטרי לאפשר לצרכנים להחזיר סחורה שקנו ולהשיב להם את הכסף לאחר שהעסקה בוטלה.

בשנות השמונים חלו שינויים גדולים במסחר בישראל. נפתחו קניונים, ועסקים רבים יותר התנהלו ברשתות שיווק. ואולם, עדיין היה קשה לשרש נהלי מסחר שהוטמעו אצל העוסקים במשך שנים. מסיבות אלו לא אומץ באופן כללי הנוהג, הקיים במדינות אחרות, של החזרת מוצרים והשבת כסף לצרכן.<sup>53</sup> נראה שציבור העוסקים התרגל למצב הקיים, שבו הצרכן אינו יכול לבטל עסקה ולקבל את כספו בחזרה, וקיימת נטייה לשמר את הסטטוס-קו הזה.<sup>54</sup> מסיבה זו לא השתנה הנוהג, למעט ברשתות שיש להן קשרים בין-לאומיים. ניתן לראות בהתנהגות העוסקים התנהגות לא רציונלית<sup>55</sup> הנובעת מכשל קוגניטיבי. הכשל היה

53 ראו להלן סקר תמ"ת 2005, בטקסט שאחר ה"ש 56, שלפיו רק 8.4% היו מוכנים לתת החזר כספי כאשר הקונה התחרט ללא פגם במוצרו.

54 הרעיון שאנשים מעדיפים את הסטטוס-קו על פני שינוי נכון גם בנוגע לעסקים, אף שהשינוי היה מועיל להם יותר מה"סטטוס-קו", מופיע בספרות של כלכלה התנהגותית ומשפט. לכמה מאמרים מובילים ראו Russell Korobkin, *The Status-Quo Bias and Contract Default* Rules, 83 CORNELL L. REV. 608 (1998). במאמר חשוב זה מסביר המחבר מדוע אנשים יעדיפו את הסטטוס-קו על פני מקסום העושר. אחת הנקודות המעניינות במאמר היא שוויתור על מקסום העושר חל גם על גופים מסחריים ולא רק על אנשים פרטיים (שם, בעמ' 663–664). ראוי לראות גם את הנספחים במאמר, שמוכיחים תאוריה זו בסקרים שערך בין סטודנטים (שם, בעמ' 671–687). ראו גם את מאמריו הנוספים בנושא: Russell Korobkin, *Symposium – Empirical Legal Realism: A New Social Scientific Assessment of Law and Human Behavior*, 97 NW. U. L. REV. 1227 (2003); Russell Korobkin, *Inertia and Preference in Contract Negotiation: The Psychological Power of Default Rules and Form Terms*, 51 VAND. L. REV. 1584 (1998). למאמר נוסף בנושא ראו Jenifer A'leen, *The Future of Behavioral Economics Analysis of Law*, 51 VAND. L. REV. 1765 (1998).

55 לדיון כללי ומקיף על שלוש הקטגוריות הכלליות שמדגימות את אי-הרציונליות של ההתנהגות האנושית ראו Christine Jolls, Sunstein R. Cass & Richard Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 STAN. L. REV. 1471 (1998). במאמרם המחברים מציגים את שלוש המגבלות הקוגנטיות העיקריות:

A. (Bounded rationality) רציונליות מוגבלת;

B. (Bounded willpower) מוגבלות כוח רצון;

C. (Bounded self-interest) אנוכיות מוגבלת.

מתוכן אסכם בקצרה את שתי המגבלות הראשונות, הרלוונטיות, לדעתי, גם לעוסקים. הקטגוריה הראשונה – רציונליות מוגבלת – מתבססת על העובדה שהיכולות הקוגניטיביות האנושיות מוגבלות ושעיבוד מידע הוא תהליך המצריך השקעת משאבים (כדוגמת זמן ומאמץ

שערי משפט ט תשע"ח זכות הצרכן לחרטה מעסקה: הצדקות, היסטוריה חקיקתית וניתוח כלכלי

באיי-הפנמת המידע שמתן אפשרות לצרכנים לבטל עסקה תוך זמן קצר גורמת רק לנזק קטן, ומנגד מעניקה לעוסק תועלת בדמות הגדלת מכירות, גידול במוניטין והפגנת רצון טוב כלפי הצרכנים.

התנגדות העוסקים להחזיר כסף בעקבות ביטול עסקאות באה לידי ביטוי בסקר מקיף של משרד התעשייה והמסחר,<sup>56</sup> שממנו עולה שהנכונות להחזר כספי במקרה שלא היה פגם במוצר הייתה רק ב-8.4% מהמקרים.

### סקר תמ"ת 2005, לוח 7

תוצאות ההחלפה/החזרה לפי הסיבות (באחוזים) (N=1000)

סיבה/תוצאה	פגם במוצר	שינוי טעם הקונה
החזר כספי	15.1	8.4
שובר זיכוי	18.3	34.9
תיקון התקלה	7.5	0.4
החלפת המוצר	46.2	52.1
אחר	12.9	4.2
סה"כ	100%	100%

בשל המצב הקיים נחקק סעיף 4ג לחוק הגנת הצרכן, שהטיל חובת גילוי של מדיניות החזרת טובין.<sup>57</sup> העוסק יכול כמובן לציין במודעה כי אין כלל החזרת טובין או שיינתן שובר ולא החזר כספי, אבל עליו לפרסם את מדיניות החזרה ולפעול על פיה. אם העוסק פעל שלא בהתאם למדיניות שפרסם או לא הציג מודעה כנדרש, הוא יהיה חייב להשיב את מלוא התמורה, זאת אם הביטול היה תוך שבעה ימים. הנחת המחוקק הייתה שחובת הגילוי תעודד עוסקים רבים יותר לתת החזר כספי על מנת להשיג את אהדת הצרכנים, וכי יהיו

שכלי). בעת קבלת החלטות אנשים נוטים להשתמש בקיצורי דרך מנטליים ו"כללי אצבע", שעלולים לגרום לקבלת החלטות מוטעות ולא אופטימליות. מגבלות אלו פוגעות ביכולת האנושית למקסם תועלת במובנה הכלכלי-המסורתי. הקטגוריה השנייה מתמקדת בהתנהגויות הממחישות את מגבלות כוח הרצון. אנשים מקבלים החלטות שנוגדות את טובתם הם לטווח הרחוק, כמו למשל הימנעות מחיסכון בשיעורים רצויים. במאמר מצוין כי גם היעדר פעולה במקרים אלו יש בה כדי לפגוע לעתים באינטרס האישי.

56 ראו רוני בר-צורי "דפוסי צריכה – החלפה והחזרה של מוצרים" (מינהל מחקר וכלכלה, משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, 2005), [http://economy.gov.il/Research/Documents/X7\\_649A.pdf](http://economy.gov.il/Research/Documents/X7_649A.pdf) (להלן סקר תמ"ת 2005).

57 ס' 4ג קובע חובה ברורה להציג את מדיניות החזרת טובין באופן בולט.

עוסקים שיימנעו מלהודיע שאינם מחזירים כסף. ואולם, חובת הגילוי לא הביאה לשינוי המיוחל, וסקר נוסף שערך משרד התמ"ת בשנת 2010 העלה כי שיעור המקרים שבהם הושב כסף לצרכנים בעקבות ביטול עסקה שלא בגין פגם נותר ללא שינוי.<sup>58</sup> התברר אפוא כי חובת הגילוי לא הביאה לתוצאות המקוות,<sup>59</sup> וזאת חמש שנים לאחר שהתקבלה ההוראה בדבר החיוב לגילוי המדיניות של החזרת טובין. לא הייתה בררה אלא לקבוע בתקנות<sup>60</sup> חובה מנדטורית לאפשר לצרכן לבטל עסקה ולקבל את כספו חזרה בתוך תקופת הצינון. רק לאחר כניסתן של תקנות ביטול עסקה לתוקף, בסוף שנת 2010, חלה עלייה דרמטית בהחזרים הכספיים שקיבלו צרכנים שביטלו עסקאות צרכניות: באפריל 2011 – 36.4%, בדצמבר 2011 – 45.6%, כמעט פי שישה מההחזרים בשנת 2010,<sup>61</sup> וזאת על פי הסקר הבא:

### סקר תמ"ת 2011, לוח 6

סוג ההחזר לעסקה שבוטלה, באחוזים מסה"כ המבטלים (N=1000)

סה"כ דצמבר 2011	סה"כ אפריל 2011	סיבה/תוצאה
45.6	36.4	החזר כספי (במזומן, בזיכוי לחשבון או החזר כספי אחר)
35.9	41.9	שובר זיכוי
6.7	21.7	החלפה
3.1	52.1	לא קיבל תמורה
8.7	4.2	אחר (עדיין בתהליך טיפול, חסר פירוט)
100%	100%	סה"כ

58 משרד התמ"ת ערך סקר מקיף נוסף בשנת 2010, חמש שנים לאחר שהתקבלה ההוראה בדבר חיוב גילוייה של מדיניות החזרת טובין (רוני בר-צורי "ביטול קניה והחזר כספי (מינהל מחקר וכלכלה, משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, 2010), [http://economy.gov.il/Research/](http://economy.gov.il/Research/Documents/X10562.pdf), (להלן: סקר תמ"ת 2010)). על פי הסקר, עדיין רק 8% מהצרכנים קיבלו החזר כספי.

59 לדוגמה נוספת למגבלות חובות הגילוי ניתן להביא את הנושא של הלוואות חוץ-בנקאיות. בתחילה ניסו להסדירן על ידי חובות גילוי רחבות, וכאשר התברר שאין בכך פתרון, נחקק חוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות, התשנ"ג-1993, שקבע הגבלות על גובה הריבית, הגבלות על ריבית פיגורים ועוד. ראו דויטש דיני הגנת הצרכן א, לעיל ה"ש 1, בעמ' 564.

60 תקנות ביטול עסקה, לעיל ה"ש 2.

61 סקר של רוני בר-צורי, מינהל מחקר וכלכלה, משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה (2011) (להלן: סקר תמ"ת 2011). הסקר פורסם במרץ 2012 – לוח 6.



מכאן שרק תקנות ביטול עסקה, שחייבו להשיב כסף לצרכנים המעוניינים בכך, הביאו לגידול של ממש בהחזרים כספיים לצרכנים במקרה של חרטה. הסקרים בוצעו על ידי התמ"ת בשנה שלאחר התקנת תקנות ביטול עסקה. שנתיים לאחר התקנת התקנות גדל עוד יותר שיעור המקרים שבהם הושב כסף לצרכנים. בסקר דויטש-סמית (2013) התברר כי הצרכנים מעוניינים בעיקר (61%) בקבלת זיכוי כספי.

### סקר דויטש-סמית 2013

טבלה 10 : סוג ההחזר בגין העסקה שבטלה

סה"כ	
15%	להחליף את המוצר במוצר אחר
8%	לקבל שובר זיכוי
61%	לקבל זיכוי כספי
11%	שלושתם במידה שווה
2%	אחר
3%	מסרב/ת לענות
100%	סה"כ

מטעמים של שמרנות, מסורת ושמירת הסטטוס-קוו לא התקבל בישראל הנוהג של מתן אפשרות לחרטה באופן וולונטרי. עד שלא נקבעה הזכות לביטול עסקה בתקנות, לא החזירו העוסקים לצרכנים את כספם במקרה של חרטה. התקנות שחייבו החזרת כסף בתקופת צינון הרחיבו באופן ניכר את מתן הזיכוי הכספי בעקבות ביטול עסקה, וגם הובילו מגמה לאפשר חרטה אף בתקופות ארוכות מאלו שנקבעו בתקנות.<sup>62</sup> ראוי לציין כי תקנות ביטול עסקה התקבלו לאחר דיון ציבורי ממושך. הנושא נבדק בכנסת במשך שנים, ואין לראות בתקנות אלו מחטף אלא החלטה שלטונית רציונלית וראויה.

#### ד. ההיסטוריה החקיקתית של התקנת תקנות ביטול לעסקה

להיסטוריה החקיקתית של דבר חקיקה יש חשיבות לעניין פרשנותן של הוראות חוק. אמנם ההיסטוריה אינה מכתיבה את פירוש ההוראות הרלוונטיות, אך היא עשויה להוביל להבנה טובה יותר של תכלית החקיקה וביכולתה לתמוך בפרשנות כזאת או אחרת של דבר חקיקה.

62 טבלה 18 בסקר דויטש-סמית, לעיל ה"ש 9.

על חשיבות ההיסטוריה החקיקתית ניתן ללמוד מתוך הספרות המשפטית בנושא וכן מתוך השימוש הרב בהיסטוריה החקיקתית שנעשה בפסיקה.<sup>63</sup> יש להבחין בין הנושא של ההיסטוריה החקיקתית לבין ההיסטוגרפיה של המשפט הישראלי,<sup>64</sup> שבאה לחקור התפתחויות במשפט הישראלי לפי קריטריונים היסטוריים.

בחירת ההיסטוריה החקיקתית של תקנות ביטול עסקה נועדה בעיקר ללמד שהיה הליך בן עשר שנים עד אישורם של תיקוני החוק והתקנות הרלוונטיים וכי חקיקה זו לא נעשתה כלאחר יד. ניתנה זכות טיעון לכל הגופים הנוגעים בדבר ובמיוחד לעוסקים.

זכות הביטול הצרכנית בעסקאות "רגילות" לא התקבלה במשפט הישראלי בחלל ריק. בשנות התשעים כבר הוכרה זכות ביטול של הצרכן בכמה עסקאות צרכניות מיוחדות (רוכלות, יחידת נופש ומכר מרחוק). ואולם, כאמור לעיל, בעסקאות שלא הוסדרו בחקיקה לא היו העוסקים מוכנים לקבל חזרה מוצרים ולהחזיר לצרכן את הכסף ששילם בגינם.

63 על מקומה של ההיסטוריה החקיקתית ככלי פרשנות של החקיקה כתב פרופ' אהרן ברק בספריו על פרשנות במשפט. ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך א – תורת הפרשנות הכללית 110 (1992), שם כתב כי ביסוד תפיסה פרשנית ראויה של דברי חקיקה עומדת תכלית החקיקה, שעליה ניתן ללמוד ממקורות שונים, לרבות היסטוריה חקיקתית. וראו שם, בעמ' 402, על כך שיש מקום להיזקק להיסטוריה החקיקתית כאשר יש לפרש שאלות מוכנות מראש שעליהן הוא מבקש תשובה, בהסתמך על ספרם של הארט ווקס. ראו גם H. Hart & A. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Applications of Law* 1285, 1416 (1958). בחינת השאלה מהי התכלית הכללית של החקיקה על מקורות היסטוריים קבילה רק כל עוד ההיסטוריה החקיקתית משליכה אור על התכלית הכללית ומתיישבת עם נתונים אחרים בדבר תכלית החקיקה. ראו גם שם בעמ' 407, על כך שההיסטוריה החקיקתית נועדה ללמד על התכלית הכללית של החוק. כן ראו בג"ץ 547/84 עוף העמק, אגודה חקלאית שיתופית רשומה נ' המועצה המקומית רמת ישי, פ"ד מ(1) 113, 143 (1986); בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 543, 529 (1990); ד"נ 36/84 טייכנר נ' אייר-פרנס נתיבי אוויר צרפתיים, פ"ד מא(1) 589, 619 (1987). בפרק הרביעי בספרו של אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ב – פרשנות חקיקה 351–406 (1993), נדון נושא "ההיסטוריה של החקיקה כמקור לתכליתה". מכל מקום, אין ספק שההיסטוריה החקיקתית היא כלי לפרשנות חקיקה.

64 ההיסטוריוגרפיה של המשפט היא תחום חדש יחסית של מחקר במשפט הישראלי, שקיבל תנופה בשנות התשעים של המאה הקודמת. מאמר חשוב בנושא הוא רון חריס, אסף לחובסקי ואלכסנדר (סנדי) קידר "בין משפט להיסטוריה: על ההיסטוריוגרפיה של המשפט הישראלי" עיוני משפט כו 351 (2002). במאמר זה הודגשה ההתעניינות הגוברת בהיסטוריה של המשפט הישראלי, וכן הוצגה הדיסציפלינה הקרויה היסטוריה של המשפט. בנושא ספרות משפטית רבה בארץ ובחו"ל. הקשר שלה להיסטוריה חקיקתית הוא מועט.

סוגיית הזכות לבטל עסקאות צרכניות נדונה בכנסת ובציבור במשך שנים. עוד בתחילת שנות האלפיים הוצגו הצעות חוק בנושא,<sup>65</sup> ולאחר שנות דיונים אחדות בנושא פורסמו ברשומות שתי הצעות חוק, המשקפות שתי גישות שונות זו מזו ביחס להחזרת טובין בנסיבות שלצרכן אין טענות כלפי המוצר.<sup>66</sup> הצעות חוק אלו הגיעו לקריאה ראשונה בכ"ג בכסלו התשס"ה (12.6.2004), ואף על פי שהוצגו גם התנגדויות הסוחרים, הן אושרו בקריאה ראשונה ברוב סוחר והוחזרו לדיון בוועדת הכלכלה.

בדיון שהתקיים בנושא זה בוועדת הכלכלה<sup>67</sup> השמיעו נציגי הסוחרים התנגדות חריפה לביטול עסקאות והשבת כסף לצרכן. נשמעו ביטויים חריפים כגון "אנו מצפצפים על חוק הגנת הצרכן", "זו בושה וחרפה", "אתה לא יכול לחסל שכבה שלמה בישראל", "מה יהיה אם 18,000 עסקים ייסגרו". למרות ההתנגדויות אושרו התיקונים המוצעים בוועדת הכלכלה על ידי חברי הכנסת ללא מתנגדים. ב-10 בינואר 2005 עברו שתי הצעות החוק בנושא החזרת מוצרים בקריאה שנייה ושלישית ברוב גדול של חברי כנסת.<sup>68</sup> תיקונים אלו לחוק הגנת הצרכן פורסמו תוך זמן קצר.<sup>69</sup>

יש הבדלים מהותיים בין שני תיקוני החוק שהתקבלו. בנוגע לחובת הגילוי של מדיניות החזרת טובין היו ההוראות בתיקון מפורטות וקבעו בסעיף 4ג לחוק הגנת הצרכן את התכנים

65 כבר בסוף שנות התשעים הוגשה הצעת חוק של ח"כ אופיר פינס בנושא זה, אך מאחר שהיא לא קודמה הוגשו במקומה שתי הצעות חוק חדשות. הראשונה, הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון – חובת השבת מלוא התמורה במזומן עבור טובין), התשס"א–2000. הצעה זו נדונה בישיבת ועדת הכלכלה מיום ה' בחשוון התשס"ב (2.10.2001), והדיונים פורסמו בפרוטוקול מס' 350 (אתר הכנסת – פעילות הכנסת – פרוטוקולי ועדות). השנייה, הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון – חובת גילוי מדיניות החזרת טובין), התשס"ד–2003. הצעה זו אושרה בקריאה טרומית בכנסת בכ"ב בסיוון התשס"ד (2 ביוני 2004) בישיבה ה-137 של הכנסת ה-16. מאוחר יותר אושרה גם הצעת חוק של ח"כ שאול שמחון – הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון – החזר כספי בביטול עסקה) התשס"ד–2004.

66 באשר להצעת החוק שדנה בחובת גילוי מדיניות החזרת טובין, ס' 4ב לחוק הגנת הצרכן (בפועל הוא נחקק כס' 4ג), מן הראוי להעיר שהנוסח המוצע היה דומה ביותר לנוסח שהתקבל. לעומת זאת, בנוגע לזכות להחזר כספי היו שינויים של ממש בין הצעת החוק לבין הנוסח הסופי של החוק שאושר, וזאת מתוך התחשבות בהתנגדויות של הסוחרים.

67 פרוטוקול מס' 339 של ישיבת ועדת הכלכלה של הכנסת, כ"ג טבת התשס"ה (3 בינואר 2005).

68 בישיבה ה-206 של הכנסת ה-16, שהתקיימה בכ"ט בטבת התשס"ה (10 בינואר 2005), הצביעו 30 חברי כנסת בעד התיקונים ורק אחד התנגד.

69 חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 15), התשס"ה–2005, ס"ח 96; חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 16), התשס"ה–2005, ס"ח 97.

של חובת הגילוי.<sup>70</sup> את סעיף 4ג ניתן היה ליישם מיד לאחר חקיקתו, בעוד סעיף 114, הדין בחיוב להחזיר כסף לצרכן, הוא רק סעיף מסגרת שפרטיו הושארו לתקנות בנושא. חלפו חמש שנים, מ-2005 עד 2010, עד שהותקנו התקנות, ובהיעדרן לא הייתה אפשרות ליישם את הוראותיו סעיף זה. במשך השנים נעשו ניסיונות מספר לנסח ולאשר תקנות בסוגיה של ביטול עסקה, אך בשל התנגדות העוסקים לא הגיעו חברי הכנסת לנוסח מוסכם. בתחילת 2010 חזרו התקנות לדיון בוועדת הכלכלה של הכנסת, לאחר שהוכנסו בהן שינויים שמיתנו את תחולת הסעיף.

עוד לפני הדיון בתקנות בוועדת הכלכלה של הכנסת כבר תקפו ראשי ארגוני המסחר בעיתונות את הכוונה להתקין את התקנות.<sup>71</sup> בישיבה שהתקיימה בוועדת הכלכלה<sup>72</sup> נטלו חלק מוזמנים ומשתתפים רבים. בדיון מקיף הוסברו השינויים הרבים שנעשו בתקנות במטרה ליצור איזון בין הצרכנים לבין הסוחרים. עם זאת, התנגדות ארגוני המסחר לא פחתה. הוחלט להמשיך לעבוד על גיבוש נוסחן של התקנות. בישיבה נוספת של ועדת הכלכלה,<sup>73</sup> לאחר דיונים מקיפים ושינויים נוספים שהוכנסו לתקנות, הן אושרו. התקנות פורסמו ב-14.9.2010 ותחילתן מ-14.12.2010.<sup>74</sup>

הליך החקיקה והתקנת התקנות ארך כעשר שנים. נציגי הציבור מכל המגזרים השתתפו בדיונים. החקיקה והתקנות עברו בכנסת ברוב קולות מכריע. התקנות הותקנו רק כאשר התברר שגם לאחר שנחקקה חובת הגילוי של מדיניות החזרת טובין רק שיעור קטן

70 ס' 4ג לחוק הגנת הצרכן כולל חמישה תתי-סעיפים מקיפים שחלקם מחולקים לפסקאות. הסעיף גם מפרט מה יהיה דינו של עוסק שאינו מפרסם את מדיניות החזרה שלו וכן קבוצת מוצרים שבנוגע אליהם אין חובה לפרסם את מדיניות החזרת טובין.

71 בכתבתה של מירב קריסטל "אוריאל לין: החזר כספי לצרכן? מזיק ומיותר" *Ynet* 17.5.2010 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3890698,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3890698,00.html), צוטטו דבריו של אוריאל לין, שהיה נשיא איגוד לשכות המסחר: "הכוונות טובות, אך הן מובילות לגיהינום", "זו הצעת חוק מיותרת ומזיקה [...] אנשים רבים יגיעו לחנויות, לא על מנת לקנות, אלא על מנת להשתעשע בקנייה והחזרה של מוצרים".

72 בפרוטוקול מס' 268 של ועדת הכלכלה (22.6.2010), ציינה סגנית שר התמ"ת כי התקיימו התייעצויות רבות בנוגע לתוכן התקנות ונוסחן עם כל גורמי המשק והרשויות. בתקנות המוצעות יש איזון בין צורכי הצרכנים והסוחרים, ויש לראות בהן "מהפכה של ממש ואחת הבשורות הגדולות ביותר בתחום הצרכנות".

73 פרוטוקול מס' 285 של ועדת הכלכלה (5.7.2010) וכן פרוטוקול מס' 210 של ועדת הכלכלה (5.7.2010). גם בישיבות אלו השתתפו עשרות נציגים של מגזרי המשק השונים, שקיבלו זכות להביע את דעתם.

74 תקנות ביטול עסקה, לעיל ה"ש 2. הפרסום היה ב-14.9.2010 והתחילה כעבור שלושה חודשים, ב-14.12.2010.

מהעוסקים היה מוכן להשיב כסף לצרכנים.<sup>75</sup> נוצר אפוא צורך לקבוע זכויות מהותיות של השבת הכסף ולא רק חובת גילוי.

תקנות ביטול עסקה, שהתקבלו בסוף שנת 2010, הן מפורטות ויש בהן הגבלות לא מעטות על זכות הצרכן לבטל עסקה ולקבל את כספו בחזרה, וזאת על מנת ליצור איזון עם המעסיקים. על הצרכן להחזיר את הטובין מבלי שנפגעו ובלא שנעשה בהם שימוש. צרכן המבטל עסקה ללא הנמקה יתחייב בדמי ניכוי בסך 5% ממחיר העסקה או 100 ש"ח, לפי הנמוך. בתקנה 2 לתקנות ביטול עסקה נקבעו מועדים שונים של תקופת הצינון שבמסגרתה ניתן להשיב את המוצרים – מיומיים עד 14 ימים, לפי סוג המוצר או השירות. בנוגע לשירותי הארחה נקבעו סייגים נוספים להשבה,<sup>76</sup> והכול כדי שההגבלות על חופש העיסוק ועל חופש החוזים יהיו לא רק לתכלית ראויה, אלא גם יעמדו במבחן ה"מידתיות".<sup>77</sup> זכות הצרכנים לביטול עסקה הוגבלה לרשימה המופיעה בתוספת לתקנות. אף שרשימה זו כוללת את מרב המוצרים הצרכניים וחלק ניכר של שירותים, היא מלמדת שגם לאחר התקנת התקנות עדיין אין לראות בזכות הביטול שבתקנות משום זכות ביטול כללית במשפט הישראלי. המגבלות השונות<sup>78</sup> מלמדות שאין זו זכות ללא תנאי,<sup>79</sup> והכול כדי להגן גם על האינטרסים של העוסקים.

סיכמו של דבר, ההיסטוריה החקיקתית מלמדת שמטרת התקנות הייתה הגנת הצרכן ושיפור הסחר ההוגן. אף שהמטרה העיקרית היא הגנת הצרכן, אין התעלמות מצורכי עולם העסקים. המסע הארוך עד להתקנת התקנות, עשר שנים, והדיונים האינסופיים בהשתתפות

75 ראו סקר תמ"ת 2010, לעיל ה"ש 58, שלמרות חובת הגילוי של מדיניות החזרת מוצרים, נכונות העוסקים להחזיר לצרכנים כסף בשנת 2010 הייתה 8% בלבד (שם, לוח מס' 5).

76 ביטול עסקאות של שירותי הארחה ונסיעות אינם כוללים שירותי נסיעות בחו"ל. הפטור הורחב בשנת 2011. זכות הביטול של הצרכנים מוגבלת עד לשבעה ימים לפני הנסיעה, וכל זאת על מנת לצמצם את הפגיעה בענף התיירות.

77 למקומו של "מבחן המידתיות" בהגנת הצרכן ראו דויטש דיני הגנת הצרכן א, לעיל ה"ש 1, בעמ' 558–568. בנושא זה יש כתיבה רבה, בעיקר בכתביו של פרופ' אהרן ברק.

78 לדוגמה, ברכישת רכב חדש שנרכש מיבואן ניתן לבטל את העסקה תוך 14 ימים, אך זאת לפני רישום הרכב על שם הצרכן (תק' 6)2 לתקנות). בתוספת גם מובהר כי מדובר רק ברכב חדש שנרכש מיבואן (ס' 21 לתוספת), רכישת רכב שאינו חדש גם מעוסק אינה כלולה בתקנות ביטול עסקה. ניתן לבטל עסקה לרכישת תכשיטים רק אם מחירם אינו עולה על 3,000 ש"ח (ס' 22 לתוספת).

79 לשם השוואה, בביטול עסקה צרכנית בשל הטעיה או ניצול מצוקה (ס' 32 לחוק הגנת הצרכן) רשאי הצרכן להשיב גם טובין פגומים ולקבל את כספו חזרה, ולעוסק זכות להגיש תביעה בגין הנזקים שנגרמו. ואולם, בביטול עסקה ללא הנמקה לא ניתן להשיב טובין פגומים. ההבדל ברור, שכן בס' 32 לחוק הגנת הצרכן ההשבה היא בשל הטעיה או ניצול מצוקה של הצרכן ולא בשל שינוי טעמו של הצרכן.

כל מגזרי המשק מלמדים שהדברים לא נעשו כלאחר יד ושתקנות אלו משקפות את רצונו של הציבור. תמיכת הכנסת בחוק ובתקנות הייתה כאמור גורפת. כל הסיעות תמכו בה, ובהצבעות הייתה תמיכה של 90% ויותר בחקיקת החוק ובהתקנת התקנות. עתה, מן הראוי לבדוק כיצד תקנות אלו השפיעו בפועל על עולם המסחר.

### ה. מה הייתה ההשפעה של תקנות ביטול עסקה – בחינה אמפירית, נתונים נוספים

מאחר שבקרב חוגי המסחר הועלו חששות כבדים מכך שהתקנות יפגעו בהם קשות, בדקתי כיצד השפיעו תקנות אלה על העוסקים. לשם כך נערך סקר עוסקים מקיף,<sup>80</sup> שבחן את ההשפעה של התקנות על השוק, לדעת העוסקים. המיוחד בסקר זה הוא העובדה שנערך בין העוסקים, שיכלו כמובן להמשיך לתקוף את התקנות. התברר שלא אלה פני הדברים. עיקר הנתונים בסקר וניתוחו פורסמו,<sup>81</sup> אולם לא כל הנתונים הוצגו. להשלמת התמונה יש להציג תוצאות נוספות של הסקר, שטרם הוצגו ושיש בהן לתרום למסקנה שההשפעות של התקנות על השוק היו מתונות ושלא נגרם נזק של ממש לעוסקים, לעומת הערך רב שיש בהן לציבור הצרכנים. להלן הנתונים העיקריים של הסקר, בקצרה.

בסקר דויטש-סמית (2013) דיווחו 75% מהעוסקים על ביטולי עסקה, בעוד 25% דיווחו שלא היו ביטולים.<sup>82</sup> שיעור העסקאות המבוטלות, לדברי העוסקים, עמד על 2.25%.<sup>83</sup>

80 ראו סקר דויטש-סמית, לעיל ה"ש 9.

81 ראו לעיל ה"ש 6.

82 סקר דויטש-סמית, לעיל ה"ש 9, טבלה 3.

83 שם, טבלה 4; טבלאות 3 ו-4 אצל דויטש "ביטול עסקאות מיוחדות", לעיל ה"ש 5. בשל חשיבות נתון זה ראוי להביא את הניתוח המספרי. בהתבסס על טבלה 4 הגעתי למסקנה שעל פי נתוני העוסקים, בעסקים שהיו בהם החזרות היו ביטולי עסקה בכ-3% מהמחזור, וזאת על פי הנתונים הבאים:

$$27\% \text{ מהעוסקים ציינו שההחזרים היו פחות מ-} 1\% . 1\% \times 27\% = 0.27\% ;$$

$$27\% \text{ מהעוסקים ציינו שההחזרים היו בין } 1\% \text{ ל-} 2\% : \text{ הנחתי שבמוצע מדובר ב-} 1.5\% ; 0.405\% = 27\% \times 1.5\%$$

$$23\% \text{ מהעוסקים ציינו שההחזרים היו בין } 3\% \text{ ל-} 5\% : \text{ הנחתי שבמוצע מדובר ב-} 4\% ; 0.92\% = 23\% \times 4\%$$

$$11\% \text{ מהעוסקים ציינו שההחזרים היו מעל } 5\% . \text{ הנחתי שבמוצע מדובר ב-} 8\% ; 0.88\% = 11\% \times 8\%$$

מסיכום שיעורי החזרה בארבע הקבוצות הנ"ל מתקבל שיעור החזרה כולל של 2.475%. נותרו 12% שלא דיווחו על גובה החזרות. נניח כי שיעור החזרות דומה לשאר ה-88%, שבנוגע אליהם יש לנו נתונים, אזי נקבל כי בסך הכול שיעור החזרות הכולל עבור העוסקים

באופן כללי, בענף ההלבשה וההנעלה יש החוזרים רבים יותר מאשר בענפים אחרים. 84% 71% ציינו שניתן למכור שוב את המוצרים שהוחזרו במחיר מלא או במחיר הנחה. 85% בתשובה לשאלה בדבר הסיבות לסירוב לבטל עסקה בלטה הסיבה שהצרכן השתמש במוצר (74%), יותר מכפליים לעומת סיבות אחרות לסירוב לבטל עסקה, כמו גם משך הזמן שחלף או אריזה שנפתחה. 86%

בשונה מהמצב שקדם להתקנת התקנות, 61% מהצרכנים ביקשו זיכוי כספי במזומן או בהעברה אל חשבון הבנק, 87% לעומת 8.4% בלבד מהמקרים שבהם קיבלו צרכנים החזר כספי לפני התקנת התקנות. 88%

בתשובה לשאלה אם התקנתן של תקנות ביטול עסקה גרמה לעלייה בהיקף ביטול העסקאות בעסק 89% ענו יותר מ-50% מהעוסקים כי להתקנת התקנות לא הייתה השפעה. השאלה שנשאלה הייתה: "בשנת 2010 התקבלו תקנות שלפיהן צרכנים יכולים לקבל החזר כספי על מוצר או שירות שקנו בניכוי דמי ביטול. האם כניסת תקנות אלו גרמו לעלייה בהיקף ביטול העסקאות בעסקכם?" התשובות היו כמפורט בטבלה 2:

טבלה 2: סה"כ ולפי ענף

שאר הענפים	ביגוד והנעלה	סה"כ	
12%	22%	18%	כן, גרמו לעלייה משמעותית
9%	15%	13%	כן, גרמו לעלייה מסוימת
15%	18%	17%	כן, גרמו לעלייה קלה מאוד
62%	43%	51%	לא השפיעו
2%	2%	2%	אין דעה

מעל 50% מהעוסקים ציינו כי התקנות לא השפיעו על ההיקף של ביטול העסקאות. עם זאת, 37% בתחום הביגוד וההנעלה ו-21% בשאר הענפים ענו שהייתה עלייה מסוימת או משמעותית בביטולים.

שדיווחו על ההחזרות הנו 2.8125%. לשם נוחות, ומתוך הנחה מחמירה, עיגלתי את המספר 2.8125% ל-3%. בהתחשב בכך שעל פי טבלה 3 רק 75% מהעוסקים דיווחו על ביטולים והחזרות, נקבל כי שיעור ההחזרה בקרב כלל העוסקים הוא  $2.25\% = 3\% \times 75\%$ .

84 סקר דויטש-סמית, לעיל ה"ש 9, טבלה 5.

85 שם, טבלה 17.

86 שם, טבלה 20.

87 שם, טבלה 10.

88 ראו סקר תמ"ת 2005, לעיל ה"ש 56; סקר תמ"ת 2010, לעיל ה"ש 58.

89 סקר דויטש-סמית, לעיל ה"ש 9, טבלה 2.

היה ברור שתהיה עלייה מסוימת בהיקף של ביטול העסקאות, אך מתברר שלא כצקתה. 51% ענו שהתקנות כלל לא השפיעו, ורק 18% ציינו כי הייתה עלייה משמעותית. מתשובות העוסקים עולה בבירור שיש פער של ממש בין ענף הביגוד וההנעלה לבין שאר הענפים בכל הנוגע להיקף ההחזרות.

בענף הביגוד וההנעלה רק 43% קבעו שהתקנות לא השפיעו, לעומת 62% בענפים אחרים. בענף ההלבשה וההנעלה 22% ציינו כי הייתה עלייה משמעותית, לעומת 12% בלבד בענפים אחרים. ברור שחששות העוסקים שתהיה הצפה בביטול עסקאות הופרכו. עם זאת, הפער הגדול בתשובות העוסקים בין ענף ההלבשה וההנעלה לבין שאר הענפים מלמד שראוי לשקול אם לא להעלות את דמי החזר בענף ההלבשה וההנעלה ל-10% או 100 ש"ח, לפי הנמוך שביניהם, וזאת על מנת להרתיע מפני החזרות מיותרות וכן כדי להרגיע את העוסקים בענף זה.

מתברר שכ-50% ויותר מהעוסקים ויתרו על דמי הביטול,<sup>90</sup> וגם העוסקים האחרים לא דרשו דמי ביטול ברבים מהמקרים. ויתור על דמי הביטול מלמד שהחזרות לא גרמו לעוסקים נזק ממשי. בעלי העסקים העדיפו את אהדת הצרכנים על פני גביית דמי ביטול. גם כאן יש הבדל בין ענף הביגוד וההנעלה לבין שאר הענפים. בענף ההלבשה וההנעלה דווח כי 26% דרשו דמי ביטול לעומת 13% בשאר הענפים. פער זה מאשש את הצעתי להגדיל את דמי הביטול בענף הביגוד וההנעלה ל-10%, על מנת למנוע החזרות מיותרות. הנחתי היא שבמקרים רבים יוותרו העוסקים על דמי הביטול.

מבדיקת מחיריהם של המוצרים או השירותים שבוטלו מכוח תקנות ביטול עסקה עולה כי בדרך כלל מדובר בהחזרת מוצרים שאינם יקרים, וזאת כפי שעולה מטבלה 14. מה היה המחיר של המוצר/השירות שהוחזר לאחרונה? (אם היו כמה מקרים, נא להתייחס לאחרון)

טבלה 14

כל היתר	ביגוד והנעלה	סה"כ (בקרב אלו שהיו ביטולים - 75%)	
26%	50%	41%	עד 300 ₪
17%	20%	19%	בין 301 ל-500 ₪
10%	7%	8%	בין 501 ל-1,000 ₪
34%	7%	17%	מעל 1,000 ₪
4%	3%	4%	אחר(לפרט)
9%	13%	11%	לא זוכר/מסרב לענות

90 שם, טבלה 12.



60% מהעוסקים השיבו כי מחיר המוצר או השירות היה נמוך מ-500 ש"ח. בענף הביגוד וההנעלה היו 50% מההחזרות בסכום של 300 ש"ח ואף נמוך מכך. דמי ביטול בגובה של 5% מ-300 ש"ח הם 15 ש"ח, דהיינו דמי הביטול במקרים אלו אינם משמעותיים. העלאת דמי הביטול בענף ההלבשה וההנעלה ל-10% אמנם תהפוך אותם למשמעותיים יותר, אך גם אלו בסופו של דבר לא יהיו גבוהים מדי; כפי שעולה מטבלה 12, אף יש סיכוי שעוסקים רבים לא יגבו את דמי הביטול.<sup>91</sup> מוצרי מזון<sup>92</sup> ו-11 קבוצות נוספות של מוצרים ושירותים<sup>93</sup> אינם נכללים בתקנות ביטול עסקה, ולפיכך המוצרים והשירותים שנבדקו בסקר זה הם חלק ניכר מהמוצרים ומהשירותים שניתן להחזירם במסגרת תקנות ביטול עסקה. אחד הממצאים החשובים הוא תשובתם של שני שלישים מהעוסקים, שהעידו כי אפשרו לצרכן זכות ביטול גם במקרים ובתקופות שבהם התקנות אינן מחייבות את העוסק להסכים להחזרה.<sup>94</sup> ניתן לראות בתופעה זו מהפכה, שכן לפני התקנת התקנות הייתה נכונות מזערית בלבד להשיב כסף לצרכן במקרה של ביטול עסקה, ואילו לאחר התקנתן ניכרת נכונות להשיב כסף גם מעבר לנדרש בהן. חיוב ההשבה שנקבע בתקנות הביא אפוא גם לנכונות וולונטרית לאפשר ביטול עסקה.

בשאלה מסכמת נשאלו העוסקים אם להערכתכם התקנות השפיעו על פעילות העסק.<sup>95</sup> לנוכח התנגדות העוסקים להתקנת התקנות ניתן היה לצפות שהם יציינו כי התקנות גרמו להם נזק רב. מתברר שיותר מ-50% ציינו שהתקנות כמעט לא השפיעו על פעילות העסק, ו-7% אף ציינו כי שיעור התועלת שהביאו התקנות רב משיעור הנזק שהן גרמו. גם בעניין זה יש פער בין ענף הביגוד וההלבשה לבין שאר הענפים. בתחום הביגוד וההלבשה ציינו 43% שהנזק בתקנות רב מהתועלת, לעומת 38% בשאר הענפים – נימוק נוסף המצדיק את הגדלת דמי הביטול בענף ההלבשה וההנעלה.<sup>96</sup>

אחת התוצאות המעניינות של הסקר היא ש-14% ציינו כי בעקבות התקנות חלה עלייה מסוימת בהיקף המכירות, כמפורט בטבלה 6 של סקר דויטש-סמית (2013).

שאלה: האם בעקבות כניסת התקנות הללו חלה עלייה בהיקף המכירות, מאחר שהצרכנים יודעים שהם יכולים להתחרט ולקבל את כספם בחזרה?

91 שם, שם.

92 תק' 6(4) לתקנות ביטול עסקה.

93 כמפורט בתק' 6 לתקנות ביטול עסקה.

94 סקר דויטש-סמית, לעיל ה"ש 9, טבלה 18.

95 שם, טבלה 21.

96 ראו לעיל טבלה 2 הטקסט אחרי ה"ש 90.

## טבלה 6

סה"כ	
4%	כן, חלה עלייה משמעותית בהיקף המכירות
4%	כן, חלה עלייה מסוימת
6%	כן, חלה עלייה קלה מאוד
79%	לא הייתה השפעה/לא חל שינוי
4%	חלה ירידה בהיקף המכירות
3%	אין דעה

14% ציינו שבעקבות כניסת התקנות חלה עלייה בהיקף המכירות (רק 4% ציינו עלייה משמעותית). העובדה שגם בין בעלי העסקים 14% סבורים שהייתה עלייה מסוימת (קלה או משמעותית) בהיקף המכירות עקב כניסת התקנות – מאחר שהצרכנים יודעים שביכולתם להתחרט ולקבל את כספם בחזרה – היא הוכחה לכך שגם בעולם העסקים מבינים את היתרונות שבתקנות ביטול עסקה. תקנות אלו אינן פועלות בכיוון אחד, ויש בהן יתרונות לשני הצדדים.

בסקר דויטש-סמית (2013) פנינו לעוסקים שדיווחו על עלייה במכירות בשאלה בכמה עלו המכירות בשל תקנות ביטול עסקה. השאלה שהוצגה היא:

נסה להעריך באחוזים את העלייה בהיקף המכירות בעקבות התקנות בשנה האחרונה

## טבלה 7

מזל 5% מהעסקאות בין 3% ל-5% (כולל)	בין 1% ל-2% (כולל)	26%	לפי ענף		שחלה עלייה (14%) בקרוב אלו שציינו
			ביגוד והנעלה	כל היתר	
15%	17%	26%	7%	26%	מעל 5% מהעסקאות
26%	17%	32%	22%	32%	בין 3% ל-5% (כולל)
17%	17%	16%	19%	16%	בין 1% ל-2% (כולל)
26%	26%	16%	34%	16%	פחות מ-1%
9%	9%	5%	11%	5%	אחר
7%	7%	5%	7%	5%	מסרב/ת לענות

לפי תשובות העוסקים, העלייה בהיקף המכירות בענף הביגוד והנעלה נמוכה מזו שבשאר הענפים (ההבדלים אינם בעלי משמעות סטטיסטית מאחר שמספר המקרים קטן). עם זאת, ההפרשים באחוזים הם משמעותיים. בעוד בהנעלה והלבשה העריכו רק 7% מהנשאלים שהיה גידול ביותר מ-5% מהעסקאות, בשאר הענפים ההערכה הייתה 26%. ייתכן שבשאר הענפים קל יותר להבחין מי מהקונים התלבט אם לרכוש את המוצר, ובעקבות התקנות

החליט לרכוש אותו שכן במקרה של טעות ברכישה יוכל להחזירו. אם נכמת את שיעור העלייה במכירות נגיע ל-0.0048% מהמכירות, דהיינו קרוב לחצי אחוז.<sup>97</sup> אמנם אין זה מדד מדויק מאחר שהוא מבוסס על הערכות העוסקים, אך ברור שגם לדעת עוסקים רבים היה גידול מסוים במכירות.

סיכומו של דבר, בחינה אמפירית של השפעת תקנות ביטול עסקה על העוסקים מעלה כמה מסקנות. העיקרית שבהן היא שהשפעת התקנות על ניהול העסקים לא הייתה רבה, וזאת בניגוד לחששות בעת התקנתן. שיעור העסקאות המבוטלות הוא כ-2%. יותר מ-50% מהעוסקים סבורים כי לא הייתה עלייה בהיקף ביטול העסקאות. כ-50% מהעוסקים ויתרו על דמי הביטול. החיוב המנדטורי הביא לתופעה של נכונות לביטול וולונטרי גם במקרים ובתקופות שבהם התקנות אינן מחייבות את השבת הכסף. יותר מ-50% ציינו שהתקנות כמעט לא השפיעו על פעילות העסק. תוצאה מעניינת היא ש-14% מהעוסקים סבורים שתקנות אלו הביאו לעלייה בהיקף המכירות.

כל זאת באשר לעלויות ולתחשיבים, אך אין להתעלם מכך שיש הצדקות כבדות משקל (שפורטו בפרק ג') לכך שיש לתת לצרכן זכות לחזור בו תוך זמן קצר לאחר ההתקשרות. כאשר מצרפים הצדקות אלו לבדיקה אמפירית של תשובות העוסקים, שמהן עולה כאמור כי הפגיעה בעוסקים הייתה מזערית, אם בכלל, הרי שהתקנות מוצדקות ויעילות. נראה שבעתיד יהיה מקום לבדוק באופן אמפירי את המתרחש בשוק. להשלמת התמונה יש לצרף ניתוח כלכלי של זכות הביטול, שיראה שתקנות ביטול עסקה יעילות גם לפי הגישה הכלכלית במשפט, כמפורט בפרק הבא.

## ו. ניתוח כלכלי של תוצאות תקנות ביטול עסקה

המחקר האמפירי בפרק הקודם<sup>98</sup> מצביע על כך שמרב החששות וההתנגדויות לתקנות ביטול עסקה התבדו, ופגיעתן במסחר הייתה קטנה, בעוד מטבע הדברים יש בהן תועלת

97 14% דיווחו שהיה גידול במכירות (ראו לעיל טבלה 6). בטבלה 7 ניתנו הערכות שונות בנוגע להיקף הגידול. חישוב שיעורי הגידול המשוערים, לפי אחוז העוסקים שציינו זאת כפול אחוז העוסקים שדיווחו על גידול במכירות, נותן את התוצאה של 0.48%, דהיינו כחצי אחוז. חישוב זה מבוסס על כך שכימות הנתונים של טבלה 7, בהנחה מחמירה, הביא לגידול של 3%. אם נכפיל גידול זה ב-14% של העוסקים שציינו שהיה גידול, תהא התוצאה של 0.42%. אם נניח הנחה מחמירה פחות, הרי שהגידול היה 4%, מה שנותן את התוצאה 0.56% ובממוצע 0.48%. התוצאה נראית לכאורה נמוכה, אך גם בחישוב שמרני של חיוב הצרכנים בדמי הביטול, דמי הביטול מכסים את הנזק, או למצער מותירים פער כה קטן עד שגידול במכירות של 0.1125% מכסה את הנזק (ראו להלן טקסט ליד ה"ש 118).

98 סקר דויטש-סמית, לעיל ה"ש 9. הסקר נותח בהרחבה בדויטש "זכות הצרכן לביטול", לעיל ה"ש 6. הטבלאות המוצגות בפרק ה של מאמר זה לא הופיעו ולא נותחו במאמר הנ"ל.

רבה לצרכנים. יש חשיבות לניתוח כלכלי שיבחן אם גם לפי גישה זו, לא זו בלבד שהרגולציה בעניין זה מעודדת ערכים חברתיים, אלא היא גם יעילה במובן הכלכלי. הניתוח הכלכלי ייערך בשני פרקי משנה: בראשון תיבחן יעילות העסקה ללא זכות להחזרת מוצר, דהיינו המצב לפני התערבות המחוקק; בשני תיבחן יעילות העסקה לאחר התערבות המחוקק. בחלק הראשון נבקש להראות שללא התערבות המחוקק העסקאות לא היו יעילות. בחלק השני נבקש להראות באמצעות ניתוח כלכלי שלאחר התערבות המחוקק, העסקאות הפכו יעילות יותר. החלק המרכזי הוא כמובן בחינת יעילותה של העסקה לאחר התקנת התקנות, כמוצג בחלק השני של פרק זה. הניתוח הכלכלי שיערך בפרק זה<sup>99</sup> יראה שתקנות ביטול עסקה יעילות גם לפי הגישה הכלכלית למשפט.

### 1. בחינת יעילות העסקה ללא זכות להחזרת המוצר

$V =$  ערך נתפס עבור הלקוח, כלומר הערך הנתפס של סך התועלות ללקוח מהמוצר, מהשירות ומהמוניטין.

$P =$  מחיר המוצר.

תנאי לביצוע עסקה הנו:  $V \geq P$  – כלומר המחיר שישלם הלקוח עבור המוצר נמוך מהערך הנתפס של סך התועלות מהמוצר או שווה לו.

לאחר הרכישה הלקוח יכול לאמוד טוב יותר את תכונות המוצר, ולכן מבצע הערכה מחודשת של הערך הנתפס עבורו. נציג שני מקרים אפשריים לאחר הרכישה:

$V_H -$  ערך נתפס ללקוח גבוה ממחיר המוצר.

$V_L -$  ערך נתפס ללקוח נמוך ממחיר המוצר.

אם לאחר בחינה מחודשת יגיע הלקוח למסקנה כי  $V = V_H$ , אזי מדובר בעסקה יעילה. אם הערכה מחודשת של תכונות המוצר תביא את הלקוח למסקנה כי  $V = V_L$ , יתפתח אצל הצרכן תהליך בשם "דיסוננס קוגניטיבי", הגורם לספקות באשר לביצוע העסקה ולרצון להחזיר את המוצר שנרכש, במידת האפשר.

חשוב להבחין בין שני תהליכי רכישה: תהליך רכישה במעורבות נמוכה ותהליך רכישה במעורבות גבוהה. בתהליך רכישה במעורבות נמוכה רמת הסיכון הנתפס טרם הרכישה נמוכה; בדרך כלל מדובר במוצרים שסכום ההוצאה בגינם אינו גבוה ביחס להכנסת הצרכן

99 מבוסס על המודל של Ben Shahaar & Posner, לעיל ה"ש 47. השינויים במודל הם רבים והאחריות היא על הכותב. החידוש העיקרי במאמרם הוא שהלקוח עשוי לרכוש מוצר מבלי לדעת את ערכו עד שהמוצר יגיע לביתו, וזאת מאחר שאנשים אינם פועלים תמיד ברציונליות. ניתן כמובן לטעון שהחלוקה הקלסית בין מוצרים רגילים (שערכם ידוע מראש) למוצרי ניסיון (שערכם מתגלה רק לאחר הרכישה) ומוצרי אמון (שלעולם הצרכן אינו יודע מה קיבל) גם היא חלק מהגישה הרציונלית.

ותדירות רכישתם גבוהה, ולכן הצרכן יכול לאמוד את תכונות המוצר טרם הרכישה. במקרה זה רמת הסיכון טרם הקנייה נמוכה ואין חשש ממשי מפני ביצוע רכישה לא נכונה. בתנאים אלו תהליך חיפוש המידע מינורי, והוא מבוסס בעיקר על מידע המצוי בזיכרונו של הצרכן ולא במקורות חיצוניים.

המצב השני הנו תהליך רכישה במעורבות גבוהה. מצב זה רלוונטי יותר למודל הכלכלי שיוצג להלן, מכיוון שרמת הסיכון הנתפס טרם ביצוע הרכישה גבוהה, וזאת בשל גובה ההוצאה כספית וחוסר היכולת של הצרכן לאמוד את תכונות המוצר טרם הרכישה. בתהליך רכישה במעורבות גבוהה הצרכן ינסה להפחית את רמת הסיכון הנתפס באמצעות חיפוש מידע רלוונטי המבוסס על מקורות מידע מגוונים, כגון ניסיון להתנסות במוצר טרם הרכישה, מידע אישי (חברים, משפחה, קרובים), מידע ציבורי (מידע ביקורתי על המוצר כגון תגובות קונים, אתרי השוואת מחירים, כתבות ועוד) או מידע מסחרי (פרסום של המשווק בערוצי המסחר השונים).

בתום השלב של איסוף המידע והערכת חלופות קנייה יחליט הקונה על החלופה המועדפת או לחלופין ייטוש את ביצוע העסקה ויחליט שלא לבצע את הרכישה במועד הנתון. נטישת העסקה מקורה בספקות בדבר החלופה המועדפת או בהערכה שאף לא אחת מהחלופות תואמת את דרישות הסף שהגדיר טרם הקנייה.

אפשרות להחזרת המוצר תשפיע על החלטות הצרכן בשלב טרום-הרכישה, מכיוון שהיא מאפשרת את הפחתת הסיכון הנתפס טרם הרכישה, צמצום אי-הוודאות, קיצור התהליך של איסוף המידע והגברת המוטיבציה לביצוע הרכישה.

המוכרים מבחינתם מעוניינים לצמצם את הסיכון הנתפס של הצרכן טרם הרכישה ולהפחית חסמים כדי לעודד את העסקאות. נשאלת אפוא השאלה מדוע האינטרסים של הצדדים אינם נפגשים? מדוע לא יסכימו המוכרים באופן וולונטרי לביטול עסקה ללא צורך ברגולציה, בהנחה שנתונה להם האפשרות להחליט אם לקבל את המוצר חזרה או לדחות את ההחזרה (אם המוצר פגום או אריותו אינה שלמה), כמקובל בארצות אירופאיות ובארצות הברית? כאמור לעיל,<sup>100</sup> התשובה לכך היא שמוכרים עשויים להמשיך לנהוג על פי הסטטוס-קוו מתוך הרגל, וזאת מסיבות של מסורת, היסטוריה, נוהג סוחרים ועוד.<sup>101</sup> כשל השוק עשוי לנבוע מהערכה שגויה של העוסקים בדבר עלויות ביטול העסקה לעומת התועלת של גידול במוניטין ובמכירות. המוכרים עשויים גם לחשב באופן שגוי את דמי הביטול שהצרכן חייב לשלם בעת ביטול העסקה. כפי שביקשנו להראות בפרק הקודם, חששם מכך שזכות הביטול תפגע קשות בעסקים התברר כמופרז.

100 ראו לעיל פרק ה.

101 ראו לעיל ה"ש 54, הסבר לרצון לשמר את הסטטוס-קוו, אף ששינוי היה מועיל לעוסקים יותר מאשר הסטטוס-קוו.

לפני הרגולציה, עסקאות מסוימות לא התקיימו בגלל הצרכן, המתקשה ברכישת מידע ועיבודו, ובגלל העוסק, שבשל חוסר מידע אינו משכיל להכיר בכך שבעיה זו ניתנת לפתרון על ידי הסכמה וולונטרית לביטול עסקאות. מצב זה אינו יעיל, שכן הוא מונע קיום עסקאות שיכלו להסב ערך חיובי לשני הצדדים. אמירה זו כפופה לכך שיוצג מצב אחר, חלופי, שהוא יעיל יותר. זאת ייעשה בחלק הבא, הבוחן את המצב לאחר הרגולציה.

## 2. בחינת יעילות העסקה לאחר התערבות המחוקק, המקנה לצרכן זכות לביטול עסקה בסייגים שונים

בבחינת יעילותה של רגולציה אין להשתמש שוב ביעילות פארטו, שכן רגולציה עשויה לפגוע לפחות באחד הצדדים לעסקה. לפיכך, כאשר עוברים לבחינת היעילות הכללית לאחר התערבות המחוקק, יש לבחון את הרגולציה באמצעות מבחן קלדור-היקס ולהוכיח כי התועלת מהרגולציה עולה על הנזק שהיא גורמת וכי היא פתרה את בעיות השוק שלפני הרגולציה.

הרגולציה מאפשרת לצרכנים לבטל עסקאות של מוצרים ושירותים מסוימים ולקבל את כספם חזרה, וזאת בתנאים שונים, כגון שווי העסקה, משך הזמן שחלף ועוד. לשם בחינת הרגולציה הזאת יש להציב מודל שיבחן את יעילותה.

נחזור ונדגיש שהערכים שהוצבו נועדו להדגמה. ערכים אלו מבוססים על המחקר האמפירי, אך כדי שיהיו מדויקים יותר יהיה צורך במחקרים נוספים.

נגדיר כדלקמן:

$P =$  מחיר המוצר (Price);

$Q =$  כמות נמכרת ביחידות (Quantity);

$P_r =$  הסתברות להחזרת המוצר (Return Probability) – 2.25%;<sup>102</sup>

$P_d =$  הסתברות למוצר פגום מסך המוצרים שהוחזרו (Damage Probability).

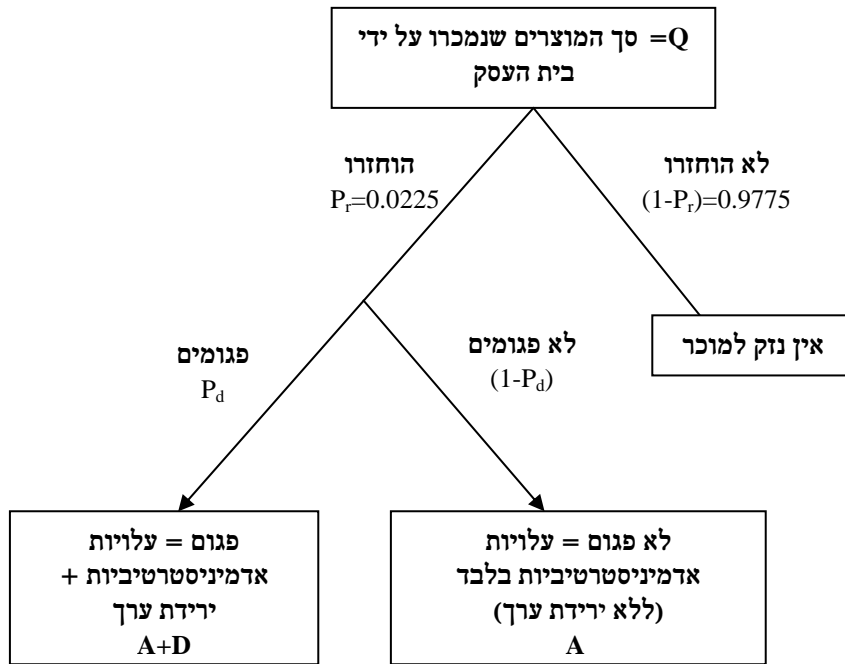
מטבלה 13<sup>103</sup> עולה כי בחלק מהעסקאות היה, לדעת העוסקים, ניצול לרעה של התקנות. ניצול לרעה יכול שיהיה מטעמים שונים, כמו השבת המוצר באיחור, שימוש במוצר (שאינו משאיר עקבות), השבת מוצר פגום ועוד. במקרים אלו העוסק אינו חייב להסכים לביטול, ואילו פעלו העוסקים בהתאם לתקנות, הרי ש- $P_d = 0$ . ואולם, לצורך הניתוח הכלכלי הנחתי הנחה מחמירה שהיו מקרים שבהם קיבל העוסק בחזרה מוצרים גם כאשר התקנות לא חייבו אותו לעשות זאת.

102 ראו לעיל ה"ש 88.

103 סקר דויטש-סמית, לעיל ה"ש 9, טבלה 13.

$A =$  הוצאות אדמיניסטרטיביות הכרוכות בהחזרת המוצר (Administration costs).  
 חשוב לציין כי גם במקרה של החזרת מוצר שאין בו כל פגם, עדיין חלה על המוכר עלות אדמיניסטרטיבית מסוימת.  
 $D =$  ירידת ערך של מוצרים פגומים (Depreciation).<sup>104</sup>

תרשים לתיאור חישוב של גובה הנזק למוכר



104 לעוסקים ידוע שאין הם חייבים לאפשר השבת מוצר פגום מכוח תקנות ביטול עסקה. בעניין זה המצב המשפטי שונה לחלוטין מביטול עסקת מכר מרחוק, למשל, שבה אין הגבלה על השבת מוצר פגום, וכל שיש לעוסקים היא האפשרות "לתבוע את נזקם בשל כך שערך הנכס פחת כתוצאה מהרעה משמעותית של מצבו" – ס' 14 ה(ג), דהיינו בעסקות מכר מרחוק מותר להחזיר מוצרים פגומים. לעומת זאת, בנוגע לביטול עסקה שאינה מיוחדת קובע ס' 14(א)(2) שהתנאי לביטול הוא ש"הטובין לא נפגמו ולא נעשה בהם שימוש". בנסיבות אלו אין סיבה שהעוסק יקבל נכס שהוא פגום באופן ממשי. מכאן ניתן להניח ששיעור המוצרים הפגומים נמוך, וכי בכל מקרה אין מדובר במוצר שחלה הרעה משמעותית במצבו, שכן אין להניח שהמוכר יסכים לקבל חזרה מוצר שהצרכן פגם אותו באופן חמור ולהשיב כסף עבורו.

לפיכך סך העלות הכוללת למוכר בגין החזרת המוצר ממחירו של המוצר המוחזר P הנה:

$$א. \text{ עבור מוצרים פגומים: } P \cdot Q \cdot P_r \cdot P_d \cdot (A+D)$$

$$ב. \text{ עבור מוצרים לא פגומים: } P \cdot Q \cdot P_r \cdot (1-P_d) \cdot A$$

$$\text{הכנסות בגין גידול ברווח של המוכר כתוצאה של החקיקה: } G \cdot Q \cdot (P-C)$$

$$\text{סך התועלת למוכר: } R \cdot P \cdot Q \cdot P_r + G \cdot Q \cdot (P-C)$$

אנו טוענים כי כל עוד התועלת למוכר (דמי ביטול וגידול במכירות) <sup>105</sup> גבוהה מהנזק שנגרם לו כתוצאה של חקיקה המאפשרת זיכוי כספי בגין החזרת המוצר או שוה לנזק הזה, החקיקה יעילה.

נציג תחילה הערכה מחמירה, שאינה מתחשבת בהכנסות עודפות בגין גידול בהכנסות של המוכרים, ולכן  $G=0$ . במקרה זה נוכל לטעון כי כל עוד מתקיים התנאי הבא, המגדיר כי התועלת צריכה להיות גבוהה מהעלות או שווה לה, החקיקה בהחלט כדאית.

תועלת  $\leq$  עלות

$$P \cdot Q \cdot P_r \cdot [P_d \cdot D + A] \leq R \cdot P_r \cdot P \cdot Q$$

אם נצמצם את אגפי המשוואה על ידי חלוקה ב- $P \cdot Q \cdot P_r$ , נגיע לתנאי הבא:

$$^{106} [P_d \cdot D + A] \leq R$$

105 ראו לעיל טבלאות 6 ו-7 בטקסט אחרי ה"ש 97. שם הגעתי למסקנה שהעלייה במכירות לפי תשובת העוסקים היא 0.0047 ממחיר המוצר, דהיינו כחצי אחוז.

106 למשוואת ביניים זו יש חשיבות. בהנחה שהעוסקים לא היו מוכנים לקבל חזרה מוצרים מעבר לחובתם שבתקנות, הרי ש- $P_d$  אמור להיות שווה אפס. במצב כזה R גדול או שווה ל-A. במצב זה  $A \leq R$  והמשוואה היא  $[P_d \cdot D + A] \leq R$ . ברור שזה נכון, כי שניהם מבטאים את דמי הביטול שהוגדרו בתקנות (5%). אבל אם נניח ש- $P_d$  אינו שווה אפס, וזאת בשל הסיכוי שיש פגמים שהעוסק אינו מאתר במעמד החזרת המוצר (פגמים שאינם ניתנים לזיהוי באופן מידי, כגון פגם קל בבגד, שריטה קלה במוצר וכדומה). ניתן אפוא להניח שיש הסתברות לקבלת מוצר פגום (הסתברות זו היא נמוכה), ולפיכך יש צורך בהמשך הניתוח הכלכלי שיתחשב גם ב-g (גידול ברווח ובמוניטין). ניתן להניח כי R שנקבע בתקנות בגובה של 5% יהיה גבוה מהוצאות העוסק בביטול העסקה. יש חיזוק לסברה זו, שכן ניתן לראות בדמי הביטול שנקבעו רצון להיטיב עם העוסק ולהרתיע את הצרכן מביטולי סרק. סביר להניח שהפיצוי R (5%) גבוה מעלויות אדמיניסטרטיביות. ראייה המחזקת טיעון זה היא שרוב בעלי העסק אינם גובים את דמי הביטול, ומסמנים בכך כי העלויות האדמיניסטרטיביות זניחות ביחס לתועלת הנגזרת משיפור השירות ללקוח ויצירת אמינות כלפי הלקוח, שיקולים שבעלי עסק מבינים היטב. לאור ניתוח זה, לכאורה ניתן היה לעצור את הדיון בשלב זה ללא צורך בבניית המודל הנוסף הנוגע לגידול בפדיון ובמוניטין. עם זאת, סברתי שראוי להמשיך בדיון, שכן ההנחה המחמירה ש-g שווה אפס אינה תואמת את המציאות, והראיה – השגשוג במכירת מוצרים שונים באתרי מכירה עולמיים, כגון Amazon, ebay, בשל מתן אפשרות ללקוחות להחזיר את המוצר תוך 14 ימים או יותר וקבלת החזר כספי, וזאת ללא חקיקה.



ואולם, גם אם נניח ש- $R < P_d \cdot D + A$ , בפער זעיר, הרי שניתן להשלים פער זה בנקל על ידי גידול זעיר במכירות ובמוניטין.

כעת נבחן את גודל העלייה בפדיון הנדרשת כדי להגיע לשוויון במשוואה זו. נוסף את רכיב ההכנסות העודפות בגין גידול ברווח של המוכר כתוצאה של החקיקה:

$$P \cdot Q \cdot P_r \cdot [P_d \cdot D + A] \leq R \cdot P_r \cdot P \cdot Q + g \cdot Q \cdot (P - C)$$

נניח כי עלות ממוצעת ליחידת מוצר מהווה 50% ממחיר המכירה של המוצר בשוק, כמקובל בענפי מסחר שונים,<sup>107</sup> ולכן הרווח הגולמי ליחידה מהווה 50% מהפדיון.

על בסיס הנחה זו נגדיר  $TC = 0.5 \cdot P \cdot Q$  ולכן:

$$P \cdot Q \cdot P_r \cdot [P_d \cdot D + A] \leq R \cdot P_r \cdot P \cdot Q + g \cdot Q \cdot 0.5 \cdot P$$

אם נצמצם את אגפי המשוואה על ידי חלוקה ב- $P \cdot Q \cdot P_r$ , נקבל את התנאי הבא:

$$[P_d \cdot D + A] \leq R + \frac{g}{2 \cdot P_r}$$

נבודד את רכיב הצמיחה על ידי העברת אגפים:

$$P_d \cdot D + A - R \leq \frac{g}{2 \cdot P_r}$$

כפי שהסברנו קודם לכן,<sup>109</sup> אחוז המוצרים שהוחזרו ( $P_r$ ) הנו 2.25%, ולכן אם נחליץ את הערך של  $g$  מהמשוואה, נוכל לטעון כי קצב העלייה בפדיון צריך להיות אחוז מינימלי<sup>110</sup> מסך המכירות, כדי להגיע לנקודת איזון מבחינת היחס בין סך התועלות למוכר לבין סך העלויות למוכר בעקבות החקיקה.<sup>111</sup> לשם הדגמה נציב מספרים, וזאת כדוגמה בלבד.

107 ראו לדוגמה אורנה יפת "קסטרו סיימה את 2015 עם עלייה במכירות אך ירידה ברווח הנקי" כלכליסט 28.3.2016 [www.calcalist.co.il/markets/articles/0,7340,L-3684634,00.html](http://www.calcalist.co.il/markets/articles/0,7340,L-3684634,00.html), שם נכתב כי קסטרו סיימה את שנת 2015 בירידה בשיעור הרווח הגולמי שעמד על 59.13% מהמכירות לעומת 59.9% מהמכירות בשנת 2014. יש כמובן שונות בנוגע לרווח הגולמי בענפים שונים, אך ניתן לראות ב-50% הערכה סבירה. יש תחומים שהשיעור נמוך יותר. ואולם, בתחום האופטיקה מחיר המכירה גבוה במאות אחוזים מעלות הרכישה של המוצר. ראו לדוגמה ערן אזרן "האקזיט של בר רפאלי: מיליוני שקלים מעסקת קסטרו-הודיס" **TheMarker** 29.8.2016 [www.themarker.com/markets/1.3051224](http://www.themarker.com/markets/1.3051224)

108 גם אם נוריד את הרווח הגולמי ל-25%, התוצאה לא תשתנה בהרבה.

109 ראו לעיל ה"ש 84.

110 גם אם נוריד את אחוז הרווח הגולמי, הרי שדי בגידול מכירות זעיר כדי לאזן את סך העלויות למוכר. יש תחומים שבהם הרווח הגולמי נמוך יותר, כגון מזון, דלק ועוד, אך מוצרים אלו אינם כפופים לתקנות ביטול עסקה.

111 ראו לעיל ה"ש 98, שהגידול המוערך במכירות הוא כחצי אחוז.

ניתן להציב מספרים באחוזים לנתונים אלו (אין טעם להציג מחירים וכמויות, שכן הם רלוונטיים גם לרווח וגם להפסד ולפיכך מתקזזים).

$$P_r = \text{ההסתברות להחזרה} - 112 2.25\%$$

$$P_d = \text{ההסתברות למוצר פגום} - 113 10\%$$

$$D = \text{הנזק} - 114 50\%$$

$$A = \text{עלות אדמיניסטרטיבית בגין החזר} - 115 2.5\%$$

סביר להניח שבמקרים רבים לא תהיה כל עלות, ולפיכך החישוב של 2.5% כעלות אדמיניסטרטיבית הוא הנחה מחמירה.

נציב את הנתונים בנוסחת המתארת את היחס בין העלויות לבין התועלת ונחשב את שיעור הצמיחה הנדרש במכירות על מנת לאזן את היחס בין התועלת למוכר לבין העלות בשל קיום הרגולציה.

$$P_d \cdot D + A \leq R + \frac{g}{2 \cdot P_r}$$

$$0.10 \cdot 0.50 + 0.025 \leq 0.05 + \frac{g}{2 \cdot 0.0225}$$

$$0.075 \leq 0.05 + \frac{g}{0.045}$$

$$0.025 \leq \frac{g}{0.045}$$

$$0.001125 \leq g$$

מכאן שגידול זעיר של 0.1125% במכירות מכסה את מלוא העלויות של החזרת המוצרים, ונוסף על כך מביא לגידול במוניטין ולשיפור באווירת המסחר.<sup>116</sup>

112 הנתון היחיד שמעוגן בסקר האמפירי.

113 זו השערה בלבד, אך היא השערה מחמירה מאחר שבעצם אין סיבה לכך שהעוסק יסכים לקבל חזרה מוצר פגום.

114 הנזק נקבע לגובה של 50% מאחר שהעוסק יוכל למכור חלק מהמוצרים בהנחה וחלק לא. סביר להניח שאין מדובר בפגם רציני, שכן במקרה כזה המוכר לא היה מסכים לקבל חזרה, כך ש-50% היא הנחה מחמירה.

115 סביר להניח שדמי הביטול גבוהים מהעלות של החזר, עלות זו נקבעה כדי לפצות את העוסק ועל מנת למנוע החזרות סרק.

המסקנה היא אפוא שהתועלת למוכר אינה נמוכה מהעלות. בשל כך ניתן לטעון כי החקיקה יעילה, מכיוון שלא הרעה את מצבו של המוכר ושיפרה באופן ניכר את מצבו של הקונה.

העובדה שברוב המקרים העוסקים אף אינם מממשים את זכותם לגבות דמי ביטול –  $R$  מוכיחה ש- $g$  כדאי למוכרים יותר מאשר  $R$ . מאחר שמימוש הזכות לגבות דמי ביטול –  $R$  מקטין את  $g$ , הרי שבמקרים רבים המוכרים אינם מממשים את זכותם לדמי ביטול. מאחר שההחלטה אם לגבות דמי ביטול –  $R$  או לא לגבותם תלויה במוכרים, ורבים מהם אינם גובים אותם, גם מבחינתם העסקה יעילה.

אם צד לעסקה, הצרכן, מרוויח והצד השני, העוסק, אינו מפסיד<sup>117</sup> או ההפסד שלו קטן מהתועלת של הצד האחר, הרי שזו עסקה יעילה, שכן הצרכן יישאר עם המוצר בערכו הגבוה או יחזיר אותו בעלות הניכוי בלבד.

הניתוח הכלכלי<sup>118</sup> תומך בתוצאות של הבדיקה האמפירית, כשם שהבדיקה האמפירית מחזקת את תוצאות הניתוח הכלכלי. הניתוח הכלכלי בפרק ו' משלים את הנימוקים לתמיכה בתקנות ביטול עסקה. עם זאת, יש לבחון מעת לעת אם יש צורך בעדכון התקנות.

#### ז. שיקולי הוגנות: המעבר מהגנת הצרכן לקביעת כללים לסחר הוגן

חלק ניכר מהמאמר עוסק בניתוח אמפירי וכלכלי של תוצאות התקנות לביטול עסקה. במאמר הוצגה הגישה שתקנות אלה יעילות גם לפי פרמטרים כלכליים.

116 לגידול במוניטין ניתן היה להגיע על ידי ביטול וולונטרי של עסקאות על ידי העוסקים, אך התברר שלא הייתה נכונות של העוסקים לכך. אפילו לאחר תיקון חוק הגנת הצרכן בשנת 2005, שחייב גילוי של מדיניות החזרת טובין, נותרה נכונותם של העוסקים להחזיר כסף במקרה של ביטול עסקה ברמה של 8% בלבד. למרות הוספת סעיף 4ג לחוק הגנת הצרכן בשנת 2005, שקבע שעוסק שאינו מפרסם את מדיניות החזרת הטובין שלו יהיה חייב לאפשר לצרכן את השבת המוצר ולקבל חזרה את כספו בשל המחדל (default), נותר שיעור המקרים שבהם הוחזרו כספים ללא שינוי. נוצר צורך לקבוע רגולציה מנדטורית, וזו העלתה תוך זמן קצר את שיעור המקרים שבהם הוחזר כסף לצרכנים בשל ביטול עסקה ל-60%.

117 מצב זה הוא יעיל פארטו, ולא רק קלדור-היקס.

118 ככל מודל כלכלי, לא ניתן לבחון את כל הפרמטרים ובוודאי לא את אלו שהשפעתם מועטת. החשש שמא העוסקים יגלגלו את העלויות על הצרכנים הוא כמובן סביר. ואולם, מאחר שבניתוח הכלכלי הגענו למסקנה שמדובר בשברי אחוז המכוסים על ידי הגברת המכירות, אין להתייחס לחשש זה בשוק שבו יש תחרות באשר למחירים. מסיבה זו לא היה מקום לתת משקל לחשש זה.

ניתן לראות בתקנות עליית דרגה בדרישות להוגנות, שינוי המבטא את המעבר מהגנת הצרכן מפגמים בעסקה לסחר הוגן. במכירה רגילה – שלא בדרך של רוכלות, מכר מרחוק או מכירות בלחץ כגון מכירת יחידות נופש – אין פגם בהתנהגותו של העוסק. עם זאת, ניתן למצוא הצדקות לא מעטות לזכות הצרכן לבטל עסקה "רגילה" בתקופת הצינון, וזאת בתנאי שעולם העסקים לא ייפגע.

מדינת ישראל היא הראשונה שהסדירה נושא זה בדרך של רגולציה מפורשת. במדינות רבות לא היה צורך בכך, מאחר שהעוסקים היו מוכנים לאפשר ביטול עסקה מרצון בתוך תקופת הצינון. אין לחשוש מפני ראשוניות בחקיקה, ובלבד שהיא מעוגנת בהצדקות ראויות. רצוי שהצדקות אלו יעמדו לא רק בשיקולי הוגנות אלא גם במבחני הניתוח הכלכלי. החקיקה והתקנות בנושא ביטול עסקה משתלבות במגמה של שינויי החקיקה בתחום הגנת הצרכן בעשור האחרון, שלפיה יש לדאוג לא רק לצרכן החלש, אלא ראוי להסדיר את המסחר באופן שהסחר יהיה הוגן כלפי כולם. מובן שיש לבחון את הרגולציה מדי פעם ולעדכנה במקרים שבהם היא אינה מגינה דיה על הצרכן או פוגעת יתר על המידה בעוסקים. לגופו של עניין, המהפך בדיני הגנת הצרכן, שבא לידי ביטוי בנושא של ביטול עסקאות, הוא חיובי ורצוי.

במחקר זה הוצגו בהרחבה חששות העוסקים בדבר הפגיעה הצפויה להם אם יאפשרו ביטול עסקה והחזר כסף לצרכנים. גם בכנסת וגם באמצעי התקשורת הושמעו התנגדויות נחרצות לתקנות לביטול עסקה. המחקר התרכז בבעלי עסקים קטנים, שכן אלו חששו יותר מכול מהתקנת התקנות. בשנים שחלפו מאז הותקנו התקנות התברר שכמעט לא נגרם נזק לעוסקים.

הרגולציה הצליחה גם במובן זה שבעקבות ההוראות בדבר ביטול עסקאות צרכניות מכוח החוק והתקנות נוצר מצב שבו רוב העוסקים מוכנים לאשר ביטול עסקה גם בנסיבות שהחוק והתקנות אינם מחייבים אותם לכך.

ההצדקות להגנת הצרכן אינן מבוססות רק על שיקולים כלכליים. לא ניתן לבסס את הגנת הצרכן אך ורק על שיקולי יעילות כלכלית, ושיקולים אלה אינם השיקולים היחידים במשפט בכלל ובתחום דיני הגנת הצרכן בפרט. דיני הגנת הצרכן מבוססים על ההכרה שלצרכן יש זכויות צרכניות, ולדעתי אף זכויות חוקתיות.<sup>119</sup> יש לאזן בין זכויות אלו לבין זכויות חוקתיות אחרות של חופש החוזים וחופש העיסוק. איזונים אלו נבדקו בהרחבה במקום אחר.<sup>120</sup> ההצעה להכיר בזכויות הצרכן כבסיס להגנת הצרכן הוכרה בספרות

119 ראו Sinai Deutch, *Are Consumer Rights Human Rights?* 32 OSGOOD HALL L J. 537 (1994).

120 ראו דויטש דיני הגנת הצרכן א, לעיל ה"ש 1, שער רביעי: החוקתיות של דיני הגנת הצרכן, בעמ' 451–644.

המשפטית הבין-לאומית,<sup>121</sup> וההצעה לראות בזכויות הצרכן זכויות חוקתיות הוכרה גם היא במשפטי מדינות שונות.<sup>122</sup>

הגנת הצרכן היא חלק מהסחר ההוגן, נושא שיש בו כדי לשפר את איכות החיים של כלל האזרחים. ברגולציה בתחומים אלו, אם היא נעשית בזהירות ותוך שמירה על עקרון המידתיות,<sup>123</sup> יש כדי להביא לרווחה מצרפית של החברה – מטרה שהיא לטובת כלל הציבור, צרכנים ועוסקים כאחד.

המסקנות העיקריות של מחקר זה הן שתיים. הראשונה – הגיעה השעה לשנות את דיני הגנת הצרכן כך שלא רק יגנו על הצרכן מפני התנהגות לא נורמטיבית של עוסקים, אלא יעודדו את הסחר ההוגן גם כאשר מדובר בעוסק שהוא נורמטיבי. מעבר זה מצא ביטוי בחקיקה בישראל משנת 2005 ואילך,<sup>124</sup> חקיקה שהרחיבה את הגנת הצרכן בכיוונים שונים כולל הזכות לבטל עסקאות שונות. עסקה רגילה היא עסקה נורמטיבית, ומתן אפשרות לצרכן לחזור בו בתקופת צינון כאשר אין לעסקה מאפיינים מיוחדים (כגון עסקת רוכלות או מכר מרחוק) נועדה לעודד את הסחר ההוגן. אין פלא ששמו של הגוף הממונה על הגנת הצרכן שונה מ"הממונה על הגנת הצרכן" ל"רשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן".<sup>125</sup>

המסקנה השנייה היא שראוי לבסס את דיני הגנת הצרכן גם על מבחנים כלכליים ואמפיריים. את הרגולציה יש לעשות בזהירות ובמידתיות, דבר שיגדיל את סיכויי הצלחתה. ראוי לבחון מעת לעת אם החקיקה שנחקקה ממלאת את תכליתה וכיצד היא מופעלת הלכה ולמעשה. התשובה לשאלה אם החקיקה הצרכנית הייתה מוצלחת תינתן על ידי בחינת השפעתה של החקיקה על התנהגות השוק. הלכה למעשה ניתן לבחון זאת בעיקר על ידי מבחנים אמפיריים. יש לחזק מחקר זה במחקרים נוספים, שיבחנו את תוצאות השפעתן של תקנות ביטול עסקה על השוק הלכה למעשה.<sup>126</sup>

- 121 ראו IAIN RAMSAY, CONSUMER LAW AND POLICY 97–99 (2002).
- 122 ראו Deutch, *Are Consumer Rights Human Rights?*, לעיל ה"ש 119, בעמ' 574.
- 123 בנושא ספרות רבה. ראו לדוגמה אהרן ברוק *מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות המידתיות וגבולותיה* (2010).
- 124 ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 25–34.
- 125 בשנת 2006 נערך שינוי משמעותי בגוף הממונה על הגנת הצרכן, וכותרתו של פרק ה' בחוק הגנת הצרכן הפכה להיות "הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן והממונה, תפקידו וסמכויותיו".
- 126 במחקרים אלו יהיה מקום לבחון האם הצרכנים מודעים לחוק? האם חלו שינויים נוספים באחוז ההחזרות, ובעיקר ההחזרות הלא מוצדקות. לבחון את השפעת הביטול הצפוי על המשא והמתן מלכתחילה. האם המוכרים מכבדים ככלל את ההוראות של תקנות ביטול עסקה, או שהם מנסים להתחמק מביצוען? ולבסוף לבחון את גישת העוסקים והצרכנים לתקנות ביטול עסקה לאחר שחלפו שבע שנים ויותר מאז שהותקנו.