

הרצאות

דיני הגנת הצרכן – האומנם תחום משפטי שונה ונפרד?

איל זמיר *

אני שמח מאוד להשתתף באירוע לכבוד צאתם לאור של הכרכים השני והשלישי של הספר דיני הגנת הצרכן מאת פרופ' סיני דויטש.¹ כמו בכרך הראשון, גם בכרכים אלה באים לידי ביטוי בקיאותו העצומה של פרופ' דויטש בדיני הגנת הצרכן בעולם ובישראל, היכרותו הבלתי-אמצעית לא רק עם התיאוריה והדוקטרינה בתחום זה, אלא גם עם הפרקטיקה המשפטית היומיומית, וכושרו האנליטי המעולה.

בדבריי הקצרים היום לא אדון בתרומות ובחידושים הרבים של שני הכרכים החדשים. הספר עוסק בנושאים החורגים מתחום המומחיות שלי, כגון תובענות ייצוגיות, וגם בנושאים שבהם אני עוסק, ברוב הגדול של המקרים אני מסכים לניתוחיו ולמסקנותיו של דויטש. תחת זאת אעסוק בשאלה בסיסית יותר, המונחת ביסוד המפעל האקדמי של דויטש, ואשר בעניינה יש בינינו הבדלי גישה מסוימים.

בעבר לא הבחינו בייחודם של חוזים צרכניים והחילו עליהם את דיני החוזים הכלליים בהתעלם מהייחוד שלהם. כך, למשל, במשפט הישראלי בעת שחוקק חוק המכר, התשכ"ח-1968 ובטרם חוקקו חוק המכר (דירות), התשל"ג-1973, חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1975 וחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, חל חוק המכר הכללי על כל חוזי המכר, יהיה אופיים אשר יהיה, ומלבד חוק החוזים האחידים, התשכ"ד-1964 לא היה הסדר חקיקתי מיוחד לחוזים צרכניים.² אגב כך, בביקורת ספרים על פירושי לחוק המכר, התשכ"ח-1968 הכללי,³ ביקר דויטש את הפירוש על כך שהוא מניח שהצדדים לחוזה המכר הם עקרונית בני מעמד שווה, בהתעלם מהפערים הטיפוסיים ביחסי הכוחות בין

* פרופסור, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. הרצאה באירוע להשקת כרכים ב' ו-ג' לספרו של פרופ' סיני דויטש דיני הגנת הצרכן שהתקיים במכללה האקדמית נתניה ביום ט בתמוז תשע"ב, 29 ביוני 2012.

1 סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרכים ב ו-ג: הדין המהותי (2012).
2 תחולתו של חוק החוזים האחידים, התשכ"ד-1974 לא הוגבלה לחוזים צרכניים, אולם באופיו הוא היה חוק צרכני מובהק. על כישלוננו של חוק זה, ראו סיני דויטש "חוק החוזים האחידים: כישלון ולקחים לעתיד" מחקרי משפט א (תש"ס) 62.
3 איל זמיר חוק המכר, תשכ"ח-1968 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים, גר טדסקי עורך, 1987).

מוכרים לקונים.⁴ מאחר שהחוק חל על עסקאות מכר פרטיות, מסחריות וצרכניות כאחת, לרבות עסקאות שבהן הקונה הוא הצד החזק והמוכר הוא הצד החלש (ואולי גם משום נטייתם של אנשים לשפוט את עצמם לכף זכות), אינני שותף לביקורת זו. התחשבות בפערי המומחיות והכוח בין הצדדים נדרשת בחוזים שבהם פערים כאלה הם מטבעה של העסקה, כמו הפערים בעסקאות שחוק המכר (דירות), התשל"ג–1973 וחוק חוזה קבלנות, התשל"ד–1974 חלים עליהן. בשני המקרים הללו, הקבלן והמוכר הם כמעט תמיד פירמה מסחרית, ואילו המזמין והקונה עשויים להיות גוף מסחרי או אדם פרטי.⁵ בד בבד, למדתי רבות מהביקורת של דויטש על הפירוש לחוק המכר ובחיבורי המאחרים יותר נתתי ביטוי ברור יותר לשיקולים הצרכניים.

מכל מקום כיום, במידה רבה בזכות התרומה האדירה של פרופ' דויטש למשפט הישראלי, הכול מכירים בייחודם של חוזים צרכניים. כפי שכותב דויטש בשורת הפתיחה של המבוא לכרך ב, "דיני הגנת הצרכן הם כיום תחום מוכר וחשוב במשפט הישראלי". דויטש מוסיף וכותב שדיני הגנת הצרכן הם "תחום משפטי שונה ונפרד".⁶ אל מול התפיסה הישנה שיש להחיל על כל החוזים דינים שעוצבו מלכתחילה לחוזים מסחריים ופרטיים, ואל מול התפיסה שנדרשים דינים שונים ונבדלים לחוזים מסחריים ופרטיים, מצד אחד, ולחוזים צרכניים, מצד אחר, אני מבקש להעלות לדיון אפשרות שלישית. בניסוח גס, לפי התפיסה השלישית, יש להחיל את דיני הגנת הצרכן על כל החוזים. בניסוח מדויק יותר: העקרונות ושיקולי המדיניות המזינים את דיני החוזים הצרכניים צריכים להזין את כלל דיני החוזים. הייחוד של דיני הגנת הצרכן, שפרופ' דויטש חוזר ומדגיש, אכן מסייע להבנתם וליישומם של הדינים החלים על חוזים צרכניים, אולם בה בעת הפרדה חדה מדי בין התחומים עלולה לפגוע בשניהם. ככל שמדובר בחוזים צרכניים, אין לשכוח שגם כיום – לאחר שחוקקו חוקים צרכניים רבים וחשובים – במקרים רבים ההגנה על האינטרסים של הצרכן נעשית באמצעות דיני החוזים הכלליים.⁷ מן הראוי אפוא שהדינים הכלליים יתפרשו ויישמו מתוך

4 סיני דויטש "חוק המכר – קווים לפירושו והרהורים על יחסי מוכר-צרכן" משפטים יט (תש"ן) 493.

5 ראו איל זמיר חוק המכר (דירות), תשל"ג–1973 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים מיסודו של גד טדסקי, 2002) 85, 116–118, 124–127, 135–137; איל זמיר חוק חוזה קבלנות, תשל"ד–1974 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים, גד טדסקי עורך, 1994) 39–42.

6 דויטש כרך ב, לעיל הערה 1, בע' 12. ראו גם סיני דויטש "החקיקה הצרכנית והקודיפיקציה האזרחית" משפטים לו (תשס"ז) 499, 503–504 ("החקיקה האזרחית והחקיקה הצרכנית באות להשיג מטרת שונות ויעדים שונים. בעוד שהמטרה העיקרית של החקיקה האזרחית היא להגן על ציפיות הצדדים, מטרתם של דיני הגנת הצרכן היא להגן על הצרכנים כצד החלש בעסקה. דיני החוזים מבוססים על עקרונות כגון חופש החוזים, שוויון הצדדים, כוח מיקוח שווה, הסכמה והבנה של עיקרי החוזה. לעומתם, דיני הגנת הצרכן מניחים שחופש אמיתי לא קיים בעסקאות צרכנות, שהצדדים אינם שווים, שהצד החזק יותר – קרי: הספק – מכתוב את רצונו לצד החלש יותר שהוא הצרכן, ושההסכמה לעסקה היא כללית, מבלי להכיר או להבין את פרטי העסקה").

7 דויטש, לעיל הערה 6, בע' 523 ("הגנת הצרכן מעוגנת לא רק בחקיקה הצרכנית אלא בראש

התחשבות בערכים ובשיקולי המדיניות שביסוד דיני הגנת הצרכן ולא ייתפסו כמערכת כללים המבטאת ערכים שונים או אף מנוגדים.⁸ בדבריי היום אינני רוצה להתמקד בחוזים הצרכניים, אלא דווקא בשאלה המשלימה, כיצד התפיסה שדיני הגנת הצרכן הם תחום משפטי שונה ונפרד עשויה להשפיע על הדין החל על חוזים שאינם צרכניים, כלומר על חוזים פרטיים ומסחריים. בצד החשיבות העיונית של התשובה לשאלה זו, יכולות להיות לה גם משמעויות מעשיות, למשל לעניין הכללתם או אי-הכללתם של חוקי החוזים הצרכניים בחוק דיני ממונות העתיד לשמש קודקס אזרחי של המשפט הישראלי.⁹

כעולה מדברים שכתב דויטש כבר בכרך הראשון, כרך המבוא של ספרו, ניתן לחשוב על מגוון שיקולי מדיניות המצדיקים את הטיפול המיוחד בחוזים צרכניים.¹⁰ בהקשר זה ראוי להזכיר במיוחד את הטענה שחוזים צרכניים אינם משקפים את הרצון האמיתי של הצרכנים, כשלי שוק המאפיינים חוזים אלה ופוגמים ביעילותם, שיקולים של הוגנות, שיקולים פטרנליסטיים ושיקולים של צדק מחלק. בשורות הבאות אבחן בקצרה את השיקולים הללו ואטען שרובם ככולם רלוונטיים גם לחוזים פרטיים ומסחריים ולכן מוטב שלא ליצור חיץ ברור בין דיני החוזים הצרכניים לדיני החוזים הכלליים.

ככל שמדובר בהגשמת הרצון האמיתי של הצדדים – כמתחייב מתיאוריות ליברליות של דיני החוזים – אין הבדל מובהק בין חוזים צרכניים לאחרים. לפי כל ההערכות, הרוב המכריע של חוזים הנערכים כיום בכתב, לרבות חוזים שגרתיים בין פירמות המקיימות ביניהן יחסים נמשכים (כגון מפעל וספק של חומרי גלם למפעל), וחוזים שבהם פירמות רוכשות נכסים ושירותים לשימוש עצמי (כגון רכישה של תוכנה לניהול חשבונות בחנות מכולת), הם חוזים אחידים. מחקרים אמפיריים קלאסיים (כגון מחקר של Stewart Macaulay העוסק בין השאר ב"קרב הטפסים") וחדשים (כגון מחקרה של Florencia Marotta-Wurgler ושותפיה על רכישת תוכנות באמצעות האינטרנט) מאמתים את מה שהכול יודעים: כמעט אף אדם אינו קורא חוזים אחידים, אפילו לא בתנאים האופטימליים לקריאה בניחותא של החוזה כאשר ההתקשרות נעשית באמצעות האינטרנט.¹¹ ככל שישנה הצדקה לרגולציה של חוזים

ובראשונה בחקיקה האזרחית"; סיני דויטש "דיני חוזים והחקיקה להגנת הצרכן" מחקרי משפט ט (תשנ"ב) 133, 143.

8 ראו גם איל זמיר "הסדרת החוזים המיוחדים בהצעת הקודקס האזרחי" משפטים לו (תשס"ז) 531, 543–544. השוו דויטש, לעיל הערה 6, בע' 523.

9 לדעות שונות בשאלה זו, ראו דויטש, לעיל הערה 6; זמיר, שם, בע' 542–547.

10 סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך א: יסודות ועקרונות (2001) 27–128. ראו גם איל זמיר "הבסיס התיאורטי של חוק המכר (דירות)" משפטים ל (תש"ס) 459.

11 ראו "Stewart Macaulay 'Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study' 28 *Am. Soc. Rev.* (1963) 55; Florencia Marotta-Wurgler 'Are 'Pay Now, Terms Later' Contracts Worse for Buyers? Evidence from Software License Agreements' 38 *J. Legal Stud.* (2009) 903; Yannis Bakos, Florencia Marotta-Wurgler & David R. Trossen *Does Anyone Read the Fine Print? Testing a Law and Economics*

צרכניים בנימוק שהחוזים אינם משקפים את רצונו האמיתי של אחד הצדדים או אף את הרצון של שניהם, הצדקה זו תופסת בעיקרה גם מחוץ לעולם החוזים הצרכניים.¹² אשר לכשלי שוק, האמור לעיל בעניין הגשמת הרצון הפרטי ניתן להצגה במונחים כלכליים ככשל שוק הנעוץ בעלויות העסקה הפרוהיביטיביות של קריאת החוזים. במילים אחרות, אם רגולציה של חוזים מצליחה להגשים את רצון הצדדים בדרך יעילה וזולה יותר מקריאת החוזים האחידים הרבים והמפורטים שבהם הם מתקשרים תדיר, הרי היא עשויה לחסוך את העלויות העצומות של קריאה כזאת. כשל שוק אחר הוא שוק שאינו תחרותי בגלל קיומם של מונופולים וקרטלים. גם מהיבט זה ספק אם יש מתאם ברור בין כשלים אלה לבין אופי העסקאות – מסחריות או צרכניות. בתחומים צרכניים רבים ישנה תחרות עזה בין הספקים וברובם כבוד בתחומים מסחריים לא מעטים השוק בישראל אינו תחרותי. כך, למשל, לא נראה שיש הבדל משמעותי בין צרכן הרוכש מכונת פרטית לשימוש האישי לבין בעל משאית הרוכש את המשאית לצורך עבודתו. אכן, כאשר פירמה רוכשת מוצרים לשם מכירתם או תשומות אחרות לצורך פעילותה, במקרים רבים היא תיהנה מכוח קנייה גדול יותר מזה של הצרכן היחיד – כוח שיאפשר לה להגן ביתר אפקטיביות על האינטרסים שלה. אף על פי כן, הצורך להתמודד עם קרטלים ומונופולים אינו מיוחד לחוזים צרכניים. זאת ועוד, תחרות משפיעה מאוד על המחירים של מוצרים ושירותים (ככל שהתחרות גוברת, כך המחירים נוטים להיות נמוכים יותר), אך המחקר האמפירי אינו מצביע על כך שתחרות משפיעה על החד-צדדיות של החוזים האחידים שהספקים משתמשים בהם. אין הבדל במידת החד-צדדיות בין החוזים שהספקים משתמשים בהם בשווקים תחרותיים לבין החוזים שהספקים משתמשים בהם בשווקים שאינם תחרותיים ואין הבדל מבחינה זו בין החוזים של חברות בעלות נתח שוק גדול מאוד לבין אלה שנתח השוק שלהן קטן.¹³ לפיכך ככל שמדובר בפיקוח על התוכן של תניות החוזה – ולדעתי זהו התחום שבו דיני החוזים הצרכניים משפיעים על המציאות יותר מאשר בכל תחום אחר – אין כמדומה הבדל עקרוני בין התחום המסחרי לתחום הצרכני.

כשל שוק נוסף הפוגם תדיר ביעילותם של חוזים הוא בעיות מידע.¹⁴ כדי שחוזה ישיא את התועלת של הצדדים לו, ואגב כך את התועלת החברתית המצרפית, על הצדדים להתקשר בו על בסיס מידע פחות או יותר מלא ונכון בנוגע לתמורות המוחלפות ביניהם

Approach to Standard Form Contracts (Available at <http://ssrn.com/abstract=11443256>

.or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1443256>)

12 על הצדקה זו (והבעייתיות שלה), ראו, למשל, זמיר, לעיל הערה 10, בע' 469–473. על בעיות מידע כהצדקה לחובות גילוי, ראו גם להלן.

13 Florencia Marotta-Wurgler "Competition and the Quality of Standard Form Contracts: The Case of Software License Agreements" 5 *J. Empirical L. Stud.* (2008) 447

14 ראו באופן כללי זמיר, לעיל הערה 10, בע' 473–474, 478–486.

ובאשר לסיכויים ולסיכונים שההתקשרות כרוכה בהם. ספק אם גם בתחום זה הפער בין חוזים צרכניים למסחריים הוא כה גדול כפי שמקובל להניח. אמת, כאשר חוזה נערך בין שתי פירמות בתחומי הפעילות המסחרית שלהן, ניתן להניח ששתיהן נהנות ממומחיות ומידע רבים, אולם יש לזכור שברוב העסקאות השגרתיות, גם צרכנים רוכשים מומחיות בעניין מה שהם צורכים. המומחיות של ילדים בנוגע לעפרונות צבעוניים המוצעים בשוק לא בהכרח נופלת מהמומחיות של קבלני בניין בנוגע לצבעים המשמשים לצביעת קירות. ככל שמדובר בתכונות נסתרות של המוצרים הללו, כגון החשש שהם מכילים חומרים מסרטנים, הילדים והקבלנים מן הסתם בורים באותה מידה, ולכן רגולציה של תוכן או מידע תועיל לשניהם במידה דומה. ככל שמדובר במידע על תוכן החוזה, קרוב לוודאי שילדים וקבלנים קוראים את החוזים האחידים שהם מתקשרים בהם באותה מידה, כלומר אינם קוראים כלל. שיקולי יעילות כלכלית עשויים אפוא להצדיק רגולציה של מידע ותוכן כדרך להתמודד עם בעיות מידע הן בחוזים צרכניים הן בחוזים מסחריים. עד כאן לעניין שיקולי הגשמת הרצון ויעילות כלכלית, ומכאן לתפיסות חברתיות וציבוריות של דיני החוזים: שיקולי הוגנות, פטרנליזם וצדק מחלק. ככל שמדובר בהקפדה על כך שחוזים יהיו הוגנים ושיקולים,¹⁵ באופן שצד אחד לא ינצל את כוח המיקוח העדיף שלו, את המונופולין שהוא נהנה ממנו או את יתרונות המומחיות והמידע שלו לעשיית חוזה חד-צדדי – לכאורה חוזים מקפחים ונצלניים מאפיינים את התחום הצרכני יותר מאשר את התחום המסחרי. אולם גם כאן ספק אם הטענה נכונה. לדוגמה, התנאים שחברות הטלפונים הסלולריים נותנות ללקוחות מסחריים, שיש להם מאות או אלפי מספרים, טובים הרבה יותר מהתנאים הניתנים ללקוח יחיד; אך עובדה זו כשלעצמה אינה מעידה על ניצול בלתי לגיטימי של הצרכנים. בהיעדר תחרות מספקת, הן התעריפים החלים על לקוחות מסחריים הן אלה החלים על לקוחות פרטיים הרבה יותר גבוהים מאלה המוצעים בשוק תחרותי. בשני סוגי החוזים ישנן מן הסתם תניות מקפחות הנובעות מכך שרוב הלקוחות אינם טורחים לקרוא את החוזים האחידים ובשניהם חברות הסלולר יכולות לנצל הטיות קוגניטיביות של הלקוחות כדי להגדיל את רווחיהן (לכך אשוב ואתייחס בהמשך). מי שמאמין שעל דיני החוזים לתת תוקף משפטי מחייב רק לחוזים הוגנים ושיקולים, מאמין שכך הדבר הן בחוזים צרכניים הן בחוזים מסחריים.

לכאורה, כאשר מדובר בהגנת לקוחות מפני עצמם, קרי בפטרנליזם, יש מקום להבחין בין לקוחות צרכניים ללקוחות מסחריים, אולם לאמיתו של דבר גם טענה זו אינה מבוססת. פטרנליזם הוא הגבלת חירותו של אדם במטרה להטיב עמו, כלומר הפטרנליסט, לרבות הפטרנליסט המשפטי, מאמין שהוא יודע טוב יותר מנמען הפטרנליזם מה טוב לאחרון.¹⁶

15 ראו באופן כללי איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים (1996) 89–98.

16 על פטרנליזם במשפט בכלל ובדיני החוזים בפרט, ראו באופן כללי Eyal Zamir "The Efficiency of Paternalism" 84 *Va. L. Rev.* (1998) 229; זמיר, לעיל הערה 15, בע' 107–112.

כזכור, ההנחה הרווחת – או שהייתה רווחת עד לתקופה האחרונה – בניחות הכלכלי הסטנדרטי, היא שהשחקנים בשוק הם "ממקסמים רציונליים". לפי הנחה זו, מערכת ההעדפות של אנשים היא שלמה ועקיבה; הם מסוגלים לעבד את כל המידע העומד לרשותם ובה בעת להתעלם ממידע שאינו רלוונטי; הבחירות שלהם אינן תלויות באופן שבו החלופות השונות מוצגות להם; הם מסוגלים לערוך חישובי עלות-תועלת ארוכי טווח; הם אינם מתעלמים מסיכונים וכדומה. אולם עשרות שנים של מחקר התנהגותי ניסויי ואמפירי העלו שאנשים אינם חושבים ומחליטים לפי הנחות אלה. אנשים חושבים ומחליטים באמצעות קיצורי דרך שונים, שבדרך כלל מביאים למסקנות נכונות וסבירות, אך גם מביאים לטעויות שיטתיות.¹⁷ צדדים לחושים יכולים, במודע ושלא במודע, לנצל לתועלתם את ההטיות הרווחות של אלה שמתקשרים עמם. כך, למשל, ספקים יכולים לנצל את קוצר הראות וחוסר התחכום של לקוחות על ידי גביית מחיר נמוך על מכשיר כלשהו וגביית מחיר גבוה בהמשך על חומרים הנדרשים להפעלת המכשיר (פרקטיקה זו מוכרת, למשל, במכירה של מדפסות וטונרים, מכונות קפה וקפסולות של קפה). גם ספקים מנצלים את העובדה שאנשים שונאים להפסיד הרבה יותר משהם אוהבים להרוויח ומציגים חלופות שונות באופן המשרת את האינטרסים שלהם. ספקים אינם נוהגים לגבות תשלום גבוה יותר ממי שמקבל אשראי, אלא לתת הנחה על תשלום במזומן – אף שההבדל בין השניים הוא רק באופן שבו ממסגרים את החלופות ולא במהות. כיוצא בזה, בתי אוכל נוהגים לתת הנחה על ארוחות צהריים ולא לגבות מחירים גבוהים יותר על ארוחות דומות המוגשות בשעות הערב. אף שיש ניואנסים במחקרים הפסיכולוגיים וישנן לא מעט עדויות לכך שאנשים בעלי ניסיון מסוגלים להתגבר על הטיות קוגניטיביות מסוימות, התמונה הכללית המצטיירת מעשרות מחקרים היא שאין הבדל ניכר בין הדיוטות לבין אנשי מקצוע מבחינת היותם מושפעים מהטיות קוגניטיביות כאלה. מחקרים רבים מעידים על כך שגם ברוקרים בבורסה, רופאים, מכונאים ועורכי דין, למשל, סובלים מהטיות דומות לאלה של הדיוטות גמורים.¹⁸ אם כך הדבר, ניתן לצפות שגם בעסקאות מסחריות – ולא רק בעסקאות צרכניות – ספקים יתנו הנחת מזומן ולא יגבו ריבית על אשראי; שגם בעסקאות מסחריות מבטחים וספקי אשראי יבליטו תניות מסוימות ויצניעו תניות אחרות, לרבות סייגים לכיסוי הביטוחי ועלויות נלוות בחוזה הלוואה; שגם בעסקאות

17 ראו, למשל, Daniel Kahneman *Thinking, Fast and Slow* (2011).

18 ראו, למשל, J.B. McNeil et al. "On the Elicitation of Preferences for Alternative Therapies" 306 *New England J. Med.* (1982) 1259; Joshua D. Coval & Tyler Shumway "Do Behavioral Biases Affect Prices?" 60 *J. Finance* (2005) 1; Robert A. Olsen "Prospect Theory as an Explanation of Risky Choice by Professional Investors: Some Evidence" 6 *Rev. Financial Econ.* (1997) 225; Zur Shapira & Itzhak Venezia "Patterns of Behavior of Professionally Managed and Independent Investors" 25 *J. Banking & Finance* (2001) 1573; Michael S. Haigh & John A. List "Do Professional Traders Exhibit Myopic Loss Aversion? An Experimental Analysis" 60 *J. Finance* (2005) 523.

מסחריות ינצלו הספקים את הטיית הסטטוס קוו (Status Quo Bias) ואת אפקט הבעלות (Endowment Effect) כדי למכור נכסים עם תקופת ניסיון שבסופה הלקוח יהיה רשאי להחזיר את הנכס (אך קרוב לוודאי שלא יעשה כן) או להתקשר בחוזה לתקופה המתחדשים מעצמם וכדומה. מבחינות אלה, חקיקה פטרנליסטית עשויה להיות מוצדקת בחוזה מסחריים כשם שהיא עשויה להיות מוצדקת בחוזה צרכניים. ניתן לטעון שמבחינות אחרות, התערבות פטרנליסטית דרושה בעסקאות צרכניות יותר משהיא דרושה בעסקאות מסחריות, למשל משום שהנזק העלול להיגרם לצרכן בשל טעויות בשיקול הדעת שלו גדול יותר מהנזק בתחום המסחרי. אף טענה זו אינה משכנעת. אכן, ישנן עסקאות צרכניות שבהן טעויותיו של הצרכן עלולות לגרום לו נזקי גוף (כגון צריכה של מזון לא בריא) או הרס כלכלי (השקעת מיטב כספו ברכישת דירה בלא נקיטה של צעדים להבטחת ההשקעה במקרה של התמוטטות חברת הבנייה). אולם ברוב העסקאות הצרכניות מדובר בהפסד כספי גרידא ובדרך כלל בהיקף קטן למדי. בד בבד, גם בחוזה מסחריים הנזק העלול להיגרם בשל טעויות בשיקול הדעת עלול להיות נזק גוף (מבנה מסחרי או מכונית שאינם בטוחים) או נזק כלכלי עצום, עד כדי הרס הפירמה.

יש להוסיף שמבחינות מסוימות דווקא קל להצדיק פטרנליזם כלפי תאגידי יותר מאשר כלפי אנשים פרטיים. הטענה המרכזית נגד פטרנליזם היא שהוא פוגע בחירות ובאוטונומיה של הכפופים לנומרות הפטרנליסטיות ואולי אף בכבודם. אם מקבלים שלתאגידיים – להבדיל מבני אדם – אין חירות, אוטונומיה, או כבוד אדם, הרי דווקא פטרנליזם כלפי צרכנים צריך לעורר יתר התנגדות.

אני סבור אפוא שהשיקול הפטרנליסטי הוא שיקול חשוב ולגיטימי הן בתחום הצרכני הן בחוזה שאינם צרכניים, ועצם ההבחנה בין שני סוגי חוזה אלה אינה מקדמת את הדיון ברציית של רגולציה פטרנליסטית.

נותר אפוא השיקול של צדק מחלק, שלפיו ניתן ורצוי להשתמש גם בכלים של המשפט הפרטי כדי להעצים ולהעשיר את הסקטורים החלשים והעניים בחברה על חשבון הסקטורים החזקים והעשירים.¹⁹ לכאורה זהו היבט שבו יש הבדל טיפוסי בין חוזה צרכניים לבין חוזה מסחריים, אולם אפילו שיקול זה אינו מצדיק הפרדה ברורה בין דיני הגנת הצרכן לבין הדינים החלים על חוזה שאינם צרכניים. ראשית, השימוש ברגולציה של השוק – להבדיל מהגשמת מדיניות של צדק מחלק באמצעות מיסוי פרוגרסיבי, תשלומי העברה, שירותי חינוך ובריאות ציבוריים וכדומה – כרוך בשורה ארוכה של בעיות עקרוניות ומעשיות. בין השאר רגולציה של השוק עלולה לסייע לעניים הבינוניים גם על חשבון העניים המרודים ולא רק על חשבון העשירים. כך, למשל, כשם ששכר מינימום גבוה עלול להגדיל את האבטלה, כך קביעה של סטנדרטים גבוהים לאיכות ולבטיחות של דירות או מכוניות עלולה לגרום לכך שאנשים מסוימים

19 על צדק מחלק בדיני חוזה, ראו באופן כללי זמיר, לעיל הערה 15, בע' 100–105.

לא יוכלו עוד לרכוש דירות ומכוניות בכלל ויאלצו לחיות עם ההורים וללכת ברגל. לפעמים רגולציה של השוק אף מיטיבה עם החזקים על חשבון החלשים, כמו במקרים שבהם היא מפחיתה את התחרות.²⁰

שנית – וחשוב יותר לענייננו – בין שמדובר בחלוקה מחדש של כוח ובין שמדובר בחלוקה מחדש של משאבים, השיקול החלוקתי רלוונטי גם במישור המסחרי. כל אימת שחווה מסחרי נכרת באמצעות חוזה אחיד, עצם העובדה שהחווה נוסח בידי אחד הצדדים מעניקה לו כוח ממשי כלפי הצד האחר, שניתן ורצוי לאזנו, למשל באמצעות דיני החוזים האחידים. מלבד השליטה על נוסח החווה, לעתים קרובות הפערים בין הצדדים בעסקאות מסחריות גדולים יותר ומטרידים לא פחות מהפערים בין עוסק לבין צרכן. כך, למשל, פערי הכוח והעושר בין חברות המזון הגדולות לבין בעלי קיוסקים שהן מתקשרות עמם (או בין הבנקים הגדולים לבעלי עסקים קטנים) לא בהכרח קטנים יותר מהפערים בין בעלי הקיוסקים (ובעלי עסקים אחרים) לבין לקוחותיהם.

לסיכום, טענתי המרכזית היא שאין ולא צריכה להיות הפרדה חדה בין דיני החוזים הצרכניים לדיני החוזים הכלליים, משום שאין הבדל חד בין חוזים צרכניים לחוזים פרטיים ומסחריים. עמדה זו משתקפת במידה רבה בדין הנוהג שבו, למשל, חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, חוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981, חוק המכר (דירות), התשל"ג-1973 וסעיף 25(ב1) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 חלים על חוזים צרכניים ומסחריים כאחד. עמדה זו משתקפת אף בקריאתו של פרופ' דויטש להרחיב את התחולה של הדינים הצרכניים ולהחילם על כל עסקה עם משתמש סופי בנכס או בשירות (שרבות מהן הן עסקאות מסחריות לפי הסיווגים המקובלים).²¹ בטרם אסיים את דבריי, ברצוני להוסיף שתי הבהרות ולהביע תקווה. ראשית, הקריאה שלי לעמעום הגבול שבין דיני הגנת הצרכן לבין הדינים הכלליים איננה משמיעה שההבחנה אינה מועילה או שיש לבטל את החקיקה הצרכנית המיוחדת או להרחיב אותה ולהחילה על כל החוזים. הקריאה שלי היא יותר במישור העקרוני. היא אינה כופרת בכך שעל הדינים להתחשב במאפיינים המיוחדים של חוזים שונים ואינה מייטרת בחינה ספציפית של התחולה הרצויה של כל דין ודין. הקריאה שלי היא פחות

20 ראו באופן כללי Anthony T. Kronman "Contract Law and Distributive Justice" 89 *Yale L.J.* (1980) 472; Duncan Kennedy "Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power" 41 *Maryland L. Rev.* (1982) 563; Richard Craswell "Passing On the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships" 43 *Stan. L. Rev.* (1991) 361; Louis Kaplow & Steven Shavell "Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income" 23 *J. Legal Stud.* (1994) 667; Daphna Lewinsohn-Zamir "In Defense of Redistribution Through Private Law" 91 *Minn. L. Rev.* (2006) 326.

21 דויטש, לעיל הערה 10, בע' 246-254.

לעריכת שינויים בדיני הגנת הצרכן ויותר לשיפורם של דיני החוזים הכלליים, באופן שהעיצוב, הפירוש והיישום שלהם ייעשו מתוך מודעות רבה ומפורשת יותר לשיקולי המדיניות והעקרונות שמקובל לראותם כמאפיינים את דיני הגנת הצרכן. ההבהרה השנייה, הנמשכת מהראשונה, היא שהקריאה שלי אינה מקטינה את החשיבות של המפעל האקדמי והמעשי הגדול של פרופ' דויטש, אלא דווקא מעצימה אותה. אם מקבלים את הטענה שאין גבול ברור בין חוזים צרכניים לחוזים אחרים, הרי קובעי המדיניות המשפטית – מחוקקים, שופטים ואנשי מנהל – צריכים להפנים את ההארות של הניתוחים של דויטש לא רק כאשר הם עוסקים בחוזים צרכניים, אלא כשהם עוסקים במשפט הפרטי בכלל.

לסיום, תקלה החוזרת בחוזים צרכניים, ולא רק בהם, היא שספקים מבטיחים הבטחות ואינם מקיימים אותן. אולי מסיבה זו נזהר פרופ' דויטש שלא להבטיח מתי יצאו לאור הכרכים הבאים של הספר, ובמיוחד אלה שיעסקו בפיקוח על תוכן החוזה, להבדיל מפיקוח במישור המידע: דיני החוזים האחידים, דיני מכר דירות, דיני ההלוואות החוץ־בנקאיות וכדומה. יש לקוות שגם בלי להבטיח, יקיים דויטש וישלים את מפעלו הספרותי החשוב לקידום של המשפט והחברה בישראל.

