

תוכן קונקרטי לדוקטרינות עמומות: ניתוח התנהגותי של חוזים אחידים

שמואל בכר*

תקציר

הגישה ההתנהגותית רלוונטית לכל ענפי המשפט. מאמר זה דן בגזרה אחת מתוך מכלול רחב זה: דיני החוזים האחידים בהקשרם הצרכני. במסגרת זו מבקש המאמר לבחון כיצד משפיעות תובנות התנהגותיות על התנהגות הצדדים לחוזים אחידים ועל פיתוח הדין החולש עליהם, וכיצד יכולים דיני החוזים האחידים להגיב למציאות זו.

פוטנציאל התרומה הרב שיש לגישה ההתנהגותית למשפט איננו ממומש. חסר זה משפיע לרעה על יכולתם של המחוקק ובתי המשפט לתת מענה עקבי ומלא לבעיות שחוזים אחידים מעוררים. חסר זה אף מעודד את בתי המשפט ואת המחוקק להשתמש בנורמות משפטיות כדוגמת "תום לב" ו"תנאי מקפח". זאת, מבלי למלא נורמות אלו בתוכן קונקרטי המאפשר התפתחות סיסטמית, דיון ביקורתי רציני, או הבנת הציפיות שיש למעצבי המדיניות המשפטית מן הצדדים לחוזה.

דיון בתובנות ההתנהגותיות הרלוונטיות לחוזים אחידים מאפשר הבנה טובה יותר של חלקים מהדין הנוהג ומפסיקת בתי המשפט. בנוסף, תובנות התנהגותיות מבהירות מדוע על בתי המשפט והמחוקק להיחלץ לצידו של הצד החלש לחוזה האחיד, ולהגן עליו מפני מניפולציות התנהגותיות או כשלים קוגניטיביים. לבסוף, הניתוח ההתנהגותי מאפשר הבנה טובה יותר של תוצאות שיפוטיות ומנגנונים חקוקים, שאלמלא אותן תובנות התנהגותיות קשה היה להצדיקם או להסבירם.

תוכן עניינים

1	מבוא
3	א. רקע כללי לחוזים אחידים
7	ב. מבוא לניתוח התנהגותי של המשפט
9	ג. יישומן של תובנות התנהגותיות לחוזים אחידים
12	ג.1 הכניסה לחוזה האחיד, מחויבות סובייקטיבית, ואפקט העלות השקועה
19	ג.2 תוכן החוזה: סיכונים, סיכויים והטיות בשירות האגו
27	ג.3 ההתעלמות מהחוזה: היצף מידע
32	ג.4 שינוי החוזה באופן חד צדדי
37	סיכום

מבוא

בעשור האחרון אנו עדים להתפתחותה של הגישה ההתנהגותית למשפט והתבססותה. גישה זו מבקשת לשים במוקד הניתוח המשפטי תובנות אמפיריות בדבר התנהגויות אנוש. בליבה של

* מרצה בכיר, המסלול האקדמי של המכללה למינהל – בית הספר למשפטים; ראש המוסד לשוב סכסוכים, ארגון אמון הציבור. אני מודה ליניב מנו ולרנן פלדמן על הסיוע המסור והמעולה במחקר, ולקרן המחקר של בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למינהל, על התמיכה הכספית. יוסי ברג, גלית ברונטשטיין, עינת ברכה, טל ז'רסקי, וזאב פרידמן תרמו בהערותיהם על טיוטה קודמת.

הגישה מצויה ההבנה, כי האדם איננו פועל, ואיננו יכול לפעול, באופן רציונאלי למיקסום תועלתו¹. לפי הגישה ההתנהגותית למשפט, ראוי כי המשפט, ובעיקר – בתי המשפט והמחוקקים, יתחשב בדרכים בהן הטיות קוגניטיביות, תפיסות חברתיות בדבר הוגנות וצדק, ומגבלות על כוח הרצון של הפרט, משפיעות על הדרך בה אנשים פועלים ומקבלים החלטות.

הגישה ההתנהגותית רלוונטית לכל ענפי המשפט על תחומיו השונים. מאמר זה דן בגזרה אחת מתוך מכלול רחב זה – דיני החוזים האחידים בהקשרם הצרכני. המאמר מבקש לבחון כיצד משפיעות תובנות התנהגותיות על התנהגות הצדדים לחוזים אחידים, וכיצד יכולים דיני החוזים האחידים להגיב למציאות זו. מפאת קוצר היריעה לא ניתן, במסגרת זו, לדון בכל התובנות ההתנהגותיות הרלוונטיות להתנהגותם של הצדדים לחוזים אחידים. לפיכך, המאמר יתמקד במספר מצומצם יחסית של תובנות התנהגותיות; אלו המאפיינות באופן שכיח ומובהק התקשרויות הנעשות באמצעות חוזים אחידים צרכניים.

תרומתו המרכזית של המאמר כפולה. ראשית היא התרומה הנורמטיבית. כפי שהדיון להלן מראה, דיני החוזים האחידים סובלים מתת-פיתוח וחסר תיאורטי. פוטנציאל התרומה הרב שיש לגישה ההתנהגותית למשפט איננו ממומש. חסר זה משפיע לרעה על יכולתם של המחוקק ובתי המשפט לתת מענה עקבי ומלא לבעיות שחוזים אחידים מעוררים. אטען, כי חסר זה מעודד את בתי המשפט ואת המחוקק להשתמש בנורמות משפטיות ומושגי שסתום כדוגמת "תום לב" ו"תנאי מקפח" על מנת להתערב בתוכן החוזה האחיד ובחופש החוזים². זאת, מבלי למלא נורמות אלו בתוכן קונקרטי המאפשר התפתחות סיסטמטית, דיון ביקורתי רציני, או הבנת הציפיות שיש למעצבי המדיניות המשפטית מן הצדדים לחוזה.

התרומה המרכזית השנייה של המאמר היא תיאורית (דסקרפטיבית). דיון בתובנות ההתנהגותיות הרלוונטיות לחוזים אחידים מאפשר הבנה טובה יותר של חלקים מהדין הנוהג ומפסיקת בתי המשפט. לשון אחר, תובנות התנהגותיות מאפשרות הצדקה והבנה טובה יותר של תוצאות שיפטיות ומנגנונים חקוקים, שאלמלא אותן תובנות התנהגותיות קשה היה, לעניות דעתי, להצדיקם או להסבירם.

המשכו של המאמר ערוך באופן הבא: פרקים א' ו-ב' מספקים רקע תמציתי. פרק א' דן בחוזים אחידים באופן כללי. במסגרת זו אעמוד על אפיונים מרכזיים המשפיעים על הבנת תחום החוזים האחידים ועיצוב הדין הנוהג. הפרק יתמקד באותם מאפיינים להם אדרש בהמשך הניתוח. פרק ב' מספק רקע בסיסי לניתוח ההתנהגותי של המשפט. בפרק זה ימצא הקורא הסבר קצר ותמציתי בדבר המתודולוגיה של הניתוח ההתנהגותי ותרומתו המרכזית של השיח ההתנהגותי למשפט. פרק ג', והוא עיקר חידושו של המאמר, מיישם תובנות התנהגותיות ספציפיות על דיני החוזים אחידים. תחילה אדון בשימוש שעושים בתי המשפט בדוקטרינת התנאי המקפח בחוזה אחיד, ובביקורת שנמתחת על בתי המשפט בהקשר זה. לצורך הבהרת הביקורת וחיוקה, אדרש לתובנות התנהגותיות שלא זכו עד כה לדיון בספרות הישראלית. אחר כך אעמת תובנות התנהגותיות מבוססות עם הדין הנוהג ועם פסיקת בתי-המשפט בתחום החוזים האחידים הצרכניים. בפרק זה אראה, בין היתר, כיצד השימוש בתובנות התנהגותיות יכול להצדיק ולהבהיר

¹ הכוונה היא, כמובן, לרציונליות במובן הכלכלי. לדיון נוסף ראו להלן הערה 42 וטקסט נלווה.

² כפי שיוסבר להלן, המאמר יתמקד בעיקר בדוקטרינת התנאי המקפח, הייחודית לדיני החוזים האחידים. ההתייחסות לעיקרון תום הלב תעשה באופן משני בלבד.

את נטייתם של בתי המשפט והמחוקק להיחלץ לצידו של הצד החלש בכריתת החוזה, ולהגן עליו מפני מניפולציות התנהגותיות או כשלים קוגניטיביים. אחתום בסיכום קצר.

א. רקע כללי לחוזים אחידים

דיני החוזים הקלאסיים מניחים מספר הנחות בבואם לעצב את הדין הנוהג. הם מניחים קיומו של משא ומתן המוסדר על ידי דיני הצעה וקיבול והמוביל לניסוח משותף ומוסכם – במידה כזו או אחרת – של החוזה. על רקע הנחה זו, קנה לו שביתה העיקרון הבסיסי לפיו "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים"³. דיני החוזים הקלאסיים מניחים הכרות אישית ובלתי אמצעית בין הצדדים לחוזה. החוזה נתפס כמוסד חברתי, וכהבטחה שראוי לקיים ולאכופ⁴. דיני החוזים הקלאסיים אף מניחים כוח מיקוח שווה, פחות או יותר, בין הצדדים לחוזה. על רקע זה נכונים דיני החוזים להעלות על נס את עיקרון "חופש החוזים" מחד גיסא, ולהגן על המתקשר בחוזה בעקבות פגם ברצון מאידך גיסא⁵. לבסוף, דיני החוזים מניחים התייחסות זהירה של הצדדים לתוכן החוזה. על כן, עקרונית, צדדים מוחזקים כמכירים את תוכן החוזה לו הם צד. לפיכך, ככלל, לא תשמע טענת "לא ידעתי את האמור בחוזה כי לא קראתי" מפי צד לחוזה, במיוחד עת מתנוססת חתימתו עליו⁶.

מבין מגוון החוזים הקיימים, מקובל להניח כי חוזים אחידים הינם הנפוצים ביותר. כבר לפני למעלה משלושים שנה העריכו מלומדים, כי הרוב המכריע של החוזים הנכרתים – מעל 99% מהם – הם חוזים אחידים⁷. כאשר מדובר בחוזים הנכרתים בין חברות (המספקות מוצר או שירות) לבין אנשים פרטיים (הרוכשים את אותו מוצר או שירות)⁸, מדובר כמעט תמיד בעסקאות המוסדרות על ידי חוזים אחידים. אכן, אין ספק כי חוזים אחידים מסדירים את מרבית ההתקשרויות המשפטיות בהם אנו נוטלים חלק כאנשים פרטיים. כך למשל, הפסיקה הישראלית דנה בחוזים אחידים שעמדו בבסיס התקשרויות שעניינם חוזי ביטוח⁹, שירותי בנקאות¹⁰, חוזי הגרלה¹¹, שירותי קבורה¹², מכר דירות¹³, אספקת דיור לאוכלוסייה המבוגרת¹⁴, וניקוי בגדים וגיהוצים¹⁵. המאמר מתמקד בסוג חוזים זה.

³ סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 684, עמ' 118 (להלן: "חוק החוזים (כללי)").

⁴ ראו למשל דבריו של השופט (כתוארו דאז) ברק בד"נ 20/82 אדרס נ' הרלו אנד ג'ונס, פ"ד מב(1) 221, 227: "דיני החוזים... באו לאפשר חיי חברה תקינים. חוזה יש לקיים - ולא רק לשלם פיצוי בגין הפרתו - כי בכך מעודדים בני אדם לקיים הבטחותיהם. קיום הבטחות עומד ביסוד חיינו, כחברה וכעם."

⁵ ראו פרק ב' לחוק החוזים (כללי).

⁶ ראו למשל דבריו של השופט רובינשטיין ברע"א 4525/07 בריל אדריכלים נ' מורן חברה לבנין בע"מ (טרם פורסם, ניתן בתאריך 22.11.2007), פסקה ז', לפיהם "הכלל הבסיסי הוא כי 'חזקה על מי שחותם על חוזה, שהוא מכיר את תוכנו' (ע"א 16/80 לולו נ' סלומון, פ"ד לז(4), 70, 73 (1983)). מובן, כי הפסיקה יצרה חריגים לכלל עקרוני זה, וחלק גדול מן החריגים נוצר אגב הדיון בחוזים אחידים; ראו הדיון להלן פרק ג'.

⁷ ראו W. David Slawson, *Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power*, 84 HARV. L. REV. 529, 530 (1971).

⁸ להגדרות דומות ראו הגדרות המונחים "צרכן" ו"ספק" בסעיף 1 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981. חשוב להבהיר, כי חוזים אחידים משמשים להתקשרויות מסוגים שונים. במאמר זה אשתמש במונח "חוזה אחיד" על-מנת להתייחס לחוזים אחידים צרכניים.

⁹ ראו למשל רע"א 3128/94 בית הכנסת רמת חן נ' סהר, פ"ד נ(3).

¹⁰ ראו למשל פסק דינו של בית הדין לחוזים אחידים ע"ש (י-ם) 195/97 היועמ"ש נ' בנק לאומי, תק-מח 2004(2), 5364 (10.6.2004) (להלן: "עניין בנק לאומי").

¹¹ ראו למשל ע"א 467/04 יתח נ' מפעל הפיס (טרם פורסם; ניתן בתאריך 1.9.2005) (להלן: "עניין יתח").

¹² ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (להלן: "עניין קסטנבאום").

חוק החוזים האחידים¹⁶ נועד להסדיר את הדין החולש על תחום החוזים האחידים¹⁷. כעולה מדברי ההסבר לחוק¹⁸ ומהחוק עצמו¹⁹, המחוקק הוטרד בעיקר מפערי הכוח הטיפוסיים שבין הצדדים לחוזה האחיד. על מנת להסיר (או למצער לצמצם) את פערי הכוחות ואי השוויון בין הצדדים לחוזים אחידים, קובע החוק רשימת חזקות של תניות מקפחות²⁰. לבתי המשפט מסורה הסמכות להתערב בתוכן החוזה האחיד על דרך ביטול או שינוי תנאי חוזי שנקבע לגביו שהוא "מקפח"²¹. כן מסדיר החוק את הקמתו של בית הדין לחוזים אחידים, המוסמך גם הוא, בנסיבות מתאימות, לבטל או לשנות תניות מקפחות בחוזים אחידים²².

חוזים אחידים סוטים מהפרדיגמה המקובלת בדיני החוזים כמעט בכל דרך והיבט אפשריים. צדדים לחוזה אחיד אינם שווים בכוחם הכלכלי ובמידע בו הם מצוידים. הם אינם נושאים ונותנים (לפחות לא באופן נרחב) על תוכן החוזה²³. צד אחד לחוזה, הוא הצרכן²⁴, אינו יכול להשפיע על תוכן החוזה שמוצע על בסיס "קח או הנח" (take-it-or-leave-it)²⁵. צד אחד לחוזה – הצרכן – לרוב איננו קורא את החוזה עובר להתקשרות החוזית, והוא איננו מודע לתוכנו²⁶. על כן, נוסח החוזה איננו משקף, בהכרח, את ההבנות הקודמות אליהן הגיעו (ככל שאכן הגיעו) הצדדים.

בהינתן מגוון הבעיות שחוזים אחידים מעוררים, ומכיוון שהדברים חשובים להבנה טובה יותר של המשך המאמר, ראוי לענות בקצרה על השאלה המקדמית מדוע משתמשים בחוזים

¹³ ע"א 449/85 היועמ"ש נ' גד חברה לבניין בע"מ, פ"ד מג(1) 183.

¹⁴ רע"א 1185/97 יורשי מילגרום נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145.

¹⁵ עח"א 1/79 קשת נ' היועמ"ש, פ"ד לד(3) 365.

¹⁶ חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982, ס"ח 1068, עמ' 8 (להלן: "חוק החוזים האחידים").

¹⁷ סעיף 2 לחוק החוזים האחידים מגדיר חוזה אחיד כ"נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בזהותם".

¹⁸ הצעת חוק החוזים האחידים תשמ"ג-1982, ה"ח 1556.

¹⁹ סעיף 1 לחוק החוזים האחידים שכותרתו "מטרת החוק" קובע כי "חוק זה מטרתו להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים".

²⁰ ראו רשימת עשר החזקות המפורטות בסעיף 4 לחוק החוזים האחידים.

²¹ לדיון במונח קיפוח, משמעותו, והבעייתיות הנלווית לשימוש בו, ראו להלן פרק ג', טקסט סמוך להערות 49-63.

²² ראו פרק ד' לחוק החוזים האחידים, ובעיקר סעיף 17 שכותרתו "ביטול ושינוי תנאי בבית הדין". תקיפת חוזה בטענת קיפוח יכולה להידון בפני בית הדין כאשר התקיפה נעשית על ידי גורם ציבורי כדוגמת היועץ המשפטי לממשלה, המפקח על הבנקים, או המועצה הישראלית לצרכנות. לעומת זאת, התקיפה תידון בבית משפט "רגיל" מקום בו היא מבוצעת על ידי צד לחוזה הרואה עצמו כנפגע. בנוסף, בית-הדין אף מוסמך לאשר חוזים אחידים, ובכך להקנות להם חסינות מפני העלאת טענת תנאי מקפח למשך תקופה מוגדרת. ראו פרק ג' לחוק החוזים האחידים, ובעיקר סעיף 14 שכותרתו "כוחו של אישור".

²³ לעיתים צדדים לחוזה אחיד נושאים ונותנים ביחס למספר מצומצם של תניות כגון מחיר, כמות, ומועד אספקה. מאמר זה לא יתמקד בתניות אלו, המוצאים ממילא מגדר החוזה האחיד. ראו הגדרת המונח "חוזה אחיד" בסעיף 1 לחוק החוזים האחידים.

²⁴ לשם הנוחות, ולמרות השוני בין המונחים, להלן אשתמש לחילופין במונחים ניצע, צרכן, רוכש, לקוח וכיוצא בזה.

²⁵ ראו למשל דברי השופט חשין בעניין בית הכנסת רמת חן, לעיל ה"ש 9. פעמים רבות מוצע החוזה האחיד על-ידי סוכני משנה מטעמו של המוכר. סוכנים אלו אינם מורשים, לרוב, לבצע שינויים בחוזה, ולעיתים הם אף אינם בקיאים בתוכנו.

²⁶ ראו למשל Lewis A. Kornhauser, Comment: Unconscionability in Standard Forms, 64 CAL. L. REV. 1151 (1976), at 1163 ("In general the consumer will not have read any of the clauses, and most will be written in obscure legal terms."); Daniel T. Ostas, Postmodern Economic Analysis of Law: Extending the Pragmatic Visions of Richard A. Posner, 36 AM. BUS. L. J. 193, 227 ("Typical consumers do not read such documents carefully. If they did, they might not understand the 'legalistic' language"). שיפוטית ברוח זו ראו למשל עניין בנק לאומי, לעיל הערה 10, פסקה 396 ("...בהתחשב בטיבו של החוזה [תנאים לניהול חשבון עובר ושב – ש.ב.], מורכבותו ובכך שהלקוח הרגיל ממילא אינו יכול להשפיע על תוכנו, סביר להניח שחלק גדול של החותמים על החוזה לא יקראו את החוזה...").

אחידים. התשובה הטריטוריאליה היא, שחוזים אלו נועדו בראש ובראשונה לצמצם את עלויות העסקה. ואולם, ישנן הצדקות נוספות שראוי לתת עליהן את הדעת, ונמנה להלן את עיקרן. הצדקה נוספת אחת הינה, שהשימוש בחוזים אחידים מסייע לספק גם בצמצום עלויות הכשרה. זאת, משום שהשימוש בחוזה אחיד מקל על הכשרת סוכני מכירות. השימוש בחוזה אחיד ממזער את הצורך בהכשרת סוכנים בכל הנוגע לניסוח חוזה, הבנת משמעויותיו המשפטיות וכדומה. יתר על כן, קיומו של חוזה אחיד מקדם ומקל על שיתוף הפעולה בין המחלקות השונות שבעסק. חוזים אחידים מצמצמים את אי-הבהירות בכל הנוגע להיקף ההתחייבות שהעסק – על מחלקותיו השונות – לקח על עצמו.²⁷ בנוסף, חוזים אחידים ממזערים, לפחות לכאורה, את החשש כי הסוכן, הלהוט לכרות עסקה יבקש לרצות את הלקוח (הפוטנציאלי), ויבטיח לו דברים שלא עולים בקנה אחד עם טובת הספק או עם יכולתו העסקית. השימוש בחוזים אחידים אמור "לרסן" את התנהגות נציגי המכירות, ולהזכיר לו, כמו גם ללקוח, את כפיפותו למערכת העסקית בכללותה. יתר על כן, השימוש בחוזה אחיד נותן ללקוחות החותמים עליו תחושה של ביטחון מסוים (גם אם לעיתים מדובר בתחושה מדומה בלבד).²⁸ זאת, משום שלקוחות העסק יודעים כי אותו חוזה מוצע לכולם, הדיוטות ואנשים מתוחכמים כאחד. לכך מתווספת העובדה, כי קיומו של חוזה אחיד מחזק את יכולתו של המוכר או נציגו לטעון בפני הלקוח כי לא ניתן לשאת ולתת על תוכן החוזה או לשנותו.

בנקודה זו ראוי להבהיר, כי חיסכון בעלויות ושיפור יעילות תוך-עסקית אמור, כמובן, לשרת גם את הצרכן-לקוח (הוא הניצע החוזי).²⁹ בשוק תחרותי, החיסכון בעלויות עסקה ובהכשרת סוכנים-מוכרים יתורגם לחוזים טובים יותר או מחירים נמוכים יותר. ניסוח החוזה על-ידי גוף מקצועי (ולא על-ידי סוכני המוכר) יוצר מוצר (=חוזה) טוב יותר (לפחות מהיבטים מסוימים). שיתוף פעולה טוב בין מחלקות העסק יכול לתרום לאיכות השירות. ריסון התנהגותו של נציג המכירות אמור גם הוא לעזור לצרכן, כך שהאחרון ידע בוודאות (או לפחות באופן ברור יותר) מהן חובותיו וזכויותיו. החוזה האחיד אף מהווה כלי שבאמצעותו יכול הצרכן לבקר את הבטחותיו הטרם-חוזיות של המוכר או נציגו.³⁰

אפיונם המיוחד של חוזים אחידים הביאו מלומדים מספר לטעון, כי חוזים אחידים אינם חוזים במובנם הרגיל, או למצער – שנדרשת מערכת דינים ספציפית להסדרת השימוש בהם. בספרות המשפטית הועלו שלוש טענות מרכזיות התומכות בהתערבות משפטית-חיצונית בתוכנם של חוזים אחידים. ראשית, יש הסבורים כי נדרשת חקיקה שתסיר, או תצמצם, את אי השוויון שבין הצדדים לחוזה אחיד.³¹ כדי להצדיק עמדה זו נוטים מלומדים ושופטים להדגיש את קיומם

²⁷ כך למשל, ברור (למחלקת הזמנות) תוך כמה זמן יש לספק את המוצר; ברור (למעבדות המספקות שירותי תיקון) מהו היקף האחריות שהובטח; ברור (למחלקת הנהלת חשבונות) מהו אופן התשלום והיקפו, וכולי.

²⁸ בהקשר זה הוצע בספרות האמריקנית מודל "הצרכנים המידועים" (informed consumers). לפי מודל זה, בשוק תחרותי לעיתים די במיעוט צרכנים שקוראים חוזים אחידים כדי להביא לשיווי משקל בו יש לספק תמריץ להציע לכלל לקוחותיו חוזים הוגנים. המודל הוצע לפני כשלושים שנה, והדיון סביבו עדיין ער. לדיון נרחב במודל, בהנחות הנלוות לו, ולבעיות הטמונות בו ראו למשל Shmuel I. Becher, *Asymmetric Information in Consumer Contracts: The Challenge that Is Yet To Be Met*, 46 AM. BUS. L. J. 723 (2008).

²⁹ ראו למשל R. Ted Cruz & Jeffery J. Hinck, *Not My Brother's Keeper: The Inability of an Informed Minority to Correct for Imperfect Information*, 47 HASTINGS L.J. 635, 638 (1996).

³⁰ כפי שאראה להלן טקסט נלווה להערות 80-82, לכך חשיבות מיוחדת ביחסי עוסק-צרכן. כמובן, שבכל הנוגע להנמקה אחרונה זו, תנאי מוקדם הוא שהצרכן יקרא את החוזה, אם לפני כריתתו ואם לאחריו. הנחה זו תידון בהמשך.

³¹ ראו למשל ע"א 461/62 צים נ' מזיאר, פ"ד יז 1319.

של פערים בכוח המיקוח בין הצדדים³². בהקשר הזה מודגשת חוסר הברירה של הצד החלש לחוזה האחיד, שמוצע על-בסיס של "קח או הנח". חוסר ברירה זה מתעצם על רקע ההבדל המהותי שבין הניצעים (הצרכנים) הטיפוסיים – המהווים שחקנים חוזיים חד-פעמיים (one shot players) חסרי ניסיון ומומחיות עסקית ומשפטית, לבין ספקים טיפוסיים – המהווים שחקנים חוזרים (repeat players) מתוחכמים ובעלי אמצעים³³. כאמור³⁴, המחוקק הישראלי, בחוקק את חוק החוזים האחידים, הוטרד בעיקר מפן זה.

שנית, יש שטוענים כי חוזים אחידים יוצרים דין ציבורי שאיננו מפוקח ומוסדר כראוי³⁵. טענה זו רואה בחוזים אחידים כלי משפטי באמצעותו יוצרות חברות דין פרטי – הרלוונטי לנתחי אוכלוסייה רבים – מבלי שיקוים בנדון הליך דמוקרטי. לפיכך, תומכי גישה זו סבורים שראוי כי תוכנם של חוזים אחידים יפוקח על-ידי גופים או רשויות ציבוריות. במדינת ישראל, הדים לגישה זו ניתן למצוא בתחום התקשורת. בתחום זה מתערב הרגולטור (משרד התקשורת) בתוכנם של הסכמים שנכרתים בין חברות מסחריות המספקות שירותים המוניים – (כדוגמת כבלים, טלפון, ואינטרנט) לבין צרכנים³⁶.

שלישית, פערי המידע שבין הצדדים לחוזה האחיד יכולים אף הם להצדיק התערבות חיצונית בחוזים אחידים³⁷. כידוע, פערי מידע הם כשל שוק קלאסי העלול להביא לכריתתן של עסקאות לא יעילות. יישום תיאורמת קוז (Coase)³⁸ לדיני החוזים ממחיש, כי בהיעדר מידע אופטימאלי, משאבים עלולים להיות מוחזקים לאו דווקא על-ידי אילו המעריכים ביותר את שוים. בכך יש משום פגיעה ברווחה החברתית המצרפית. דיני החוזים ודיני הצרכנות מנסים להתמודד עם נחיתות זו של הצרכן-הניצע בין היתר באמצעות הקניית זכות חרטה צרכנית והטלת חובות גילוי שונות על העוסק³⁹.

על אף הבעייתיות המשפטית הטבועה באופיים של חוזים אחידים והנגזרת מהם, הגישה הרווחת היא לראות בחוזים שכאלה חוזים לכל דבר. ההנחה כי חוזים אחידים הם אכן חוזים מבוססת על ההבנה, כי מדובר במנגנון משפטי שנועד להסדיר עסקאות וולונטריות, שנועדו לקדם את אינטרס שני הצדדים, באמצעות שימוש במסמך מחייב בעל תוקף משפטי. בדומה לחוזים

³² בהקשר זה נעשה בארצות הברית שימוש נרחב בדוקטרינת ה- "Unequal Bargaining Power". ראו למשל Becher, לעיל הערה 28, בעמ' 725-728 והאסמכתאות המובאות שם.

³³ כיום, עם השתכללותם של אמצעים מקוונים שונים באמצעותם יכולים צרכנים לאסוף מידע ולפעול יחד, ניתן לתהות ביחס לחוסנה של הנמקה זו. לפיתוח הטיעון ראו Shmuel I. Becher & Tal Z. Zarsky, *E-Contract Doctrine 2.0: Standard Form Contracting in Age of Online User Participation*, 14 MICH. TEL & TECH. L. REV 303 (2008).

³⁴ ראו לעיל טקסט גלויה להערות 18-19.

³⁵ ראו Slawson, לעיל הערה 7.

³⁶ ייתכן, כי הנטייה להסדיר תחומים שכאלו נעוצה בעובדה כי פעמים רבות מדובר בשירות המוני ובסיסי הניתן לכלל הציבור. להסדרה פנים שונים, ולא זה המקום לפרטם.

³⁷ ראו למשל Alan Schwartz, *Unconscionability and Imperfect Information: A Research Agenda*, 19 CAN. BUS. L. JOUR. 437 (1991).

³⁸ ראו Ronald Coase, *The Problem of Social Costs*, 3 J. L. & ECON. 1 (1960).

³⁹ אין-ספור דוגמאות לחובות גילוי מפוזרות בחקיקה האזרחית, ואציין רק כמה לשם המחשה. יצרן מזון מחויב לציין את מרכיבי המזון ואת ערכיו התזונתיים על גבי אריזת המזון (ראו: תקנות בריאות הציבור (מזון) (סימון תזונתי), תשנ"ג-1993). מבטח חייב להאיר את עיני המבוטח בדבר החרגות בפוליסה (סעיף 3 לחוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981 (להלן: "חוק חוזה הביטוח")). מוכר יחידת נופש חייב לספק מידע רכש לרוכש הפוטנציאלי, לרבות "תיאור מפורט של אתר יחידות הנופש ומיקומו" (סעיף 14א(ב) לחוק הגנת הצרכן). מוכר פנינים חייב ליידע את לקוחו האם הפנינים "טבעיות, מתורבתות, או מלאכותיות" (סעיף 2(א)(3) לתקנות הגנת הצרכן (גילוי פרט מהותי לגבי יהלומים, אבני חן ופנינים), תשנ"ה-1995). חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973 מחייב מוכרי דירות בשוק הראשוני לספק לרוכש מפרט הכולל מידע רב המתייחס לדירה הנמכרת (סעיפים 2-3 לחוק המכר (דירות)). בנוסף, כמובן, מוטלות על הצדדים לחוזה חובות גילוי מכוח סעיף 12 וסעיף 15 לחוק החוזים (כללי).

אחרים, חוזים אחידים משמשים כמנגנון המאפשר הסדרת חלוקת סיכונים בשוק מודרני המאופיין בסטנדרטיזציה של רובדי חיים רבים. חוזים אחידים, לפיכך, אינם רק כורח המציאות; הם גם מקדמים את יכולתו של הפרט לרכוש מוצרים ושירותים, ובכך להביא לידי ביטוי את מאווייו ולממש את כושר הבחירה (ולפיכך את האוטונומיה) שלו.

מספר מסקנות ביניים, אם כן, מתבקשות כבר בנקודה זו. ראשית, במציאות המודרנית אין מנוס משימוש אינטנסיבי ונרחב בחוזים אחידים. שנית, בעצם השימוש בחוזים אחידים טמון פוטנציאל תועלת רב לא רק לספק (המציע החוזים), אלא גם לצרכן-לקוח (הניצע). שלישית, חוזים אחידים סוטים מהפרדיגמה הקלאסית של דיני החוזים במובנים רבים, וחלקם מעמידים את הניצע החוזי במצב בעייתי. רביעית, וכפועל יוצא מכל אלו, גם אם יש להתייחס לחוזים אחידים כאל חוזים, הרי שחוזים אלו מצריכים מערכת דינים נפרדת המתחשבת במאפייניהם הייחודיים.⁴⁰

ב. מבוא לניתוח התנהגותי של המשפט

בשנת 2002 הוענק פרס נובל לכלכלה לפרופ' דניאל כהנמן⁴¹. הפרס הוענק לפרופ' כהנמן בשל פיתוחה של תורת הערך (prospect theory); תורה שפיתח יחד עם עמיתו המנוח, פרופ' עמוס טברסקי. מחקריהם החלוציים של טברסקי וכהנמן מניחים את התשתית לתחום מחקרי הקרוי כלכלה התנהגותית (behavioral economics). בעוד שתורת התועלת מניחה כי אנשים פועלים באופן רציונאלי⁴², תורת הערך – שהוצעה על טברסקי וכהנמן כחלופה לתורת התועלת – מראה כיצד מונעת הפסיכולוגיה האנושית מאנשים לפעול באופן רציונאלי; למצער כפי שהוא מוגדר על ידי תורת התועלת.

תחום מחקרי חדש זה משפיע על הדרך בה מלומדים מתבוננים על עולם המשפט. באופן בולט ביותר באים הדברים לידי ביטוי ביחס לאחת הגישות המרכזיות לניתוח עולם המשפט: הגישה הכלכלית. בעקבות תורת התועלת, גם הגישה הכלכלית למשפט מבקשת להניח כי אנשים פועלים באופן רציונלי למיקסום עושרם. אנשי הגישה הכלכלית תרמו (ועדיין תורמים) במשך העשורים האחרונים תרומה מרכזית וחשובה מאין כמוה לחשיבה המשפטית בתחומים מגוונים ומרובים. אך לגישה הכלכלית למשפט קמו גם מבקרים לא מעטים. זרם אחד של מבקרים נמנה על אנשי הגישה ההתנהגותית למשפט. על פי גישה זו, התנהגויות אנוש סוטות באופן שיטתי, ושניתן לחיזוי, מאותן התנהגויות שאנשי הגישה הכלכלית מגדירים כהתנהגות "רציונאלית". כללי משפט, טוענים אנשי הגישה ההתנהגותית, ראוי שיתבססו לא על סדרת הנחות תיאורטיות

⁴⁰ הדברים ידונו בהרחבה להלן. בקצירת האומר ראוי להזכיר כבר בשלב זה, את כללי הפרשנות הספציפיים לחוזים אחידים (אימוץ רחב יותר של הכלל לפיו חוזה יפורש לרעת מנסחו – ראו עניין מילגרום, לעיל הערה 14), הטלת חובת תום לב מוגברת (ראו דברי הש' ארבל בעניין יתח, לעיל הערה 11), והחשדנות כנגד תניות מקפחות (במדינת ישראל – באמצעות הפריזמה של חוק החוזים האחידים).

⁴¹ בשנה זו הוענק פרס נובל לכלכלה גם לפרופ' וורנון סמית' (Vernon Smith).

⁴² Gary Becker, זוכה פרס נובל לכלכלה לשנת 1992, הגדיר התנהגות רציונלית כהתנהגות הממלאת אחר שלושה תנאים מרכזיים: (1) התנהגות השואפת למקסם תועלת; (2) תוך הסתמכות על סט העדפות קבוע; (3) אגב איסוף אופטימלי של מידע. ראו Gary S. Becker, The Economic Approach to Human Behavior 14 (1976).

בדבר התנהגויות אנוש (כפי שעושה הגישה הכלכלית למשפט), אלא על התנהגויות אנוש כפי שהן מתועדות במחקרים אמפיריים הלכה למעשה.⁴³

באופן כללי, נהוג לחלק את התובנות שאנשי הגישה ההתנהגותית מבקשים להציב במרכז החשיבה המשפטית לשלוש קטגוריות מרכזיות: רציונאליות מוגבלת (Bounded rationality); כוח רצון מוגבל (Bounded willpower); ואנוכיות מוגבלת (Bounded self-interest).⁴⁴ הקטגוריה הראשונה - רציונאליות מוגבלת - מתבססת על העובדה כי היכולות הקוגניטיביות האנושיות הינן מוגבלות, וכי עיבוד מידע הוא תהליך המצריך השקעת משאבים (כדוגמת זמן ומאמץ שכלי). ההתנהגויות הנכללות בקטגוריה זו, לפיכך, מייצגות את הרעיון שאנשים נוטים להשתמש בקיצורי דרך מנטליים ו"כללי אצבע" בעת קבלת החלטות. שימוש בקיצורי דרך מנטליים ו"כללי אצבע" עלול לגרום לקבלת החלטות מוטעית ולא אופטימאלית. אלו פוגעים, כמובן, ביכולת האנושית למקסם תועלת במובנה הכלכלי-מסורתי.⁴⁵

הקטגוריה השנייה מתמקדת בהתנהגויות הממחישות את מגבלות כוח הרצון. כך למשל, אנשים מקבלים החלטות שנוגדות את טובתם-הם לטווח הרחוק. על החלטות מעין אלו נמנים, למשל, עישון, הימנעות מפעילות גופנית, הימנעות מחיסכון בשיעורים רצויים, ואכילה מופרזת. בה בעת, אנשים מקבלים החלטות שנוגדות למזער את מגבלות כוח הרצון שלהם. כך היא, למשל, ההחלטה להצטרף לקבוצות תמיכה (למשל: על-מנת לשנות הרגלי תזונה ולרדת במשקל), תוכניות גמילה (במטרה להיגמל מהרגלים שליליים כדוגמת עישון או צריכת אלכוהול מוגברת), או תוכניות חיסכון (במטרה להימנע מבזבוז יתר ולחסוך ליום סגריר).

בלב הקטגוריה השלישית - אנוכיות מוגבלת - נמצא הרעיון לפיו אנשים הם יצורים מורכבים הלוקחים בחשבון בעת קבלת החלטותיהם לא רק את טובתם הם, אלא גם את טובתם של אנשים אחרים שרווחתם חשובה להם. בניגוד לשתי הקטגוריות הקודמות, התובנות שנכללות במסגרת קטגוריה שלישית זו לא באות להציב סימן שאלה סביב עצם יכולתם של אנשים לפעול למיקסום תועלתם. במקום, הן מבקשות לעדן ולשכלל את התפיסה שלנו בדבר מהות אותה תועלת שאנשים מבקשים להשיג ולקדם.⁴⁶

מפאת קוצר היריעה מאמר זה יתמקד בקטגוריה הראשונה והמבוססת ביותר מבחינה אמפירית, זו העוסקת ב"רציונאליות מוגבלת". אנשי הגישה ההתנהגותית סוברים, כי ניתן לחזות התנהגויות אנוש רבות הסוטות בעקביות מעיקרון הרציונאליות (כפי שהוא משתקף בתורת הערך). על בסיס מחקרים אמפיריים המדגימים את הדרך בה אנשים מקבלים החלטות הלכה למעשה, מבקשים אנשי הגישה ההתנהגותית ליצור מודלים התנהגותיים מדויקים יותר מאלו המוצעים על ידי אנשי הגישה הכלכלית המסורתית. מודלים התנהגותיים אלו מראים כיצד דפוסי חשיבה מסוימים סוטים מסטנדרטים של "רציונאליות", מעוותים את הדרך בה בני האדם

⁴³ לדיון כללי ונרחב במתודולוגיה של הגישה ההתנהגותית, מגבלותיה ותורמתה למשפט ראו Avshalom Tor, *The Methodology of the Behavioral Approach to Law*, 4 HAIFA L. REV. 237 (2008).

⁴⁴ ראו Christine Jolls, Cass R. Sunstein & Richard Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 STAN. L. REV. 1471, 1477-1480 (1998).

⁴⁵ אין בדברים אלו כדי לטעון (נורמטיבית) כי מדובר בהתנהגות פסולה, לא טובה או לא רצויה במובנים אחרים. להפך, השימוש בקיצורי דרך מנטליים הוא תגובה למורכבות העולם האמיתי בהינתן מגבלות המוח האנושי. כפי שאסביר להלן, קיצורי דרך אלו מאפשרים לבני אדם להתמודד עם מורכבות העולם ולתקשר ולקבל החלטות באופן פשוט ונוח.

⁴⁶ חשוב להבהיר, כי אנשי הגישה הכלכלית מעולם לא התכחשו לעובדה כי התנהגויות אנוש סוטות במובנים מסוימים מהתנהגות רציונאלית. למתח זה הוצעו על ידי אנשי הגישה הכלכלית תשובות שונות, שאין זה המקום לפרטם.

מקבלים החלטות, גורמים להם לטעות - ובכך פוגעים ביכולתם של אנשים למקסם את תועלתם ואת אושרם.

השאלה המאתגרת היא כיצד ניתן ליישם מודלים ותובנות התנהגותיות לענפי המשפט השונים. הצבעה על כשלים במודל או ביקורת על תפיסה קיימת היא דבר (חשוב) אחד, אך רתימת תובנות התנהגותיות לשיפור הדין הקיים או הבנתו היא דבר אחר. משעמדנו בקצרה ובנפרד על תופעת החוזים האחידים ועל התפתחותה של הגישה התנהגותית למשפט, נעבור כעת לדון בממשק שבין השניים.

ג. יישומן של תובנות התנהגותיות לחוזים אחידים

בליבה של מערכת הדינים הנפרדת שאימץ המשפט הישראלי ביחס לחוזים אחידים מצויה דוקטרינת התנאי המקפח⁴⁷. כידוע, למונח "תנאי מקפח" אין הגדרה מדויקת וממצה. החוק מסתפק באמירה כללית, לפיה ערכאה שיפוטית רשאית לבטל או לשנות "תנאי בחוזה אחיד שיש בו - בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות - משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות"⁴⁸. על המונח "תנאי מקפח" אמר השופט (כתוארו דאז) אהרון ברק את הדברים הידועים הבאים:

"קיפוח' מהו? התיבה 'קיפוח' עמומה היא. היא משקפת ערך חברתי שלילי אשר תוכנו המשפטי חייב להיקבע על-פי תכליתה של הנורמה המשפטית המעוגנת בתיבה זו... נראה לי, כי תכליתו של חוק החוזים האחידים... הינה למנוע חוסר הגינות ביחס החוזי, הנובע מכך שצד אחד לחוזה הוא הקובע את תנאיו בחוזים רבים ואינו מאפשר על-כן משא ומתן ראוי ומתן ביטוי לרצונו של הלקוח."⁴⁹

ובהמשך:

"אמת המידה בדבר 'תנאי מקפח' אינה בהירה. אין היא מקרינה מתוכה היא ועל רקע תכליתה דימוי חד-משמעי באשר להיקף פריסתה. מטבע הדברים, מוענק שיקול-דעת שיפוטי נרחב באשר למהותו של הקיפוח... אכן, בהיזקקו לדיבור 'קיפוח' אצל המחוקק לבית המשפט את התפקיד לצקת תוכן ערכי למה שנראה התנהגות בלתי הוגנת בחברה הישראלית בזמן נתון. זוהי הסמכה חקיקתית לחקיקה שיפוטית. בית המשפט חייב לקבוע - על-פי הבנתו את טבע ההתקשרות בין הצדדים מזה ואת טבעם של ערכי החברה הישראלית מזה - אם ההתקשרות היא הוגנת, או שמא יש בה הגנה יתרה על האינטרסים של הספק... הבחינה היא דו-רמתית. ברמה האחת נבחנים יחסי הצדדים והאינטרסים הטיפוסיים שלהם. וברמה האחרת נבחנת תפיסתה החברתית של שיטתנו באשר להוגן ולסביר בסוג יחסים מסוים...

אכן, קביעת הקיפוח משקפת את האיזון הראוי אשר החברה הישראלית יוצרת בין שיקולים כלכליים, מוסריים וחברתיים. אין היא פרי השקפה כלכלית אחת. 'תנאי הקיפוח'... מבטא

⁴⁷ ראו הדיון לעיל, טקסט נלווה להערות 16-21, 31-34.

⁴⁸ סעיף 3 לחוק החוזים האחידים.

⁴⁹ עניין קסטנבאום, לעיל הערה 12, בעמ' 526.

תפיסה חברתית באשר להגון ולראוי ביחסים חוזיים אחידים⁵⁰.

על השימוש הנרחב שעושים בתי המשפט בדוקטרינות סל עמומות כדוגמת תנאי מקפח (כמו גם תקנת הציבור ותום לב) נשפך דיו רב⁵¹. הביקורת המרכזית והמוכרת בהקשר זה היא, שאגב יציקת התוכן לנורמות כלליות אלו מגלה בית המשפט אקטיביזם יתר, עד כדי הפיכתו לצד לחוזה⁵². בכך יש משום פגיעה בעקרונות בסיסיים עליהם מושתתים דיני החוזים, עקרונות כדוגמת וודאות חוזית, יציבות משפטית, וחופש הצדדים לעצב את החוזה כרצונם. בכך מאבד החוזה מיכולתו לשמש כמכשיר לחלוקת סיכונים בעסקאות שוק, ונפגעת היעילות המצרפית. בנוסף נטען, כי הרטוריקה של בתי המשפט, לפיה שופטים משמשים כפה לציבור הנאור ולהשקפותיו, היא רטוריקה מטעה המהווה למעשה כסות להשלטת דעותיו של השופט היושב לדין. על פי ביקורת זו, דעותיו הסובייקטיביות של השופט מנחות את פסיקותיו, והשימוש בדוקטרינות עמומות תורם לטשטוש מציאות זו – ועל כן הוא מסוכן⁵³.

מנגד נטען, כי זהו תפקידו של בית המשפט, וכי אין מנוס מהתערבות בחוזים. לעיתים, חופש חוזים מוחלט הוא החופש של החזק לנצל את החלש, ולכפות על האחרון את רצונותיו והעדפותיו של הראשון⁵⁴. חופש החוזים, ככל חופש, הוא חופש מוגבל⁵⁵, ועל בתי המשפט לעשות צדק בפסיקותיו. כמו כן, הנחלת ערכים חברתיים כדוגמת הוגנות ואמון מחזקת את האוטונומיה של הפרט, והיא משקפת את הערכים המקובלים והרצויים בחברה⁵⁶.

על פי קו טיעון זה, ניתן לראות בדוקטרינות חוזיות עמומות כדוגמת תום לב ותנאי מקפח אמצעים שיפוטיים שתפקידם להגן על ערכים בסיסיים. הגנה זו נדרשת, בין היתר, משום שדוקטרינות פורמאליות יותר של דיני החוזים לא תמיד תופסות ברשתן את כל סוגי ההתנהגויות החוזיות שאינן ראויות או אינן הוגנות⁵⁷. יתר על כן, גם מבחינה כלכלית ניתן להצדיק שימוש בנורמות עמומות שתפקידן להחזיר אמון ושיתוף פעולה בין הצדדים לחוזה. כאשר צדדים לחוזה פועלים על רקע משטר משפטי המעודד (או אף מחייב) אמון ושיתוף פעולה, הם יכולים להפחית

⁵⁰ שם, בעמ' 527. נהוג לכנות נורמות משפטיות עמומות מסוג זה "סטנדרטים" (בשונה מ"כללים"). ראו מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" **משפטים** יז 321 (1987).

⁵¹ ראו למשל דנג"צ 4191/97 **רקאנט נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד(5) 330, 372; ע"א 148/77 **רוט נ' ישופה**, פ"ד לג(1) 617, 629. ראו גם מנחם מאוטנר, "תום לב ותנאים מכללא", עמ' 313, **חוזים**, כרך ג', בעריכת דניאל פרידמן ונילי כהן; גבריאלה שלו, הוראות על בחקיקה, עמ' 54-56, דיני חוזים – החלק הכללי לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי.

⁵² לדברים ברוח זו ראו למשל דניאל פרידמן "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" **המשפט** (2006). לדיון נרחב ראו גם מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" **עיוני משפט** כט 17 (2005).

⁵³ לביקורת על מרכזיות של עמדתו הפרשנית של השופט ועיקרון תום הלב ראו למשל גבריאלה שלו "שחיקתו ההולכת ונמשכת של עקרון חופש החוזים" **קריית המשפט**, שנתון הקריה האקדמית 5 335-346 (2004-2005).

⁵⁴ ובלשונה של השופטת ד"ר דרורה פלפל בה"פ (מחוזי ת"א) 157/01 **ריזן נ' מיסטר מאני ישראל**, תק-מח 2002(2), 2689, 2689 (2002) (להלן: עניין **ריזן**), "חירות החוזים ועיצוב העסקה אינם חירות הבזיזה!".

⁵⁵ ראו למשל דבריו הידועים של השופט (כתוארו אז) אהרון ברק בד"נ 22/82 **בית יולס נ' רביב**, פ"ד מג(1) 441, 486: "חופש ההתקשרות אינו חופש מוחלט. ככל זכות יסוד חוקתית, זהו חופש יחסי. יש לאזן אותו כנגד חופשים אחרים וכנגד אינטרסים אחרים, הראויים להגנה".

⁵⁶ ראו אהרון ברק **פרשנות במשפט** (פרשנות החוזה, כרך רביעי) 99.

⁵⁷ לטיעון ברוח זו ראו למשל Amy J. Schmitz, *Embracing Unconscionability's Safety Net Function*, 58 ALA. L. REV. 73 (2007). לוויכוח שיפוטי האם נכון להשתמש בדוקטרינות סל כאשר דרישותיהן של דוקטרינות פורמאליות יתור לא מתמלאות ראו למשל ע"א 4839/92 **גנז נ' כץ**, פ"ד מח(4) 749 (1994). להעדפה מפורשת של הכרעה על בסיס חוסר תום לב מקום בו לא מתקיימת דוקטרינת העושק ראו למשל ת"ק (קריית) 3415/01 **אריז נ' ביטוח ישיר**, פסקה 8 (ניתן בתאריך 15.7.2003).

את מידת החשד כלפי הצד השני והחשש שהם מגלים מהתקשרות חוזית. נקיטה בפחות אמצעי זהירות מתרגמת לצמצום עלויות עסקה, ובכך - להשאת היעילות המצרפית⁵⁸. מעניין לציין, כי תובנות התנהגותיות תומכות בחשש שתהליך יציקת תוכן לסטנדרטים משפטיים עמומים יעשה בצלמו ובדמותו של השופט היוצק את התוכן; גם אם פעמים רבות הדבר נעשה ללא מודעות או כוונת מכוון. כפי שמסביר פרופ' Gilbert בהקשר שונה:

"...when your brain is at liberty to interpret a stimulus in more than one way, it tends to interpret it the way it wants to, which is to say that your preferences influence your interpretations of stimuli... [in a study, once] definers were given the liberty to define the word talented any way they wished, they defined it exactly the way they wished - namely, in terms of some activity at which they just so happened to excel... Definers were able to set the standards for talent, and not coincidentally, they were more likely to meet the standards they set... the human mind naturally exploits each word's ambiguity for its own gratification".⁵⁹

זאת ועוד: כאשר שופטים עוסקים במתן תוכן קונקרטי לנורמות משפטיות עמומות, הם עלולים לא רק לעשות זאת תוך מתן בכורה להשקפתם-הם. בנוסף, שופטים עלולים לטעות ולחשוב, כי תפיסתם ועמדתם היא התפיסה הרווחת. תופעה זו, לפיה נוטים אנשים להאמין כי הבנתם את העולם היא ההבנה הרווחת והשלטת, קרויה אפקט הקונסנזוס השגוי (False Consensus Bias)⁶⁰. אפקט זה עלול לגרום לשופט שלא לראות תפיסות אחרות (השונות משלו) כמקובלות, ודאי וודאי כאשר השופט מרגיש בנוח עם עמדתו או שהוא בטוח בנכונותה⁶¹. לפיכך, אפקט הקונסנזוס השגוי והנטייה האנושית לתת למונחים עמומים תוכן התואם את עמדותיו של הפרשן, מצדיקות דיון ביקורתי באמירות שיפוטיות לפיהן כל אשר השופט העושה הוא לייצג או לחשוף את תפיסותיו של "הציבור הנאור"⁶². החשש הוא, שמה שהשופט באמת עושה, הוא לפסוק על פי תפיסותיו ועמדותיו הוא ובכך להנחילם. זאת, מבלי להיות מודע לנטייה

⁵⁸ בנוסף, יצירת אווירה נעימה של אמון ושיתוף פעולה (במקום אווירה של חשדנות) מחזקת אף היא את אוטונומיית הצדדים. לטיעון דומה (בהקשר אחר) ראו 79 Hanoch Dagan, *Restitution and Unjust Enrichment: Mistake* TEX. L. REV. 1795, 1799-1800 (2001).

⁵⁹ DANIEL GILBERT, *STUMBLING ON HAPPINESS*, pp.173-174 (2006).

⁶⁰ במחקר שנערך בארצות הברית התבקשו סטודנטים להסתובב ברחבי הקמפוס עם שלט שבו כתוב "אכול אצל ג'ו" (Eat at Joe's). אלו שהסכימו לעשות כן, סברו כי 62% מהאוכלוסייה תסכים להתהלך עם השלט. אלו שסירבו, לעומת זאת, סברו כי 67% מהאוכלוסייה תסרב לבקשה שכזו. לשון אחר, לא משנה מה הייתה עמדתו של הנשאל הטיפוסי, הוא סבר שרוב הנשאלים האחרים יחזיקו בעמדה הדומה לעמדה שהוא עצמו החזיק. כמובן שלא יתכן שרוב האנשים גם יסכימו וגם לא יסכימו לבקשה כלשהי. ראו Lee Ross, David Greene & Pamela House, *"The False Consensus Effect": An Egocentric Bias in Social Perception and Attribution Processes*, 13 J. EXPERIMENTAL SOC. PSYCHOL. 269 (1977).

⁶¹ ראו 1268 Lawern Solan et. al., *False Consensus Bias in Contract Interpretation*, 108 COLUM. L. REV. 1268 (2008), המיישם דברים אלו ביחס לתהליך הפרשנות השיפוטי של חוזי ביטוח.

⁶² זוהי כמובן גישתו של הנשיא (בדימוס) אהרון ברק. ראו למשל ע"א 105/92 **ראם מהנדסים קבלנים נ' עיריית נצרת עילית**, פ"ד מז(5) 189, 206 (הציבור הנאור כ"משקף את מכלול ערכיה הבסיסיים של החברה הישראלית המודרנית... תפיסות היסוד של הציבור הנאור מצויות בתנועה מתמדת"). כן ראו אהרון ברק **פרשנות במשפט** (כרך שני), עמ' 424; אהרון ברק **שיקול דעת שיפוטי בפרשנות החקיקה**, עמ' 660.

האנושית לעשות כן, ותוך מחשבה אמיתית וכנה – אך שגויה – לפיה תפיסותיו הן התפיסות המקובלות, הן בקרב שופטים אחרים והן בקרב הציבור הרחב (או "הנאורי")⁶³.

אך האם יכולים בתי המשפט להגן על הצד החלש בחוזה האחיד מבלי לגלוש לפסיקה הנסמכת על אינטואיציות משפטיות-סובייקטיביות בדבר ההסדרים החברתיים הראויים? האם יכולות תובנות התנהגותיות לשמש אמצעי ליציקת תוכן קונקרטי לדוקטרינות כדוגמת תנאי מקפח ותום לב? פרק זה מבקש לענות על שאלות אלו בחיוב, ולהראות כיצד ניתן להסתייע בתובנות התנהגותיות על-מנת להבין ולעצב באופן טוב יותר את כללי המשפט המסדירים את השימוש בחוזים אחידים. כפי שאראה להלן, תבניות התנהגותיות חותרות תחת יכולתם של צרכנים – בתור הצד הניצע בחוזה אחיד – לפעול באופן רציונאלי לכל אורך חייה של העסקה הצרכנית המוסדרת על ידי חוזה אחיד: החל משלב המשא ומתן הטרור חוזי, המשך בעת קריאת החוזה והערכת תוכנו, וכלה בקיום החוזה וחידושו. אטען, שקבלת החלטות על ידי צרכנים, בכל אחד מצמתים אלו, מושפע מתובנות התנהגותיות, וכי לדברים נפקות משפטית.

חשוב להבהיר, כי החלוקה הכרונולוגית לצמתים השונים בחיי העסקה, כמו גם שיוך תובנות התנהגותיות ספציפיות לשלבים השונים, נעשית לצרכים מתודולוגיים בלבד. לעיתים, התופעות הנדונות תחת השלבים השונים של חיי החוזה קשורות האחת לשנייה ומשלמות האחת את רעותה. באופן דומה, ההטיות ההתנהגותיות שבחלקים השונים שזורות אלו באלו, ולעיתים אף חופפות. לפיכך, ולמרות הניסיון (לעיתים מלאכותי) לשמור על החלוקה האמורה, לפרקים מתעורר צורך להתייחס לשלבים שונים בחיי העסקה תחת אותן תת-פרק. על רקע הבהרה זו נדון כעת בדברים כסדרם.

1.ג. הכניסה לחוזה האחיד, מחויבות סובייקטיבית ואפקט העלות השקועה

אחד המאפיינים המיוחדים לחוזים אחידים הוא הצגתם בפני הלקוח במועד מאוחר מאוד של השלב הטרור חוזי (ולעיתים אף רק לאחר כריתת החוזה), לאחר שהלקוח חקר ודרש בנוגע למאפייני העסקה השונים⁶⁴. דיני החוזים מניחים, כי הצדדים לחוזה נחשפים לתוכנו, ונושאים ונותנים ביחס אליו, בשלב מוקדם יחסית של המשא ומתן⁶⁵. בניגוד להנחה זו, לקוחות שהם צד לחוזה אחיד נחשפים לתוכנו בנקודה בה העסקה מוסכמת ו"גמורה". בחלק זה אטען, כי הצגת החוזה האחיד בשלב מאוחר מגבירה את הסיכוי שהלקוח לא יבחן כראוי את תוכן החוזה. זאת, כיוון שהלקוח הממוצע יחוש מחויב לעסקה, ויאמין שהחוזה משקף נכוחה את הבטחות המוכר.

סיבה מעניינת אחת לתחושת המחויבות של הלקוח נעוצה בתופעת העלות השקועה. כלכלנים משתמשים במונח "עלות שקועה" (sunk cost) כדי לתאר השקעות עבר שלא אמורות להשפיע על התועלת שניתן להפיק מפעילות או החלטות צופות פני עתיד. כיוון שמדובר בהשקעה שלא ניתן להחזירה, מקבל החלטות רציונלי אמור שלא להתייחס לעלות השקועה בעת קבלת החלטה. כך למשל, העובדה כי פלוני שילם עבור שירות או מוצר מסוים לא אמורה להעלות את

⁶³ לעיל הערה 61, עמ' 1294-1292, 1295. בנוסף ראו, למשל, עדי פרוש "תיאוריית סוס-הפרא, מרחב שיקול הדעת של השופט והמוסר האישי שלו" משפטים יט 325; דן אבנון "הציבור הנאור: יהודי ודמוקרטי או ליברלי ודמוקרטי?" משפט וממשל ג' 417.

⁶⁴ כך עולה מתלונות צרכנים המתקבלות בארגונים צרכניים, כמו גם מתחקיר שבוצעה על ידי שתי סטודנטיות בקליניקה הצרכנית הפועלת בבית הספר למשפטים במסלול האקדמי המכללה למינהל והמצוי בידי המחבר. למען הגילוי הנאות יצוין, כי כותב המאמר הינו המנחה האקדמי של קליניקה זו.

⁶⁵ ראו והשוו ע"א 1049/94 דור אנרגיה נ' חמדן, פ"ד (נ) 820 (1997); ע"א 3601/96 בראשי נ' עיזבון בראשי, פ"ד (נב) (2) 582 (1998).

ערכו של השימוש במוצר. השימוש במוצר וניצולו צריכים להיקבע על פי השוואת התועלת שניתן להפיק משימוש זה והעלות הנלוות לו. דוגמה מקובלת להמחשה היא אימון בחדר הכושר: העובדה כי פלוגית שילמה סכום כסף גדול תמורת מינוי בחדר הכושר לא אמורה להשפיע על ההחלטה האם ללכת לאימון או לא (או באיזו תדירות להתאמן). במקום, ההחלטה האם ללכת לאימון כושר צריכה להתקבל על פי התועלת שניתן להפיק מהאימון והשוואתה לעלות הנלוות לפעילות זו (בהתעלם מעלותו של המינוי)⁶⁶. דוגמה נוספת היא ההחלטה האם ללכת למופע או קונצרט שכרטיסים אליו נקנו מראש. זו אמורה להתקבל על בסיס ההשוואה שבין התועלת (ההנאה, למשל) שניתן להפיק מן המופע או הקונצרט לבין העלות הנלווית להחלטה לצאת למופע (למשל, עלות הנסיעה וחניה, השקעת הזמן, ואיבוד ההזדמנות לעשות דבר מה אחר בזמן זה). המחיר ששולם עבור הכרטיס למופע או לקונצרט איננו רלוונטי מבחינה רציונאלית, כיוון שהוא נחלת העבר ולא ניתן להשיבו, בין אם נלך למופע ובין אם לאו.

ואולם, לא זו הדרך בה אנשים מקבלים החלטות. מחקרים רבים ממחישים את העובדה, כי עלות שקועה **כן** משפיעה על מקבל החלטה. כך למשל, אנשים ששלמו במיטב כספם עבור כרטיסים למופעי תרבות ינצלו את הכרטיסים שרכשו באחוזים גבוהים בהרבה מאותם אלו שקיבלו את הכרטיס חינם או רכשו אותו במחיר מופחת⁶⁷. אנשים נוטים לדבוק בפעילויות והחלטות, כדוגמת השלמת תואר אקדמי, המשך קיום תא משפחתי, השלמת פרויקטים ציבוריים רחבי היקף, אכילת מלוא המנה שהוזמנה במסעדה, או ניצול מינוי לחדר כושר, בשל המשאבים (כדוגמת כסף, זמן או מאמץ) שכבר הושקעו, הגם שהם צופי פני עבר ולא ניתן להשיבם. זאת ועוד: ככל שההשקעה הקודמת גדלה יותר, כך מתחזקת הנטייה לדבוק בפעילות האמורה ובהחלטה שקדמה לה. התנהגות זו קרויה אפקט העלות השקועה (the sunk cost effect)⁶⁸.

כדי לעמוד על המקור לדפוס התנהגות זה, וכדי לעמוד על הקשר שיש לו עם המציאות הרלוונטית לעסקאות הנקשרות באמצעות חוזים אחידים, ראוי להבהיר בקצרה מדוע אנשים מושפעים באופן כה משמעותי מעלות שקועה. ההסבר המרכזי להתנהגות זו מעוגן ברעיון לפיו המחויבות לעלות השקועה מאפשרת לשמור על דימוי עצמי גבוה. בראש ובראשונה, מדובר ברצון להיות יעיל, להימנע מתחושת הפסד ולא להיתפס כבזבזן או כמי שמקבל החלטות שגויות. כך, אדם הדבק בהחלטותיו ובערוצי הפעולה שבחר נתפס - בעיני עצמו ובעיני אחרים - כאדם "עקבי" ו"יעיל" המקבל החלטות "טובות" ו"נבונות"⁶⁹.

⁶⁶ ראו למשל Russell B. Korobkin & Thomas Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics* 88 CAL. L. REV. 1051, 1124 (2000).

⁶⁷ ראו Hal R. Arkes & Catherine Blumer, *The Psychology of Sunk Cost*, 35 ORG. BEHAV. & HUM. DECISION PROCESS 124 (1985).

⁶⁸ ראו William Samuelson & Richard Zeckhauser, *Status Quo Bias in Decision Making*, 1 J. RISK & UNCERTAINTY 7, 37 (1988) Richard Birke, *Reconciling Loss Aversion and* *Guilty Pleas*, 1999 UTAH L. REV. 205, 214 (1999) ("this theory [that people hate certain losses] helps explain why otherwise rational business people will commit money to keep a venture alive that has lost a great deal in the past, when new investors are reluctant to invest") Mark Seidenfeld, *Symposium: Getting Beyond Cynicism: New Theories of the Regulatory State Cognitive Loading, Social Conformity, and Judicial Review of Agency Rulemaking*, 87 CORNELL L. REV. 486, 500, 517 (2002) (experiments demonstrate that even experts who are aware of maximizing rules such as ignoring sunk cost may fail to utilize them).

⁶⁹ ראו למשל לעיל הערה 67, בעמ' 132.

העובדה שחוזים אחידים רבים מוצגים בפני הלקוחות רק בתום השלב הטרם חוזי תורמת למציאות בה מרבית הלקוחות-ניצעים אינם נותנים את המשקל הראוי לתוכנו של החוזה האחיד עליו הם חותמים. בשלב מאוחר בו מוצע החוזה האחיד ללקוח, השקיע הלקוח הטיפוסי מאמץ וזמן לא מבוטלים על-מנת לגבש את עמדתו ביחס לעסקה שעל הפרק. חלק מהשקעה זו מהווה עלות שקועה, שכאמור - לא ניתן להשיבה⁷⁰. ואולם, הנטייה האנושית הטבעית תהיה להתחייב להשקעת העבר, ו"להמשיך קדימה" עם העסקה - לרוב, גם אם כדאי ללקוח הפוטנציאלי שלא להיכנס לעסקה בשל הכללת תניות חוזיות לא הוגנות⁷¹. ספקים עלולים לנצל דפוס התנהגות זה על-מנת להציג את החוזה האחיד לעיונו של הלקוח בשלב מאוחר ככל הניתן, לאחר שהלקוח כבר מרגיש מחויב לעסקה, ולאחר שכבר גמלה בליבו ההחלטה לרכוש את המוצר או השירות⁷².

כיצד, אם בכלל, יכולים דיני החוזים האחידים לקחת תובנה זו בחשבון? מחד גיסא ברור, כי לא ניתן לשלול באופן גורף את תקפותם של חוזים אחידים אך בשל העובדה כי חוזים מסוג זה מוצגים לעיונו של הניצע וחתמתו בשלב מאוחר במשא ומתן. שלילה שכזו תקעקע את יכולת הצדדים להסתמך על תוכנו של החוזה, תיצור אי וודאות רבה, ותקרא להתערבות רחבה - ובלתי רצויה - של בתי המשפט ביחסים החוזיים שבין הספק ללקוח. מאידך גיסא, ראוי להבין ולזכור כי תופעת העלות השקועה מהווה גורם שבגיניו לקוחות מסכימים או מעוניינים בעסקה, גם מקום בו החוזה בפניו הם ניצבים איננו הוגן. בניית תהליך ההתקשרות באופן בו הניצע נתקל בחוזה בשלב כה מאוחר במשא ומתן, פעמים רבות - לאחר שכבר גמלה בלבו ההחלטה לרכוש את המוצר או השירות, חותרת תחת יכולתו ונכונותו של הניצע להעריך באופן יעיל ואמיתי את הסיכונים המוטלים עליו מכוחו של החוזה.

נראה כי דיני החוזים האחידים יכולים להתחשב במציאות זו בשלושה אופנים לפחות. הדרך האחת היא, באמצעות קביעת כללים מנחים בדבר האופן בו על עוסקים ליישם את החובה להציג את החוזה עובר לכריתתו. באופן כללי ניתן לקבוע, כי לאור תופעת אפקט העלות השקועה, החובה לנהוג בתום לב במשא ומתן לכריתת חוזה מנביעה, בין היתר, חובה להציג את החוזה בשלב מוקדם ככל האפשר. כך למשל, ראוי שמבוטחים יקבלו את החוזים להם הם צד יחד עם הצעת הביטוח (ולא כמה ימים לאחר כריתת החוזה), ושעסקים המפעילים אתרי אינטרנט יכללו באתריהם, בדף הבית ובמקום בולט, קישור לחוזים האחידים בהם הם משתמשים. כן ניתן לשקול חיוב העוסק בשליחת החוזה לצרכן כבר במועד שליחת ההצעה (או ההזמנה) אליו. אי עמידה בהוראות אלו יצמיח לצרכן את הסעדים המגוונים (לרבות פיצויים) הצומחים לצד הנפגע מהפרת החובה לנהוג בתום לב בשלב הטרם-חוזי.

⁷⁰ מובן, כי היקף העלות השקועה - ועל כן השפעתה על החלטת הניצע לחתום על חוזה אחיד מבלי לקרוא או מבלי להתמקח ביחס לתוכנו - משתנה מעסקה לעסקה. ואולם, בכך אין כדי לגרוע מכלליות הטענה: חוזים אחידים מוצגים בתום השלב הטרם חוזי, ופעמים רבות בשלב מאוחר זה תחושתו הסובייקטיבית של הניצע היא של מחויבות לעסקה. ⁷¹ יודגש, כי עסקינן במצב בו החלופות העומדות בפני הצרכן הן לכרות את החוזה המוצע או לסגת מן העסקה. במצב בו צריך הלקוח לבחור בין כריתת עסקה עם עוסק פלוני לבין כריתתה עם עוסק פלמוני הניתוח משתנה, ואז נכון יעשה הלקוח אם יתחשב גם בעלות השקועה (כיוון שהתקשרות עם עוסק פלמוני תחייב השקעה חוזרת של משאבים לצורך בחינה מחודשת של העסקה ותנאיה).

⁷² תופעה זו, המכונה גם The hold-up problem, מוכרת בספרות הכלכלית. לפי בעיה זו, כאשר אחד הצדדים משקיע השקעה ספציפית טרם כריתת החוזה (relationship specific investment), ולאחר שעלות זו הפכה לשקועה, כח המיקוח של הצד השני לעסקה גדל. שחקנים רציונאליים יבקשו לחמוק ממצב זה, וימנעו מהשקעות יעילות או למצער יפחיתו אותן. בכך, כמובן, נפגעת יכולתם של הצדדים לשתף פעולה למקסום תועלתם-הם. לדיון מעניין ראו למשל William P. Rogerson, *Contractual Solutions to the Hold-Up Problem*, 59 REV. ECO. STUD. 774 (1992).

בהקשר זה ראוי לזכור, שסעיף 5(ב) לחוק הגנת הצרכן⁷³ קובע כי "עוסק, העומד לחתום על חוזה עם צרכן, חייב לתת לו הזדמנות סבירה לעיין בחוזה לפני חתימתו, וכן למסור לו עותק ממנו לאחר החתימה." החוזה הוא חלק אינטגרלי מהמוצר, ותניות החוזה משפיעות על איכות המוצר ומחירו. עוסק הממתין עם הצגת החוזה שלא לצורך והמציג את החוזה בשלב מאוחר במשא ומתן, מנצל את הנטייה האנושית להתחשב בהשקעות עבר ולהשלים את תהליך ההתקשרות תוך אי מתן משקל הולם לחוזה המסדיר את יחסי הצדדים⁷⁴. ניצול זה איננו ראוי, וניתן לקבוע כי הוא אינו עומד באותה "הזדמנות סבירה" עליה מורה סעיף 5 לחוק⁷⁵.

זאת ועוד: ככל שמתארך תהליך המשא ומתן מרגיש הלקוח פחות בנוח לקרוא את החוזה ולעמוד על משמעויותיו. זאת, משום שעם התארכות המשא ומתן נוצרת היכרות מסוימת בין הצדדים, הכוללת בחובה פעמים רבות יחס "חברי" מצד המוכר. בה בעת, קריאת חוזה והתעמקות בדקדוקו מסמלת חוסר אמון בהבטחות המוכר ומצגיו⁷⁶.

להבנה טובה יותר של סיטואציה אחרונה זו ניתן להשתמש במונחים "נורמות מסחר" (market norms) ו"נורמות חברתיות" (social norms)⁷⁷. נורמות מסחר הן נורמות המבוססות על השאת תועלת ומקסום רווחים. נורמות אלו רווחות בהקשרים עסקיים. נורמות חברתיות, לעומת זאת, מבוססות על אמון, שיתוף פעולה, אלטרואיזם ונדיבות. נורמות אלו נפוצות בהקשרים חבריים ומשפחתיים. למשל, כאשר אנו מתארחים לארוחה אצל בני משפחה, בתום הארוחה נודה על האירוח, נחבק ונשק את המארחים; וכמובן שלא יעלה על דעתנו לשלם עבור הארוחה. התנהגות זו מהווה ביטוי לנורמות חברתיות. לעומת זאת, כאשר נאכל במסעדה, בתום הארוחה נשלם את תמורתה; ולא יעלה על דעתנו לחבק ולנשק את בעל המסעדה או את המלצר במקום לשלם. זהו, כמובן, ביטוי לנורמות מסחר⁷⁸.

ואולם, בעלי עסקים לעיתים מטשטשים בין שני סוגי הנורמות. טשטוש זה יכול לבוא לידי ביטוי בשימוש בנורמות חברתיות למשיכת לקוחות (הפגנת יחס חברי), תוך מעבר לנורמות מסחר בעת התגלעות סכסוך או חילוקי דעות (בעיקר משפטיות). מוכר המשתמש בשלב המשא ומתן בנורמות חברתיות "מרדים", במתכוון או שלא במתכוון, את ערנותו העסקית של הלקוח, ואף גורם לו להרגיש שלא בנוח לקרוא את החוזה⁷⁹. זאת, בין היתר, משום שאימוץ של נורמה

⁷³ חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, (להלן: "חוק הגנת הצרכן" או "החוק").

⁷⁴ הדברים מתחזקים ומתחזקים לאור העובדה שבתהליך הרכישה מופעלים אזורים שונים במח. כאשר אנו נתקלים במוצר בו אנו מעוניינים, הפעילות המוחית מתמקדת באזורים הגורמים תחושת עונג (the nucleus accumbens). לעומת זאת, כאשר נחשפים לתג המחיר עובדים אזורים אחרים (the insula), היוצרים תחושות כמו חשש וכאב. ההחלטה האם לרכוש את המוצר נובעת מאיזון שעושה המח בין שתי תחושות אלו. באמצעות סריקת המח (fMRI) ניתן לצפות מה תהיה החלטתו של הצרכן (אף לפני שהצרכן מגיע אליה). ראו Knuston et. al, *Neural Predictors of Purchases*, 53 NEURON 147 (2007). לפיכך, ספק המסתיר את המחיר האמיתי (למשל, באמצעות תניות חוזיות המרעות עם הלקוח) חותר, למעשה, תחת יכולתו של הלקוח לערוך את האיזון הנכון.

⁷⁵ להפרת סעיף 5 לחוק הגנת הצרכן עלולה להתלוות סנקציה עונשית. ראו ס' 23(ג)2 לחוק הגנת הצרכן. בנוסף, הממונה על הכנת הצרכן מוסמך לפעול כנגד עוסקים מעוולים, ולרשותו מגוון דרכי פעולה נוספים. ראו פרק ה' לחוק הגנת הצרכן.

⁷⁶ ראו למשל שמואל בכר וטל ז'רסקי "על הסדרה ראוייה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן" עמיד להתפרסם במחקרי משפט (2009) חלק ג.4, והאסמכתאות המובאות שם (להלן: "בכר וז'רסקי").

⁷⁷ להסבר כללי ראו DAN ARIELY, *PREDICTABLY IRRATIONAL* (2008), פרק 4.

⁷⁸ אריאלי משתמש בדוגמה דומה בספרו. ראו שם.

⁷⁹ בנקודה זו, כמו גם בנקודות אחרות, יכולה להתעורר השאלה מדוע אנשים לא לומדים מטעויותיהם. ישנן גישות שונות לשאלת יכולתם של אנשים ללמוד להימנע מכשלים קוגניטיביים. ראו למשל Donald C. Langevoort, *Behavioral Theories of Judgment and Decision Making in Legal Scholarship: A Literature Review*, 51 VAND. L. REV. 1499, 1521 (1998); Jeffery J. Rachlinski, *The "New" Law and Psychology: A Reply to Critics, Skeptics, and Cautious Supporters*, 85 CORNELL L. REV. 739, 757 (2000). הדעה המקובלת היא

מסחרית (כדוגמת קריאת חוזה והתמקחות עליו) מעכיר את מערכת היחסים החברית וגורם ליותר חשדנות וחוסר אמון. הצגת החוזה בשלב מוקדם, לעומת זאת, תסייע לשמור על מסגרת בעלת אופי עסקי-מסחרי. כך יצומצם הסיכוי להרדמת ערנותו של הלקוח או לנטיעת הרגשה של מעילה באמון בשל קריאת החוזה שעל הפרק.

עד כאן דנו באמצעי משפטי אחד להתמודד עם אפקט העלות השקועה בשלב הטרום חוזי - הקדמת המועד בו על הספק להציג את החוזה האחיד. הדרך השנייה בה ניתן להתחשב בתופעת אפקט העלות השקועה היא באמצעות נכונותם של בתי המשפט לסטות מן התנאים הרשומים בחוזה, לפרשם באופן דינמי על פי קריטריונים של צדק וסבירות עסקית, או אף להקדים את מועד כריתת העסקה ולהעמידו על מועד מוקדם יחסית של השלב הטרום חוזי. כיוון שהצגת החוזה בשלב מאוחר מנצלת באופן לא ראוי את הנטייה האנושית להתחשב בעלות שקועה, על בית המשפט להכיר בכך כי ייתכנו מצגים ומסרים הסותרים את האמור בחוזה. זאת גם כאשר לשון החוזה מורה, כי אין להתחשב במצגות או בחילופי דברים שאינם מעוגנים מפורשות בחוזה.

להמחשה ניתן להביא את החוזים הנהוגים בתחום הסרת שיער בלייזר. תכופות נדרשים בתי המשפט לתביעות, שעניינן פערים בין שהובטח למטופל בעל-פה בשלב הטרום חוזי מחד גיסא, לבין התוצאות בפועל ולשון החוזה מאידך גיסא. מקריאת הפסיקה ותלונות הצרכנים בנושא עולה, כי בשלב הטרום חוזי נוטים מכונים העוסקים בהסרת שיער בלייזר להבטיח למטופל הסרת שיער מוחלטת ומלאה, עם כמות טיפולים (כמעט) בלתי מוגבלת והצלחה מלאה מובטחת. בחוזה עצמו, לעומת זאת, מעוגנים סייגים שונים, שבהם מובהר כי הסרת השיער איננה מוחלטת (כי אם הפיכת השיער ל"פלומתית"), וכי ישנם סוגי שיער שמידת התאמתם לטיפול בלייזר פחותה⁸⁰. כך גם, ארגונים צרכניים מקבלים השכם והערב טענות דומות בנוגע להתקשרות עם מפעילי סלולר. מן התלונות ומהפסיקה עולה, כי נציגי שירות של חברות סלולר מבטיחים פעמים רבות דברים שזכרם לא בא בחוזה⁸¹.

אמת, צרכן שיוכיח את טענותיו יזכה, אף כי לא תמיד, בסעד מבית המשפט⁸². טענתי היא, שגם כאשר לא ניתן להוכיח ברמת ההוכחה הנדרשת, יש להתחשב בעיתוי (השלב) בו הוצג החוזה. ככל שהחוזה הוצג (אם הוצג) על ידי הספק בשלב מאוחר יותר, כך ראוי להקל בנטל ההוכחה המוטל על הלקוח ולאפשר לו להסתמך על מסרים מילוליים, נסיבות כריתת החוזה וכדומה⁸³. לחילופין, ניתן לקבוע חזקה לפיה הצגת החוזה המסדיר את יחסי הצדדים בשלב מאוחר מעבירה את נטל ההוכחה לספק, שיידרש להוכיח כי מצגיו ומסריו המילוליים תואמים ללשון החוזה⁸⁴.

שהדברים כה מוטמעים בחשיבה האנושית ובדרך פעולתו של המוח. ראו למשל GILBERT, לעיל הערה 59, ובמיוחד פרקים 10-11.

⁸⁰ ראו למשל ת"א (שלום ת"א) 57099/03 **נורי יעקב נ' קליניקה אריאל**, תק-של 2005(2), 9612 (2005), פסקאות 41-42; ת"א (שלום יר) 13567/04 **ל' נ' ביטופול אינטרנשיונל**, תק-של 2006(1), 18326 (2006), פסקאות 9-38.

⁸¹ ראו למשל ת"ק (ת"א) 1459/08 **בבין נ' פלאפון**, תק-של 2009(2), 3703 (2009).

⁸² כאשר עוסקים בחוזים שעניינם הסרת שיער בלייזר, לרוב ניתן הסעד בשל חוסר תום לב של המטפל או פגם ברצון מצידו של המטופל. לדוגמאות הפוכות בהן קבע בית המשפט כי החוזה מבטל פרסומות ומצגים שקדמו לו ושהבטיחו תהליך הסרה יעיל וחלק (תרתי משמע) ראו ת"א (חי) 13548/00 **בטיטו נ' כירורגיה אסתטיקה ולייזר**, תק-של 2004(1), 14907, 14910 ("כמו כן חתמה התובעת על הסכם טיפולים ובו הסברים נוספים הטיפולים. מן המפורסמות הוא שפרסומת היא בבחינת הזמנה גרידא להתקשר בחוזה ומשנחתם חוזה הקובע תנאים שונים מאלו שבפרסומת - הרי שבכך הסכימו הצדדים כי תנאי ההזמנה אינם נכללים בחוזה; ת.א. 3297/05 **ראשל"צ סאפקר נ' ביטופיל אינטרנשיונל**, 377 (35) 06. לסקירה וביקורת ראו גם נועם שרביט, הסרת תביעות בלייזר, **גלובס** (6.12.2006).

⁸³ הצעה זו עולה בקנה אחד עם הגישה השולטת לפרשנות חוזים. ראו פסק דינו של השופט ברק בע"א 4628/93 **מדינת ישראל נ' אפרופים**, פ"ד מט(2) 265 (1995).

⁸⁴ זאת, משום שאי הצגת החוזה בשלב מוקדם עלולה לעודד, למעשה, מצגים סותרים. כלומר, במסטר בו הלקוח מעיין בתנאי החוזה בשלב מוקדם, יכולתו של המוכר להציג דברים שאינם עולים בקנה אחד עם תוכן החוזה קטנה.

הדרך השלישית באמצעותה יכולים דיני החוזים האחידים להתחשב בבעיית העלות השקועה היא בעיצוב זכות הביטול הנתונה לניצע-לקוח החוזי. אם החלטתו של הלקוח להתקשר בעסקה אכן מושפעת מהמשאבים שהושקעו, הרי שניתן לאזן (ולו במעט) מציאות זו באמצעות הרחבת זכותו של הניצע לחזור בו ולבטל את העסקה. אומנם מתן זכות ביטול לא תחזיר את העלות השקועה ולא תבטל את הבעיה הנלווית לה. אך ההנחה היא, שלאחר כריתת ההסכם (ואולי אף התוודעות לאיכותו של המוצר או השירות) יוכל הלקוח לאמוד את טיב העסקה וכדאיותה באופן טוב ורגוע יותר, כשהשפעת המוכר עליו קטנה הרבה יותר.⁸⁵

חשוב להבהיר, כי תחושת מחויבות סובייקטיבית מצידו של הלקוח יכולה להיות רלוונטית לא רק לשלב ההתקשרות, אלא גם לבחינת תוכן החוזה וביצועו. טלו, למשל, את עניין **בנישתי נ' ששון**⁸⁶. באותו עניין, נדון עניינם של מטיילים שהזמינו, באמצעות סוכנות נסיעות, טיול מאורגן על פי תכנית מפורטת. משכו המתוכנן של הטיול היה 21 ימים, מתוכם 10 ימים ביוון ו-11 יום בטורקיה. למחרת היציאה לטיול התברר למטיילים, שהטיול בו הם מצויים כולל טיול ליוון בלבד, ומשכו 12 יום. מחירו של טיול זה היה יקר יותר מהטיול הארוך יותר אותו הזמינו. הנוסעים תבעו פיצוי בגין הפרת ההסכם (כמו גם בעילה נזיקית).

כל השופטים הסכימו כי אכן הייתה כאן הפרת חוזה. ואולם, ביחס לשאלה האם חייבים המטיילים בתשלום עבור שווי הטיול (טיול יוקרה) שכן נטלו בו חלק (אם מכוח דיני עשיית עושר ואם מכוח חוזה שנכרת בהתנהגות) נחלקו הדעות. חשוב להבהיר, כי חילוקי הדעות המשפטיים נובעים מחילוקי דעות עובדתיים. באופן מפתיע למדי, שופטי ההרכב הביעו תפיסות שונות ביחס להשתלשלות העובדתית שהביאה לפרשה.

השאלה העובדתית שעליה לא הסכימו השופטים הייתה האם הייתה למטיילים האפשרות לחזור מייד ארצה עת גילו כי הם נוטלים חלק בטיול שונה מזה שהזמינו. השופט בייסקי סבר, שהישארות המטיילים ביוון הייתה "מחמת העדר כל מוצא"⁸⁷. מכיוון שכך, סבר בייסקי כי אין מקום לחייב את המטיילים עבור הטיול בו השתתפו. לעומת זאת, השופט אלון, סבר כי "איש לא העיד, וכן לא נטען, שהמשיבים אנוסים היו, שהרי טיול אחר זה לא נכפה עליהם בכוח או באיום", וכי "אילו רצו לחזור מיד, ובנפרד מהקבוצה, יכלו לעמוד על דרישתם זו"⁸⁸. על כן קבע אלון, בדעת מיעוט, כי ראוי שהמטיילים יישאו בתשלום עבור הטיול בו השתתפו, אם משום שנכרת חוזה חדש בהתנהגות, ואם מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.

חילוקי דעות עובדתיים אלו בדבר יכולתם של המטיילים לחזור ארצה עת שנודע להם מהות הטיול בו הם נמצאים מעלים תמיהה, בעיקר משום שבית המשפט בחן את התיק בגלגול שלישי, לאחר הכרעת השלום והמחוזי. מקריאת פסק הדין עולה, כי השופט לנדוי ניסה לברר שאלה עובדתית זו עם בא כוח סוכנות הנסיעות. תשובתו של בא כוח סוכנות הנסיעות הייתה כי "אינני טוען שכאשר הגיעו לאתונה הייתה אפשרות מעשית לומר 'אני רוצה לחזור ארצה'" (ההדגשה שלי – ש.ב.)⁸⁹. מהי אותה "אפשרות מעשית" שלא עמדה בפני המטיילים?

⁸⁵ למרות שבמבט ראשון נראה שמדובר באמצעי יעיל, ספק אם הרחבת זכות הביטול הצרכנית אכן תשיג מטרה זו. ספק זה נובע מכך, שבעיית העלות השקועה עצמה עלולה לגרום לכך שצרכנים לא ימהרו לבטל את העסקה. לדיון בהשלכת בעיית העלות השקועה על מימוש זכות חרטה צרכנית ראו שמואל בכר וטל ז'רסקי, "זכות הביטול בעסקאות צרכניות: רגישות מוצדקת או ניצחון פירוס? עיוני משפט (צפוי להתפרסם, 2009), חלק ג.3.

⁸⁶ ע"א 430/79 בנישתי נ' ששון, פ"ד לה(2) 400.

⁸⁷ שם, בעמ' 405.

⁸⁸ שם, בעמ' 410.

⁸⁹ שם, בעמ' 414.

לדעתי, אפקט העלות השקועה יכול לסייע בהבנת עמדות השופטים ותשובת בא כוח סוכנות הנסיעות. כאשר אדם מתארגן לחופשה, ודאי וודאי בחוץ לארץ (וקל וחומר בשנות ה-70), הדבר מצריך לא מעט הכנות. בין אלו ניתן למנות, לצד ההכנה המנטאלית, חיסכון לקראת רכישת חבילת החופשה, השוואה בין יעדים שונים וחבילות שונות, נטילת ימי חופשה מהעבודה, אריזה, רכישת ביטוח נסיעות, דאגה לאיסוף דואר והשקיית עציצים, והכנות דומות אחרות. אך מה עושה האדם מן הישוב, כאשר לאחר כל אלו הוא מוצא עצמו בטיול שונה מזה שתכנן והזמין? בפסק דינו של השופט אלון ניתן אולי לראות עמדה כלכלית-רציונאלית. לדידו של אלון, אם מדובר בטיול שונה מזה שהוזמן, על המטייל להפסיק את הטיול לאלתר ולדרוש פיצוי. אין מקום להתחשב בהכנות ובהשקעות שעשה המטייל עד למועד בו נודע לו על הטעות. אלו אינם רלוונטיים⁹⁰. דעת הרוב, לעומת זאת, משקפת גישה התנהגותית. על פי גישה זו, כאשר אדם מצוי בחופשה, לאחר שעשה את כל ההכנות הנדרשות, הוא לא ממהר לבטל את הטיול בו הוא מצוי, גם אם טיול זה שונה מהמוזמן. בנסיבות המתוארות בפסק הדין סביר להניח, כי השקעת העבר, הלך הנפש בו שרויים היו המטיילים, והמחויבות הסובייקטיבית שלהם לחופשה, מנעו מהמטיילים להעריך ביישוב הדעת את החלופות העומדות בפניהם. בנסיבות אלו, נכון היה להתחשב באפקט העלות השקועה, כפי שעשו (הגם ככל הנראה שלא במועד) שופטי הרוב בבית המשפט העליון, כמו גם שופטי המחוזי והשלום.

חשוב להעיר בקצרה, כי התובנות האמורות יכולות לסייע גם במתן תוכן קונקרטי לחובת תום הלב (ולא רק דוקטרינת התנאי המקפח) ביחסי ספק-לקוח. בהקשר דנן, הכוונה היא לאותם מקרים בהם לקוח נמנע מלפעול למיסקוס תועלתו בשל האופן בו אנו מקבלים החלטות. דוגמה אחת כוללת מצבים בהם ישנו פער בין מה שהבטיח הספק, בעל-פה או בחוזה, לבין מה שהוא מבצע הלכה למעשה. גם כאן קיים החשש, כי גריעה הדרגתית או פגיעה מסוימת באיכות המוצר או השירות לא יענו על ידי הלקוח המאוכזב בנקיטת הליכים משפטיים כנגד הספק⁹¹. כאשר מקרה שכזה מתגלגל לפתחו של בית המשפט, ראוי לקחת נטייה אנושית זו בחשבון ולהקל על התובע.

דוגמה לתביעה שכזו ניתן למצוא בעניין **עפרה נ' עבודי קריאייטיב**⁹². באותו עניין נרשמה התובעת ללימודים בבית ספרה של הנתבעת. על פי האמור בפסק הדין, לנתבעת הובטח, עובר לרישום, כי רמת הלימודים גבוהה. לאחר כחודש נוכחה התובעת כי ישנו פער בין רמת הלימודים המובטחת לזו שבפועל. הנתבעת התגוננה בטענה, כי על פי הוראות החוזה לא יוחזרו כספים לאחר תחילת הלימודים. בית המשפט קבע, כי מאחר הנתבעת (הצד החזק) היא שעצבה את תוכן החוזה, מוטלת עליה החובה לנהוג בתום לב מוגבר⁹³.

ניתן היה להקשות על התובעת, ולצפות ממנה לבדוק את רמת הלימודים טרם התשלום. כן ניתן היה להשתמש בחזקה לפיה אדם שחתם על חוזה יודע את תוכנו. במקום זאת, בחר בית

⁹⁰ עם זאת, אם מדובר היה בחזרה לארץ ואז יציאה לטיול חלופי כי אז נכון היה, גם מבחינה כלכלית-רציונלית, להתחשב בעלות השקועה. ראו גם ההסבר לעיל הערה 71.

⁹¹ אמת, ללקוח הישראלי דימוי שלילי, לפיו הוא ממהר להתאונן. עם זאת, אין ספק כי מרבית הלקוחות נמנעים מנקיטה בהליכים משפטיים כנגד ספקים מעוללים. לסקירת הסיבות הגורמות לתופעה זו ראו למשל שמואל בכר ואבישי קליין "פרדוקס הייצוג בבית המשפט לתביעות קטנות: על תביעות ביטוח, פערי כוחות וכפ רגלו של השופט" **הפרקליט** נ (עתיד להתפרסם, 2009), חלק א.1. לטיעון לפיו הדימוי השלילי של הלקוח הישראלי עושה לו עוול ראו גבריאל אסולין, "הלקוח הישראלי עדיף בהרבה", **גלובס** (14.4.2008).

⁹² ת"א (ת"א) 21544/07 **עפרה נ' עבודי קריאייטיב** (ניתן בתאריך 27.4.2008) (להלן: "עניין עפרה").

⁹³ שם, בעמ' 4. לקביעה עקרונית לפיה הצד החזק מנסח החוזה האחיד חב בתום לב מוגבר ראו עניין **יתח**, להלן הערה 140 וטקסט נלווה.

המשפט לתת לתובעת סעד, בניגוד ללשון החוזה. לטעמי, נכון עשה בית המשפט. לא רק משום שהבטחות בעל-פה שאינן ממומשות יכולות לעלות לכדי הטעיה (ולכן פוגעות באוטונומיה של נמען המצג). אלא גם, ואולי בעיקר, משום שהן מנצלות את הנטייה האנושית הטבעית להמשיך בעסקאות או תהליכים להם ניתנה הסכמה במועד מוקדם יותר. קריאה שכזו יוצקת תוכן קונקרטי למונח "חוסר תום לב", מסבירה מדוע יש להעניק סעד בניגוד להוראתו המפורשת של החוזה, ונותנת גושפנקה להכרעתו של בית המשפט בעניין עפ"ה (ובמקרים דומים אחרים)⁹⁴.

לסיכום, ההיכרות עם אפקט העלות השקועה יכולה לסייע לבית המשפט לבחון את אופן ההתקשרות, את תוכן החוזה, ואת האילוצים והכוחות שעלולים להיות מופעלים על אנשים הנדרשים לקבל החלטות לאחר שהשקיעו משאבים ברכישת מוצר או שירות מסוים. אפקט העלות השקועה נותן תוכן קונקרטי אפשרי אחד למבחן הקיפוח. ספק המנצל את אפקט העלות השקועה כדי לשפר את מצבו החוזי על חשבון הלקוח מגן על האינטרסים שלו מעבר להגון ולראוי. אפקט העלות השקועה ותחושת המחויבות הצרכנית שהיא מביאה עימה, מחזקת את המסקנה כי ניצול זה אכן יש למנוע.

2.ג תוכן החוזה: סיכונים, סיכויים והטיות בשירות האגו

החוזה הוא מכשיר לחלוקת סיכונים. לצד אפקט העלות השקועה ובנוסף לה, ישנן הטיות שונות העלולות לגרום לעיוות בתפיסת הסיכונים שהחוזה האחיד מסדיר. כמובן, שצד לחוזה הטועה בתפיסת הסיכון שתניות החוזה מגלמות עלול להתקשר בעסקאות לא יעילות. ככלל, העיוות או הטעות בתפיסת הסיכונים יכולים לבוא לידי ביטוי בשני אופנים שונים. ראשית תיתכן טעות בהערכת מידת הסיכון עצמו. למשל: פלוני חושב שסיכויי לזכות בפיס גדולים מסיכויי למות בתאונת דרכים, בעוד שהמציאות הפוכה⁹⁵. במקרה מעין זה, הטעות נובעת מפערי מידע, קרי - אי ידיעת הנתונים האמיתיים. שנית, ייתכן מצב בו אדם מודע לסיכון, אך טועה באופן התגובה כלפיו. למשל: פלונית יודעת שמידי שנה מתים במדינת ישראל כ-10,000 איש כתוצאה מעישון (1,500 מתוכם בשל עישון פאסיבי)⁹⁶, אך היא עדיין לא נוקטת באמצעי הזהירות הראויים (מבחינת תוחלת הסיכוי).

כאשר מדובר בסיכונים שלוקחים על עצמם צדדים לחוזה אחיד, הרי שגם אם יש לניצע את המידע המדויק בדבר הסיכון, הוא עדיין עלול להגיב לו באופן תת-אופטימאלי בשל הטיות בשירות האגו (Self-serving biases), כדוגמת אופטימיות יתר (Over-optimism) ועודף ביטחון

⁹⁴ לאור האמור אף ניתן להבין טוב יותר את חוק הפיקוח על מכונים פסיכומטריים, התשס"ט-2008, שהתקבל באחרונה. החוק קובע בסעיף 8 (א), כי לצרכן נתונה זכות ביטול מדורגת (תשלום דמי ביטול בהיקף המותאם לשלב בו מודיע הצרכן על ביטול השתתפותו). כמו כן נקבע בסעיף 8(ג), כי "תלמיד זכאי להשתתף בשני שיעורי ניסיון בלא תשלום, לפני תחילת הלימודים בקורס".

⁹⁵ ראו למשל יוסי לוי, על הגרלת ה-50 מיליון בפרט והגרלות הלוטו בכלל (8 בדצמבר 2008), זמין ב-<http://www.sci-princess.info/archives/322>, שם מצוטט פרופ' משה פולק כאומר: "הסיכוי לזכות בפרס הגדול בהגרלת הלוטו בשבוע הבא, בסך 50 מיליון שקל, קטן בהרבה מהסיכויים שלכם למות השבוע (חס וחלילה) בתאונת דרכים." סיכויי הזכייה במילוי טופס לוטו רגיל בשתי טבלאות הינם 1:9,299,136. לנתונים נוספים ראו אתר מפעל הפיס, <http://www.pais.co.il/Pais/Games/Lotto/HowtoPlay>.

⁹⁶ ראו אתר האגודה למלחמה בסרטן, הנסמך על נתוני משרד הבריאות. על פי נתונים אלו, מספר האנשים המתים מעישון גדול ממספר המתים מתאונות דרכים, פעולות איבה, ואיידס יחד. <http://www.cancer.org.il/template/default.asp?textSearch=&maincat=41&catid=397&pageid=3717&innerparentId=3718>

(Over-confidence) ⁹⁷. רוב האנשים בטוחים שהם יצליחו יותר מן הממוצע, ושהסיכונים בפניהם הם-עצמם עומדים נמוכים מהסיכון הממוצע. רוב המרצים חושבים שהם מרצים טובים מהממוצע, רוב הנהגים חושבים שהם נהגים טובים מהממוצע, רוב המתחננים סבורים שהם לא יתגרשו, רוב הסטודנטים מעריכים שהם ירוויחו יותר מעמיתיהם לספסל הלימודים, ורוב האנשים בטוחים שהם מוכשרים מהממוצע ⁹⁸.

באופן דומה, אנשים נוטים להדחיק נסיבות עתידיות לא נעימות ולהאמין שסיכוייהם לחוות אירוע שלילי כדוגמת מוות בטרם עת, תאונת דרכים, נכות, חדלות פירעון והתקפי לב, נמוך מסיכוייהם של אחרים ⁹⁹. כאשר מדובר בסיכונים שלוקחים על עצמם צדדים לחוזים אחידים, מתעורר החשש שרוב הלקוחות יוותרו על זכויות משפטיות שהיו מוקנות להם אלמלא לשון החוזה, ושהם יהיו מוכנים לחלוקת סיכונים לא רציונאלית במסגרת תניות חוזיות. כיוון שהלקוח מן היישוב מאמין ש"לי זה לא יקרה", הוא מוכן ליטול עצמו סיכונים שאלמלא העיוות האמור בתפיסת המציאות הוא היה נמנע מהם.

האם קופצי טרמפולינות חובבנים, הנפגעים אגב ביצוע תרגילי קפיצה מתקדמים, יכולים להיפרע ממפעילת טרמפולינות? על רקע תופעת אופטימיות היתר והביטחון העצמי המופרז מעניין לשוב ולבחון את פסק הדין **לגיל טרמפולין** ¹⁰⁰. בעניין זה הפעילה לגיל טרמפולין מרכז טרמפולינות בחוף הכרמל בחיפה. משתמשים ניזוקו אגב השימוש בטרמפולינות, בעודם מבצעים תרגילי הקרוי "סלטה מהבטן אחורה"; אשר הוגדר על ידי בבית המשפט כ"תרגיל מתקדם" ¹⁰¹. כפי שהסביר בית המשפט:

"ההוראות וההנחיות הכלולות בכרטיס הכניסה ובשלט מחייבות את המשיבים ופטרות את המערערת מאחריות. בין השאר מצוי שם סעיף פטור בזו הלשון: 'החברה אינה אחראית לשום תאונה. נזק או חבלה שייגרמו לקופץ. הקופץ משתמש במקפצה על אחריותו בלבד'. תנאי זה מופיע (קצת בשינוי לשון) על פני הכרטיס וכסעיף אחרון בכתובים שעל גב הכרטיס ובשלט הנושא את הכותרת 'הוראות למתעמלים'." ¹⁰²

האם יכולה לגיל טרמפולין לפטור עצמה מאחריות לאור הוראות אלו? בית המשפט ציין, כי מבחינה עובדתית לא הוסבה תשומת לבם של הקופצים "לא לסעיף הפטור בתור שכזה ובכלל לא לכתוב על פני הכרטיס או על גבו. הם ראו בפיסת הנייר שקיבלו אישור על תשלום דמי הכניסה ואפשרות כניסה למקום ותו לא. לא עיינו בו ולא קראו את הכתוב עליו" ¹⁰³. ואולם, כאמור לעיל,

⁹⁷ חשש זה רלוונטי הרבה פחות ביחס לצדדים מתוחכמים המגלים ניטרליות ביחס לסיכון (risk neutral), ואשר נהנים מניסיון, ייעוץ מקצועי, ותמריץ עסקי שאינם מנת חלקם של צרכנים מן היישוב. וראו גם לעיל הערה 79.

⁹⁸ ראו Lynn A. Baker & Robert E. Emery, *When Every Relationship Is Above Average: Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage*, 17 L. & HUM. BEHAV. 439 (1993). וכדברי בית המשפט העליון באחת הפרשות: "ניסיון החיים מלמד כי טבע האדם לנהות אחר הערכות אופטימיות גם אם אלה אינן תואמות לעיתים את המידע האובייקטיבי שברשותו... אכן, הערכת הסיכונים של האדם ביחס לעצמו אינה תואמת בהכרח את הסיכונים העומדים בפניו בפועל ואינה זהה בין אדם לאדם." ע"א 1064/03 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' עיזבון המנוחה פיאמנטה ז"ל (טרם פורסם, ניתן בתאריך 8.2.06), פסקה 33 לפסק דינה של השופטת ארבל.

⁹⁹ ראו Neil Weinstein, *Optimistic Biases About Personal Risks*, 246 SCI. 1232 (1989). ¹⁰⁰ ע"א 285/73 לגיל טרמפולין נ' נחמיאס, פ"ד כט(1) 63 (להלן: "עניין לגיל").

¹⁰¹ שם, בעמ' 67. התרגיל תואר על ידי בית המשפט באופן הבא: "המתעמל עושה ניתור למעלה ונוחת בשכיבה על הבטן. הוא מקבל באופן זה תנופה למעלה, וכאשר גופו מגיע בצורה אופקית לשיא הגובה, המתעמל מכווץ את רגליו בכיוון לבטן ומושך את ראשו לאחור, ובצורה כזאת מבצע סיבוב גופו אחורנית והוא נוחת על רגליו". שם, בעמ' 68.

¹⁰² שם, בעמ' 69.

¹⁰³ שם.

הלכה ידועה היא כי אדם מוחזק כמי שמכיר את תוכן החוזה לו הוא צד, וכי ככלל מי שלא עמד בנטל לקרוא חוזים (the duty to read) לא יוכל לאחר מכן להישמע בטענה כי לא ידע את האמור בחוזה ולא הסכים לו.¹⁰⁴ השופט ברנזון פוטר טענה זו, בהסבירו כי "אין לצפות מאדם המקבל כרטיס כניסה כזה שיבדוק אם כתוב עליו משהו ומהו הכתוב. אפילו יראה שיש כתובים, כלום יחשוב שהוא מכיל תנאים שעליו לקרואם והתנהג על-פיהם?"¹⁰⁵.

ואולם, נראה כי גם אם היו משתמשי הטרמפולינה קוראים את התניה האמורה ואת השלט שהוצב בכניסה למתקנים לא היה בכך כדי להביאם לקבל החלטות באופן מושכל ורציונאלי. זאת, בין היתר, משום שאנשים המבקשים לקפוץ על טרמפולינה יטו לדמיין את עצמם קופצים ונהנים, ולא נופלים ונפגעים. אופטימיות יתר וביטחון עצמי מופרז יגרמו לקופצים חובבים להיות בטוחים ביכולתם לבצע קפיצות (גם מתקדמות!) מבלי להיפגע. לכן, בצדק, לדעתי, ציין השופט קיסטר, כי הגם שלגיל טרמפולין לא סיפקה שירות מונופוליסטי או חיוני, הרי שבהחלט יש כאן ניצול של קלות-דעת של הלקוחות שאינם מעריכים או שוקלים את מידת הסיכון וגם אינם שוקלים שתנאי הפטור יגיע לידי מימוש"¹⁰⁶. בדברים אינטואיטיביים אלו כיוון השופט קיסטר לתופעה התנהגותית נרחבת המביאה אנשים לזלזל בסיכונים מסוגים מסוימים, לשגות ולהאמין שהם חסינים (יחסית) מטעויות וכישלונות, ולכן – להתעלם או לקבל סיכונים חוזיים שראוי היה להיות חשדניים הרבה יותר ביחס אליהם.¹⁰⁷

על רקע נטייתם הטבעית של אנשים לאופטימיות יתר ולאור ביטחונם העצמי המוגזם מעניין לדון בקצרה בחוזים אחידים המסדירים שתי פעילויות שוק נוספות: נטילת הלוואות בשוק האפור ורכישת כרטיסי הגרלה. תחילה לנטילת הלוואות. כאשר אדם נוטל הלוואה, אופטימיות היתר מביאה אותו לצבוע את העתיד בצבעים ורודים, וביטחונו המופרז בכישוריו וביכולתו לצפות את העתיד מחמירים את העיוות בתפיסת המציאות. זאת ועוד: ככל שהמציאות העתידית המדומיינת רצויה יותר, כך מתחזקת הנטייה לאופטימיות יתר. על רקע עיוות תפיסתי זה, שלעיתים נוספת לה מצוקה כלכלית, נכון הלווה לקחת על עצמו סיכונים מופרזים בדמות תניות דרקוניות המנוסחות על ידי נותן הלוואה.¹⁰⁸

כמובן שאין בכך כדי לטעון, כי חוזי הלוואה בשוק האפור, באשר הם, בטלים בשל היותם מנוגדים לתקנת הציבור.¹⁰⁹ כן אין מקום לטענה כי כל חוזה הלוואה נגוע בפגמים ברצון, כדוגמת טעות או עושה. גישה זו מרחיקת לכת ואיננה רצויה. יש לזכור, כמובן, כי הלוואות רבות – לרבות אלו הניטלות בשוק האפור – נותנות מענה לצרכי הלווה, כפי שהן מקדמות את טובתו של המלווה. הלוואות נדרשות לצורך הנעת גלגלי הכלכלה, והן חשובות לתפקוד תקין של המשק. איסור על

¹⁰⁴ ראו למשל לעיל הערה 6. סתירת החזקה לפיה מי שחתם על חוזה קרא והבין את תוכנו צריכה להיעשות ב"ראיות פוזיטיביות כאפשרות קרובה". ראו למשל ע"א 6799/02 יולזי נ' בנק המזרחי, פ"ד נח(2) 149, 144 (2003); ע"א 8163/05 הדר נ' פלונית, פסקה 37 (ניתן בתאריך 6.8.2007).

¹⁰⁵ לעיל הערה 100, בעמ' 70.

¹⁰⁶ דבריו של השופט קיסטר בעניין לגיל, בעמ' 82.

¹⁰⁷ בנוסף יוער, כי ייתכן מאוד שגם תופעת העלות השקועה מעודדת את הצרכן שלא לבחון את תנאי ההסכם בקפידה. לרוב נמסר הכרטיס (שעל גבו הוראות החוזה) לצרכן רק לאחר שגמלה בליבו החלטה עקרונית לבצע את העסקה, ולאחר שהתשלום בוצע. נסיגה בשלב מאוחר זה עלולה להתפרש כהודאה בטעות, כניעה לפחד וכדומה. על אחת כמה וכמה שכן הם פני הדברים כאשר מדובר בבילוי חברתי או בהחלטה שמתקבלת על ידי מספר אנשים יחד.

¹⁰⁸ ראו למשל Shmuel Becher, *Behavioral Science and Consumer Standard Form Contracts*, 68 LA. L. (2007) 117, 147-150. REV. והאסמכתאות המוזכרות שם.

¹⁰⁹ אך ראו הערתו של השופט אליקים רובינשטיין בע"א 9044/04 מכלוביץ נ' מיסטר מאני (2008), פסקה ג לפסק דינו, לפיה יש גם יש מקום לבחון חוזים אלו בפריזמה של דוקטרינת תקנת הציבור. בנוסף יודגש, כי חלק זה איננו מתייחס להלוואות לא חוקיות, הראויות להסדרה וטיפול באמצעים שונים בתכלית.

הלוואות בשוק האפור יקשה, לעיתים, דווקא על אותן אוכלוסיות מבוססות פחות, הנתקלות בקשיים בקבלת הלוואה "רגילה" (בנקאית או באמצעות כרטיס אשראי).

עם זאת, יש מקום להתחשב בהטיות התנהגותיות כדוגמת אופטימיות יתר וביטחון עצמי מופרז בעת בחינת הקיפוח של החוזה האחיד החולש על נטילת הלוואה. טלו לדוגמה את עניין רייז¹¹⁰. באותו עניין ביקש אדם (להלן: "הלווה") לפתוח עסק, ולשם כך נטל הלוואה בשוק האפור על סך 250,000 ש"ח. כערובה להלוואה מושכן בית המגורים של אימו, כמו גם כלי שיט של הלווה. אחת השאלות שהתעוררו בפסק הדין, היא האם החוזה עליו חתמו הלווה ואימו מכיל תניות מקפחות. בפסק הדין מאוזכרות מספר תניות חד-צדדיות. במסגרת דיונון אתמקד בתנית הפיצוי המוסכם, שקבעה כי הפרת החוזה גוררת עימה פיצוי מוסכם בגובה של 50% מסכום הלוואה בתוספת מע"מ.

לפני שבוחנים את סבירותה של התניה, חשוב להבהיר בקצרה כי לתנית פיצוי מוסכם הצדקות ושימושים שונים. כך למשל, לעיתים מבכרים הצדדים תנית פיצוי מוסכם בשל הרצון להימנע מהקושי הצפוי בהוכחת הנזק בבית המשפט וכך לחסוך בליטיגציה¹¹¹. בנוסף, תנית פיצוי מוסכם מאפשרת לצד לחוזה "לאותת" לצד השני על רצינותו. צד המסכים לתנית פיצוי מוסכם הכוללת פיצוי גבוה יחסית, מאותת לצד השני שאין בכוונתו להפר את החוזה (אחרת הייתה נכונותו להסכים לתנית הפיצוי פוחתת)¹¹². יתר על כן, תנית פיצוי מוסכם יכולה לשמש כחסם מפני לטיגציה. פיצויי קנס או פיצויים מוגברים יכולים להבטיח כי גם בהינתן הפרה, הצדדים לא ימהרו לבית המשפט. פיצויים כבדים יכולים להביא את המפר הפוטנציאלי לשאת ולתת מחדש עם הניפר, לפני ביצוע ההפרה, לצורך פשרה (במקום לנהל הליכים משפטיים). כמו כן, פיצויים מוסכמים מפחיתים את הסיכוי כי חילוקי הדעות שבין הצדדים לחוזה ביחס לשיעור הפיצויים יהיו מהותיים. בהיעדר חילוקי דעות מהותיים צפויים הצדדים להתפשר יותר ביניהם, במקום להידרש לליטיגציה¹¹³.

היש הצדקה, אם כן, לשיעור פיצוי של 50% בנסיבות עניין רייז? מעניין להעיר, כי הגם שבית המשפט יכול היה להתערב בגובה הפיצוי המוסכם ולהקטינו מכוח דיני החוזים הכלליים¹¹⁴, הוא בחר לבחון את התניה האמורה בפריזמה של דוקטרינת התנאי המקפח. לגופה של סוגיה, בית המשפט השיב על שאלת סבירותה של התניה בשלילה, באומרו:

"קשה להבין על מה מפצה סעיף פיצוי זה, לאור העובדה שריבית הפיגורים היא גבוהה ביותר, והריבית הראשונית על הלוואה בעצמה מביאה עמה רווח נאה. נדמה ש'פיצוי' מוסכם בחוזה כגון זה, בודאי על רקע ההוצאות השונות המוטלות על המלווה, סעיפי הריבית הגבוה והבטוחות, איננו נדרש 'כשוט' על הלווה למען ישיב את הלוואה אלא מהווה הגנה בלתי הוגנת על האינטרס של המלווה ונתיב נוסף לגריפת רווחים"¹¹⁵.

¹¹⁰ לעיל הערה 54. ערעור על פסק הדין נידחה על ידי בית המשפט העליון. ראו ע"א 9136/02 מיסטר מאני נ' רייז, פ"ד נח(3) 934 (2004).

¹¹¹ ראו Phillip R. Kaplan, *A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages*, 50 S. CAL. L. REV. 1055, 1057-1058 (1978).

¹¹² ראו למשל RICHARD POSNER *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 126 (6th ed., 2003).

¹¹³ לעיל הערה 111, בעמ' 1058.

¹¹⁴ ראו סעיף 15(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.

¹¹⁵ שם, בעמ' 2690.

גם לעניות דעתי תניה זו איננה ראויה, אך לא רק משום שהיא מוכתבת על ידי הצד החזק לשם יצירת "נתיב נוסף לגריפת רווחים". היא מקפחת, גם משום שהיא מנצלת את האופטימיות האנושית הטבעית, שמביאה את הלווה להאמין כי יוכל לעמוד בתשלומי הלוואה. את הסיכוי שהלווה לא יעמוד בתשלומיו ניתן לתמחר באמצעים המקובלים (ריבית, ריבית פיגורים ובטוחות). לעומת זאת, לווה המעריך בחסר את הסיכוי שייקלע למצב כלכלי קשה ולא יוכל לעמוד בתשלומי ההלוואה מעריך בחסר גם את הסיכוי כי ידרש לפצות את המלווה בגין הפרת החוזה¹¹⁶. לפיכך, גם אם הלווה מודע לחלוטין לתנית הפיצוי המוסכם הוא עלול שלא להתייחס אליה ברצינות הראויה בגלל הטיות בשירות האגו. תובנה זו מחזקת את מסקנתו של בית המשפט כי שיעורה של תניית הפיצוי, במקרה הזה, אכן מהווה תנאי מקפח¹¹⁷.

הדיון בחלק זה מתקשר, לדעתי, גם לרכישת כרטיסי הגרלה, ולתוכן שיצק בית המשפט לעיקרון תום הלב בעניין יתח. כאמור לעיל¹¹⁸, הסיכוי לזכות בפרס הגדול בלוטו הוא נמוך ביותר. עד כדי כך נמוך, שקשה לאנשים להבין את הסיכוי. לשם המחשה, מקובל לסבור כי הסיכוי למוות כתוצאה מפגיעת אסטרואיד (!) משתווה לסיכוי לזכות בפרס הגדול בלוטו במילוי טופס סטנדרטי של 10 טבלאות¹¹⁹. מדוע, אם כן, רוכשים אנשים כרטיסי לוטו¹²⁰?

לכך מספר סיבות, ונמנה את חלקן. סיבה אחת היא, שמרבית האנשים לא מודעים לסיכויים הסטטיסטיים. ייתכן שהם יודעים שהסיכוי "נמוך", אך הם לא משערים מהו בדיוק אותו סיכוי ועד כמה הוא נמוך. כלומר, החלטותיהם מתבססות על מידע חסר. חוסר במידע מהווה כשל שוק כלכלי קלאסי, העלול לגרום לקבלת החלטות לא יעילה. ואולם, מסופקני אם פרסום הסיכוי והבאתו לידיעת המהמרים ישנה את התמונה באופן מהותי¹²¹. זאת, משום שישנן סיבות התנהגותיות וחברתיות המביאות אנשים להתייחס אל הימורים בכלל, ואל הלוטו בפרט, באופן לא רציונלי¹²². נזכיר בקליפת אגוז את מקצתן¹²³.

¹¹⁶ יתר על כן, ייתכן כי תפיסת המציאות של הלווה מתעוותת עוד יותר על רקע אשליית השליטה (הנטייה האנושית להגזים ביכולת הפרט לשלוט בתהליכים ואירועים) והנטייה האנושית להמעיט בערכם של אירועים מקריים או כאלו שאינם בשליטתנו ושיובילו להפרת החוזה. באופן דומה, אנשים נוטים לחשוב בשלב כריתת החוזה על קיומו, ולא על הפרתו. ראו למשל OLIVER WENDELL HOLMES, JR., THE COMMON LAW 302 (1895).

¹¹⁷ תניית פיצוי מוסכם היא תניה נפוצה ומקובלת, לא רק בחוזים אחידים. כאמור, לתניה זו הצדקות מגוונות. עם זאת, כאשר מדובר בצרכנים או לווים חסרי ניסיון ולא מתוחכמים, שלרוב גם לא נעזרים בהכוונה או ייעוץ מקצועיים, סיכויי חשיפתם להטיות קוגניטיביות גבוהים יותר. יוער, כי הספרות בנושא ענפה, וישנן גישות לכאן ולכאן. לגישה ספקנית ביחס ליכולתה של הגישה ההתנהגותית לשמש בסיס כללי להבנת התופעה של תניית פיצוי מוסכם ראו Robert A. Hillman, *The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis: The Case of Liquidated Damages*, 85 CORNELL L. REV. 717 (2000).

¹¹⁸ לעיל הערה 95.

¹¹⁹ יוער, כי הניתוח בחלק זה מתייחס לסיכוי לזכות בפרס הגדול. אינני מתייחס לאפשרות לזכות בפרס משני או להגרלות בהן בהעדד זוכה בפרס הראשון מחולק הכסף למשתתפים אחרים.

¹²⁰ להלן אתמקד בסיבות המצביעות על כך שהשתתפות בהגרלות לוטו עלולה לנבוע מכשלי שוק או התנהגויות לא רציונליות. לגישה שונה וליברלית יותר, הכוללת הנמקות רציונליות להשתתפות בהגרלות, ראו עופר גרוסקופף "פטרנליזם, תקנת הציבור והמונופול הממשלתי בשוק ההימורים" המשפט ז 9 (2002).

¹²¹ כבר כיום מפורסמים סיכויי הזכייה, גם אם לא באופן בולט או ברור. מידע סטטיסטי בדבר סיכויי הזכייה ניתן למצוא (לאחר חיפוש לא קצר) באתר מפעל הפיס, ועל גב כרטיסי הגרלה שונים.

¹²² להתייחסות מחויכת משהו לתופעה ראו Gregory Karp, *Odds are, Lotto Ticket a Wasted Dollar*, זמן ב- <http://www.uwmanitowoc.uwc.edu/staff/bmurphy/Spring2009/Math117/Handouts/lottery.pdf>. המחבר פותח את מאמרו בהצהרה לפיה "American life presents myriad ways to spend money unwisely, but perhaps the dumbest is buying lottery tickets as some kind of investment plans." הגרלות הלוטו "a tax on the stupid".

¹²³ לסקירה נרחבת ראו למשל Paul Rogers, *The Cognitive Psychology of Lottery Gambling: A Theoretical Review*, 14 J. GAMBLING STUD. 111 (1998).

ראשית, אנו נוטים להעריך ביתר את הסיכוי לקרות מאורעות בולטים ומיוחדים, הזוכים לחשיפה תקשורתית וציבורית¹²⁴. זכייה בפרס הגדול בלוטו היא מאורע חריג וצבעוני, ופרסומות ודיווחי תקשורת גורמים לנו להאמין שהוא תדיר יותר משהוא באמת. שנית, כאמור, אנו אופטימיים ביחס לעתיד. במסגרת זו, אנו סבורים שהסיכויים שלנו לקרות דברים חיוביים גבוהים מסיכוייהם של אחרים. שלישית, אשליית השליטה (illusion of control) גורמת לנו לעיתים לבלבל בין אירועי מזל ואירועים תלויי כישורים, ולהאמין שאירועי מזל נתונים לשליטה¹²⁵. באופן דומה משהו, מהמרים נוטים להאמין ב"מספרי מזל", כדוגמת תאריכי ימי הולדת, נישואים וכיוצא בזה¹²⁶. בנוסף, הימורים מתמשכים שלא הביאו לזכייה גדולה מחד גיסא, והקלות היחסית בה ניתן לזכות בפרס כספי נמוך, במקרה של הגרלת הלוטו - באמצעות ניחוש שלושה מספרים בלבד מאידך גיסא, נותנים לנו תחושה כי הדבר אפשרי אם רק יאיר לנו המזל קצת יותר פנים¹²⁷.

יתר על כן, זוכה פרס נובל לכלכלה, פרופ' אומן, צוטט כאומר: "אנשים לא קונים טפסי לוטו, הם קונים את הזכות לקוות"¹²⁸. אין פסול עקרוני בתשלום עבור "הזכות לקוות", ויש שיטענו כי מדובר במעשה המביא תועלת, ולכן - רציונאלי לחלוטין. עם זאת יש לזכור, כי זכות זו מוערכת ביותר על ידי אוכלוסיות חלשות, כיוון שחבריהם משווים את עצמם לאוכלוסיות אחרות, ומכיוון שיש להם הרבה יותר מה להרוויח. הפיס נתפס, עבור רבים מהם, כאמצעי לצאת ממעגל העוני. אנשים החשים - ולו באופן זמני - עניים, נוטים יותר להשתתף בהגרלות¹²⁹, ואוכלוסיות הנמנות על המעמד החלש משקיעות בהגרלות באופן לא פרופורציונאלי להכנסתן וחלקן באוכלוסיה¹³⁰. לאור האמור, לא פלא שעל פי פרסומי העיתונות, מספר רב יחסית של דוכני פיס ממוקם דווקא בשכונות חלשות ובערי פיתוח¹³¹.

¹²⁴ ראו למשל Colin F. Camerer & Howard Kunreuther, *Decision Process for Low Probability Events: Policy Implication*, 8 J. POLY ANALYSIS AND MGMT. 565, 569 (1989). המחברים מפנים למחקר לפיו אנשים מאמינים שהסיכוי למוות כתוצאה מאסונות הזוכים לחשיפה תקשורתית נרחבת כדוגמת שריפות ורציחות גבוהה מהסיכוי למוות כתוצאה ממחלות כדוגמת סכרת וסרטן השד, בעוד שבפועל שתי המחלות גובות מחיר כפול בחיי אדם מאסונות כדוגמת שריפות ורציחות. זו גם הסיבה שבעטייה אנשים נוטים להאמין שטיסה מסוכנת יותר מנסיעה ברכב, בעוד שהמציאות הפוכה. לנתונים סטטיסטיים ראו למשל JONAH LEHRER, HOW WE DECIDE (2009) 251-252 (המסכם את הנתונים באמירה כי "the most dangerous part of traveling on a commercial airplane is the drive to the airport"; שם, בעמ' 252).

¹²⁵ לדיון קצר באשליית השליטה המדומה בהקשר של הגרלות לוטו ראו למשל Eileen Hill & Janis Williamson, *Choose six numbers, any numbers*, 11(1) THE PSYC. BULLETIN OF BRITISH PSYCHOLOGIST SOCIETY, 17, 20 (1998).

¹²⁶ מדובר, למעשה, באמונה תפילה המשפיעה על המספרים אותם בוחרים מהמרים. ראו למשל לעיל הערה 123.

¹²⁷ מחשבה שגויה זו מתקשרת לתופעות כדוגמת "החטאה קרובה" ו"כשל המהמר" ("The gambler's fallacy"). "החטאה קרובה" היא המחשבה שאם פספסנו רק במעט את התוצאה הרצויה, סיכויינו להצליח כעת גבוהים יותר. על פי "כשל המהמר", אנשים תופסים אירועים שלא התרחשו בעבר הקרוב כבעלי סבירות גבוהה יותר להתרחשות בעתיד הקרוב. בהקשר דנן, מהמרים יתפסו סדרה של הפסדים כעדות לכך שהצלחה מתקרבת. ראו למשל לעיל הערה 123.

¹²⁸ נופר סיני, יותר מזל משכל (הארץ, 22.6.2007).

¹²⁹ הניסוי המעניין הבא ימחיש: אנשים התבקשו למלא סקר, הכולל נתוני הכנסה, בשתי גרסאות שונות. לקבוצה אחת ניתנה האפשרות לבחור את גובה השכר שלהם בערכים שנעו בין "פחות מ-\$10,000" ל-"מעל \$60,000", ואילו לקבוצה השנייה בערכים שהתחילו ב"פחות מ-\$100,000" ועד ל"מעל מיליון דולר". הערכים הגבוהים שניתנו לקבוצה ב' נועדו להגביר בקרבם את התחושה לפיה הם משתכרים שכר נמוך יחסית. כתשלום עבור מילוי הסקר ניתנו למשתתפיו חמש שטרות של דולר, לצד האפשרות להמיר את התשלום בכרטיסי הגרלה. אנשי הקבוצה הראשונה, שהרגישו עשירים יותר, רכשו בממוצע 0.67 כרטיסים. לעומת זאת, אלו שנמנו על הקבוצה השנייה, ושהרגישו עניים יותר, קנו בממוצע 1.27 כרטיסים, כמעט כפול (!) מהקבוצה הראשונה. ראו Emily Haisley, Romel Mostafa & George Loewenstein, *Subject Relative Income and Lottery Tickets Purchases*, 21 J. BEHAV. DEC. MAKING 283 (2007).

¹³⁰ זוהי הדעה הרווחת. למחקר אחד מיני רבים ראו Jhon D. Wisman, *State Lotteries: Using State Power to Fleece the Poor*, 40 J. OF ECON. 955 (2006). לדעתו של המחבר, הגרלות הלוטו מהוות את המכשיר האפקטיבי ביותר להעברת עושר מעניים לעשירים, בין היתר משום שהעניים נוטלים בו חלק בשמחה. עוד נטען בהקשר זה, כי

אם בכך לא די, מפעל הפיס תורם לסיכויי ההתמכרות של משתתפי ההגרלות ולקבלת החלטות בלתי רציונלית על ידם באמצעים נוספים. בין אלו ניתן למנות את הגדלת סכום הפרס על חשבון סיכויי הזכייה¹³², שימוש בפרסומות מפתות¹³³ וביצוע הגרלות חוזרות ונשנות במהלך היום¹³⁴. בכתבה עיתונאית צוטט פרופ' שאול בר לב כמסביר את הדברים הבאים:

"מי שנפגע הם אנשים מהשכבות החלשות שלפעמים משקיעים את כל מה שיש להם בהימורים וגירודים למיניהם, אנשים חסרי אמצעים שמשקיעים לפעמים אלפי שקלים... מפעל הפיס מגדיל את מספר ההגרלות לכמה ביום, דבר שמגדיל באופן ניכר את ההתמכרות של רבים... למרבה הצער, העשירונים התחתונים שמהמרים בהגרלות חוקיות אינם מודעים כלל וכלל להסתברויות הזכייה"¹³⁵.

מעניין לקרוא את פסק הדין בעניין יתח על רקע האמור לעיל. על פי העובדות שתוארו בפסק הדין¹³⁶, רכש חיים יתח (להלן גם: "המערער"), תושב נתיבות, כרטיס לוטו ב"הגרלת היובל", שנערכה לרגל ציון 50 שנה להקמתו של מפעל הפיס. לראשונה בתולדות מפעל הפיס, עמד הפרס הגדול על 50 מיליון ש"ח. גם אופן ההגרלה היה שונה במקצת. בשונה מההגרלות השבועיות הרגילות הנערכות באמצעות כרטיס אחד, הפעם נדרש המשתתף לנחש חמישה מספרים תוך שימוש בשני מסמכים. המסמך הראשון כונה "טופס משחק", ועליו סומנו המספרים הנבחרים. הנתונים המופיעים בטופס המשחק עוברו למחשבי מפעל הפיס, ואז הופק המסמך השני, הוא "כרטיס השתתפות". עיקרי התנאים להשתתפות בהגרלה הודפסו על גבי שני הכרטיסים, בצירוף הפניה לתנאי תוכנית ההגרלה. תוכנית הגרלה זו מהווה את המסגרת החוזית החולשת על ההגרלה.

המערער השמיד בטעות את כרטיס ההשתתפות. הסתבר שכרטיס ההשתתפות, שעל פי הנתען היה ברשותו, הוא אחד מהכרטיסים שזכו בפרס הראשון בהגרלת היובל. הממונה על חלוקת הפרסים במפעל הפיס סירב לתת את מנת הפרס למערער, שהחזיק בידו את "טופס המשחק" בלבד. זאת, משום שעל פי סעיפי תוכנית ההגרלה על הזוכה להחזיק בידו "כרטיס

היקף מכירות כרטיסי הלוטו (state run lotteries) גדל בסמוך לאחר חלוקת קצבאות הביטוח הלאומי. ראו Andrew P. Weinbach & Rodney J. Paul, *Running the Numbers on Lotteries and the Poor: An Empirical Analysis of Transfer Payment Distribution and Subsequent Lottery Sales*, 36 ATLANTIC ECON. J., 333 (2008).

¹³¹ ראו שי נב, "מובטל, צריך פיס בחיים" (גלובס, 1.3.2009). על פי האמור בכתבה, ביישובים ואזורים מבוססים כמעט שאין דוכני מפעל הפיס, בעוד שבאזורי מצוקה יש שפע רב של דוכנים. אומנם ייתכן כי הסיבה לכך היא שאנשים מבוססים כלכלית מעדיפים לרכוש כרטיסי הגרלה באמצעות הוראות קבע וכדומה, אך בהיעדר נתונים מבוססים לא אדרש לטיעון זה.

¹³² ראו חגית ברונסקי, הפיס מקטין ב-35% את סיכויי הזכייה בלוטו החדש: מעתה יש לנחש 6 מספרים מ-37 אפשרויות (גלובס, 23.2.2009). בהקשר זה ראוי לזכור, כי אנשים נוטים לייחס יותר חשיבות לסכום הפרס מאשר לשינויים קטנים בסיכויי הזכייה.

¹³³ בבג"ץ 8314/06 רשף נ' מפעל הפיס (טרם פורסם, פורסם בתאריך 9.2.2009) הועלתה הסוגיה אך לא נדונה לגופה, כיוון ש"בדין הובהר על ידי נציג המדינה כי 'פרסומות מאסיביות ואגרסיביות' הקוראות לציבור להשתתף בהימורים הינן פסולות, בשל החשש כי יש בהן כדי להביא אנשים מן הציבור לידי התמכרות".

¹³⁴ כך הוא למשל הגרלת ה-KENO, המוגדרת על ידי מפעל הפיס כ"הגרלת מזל מהירה", הנערכת מידי שעה (קרי, 24 הגרלות יומיות). ראו <http://www.pais.co.il/Pais/PaisPlace/Keno>. ההסבר הנוירולוגי להתמכרות להגרלות הנערכות בתדירות גבוהה הוא שזכייה מפתיעה בפרס גורמת להפרשה מוגברת של דופמין, הגורמת לתחושת עונג. כיוון שהמוח האנושי לא בנוי להתמודד עם מקריות חסרת היגיון פנימי, הוא אינו מסוגל להתאים את עצמו לתבניות לא סדורות. התוצאה היא השתתפות אובססיבית במשחקי הגרלות, תוך ניסיון חסר תוחלת "להכניס סדר והיגיון" בתוצאות ההגרלה. ראו LEHRER לעיל הערה 124, בעמ' 60-61.

¹³⁵ לעיל הערה 128. על פי האמור שם, פרופ' בר לב סבור אף הוא "כי מדובר בסוג של מס שמוטל על השכבות החלשות, ומרע את מצבן. העשירונים התחתונים מוציאים על זה הרבה יותר יחסית להכנסה שלהם, גם אם הם אלה שמקבלים את ההטבות של מפעל הפיס - ולכן זהו מס על עניים".

¹³⁶ עניין יתח, לעיל הערה 11, פסקה 1.

השתתפות". יתח עתר לבית המשפט המחוזי. בית המשפט המחוזי סירב לכלול את יתח ברשימת הזוכים¹³⁷, בהתבססו על הוראות תוכנית ההגדרה ועל פסיקה קודמת של בית המשפט העליון¹³⁸.

ערעורו של יתח לבית המשפט העליון התקבל פה אחד. במסגרת פסק דינה הסבירה השופטת ארבל, כי חובת תום הלב מחייבת את מפעל הפיס לבדוק את פניותיהם של אנשים הטוענים לזכייה בפרס, גם כאשר הם לא מחזיקים בכרטיס הזוכה. בנסיבות מסוימות, לדעת השופטת, יוכל אדם להוכיח את זכייתו גם ללא כרטיס. במקרים אלו שומא על מפעל הפיס להעניק את מנת הפרס¹³⁹. עוד הסבירה השופטת, כי על מפעל הפיס מוטלת חובת תום לב מוגברת, הנובעת מהיות תנאי ההשתתפות בהגדרה חוזה אחיד. כוחו העודף של המפעל בניסוח תנאי ההגדרה, והעובדה כי מפעל הפיס מסתפק בהפניה לתנאי ההגדרה בלבד (ולא מביא אותם לידיעת משתתפי ההגדרה) מצדיקים, לשיטת השופטת, הקפדה יתרה על עיקרון תום הלב¹⁴⁰.

השופטת נאור הצטרפה למסקנתה של השופטת ארבל, אך הנמקתה הייתה שונה. לשיטתה, נכון יותר לבסס את ההכרעה על בסיס תוכן החוזה, מבלי להיזקק לדוקטרינות לבר-חוזיות כדוגמת תום לב¹⁴¹. זאת, משום שקריאת תקנון ההגדרה מעלה, כי למפעל הפיס נתון מרחב שיקול דעת במקרים כדוגמת אובדן הכרטיס. על פי קו טיעון זה, מפעל הפיס חייב להפעיל את שיקול דעתו ולבחון טענות כדוגמת אלו של יתח. "הפעלת שיקול הדעת במקרה כזה", הסבירה השופטת, "ראוי שתביא להכרה בזכייה"¹⁴².

בהינתן עמדתו ההפוכה של בית המשפט המחוזי, ולאור הנמקתה השונה של השופטת נאור, מתעוררת השאלה כיצד ניתן, אם בכלל, לרתום תובנות התנהגותיות כדי להסביר את השימוש שעושה השופטת ארבל בעיקרון תום הלב דווקא. בהקשר זה מעניין לציין מספר דברים. ראשית, כזכור, המערער הוא תושב נתיבות. נתיבות, כידוע, היא עיר דרומית קטנה, שאוכלוסייתה משתכרת שכר נמוך, וזהו גם דירוגה הכלכלי-חברתי¹⁴³. באופן לא מפתיע, בנתיבות פועלים לא פחות משבעה דוכני מפעל הפיס¹⁴⁴. לפיכך, סביר מאוד להניח כי אנשי נתיבות רוכשים כרטיסי

¹³⁷ ה"פ (ת"א) 177/02 יתח נ' מפעל הפיס (2003).

¹³⁸ המדובר בע"א 251/64 גונשירוביץ נ' מפעל הפיס, פ"ד יט(3) 286. שם נפסק, שהזכייה מיוחסת לכרטיס ולא למשתתף. הרצינוול מאחורי הכרעה זו הוא שאין להטיל על מפעל הפיס את הנטל לבדוק האם מחזיק הכרטיס מחזיק בו כדין.

¹³⁹ ובלשונו של השופטת: "... החובה לנהוג בתום לב מחייבת את מפעל הפיס לבחון, בשלב הראשון, את טענותיו של מי שמבקש לקבל לידי כספי זכייה בהגדרה, אך פגם כזה או אחר מאפשר למפעל הפיס שלא לשלם את כספי הזכייה לנוכח ההסדר החוזי לו כפופה ההגדרה. בחינה זו אינה מהווה סוף פסוק ופשיטא שאם היא מלמדת על כך שטענותיו של הטוען לזכייה בהגדרה הן בחזקת טענות בעלמא, בדין יסרב מפעל הפיס להיעתר לבקשת המשתתף. כך מצד אחד. מן הצד השני, דומני שאין להשלים עם מקרה בו בחינת טענותיו של פלוני כי הוא הזוכה מביאה למסקנה שקיימת הסתברות גבוהה מאד לכך שאכן טענותיו מבוססות. במצב דברים זה, עמידתו של מפעל הפיס על זכויותיו החוזיות לא תוכל לשיטתי לעמוד במבחן משפטי". לעיל הערה 11, פסקה 13 לפסק דינה של השופטת ארבל.

¹⁴⁰ לעיל הערה 11, פסקה 14 לפסק דינה של השופטת ארבל.

¹⁴¹ שם, פסקה 1 לפסק דינה של השופטת נאור.

¹⁴² שם, פסקה 2 לפסק דינה של השופטת נאור. השופטת פרוקצ'יה הסכימה הן לעמדתה של השופטת ארבל בעניין חובת תום הלב והן לעמדתה של השופטת נאור בעניין חובת מפעל הפיס להפעיל שיקול דעת.

¹⁴³ על פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, נתיבות מדורגת 3 מתוך 10 בדירוג החברתי-כלכלי. ראו

http://www.cbs.gov.il/www/publications/local_authorities2003/local_authorities_h.htm כמו כן, לנתיבות מעמד אזור פיתוח א', ומטבע הדברים, השכר הממוצע של תושבי העיר נמוך. בשנת 2003 עמד השכר הממוצע על 4,935 ש"ח לחודש לשכיר (לעומת 7,458 ש"ח ממוצע ארצי), ו-5,295 ש"ח לחודש לעצמאי (לעומת 6,040 ממוצע ארצי), כאשר שיעור המשתכרים עד שכר המינימום עמד על כ-45% (לעומת שיעור ארצי של כ-34%). ראו רון תקוה, נתונים בנושא: העיר נתיבות, מרכז המחקר והמידע של הכנסת (מסמך מתאריך 23.1.2006), זמין ב-
www.knesset.gov.il/mmm/data/docs/m01339.doc

¹⁴⁴ כך לפי בדיקה במפה שבאתר מפעל הפיס, לעיל הערה 134, תחת הערך "מצא פיס".

הגרלה רבים, למרות מצבם הכלכלי הירוד יחסית¹⁴⁵. מעבר לכך, בית המשפט תיאר את המערער כמי ש"נהג להשתתף דרך קבע בהגרלות מפעל הפיס". בכך מקרב אותנו בית המשפט להבנה, כי סביר להניח שההטיות הקוגניטיביות שמנינו לעיל פעלו על המערער והשפיעו על הדרך בה תפס את הגרלות הפיס ועל נטייתו להשתתף בהגרלות ולהשקיע בהן. על רקע כל אלו ניתן אולי להבין טוב יותר את החלטתה של השופטת ארבל לחייב את מפעל הפיס בתום לב מוגבר; תום לב האמור להתבטא, במקרה דנן, בשקילת פנייתו של אדם הטוען לזכייה בהגרלה גם מבלי שיחזיק בכרטיס הזכייה בידיו.

ג.3 ההתעלמות מהחוזה: היצף מידע

מה משותף למספרי הטלפון שלנו, מספר החברים הקרובים לנו, הצעתה של ח"כ פאינה קירשנבאום לתיקון חוק החוזים האחידים¹⁴⁶, ודבריו של בית הדין לחוזים אחידים לפיהם "כאשר מדובר בחוזה ארוך, מורכב ומסובך, ההנחה המציאותית היא שהלקוח אינו יכול, מבחינה מעשית, לקרוא את כל תנאי החוזה, ויש להניח כי אף אם היה עושה כך לא היה מבין חלק ניכר מתנאים אלה"¹⁴⁷? התשובה היא, שכולם הינם תגובה למגבלות, הגם שונות מאוד, של הזיכרון והקשב האנושי. הקשב האנושי והיכולת לעבד מידע ולזכרו מוגבלים, ובהקשרים שונים ומגוונים עלינו למצוא דרכים להתמודד עם מוגבלות זו.

מספרי הטלפון במקומות רבים בעולם (ובכלל זה בישראל) הם בני שבע ספרות. הסיבה לכך היא, שמספרים ארוכים יותר אינם מותאמים ליכולתו של המוח האנושי לעכל מידע ולזכור אותו¹⁴⁸. בממוצע, מספר האנשים הקרובים לנו מאוד הוא 12. ההיגיון מאחורי מספר זה הוא, שקרבה חברית מצריכה זמן, תשומת לב, משאבים רגשיים וטיפוח מערכת היחסים. אם ננסה לקיים מערכת יחסים קרובה עם כמות גדולה יותר (באופן משמעותי) של אנשים, נגלה שאנו מוצפים (overload) – ולכן, לא מסוגלים להתמודד כראוי עם מערכות היחסים הללו¹⁴⁹. השימוש בקיצורי דרך מנטליים, צמצום המידע שאותו עלינו לעכל, וקבלת החלטות יום-יומיות ללא תמחור כל ההיבטים הרלוונטיים להחלטה, הכרחיים כולם לצורך תקשורת יעילה עם הזולת ותפקוד אנושי תקין¹⁵⁰.

¹⁴⁵ משיחות לא פורמליות עם גורמים שונים עולה החשש, כי עבור חלק מאוכלוסיית העיר (וערים דומות אחרות), הגרלות הפיס נתפסות לא רק כאמצעי לרכישת חלום ותקווה, אלא גם כעיסוק בו נוטלים אנשים קשי יום (ולכן - כמעין חוויה חברתית). בהעדר מידע מחקרי מבוסס לא ארחיב בטענה זו.

¹⁴⁶ הצעת חוק החוזים האחידים (תיקון - חובת ציון אישור ותנאים מהותיים), התשס"ט-2009. לדיון ופירוט ראו להלן טקסט נלווה להערה 169.

¹⁴⁷ ח"א (י-ם) 8002/02 **המפקח על הבנקים נ' הבנק הבינלאומי הראשון** (ניתן בתאריך 9.5.2009).

¹⁴⁸ כך גם, כאשר אנשים שותים משקה כלשהו עם 20 רמות משתנות של מתיקות (כנגזרת של כמות הסוכר), הם יכולים לסווג את 20 כוסות המשקה לשש או שבע קטגוריות בלבד מבלי לעשות טעויות. וכאשר מקרינים לאנשים נקודות על גבי מסך במהירות ומבקשים מהם לספור את הנקודות שהם רואים, הם יכולים לענות נכונה עד לשבע נקודות. מעבר לכך, הם צריכים לנחש. ראו MALCOLM GLADWELL, THE TIPPING POINT: HOW LITTLE THINGS CAN MAKE A BIG DIFFERENCE, at 176 (2000). לאישוש טענותיו מפנה המחבר למחקר הפסיכולוגי George A. Miller, *The Magical Number Seven, 63 PSYCHOLOGICAL REV.* 81 (1956). ראו גם LEHRER, לעיל הערה 124, בעמ' 150-152.

¹⁴⁹ ראו GLADWELL, לעיל הערה 148, בעמ' 176-179 והאסמכתאות המובאות שם. כפי שמסביר המחבר, "At a certain point, at somewhere between 10 and 15 people, we begin to overload... It's a function of the way humans are constructed". בעמ' 177.

¹⁵⁰ בספרות המחקרית ישנו תיעוד הנוגע לאנשים, שבשל חוסר יכולתם לחוות רגשות מקבלים החלטות על בסיס תחשיבי עלות-תועלת מפורטים, ולפיכך - מתקשים מאוד בקבלת החלטות יומיומיות. התיאור הבא, למשל, לקוח מ- ANTONIO DEMASIO, DESCRATES' ERROR: EMOTION, REASON, AND THE HUMAN BRAIN (1995), 193 suggested [to the patient] two alternative dates, both in the coming month and just a few days apart from

התייחסות לחוזים אחידים איננה שונה. כאשר צרכנים נתקלים במידע רב הנוגע לעסקה, הם שוקלים כמות מצומצמת יחסית של היבטים בולטים (salient attributes)¹⁵¹. תניות רבות הנכללות באופן טיפוסי בחוזים אחידים – כדוגמת תניות שיפוט, ברירות דין, תניות בורות, מנגנוני הצמדה וכדומה - אינן חלק מהמידע שצרכנים שוקלים באופן טיפוסי¹⁵². הכללת תניות אלו ורבות אחרות בחוזים אחידים אינה מעלה ואינה מורידה מבחינתו של הניצע. משאבי הקשב המוגבלים שלו לא מסוגלים לעכל את המידע ולתת לו משמעות אופרטיבית.

טלו למשל עסקה צרכנית סטנדרטית למדי שעניינה רכישת ביטוח מקיף לרכב. המבוטח הפוטנציאלי ניצב בפני כמות מידע גדולה מאוד, הכוללת, בין היתר, את הנתונים הבאים: מחיר הביטוח; פריסת התשלומים השונים ואחוזי הריבית של כל אחד מהם; פרמיית ההשתתפות העצמית לנהג צעיר ולנהג בוגר; הכיסוי במקרה של גניבת רדיו טייפ או רדיו דיסק ועלות ההשתתפות העצמית; שירותי גרירה וטיפול דרך; רכב חלופי במקרה של תאונה ולמקרה של גניבה; מיגון נדרש; גבול אחריות לנזק צד ג' ושיעור ההשתתפות העצמית; הנחת היעדר תביעות; הנחת מבוטח נאמן; היקף ההגנה המשפטית וההשתתפות העצמית בגין הגנה זו; איכות השירות השוטף; היכולת והדרך לערער על הערכות שמאי; קביעת שווי הרכב במקרה של אובדן גמור; דרך ברור סכסוכים משפטיים עם חברת הביטוח (בתי משפט או בורות, מקום שיפוט); שינוי תניות פוליסה במהלך תקופת הביטוח; נהלי הפסקת הביטוח במהלך תקופת הביטוח; שבר שמשות; ומנגנון הצמדה. פוליסת ביטוח טיפוסית מכילה עשרות עמודים, ומאות סעיפים וסעיפי משנה¹⁵³.

מבוטח שינסה לעכל את כל המידע ולעבדו ימצא עצמו סובל מהיצף מידע (information overload).

המצב בשוקים צרכניים רבים איננו טוב יותר. חוזה אחד שעניינו תנאי ניהול חשבון עובר ושב, למשל, ארוך ומורכב אף יותר¹⁵⁴. הוא הדין ביחס לחוזים החולשים על השימוש בכרטיסי אשראי¹⁵⁵, או חוזים המסדירים שימוש בתוכנות או חומרות מחשב שונות¹⁵⁶.

each other. The patient pulled out his appointment book and began consulting the calendar. The behavior that ensued... was remarkable. For the better part of a half hour, the patient enumerated reasons for and against each of the two dates... virtually anything that one could reasonably think about concerning a simple date... He was now walking us through a tiresome cost-benefit analysis, an endless outlining and fruitless comparison of options and possible consequences. It took enormous discipline to listen to all of this without pounding on the table and telling him to stop."

¹⁵¹ לניתוח נרחב העוסק בחוזים אחידים ראו *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, 70 U. CHI. L. REV. 1203 (2003) Becher; Russell Korobkin, לעיל הערה 108. לניתוח צרכני בהקשר של שוק הסלולר ראו עדי איל, על חופש הבחירה של הצרכן: הסלולרי כמשל (בכתיבה).

¹⁵² ראו בכר וז'רסקי, לעיל הערה 76, עמ' 44.

¹⁵³ לדוגמה, פוליסת הביטוח של איחוד ישיר מכילה חוברת הכוללת לא פחות מ-43 (!) עמודים שגודלם של כל אחד כמחצית מגודלו של דף A4 סטנדרטי.

¹⁵⁴ חוברת הכוללת את החוזה של בנק לאומי על נספחיו, למשל, כוללת מאות סעיפים ותתי סעיפים העוסקים, למשל, ביפויי כוח והרשאות, קודים סודיים, שירותי בנקאות בטלפון ובאינטרנט, שימוש לרעה בקוד סודי, רישומי הבנק, שעות פעילות וקבלת הוראות, הפקדות ומשיכות, שירותי שליחים, ביטול שיקים, אשראי, קופות גמל, כרטיסי חיוב, עמלות, סמכות שיפוט, מועדוני לקוחות, טפסי הצהרה (נהנה ובעל שליטה), פיקדון ניירות ערך, ייעוץ והשקעות, חסכונות, פיקדונות, זכות עיכבון, זכות קיזוז, הליכים משפטיים, רישומי הבנק והודעותיו, פטור מאחריות, זכות הבנק שלא לבצע הוראות, פניות והודעות לבנק, ויתורים או פשרות, סגירת חשבון, צבירת ריבית, מיסים, הדין החל, מועדי מתן הוראות ועוד כהנה וכהנה. חוברת התנאים משתרעת על פני לא פחות מ-63 (!) עמודים.

¹⁵⁵ לניתוח חלוץ של הבעיה בתחום כרטיסי האשראי ראו Jeffery Davis, *Protecting Consumers from Overdisclosure and Gobbledygook: An Empirical Look at the Simplification of Consumer Credit Contracts*, 63 VA. L. Rev. 841 (1977).

¹⁵⁶ התייחסות הומוריסטית המשיקה לבעיה זו מצויה בדו-שיח הבא:

גם אם צרכנים יבקשו להתייחס לתוכנם של חוזים האחידים שלהם הם צד, חוזים ארוכים ומרובי סעיפים מעלים מספר חששות נוספים¹⁵⁷. ראשית, חוזים אלו מייקרים את עלויות העסקה. קריאת חוזים ארוכים והבנת תוכנם מצריכים זמן ומאמץ. ככל שהחוזה ארוך ומורכב יותר, כך קשה ויקר יותר להתמודד עימו. באופן דומה, ככל שהחוזה מורכב ומסורבל יותר קשה יותר לניצע לדלות מתוכו את ההתייחסות לאותן סוגיות המעניינות אותו. שנית, חוזים ארוכים ומסורבלים עלולים לגרום בלבול. זאת, משום שצרכנים עלולים להקדיש תשומת לב לסוגיות שאינן רלוונטיות, במקום לבחון סוגיות החשובות יותר מבחינתם. שלישית, חוזים ארוכים ומסורבלים עלולים לתסכל צרכנים וליאשם.

בתי המשפט ערים, לעיתים, לקושי הקוגניטיבי בהתמודדות עם חוזה אחיד טיפוסי. בהקשר זה מעניינים דבריה של השופטת ד"ר פלפל בעניין **בורובסקי נ' מנורה**¹⁵⁸, לפיהם אומנם "אין זאת מתפקידה של חברת הביטוח ללמד את הלקוח פרק באקטואריה, משפט או ביטוח. ספק אם הדבר בכלל אפשרי, כאשר המידע אינו חד משמעי, ואין לדעת האם דרך אחת עדיפה על רעותה." אך מאידך גיסא,

"יש להיזהר במסירת מידע אשר עלול לבלבל את הלקוח ואף במקרים מסוימים לפגוע בו... יש להיזהר ממפלי מידע אשר יציפו את הלקוח וימנעו ממנו לגבש החלטה נכונה ונבונה. הצפת הלקוח במידע ללא הסבר כמוה כאי גילוי מידע רלבנטי. הצפת מידע בצורה כזו משאירה את הלקוח חסר אונים ואינה מאפשרת לו בחירה מושכלת ורציונלית בהסתמך על הנתונים שלפניו.

על כן, צריכה חברת הביטוח לצעוד בדרך המלך. עליה לברר בדיוק מה מבוקשו של הלקוח ולהציע לו את החלופה הטובה ביותר והזולה ביותר מבין חלופות הביטוח שהיא מציעה ואשר עונה על דרישותיו... זאת, כל עוד אין ניצול החובה, משמש כדי להציף את הלקוח בנתונים מיותרים אשר עשויים לבלבלו ולהשפיע על החלטתו."

ואולם, לא ניתן להסתפק בביקורת שיפוטית מסוג זה. ראשית, הפסיקה איננה אחידה¹⁵⁹. לשופטים שונים תפיסות וגישות שונות, ולמרבתם אין השכלה, ידע וכלים בתחום ההתנהגותי. שנית, לפיתוח נורמות משפטיות באמצעות בתי המשפט נלוות עלויות רבות, והתערבות שיפוטית

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

Dogbert: "Call your lawyer".

Dilbert: "Too late. He opened his software yesterday. Now he's Bill's laundry boy".

Stephen Y. Chow, *Contracting in Cyberspace: The Triumph of Forms?*, 41 BOSTON B.J. 16 (1997) (quoting John Adams's "Dilbert" in THE BOSTON GLOBE, January 14, 1997).

¹⁵⁷ הדיון בפסקה זו מתבסס על Becher, לעיל הערה 151, עמ' 177-173, והאסמכתאות המובאות שם; ובמיוחד David M. Grether, Alan Schwartz, & Louis Wilde, *The Irrelevance of Information Overload: An Analysis of Search and Disclosure*, 59 S. CAL. L. REV. 277 (1986); Melvin Aron Eisenberg, *Text Anxiety*, 59 S. CAL. L. REV. 305 (1986).

¹⁵⁸ ת"א (ת"א) 2668/99 **בורובסקי נ' מנורה חברה לביטוח**, תק-מח 2002(2) 2838, בעמ' 2845. ¹⁵⁹ לפסיקה הדוחה את טענת הניצע בדבר חוסר ידיעת תוכן החוזה האחיד והמסרבת לשחררו מהוראות החוזה הצרכני האחיד ראו למשל ת"א (ת"א) 34983/06 **בלומברג רביצקי נ' בנק המזרחי טפחות** (ניתן בתאריך 30/06/09); ע"א 1349/05 **שוב נ' בנק ירושלים**, תק-על 2009(1), 3763, 3773; ת"ק (כ"ס) 950/09 **טרכטנברג נ' סלקום** (פס"ד מתאריך 13.5.09); ת"ק (ירושלים) 4599/08 **קוריש נ' פלאפון** תק-של 2009(2), 7759 (2009).

מצריכה משאבים רבים, כדוגמת זמן שיפוטי, המצויים בחסר¹⁶⁰. שלישית, הותרת הסוגיה לפיקוח שיפוטי משמעה פיקוח שלאחר מעשה בלבד. בהקשרים צרכניים, יש בעובדה זו משום פגיעה אנושה ביכולת המשפט לספק מענה לבעיות צרכניות. יש לזכור, כי מרבית העוולות הצרכניות כלל לא נדונות בבתי המשפט¹⁶¹. רביעית, קשה ליישם את הפסיקה שניתנת בבתי המשפט ברמה הענפית וברמת המשק. לרוב מדובר בפסיקה נקודתית, ולגופי הצרכנות כמו גם לממונה על הגנת הצרכן במשרד התמ"ת אין בדרך כלל את הכלים, המשאבים והסמכות לכפות על עוסקים לפעול על פי פסיקה ספציפית להם לא היו צד¹⁶². מעבר לכך, תיקים צרכניים כמעט שלא מתבררים בבית המשפט העליון¹⁶³, ובכך נמנעת האפשרות לעיצוב דיני הצרכנות באמצעות יצירת תקדימים מחייבים¹⁶⁴.

לסיכום, באותם מקרים בהם סכסוכים מסוג זה מגיעים להתדיינות משפטית, על בתי המשפט לזכור כי אנשים מתקשים בהתמודדות עם המידע הצרכני, החוזי והלבר-חוזי, בו הם נתקלים. אכן, חוסר מידע עלול להביא לכשל שוק ולעסקאות לא יעילות. ואולם, על מידע ועל חובות הגילוי אין לומר כי "כל המרבה הרי זה משובח". גילוי המידע צריך להיעשות באופן המותאם לדרך בה אנשים מעבדים מידע ומקבלים החלטות. הדיון עד כה ממחיש, כי יש לקחת בחשבון הן את עיתוי גילוי המידע (שלב מוקדם של העסקה לעומת שלב מאוחר בו הלקוח כבר גיבש החלטה), הן את היקף המידע המגולה (כמות המידע והתאמתה למוגבלות המח האנושי), הן את סוג המידע (תניות בולטות או תניות שאינן בולטות), והן את האופן בו המידע מוצג (ניסוח המידע, גודל הפונט, צבעו וסוגו, מיקומו, דרך הצגתו וכדומה). כאשר צרכן מתגונן בטענה כי לא ידע את האמור בחוזה, או כאשר הוא טוען לחוסר תום לב מצידו של הספק, טעות או הטעיה – על בית המשפט לשקלל רכיבים אלו על מנת להגיע לתוצאה הוגנת ונכונה יותר.

לאחר שבחנו בקצרה את העניין בהסתכלות שלאחר מעשה (התערבות שיפוטית), נדון בדברים מפרספקטיבה לכתחילית (לפני מעשה). מנקודת מבט זו, פתרון אחד הוא לעודד ספקים או לחייבם להשתמש בשפה פשוטה ובלשון קצרה¹⁶⁵. עידוד זה לא חייב להיעשות באמצעים

¹⁶⁰ לדיון במגבלות ובחסרונות שבפיתוח שיפוטי של דיני החוזים האחידים ראו למשל Becher, לעיל הערה 32, בעמ' 764-773. לסקירה השוואתית העוסקת בעומס המוטל על מערכת המשפט ראו רענן סוליציאנו-קינן, אמנון רייכמן, וערן ויגודה-גדות, העומס על מערכות משפט: ניתוח השוואתי של 17 מדינות, זמין ב- http://cpmp.hevra.haifa.ac.il/admin/uploads/files/Courts_burden_Final_report_5.07.pdf.

¹⁶¹ לכך מגוון סיבות, ובין היתר: לרוב מדובר בסכומי כסף קטנים שלא מצדיקים כלכלית נקיטה בהליכים משפטיים; לחלק מן הצרכנים אין אמון במערכת המשפטית; צרכנים רבים תופסים ניהול הליכים משפטיים כחוויה שלילית ויעדיפו להימנע ממנה; וחלק מהצרכנים מוותרים על ניהול הליכים משפטיים בשל החשש מהתמודדות עם מעוול שהוא שחקן חוזר מנוסה ומיוצג (לעיתים על ידי טובי עורכי הדין). לדיון נרחב ראו למשל לעיל הערה 91.

¹⁶² כמובן כי הדיון כאן הינו לקוני וחסר. ניתוח ממצה של סוגיה זו מחייב התייחסות למגוון נושאים נוספים, כדוגמת אכיפה פרטית באמצעות תובענות ייצוגיות ופעילותם של רגולטורים ומשרדי הממשלה השונים, המשפיעים על הסדרתם של תחומים צרכניים שונים. כאמור לעיל, סוגיות אלו לא ידונו בהרחבה במאמר זה.

¹⁶³ בנוסף לעובדה שהמערכת המשפטית לא נחשפת לעוולות צרכניות רבות, הסכסוך הצרכני הטיפוסי יתנהל בבית משפט לתביעות קטנות. ערעור על בית המשפט לתביעות קטנות לבית המשפט המחוזי הוא ערעור בזכות, וערעור שני בזכות לבית המשפט העליון הוא דבר נדיר. ראו חוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984, סעיפים 41(ב) ו-64.

¹⁶⁴ כידוע, על פי סעיף 20 לחוק יסוד: השפיטה, הלכות של בית המשפט העליון בלבד מהוות תקדים מחייב. הלכות של ערכאות אחרות מהוות תקדים מנחה בלבד.

¹⁶⁵ ראו למשל Standard ; Plain Language Contract Act, Minn. Sta. Ann. § 325G.29-325G.35 (West 2004); of Plain Language Conn. Gen. Stat. § 42-152 (2008); The Plain Language Consumer Contract act p.s. § Harold A. 2201-2212 (2009). להסבר נרחב על היסטורית השימוש בכלל זה, נחיצותו ושימושי השונים ראו: Lloyd, *Plain Language Statutes: Plain Good Sense or Plain Nonsense?* 78 L. LIBRARY J. 683 (1986). לעיתים הדרשה לחוזים פשוטים שהדיוט יכול לקוראם מגיעה גם מן הציבור הרחב. ראו למשל Plain English <http://s190934979.websitehome.co.uk/Campaign>, available at שפה משפטית השמורה ליועצי ח"ן יכול למצוא את ביטוי גם בהקשרים משפטיים אחרים, כמובן. כך למשל, מחוז

משפטיים ישירים. בארץ, למשל, פועל המיזם הפרטי "דבר פשוט", "המחבר עקרונות ניהול, תקשורת לשונית וראייה צרכנית למכלול אחד, של תקשורת צרכנית יעילה"¹⁶⁶. המיזם פועל ליצירת תקשורת צרכנית יעילה ואמינה יותר, בין היתר - באמצעות פישוט חוזים אחידים. בנוסף, הוצע לתמרץ ספקים לאשרר את חוזיהם או את חלקם בפני גופים מומחים, כמו גם להפריד בין תניות מאושררות לתניות שאינן מאושררות באמצעים ויזואליים ברורים¹⁶⁷. באופן דומה, הוצע להפוך תניות ל"שקופות" יותר באמצעות תיוג תניות החוזה וסימונם (labeling, flagging), ובאמצעות דירוגם על סקלה של איכות והוגנות¹⁶⁸.

חשוב מאוד לציין, כי ייתכן שגם המחוקק ירים בקרוב את הכפפה. במרץ 2009 הוגשה הצעה לתיקון חוק החוזים האחידים¹⁶⁹. על פי הצעה זו, בעלי עסקים יחויבו לציין בראש החוזה, באופן בולט, את הסעיפים העיקריים והמחייבים של החוזה¹⁷⁰. בין סעיפים אלו נמנים המחיר הכולל, תנאי התשלום, תנאי ביטול העסקה, ותנאי האחריות. בנוסף, ההצעה מבקשת לחייב את בעל העסק לציין במקום בולט על החוזה האם החוזה קיבל אישור של בית דין לחוזים¹⁷¹.

מטרת ההבלטה המוצעת היא לוודא שהלקוח מודע לעיקרי ההסכם עליו הוא עומד לחתום, ושהוא לא נדרש להשקיע משאבים רבים באיתור עיקרי ההסכם. ואולם, למרות חשיבות ההצעה, היא עלולה להחמיר עוד יותר את נטייתו של הלקוח להתמקד בכמה היבטים, מסוימים מאוד במספרם, הנוגעים לעסקה; ולהתעלם מהיבטים אחרים. ההצעה מבקשת אומנם לנצל את הקשב האנושי כדי למקדו בהיבטים חשובים, אך היא לא נותנת מענה לעובדה שהיבטים משפטיים רבים, כאמור לעיל, לא נכללים באותה הבלטה שבעל העסק יחויב בה. לפיכך, הבלטה זו עלולה דווקא לחזק בקרב הצרכן את התחושה המטעה כי הוא מודע לעיקרי ההסכם (ולכן מקבל החלטה מושכלת), בעוד שבפועל ישנם היבטים רבים להם הוא לא מודע. בנוסף, נראה שההצעה מתירה בידי הספק את ההחלטה מהם אותם סעיפים מהותיים אותם יש להבליט. ספק עלול להשתמש בשיקול דעת זה כדי להסיח את דעתו של הלקוח מהיבטים מקפחים או לא הוגנים. לפיכך, השארת שיקול דעת רחב בידי הספק עלולה להתגלות כחרב פיפיות.

כאמור, התיקון המוצע גם מבקש לחייב את בעל העסק לציין באופן בולט על גבי חוזהו האם החוזה אושר על ידי בית הדין לחוזים אחידים. החשיבות בהצעה זו נעוצה בסיכוי שסוגיית אשרור החוזה על ידי בית הדין יהפוך לבולט (salient), ולכן – לכזה שהלקוח הטיפוסי שם אליו לב. אם אשרור החוזה על ידי בית הדין יהפוך לעניין הנמצא במוקד תשומת ליבו של הלקוח יהיה זה שינוי

אלברטה שבקנדה מציג זכויות אדם במגזין פשוט, כולל תמונות וסימולציות. ראו http://www.albertahumanrights.ab.ca/publications/bulletins_sheets_booklets/1316.asp

¹⁶⁶ ראו <http://www.hasefer.org.il/contents/category.asp?contentCatID=58>. כן גם "דברו פשוט", פורום שיווק, גיליון 1279, עמ' 4 (6.11.2008).

¹⁶⁷ לדיון נרחב ראו: Shmuel I. Becher, A "Fair Contracts" Approval Mechanism: Reconciling Consumer Contracts and Conventional Contract Law, 42 U. MICH. J. L. REFORM 747 (2009).

¹⁶⁸ ראו Omri Ben Shahr, The Myth of "The Opportunity to Read" in Contract Law, 5 EUR. REV. CONTRACT L. 1 (2009).

¹⁶⁹ לעיל הערה 146. ההצעה הוגשה כאמור על ידי ח"כ פאינה קירשנבאום והוכנה בשיתוף ארגון אמון הציבור. ¹⁷⁰ כיום ישנן הוראות חוק הרלוונטיות בעסקאות מסוגים מסוימים. ראו למשל סעיף 13 לחוק הגנת הצרכן (חובות גילוי בעסקה מתמשכת), סעיף 14 (חובות גילוי בעסקה לרכישת יחידת נופש), וסעיף 14 (חובות גילוי בעסקת מכר מרחוק).

¹⁷¹ המלצות דוח ועדת גרונאו (הוועדה הציבורית שמונתה לגבש המלצות בדבר מדיניות וכללי התחרות בתחום התקשורת בישראל), קראה לנקיטה בצעד דומה. ראו דין וחשבון הוועדה לגיבוש המלצות מפורטות בדבר מדיניות וכללי התחרות בתחום התקשורת בישראל, עמ' 13 (9.3.2008). למרות המלצות הדוח, עוסקים, ככלל, לא אמצו רעיון זה באופן וולונטרי. גם בית הדין לחוזים אחידים הביע דברים ברוח זו. ראו החלטת בית הדין בח"א 9004/03 **היועמ"ש נ' נטלי**, לפיהם "נראה כי יש מקום להעלות את הסעיפים החשובים (בחוזה האחיד – ש.ב.) על גבי גיליון קשיח מיוחד, באותיות גדולות, על מנת שהלקוח הפוטנציאלי יוכל לראות את עיקרי הדברים החשובים" (החלטה מתאריך 1.2.2005).

דרמטי ומהפכני היכול לשנות את כללי המשחק ביחסי עוסק-לקוח. זאת, משום שהיבט אחד – אישור החוזה על ידי בית הדין – מגלם בתוכו התייחסות שיפוטית לרכיבי החוזה כולם, כולל רכיבים רבים, שלא זוכים לתשומת לב מצידו של הלקוח הממוצע. לשון אחר, לקוח יוכל להתייחס לעובדת אשרור החוזה על ידי בית הדין כמעין "תו תקן", ובכך לפטור את עצמו מהתעמקות בתניות החוזה¹⁷². מעבר לכך, אם הלקוח יידרש להתייחס לשאלת אשרור החוזה ולה בלבד, הוא לא יחוש מתוסכל בשל הצורך להתמודד עם תניות רבות וסבוכות המנוסחות בשפה משפטית. בנוסף, עלויות העסקה יצטמצמו, והסיכוי שהלקוח יטעה או יתבלבל יקטן משמעותית. ואולם, אין לטעות ולהסיק כי מדובר בפתרון קסם פשוט ונטול בעיות. סוג בעיות אחד נוגע בשאלת "היכולת המוסדית" של בית הדין לחוזה אחידים. במסגרת זו יש להידרש לשאלת המשאבים העומדים לרשותו של בית הדין¹⁷³, כמו גם ליכולתו להתמודד עם מגוון חוזים ולספק בקרה איכותית ואמינה. סוג בעיות נוסף עניינו "התודעה הציבורית". כאן נראה, כי מרבית הציבור, ספקים ולקוחות כאחד, כלל לא מודע לקיומו של בית הדין לחוזים אחידים, קל וחומר לתפקידו וסמכויותיו. פסיקתו של בית הדין לא זוכה לסיקור תקשורתי נרחב, דבר המקשה עוד יותר על הטמעת הנושא בתודעה הציבורית. לפיכך אין ספק, כי הפיכת איכותו של החוזה האחיד לרכיב משמעותי מבחינתו של הלקוח איננה טריוויאלית, וכי יש לנקוט באמצעים רבים ומגוונים על מנת להגביר את הסיכוי שכך אכן יקרה¹⁷⁴.

4.ג. שינוי החוזה באופן חד צדדי

הנטייה האנושית היא להקל ראש בשינויים שנערכים בתוכן ההתקשרות לאחר שכבר התקבלה החלטה בדבר ההתקשרות עצמה. בהקשר זה, ספקים רבים כוללים בחוזים האחידים שלהם תניות המאפשרות להם לשנות את החוזה, המוצר או השירות המסופקים באופן חד צדדי. תובנות התנהגותיות יכולות להסביר את התופעה של הכללת תניות אלו, ואת השימוש שעושים ספקים בתניות אלו כדי לבצע שינוי חד-צדדי כאמור. התניה הבאה היא דוגמה טיפוסית לתניות העוסקות בתנאי השימוש באתרי אינטרנט:

"[הספקית] תוכל לשנות מעת לעת את מבנה האתר, מראהו ועיצובו, את היקפם וזמינותם של השירותים בו, תהיה רשאית לגבות תשלום בעד תכנים ושירותים כאלה או אחרים לפי החלטתה, ותהיה רשאית לשנות כל היבט אחר הכרוך באתר - והכל, בלא צורך להודיע לך על כך מראש... מטבעם, שינויים מסוג זה עלולים להיות כרוכים בתקלות ו/או לעורר בתחילה אי-נוחות וכיו"ב. לא תהיה לך כל טענה, תביעה ו/או דרישה כלפי ידיעות אינטרנט בגין ביצוע שינויים כאמור ו/או תקלות שיתרחשו אגב ביצועם."¹⁷⁵

¹⁷² זאת, כמובן, בהנחה כי לבית הדין (או לגורם מאשרר אחר) יש את הכלים, המשאבים והאמצעים לבחון באופן אפקטיבי ומדויק את החוזים האחידים המובאים לפניו. לדיון נוסף ראו לעיל הערה 167.

¹⁷³ ראו למשל גליה מסיקה "בית הדין לחוזים אחידים בראי המציאות – מהומה רבה על לא מאומה" **משפטים** לב (תשס"ב) 95.

¹⁷⁴ לדיון מקיף ראו לעיל הערה 167.

¹⁷⁵ לקוח מתנאי השימוש של אתר ynet, זמין ב- <http://www.ynet.co.il/home/1,7340,L-827,00.html>. יתכן כי זמינותן של התניות גורמות להעתקן מנותן שירות אחד למשנהו. לתניות כמעט זהות ראו למשל תנאי השימוש באתר אסימון, זמין ב- <http://www.asimon.co.il/sitePage.aspx?pageID=39>; ותנאי השימוש באתר בורסת היהלומים הישראלי, <http://www.isde.co.il/eMall/shopMessageS.asp?sc=563&fmd=4358>; ותנאי השימוש באתר סלקום, <http://www.cellcom.co.il/terms/Pages/default.aspx>. לפסיקה אמריקנית השוללת פרקטיקה זו ראו Douglas v. U.S. District Court for the Central District of California, 2007 WL 2069542 (9th Cir. (Cal.)).

תניות אלו נפוצות מאוד במגוון הקשרים. תניות דומות נדונו באחרונה בפסיקתו של בית הדין לחוזים האחידים במסגרת בחינת חוזים בנקאיים המסדירים את מערכת היחסים בין הבנק ללקוח. כך למשל, בעניין **המפקח על הבנקים נ' הבנק הבינלאומי**¹⁷⁶ נדונה תניה בחוזה הלוואה הנוגעת לתשלומים נלווים, לפיה הבנק "יהיה רשאי, לפי שיקול דעתו הבלעדי, לשנות התשלומים הנלווים בכל זמן שהוא. התשלומים הנלווים ישולמו על-ידי הלווה לבנק במועדים שיקבעו על ידי הבנק"¹⁷⁷. בית הדין פסק, כי הוראה זו מקימה חזקת קיפוח על פי סעיף 4(4) לחוק החוזים האחידים, וכי חזקה זו לא נסתרה על ידי הבנק¹⁷⁸.

ואולם, בית הדין הוסיף את הדברים הבאים:

"מתן זכות לספק לשנות באופן חד צדדי את תנאי ההתקשרות אינו מהווה, במקרה הרגיל, פגיעה של ממש בלקוח בנסיבות אלה. ההגבלה המרכזית המוטלת במצב דברים זה על זכות הספק לשנות את תנאי החוזה היא מתן התראה מספקת ללקוח על שינוי תנאי ההתקשרות, באופן שיאפשר לו להחליט אם ההתקשרות בתנאייה החדשים רצויה לו".

ומייד בהמשך מטעים בית הדין:

"קיים יחס הפוך בין מידת הפיקוח של בית הדין לבין החירות שנשמרה לצדדים להשתחרר מההסכם. כאשר לשני הצדדים חופש פרישה רחב, הפיקוח השיפוטי יהיה מצומצם; כאשר חופש הפרישה של אחד הצדדים (הספק לפני שינוי התנאים והלקוח לאחר שינויים) מוגבל, הפיקוח השיפוטי יהיה משמעותי"¹⁷⁹.

מהנמקה זו יש, לדעתי, להסתייג. כפי שמיידי יוסבר, לעיתים חופש שיש ללקוח להשתחרר מן החוזה הוא חופש מדומה, או למצער חופש המוגבל הרבה יותר ממה שנדמה בהסתכלות מנותקת. במה דברים אמורים?

כאשר לקוח כבר הסכים לתנאים מסוימים, הוא לא ימהר לממש את חירותו ולפרוש מן החוזה רק משום שהספק שינה את תנאיו או משום שהספק לא מקיים את כל שהבטיח. אחד הטעמים לכך הוא, ששינוי – במיוחד הדרגתי – של תנאים, מחיר או נסיבות יכול להביא אנשים להסכים לתנאים שלא היו מסכימים להם מלכתחילה¹⁸⁰. תופעה זו מזכירה את ה-low-ball

¹⁷⁶ לעיל הערה 147.

¹⁷⁷ התנאי צוטט שם, פסקה 69.

¹⁷⁸ שם, פסקאות 73-74. סעיף 4(4) לחוק החוזים האחידים קובע חזקת תנאי מקפח ביחס ל"תנאי המקנה לספק זכות לקבוע או לשנות, על דעתו בלבד, ולאחר כריתת החוזה, מחיר או חיובים מהותיים אחרים המוטלים על הלקוח; זולת אם השינוי נובע מגורמים שאינם בשליטת הספק".

¹⁷⁹ שם. לפסיקה דומה בהקשר אחר ראו בש"א (מחוזי ב"ש) 4309/05 בארי נ' עיתון הארץ, תק-מח 2009(2), 7380 (2009), פסקה 9 (כאשר יש לצרכן אפשרות יציאה, העלאת תעריפי המנוי מעת לעת באופן חד-צדדי אינה מקפחת).

¹⁸⁰ תובנה זו משיקה לתופעה צרכנית נוספת, והיא פיתוי צרכנים באמצעות תקופות התחלתיות של מבצעים או מחירים נמוכים, כאשר לאחר תקופת מה המחיר עולה. כך למשל, משכנתאות רבות בארצות הברית ניתנו ל-30 שנה, כאשר הריבית בשנתיים הראשונות נמוכה במיוחד, כאשר לאחר מכן הריבית משתנה ועולה משמעותית. לדיון בהשלכות השליליות הקשות של משכנתאות אלו על לווים רבים ראו LEHRER, לעיל הערה 124, בעמ' 88-89. בארץ, שיטה זו נוהגת בשירותים מתמשכים רבים, כדוגמת שירותי אינטרנט, טלפון, מינויים על עיתונים, חדרי כושר וכדומה. המחוקק הישראלי ביקש למזער את הבעייתיות הכרוכה בתופעה זו באמצעות תיקון סעיף 13א לחוק הגנת הצרכן. דיון רחב בתופעה חורג מגבולות מאמר זה.

technique (או lowball complying procedure)¹⁸¹, ובשפת העם – "שיטת הסלאמי". כמו בהקשר של אפקט העלות השקועה, גם כאן אחד ההסברים לתופעה הוא בתפיסת עקביות ומחויבות סובייקטיבית. כאשר אדם מסכים לדבר מה (ובמיוחד אם הוא תופס את הסכמתו הראשונית כחופשית ומתוך בחירה), תחושת המחויבות שלו מובילה אותו להסכין ביתר קלות עם תנאים או מצבים מאוחרים יותר המרעים את מצבו. כל זאת, בשל תפיסה סובייקטיבית של מחויבות וצורך בשמירה על עקביות (או למצער על דימוי עקבי).

להחלטה להמשיך עם עסקה מסוימת גם כאשר צד אחד לחוזה מכניס בתנאיה שינויים מספר טעמים נוספים. ראשית, לאנשים נטייה לדבוק בסטטוס קוו (status quo bias)¹⁸². כאשר אדם בחר בחלופה מסוימת, הוא יטה לדבוק בה ולא לבחון חלופות אחרות - גם כאשר בכך נפגעת יכולתו למקסם את תועלתו¹⁸³. בחירה או הכרעה בעלת השפעה מתמשכת זוכה לעיתים ל"חסינות" מפני בחינה מחודשת, בין היתר בשל החשש מחרטה לאחר שינוי הבחירה או ההחלטה¹⁸⁴. לכן, להחלטה לקבל את השינוי החוזי המוכתב על ידי הספק ולא לבחור בחלופות התקשרות חדשות אחרות יש שתי תועלות מיידיות. האחת, הבחירה בהישארות עם הספק הנוכחי חוסכת את המאמצים הקוגניטיביים והמשאבים הכלכליים הנלווים לאיתור חלופות, לימוד תוכן, והשוואה ביניהן¹⁸⁵. שנית, ההחלטה לקבל את השינוי החוזי מונעת גם את החשש מחרטה בשל החלטת מעבר או הפסקת התקשרות שתתברר בדיעבד כשגויה¹⁸⁶. לפיכך אין פלא, כי מחקרים אמפיריים מראים שאנו פועלים (או חדלים מלפעול) פעמים רבות מכוח האינרציה או ההרגל, גם כאשר בכך אנו לא ממקסמים את טובתנו.

מעבר לכך, פעמים רבות ישנן עלויות מעבר (switching costs) הנלוות להחלפת ספק שירות או מוצר, שמקורן בפיתוח תלות בשירות או באופיו של המוצר הרלוונטי ורכיביו (תופעה הקרויה the lock-in effect). אם עלות שקועה נושאת פני עבר ומביאה עימה נטייה לדבוק בקו פעולה או מתווה נבחר¹⁸⁷, הרי שעלויות מעבר הנושאות פני עתיד מביאות לתוצאה דומה, ומהוות, לפיכך, את צידה השני של אותה מטבע. הדוגמאות שלהלן עשויות להבהיר עד כמה קשה, לעיתים, לעבור מספק לספק בשל עלויות מעבר.

דוגמה אחת עניינה טלפונים ניידים. אם לא ניתן, למשל, להשתמש במספר הטלפון אליו

התרגלנו ובאותו כרטיס SIM בעת מעבר ממפעיל סלולר אחד לאחר, הלקוח מוצא עצמו ניצב בפני

¹⁸¹ ראו למשל Cialdini, R. B., Cacioppo, J. T., Bassett, R., & Miller, J. A., *Low-ball Procedure for Producing Compliance: Commitment then Cost*. 36 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOLOGY 463 (1978).

¹⁸² לדיון כללי ראו Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch & Richard H. Thaler, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*, 5(1) J. ECON. PERSPECTIVES 193 (1991).

¹⁸³ החוזים ראו Russell Korobkin, *The Status Quo Bias and Contract Default Rules*, 83 CORNELL L. REV. 608 (1998); Russell Korobkin, *Inertia and Preference in Contract Negotiation: The Psychology Power of Default Rules and Form Terms*, 51 VANDERBILT L. REV. 1583 (1998).

¹⁸⁴ ראו גם Chris M. Wilson & Catherine Waddams Price, *Do Consumers Switch to the Best Supplier?*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=982530 available at BARRY SCHWARTZ, *THE PARADOX OF CHOICE: WHY LESS IS MORE* (2004) 159 ("Another

ראו למשל "effect that the desire to avoid regret can have is to induce people not to act at all...") רוב גדול של אנשים צופה חרטה גדולה יותר על נקיטת מעשים שיתבררו כשגויים, מאשר על מחדלים של אי עשייה [החלטות לא לעשות] שיתבררו כשגויים. ראו Gilbert, לעיל הערה 59, בעמ' 196-197 והאסמכתאות המובאות שם.

¹⁸⁵ ראו גם איל, לעיל הערה 151, בעמ' 26.

¹⁸⁶ בהקשר זה מעניין לציון, כי לעיתים מעבר בין חברות דווקא מרע את מצבו של הלקוח, שמוצא עצמו משלם יותר מאשר היה משלם לו ויתר על המעבר. ראו לעיל הערה 183. לא מן הנמנע, שחלק מרגשות החרטה מקורם בידיעה שלעיתים המעבר בין חברות מתברר כשגוי כלכלית.

¹⁸⁷ לעיל חלק ג.1.

עלויות מעבר המקשות עליו לממש את רצונו לעבור¹⁸⁸. כמו כן, אם מדפסת מסוימת עובדת רק עם דיו ומחסנית המיוצרים על ידי יצרן המדפסת, הלקוח חייב לרכוש את הדיו והמחסנית מיצרן המדפסת, והוא לא יכול לפנות ליצרנים מתחרים – אלא אם ירכוש מדפסת אחרת. כך גם, אדם המורגל לשימוש בתיבת דואר אלקטרוני או במערכת קבלת דואר אלקטרוני (נניח – Outlook Express) שעובדת רק עם מערכת הפעלה של מייקרוסופט, מוצא עצמו כבול לתיבת הדואר או למערכת ההפעלה – רק כדי לא לאבד את פריטי הדואר המאוחסנים במערכת ההפעלה או המתויקים בתיקות¹⁸⁹. באופן דומה, בעל כרטיס אשראי או נוסע בחברת תעופה מסוימת החבר במועדון לקוחות המאפשר לו לצבור נקודות/מילילים/כוכבים וכדומה, ולנצלם לצורך קבלת הטבות, עלול גם הוא לחוש כבול לספק הנוכחי. זאת, בשל החשש לאבד את ההטבות שצבר עד כה. כל אלו מקשים על הלקוח לממש את חירותו ולהפסיק את ההתקשרות עם ספק זה או אחר המבקש לשנות את תנאי החוזה.

לעלויות המעבר (האובייקטיביות-כלכליות) פן התנהגותי המחרף את הבעיה. הדרך בה אנשים חושבים עלולה לגרום להם להעריך ביתר עלויות מעבר אלו במועד קבלת ההחלטה אם להתנתק מהספק הנוכחי או לא. ראשית, אנשים הינם שונאי הפסד¹⁹⁰, הרגישים מאוד (קרי – באופן לא פרופורציונאלי) לשינויים לרעה במצבם¹⁹¹. רגישות זו באה לידי ביטוי באופן חזק עוד יותר במקרה של עלויות מעבר, משום שאנשים נוטים להעדיף את טובתם ונוחיותם קצרת הטווח על פני טובתם ונוחיותם לטווח הארוך, והם מוכנים לשלם פרמיה עבור סיפוק ה"אני העכשווי"¹⁹². לכן, אנשים רבים לא חוסכים מספיק (בזבוז כסף היום על חשבון רווחת המחר)¹⁹³, לא עומדים

¹⁸⁸ כרטיס SIM, או בשמו המלא: Subscriber Identity Module, הינו כרטיס חכם המאחסן מידע של משתמש בטלפון נייד. המדובר במידע כדוגמת פרטים אישיים, הגדרות, מספרי טלפון, הגדרות רשת, הודעות, מידע טקסטואלי ומולטימדיה. הכרטיס ממקום לרוב בחלקו האחורי והפנימי של הטלפון הסלולרי.

¹⁸⁹ ניתן לצמצם או לפתור חלק ניכר מהבעייתיות האמורה באמצעים טכנולוגיים שונים, אולם צרכן שאינו מודע לאמצעים אלו או חושש מהם מרגיש כבול הלכה למעשה.

¹⁹⁰ הניתוח הכלכלי המסורתי משתמש במונח "שנאת סיכון", בעוד אנשי הגישה ההתנהגותית טוענים כי המונח הנכון והמדויק יותר הוא "שנאת הפסד". כאשר, נניח, אדם צריך לבחור בין החלטה הנושאת בחובה סיכוי של 50% להרוויח 1,000 ₪ ו-50% להפסיד 800 ₪ (תוחלת + 100 ₪), לבין החלטה לא לשנות מאומה – הוא לרוב יעדיף להישאר במצבו הנוכחי (תוחלת – 0 ₪) מפחד ההפסד הפוטנציאלי (800 ₪). זאת, למרות התוחלת החיובית והגבוהה יותר של החלופה הראשונה. ראו למשל מיה בר הילל, *התובנות הפסיכולוגיות שזכו בפרס נובל לכלכלה*, רבעון לכלכלה 4, 781, 787 (2003).

¹⁹¹ כדי להמחיש את הרגישות האנושית לשינוי שלילי תנו דעתכם לשתי הדוגמאות הבאות, המתבססות על Gilbert, לעיל הערה 59, בעמ' 151-152, 154-155. אתם מקבלים שתי הצעות עבודה, לתקופת העסקה של שלוש שנים. מה תעדיפו? עבודה בה השכר בשנה הראשונה הוא 80,000 ₪, בשנה השנייה 100,000 ₪, ובשנה השלישית 120,000 ₪, או עבודה בה שכר השנה הראשונה הוא 130,000 ₪, בשנה השנייה 110,000 ₪, ובשנה השלישית 90,000 ₪? מרבית האנשים מעדיפים את החלופה הראשונה, משום שאנו משווים הכנסה נוכחית עם הכנסת עבר, וירידה בשכר נתפסת בעינינו כהפסד ממנו נרצה להימנע. או: איזו חבילת תיור נעדיף לרכוש? חבילה שעלתה אתמול 5,000 ₪ והיום עולה 4,000 ₪, או אותה חבילה ממש שאתמול עלתה 2,000 ₪ והיום עולה 3,000 ₪? גם כאן, מרבית האנשים יעדיפו את החלופה הראשונה, למרות שהיא יקרה יותר. זאת משום שבחלופה השנייה תשלום של 3,000 ₪ נתפס בעינינו במגלם הפסד של 1,000 ₪ ביחס למחיר הקודם.

¹⁹² כך, אנשים מוכנים לשלם עבור כרטיס להצגה של הערב יותר מאשר אותו כרטיס להצגה בעוד חצי שנה. באופן דומה, אנשים מוכנים לשלם יותר עבור גלידה שאוכלים עכשיו, מאשר עבור גלידה שתאכל בעוד חודש. לתופעה הכללית במסגרתה מעדיפים אנשים תמורה קטנה כעת על תמורה גדולה יותר משמעותית בעתיד קוראים "הנחה היפרבולית" (hyperbolic discounting). ההסבר המקובל הוא, שדחיית סיפוקים נתפסת בעינינו כ"כאב", ובגין נשיאה בכאב אנו דורשים פיצוי. ראו GILBERT, לעיל הערה 59, בעמ' 115-116. עם זאת, דחיית סיפוקים איננה נתפסת ככואבת כאשר שתי החלופות נושאות פני עתיד. למשל, כאשר עלינו לבחור בין כרטיס הטבה בסך 50 ₪ בעוד שנה או הטבה של 60 ₪ בעוד שנה וחודש, נעדיף את החלופה השנייה. זאת, משום שכאשר אנו חושבים על העתיד אנו עושים זאת במשקפיים רציונליים יותר ואמוציונאליים פחות, ודחיית הסיפוק "כואבת" הרבה פחות כאשר לא מדובר בדחיית סיפוק שיכול היה להתקבל מידית. ראו שם, בעמ' 118; LEHRER, לעיל הערה 124, בעמ' 89-91.

¹⁹³ יוער, כי תופעה זו מהווה חלק ניכר מהבעייתיות המלווה את השימוש בכרטיסי אשראי: אנו מעריכים ביתר סיפוקים מיידיים על חשבון המחר, וקשה לנו להעריך את המחיר האמיתי שנשלם בעתיד עבור הנאות ההווה. הבעיה מוחרפת משום שהשימוש בכרטיס פלסטיק לא גורם לנו את אותה תחושת הפסד וכאב שנגרמים משימוש מוחשי בכסף מזומן. להסבר מעניין המשלב פן נויורולוגי ראו LEHRER, לעיל הערה 124, בעמ' 82-87.

בפני פיתויים ("אכול היום, מחר נפצח בדיאטה")¹⁹⁴, לא מפסיקים לעשן (שהרי "נוכל להפסיק מתי שרק נרצה, אבל לא עכשיו"), ובאופן כללי יותר, דוחים למחר משימות ומטלות שאפשר ונכון לעשות היום¹⁹⁵. הפחד מפני הפסד והעדפת הרווחה קצרת הטווח מעצימה את החשש מפני התנתקות מהספק הנוכחי, כמו גם מפני נשיאה באותן עלויות מעבר שפורטו לעיל.

חשוב להבהיר, כי תניות המאפשרות לספק שינוי חד-צדדי, לעיתים אף ללא עדכון מראש של הצד השני לחוזה, אינן בבחינת תניות "רדומות" הצופות פני קטסטרופות חריגות עתידיות. ספקים אכן עושים שימוש בזכותם החוזית לשנות את תנאי ההסכם באופן חד-צדדי, אם במטרה לשנות תניות חוזיות ואם על מנת לשנות את המחיר החוזי. המחשה אחת, ביחס לשינוי תנאי החוזה למחיר, מקורה בענף התקשורת, שם שונו תעריפי ההתקשרות באופן תדיר יחסית¹⁹⁶. על מנת להתמודד עם שינויי מחירים תכופים בשוק הסלולר, המליצה ועדת גרונאו כי "יאסר על ספקים לשנות במהלך תקופת ההתקשרות את התעריפים הקבועים בהסכם ההתקשרות"¹⁹⁷. ההמלצה התקבלה על דעת הרגולטור, והנחיה ברוח זו הוצאה על ידי משרד התקשורת והוחלה על כל העסקאות הצרכניות בשוק הסלולר שנכרתות לתקופה קצובה¹⁹⁸. מעניין לציין, כי האיסור על שינוי כל תנאי ההתקשרות, ולא רק תעריפיה.

כפי שעולה מהנמקת משרד התקשורת, להגבלה זו מספר הנמקות¹⁹⁹. ראשית, היא מסייעת ללקוח להשוות בין התוכניות השונות והרבות המוצעות על ידי המפעילים²⁰⁰. שנית, ההגבלה משפרת את הוודאות הצרכנית ומונעת את הצורך להשקיע משאבים בלימוד התעריפים והשוואתם לחלופות במהלך חיי העסקה. שלישית, היא מקלה על הצרכן בעת חידוש ההתקשרות, בכך שנמנע ממנו את הצורך לפשפש בהיסטוריית ההתקשרות על מנת לחשב על המחיר החוזי. אך מעבר לכך, ההגבלה נכונה מפרספקטיבה נוספת: היא מצמצמת את יכולתו של הספק לנצל את הנטייה האנושית שלא לתת משקל רב לשינוי תנאי החוזה במהלך תקופת ההתקשרות. כאמור, הרגולטור חשש מנטייתו של הצרכן שלא להשקיע משאבים במהלך חיי העסקה במטרה ללמוד את תנאיה החדשים. הדיון בחלק זה מדגים, כי לחשש זה יש גושפנקה התנהגותית.

¹⁹⁴ הגרסה המעודנת פחות לאמרה עממית זו היא "אכול ושתה כי מחר נמות". מעניין לציין, כי גם רופאים שמזהירים אנשים שחוו ניתוח לב כי אורח חייהם הנוכחי מקרב את מותם לא מצליחים לשכנע את הפצינטים לשנות את אורח חייהם ולוותר על הנוחות של היום לטובת אריכות חיים. על פי דיווח אחד, רק 10% מהאנשים שעוברים ניתוח מעקפים (coronary-artery bypass graft surgery) בארצות הברית משנים את סגנון חייהם בהתאם להמלצת הרופאים. תשעים האחוז הנותרים ממשיכים להעדיף את ליהנות ממן החיים עכשיו על חשבון קיצור חייהם והגדלת הסיכוי לסבול מאירוע לב נוסף ואף למות ממנו. ראו <http://www.damninteresting.com/hyperbolic-discounting>

¹⁹⁵ בהקשר זה יפים מילות הבית הפותח של השיר "אני אשתנה", מאת ירמי קפלן:
 "ממחר מבטיח לך אפסיק לעשן,
 ממחר תראי תראי אפסיק לשקר,
 רק עכשיו תני לזרום עם הרגע הזה
 ממחר תראי תראי אני אשתנה."

מחקרים התנהגותיים מציעים דרכים למזער בעיות הנובעות מחוסר נכונותם של אנשים לקחת על עצמם התחייבויות בהווה ונטייתם לדחות עשיית דברים חשובים. ראו למשל Shlomo Benartzi & Richard H. Thaler, *Save More Tomorrow: Using Behavioral Economics to Increase Employee Savings*, 112 J. POLITICAL ECON. S164 (2004).

¹⁹⁶ לפסיקה נוספת העוסקת בשינוי חד-צדדי של המחיר החוזי וביחס שבין שינוי זה להוראת סעיף 23(א)(1) לחוק החוזים האחידים ראו למשל ע"ש (חוזים אחידים) 5017/98 **מגדל הזהב נ' היועץ המשפטי לממשלה**, תק-מח 4(2003), 1069 (2003).

¹⁹⁷ לעיל הערה 171.

¹⁹⁸ ראו http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/7/1507.pdf.

¹⁹⁹ שלוש ההנמקות הראשונות בפסקה זו לקוחות מהוראת משרד התקשורת, שם, בעמ' 5-6.
²⁰⁰ בעניין זה ראו גם הדיון לעיל חלק 3. העוסק בבעיית היצף המידע. כן ראו איל, לעיל הערה 151.

לבסוף, המחשה נוספת ושונה לשימוש בו עושים ספקים ביכולתם לשנות באופן חד-צדדי את תנאי העסקה לקוחה מתחום התעופה. כאשר לקוח מזמין כרטיס טיסה, הוא כפוף לתנאי התובלה שמוכתבים על ידי הספק. באופן טיפוסי, חברות תעופה שומרות לעצמן את הזכות לשנות את התנאים מעת לעת. תנאי התובלה של אל על, למשל, מורים כי "תנאים אלה והתעריפים, התקנות, המחירים והחיובים שלנו כפופים לשינוי ללא הודעה מוקדמת; בתנאי ששום שינוי כאמור בקשר למחיר או לתנאי המחיר שלך לא יחול לאחר ששילמת בעבור הכרטיס שלך או לאחר שהכרטיס שלך הונפק, האירוע הראשון מביניהם".

בפסק דין **ז' נ' אייר פרנס**²⁰¹ התעוררה סוגיה דומה. באותו עניין נקבע, כי תנאי התובלה העוסקים במשקל המותר של כבודת נוסעים שונתה באופן חד-צדדי, מבלי שניתנה לנוסעים כל הודעה בעניין. משכך, הורה בית המשפט על פיצוי התובע. ואולם, טענתי היא שגם לו הייתה ניתנת הודעה בעניין, עדיין יש מקום לבחון את השינוי החד-צדדי בחשדנות. כיוון שמחקרים אמפיריים מוכיחים שאנשים נוטים להבליג או להסכים ביתר קלות להרעה במצבם לאחר הסכמה על מתווה ראשוני, יש להקשות על ספקים העושים שימוש בזכותם לשנות את החוזה לרעת הלקוח באופן חד-צדדי. לטעמי, זו הפרשנות הראויה לחזקה המנויה בסעיף 4(4) לחוק החוזים האחידים, לפיה "תנאי המקנה לספק זכות לקבוע או לשנות, על דעתו בלבד, ולאחר כריתת החוזה, מחיר או חיובים מהותיים אחרים המוטלים על הלקוח" הוא מקפח. ספק הכולל תניה מעין זו עשוי להשתמש בה, ופעמים רבות השימוש בה מנצל (במודע או שלא) את הדרך בה אנשים טועים או נכשלים בהשאת תועלתם בעת קבלת החלטות²⁰². תובנות התנהגותיות מלמדות, כי נכון יהיה לבחון פרקטיקה עסקית זו בחשדנות.

סיכום

מאמר זה ביקש להראות כיצד תובנות התנהגותיות שופכות אור חדש על דיני החוזים האחידים. לעיתים, קבלת החלטות צרכניות נעשית על בסיס מידע חסר או מוטעה, ולעיתים על בסיס מידע רב ומגוון. לפעמים היא נעשית בלהט הרגע, ופעמים היא נעשית ביישוב הדעת ולאחר מחשבה מרובה. כך או אחרת, קבלת החלטות מושפעת מגורמים רבים ושונים. חלקם מובילים אותנו לשגות באופן שיטתי. אם בכך לא די, לרוב איננו מודעים לדרך שבה אנו מקבלים החלטות, ולקלות שבה החלטותינו מושפעות מדברים שאינם אמורים להוות חלק מהחלטותינו.

יש שיסברו, כי ההסדרים המוצעים במאמר זה פוגעים בחופש החוזים יתר על המידה. על פי קו טיעון ספקני זה, אין לאפשר לשיקול דעתם של מחוקקים ובתי משפט להוות תחליף לחופש החוזים. זאת ועוד: ליישום הגישה המוצעת כאן נלוות עלויות שונות, ויש לבחון אם הן אינן גבוהות מדי ביחס לתועלת שהיא מביאה. כשלעצמי, אינני סבור כי יש מקום לחשש מסוג זה. חוזים אחידים מסדירים אינספור פעילויות משפטיות יומיומיות ומיוחדות כאחד, ותובנות התנהגותיות רלוונטיות לכל שלבי החוזה: החל מהשלב הטרם-חוזי, המשך בהתייחסות לתוכן החוזה, וכלה בשינויו. הראיתי, כי ניתן להסתייע בתובנות התנהגותיות כדי לראות מפרספקטיבה נוספת את הביקורת על הדרך בה בתי המשפט מפרשים את דוקטרינת התנאי המקפח; להבין טוב

²⁰¹ ת"ק (פ"ת) 1483/06 **ז' נ' אייר פרנס** (ניתן בתאריך 11.3.2007).

²⁰² חלק ניכר מדיון זה, כמו גם הדיון באפקט העלות השקועה, רלוונטי גם לסוגיה של חידוש חוזים צרכניים והתנתקות מספקי שירות מתמשכים. סוגיה סבוכה זו, הראויה לדיון נפרד, זכתה לתשומת לב ציבורית רבה ואף הוסדרה באחרונה בחקיקה; ראו סעיפים 13-א-13 לחוק הגנת הצרכן.

יותר את הדין הנוהג; לעצב באופן נכון יותר את הדין הרצוי; ולשפוך אור נוסף על הדרך בה ראוי שיפסקו בתי המשפט. נקווה כי בעתיד תתפתח ספרות נרחבת נוספת המיישמת תובנות התנהגותיות אלו ואחרות למגוון סוגיות משיקות. הצורך בספרות שכזו בולט במיוחד בקשר לתפקידם ומעמדם של הרגולטורים השונים²⁰³, ולדרך בה נכון לעצב את חזקות הקיפוח ולפרשם²⁰⁴.

הניתוח ההתנהגותי הוא תחום מורכב ועשיר. מאמר זה ביקש לחשוף טפח קטן, בבחינת קצה הקרחון, מהעולם המרתק המרכיב את הדרך בה אנו מתייחסים לחוזים אחידים ומגיבים להם. הניתוח ההתנהגותי נותן בידי מחוקקים, שופטים, ועורכי דין כלים רבי עוצמה העשויים לשפר את הדרך בה מעוצבים דיני החוזים האחידים. טוב נעשה אם נכיר כלים אלו.

²⁰³ לדוגמה העוסקת ביישום תובנות התנהגותיות בהקשר לפעילותו של הגוף הפדרלי המרכזי בארצות הברית האמון על הגנת הצרכן (The Federal Trade Commission) ראו Joseph P. Mulholland, *Behavioral Economics and the Federal Trade Commission*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1091745.

²⁰⁴ לסקירה וניתוח נרחבים של חזקות הקיפוח, שאינם כוללים דיון בתובנות התנהגותיות, ראו ורדה לוסטהויז וטנה שפניץ חוזים אחידים (1994).