

אחידות וגיוון בחוק הגנת הצרכן: ניתוח כלכלי

פרנצ'סקו פריזי*

המאמר בוחן את מערך הצידוקים והטעמים שבבסיס הגישות המתחרות של האחדה או גיוון (diversity) בדיני הגנת הצרכן, תוך שימת דגש בכתבי-אחריות. הוא פותח בניתוח של שלוש הפונקציות המרכזיות של כתבי-אחריות קונוונציונליים (לא-משפטיים) ומשפטיים. הניתוח חושף את השוני במידת האחריות המיטבית המוענקת בכתבי-אחריות – החל בהעדר אחריות, המשך באחריות חלקית וכלה באחריות מלאה – כתלויה בנסיבות השונות. נסיבות אלה כוללות את שנאת הסיכון היחסית של הצדדים (כתבי-האחריות כביטוח), את האסימטריה במידע בין הצדדים (כתבי-האחריות כאיתות) ואת מידת השליטה בסיכון או באיכות (כתבי-האחריות כתמריץ). ניתן להצדיק הסדרה משפטית המחייבת מתן אחריות מלאה רק אם מתקיימים התנאים המתאימים בכל אחד משלושת הממדים הללו של כתבי-האחריות – מצב נדיר למדי בעולם האמיתי. בהמשך המאמר מיושם הניתוח הכלכלי דלעיל כדי לבחון את ההנחה (הדירקטיבה) של האיחוד האירופי העוסקת בנושא, ולהעריך את גבולות ההאחדה והגיוון בדיני הגנת הצרכן.

מבוא

פרק א: האחדתם של דיני הגנת הצרכן – מטרות ואמצעים

1. הצדקות כלכליות לחקיקה קוגנטיבית בדיני הגנת הצרכן

2. בחירת האמצעי הראוי להגנה על הצרכן

פרק ב: הפונקציות הכלכליות של כתבי-אחריות

1. סיכון חיצוני (אקסוגני): כתבי-אחריות כביטוח

2. מידע אסימטרי: כתבי-אחריות כאיתותים

* פרופסור למשפטים, אוניברסיטת מילנו; פרופסור למשפטים, בית-הספר למשפטים, אוניברסיטת מינסוטה. ברצוני להודות ללי דיוויס על סיועו המועיל במחקר. מאמר זה עוסק בהרחבה בסוגיות שהבן עסקתי גם במאמרי הקודם: "The Harmonization of Legal Warranties: in European Law: An Economic Analysis" 52 *Am. J. Comp. L.* (2004) 403

3. סיכון פנימי (אנדוגני): כתבי־אחריות כתמריצים
 4. תקופת האחריות המיטבית של כתבי־אחריות קונוונציונליים ומשפטיים
- פרק ג: הנחיה EC 1999/44 של האיחוד האירופי וניתוח כלכלי של הגנת הצרכן האירופית
1. עקרון התאימות לחוזה
 2. תכונות חיפוש לעומת תכונות התנסות: הגדרה מחדש של עקרון אי־התאימות
 3. בחירת הסעדים במקרים של הפרת האחריות
 4. תקופת אחריות מינימלית
 5. השפעת הערבויות המפורשות של המוכר
 6. העדפה נגלית והשוק: כתבי־אחריות קוגנטיים והגנה מינימלית
 7. היקפה המתרחב של ההתערבות האירופית
- פרק ד: סיכום

מבוא

זה שנים רבות נעשים מאמצים פוליטיים ומשפטיים להביא לידי האחדת דיני המכר הבין־לאומיים. הצעדים הראשונים שננקטו היו נסיונו של "המוסד הבין־לאומי להאחדת המשפט הפרטי" (UNIDROIT) להכין חוק מכר בין־לאומי אחיד בחסות חבר העמים; אמנות האג משנת 1964, שהובילו לאימוצם של שני חוקים אחידים – חוק המכר הבין־לאומי (ULIS) וחוק חוזה המכר הבין־לאומי (ULF); ואמנת וינה משנת 1980 למכר בין־לאומי (CISG). בהמשך ננקטו כמה יוזמות נוספות ברמה האירופית הלאומית והפרטית, שחלקן יצרו הקבלה לקודיפיקציה בדין המסחרי האחיד (UCC) בארצות־הברית. בין היוזמות החדשות הללו בולטת במיוחד הנחיה (דירקטיבה) של האיחוד האירופי מה־7.7.1999, המהווה כנראה את הצעד המשמעותי ביותר בדרך להאחדת דיני המכר ודיני הגנת הצרכן האירופיים, תוך התערבות בעניינים הנוגעים בענף מרכזי בדיני החוזים.¹

1 ראו את הקודיפיקציה של עקרונות החוזים המסחריים הבין־לאומיים משנת 1994 של UNIDROIT: available at <http://www.jus.uio.no/lm/unidroit.contract.principles>.
 Ole Lando של דיני החוזים האירופיים: available at <http://www.jus.uio.no/lm/eu.principles.lando.commission/doc.html> (18.5.2006);
 הקודיפיקציות של דיני המכר הלאומיים שנערכו בשוודיה, בדנמרק, בפיןלנד ובחולנד. ראו גם את הנחית האיחוד האירופי: Directive 1999/44/EC of The European Parliament and of the Council of May 25 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantee; available at: http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000/l_178/l_17820000717en00010016.pdf (18.5.2006). (להלן: "ההנחיה").

פרק א: האחדות של דיני הגנת הצרכן – מטרות ואמצעים

מאמץ ההאחדה הגלום בהנחיה (דירקטיבה) של האיחוד האירופי מצדיק את התערבות ההסדרתית בדיני המכר הלאומיים בעובדה שלפני יישום ההנחיה היו דיני המכר של המדינות החברות באיחוד שונים זה מזה במידה לא-מבוטלת. כתוצאה מכך שווקים של מוצרי צריכה במדינות השונות המשיכו להתקיים בצורה נבדלת זה מזה, נוצרו עיוותים בתחרות בין מוכרים, ונכשלו הנסיונות לספק את הסעדים ההולמים במקרי הפרה. עקב כך ההנחיה חותרת לצמצם את השונות בין השווקים האירופיים, בעיקר באמצעות הדרישה לתאימות של הטובין הנמכרים לשורה של תניות חוזיות מפורטות.

עם זאת, יישומה של ההנחיה נעשה בצורה שצמצמה באופן משמעותי את ההוראות שנכללו בנוסח המוצע המקורי. צמצום זה של היקף ההתערבות ההסדרתית נשען על עקרון הפפיפות השולט בדברי החקיקה של האיחוד האירופי (subsidiarity principle)². הכנסת מקור משפטי אירופי לתחום זה, גם אם בצורה המרוככת של הנחיה, מבטיחה את היתרון הברור של הענקת סמכות שיפוטית בלעדית לערכאה האירופית בכל הקשור לפרשנות של הוראות ההנחיה.

ל-CISG ול-UCC יש היקף תחולה רחב יותר מאשר להנחיה, שכן הם נוגעים בכל סוגי חווי המכר, ולא רק בהגנת הצרכן. ההנחיה, לעומת זאת, אינה עוסקת כלל בחווי מכר בין קמעונאים לספקים, ברכישות שנעשות על-ידי בתי-עסק או ברכישת חומרי-גלם לייצור טובין אחרים. ככלל, יוצרי הנורמות המשפטיות (להלן: המחוקקים) אינם ממהרים להתערב ולספק הגנה בחוויים דלעיל מפני שבנסיבות אלה קיימים מנגנוני שוק יעילים, כגון מוניטין, המקדמים שיתוף-פעולה יעיל בין השחקנים כאשר מדובר במשחקים חוזרים. אולם מנגנונים אלה יעילים פחות בשווקים גדולים יותר, שבהם הסיכויים למשחקים חוזרים קטנים יותר. השווקים שה-UCC וה-CISG מתיימרים להסדיר את פעולותיהם הם גדולים מאוד: הראשון עוסק בחוויים בכל מדינות ארצות-הברית; והשני – בעסקות בין-לאומיות. ה-UCC וה-CISG קובעים כללי בררת-מחדל להגנה על הקונים והמוכרים בשווקים אלה, אך מאפשרים לצדדים חופש מוחלט כמעט להתנות מפורשות על כללים אלה. בהינתן הגמישות המרובה בהקצאת הסיכונים בין הצדדים, המשתמעת מחופש ההתנאה דלעיל, גוברת חשיבות פעילותם של כוחות שוק יעילים, ובפרט של מנגנוני מוניטין.

נוסף על כך, נראה שהמחוקקים יוצאים מתוך הנחה שכאשר הקונה הוא בית-עסק, גם אם עסקת המכר המסוימת אינה אופיינית למהלך עסקיו הרגיל, הוא מסוגל להגן על עצמו טוב יותר מפני מוכר הנוהג בעורמה. הסבירות שקונה שהוא בית-עסק יבין לאשורן את התניות החוזיות, ישקיע במחקר לצמצום פערי המידע ויבטח את עצמו מפני סיכון חיצוני (אקסוגני) גבוהה יותר מהסבירות שקונה "רגיל" יעשה זאת.

2 על-פי עקרון הפפיפות, על המעוניינים להקנות לאיחוד סמכות חקיקתית חדשה מוטל הנטל להוכיח כי המדינות החברות אינן יכולות – אם באופן עצמאי ואם בשיתוף-פעולה ביניהן – לחוקק חקיקה שתענה על צרכיו של שוק אירופי פנימי.

יתר על כן, הן ה-CISG והן ה-UCC מסתמכים על נהגים של ביצוע, משא-ומתן ושימוש בטובין כעל כללי בררת-מחדל המחייבים את הצדדים כל עוד הללו לא התנו עליהם מפורשות. נוהגי ביצוע ונוהגי משא-ומתן הם אותן פרקטיקות שהצדדים קבעו לעצמם במסגרת חוזה יחיד או לאורך כמה חוזים, בהתאמה. נוהגי השימוש בטובין הם אותן פרקטיקות שהצדדים לחוזה מכר מהסוג המדובר פועלים לפיהן בדרך-כלל. הכללת נוהג השימוש בטובין ככלל בררת-מחדל בחוזה מסייעת באופן משמעותי בהפחתת פערי המידע בין הצדדים. הפריירה הטבעית וכוחות השוק התחרותיים, המניעים את ההתפתחות האבולוציונית של נוהגי השימוש בטובין, הם אלה שמבטיחים, ככלל, את הגינותו ויעילותו של כלל בררת-מחדל המסתמך על הנוהג. כך גם מובנים כללי בררת-מחדל המסתמכים על נוהגי הנשיאה-ונתינה בין הצדדים. עסקות-עבר בין אותם צדדים התרחשו בהכרח לשביעות-רצונם, שאם לא כן, ככלל, הם לא היו מתקשרים ביניהם בעסקות נוספות. כך גם במקרה הזה, הכללתם של הנהגים שהתפתחו בין הצדדים ככלל בררת-מחדל בחוזה ביניהם מעלה את הסבירות ליעילותו ולהגינותו. על רקע זה קשה להסביר את ההגבלה שבהנחיה, המצרה (יחסית לגמישות הרבה יותר ב-UCC וב-CISG) את חופש ההתנאה. ההנחיה מורכבת מארבעה-עשר סעיפים ומבוא. המבוא מצביע על סעיפים 153(1) ו-153(3) של אמנת האיחוד האירופי כעל הבסיס המשפטי להנחיה. בחלק המדובר של האמנה, הקהילה האירופית מצהירה על מחויבותה לקידום רמה גבוהה של הגנת הצרכן, באמצעות הכלים המפורטים בסעיף 95 לאמנה.

המבוא להנחיה ממשיך ומציין כי מהחירויות הכלכליות של הקהילה עולה כי צרכנים שהם תושבים של אחת המדינות החברות בקהילה צריכים להיות חופשיים לרכוש טובין בשטחה של מדינה חברה אחרת. יישום חופש המעבר של טובין ושירותים מחייב בנקודה זו את יצירתה של מערכת מינימלית של כללים הוגנים שיסדירו את מכר הטובין הצרכניים.³

1. הצדקות כלכליות לחקיקה קוגנטית בדיני הגנת הצרכן

הגנה על הצרכן מוצדקת לרוב על בסיס אי-יכולתו של השוק לספק כללים מיטביים בהקשר זה. כללים יעילים להגנה על ציפיותיהם של הצרכנים הם "טובין ציבוריים" המגבירים את אמינותן של עסקות שוק, מצמצמים פערי מידע ומטפלים ב"בעיות של שוק לימונים".⁴ עם זאת, לצרכנים פרטיים אין תמריץ רב לעקוב אחר פעילותם של המוכרים ולבדוק את התאמתה לכללים, מאחר שעלותה של פעילות בקרה ומיקוח לגבי צרכן פרטי עלולה להיות גבוהה מן התועלת הפרטית שהוא יפיק מהפעילות. רוב הצרכנים הפרטיים ניצבים במהלך חייהם במצבים שבהם מוכרים מפרים את ציפיותיהם החוזיות, מבלי שסעד משפטי יהיה

3 ראו פסקה 2 במבוא להנחיה לעיל הערה 1.

4 ראו: George A. Akerlof "The Markets for 'Lemons' – Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism" 84 Q. J. Econ. (1970) 488. ראו גם לעיל במבוא לפרק זה.

זמין להם. נוסף על כך, צרכנים פרטיים נוטים פעמים רבות לוותר על סעד פוטנציאלי גם כאשר הוא זמין להם.

בהתחשב בהתנהגות זו של הצרכנים, הבעיה, מנקודת-מבט כלכלית, היא כיצד להצדיק את ההתערבות ההסדרתית של האיחוד האירופי בתחום הערבויות שהמוכר מעניק לצרכן. אנשי משפט וכלכלה בחנו סוגיה זו משתי נקודות-מבט: ראשית, הם שקלו את היקף ההתערבות ההסדרתית הנדרשת על-מנת ליצור רמות מיטביות של כתבי-אחריות והגנה על הצרכן; שנית, הם זיהו את הבעיות השיוריות המחייבות הכרעה – בחירת הסעדים המיטביים ובחירת הרמה המתאימה (דהיינו, הרמה הלאומית, האירופית וכיוצא בזה) ליישום הגנה כזו על הצרכנים בשוק האירופי המאוחד.

בניתוח הכלכלי של המשפט, האמון הכללי בכוחות השוק מסויג על-ידי התחשבות מפורשת במנגנונים העלולים למנוע את הצדדים מלנהל משא-ומתן יעיל ביניהם שיבטיח רמות יעילות של הגנת הצרכן.⁵ ביתר פירוט, ניתוח כלכלי כזה יבחן את יכולתם של כוחות השוק התחרותי להמריץ מוכרים מקצועיים להציע את רמת האחריות המיטבית כדי להשיא את פוטנציאל הרווח ממכירותיהם. נוסף על כך הוא יבחן אם רוכשים-בכוח ומוכרים-בכוח רבים צפויים לייצר באופן עצמאי בהתקשרויות ביניהם רמה אחידה של אחריות, או שמא השונות בהעדפות ובפונקציות העלות של פרטים שונים יניעו קונים לבחור רמות שונות של הגנת הצרכן בהתקשרויותיהם עם מוכרים.

לאחר בחינתם של נושאים אלה בעזרת מודלים כלכליים, ניתן לעצב את הכללים המשפטיים המסדירים את הנושאים הללו תוך הבנה מלאה יותר של היתרונות היחסיים של פתרונות משפטיים חלופיים בהשגת היעדים שהוצבו בתחום.

אף אם ניתן לצפות בסבירות גבוהה לנשיאה-ונתינה יעילה בין הצדדים, ניתן עדיין להצדיק את התקנתם של כללים אחידים להסדרת הסוגיה של אחריות המוכר ככלי להפחתת עלויות העסקה הנובעות מהכנסת תניות אחריות מפורטות ומפורשות לחוזה בין הצדדים. עם זאת, כמו ברוב הכללים המכוונים למזעור של עלויות עסקה, ניתן לעצב כללים אלה ככללי בררת-מחדל שניתן להתנות עליהם, ולא ככללים קוגנטיים. לכן, כאשר נשקלת התערבות משפטית כאמצעי להאחדת הדינים הלאומיים, קיימות עדיין שאלות נוספות שעלינו לבחון.

⁵ Wehrt, במחקרו על בעיות דו-צדדיות ביחסים עסקיים ארוכי-טווח, טוען שהדאגה הגורמת להסדרה משפטית ביחסים מסוג זה היא מוגזמת. אפילו במשחק חד-פעמי, מנגנוני שוק (כגון מוניטין, אישורים ודירוגים שונים במגזר העסקי וכולי) ממלאים תפקיד רב-ערך בהפחתת הצורך בהיוקקות לסעדים משפטיים לשם הגנה על צרכנים. במחקרים רבים מסוג זה המסקנה הכללית היא שאין כל צורך בהסדרה משפטית בתחום זה. ראו: Klaus Wehrt "Warranties" *Encyclopedia of Law and Economics* (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds., Aldershot, 2000, Vol. III) 179.

2. בחירת האמצעי הראוי להגנה על הצרכן

כאשר משתמשים בהתערבות משפטית ביחסים השוקיים כאמצעי ליצירת הגנות מיטביות על הצרכן, מקום שהמוסכמה השוקית בדבר אחריותו של המוכר נחשבת בלתי-מספקת למטרה זו, עלינו לסלק את המכשולים המשמעותיים הנוגעים בבחירת סוג ההתערבות המשפטית והיקפה.

בבסיס ההנחה עומדת הנחת-היסוד שלפיה בהעדר האחדה מינימלית של דיני המכר הצרכניים תעוכב השלמת יצירתו של שוק אירופי פנימי. על-פי הנחה זו, דיני הגנת צרכן חלקיים ולא-אחידים עלולים לפגוע ביכולתנו לנצל את ההודמנויות שייצרו טכנולוגיות התקשורת החדשות (המאפשרות גישה קלה למערכות הפצה במדינות אחרות) ולהפיק את היתרונות הגלומים בעצם קיומו של שוק גדול. לאור הנחה זו, יצירת מערכת מינימלית משותפת של כללי הגנת צרכן, שתחולתם לא תהא תלויה במיקום המדויק שבו נרכשו הטובין בתוך הקהילה האירופית, נתפסת ככלי חשוב לחיזוק אמונם של הצרכנים בשוק ולהבטחת אפשרותם לנצל בצורה מרבית את יתרונותיו של השוק הפנימי.

בהתאם למצאיה הראשוניים של הנציבות האירופית,⁶ הקשיים העיקריים שצרכנים נתקלים בהם והמקור העיקרי לסכסוכים עם מוכרים קשורים לאי-תאימות בין הטובין הנמכר לבין חוזה המכר (להלן: אי-תאימות). הרלוונטיות המיוחדת של קשיים אלה במכר בין-לאומי הובילה לצורך בקירובם זה לזה של דברי החקיקה הלאומיים השונים העוסקים במכר טובין צרכניים. הבחירה באמצעי של האחדה עקיפה (דהיינו, הנחיות) במקום האחדה ישירה (דהיינו, תקנות בעלות תחולה ישירה)⁷ הוצדקה בצורך למנוע התערבות ישירה הרסנית בכללים ועקרונות לאומיים הנוגעים בחבות חוזית ולא-חוזית.

העיקרון המרכזי של ההנחה – תאימות הטובין לתניות החוזיות המפרטות את טיבם – אינו אמור להיות שנוי במחלוקת. כל מערכות המשפט הלאומיות של המדינות החברות באיחוד מכילות את העיקרון הבסיסי שלפיו איכותו ומאפייניו של הטובין הנמכר חייבים להתאים לפרטים הנקובים בחוזה.

ברם, למרות ההכרה הרחבה בעיקרון זה במסורות המשפטיות הלאומיות השונות, התעורר הצורך בהאחדה נוספת כדי למנוע הגנה לא-מספקת ולא-מאוזנת בתחומי השיפוט השונים. בבחורו לפעול בדרך של האחדה עקיפה – קרי, באמצעות הנחיה – הכריע המחוקק האירופי במשתמע בשאלה המקדימה בדבר הצורך בהתערבות ריכוזית. הכרעתו מבטאת הוקעה של הקשיים שהמדינות החברות מגלות בתיאום מאמצייהן המשותפים וביצירת דיני הגנת צרכן חקוקים אחידים ומיטביים בכוחות עצמן.

כך, בהתבסס על ההצהרות הכלולות במבוא להנחיה, מערכות משפט לאומיות אינן יכולות להסתמך אך ורק על קיומו של אותו "עקרון תאימות" כללי כדי להבטיח קיומה של רמה מינימלית של הגנת הצרכן. המבוא מקדם בברכה יצירת דברי חקיקה לאומיים נוספים

6 לתיאור של מבנה הנציבות האירופית וסמכויותיה ראו http://www.ec.europa.eu/index_en.htm (18.5.2006).

7 הערת המערכת: בחרנו לתרגם את ההבחנה בין harmonization לבין direct unification ל"האחדה עקיפה" אל מול "האחדה ישירה".

שיבטיחו הגנה על הצרכן במקרים שבהם ההסכמה בין הצדדים לחוזה אינה כוללת תניות מפורטות, או במצבים שבהם ההסכמה החוזית כוללת תניות אשר מאיינות או מגבילות את זכויותיו של הצרכן, בצורה ישירה או עקיפה, ובכך מעקרות את יעילות ההגנה עליו מכות החוזה.

ראוי לציין שיישומה של אותה הגנה מינימלית על הצרכן שההנחה מקדמת בברכה חל גם על עסקות ללא זיקה "זרה" כלשהי (קרי, חוזה מכר בין בני אותה מדינה אשר נחתם ומבוצע במדינתם). העלאת סוגיית ההסדרה גם כאשר מדובר בעסקות מכר לאומיות גרידא מוסברת בצורך לספק כללים אחידים לרוחב מערכות משפטיות שונות, כדי למנוע את הסכנה שמחוקקים לאומיים יעצבו כללים המפלים לטובה עסקות לאומיות (ביחס לעסקות בין-לאומיות), ובכך ייצרו הטיית "מגרש ביתי" (home-bias) בשוק האירופי התחרותי.⁸

פרק ב: הפונקציות הכלכליות של כתבי-אחריות

הספרות העוסקת בניתוח כלכלי של המשפט רואה בכתבי-אחריות הבטחה של המוכר לקבל עליו אחריות ספציפית במקרה שהאיכות או הביצועים של הפריט שנרכש אינם תואמים את המפרט החוזי ואת הציפיות החוזיות הלגיטימיות של הקונה. דיון זה נוגע הן בכתבי-אחריות קונוונציונליים שהצדדים לעסקה בוחרים ומאמצים אותם לחוזה ביניהם, והן בכתבי-אחריות משפטיים הנוצרים על-פי חוק בעסקות מסוימות. מנקודת-מבט כלכלית, כתבי-אחריות – קונוונציונליים ומשפטיים – ממלאים שלוש פונקציות עיקריות: (א) פונקציה של ביטוח; (ב) פונקציה של חשיפת מידע; (ג) פונקציה של תמריץ. לא תמיד ניתן להשיג את שלוש הפונקציות באמצעות כתבי-אחריות יחיד. כפי שעולה מטבלה 1 להלן, רק בתת-קבוצה קטנה של מצבים אותה רמה של אחריות מניבה את האיזון המיטבי בין הצדדים הן מבחינת הקצאת הסיכונים והן מבחינת התמריצים. אותן נסיבות מוגבלות שבהן בחירה בכתבי-אחריות מסוים תניב תוצאות מיטביות בכל אחד מהממדים האמורים יידונו ביתרת פרק זה.

למען הפשטות הגרפית, טבלה 1 מביאה בחשבון רק שלושה ערכים בדידים של כתבי-אחריות ("אחריות מלאה", "אחריות חלקית", "ללא אחריות"). במציאות, רמות האחריות המוצעות רציפות, ולא בדידות, והרמה המיטבית של האחריות הקונוונציונלית תיבחר על-ידי המחוקקים והצדדים לעסקות בהתאם למשקל היחסי המיוחס לכל אחד משלושת הפרמטרים של המיטוב (דהיינו, הרמה המיטבית של הביטוח, של חשיפת המידע ושל התמריצים).

8 שימו לב שהמדינות החברות באיחוד שומרות על סמכותן לפתח את דיני המכר הלאומיים שלהן, אולם אסור למדינה חברה להפעיל סמכות זו באופן שעלול ליצור הטיה לאומית או הטיה כלשהי שתפגע בתחרות בשוק האירופי לטובת צדדים מאותה מדינה.

כצעד מקדמי לשם הבנת הסוגיה המטופלת על-ידי ההנחיה, חשוב לבחון מהי רמת האחריות במצב של שיווי-משקל שהצדדים צפויים להסכים עליה חוזית בהינתן תנאים שונים. כפי שמוצג בתמציתיות בטבלה 1, מנקודת-מבט כלכלית, במצב של שיווי-משקל הבחירה ברמת האחריות החוזית ובמשכה תלויה בגורמים הבאים: (א) מידת נטייתם של הצדדים ליטול סיכונים; (ב) הגורמים הקובעים את הסבירות לכך שהמוצר יתקלקל או לא יתאים למפרט החוזי; (ג) המידע הפרטי הזמין לכל אחד מהצדדים לחוזה. מנקודת-מבט כלכלית השמה דגש בתמריצים, יש לבחור רמות מיטביות שונות של אחריות בכל מקרה לגופו, בהתאם לפרמטרים שלעיל, כדי ליצור את האיזון המיטבי של הקצאת הסיכונים ותמריצי הצדדים.

טבלה 1: פרמטרים לבחירה של כתבי-אחריות מיטביים

ללא אחריות	אחריות חלקית	אחריות מלאה	לא משנה	
המוכר שונא-סיכון	שניהם שונאי-סיכון	הקונה שונא-סיכון	שניהם אדישים לסיכון	ביטוח
לקונה יש מידע פרטי	לשני הצדדים יש מידע פרטי	למוכר יש מידע פרטי	מידע סימטרי	איתות
הקונה שולט בסיכונים	שניהם שולטים בסיכונים	המוכר שולט בסיכונים	סיכון חיצוני	תמריצים

בתת-הפרקים הבאים אתיחס ביתר פירוט לתוצאות החוזיות בטבלה 1, תוך בחינת כתבי-האחריות שהצדדים בוחרים במצב של שיווי-משקל כאשר המשא-ומתן על הפרטים מתנהל בסביבות שונות זו מזו. הבחירה המיטבית של כתב-אחריות קונוונציונלי אינה עולה בהכרח בקנה אחד עם האחריות שתוצע על-ידי המוכר לצרכנים רבים. לבסוף, אבחן את בחירת כתבי-האחריות המשפטיים המינימליים, המחייבים את כל המוכרים. לאחר הערכת התוצאות הנובעות מהחלת הניתוח הכלכלי על התסריטים השונים, אבחן בפרק 3 את מידת התאמתה של ההנחיה לפתרונות שהניתוח הכלכלי מספק.

1. סיכון חיצוני (אקסוגני): כתבי-אחריות כביטוח

נתחיל את הניתוח במקרה הפשוט ביותר, שבו ההסתברות לאי-תאימות, לפגמים או לכשל של הטובין הנמכרים היא חיצונית בלבד, כלומר, אין למוכר או לקונה שליטה בהסתברות להתרחשותם של פגמים כאלה. הבה נניח גם שהמידע הזמין לצדדים לחוזה במועד המכירה הוא סימטרי. במצב זה, להקצאת הסיכון של פגמים במוצר לצד האחד או לצד האחר אין כל השפעה מבחינת האיתות או התמריץ. בכל המצבים הללו ההקצאה המיטבית של הסיכון נקבעת אך ורק על-פי שנאת הסיכון היחסית של הצדדים.

הבה נבחן את המקרה הפשוט והטבעי ביותר של צרכנים שונאי-סיכון ומוכרים אדישים לסיכון.⁹ לקונים ולמוכרים יש מידע סימטרי (חשבו, לדוגמה, על ייצור של טובין שאחוז נתון מהם מתקלקל בתוך תקופת שימוש קצרה, ואחוז זה ידוע מראש (ex ante) לשני הצדדים) ולכן יש להם ציפיות דומות בעניין שיעור הכשל של הטובין שנמכרו. מאחר שהסבירות של הפגמים חיצונית ואינה יכולה להיות מושפעת ממידת הזהירות של המוכרים בתהליך הייצור, ואף לא ממידת הזהירות של הקונים בעשותם שימוש בטובין שנמכר, טבעי במקרה זה שהצדדים יסכימו ביניהם על אחריות מלאה במקרים של כשל במוצר.

תוצאה הפוכה תתרחש במקרה המנוגד של מוכר שונאי-סיכון וקונה אדיש לסיכון. כאן הקונה יהיה נושא הסיכונים הטוב ביותר, ולכן, אם כל שאר התנאים יתאימו לכך, יסכימו הצדדים ביניהם באורח טבעי על העדר אחריות. במצב כזה הקונה משמש מבטח של המוכר מפני סיכון חיצוני של כשל במוצר. כל הקצאה אחרת של הסיכונים (למשל, אחריות מלאה או אחריות חלקית) תהיה פרטו-נחותה,¹⁰ מאחר ששני הצדדים יכולים לשפר את מצבם כתוצאה מהסטת הסיכון בכללותו אל הצד האדיש לסיכון.

על-מנת להשלים את התמונה, נבחן את שני המקרים הנותרים, שבהם שני הצדדים לחוזה (א) אדישים לסיכון; או (ב) שונאי-סיכון.

אם שני הצדדים אדישים לסיכון, הקצאות חלופיות של סיכונים יניבו רמות זהות של תועלת מצרפית. הצדדים אדישים למעשה כלפי ממוצע סיכון אפס, ולכן לא יהיה להם כל תמריץ להיכנס לחוזה על-מנת להקצות מחדש סיכון כזה. במקרה האחרון, שבו לשני הצדדים יש רמה מסוימת של שנאת סיכון, ההקצאה המיטבית של הסיכון מעורבת. מאחר ששנאת הסיכון יוצרת עלויות שוליות גדולות (במונחי תועלת) ככל שערכו של הסיכון גדל, ינהלו הצדדים באורח טבעי משא-ומתן ביניהם על חלוקת הסיכון של פגם במוצר, והתוצאה תהיה בחירה באחריות חלקית.

2. מידע אסימטרי: כתבי-אחריות כאיתותים

נעבור לבחון את קבוצת המקרים שבהם הסיכון חיצוני עדיין אך ידוע לצדדים ברמה כזו או אחרת של דיוק. לשם בהירות הדיון, הבה נניח גם ששני הצדדים אדישים לסיכונים, כך שרמות שונות של אחריות רצויות באותה מידה מנקודת-המבט של הקצאת סיכונים. כאשר פועלים על-פי הנחה כזאת, אמת-המידה הרלוונטית היחידה לבחירה בין רמות שונות של אחריות היא ההשפעה שעשויה להיות לרמת אחריות נתונה על

9 בדרך-כלל ההנחה היא שמוכרים שונאים סיכון פחות מהקונים, בהינתן המבנה המימוני השונה שלהם ויכולתם לבטח את הסיכון הסיטונאי. כמו-כן, מוכרים מעורבים בדרך-כלל באופן מקצועי בחיי המסחר לאורך זמן, ולכן נמצאים בנקודת מוצא טובה יותר לבטח את עצמם, וכך לפזר את הסיכון של אי-תאימות על-פני מספר גדול של עסקות מכר.

10 הביטוי "פרטו-נחותה" מתייחס לשינוי שמפחית את התועלת החברתית המצרפית. עסקה פרטו-נחותה היא עסקה שבה מצבם של הצדדים הנוגעים בדבר נגרע במבט מצרפי (קרי, אם מתבוננים על הצדדים לעסקה כעל מכלול אחד).

התמריצים והיכולת של הצדדים לחשוף מידע. בספרות העוסקת בניתוח כלכלי של המשפט, פונקציה זו של כתבי-אחריות קונוונציונליים מכונה "איתות": הבחירה של כתבי-אחריות מסוים חושפת מידע אמיתי ואמין לצד האחר.¹¹ פונקציה זו של חשיפת מידע מתממשת בדרכים שונות בהתאם לשאלה למי מן הצדדים לחוזה יש מידע פרטי שאינו ידוע לאחר.

בפסקות הקרובות אבחן את שלושת השילובים האפשריים של פערי מידע בין הצדדים, ואת התפקיד שכתבי-האחריות ממלאים בכל אחד מהמצבים.

חלק גדול מהספרות בתחום הגנת הצרכן התפתח מהרעיון שרוב העסקות הצרכניות סובלות באורח כרוני מפערי מידע. זאת, על בסיס ההנחה שלמוכרים יש מידע עדיף על הקונים הודות ליתרונות הגודל בתחום רכישת המידע או בשל יתרונות טבעיים אחרים בהקשר של איסוף מידע על איכותו האמיתית של המוצר הנמכר, כגון הידע שצבר המוכר בעקבות תלונות של קונים קודמים על איכות המוצר או תחזוקתו.¹²

למטרת ניתוחנו, נחשבו על המקרה הפשוט שבו יצרנים שונים מתמודדים עם הסתברות משתנה לפגמים במוצריהם. במקרה שלנו, יצרנים אינם יכולים להבחין בין פריטים פגומים ולא-פגומים ברגע המכירה, אך יש להם מידע טוב יותר מאשר לקונים בעניין אחוז המוצרים שצפויים להיפגם בתוך פרק-זמן קצר של שימוש בהם.

בתסריט כזה, אף ששני הצדדים יודעים שהסתברות להיווצרות פגמים היא חיצונית ואינה מושפעת מהתנהגותם, יש להם בסופו של דבר ציפיות אסימטריות בכל הנוגע לשיעור הכשל במוצרים הנמכרים. הציפייה של הקונה תהיה ששיעור הכשל יהיה שווה למוצע בשוק, ואילו המוכר יצפה ששיעור הכשל יהיה שווה לזה שבמדגם הייצור הספציפי שלו, שאותו הוא מכיר. מידע אסימטרי כזה יוצר בעיה הדומה בטבעה לבעיה של שוק הלימונים, שנידונה לראשונה אצל Akerlof.¹³

בהינתן פערי המידע, נכונותו של המוכר להציע לקונה כתבי-אחריות (ולהוסיף את מחירו של כתבי-האחריות למחיר המכר) היא איתות אמין לגבי המידע שיש בידיו. באמצעות המנגנון של כתבי-אחריות חוזיים, מוכרים הניצבים מול הסתברויות חיצוניות שונות זו מזו של כשל מוצר יכולים להציע לקונים בכוח מידע אמין ונגיש בקלות. כתבי-אחריות הם איתות יקר ולכן אמין, כך שניתן לראות בהם "כלים רבי-ערך להעברת מידע".¹⁴

11 את ראשיתה של הספרות העוסקת באיתותים – תורת הסיגנלים – ניתן למצוא אצל: Michael Spence "Job Market Signalling" 87 *Q. J. Econ.* (1973) 355; Sanford J. Grossman "The Informational Role of Warranties and Private Disclosure about Product Quality" 24 *J. L. & Econ.* (1981) 461. ליישום של תורת הסיגנלים לעסקות מכר במצב של מידע אסימטרי, ראו: Wehrt, *supra* note 5.

12 שימו לב: בניגוד לתיאוריות של דיני הגנת הצרכן המתבססות על פערים בכוח המיקוח, תיאוריות המתבססות על פערים במידע אינן נשענות בהכרח על הנחת קיומו של כוח שוק. גם בשוק תחרותי מצוי בשיווי-משקל, מידע אסימטרי עשוי להשפיע על עסקות.

13 ראו לעיל הערה 4 והטקסט הנלווה אליו.

14 ראו: Wehrt, *supra* note 5, at pp. 182–187.

מההיבט המעשי, מנגנון האיתות פועל מפני שהמוכרים מכירים את ההסתברות הממשית שיהיו פגמים במוצריהם, ויכולים לחשב את עלויות האחריות הנובעות מכך. מאחר שמוכרים המתמחים במוצרים מאיכות נמוכה ניצבים לנוכח הסתברות גבוהה יותר של פגמים במוצר, גם עלויות האחריות שלהם גבוהות יותר. בהנחה שמדובר בחוזים אכיפיים של כתבי-אחריות, ובהנחה שלא יהיו מצבים שבהם לא יהיה אפשר להיפרע מהמוכר כאשר תופעל אחריותו (כגון מצבים של חדלות-פירעון – פשיטת-רגל או פירוק של היחיד או החברה המוכרת, בהתאמה), כל מוכר יוכל להציע כתבי-אחריות רק אם יוכל לקבל מחיר שיהיה שווה לפחות לעלות הצפויה של תביעות להפעלת אותה אחריות (דהיינו, תיקונים, החלפות וכיוצא בזה).

מנגנון תמחור זה יניב שיווי-משקל מבחין (separating equilibrium), שבו סוגים שונים של מוכרים או יצרנים יוכלו להציע מגוון של סוגי אחריות (או מגוון של רמות מחירים לכתבי-אחריות דומים). הקונים, בעקבות עיון בכתבי-האחריות המוצע, יוכלו להסיק מסקנות בנוגע לסוג המוכר, ובכך תתוקן בעיית פערי המידע בין הצדדים לחווה. בדרך זו, פונקציית האיתות של כתבי-אחריות מסייעת לקונים ולמוכרים בתהליכי הבירור הפרטיים שלהם במהלך ביצוע העסקה. האיתות מאפשר להעביר מידע אמין, וממלא תפקיד כללי של תיקון האסימטרייה של המידע בין הצדדים וקידום האמון ביניהם.

אף שסביר להניח שלמוכרים יש מידע עדיף בעניין האיכויות והמאפיינים של טובין, אפשר שטבעי להניח כי לצרכן יש מידע פרטי בנוגע לשימוש העתידי בטובין ולנוק-בכוח שייגרם לו (לצרכן) במקרה של כשל או פגם בפריט הנרכש. מנקודת-מבט כלכלית ניתן להגיע לתוצאות מעניינות במצבים שבהם לקונה יש מידע פרטי שאינו זמין למוכר. במצבים אלה, בחירת כתבי-האחריות לא תאות על האיכות (או על שיעור הכשל) של הטובין, אלא על טיבו של המידע הפרטי של הצרכן, דהיינו, על תוחלת הנוק שלו במקרה של כשל. נבחן את המקרה שבו קונים שונים ניצבים לפני רמות שונות של נוק צפוי. אם המוכרים אינם יכולים להבחין בין קונה בעל תוחלת נוק נמוכה לבין קונה בעל תוחלת נוק גבוהה, כפי שקורה במצבים של פערי מידע, הם יציעו לכל הצרכנים רמה אחידה של אחריות. ברם, אם אפשר להגיע למשא-ומתן פרטני, אזי נכונותו של הקונה לוותר על הכיסוי המוצע לו בכתבי-האחריות, בתמורה להנחה במחיר המכר, יכולה לאות על הרמה הממשית של הנוק הצפוי לו. צרכנים שונאי-סיכון הניצבים מול רמת סיכון גבוהה מהממוצע ידרשו אחריות המפצה במלואה על הפסדיהם האישיים, ואילו רוכשים הניצבים מול רמת סיכון נמוכה יעדיפו לקבל הנחה במחיר (השווה בגובהה לתוחלת של עלות האחריות שהמוכר נוטל על עצמו) במקום הכיסוי המלא. אם כן, גם במקרה זה הבחירה החוזית בכתבי-אחריות עשויה למלא תפקיד איתותי רב-ערך מבחינה חברתית.

לבסוף, נבחן את המקרה של אסימטרייה דו-צדדית (דהיינו, המקרה שבו הן הקונה והן המוכר מחזיקים במידע פרטי שאינו ידוע לצד האחר). במצב שבו שוררות בבת-אחת שתי הבעיות של המידע האסימטרי שנזכרו לעיל, רק המוכר מכיר את שיעורי הפגמים של מוצריו בפועל, ורק הקונה יודע מה הנוק הצפוי לו בפועל במקרה של כשל במוצר. הנוכחות המשולבת של שתי בעיות המידע האסימטרי (דהיינו, האסימטרייה הדו-

צדדית) מציבה בעיה מעניינת של תיאום. כפי שהראו Spence¹⁵ ו-Wehrt¹⁶, הפתרון לבעיה זו מתאפיין בהתאמה הפרטו־מיטבית בין מוכרים לקונים. המוכרים יציעו מגוון רחב של רמות אחריות כדי לאותת על המידע הפרטי הנמצא ברשותם בעניין האיכות, ואילו הקונים ידרשו רמות שונות של אחריות כדי לאותת על רמות הסיכון השונות שלהם. במצב של שיווי־משקל, מוכרים שתוחלת הכשל של המוצר שלהם גבוהה ישרתו לקוחות שתוחלת הנזק שלהם נמוכה, ואילו מוכרים שתוחלת הכשל של המוצר שלהם נמוכה ימכרו לקונים רגישים יותר לסיכון. אם יתאפשר רצף של איתות על המידע הפרטי, התוצאה תהיה פרטו־מיטבית, ותעלה בקנה אחד עם ההתאמה היעילה בין קונים ומוכרים שהייתה מתרחשת בעולם אידיאלי של גילוי מהימן ומידע סימטרי או גלוי לעין.¹⁷

3. סיכון פנימי (אנדוגני): כתבי־אחריות כתמריצים

בעולם האמיתי, הסבירות של טובין פגומים אינה רק בעיה חיצונית מפני שהתנהגותם של הצדדים יכולה להשפיע עליה. לכן עלינו להבחין בין שלושה מצבים היפותטיים: (א) מצבים של תמריצים חד־צדדיים שבהם רק המוכר משפיע על ההסתברות לאי־תאימות; (ב) מצבים של תמריצים חד־צדדיים שבהם רק הקונה משפיע על ההסתברות לאי־תאימות; (ג) מצבים של תמריצים דו־צדדיים שבהם המוכר והקונה כאחד משפיעים על ההסתברות לאי־תאימות.

בכל המקרים של סיכון חיצוני, כתבי־האחריות משמשים תמריצים לצדדים להשקיע בייצור ובשימור של איכות. כפי שציין Priest¹⁸, כתבי־אחריות הוא מכשיר המאפשר לצדדים לשלוט באמצעותו במאמצייהם של המוכר והקונה לספק ולשמר (בהתאמה) מוצר הפועל כהלכה.

כמו במקרים הקודמים, גם בניתוח שלהלן נניח שהשיקול היחיד לבחירת רמת האחריות הוא ההשפעה היחסית של רמות הגנה חלופיות על התמריצים של הצדדים (דהיינו, לא נתחשב בפונקציות של ביטוח ואיתות בבחירה של כתבי־אחריות).

15 ראו: Michael Spence "Consumer Misperceptions, Product Failure and Producer Liability" 44 *Rev. Econ. Stud.* (1977) 561, 570.

16 ראו: Wehrt, *supra* note 5, at p. 184.

17 להרחבה בנושא של מידע אסימטרי ובעיות של איתות במבני שוק שונים ראו: Spence, *supra* note 15; Grossman, *supra* note 11; Wehrt, *supra* note 5. באופן כללי יותר, כתובה זאת חושפת את העובדה שאם ניתן להגיע למחירי שיווי־משקל שונים בטובין הנמכרים, כתבי־האחריות מאבדים במידה מסוימת מערכם כמכשירים להעברת מידע. ליישום הנוגע בשווקים אוליגופוליסטיים ראו: Esther Gal-Or "Warranties as a Signal of Quality" 22 *Can. J. Econ.* (1989) 50.

18 ראו: George L. Priest "A Theory of the Consumer Product Warranty" 90 *Yale L. J.* (1981) 1297.

המקרה הראשון והטבעי ביותר הוא המקרה שבו רק המוכר יכול באמת להשפיע על ההסתברות לפגם במוצר או לאי-תאימות שלו. במקרה של תמריץ חד-צדדי למוצר, המשתנה הרלוונטי היחיד הוא המאמץ של צד זה לצמצם את שיעורי הפגמים של המוצרים הנמכרים לרמה מיטבית. בהקשרים שונים, הניתוח הכלכלי של המשפט מכנה אמת-מידה זו של הקצאת החבות "אמת-המידה של 'מונע הנוק הזול ביותר'".

מושג זה מבוסס על אינטואיציה פשוטה וישירה: מאחר שהמוכר נמצא בעמדה הטובה ביותר למזעור הסיכון של פגם במוצר, רצוי להעמיס על כתפיו את החבות העיקרית במקרים של פגם במוצר. כל הפחתה בחבותו של המוכר תיצור תמריצים תת-מיטביים למזער את הסיכון החיצוני.

מצבים של תמריצים חד-צדדיים שבהם רק הקונה משפיע על ההסתברות לאי-תאימות של המוצר נפוצים פחות, אך אינם בלתי-אפשריים. מדובר בהיפוכו של המקרה המתואר לעיל. כאן, רק הקונה יכול להשפיע על ההסתברות לכשל במוצר, באמצעות רמות שונות של אמצעי זהירות שינקוט. במקרה של תמריץ חד-צדדי כזה, המשתנה הרלוונטי היחיד הוא המאמץ של הקונה למזער את שיעורי הכשל של המוצר שרכש, באמצעות אימוץ רמה מיטבית של טיפול ופעילות בעת השימוש במוצר או אחסונו. כצפוי, אמת-המידה של "מונע הנוק הזול ביותר" מניבה במקרה כזה את ההקצאה המיטבית ההופכית של החבות. מאחר שהקונה הוא הצד היחיד המסוגל להשפיע על ההסתברות לכשל במוצר, רצוי להעביר לצד כזה את כל החבות השיורית. במקרה זה הסיכון מועבר בשלמותו לקונה, והמוכר אינו נושא בכל חבות בגין כשל במוצר. כל צורה של אחריות חלקית או מלאה תצמצם או תבטל את התמריצים של הקונה לנקוט את מלוא הזהירות הנדרשת בעת הטיפול במוצר, וכך תעלה את הסבירות הפנימית לכשל.

במקרה השלישי הן הקונה והן המוכר משפיעים על הסבירות למאורע כזה. מצבים של תמריצים דו-צדדיים הם תוצאה של שילוב בין שתי הבעיות החד-צדדיות המתוארות לעיל. מקום שניתן להפריד בין שתי בעיות התמריץ, ניתן לטפל בבעיה הדו-צדדית כסכום פשוט של שתי בעיות חד-צדדיות. גישה זו יוצאת מנקודת-ההנחה שאפשר לקבוע, לאחר קרות המקרה (*ex post*), איזה צד גרם לפגם או לאי-התאימות. כפי שציין Wehrt, על-פי גישה זו, כתב-האחריות המיטבי יספק כיסוי מלא לסיכונים הנתונים בשליטתו של המוכר, אך לא יספק שום כיסוי לסיכונים הנתונים בשליטתו של הצרכן.¹⁹

ברם, בשוק המוכר לנו לא קל לצמצם בעיה דו-צדדית של נקיטת זהירות לסכום פשוט של שתי בעיות התמריצים החד-צדדיות הבסיסיות. אפשר לראות זאת במקרים שבהם אותו סוג של פגם עלול להיגרם כתוצאה מחוסר זהירות של כל אחד מהצדדים. בכל אותם מקרים שבהם אי-אפשר להתחקות בדיעבד (*ex post*) אחר הסיבה לפגם, לאי-התאימות או לכשל של המוצר, פתרונו של Priest²⁰ אינו מעשי. במקרים כאלה אי-אפשר להגיע באמצעות כתב-אחריות יחיד לתוצאה שתהיה הראשונה בטיבה (*first best*). אפשר להגיע

19 ראו: Wehrt, *supra* note 5.

20 ראו: Priest, *supra* note 18.

לתוצאה שתהיה השנייה בטיבה (second best) באמצעות כתבי־אחריות חלקיים המותרים את התמריצים של שני הצדדים במצב של התאמה חלקית.²¹

4. תקופת האחריות המיטבית של כתבי־אחריות קונוונציונליים ומשפטיים

מבחינה אמפירית, מעניין שכתבי־אחריות קונוונציונליים ומשפטיים כאחד מכווצים בדרך־כלל את היקף הכיסוי באמצעות הגבלה של זמן הכיסוי. כיסויים כאלה יחולו רק על כשלים המתגלים בתוך התקופה שתוחמה והוגדרה מראש.²² קיים הסבר כלכלי פשוט למדי לנתון אמפירי זה.

בדרך־כלל, אם מוכרים מספקים את בררת־המחדל של כתבי־האחריות, ואינם נושאים ונותנים על כל מקרה לגופו, מוצע כיסוי לתקופה התואמת את פרק־הזמן הממוצע (או החציוני) שהצרכנים נוטים לדרוש. גם במצבים שבהם אין חשש לפערי מידע, והסיכון של כשל במוצר הוא חיצוני גרידא (דהיינו, אינו מושפע מאמצעי הזהירות שהמוכר נוקט או מהדרך שבה הקונה משתמש במוצר), יש לכתבי־האחריות פונקציה של ביטוח. המוכר מספק שני טובין או שירותים: (א) הפריט הנמכר; (ב) פוליסת ביטוח לפריט הנמכר.

מאחר שבמסגרת כתבי־אחריות כלליים, התנאים של כתבי־האחריות הסטנדרטי זהים לכל הקונים, יהיה על צדדים לשאת ולתת על תנאי האחריות בכל מקרה לגופו כדי לזכות בכיסוי ביטוחי הולם. בעת יישום העיקרון הרובני של כללי בררת־מחדל (בהינתן קיומן של עלויות עסקה), הבחירה המיטבית באחריות שתהווה את בררת־המחדל תהיה זו שתמזער את הסכום הכולל של עלויות העסקה הכרוכות בנשיאה ונתינה־מחדש על הסדרי אחריות נפרדים, ואשר תצמצם את השפעתם של ההפסדים הנגרמים לחברה בכללותה (deadweight losses) בגלל כתבי־אחריות שאינם מיטביים.

21 לדברי אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט, יש לצפות לאחריות מלאה במצבים שבהם ההסתברות לכשל או לפגם נקבעת אך ורק על־ידי המוכר. ראו: Wehrt, *supra* note 5. אם הסתברות זו מושפעת גם מרמת הזהירות של הקונה ראו: Priest, *supra* note 18; Russell Cooper & Thomas W. Ross "Product Warranties and Double Moral Hazard" 16 *Rand J. Econ.* C. Wilson "A Model of Insurance Markets with Incomplete Information" 16 *J. Econ. Theory* (1977) 167; Michael Rothschild & Joseph E. Stiglitz "Equilibrium in Competitive Insurance Markets – An Essay in the Economics of Imperfect Information" 90 *Q. J. Econ.* (1976) 629; Winand Emons "On the Limitation of Warranty Duration" 37 *J. Indus. Econ.* (1989) 287. ראו גם Priest, *supra* note 18; Wehrt, *supra* note 5.

22 ראו: Priest, *supra* note 18; Wehrt, *supra* note 5.

פרק ג: הנחיה 1999/44/EC של האיחוד האירופי וניתוח כלכלי של הגנת הצרכן האירופית

כפי שצוין בתחילת המאמר, מטרתה המרכזית של ההנחיה היא ליצור בדיני המכר של המדינות החברות באיחוד רמה מינימלית של הגנה על הצרכן במקרים של אי-תאימות של הטובין, ובכך לקדם את תהליך התיאום וההרמוניזציה בתחום מרכזי וחיוני זה של הדין המקומי. כתבי-האחריות הקונוונציונליים נתפסו כמשקפים פעולה טבעית של כוחות השוק המיועדת להבטיח הגנה כזאת על הצרכן. הנהגת כתבי-אחריות משפטיים – ולא קונוונציונליים – בהנחיה, במטרה להרחיב את מידת ההגנה שיש לצרכן בשוק האירופי הפנימי, משקפת את שימת הדגש העיקרי בסעדים הנתונים לצרכן נגד המוכר. סעיף 1, המציין את היקף תחולתה של ההנחיה, מקרב זה לזה את כל דברי החקיקה המדינתיים לסוגיהם הנוגעים בהיבטים מסוימים של מכר צרכני וכתבי-האחריות הקשורים אליו. סעיף 1 נוקט גישה זו כדי להבטיח, כאמור, רמה מינימלית אחידה של הגנת הצרכן בהקשר של השוק האירופי הפנימי.

במסגרת ההנחיה, ההגנה מוענקת לצרכנים (המוגדרים כיחידים הפועלים לא בהקשר מסחרי, עסקי או מקצועי) המתקשרים בחוזה עם מוכרים (המוגדרים כיחידים או ישויות המתקשרים בחוזה של מכר צרכני במסגרת מסחר, עיסוקם או מקצועם).²³ סעיף 1 מגביל באופן תמוה את היקף ההגנה לאישיות טבעית. על פניו אין הסבר כלכלי להוצאת ישויות משפטיות מתחולת הסעיף. להפך, ההצדקה העיקרית להגנה – דהיינו, קיומם של פערי מידע ופערי מיקוח – רלוונטית במידה שווה לישויות טבעיות ומשפטיות, כל עוד הן אינן עוסקות במסחר כעסקן המרכזי.

לעומת זה, הגבלת היקף ההגנה האחידה על הצרכן למקרים של מוכרים וסוחרים מקצועיים בלבד מקבלת תימוכין בניתוח הכלכלי של המשפט, כל עוד רוב כשלי השוק נובעים מקיומם של פערי מידע ופערי מיקוח בין הצדדים.

מבחינת המחוקקים, המקרים השיוריים של חוזי מכר של מוכרים מזדמנים, בין שמדובר במוצרים מיד ראשונה ובין שמדובר במוצרים מיד שנייה, מציינים בעיות שונות מאלה שההנחיה מטפלת בהן. הסיבה לחוסר ההתמקדות במצבים שבהם הקונה הוא שחקן חוזר (למשל, עסק קמעונאי הרוכש טובין מספקים במעלה שרשרת הייצור) היא קיומם של מנגנוני שוק יעילים לריסון התנהגותם של המוכרים. אכן, הניתוח הכלכלי של המשפט כבר הצביע על קיומם של מנגנוני שוק חשובים, כגון מוניטין, המקדמים שיתוף-פעולה יעיל בין שחקנים חוזרים. בניגוד לקונים מזדמנים, לסוחרים מקצועיים יש גישה קלה יחסית למידע על עסקי-העבר של שותפיהם-בכוח לעסקה. הצפי לרמה משביעת-רצון של ביצוע העסקה בהינתן העדרם של סעדים משפטיים הוא גבוה יותר כאשר הצדדים-בכוח יכולים

23 לעיל הערה 1 ראו סעיף 1 להנחיה המאפשר למדינות החברות לאמץ הגדרה מצרה של המונח "צרכן", המוציאה מתחולתה מצבים של מכר טובין מיד שנייה במכירות פומביות שבהן יש לצרכנים הזדמנות להשתתף באופן אישי.

לבחון את הדרך שבה ביצעו הצדדים חוזים בעבר. סטייה מביצוע משביע-רצון של החוזה הנוכחי תוכל אומנם להעניק רווח מיידית לצד הסוטה, אך תשפיע בצורה שלילית על סיכויי להיכנס לעסקות רווחיות בעתיד. פעמים רבות בעולם האמיתי הצדדים מכבדים "הסכמים ג'נטלמניים" שאי-אפשר לאוכפם באמצעות בתי-המשפט, אם בהקשר העסקי הרלוונטי קיימת פעולה של מנגנוני מוניטין. בהקשרים אלה, הישענות על ההסכמים הספונטניים הללו היא הדרך הרצויה, בהינתן עלויותיה הכבדות של אכיפה משפטית.

אומנם, מנגנוני המשחק החוזר והמוניטין מאבדים מעילותם עם הרחבת השוק האירופי, אך סוציולוגים רואים את עצם הצגתם של סעדים משפטיים בהקשר העסקי כמוכילה לשחיקה הרסנית של ערכו של הביצוע מרצון מבחינת המוניטין וההכרה החברתית הנלווים אליו. שחיקת ערך זו מחלישה את יציבותו של הביצוע מרצון בשוק.

כפי שהיה נהוג בפתרונות המשפטיים המסורתיים במדינות השונות, ההנחה מטילה על המוכר חבות ישירה כלפי הקונה לתאימותם של הטובין לחוזה. ברור שהמוכר רשאי, ככל שמתאפשר לו בהתאם לחוקים המדינתיים, לפנות בבקשת סעדים נגד היצרן או נגד כל מוכר קודם באותה שרשרת ייצור, אלא אם כן ויתר על זכויותיו אלה בהתקשרותו עם הגורמים שמעליו בשרשרת. במילים אחרות, ההנחה מסדירה רק את אחריותה של החוליה האחרונה בשרשרת המכר הצרכני, מבלי לעסוק כלל בחקיקה ובפרקטיקות המסחריות הנוגעות בחוזים האחרים שבין המוכר, הספק, מוכר קודם בשרשרת או כל גורם ביניים אחר.

הגבלה זו של היקף ההגנה המוצעת בהנחה עולה בקנה אחד עם נתונים אמפיריים לגבי העדר הידרשות לכתבי-אחריות (או אימוץ כיסוי מוגבל יותר) בהקשרים שבהם קיימת תלות בתשומות-ביניים של הקונה. לדוגמה, Wehrt מציין שהחרגות בכתבי-אחריות אופייניות בהקשרים קמעונאיים ומסחריים, מאחר שהקונה הקמעונאי משפיע בדרך-כלל על האיכות הסופית של הפריטים הנמכרים באמצעות פעילותו שלו.²⁴ כתוצאה מהגבלת ההיקף של תחולת ההנחה, הגנת הקמעונאי נגד החוליות הקודמות לו בשרשרת הייצור נותרה מוסדרת על-ידי הפרקטיקות המסחריות הנוהגות בקרב סוחרים מקצועיים, במגבלות הדינים המדינתיים.

1. עקרון התאימות לחוזה

חלקיה המהותיים של ההנחה מפרטים כללים בסיסיים ליישום המעשי של עקרון התאימות לחוזה, ומציגים חזקה ניתנת לסתירה של תאימות לחוזה ברוב ההקשרים הנפוצים. סעיף 2 מגדיר אי-תאימות לחוזה ומתווה את אמות-המידה להבחנה בין העדר תאימות לבין תאימות אמיתית. על-פי הסעיף, המוכר חייב לספק את הטובין לצרכן בהתאמה

²⁴ ראו: Wehrt, *supra* note 5, at p. 184.

לחווה המכר.²⁵ טובין יוחזקו תואמים לחווה אם יעמדו בתנאים המצטברים²⁶ הבאים: ראשית הם תואמים את התיאור שסיפק המוכר, ואיכותם זהה לאיכות הטובין שהוצגו לצרכן כדגם או כמדגם; שנית הם מתאימים לכל מטרה שבעבורה רכש אותם הצרכן, ובלבד שהודיע עליה למוכר בעת חתימת החווה והמוכר קיבלה; שלישית הם מתאימים למטרות שטובין מאותו סוג משמשים להן ברגיל; רביעית הם מתאפיינים באיכות ובביצועים הרגילים לטובין מאותו סוג, בהתאם לציפיותיו הסבירות של הצרכן בהתחשב באופי הטובין, תוך התחשבות גם בהצהרות פומביות כלשהן של המוכר, היצרן או נציגו לגבי מאפייניהם הסגוליים של הטובין, בפרט בפרסום או על-גבי תוויות.

בניגוד לסטנדרטים המינימליים הקוגנטיים, חוקה כזו מהווה כלל ניתן להתנאה שאינו מגביל את חופש החוים. בהעדר התנאה חוזית נוגדת, כמו גם במקרים שבהם הכללים הקוגנטיים חלים, ניתן לעשות שימוש בהיבטים שהחוקה מציינת על-מנת לקבוע את אי-התאימות של הטובין לחווה. איכות הטובין ומאפייני הביצוע הכלולים בציפיותיהם הסבירות של הצדדים יהיו תלויים, בין היתר, בשאלה אם מדובר במכירה של טובין חדשים או מיד שנייה. הוראה זו של הדין המצוי (ההנחיה) מתאימה לדין הרצוי (הניתוח הנורמטיבי שנידון לעיל) מפני שהיא מאפשרת לצדדים להתנות ביניהם על מידת התאימות הרצויה או הנדרשת להם.

2. תכונות חיפוש לעומת תכונות התנסות: הגדרה מחדש של עקרון אי-התאימות

חלק ניכר מערכו של טובין שנמכר תלוי בתכונותיו. יש תכונות ששני הצדדים יכולים לציפות בהן במועד הרכישה. תכונות אלה שניתנות לאימות מהוות יעד לחיפוש מידע מצד הקונה, ולכן כונו בניתוח הכלכלי של המשפט "תכונות חיפוש" (search properties).²⁷ קיימים גם מאפיינים אחרים של טובין שנמכר אשר אי-אפשר להבחין בהם במישרין במועד הרכישה. מאפיינים אלה שאינם ניתנים לאימות (דוגמת עמידות, פונקציונליות וכולי) מתגלים רק במהלך השימוש בפריט לאורך זמן. מאפיינים אלה מתוארים כ"תכונות התנסות", משום שנוכחותם יכולה להתגלות רק בעקבות התנסות לאורך זמן מסוים לאחר המכירה.²⁸ הקבוצה הנותרת מקיפה את המאפיינים שאי-אפשר לאמתם על-ידי חיפוש או

25 ראו בהנחיה לעיל הערה 1 סעיף 1(2). סעיף 2(5) מרחיב את ההגנה למקרים של אי-תאימות הנובעת מהתקנה שגויה של המוצר. ההתקנה השגויה תיחשב לאי-תאימות של הטובין אם מסמכי ההתקנה היו חלק מחווה המכר, ואם המוכר הוא שהתקין את הטובין או שהדבר נעשה באחריותו, או אם הבעיה נגרמה בגלל העדר הוראות התקנה.

26 המבוא להנחיה שם, מציין שגם אם נסיבות המקרה הופכות תנאי מסוים לבלתי-מתאים בעליל, התנאים הנותרים חלים בכל-זאת.

27 ראו: Philip Nelson "Information and Consumer Behaviour" 78 *J. Pol. Econ.* (1970) 311; Wehrt, *supra* note 5.

28 ראו: Wehrt, *Ibid*, *ibid* 5.

התנסות. מאפיינים אלה מכונים "תכונות אמינות".²⁹ דוגמה לתכונת אמינות היא הסיכון שהטובין יגרמו נזקים סביבתיים בטווח הרחוק.

ככלל, סעיף 2 להנחיה מגביל את האחריות המוכתבת על-ידי ההנחיה לכשלים של מאפייני ההתנסות של הפריט שנמכר. הסיבה לתיחום הברור של היקף ההתערבות היא הגיונית ביותר, בהינתן העובדה שתכונות האמינות אינן ניתנות לבירור מושכל על-ידי מקבל החלטות במעמד של צד שלישי. שום שופט או בורר אינו יכול להכריע אובייקטיבית אם מאפייני האמינות מתקיימים בפועל, ולכן קיומם אינו יכול להוות יעד להבטחה חוזית אכיפה. אי-ההתערבות המשפטית בשאלת האחריות למאפייני החיפוש הגיונית באותה מידה, שהרי הקונה יכול לבחון אותם ללא עלויות בזמן הרכישה. אפשר לראות בתיחום ההתערבות המשפטית דלעיל שיטה לייצור תמריצים לאיסוף מידע מלכתחילה ולצמצום ההתדיינות המשפטית בדיעבד. לעומת זאת, מאפיינים שאינם ניתנים לגילוי או לחיפוש באופן פשוט יחסית על-ידי הקונה מוסדרים על-ידי ההתערבות המשפטית בסוגיית האחריות, וכך נוצרים תמריצים למוכר לגלות מאפיינים כאלה, אם יש בידיו מידע פרטי שהקונה אינו יכול להשיגו בקלות.³⁰

במובן זה, ההנחיה עולה בקנה אחד עם הניתוח הכלכלי. באופן מעניין למדי, ההנחיה אינה מתערבת במקרים של אי-תאימות אם במועד כריתת החוזה ידע הצרכן על אי-התאימות, או שהיה עליו לדעת עליה, או אם מקור אי-התאימות הוא בצרכן. פן זה של ההנחיה מוסיף לבדיקה מבחן סובייקטיבי לגבי מודעות הצרכן לצד המבחן האובייקטיבי של התאימות. עם זאת, חובת ההוכחה בדבר קיומו של מרכיב המודעות חלה על המוכר, ובכך מצטמצמת מבחינה מעשית הרלוונטיות של ההגנה בעלת הפן הסובייקטיבי.³¹

3. בחירת הסעדים במקרים של הפרת האחריות

הניתוח הכלכלי של המשפט מנתח את מגוון הסעדים במקרים של אי-תאימות של טובין שנמכרו. מקורות שונים בספרות זו מצביעים על כמה סעדים חלופיים, כגון: ראשית כתבי-אחריות המבטיחים החזר כספי; שנית הנחות במחיר; שלישית שיפורים עתידיים; רביעית כתבי-אחריות המבטיחים החלפה של המוצר.³² בהכללה, הניתוח הכלכלי של

29 ראו: Michael R. Darby & Edi Karny "Free Competition and the Optimal Amount of Fraud" 16 *J. L. & Econ.* (1973) 67.

30 במקרה זה היה אפשר להגיע לתוצאה דומה בשיטות המשפט הלאומיות של כמה מבין המדינות החברות, באמצעות שימוש בעקרון תום-הלב בדיני החוזים.

31 שימוש דומה במבחנים סובייקטיביים לגבי ידע ממשי או מיוחס נמצא בסעיף 2.4 להנחיה, שבו מצוין, בין היתר, כי המוכר לא יהיה כפוף להצהרות פומביות, במשמעותן לפי פסקה (d)2, אם יוכיח כי לא היה מודע להצהרה האמורה וכי לא סביר שהיה יכול להיות מודע לה, או אם יוכיח כי ההחלטה לרכוש את הטובין לא הייתה יכולה להיות מושפעת מהצהרה זו.

32 ראו: Klaus Wehrt "Strategic Behavior" *Encyclopedia of Law and Economics* (Bouckaert, & Boudewijn & DeGeest, Gerrit eds., Aldershot: 2000, Vol. III) 35; Wehrt, *supra* note 5;

המשפט מסתמך על מסגרת הניתוח שהותוותה בפרק ב דלעיל כדי להעריך את היתרונות היחסיים של הסעדים החלופיים.³³

בהתבססה על הסעדים הזמינים בפועל, ההנחה מציינת כי במקרה של אי-תאימות של הטובין לחוזה, צרכנים זכאים לקבל בחינם טובין המתאימים לחוזה, בין באמצעות תיקון הטובין הפגומים ובין באמצעות החלפתם. אם אפשרויות אלה אינן זמינות, הצרכנים רשאים לבקש הנחה במחיר או את ביטולו של החוזה. ראוי לציין שההנחה עוסקת בסעדים עצמיים – כאלה שהצדדים יכולים להפעיל ישירות, ללא התערבות של גוף שיפוטי. בניגוד לסעדים נזיקיים, המחייבים התערבות של מקבלי החלטות במעמד של צד שלישי לשם כימות הנזקים, כל הסעדים שההנחה עוסקת בהם עומדים מיידית לרשותם של הצדדים. בחירה ועיצוב של הסעדים בצורה זו היו מעשה נבון, בהתחשב בהשפעה המיידית שלהם לכיוון של מזעור העלויות של ההתדיינות השיפוטית.

ההנחה תואמת גם את העקרונות האינטואיטיביים של ניתוח עלות-תועלת. על-פי ההנחה, הצרכן יכול לדרוש תחילה מהמוכר לתקן את הטובין או להחליפם, אלא אם כן סעדים אלה אינם ברי-ביצוע או אינם מידתיים. מידתיותם של הסעדים צריכה להיבחן אובייקטיבית. סעד יהיה לא-מידתי אם שימוש בו יגרור עלויות בלתי-סבירות בהשוואה לסעד אחר. כדי לקבוע שעלויות השימוש בסעד בלתי-סבירות, אין די בהבדל גרידא בינן לבין עלויות של סעד אחר, אלא הן צריכות להיות גבוהות באופן משמעותי מעלויותיו של הסעד האחר.³⁴

הפתרון שאימצה ההנחה מאזן בצורה טובה בין הצורך להגן על הציפיות הלגיטימיות של הקונים לבין הצורך למזער את עלויות הביצוע של המכירה. יש תיקונים או החלפות שאינם פתרונות יעילים מבחינת עלותם, ובכל המקרים שבהם נטל הנשיאה בעלויות התיקון או החלפה אינו מידתי, אפשר שיהיה יעיל יותר לא למלא את ציפיותיהם של הקונים, אלא להעניק הנחה במחיר או החזר כספי מלא על-ידי ביטול והשבה.³⁵ אם כן, האפשרות של ביטול והשבה זמינה לצרכנים רק אם הסעדים האחרים אינם יעילים במקרה הנתון. פתרון

Duncan P. Mann & Jennifer P. Wissink "Money-Back Contracts with Double Moral Hazard" 19 *Rand J. Econ.* (1988) 285; Duncan P. Mann & Jennifer P. Wissink "Money-Back Warranties vs. Replacement Warranties – A Simple Comparison" 80 *Am. Econ. Rev. Papers and Proceedings* (1990) 432; Grossman, *supra* note 11; Cooper & Ross, *supra* note 21; Gal-Or, *supra* note 17

33 Klaus Wehrt "Strategic Behavior, Defective Products and Subsequent Performance" *Essays in Law and Economics II – Contract Law, Regulation and Reflections on Law and Economics* (Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit eds., Antwerpen: 1995) 35; Wehrt, *supra* note 5

34 בבסיסו, עקרון המידתיות של הסעד עולה בקנה אחד עם עקרונות משפטיים דוגמת תום-לב, המקובלים ברוב מערכות המשפט הלאומיות באירופה.

35 מעניין שעקרון המידתיות של הסעד פועל בשני הכיוונים: הוא מונע את הסיכון שבבקשת תיקון אם החלפה היא הפתרון היעיל ביותר מבחינת העלות; והוא מונע את הסיכון של החלפת המוצר אם תיקונו יהיה יעיל יותר.

כזה מצמצם את הסיכון של ניצול אופורטוניסטי של סעד הביטול וההשבה במקרים שבהם מנסים לעשות בו שימוש כדי לספק צרכים והעדפות משתנים של הצדדים לחוזה. כמובן, במקרים של אי־תאימות, המוכר יכול תמיד להציע לצרכן כל סעד אפשרי במסגרת הסכם פשרה, אולם הצרכן הוא שיחליט אם לקבל הצעה כזו או לדחותה.³⁶ סעיף 3 להנחיה מספק פירוט רב יותר של הסעדים הזמינים לצרכן. במקרה שחבותו של המוכר נובעת מאי־תאימות כלשהי במועד הספקת הטובין, סעיף 3 מקנה לצרכן כוח (א) לדרוש שהמוכר ידאג לתאימות של הטובין לחוזה על־ידי תיקון או החלפה; או (ב) לקבל הנחה במחיר; או (ג) לבטל את החוזה בכל הנוגע לטובין שאינם תואמים לחוזה. זכותו של הצרכן לתיקון או החלפה של הטובין³⁷ אינה חלה במקרים שבהם סעדים אלה אינם אפשריים או לא־מידתיים (דהיינו, מטילים עלויות בלתי־סבירות בהשוואה לסעד חלופי). על־פי ההנחיה, הבדיקה שבאמצעותה אפשר לברר אם בקשה לתיקון או להחלפה מעמיסה נטל לא־מידתי על המוכר תיעשה לאור השיקולים דלהלן: (א) שוויים של הטובין אלמלא אי־תאימות; (ב) חשיבותה של אי־תאימות; (ג) מידת אי־הנוחות שתגרם לצרכן אם ייושם הסעד החלופי.³⁸ פירוט השיקולים הללו משאיר מרחב תמרון גדול לעריכת האיזון בין היסודות – המנוגדים לעיתים – דלעיל.

בכל המקרים שבהם אין אפשרות לתקן או להחליף את הטובין (דהיינו, אם עלות התיקון או ההחלפה אינה מידתית, אם אי־אפשר לספק את הסעד מבלי לגרום אי־נוחות ממשית לצרכן, או אם המוכר לא השלים את התיקון או ההחלפה הדרושים בתוך פרק־זמן סביר), ההנחיה קובעת שהצרכן יכול לבקש הנחה הולמת במחיר המוצר או לבטל את החוזה ולקבל השבה.³⁹ ברם, במקרים דלעיל, אם אי־תאימות שולית בלבד, הצרכן זכאי רק להנחה במחיר, ולא לביטול והשבה.⁴⁰ עם זאת, ההנחיה משאירה למדינות החברות מידה מסוימת של חירות לשלוט בביטול החוזה וההשבה. הדינים הלאומיים יכולים לקבוע, למשל, שכל סכום שיושב לצרכן יופחת בהתאם לשימושו של הצרכן במוצר מאז הועבר לרשותו. בכל מקרה שבו אי־תאימות נבעה ממעשה או ממחדל של יצרנים או ספקים בחוליות קודמות בשרשרת הייצור, חבותו של המוכר האחרון בשרשרת כלפי הצרכן אינה מונעת מהמוכר האחרון את הזכות לקבל סעדים מהיצרן ומחוליות קודמות אחרות בשרשרת. סעיף

36 כדי לאפשר לצרכנים לנצל את השוק האירופי הפנימי ולקנות טובין במדינה חברה אחרת, ההנחיה כוללת בפרק המבוא שלה המלצה לא־פורמלית שיצרנים של מוצרי צריכה המשויקים בכמה מדינות חברות יצרפו למוצר, לטובת הצרכנים, רשימה הכוללת לפחות כתובת אחת ליצירת קשר עימם בכל אחת מהמדינות החברות שהמוצר משויק בהן.

37 ההנחיה מציינת שהזכות לתיקון או החלפה אמורה להינתן חינם, ללא תוספת תשלום. סעיף 4.3 מסביר ביתר פירוט שהמונח "ללא תוספת תשלום" מתייחס לעלויות ההכרחיות הכרוכות בהחזרת התאימות של המוצר לחוזה, ובפרט עלויות המשלוח, העבודה והחומרים.

38 סעיף 3.3 להנחיה לעיל הערה 1 מציינת שכל תיקון או החלפה יושלמו בתוך זמן סביר ומבלי לגרום אי־נוחות ממשית כלשהי לצרכן, בהתחשב באופיו של המוצר ובמטרה שלשמה נרכש על־ידי הצרכן.

39 סעיף 5.3 להנחיה 1999/44.

40 סעיף 6.3 להנחיה 1999/44.

4 להנחיה קובע שהמוכר האחרון יהיה זכאי לתבוע סעדים נגד האדם או הישות הנושאים בחבות בשרשרת החוזית. ההנחיה מותירה לדינים הלאומיים של המדינות החברות באיחוד את הגדרתם של אותם יחידים או ישויות שהמוכר האחרון רשאי לתבוע מהם סעדים, כמו גם את הקביעה מהם הסעדים הרלוונטיים והתנאים הנדרשים להפעלתם.

במצבים רבים הזכאות לקבל סעדים נגד צדדים אחרים בשרשרת החוזית היא רכיב חיוני ביצירתם של תמריצים מיטביים מקום שהמוכר האחרון בשרשרת אינו מהווה כיס עמוק מספיק לכיסוי חבותו. אם הצרכן הסופי יכול להפעיל סעדים נגד צדדים אחרים, פרט למוכר הסופי, יהיו תמריצים לספקים בחוליות הקודמות בשרשרת להתקשר עם קמעונאים כשירי-פירעון, ולעקוב אחר הממשק של אותם קמעונאים עם הצרכנים הסופיים. כך יוכלו הספקים למנוע את הפעלת חבותם בתביעות מצד הצרכנים הסופיים. קיומה של חבות במעלה שרשרת הייצור הכרחית גם כדי להבטיח שהתמריצים הנאותים יהיו גלויים וברורים לצד שיש לו שליטה בפועל בסבירות להתרחשות כשלים במוצר. בהעדר אפשרות להיזקק לגורמים במעלה השרשרת, אפשר שתמריצים כאלה ייעדרו, בהינתן ההחצנות שסיטונאים וגורמי-ביניים במעלה השרשרת יכולים להטיל על קמעונאים במורד השרשרת.

באופן מתמיה, ההנחיה משאירה עניין חשוב זה בידי המחוקקים הלאומיים. סעיף 9 במבוא להנחיה אף מאפשר למוכרים קמעונאים להתנות על זכותם לקבל סעדים מחוליות קודמות בשרשרת. עובדה זו יוצרת סימן שאלה בנוגע למהותה האמיתית של ההגנה שסעיף 4 להנחיה מספק. עם זאת, אף שהעדר התערבות ישירה בעניין זה נראה בעייתי על פניו, אפשר להסבירו בעובדה שהצדדים השונים בשרשרת ההספקה הם כולם שחקנים חוזרים, ולפיכך יש להם ממילא תמריצים מיטביים לבחור בתניות היעילות ביותר לגבי החבות במעלה השרשרת.⁴¹ ברוב המצבים כוחות השוק מייצרים תמריצים מיטביים – מבחינת החברה בכללותה – להקצאת החבות בין הצדדים בשרשרת ההספקה כלפי צדדים אחרים בשרשרת.⁴²

4. תקופת אחריות מינימלית

סעיף 5 להנחיה קובע תקופת אחריות מינימלית שמרנית יחסית, העולה בקנה אחד עם הניתוח הכלכלי של תקופת האחריות המיטבית.⁴³ שיטות המשפט הלאומיות חייבות

41 במילים אחרות, לקמעונאים האחרונים בשרשרת יש תמריצים מיטביים לשאת ולתת עם הספקים הקודמים בשרשרת כדי להבטיח את קיומה של הזכות לשיפוי במקרה של תביעות מצידם של הצרכנים הסופיים. באופן דומה יש גם לספקים ולאנשי-ביניים במעלה השרשרת תמריצים להבטיח את זכות השיפוי שלהם מול היצרנים וצדדים אחרים הקודמים להם בשרשרת ההספקה.

42 אפשר שלא כך המקרה כאשר המוכר הסופי נושא בחבות חלקית בלבד, בהינתן ההחצנות המוטלות על הצרכן הסופי, עלויות העסקה הגבוהות הכרוכות בחקירת כושרם המימוני של הצדדים, ועקב כך האפשרות הסבירה פחות להגיע להתמקחות יעילה מבחינה קוויאנית.

43 ראו תת-פרק 42 לעיל.

להעניק תקופת-מינימום של שנתיים שבה הקונים רשאים להגיש תביעות הנוגעות באי-תאימות.⁴⁴ קביעה זו של תקופת-המינימום מאפשרת לכתבי-אחריות – משפטיים ולא-משפטיים – לקבוע תקופות אחריות ארוכות יותר. הגבלת הזמן מחושבת ממועד הספקת הטובין.⁴⁵ ההנחיה מותירה בידי המדינות החברות את האפשרות להנהיג תקופת הארכה נוספת של חודשיים שבמהלכה הצרכן חייב להודיע למוכר על אי-התאימות. בהתאם לעקרונות הכלליים של דיני המכר הלאומיים, הגבלת הזמן למסירת ההודעה מחושבת מן המועד שבו גילה הצרכן את אי-התאימות.⁴⁶ זאת ועוד, ההנחיה יוצרת חוקה ניתנת לסתירה שלפיה כל אי-תאימות שהתגלתה בתוך שישה חודשים ממועד הספקת הטובין הייתה קיימת כבר במועד ההספקה.⁴⁷

התייחסו שנקבע בהנחיה לתקופת חבותו של המוכר בגין אי-תאימות – שנתיים ממועד ההספקה – נועד לשמש תנאי-מינימום. עובדה זו מאפשרת למדינות החברות: (א) לקבוע תקופות הגנה ארוכות יותר; (ב) לשנות את המועד לתחילת חישוב התקופה ממועד ההספקה למועד אחר, כל עוד משכה הכולל של התקופה שהדין הלאומי קובע אינה קצרה משנתיים ממועד ההספקה.

ההנחיה מותירה את הסדרת התנאים המפורטים החשובים ביחס לתקופת חלותה של האחריות בידי המחוקק הלאומי. כך, המדינות החברות יכולות להשעות או להפסיק את ספירת התקופה שבה אי-התאימות חייבת להתגלות, כמו-גם את ספירת התקופה שבה חלה חבותו של המוכר, במקרה של תיקון, החלפה או משא-ומתן לפשרה בין המוכר לצרכן. על-אף חשיבותם של תנאים אלה, פעילותם מוגבלת להארכה של תקופת ההגנה הכוללת, מבלי לצמצם את תקופת-המינימום של שנתיים שנקבעה בהנחיה.

למדינות החברות ניתן גם החופש להגדיר תקופה שבמהלכה הצרכן חייב להודיע למוכר על אי-תאימות כלשהי. עם זאת, המבוא להנחיה כולל המלצה מרומזת למדינות החברות להנהיג רמה גבוהה יותר של הגנת הצרכן על-ידי הימנעות מהגדרת תקופה כזאת. בכל

44 סעיף 5 להנחיה לעיל הערה 1 קובע שאם הזכויות הקבועות בסעיף 3(2) כפופות בחקיקה לאומית להגבלת זמן, תוארך תקופה זו עד לתקופה של שנתיים מיום הספקת הטובין. נראה שלשונה של ההנחיה משאירה פתח לדין הלאומי לאמץ תקופה ארוכה יותר.

45 מעניין שההנחיה מבהירה – בפסקה 16 בפרק המבוא – כי מן ההתמקדות במועד ההספקה אין להסיק שהמדינות החברות צריכות לשנות את חוקיהן הנוגעים בהעברת הסיכון. הבהרה זו חשובה בהתחשב בתהליך הנמשך של בחינה מחדש של העיקרון המסורתי *res perit domino* ("הסיכון מוטל על בעל הקניין") לנוכח הנהגת המסחרי המקשר בין העברת הסיכונים לבין העברת המוצר בפועל, במקום העברה מופשטת של הזכויות.

46 ההנחיה מותירה פתח להתערבות נוספת של האיחוד האירופי בתחום זה, בהעלותה את האפשרות לפיקוח שוטף של המועצה האירופית על אימוצה של דרישה זו בדין המקומי ועל השפעותיה על צרכנים ועל השוק האירופי הפנימי. ההנחיה אף קוראת לפרסום דוח על יישום הדרישה במדינות החברות, בכתב-העת הרשמי של הקהילה האירופית, לא יאוחר מ-7.1.2003.

47 סעיף 5 להנחיה לעיל הערה 1.

מקרה, יש לאפשר לצרכנים חודשיים לכלי הפחות שבמהלכם יוכלו להודיע למוכר על אי-התאימות.⁴⁸

5. השפעת הערבויות המפורשות של המוכר

סעיף 6 להנחיה עוסק בערבויות המפורשות של המוכר. הסעיף מציין שכל הערבויות המוצגות בהצהרותיו ובפרסומותיו של המוכר מחייבות מבחינה משפטית. הערבות המפורשת של המוכר יכולה לחרוג אל מעבר לתוכן המינימלי המובטח לצרכנים במסגרת זכויותיהם מכוח הדין הלאומי הרלוונטי, אך אסור לה לצמצם או להגביל את תוכנה של הגנה זו. ההנחיה מחייבת את המוכר לכלול הצהרה מפורשת על כך במסגרת המידע שהוא מעביר לצרכנים לגבי הערבויות, באופן שיבהיר להם כי זכויותיהם מכוח החוק לא יושפעו לרעה מתניות הערבות.⁴⁹

ההנחיה אף דורשת שתנאי הערבות ינוסחו בשפה פשוטה, ויכללו בבירור את המרכיבים ההכרחיים להגשת תביעות מכוח הערבות – במיוחד את משך תוקפה של האחריות ואת היקף חלותה מבחינה טריטוריאלית – כמו גם את שמו וכתובתו של הערב.⁵⁰ בקטגוריות מסוימות של טובין קיימת פרקטיקה נהוגת שלפיה מוכרים ויצרנים מציעים ערבויות על הטובין כנגד כל פגם שיתגלה בו בתוך פרק-זמן מסוים. נהוג זה יכול לעודד תחרות. ערבויות מסוג זה מהוות אומנם כלי שיווק לגיטימיים, אך אסור שיטעו את הצרכן. כדי להבטיח שהצרכנים לא יוטעו, ההנחיה מחייבת לכלול בערבויות מידע מסוים, לרבות הצהרה שהערבות אינה גורעת מזכויותיו המשפטיות של הצרכן.

סעיף זה ממלא תפקיד חשוב לפי הניתוח הכלכלי של המשפט, בהיותו מכונן למניעת תרמית, הטעיה ובלבול, באמצעות הצבת הגבלות סבירות המאפשרות לאכוף את ההצהרות והמידע שצרכנים מסתמכים עליהם. אף שהשלכותיו של סעיף זה חיצוניות ביחס ליתר ההנחיה, הוא יעיל בהשגת יתרון נלווה.

48 פסקה 20 למבוא מעודדת את המדינות החברות להישמר מפני קביעת תקופה שעלולה לקפח צרכנים המבצעים רכישות בין-מדינתיות. כל המדינות החברות חייבות להודיע למועצת האיחוד כיצד נהגו בהקשר זה, ועל המועצה לעקוב אחר ההשפעות שיש ליישומים המדינתיים השונים של הוראה זו על הצרכנים ועל השוק האירופי הפנימי. מידע על יישומה של הוראה זו על-ידי כל אחת מהמדינות החברות צריך להיות זמין גם למדינות החברות האחרות וכן לצרכנים ולארגוני הצרכנים בכל רחבי הקהילה האירופית.

49 כמובן, ערבות שאינה ממלאת את התנאים דלעיל תקפה עדיין ככל שהיא פועלת לטובת הצרכן, והוא יוכל להסתמך עליה ולדרוש שיכבדוה.

50 ראו הנחיה לעיל הערה 1 סעיף 6.3 מציין גם כי יש להעמיד לרשות הלקוח, על-פי בקשתו, ערבות בכתב או בכל אמצעי עמיד אחר אשר זמין ונגיש לו.

6. העדפה נגלית והשוק: כתבי-אחריות קוגנטיים והגנה מינימלית

מנקודת-מבט כלכלית, הנהגתם של סטנדרטים משפטיים מינימליים מחייבים להגנת הצרכן מוסברת ומוגבלת בהימצאותם של פערי מיקוח או פערי מידע, העלולים למנוע מהצדדים הגעה להסדר המיטבי מבחינה חברתית בהעדר הגנה קוגנטית על הצרכן. בכואו לבחור את מידות הקוגנטיות והדיספוזיטיביות של כתבי-אחריות, הגורם השוקד על הסדרת המשפטית של התחום צריך לשאוף להתקרב לפתרון שהצדדים היו מגיעים אליו בהעדר חסמים אסטרטגיים או חסמי מידע. הוא צריך להיות מודע להנחה הרווחת כי הרמות הנצפות של כתבי-אחריות שעוצבו מפורשות על-ידי צדדים בשוק משקפות בדרך-כלל את ההעדפות האמיתיות של הצדדים, ומבטיחות הקצאה מיטבית של סיכונים, תמריצים ונטלי השגת מידע בין הצדדים לחוזה.

הניתוח הכלכלי של כתבי-אחריות מיטביים מספק קווים מנחים רבי-ערך לתכנונם של כתבי-אחריות קוגנטיים ודיספוזיטיביים. ניתוח כזה מראה שכפייתם של כתבי-אחריות קוגנטיים למשך כל תקופת חייו הטיפוסית של המוצר ניתנת להצדקה רק במערכת נסיבות מסוימת ומוגבלת מאוד שבה רק המוכר שולט בהסתברות לכשל במוצר. בכל שאר המצבים של נקיטת זהירות דו-צדדית, ובכל מקרה שבו שיקולים אחרים מחייבים הגנה מסוימת יותר על הקונה (למשל, במקרים של שנאת סיכונים יחסית של הצדדים ופערי מידע), כתבי-אחריות בלתי-מוגבלים למשך כל תקופת חייו של המוצר יהיו לא-יעילים.⁵¹ היה אולי צורך בצורה מסוימת של התערבות משפטית, אולם ההנחה מתווה תוכנית של הגנה מינימלית באמצעות כתבי-אחריות קוגנטיים שהינה מפוקפקת מנקודת-המבט של הניתוח הכלכלי. ראשית, סעיף 7 להנחה מתייחס להגנה באמצעות כתבי-אחריות כאל דבר מחייב שאינו ניתן להתנאה או לצמצום. התוצאה היא שאין כל תוקף משפטי לכלל ויתור לכתחילי על זכויות מצד הצרכן. כפי שמצוין במפורש בסעיף 7, תניות חוזיות או הסכמים עם המוכר (לפני שאי-התאימות הובאה לידיעתו של המוכר) אשר מוותרים על ההגנה על הצרכן מכוח ההנחה או מגבילים אותה, במישרין או בעקיפין, לא יחייבו את הצרכן מבחינה משפטית.

51 מגוון המצבים שבהם ניתן להצדיק מדיניות של "ללא אחריות", כגון מצבים שבהם לקונים יש מידע פרטי, מעיד שכדאי להנהיג מדיניות כללית המכירה באפשרות של ויתור על אחריות בתביעות צרכניות. מלומדים וקובעי מדיניות המתנגדים לתיאוריה זו מודאגים באופן כללי מנטייתם של קונים לגלות אופטימיות-יתר בכל הנוגע לאיכות הרכישות שלהם, ומנכונותם לוותר לפיכך על אחריות גם אם הם אינם נתונים באחד המצבים שבהם ויתורים כאלה מוצדקים. כלומר, אם הצרכנים מעריכים באופן שיטתי בחסר את תוחלת הערך של כתבי-האחריות, אפשר שיש הצדקה כלכלית לכפות אותו עליהם באופן פטרנליסטי, אף אם הדבר יגביל כמה צרכנים אשר היו רוצים, בצדק, להוציא את עצמם מתחולתה של הגבלה זו. במסגרת ההערכה של עמדות מנוגדות אלה יש להביא בחשבון, כמובן, את מאזן התועלות והעלויות של כל התערבות פטרנליסטית ככזו. השאלה איזו גישה תגבר היא שאלה אמפירית, אולי אפילו מטפיזית, אולם השיח האירופי העכשווי בנושא חייב להתייחס לסוגיית המאזן דלעיל. אני חב תודה לפרופסור Clay Gillette על שהעלה נקודה מעניינת זו.

שנית, סעיף 7 מבטל את חירותם של הצדדים להיכנס לחוזה בהסכמה, גם אם חופש החוזים שלהם מיושם במצב שיש בו מידע מלא לגבי הסיכונים הצפויים וכן הסכמה מדעת. מנקודת-מבט כלכלית, הגבלה זו של חופש החוזים של הצדדים אינה נחוצה, מפני שיישומו של חופש החוזים של הצדדים אינו יוצר אוטומטית החצנות על החברה בכללותה, כל עוד קונים אחרים יכולים להסתמך על הגנת האחריות המינימלית המוצעת כבררת-מחדל. גישה זהירה יותר הייתה מחייבת הסכמה מפורשת לוותר או יישום של הדינים העוסקים בתוקפן של תניות מקפחות בחוזים אחידים.

אם נתעלם לרגע מן הניתוח הכללי, ניתן לומר שההנחיה מאפשרת חריג מסוים לאופייה הקוגנטי של האחריות המינימלית במקרה של טובין מיד שנייה. במקרה כזה המוכר והצרכן רשאים להסכים ביניהם על תקופת זמן קצרה יותר לחבותו של המוכר (ובלבד שלא תהיה פחותה משנה אחת מיום ההספקה). אופיים המסוים של טובין מיד שנייה מונע בדרך-כלל את אפשרות החלפתם, ולכן זכותו של הצרכן להחלפה אינה זמינה בדרך-כלל לגבי טובין אלה. כמו-כן, בהתחשב בהבדלים הקיימים במציאות בין שווקים שונים של מוצרי צריכה מיד שנייה, ההנחיה משאירה למדינות החברות פתח לאפשר תקופת חבות מקוצרת.

ראוי במיוחד לציין שסעיף 7(2) להנחיה מחייב את המדינות החברות לנקוט את האמצעים הדרושים כדי להבטיח שהצדדים לא יתנו ביניהם חוזה לעקוף את אופיין הקוגנטי של הוראות אלה. בפרט, ההנחיה מציינת במפורש שמדינות חברות יבטיחו כי לא תימנע מהצרכנים ההגנה הקוגנטית מכוח ההנחיה כתוצאה מתנייה חוזית שתחיל על החוזה את דינה של מדינה שאינה חברה באיחוד האירופי (ועל-כן אינה כפופה להנחיה) מקום שלחווה יש זיקה הדוקה לטריטוריה של אחת מהמדינות החברות.

סעיף 8 מבהיר כי ההגנה על הצרכנים מכוח ההנחיה כוללת הגבלות סף תחתון בלבד. אכן, ניתן ליישם את הזכויות מכוח ההנחיה מבלי לגרוע מזכויות אחרות שהצרכן יכול להסתמך עליהן במסגרת הדינים הלאומיים המסדירים את סוגיות החבות החוזית או החוץ-חוזית. יתר על כן, המדינות החברות רשאיות לאמץ או להשאיר בתוקפן הוראות מגינות קפדניות יותר העולות בקנה אחד עם אמנות-היסוד של האיחוד האירופי בכל הנוגע לתחום המוסדר על-ידי ההנחיה. בהתאם לכוונת יוצריו, סעיף זה מבטיח רמה גבוהה יותר של הגנת הצרכן. אולם הגנת הצרכן המובטחת בדרך זו היא קוגנטית: הצדדים אינם רשאים להתנות בהסכמה הדדית על הזכויות שהוענקו לצרכנים בצורה שתגביל אותן או תוותר עליהן, שאם לא כן תסוכל ההגנה המשפטית שסופקה להם מכוח ההנחיה.

על-פי ההנחיה, יש ליישם את עקרון ההגנה הקוגנטית המינימלית גם לתניות שמשממע מהן כי בעת כריתת החוזה היה הצרכן מודע לקיומה של אי-תאימות של הטובין לחוזה. מנסחי ההנחיה קבעו כי אין לצמצם את הגנת הצרכן מכוחה באמצעות קביעה חוזית שהדין החל על החוזה הוא דינה של מדינה שאינה חברה באיחוד.

מחקרים אמפיריים שבדקו כתבי-אחריות קונוונציונליים לא-משפטיים תומכים בניתוח זה, ועולים בקנה אחד עם התוצאות שניתן לנבא בהסתמך על הניתוח הכלכלי. גם בהעדר הגנה משפטית מינימלית כלשהי, הצדדים מתמקחים ביניהם או מצפים לקבל רמה מינימלית

מסוימת של הגנה. כך, רק לעיתים נדירות נמצא בשוק תניות של אחריות מלאה לאורך כל תקופת חייו של המוצר.⁵²

אפשר להסביר בקלות את הדומיננטיות של כתבי-האחריות החלקיים בשוק גם על-פי הניתוח הכלכלי. שלושת היעדים המרכזיים של כתבי-האחריות (ביטוח, איתות ותמריצים) מחייבים לעיתים קרובות את אימוצן של רמות אחריות שונות. בנסיבות אלה, המיטוב הכללי של כל הדרישות המרביות (maximands) הללו יחדיו מחייב איזון בין הרווחים השוליים הנוצרים מרמת האחריות בכל אחד משלושת הממדים. במונחים אינטואיטיביים יותר, עלייה ברמת האחריות עשויה לעיתים קרובות להיטיב עם פונקציית הביטוח של הקונה אך עלולה גם לצמצם את התמריצים של הקונה לאותת על רמת הסיכון הסובייקטיבית שלו או לנקוט אמצעי זהירות כדי למנוע את כשל המוצר בהמשך. בהתאמה, ירידה ברמת האחריות עשויה ליצור אצל הקונה תמריצים משופרים לנקיטת אמצעי זהירות בעת השימוש במוצר, אולם היא עלולה גם להכשיל את המטרה שהמוכר יאותת על איכות הטובין או להקטין את התמריצים לשיפור איכותם של המוצרים הנמכרים.

בכל הנסיבות שיש בהן מטרות סותרות של מערכת כתבי-האחריות ואין דרך לקבוע בדיעבד למי מן הצדדים יש לייחס את הסיבה לכשל המוצר,⁵³ בחירת כתבי-האחריות הטובה ביותר שאפשר להגיע אליה תייצג את הפתרון המיטבי השני בטיבו (second best optimum), שבו סך כל הרווחים השוליים מכתבי-האחריות בכל שלושת הממדים שווה לסך כל העלויות השוליות.

יתר על כן, המחקרים האמפיריים שעליהם דיווח Wehrt⁵⁴ מגלים שאת בחירתם של כתבי-האחריות קונוונציונליים לא-משפטיים מכתבה בעיקר החשיבות היחסית של תמריציהם של הצדדים לחוזה להבטיח את תפקודם התקין של הפריטים שנמכרו. כך,

52 Priest מציע הסבר אמפירי של חווי אחריות. הוא מראה כי בדרך-כלל כתבי-האחריות חלקיים ומוגבלים הן בהיקפם והן בתקופת החלות שלהם. ראו: Priest, *supra* note 18. Wehrt מגיע למסקנות דומות. הוא מציין ש"תקופות אחריות חלות רק על חלק מתקופת החיים של מוצר. לעיתים קרובות הכיסוי של כתבי-האחריות מוגבל לשנה אחת. רק לעיתים נדירות ניתן למצוא כתבי-אחריות לתקופות של שלוש שנים או יותר, אף שתקופת החיים של מוצרי צריכה עמידים עולה לעיתים קרובות על עשר שנים". ראו: Wehrt, *supra* note 5, at p. 187.

53 שימו לב שאם הצד השלישי, מקבל ההחלטות, יכול לברר בדיעבד את השרשרת הסיבתית לכשל המוצר או לאי-התאימות, אפשר להיפטר ממקצת המתח שבין המטרות הסותרות של המערכת (כגון בעיות של תמריץ דו-צדדי) על-ידי משטר של אחריות מלאה לבעיות שבשליטתו של המוכר והעדר אחריות לבעיות שבשליטתו של הקונה. חשבו בהקשר זה על הדפוס הנפוץ של החרגות אחריות, שבו הכיסוי אינו ניתן במקרה של שימוש לא-נאות במוצר או במקרה של אי-ציות להוראות הבסיסיות לגבי תחזוקת המוצר. Wehrt מציין באופן מעניין כי החלקים הפנימיים שטמונים עמוק בתוך המוצר (ואשר אינם חשופים לפיכך לפעילותו של הצרכן) מוגנים בדרך-כלל באחריות מורחבת. ברם, הגנה מורחבת כזאת פגה אם נעשים נסיונות לפתוח את המוצר, שכן פתיחת המוצר חושפת את החלקים הפנימיים לפעילותו של משתמש-הקצה. ראו: Wehrt, *ibid*.

54 ראו: Wehrt, *ibid*.

כאשר הובאו בחשבון בעיות של תמריצים דו-צדדיים, כגון מצבים שבהם שני הצדדים יכלו להשפיע על הסבירות לכשל במוצר, התגלתה שונות מסוימת ברמה הנצפית של כתבי-אחריות קונוונציונליים.

מאחר שההנחה היא, כאמור, שהשוק משקף את האינטרסים האמיתיים של הצדדים לחוזה, הצגתם של כללי בררת-מחדל ניתנים להתנאה יכולה להוסיף ולשפר את היעילות על-ידי הפחתת העלויות של יצירת החוזה. רמה זו של התערבות משפטית עולה בקנה אחד עם תמיכתם של הכלכלנים ב"כללי בררת-מחדל רובניים". שום תמיכה כזו לא תתקבל מן הכלכלנים לגבי הפיכתם של כללי בררת-מחדל הללו לכללים קוגנטיים שאינם ניתנים להתנאה. רמה קשיחה כזו של התערבות משפטית אינה מותרת לצדדים שום דרגות חופש להתאים את החוזה לצורכיהם המיוחדים על-ידי בחירה של כתב-אחריות לא-קונוונציונלי.⁵⁵

הערה אחת אחרונה נוגעת בבחירה המיטבית של כללי בררת-מחדל במצב של עלויות עסקה אסימטריות. מקובל להניח שבתחום זה המוכרים נוטים להיות שחקנים חוזרים לעיתים קרובות יותר מהקונים, ולכן יש להם תמריצים גדולים יותר להשקיע במידע ובייעוץ משפטי בנוגע לתכניה של עסקת המכירה. במילים אחרות, שחקנים חוזרים נהנים מהחיסכון שהם יכולים להשיג בזכות יתרונות הגודל משום שהיקף עסקיהם הגדול יחסית מעניק להם כוח מיקוח ומידע משופר למשא-ומתן על התנאים של כתב-האחריות.

על-פי התיאורמה הנורמטיבית של קוז, ⁵⁶ קיומן של עלויות עסקה אסימטריות מעתיק את נטל הנשיאה-ונתינה-מחדש אל הצד הניצב בפני העלויות הנמוכות ביותר.⁵⁷ ככלל, פונקציית שוק קוויאנית כזו תחייב את יצירתם של כללי בררת-מחדל המעדיפים צרכנים "מזדמנים" – שחקנים חד-פעמיים – שניצבים מול עלויות מידע גבוהות יותר, ואולי אף פרוהיביטיביות, ביזום נשיאה-ונתינה-מחדש על התנאים של כתב-האחריות. באשר להשפעה על צדדים אחרים לחוזה, גישה כזו מעתיקה את נטל הנשיאה-ונתינה-מחדש על התנאים של כתבי-האחריות שיוצרו כבררת-מחדל אל כתפיהם של המוכרים – השחקנים החוזרים.⁵⁸ עם זאת, חשוב להגן על נשיאה-ונתינה כזו מהתמקחות נוספות ומכשלי מידע,

55 יש לציין, לבסוף, שחשיפה כספית שירית של הקונה קיימת תמיד בכל-זאת במסגרת ההנחה, בהינתן ההזדמנות הלא-שלמה להשיב לעצמו את עלויות העסקה, את עלויות ההתדיינות המשפטית ואת העלויות של הפסד ההזדמנויות כתוצאה מהקדשת זמנו של הקונה לניסיון לממש את זכויותיו על-פי ההנחה.

56 ראו: 1 (1960) *J. L. & Econ.* "The Problem of Social Cost" Ronald Coase.

57 ראו גם: Guido Calabresi & Douglas A. Melamed "Property Rules, Liability Rules and

Inalienability – One View of the Cathedral 85 *Harv. L. Rev.* (1972) 1089.

58 קיימת הרחבה נוספת של הטיעון בדבר עלויות העסקה. אם כלל בררת-מחדל מאפשר החרגה של אפשרות התביעה, האם אפשר שמוכרים יחריגו אפשרויות תביעה בהתבסס על ההבנה שעלויות העסקה של רכישת כתב-האחריות מצד הקונים יעלו על תוחלת הערך של תביעות מכוח כתב-האחריות? בקצרה, ייתכן שצרכן יעדיף אחריות אם המוכר יציע לו כזאת, אך יסכים לקבל החרגה של האחריות בשל העלויות הכרוכות בנשיאה-ונתינה הנדרשת על-מנת להשתחרר מהחרגת האחריות. נוסף על כך, ייתכן שגם צרכנים עם מידע מלא יימנעו מלשאת ולתת על

כדי להבטיח שהוויתור הלכתחילי על תנאי האחריות המוצעת כבררת-מחדל יהיה מוסכם במפורש על הצרכנים על בסיס מידע וגילוי מלאים.

7. היקפה המתרחב של ההתערבות האירופית

סעיפים 9 עד 14 מכילים הוראות ליישומה של ההנחיה. סעיף 9 מחייב את המדינות החברות בראש ובראשונה לנקוט אמצעים נאותים כדי ליידע את הצרכנים בדבר החוק הלאומי המיישם הנחיה זו, ולעודד ארגונים מקצועיים, בגבולות ההלימה, ליידע את הצרכנים בדבר זכויותיהם. סעיף 11 קובע את ה-1.1.2002 כמועד הסופי ליישום ההנחיה, ומחייב את המדינות החברות להודיע למועצה האירופית אילו אמצעי יישום נבחרו בפועל. נוסף על כך, סעיף 12 מתאר תהליך בקרה שיערך לא יאוחר מה-7.7.2006, אשר יבחן, בין היתר, את האפשרות להנהיג אחריות ישירה של היצרן.

החקיקה וההלכה הפסוקה בתחום זה במדינות החברות השונות מעידות על עניין הולך וגובר בהבטחת רמה גבוהה של הגנת הצרכן. לנוכח מגמה זו ולנוכח הניסיון שיירכש ביישום ההנחיה, אפשר שיקום צורך בהאחדת דינים מרחיקת-לכת עוד יותר, בעיקר על-ידי דאגה לאחריות ישירה של היצרן בגין פגמים שהוא אחראי להם.

יש לאפשר למדינות החברות לאמץ ולשמר הוראות מחמירות יותר בתחום שההנחיה מקיפה, כדי להבטיח רמה גבוהה עוד יותר של הגנת הצרכן.⁵⁹

כתב-אחריות יעיל וחסכוני במצב שבו עלויות המיקוח גבוהות. ברור שנקודה זו מעוררת מייד את השאלה מדוע ירצו מוכרים ליצור חסמים, בדמות עלויות עסקה פרוהיביטיביות, שעלולים להכשיל הגעה להסדר (דהיינו, מכירת מוצר עם כתב-אחריות) היוצר להם רווח נקי (עודף היצרן). בשוק תחרותי לא תיתכן התנהלות כזו, מאחר שהצרכנים יעברו למוכרים שיספקו את החבילה הטובה ביותר (בתנאים תחרותיים תשרוד רק החבילה הטובה ביותר). במצב של תחרות לא-מושלמת אפשר אומנם שהמגבלות התחרותיות לא יהיו מספיקות, אולם עדיין היינו מצפים שהצדדים (צרכנים ויצרנים) יגדילו באופן מרבי את העודף המשותף שלהם בנקודת שיווי-המשקל. גם יצרן מונופוליסט היה מציע רמה חיובית כלשהי של אחריות (אם כי ללא ספק פחותה מזו שתוצע על-ידי מוכרים במצב של תחרות), מאחר שרמת כתב-האחריות המביאה לידי השאת הרווחים תיקבע לפי רמת האחריות היוצרת את העלות השולית (של כתב-האחריות) השווה להכנסה השולית שאפשר להשיג על-ידי גידול ברמת האחריות (זהו אותו תנאי של מיטוב שהמונופוליסט נוקט בבחירות ייצור אחרות).

59 על-פי המלצת המועצה מה-30.3.1998, בעניין העקרונות החלים על גופים האחראים להסכמי פשרה מחוץ לכותלי בית-המשפט בסכסוכים צרכניים, המדינות החברות יכולות להקים גופים המבטיחים טיפול יעיל וללא משוא-פנים בתלונות בהקשר לאומי או בין-לאומי, וצרכנים יוכלו להשתמש בגופים כאלה כמגשרים בסכסוכים שלהם.

פרק ד: סיכום

הניתוח הכלכלי של המשפט חושף מתח בין מטרותיהם הסותרות של כתבי־אחריות קונוונציונליים לבין הגנת הצרכן. הדומיננטיות של כתבי־אחריות חלקיים בחווי אחריות שוקיים לא־משפטיים עולה בקנה אחד עם התוצאות שהניתוח הכלכלי מנבא, שלפיהן כתבי־אחריות קונוונציונליים ממלאים תפקידים שונים (קרי: ביטוח, איתות ותמריצים), והצורך לאזן בצורה מיטבית בין התפקידים השונים הללו מחייב לעיתים בחירת כתבי־אחריות חלקיים או מוגבלים מבחינת הגנת הצרכן שהם מספקים. המלומדים המקוננים על כך שאין בהנחיה סעד של פיצויים מלאים לצרכנים בגין הפסדיהם מתעלמים ממכלול הבעיות שמוסד הפיצויים המלאים עלול לייצר בהעדר מקור סיבתי ברור לכשל במוצר או לא־תאימותו לציפיותיהם של הצדדים. טבלה 1 דלעיל מבהירה שבכל אחד מהמצבים של העדר מידע מלא, לא רק שאין הצדקה לאחריות מלאה, אלא שהיא גם חותרת תחת ההיגיון הכלכלי.

פרט לתת־קבוצה קטנה של מקרים העשויים להצדיק הגנה על־ידי אחריות מלאה, הניתוח דלעיל הצביע על סתירה בין הסוגים של כתבי־האחריות הקוגנטיים ששדולת הגנת הצרכן ממליצה עליהם לבין הסוגים של חווי האחריות שאנו רואים הן בשווקים בעולם האמיתי (שם רווחים כתבי־אחריות לא־משפטיים חלקיים) והן בתכנון האידיאלי של כתבי־אחריות מיטביים על־פי מודלים כלכליים (שם יש שימוש ב־פרינציפ באחריות מלאה, אחריות חלקית או ללא אחריות). הגנת הצרכן הקוגנטית שמלומדים אחדים ממליצים עליה מפעם לפעם תחייב חקיקה רחבת־היקף של סעדים המעניקים פיצויים מלאים, מבלי לייחד אותם לתנאים הסביבתיים המסוימים שעשויים להצדיק הגנה כזאת. אי־אפשר להצדיק הגנה כזאת במונחים כלכליים בכל הנסיבות ובצורה בלתי־מסויגת. ההנחיה מאמצת בחוכמה מבוחר של סעדים המותיר את הצרכנים חשופים במידה מסוימת להיוותרות ללא פיצוי מלא. בהתאמה לאופייה של ההנחיה כמכשיר זהיר של האחדת דינים עקיפה, היא נמנעת מלציין את הפרטים שמכשיר להתערבות משפטית ברמת המיקרו היה נדרש לציין. בחירה זו עולה בקנה אחד עם העקרונות החוקתיים של האיחוד האירופי, אך יש לה גם יתרון נוסף: היא מעתיקה את הנטל של הסדרת התחום בתבונה אל המחוקקים הלאומיים.

בתהליך יישום ההנחיה יהא על המחוקקים הלאומיים להיזהר מנימוקים אידיאולוגיים או דוגמטיים לגישור הפער בין הבחירות הנגלות בשיווי־משקל שוקי לבין התיאוריות התומכות בהגנת צרכן קוגנטית. יש הסבר כלכלי מוצק לאי־ההתאמה בין השונות בבחירת חווי אחריות קונוונציונליים לא־משפטיים לבין האחידות של כתבי־אחריות משפטיים קוגנטיים. אי־הבאה בחשבון של ההעדפות הנגלות של הצדדים לחוזה, כאשר צדדים אלה מגיבים באופן רציונלי על מגבלות הביטוח, המידע או התמריצים, עלול לצמצם במקרים מסוימים את רווחתם של הצדדים לחוזה. ייתכן שאפשר להצדיק מבחינה חברתית את העלות הכלכלית בצורך לרפא כשלי שוק מסוימים, אך הצדקה זו אינה גורפת ובלתי־מסויגת. ברור בעליל, כפי שרוב הספרות העוסקת בניתוח כלכלי של המשפט אכן קובעת, שעיצובם של כתבי־אחריות מיטביים מוגבל לעיתים קרובות לחיפוש הפתרונות השניים בטיבם (second

best solutions). בעולם עם בעיות של סיכונים, מידע ותמריצים מתחייבים פתרונות שונים זה מזה, וייתכן שלא יהיה אפשר להגיע לפתרון האידיאלי הראשון בטיבו. התקווה היא שמחוקקים לאומיים יאמצו, ולו במידה חלקית, את התובנות של הניתוח הכלכלי, ויביאו בחשבון את הבעיות החשובות של מידע לא-מלא, של קריסת תמריצים⁶⁰ ושל סיכון מוסרי⁶¹ בעת יישום ההנחיה.

60 המונח "קריסת תמריצים" (adverse selection) משקף מצב שבו כתב-אחריות או פוליסת ביטוח המוצעים לכל הלקוחות מאומצים ביתר שאת דווקא על-ידי מי שעתידיים להפיק מהם את התועלת המרבית. לדוגמה, יש סיכוי טוב שאחריות לא-מוגבלת המוצעת לכל הלקוחות של מוצר נתון, בלי קשר לעלויות התיקון הצפויות אצל לקוח מסוים, תמשוך את הזהירים-פחות ואת מי שמצפים כי השימוש במוצר או האופן שבו יתחזקו אותו יגררו עלויות תיקון גבוהות יותר מהמוצא. רוכשים המצפים שעלויות התיקון שלהם יהיו נמוכות מהממוצע יוכלו להשיג עסקה טובה יותר על-ידי רכישת כיסוי מופחת של אחריות על מוצר זה.

61 המונח "סיכון מוסרי" (moral hazard) משקף את הבעיה המתעוררת כאשר מאפשרים לשחקנים לחמוק מההשלכות של פעולותיהם המסוכנות, באופן שמקטין את הסבירות שהם ינקטו מלכתחילה רמה יעילה של זהירות. ליישום ההשפעות של בעיית הסיכון המוסרי בהקשר של כתב-אחריות, ראו תת-פרק 3 לעיל.