

בבית המשפט העליון בירושלים
בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

בעניין:

לשכת המסחר תל-אביב והמרכז

א.ע. 1207/99

מרחוב החשמונאים 84, תל אביב

טלפון: 03-5631010; פקס': 03-5619025

תל-אביב 6713203

("העותרת")

נ-ג-ד

1. הרשות להגנת הצרכן וסחר הוגן

בית השנהב, בניין B

רחוב בית הדפוס 12 גבעת שאול

טלפון: 073-3717772; פקס': 073-3717741

ירושלים

2. שרת הכלכלה והתעשייה

באמצעות מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה

רחוב צלאח א-דין 31

טלפון: 073-3925590; פקס': 02-6467011

ירושלים

3. כנסת ישראל

באמצעות הלשכה המשפטית

קרית בן גוריון

טלפון: 02-6408636; פקס': 02-6753495

ירושלים 9195016

("המשיבים")

בקשה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו על תנאי על פיו יודיעו המשיבים **מדוע לא יבוטל סעיף 14ג(ג) לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א – 1981** (להלן: "החוק או חוק הגנת הצרכן"), בהיותו פוגע פגיעה לא חוקתית בזכות הקניין של העוסקים במדינת ישראל, שעה שהוא מקנה זכות לצרכן להחזיר לעוסק מוצר, **שנפגם ונעשה בו שימוש** (למעט רשימת חריגים דלה, שאינה קשורה לשימוש במוצר) ומעמיד את תקרת הפיצוי לו זכאי העוסק על 100 ₪, שלרוב אינו משקף את הפגיעה האמיתית בערך המוצר.

תוכן עניינים:

עמ' 3-6	<u>כללי:</u>
עמ' 6-7	<u>הצדדים:</u>
עמ' 7-23	<u>תיאור המצב העובדתי:</u>
עמ' 10-11	מדוע אין בכוחו של סעיף 14ו(א)(2) לסייע
עמ' 12	בין תיאוריה לפרקטיקה
עמ' 13-14	העצמת הפגיעה בזכות הקניין – פיצוי פעוט שאינו משקף כראוי את הנזק שנגרם לקניין העוסק
עמ' 14-19	במכירה פרונטאלית האיזון בין זכויות הצרכן לזכויות העוסק טוב יותר מאשר במכר מרחוק, שכן בו לא קיים כלל איזון
עמ' 19-23	תיאור תמציתי של ניסיונות העותרת להביא להסרת הפגיעה בזכות הקניין והסרת האפשרות להשיב מוצר שנעשה בו שימוש שלא צלחו
עמ' 23-25	<u>הטיעון המשפטי:</u>
עמ' 26	<u>סוף דבר:</u>

כללי:

1. משה רכש טוסטר משוכלל במכר מרחוק בעלות של 1,000 ש"ח. משה קיבל בדיוק את הטוסטר שהזמין. הוא פתח את האריזה, הוציא ממנה את הטוסטר וחיבר אותו לחשמל. משה החליט להשביע את רעבונו והכין לעצמו כריך עם גבינה צהובה. הטוסטר עשה את עבודתו נאמנה. משה המשיך להכין לעצמו כריכי גבינה טעימים עוד במשך 4 ימים רצופים. לאחר חמישה ימים שהטוסטר היה בחזקתו ופעל ללא רבב, החליט משה שאין הוא מעוניין עוד בטוסטר. משה חשב למכור את הטוסטר ולפרסם מודעה באתר יד שנייה למוצר משומש, אבל אז הודיע לו חבר, כי הוא רשאי לבטל את עסקת רכישת הטוסטר ולהשיבו לעוסק ממנו הוא רכש את הטוסטר גם במצבו העכשווי כמוצר משומש ושדמי הביטול של העסקה יעמדו על 100 ₪ בלבד.
2. העובדות בפסקה הקודמת התרחשו במציאות בשינויים מחויבים. וכן, ככל שקשה להאמין, חברו של משה דייק בניתוח המצב המשפטי. מותר היום להחזיר מוצר משומש לעוסק רק משום שהרכישה נעשתה בפלטפורמה של מכר מרחוק ולא לשלם בגין ירידת הערך הריאלית של המוצר.
3. העותרת מבקשת להביא לתיקון עוול זה, על פיו עסק חייב, על פי חוק, לקבל בחזרה מוצר, שמכר ללא פגם או הטעייה או שונות כלשהי **ואשר נעשה בו שימוש**, כאשר תקרת הפיצוי לה זכאי העסק היא 100 ₪ ללא כל תלות בירידת הערך של המוצר ובנזק הכלכלי שנגרם לעסק.
4. מצב דברים פסול ובלתי חוקי זה מתרחש כאמור, כאשר הרכישה נעשתה **במכר מרחוק**.
5. עד כמה המצב אבסורדי ניתן ללמוד מהעובדה, שבכל הקשור לעסקאות מכר מרחוק אין כל הבדל תוצאתי בין מצב בו הצרכן משיב מוצר תקין לחלוטין שלא נפגם ולא נעשה בו כל שימוש למצב שבו הצרכן משיב מוצר משומש שערכו ירד בצורה דרמטית דוגמת הטוסטר שבפסקה הראשונה. בשני המקרים העוסק זכאי לנכות בדיוק אותם דמי ביטול מהצרכן.
6. הוראת חוק כזו איננה סבירה. הוראת חוק כזו איננה חוקית.
7. בחסות הוראת חוק רגילה מתבצעת הלכה למעשה הפקעת רכוש ופגיעה לא מיידית ובלתי חוקית בזכות הקניין של כלל העוסקים בישראל, שהקימו מערך של מכירה מרחוק.

8. ייתכן, כי בעבר פגיעה זו בזכות הקניין הייתה מינורית, אבל כיום היא איננה עוד שולית וזאת נוכח השינוי בהרגלי הצריכה והעלייה הדרמטית בהיקף הרכישות המקוונות בישראל.

9. מכירה מרחוק מוגדרת בחוק הגנת הצרכן כמכירה שנעשתה שלא בנוכחות פיזית של המוכר והצרכן.
ובלשון החוק:

"עסקת מכר מרחוק" – התקשרות בעסקה של מכר נכס או של מתן שירות, כאשר ההתקשרות נעשית בעקבות שיווק מרחוק, ללא נוכחות משותפת של הצדדים לעסקה.
"שיווק מרחוק" – פניה של עוסק לצרכן באמצעות דואר, טלפון, רדיו, טלוויזיה, תקשורת אלקטרונית מכל סוג שהוא, פקסימיליה, פרסום קטלוגים או מודעות, או באמצעי כיוצא באלה, במטרה להתקשר בעסקה שלא בנוכחות משותפת של הצדדים, אלא באחד האמצעים האמורים.

10. קיימת אבחנה מלאכותית ומעוותת בחוק לפרשנות המשיבה 1 בין מכר מרחוק לבין מכירה פרונטלית (בחנות פיזית) בכל הקשור להשבת מוצר משומש. על פי החוק והתקנות שהותקנו מכוחו, אם צרכן רכש מוצר **במכירה פרונטלית** (בניגוד למכר מרחוק) ועשה בו שימוש, קטגורית הוא איננו רשאי להפעיל את זכות הביטול ולהשיב את המוצר והרציונל העומד מאחורי הדברים ברור מאליו. לעומת זאת, אם הצרכן רכש מרחוק את אותו מוצר בדיוק ועשה בו שימוש, הוא כן רשאי להשיב את המוצר והעוסק מחויב לקבלו בחזרה.

11. אנו מתקשים להבין כיצד הרציונל הפשוט וההיגיון הבריא ננטשים ומתאפשרת פגיעה כה קשה בזכות יסוד חוקתית, שעה שנזרקות לחלל צמד המילים: "מכירה מרחוק".

12. יודגש, כי עתירה זו נוגעת למצב, בו אין כל פגם, או אי התאמה, או שוני, או הטעייה במוצר שנרכש והתקבל אצל הצרכן. הצרכן הזמין וקיבל בדיוק את מה המוצר שרכש. ועדיין, למרות שמדובר באותו מוצר, ברכישה בפלטפורמה הפרונטלית חסומה בפניו האפשרות להשיב את המוצר המשומש ואילו בפלטפורמה של הרכישה מרחוק נצמחות לו זכויות משפטיות על חשבון העוסק, באופן שלעניות דעתנו איננו עומד בקנה אחד עם הצדק והשכל הישר ואשר סותרות חזיתית זכות קניינית על חוקית היא זכות הקניין, שזכתה למעמד חוקתי על חוקי עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

13. **אנו מבקשים מבית המשפט הנכבד לקבוע, כי הוראת חוק רגילה, המאפשרת פגיעה בזכות יסוד המנויה מפורשות בחוק יסוד, שנמצא נורמטיבית במדרגה עליונה ממנה, היא זכות הקניין, ואשר המחייבת את העוסק לקבל בחזרה מוצר שנעשה בו שימוש מבלי שהעוסק מפוצה על הנזק הריאלי הממשי של ירידת ערך המוצר שקיבל בחזרה היא הוראה בלתי חוקתית שדינה בטלות.**

14. בחסות החוק מתאפשרת כיום פגיעה אנושה בזכות הקניין של העוסקים במדינת ישראל בסוג של הפקעת רכוש, שכן רבים מהמוצרים שמוחזרים לאחר שימוש הם במצב כזה שלא ניתן כלל למכור אותם שוב, ואחרים, שאולי ניתן להציל משהו מהם, ערכם יורד בצורה משמעותית. העוסק מכר מוצר בעל ערך מסוים ומקבל בחזרה מוצר בעל ערך פחות.

15. תיאורטית ניתנת לעוסקים האפשרות לתבוע את נזקם בגין ירידת הערך של קניינם בבתי המשפט שלאחר שנכפה עליהם לקבל בחזרה בחוק מוצר משומש, אבל כל מי שמכיר את העולם העסקי יודע שלא מדובר באפשרות מעשית. ראשית, עסקים אינם יכולים לתבוע בבית משפט לתביעות קטנות, כך שלא מדובר בהליכים מהירים. שנית, מדובר בהשקעה של משאבים הן במונחי זמן והן במונחים כלכליים, שאיננה מצדיקה פעמים רבות את הגשת התביעה. ניהול הליך משפטי יהיה יקר יותר מאשר הסכום שייפסק לטובת העוסק, כך שהכדאיות הכלכלית של פנייה לבית המשפט מוטלת בספק גדול. שלישית, מה היא ההצדקה, הערך שעליו מבקשים להגן, שמחייבת דווקא את העוסק, שבפעילותו לא היה כל רבב, לשאת בתוצאות התנהלותו חסרת תום הלב של הצרכן? לא זו בלבד שפוגעים בקניין, עוד דורשים מהעוסק לנקוט בפעולות אקטיביות על מנת לנסות להביא לתיקון הפגיעה בקניינו מתוך תפיסה בסיסית שגויה שזה תקין לפגוע בחוק רגיל בזכות חוקתית.

16. מהמקובץ עולה, כי העסקים בישראל לא ששים לפנות לבתי המשפט על מנת לתבוע את זכויותיהם אל מול לקוחותיהם שהשיבו להם בחזרה מוצר משומש ופגעו בקניינם.

17. אנו מנסים כבר תקופה ארוכה, ללא הצלחה, להבין מה הוא בדיוק הערך המוגן החוקתי העומד כנגד הפגיעה הקשה והלא חוקתית בזכות הקניין ואשר מצדיק את אותה פגיעה בזכות החוקתית. מהו הרציונל העומד בבסיס הגישה לפיה מוצדק לחייב עוסק לקבל בחזרה מוצר משומש מהצרכן ועוד להגביל את הפיצוי בגין ירידת הערך לסכום מגוחך?

18. העובדות אינן שנויות במחלוקת. המוצר שנרכש תקין ופועל. לא הייתה כל הטעיה. לא היה פגם. הצרכן קיבל בדיוק את המוצר שרכש. הצרכן עשה בו שימוש. מדוע לאפשר לו להשיב את המוצר המשומש ולהטיל את ההשלכות של הפגיעה הקניינית (החל מירידת ערך ועד חוסר יכולת כליל למכור שוב את המוצר המוחזר) לפתחו של העוסק?

הצדדים:

19. העותרת היא ארגון העסקים והמעסיקים הגדול בישראל, שנוסד בשנת 1919. העותרת מייצגת את מרבית העסקים בענף המסחר והשירותים שהוא ענף המשק הגדול ביותר בישראל. על פי נתוני הלמ"ס 70% מהתוצר העסקי מגיע ממגזר המסחר והשירותים. 70% מהמועסקים במגזר העסקי מועסקים במגזר המסחר והשירותים. זה גם הענף שבו הכי הרבה עסקים קטנים ובינוניים. מגזר המסחר והשירותים הוא בית היוצר של מקומות העבודה במשק. בעותרת חברים למעלה מ-5,000 חברים, והיא פועלת לרווחת חבריה וקידום האינטרסים העסקיים והרגולטורים שלהם, בכפוף לכל דין, בשורה ארוכה של נושאים ותחומים, בהם גם חתירה לאיזון הוגן ונכון ביחסים שבין העוסק לבין הצרכן.

20. המשיבה 1 היא רשות סטטוטורית עצמאית, שהוקמה בחוק והיא הרגולטור (המאסדר) של תחום הגנת הצרכן והסחר ההוגן במדינת ישראל. בכלל זה המשיבה 1 מפרסמת מעת לעת גילויי דעת שונים בתחום הגנת הצרכן, המהווים את הפרשנות שלה את הדין הנוהג, כמו גם קולות קוראים שונים בשורה ארוכה של נושאים הקשורים לעולם הצרכנות. למשיבה 1 הסמכות על פי חוק לחקור תלונות צרכניות, להטיל עיצומים כספיים והיא גם הכוח המניע מאחורי שינויים בחוק הגנת הצרכן והתקנות שהותקנו מכוחו, שבשנים האחרונות חווים שינויים באופן תכוף.

21. הכוח העצום של המשיבה 1 בהליכי חקיקה בתחום סמכותה ופעילות האסדרה של המשיבה 1 בתחום הגנת הצרכן והסחר ההוגן באים לידי ביטוי גם בסעיף 37 לחוק, הקובע, כי תקנות וצווים לפי החוק יותקנו לאחר התייעצות עם הממונה על הגנת הצרכן, או על פי הצעתו.

22. המשיבה 2 היא השרה בממשלת ישראל הממונה על חוק הגנת הצרכן ובעלת הסמכות להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו.

23. המשיבה 3 היא הכנסת, בית המחוקקים הישראלי, שנהוג לצרף לעתירות, הבחנות חוקיותה של הוראת חוק.

תיאור המצב העובדתי:

24. סעיף 14ג רבתי לחוק מסדיר את כללי עסקת מכר מרחוק. מדובר בהסדר ספציפי עם כללים ייחודיים, השונים מהכללים של מכירה פרונטלית (בחנות פיזית). זהו הסדר ממצה וכולל של עסקאות מכר מרחוק.

25. הסדר זה קובע איזה פרטים על הצרכן לגלות לעוסק (סעיף 14ג(א)); את חובת אספקת מסמך הכולל פרטים המפורטים בחוק (סעיף 14ג(ב)); וכן את זכות הביטול של עסקת מכר מרחוק בנכס (מבלי לסייג את זכות הביטול למוצר שנעשה בו שימוש) וכן בשירות (סעיף 14ג(ג)) עם רשימה קצרה של חמישה חריגים, המסייגים את זכות הביטול, במנותק לחלוטין משאלת השימוש במוצר (סעיף 14ג(ד)); והוא מעניק סמכות לשרת הכלכלה באישור וועדת הכלכלה של הכנסת לקבוע חריגים נוספים לזכות הביטול באמצעות התקנת תקנות (סעיף 14ג(ה)).

26. וזה נוסח לשונו של סעיף 14ג(ג) לחוק:

בעסקת מכר מרחוק רשאי הצרכן לבטל את העסקה –

(1) בנכס – מיום עשיית העסקה ועד ארבעה עשר ימים מיום קבלת הנכס, או מיום קבלת המסמך המכיל את הפרטים האמורים בסעיף קטן (ב), לפי המאוחר מביניהם;

(2) בשירות – בתוך ארבעה עשר ימים מיום עשיית העסקה או מיום קבלת המסמך המכיל את הפרטים האמורים בסעיף קטן (ב), לפי המאוחר, כמפורט להלן: בעסקה מתמשכת – בין אם הוחל במתן השירות ובין אם לאו, ובעסקה שאינה עסקה מתמשכת – בתנאי שביטול כאמור ייעשה לפחות שני ימים, שאינם ימי מנוחה, קודם למועד שבו אמור השירות להינתן.

27. סעיף 14ג(ד) לחוק מונה חמישה חריגים לזכות הביטול כמו למשל טובין שיוצרו במיוחד עבור הצרכן, או טובין פסידים, חריגים שאינם קשורים כלל לשאלת השימוש במוצר.

28. שילוב הסעיפים 14ג(ג) ו-14ג(ד) לחוק מעלה, כי מדובר בזכות ביטול רחבה ביותר,

שהעניק המחוקק לצרכן לבטל את העסקה שנעשתה במכר מרחוק.

29. בהיעדר התייחסות מפורשת לסוגיית השבת מוצר משומש בסעיף החוק שעוסק

במכר מרחוק, זכות ביטול נרחבת זו מפורשת כך שהצרכן רשאי לבטל כל עסקת מכר

מרחוק גם כאשר עשה במוצר שימוש.

30. זו היא העמדה המפורשת והחד משמעית של המשיבה 1 על פיה במכר מרחוק

רשאי הצרכן להחזיר לעוסק מוצר משומש.

31. עמדה זו באה לידי ביטוי באתר האינטרנט של המשיבה 1; בתשובות בכתובים של

המשיבה 1 לפניית העותרת בעניין ולפונים נוספים; ואף בהטלת קנסות על עוסקים

שציינו באתר האינטרנט שלהם, כי הם מסרבים לקבל בחזרה מוצרים משומשים,

שלעמדת המשיבה 1 מהווה פעולה בניגוד לדין.

32. באתר האינטרנט של המשיבה 1, בו היא מספקת מידע ומסבירה את הנורמות

הנוהגות, לשיטתה, בעסקת מכר מרחוק, שתאריך פרסומו הוא 19/1/2022, נכתב:

"אם הצרכן ביטל עסקת מכר מרחוק בה נרכש נכס או שירות עקב פגם או אי התאמה בין הנכס או השירות או אי אספקה במועד או הפרה חוזית אחרת, חייב העוסק להשיב לצרכן את כספו תוך 14* יום מיום קבלת הודעת הביטול ולקחת את המוצר מביתו של הצרכן ואסור לו לגבות דמי ביטול.

במקרה שהביטול נעשה על ידי הצרכן מכל סיבה אחרת חייב הצרכן להחזיר את המוצר לעוסק על חשבונו והעוסק רשאי לדרוש דמי ביטול בסך 5% ממחיר הנכס או העסקה או 100 ש"ח לפי הנמוך מביניהם בלבד. אי החזרת המוצר אינה תנאי לביטול העסקה.

(ההדגשה בפסקה השנייה איננה במקור)

33. כלומר, לשיטת המשיבה 1, ביטול עסקה גם כשאין כל פגם או אי התאמה או כל רבב

אחר במוצר או בהתנהלות העוסק, ובלשון האמור באתר האינטרנט של המשיבה 1 -

ביטול מכל סיבה - גם אם הצרכן התחרט לאחר שנעשה במוצר שימוש מקנה זכות

לצרכן לבטל את העסקה ומקנה זכות לעוסק לגבות לכל היותר 100 ₪.

34. בפני העותרת הוצגו לאורך השנים מקרים של חברים בה, שהושתו עליהם קנסות

בהתאם לחוק על ידי המשיבה 1 לאור העובדה שסירבו לקבל מוצר משומש ולעמדתה

של המשיבה 1 הפרו את הוראות החוק.

35. לעמדת המשיבה 1, כמופיע באתר האינטרנט שלה וכפי שהובהרה לעותרת פעמים רבות לאורך השנים, שכן העותרת מוחה על העוול הקיים כבר שנים ארוכות בפני העותרת 1 ומנסה לשכנעה לשנות וביתר שאת בתקופה האחרונה נוכח העלייה עצומה בהיקפי המכר מרחוק, סעיף 14ג(ג) מאפשר לצרכן להחזיר לעוסק מוצר משומש והעוסק מחויב לקבלו בחזרה ולחייב את הצרכן בסך של 100 ₪ לכל היותר.

36. רק לאחרונה, ביום 17/3/2022 השיבה המשיבה 1 לשאילתה שהופנתה אליה על ידי משרד עורכי דין ובה התבקשה עמדתה בשאלה האם חלה על העוסק חובה לקבל בחזרה תמרוק או בושם שנרכשו במכר מרחוק ונעשה בהם שימוש.

37. תשובת המשיבה 1 הייתה חיובית. ובלשונה:

....

"בושם ותמרוקים, לעמדת הרשות, אינם עונים להגדרת טובין פסידים. תוקפם ארוך והם לא יאבדו מערכם עד להחזרתם לעוסק, ועל כל פנים, העוסק רשאי לגבות מהצרכן דמי ביטול בהתאם לסעיף 14ה(ב)(1). כמו כן, העוסק רשאי לתבוע את נזקיו, בשל כך שערך הנכס פחת כתוצאה מהרעה משמעותית במצבו".

....

(ההדגשה לא במקור)

העתק פניית משרד עו"ד אסף רון למשיבה 1 מיום 31/1/2022 והעתק תשובת המשיבה 1 לפנייה מצורפים לעתירה זו, מסומנים "א" ומהווים חלק בלתי נפרד הימנה.

38. כלומר, לעמדת המשיבה 1 חובה על עוסק לקבל בחזרה תמרוק או בושם שנפתח ונעשה בהם שימוש.

39. המשיבה 1 מצפה מהעסק, עליו נכפה לקבל מוצר משומש, להתחיל לנהל הליכים משפטיים, שעלותם גבוהה פי כמה מאשר עלות הבושם או התמרוק המשומשים, שהוחזרו ופעמים רבות אין כל אפשרות למכור אותם מחדש, אף לא במחיר מופחת ושאינן שום ביטחון שהעלויות הנוספות שבהן יישא העוסק יושבו לו במלואן בתום ההליך המשפטי.

40. זאת במקום לקבוע כלל גורף, או לפרש את סעיף החוק באופן שייתן ביטוי לעליונות של זכות הקניין, יטיל את האחריות על הצרכן וימנע השבת מוצר משומש.

מדוע אין בכוחו של סעיף 14(א)(2) לסייע

41. סעיף 14 לחוק שכותרתו: החזר כספי או זיכוי בשל החזרת טובין, מעניק סמכות לשר הכלכלה, באישור וועדת הכלכלה של הכנסת, לקבוע בתקנות הסדרים הקשורים לביטול עסקה על ידי הצרכן לרבות גובה דמי הביטול להם זכאי העוסק ובלבד שאם מדובר ברכישת טובין מתקיימים שני תנאים:

א. הטובין הוחזרו לעוסק

ב. הטובין לא נפגמו ולא נעשה בהם שימוש.

42. ואכן, מכוח סעיף 14 הותקנו בשנת 2010 תקנות הגנת הצרכן (ביטול עסקה), תשע"א-2010 (להלן: "תקנות ביטול עסקה").

43. סעיף 2 לתקנות ביטול עסקה חוזר על הקביעה בחוק לפיה זכות הביטול מותנית באי שימוש במוצר. ובלשון הסעיף:

"צרכן רשאי לבטל הסכם בהתאם לפסקאות (1) עד (7) ובלבד שביטול הסכם לרכישת טובין יהיה בתנאי שהצרכן החזירם לעוסק והטובין לא נפגמו ולא נעשה בהם שימוש בידי הצרכן הרוכש"

44. אלא שסעיף 14(א)(2) לחוק, הקובע בצורה מפורשת אי שימוש כתנאי להשבת מוצר ותקנות ביטול עסקה שהותקנו מכוח סעיף 14 וחוזרים גם כן על תנאי אי השימוש, עוסקים, לשיטת המשיבה 1, בביטול עסקה שנעשתה באופן פרונטאלי בלבד.

45. לעמדת המשיבה 1, סעיף 14ג רבתי הוא הסדר ספציפי ממצה וכולל למכר מרחוק ועל כן סעיף 14 כלל לא חל עליו ולא רלוונטי לעסקאות מכר מרחוק.

46. זו היא עמדת המשיבה מימים ימימה.

47. כבר ביום 14/10/2010 פרסמה הממונה אז על העותרת 1 את: הנחיות הממונה תקנות הגנת הצרכן (ביטול עסקה), התשע"א-2010 לקראת כניסתן לתוקף בדצמבר אותה שנה של התקנות ובהן נכתב:

"ההסדרים הספציפיים הקבועים כיום בחוק הגנת הצרכן המקנים לצרכן זכות ביטול בעסקאות מיוחדות כגון, מכר מרחוק, רוכלות ויחידת נופש, גוברים על ההסדרים אשר בתקנות ועל כן מימוש זכות הביטול למשל, בעסקת מכר מרחוק תהיה כפופה לאמור בסעיף 14ג לחוק הגנת הצרכן ולא לאמור בתקנות אילו"

48. אם ננתח את מבנה סעיף 14ג רבתי, שעוסק במכר מרחוק, נראה שכלל הבסיס הוא זכות ביטול עסקה רחבה של הצרכן; לאחר מכן רשימה של חמישה חריגים לאותה זכות הביטול, שאף אחד מהם לא עוסק במוצר משומש. הביטול הוא קטגורי לסוגי העסקאות, לא לעניין השימוש במוצר; ולבסוף הענקת סמכות לשרת הכלכלה לקבוע בתקנות חריגים נוספים לעסקאות, שנעשות במכר מרחוק.

49. לשיטת המשיבה 1, האמור בסעיף 14ו איננו רלוונטי למנגנון ביטול עסקת מכר מרחוק, הקבוע כאמור, בסעיף 14ג(ג) ו-14ג(ד) לחוק.

50. ואכן, בהתאם לתפיסה זו, של עסקאות פרונטליות לחוד ועסקאות מכר מרחוק לחוד, שלכל אחת מהן כללים שונים וזכויות שונות של הצרכן וחובות, לאחרונה הציגה המשיבה 1 טיוטת תקנות, המבקשת להוסיף סייגים בודדים ספורים לזכות הביטול בעסקאות מכר מרחוק מעבר לאלו המנויים בחוק (טיוטה אליה נתייחס בהמשך) כאשר המקור החוקי להתקנת התקנות הוא סעיף 14ג(ה) לחוק ולא סעיף 14ו(א)(2) לחוק.

51. לו הייתה סבורה המשיבה 1 כי סעיף 14ו(א)(2) חל גם על עסקאות מכר מרחוק, לא הייתה מבקשת מהמשיבה 2 לעשות שימוש בסמכותה על פי סעיף 14ג(ה) לחוק, שכן על פי סעיף זה אין לקבל בחזרה מוצר שנעשה בו שימוש. אבל המשיבה 1 סבורה כי סעיף 14ו(א)(2) איננו עוסק בעסקאות מכר מרחוק.

52. מכאן שלעמדת המשיבה 1 אין בכוח סעיף 14ו(א)(2) לחוק כדי לתת מענה לפגיעה הקשה בזכות הקניין המתבצעת בהשבת מוצר משומש שנרכש במכר מרחוק, שהיא לב עתירה זו.

בין תיאוריה לפרקטיקה:

53. על פי המצב הנוהג היום, כל צרכן רשאי לבטל **עסקת מכר מרחוק** תוך 14 ימים מיום קבלת המוצר, **אף במוצר שנעשה בו שימוש** והעוסק מחויב לקבל בחזרה את המוצר (למעט כאמור רשימה דלה המנויה בסעיף 14ג(ד) לחוק, המסייגת את זכות הביטול ללא קשר לשאלת השימוש).

54. לצרכן זכות גורפת להחזרת מוצר משומש, אף אם המוצר הושחת לחלוטין, גם אם נפגע ערכו בצורה מהותית.

55. **אצל העותרת התקבלו במהלך השנים וממשיכות לזרום כל העת תלונות רבות על ידי חברים בה, שנכפה עליהם לקבל בחזרה מגהץ קיטור שמולא במים, מנגל עם שאריות של בשר עליו, טוסטרים עם שאריות גבינה מותכת בתוכם, מיקסרים עם שאריות בצק, בשמים שנעשה בהם שימוש, תנורים ומוצרים רבים אחרים שלא ניתן למכור מחדש והכל רק משום שהלקוח החליט שהמוצר שבו כבר עשה שימוש, איננו נחוץ לו יותר והחוק מאפשר לו לפגוע בערך של המוצר ולהשיבו לעוסק.**

56. כאמור, הסיטואציה בה עסקינן היא שהמוצר שהצרכן רכש איננו פגום, איננו שונה מזה שהוזמן ולא נעשתה כל הטעייה של הצרכן בעת הרכישה. הצרכן קיבל החלטה מושכלת לרכוש את המוצר וקיבל אותו מוצר בדיוק שהזמין. הצרכן עשה שימוש במוצר ואז החליט להשיב אותו בחזרה לעוסק.

57. **לעמדתנו, הנורמה המשפטית שצריכה לחול היא שבמקרה בו נעשה שימוש במוצר, אי אפשר להחזירו. חד, ברור וחלק.**

58. **זו היא הנורמה המשפטית הקיימת שעה שהמוצר נרכש בחנות באופן פיזי ולא במסגרת מכר מרחוק.**

59. הצרכן איננו חסר בינה או שיקול דעת. עליו לעמוד בהשלכות החלטתו לעשות במוצר שרכש שימוש. אם יהיו עסקים, שיהיו מוכנים לקבל בחזרה מוצרים משומשים, הם יכולים כמובן לעשות כן באקט וולונטרי של בידול שיווקי, אבל אין להשלים עם כפיית החזרת מוצר משומש בחוק תוך פגיעה בזכות המוגנת הקניינית.

60. הנורמה המשפטית הקיימת היום, מעבר להיותה בלי חוקית לדעתנו, אף מעודדת קלות דעת ופזיזות מצד הצרכן, שיודע שהוא יכול להשתמש במוצר ולהשיבו בחזרה מבלי לשאת בנזקים הריאליים שנגרמים לעוסק כתוצאה מהתנהגותו. זהו מסר לא ראוי ומדיניות שגויה הן חינוכית, הן מוסרית והן במישור היחסים בין הצרכן לבין העוסק.

העצמת הפגיעה בזכות הקניין - פיצוי פעוט שאינו משקף כראוי את הנזק

שנגרם לקניין העוסק:

61. סעיף 14ה(ב) לחוק, שכותרתו: תוצאות ביטול עסקה, עוסק בפיצוי לו זכאי עוסק שהוחזר לו מוצר שנרכש במכר מרחוק – החזרה של כל מוצר, מבלי לסייג החזרת מוצר שנעשה בו שימוש – שלא היה פגום ולא נעשתה בעניינו כל הטעיה צרכנית ומעמיד את תקרת הפיצוי לה זכאי העוסק של 100 ₪.

62. ובלשון החוק:

(ב) ביטל צרכן חוזה לפי סעיפים 14א(ג), 14ג(ג) או 14ג1(ג), שלא מהטעמים המנויים בסעיף קטן (א) –

(1) יחזיר העוסק לצרכן, בתוך 14 ימים מיום קבלת ההודעה על הביטול, את אותו חלק ממחיר העסקה ששולם על ידי הצרכן, יבטל את חיובו של הצרכן בשל העסקה וימסור לו עותק מהודעת ביטול החיוב כאמור **ולא יגבה מהצרכן סכום כלשהו, זולת דמי ביטול בשיעור שלא יעלה על 5% ממחיר הנכס נושא החוזה או העסקה, או 100 שקלים חדשים, לפי הנמוך מביניהם;**

(2) קיבל הצרכן את הנכס נושא העסקה או החוזה, יחזירו לעוסק במקום עסקו, והוא הדין לגבי נכס כלשהו שקיבל הצרכן בעקבות עשיית העסקה או החוזה.

63. לו הצרכן היה נושא בהשלכות הממשיות של פגיעתו בקניין העוסק, אולי היה אפשר לומר שמדובר במנגנון ראוי. לצרכן ניתנת הזכות לבטל את עסקה, אך הוא נושא בערך הריאלי של הפגיעה בקניין העוסק. אבל זה ממש לא המצב.

64. עניינו הרואות, על פי החוק (סעיף 14ה(ב)), במקרה של ביטול עסקה עקב החזרת מוצר משומש במכר מרחוק, העוסק רשאי לגבות מהצרכן, שמחזיר מוצר משומש דמי ביטול בגובה 5% מערך העסקה או 100 ₪, על פי הנמוך.

65. כלומר, **תקרת התשלום לה זכאי העוסק, לו הושב מוצר משומש, היא 100 ₪.**

66. מדובר באיזולת ובמנגנון דמי ביטול שלרוב אינם משקפים את ירידת הערך האמיתית של המוצר. הוא גם לא מביא בחשבון את רכיב ההובלה לבית הלקוח, שיכול להגיע במקרים רבים גם לכמה מאות שקלים, כך שרק עלות ההובלה עולה לעיתים באופן משמעותי על תקרת התשלום לה זכאי העוסק מהצרכן.

67. יוצא, כי בחסות הוראת חוק רגילה אנחנו מאפשרים פגיעה בזכות יסוד, היא זכות הקניין של העוסק, שנמצאת במעמד נורמטיבי עליון על כל הוראת חוק רגילה.

68. במקרים רבים העוסק כבר לא יוכל למכור מחדש את המוצר המשומש שהוחזר אליו. העוסק מכר מוצר תקין ופועל ומקבל בחזרה מוצר חסר כל ערך, או בעל ערך נמוך משמעותית מזה שמכר מבלי שהוא מפוצה ריאלית על הנזק שנגרם לו.

69. כיצד נתאר מצב דברים זה, אם לא **כהפקעת רכוש הלכה למעשה?**

70. המגזר העסקי מעוניין בצרכנים מרוצים, אבל אנחנו גם בעד סחר הוגן ואיזון ראוי יותר של האינטרסים המוגנים של כל הצדדים. קיומו של מצב עולם משפטי לפיו מותר להחזיר מוצר שנעשה בו שימוש בתקרת פיצוי כה נמוכה, איננה עולה בקנה אחד עם סחר הוגן. הוא סותר מושכלות יסוד של צדק, הוא מקומם ופותר פתח לניצול לרעה, שמתקיים לדאבונו הרב, בפועל של צרכנים את העוסקים והוא רק מעצים את הפגיעה בקניין.

71. הנצחת המצב הקיים עלולה גם לתרום לעלייה ביוקר המחיייה, שכן עסקים לא יהיו מוכנים לספוג את ההשלכות הכלכליות שמאפשר החוק עקב העלייה החדה בשימוש בפלטפורמת המכר מרחוק ואת ההתנהלות הלא הוגנת הזו של הצרכנים ויתמחרו את המוצרים באופן שייקח בחשבון גם התנהלות לא ראויה של השבת מוצרים לאחר שנעשה בהם שימוש.

במכירה פרונטאלית האיזון בין זכויות הצרכן לזכויות העוסק טוב יותר מאשר במכר מרחוק, שכן בו לא קיים כלל איזון:

72. כאמור, בשנת 2010 הותקנו תקנות הגנת הצרכן (ביטול עסקה) (להלן: "תקנות ביטול עסקה"), מכוח סעיף 14 לחוק, העוסקות בביטול עסקה במישור היחסים שבין הצרכן לבין העוסק.

73. במסגרת תקנות ביטול עסקה נקבעה זכותו העקרונית של הצרכן לבטל עסקה בסוגי העסקאות המפורטות בתקנות ולהשיב את המוצר שרכש תוך 14 ימים, אבל קיימים **שני סייגים** מרכזיים לזכות הביטול:

א. הראשון, קטגורית, מתנה את זכות הביטול בכך שהמוצר, שהוחזר לעוסק, לא נפגם ולא נעשה בו שימוש ובלשון סעיף 2 לתקנות ביטול עסקה, שכותרתו: ביטול עסקה –

"צרכן רשאי לבטל הסכם בהתאם לפסקאות (1) עד (7) ובלבד שביטול הסכם לרכישת טובין יהיה בתנאי שהצרכן יחזירם לעוסק

והטובין לא נפגמו ולא נעשה בהם שימוש בידי הצרכן הרוכש; החזרת הטובין באריזה המקורית תהווה ראיה מספקת לאי-עשיית שימוש בהם –

ב. השני, קובע רשימה של 12 מוצרים/שירותים שמוחרגים כליל מזכות הביטול. מוצרים כמו ריהוט שהורכב בבית הלקוח ותכשיט יקר ערך אין להשיבם לעוסק אף אם לא נעשה בהם כל שימוש. ובלשון סעיף 6 לתקנות ביטול עסקה, שכותרתו: - הגבלת זכות הביטול:

- (א). זכות הביטול כאמור בתקנות אלה לא תחול לגבי –
1. ריהוט שהורכב בבית הצרכן;
 2. טובין שיוצרו במיוחד בעבור הצרכן על פי מידות או דרישות מיוחדות;
 3. טובין שעל פי דין אין להחזירם;
 4. מוצרי מזון;
 5. תרופות ותוספי תזונה;
 6. טובין פסידים;
 7. מידע כהגדרתו בחוק המחשבים, התשנ"ה – 1995;
 8. טובין הניתנים להקלטה, לשעתוק או לשכפול, שהצרכן פתח את אריזתם המקורית;
 9. הלבשה תחתונה לרבות בגדי ים;
 10. גז, כהגדרתו בחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה), התשמ"ט – 1989;
 11. תכשיט שהמחיר ששולם בעדו גבוה מ-3,000 שקלים חדשים, למעט שעונים;
 12. שירותי הארחה, נסיעה, חופש ובילוי המתבצעים במלואם מחוץ לישראל לרבות –
טיסת המשך לטיסה שיצאה מישראל והניתנת באמצעות חברת תעופה אחרת (להלן – טיסת המשך);
(ב) חבילת נופש מחוץ לישראל, למעט טיסה מישראל ואליה, שאינה טיסת המשך;

ובלבד שהעוסק גילה לצרכן, בטרם ההתקשרות את תנאי ביטול העסקה של נותן השירות מחוץ לישראל; נטל ההוכחה לעניין פסקה זו מוטל על העוסק; בפסקה זו – "מחוץ לישראל" – למעט האזור כהגדרתו בחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975;

"נסיעה" – טיסה, שיט, טיול מאורגן וכיוצא באלה ובשיט, למעט הובלת טובין.

(ב) ביקש הצרכן כי טובין שהזמין יסופקו לו במועד מאוחר משישה חודשים ממועד העסקה, לא תחול זכות הביטול אם ביקש הצרכן לבטל את העסקה לאחר מועד ההספקה.
(ג) נעשתה עסקה ושולמה התמורה בידי הצרכן בתווי קנייה, שובר מתנה או כרטיס מגנטי נטען, לא תחול זכות הביטול על עסקה זו.

74. לעומת זאת, כשנכנסים לעולם המכירה מרחוק, פורח גן העדן של הניצול לרעה וזכות הקניין של העוסק נרמסת.

75. ראשית, ההבדל המהותי החשוב ביותר הוא שבמכר מרחוק זכות הביטול רחבה ומאפשרת להשיב לעוסק מוצר שנעשה בו שימוש.

76. שנית, רק חלק מחריגי ביטול עסקה המופיעים בתקנות חלים גם על עסקת מכר מרחוק (חמישה לעומת שניים עשר).

77. החריגים בחוק הגנת הצרכן לביטול עסקה מרחוק, מנויים בסעיף 14ג לחוק:

"הוראות סעיף קטן (ג) וסעיף 14ג(ג) לא יחולו על עסקת מכר מרחוק של –

1. טובין פסידים;

2. שירותי הארחה, נסיעה, חופש או בילוי, אם מועד ביטול העסקה חל בתוך שבעה ימים שאינם ימי מנוחה, קודם למועד שבו אמור השירות להינתן;

3. מידע כהגדרתו בחוק המחשבים, תשנ"ה – 1995;

4. טובין שיוצרו במיוחד בעבור הצרכן בעקבות העסקה;

5. טובין הניתנים להקלטה, לשעתוק או לשכפול, שהצרכן פתח את אריזתם המקורית".

78. מעט מדי, רזה מדי וחסר את מה שההיגיון הבריא והשכל הישר מחייבים – ואשר החוק מעגן בכל הקשור למכירה פרונטאלית - שלא ניתן יהיה להשיב מוצר שנפגם ונעשה בו שימוש.

79. הסיבה להבדלים הדרמטיים בין שני סוגי המכירה איננה מובנת ויוצרת עיוותים רבים.

80. כך למשל, צרכן יכול לרכוש במכירה מרחוק קופסה של זיתים, לאחסן אותם בתנאים לא נאותים במשך 14 ימים ועומדת בפניו הזכות להשיב את הזיתים, יהא מצבם אשר יהא, לעוסק. אותם דברים אמורים גם באשר לתרופות או תוספי תזונה, שמחייבים לעיתים אחסנה בתנאים מיוחדים כמו מקרר.

81. יגענו ויגענו ולא הצלחנו לתת תשובה אינטליגנטית לשאלה מדוע שרשרת בשווי 10,000 ₪ (עשרת אלפים ₪) שנרכשה בחנות באופן פיזי לא ניתן להשיב למוכר, אולם אם אותה שרשרת בדיוק נרכשה במכירה מרחוק, אפשר גם אפשר להשיבה לעוסק.

82. לא מדובר באי התאמה, לא מדובר בהפרה כלשהי מצד העוסק. כל "חטאו" שהקים מערך של מכירות מקוונות ואז הוא "נענש" בכפייה לקבל בחזרה מוצרים שנעשה בהם שימוש.

83. העותרת נמצאת בקשרי עבודה שוטפים עם המשיבה 1. אחד הנושאים המרכזיים בתחום הטיפול של העותרת לאורך שנים ארוכות מול המשיבה 1 הוא הניסיון לבטל את הפגיעה הקשה בקניין, באופן שגם במכר מרחוק לא ניתן יהיה, בדיוק כפי שזה המצב במכירה פרונטלית, להשיב לעוסק מוצר משומש.

84. לפני כארבעה חודשים, בחודש נובמבר 2021, פרסמה המשיבה 1 טיוטת תקנות הגנת הצרכן (סייג לביטול בעסקת מכר מרחוק) להערות הציבור, בעקבות קול קורא שפרסמה המשיבה 1 ביום 6/1/2021 לקבלת התייחסויות מהציבור ומחזיקי עניין לבחינת משמעות הפחתת נטל אשר תפקיע את היכולת לבטל עסקת מכר מרחוק במוצרי בריאות והיגיינה שנעשה בהם שימוש.

העתק הקול הקורא שפרסמה המשיבה 1 מיום 6/1/2021 מצ"ב לעתירה זו, מסומן בַּ ומהווה חלק בלתי הפרד הימנה.

העתק טיוטת התקנות שפרסמה המשיבה 1 ביום 10/11/2021 מצ"ב לעתירה זו, מסומן ג' ומהווה חלק בלתי נפרד הימנה.

85. טיוטת התקנות מהוות צעד ראשון של התקדמות בצמצום הפגיעה הלא מיידת בזכות הקניין של העוסק, בעסקה של מכר מרחוק. על פי הטיוטה, תסויג זכות הביטול של עסקאות מכר מרחוק ולא ניתן יהיה להשיב מוצרים הקשורים להיגיינה (כמו תחתונים) או מוצרים הקשורים לתחום הבריאות כמו מזון ותמרוקים.

86. שכן, על פי המצב החוקי הקיים היום, מכונות גילוח, מוצרים להסרת שיער, רצועות ספורט למדידת דופק/מרחק ומברשות שיניים חשמליות ניתן להחזיר לעוסק, אף אם נעשה בהם שימוש, כל עוד מדובר במילות הקסם, "מכר מרחוק".

87. העותרת מברכת על הנכונות לשנות, אבל טיוטת התקנות המוצעת רחוקה מלספק. ראשית, מדובר רק בטיוטה להערות הציבור. היא עדיין לא מונחת על שולחן וועדה בכנסת. שנית, גם אם תעבור כלשונה, אין בה כדי לרפא את הפגם החמור של הפגיעה בזכות הקניין.

88. שכן הטיוטה מבקשת לקבוע חריגים לזכות הביטול רק בכל הנוגע למוצרי בריאות והיגיינה, שאותם ורק אותם לא ניתן יהיה להשיב. אין בה כלל רחב קטגורי לפיו אין להשיב מוצר שנעשה בו שימוש. טוסטרים עם שאריות גבינה מותכות בתוכם ובשמים שנפתחו ונעשה בהם שימוש ומנגלים עם שאריות בשר חרוכות עליהם, ניתן יהיה להמשיך להשיב לעוסקים גם אם תעבור טיוטת התקנות.

ובלשון טיוטת התקנות:

זכות הביטול כאמור בסעיף 14ג(ג) לחוק לא תחול על עסקת מכר מרחוק של כל אחד מאלה, ובלבד שהעוסק גילה לצרכן בשלב השיווק מרחוק, כי אין לגביהם זכות ביטול:

(1) טובין שעל פי דין אין להחזירם;

(2) טובין אשר נקבע לגביהם הוראות אחסנה או הובלה, בידי שר הממונה על הסדרתם או גוף אחר שנתונות לו סמכויות להסדרתם, במטרה למנוע פגיעה בריאותית או בטיחותית במשתמש כגון תכשיר כהגדרתו בפקודת הרוקחים [נוסח חדש], התשמ"א – 1981.

(3) (א) טובין שהם אחד מאלה ובלבד שהטובין ארוזים באריזה הניתנת לפתיחה וסגירה חוזרת, או שהטובין אינם ארוזים –

(1) תחתונים ;

(2) אביזרי מין ;

(3) אביזרים להיגיינת הפה כגון, מברשת שיניים ;

(4) מד חום גוף ;

(א) טובין להסרת שיער אשר נראה בבירור כי הצרכן עשה בהם שימוש.

89. אין בטיוטת התקנות המוצעת את בריח התיכון שקובע כי כל מוצר, שנפגם ונעשה בו שימוש, לא ניתן להחזירו כפי שקובע החוק ותקנות ביטול עסקה שהותקנו מכוחו.

תיאור תמציתי של ניסיונות העותרת להביא להסרת הפגיעה בזכות הקניין והסרת האפשרות להשיב מוצר שנעשה בו שימוש, שלא צלחו:

90. ניסיונות ארוכים ונמשכים כל העת של העותרת לשכנע את המשיבה 1 שהענקת הזכות לצרכן לבטל כל עסקת מכר מרחוק (למעט חמשת החריגים שלא קשורים לשימוש) אף אם מדובר במוצר שנעשה בו שימוש פוגעת אנושות בזכות הקניין ויש לפעול להסרת פגיעה זו לא צלחו.

91. העותרת לא ביקשה לאיין את זכות הביטול בעסקאות מכר מרחוק כליל. היא הסתפקה בהשוואת תנאי הביטול בין מכירה פרונטאלית למכירה מרחוק והוספת כלל גורף לפיו לא ניתן להחזיר מוצר משומש גם במכר מרחוק על מנת לשים קץ לפגיעה הלא מיידת בזכות הקניין, אבל המשיבה 1 לא הייתה מוכנה ועודנה לא מוכנה להיענות לבקשת ההשוואה ואין היא מפרשת את סעיף 14ג(ג) ברוח חוקי היסוד של זכויות האדם שנחקקו בשנת 1992 והעלו, בין היתר, את זכות הקניין לרמה של זכות חוקתית.

92. לאחר שהעותרת העבירה את הערותיה לקול הקורא למשיבה 1, ובו, בין השאר, חזרה פעם נוספת על בקשתה הוותיקה לשנות את החוק ולקבוע כלל קטגורי שמונע

החזרת מוצר משומש, היא נענתה על ידי המשיבה 1 בתשובה לפיה אין היא רואה לנכון לקבוע כלל גורף שבמכירה מרחוק לא ניתן להשיב מוצר שנעשה בו שימוש.
93. היועצת המשפטית של המשיבה 1 השיבה לנציגת העותרת במכתב מיום 26/4/2021 כי:

"לאחר מספר דיונים בהנהלת הרשות, עמדתנו היא שאין להיענות לבקשה להוסיף חריג גורף בסעיף 14ג(ד), לפיו לא ניתן לבטל עסקת מכר מרחוק לרכישת נכס שנעשה בו שימוש".

וכן:

"לסיכום, מכל האמור לעיל, אנו סבורים כי יש לבחון כל בקשה לסיוג זכות הביטול במכר מרחוק במשורה. במקרה דנן, איננו תומכים בסיוג זכות הביטול בשל שימוש במוצר..."

94. הנימוקים המרכזיים של המשיבה 1 היו בהבדלים המהותיים לטעמה בין מכירה מרחוק לבין מכירה פרונטאלית; בעומס שעלול להיווצר על בתי המשפט בשאלת השימוש; ובקביעה, לכאורה, שהמצב הקיים בישראל, למעט חריגי הבריאות וההיגיינה, הוא הדין גם באיחוד האירופאי.

העתק פנייתה של עו"ד קרן חן סופר, יועצת משפטית אז בעותרת למשיבה 1 מיום 3/2/2021 מצורף לעתירה זו, מסומן ה' ומהווה חלק בלתי נפרד הימנה.

העתק פניית נשיא העותרת לממונה על המשיבה 1 מיום 7/4/2021; תשובת היועצת המשפטית של המשיבה 1 מיום 26/4/2021 לנשיא העותרת, עו"ד אוריאל לין, ותשובת נשיא העותרת לתשובת היועצת המשפטית של המשיבה 1 מיום 27/4/2021 מצורפים לעתירה זו, מסומנים ה' ומהווה חלק בלתי נפרד הימנה.

95. בכל הכבוד, לא השתכנענו מנימוקי המשיבה 1 לשלילת קביעת כלל, המונע השבה של מוצרים, שנעשה בהם שימוש רק משום שהרכישה בוצעה מרחוק.

96. ראשית כל, בל נטעה ונטשטש את הדברים. פנייתנו לבית משפט נכבד זה ממוקדת בסוגיית החזרת מוצר משומש. לא בהחזרת כל מוצר.

97. שנית, הצרכן הישראלי כיום הוא צרכן מתוחכם וערני. הוא יודע להשוות מחירים, הוא יודע לקבל את המידע הנחוץ לו ולראייה, כמויות החבילות שעולות בטור אקספוננציאלי במסגרת הייבוא האישי והרכישה המקוונת מאתרי סחר הן בישראל

והן מאתרים בינלאומיים בחו"ל. צריך להפסיק להתייחס לצרכן כאל חסר ישע שזקוק לכל העת לשכבות של הגנות ואל העוסקים כתחבולנים שרק מחפשים כל העת לפתות את הצרכן בצורה לא הוגנת. המגזר העסקי במדינת ישראל מעוניין בלקוחות מרוצים שחוזרים אליו. מי שפועל בניגוד לדין יש למצות עימו את הדין במלוא החומרה כי הוא פוגע בעוסקים הישרים.

98. אף אם הצרכן "התפתה" לרכוש מוצר והמאמצים השיווקיים הנטענים בתשובת המשיבה 1 לפניית העותרת אכן נשאו פרי, איש לא חייב את הצרכן, מרגע שקיבל אותו לחזקתו, לעשות בו שימוש.

99. שלישית, טיעון העומס על בתי המשפט לא ממש מחזיק מים, שכן אותם הטיעונים רלוונטיים גם במסגרת מכירה פרונטאלית ועדיין נקבע שם תנאי אי השימוש. לא קיבלנו נתונים, המראים שמערכת בתי המשפט הוצפה בפניות של סכסוכים בשאלת השימוש במכירה פרונטאלית ואין סיבה להניח שתהיה הצפה אם תיאסר השבת מוצר משומש במכר מרחוק. דווקא הצרכנים שרוכשים במכר מרחוק – שסביר להניח שרובם המכריע גם רוכשים מוצרים בחנויות פיזיות ומודעים לכלל האוסר השבה אם נעשה במוצר שימוש - הם אלו, בניגוד לצרכנים שרוכשים במכירה פרונטאלית, שישתערו בהמוניהם על בתי המשפט ויצילו אותו בדיונים סביב השאלה האם היה או לא היה שימוש במוצר?

100. רביעית, נטען בתשובת המשיבה 1 לעותרת, כי גם באיחוד האירופי המצב הוא שניתן להשיב מוצר שנעשה בו שימוש למעט מספר חריגים כמו הזמנה לפי דרישות מיוחדות של הצרכן, טובין בעלי תפוגה קצרה (חריג שקיים גם בחוק הגנת הצרכן בעסקאות מכר מרחוק) ומוצרים שהשבתם עלולה לגרום לפגיעה בהיגיינה ובבריאות (שאותם מבקשת עתה המשיבה 1 להוסיף כעולה מטיטת התקנות).

101. על כך ייאמר, שעיוות הוא עיוות וחוסר צדק הוא חוסר צדק, גם אם לכאורה, זה הדין בשיטת משפט זרה. השאלה איננה אם זה הדין הקיים באיחוד האירופי, אלא אם נכון, צודק וראוי שזה יהיה הדין שחל בישראל. גם לגופו של עניין, המשיבה 1 ציטטה בתשובתה את סעיף 16 לדירקטיבה האירופית, אבל צריך עוד להזכיר, שסעיף 14 לדירקטיבה קובע את אחריותו של הצרכן לירידת ערכו של המוצר.

102. בשורה התחתונה, המשיבה 1 איננה מוכנה לקבוע נורמה לפיה לא ניתן להשיב מוצר שנעשה בו שימוש כשמדובר במכר מרחוק ואף לא לפרש את החוק באופן שעולה בקנה אחד עם כיבוד הזכות החוקתית לקניין ועם ההיגיון והצדק באופן שלא ניתן להשיב מוצר שנפגם ונעשה בו שימוש.

103. המשיבה 1 מוכנה לסייג את זכות הביטול רק לרשימה קצרה של מוצרים מתחומי הבריאות וההיגיינה ובשאר העסקאות היא מעוניינת לשמר את זכות הביטול הרחבה, הכוללת החזרת מוצר משומש, הפוגעת בזכות היסוד באופן לא חוקתי.

104. מחמת חשיבות הנושא והעיוות העצום הקיים כיום, העלתה העותרת את הסוגיה גם בפגישת עבודה פרונטאלית עם **שר המשפטים**, ח"כ גדעון סער ביום 19/9/2021. באותה פגישה סוכם כי העותרת תעביר חומר כתוב בעניין וכך עשתה ביום 26/9/2021 בפנייה בכתובים לראש מטה לשכת שר המשפטים.

105. לאחר שקיבל מהעותרת את החומרים, משרד המשפטים העביר את הטיפול בסוגיה למשיבה 1.

106. במקביל, פנתה העותרת פעם נוספת לממונה על המשיבה 1 וליועצת המשפטית של המשיבה 1 ביום 3/10/2021 וביקשה להבין האם בדעת המשיבה 1 לפעול לשינוי באופן שיוטל איסור גורף על החזרת מוצר משומש. באותה פנייה הודיעה העותרת, כי היא שוקלת פנייה לערכאות משפטיות בעניין בשל הפגיעה הקשה בזכות הקניין של המעסיקים.

107. ביום 13/10/2021 הודיעה היועצת המשפטית של המשיבה 1 לעותרת כי אין בכוונת המשיבה 1 לפעול לשינוי המצב באופן שייאסר, קטגורית, על השבת מוצר שנעשה בו שימוש כשמדובר במכר מרחוק.

העתק פניית העותרת לראש מטה לשכת שר המשפטים, שביט מס, מיום 26/9/2021; העתק תשובת משרד המשפטים לעותרת מיום 17/10/2021; העתק פניית העותרת לממונה על המשיבה 1 וליועצת המשפטית של המשיבה 1 מיום 3/10/2021 ותשובת היועצת המשפטית של המשיבה 1 לעותרת בעניין פניית ראש מטה שר המשפטים מיום 13/10/2021 מצורפים לעתירה זו, מסומנים 1 ומהווים חלק בלתי נפרד הימנה.

108. העותרת פנתה בסוגיה זו גם למנכ"ל וליועצת המשפטית של משרד הכלכלה והתעשייה וביקשה שיתנו דעתם לנושא זה גם בראיה רחבה יותר של כל תחום הרגולציה כבר בחודש אפריל 2021. הפנייה לא הובילה לשינוי כלשהו.

109. העותרת פנתה בעניין גם למשיבה 2, השרה האחראית מטעם הממשלה על החוק ועל התקנת תקנות מכוחו והדגישה בפניה, כי המצב הקיים היום שמאפשר השבת מוצר משומש שנרכש במכר מרחוק מהווה פגיעה קשה בזכות הקניין של העוסקים

בישראל, שאנו רואים בה הפקעת רכוש אך גם פנייה זו לא הביאה את הישועה. פניית נשיא העותרת למשיבה 2 בכתובים לא זכתה לכל מענה בכתובים.

110. גם במפגש פרונטאלי בין נשיא העותרת למשיבה 2 בחודש דצמבר 2021 שהתקיים לאחר פניית העותרת למשיבה 2 בכתובים, הועלה נושא זה על ידי העותרת. נאמר לעותרת, כי הנושא ייבדק, אך תשובה בכתב לא התקבלה עד למועד הגשת עתירה זו.

העתק פניית נשיא העותרת למנכ"ל משרד הכלכלה והתעשייה וליועצת המשפטית של המשרד מיום 14/4/2021; והעתק פניית נשיא העותרת לשרת הכלכלה והתעשייה מיום 14/11/2021 מצורפים לעתירה זו, מסומן ? ומהווה חלק בלתי נפרד הימנה.

111. שעה שהגוף המאסדר נותר דבק בעמדתו לפיה הוראת סעיף 14ג(ג) מאפשרת להחזיר מוצר משומש; כאשר משרד המשפטים לא שש להיכנס לעובי הקורה והעביר את הטיפול בפנייתנו למשיבה 1, שעמדתה בעניין ידועה; וכאשר השרה האחראית על החוק והתקנות המותקנות מכוחו לא הגיבה כלל לפניית העותרת בכתובים, לא נותרה בפני העותרת כל ברירה, אלא לבקש סעד מבית משפט נכבד זה.

112. מכאן העתירה.

הטיעון המשפטי:

113. העובדה שהחוק מאפשר לצרכן להשיב לעוסקים מוצרים משומשים ומחייב את העוסקים לקבלם בחזרה תוך מתן של פיצוי סטטוטורי התחום בתקרה של 100 ₪ יש בה משום הפקעת רכוש ופגיעה לא חוקתית בזכות הקניין.

114. פיצוי בתקרה של 100 ₪ אין בו כדי לשקף, לרוב, את ירידת הערך האמיתית של המוצר המשומש המוחזר. פגיעה זו בקניין אינה עומדת בקנה אחד עם תנאי פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובפרט במבחני המידתיות.

115. נבהיר.

116. בשנת 1992 הועלה מעמדה של זכות הקניין מזכות הלכתית לזכות חוקתית על חוקית, בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שסעיף 3 שבו קובע:

"אין פוגעים בקניינו של אדם".

117. סעיף 8 לחוק היסוד קובע פסקת הגבלה, שרק עמידה בכל תנאיה מאפשרת פגיעה בזכות:

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש".

118. פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מכילה ארבעה נדבכים:

א. הפגיעה חייבת להיעשות בחוק.

ב. החוק הפוגע חייב להיות חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל.

ג. החוק הפוגע צריך להיות נועד לתכלית ראויה.

ד. החוק פוגע בזכות הקניין במידה שאינה עולה על הנדרש.

119. מבחן המידתיות הקבוע בפסקת ההגבלה מחייב, שפגיעתו של החוק בזכות המוגנת תהא במידה שאינה עולה על הנדרש. דרישת המידתיות מבטאת הכרה בכך, שאין די בהלימת החוק לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית או בכך שהוא משרת תכלית ראויה. יש לבחון גם את האמצעים שנבחרו על ידי המחוקק להגשמת תכליתו של החוק.

120. בחינת המידתיות מורכבת משלושה מבחני משנה. מבחן הקשר הרציונלי, שבוחן את מידת ההתאמה בין תכלית החוק לאמצעי שנבחר להגשמתה; מבחן האמצעי שעוצמתו פחותה, הבודק אם לשם הגשמת תכלית החוק נבחר האמצעי שעוצמת פגיעתו בזכות החוקתית היא הנמוכה ביותר מבין האמצעים האפשריים; וכן מבחן המידתיות במובנה הצר, מחייב את קיומו של יחס סביר בין הפגיעה בזכות החוקתית לבין היתרון הצומח מהפגיעה.

121. בענייננו, **מבחן הקשר הרציונלי**, על פיו נדרש קשר בין המטרה לבין האמצעי **לא מתקיים בענייננו**. האם המטרה היא להגן על מי שמבקש להשית את תוצאות ההתנהלות חסרת תום הלב שלו, או הפזיזה/חסרת האחריות בשימוש במוצר על העוסק היא מטרה ראויה? בענייננו התשובה לכך שלילית.

122. **מבחן הפגיעה הפחותה** על פיו על האמצעי לפגוע במידה הקטנה ביותר גם הוא **לא מתקיים**, שכן ניתן היה ליצור איזון ראוי יותר בין הצרכן לבין העוסק באופן שהיה

מתנה את זכות הביטול הרחבה באי שימוש כפי שנעשה בתקנות ביטול עסקה. כך ניתן עדיין לאפשר לצרכן להפעיל את זכות ביטול העסקה, אבל לא כשעסקינן במוצר שנפגם ונעשה בו שימוש. כיום האיזון מופר והמטוטלת נוטה בצורה קיצונית לטובת מי שעושה שימוש לרעה בזכות ופוגע בזכות היסוד הקניינית.

123. אם כבר מחייבים עוסקים לקבל בחזרה מוצרים משומשים, הרי שלכל הפחות עולה חובה להגדיל את הפיצוי הריאלי שהם זכאים לקבל מהצרכנים.

124. תקרת פיצוי של 100 ₪ היא מגוחכת ויש בה כדי להשיג דווקא את המטרה ההפוכה, של עידוד צרכנים להשיב מוצרים משומשים שכן מדובר בסכום פעוט והצרכן מקבל כמט את כל כספו בחזרה על חשבון פגיעה בקניין העוסק. פנייה לבית המשפט לתביעת הנזק הממשי עקב החזרת המוצר המשומש, כפי שהסברנו קודם לכן, איננה מעשית למרבית העוסקים בשל עלויותיה והזמן שהיא אורכת ומצב זה גם הוא מעביר מסר שלא מתמרץ את הצרכנים בישראל להתנהלות אחראית והוגנת.

125. גם מבחן המידתיות במונח הצר לא מתקיים, שכן איזו תועלת בדיוק אנו משיגים בהשתת תוצאות ההתנהגות הלא אחראית של הצרכן על כתפי העוסק, שקניינו נפגע? מדובר בחוסר צדק הזועק לשמיים, שמגדיל את ההוצאות של העוסק, פוגע בקניינו בצורה דרמטית ויש בו פוטנציאל לגרום גם לייקור המוצרים על מנת לגלם בתוך המחיר גם מקרים כאלו של השבה של מוצר משומש מבלי שניתן פיצוי המשקף את ירידת הערך האמיתית של המוצר המשומש המוחזר.

126. לדידנו, לאור הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהעלה את זכות הקניין לרמת זכות חוקתית על חוקית, התבסס והתחזק עוד יותר מעמדה של הזכות לפיצויים בגין הפקעה שמבצעים בקניין העוסקים.

127. לעמדתנו, ככל שהמצב החוקי מאפשר השבת מוצר משומש ואינו קובע לצד החובה לקבל את המוצר המשומש גם חובת תשלום פיצוי מלא, נאות, הולם והוגן בגין ירידת הערך של הקניין במוצר המשומש, הרי שחוק הגנת הצרכן, בכל הקשור למכר מרחוק איננו חוק שנועד לתכלית ראויה ומטעמים של טובת הכלל וספק אם ניתן היום לראות בו: "חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עונה על הנדרש".

128. נוצר מצב בלתי מתקבל על הדעת, שהתוצאה היא אותה תוצאה בין אם הצרכן התחרט והחזיר את המוצר מבלי לעשות בו שימוש ומבלי לפגוע בקניין העוסק ובין אם החזיר את המוצר לאחר שעשה בו שימוש כשהוא פוגע בקניין העוסק ומוריד מערכו.

129. אין להשלים עם תוצאה זו.

130. אין לקבל מצב של הפיכת קניין העוסקים בישראל במכר מרחוק הפקר על בסיס הוראת חוק רגילה, המצויה בהיררכיה נורמטיבית נמוכה ממנה.

131. מכאן שהמצב הקיים היום, שלא מסייג את זכות הביטול של הצרכן בעסקת מכר מרחוק אך למוצרים שלא נעשה בהם שימוש ואשר לשיטת המשיבה 1 מאפשר החזרת מוצר משומש שנרכש במכר מרחוק בתקרת פיצוי של 100 ₪ איננו חוקתי ודינו בטלות.

סוף דבר:

132. לאור כל האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לנמק מדוע לא יבוטל סעיף 14ג(ג) בחוק הגנת הצרכן בהיותו הוראת חוק רגילה, המאפשרת הפקעת רכושו של אדם ללא שתינתן לו אפשרות לקבלת פיצוי הולם במסגרת הוראת חוק רגולטורית. הפקעה, אשר פוגעת בזכות יסוד מוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, זכות הקניין של כלל העוסקים בישראל, המוכרים במכר מרחוק מכוח רצונו של הקונה.

עו"ד שלומי לוי

עו"ד אוריאל לין

ב"כ העותרת

היום,

תוכן עניינים :

<u>נספח</u>	<u>תוכן הנספח</u>
א	השאלתה של משרד עו"ד למשיבה 1 בעניין חובת קבלת תמרוק או בושם משומש שנרכשו במכר מרחוק ותשובתה החיובית של המשיבה 1 לשאלתה
ב	הקול קורא שהוציאה המשיבה 1 בעניין סיוג זכות ביטול עסקה-קמעונות במכר מרחוק מיום 6/1/2021
ג	טיוטת תקנות הגנת הצרכן (סייג לזכות הביטול בעסקת מכר מרחוק) מיום 10/11/2021 שהוציאה המשיבה 1
ד	התייחסות עו"ד קרן חן סופר מהלשכה המשפטית בעותרת לקול הקורא של המשיבה 1 מיום 3/2/2021
ה	פניית נשיא העותרת לממונה על המשיבה 1 מיום 7/4/2021 ; תשובת המשיבה 1 לנשיא העותרת מיום 26/4/2021 ותשובת נשיא העותרת לתשובת יועצת המשפטית של המשיבה 1 מיום 27/4/2021
ו	פניית העותרת לראש מטה שר המשפטים מיום 26/9/2021 ; תשובת משרד המשפטים לעותרת מיום 17/10/2021 ; פניית העותרת לממונה על המשיבה 1 וליועצת המשפטית של המשיבה 1 מיום 3/10/2021 ותשובת היועצת המשפטית של המשיבה 1 לעותרת מיום 13/10/2021
ז	פניית נשיא העותרת למנכ"ל משרד התעשייה והכלכלה וליועצת המשפטית של המשרד ; פניית נשיא העותרת למשיבה 2 מיום 14/11/2021