



מדינת ישראל הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן



ירושלים, 11 אפריל 2022
"ניסן תשפ"ב

הנחית ממונה

שימוש בברירת מחדל

סעיף 3 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א – 1981 (להלן – החוק) הוחלף בשנת 2014 במסגרת תיקון 39 לחוק. מסעיף מצומצם שעסק בניצול מצוקה, הורחב הסעיף כך שיחול על פרקטיקות של הפעלת השפעה בלתי הוגנת, כלומר באופן כללי, פרקטיקות אשר שוללות או פוגעות מהותית בחופש הבחירה של הצרכן אם להתקשר בעסקה.

הכלל נקבע בסעיף 3(א) –

"לא יעשה עוסק, במעשה או במחדל (בסעיף זה – מעשה), בכתב או בע"פ או בכל דרך אחרת דבר העלול לפגוע ביכולתו של צרכן לקבל החלטה אם להתקשר בעסקה עמו, באופן שיש בו שלילה של חופש ההתקשרות של הצרכן או פגיעה מהותית בחופש ההתקשרות שלו (להלן – הפעלת השפעה לא הוגנת)".

כמו כן, נקבעו בסעיף 3(ב) עשר פרקטיקות, אשר יחשבו כהפרה של הפעלת השפעה לא הוגנת, אחת מהן קבועה בסעיף 3(ב)(8) – "סיפק לצרכן נכס או שירות בתשלום, ללא בקשה מפורשת של הצרכן".

הטית ברירת מחדל (Default Effect) משמעה, בהקשר הצרכני, הנטיה של הצרכנים לבחור בהחלטה שנבחרה עבורם מבלי לנקוט בהתנהגות אקטיבית כדי לשנותה. השימוש בברירת המחדל ככלי יעיל ובעל השפעה משמעותית להכוונת התנהגות צרכנים, נתמך מחקרית בעבודות רבות¹, ולכן גופים רבים עושים בו

¹E.g. Johnson, E. J., Hershey, J., Meszaros, J., & Kunreuther, H. (1993). Framing, probability distortions, and insurance decisions. *Journal of risk and uncertainty*, 7(1), 35-51.

Dinner, I., Johnson, E. J., Goldstein, D. G., & Liu, K. (2011). Partitioning default effects: Why people choose not to choose. *Journal of Experimental Psychology: Applied*, 17(4), 332.

Johnson EJ, Goldstein DG. (2003). Do defaults save lives? *Science* 302, 1338–39.

לשכת הממונה |

בית עופר, נחום חפצדי 5, קומה 1, גבעת שאול, ירושלים 954840 | טלפון: 073-3717700 | פקס: 073-3717740
nurits@fta.gov.il





מדינת ישראל הרשות להגנת הצרכן ולמחר הוגן



שימוש להכוונת התנהגות צרכנים². השימוש הרווח בברירת המחדל לעיצוב סביבת המכירה בא לידי ביטוי באחת משתי דרכים. בדרך אחת ניתן לסמן לצרכן את האפשרות הכרוכה ברכישת המוצר, כאשר אם ברצונו שלא לקבל את המוצר עליו לסמן את האפשרות השנייה, לפיה הוא אינו מעוניין במוצר. דרך זו מכונה Opt-out.

דרך שנייה היא, לסמן לו את האפשרות לפיה הוא אינו מעוניין ברכישה, כאשר אם ברצונו לשנות זאת ולרכוש את המוצר עליו לבחור, כלומר לסמן באופן אקטיבי את האפשרות לפיה הוא מעוניין במוצר, דרך זו מכונה Opt-in.

לכאורה בחירת האפשרות הראשונה כברירת מחדל עבור הצרכן אינה משפיעה על החלטתו מכיוון שהוא יכול לשנותה. אולם במחקרים רבים נמצא כי ברירת המחדל המוצגת לצרכן היא בעלת השפעה ניכרת בבחירתו ומרבית הצרכנים נשארים עם האפשרות הראשונה שמוצעת להם, וזאת למרות שיכולים לשנותה⁴. מכך עולה כי כאשר מדובר בעיצוב זירת מכירה, השימוש ב- Opt-out מסייע בהעלאת המכירות, בניגוד לשימוש ב- Opt-in. לפיכך הרשות רואה בשימוש ב- Opt-out פעולה המעודדת התנהגות רכישה ולעיתים גם רכישה בהיסח הדעת, באופן העלול לפגוע מהותית בחופש הבחירה של הצרכן כמשמעותו בסעיף 3 לחוק. לעומת זאת השימוש באפשרות של Opt-in אינו מעודד רכישה, ובפרט אינו מעודד רכישה שמקורה בהיסח הדעת.

לפיכך, עמדת הרשות היא כי שימוש בברירת מחדל במסגרת הצעה/התקשרות בעסקה, מפרה את סעיף 3 לחוק מכיוון שהטית ברירת המחדל, המעודדת רכישה, פוגעת משמעותית בחופש הבחירה של הצרכן אם להתקשר בעסקה. כאמור, הטית ברירת המחדל משמעותה שהצרכן נוטה לבחור בהחלטה שנבחרה עבורו. על כן סימון העוסק במסגרת אפשרויות בחירה, בחירה של רכישה במסגרת תנאי ההתקשרות, פוגעת מהותית בחופש ההתקשרות של הצרכן ולא ניתן להסיק מאי שינוי אקטיבי של הסימון על ידי הצרכן (Opt-out), כהסכמה או בקשה שלו לרכישה⁵.

² לדוגמה ברפורמה שערכה בריטניה בשנת 2012 באמצעותה הנהיגה בריטניה הרשמה אוטומטית לתוכניות פנסיה במקום העבודה. רפורמה זו הובילה לעלייה של עשרות אחוזים בכמות החוסכים לפנסיה, ובחיסכון המשקי. למידע נוסף <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN06417/SN06417.pdf>
<https://www.gov.uk/government/publications/automatic-enrolment-review-2017-maintaining-the-momentum>

³ גם בישראל אימצו משרד האוצר ורשות שוק ההון ביטוח וחיסכון את השימוש בברירת מחדל לבחירת קרנות פנסיה בעלות דמי ניהול מוזלים. למידע נוסף <https://haotzarsheli.mof.gov.il/Subject/Pages/Default-Pension-Funds.aspx>
⁴ ניתן למנות בקצרה 3 סיבות מרכזיות להשפעתה של ברירת המחדל: היעדר מאמץ קוגניטיבי הכרוך בבחירה, הטיית הסטאטוס קוו בשילוב עם שנאת הפסד, ולבסוף ברירת המחדל עשויה לאותת לצרכנים כי זוהי החלופה המומלצת ע"י קובעי מדיניות ולכן כדאי שלא לשנותה.

⁵ בהקשר זה נציין כי בית המשפט בארה"ב קיבל את טענות ה- (FTC) Federal Trade Commission, בעניין Swish Marketing, Inc., et al. לפיכך קבע בית המשפט כי השימוש בתיבה מסומנת מראש (pre checked box) הינו אסור ויש לקבל





מדינת ישראל הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן



גם הנציבות האירופית (EC) The European Commission⁶ אסרה על שימוש בטכניקה זו לצרכי מסחר במסגרת הדירקטיבה בענין זכויות צרכן DIRECTIVE 2011/83/EU on Consumer Rights⁷. בהתאם לסעיף 22 לדירקטיבה זו תשלום בגין שירות או מוצר נוסף, מעבר לשירות או המוצר העיקריים שבגינם התקשר הצרכן עם המוכר, מחייב הסכמה מפורשת של הצרכן.⁸ עוד קובע הסעיף כי אם העוסק לא קיבל הסכמה מפורשת לתשלום נוסף, אלא הסיק זאת בשל שימוש בעיצוב ברירת מחדל מסוג Opt-out הרי שהצרכן יהיה זכאי לפיצוי.

בריטניה ישמה את האיסור בדירקטיבה הנ"ל במסגרת תקנות Cancellation and Additional Charges Regulations 2013 המתייחסות לתשלום נוסף בין צרכן לעוסק. בתקנה 40 מצוין כי בהתקשרות בין מוכר לקונה לא יגבה תשלום נוסף, מעבר לתשלום עבור השירות או המוצר העיקרי, אלא אם קודם לכן ניתנה הסכמה מפורשת של הצרכן.⁹ עוד מצוין במפורש כי לא ניתן להסיק את ההסכמה לתשלום נוסף מתוך העובדה שהצרכן לא שינה את ברירת המחדל שהוצגה בפניו.¹⁰ במקרה שהושג תשלום באופן הנ"ל על המוכר יהיה לפצות את הצרכן.¹¹

בהמשך לאמור בשתי הפסקאות הקודמות, נדגיש כי לדעת הרשות בשימוש במילה נוסף (Additional) אין הכוונה כי מותר להסיק הסכמה משימוש בברירת מחדל בעסקה העיקרית. פרשנות מעין זו אינה כמובן משרתת את תכלית החוק ואין בה הגיון. לדעת הרשות השימוש במילה נוסף (Additional) יוצא מנקודת הנחה, לפיה כאשר צרכן מבקש לרכוש מוצר מסוים, ועושה פעולות אקטיביות במטרה להתקשר בעסקה (למשל נכנס לאתר מסוים או אפליקציה) הוא למעשה מביע הסכמה מפורשת לגביה. יחד עם זאת, הודגש כי אין לגרום לו במהלך הרכישה כאמור, לרכוש מוצר או שירות נוסף אותם לא התכוון לרכוש. כדי למנוע אי הבנה אפשרית נדגיש כי עמדת הרשות היא כי יכול ויהיו מצבים בהם יעשה שימוש בברירת מחדל גם בעת

הסכמה מפורשת של הצרכן לחיוב בעבור מוצר. בית המשפט הדגיש כי לא ניתן להסיק הסכמה של הצרכן כתוצאה משתיקתו או היעדר נקיטת פעולה אקטיבית. לעיון <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/business-blog/2011/07/swish-marketing-decision-nets-consumers-48-million>

⁶ הנציבות היא הרשות המבצעת של האיחוד האירופי והיוזמת של מרבית חוקיו. כמו כן אחראית הנציבות על קיום אמנות האיחוד וניהולו השוטף.

⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0083&from=EN>

⁸ נדגיש כי המילה נוסף (additional) משמעותה, בהקשר זה, כל תשלום מעבר לתשלום על המוצר אותו מבקש הצרכן לרכוש, ושהצרכן לא הביע הסכמה מפורשת לגבייתו.

⁹ <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2013/3134/regulation/40/made> סעיף 40(1).

¹⁰ <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2013/3134/regulation/40/made> סעיף 40(2).

¹¹ <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2013/3134/regulation/40/made> סעיף 40(4).



לשכת הממונה |
בית עופר, נחום חפצדי 5, קומה 1, גבעת שאול, ירושלים 954840 | טלפון: 073-3717700 | פקס: 073-3717740
nurits@fta.gov.il



מדינת ישראל הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן



הרכישה של המוצר העיקרי שאותו ביקש הצרכן לרכוש וגם אז תראה בכך הרשות פרקטיקה פסולה של שימוש בברירת מחדל כאמור בהנחיה זו.

לאור האמור לעיל, אני מנחה את את חוקרי הרשות להתייחס לשימוש בברירת מחדל לעניין עשיית עסקה (בין אם לגבי העסקה העיקרית ובין אם לגבי עסקה נוספת לעסקה העיקרית) כהפרה של סעיף 3(ב)(8) לחוק – אספקת נכס או שירות בתשלום ללא בקשה מפורשת של הצרכן ולבצע אכיפה בהתאם בתום חודש מיום פרסומה של ההנחיה באתר הרשות.

למותר לציין כי שימוש בברירת מחדל לעניין עשיית עסקה מגיע כדי פגיעה מהותית בחופש ההתקשרות של הצרכן עם העוסק ומהווה הפרה גם על פי נוסחו הכללי של סעיף 3(א).

שימוש בברירת מחדל שאינו נוגע לעשיית עסקה כאמור, יבחן לאור סעיף 3(א).

יובהר כי הנחיה זו לא חלה על מהותה של ההסכמה עצמה אם כי יובהר כי הסכמה צריכה להיות הסכמה מודעת וחופשית.

הנחיה זו תחול על מערכת יחסים של עוסק וצרכן בלבד.

תחילתה של הנחיה זו – חודש מיום פרסומה באתר הרשות.

בברכה,

מיכאל אטל, עו"ד

הממונה על הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן

