

הסתמכות, קשר סיבתי ונזק בתובענות ייצוגיות בגין הטעיה צרכנית

מאת

יובל פרוקצ'יה* ואלון קלמנט**

תקציר

עקרון ייסוד בדיני ההטעיה הצרכנית, כמו גם בדיני התרמית ומצג-השווא הרשלני, הוא כי הסתמכות היא תנאי לגיבושה של עילת תביעה בגין מצג-שווא. אם הניצג לא פעל על-סמך המצג, או אם נזקו לא נגרם כתוצאה מהסתמכותו זו, אזי זכותו לפיצוי נשללת. בעקבות הלכת ברזני נ' בזק הוחל עיקרון זה גם בתובענות ייצוגיות בגין הטעיה צרכנית. למרות כוחו האינטואיטיבי של עיקרון זה, המאמר מבקש לטעון כי דרישת ההסתמכות אינה רצויה, וכי יש לוותר עליה. בניגוד לתפיסה רווחת, מצג-שווא עלול לגרום נזק בהיקף ניכר גם בהעדר הסתמכות, ונזק זה ראוי שיהיה בר-פיצוי. מצג אשר מאיר באור כוזב את מאפייניו של המוצר מושא העסקה מוביל באופן טיפוסי לעלייה במחירו. בכך הוא מסב נזק לכלל צרכניו של המוצר, בין אם הסתמכו על המצג ובין אם לאו. לפיכך דרישת ההסתמכות, השוללת את זכות התביעה מצרכנים שלא הסתמכו, מונעת למעשה פיצוי בגין נזק שגרם המצג באורח סיבתי. כתוצאה מכך היא מובילה לכריתתן של עסקות בלתי-יעילות, להשקעות בלתי-יעילות לאחר מועד הרכישה ולהשקעת משאבים בזבזנית בהצגתם של מצגים כוזבים. נוסף על כך היא מובילה להתעשרות בלתי-צודקת של המציג על-יחשבון ניצגיו. דרישת ההסתמכות אף מחלישה את כוחו המרתיע של הדין עקב השפעתה המכבידה על התובענה הייצוגית הצרכנית. כדי לעמוד בדרישת ההסתמכות, התובע המייצג נדרש לזהות ולהוכיח מי מן הצרכנים נחשף למצג ומי מבין אלה שנחשפו הסתמך. לעיתים קרובות אין בכוחו לעמוד בנטל זה. דרישת ההסתמכות מובילה אפוא לסיכולן של תובענות ייצוגיות רבות, ובעקבות זאת לפגיעה ניכרת בתכלית ההרתעה. לבסוף, המאמר דן בנסיבות מיוחדות שבהן הוסרה בדין הישראלי דרישת ההסתמכות. בנסיבות שבהן הנזק הנטען הוא "פגיעה באוטונומיה" של הצרכן נקבע כי הזכות לפיצוי

* מרצה, בית-הספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

** פרופסור, בית-הספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

אנו מודים לרוני אבישר-שדה, לאיל זמיר, לאסף יעקב, לעמיר ליכט, להלל סומר ולאריאל פורת על הערות מצוינות לגרסות קודמות של המאמר. תודתנו הרבה גם למשתתפים בסמינר המחלקתי ובסדנה למשפט מסחרי במרכז הבינתחומי הרצליה, למשתתפים בסמינר המחלקתי ובסדנה למשפט פרטי באוניברסיטה העברית בירושלים, למשתתפים בסדנה למשפט וכלכלה באוניברסיטת תל-אביב וכן לחברי מערכת עיוני משפט על הערותיהם. תודות גם לסתיו כהן על עזרתה המצוינת במחקר.

אינה מותנית בהתקיימותה של הסתמכות. גישתנו היא כי חריג זה גורף מדי, וכי שיקולים שבהרתעה יעילה מורים דווקא על צמצמו.

מבוא

- א. הסתמכות וקשר סיבתי לאור פסק־דין ברזני
 1. הסתמכות וקשר סיבתי – דעות הרוב
 2. הסתמכות וקשר סיבתי – דעות המיעוט
- ב. ניתוח יסודות ההסתמכות והקשר הסיבתי, היחס ביניהם ומקומם הראוי
 1. קשר סיבתי, הסתמכות ונזק
 - (א) היחס בין קשר סיבתי להסתמכות
 - (ב) מהותו של ה"נזק" שנגרם עקב מצג־השווא
 - (ג) תכליתה של ההגנה המשפטית מפני מצג־שווא
 2. הפיצוי הנזיקי כסעד בגין מצג־שווא
 3. דרישות ההסתמכות והקשר הסיבתי לפיצוי בגין מצג־שווא
 4. קשר סיבתי והסתמכות במקרה של הפרת חובת גילוי
 5. הפיצוי החוזי כסעד בגין מצג־שווא
- ג. ההסדר הראוי לפיצוי בתובענה ייצוגית בגין הטעיה צרכנית
 1. חישוב הנזק בגין מצג־שווא
 2. גישות מקורבות לחישוב הנזק בשלב אישורה של התובענה הייצוגית
 3. הדיון בבקשה לאישור התובענה הייצוגית בגין מצג־שווא
 - ד. הטעיה צרכנית ופגיעה באוטונומיה
 1. שני סוגי נזקים בגין פגיעה באוטונומיה
 2. פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה – הדין הנוהג
 3. תובענות ייצוגיות בגין נזק לא־ממוני מן הסוג הראשון בלבד

סיכום

מבוא

בפרסום־חוצות לתוסף מזון נכתב כי הוא מסייע בפתרון בעיות פרקים. לאמיתו של דבר, תוסף המזון מפחית במשהו את כאבי הפרקים, אך אין הוא מסייע בפתרון הבעיה עצמה. לאחר הפרסום רכשו שלושה צרכנים את תוסף המזון: צרכן אחד נחשף לפרסום ורכש את תוסף המזון רק משום שהוטעה וחשב כי האמור בו הוא אמת; צרכן אחד נחשף אף הוא לפרסום ורכש את תוסף המזון, אך היה רוכש אותו גם אילו ידע את טיבו האמיתי; ואילו צרכן שלישי לא נחשף לפרסום כלל, ועל־כן החלטתו לרכוש את תוסף המזון ממילא לא נבעה מתוכן הדברים שפורסמו.

שלושת הצרכנים מבקשים לתבוע פיצוי בגין הטעיה, לפי חוק הגנת הצרכן.¹ את מי מהם יש לזכות בפיצוי, ובאיזה היקף? אינטואיציה רווחת בספרות ובפסיקה היא כי הזכות לפיצוי בדוגמה שלעיל צריכה להיות שמורה לצרכן הראשון בלבד. בעוולות תוצאתיות, המחייבות הוכחה של נזק שנגרם בפועל, על התובע להוכיח קשר סיבתי בין המעשה העולתי לבין הנזק שבגיניו הוא תובע. קשר סיבתי זה, כך הסברה, מתגבש רק כאשר התובע הסתמך על מצג־השווא, כלומר, שינה את מצבו לרעה עקב אמונתו באמיתות המצג. הצרכן השני בדוגמה שלעיל אומנם הטעה וחשב כי תוסף המזון מסייע בפתרון בעיות פרקים, אך הוא לא הסתמך על המידע, שכן הוא היה רוכש את המוצר גם אילו לא הטעה. גם הצרכן השלישי לא הסתמך על המידע המטעה, שכן הוא לא נחשף אליו כלל. הצרכן הראשון, והוא בלבד, הסתמך על המצג, ורק נזקו שלו נגרם כתוצאה סיבתית של הסתמכות זו.

אכן, בעניין ברזני קבע בית־המשפט העליון כי דיני ההטעיה הצרכנית, בדומה לדיני מצג־השווא הרשלני והתרמית, מחייבים את התובע להוכיח לא רק שהוצג לפניו מצג־שווא, אלא גם שהוא הסתמך עליו באופן שהסב לו נזק.² ללא הסתמכות, כך נקבע, ניתק הקשר הסיבתי בין מצג־השווא לבין הנזק שבגיניו נתבע הפיצוי.³

- 1 ס' 2 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, ס"ח 248. לאורך המאמר אנו משתמשים במונח "צרכן" (המוגדר בס' 1 לחוק הגנת הצרכן), אולם יש לשים לב לכך שזכות התביעה מכוח חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ס"ח 264, נתונה לכל לקוח, גם אם אין הוא צרכן כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן. ראו להלן ה"ש 14.
- 2 ע"א 1977/97 ברזני נ' בזק – החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד (4) 584, 617-618, 622 (2001) (להלן: ע"א ברזני); פסק־הדין אושר ברנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק – החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז" (6) 385, 410-411 (2003) (להלן: דנ"א ברזני).
- 3 לשם השוואה, בדיון האמריקני הגישות חלוקות בשאלה אם יש להוכיח הסתמכות בתובענה ייצוגית צרכנית בגין מצג־שווא. חוקי הגנת הצרכן הם חוקים מדינתיים. חלקם דורשים הוכחת הסתמכות – למשל, בפנסילוניה (Pa. 928 A.2d 186 (Toy v. Metropolitan Life Ins. Co., 2007)) בווימינג (Wyo. Stat. Ann. § 40-12-108(a) ובטקסס (Tex. Bus. & Com. Code § 17.50(a)(1)(B)); ואילו אחרים אינם דורשים הוכחות הסתמכות לצורך פיצוי – למשל, במסצ'וסטס (Aspinall v. Philip Morris Cos., 813 N.E.2d 476, 486 (Mass. 2004)), באילינוי (Connick v. Suzuki Motor Co., Ltd., 675 N.E.2d 584 (Ill. 1996)) ובניו־מקסיקו (Lohman v. Daimler Chrysler Corp., 166 P.3d 1091, 1098 (N.M. App. 2007)). לסקירה מקיפה של החקיקה להגנת הצרכן מפני הטעיה בארצות־הברית ראו: CAROLYN L. CARTER, CONSUMER PROTECTION IN THE STATES: A 50-STATE REPORT ON UNFAIR AND DECEPTIVE ACTS AND PRACTICES STATUTES (Nat'l Consumer L. Center Inc., 2009). לדיון ברדישת ההסתמכות בתובענה ייצוגית בארצות־הברית ראו: Samuel Issacharoff, *The Vexing Problem of Reliance in Consumer Class Actions*, 74 TUL. L. REV. 1633 (2000); Sheila Scheueraman, *The Consumer Fraud Class Action: Reining in Abuse by Requiring Plaintiffs to Allege Reliance as an Essential Element*, 43 HARV. J. ON LEGIS. 1 (2006); Robert A. Nagareda, *Class Certification in the Age of Aggregate Proof*, 84 NYU L. REV. 97 (2009); Shawn S. Ledingham, Jr., *Aggregate Reliance and Overcharges: Removing Hurdles to Class Certification for Victims of Mass Fraud*, 85 NYU L. REV. 289 (2010).

מאמר זה בוחן את דרישת ההסתמכות באמצעות ניתוח כלכלי. מסקנתו העיקרית היא כי הדרישה להוכחת ההסתמכות כתנאי הכרחי לקבלת פיצוי אינה רצויה, משום שהיא מובילה להרתעת-חסר של המציג. עוד עולה מן הדיון כי דרישת ההסתמכות מאפשרת למציג להתעשר על-חשבון צרכניו באופן בלתי-צודק, ועל-כן היא אינה רצויה גם מטעם זה. הבסיס העיקרי למסקנות אלה הוא שנזק, בניגוד לאינטואיציה הרווחת, יכול להיגרם עקב הטעיה באופן סיבתי גם בהעדר ההסתמכות, ונזק כזה אף נגרם לעיתים קרובות ובהיקפים ניכרים. דרישת ההסתמכות, המונעת פיצוי בגין נזק כזה, מונעת הפנמה יעילה של נזקי ההטעיה על-ידי המטעה, ובכך גורמת להרתעת-חסר. במקביל לכך היא מניחה למציג להתויר בכיסו חלק מרווחי ההטעיה, ובכך מאפשרת לו להתעשר התעשרות בלתי-צודקת.

נזקם של הצרכנים שלא הסתמכו על המצג נובע, בעיקרו של דבר, מן ההשפעה שיש למצג על מחירו של המוצר. מצגי-שווא בתחום הצרכני מיועדים להציג את העסקה באור חיובי יותר מנקודת-מבטו של הצרכן מכפי שהיא בפועל. המציג מבקש להגדיל את הביקוש למוצר, ולכן נלווית בדרך-כלל גם עלייה במחירו. עליית המחיר הינה "נזק" שנגרם לצרכן באופן סיבתי עקב המצג. נזק זה נגרם לא רק לצרכנים שהסתמכו, אלא לצרכנים כולם: גם צרכן שהחלטתו לרכוש לא נבעה ממצג-השווא, ועל-כן הוא לא הסתמך עליו, סבל בכל-זאת נזק אם שילם בעבורו מחיר העולה על זה שהיה משלם אלמלא המצג; ובאופן דומה, גם צרכן שלא נחשף כלל למצג, ולכן לא הסתמך על האמור בו, סבל נזק אם שילם בגינו מחיר גבוה יותר. הגבלתה של זכות התביעה רק לצרכנים שהסתמכו מובילה אפוא להפנמה לא-מלאה של נזקי המצג, ובעקבות זאת להרתעת-חסר בלתי-יעילה של המציג. היא אף מובילה לתוצאה בלתי-צודקת, שכן היא מאפשרת לעוסק להתעשר על-חשבון צרכניו באמצעות מצג כוזב. לפיכך, בין שתכליתו של הדין היא השגת הרתעה יעילה של המציג מלכתחילה ובין שתכליתו היא למנוע התעשרות בלתי-צודקת של המציג בדיעבד, דרישת ההסתמכות כתנאי הכרחי לפיצוי היא דרישה שראוי להסירה.

סוגיה זו היא בעלת חשיבות כאשר התובענה מוגשת על-ידי צרכן יחיד, אולם חשיבותה המעשית עולה עשרות מונים כאשר היא מוגשת כתובענה ייצוגית בשם כלל הצרכנים שניזוקו. קבוצת הצרכנים הכוללת מורכבת הן מצרכנים שהסתמכו והן מצרכנים שלא הסתמכו. משמעותה של דרישת ההסתמכות היא שהתובענה הייצוגית לא תאושר אלא אם כן עלה בידי התובע המייצג להוכיח כי הוא עצמו הסתמך על המצג המטעה, וחשוב מכך – עלה בידיו להצביע על מנגנון המאפשר לו לזהות מי מן הצרכנים הסתמך.⁴ אולם כאשר מוצר נמכר בתפוצה רחבה, האפשרות המעשית לעמוד על גודלה של קבוצת המסתמכים היא לעיתים קרובות מוגבלת למדי. הוכחת ההסתמכות מחייבת לקבוע מי מן הצרכנים נחשף למצג-השווא, ומי מבין אלה שנחשפו רכש את המוצר רק בשל המידע המטעה (כלומר, היה נמנע מרכישתו אלמלא מידע זה). הדרישה להוכחת ההסתמכות היא אפוא דרישה אשר לעיתים קרובות אין בכוחו של התובע המייצג לעמוד בה. באופן מעשי, היא חוסמת פעמים רבות את האפשרות להגיש תובענה ייצוגית, ופוגעת פגיעה ניכרת במנגנון ההרתעה הנזיקי.

4 ע"א 458/06 שטרנל נ' בוק 14-15, 17 (פורסם בנבו, 6.5.2009) (השופט ג'ובראן). ראו דיון להלן בתת-פרק 3.

תוצאה מעשית זו הולידה ביקורת נוקבת בספרות האקדמית. ביקורת זו התמקדה בטענה כי חסימתן של התובענות הייצוגיות מותירה את הזירה הצרכנית ללא מנגנון הרתעה ממשי. את מקומן של התובענות הייצוגיות לא יכולות לתפוס תובענות צרכניות אינדיווידואליות, שכן התמריץ להגישן חלש לנוכח היחס הטיפוסי שבין עלויות התביעה לבין הסכום הנתבע. לנוכח זאת הוצע כי דיני הגנת הצרכן יאמצו משטר משפטי מיוחד, שבגדרו ישוחרר הניצג בהקשר הצרכני מן החובה להוכיח הסתמכות, ובכך תיסלל מחדש הדרך להגשתן של תובענות ייצוגיות צרכניות.⁵

אולם הצעה זו מעוררת קושי. היא מבקשת להצדיק ויתור על כלל מרכזי של הדין המהותי מטעמים פרוצדורליים. היא מבקשת לפטור את התובע מן החובה להוכיח הסתמכות לא בשל התפיסה כי ההסתמכות אינה נדרשת לגופה, אלא בשל קשיי הוכחה גרידא. הצעה זו מוקשית משום שאם הסתמכות היא תנאי הכרחי לגיבושו של קשר סיבתי, אזי ויתור עליה יאפשר הטלת פיצוי בגין נזק אשר לכאורה לא נגרם כתוצאה מן המצג. תוצאה זו עלולה להיות בלתי־רצויה לא פחות מן התוצאה ההפוכה, שלפיה העוסק מופטר מפיצוי בגין נזק שגרם. הטענה המועלית במאמר זה מביאה את הקושי האמור לידי פתרון. הטעם המצדיק את הוויתור על דרישת ההסתמכות נעוץ לא בקושי להוכיחו, אלא בכך שדרישת ההסתמכות אינה משרתת את תכליתו של הדין המהותי עצמו. כאמור לעיל, התפיסה שלפיה ההסתמכות נדרשת לשם גיבושו של קשר סיבתי יסודה בטעות. גם אילו התעוררו קשיי ההוכחה היה נכון לבטלה, משום שהיא מובילה להרתעת־חסר ולהתעשרות בלתי־צודקת של העוסק. קשיי ההוכחה הניכרים שדרישת ההסתמכות מעוררת מקנים משנה תוקף לצורך לבטלה, אולם קשיים פרוצדורליים אלה אינם הטעם לביטול דרישת ההסתמכות, אלא רק תוצאה נלווית שלו. יש אפוא לוותר על דרישת ההסתמכות הן בהקשר הצרכני והן בהקשר הכללי, הן בתובענות אינדיווידואליות והן בתובענות ייצוגיות.

בהקשר הייצוגי משמעות הוויתור על דרישת ההסתמכות היא שאין לדרוש מן התובע המייצג להוכיח כי הסתמך על המצג המטעה או לזהות את קבוצת הצרכנים שהסתמכו. יש לקבוע כי הזכאות לתבוע תהא נתונה לכלל הצרכנים, בעבור הנזק שנגרם להם באופן סיבתי. נזק זה גובהו לפחות כגובה הפרש בין המחיר שנגבה ביתר עקב מצג־השווא לבין המחיר שהיה נגבה אלמלא מצג־השווא. לפיכך תובע מייצג המבקש את אישור התובענה כייצוגית יוכל להצביע על הפרשי המחירים שנגרמו עקב מצג־השווא, ולא יידרש להוכיח כי הוא עצמו נחשף באופן אישי למצג־השווא והסתמך עליו, או להניח תשתית ראיתית לכך שיוכל לזהות את חברי הקבוצה שהסתמכו או את נזקיהם. הוכחת הפרשי המחירים תספיק על־מנת לעמוד בדרישות החוק לאישור התובענה הייצוגית, ככל שאלה נוגעות בנזקו האישי של התובע המייצג ובעילת התובענה הייצוגית.

5 ראו, למשל, סיני דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות: הדרישה להסתמכות אישית על מצגי השווא של המטעה" מאזני משפט ב 97, 100-102 (2002) (להלן: דויטש "הדרישה להסתמכות"); מיכאל קרייני "התביעה הייצוגית בישראל – על פרשת דרכים: בעקבות פסק דין מדינת ישראל נגד א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ" דין ודברים א 449, 472-474 (2005); סיני דויטש "החקיקה הצרכנית והקורדיפיקציה האזרחית" משפטים לו 499, 529-530 (2007) (להלן: דויטש "החקיקה הצרכנית").

שאלה נפרדת היא כיצד יש להגדיר את האינטרס המוגן של הצרכנים התובעים, וכנגדו מכך – את הנזק שנגרם להם. שאלה זו עוררה אף היא מחלוקת, ונראה כי טרם נפלה בה הכרעה סופית.⁶ אפשרות אחת היא לזכותם בפיצוי נזיקי, שיעמידם במקום שבו היו עומדים אילו הוצג לפנייהם מצג־אמת, כלומר, אילו תכונותיו של המוצר הוצגו כהווייתן. אפשרות אחרת היא שהם יהיו זכאים לפיצוי חוזי, קרי, לפיצוי שיעמידם במקום שבו היו עומדים אילו המוצר היה כפי שהוצג, כלומר, בעל התכונות שתוארו במצג הכוזב. התלבטות זו משקפת את היות ההטעיה הצרכנית יצר־כלאיים חוזי ונזיקי: בעוד המסגרת הפורמלית שאליה היא משיכת היא נזיקית, לא מן הנמנע לפרש את המצג כהבטחה באשר לנכונותה של העובדה המוצגת. עמדתנו, כפי שנסביר להלן, היא כי הפיצוי הנזיקי יהיה בדרך־כלל עדיף, משום שהוא יוביל להפנמה מלאה ומרויקת של הנזק, בעוד הפיצוי החוזי עלול להוביל להרתעת־יתר.

כפרק א אנו סוקרים את פרשת ברזני, שבה נקבעה ההלכה המרכזית, שלפיה הסתמכות היא תנאי הכרחי לגיבוש הזכות לפיצוי בגין הטעיה צרכנית.⁷ אנו מציגים את עמדות הרוב והמיעוט, תוך בחינת האופן שבו העמדות השונות מתייחסות לשלושת מושגי־המפתח – נזק, קשר סיבתי והסתמכות. **כפרק ב** אנו בוחנים את הדרך הראויה לחישוב הפיצוי בגין מצג־שווא, ומנתחים את ההבחנה שבין הסתמכות לבין קשר סיבתי, ואת האופן שבו אלה מתייחסים לנזקים השונים שנגרמים על־ידי מצג־השווא. **כפרק ג** בוחן, לאור העקרונות שהותוו בפרקים הקודמים, את ההסדר הראוי לחישוב הנזק בגין הטעיה צרכנית ולאישור תובענה ייצוגית בגינה.

כפרק ד אנו פונים לבחינת סוגיה קשורה, הנוגעת בפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה הנובעת ממצג צרכני מטעה. הפסיקה בישראל הכירה בטענה כי מצג־שווא עשוי לפגוע באוטונומיה של הצרכן, וכי פגיעה לא־ממונית זו היא בת־פיצוי בנזיקין.⁸ על־אף הלכת ברזני נקבע כי הזכאות לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה אינה מותנית בהסתמכותו של הצרכן על מצג־השווא, וכי די בהטעיה עצמה לשכלל את זכותו לפיצוי. לנוכח זאת, דוקטרינת הפגיעה באוטונומיה יוצרת חריג חשוב לדרישת ההסתמכות שבדין הכללי, והיא אף משמשת בפועל מכשיר מרכזי לעקיפתה של הלכת ברזני בתביעות לפיצוי בגין נזקים לא־ממוניים.⁹ לגישתנו, דווקא בהקשר זה הווייתור על דרישת ההסתמכות הוא גורף מדי. לעמדתנו, יש להבחין בין שני סוגי נזקים שהוכרו כבני־פיצוי בגדרה של תביעה בגין פגיעה באוטונומיה: **הסוג האחד** עניינו הפגיעה הרגשית הלא־ממונית הנובעת מעצם נטילתו של כוח הבחירה האוטונומי; **והסוג האחר** מקורו ביחסו של הנפגע אל הפעולה שהוא נאלץ לבצע עקב נטילתו

6 ראו דיון להלן בתת־פרק 5.

7 ע"א ברזני, לעיל ה"ש 2, בעמ' 617-618; דנ"א ברזני, לעיל ה"ש 2, בעמ' 410-411.

8 ראו ע"א 1338/97 תנובה נ' ראבי, פ"ד (נז) 673 (2003) (להלן: פרשת תנובה נ); ע"א 10085/08 תנובה נ' ראבי, פס' 33 לפסק־דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 4.12.2011) (להלן: פרשת תנובה 2) (שתי הפרשות גם־יחד להלן: פרשת תנובה).

9 נכון ל־29.8.2012, פנקס התובענות הייצוגיות מלמד כי ביותר מ־70% מן התובענות הייצוגיות שהוגשו מאז הוחל בדיווח לפנקס (אפריל 2007) נתבע פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה (244 מתוך 344).

של כוח בחירה זה.¹⁰ להדגמת הבחנה זו, טלו חברה לייצור חלב המסתירה מצרכניה את העובדה שהחלב שהיא משווקת מהול בסיליקון. צרכן התובע בגין פגיעה באוטונומיה עשוי להלין על שני סוגים מובחנים של נזק: סוג הנזק האחד מתבטא בכך שנשללה זכותו לקבוע באורח אוטונומי אם לצרוך חלב המכיל סיליקון אם לאו; וסוג הנזק האחר מתבטא בתחושת השליליות שהוא חש עקב צריכתו של הסיליקון. בעוד סוג הנזק הראשון נוגע בעצם שלילתו של כוח הבחירה (אי־הגילוי כשלעצמו), סוג הנזק השני נוגע בפעולה שננקטה אגב שלילת כוח הבחירה (צריכת הסיליקון). ההבחנה בין שני סוגי הנזק הללו גוררת הבחנה גם לעניין דרישת ההסתמכות. בתביעה בגין סוג הנזק הראשון לא נדרשת ההסתמכות, משום שהנזק הנטען אינו נגזר ממנה, והוא עשוי להתקיים גם בהעדרה. עצם שלילתו של כוח הבחירה האוטונומי היא שגרמה לנזק זה, בין אם הצרכן הסתמך על המצג ובין אם לאו. לעומת זאת, בתביעה בגין סוג הנזק השני אין לוותר על דרישת ההסתמכות, משום שנזק זה נובע ממנה, ולא היה יכול להיגרם בהעדרה. אם הצרכן היה רוכש את החלב גם אילו ידע כי הוא מכיל סיליקון, אזי הנזק הנובע מצריכת הסיליקון אינו תולדה סיבתית של המצג. לפיכך הוויתור על דרישת ההסתמכות בתביעה בגין סוג הנזק השני צפוי להוביל להרתעת ייתר. כמורכן אנו סבורים שכאשר ההטעיה הצרכנית גרמה לנזק מן הסוג הראשון כלבד, תובענה ייצוגית אינה מהווה דרך "יעילה והוגנת" להכרעה במחלוקת, ועליכן בנסיבות אלה אין לאשר את התובענה כייצוגית.¹¹ הטעם לכך, כפי שיוסבר להלן, הוא שבנסיבות אלה ערכה ההרתעת של התובענה הייצוגית הוא נמוך ככלל, ולכן עלויותיה החברתיות של התובענה הייצוגית צפויות לעלות על תועלתה.

א. הסתמכות וקשר סיבתי לאור פסק־דין ברזני

יוסף ברזני הגיש לבית־המשפט המחוזי בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד "בזק" מכוח חוק הגנת הצרכן, לפי הֶסדר אשר קדם לזה הקבוע בחוק תובענות ייצוגיות.¹² לטענתו, "בזק" הטעתה בפרסומיה את ציבור הצרכנים באשר לאופן החישוב של תעריפי השיחות בחיוב בין־לאומי ישיר. במדריך הטלפון שלה ("דפי זהב") הצהירה "בזק" כי שיחות יחויבו רק בעבור "הזמן המדויק" שבו בוצעו. בפועל חושב המחיר על בסיס יחידת־מונה. משכה של כל יחידת־מונה – אשר נקבע לפי יעד השיחה – היה שניות ספורות, ו"בזק" חישבה את יחידת־המונה האחרונה בשיחה כאילו נוצלה במלואה גם אם הלקוח לא שוחח אלא בחלקה כלבד. הלקוח לא שילם אפוא בעבור "הזמן המדויק" שבו שוחח בטלפון, שכן כמעט בכל שיחה נוספו שניות אחדות מיחידת־המונה האחרונה. בשל שיטת חישוב זו היה מחיר השיחות גבוה ברגיל מזה שעלה מן הפרסום.

הנזק שנגרם לברזני היה אומנם זעיר, אך הנזק הכולל שנגרם לכלל צרכני "בזק" הצטבר לכדי עשרות מיליוני שקלים. לטענת ברזני, "בזק" גרפה לכיסה סכומים אדירים אלה בדרך

10 להבחנה דומה ראו ע"א 4576/08 בן־צבי נ' היס, פס' 44 לפסק־דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 7.7.2011).

11 ראו דיון להלן בתת־פרק 3.7.

12 ברזני הגיש תביעה לפי ס' 35א-35ב לחוק הגנת הצרכן. פרק 11 לחוק הגנת הצרכן (ס' 35א-35) בוטל לימים על־ידי ס' 33 לחוק תובענות ייצוגיות.

של הטעיה. ברזני ביקש כי תביעתו תוכר כתובענה ייצוגית, כלומר, שיתאפשר לו לתבוע בשמו ובשם כלל הלקוחות ששוחחו בטלפון בשיחות ישירות לחוץ-לארץ, וכי ייפסקו לו ולהם פיצויים בגין ההפרש שבין המחיר שנגבה לבין זה שפורסם.¹³

בית-המשפט המחוזי, ולאחריו בית-המשפט העליון בערעור האזרחי ובדיון הנוסף, הסכימו כי פרסומיה של "בזק" היו בגדר "הטעיה" כמובנה בחוק הגנת הצרכן.¹⁴ עם זאת, ברזני עצמו לא נחשף לפרסום המטעה, וממילא לא ביסס עליו את החלטותיו כאשר קיים את שיחותיו לחוץ-לארץ.¹⁵ לנוכח זאת נשאלה השאלה אם לברזני עומדת עילת תביעה אישית לפיצוי כנגד "בזק" לפי חוק הגנת הצרכן. הכרעה בשאלה זו נדרשה לצורך אישור התובענה הייצוגית, שכן אחד מתנאי האישור הוא שלתובע המייצג תעמוד עילת תביעה כזאת.

תשובת הרוב בערעור האזרחי בבית-המשפט העליון, אשר אושרה גם בדיון הנוסף, הייתה כי לברזני לא עמדה עילת תביעה אישית. אומנם הוסכם על הכל כי ברזני נפל קורבן ל"הטעיה" כמובנה בחוק, שכן על-פי החוק די בפרסום ש"עלול להטעות" לגיבוש הטעיה, ואין צורך להוכיח כי הצרכן הוטעה בפועל. אולם עצם קיומה של הטעיה אינו מספיק על-מנת לזכות את התובע בסעד של פיצוי. לברזני, אשר לא קרא את הפרסום המטעה, הייתה זכות לדרוש שבית-המשפט יורה על הפסקת הפרסום המטעה;¹⁶ אולם כדי לזכות בסעד כספי, היה עליו להוכיח לא רק שנעשתה הטעיה, אלא גם שהתקיימו היסודות האחרים של העוולה, ובכלל זה נזק, הסתמכות וקשר סיבתי (עובדתי ומשפטי) בין הפרת החובה לבין נזקו. מאחר שברזני לא נחשף לפרסומיה של "בזק" ולא הסתמך עליהם, נקבע שלא

- 13 ראו ע"א ברזני, לעיל ה"ש 2, בעמ' 592-593; דנ"א ברזני, לעיל ה"ש 2, בעמ' 396-397.
- 14 להגדרת הטעיה ראו ס' 2(א) לחוק הגנת הצרכן. ראו גם אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט 387-392 (2003). יש לציין כי הסעיף תוקן בשנת 2005, וכיום הוא כולל גם פרסומים העלולים להטעות שהוצגו לאחר מועד ההתקשרות בעסקה. ראו חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 18), התשס"ו-2005, ס"ח 104. מדברי ההסבר עולה כי מטרת התיקון היא להגן על צרכנים המתקשרים בחוזים ארוכי-טווח אשר מתעדכנים מעת לעת גם לאחר מועד הכריתה. עם זאת, המחוקק אינו דן בהשפעת התיקון על שאלת הקשר הסיבתי. ראו הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 18) (הטעיה לאחר התקשרות בעסקה), התשס"ה-2005, ה"ח 254. יתר על כן, פריט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות אינו דורש שעילת התביעה תהיה לפי חוק הגנת הצרכן, אלא רק שהתביעה תהיה "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו". ראו אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט 131, 134-135 (2006). לפיכך כיום התובע יכול להסתמך על כל עילת תביעה שעומדת לו ולקבוצה, ובלבד שהתקיימו תנאיו של פריט 1, כאמור לעיל.
- 15 ראו ע"א ברזני, לעיל ה"ש 2, בעמ' 616; דנ"א ברזני, לעיל ה"ש 2, בעמ' 397. למען הדיוק, לא הוכח באופן פוזיטיבי כי ברזני לא נחשף לפרסום המטעה, אולם בית-המשפט הניח כך מאחר שברזני לא טען כי נחשף לפרסום. ראו שם, בעמ' 444-445.
- 16 ראו את פסק-דינו של הנשיא ברק בע"א ברזני, לעיל ה"ש 2, בעמ' 617. עם זאת, הנשיא ברק מותיר ב"צריך עיון" את השאלה אם בכוחו של ברזני "לשמש כתובע ייצוגי בבקשה לסעד הצהרתי, שלפיו הפרסום שפרסמה בזק 'עלול להטעות' צרכן". אכן, שאלה היא אם לקוח יכול לתבוע סעד הצהרתי וצו עשה או צו מניעה, הצופים פני עתיד, בנוגע לפרסום מטעה שנעשה בעבר. ראו שם, בעמ' 623.

התקיימו יסודות העולה בעניינו.¹⁷ התובענה הייצוגית לא אושרה, אפוא, משום שלא עלה בידי התובע המייצג להוכיח את עילתו האישית. ההכרעה בדיון הנוסף הייתה זהה – לגבי ברזני באופן אישי לא התקיימו יסודות העולה, ועל-כן נקבע כי דין התביעה להידחות. המחלוקת בין דעת הרוב לבין דעות המיעוט בערעור ובדיון הנוסף נגעה בעיקרה בשאלה אם על התובע לקיים את דרישת ההסתמכות כתנאי לקבלת פיצוי. שופטי הרוב קבעו כי אי-היחשפות לפרסום המטעה שוללת את ההסתמכות הנדרשת לשם קבלת פיצוי. שופטי המיעוט, לעומתם, סברו כי ניתן להורות על תשלום פיצוי בעילת הטעיה צרכנית גם ללא הוכחת ההסתמכות, לרבות בנסיבות שבהן התובע לא נחשף כלל לפרסום המטעה. בעוד מחלוקת זו בין דעת הרוב לדעת המיעוט היא ברורה כשלעצמה, מרחב התחולה של דרישות הקשר הסיבתי וההסתמכות נותר ברור פחות.

1. הסתמכות וקשר סיבתי – דעות הרוב

לדירודו של הנשיא ברק בערעור האזרחי, ניצג זכאי לסעד של פיצוי רק אם יש בכוחו להראות כי נחשף למצג, האמין לתוכנו ושינה את מצבו בעקבותיו. טענתו של ברזני נכשלה כבר בשלב הראשון של בחינת הדברים, שכן ברזני לא נחשף כלל למצג. זכותו לא התגבשה, לגישתו של הנשיא ברק, שכן "מצג של העוסק עשוי להטיל [על המטעה] חובת פיצויים בגדר פקודת הנזיקין רק כלפי מי שמודע לתוכנו".¹⁸ גם אילו נחשף ברזני למצג-השווא, היה צורך להוסיף ולבחון את השאלה אם היחשפותו אליו השפיעה על החלטותיו. היה עליו להראות כי "לולא ההטעיה האסורה לא היה... משוחח בטלפון באופן שבו הוא שוחח למעשה".¹⁹ לפיכך, לגישתו של הנשיא ברק, גם שינוי ההתנהגות הוא תנאי הכרחי לגיבושה של הזכות לפיצוי.

בהסבירו תנאים אלה, נדרש הנשיא ברק למושגים "הסתמכות" ו"קשר סיבתי". הסתמכות, לדירודו, מתקיימת אם הניצג נחשף למצג ושינה את התנהגותו בעקבותיו. קשר סיבתי מתקיים אם שינוי זה בהתנהגות הוביל ליצירתו של נזק. מכאן עולה המסקנה, לשיטתו של הנשיא ברק, כי לא ייתכן קשר סיבתי ללא הסתמכות. אם הניצג לא שינה את התנהגותו בעקבות המצג, אזי ממילא המצג לא גרם לו נזק.

עמדתו של השופט חשין, אשר ייצג את דעת הרוב בדיון הנוסף, שונה במעט. השופט חשין הסכים לתוצאה שאליה הגיע הנשיא ברק, ואף לעיקרי ההנמקה. כמו הנשיא ברק, אף השופט חשין סבר כי לברזני לא נגרם נזק הנובע באופן סיבתי ממצג-השווא, וזאת משום שהוא לא נחשף אליו ועל-כן ממילא לא נפגע ממנו. עם זאת, השופט חשין הכיר באפשרות, אשר לא נידונה על-ידי הנשיא ברק, שלפיה בנסיבות מסוימות – שונות מאלה של ברזני – קשר סיבתי עשוי להתקיים אף ללא הסתמכות. כך, למשל, מסביר השופט חשין, ניתן לתאר מצב שבו מצג-שווא "הניע שרשרת עובדתית שבסופה נגרם לצרכן נזק",²⁰ ונזק זה נגרם כתוצאה סיבתית של המצג אף בהעדר הסתמכות. במקרה כזה העדר הסתמכות אינו

17 שם, בעמ' 616-618.

18 שם, בעמ' 622.

19 שם, בעמ' 622-623.

20 דנ"א ברזני, לעיל ה"ש 2, בעמ' 414.

שולל מניה וביה את זכותו של הניזוק לפיצוי. לנוכח זאת מציין השופט חשין כי "קשר סיבתי (עובדתי ומשפטי) הנדרש מהוראות סעיף 2(א) לחוק, אינו משמיע מאליו... הסתמכות מפורשת וישירה".²¹ על כך הוא מוסיף כי "עיקר לענייננו הוא שלעולם נעמוד על הצורך בקיומו של קשר סיבתי ראוי בין פרסום מטעה לבין נזק שצרכן נשא בו, ובתוככי הקשר הסיבתי הראוי נִשְׁרָג כיסוד יוצר את יסוד ההסתמכות שניתן יהא לכלול בו – ובמקרים הראויים אכן יכלול – אף הסתמכות 'קונסטרוקטיבית'".²² השופט חשין מותיר עם זאת את עמדתו הסופית באשר ליחס בין יסוד ההסתמכות ליסוד הקשר הסיבתי עמומה, באומרו כי במקרה הנוכחי השאלה לא עלתה, וכי "בימים-יבואו יידרשו בתי-המשפט לנושאים אלה ולנושאים המתפצלים מהם, וההלכה תתפתח ותלך ממקרה למקרה".²³

למרות ההבדלים בין עמדתו של הנשיא ברק בערעור האזרחי לבין זו של השופט חשין בדיון הנוסף, בגדרו של הדיון הנוסף הביע הנשיא ברק הסכמה לפסק-דינו של השופט חשין, מבלי להסתייג מניתוח הקשר שבין תנאי ההסתמכות לתנאי הקשר הסיבתי.

2. הסתמכות וקשר סיבתי – דעות המיעוט

דעות המיעוט בערעור האזרחי ובדיון הנוסף הושמעו על-ידי השופטים שטרסברג-כהן, מצא ודורנר. דעות המיעוט נבדלות זו מזו בהיבטים מסוימים, אולם לכולן משותפת התפיסה היסודית שלפיה אי-היחשפותו של הצרכן למצג-השווא אינה שוללת כשלעצמה את זכותו לפיצוי. דעות המיעוט תופסות את מצגו של העוסק כ"הבטחה" המחייבת את העוסק כלפי צרכניו.²⁴ אם המצג הוא בגדר הבטחה, אזי כזיכותו של המצג היא הפרה של אותה הבטחה. זכאותם של הצרכנים לפיצוי נגזרת אפוא מעצם ההפרה המגולמת בהצגתו של מצג-השווא: כשם שהפרת חוזה מזכה את הנפגע בפיצוי גם אם לא שינה את מצבו לנוכח החיוב החוזי, כך זכאותו של הצרכן לפיצוי אינה מותנית בהסתמכותו על מצג-השווא או אפילו בהיחשפותו אליו.

תפיסתו של מצג-השווא כהבטחה שהופרה מובילה את שופטי המיעוט לא רק לקביעה שהזכות לפיצוי השתכללה למרות העדר ההסתמכות, אלא גם למסקנה מרכזית נוספת בדבר היקפו של הפיצוי שהצרכן זכאי לו. אם הנוק שנגרם לצרכן הוא הנזק הנובע מהפרתה של הבטחה, אזי הצרכן זכאי לפיצוי בעל אופי חוזי, שיעמידו במקום שבו היה עומד אילו קוימה ההבטחה, כלומר, אילו המציאות הכוזבת שתוארה במצג הייתה המציאות כהווייתה. תפיסה זו נבדלת מתפיסתו של הרוב, שלפיה זכאותו של הצרכן היא לפיצוי בעל אופי נזיקי. על-פי תפיסת הרוב, הפיצוי מיועד להעמיד את הצרכן במקום שבו היה ניצב אילו הוצגה המציאות כפי שהיא – לא באורה הכוזב, כי אם באורה הנכון והאמיתי.

עולה אפוא כי לפער בין דעות הרוב לדעות המיעוט יש שני ממדים מרכזיים: ראשית, בעוד דעות הרוב גורסות כי ההסתמכות נדרשת ככלל לשם גיבושו של קשר סיבתי בין מצג-

21 שם.

22 שם, בעמ' 415.

23 שם.

24 ראו שם, בעמ' 439-442 (השופטת שטרסברג-כהן), 461-462 (השופט מצא), 465-467 (השופט דורנר).

השווא לבין הנזק, דעות המיעוט גורסות כי נזק עשוי להיגרם גם בהעדרה של הסתמכות; שנית, בעוד דעות הרוב גורסות כי הצרכן זכאי לפיצוי בעל אופי נזיקי, דעות המיעוט גורסות כי זכאותו היא לפיצוי בעל אופי חוזי.

כפי שיוסבר בפרק הבא, עמדתנו ניצבת בתוך שבין שתי העמדות האמורות: כשופטי המיעוט, אף אנו סבורים כי הסתמכות אינה צריכה להוות תנאי הכרחי לגיבושה של הזכות לפיצוי. עם זאת, כשופטי הרוב, אנו סבורים כי בדרך-כלל זכותו של הצרכן היא לפיצוי בעל אופי נזיקי, ולא לפיצוי בעל אופי חוזי. מסקנות אלה אינן תלויות בשאלה אם התביעה מוגשת כתובענה אינדיווידואלית או ייצוגית. מקורן בניתוח תכליתה של ההגנה המשפטית מפני מצגי-שווא.

בכך עמדתנו שונה באופן בסיסי ומהותי גם מעמדות שהובעו בעבר בפסיקה ובספרות נגד הלכת ברזני. עמדות אלה התייחסו לשאלה אם דרישת ההסתמכות תכביד הגשת תובענות ייצוגיות באופן שיפגע בהרתעה מפני הצגת מצגי-שווא צרכניים.²⁵ מאחר שהוכחת ההסתמכות היא בעייתית, החשש שהובע בספרות הוא שפסק-דין ברזני יביא לידי הרתעת-חסר.²⁶ אף לא אחד מן הכותבים דן בחשש ההפוך, שלפיו אם לא תידרש הוכחת הסתמכות,

25 בע"א 10262/05 אביב נ' בנק הפועלים, פס' 10 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 11.12.2008), הציע המשנה לנשיאה ריבלין, בהערת-אגב, גישה שלפיה "יש לבחון את יסוד הקשר הסיבתי לפי נקודת מבטו של 'תובע-על' המבטא את האינטרס המשותף של התובעים בכוח כולם, ורואה לנגד עיניו את הנזק המצטבר. בחינה כזו של קשר סיבתי קבוצתי אפשר שתקיים את יסוד הקשר הסיבתי גם במקום שבו לא מתקיים יסוד הקשר הסיבתי במובנו הפרטני". לגישתו של השופט ריבלין, "נזק פרטני קטן שאין בו, כשהוא לברו, כדי להניע הליך משפטי, לא יניע גם, במקרים רבים, שינוי בדרך ההתנהגות של התובע הייצוגי עצמו. פרשנות פרטנית דווקאנית ליסוד הקשר הסיבתי עלולה לפיכך לסתום את הגולל על תובענות ייצוגיות רבות בניגוד לתכלית חוק תובענות ייצוגיות". השאלות מהו הנזק שנגרם וכיצד יש לבחון את יסוד הקשר הסיבתי ה"קבוצתי" נותרו ללא מענה בפסק-הדין. גישה זו מצטרפת לגישה שהובעה בספרות ולפיה בתובענה הייצוגית יש לפרש את יסודות הנזק, ההסתמכות והקשר הסיבתי באופן שונה מזה שבו הם מתפרשים בתובענה אינדיווידואלית, וזאת כדי לאפשר את אישורן של תובענות ייצוגיות ולמנוע הרתעת-חסר. אכן, בפסק-דינו קובע המשנה לנשיאה ריבלין כי "אין לשלול את האפשרות כי האופי הקבוצתי-ייצוגי של ההליך ישרה במקרים מסוימים על דרך בחינתו של יסוד הקשר הסיבתי" (שם).

26 ראו דויטש "הדרישה להסתמכות", לעיל ה"ש 5, בעמ' 100-102 ("המשמעות המעשית של דרישה זו [דרישת ההסתמכות] היא, שלא ניתן יהיה לאשר תובענה ייצוגית בגין מצג כוזב בפרסומת... החשש הוא, שפסק-דין זה יאפשר הצגת פרסומות כוזבות לציבור, מתוך ידיעה שלית דין ולית דיין... מכאן קריאתי לשופטי בית המשפט העליון לשנות את ההלכה שנקבעה"); סיני דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון" מחקרי משפט כ 299, 363 (2004) (להלן: דויטש "קשיים והצעות לפתרון") ("החלת דרישה זו תקשה ביותר על אישור תובענות ייצוגיות"); קרייני, לעיל ה"ש 5, בעמ' 473-474 ("כבר עתה מתבלטת הבעייתיות שבגישת בית המשפט בעניין ברזני... אם כוונתה העיקרית של התביעה הייצוגית בתחום הגנת הצרכן היא לטפל בתופעת התת-אכיפה הנובעת מחוסר המוטיבציה הקיים אצל צרכנים שסבלו נזק זעיר מלהגיש תביעות אישיות, הרי השאלה איזו עילת תביעה שהתובע מחזיק בה באופן אישי אינה צריכה לעניין אותנו כל כך"); הלל סומר "רימון יד שנצרתו

יביא הדבר לידי הגשתן של תובענות ייצוגיות רבות, שבהן ייפסק פיצוי גבוה מהנזק שגרם הנתבע, ואשר יובילו לפיכך להרתעת-יתר.²⁷ גישתנו נותנת מענה לשני החששות, משום שבניגוד לספרות הקיימת, היא בוחנת את השאלה אם דרישת ההסתמכות נחוצה כדי להביא לידי הרתעה מדויקת של הנתבע, וזאת במנותק מן השאלה כיצד הפתרון משליך על התמריץ לתבוע בתובענה ייצוגית.

ב. ניתוח יסודות ההסתמכות והקשר הסיבתי, היחס ביניהם ומקומם הראוי

המחלוקת העולה בפרשת ברזני מעלה כמה שאלות עיוניות, המצריכות ליבון. ראשית, יש לבחון את היחס בין יסודות הקשר הסיבתי וההסתמכות. האם ייתכן, במובן לוגי, קשר סיבתי ללא הסתמכות, והאם תיתכן הסתמכות ללא קשר סיבתי? שנית, בהנחה שייתכן קשר סיבתי ללא הסתמכות, האם במקרים שבהם התקיים קשר סיבתי ראוי לשלול את זכות התביעה בשל העדרה של הסתמכות? במילים אחרות, האם רכיב ההסתמכות מהווה יסוד עצמאי העומד על רגליו שלו כתנאי הכרחי להקמת אחריות או שמא הוא משמש כלי-עזר בלבד לבירור שאלת קיומו של הקשר הסיבתי? לבסוף, האם יש מקום להבחין בין מצג-שווא אקטיבי לבין מצג-שווא פסיבי (הנוצר בדרך של אי-גילוי)? נדון בשאלות אלה לפי סדרן.

1. קשר סיבתי, הסתמכות ונזק

(א) היחס בין קשר סיבתי להסתמכות

המושגים "הסתמכות" ו"קשר סיבתי" הם מושגים קרובים. הקרבה ביניהם נובעת מן העובדה ששניהם נוגעים בקשר שבין מצג-השווא לבין הנזק שנגרם בגינו לניצג. עם זאת, דמיון זה אין משמעותו חפיפה או זהות בין המושגים, ואף לא יחס של הכלה. ניתן לתאר מצבים שבהם מתקיים קשר סיבתי ללא הסתמכות, ובמקביל ניתן לתאר מצבים אחרים שבהם מתקיימת הסתמכות ללא קשר סיבתי. נדגים את שתי האפשרויות שלעיל.

לשם הדגמת האפשרויות הראשונה, ניטול מצב דברים שבו ראובן, מעבידו של שמעון, מפטר את שמעון מעבודתו בעקבות מצג תרמיתי שהציג לפניו לוי בדבר תפקודו הלקוי של שמעון. מצג-השווא במקרה זה גרם נזק לשמעון שאיבד את מקום עבודתו, ונזק זה נגרם בגין מצג-השווא באורח סיבתי. אולם אי-אפשר לומר כי שמעון הסתמך על המצג הכוזב: המצג לא הוצג לפני שמעון, והוא לא נחשף אליו כלל. במצב דברים זה מתקיים אפוא קשר סיבתי בין המצג לבין הנזק, אך לא מתקיים יסוד ההסתמכות.²⁸

נשלפה מגופו' – האומנם? עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית" דין ודברים א' 347, 362-366, 399 (2005); דויטש "החקיקה הצרכנית", לעיל ה"ש 5, בעמ' 529-530.

27 לדיון בחשש זה ראו להלן תת-פרק ב5.

28 להבחנה דומה ראו, למשל: John C.P. (1995); Pegram v. Hebding, 667 So. 2d 696 (Ala. 1995); Goldberg, Anthony J. Sebok & Benjamin C. Zipursky, *The Place of Reliance in Fraud*, 48 ARIZ. L. REV. 1001, 1006 (2006).

לשם הדגמת האפשרות השנייה, שבגדרה מתקיימת הסתמכות ללא קשר סיבתי, טלו את מצב הדברים הבא: יואל מציג מצג כוזב לפני לילך בדבר כדאיות רכישתה של מניה. לילך רוכשת את המניה בהסתמך על מצג־השווא, ובעקבות זאת נגרם לה הפסד. עם זאת, הפסד בגודל זהה היה נגרם לה גם אילו הוצג לפניו מצג־אמת, שכן בנסיבות אלה היא הייתה רוכשת מניה אחרת, אשר בסופו של דבר ירדה בערכה בשיעור זהה. במקרה זה ניתן אפוא לומר כי לילך הסתמכה על מצג־השווא, שכן היא נחשפה אליו ושינתה את התנהגותה בעקבותיו, אך אין באפשרותה להראות כי הפסד הממון נגרם לה כתוצאה סיבתית של המצג, שהרי הפסד זהה היה נגרם לה גם אילו הוצג לפניו מצג־אמת.²⁹

הדרישה לקשר סיבתי והדרישה להסתמכות הן אפוא דרישות מובחנות. לפיכך עומדת בעינה השאלה אם ההסתמכות היא דרישה עצמאית או שמא היא משמשת קריטריון־עזר בלבד, המסייע בבדיקת השאלה אם התקיים יסוד הקשר הסיבתי. כפי שנסביר, גם צרכן שלא הסתמך על המצג, ואולי אף לא נחשף אליו כלל, סובל נזק הנובע באופן סיבתי מן המצג, בשל השפעתו על המחיר. צרכן שסבל נזק כזה זכאי לפיצוי בגינו.

(ב) מהותו של ה"נזק" שנגרם עקב מצג־השווא

שאלת מהותו של הקשר הסיבתי קשורה כמובן בטבורה לשאלת מהותו של ה"נזק" שנגרם עקב מצג־השווא. הסיבתיות קושרת בין המעשה העוולתי – מצג־השווא, המהווה הפרה של חובה – לבין הנזק שנגרם עקב כך לניצג. מהו אפוא נזק זה? האם זהו "נזק" במובנו הנזיקי, כעמדתה של דעת הרוב בפרשת ברזני, או שמא זהו "נזק" במובנו החוזי, כעמדתה של דעת המיעוט? האם נזקו של הניצג נובע מן העובדה שלא הוצגה לפניו המציאות כהווייתה או שמא מכך שלא קוימה ההבטחה למציאות אחרת?

שתי הגישות עשויות להיראות סבירות על פניהן. ההכרעה ביניהן צריכה להיעשות על בסיס בחינת תכליתו הכוללת של הדין. נפנה עתה לניתוחה של תכלית זו. מסקנותיו העיקריות של הניתוח תומכות ככלל בהחלתו של הסעד הנזיקי, וזאת על בסיס שיקולים של הרתעה יעילה ומניעת התעשרות בלתי־צודקת. עם זאת, כפי שיידון להלן, ייתכנו מצבים מיוחדים שבהם שיקולים אלה יובילו דווקא להעדפתו של הסעד החוזי.

(ג) תכליתה של ההגנה המשפטית מפני מצג־שווא

מצג־שווא שמוכר מציג מוביל במקרים רבים לעלייה במחיר שהצרכן משלם: כאשר מצג־השווא מתבטא בכך שהמציג גבה בפועל מחיר העולה על זה שהוצג (כפי שהיה בעניין ברזני), הדברים ברורים. אולם גם כאשר המצג נוגע בתכונותיו של המוצר, ולא במחירו, התוצאה היא שהסכום שהצרכן מוכן לשלם בהינתן מצג־השווא גבוה מזה שהיה מוכן לשלם אילו הוצג לפניו מצג־אמת.

לעליית המחיר יש בראש ובראשונה השלכה חלוקתית: בעקבות מצג־השווא המוכר מרוויח יותר ואילו הרוכש מרוויח פחות – או מפסיד – בהשוואה למצב דברים שבו היה מוצג מצג־אמת. שלילתו של רווח זה מן המציג עשויה להיחשב תכלית העומדת בפני

29 ראו שרון חנס ואלון קלמנט "חישוב הנזק בתובענה ייצוגית בגין הטעיה בניירות־ערך" עיוני משפט לה 639 (2013).

עצמה: התעשרות באמצעות הצגתם של מצגים כוזבים אינה התעשרות צודקת, ועל-כן ראוי למונעה ולבטלה.

אך נזקיו החברתיים של מצג-השווא אינם מתמצים בהשפעתו החלוקתית. למצג-השווא עלולות להתלוות השלכות שליליות נוספות, החורגות מעצם ההעברה הכספית מכיס לכיס.³⁰ בהיבט היעילות ניתן לזהות שלושה סוגים מובחנים של נזק נוסף.³¹ סוג אחד נובע מהשקעות בלתי-יעילות הנעשות לאחר מועד הרכישה. הניצג, אשר סבור כי רכש מוצר בעל תכונות מסוימות, מכלכל את צעדיו על בסיס הנחה זו, באופן המתברר בדיעבד כשגוי. למשל, מוצר תינוקות המוצג באופן כוזב כמוצר בטוח עלול לגרום לכך שהורי התינוק יימנעו מנקיטת אמצעי זהירות מספיקים, ועקב כך ייגרם לתינוק נזק. במקרה זה מצג-השווא גורם לא רק לעלייה במחיר המוצר, שהיא השפעה חלוקתית גרידא, אלא גם להחלטה שגויה בדבר אמצעי הזהירות שיינקטו והיקפם. נזק זה של הניצג אינו מקוּוּז בתועלת כלשהי שהמציג מפיק כנגדו.³²

סוג נזק נוסף בהיבט היעילות הוא נזק הקצאתי. בעולם ללא מצג-השווא ייטה השוק החופשי להוביל לכך שמשאבים ינוצלו באופן המשיא את ערכם החברתי. לעומת זאת, כאשר החלטות התקשרות מבוססות על מצג-השווא, היעילות בהקצאת המקורות עלולה להיפגע: משאבים יוסטו לשימושים בלתי-יעילים, והחברה בכללותה תצא ענייה יותר. לשם הדגמה של אפשרות זו, נניח כי חברה מציעה חלב למכירה, תוך שהיא מסתירה את העובדה שהחלב נמהל בסיליקון. נניח עוד כי עלות ייצורו של בקבוק חלב מהול עומדת על 10. ראובן מעריך חלב מהול ב-5 וחלב לא-מהול ב-15. בסוּבְרו כי בקבוק החלב אינו מהול, ראובן מחליט לרכשו. החלטה זו מסיבה נזק חברתי: נזק זה נאמד בהפרש שבין עלות ייצורו של החלב (10) לבין הערך שהוא מסב לראובן בפועל (5). אלמלא מצג-השווא, לא הייתה החברה מייצרת את החלב בשביל אלה שמייחסים לו ערך הנופל מעלות ייצורו, וההפסד החברתי היה נמנע. מצג-השווא גרם אפוא להסתתם של משאבים לשימוש בלתי-יעיל.

סוג הנזק השלישי בהיבט היעילות הוא הנזק הכרוך בתכונן מצג-השווא ובהתגוננות מפניו. העובדה שהמציג עשוי להפיק רווח ממצג-השווא עלולה להניעו להשקיע בתכונן המצג ובכיסוס אמינותו. כך, למשל, אדם המציג את עצמו באופן כוזב כסוּחַר מכוניות, על-מנת ליטול במרמה את כספי הלקוחות, עשוי להשקיע בשכירת מגרש ובהעסקה של צוות עובדים כדי לשוות אמינות למצגו. השקעות אלה הן משוללות ערך חברתי. בהתאם, הידיעה כי למציג יש אינטרס בהצגתו של מצג-השווא עלולה להניע את הניצג להשקיע בהתגוננות. כך, למשל, הניצג עשוי לדרוש הוכחה לכל מצג עובדתי, או בנסיבות מסוימות אף להימנע מן העסקה כליל, גם אם לאמיתו של דבר הוצג לפניו מצג-אמת. משטר משפטי

30 יש להדגיש שעצם ההעברה של סכום כסף מכיסו של הרוכש לכיסו של המוכר אין בה כדי לגרום לאי-יעילות, שכן הרווח וההפסד של הצדדים מתקוזזים ברמה המצרפית.

31 ראו יובל פרוקצ'יה "סעדים בגין מצגי שווא: ניתוח כלכלי" משפטים מג 251, 262–265 (2012); RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW §§ 111–114 (7th ed. 2007).

32 השקעות אלה מכונות גם "השקעות ספציפיות" או "השקעות הסתמכות". יש לשים לב כי ההסתמכות שמדובר בה בהקשר זה אינה זו הבאה לידי ביטוי בעצם החלטת הרכישה, כי אם זו המתבטאת בדרך השימוש במוצר שנרכש.

המרתיע מפני הצגת מצגי־שווא עשוי לתקן את שני הכשלים כאחד: הרתעתו של המציג תניאו מלהשקיע ביצירת המצג; ובהינתן הרתעה אפקטיבית של המציג, יתייתר אף הצורך של הניצג להשקיע באימות העובדות בכוחות עצמו. הסדר משפטי רצוי הוא אפוא הסדר הממוער את עלויותיו החברתיות של מצגי־שווא על היבטיהן השונים. להלן נאפיין את טיבו של ההסדר הרצוי. ראשית, נסביר מדוע הסעד הנזיקי מביא את הבעיות שהוצגו לעיל לידי פתרון. לאור דיון זה נדון לאחר־מכן בפירושו הראו של דרישות הקשר הסיבתי וההסתמכות.

2. הפיצוי הנזיקי כסעד בגין מצגי־שווא

הסעד הנזיקי מבקש להעמיד את הצרכן במקום שבו היה ניצב אילו הוצג לפניו מצגי־אמת. כיצד סעד זה משפיע על הנזק החברתי שמצגי־שווא יוצר? כדי להשיב על שאלה זו, נבחן בנפרד את השפעתו על היבטיה השונים של הפגיעה החברתית שמצגי־שווא גורם. בהיבט החלוקתי, ההגנה הנזיקית מבטיחה לא רק את הטבת נזקו של הניצג, אלא גם את מניעת התעשרותו של המציג. במשטר שבו המציג נדרש לפצות בגין ההפסד שגרם לניצג באמצעות מצגי־שווא, נשללת מן המציג התועלת שהפיק מהצגתו, ובכך נמנעת התעשרותו. עם זאת, לעיתים קרובות הסעד הנזיקי לא רק ימנע את התעשרותו של המציג, אלא גם יותיר אותו בהפסד. כך יקרה בפרט בנסיבות שבהן הניצג ביצע השקעות בלתי־יעילות לאחר מועד הרכישה, שאת עלויותיהן נדרש המציג להיטיב. כך אף יקרה אם העסקה שנכרתה עקב מצגי־שווא היא בלתי־יעילה וגרמה לפיכך לנזק הקצאתי.

לשם דוגמה, טלו מציג המעריך מוצר ב־100, וניצג המייחס לו ערך של 60. בנתונים אלה אין זה יעיל שהניצג ירכוש את המוצר מן המציג. למרות זאת, בעקבות מצגי־שווא, שוכנע הניצג לשלם בעבור המוצר מחיר של 150, ולאחר־מכן צרך אותו. במקרה זה יחייב הסעד הנזיקי את המציג להשיב לניצג את כספו (150) בניכוי ההנאה שהפיק הניצג מן המוצר (60). המציג נפרד אפוא ממוצר שהוא מעריך ב־100, בעוד הסכום שנותר בכיסו לאחר תשלום הפיצוי עומד על 60 בלבד. הסעד הנזיקי בגין מצגי־שווא הוביל אם כן את המציג להפסד של 40. הפסד זה אינו אלא ההפסד החברתי (בגובה 40) שנגרם כתוצאה מכריתתה של עסקה בלתי־יעילה. מאחר שהסעד הנזיקי מבטיח כי הניצג לא יישא בחלק כלשהו מנזק חברתי זה, הוא מטיל את מלוא עלויותיו על המציג.

העובדה שהמציג אינו יכול להרוויח ממצגי־שווא אך עלול בהחלט להפסיד ממנו מובילה להרתעתו היעילה של המציג. היא גורמת להפנמת עלויותיהן של השקעות בלתי־יעילות של הניצג, וכן להפנמתו של הנזק ההקצאתי הנובע מכריתתן של עסקות בלתי־יעילות. מאחר שהמציג יבקש להימנע ממצגי־שווא מכוונים או רשלניים, יימנעו גם עלויות ההסוואה וההתגוננות של המציג והניצג, בהתאמה.

התוצאה היא שהחלה מלאה של הכלל הנזיקי תניא את המציג מהצגתם של מצגי־שווא מכוונים או רשלניים. מצגי־שווא מכוונים לא יוצגו משום שהמציג לא יפיק מהם רווח, ואף עלול יהיה לשאת בגינם בהפסד. הסיכון לשאת בהפסד אף יניעו להשקיע באורח אקטיבי בהימנעות ממצגי־שווא בלתי־מכוונים. התוצאה היא שהמציג ינקוט את האמצעים היעילים

כדי למנוע גם את הצגתם של מצגי־שווא רשלניים.³³ התנהגותו של המציג תהיה יעילה לא רק אם משטר האחריות החל עליו הוא משטר רשלנות, אלא גם אם יחול עליו משטר של אחריות מוחלטת. נשיאה בסעד הנזיקי תחת משטר אחריות מוחלטת תביא לידי כך שהמציג יפנים את מלוא העלויות החברתיות שנגרמות ממצג־השווא, וינקוט את האמצעים היעילים למניעתו.

3. דרישות ההסתמכות והקשר הסיבתי לפיצוי בגין מצג־שווא

מן הדיון עד כה עולה המסקנה כי הסעד הנזיקי מוביל להתרעה יעילה של המציג בנסיבות שבהן המציג חב בגין כלל הנזקים שנגרמו עקב המצג באורח סיבתי. כעת אנו פונים לניתוח השאלה כיצד התמונה משתנה כאשר הפיצוי כפוף לא רק לדרישת הקשר סיבתי, אלא גם לדרישת ההסתמכות.

התשובה לשאלה זו היא כי דרישה מצטברת להסתמכות מובילה לכך שהסעד הנזיקי אינו פותר עוד באורח צודק ויעיל את הבעיה החברתית שמצג־השווא יוצר. מאחר שמצג־השווא עלול לגרום נזק חברתי גם ללא הסתמכות, הדרישה להסתמכות צפויה להוביל לפיצוי־חסר. דרישת ההסתמכות היא בלתי־צודקת משום שהיא מאפשרת למציג להתעשר כתוצאה ממצג־השווא על־חשבון הניצג; והיא אינה יעילה משום שהיא מובילה להתרעה־חסר של המציג, ובפרט עלולה להניעו להציג מצגים כוזבים רשלניים ואף מכוונים. שיקולים אלה מובילים למסקנה כי הדרישה להסתמכות, כדרישה מצטברת והכרחית, אינה רצויה.

כדי להסביר השלכות אלה ביתר פירוט, ניעזר בדוגמה הכללית הבאה: נניח כי חברה מפרסמת את מוצריה כמוצרים מסוג א, אף שלמעשה מוצריה הם מסוג ב. בהינתן המצג, נקבע מחיר השוק בגובה 100, בעוד שאילו הוצג מצג־אמת, היה המחיר נקבע בגובה 80.³⁴ נבחין כעת בין שלוש קבוצות של צרכנים:

הקבוצה הראשונה כוללת צרכנים אשר מעריכים מוצר מסוג ב בפחות מ־80, אך בעקבות מצג־השווא, שאליו נחשפו, החליטו לרכוש את המוצר. אלמלא מצג־השווא היו צרכנים אלה נמנעים מרכישת המוצר, והחלטתם לרכוש עשויה אפוא להיות בלתי־יעילה.³⁵

33 תחת הסעד הנזיקי עשויים עדיין להימסר מצגי־שווא "תמימים", כלומר, מצגי־שווא שאינם מכוונים ואינם רשלניים. מצג־שווא "תמימים" הוא מצג שהמציג לא היה מודע לכזיבותו, ואף לא היה יכול לדעת על כך באמצעות נקיטת זהירות ראויה. כך, למשל, אם מוצר מזון גורם נזק בריאותי שאינו מוכר למדע, והיצרן אינו יכול לדעת עליו (אלא בהשקעה גבוהה באופן בלתי־סביר), אזי המצג שלפיו המוצר בריא למאכל מהווה "מצג־שווא תמימים". הרתעה יעילה אינה מכוונת למנוע מצגי־שווא תמימים, שכן העלות החברתית הכרוכה במניעתם עולה על התועלת. הרתעה יעילה מתמרצת את המציג להשקיע במניעת המצג רק כל עוד התועלת החברתית הצפויה מן ההשקעה עולה על העלות.

34 אם אין חובה לגלות באופן אקטיבי את איכות המוצר, והעוסק אכן אינו מגלה דבר, אזי הצרכנים יעריכו את תועלתו מבחינתם על־פי הערכתם את הסיכוי שאיכותו גבוהה או נמוכה, ומחיר המוצר ייקבע בהתאם. למען הפשטות אנו מניחים כי בהעדר גילוי שהמוצר הוא מסוג א, הערכת הצרכנים היא שהמוצר הוא מסוג ב.

35 רכישת המוצר על־ידי חברי הקבוצה הראשונה תהא בלתי־יעילה תמיד כאשר השוק הוא

הקבוצה השנייה כוללת צרכנים שנחשפו למצג, אך מאחר שהערך שהם מייחסים למוצר מסוג ב גבוה מ־80, הם היו רוכשים את המוצר גם אילו הוצג לפניהם מצג־אמת. העסקה שהם כרתו היא יעילה, אך למרות זאת הם סבלו נזק כתוצאה ממצג־השווא, בשל המחיר הגבוה ששילמו בעקבותיו.³⁶

הקבוצה השלישית כוללת צרכנים אשר לא נחשפו כלל לפרסום המטעה, וממילא לא הסתמכו עליו. אף צרכנים אלה היו רוכשים את המוצר גם אילו הוצג מצג־אמת.³⁷

זכאותה של הקבוצה הראשונה לפיצוי אינה מעוררת קושי. חברי קבוצה זו נחשפו למצג־השווא, שינו את התנהגותם בעקבותיו, וסבלו עקב כך נזק. הם הסתמכו, ועל־כן אין חולק כי נזקם הוא בר־פיצוי. הקבוצות השנייה והשלישית, לעומת זאת, כוללות ניציגים שהיו מתקשרים בעסקה גם אלמלא מצג־השווא. חבריהן היו רוכשים את המוצר גם אילו הוצג לפניהם מצג־אמת. צרכנים אלה לא הסתמכו, אך המצג גרם להם בהחלט נזק, באשר המחיר שהם שילמו בעבור המוצר היה 100, בעוד שאילו קוימה החובה להציג אמת, הם היו משלמים 80 בלבד. תוספת המחיר, בגובה 20, היא פגיעה שנגרמה להם כתוצאה סיבתית של מצג־השווא.³⁸

תחרותי, אולם אין הכרח שכך יהיה כאשר השוק הוא מונופוליסטי או כאשר המוכרים הננים מכוח שוק. בשיווי־משקל שאינו תחרותי הכמות הנמכרת נמוכה מזו היעילה. מצג־השווא מוביל לעלייה בכמות המבוקשת, ועל־כן עשוי להביא לידי כריתתן של עסקות יעילות שאלמלא כן לא היו נכרתות. בעובדה זו אין כדי לשנות את המסקנות המהותיות של הניתוח, ובפרט אין בה כדי להשפיע על יעילותו של הסעד הנזיקי, כמפורט להלן.

36 הסתמכות מוגדרת כשינוי ההחלטה אם לרכוש אם לאו כתוצאה ממצג־השווא. לפיכך, את החלטתו של הצרכן לרכוש את המוצר לאחר שנחשף למצג־השווא יש להשוות להחלטה שהיה מקבל אילו הוצג מצג־אמת והמחיר היה המחיר שהיה נקבע בעקבות מצג כזה. עולה מכך שצרכן אשר רכש את המוצר לאחר שנחשף למצג המטעה אולם הערך שהוא מייחס למוצר מסוג ב שווה ל־90 אינו צרכן שהסתמך על המצג. הפיצוי שצרכן זה זכאי לו שווה, לפיכך, להפרש המחירים ששילם – 20 (ולא להפרש בין המחיר ששילם לבין ערך המוצר עבורו). רק כך מושגת הפנמה מלאה של הנזק שגרמה החברה המציגה.

37 קיימת אף קבוצה רביעית שנפגעה ממצג־השווא. קבוצה זו כוללת צרכנים אשר נמנעו מרכישת המוצר משום שתועלתם ממוצר מסוג א נמוכה מ־100, אך היו רוכשים אותו אילו ידעו כי המוצר הוא מסוג ב ואילו מחירו היה 80. חברי קבוצה זו שינו את התנהגותם בשל המצג, ועל־כן הסתמכו עליו. בהנחה שהם לא רכשו מוצר אחר במקום המוצר המדובר, נזקם נתון על־ידי ההפרש שבין התועלת שהם היו מפיקים מן המוצר אילו רכשו אותו לבין המחיר שהיו משלמים בעבורו (בהינתן מצג־אמת), קרי, 80. עם זאת, זיהויה של קבוצה זו כרוך בקושי מעשי מיוחד: הטענה כי נגרם נזק עקב אי־רכישה היא טענה שכל אדם יכול להעלות בעלמא. האפשרות המעשית לפסוק פיצוי לטובת קבוצה זו היא אפוא מוגבלת למדי.

38 יש לשים לב שעם הקבוצה השלישית, אשר לא נחשפה למצג־השווא, עשויים להימנות הן צרכנים שהעסקה גרמה להם הפסד והן צרכנים שהעסקה הותירה אותם ברווח. בפרט, עם קבוצה זו נמנים הן צרכנים שהיו מתקשרים בעסקה גם אילו ידעו כי המוצר הוא מסוג ב והן צרכנים שהיו נמנעים ממנה בנסיבות אלה. אך גם לגבי אלה שמבחינתם העסקה היא עסקת־

מהו דין תביעתן של הקבוצות השנייה והשלישית? שיקולים שבמדיניות משפטית ראויה מוליכים למסקנה כי ראוי שתוטל על המציג חבות בגין הנזק שגרם לכלל הצרכנים שנפגעו ממצג־השווא, לרבות אלה הכלולים בקבוצות אלה. בהיבט החלוקתי קשה למצוא צידוק להתעשרותו של המציג על־חשבון חברי קבוצות אלה, בהינתן שהתעשרותו נבעה מן המצג הכוזב. בהיבט היעילות נדרשת השבה של הפרשי המחיר, משום שאם יותר למציג לשמור בכיסו את הרווח שהפיק מעליית המחיר, אזי ההסדר המשפטי יוביל להרתעת־חסר. בהיבט היעילות ניתן לכאורה להקשות באופן הבא: המחיר שנגבה ביתר מחברי הקבוצות השנייה והשלישית אינו אלא העברה מכיס לכיס, אשר אין בה כשלעצמה כדי להפוך את החברה לענייה יותר במובן המצרפי. את מה ששילם הרוכש – קיבל המוכר, ועל־כן סך העושר החברתי לא פחת כתוצאה מהעברות אלה.³⁹ מדוע אם כן שיקולי היעילות מחייבים כי ישולם פיצוי בגין נזק זה?

אכן, אילו מלוא הנזק החברתי שהסב מצג־השווא היה מתמצה בתשלום־היתר ששילמו חברי הקבוצות השנייה והשלישית, אזי שיקולי הרתעה לא היו מחייבים במצב זה הטלת חבות על המציג. אולם מצג־השווא הסב נזק לא רק לשתי הקבוצות האמורות, כי אם גם לקבוצה הראשונה. כזכור, במצב הטיפוסי העסקות שנכרתו עם חברי הקבוצה הראשונה הן בלתי־יעילות,⁴⁰ ומכאן שסך הנזק שהן הסבו לחברי הקבוצה הראשונה עלה על סך התועלת שהפיק מהן המציג. תכליתה של החבות הנזיקית היא אפוא להרתיע את המציג מיצירת נזק בלתי־יעיל כלפי הקבוצה הראשונה. כדי לממש תכלית זו, כאשר המציג זוכה במלוא התועלת ממצג־השווא, יש לחייבו לא רק בנזקה של הקבוצה הראשונה, כי אם במלוא הנזק החברתי שנגרם כתוצאה ממצג־השווא.

הדוגמה הבאה ממחישה נקודה זו. נניח כי העסקות שכרת המציג עם חברי הקבוצה הראשונה הסבו לו רווח של 100, אך עקב אי־יעילותן הן הסבו לחברי הקבוצה נזק בסך 150. במקביל לכך הוביל מצג־השווא לגביית מחיר גבוה יותר מחברי הקבוצות השנייה והשלישית. נניח כי עקב כך הרוויח המציג 100 נוספים, בעוד שהצרכנים, חברי קבוצות אלה, הפסידו סכום זהה בסך 100. מצג־השווא הסב אפוא נזק חברתי כולל בסך 250, ובמקביל

הפסד, הפסד זה אינו נזק הנובע באופן סיבתי מן המצג, ועל־כן אין הם זכאים בגינו לפיצוי. עם זאת, המחיר ששילמו ביתר הוא נזק אשר נבע מן המצג, ועל־כן נזק זה – להבריל מן ההפסד הנובע מן ההתקשרות הלא־מוצלחת – צריך להיות בר־פיצוי.

39 קו טיעון זה משמש לעיתים הצדקה לפטור שדיני הנזיקין מקנים מפיצוי בגין נזקים כלכליים טהורים. נזק כלכלי טהור שנגרם לניזוק "מקוּזו" לעיתים קרובות על־ידי רווח כלכלי שמפיק צד שלישי, ולפיכך אין הוא גורע מסך העושר החברתי. כך, למשל, אם מזיק גורם לניזוק אובדן הזדמנות עסקית, אזי כנגד נזק זה מתחרהו של הניזוק צפוי להפיק רווח ממימוש העסקה במקומו. לפיכך אובדן העסקה אינו מהווה נזק חברתי, ועל־כן שיקולים שבהרתעה יעילה מורים דווקא על פטירת המזיק מאחריות. יש הרואים ברדישת ההסתמכות הנזיקית מנגנון יעיל להשגתה של מטרה זו. לדיון בטיעון זה ראו: William Bishop, *Economic Loss* in Tort, 2 OXFORD J. LEGAL STUD. 1 (1982). עם זאת, טיעון זה אינו עומד ככלל בתביעות שעניינן הטעיה צרכנית, שכן במצב הדברים הרגיל היקף הנזק הנגרם לכלל הצרכנים עולה על התועלת שהמוכר מפיק.

40 ראו לעיל ה"ש 35.

הסב למציג רווח כולל בסך 200. בנסיבות אלה מצג-השווא אינו יעיל, ורצוי להרתיע מפניו. האם ניתן יהיה לממש תכלית זו אם עילת התביעה תיוחד לחברי הקבוצה הראשונה בלבד? התשובה לכך שלילית. תחת כלל זה, חבותו של המציג תסתכם ב־150 – נזקה של הקבוצה הראשונה. בהינתן חבות מצומצמת זו, ייוותר בידי המציג רווח בסך 50 לאחר שתושט עליו מלוא החבות. בתנאים אלה, לא זו בלבד שהוא לא ישקיע מאמץ בהימנעות ממצג-השווא, הוא אף יהיה מעוניין להציגו במכוון. על-מנת להביא לידי הרתעתו היעילה של המציג, יש לאלצו אפוא להפנים לא רק את הנזק שנגרם לקבוצה הראשונה, כי אם את מלוא הנזק החברתי שנגרם עקב מצג-השווא – בסך 250. יש להכיר אם כן גם בעילות התביעה של חברי הקבוצות השנייה והשלישית.

חשיבות ההפנמה של מלוא הנזק מוצאת חיזוק נוסף כאשר מביאים בחשבון סוגים נוספים של נזק חברתי שמצג-השווא עלול לגרום. כפי שהוזכר לעיל, מצג-השווא עלול להוביל לשימוש תת-אופטימלי בנכס על-ידי חברי הקבוצה השנייה, עקב השקעות בלתי-יעילות; המציג עלול להשקיע משאבים ביצירת ההונאה ובביסוס אמינותה; ואם צרכנים חברי הקבוצות השנייה והשלישית עשויים לשפר את תנאי העסקה באמצעות חשיפת ההונאה, אזי מופעל עליהם התמריץ לעשות כן. כאשר הרתעת המציג היא חסרה, נזקים אלה צפויים להתהוות, אולם אם הדין מביא את המציג לידי הפנמה של מלוא הנזק החברתי שנגרם עקב מצג-השווא, אזי גם רכיבי נזק אלה צפויים להימנע באורח יעיל.

הדין הנוהג לאור הלכת ברזני מכיר ללא קושי בתביעתם של חברי הקבוצה הראשונה, שהיו נמנעים מכריתת העסקה אילולא הוצג מצג-השווא. קבוצה זו הסתמכה על המצג, והפסדיה נגרמו כתוצאה סיבתית שלו. שתי הדרישות גם-יחד מקוימות אפוא בתביעתם של חברי קבוצה זו.⁴¹ אולם דרישה להסתמכות כדרישה מצטברת לקשר הסיבתי צפויה למנוע פיצוי משתי הקבוצות הנותרות. חברי קבוצות אלה לא שינו את התנהגותם בעקבות המצג. אם שינוי התנהגות נדרש כתנאי להטלת החבות, אזי הדין יותירם ללא פיצוי.

כיצד אפוא יש לנתח את מקרהו של ברזני על-פי גישתנו? "בזק" הציגה מצג שלפיו בדעתה לגבות מחיר נמוך, בעוד שלמעשה גבתה מחיר גבוה. לברזני נגרם נזק אם המחיר שנגבה בפועל גבוה מן המחיר שהייתה "בזק" נאלצת להסתפק בו אילו הציגה מצג-אמת.⁴²

41 תביעתם עשויה אומנם להיתקל בקושי בהיבט הראייתי – הם עשויים להתקשות בהוכחת עצם השתייכותם לקבוצה הראשונה ובהוכחת גובה ההפסד שנגרם להם. ראו דיון להלן בפרק ג. אך בהתגברם על קשיים אלה, הדרישות לקשר סיבתי עובדתי ולהסתמכות אינן עומדות בדרכם. 42 בשוק תחרותי המוכר אינו יכול להפיק תועלת ממצג-השווא אלא אם כן יש בדעתו לגבות בפועל מחיר העולה על זה שהיה גובה אלמלא מצג-השווא. הטעם לכך הוא שבשוק תחרותי המחיר שהיה נגבה אלמלא מצג-השווא היה שווה לעלות השולית. לא ניתן אפוא לספק את הביקוש הנובע ממצג-השווא ולהרוויח אלא אם כן המחיר הנגבה גבוה מזה שהיה נקבע ללא מצג-השווא. לפיכך בשוק תחרותי הפער בין המחיר שנגבה בפועל לבין זה שהיה נגבה אלמלא מצג-השווא ייטה להיות חיובי.

לעומת זאת, בשוק מונופוליסטי המחיר שהיה נגבה בשיווי-משקל ללא מצג-השווא היה מלכתחילה גבוה מן העלות השולית. בתנאים אלה המוכר המונופוליסטי יכול להגדיל את רווחיו גם אם הוא ממשיך לגבות אותו מחיר, ובלבד שהוא מוכר לקבוצה גדולה יותר של צרכנים. לפיכך, גם בהותרת המחיר על כנו, מצג-השווא – המגדיל את הכמות המבוקשת –

אם קיים הפרש מחירים כזה, הנזק שנגרם לברזני קשור באופן סיבתי למצג-השווא, אף אם ברזני לא נחשף למצג ולא הסתמך עליו. בגין נזק זה היה ראוי אפוא לפצות את ברזני.⁴³

4. קשר סיבתי והסתמכות במקרה של הפרת חובת גילוי

הניתוח עד כה הניח כי מצג-השווא מתבטא באמירה אקטיבית לא-נכונה. אולם לעיתים קרובות להטעיה יש אופי פסיבי: היא מתבטאת באי-הצגתו של מידע אשר היה על המציג להציגו. השאלה הנשאלת היא אם יש באופייה הפסיבי של ההטעיה כדי להשפיע על טיבה של המדיניות המשפטית הרצויה ביחס להיקפה של זכות הפיצוי.

בפסיקתו של בית-המשפט העליון הושמעה, אגב אורחא, הדעה כי על-אף הלכת ברזני, פיצוי בגין מצג-שווא פסיבי לא יחייב הוכחת הסתמכות.⁴⁴ נראה כי עמדתו זו של בית-

עשוי להיות רווחי. מכאן נובע שגם אם יפחית במעט את המחיר בעקבות מצג-השווא, רווחי יהיו עדיין גבוהים משהיו אילו הציג מצג-אמת. במקרה זה, אפוא, הפער בין המחיר שנגבה בפועל לבין זה שהיה נגבה אילו לא הוצג מצג-השווא עשוי להיות שלילי.

43 לגישה דומה, הנשענת גם היא על כך שהסתמכותם של חלק מן הצרכנים עשויה להביא לידי שינוי במחיר אשר יגרום נזק לכלל הצרכנים, ראו *Ledingham*, לעיל ה"ש 3; *Bridge v. Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*, 128 S. Ct. 2131 (2008). *Phoenix Bond & Indem. Co.*, יש לאפשר את פיצוים של צרכנים בתביעה אזרחית מכוח 18 U.S.C. § 1961-1968 (1970). אולם הם אינם מסבירים מדוע פיצוים של כלל הצרכנים ראוי מטעמים של יעילות וצדק. יש לציין גם את ס' 31(א) לחוק הגנת הצרכן, אשר הוסף עם חקיקת חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, ס"ח 146, 149 (תיקון עקיף לחוק הגנת הצרכן). סעיף זה קובע כי הזכות לפיצוי בגין הטעיה תעמוד גם לעוסק שנפגע ממנה במהלך עסקו. זו דוגמה נוספת לכך שהזכות לפיצוי בגין הטעיה עשויה לעמוד אף ללא הסתמכות – העוסק (המתחרה) לא הסתמך על מצג-השווא, אולם נפגע כתוצאה מהסתמכותם של צרכנים.

44 בית-המשפט העליון חזר על עמדה זו בכמה פסקי-דין, אולם לא בחן את השאלה באופן מעמיק. ראו ע"א 9590/05 *רחמן-נוני נ' בנק לאומי*, פס' 6 לפסק-דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 10.7.2007). ("עניין זה מעורר שאלות לא פשוטות. הראשונה בהן היא האם יש להחיל את ההלכה שקבע בית משפט זה לעניין עילת ההטעיה [בעניין ברזני]... גם כשמדובר בעילה של אי-גילוי"); פרשת *תנובה 2*, לעיל ה"ש 8, פס' 36 לפסק-דינה של השופטת חיות (החוזרת על מה שנאמר בפרשת *רחמן-נוני לעיל*); רע"א 2128/09 *הפניקס נ' עמוסי*, פס' 3 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 5.7.2012). ("לגבי אי גילוי ממילא לא ברור כי נדרש בהכרח דיון בהסתמכות"). ההבחנה יושמה גם על-ידי בתי-המשפט המחוזיים. ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1372/95 *ראבי נ' תנובה*, פס' 43, 45 לפסק-דינו של השופט בנימיני (פורסם בנבו, 7.10.2008). ("הימנעות מגילוי נאות... נחשבת, אף היא, כהטעיה. לענין זה אין צורך להוכיח מה ידע כל צרכן... החזקה היא כי הצרכן נותן אמון בעוסק"; באותו מקרה נקבע כי לא יכולה להיות מחלוקת שהצרכנים אכן הסתמכו על כך שהחלב "תנובה" משוקת עונה על דרישות החוק והתקן, דהיינו, שהם הסתמכו על מצג-השווא הפסיבי); ת"א (מחוזי ת"א) 1200/06 *אלבו נ' בנק לאומי*, פס' 75 לפסק-דינה של השופטת רונן (פורסם בנבו, 11.9.2008); בש"א (מחוזי ת"א) 26685/06 *כהן נ' רדיוס*, פס' 44 לפסק-דינה של השופטת רונן (פורסם בנבו, 21.5.2009). ("פסק דין זה [בפרשת *רחמן-נוני לעיל*] פתח אם כן פתח לשוב ולשקול את הלכת פס"ד ברזני... כאשר מדובר בהטעיה באמצעות מחדל"); ת"א (מחוזי

המשפט העליון נסמכת על ההנחה שכאשר מדובר במצג־שווא פסיבי, אין מי ש"לא נחשף" למצג, שכן חובת הגילוי לא קוימה כלפי איש מן הצרכנים.⁴⁵ לגישתנו, הניתוח המתייחס למצג־שווא אקטיביים חל באופן אנלוגי, על רכיביו השונים, גם כאשר מצג־השווא מתבטא בהפרתה של חובת גילוי. ראשית, יש מקרים שבהם ניתן לזהות קבוצה של צרכנים שלא נחשפה למצג־השווא הפסיבי, משום שהיא לא נחשפה למדיה שבה היה על המציג למלא את חובת הגילוי. שנית, בקרב קבוצת הצרכנים שנחשפה למצג־השווא הפסיבי עשויים להיות צרכנים שהיו רוכשים את המוצר גם אילו קוימה חובת הגילוי. צרכנים אלה, כמו־גם הצרכנים שלא נחשפו למצג־השווא הפסיבי, לא הסתמכו עליו. לפיכך הם זכאים לפיצוי, אולם גובה הפיצוי שונה מזה שהצרכנים אשר הסתמכו על מצג־השווא זכאים לו. בעוד הצרכנים שהסתמכו זכאים להפרש בין המחיר ששילמו לבין תועלתם מן המוצר, הצרכנים שלא הסתמכו זכאים רק להפרש בין המחיר ששילמו לבין המחיר שהיו משלמים אילו קוימה חובת הגילוי.

כדי להבין כיצד ייתכן שיהיו צרכנים שלא נחשפו למצג־שווא פסיבי, טלו ספק המפר את חובתו לגלות את כלל הרכיבים של מוצר על־גבי תווית. בדומה לניתוח החל על מצג־שווא אקטיביים, ניתן לסווג את צרכניו של מוצר זה לשלוש קבוצות, הנבדלות זו מזו בטיב הנזק שנגרם לחבריהן כתוצאה מן ההטעיה. **קבוצה אחת** כוללת צרכנים ש"הסתמכו" על אי־הגילוי, כמובן זה שהחלטתם לרכוש את המוצר נבעה מאי־הגילוי, ולא הייתה מתקבלת אילו קוימה החובה. הנזק שנגרם להם מהחלטת הרכישה נובע אפוא מאי־הגילוי באופן סיבתי. **הקבוצה השנייה** כוללת צרכנים אשר קראו את התווית, אך היו רוכשים את המוצר גם אילו קיים היצרן את חובת הגילוי ופירט על־גבי התווית את כלל רכיביו. **הקבוצה השלישית** כוללת צרכנים שלא "נחשפו" כלל לאי־הגילוי, משום שלא טרחו לקרוא את התווית. משלא נתנו

ת"א (07-2150 פרנקל נ' הנקל־סוד, פס' 22 לפסק־דינו של השופט בנימיני (פורסם בנבו, 9.1.2011) ("...הותיר בית המשפט העליון בצריך עיון את שאלת עצם דרישת הוכחתו של קשר סיבתי כאשר מדובר בעילת הטעיה הנובעת מאי־גילוי עובדה מהותית").

45 בדיני ניירות־ערך קמה חזקת הסתמכות בנסיבות של מצג־שווא פסיבי. ראו רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נח(5) 276, 320 (2001). אולם יש לזכור כי בדיני ניירות־ערך קיימת חזקת הסתמכות נוספת, גם לגבי מצג אקטיבי, במסגרת תיאוריית התרמית על השוק. ראו שם, בעמ' 320-322; עמרי ידלין "תרמית על השוק – גבולות האחריות בגין מצג־שווא בשוק המשני" **משפטים** כז 249 (2007). הגישה בדין האמריקני דומה – ראו: *Affiliated Ute Citizens of Utah v. United States*, 406 U.S. 128, 153-154 (1972) (when a case involves "primarily a failure to disclose, positive proof of reliance is not a prerequisite to recovery"); *Stoneridge Inv. Partners, LLC v. Scientific-Atlanta, Inc.*, 552 U.S. 148, 158 (2008) ("...if there is an omission of a material fact by one with a duty to disclose, the investor to whom the duty was owed need not provide specific proof of reliance"). גם בארצות־הברית הפסיקה אינה מפרטת את הרציונלים המונחים ביסודה של חזקה זו. יש הקוראים לאימוץ החזקות הקיימות בדיני ניירות־ערך גם בתחום הצרכנות. ראו *Issacharoff, Legalized Theft: Consumer Class Actions and the Substance-Procedure Dilemma*, 4 S. CAL. L. REV. 842, 865-866 (1973).

את דעתם לאמור בה, החלטתם לרכוש את המוצר לא נבעה מן המידע שהיה חסר בה. שתי הקבוצות האחרונות כוללות צרכנים שלא הסתמכו על אי-הגילוי.

אכן, יש מקרים שבהם הספק מחויב ליזום קשר עם כל צרכן ולהביא לתשומת-ליבו מידע חיוני. כך הדבר, למשל, במקרה שבו מוכר של מוצר חייב ליידע את הצרכן לגבי רכיבי המוצר⁴⁶ או במקרה שבו הספק חייב לנסח את האמור בתווית באופן שיבטיח כי כל צרכן הרוכש את המוצר ייחשף לתוכנה.⁴⁷ במקרים הללו כל הצרכנים נחשפים למצג-השווא הפסיבי, אולם הם נחלקים עדיין לשתי קבוצות: אלה שהסתמכו על אי-הגילוי, משום שאילו ידעו את רכיבי המוצר, הם לא היו רוכשים אותו; ואלה שלא הסתמכו על הגילוי, משום שהם היו רוכשים את המוצר גם אילו ידעו את רכיביו.

בשני סוגי המקרים, שלילת הזכאות לפיצוי מצרכנים שלא הסתמכו עלולה להוביל להרתעת-חסר. בהקשר הפסיבי, כמו בזה האקטיבי, הרתעה יעילה מחייבת שהמציג יפנים את מלוא הנזק הנובע מן ההטעיה. עם זאת, יש הבדל בין הפיצוי לצרכנים שהסתמכו לבין הפיצוי לצרכנים שלא הסתמכו: את הצרכנים שהסתמכו על אי-הגילוי יש לזכות בהפרש שבין המחיר ששולם בעבור המוצר לבין התועלת שהם הפיקו ממנו בפועל; ואילו את הצרכנים שלא הסתמכו על אי-הגילוי, בין אם נחשפו אליו ובין אם לאו, יש לזכות בהפרש שבין המחיר ששולם לבין זה שהיה נגבה אילו קוימה חובת הגילוי. רק על-ידי הטבת נזקייהם של כלל הצרכנים בדרך זו, תמומש התכלית ההרתעתית באופן יעיל.

5. הפיצוי החוזי כסעד בגין מצג-שווא

כאמור, עמדתם של שופטי המיעוט בעניין ברוני הייתה כי כלל הצרכנים זכאים להגנה על אינטרס הציפייה, בדומה לאינטרס המוגן בדיני החוזים. באופן עקרוני, פיצוי כזה עשוי להיות גבוה או נמוך מן הפיצוי הנזיקי, ועל כל פנים, הוא יהיה בדרך-כלל שונה ממנו.⁴⁸ עם

46 כך, למשל, קיימת חובת גילוי ביחס לפרטי החזרת הטובין. ראו ס' 34 לחוק הגנת הצרכן. ראו גם סיני דויטש דיני הגנת הצרכן – הדין המהותי 464 (2012). על היחס בין חובת הגילוי לבין הטעיה במחדל בדיני הגנת הצרכן ראו שם, בעמ' 433-453.

47 ראו, למשל, ס' 17 לחוק הגנת הצרכן, המטיל חובות סימון טובין. ראו גם דויטש, שם, בעמ' 278-280.

48 הדוגמה הבאה ממחישה את שתי האפשרויות: נניח כי מחירו של גור כלבים מעורב הוא 100, ואילו מחירו של גור כלבים גזעי הוא 150. ברשותו של מוכר היה גור מעורב, שאותו הציג באופן כוזב כגור גזעי ומכרו במחיר של 150. אילו הוצג מצג-אמת, היה הרוכש קונה את הגור המעורב במחיר של 100. לפיכך הסעד הנזיקי עומד על 50. הסעד החוזי, לעומת זאת, עשוי להיות גבוה או נמוך מ-50, בהתאם להעדפותיו המסוימות של הרוכש ביחס לטיבו של הגור. אם נניח, למשל, כי הרוכש מוכן לשלם 120 בעד הגור המעורב ו-180 בעד הגור הגזעי, אזי רוכש זה ציפה להרוויח 30 (ההפרש בין 180 לבין המחיר ששולם בסך 150), ועל-ימנת להעמידו ברווח זה (בהנחה שהוא אינו יכול או אינו מעוניין לבטל את החוזה), יש לפצותו ב-60. הסעד החוזי במקרה זה עולה אפוא על זה הנזיקי. לעומת זאת, אם הוא מעריך את הגור המעורב ב-130 ואת זה הגזעי ב-170, אזי ציפייתו לרווח עומדת על 20, ועל-ימנת להקנות לו רווח זה, יש לפצותו ב-40 בלבד. במקרה האחרון הפיצוי החוזי נמוך מזה הנזיקי. ראו פרוקצ'יה, לעיל ה"ש 31.

זאת, יש להניח כי דעת המיעוט לא ביקשה לשלול את הזכות לסעד נזיקי כאשר הצרכן חפץ דווקא בו: תכליתה היא לתת בידי הצרכן בררה בין סעד חוזי לבין סעד נזיקי, שמשמעותה האופרטיבית היא כי הסעד החוזי יוענק כאשר הפיצי הנגזר ממנו גבוה יותר. לצורך הניתוח שלהלן נתייחס אפוא למקרה שבו הפיצי החוזי עולה בהיקפו על זה הנזיקי.

עמדת המיעוט בסוגיה זו מעוררת שני קשיים מרכזיים – האחד נוגע בדיון הנוהג, ואילו האחר נוגע בדיון הרצוי. הקושי האחד, הנוגע בדיון הנוהג, מקורו בכך שחוק הגנת הצרכן קובע מפורשות כי דינה של הטעיה צרכנית כדיון עוולה לפי פקודת הנזיקין.⁴⁹ אם בעוולה מדובר, אזי מתבקשת המסקנה כי האינטרס המוגן על-פי החוק הוא אינטרס נזיקי, ולא חוזי. לכאורה ניתן היה לטעון כי תביעתו של הצרכן אינה חייבת להתבסס על עוולת הטעיה הצרכנית הקבועה בחוק, אלא יכולה להישען על דיני החוזים הכלליים. כך, טענתו של הצרכן עשויה להיות כי החוזה שכרת עם העוסק כלל הוראה משתמעת שלפיה העוסק מתחייב לאמיתות מצגיו הטרומים-חוזיים. משהתברר כי המצגים כוזבים, העוסק הפר חיוב חוזי משתמע, והפרה זו מזכה את הצרכן בזכות לסעד חוזי. אכן, דיני החוזים מכירים לעיתים בקונסטרוקציה מעין זו.⁵⁰

לפני חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות לא ניתן היה לתבוע בעילה חוזית. פרק התובענות הייצוגיות בחוק הגנת הצרכן (שמכוחו הוגשה התביעה בפרשת ברזני) דרש שהתביעה תוגש בעילה לפי החוק.⁵¹ כיום, לאחר חקיקת החוק, ניתן לטעון טענה זו אף בגדרה של תובענה ייצוגית.⁵² עם זאת, ברי כי לפי הדין החוזי הנוהג, לא כל הטעיה טרומ-חוזית היא הפרת חוזה.⁵³ השאלה מהו סיווג המשפטי הנכון של הטעיה היא שאלה סבוכה, שהפסיקה טרם פיתחה תורה סדורה ביחס אליה.⁵⁴

הקושי המרכזי האחר העולה מדעות המיעוט נוגע במדיניות המשפטית המגולמת בהן. אם מצג-השווא אינו אלא הפרה של חיוב חוזי להציג מצג-אמת, אזי לכאורה משטר האחריות החל על מעשה הטעיה הוא משטר של אחריות מוחלטת, כמקובל בדיני החוזים. אולם אחריות מוחלטת בהקשר זה, בצירוף עם סעד חוזי, עלולה להוביל להרתעת-יתר. נניח, לדוגמה, שספק מצג-שווא שלפיו תוסף מזון שהוא מוכר פותר בעיות רפואיות אשר אין שום מוצר או תרופה אחרים שמסייעים בפתרון. מחיר המוצר הוא 30. נניח שצרכן הסובל מבעיות אלה מצפה לתועלת בסך 100 מתוסף המזון, ולפיכך לרווח

49 ס' 31(א) לחוק הגנת הצרכן.

50 ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב 664, 784 (1992); גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 313-314, 316 (2005).

51 ס' 35א(א) לחוק הגנת הצרכן קבע כי "צרכן, או ארגון צרכנים כמשמעותו לפי סעיף 31(ג) (להלן – התובע), רשאי לתבוע, בכפוף להוראות פרק זה, בשם קבוצת צרכנים בעילה אשר על פיה הוא יכול על פי חוק זה לתבוע בשמו ונגד כל נתבע אשר הצרכן רשאי לתבוע בשמו (להלן – תובענה ייצוגית)". על הפרשנות המצמצמת שניתנה לסעיף זה ראו קלמנט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 134; סומר, לעיל ה"ש 26, בעמ' 393-396.

52 ראו פרייט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות; קלמנט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 133-136.

53 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 50, בעמ' 796-803; שלו, לעיל ה"ש 50, בעמ' 314-315.

54 לדיון בסיווג זה ולהצעת אמות-מידה מסוימות ליישומן ראו פרוקצ'יה, לעיל ה"ש 31, בעמ' 288-291.

בסך 70. אלמלא מצג־השווא, היה הצרכן נמנע כליל מלכרות את העסקה, משום שבהינתן תכונותיו האמיתיות, תוסף המזון אינו מניב לו כל תועלת. לפיכך העסקה שנכרתה גרמה לו הפסד של 30. הסעד הנזיקי יִזכה אותו בפיצוי בגובה 30, שבעקבותיו יפנים הספֶק את הנזק ההקצאתי. פיצוי זה יבטיח כי הספֶק לא יתרושל, ובהתאם לכך, הצרכן – ביודעו זאת – לא ישקיע מעבר למידה היעילה בהתגוננות מפני המצג. סעד חוזי, לעומת זאת, יִזכה את הניצג בפיצוי בגובה 100, וחבות זו תושת על המציג אף בהעדר התרשלות. לנוכח זאת ישקיע המציג עד 100 על־מנת להימנע ממצג־השווא, אף שניזקו של הניצג אינו עולה על 30. הסעד החוזי עלול אפוא להוביל להרתעת־יתר.⁵⁵

החשש האמור להרתעת־יתר אינו צפוי להתעורר בכל מערכת נסיבתית. הרתעת־יתר מתרחשת כאשר הסנקציה המושתת על המציג מניעה אותו להשקיע משאבים יקרים מדי בהימנעות ממצג־השווא. אולם יש נסיבות שבהן חשש זה אינו מתעורר – למשל, אם מצג־השווא הוצג בכוונת מכוון או ברשלנות גסה. מעצם קיומה של רשלנות כזו עולה כי האמצעים שהושקעו בהימנעות ממצג־השווא – אם הושקעו – אינם כבדים מדי. אם הסעד החוזי נפסק בנסיבות אלה, אזי גם אם הוא עולה בהיקפו על הנזק שנגרם עקב מצג־השווא, לא תיווצר הרתעת־יתר.⁵⁶

על־פי הדין הנוהג כיום לאור הלכת ברזני, לסעד החוזי יש יתרון מנקודת־מבטו של הצרכן, במובן זה שאין הוא מחייב הוכחה של הסתמכות. אם ההבטחה עצמה היא מקורו של החיוב, אזי לניצג משתכללת הזכות לפיצוי אף אם לא הסתמך עליה. עם זאת, תחת סעד חוזי עלול עדיין להתעורר קושי בהערכת אינטרס הקיום החוזי, שכן זה נגזר, בין היתר, מן התועלת שהיה הניצג מפיך מן המוצר אילו היה כפי שהוצג, ומידתה של תועלת זו עשויה להיות לעיתים קשה להוכחה.⁵⁷

אם תאומך גישתנו, גם הסעד הנזיקי לא יחייב הוכחת הסתמכות, ובמובן זה יוסר המכשול הראייתי גם בתביעה באפיק זה. עם זאת, לשם הוכחת היקפו של האינטרס המוגן הנזיקי, יידרש עדיין הניזוק להוכיח מהי התועלת שהפיק מן המוצר בפועל (אם הסתמך) או מהו המחיר שהיה נגבה בעבור המוצר אילו לא הופרה החובה (אם לא הסתמך). נתונים אלה עשויים לעורר קושי ראייתי לעיתים קרובות. הוכחתו של האינטרס הנזיקי תהיה

55 יש לשים לב כי ככל שתועלתו הצפויה של הצרכן מהמוצר גדולה יותר כן הפיצוי החוזי שהוא יקבל יהיה גדול יותר. אם תועלת זו לא השפיעה על מחיר המוצר, הרווח שהרוויח הספֶק לא גדל עקב כך. החשש מהרתעת־יתר נעשה ברור ככל שהפער בין מחיר המוצר לבין תועלתו הצפויה של הצרכן הוא גדול יותר.

56 בתביעות אינדוידואליות ייתכנו נסיבות שבהן שיקולים מעשיים אחרים מוליכים למסקנה כי החשש להרתעת־יתר אינו חשש ממשי. כך, למשל, אם ידוע כי הסיכוי להגשת תביעה נגד העוסק הוא נמוך מאוד (כפי שקורה לעיתים קרובות בהקשר הצרכני), אזי הפיצוי הנזיקי – שיוטל עליו לעיתים רחוקות בלבד – לא ירתיעו מספיק מפני הצגתו של מצג־השווא. מצבים כאלה סבירים פחות בהקשר הייצוגי, שכן התמריץ להגיש תובענה ייצוגית עומד בעינו גם כאשר עלות ההתדיינות מונעת הגשה של תובענות אינדוידואליות.

57 קושי זה דומה במהותו לזה המאפיין את הפיצוי החוזי ככלל. ראו, למשל, גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 442-451 (2009).

סבוכה באופן מובהק מהוכחת האינטרס החוזי כאשר המצג התייחס למחיר, שהרי במקרה זה הסעד הנזיקי מחייב עמידה על מחיר שוק היפותטי, אשר קשה ככלל לזהותו ולאפיינו, בעוד הסעד החוזי נגזר מנתונים ידועים בדבר הפער בין המחיר שנגבה לבין המחיר שהוצג. מסקנתו של דיון זה היא אפוא שהסעד הנזיקי – כאשר הוא מופעל כהלכה, באופן עקבי וללא קשיי הוכחה – מניב התנהגות אופטימלית הן של המציג והן של הניצג. לעומתו, הסעד החוזי, אם הוא מופעל ללא סייג, עלול להניב הרתעת יתר. עם זאת, יש נסיבות שבהן החשש להרתעת יתר אינו מתעורר, משום שהמצג הוצג במכוון או ברשלנות גסה, וניתן היה למונעו באמצעים פשוטים וזולים. כאשר ההטעיה נוגעת במחיר המוצר, ולא בטיבו, יש יתרון בסעד החוזי, שכן הוא קל יותר לחישוב ולהערכה.

ג. ההסדר הראוי לפיצוי בתובענה ייצוגית בגין הטעיה צרכנית

בפרק הקודם עמדנו על יסודותיה הרצויים של עוולת ההטעיה הצרכנית. עמדנו על סוגי הנזק השונים שהטעיה עלולה לגרום באופן סיבתי, ועל הצורך לוותר על דרישת ההסתמכות ככל שהתביעה נוגעת במחיר ששולם ביתר עקב ההטעיה. עמדנו על תכונותיו האופטימליות של הסעד הנזיקי, ועל הנסיבות שבהן הסעד החוזי עשוי אף הוא להניב תוצאות רצויות. פרק זה בוחן את השלכותיהן של תובנות אלה על כללי התובענה הייצוגית הצרכנית. ראשית, הוא מסביר כיצד יש לאמוד את הנזק שנגרם עקב מצג השווא לכל אחת מקבוצות הצרכנים – לאלה שנחשפו למצג והסתמכו עליו; לאלה שנחשפו אליו ולא הסתמכו עליו; ולאלה שלא נחשפו אליו כלל. שנית, הוא דן בשאלה מה מוטל על התובע המייצג להוכיח כתנאי לאישור התובענה הייצוגית.⁵⁸

חשוב להדגיש כי בניגוד לכתיבה קודמת העוסקת בדרישת ההסתמכות בתובענה ייצוגית צרכנית,⁵⁹ וכן בניגוד לגישת המיעוט בעניין ברזני, לגישתנו תכליתה של התובענה הייצוגית אינה מובחנת מזו העומדת בבסיסה של התביעה האינדיווידואלית. ייעודה של התובענה הייצוגית, כמו של זו האינדיווידואלית, הוא להגשים את התכלית המונחת בבסיסו של הדין המהותי. לפיכך עקרונות היסוד המנחים את הדין הנזיקי, אשר נידונו לעיל, תקפים גם בהקשר הייצוגי, אשר יידון להלן.⁶⁰

עם זאת, יש לזכור כי שלב אישורה של התובענה הייצוגית הינו שלב מקדמי שאינו מכריע בתובענה גופה. שלב זה משמש לסינון תובענות שניהולן כרוך בעלות העולה על התועלת. בית המשפט, בשוקלו אם לאשר תובענה ייצוגית בעילת הטעיה צרכנית, נדרש

58 ס' 8 לחוק תובענות ייצוגיות.

59 דויטש 'קשיים והצעות לפתרון', לעיל ה"ש 26, בעמ' 348; קרייני, לעיל ה"ש 5, בעמ' 468-470, 472-474.

60 לגישה דומה ברין האמריקני ראו Nagareda, לעיל ה"ש 3, בעמ' 104, 110. יש לזכור גם שברין האמריקני חל איסור מפורש על שינוי הדין המהותי באמצעות הפרוצדורה, מכוח ה-Rules Enabling Act, 28 U.S.C. § 2072(b) (1934). ראו Landers, לעיל ה"ש 45; Paul D. Carrington, "Substance" and "Procedure" in the Rules Enabling Act, 281 DUKE L.J. 317-319 (1989); Adam N. Steinman, *Our Class Action Federalism: Erie and the Rules Enabling Act After Shady Grove*, 86 NOTRE DAME L. REV. 1131 (2011).

אפוא, מחד גיסא, לצמצם את הסיכוי שתובענה ייצוגית תאושר אף שתועלתה מועטה, ומאידך גיסא, לצמצם את הסיכוי שתובענה ייצוגית שערכה רב תידחה. חוק תובענות ייצוגיות הוא שמסדיר את עריכתו של איזון זה.⁶¹ בפרק זה אנו מסבירים כיצד יש ליישם את התנאים הקבועים בחוק לאישור תובענה ייצוגית באופן שיהיה צודק ויעיל.

1. חישוב הנזק בגין מצג־שווא

מצג־שווא משפיע באופן שונה על צרכנים שונים. חלקם הסתמכו על המצג, במובן זה שהם היו נמנעים מן הרכישה אילו הוצג מצג־אמת.⁶² על־מנת להשיב את מצבם של אלה לקדמותו, יש לפצותם בגין ההפרש בין המחיר ששילמו לבין התועלת שהפיקו מן המוצר. צרכנים אחרים לא הסתמכו על המצג, בין משום שהיו רוכשים את המוצר גם אילו הוצג מצג־אמת, ובין משום שלא נחשפו אליו כלל. נזקם של אלה מגולם בהפרש שבין המחיר ששילמו לבין המחיר שהיו משלמים אילו הוצג מצג־אמת.

הקביעה העובדתית כי תובע הינו צרכן שהסתמך על מצג־השווא כרוכה בקושי ראיתי, שכן קביעה כזו מחייבת אמידה של התועלת האישית שהפיק התובע מן המוצר. כדי להדגים קושי זה, טלו מתווה עובדתי הדומה לזה שנידון בפרשת ברזני. נניח כי ספק המציג מצג־אמת יכול לגבות בעבור השירות שהוא נותן מחיר של 90. עם זאת, הוא בוחר להציג מצג־שווא שלפיו המחיר שהוא גובה נמוך יותר – למשל, 80 – ועקב כך הכמות המבוקשת מן השירות עולה. על־מנת שאספקת השירות בכמות המבוקשת הגדולה יותר תגדיל את רווחיו של הספק, עליו לגבות מחיר העולה על 90 – למשל, 100.⁶³

בנסיבות אלה הצרכנים אשר הסתמכו על מצג־השווא הם אלה שתועלתם מן השירות נעה בין 80 לבין 90: הצרכנים הללו החליטו לרכוש את השירות במחיר שהוצג (משמע, תועלתם גבוהה מ־80), אולם הם לא היו רוכשים אותו במחיר שהיה נקבע אלמלא מצג־השווא (משמע, תועלתם נמוכה מ־90). לפיכך צרכן שתועלתו מן השירות עומדת על 85, למשל, הוא צרכן שהסתמך. על־מנת להשיב את מצבו לקדמותו, יש לפצותו בסכום של 15, השווה לפער בין המחיר ששילם (100) לבין התועלת שהפיק (85).

בקבוצת הצרכנים שלא הסתמכו כלולים צרכנים שתועלתם עולה על 90, ואשר היו רוכשים על־כן את המוצר גם אילו הוצג מצג־אמת. את הצרכנים הללו יש לפצות בסכום

61 ס' 3, 4 ו־8 לחוק תובענות ייצוגיות. ראו קלמנט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 139–152. ראו גם רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 787 (1996); פרשת עמוסי, לעיל ה"ש 44, פס' 14–15 לפסק־דינו של המשנה לנשיא ריבלין.

62 דרישת ההסתמכות עשויה להתקיים בכל מקרה שבו שינה הצרכן את התנהגותו עקב מצג־השווא. לפיכך צרכן הסתמך על המצג גם אם לא שינה את החלטת הרכישה שלו בעקבותיו, אך הוציא בעטיו הוצאות אחרות שבגינן נגרם לו נזק. ראו לעיל בפרק ב. לשם הפשטות נניח להלן כי ההסתמכות התבטאה בהחלטת הרכישה בלבד. ראו גם דיון בנושא הפגיעה באוטונומיה להלן בפרק ד.

63 כך, לפחות, בשוק תחרותי. ראו לעיל ה"ש 42.

של 10, השווה להפרש שבין המחיר ששילמו (100) לבין המחיר שהיה נקבע אלמלא הטעיה (90).⁶⁴

דוגמה זו מבהירה את הקושי בזיהוי הצרכנים שהסתמכו. היא אף מבהירה את הקושי הראייתי שעשוי להיות כרוך באומדן הפיזי שיינתן לאותם צרכנים. כדי להעריך את נזקו של צרכן שהסתמך, יש לאמוד את התועלת שהפיק מן המוצר, שכן נזקו מגולם בפער שבין המחיר ששולם לבין תועלת זו. אך תועלת זו היא כמובן משתנה שהערכתו קשה ובלתי-מדויקת. אומדן הנזק שנגרם לצרכנים שלא הסתמכו עשוי להיות פשוט יותר, אם כי גם לגביהם עלולים להתעורר קשיים בנסיבות מסוימות. כדי לאמוד את נזקם, יש לברר מהו המחיר שהיה נקבע בשוק אילו הוצג מצג-אמת. זיהויו של מחיר זה יהיה פשוט יחסית אם ניתן ללמוד עליו ממחירים של מוצרים דומים הנמכרים בשוק. אם קיים שוק למוצר שנמכר בפועל, או אם קיימים למוצר תחליפים קרובים הנמכרים בשוק, אזי ניתן להיעזר בנתונים אלה על-מנת להעריך את המחיר שהיה נגבה בהינתן מצג-אמת.⁶⁵ אולם אם המוצר שנמכר בפועל הוא ייחודי, ואין לו תחליפים קרובים הנמכרים בשוק, אזי זיהויו של המחיר ההיפותטי עלול לעורר קושי. בנסיבות אלה יהא על התובע לעמוד על השינויים שהיו מתחוללים בכמות המבוקשת ובכמות המוצעת אילו הוצג מצג-אמת.

פסיקת הפיזי המדויק בתובענה הייצוגית מחייבת אפוא את בית-המשפט לזהות שני מחירים – המחיר שבו נמכר המוצר, והמחיר שבו היה המוצר נמכר אלמלא מצג-השווא. נזקם של הצרכנים שלא הסתמכו שווה להפרש שבין המחירים הללו. נזקם של הצרכנים שהסתמכו גבוה יותר, ושווה להפרש שבין המחיר שבו נמכר המוצר לבין תועלתם מהמוצר. תועלת זו נמוכה מהמחיר שבו היה המוצר נמכר אלמלא מצג-השווא.

2. גישות מקורבות לחישוב הנזק בשלב אישורה של התובענה הייצוגית

בשלב הדיון בבקשה לאישור התובענה כייצוגית אין התובע המייצג מחויב להוכיח את נזקיהם של חברי הקבוצה המיוצגת במלואם.⁶⁶ בשלב מקדמי זה עליו לעמוד בנטל

64 ניתן, באופן אנלוגי, לתאר דוגמה שבה הטעיה מתייחסת לתכונותיו של המוצר, להבדיל ממחירו. הניחו, למשל, כי המוצר הוצג כמוצר מסוג א בעוד שלמעשה הוא היה מסוג ב. בהינתן מצג-השווא, עמד מחירו של המוצר על 100, בעוד שאילו הוצג מצג-אמת, היה נקבע מחירו על 90. צרכנים שהסתמכו על המצג הם אלה שהיו נמנעים מן הרכישה אילו הוצג מצג-אמת, משום שתועלתם מן המוצר נמוכה מ-90. לפיכך צרכן שתועלתו ממוצר מסוג ב היא 85, למשל, סבל נזק של 15, המגולם בפער שבין המחיר ששולם (100) לבין התועלת שהופקה בפועל (85). לעומת זאת, צרכנים שלא הסתמכו הם אלה המעריכים מוצר מסוג ב בסכום העולה על 90. נזקם של צרכנים אלה הוא 10 – סכום הנגזר מן הפער שבין המחיר ששולם (100) לבין המחיר שהיה משולם אילו הוצג מצג-אמת (90).

65 ראו Ledingham, לעיל ה"ש 3, בעמ' 315-320.

66 בית-המשפט רשאי להורות על פיזי בסכום כולל לכלל חברי הקבוצה המיוצגת. ראו ס' 20(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות. כמו-כן, כאשר אי-אפשר לזהות את חברי הקבוצה ולבצע את התשלום בעלות סבירה, בית-המשפט רשאי להורות על סעד לטובת הקבוצה. ראו ס' 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות; פרשת תנובה 2, לעיל ה"ש 8, פס' 49-50 לפסק-דינה של השופטת חיות.

הוכחה לכאורי בלבד.⁶⁷ לפיכך, בשלב אישורה של התובענה כייצוגית, הקשיים בזיהוים של צרכנים שהסתמכו ובהוכחתו של פיצוי מדויק בגין הנזק שנגרם עשויים להצדיק גישה מקורבת, הנסמכת על הפרשי מחיר שניתן לזהותם בשוק. תת-פרק זה מסביר כיצד ניתן לעשות שימוש בגישה מקורבת במקרים שבהם ההטעיה נוגעת בטיב המוצר ובתכונותיו, ובמקרים שבהם ההטעיה נוגעת במחיר המוצר. בתת-פרק הבא נדון בהשלכות של גישתנו לסוגיות ההסתמכות והנזק על התנאים לאישור התובענה כייצוגית.

כאשר ההטעיה נוגעת בטיב המוצר ובתכונותיו, ניתן להשתמש בגישה מקורבת שלפיה אישור התובענה הייצוגית יותנה בהוכחה של פער בין המחיר שנגבה בפועל לבין המחיר שהיה נגבה בהינתן מצג-אמת. גישה זו היא מקורבת בלבד משום שאין היא מחייבת הוכחה של עצם ההסתמכות ושל הנזק הנוסף שנגרם בעקבותיה לצרכנים שהסתמכו. ההצדקה להסתפקות בהוכחת פער המחירים היא, כאמור, שפער זה מעיד על נזק שנגרם לקבוצת הצרכנים כולה. על-מנת לפשט תהליך זה, ניתן להיעזר בנתונים קיימים בשוק. אם קיים שוק למוצר מן הסוג שנמכר בפועל, אזי ניתן להיעזר במחיר השוק של מוצר זה על-מנת לחשב באמצעותו את הפרש המחירים.

כאשר ההטעיה נוגעת במחיר המוצר, להבדיל מתכונותיו, הספק הציג מצג שלפיו הוא גובה מחיר נמוך, אולם בפועל גבה מחיר גבוה. כפי שהוסבר לעיל, אילו קיים הספק את החובה להציג מצג-אמת, ייתכן שהמחיר שהיה גובה היה נקבע בתווך שבין המחיר שגבה בפועל לבין המחיר שהציג, אולם זיהויו המדויק של מחיר זה מעורר קושי. הגישה המקורבת המוצעת בהקשר זה דומה לעמדתם של שופטי המיעוט בפרשת ברזני. על-פי גישה זו, התובע המבקש לאשר את התובענה כייצוגית יידרש להצביע רק על ההפרש שבין המחיר שהוצג לבין זה שנגבה. כפי שהוסבר לעיל, פיצוי לפי גישה זו הוא פיצוי ביתר, ולכן יש לאפשר לנתבע להוכיח כי גובה הנזק שנגרם בפועל נמוך יותר. עם זאת, קיומו של פער בין המחיר שהוצג לבין המחיר שנגבה מלמד בסבירות גבוהה על קיומו של נזק. לפיכך, בנסיבות אלה, אם החזקה כי נגרם נזק לא נסתרה על-ידי הנתבע, ראוי להסתפק בכך לצורך אישורה של התובענה כייצוגית.

3. הדיון בבקשה לאישור התובענה הייצוגית בגין מצג-שווא

חוק תובענות ייצוגיות מחייב את התובע המייצג להראות כבר בשלב אישורה של התובענה כייצוגית כי עומדת לו עילת תביעה אישית וכי נגרם לו נזק לכאורה.⁶⁸ לפיכך, על-פי הלכת ברזני, בתביעה לפי חוק הגנת הצרכן עליו להוכיח כי הסתמך באופן אישי על מצג-השווא. נוסף על כך החוק דורש מהתובע להראות בשלב האישור כי יש אפשרות סבירה שהשאלות המהותיות המשותפות לכלל חברי הקבוצה "יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה", וכי "תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין".⁶⁹ התובע אינו נדרש להוכיח את הנזק שנגרם לקבוצה המיוצגת בשלב אישורה של

67 ראו דיון להלן בתת-פרק 3.

68 ס' 4(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות.

69 שם, ס' 8(א)(1) ו-8(א)(2).

התובענה הייצוגית.⁷⁰ עם זאת, בפרשת שטנדל הבהיר בית-המשפט העליון כי על-מנת לעמוד בתנאים לאישור, על התובע המייצג להניח, כבר בשלב האישור, תשתית ראייתית מספקת שבכוחה להעיד על יכולתו העתידית להוכיח את יסודות הקשר הסיבתי וההסתמכות של חברי הקבוצה המיוצגת.⁷¹

יש להדגיש כי לאור הוראת סעיפים 20(א)(3) ו-20(ג) לחוק, בית-המשפט רשאי, עם סיום התובענה, לפסוק פיצוי כספי בסכום כולל או סעד לטובת הקבוצה או אף לטובת הציבור. לפיכך, כאשר מתקיימים התנאים לתחולתן של הוראות אלה, אין הכרח שיינתן פיצוי מדויק לכל אחד מחברי הקבוצה, אלא רק שהסעד שייפסק יהיה שווה לגובה הנזק הכולל שנגרם לחברי הקבוצה.⁷² יתר על כן, אין מניעה שבית-המשפט יתחשב באפשרויות אלה כבר בשלב אישורה של התובענה הייצוגית, כאשר הוא בוחן אם התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין. עם זאת, הוראות אלה אינן מייתרות את בחינתה של שאלת ההסתמכות, שכן שיעורה של קבוצת המסתמכים משפיע על הגדרת הקבוצה המיוצגת, וכתוצאה מכך על סך הנזק שייפסק בתובענה הייצוגית. לפיכך הכרעה בשאלה זו נחוצה גם אם נעשה שימוש בהוראות אלה.

להשקפתנו, שלפיה הטעיה צרכנית עשויה לגרום נזק גם בהעדר הסתמכות, יש נפקות לעניין התנאים לאישור התובענה הייצוגית. ראשית, לעמדתנו, אין לדרוש מן התובע המייצג

70 ראו ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, 328 (1997) ("הנזק הוא מרכיב במרבית העילות שבתובענה, אם לא ככולן, ולפיכך על התובע להראות כבר בשלב זה כי נגרם לו נזק"); (ההדגשות במקור).

71 ראו פרשת שטנדל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 14 (השופט ג'ובראן). ראו גם פרשת רדיוס, לעיל ה"ש 44, פס' 47-56 לפסק-דינה של השופטת רונן (על התובע הייצוגי להוכיח בשלב האישור את קיומו של קשר סיבתי ביחס לכל אחד מחברי הקבוצה; כדי להרים נטל זה, עליו "להציע הצעות מעשיות ומשביעות רצון למנגנון, על פיו ניתן יהיה לקבוע – או לכול הפחות להעריך – אילו צרכנים הושפעו מן הפרסום"); בש"א (מחוזי ת"א) 3058/07 ארגס נ' תנובה, פס' 12-14 לפסק-דינה של השופטת ברוך (פורסם בנבו, 13.9.2009). (על התובע הייצוגי להצביע "כבר בשלב האישור על עצם קיומו של נזק וכן על קיומו של קשר סיבתי לכאורה בין המצג לבין הנזק ביחס לכל אחד מחברי הקבוצה. ודוק: על מנת לעמוד בנטל האמור, על המבקש להניח תשתית עובדתית מתאימה או להציע מנגנון יעיל שלפיהם ניתן יהיה להעריך אלו צרכנים הושפעו מן הפרסום המטעה ומהי מידת הנזק שנגרמה לכל אחד מהם"); (ההדגשות במקור); ת"א (מחוזי ת"א) 1729/06 שר נ' עלית, פס' 13 לפסק-דינה של השופטת ברוך (פורסם בנבו, 24.5.2009) ("דומה כי אחד הקשיים שמציב ההליך הייצוגי בהקשר של עילת הטעיה הוא הצורך להוכיח קיומו של קשר סיבתי בין ההטעיה לבין הנזק – שכן עצם העובדה שמדובר בהליך ייצוגי, לכאורה אינה פוטרת את התובע המייצג מן החובה להוכיח קיומו של קשר כאמור ביחס לכל אחד ואחד מחברי הקבוצה"); בש"א (מחוזי ת"א) 8767/07 חובה נ' מילקו, פס' 10-11 לפסק-דינה של השופטת ברוך (פורסם בנבו, 27.1.2010). השוו פרשת אביב, לעיל ה"ש 25, פס' 10 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין ("אין לשלול את האפשרות כי האופי הקבוצתי-ייצוגי של ההליך ישרה במקרים מסוימים על דרך בחינתו של יסוד הקשר הסיבתי").

72 לניתוח סעיפים אלה ראו פרשת תנובה 2, לעיל ה"ש 8, פס' 49-53 לפסק-דינה של השופטת חיות.

להוכיח כי הוא עצמו הסתמך על מצג־השווא. גם בהעדר הסתמכות הוא זכאי לפיצוי, לפחות בגין ההפרש שבין המחיר ששילם לבין המחיר שהיה משלם אילו הוצג מצג־אמת. על התובע יהיה לשכנע את בית־המשפט כי קיים הפרש מחירים כזה כאשר ההטעיה נוגעת בטיב המוצר, ואילו כאשר ההטעיה נוגעת במחירו, יהיה די בהצגת ההפרש בין המחיר שהוצג למחיר ששולם.⁷³

שנית, לפי גישתנו, הקבוצה המיוצגת תכלול את כלל הצרכנים שרכשו את המוצר, בין אם הסתמכו על מצג־השווא ובין אם לאו. זאת, מכיוון שגם צרכנים שלא הסתמכו על מצג־השווא נאלצו לשלם מחיר גבוה יותר בעבור המוצר שרכשו, בהשוואה למחיר שהיו משלמים אלמלא ההטעיה.

שלישית, התובע המבקש לאשר את התובענה כייצוגית ידרש להצביע רק על הפרשי המחיר, באופן שהוסבר לעיל, על־מנת להראות כי מתקיימת אפשרות סבירה להכרעה בתובענה לטובת הקבוצה המיוצגת, וכי התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת.⁷⁴

לפיכך גישתנו, שלפיה הסתמכות אינה תנאי הכרחי לפיצוי בגין הטעיה צרכנית, מביאה לידי כך שהוכחת הפרשי המחיר מהווה תנאי מספיק לקיום התנאים לאישור התובענה הייצוגית המתייחסים לעילתו האישית של התובע, לנזקו ולעילת התובענה הייצוגית. גישתנו מאפשרת אם כן פתרון יעיל ופשוט בשלב אישורה של התובענה הייצוגית, המקיים את תכליתו המהותית של הליך זה.⁷⁵

73 יש לזכור כי בניגוד למצב ששרר כאשר ניתנו פסקי־הדין בע"א ברזני וברנ"א ברזני, לעיל ה"ש 2, כיום, לאור הוראת ס' 8(ג)2 לחוק תובענות ייצוגיות, ניתן להחליף את התובע המייצג בשלב האישור ולאשר בכל־זאת את התובענה כייצוגית. לפיכך יש חשיבות מועטה יותר לעובדה שהתובע המייצג לא הסתמך על מצג־השווא, אף אם ההסתמכות היא דרישה הכרחית. ראו פרשת עמוסי, לעיל ה"ש 44, פס' 9 לפסק־דינו של המשנה לנשיא ריבלין; בש"א (מחוזי ת"א) 24655/06 פרחון נ' מולטילוק, פס' 20 לפסק־דינו של השופט בנימיני (פורסם בנבו, 9.2.2009).

74 כאשר התובע אינו יכול להצביע על הפרשי מחיר כאלה, יהא עליו לנקוט את דרך ההוכחה הישירה ולהצביע לכל־הפחות על גודל הקבוצה שהסתמכה, כדי להקים ראשית ראיה לכך שהמחיר אכן הושפע ממצג־השווא. אם לא עמד בנטל זה, הוא לא יוכל להוכיח כי נגרם לו נזק, כי יש אפשרות סבירה שהוא יזכה בתובענה, וכי תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין. יש לציין, לעומת זאת, כי ייתכנו נסיבות שבהן אף־על־פי שנכונותם של כל הצרכנים לשלם הייתה גבוהה יותר עקב ההטעיה, אף לא אחד מהם הסתמך על ההטעיה, משום שכולם היו רוכשים את המוצר במחיר שהיה נקבע אילו קוימה החובה לגילוי אמיתי. בנסיבות אלה ייתכן שיתקיים הפרש מחירים אף שאיש מן הצרכנים לא הסתמך.

75 לגישה שלפיה יש לבחון תנאים אלה באופן שלא יהפוך את הדיון באישור התובענה הייצוגית לדיון בתובענה גופה, ראו פרשת עמוסי, לעיל ה"ש 44, פס' 15 לפסק־דינו של המשנה לנשיא ריבלין.

ד. הטעיה צרכנית ופגיעה באוטונומיה

התפתחות משמעותית שאירעה בשנים האחרונות בדיני הנזיקין עניינה ההכרה ב"פגיעה באוטונומיה" כראש־נזק עצמאי, לא־ממוני, במסגרת עוללת הרשלנות. לניזוק נגרם נזק מסוג "פגיעה באוטונומיה" כאשר המזיק שלל שלא כדין את זכותו לבצע בחירה אוטונומית. בראשית הדרך הוכר ראש־נזק זה בנסיבות שבהן בוצע באדם טיפול רפואי מבלי שהתקבלה הסכמתו מדעת.⁷⁶ נקבע כי עצם שלילת כוחו של המטופל להחליט אם יבוצע בו טיפול רפואי מהווה נזק ברי־פיצוי. אולם בהמשך הדרך הוכרה זכות לפיצוי גם כאשר חופש הבחירה נשלל בנסיבות של הטעיה צרכנית. בפרשת תנובה נקבע כי שלילת כוחו של הצרכן לקבוע אם לרכוש חלב המכיל סיליקון מהווה פגיעה באוטונומיה שלו, וכי ככזו היא בת־פיצוי.⁷⁷ דוקטרינת הפגיעה באוטונומיה, מאז הוכרה לראשונה, לא חייבה הוכחה של הסתמכות. תובע שבוצע בו טיפול ללא הסכמה מדעת לא נדרש להוכיח כי היה בוחר בטיפול אחר אילו התבקשה הסכמתו. גישה זו נשמרה גם עם הרחבתה של העילה אל תחום ההטעיה הצרכנית: צרכן החלב לא נדרש להוכיח כי היה נמנע מרכישתו אילו גילתה "תנובה" את רכיבו. פרשת תנובה פתחה אפוא פתח להגשתן של תביעות בגין הטעיה צרכנית שאין בצידן דרישה להוכחת הסתמכות. אכן, גל של תובענות ייצוגיות בעילה זו הוגשו בעקבותיה לכת־המשפט.⁷⁸ בדרך זו, כך נראה, ביקשו תובעים לעקוף את דרישת ההסתמכות החלה בתביעות בגין נזק ממוני, אשר הקטינה, בעקבות הלכת ברזני, את הסיכוי לאישור התובענה הייצוגית.⁷⁹

פרק זה בוחן את ההצדקה לויתור על דרישת ההסתמכות בהקשר המיוחד שבגדרו הפגיעה שנגרמה עקב ההטעיה הצרכנית היא פגיעה באוטונומיה. כפי שיוסבר להלן, הוויתור הגורף על דרישת ההסתמכות בהקשר זה הוא, לעמדתנו, גורף מדי.

76 לדיון בפגיעה באוטונומיה ראו נילי קרקו־אייל "דוקטרינת 'ההסכמה מדעת' – עילת התביעה הראויה מקום שבו הופרה זכות המטופל לאוטונומיה" הפרקליט מט' 181 (2007). לבחינת ראש־הנזק של פגיעה באוטונומיה ראו צחי קרן־פו "פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות" המשפט יא' 187, 264 (2007); נילי קרקו־אייל "אופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה: בעקבות ע"א 2781/93 עלי דעקה נ' בית החולים כרמל, חיפה" המשפט יא' 267, 270–271 (2007) (להלן: קרקו־אייל "אופן הערכת הפיצוי"); אסף יעקב "גילוי נאות והסכמה מדעת" עיוני משפט לא' 609 (2009); אסף יעקב "רא עקא דעקה – גלגוליה של פגיעה באוטונומיה" משפטים מב' 5 (2012). כעולה מספרות זו, ראש־הנזק של פגיעה באוטונומיה הוא ייחודי לדין הישראלי, ובוודאי אין לו מקבילה בתובענות ייצוגיות צרכניות בארצות־הברית.

77 פרשת תנובה 1, לעיל ה"ש 8.

78 ראו לעיל ה"ש 9.

79 ראו, לדוגמה, בש"א (מחוזי י-ם) 5725/04 דיסקין נ' ישפאר, פס' 16 לפסק־דינו של השופט ענבר (פורסם בנבו, 10.1.2008); ת"א (מחוזי חי') 761/03 שרמן נ' בנק לאומי, פס' 47–50 לפסק־דינו של השופט כהן (פורסם בנבו, 1.3.2009); פרשת ארגס, לעיל ה"ש 71, פס' 16 לפסק־דינה של השופטת ברון; פרשת חובה, לעיל ה"ש 71, פס' 13 לפסק־דינה של השופטת ברון; פרשת פרנקל, לעיל ה"ש 44, פס' 35 לפסק־דינו של השופט בנימיני.

1. שני סוגי נזקים בגין פגיעה באוטונומיה

שלילת כוח הבחירה האוטונומית עשויה להוליד נזק תוצאתי לא־ממוני משני סוגים מובחנים. הסוג האחד מקורו בפגיעה הרגשית הלא־ממונית הנובעת מגטילתו של כוח הבחירה. כאשר צרכן מגלה כי ניטלה ממנו הזכות לא לצרוך חלב המכיל סיליקון, הוא חש נפגע. פגיעה זו מקורה בעצם שלילתה של אפשרות הבחירה האוטונומית.⁸⁰ הסוג האחר מקורו ביחסו של הנפגע אל הפעולה שנעשתה תוך פגיעה באוטונומיה. צרכן המגלה כי החלב שצרך הכיל סיליקון עשוי לחוש תחושות שליליות עקב סלידתו מן הסיליקון. נזק שני זה נובע מיחסו של הניזוק אל עצם הפעולה שננקטה.⁸¹ שתי הפגיעות האמורות הינן פגיעות תוצאתיות, במובן זה שמקורן בהשלכות שהיו לשלילתו של כוח הבחירה.⁸² אולם הפגיעות מובחנות זו מזו: בעוד הראשונה נובעת מעצם נטילתה של הזכות, השנייה נובעת מיחסו של הנפגע אל הפעולה שבוצעה בעקבותיה.

בעוד סוג הנזק הראשון עשוי להתגבש גם בלא הסתמכות של הנפגע, סוג הנזק השני עשוי להיגרם רק בהתקיים הסתמכות. נזק מן הסוג הראשון עלול להיגרם משום שגם בהעדר הסתמכות, צרכן עשוי להיפגע מן העובדה שכוחו לבחור נשלל. בין אם צרכן החלב מוטרד מקיומו של הסיליקון בחלב ובין אם לאו, בין שהיה בוחר לרכוש את החלב עם הסיליקון ובין שהיה נמנע מכך, הוא עשוי לחוש נפגע מעצם העובדה שהיצרן נטל לעצמו את החירות לקבל את ההכרעה במקומו. סוג הנזק השני, לעומת זאת, אינו יכול להיגרם בהעדר הסתמכות. ייתכן שיש צרכנים שהיו צורכים את החלב גם אילו ידעו כי הוא מכיל סיליקון, ואף אם יש להם תחושה שלילית מסוימת לגבי הימצאותו בחלב. הסיבות שצרכנים אלה היו בוחרים בכל־זאת לצרוך את החלב הן רבות ומגוונות – ייתכן שיש להם העדפה חזקה לחלב

80 ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים כרמל, פ"ד נג(4) 526, 573-575 (1999); ע"א 6153/97 שטנרל נ' שדה, פ"ד נד(4) 746, 759-760 (2002); פרשת תנובה 1, לעיל ה"ש 8, בעמ' 683-684; פרשת בן־צבי, לעיל ה"ש 10, פס' 44 לפסק־דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

81 לגישה שלפיה סוג הנזק השני "נבלע" על־ידי דוקטרינת ההסכמה מדעת ראו פרשת בן־צבי, לעיל ה"ש 10, פס' 51-52 לפסק־דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; ע"א 1303/09 קדוש נ' בית חולים ביקור חולים, פס' 45 לפסק־דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 5.3.2012). לגישה שלפיה הסכמה מדעת ופגיעה באוטונומיה מוציאות זו את זו ראו ע"א 7952/08 חכם נ' קופת חולים כללית, פס' 6 לפסק־דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 24.2.2010); פרשת בן־צבי, לעיל ה"ש 10, פס' 24 לפסק־דינו של השופט עמית; פרשת קדוש, לעיל, פס' 12 ו־74-76 לפסק־דינו של השופט עמית.

82 גם הנזק מן הסוג הראשון הוא נזק תוצאתי במובן זה שהפיצוי נפסק בגין הפגיעה שחש אדם שנטלו ממנו את כוח הבחירה האוטונומי. אם אדם שנשללה האוטונומיה שלו אינו חש נפגע, אין הוא זכאי לפיצוי. ראו, למשל, פרשת בן־צבי, לעיל ה"ש 10, פס' 25-30 לפסק־דינו של השופט עמית; פרשת תנובה 2, לעיל ה"ש 8, פס' 40 לפסק־דינה של השופטת חיות; פרשת קדוש, לעיל ה"ש 81, פס' 40-44 לפסק־דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; ע"א 1326/07 המר נ' עמית, פס' 72 לפסק־דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 28.5.2012). לגישה שונה, שלפיה הפגיעה באוטונומיה היא פגיעה שמהותה אובייקטיבית ולכן אין היא תלויה בתחושתו האישית של הנפגע, ראו קרקו־אייל "אופן הערכת הפיצוי", לעיל ה"ש 76, בעמ' 288-290; קרן־פו, לעיל ה"ש 76, בעמ' 196, 198-199.

מתוצרת אותו יצרן, ייתכן שגם בחלב המיוצר על-ידי יצרנים אחרים יש סיליקון, וייתכן שתחושותיהם השליליות לגבי קיום הסיליקון בחלב הן מזעריות. בין כך ובין אחרת, אם צרכן חש תחושות שליליות כתוצאה מצריכת הסיליקון אך היה צורך את החלב גם בהעדר הטעיה (ועל-כן היה חש גם אז אותן תחושות שליליות), אזי ההטעיה אינה הגורם הסיבתי לתחושותיו. הנזק במקרה זה לא נגרם עקב המעשה העוולתי.

הפיצוי בגין נזק לא-ממוני שנגרם עקב פגיעה באוטונומיה של הצרכן מותנה, אם כן, בקיומו של קשר סיבתי, בדומה לפיצוי בגין נזק ממוני. אולם כפי שהסברנו לעיל ביחס לנזק ממוני, הסתמכות אינה תמיד תנאי הכרחי לקיומו של קשר סיבתי: נזק מן הסוג השני אומנם אינו יכול להתגבש אלא בהתקיים הסתמכות, אולם נזק מן הסוג הראשון עשוי להתקיים בין אם הצרכן הסתמך על מצג-השווא ובין אם לאו.

נחזור אל שלוש הקבוצות שלהן נחלק ציבור הצרכנים. הקבוצה הראשונה כוללת צרכנים שהסתמכו על אי-הגילוי, במובן זה שאילו ידעו כי המוצר מכיל סיליקון, הם לא היו צורכים אותו. הנזק הלא-ממוני שנגרם לחברי קבוצה זו נובע מכלל התחושות השליליות שחוו כאשר נודע להם שהם צרכו מוצר המכיל סיליקון בניגוד לרצונם. לכן חברי הקבוצה הזו זכאים לפיצוי הן בגין נזקים מן הסוג הראשון והן בגין נזקים מן הסוג השני. הקבוצה השנייה כוללת צרכנים אשר קראו את התווית אולם לא הסתמכו על אי-הגילוי, משום שהם היו רוכשים את המוצר גם אילו קיים היצרן את חובת הגילוי ופירט על-גבי התווית שהמוצר מכיל סיליקון. חברי קבוצה זו זכאים לפיצוי רק בגין סוג הנזק הראשון – הפגיעה הרגשית שחוו מכך שהוטעו וניטלה מהם זכות הבחירה. הם אינם זכאים לפיצוי בגין תחושות שליליות שחוו עקב סלידתם מסיליקון, משום שהם היו חווים אותן תחושות גם אילו קוימה חובת הגילוי, שהרי גם אז הם היו צורכים את המוצר. הקבוצה השלישית כוללת צרכנים אשר לא "נחשפו" כלל לאי-הגילוי, כלומר, לא קראו כלל את התווית. אם צרכנים אלה חוו תחושות שליליות עקב סלידתם מן הסיליקון, אזי תחושות אלה לא נגרמו להם כתוצאה מאי-הגילוי, שכן הן היו נגרמות גם אילו קוימה חובת הגילוי. צרכנים אלה אינם זכאים לפיצוי בגין סוג הנזק השני. באשר לנזק מן הסוג הראשון, שאלה היא אם הם חוו תחושות עלבון בגין אי-גילוי מידע בנסיבות שבהן הם לא נקטו את הפעולה הנדרשת על-מנת להיחשף אליו. אם הם חוו תחושות כאלה, ורק אם חוו אותן, הם זכאים לפיצוי בגינם.⁸³

2. פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה – הדין הנוהג

לנוכח האמור לעיל ניתן היה לצפות כי הדין הנוהג יפטור את הנפגע מן הצורך להוכיח הסתמכות כאשר הנזק שבגיניו הוא תובע פיצוי הוא מן הסוג הראשון, אך יחייבו בהוכחת הסתמכות כאשר הוא תובע פיצוי בגין נזק מן הסוג השני. אולם הלכה למעשה הדין הנוהג אינו מבחין באופן ברור בין שני סוגי הנזקים, ופותר את התובע מן החובה להוכיח הסתמכות בשני המקרים כאחד. בין שהנזק הוא מן הסוג הראשון ובין שהוא מן הסוג השני, התובע אינו נדרש להוכיח כי היה נוהג אחרת אילו הוצג לפניו מצג-אמת.

83 כל זאת בכפוף לכך שנזקים מעין אלה אינם בגדר זוטי דברים. לדיון ראו תת-פרק 3 להלן.

הפטור הכללי מהוכחת הסתמכות נקבע כבר בפרשת דעקה, שבגדרה הוכר לראשונה ראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה.⁸⁴ אף שהנזק שנידון בפרשה זו עצמה היה מן הסוג הראשון, הפטור מהסתמכות שנקבע בה פורש מאוחר יותר כחל בכל תביעה בגין פגיעה באוטונומיה, גם כאשר היא נסבה על נזק מן הסוג השני.⁸⁵

בפרשת תנובה, שבה הורחבה דוקטרינת הפגיעה באוטונומיה גם לתביעות בגין הטעיה צרכנית, נשענה התביעה בעיקרה על נזק מן הסוג השני, שהתבטא ברגשות סלידה מצריכתו של הסיליקון. גם בעניין זה חזר בית-המשפט על הקביעה כי אין מוטלת על התובע החובה להוכיח הסתמכות. הפטור שניתן היה אם כן פטור גורף אשר חל גם בנסיבות שבהן העדרה של הסתמכות פירושו העדרו של קשר סיבתי לנזק. פטור זה הוא אפוא גורף מדי.

3. תובענות ייצוגיות בגין נזק לא-ממוני מן הסוג הראשון בלבד

כאמור, למן פרשת תנובה חל גידול עצום במספר התובענות הייצוגיות הצרכניות שהוגשו בעילה של פגיעה באוטונומיה. תובענות אלה בחלקן אכן ראויות להתברר, כאשר הן נסבות על נזק משמעותי שנגרם לכאורה, ואשר להרתעה מפני גרימתו יש חשיבות חברתית ממשית. אולם חלקן הן תובענות שהעניין החברתי בכירורן מוטל בספק. כאלה הן תביעות הנסבות על הפגיעה הרגשית (מן הסוג הראשון) שנגרמה עקב שלילת כוח הבחירה האוטונומי, אך אין בצידן כל טענה לקיומה של פגיעה מן הסוג השני, קרי, פגיעה בגין עצם הפעולה שנגקטה. תובענות מסוג זה הוגשו במספרים גדולים,⁸⁶ וטרם גובשה מדיניות ברורה באשר לדרך הטיפול בהן.

ערכן החברתי של תובענות מסוג זה, המוגבלות לנזק מן הסוג הראשון בלבד, צפוי להיות נמוך למדי לעיתים קרובות. כאשר נגרם נזק מן הסוג הראשון בלבד, מצג-השווא אינו מסב למציג כל רוח. זאת, משום שהעדרו של הנזק מן הסוג השני משמעו שהצרכנים לא הסתמכו על מצג-השווא. בהעדר הסתמכות, מצג-השווא לא הוביל לעלייה בביקוש למוצר, ועליכן לא הגדיל את רווחיו של היצרן. עולה מכך שליצרן אין תמריץ להציג מצגים מן הסוג האמור במכוון. ההפך הוא הנכון: הצגתם עלולה להוביל לפגיעה רגשית בצרכן (מן הסוג הראשון) ולשחיקת המוניטין של היצרן, מבלי שהיצרן מפיק מכך כל תועלת כלכלית.

84 פרשת דעקה, לעיל ה"ש 80, בעמ' 614-615. ראו גם ע"א 9817/02 וינשטיין נ' ברנמן, פס' 18 לפסק-דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 16.6.2005); ע"א 9936/07 בן דוד נ' ענטבי, פס' 11 לפסק-דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 22.2.2011); פרשת תנובה 2, לעיל ה"ש 8, פס' 36 לפסק-דינה של השופטת חיות; פרשת קדוש, לעיל ה"ש 81, פס' 28 ו-40 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ריבלין.

85 פרשת בן-צבי, לעיל ה"ש 10; פרשת בן דוד, לעיל ה"ש 84.

86 ראו, למשל, פרשת דיסקין, לעיל ה"ש 79; פרשת שרמן, לעיל ה"ש 79; פרשת ארגס, לעיל ה"ש 71; ת"צ (מחוזי מ"ר) 9237-02-10 שלום נ' יפאורה-תבורי בע"מ (פורסם בנבו, 2.8.2010); ת"צ (מחוזי ת"א) 29439-07-10 ביבסקי נ' טבעול (1993) בע"מ (פורסם בנבו, 1.6.2011); ת"צ (מחוזי ת"א) 33108-08-10 תורג'מן נ' ישרקו (פורסם בנבו, 4.9.2011); ת"צ (מחוזי ת"א) 35640-11-10 קנפלמכר נ' יבנה (פורסם בנבו, 20.9.2011); ת"צ (מחוזי מ"ר) 13447-09-08 אביבי נ' שופרסל בע"מ (פורסם בנבו, 9.10.2011); ת"צ (מחוזי ת"א) 34634-04-11 מירוניצב נ' אם החיטה בע"מ (פורסם בנבו, 16.2.2012).

יש להניח אפוא כי אם הוצג מצג מן הסוג האמור, הוא הוצג לכל-היותר ברשלנות, ובוודאי לא בכוונת מכוון.

מהי אפוא התועלת החברתית הגלומה בהרתעה מפני מצגי-שווא רשלניים אשר יגרמו לצרכנים נזק מן הסוג הראשון בלבד? מה צפוי להיות היקפו של הנזק בנסיבות אלה? התשובה היא כי יש להניח שהיקפו של הנזק יהיה ככלל נמוך. שני טעמים מרכזיים תומכים בסברה זו. הטעם האחד הוא שעוצמת הפגיעה הנובעת מנטילתו של כוח הבחירה האוטונומי קשורה לטיב הפעולה שננקטה. בנסיבות שבהן פעולת היצרן שננקטה הביאה, למשל, לידי פגיעה בכריאותו של הצרכן (כלומר, יש נזק משמעותי מן הסוג השני), יש להניח כי הפגיעה (מן הסוג הראשון) הנובעת מעצם שלילתו של כוח הבחירה תהא חמורה יותר.⁸⁷ אולם בנסיבות הנדרונות כאן ההנחה היא כי לא נגרם כל נזק מן הסוג השני, משמע, שהצרכן אדיש בנוגע לפעולה שננקטה כשלעצמה (או אולי אפילו מרוצה ממנה). אם צרכן החלב אדיש לחלוטין בנוגע לשאלה אם החלב שצרך מכיל סיליקון אם לאו, אזי יש להניח כי הפגיעה שהוא חש עקב אי-גילוי העובדה שהחלב מכיל סיליקון אינה צפויה להיות כבדה. לפיכך, כאשר נגרם נזק מן הסוג הראשון מבלי שהתלווה אליו כל נזק מן הסוג השני, הנזק מן הסוג הראשון צפוי להיות נמוך. הטעם האחר הוא שהפגיעה הרגשית הנובעת משלילת כוח הבחירה האוטונומי קשורה בטבורה למניע שעל רקעו הוצג מצג-השווא. כאשר מצג-השווא הוצג באופן מכוון, על-מנת להעשיר את המציג בדרכי מרמה, הפגיעה הרגשית עקב נטילת כוח הבחירה עלולה להיות משמעותית. אולם כאמור לעיל, בנסיבות שבהן לא נגרם כל נזק מן הסוג השני, אין יסוד להנחה כי המצג הוצג במכוון, שהרי המציג לא הרוויח דבר מן המצג. העדר הכוונה, כשלעצמו, מפחית מעוצמת הפגיעה הרגשית הנובעת משלילת כוח הבחירה. המסקנה העולה מן האמור היא כי בנסיבות שבהן הנזק שנגרם הוא מן הסוג הראשון בלבד, היקפו אינו צפוי להיות גדול. בהתאם לכך, התועלת ההרתעתית מניהולה של תובענה ייצוגית בגינו צפויה להיות נמוכה. אף-על-פי-כן, התמריץ להגיש תובענות ייצוגיות במקרים אלה, עשוי בהחלט להיות ניכר. גם אם הפיצוי לכל צרכן הוא נמוך, סך הפיצוי עשוי להיות גבוה דיו להפוך את הגשתה של התובענה הייצוגית לכדאית מבחינת התובע ועורך-דינו. העלויות המוטלות על הנתבע, החייב להתגונן מפני התובענה, ועל מערכת המשפט, החייבת לדון בה, אינן מופנמות על-ידי התובע. לפיכך תובענות ייצוגיות שהנזק היחיד בהן הוא נזק לא-ממוני יוגשו על-אף ערכן החברתי הנמוך.

מובן שהשאלה אם התועלת ההרתעתית גבוהה דייה להצדיק את ניהולה של התובענה הייצוגית נותרת בסופו של יום שאלה אמפירית. עם זאת, ההבחנות שנידונו לעיל תומכות באפשרות שעצם ניהול ההתדיינות יהא בלתי-רצוי. יש אפוא מקום לכך שבת-משפט ישקלו את דחייתן של בקשות לאישור תובענה ייצוגית כאשר הנזק היחיד שנגרם עקב ההטעיה הוא נזק לא-ממוני, וכאשר דרישת ההסתמכות אינה מתקיימת ועל-כן נשלל קיומו של נזק לא-ממוני מן הסוג השני. בנסיבות אלה התובענה הייצוגית אינה "הדרך היעילה וההוגנת"

87 ראו פרשת דעקה, לעיל ה"ש 80, בעמ' 582-586; פרשת בן-צבי, לעיל ה"ש 10, פס' 44 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

להכרעה במחלוקת, כנדרש בחוק תובענות ייצוגיות.⁸⁸ לחלופין, זהו סוג המקרים שבהם הפגיעה היא בגדר זוטי דברים ולפיכך אינה מצדיקה את ניהולה של התובענה הייצוגית.⁸⁹ שני פסקי-הדין שניתנו בבית-המשפט העליון בפרשת תנובה מותירים פתח לפרשנות שתאפשר את יישום העקרונות האמורים. בפסקי-הדין הראשון דנה השופטת נאור בשאלה מתי תיחשב הפגיעה באוטונומיה עקב הטעיה לזוטי דברים. באותו מקרה היא קבעה כי הפגיעה אינה בגדר זוטי דברים, והסבירה מסקנה זו כדלהלן: "הפרסום המטעה שפרסמה תנובה לאחר הפרסומים שיש בחלב סיליקון יש בו כדי ללמד לכאורה שתנובה עצמה הבינה שישנה התנגדות רחבה בציבור להוספתו של סיליקון לחלב. תנובה לא הייתה נכנסת למסע ההכחשות כשהכחישה את התלונה בדבר החדרת הסיליקון אלמלא הבינה בעצמה שאין מדובר בעניין של מה בכך".⁹⁰ דהיינו, לגישתה של השופטת נאור, "תנובה" עצמה הבינה שמצג-השווא שהציגה עשוי להשפיע על הביקוש לחלב, וממילא התקיימה דרישת ההסתמכות. השופטת נאור הסכימה, עם זאת, שבמקרים אחרים שבהם נתבע פיצוי רק בגין נזק שאינו ממוני ייתכן שתתקבל טענת זוטי דברים. גישה זו אושרה גם בפסקי-הדין השני שניתן בפרשת תנובה בבית-המשפט העליון.⁹¹ הבחנה על בסיס זה תואמת כאמור גם את גישתנו.

אימוץ גישתנו בתביעות שבהן נתבע פיצוי לא-ממוני בגין נזק לאוטונומיה דורש מן התובע להצביע, בשלב אישורה של התובענה הייצוגית, על הפרשי מחיר בין המוצר כפי שהוצג לבין המוצר שנמכר בפועל. זאת, בדומה לדרישה במקרים שבהם הנזק הנתבע הוא נזק ממוני, שאליהם התייחס הניתוח בפרקים הקודמים. במקרים שבהם התובע אינו יכול להצביע על הפרש מחיר כאמור, ההנחה היא שהנזק הלא-ממוני היחיד שנגרם עקב הפגיעה באוטונומיה הוא נזק מן הסוג הראשון, ועל-כן בנסיבות אלה אין לאשר את התובענה כייצוגית אלא אם כן יוכיח התובע שנגרם גם נזק מן הסוג השני.

סיכום

התביעה לפיצוי בגין הטעיה מעוררת שאלות הנוגעות במהותו של האינטרס המוגן, במהותם של כללי הסיבתיות ובזיהוי רכיביו של הנזק שנגרם עקב הטעיה. שאלות אלה

-
- 88 ס' 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות. ראו גם קלמנט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 145-146.
- 89 יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הנוזיקין – תורת הנוזיקין הכללית 338-339 (גד טדסקי עורך, 1969) (פקודת הנוזיקין קובעת מבחן אובייקטיבי שלפיו הגנת זוטי דברים תחול אם בנסיבות המקרה "אדם בר-דעת ומזג כרגיל" לא היה בא בתלונה על המעשה). ראו גם ת"צ 36086-07-11 (מחוזי מר') חרסט נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה), פס' 39-48 לפסקי-דינו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו, 19.9.2012) (בית-המשפט קובע כי הגנת זוטי דברים תחול כאשר מתקיימים שני תנאים: האחד, שמדובר בהפרה קלת-ערך מבחינה חברתית; והאחר, שמדובר בהפרה שאדם סביר לא היה מתלונן עליה).
- 90 פרשת תנובה 1, לעיל ה"ש 8, בעמ' 686. ראו גם את עמדתה של השופטת פרוקצ'יה, שם, בעמ' 698-700.
- 91 פרשת תנובה 2, לעיל ה"ש 8, פס' 31-32 לפסקי-דינה של השופטת חיות.

יורדות לשורש תכליתו של הדין המהותי, וההכרעה בהן רלוונטית לפיכך הן בהקשר האינדיווידואלי והן בזה הייצוגי.

עם זאת, תכונותיה המיוחדות של התובענה הייצוגית מבליטות את חשיבות ההכרעה בשאלות אלה. כך, בפרט, בגדרה של תובענה אינדיווידואלית השאלה בדבר נפקותה של ההסתמכות אינה מעוררת ברגיל קושי מעשי. תביעות אינדיווידואליות מוגשות בדרך-כלל על-ידי ניצגים שהסתמכו ואשר נזקם נגרם להם עקב ההסתמכותם זו. אומנם, נזק עשוי להיגרם לניצג אינדיווידואלי אף אם לא הסתמך, אולם היקפו של נזק זה נמוך בדרך-כלל מכדי לתמרץ תביעה בגינו. עובדה זו משקפת את מוגבלותה של המסגרת הדיונית האינדיווידואלית, אשר אין בכוחה להוביל להפנמה מלאה של נזקי ההטעיה. לעומתה, למסגרת הייצוגית יש הפוטנציאל להוביל להפנמה גם של נזקים אלה, ובכך לשפר את כוחו המכווין של הדין.

אף שגישתנו אינה חופפת את זו שאימץ בית-המשפט העליון, הן בפרשת ברזני והן בפרשת תנובה, אין בה כדי לחלוק על עקרון-היסוד שלפיו התובענה ייצוגית מיועדת לממש את מטרותיו של הדין המהותי. התובענה הייצוגית עשויה לעורר שאלות שאינן מתעוררות ברגיל בהקשר האינדיווידואלי, ובכך לאתגר את הבנתנו באשר למהותם של עקרונות אלה. אולם לתובענה הייצוגית אין מטרות משל עצמה; אין היא אלא מכשיר דיוני, ותכליתה היחידה היא להגשים עקרונות שנקבעו מחוץ לה.

