

לרסן את סוס הפרא:

מבחן כלכלי לזיהוי פגיעה בת פיצוי באוטונומיה

מאת

יהונתן גבעתי* ואיתי פלדור**

פגיעה באוטונומיה היא ראש נזק ייחודי למשפט הישראלי, המאפשר כיום קבלת פיצוי בכל מקרה בו הוחסר מצרכנים מידע שהיה על העוסק לגלותו. זאת, גם אם המידע היה חסר ערך עבור הצרכנים ולא השפיע על החלטתו של אף צרכן. מאפיין זה של ראש הנזק הוביל להצפה של בתי המשפט בתביעות ייצוגיות בגין החסרת מידע שלא השפיע על החלטות צרכניות. תביעות כאלה מעמיסות על מערכת המשפט ופוגעות בעוסקים ובצרכנים. הן מעלות את יוקר המחיה, ללא שבצידן תועלת חברתית ממשית. ניסיונות של הפסיקה להגביל את השימוש בראש הנזק לא עזרו עד כה את הסחף.

במאמר זה אנו טוענים שתי טענות: ראשית, יש לפסוק לצרכנים פיצוי רק בגין החסרת מידע שלו ערך כלכלי. שנית, למידע יש ערך כלכלי רק אם הוא משפיע על דרך הפעולה של חלק מן הצרכנים (או של כולם). אנו מציגים לראשונה ניתוח כלכלי של התנהגות עוולתית המחסירה מידע מצרכנים, ומראים שבאמצעות ניתוח אמפירי סטנדרטי ניתן להשיב על השאלה האם למידע ערך כלכלי. במישור הנורמטיבי, אנו ממליצים לקבוע כלל לפיו כתנאי לאישור תובענה ייצוגית צרכנית בה נתבע פיצוי בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, יידרש התובע – המבקש בבקשת האישור – להראות שהמידע שהוחסר מן הצרכנים הוא בעל ערך כלכלי. יישום ההצעה יסייע למלחמה ביוקר המחיה, ללא פגיעה בתביעות ייצוגיות צרכניות שיש בהן ערך חברתי ממש.

מבוא. א. תביעות ייצוגיות צרכניות בגין פגיעה באוטונומיה - התפתחות הדין. 1. ההטעה הצרכנית והתביעה הייצוגית. 2. הורתו של ראש הנזק. 3. הרחבת השימוש בראש הנזק להקשר הצרכני. 4. ראש הנזק והתביעה הייצוגית. **ב. ניתוח כלכלי של הנזק הנגרם משלילת מידע. ג. הצעה לשינוי. ד. קשיים אפשריים בכלל המוצע.** 1. הקושי העקרוני – הערך האינטרני של האוטונומיה. 2. הקושי המעשי – הוכחת הפגיעה במקרים מסוימים. **ה. סיכום.**

* פרופ' מן המניין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית.

** מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים ומרכז פדרמן לחקר הרציונאליות, האוניברסיטה העברית. תודתנו נתונה לעורכי כתב העת ולמשתתפים בכנס "משפט ויוקר המחיה" שאורגן ע"י כתב העת משפטים ומרכז אומן-פישור למשפט, כלכלה, ומדיניות ציבורית, על הערותיהם המועילות.

מבוא

עניינו של חיבור זה בהצעה מעשית לצמצום מספרן של תביעות ייצוגיות צרכניות בהן נתבע סעד בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה. בתמצית, הצעתנו היא שתביעות בהן מתבקש סעד בגין פגיעה באוטונומיה של צרכנים תאושרנה לניהול כתביעות ייצוגיות רק אם יוכח שהפגיעה באוטונומיה עיוותה את בחירתם של מי שהאוטונומיה שלהם נפגעה, או לפחות את הבחירה של חלקם. מי שמבקש להגיש תביעה ייצוגית בשם קבוצת צרכנים יידרש להוכיח שאילו היה בידי הצרכנים מידע מלא (ואמיתי), חלקם לא היה רוכש את המוצר.

הצעתנו תבטיח שבמקרים בהם התרחשה פגיעה של ממש באוטונומיה, היינו במקרים בהם לאפשרות הבחירה שנשללה מהצרכנים היה ערך כלכלי (למצער עבור חלק מחברי הקבוצה), חברי הקבוצה שנפגעו יזכו לפיצוי בראש נזק זה. לעומת זאת, באותם מקרים בהם הפגיעה באוטונומיה לא הסבה נזק כלכלי לאף אחד מחברי הקבוצה, תיחסם האפשרות לאשר תביעה בגין הפגיעה באוטונומיה כתביעה ייצוגית.

בתי המשפט עמוסים כיום בתביעות ייצוגיות צרכניות ששייכות לסוג השני של המקרים – אותם מקרים בהם לאוטונומיה שנפגעה לא היה כל ערך כלכלי, או שערכה הכלכלי היה זניח.¹ ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה כונה כבר לפני מספר שנים "סוס פרא", ונכתב עליו כי נולד בשנת 1999 כעולל רך (ייחודי למשפט הישראלי), אך "עלה ותפח לממדים שלא שיערו ראשונים שעמדו על עריסתו".² תביעות בגין פגיעה באוטונומיה שלה לא היה ערך כלכלי מגדילות את העומס על מערכת המשפט. הן מגדילות גם את עלויותיהם של עוסקים, וכפועל יוצא מעלות את המחירים הנגבים מצרכנים, וזאת ללא תועלת חברתית ממשית. דו"ח עדכני של משרד המשפטים מצא כי "דיונים בהליכים ייצוגיים הם מהדיונים ה'יקרים' ביותר, נכון להיום, מבחינת עומס על בתי המשפט והשקעת זמן שיפוטי בבתי המשפט".³ עוד עולה מהדו"ח כי "אחת הבעיות

¹ יצחק עמית, סוס הפרא של הפגיעה באוטונומיה, ספר שטרסברג-כהן, (אהרן ברק, יצחק זמיר, אבנר כהן, מורן סבוראי, ואלעד עפארי עורכים, נבו, 2017), 465, בעמ' 493 ("מראש נזק צנוע במסגרת עוולת הרשלנות, הפגיעה באוטונומיה התפשטה לנושאים שונים החורגים מתחום הרשלנות הרפואית ואף לתחומי משפט שונים מחוץ לדיני הנזיקין, והיא צומחת אנכית לגובה בשיעורי הפיצוי הנפסקים בגינה"). ר' את הדיון המקיף בעניין זה בת"צ (מחוזי ת"א) 1469-02-13 לוי ג' פסטה נונה בע"מ [נבו, 26.11.2014] ("עניין פסטה נונה"). פסק הדין ממוקד בסוגיית ההסתלקות המתוגמלת, אך הטענה בחמש בקשות האישור (שבמסגרתן הסכימו הצדדים כי המבקשים בכל אחד מן הבקשות יסתלקו מהתוגמלת ללא שנפסק לחברי הקבוצה סעד כספי של ממש) הייתה לפגיעה מן הסוג הנזכר כאן – פגיעה באוטונומיה שלה לא היה, כעולה מפסק הדין, ערך של ממש בעיני חברי הקבוצה (ר' פסקה 3 לפסק הדין). לדיון בעניין זה ר' ע"א 4333-11 דניאל סלומון נ' גורי יבוא והפצה בע"מ [נבו, 12.03.2014] ("עניין גורי"), בפסקה 16 לפסק דינו של השופט עמית.

² עמית, ה"ש 1 לעיל, בעמ' 465.

³ דו"ח הצוות הבין-משרדי לבחינת ההסדרים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו – 2006, משרד המשפטים, מרץ 2023 ("דו"ח בעניין תובענות ייצוגיות"), בעמ' 6.

המרכזיות בתחום היא בעיית תביעות הסרק.⁴ הצעתנו תצמצם באופן ניכר את המקרים בהם ההכרה בראש הנזק והשימוש בו מסבים עלויות שאין תועלת חברתית אמיתית בצידן.⁵ לעומת זאת, במקרים בהם ההכרה בראש הנזק דרושה כדי לתקן פגיעה כלכלית אמיתית שנגרמה לצרכנים – היינו, מקרים בהם יש עלות חברתית להתנהלותם של מעוולים שפגעו באוטונומיה (ולמעוולים ריווח מפגיעה זו) – ניתן יהיה לפסוק פיצוי בראש הנזק האמור ללא קושי. כפועל יוצא, מעוולים יפנימו את העלות החברתית האמיתית של התנהלותם הפסולה.

כדי להבין את הקושי עמו נועדה הצעתנו להתמודד, ניתן להיעזר בדוגמה ההיפותטית הבאה: גלי מעוניינת לרכוש מזרן. לשם כך היא פונה לחנות המוכרת מזרנים, ומבררת פרטים שונים אצל נציגי המכירות. אלה מספקים לה בכנות – הן מיוזמתם והן במענה לשאלותיה – מידע רב הנוגע למזרנים: יתרונותיו של כל אחד מהמזרנים, חסרונותיו, מידע מלא על ההיבטים האורתופדיים השונים הקשורים במזרן, וכו'. בנוסף, ניתנת לגלי אפשרות לנסות את המזרנים השונים בחנות עצמה. לבסוף, לאחר שהחליטה לרכוש את אחד המזרנים, מקבלת גלי את המזרן לתקופת ניסיון בת 90 ימים, במהלכם היא רשאית להחזיר את המזרן ללא כל נימוק ולקבל את כספה בחזרה. בנוסף לאפשרות זו, ניתנת לגלי גם אחריות שאינה מוגבלת בזמן, המכונה "אחריות לכל החיים", לכל קלקול במזרן.

לאחר חלוף התקופה בה הייתה רשאית להחזיר את המזרן, נודע לגלי מעורכת דינה כי יצרן חייב לסמן על המזרן או על תווית המוצמדת היטב למזרן את מספר קפיצי המתכת שבמזרן.⁶ גלי לא הביעה במהלך בירוריה כל עניין במספר קפיצי המתכת שבמזרן. עם זאת, היא מגישה תביעה בה היא טוענת שהעוסק פגע באוטונומיה שלה שלא כדין, משום שהפר את חובתו לסמן על גבי המזרן את מספר קפיצי המתכת שבו. גלי מבקשת מבית המשפט לאשר את תביעתה כתביעה ייצוגית בשם כל מי שרכש מזרן בשבע השנים שקדמו למועד הגשת התביעה,⁷ ולפצות את כל חברי הקבוצה בגין הפגיעה באוטונומיה שלהם.

כאמור, הדוגמה המובאת לעיל היא דוגמה היפותטית. עם זאת, מדובר בדוגמה שאינה רחוקה מהמציאות. קיימות דוגמאות רבות לתביעות ייצוגיות דומות.⁸ חשוב מכך: על פי הדין כיום, אין

⁴ שם. ור' גם ע"א 8114/14 מרקיט מוצרי ייעול בע"מ נ' סונול ישראל בע"מ [נבו, 05.08.2018] ("עניין מרקיט") בפסקאות 23-25 לפסק דינה של השופטת ברון.

⁵ דו"ח בעניין תובענות ייצוגיות, ה"ש 3 לעיל, בעמ' 57 (בהקשרן של תביעות המסתיימות בהסכמות ביחס להסדרה עתידית).

⁶ צו הגנת הצרכן (סימון טובין), תשמ"ג-1983, סעיף 2, פרט 3 לתוספת הראשונה, וסעיף 3(ז) לתוספת השניה.
⁷ על פי כלל ברירת המחלף הקבוע בסעיף 1(5) לחוק ההתיישנות, תשי"ח – 1958, ברגיל מתיישנת תביעה מסוג זה לאחר שבע שנים מיום שנוצרה העילה.

⁸ ר' לדוגמה ת"צ (מחוזי חי') 14-01-15623 גלוצברג נ' אסם השקעות בע"מ [נבו, 12.07.2015] (שימוש במילים "פיטנס שוקולד" כדי לתאר דגני בוקר המצופים שוקולד); ת"צ (מחוזי מרכז) 12-11-8111 ארגס נ' אסם תעשיות מזון בע"מ [נבו, 08.05.2014] (ארבע בקשות לאישור תובענות ייצוגיות שעניינן בציון המילה "שוקולד" על עוגות שוקולד וכדורי שוקולד); ת"צ (מרכז) 11-07-36086 חרסט נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה) ואח' [נבו, 19.09.2012]

דבר המבטיח שבנסיבות שתוארו לא יחויב העוסק בסופו של יום בפיצויים בסכומים ניכרים.⁹ הדבר מביא לכך שעוסקים יתפשרו בתביעות מסוג זה, או ישלמו סכומים ניכרים כדי להדוף אותן. בין כך ובין כך, הסיכון מייקר את עלותם של המוצרים. עלות הסיכון "מגולגלת" לכלל הצרכנים ומעלה את יוקר המחיה.¹⁰ הצעתנו נועדה למנוע נטל עודף זה.

הדרך המוצעת על ידנו כדי לבור את הבר מן התבן – לאפשר תביעות במקרים בהם נפגעה יכולת בחירה בעלת ערך כלכלי ולחסום תביעות בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה כאשר אין פגיעה כזו – היא דרישה להוכחת ערכה הכלכלי של יכולת הבחירה עבור הצרכנים שנפגעו משלילתה. הוכחה זו ניתנת לעשות על ידי הצגת נתונים על התנהגות הצרכנים. כאשר לכוח הבחירה ערך כלכלי עבור צרכנים, תביא שלילתו לשינוי בדפוס הצריכה שלהם. את השינוי בהתנהגות הצרכנית ניתן לחשוף באמצעות ניתוח אמפירי בסיסי, שיראה את השינוי בביקוש למוצר כתוצאה מחשיפת המידע. כאשר הניתוח יצביע על שינוי כזה, אות הוא שלכוח הבחירה היה ערך כלכלי. כאשר הניתוח לא יראה שינוי כזה, אות הוא שלכוח הבחירה לא היה ערך כלכלי.¹¹ פגיעה בכוח בחירה שאיש מן הצרכנים לא היה עושה בו שימוש שקולה לגרימת נזק לחפץ שאיש אינו משתמש בו ולא היה משתמש בו לעולם. מובן, שכאשר אף צרכן לא היה משנה את בחירתו גם אילו היה

("עניין חרטט") (17 תביעות ייצוגיות שעניינן במשלוח הודעת דיור לאחר שהתקבלה הסכמת המבקשים למשלוח, ותוך ציון העובדה שמדובר בדבר פרסומת; טענת המבקשים נגעה לכך שדבר היותה של הפניה בגדר פרסומת לא צוינה ב**כותרת** ההודעה); ת"צ (מחוזי מרכז) 58587-11-14 **לירן דדו נ' ברימאג דיגיטאל איג' בע"מ** [נבו, 12.09.2019] ("עניין ברימאג") (שבע תביעות ייצוגיות בהן נטען לתחושות שליליות של צרכנים עקב כך שלא צורפו למוצרי חשמל מדבקות אחריות); ת"צ (מחוזי ת"א) 15957-02-16 אלה מדיון נ' תפוז כתום שיווק אופנה בע"מ [נבו, 21.06.2018] ("עניין תפוז כתום") (אישור הסתלקות מבקשה לאישור תביעה ייצוגית בה נטען כנגד משלוח הודעות דיור, אף שמן הראיות עלה – אף שלא הוכרע נוכח ההסתלקות – שהמשיבה קיבלה את הסכמת הנמענים לדיוור (סעיף 38 לפסק הדין); גם עילת התביעה המשנית – הטענה הנוגעת לאפשרות של הנמענים להסיר את עצמם מרשימת התפוצה – הייתה בעייתית, הן בפן העובדתי והן בפן המשפטי – ר' סעיף 39 לפסק הדין); ר' עוד ת"צ (מחוזי ת"א) 58802-10-17 שחר דוד נ' קליית חממה מרקט (2014) בע"מ [נבו, 23.05.2019] ("עניין חממה מרקט") (אישור הסתלקות מבקשה לאישור תביעה ייצוגית שעניינה בציון סכנת החנק לילדים על גבי אריזות פיצוחים שנמכרו בתפוזרת, ולא ציינה את הרכבם התזונתי של פיצוחים; לעניין העדרו של כל נזק ממוני ר' פסקאות 24-25 לפסק הדין). ת"צ (מחוזי ת"א) 7161-12-12 פז הלפרין נ' ערוץ הופ! בע"מ [נבו, 04.04.2017] ("עניין פז הלפרין") (טענה כי צרכנים חוו תחושות שליליות משום שעל גבי אריזות תקליטורים לא צויין משך הזמן שניתן לצפות בהם; התביעה הייצוגית אושרה בראשי נזק אחרים).

⁹ עמית, ה"ש 1 לעיל, בעמ' 490-3 (סקירה תמציתית של סכומי הפיצוי שנפסקו במספר פסקי דין). ת"צ (מחוזי תל אביב-יפו) 32117-08-16 **גילמור נ' הנסיך מפעל ליצור טחינה בע"מ** [נבו, 26.02.2019]

¹⁰ ת"צ (מחוזי תל אביב-יפו) 32117-08-16 **גילמור נ' הנסיך מפעל ליצור טחינה בע"מ** [נבו, 26.02.2019] ("עניין גילמור"); "על התמריצים הראויים ליצרנים באשר להטמעת הליכי בקרת איכות וציות, על יוקר המחיה ועל טובת הצרכנים בעניינים אלו עוסקת החלטת זו" (עמ' 3).

¹¹ כעניין רעיוני, ניתן לסבור שעצם שלילת יכולת הבחירה על בסיס מידע מלא – אף אם לא שינתה את התנהגותו של אף אחד מן הפרטים מהם נשללה יכולת הבחירה המלאה – גורמת לנזק. ברם, כעניין כלכלי הנזק במקרה כזה, ערכו הכלכלי של הדבר שנשלל (יכולת בחירה), הוא אפס. ר' בפרק 0 ובפרק 1.a.i.1.0.0 להלן.

בידו המידע שצריך היה להיות בידו, הפגיעה באוטונומיה גם אינה מניבה רווח לעוסק. במקרים כאלה, אנו מציעים לשלול ממי שהאוטונומיה שלו נפגעה את הזכות לפיצוי בראש נזק זה. חשוב להדגיש, שעניינו של חיבור זה אינו בנזקים התוצאתיים שעלולים להיגרם כתוצאה מן הפגיעה באוטונומיה. הפגיעה באוטונומיה עלולה לגרום, בנוסף לעצם הפגיעה ביכולת הבחירה, גם לנזק תוצאתי. נזק זה עשוי להיות נזק פיזי או נזק כלכלי. לדוגמה, כאשר מוצר הכיל רכיבים שהצרכן היה אלרגי אליהם אך הדבר לא צוין על אריזת המוצר כנדרש, הנזק הגופני שנגרם לצרכן קשור סיבתית לפגיעה באוטונומיה. אילו צוינו הרכיבים האלרגניים כנדרש, לא היה התובע צורך את המוצר והנזק היה נמנע. נזקים אלה הם נזקים בני תביעה, ואיננו מציעים להגביל את זכות התביעה בגינם.

חשיבותה המעשית של הצעתנו היא בעיקר בהקשרן של תביעות ייצוגיות. כאשר מדובר בתביעה אינדיווידואלית, יישום ההצעה שלנו אינו נדרש. בתביעה של יחיד (או של מספר תובעים מזוהים), די לאותו תובע שיעיד כי הוא עצמו שינה את התנהגותו הצרכנית בעקבות החוסר במידע. היינו, שאילו סופק לו המידע שנשלל ממנו, היה בוחר בחירה אחרת. אם בית המשפט נותן אמון בעדות זו, די בה כדי לבסס את ערכה הכלכלי של אפשרות הבחירה. יתר על כן: אם בית המשפט נותן אמון בעדות, הרי שבכך מבסס התובע גם את הקשר הסיבתי בין הפגיעה באוטונומיה לתוצאה המזיקה (הנזק התוצאתי), שהרי משמעה של העדות שאלמלא נשללה מן התובע זכות הבחירה – היתה התוצאה הצרכנית אחרת. השאלה האם צרכנים אחרים, שאינם צד להליך, שינו גם הם את התנהגותם אינה נדרשת במקרה כזה במישורין להליך.¹² לעומת זאת, כאשר עסקינן בתביעה ייצוגית – תביעה במסגרתה מייצג אחד מחברי הקבוצה את כלל חבריה שאינם נוטלים חלק פעיל בהליך – השאלה החשובה נוגעת לשווי הכלכלי של אפשרות הבחירה עבור כלל חברי הקבוצה.¹³ במקרים אלה, ניתוח אמפירי הוא הכלי הנכון למתן מענה לשאלת ערכה הכלכלי של אפשרות הבחירה שנשללה מחברי הקבוצה.

¹² השאלה עשויה להיות רלוונטית לצורך הערכת כוונותיו של העוסק (בנסיבות בהן כוונת העוסק רלוונטית). היא עשויה להיות רלוונטית גם כאינדיקציה לכנות עדותו של התובע. טענת התובע עשויה להיתפס כאמינה פחות אם איש מן הצרכנים האחרים לא שינה את התנהגותו כתוצאה מן הפגיעה באוטונומיה. אך מדובר באינדיקציה עקיפה לנכונות טענת התובע, לא במידע הדרוש כדי להכריע במישורין אם נפגעה יכולת בחירה בעלת ערך כלכלי.

¹³ בהקשר קרוב מאוד – תביעות ייצוגיות בהן נטען להטעיה של צרכנים – הביא הקושי לווייתור של הפסיקה על הדרישה להוכחת ההטעיה בפועל של הצרכנים. ר' דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, *חברה ישראלית לתקשורת בע"מ*, נז(6) 385 (2003) ("עניין ברזני"), ע"א 458/06 עו"ד יובל שטנדל נ' חברת בזק בינלאומי בע"מ [נבו, 06.05.2009]. לעניין ההרחבה בחוק תובענות ייצוגיות לעומת המצב ששרר לפני חקיקתו (עת ניתן פסק הדין בעניין ברזני) בכל הקשור לעילות בהן ניתן לנהל תביעה ייצוגית, ובעיקר באשר לעילה הצרכנית, ר' אלון קלמנט, *קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006*, הפרקליט מט, 131, 134-135, תשס"ז. על הקירבה בין עילת ההטעיה הצרכנית לפגיעה באוטונומיה ר' ת"צ (מחוזי מרכז) זאב גרוס נ' ויליפוד אינטרנשיונל בע"מ [נבו, 05.05.2014] ("עניין ויליפוד"), בסעיפים 23-33.

בהקשרן של תובענות ייצוגיות צרכניות, משמעותו המעשית של הכלל המוצע היא שלא יותר כלל לנהל תובענות ייצוגיות בהן נתבע סעד בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה בלא הוכחה ראשונית של השינוי בביקוש.¹⁴ אנו מציעים שהמבקש בבקשה לאישור התובענה כייצוגית יחויב לצרף לבקשת האישור חוות דעת המראה את השינוי בהתנהגות של חברי הקבוצה או של חלקם.¹⁵ אימוץ הצעתנו יצמצם את מספר התביעות הלא רצויות שעניינן פגיעה באוטונומיה, בלא לפגוע בתביעות הרצויות מבחינה חברתית. לשם הקיצור והנוחות, נתייחס בחיבור זה בדרך כלל ל"תובע ייצוגי" ול"תביעה ייצוגית" גם כאשר נתמקד בשלב הראשון של ההליך הייצוגי – הוא השלב בו מתבקש בית המשפט לאשר את ניהול התובענה כייצוגית.¹⁶

המבנה של חיבור זה יהיה כדלקמן: בפרק א נסקור את דוקטרינת הפגיעה באוטונומיה, את התפתחותה לאורך השנים, ואת השימוש בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה במסגרת תביעות ייצוגיות צרכניות. בפרק ב נציג ניתוח כלכלי חדש של נזק לאוטונומיה הנובע מאי גילוי מידע לצרכנים. בפרק ג נפרט את הצעתנו לשינוי, ונדון בהצדקות לה. בפרק ד נדון בשני קשיים שהצעתנו עשויה לעורר – הקושי העקרוני של שלילת פיצוי בגין פגיעה בערכה האינטרינזי של האוטונומיה, וקושי מעשי הכרוך בזיהוי התגובה הצרכנית. לאחר מכן, נסכם.

א. תביעות ייצוגיות צרכניות בגין פגיעה באוטונומיה – התפתחות הדין

1. הטעיה הצרכנית והתביעה הייצוגית

פגיעה באוטונומיה היא פגיעה באפשרות של אדם להפעיל את כוח הבחירה שלו.¹⁷ במקרים קיצוניים, יכולה הפגיעה באוטונומיה להיעשות על ידי כפייה פיזית של אדם לבצע פעולה מסוימת (כך שנשללת לגמרי אפשרותו לבחור באלטרנטיבות), או על ידי צמצום פיזי של חלק מאפשרויות

¹⁴ שכן תנאי לאישורה של תביעה כייצוגית הוא שקיים סיכוי סביר שהשאלות המשותפות של עובדה או משפט תוכרענה לטובת הקבוצה (סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות).

¹⁵ תובענה ייצוגית מתנהלת בשני שלבים: תחילה יש לאשר את ניהולה ככזו. לאחר מכן, אם אושר ניהול התביעה כתביעה ייצוגית, מתנהלת התביעה גופה. ר' סעיפים 4, 5 ו-8 לחוק תובענות ייצוגיות, ותקנות 2 ו-10-5 לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע – 2010.

¹⁶ בשלב זה אין מדובר, כעניין פורמאלי, ב**תובע** ייצוגי אלא ב**מבקש**, העותר לאשר את תביעתו כתביעה ייצוגית. בדומה, בשלב זה אין מדובר בתביעה ייצוגית אלא בבקשה לאשר תביעה כייצוגית (ר' סעיפים 4, 5 ו-8 לחוק תובענות ייצוגיות).

¹⁷ על מהותה של האוטונומיה והפגיעה בה ר' עמנואל קאנט **הנחת יסוד למטאפיזיקה של המידות** 115 (יהודה מלצר עורך, חנן אלשטיין מתרגם 2010), Arthur Ripstein, *Force and Freedom: Kant's Legal and Political*, 251, 255-256 (1984), אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה**, 251-254 (2014), בג"ץ 6427/02 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מנסת ישראל**, ס"א(1) 619, 780-1 (בפסק דינו של השופט א' לוי). בהקשר הקונקרטי של הפגיעה באוטונומיה כראש נזק במסגרת עוולת הרשלנות ר' ע"א 2781/93 **מייאסה עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה**, נג(4) 526 (1999) ("**עניין דעקה**"), בפסקאות 14-20 לפסק דינו של השופט אור (ור' גם סעיפים 12-13 לפסק דינה החולק של השופטת בייניש, וסעיפים 28-30 ו-34 לפסק דינה החולק של השופט שטרסברג-כהן).

הבחירה העומדות בפניו.¹⁸ פגיעות מסוג זה מטופלות על פי רוב על ידי הדין הפלילי ועל ידי עוולות נזיקיות פרטניות. כך, למשל, כפייתו הפיזית של אדם לפעול באופן מסוים תעלה פעמים רבות כדי תקיפה, כליאת שווא וכיוצ"ב.¹⁹ גם איום על אדם שיביאו לבחור בדרך פעולה מסוימת אסור, ומטופל באופן פרטני על ידי הדין הפלילי ועל ידי פקודת הנזיקין.²⁰ במקרים כאלה, האוטונומיה של הפרט מוגנת באמצעות כלל ספציפי. הפרת הכלל היא עוולה (ועל פי רוב גם עבירה פלילית), וכפועל יוצא זכאי הנפגע מן העוולה לפיצוי עבור הנזק שנגרם לו כתוצאה ממנה.²¹ ענייננו אינו במקרים אלה. ענייננו במקרים אחרים, בהם נשלל מאדם מידע הדרוש לו לשם בחירה מושכלת בין אלטרנטיבות. היינו, במקרים בהם אפשרויות הבחירה של הנפגע לא צומצמו, אך יכולתו לבחור באופן מושכל בין האפשרויות העומדות בפניו נפגעה.

הפגיעה באוטונומיה בה עסקינן – שלילת אפשרות הבחירה על בסיס מידע מלא – יכולה להיעשות בהקשר הצרכני בשני אופנים: ראשית, הפגיעה יכולה להיעשות על דרך של החסרת מידע. היינו, על דרך של אי מסירתו של מידע שהייתה חובה למוסרו.²² כך יקרה, לדוגמה, במקרה שבו לא צוינה על אריזתו של מוצר כמות הסוכר שבו על אף החובה הקבועה בדין לציין את הכמות.²³ שנית, הפגיעה יכולה להיעשות על דרך של מסירת מידע מוטעה. כך יהיה, לדוגמה, כאשר מצוינת כמות לא נכונה של סוכר במוצר, או כאשר מצוין על מזון שהוא כשר אף שאינו כשר. לענייננו של הטיעון המרכזי בחיבור זה, שתי קבוצות המקרים רלוונטיות באותה מידה. הן אי מסירת מידע שחובה למוסרו והן מסירת מידע שגוי (גם אם אין חובה למסור את המידע) שוללות מן הצרכנים את האפשרות להחליט את החלטותיהם על בסיס המידע שאמור להיות ברשותם. עם זאת, חשוב לעמוד על הבדל מרכזי בין שתי קבוצות המקרים. הבדל זה נעוץ בצורך להצביע על מקור המקום חובה למסירת המידע. כאשר עסקינן בפגיעה באוטונומיה על דרך של אי מסירת מידע, נדרשת התובעת לעגן את החובה למסור את המידע.²⁴ אם מי שלא מסר את המידע

¹⁸ באופן דומה, המשפט הפלילי דורש מהתביעה להוכיח כי הנאשם פעל תוך רציה, כלומר שהיה בידו לבחור בין ביצוע העבירה לבין הימנעות ממנה (ר' סעיף 134 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 ("חוק העונשין")).

¹⁹ ר' סעיפים 377-378 לחוק העונשין, וסעיפים 23 ו-26 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] ("פקודת הנזיקין").

²⁰ סעיף 428 לחוק העונשין וסעיף 23 לפקודת הנזיקין. ר' גם עמית, ה"ש 1 לעיל, בעמ' 474.

²¹ סעיף 3 לפקודת הנזיקין.

²² רע"א 2837/98 ארד נ' בוק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, נד(1) 600, 607 (2000) ("הטעיה יכולה ללבוש שתי צורות: האחת, הטעיה במעשה על דרך של מצג שווא הכולל פרטים שאינם תואמים את המציאות; השנייה, הטעיה במחדל, קרי: אי-גילוי פרטים מקום שיש חובה לגלותם"). חוק הגנת הצרכן אוסר על הטעיית צרכנים (ס' 2 לחוק), ומטיל על העוסק חובה גילוי יזומה במקרים מסוימים (ס' 4 לחוק). ר' גם רע"א 3530/21 אופטיקה הלפרין בע"מ נ' כוכבה זיס [נבו, 03.03.2022] ("עניין זיס"), בסעיפים 14-15 לפסק הדין (בהקשר של גילוי הנוגע להשכלתם של המבצעים בדיקות ראייה והכשרתם), ות"צ (מחוזי מרכז) 54050-08-18 לשינסקי נ' צ'מפיון מוטורס בע"מ [נבו, 30.08.2020] (אישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית שעניינה בטענה לאי גילוי על תקלת בטיחות סדרתית ברכבים).

²³ ר' תקנה 4(א)(7) לתקנות הגנה על בריאות הציבור (מזון) (סימון תזונתי), תשע"ח – 2017.

²⁴ לעתים, הדין המעגן את חובת מסירת המידע הוא דין ספציפי הקובע חובה למסור את פרט המידע המדובר. כך, לדוגמה, חוק המכר (דירות), תשל"ג – 1973, קובע (בסעיף 2 שבו) חובת מסירת מפרט והוראות תחזוקה ושימוש;

אינו חייב למוסרו, אי מסירתו של המידע אינה מעשה עוולה, וממילא לא ניתן יהיה לזכות בפיצוי בגין אי מסירת המידע. לעומת זאת, כאשר עסקינן במסירת מידע שגוי, עצם מסירתו של המידע עלולה להיות מעשה עוולה גם אם אין על המטעה כל חובה למסור את המידע. לשם הנוחות, נתייחס בהמשך חיבור זה במונח "הטעיה" לתיאור שתי קבוצות המקרים. היינו, הן למסירתו האקטיבית של מידע שגוי, והן לאי מסירתו של מידע שחובה על פי דין למוסרו.²⁵

ההקשר הצרכני הוא הקשר מועד להטעיה (משני הסוגים). עוסקים המתקשרים במספר רב של עסקאות דומות או זהות עם מספר רב של צרכנים עשויים להגדיל באופן ניכר את רווחיהם על ידי הטעיית צרכנים, בין במעשה ובין במחדל. הטעיית צרכנים עשויה להגדיל את הביקוש למוצר או לשירות שמספק העוסק. הגידול בביקוש מאפשר לעוסק המטעה לגבות סכום גבוה יותר עבור מוצריו, להגדיל את הכמות הנמכרת, או שניהם. ההטעיה מקטינה את המעבר של לקוחות לצריכת מוצרים ושירותים מתחרים.²⁶ לעוסק יש אפוא תמריץ מובנה להטעות צרכנים.

ברגיל, זכות התביעה של הנפגע מעולה מרתיעה את הפוגע – העוסק, בהקשר בו עסקינן – מביצוע העוולה. אלא שכאשר ההטעיה מתבצעת כלפי ציבור גדול ולכל אחד מיחיד הציבור נגרם נזק קטן באופן יחסי, לאיש מן הצרכנים לא יהיה כדאי לשאת בעלויות הכרוכות במיזוי זכויותיו. על כן, תביעות אישיות אינן צפויות להיות מוגשות על ידי הנפגעים מן ההטעיה. היות שהעוסקים מרוויחים רווח ניכר מן הפגיעה בצרכנים מחד, ואינם צפויים לתת את הדין על ההטעיה (למצער, בחלק גדול מן המקרים) מאידך, נוצר תמריץ יתר להטעות. התביעה הייצוגית הצרכנית מאזנת תמריץ זה. היא מתמרצת כל אחד מיחיד הקבוצה לאמץ, בנסיבות המתאימות,

חוק חוזה הביטוח, תשמ"א – 1981 קובע (בסעיף 3 שבו) חובה כללית להבליט תנאים וסייגים לחבות המבטח; חוק הגנת הצרכן קובע חובה כללית למסור לצרכן מידע מהותי וסוגים נוספים של מידע (סעיף 4 לחוק); חוק המכר, תשכ"ח – 1968 קובע (בסעיף 16 שבו) חובה כללית למסור מידע על אי התאמה; וכד'. לעתים, מקור החובה למסור את המידע הוא איסור כללי על הטעיה במחדל (ר' ס' 15 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973 ("חוק החוזים"); סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן). גם במקרים בהם קיים איסור על הטעיה במחדל נדרשת התובעת לעגן את החובה למסור את המידע שלא נמסר. להרחבה ר' גבריאלה שלו ואפי צמח, **דיני חוזים** 387 (2019). ר' גם ע"א 11/84 רבינוביץ נ' שלב - הקואופרטיב המאוחד להובלה בע"מ, מ(4) 533 (1986), פס' 7 לפסק הדין של הנשיא שמגר.

²⁵ השימוש במונח "הטעיה" לשתי קבוצות המקרים - הטעיה במעשה והטעיה במחדל - אינו ייחודי לחיבור זה. גם סעי' 15 לחוק החוזים קובע כי "הטעיה - לרבות אי-גילויין של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן". בהקשר הצרכני, ר' סעי' 2(א) לחוק הגנת הצרכן; ע"א 10085/08 **תנובה - מרכז שיתופי נ' עזובן המנוח תאופיק ראבי ז"ל** [נבו, 04.12.2011] ("עניין תנובה השני") בעמ' 48 (פסקה 36 לפסק דינה של השופטת חיות); רע"א 2837/98 **ארד נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ**, ה"ש 22 לעיל.

²⁶ יובל פרוקציה ואלון קלמנט, **הסתמכות, קשר סיבתי ונזק בתובענות ייצוגיות בגין הטעיה צרכנית, עיוני משפט** לז 7, 10 (2017): "מצגישווא בתחום הצרכני מיועדים להציג את העסקה באור חיובי יותר מנקודת מבט של הצרכן מכפי שהיא בפועל. המציג מבקש להגדיל את הביקוש למוצר, ולכן נלווית בדרך-כלל גם עלייה במחירו." לדיון רחב יותר בנקודה זו ר' פרקים 0 ו-0, להלן.

את ריבה של הקבוצה ולנהל תביעה בשם כל יחידה.²⁷ התמריץ שנוצר להגשת התביעה מרתיע עוסקים, וגורם להם להפנים טוב יותר את העלות החברתית של התנהגותם.²⁸ התביעה הייצוגית מקדמת גם את הצדק החלוקתי בכך שהיא מביאה כדיעבד, כאשר בוצעה הטעיה, לכך שהעוסק ישיב את רווחיו הפסולים לצרכנים מהם הופק הרווח.²⁹ על כן, בהקשר הצרכני התביעה הייצוגית חיונית הן כדי להרתיע עוסקים לכתחילה מהטעיית צרכנים והן כדי להבטיח בדיעבד שכאשר בוצעה הטעיה, יפוצו הנפגעים ממנה. על רקע זה, נפנה לתאר את ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה, את התפתחותו בדין הישראלי, ואת האופן בו השפיע על תביעות ייצוגיות צרכניות.

2. הורתו של ראש הנזק

הורתו של ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה בפסק הדין בעניין דעקה, שעסק במקרה של פגיעה גופנית.³⁰ באותו מקרה הייתה התובעת אמורה לעבור ניתוח ברגלה. רק לאחר שקיבלה תרופות הרגעה וטשטוש לקראת הניתוח, כאשר הייתה במצב שאינו מתאים לקבלת החלטה, הוחתמה התובעת על טופס הסכמה לביצוע ביופסיה בכתף (שהרופאים סברו כי היא דחופה יותר מן הניתוח ברגל שהתובעת הייתה אמורה לעבור).³¹ אחד מסיכונים הביופסיה בכתף – "קפיאה" של הכתף – התממש. אך התממשות הסיכון לא נבעה מהתרשלות של הרופאים בטיפול. מדובר היה בסיכון אינהרנטי לניתוח.³² בתביעה נטען, בין היתר, כי מכיוון שלא סופק לתובעת מידע מלא על אודות הניתוח, הסכמתה לניתוח לא הייתה הסכמה מדעת.³³ אלא שעל פי הכללים הרגילים, קשה היה לפסוק לתובעת באותו מקרה פיצוי. כדי לזכות בפיצוי על התובע להוכיח שלושה יסודות: עוולה, נזק, וקשר סיבתי בין העוולה לנזק.³⁴ שני היסודות הראשונים לא עוררו קושי מיוחד בעניין דעקה. כאמור, הפעלת הכוח נעשתה אמנם בהסכמת התובעת, אך הסכמה זו היתה פגומה. ולתובעת נגרם

²⁷ חוק תובענות ייצוגיות, סעיף 1(1). רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 783, 744 (1996); ע"א 345/03 רייכרט נ' יורשי המנוח משה שמש ז"ל, סב(2), 437 (2007) ("עניין רייכרט"), בפסקה 6 לפסק דינה של השופטת בייניש; דנ"מ 5519/15 יוסף אחמד יונס נ' מי הגליל נ' תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ [נבו, 17.12.2019], בפסקה 34 לפסק דינה של השופטת חיות; רע"א 3698/11 שלמה תחבורה (2007) בע"מ נ' ש.א.מ.ג.ר. שירותי אכיפה בע"מ [נבו, 06.09.2017], בפסקה כ' לפסק דינו של הושפט רובינשטיין.

²⁸ טצת נ' זילברשץ, ה"ש 27 לעיל. ר' גם סעיף 1(2) לחוק תובענות ייצוגיות.

²⁹ סעיף 1(3) לחוק תובענות ייצוגיות. עניין רייכרט, בפסקאות 8-9 לפסק דינה של השופטת בייניש; דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ [נבו, 04.07.2021] ("עניין זליגמן"), בפסקה 146 לפסק דינו של השופט מלצר; סיני דויטש עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית – סיכום ביניים ומבט לעתיד, שערי משפט ד 9, 22 (תשס"ה-תשס"ו). ה"ש 17 לעיל.

³¹ שם, בעמ' 538 ובעמ' 548-50.

³² שם.

³³ שם, בפסקאות 1-2 לפסק דינה של השופטת בייניש.

³⁴ ר', מכלל רבים, ע"א 434/94 ברמן, קטינה באמצעות הוריה ואח' נ' מור – המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 20; דנ"א 4693/05 ביי"ח כרמל-חיפה נ' עדן מלול, סד(1) 533 (2010) בפסקה 11 לפסק דינו של המשנה לנשיאה, השופט ריבלין (שם נאמרו הדברים בהקשר של נטל ההוכחה של היסודות).

נזק גוף בדמות פגיעה בכתף. אלא שהיסוד השלישי – הקשר הסיבתי – לא בוסס. התובעת לא הוכיחה באותו מקרה שהייתה מסרבת לעבור את הניתוח לו סופק לה המידע על סיכוניו. בית המשפט אף קבע ש –

יש להניח במידת ודאות גבוהה ביותר שהביופסיה הייתה מתבצעת בהסכמת המערעת, גם אם כל העובדות הרלוונטיות לצורך קבלת הסכמתה היו מובאות לידעתה. האפשרות, או הסיכויים שלא הייתה מסכימה לכך, הינם, לדעתי, קלושים ביותר, אם לא אפסיים ממש.³⁵

ממילא, נשלל הקשר הסיבתי בין העוולה – אי מסירת המידע שהייתה חובה למסור – לנזקי הניתוח. בהעדר אפשרות לפסוק לתובעת פיצויים בגין נזקי הניתוח עצמם, יצר בית המשפט ראש נזק חדש, פגיעה באוטונומיה, במסגרתו נפסק לתובעת פיצוי.

במידה רבה, שימש ראש הנזק החדש כתחליף לניתוח ההתנהגות במסגרת עוולת התקיפה.³⁶ הסכמתה של התובעת לפרוצדורה שבוצעה בגופה הייתה הסכמה פגומה מכיוון שניתנה בשעה שהתובעת לא יכלה להבין כראוי את המידע שנמסר לה בדבר הסיכונים ולעבדו לשם קבלת החלטה, שכן התובעת הייתה מטושטשת. על כן, ניתן היה לנתח את המקרה באספקלריא של עוולת התקיפה ולדון בהתקיימות יסודותיה.³⁷ יצירת ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה אפשרה לבית המשפט לפסוק לתובעת פיצוי בלא להטיל על רופאה, שפעלו מתוך כוונה כנה לרפאה ולהועיל לה, את הסטיגמה של תוקפים.³⁸

3. הרחבת השימוש בראש הנזק להקשר הצרכני

כארבע שנים אחרי שניתן פסק הדין בעניין דעקה הרחיב בית המשפט העליון בעניין תנובה הראשון את היקף פרישתו של ראש הנזק.³⁹ באותו מקרה הוסיפה חברת תנובה סיליקון לקרטוני חלב עמיד 1% שומן מתוצרתה, בלא שיידעה על כך את הצרכנים, בניגוד לחובתה על פי הדין.

³⁵ עניין דעקה, ה"ש 17 לעיל, בפסקה 7 לפסק דינו של השופט אור. השופט ביניש סברה שהוכח קשר סיבתי בין אי הגילוי לנזק (ר' בעמ' 556-7), אך רוב חברי ההרכב הצטרפו לפסק דינו של השופט אור.

³⁶ בא כוחה של התובעת אף טען במפורש (במסגרת הערעור, אם כי לא במסגרת כתב התביעה), שיש לדון בעוולה זו (ר' בעמ' 540, בפסקה 3 לפסק דינה של השופטת ביניש).

³⁷ ר' ע"א 560/84 נחמן נ' קופת חולים של הסתדרות העובדים בארץ ישראל, מ(2) 384, בעמ' 387; ע"א 3108/91 רייבי נ' וייגל, מז(2) 497.

³⁸ לשאלה מדוע אין להידרש לעוולת התקיפה ניתנו תשובות שונות. השופטת ביניש קבעה במפורש כי "השימוש שנעשה בעוולת התקיפה בקשר לטיפול רפואי מעורר הסתייגות לא מעטה, בין היתר, בשל חוסר הנוחות הנובע מייחוס התנהגות אנטי-חברתית אשר מודבקת עליה תווית של מעשה זדון, לטיפול רפואי שכל כולו מיועד לסייע לזולת" (עניין דעקה, ה"ש 17 לעיל, פסקה 6 לפסק דינה). השופט אור, שכתב – כאמור לעיל – את פסק הדין לו הסכימו רוב חברי ההרכב, קבע שמכיוון שבכתב התביעה לא נטען לתקיפה, אין צורך להכריע בשאלה אם התקיימו יסודותיה של עוולה זו (עמ' 560).

³⁹ ע"א 1338/07 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל נ' תופיק ראבי, נז(4) 673 (2003).

אף שלא ניתן היה להוכיח שהסיליקון פגע בפועל במי שצרך אותו, קבע בית המשפט כי החדרתו של הסיליקון לחלב בלא יידוע הצרכנים בדבר פוגעת באוטונומיה של הצרכן.⁴⁰

פסק הדין **בעניין תנובה הראשון** הרחיב את השימוש בראש הנזק להקשר הצרכני.⁴¹ מן הבחינה העיונית, בית המשפט **בעניין תנובה הראשון** לא נדרש להפוך הלכה פסוקה קודמת. עוד כאשר יוחד ראש הנזק למקרים בהם הפעיל הנתבע כוח על גופו של התובע במסגרת טיפול רפואי, עמדו בתי המשפט ומלומדים על ההבחנה העיונית בין הפגיעה הפיזית עצמה לבין הפגיעה באוטונומיה של הנפגע.⁴² היו שעמדו אף על האפשרות של השימוש בראש הנזק בהקשרים נוספים.⁴³ אך כעניין פרקטי הצטמצם השימוש בעילה למקרים בהם נגרמו לתובע נזקי גוף. הרחבת השימוש להקשר הצרכני ביטלה את הדרישה לפגיעה כזו. כפי שנסביר מיד, הדבר פתח את השער להצפה של בתי המשפט בתביעות בראש הנזק האמור.

4. ראש הנזק והתביעה הייצוגית

כעניין דוקטרינרי, ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה הוא ראש נזק עצמאי לא ממוני (במסגרת עוולת הרשלנות).⁴⁴ מכיוון שמדובר בראש נזק לא ממוני, התובע יכול לזכות בפיצוי גם בלא כימות הנזק שנגרם לו כתוצאה מן העוולה.⁴⁵ מאפיין זה מצטרף לשני מאפיינים נוספים והופך את

⁴⁰ שם, בפסקאות 10-11 לפסק דינה של השופטת נאור. הקביעות בפסק הדין אושררו בערעור על פסק הדין שניתן בתיק העיקרי – **עניין תנובה השני**, ה"ש 25 לעיל, בפסקה 8 לפסק דינה של השופטת חיות. לעניין העדרו של נזק ר' גם פסקה 8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

⁴¹ אסף יעקב, **דא עקא דעקה – גלגוליה של פגיעה באוטונומיה, משפטים מב**, 5 (תשע"ב), בסמוך לה"ש 160; שיר ויסנברג, **פניה המשתנות של הפגיעה באוטונומיה בדיני הנזיקין, משפטים מב**, 833, 7-836 (2018); ; אסף יעקב ויוני לבני, **הקפיצה הגדולה – על גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה, עיוני משפט** לז', 437, 9-438 (2015), בה"ש 4 ו-13 ובטקסט הנלווה; פרוקצ'יה וקלמנט, ה"ש 26 לעיל, 37.

⁴² ר' **עניין דעקה**, ה"ש 17 לעיל, בעמ' 581. ר' גם גילי 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, 268-267 (תשס"ז): "...עד שניתן פסק הדין בעניין **עלי דעקה** בסוף שנות התשעים, לא הכיר המשפט הישראלי בזכותם של חולים לפיצוי ממשי על עצם הפגיעה בזכות לאוטונומיה. חולה שזכותו לאוטונומיה הופרה כאי היה לפיצוי ממשי רק אם הוכיח שנגרם נזק גוף או נזק ממשי אחר עקב הטיפול הרפואי. משניתן פסק הדין בעניין **עלי דעקה** בא מצב דברים זה על תיקונו". ר' גם בעמ' 270 (בדיון בפסקי הדין של השופטים אור ושרסברג כהן), וכן בעמ' 271 – 285, לדיון בדרכים האפשריות השונות להערכת הפיצוי בשים לב לתובנה זו.

⁴³ צחי קרן-פז, **פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות, המשפט** יא 187, 189, 190 – 202 (תשס"ז) (לעניין ההבחנה בין שלילת כוח הבחירה לבין תוצאת הבחירה או הפעולה, והאפשרות של פגיעה באוטונומיה ללא שהתוצאה שונה מן התוצאה שהיתה מתרחשת אלמלא הפגיעה, או אף כאשר התוצאה בפועל עדיפה על האפשרות האחרת). עם זאת יש להבחין שגם במאמר זה המיקוד הוא בפגיעה גופנית ובתוצאותיה.

⁴⁴ **עניין דעקה**, ה"ש 17 לעיל, בפסקה 28 לפסק דינו של השופט אור. פרוקצ'יה וקלמנט, ה"ש 26 לעיל, בעמ' 37 (2017); ת"א (מחוזי חי') 195/01 **גיל אימפורט בע"מ נ' מדינת ישראל – אגף המכס** [נבו, 23.10.2008], בפסקה 48 לפסק הדין. לדיון בשאלת סיווג הנזק של הפגיעה באוטונומיה ר' עמית, ה"ש 1 לעיל, בעמ' 470-4.

⁴⁵ יעקב ולבני, ה"ש 41 לעיל, בעמ' 438 (הכותבים מתמקדים בכימות של נזקי גוף). לעניין סכומי הפיצויים הנפסקים בפועל ר' ויסנברג, ה"ש 41 לעיל, בעמ' 70-869.

ראש הנזק לאטרקטיבי כבסיס לתביעה מנקודת ראותם של תובעים. ראשית, בכל הקשור להוכחת העוולה, מלאכתו של התובע הופכת קלה יחסית. כאשר הדין מקים חובה להעמיד מידע לרשות הצרכן, עולה שלילתו של המידע לפגיעה אסורה באוטונומיה.⁴⁶ על כן, הוכחת ההתנהגות העוולתית הופכת פשוטה וטכנית – די להצביע על חובה שלא קיימה. שנית, גם בכל הקשור לכימות הנזק ולהוכחתו אין על התובע לטרוח יתר על המידה, משום שכאמור, ההכרה בראש הנזק הלא ממוני מחייבת מניה וביה ויתור על הדרישה לכימות הנזק. ושלישית, ההכרה בראש הנזק מקלה על התובע גם בכל הקשור להוכחת הקשר הסיבתי בין העוולה לנזק. משאין על התובע להוכיח את שיעור נזקו, ודאי שאין הוא נדרש להצביע על קשר סיבתי בין העוולה לנזק ולגובהו.⁴⁷ הטוען לפגיעה באוטונומיה פטור אפוא מהוכחת חלק גדול מן היסודות שנפגע "רגיל" נדרש להוכיח. כל שנדרש התובע להוכיח כתנאי לקבלת פיצוי בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה הוא שהופרה חובה הנוגעת למסירת מידע או לאופן בו יימסר.⁴⁸

כפועל יוצא של הקלות בה קמה הזכאות לפיצוי בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, משמשת התביעה בראש נזק זה במקרים רבים כתחליף לכימות הנזק מעוולה ולהוכחתו.⁴⁹ כאשר בוצע מעשה עוולה אך התובע אינו יכול להוכיח את נזקם של הנפגעים או לכמתו, או אינו רוצה לשאת בעול הכרוך בכך, טוען התובע לפגיעה באוטונומיה. לדוגמה, נניח שעוסק לא סימן – בניגוד לחוק – את ערכו התזונתי של מוצר מזון.⁵⁰ בכך ביצע העוסק עוולה של הפרת חובה חקוקה, דבר המקים לנפגעים מן העוולה זכות לפיצוי. דרך המלך לקבלת הפיצוי היא הוכחת הנזק שנגרם לנפגעים והוכחת הקשר הסיבתי בינו לבין העוולה.⁵¹ הנזק הקשור סיבתית לעוולה עשוי ללבוש צורות שונות: ייתכן שחלק מן הצרכנים נפגעו פיזית משום שצרכו רכיב מזון חרף רגישותם לאותו רכיב; ייתכן שחלק מן הצרכנים חוו פגיעה כלכלית, משום ששילמו עבור המוצר מחיר גבוה יותר משהיו מסכימים לשלם עבורו אילו היה בידם המידע על רכיבו (לדוגמה, משום שהם מעדיפים

⁴⁶ לסקירת גישות אפשריות שונות בספרות הפילוסופית ביחס לשאלה האם החסרת מידע שוללת את האוטונומיה של האדם או פוגעת בה ר' יעקב, ה"ש 41 לעיל, בעמ' 9-14.

⁴⁷ למצער לא בהקשרן של תביעות ייצוגיות. ור' עניין גורי, ה"ש 1 לעיל, בפסקה 27 לפסק דינו של השופט עמית; ע"א 8037-06 שי ברוילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ, סז(1) 410 ("עניין פריניר"), בפסקה 36 לפסק דינו של השופט מלצר; ע"א 8126/07 עזבון המנוחה ברווריה צבי נ' ביה"ח ביקור חולים [נבו, 03.01.2010] ("עניין ברווריה צבי"), פסק דינו של השופט ריבלין (עמ' 32): "הפגיעה באוטונומיה נתייחדה לא רק בשל שיש לסווגה כעוולה חוקתית, כי אם גם בשל שבלבושה הקיים מאפשרת היא להתגבר על קשיים בקביעת הקשר הסיבתי שבין ההתנהגות הפסולה לבין הנזק שבא בשלה"; יעקב ולבני, ה"ש 41 לעיל, בעמ' 438; פרוקצ'יה וקלמנט, ה"ש 26 לעיל, בעמ' 37.

⁴⁸ עניין דעקה, ה"ש 17 לעיל; עניין ברווריה צבי, לעיל, בפסקה 43 לפסק דינו של השופט דנציגר. עמית, ה"ש 1 לעיל, בעמ' 473: "...אלא שבניגוד לראשי נזק אחרים, הפגיעה באוטונומיה אינה מצריכה קשר סיבתי במובן של סיבתיות החלטה. דומה כי כאן טמון שורש אי-הבהירות בנוגע לסיווגה של הפגיעה באוטונומיה, אשר לאמתו של דבר משמשת כתפקיד משולש: היא גם העילה (הגם שלהלכה העילה היא רשלנות או הפרת חובה חקוקה), היא גם כורכת בחובה את הקשר הסיבתי וגם מהווה את הנזק".

⁴⁹ ור' ויסנברג, ה"ש 41 לעיל, בעמ' 837-846.

⁵⁰ תקנה 3 לתקנות הגנה על בריאות הציבור (מזון) (סימון תזונתי), התשע"ח-2017.

⁵¹ ר' סע' 63 (א) לפקודת הנזיקין. ור' גם את פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה בעניין תנובה הראשון, ה"ש 39 לעיל.

שלא לצורך רכיבים מן החי, והמוצר הוצג ככזה שאינו מכיל רכיבים כאלה; ייתכן שחלק מן הצרכנים טעו לחשוב כי תוקפו של המוצר יפוג רק זמן רב לאחר רכישתו, שכן הוצג כמכיל חומרים משמרים, וגילו בדיעבד שאין באפשרותם לצורך את המוצר משום שהתקלקל; ועוד. הצד השווה לנזקים אלה הוא שתנאי לקבלת פיצוי עבורם הוא כימות הנזק (ולמצער אמידתו בקירוב) והוכחתו.⁵² עילת התביעה של פגיעה באוטונומיה מאפשרת "לעקוף" את העול הראייתי הכרוך בכימות הנזק שנגרם כתוצאה מן העוולה ובהוכחתו. התובע יכול להסתפק בהוכחת הפגיעה באוטונומיה עצמה (מעשה עוולה ששלל מידע), ובכך להניח תשתית שעשויה להספיק לחיובו של הנתבע בפיצוי על בסיס אומדנה.⁵³

הקלות של ביסוס תביעה בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה מושכת במיוחד בהקשרן של תובענות ייצוגיות. לתובע הייצוגי אין, פעמים רבות, מידע המאפשר לו לכמת את הנזק לחברי הקבוצה, והגשת התביעה בראש הנזק האמור מאפשרת להתגבר בקלות על קושי זה. במבט לאחור, אין זה מפתיע ש"למן פרשת תנובה חל גידול עצום במספר התובענות הייצוגיות הצרכניות שהוגשו בעילה של פגיעה באוטונומיה".⁵⁴

לא לכך התכוון בית המשפט בעניין תנובה. השופט נאור הדגישה כי –

אין להבין מדבריי שכל מקרה של סטייה מהוראות תקן או דיווח לא נכון על תכולתו של מזון יצדיקו תביעה. עשויים להיות מקרים לא מעטים שבהם סטייה קלה מהוראות תקן זה או אחר, גם כשהדברים נוגעים למזון, לא יהיה בה כדי להצדיק לא תביעה אישית וממילא גם לא תביעה ייצוגית.⁵⁵

⁵² ע"א 355/80 נתן אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה(2), 800 (1981), בעמ' 809: "באותם המקרים, בהם – לאור טבעו ואופיו של הנזק – ניתן להביא נתונים מדויקים, על הנפגע-התובע לעשות כן, ומשנכשל בנטל זה, לא ייפסק לו פיצוי. לעומת זאת, באותם מקרים אשר בהם – לאור טבעו ואופיו של הנזק – קשה להוכיח בדייקנות ובוודאות את מידת הנזק ושיעור הפיצויים, אין בכך כדי להכשיל את תביעתו של הנפגע, ודי לו שיביא אותם נתונים, אשר ניתן באופן סביר להביאם, תוך מתן שיקול-דעת מתאים לבית המשפט לעריכת אומדן להשלמת החסר". ר' גם דנ"פ 5625/16 אסרף קאריין נ' אבנר טווק בוקובזה [נבו, 13.09.2017], בפסקה 30 לפסק דינה של השופטת חיות ("פסיקת פיצוי על דרך האומדנה איננה "דרך המלך" לחישוב פיצויים על פי דיני הנזיקין, אף כי לעתים עושה בית המשפט שימוש בדרך זו..."); ע"א 3400/03 רוחמה רובינשטיין נ' עין טל (1983) בע"מ, נט(6) 490 (2005), בפסקה 12 (פסיקת פיצויים על דרך האומדנה במקרים של הפרת פטנט, וסקירה של פסיקה המאפשרת פסיקת פיצויים בדרך זו במקרים אחרים של הפרת זכויות קניין רוחני); ד"נ 15/88 מלך נ' קורנהויזר מד(2) 89 (1990), בפסקה 18 לפסק דינו של השופט בך.

⁵³ עניין דעקה, ה"ש 17 לעיל, בפסקה 28 לפסק דינו של השופט אור. ר' גם פרוקצ'יה וקלמנט, ה"ש 26 לעיל, בעמ' 37. ⁵⁴ פרוקצ'יה וקלמנט, ה"ש 26 לעיל, בעמ' 40. יש לציין שבפועל לא נפרצה הגדר, למצער ככל שהדברים אמורים בפסיקתו של בית המשפט העליון, מיד לאחר שניתן פסק הדין בעניין תנובה. לסקירה בעניין זה ר' ויסנברג, ה"ש 41 לעיל, בעמ' 46-836.

⁵⁵ עניין תנובה הראשון, ה"ש, ה"ש 39 לעיל, בפסקה 11.

השופטת נאור, שלפסק דינה הסכים גם המשנה לנשיא ש' לוי, קבעה שרק פגיעה שאינה עניין של מה בכך תצליח את המשוכה של אישור התובענה כייצוגית.⁵⁶ אך המונח "עניין של מה בכך" הוא מונח בעל 'רקמה פתוחה', הנתון לפרשנות שונה ממקרה למקרה.⁵⁷ היות שבית המשפט יוצק למונח תוכן על בסיס אד הוקי, קשה לדעת מתי ייקבע שאין מדובר בעניין של מה בכך, וודאי שאין מניעה שתובעים ייצוגיים יטענו כי הפגיעה באוטונומיה שנגרמה לחברי הקבוצה אינה עניין של מה בכך. טיעון כזה מאפשר לתובע הייצוגי לפסוח על כימות הנזק והוכחתו, ואף על תיחום ברור של הנזק שנגרם כתוצאה מן הפגיעה הנטענת באוטונומיה. מעשה פסול שכתוצאה ממנו נשלל מידע מצרכנים – בין אי מסירת מידע שחובה למסור על פי דין⁵⁸ ובין מסירתו של מידע מטעה⁵⁹ – מקים מניה וביה עילת תביעה. ואכן, במקרים רבים מוגשות תביעות ייצוגיות שבבסיסן טיעון שזו תמציתו: הנתבעת לא מסרה לצרכנים מידע שיש למסור, או מסרה להם מידע מוטעה; בכך פגעה באוטונומיה של הצרכנים; על כן, יש לפסוק לחברי הקבוצה פיצוי המוערך על דרך האומדנה. תביעות רבות כאלה מוגשות בבתי משפט שונים, בסכומים שונים ועל פני תקופות שונות.⁶⁰ מחקר אמפירי שבחן את יישומו של חוק תובענות ייצוגיות בישראל מצא שב-38% מהתביעות הייצוגיות הצרכניות נתבע סעד בגין פגיעה באוטונומיה. בתביעות ייצוגיות סביבתיות שיעור המקרים בהם נתבע סעד בגין נזק לאוטונומיה גבוה בהרבה, ומגיע ל-69% מהתביעות. בהתייחס לכלל התובענות הייצוגיות נמצא שב-32% מהתביעות הייצוגיות שנסקרו במחקר, נתבע סעד בגין פגיעה באוטונומיה.⁶¹ לא בכדי כונה ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה "סוס פרא",⁶² ולא בכדי נאמר לגביו, כפי שכבר הוזכר מעלה, כי:

שם.

על הצורך ב'מונחי שסתום' (ועל מאפייני המצבים בהם נכון להשתמש במונחים כאלה) ר' Kaplow, *Rules Versus Standards: an Economic Analysis*, 42 *Duke Law Journal* 557 (1992).

לדיון בקשיים שבשימוש במונחים מעין אלה ר' למשל דעת המיעוט של השופט זמיר בדנג"ץ 4191/97 **רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, נד(5) 330 (2000). כן ר' דברי השופט סולברג **בעניין זליגמן**, ה"ש 29 לעיל ("מוטב אפוא להישמר מפני שימוש במונחים דו-משמעיים, אשר עשויים ברבות הימים לקום על יוצרם, ולפתוח פתח לפרשנות שונה בתכלית מזו שאליה כיוון המשרור"). על הפגיעה בוודאות וביציבות כתוצאה מהשימוש ב'מונחי שסתום' ר' שלו וצמח, לעיל ה"ש 24, בעמ' 5-654.

ר' לדוגמה, **עניין ויס**, ה"ש 22 לעיל; ת"צ (מחוזי מרכז) 16584-10-11 **פלאג נ' פריגו ישראל פרמצבטיקה בע"מ** [נבו, 17.05.2015] (אישור תובענה כייצוגית בגין הפרת החובה ליידע בדבר הצורך בניטור לאחר תחילת השימוש בתרופה).

ר' **עניין פרינר**, ה"ש 47 לעיל.

ר' האסמכתאות בה"ש 8 לעיל, האסמכתאות בה"ש 65 להלן, וכן רע"א 6182/22 **תנובה מרכז לשיווק תוצרת חקלאית ע"מ נ' נחום וינקר** [נבו, 24.08.2023] ("**עניין וינקר**"). ר' גם **עניין גילמור**, ה"ש 9 לעיל (מן ההחלטה עולה שבחלק מתשע התביעות הייצוגיות נטען גם לנזקים בריאותיים, אך לא ניתן היה להצביע על כאלה – ר' עמ' 7-8 לפסק הדין); ת"צ (מחוזי ת"א) 16059-04-16 **נ.ב. (קטינה) נ' ניאופורם בע"מ** [נבו, 13.12.2020].

קין וינשל מרגל ואלון קלמנט, "יישום חוק תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" **משפטים** מה 709, 732 (2018).

עמית, ה"ש 1 לעיל.

בשנת 1999 הגיח לעולם המשפטי-נזיקי יצור חדש, זעיר למראה, במשקל 15,000 ש"ח בלבד, וייקרא שמו בישראל פגיעה באוטונומיה. בחלוף כ-15 שנים מתברר כי העולל הדרך עלה ותפח לממדים שלא שיערו ראשונים שעמדו על עריסתו.⁶³

לתביעות מסוג זה עלות חברתית גבוהה. לעתים, מביאות תביעות כאלה לפסיקת פיצויים כנגד הנתבע על ידי בית המשפט.⁶⁴ לעתים, מביאה התביעה (והסיכון להפסיד בה) את הנתבע לפשרה.⁶⁵ בין כך ובין כך, מגדילה העילה את עלויותיו של הנתבע, ובעקיפין את עלויותיהם של צרכני המוצר, היינו – את יוקר המחיה.⁶⁶ מדובר בבניה ייחודית למשפט הישראלי, שכן – כאמור – ראש הנזק הוא ראש נזק ייחודי לדין הישראלי.⁶⁷

חשוב להדגיש, שעניינו של חיבור זה אינו בנזקים התוצאתיים שעלולים להיגרם כתוצאה מן הפגיעה באוטונומיה. הפגיעה באוטונומיה עלולה לגרום, בנוסף לעצם הפגיעה ביכולת הבחירה, גם לנזק תוצאתי. נזק זה עשוי להיות נזק פיזי, נפשי או כלכלי. לדוגמה, כאשר מוצר הכיל רכיבים שהנפגע היה אלרגי אליהם אך הדבר לא צוין על אריזת המוצר כנדרש, הנזק הגופני שנגרם לתובע קשור סיבתית לפגיעה באוטונומיה. אילו צוינו הרכיבים האלרגניים כנדרש לא היה התובע צורך את המוצר, והנזק היה נמנע. נזקים אלה הם נזקים בני תביעה, ואיננו מציעים להגביל את זכות התביעה בגינם.

שם, בעמ' 465.

ר' בעניין זה את סקירתם של יעקב ולבני, ה"ש 41 לעיל, ואת סקירתה של ויסנברג, ה"ש 41 לעיל. לדוגמה, **עניין תפוח כחום** ה"ש 8 לעיל (הסתלקות מתוגמלת שאושרה על ידי בית המשפט), ת"צ (מחוזי י-ם) 4517-10-09 **משה נ' מרק שארפ ודוהם (ישראל - 1996)** בע"מ [נבו, 11.03.2018]; **עניין חממה מרקט**, ה"ש 8 לעיל, ת"צ (מחוזי ת"א) 57410-04-18 **ניסים סער אביסטרס נ' אחים הלפרין - אופטיקה (2000)** בע"מ [נבו, 31.03.2020]. יוער, שכאשר עסקינן בתביעות שסיכוייהן להתקבל נמוכים, פעמים רבות הפשרה היא פשרה בה התובע הייצוגי מסתלק מבקשת האישור בתמורה לסכום המשולם על ידי הנתבעת (או, בשלב הרלוונטי – המשיבה). לדיון בעניין זה ר' **עניין מרקט**, ה"ש 4 לעיל, ועניין **פסטה נונה**, ה"ש 1. ר' גם סעיפים 16 ו-22 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו – 2006 ("חוק תובענות ייצוגיות").

למקרה בו לא דובר בהסתלקות אלא בפשרה בתובענה לגופה ר' ת"צ (מחוזי ח') 837/07 **בריוטי נ' פרוטרם תעשיות בע"מ** [נבו, 26.04.2010] (בכל הקשור לראש הנזק של פגיעה באוטונומיה ר' עמ' 6 לפסק הדין).

ר' (בהקשרן של תובענות ייצוגיות) **דו"ח בעניין תובענות ייצוגיות**, ה"ש 3 לעיל, בעמ' 6.

יעקב, ה"ש 41 לעיל, בעמ' 5, 8, 17 ו-81. עמית, ה"ש 1 לעיל, בעמ' 2. בפסק דינו של בית הלורדים בעניין *Rees v. Darlington Mem'l Hosp. NHS Trust*, [2003] UKHL 52 הוזכרה הפגיעה באוטונומיה, אך על אף השימוש בביטוי, אין מדובר בסוגיה בה עסקינן כאן. באותו מקרה ביקשה אישה לעבור עיקור, שכן בשל מוגבלותה חשה שלא תוכל לגדלם כיאות. האישה הביעה את רצונה בפני מטפליה, ואלה ביצעו ניתוח *ישלני*. כתוצאה מן הרשלנות, הרתה האישה. הסוגיה שנדונה באותו עניין נגעה לשאלה האם ראוי לפסוק לאישה פיצוי, ואם כן – באיזה שיעור (ר' בפסקה 1 לפסק הדין של הלורד Bingham). במסגרת זו, נשקלו אפשרויות שונות, ובהן האפשרות לפסוק לאישה פיצוי בגין הפגיעה באיכות חייה כפי שבחרה לחיותם. מדובר בסוגיה הקרובה, עיונית, לסוגיית ההולדה בעוולה, ולא לסוגיית הפגיעה באוטונומיה הכרוכה בשלילת מידע, היא הסוגיה הנדונה כאן (ור' סע' 17 לפסק הדין של הלורד Bingham, סעיף 45 לפסק הדין של הלורד Steyn, סעיף 71 לפסק הדין של הלורד Craighead, סעיף 90 לפסק הדין של הלורד Hutton, סעיף 125 לפסק הדין של הלורד Millet, וסעיף 148 לפסק הדין של הלורד Scott).

אלא שקיימת קבוצה גדולה של מקרים, בעיקר בהקשר הצרכני, בהם ברור שהבחירה של צרכנים לא הושפעה במאום משלילת המידע (או שההשפעה של שלילת המידע על הבחירה היתה זניחה). הדוגמה שבפתח החיבור היא דוגמה מוחשית לסיטואציה כזו. כאמור, הדין מחייב לסמן על גבי מזון או בתווית המוצמדת אליו היטב את מספר קפיצי המתכת שבו. ככלל, יש להניח שהמחוקק סבר שלמידע זה יש השפעה על החלטות הצריכה של הצרכנים, שאלמלא כן לא היה טעם בכלל המחייב את הסימון.⁶⁸ עם זאת, כדרכם של כללים, אפשר שברשתו של הכלל נתפסות גם התנהגויות שלא תהיינה בעלות השפעה על החלטותיהם של הצרכנים.⁶⁹ כך ייתכן, למשל, שהמידע היה בעל חשיבות בעת שנקבע הכלל, אך כבר אינו כזה, והכלל טרם בוטל. או שהמידע לא היה, חרף הנחת המחוקק, בעל ערך של ממש. במצבים כאלה, ניתן להניח שלאף אחד מן הצרכנים לא נגרמה פגיעה של ממש, ודאי לא פגיעה מן הסוג שמפניה נועד הכלל להגן.⁷⁰ כאשר זה המצב, ניתן גם להניח שהיצרנית לא הפיקה תועלת – בוודאי לא תועלת ממשית – מן הטעות.⁷¹ עם זאת, כיום דבר אינו מונע מתובעת לנהל תביעה – בין תביעה פרטית ובין תביעה ייצוגית – בגין הפגיעה באוטונומיה: לצרכני המזונים הוקנתה זכות לקבל מידע על מספר קפיצי המתכת שבמזונם, שכן הדין הטיל חובת סימון; העוסקת פגעה בזכות בניגוד לחובתה על פי דין, ובכך ביצעה עוולה; ממילא, נפגעה האוטונומיה של הצרכנים – יכולתם להחליט על בסיס המידע המלא לו היו זכאים על פי דין אם לצרוך את המוצר, ובאילו כמות. חזון נפרץ הוא שתביעות ייצוגיות מוגשות בנסיבות דומות לאלה.⁷² תביעות כאלה רצוי לשרש. עלותן החברתית – בפרט הייקור שהן מביאות עמן בעלויות מוצרים – עולה בהרבה על תועלתן החברתית.

⁶⁸ ור' בדברי ההסבר לתקנות הגנה על בריאות הציבור (מזון) (סימון תזונתי) התשע"ז-2017: "הרעיון המרכזי של התכנית הנו שיוני הסביבה בה נעשית בחירת המזון מתוך המטרה שהתנהגות הצרכן תושפע מסימון ברור ופשוט בקדמת האריזה אשר ישקף את הרכבו התזונתי של המזון הארוז מראש, דבר העשוי להועיל במניעת תחלואה". לעניין ההנחה בהקשר הרחב יותר ר' רע"א 3608/18 יפאורה תבורי בע"מ נ' שרונה ברמוחה שוקרון [נבו, 01.07.2019].

⁶⁹ ר' Kaplow, ה"ש 57 לעיל.

⁷⁰ לעניין חשיבותה של הדרישה הקבועה בסעיף 63(א) לפקודת הנזיקין בהקשרן של התביעות נשוא החיבור ר' עניין ויליפוד, ה"ש 13 לעיל, בפסקה 19 לפסק הדין.

⁷¹ לדוגמה מן העת האחרונה ר' רע"א 6182/22, ה"ש 60 לעיל. באותו מקרה נטען כי תנובה סימנה מוצרים באופן מחמיר לעומת האופן בו היה עליה לסמנם. על פי הטענה של אחד המבקשים, תנובה סימנה מוצרים ככאלה שאין לצרוך לאחר תאריך מסוים (סימון המכונה "סימון בטיחות", העושה שימוש במילים "לשימוש עד", בהתאם לסעיף 9.4 לתקן ישראלי 145 "סימון מזון ארוז מראש" לפי סעיף 2(א) לצו הגנת הצרכן (סימון ואריזה של מוצרי מזון), התשנ"ו-1998), אף שהיה עליה לסמנם ככאלה שעדיף להשתמש בהם לפני תאריך מסוים ("תקן איכות", בהתאם לסעיף 9.2 לאותו תקן). טענת התובעים באותו מקרה הייתה שבכך גרמה תנובה דווקא לצריכת יתר של מוצריה, שכן צרכנים השליכו את המוצרים בהגיע התאריך המסומן עליהם, אף שיכלו עדיין להשתמש בהם. עם זאת, לא ברור מדוע עניין זה לא היה פוגע במכירותיה של תנובה מלכתחילה, ומביא לכך שצרכנים לא ירכשו את המוצר (המבקש השני באותה פרשה טען טענה הפוכה – ר' סעיף 3 להחלטה). מכל מקום, לעניינו די בכך שייחכן שטעות כזו בסימון תביא לפגיעה במכירותיו של העוסק.

⁷² ר' האסמכתאות בה"ש 8, 9, 60 ו-65 לעיל.

טענתנו המרכזית היא שניתן לבצע ניתוח אמפירי סטנדרטי המאפשר להבחין באופן מועיל בין שני סוגי התביעות הצרכניות בהן נטען לפגיעה באוטונומיה: מקרים בהם העוסק הרוויח מן הפגיעה באוטונומיה (הם אותם מקרים בהם אפשרות הבחירה היתה בעלת ערך כלכלי), ומקרים בהם העוסק לא הרוויח מן ההטעיה (הם אותם מקרים בהם אפשרות הבחירה לא היתה בעלת ערך כלכלי). כאשר עסקינן בתביעה בגין פגיעה באוטונומיה שאכן שללה מן הצרכנים אפשרות בחירה בעלת ערך כלכלי והגדילה את רווחיו של העוסק – היינו, כאשר עסקינן בהטעיה שהגדילה באופן מלאכותי את הביקוש למוצר או לשירות – ניתן יהיה להראות את הפגיעה באמצעות ניתוח אמפירי מוכר. לעומת זאת, כאשר לא ניתן להראות כי חל שינוי בביקוש למוצר כתוצאה מן ההטעיה, אות הוא שמדובר בתביעה מן הסוג השני.

על מנת להבין את טענתנו המרכזית, נייחד תחילה מספר מילים לניתוח כלכלי של הפגיעה באוטונומיה ובפרט לערכה הכלכלי של אפשרות הבחירה. לאחר מכן, נפרט את הטענה המרכזית בחיבור.

ב. ניתוח כלכלי של הנזק הנגרם משלילת מידע

בפרק זה נציג ניתוח כלכלי של פגיעה באוטונומיה כתוצאה מהטעיה – בין על דרך של אי גילוי מידע שחובה לגלותו, ובין על דרך של מסירת מידע מוטעה. השאלה המרכזית בה נתמקד היא האם בכל מקרה בו הוטעו צרכנים באופן שהגביל (בניגוד לדין) את יכולתם לבחור בחירה מושכלת, נשלל מהם נכס בעל ערך כלכלי.

טענתנו היא שלא כל מידע הוא בעל ערך כלכלי עבור הצרכנים. ישנם סוגי מידע שלהם יש ערך כלכלי, וישנם סוגי מידע להם אין ערך כלכלי או שערכם הכלכלי זניח. כאשר צרכנים הוטעו, ולמידע שצריך היה להימסר להם יש ערך כלכלי עבורם, ניתן לקבוע שהפגיעה באוטונומיה שללה מהם נכס בעל ערך, ולזכותם בפיצוי בגין הפגיעה. לעומת זאת, כאשר צרכנים הוטעו ולמידע שצריך היה להימסר אין ערך כלכלי, ניתן לקבוע ששלילת אפשרות הבחירה לא נטלה מהם נכס בעל ערך כלכלי, ולשלול מהם את הפיצוי בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה.

כיצד ניתן להכריע בשאלה אם למידע יש ערך כלכלי? הכלכלן ג'ק הירשלייפר התייחס לכך במאמר פורץ דרך משנת 1971. במאמר זה קבע הירשלייפר כי למידע יש ערך רק אם הוא יכול להשפיע על פעולה.⁷³ כלומר, למידע יש ערך כלכלי רק אם אנשים משנים את התנהגותם כפונקציה של השאלה אם המידע מצוי בידם או לאו. מידע שאינו גורם לכל שינוי בהתנהגות אינו מידע בעל ערך כלכלי.⁷⁴

⁷³ Jack Hirshleifer, *The Private And Social Value Of Information And The Reward To Information* is "Inventive Activity, AM. ECON. REV., Sep., 1971, Vol. 61, No. 4, pp. 561, 574 (of value only if it can affect action").

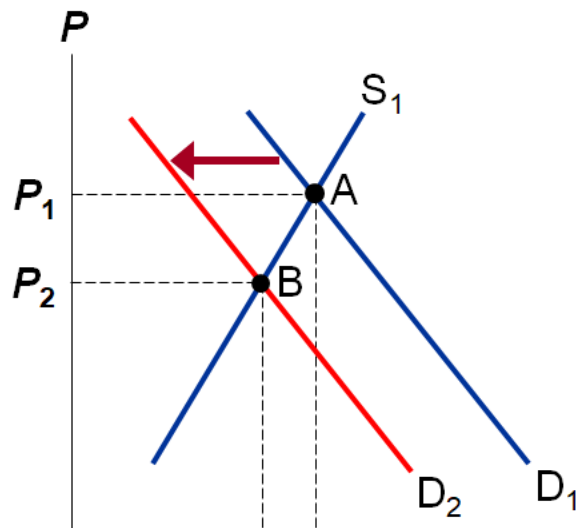
⁷⁴ ניתן כמובן לאמץ גם גישות אחרות לפיהן מידע שאין לו ערך כלכלי הוא בכל זאת מידע בעל ערך. דוגמה מובהקת לגישה כזו בהקשרה של הפגיעה באוטונומיה מצויה במאמרו של קן-פז הנזכר בה"ש 43 לעיל. לדיון בתפיסה זו ר' בפרק 1.ד להלן. לעניינו של פרק זה, די בכך שלמידע אין ערך כלכלי.

כדי להדגים את ההבחנה בין מידע בעל ערך הגורם לשינוי בהתנהגות למידע חסר ערך, שאינו גורם לשינוי בהתנהגות, ננתח שוק סטנדרטי, דוגמת שוק הקפה, המתואר בתרשים 1. הציר האנכי בתרשים מבטא את מחיר הקפה, והציר האופקי בתרשים מבטא את כמות הקפה. נניח שהשוק לקפה הוא שוק תחרותי, היינו שוק בו יש צרכנים רבים ויצרנים רבים. השוק לקפה, כמו רוב השווקים, מאופיין בביקוש היורד משמאל לימין. משמעות הדבר היא שכמות הקפה שצרכנים רוכשים גדולה יותר ככל שמחירו נמוך יותר. השוק מאופיין גם בהיצע העולה משמאל לימין – העלות השולית של ייצור קפה עולה עם הגידול בכמות המיוצרת. משמעותו האופרטיבית של הניתוח היא שיצרנים ייצרו יותר קפה ככל שמחירו של הקפה גבוה יותר. שיווי המשקל בשוק תחרותי נקבע במפגש בין עקומת הביקוש לעקומת ההיצע, בנקודה המסומנת בתרשים 1 באות A. בנקודה זו הכמות הנמכרת היא Q_1 והמחיר הוא P_1 .

בשוק מהסוג המתואר בתרשים 1, מידע בעל ערך כלכלי הוא כל מידע העשוי להשפיע על הביקוש למוצר. לדוגמה, נניח שמחקר חדש מגלה שקפה מעלה את לחץ הדם, או שמתגלה כי בקפה מעורבת כמות קטנה של בוץ או עפר, אף שהדבר חסר השפעות בריאותיות. בתגובה למידע שכזה, עקומת הביקוש בתרשים 1 נעה שמאלה – הכמות המבוקשת של קפה בכל מחיר קטנה. חשוב להדגיש, שעקומת הביקוש נעה שמאלה בין אם מדובר במידע חדש בעל ערך רפואי (כמו הקשר בין שתיית קפה ללחץ דם), ובין אם מדובר במידע שאינו בעל ערך רפואי אך גורם לצרכנים מסוימים לא לרצות את המוצר, או לרצות אותו פחות משהיו רוצים אותו אלמלא המידע (כמו המידע על הבוץ או העפר).

כאמור, התוצאה של גילוי מידע בעל ערך היא שעקומת הביקוש תזוז שמאלה (ר' תרשים 1). בעקבות זאת, השוק יעבור לשיווי משקל חדש בנקודה B. כפי שניתן לראות, כמות הקפה הנרכשת בנקודה B נמוכה מכמות הקפה הנרכשת בנקודה A. כלומר, המידע החדש גרם לשינוי בהתנהגות הצרכנים שהתבטא בירידה בביקוש למוצר, וכתוצאה מכך לירידה בכמות הנרכשת של המוצר.

תרשים 1: תגובת צרכנים לגילוי מידע בעל ערך בשוק הקפה.



יושם אל לב, שכאשר למידע יש ערך כלכלי, ניתן לסווג את הצרכנים במשק לשלוש קבוצות: קבוצה ראשונה, אותה נסמן באות א', כוללת צרכנים שרכשו את המוצר לפני גילוי המידע (או – בתקופת ההטעיה) וממשיכים לרכוש אותו גם לאחר גילוי המידע. מבחינת קבוצה זו, המידע לא הוביל לשינוי בהתנהגות. הקבוצה השנייה, אותה נסמן באות ב', כוללת צרכנים שלא רכשו את המוצר לפני גילוי המידע, ואינם רוכשים אותו לאחר גילוי המידע. גם מבחינת קבוצה זו, המידע לא הוביל לשינוי בהתנהגות. הקבוצה השלישית, אותה נסמן באות ג', כוללת צרכנים שרכשו את המוצר לפני גילוי המידע, ואינם רוכשים אותו לאחר גילוי המידע. קבוצה ג' היא הקבוצה שהמידע מוביל לשינוי בהתנהגות חבריה ולירידה בכמות הנרכשת על ידם.

מנקודת מבט כלכלית, קיומה של קבוצה ג' הוא הסיבה שבגינה יש להטיל חובה לגלות את המידע לצרכנים (או לאסור פרסום מידע לא נכון). כאשר המידע אינו גלוי לחברי הקבוצה, הם רוכשים את המוצר. אך מדובר ברכישות שאינן יעילות חברתית. אלה רכישות שלא היו מתרחשות אילו לצרכנים היה מידע מלא על מאפייני המוצר. מטרת הטלת האחריות היא להרתיע עוסקים מהטעיה כדי למנוע רכישות שאינן יעילות, כלומר את הרכישות של צרכנים השייכים לקבוצה ג'. חשוב להדגיש, שהגישה המוצעת על ידנו אינה מתיימרת להציע מדד חיצוני או אובייקטיבי לחשיבותו של מידע. גישתנו מקבלת את העדפות הצרכנים כמות שהן, וקובעת בהתאם לאותן העדפות איזה מידע הוא בעל ערך כלכלי. הביקוש הוא פונקציה של החשיבות שמייחסים הצרכנים למידע. אם המידע חשוב בעיניהם (או בעיני חלקם) לצורך החלטה באשר לצריכת המוצר, הריהו בעל ערך; אם המידע אינו חשוב להם לצורך ההחלטה – הרי שאיננו בעל ערך כלכלי. בנוסף, כפי שנסביר בהמשך, הגישה המוצעת על ידנו גם אינה מתיימרת לקבוע מראש איזה סוג מידע הוא בעל ערך כלכלי. הגישה שאנו מציעים קובעת בדיעבד, לנוכח תגובת הצרכנים למידע, האם מדובר במידע שהיה בעל ערך כלכלי.

ניתן לסכם ולומר כי בהקשר הצרכני מידע בעל ערך כלכלי הוא מידע שגילוי מוביל לירידה בביקוש למוצר. ירידה זו בביקוש למוצר מובילה לירידה בכמות הנרכשת מהמוצר. בהתאם, ניתן לומר שמידע שגילוי מוביל לירידה בכמות הנרכשת של מוצר הוא מידע בעל ערך כלכלי. יש להדגיש, כי אף שהניתוח שלעיל התמקד בשוק תחרותי, מסקנות הניתוח נכונות גם לשווקים שאינם תחרותיים. גם בשוק מונופוליסטי ירידה בביקוש למוצר כתוצאה ממידע חדש על מאפייני המוצר מובילה לירידה בכמות הנרכשת מהמוצר.⁷⁵

כשם שמידע בעל ערך כלכלי הוא מידע שגילוי מוביל לירידה בביקוש, מידע חסר ערך כלכלי הוא מידע שגילוי אינו משפיע על הביקוש למוצר. כדי להדגים מצב זה נשוב לדוגמת שוק הקפה. יצרני קפה אינם כוללים על אריזות המוצר אזהרה כי מדובר במשקה מעורר ששתייתו בשעות הלילה עלולה להקשות על השינה. יצרני קפה גם אינם מציינים על חבילות הקפה האם הקפה שונע במטוס או באוניה. האם מדובר במידע בעל ערך כלכלי? במקרים אלה, ככל הנראה, גילוי המידע לא יגרום לתזוזה של עקומת הביקוש. אף בהקשר זה, חשוב לציין שהקביעה לפיה המידע חסר ערך כלכלי אינה מבוססת על שיפוט חיצוני של ערכו. המידע הוא חסר ערך כלכלי משום שאינו משפיע על ההעדפות של הצרכנים. הסיבה בגינה המידע הוא חסר ערך שונה, כך יש להניח, ביחס לכל אחד מפרטי המידע הנזכרים. בכל הקשור לכך שקפה הוא משקה מעורר, ניתן להניח כי המידע כבר מצוי בידיעת רוב מוחלט של הצרכנים. בכל הקשור לאופן השינוע של הקפה, יש להניח שהמידע פשוט חסר חשיבות מבחינת הצרכנים. כך או כך, מדובר במידע חסר ערך כלכלי עבור צרכני הקפה.

במשקפיים כלכליים המטרה המרכזית (ולמצער אחת המטרות המרכזיות) של הטלת אחריות נזיקית בגין אי גילוי מידע בעל ערך היא הרתעת יצרנים מהטעיה, כדי למנוע רכישות שאינן יעילות.⁷⁶ אך כאשר למידע אין ערך כלכלי, אין רכישות לא יעילות שנדרש למנוע, משום שעקומת הביקוש למוצר כבר מבטאת את המידע המלא הדרוש לצרכנים לצורך החלטה הנוגעת לרכישת המוצר (ולמצער, את כל המידע הדרוש לצרכנים לצורך זה, ושלו הם זכאים). גם הרתעתם של העוסקים מיותרת, משום שהעוסקים אינם מרוויחים דבר מן ההטעיה.⁷⁷

הטלת אחריות נזיקית בגין אי גילוי מידע חסר ערך כלכלי אינה מניבה כל תועלת כלכלית, אך היא מגדילה את עלות הייצור והשיווק של מוצרים בישראל. אחריות בגין אי גילוי של מידע חסר ערך כלכלי מטילה על יצרנים ועוסקים נטל כלכלי של גילוי מידע חסר ערך; היא מגדילה את פרמיית הסיכון על פעילות כלכלית בישראל, ובהתאם מביאה לעלייה של מחירי כלל המוצרים

⁷⁵ להצגה פורמאלית של השפעת הירידה בביקוש על הכמות והמחיר בשוק מונופוליסטי ר' H. Hovenkamp, **Federal Antitrust Policy**, 5th ed. West Academic publishing, St. Paul, 2015, pp. 3-13, 15-18.

⁷⁶ ר' הרחבה בעניין זה בה"ש 106-107 להלן.

⁷⁷ ר' גם פרוקציה וקלמנט, ה"ש 26 לעיל, בעמ' 40.

הנמכרים בישראל. מדובר, על כן, בהטלת אחריות חסרת תועלת כלכלית, שמזיקה לצרכנים (בקבוצה) הן בטווח המיידי והן בטווח הארוך, אף אם צרכנים מסוימים יזכו בגינה לתשלום. מובן, כי ניתן לטעון שמידע חסר ערך כלכלי אף הוא בעל ערך חברתי. לשון אחר: שלאוטונומיה יש ערך אינטרינזי (פנימי), ושעל כן ראוי לפצות בגין פגיעה בה גם אם הפגיעה לא הסבה נזק כלכלי לאיש מיחידי הקבוצה.⁷⁸ לטענה זו נידרש בהמשך. בשלב זה די לנו בהצבעה על כך שאפשרות בחירה שאיש אינו מעוניין בה היא אפשרות חסרת ערך כלכלי. לסיכום, בהקשר הצרכני מידע בעל ערך כלכלי הוא מידע שגילוי מוביל לירידה בביקוש למוצר. בהתאם, ניתן לומר שמידע שגילוי מוביל לירידה בכמות הנרכשת של מוצר הוא מידע בעל ערך כלכלי. הטלת אחריות נזיקת בגין אי גילוי מידע בעל ערך כלכלי מרתיעה יצרנים מאי גילוי מידע חשוב, ובכך מונעת רכישות שאינן יעילות. לעומת זאת, מידע חסר ערך כלכלי הוא מידע שגילוי אינו משפיע על הביקוש למוצר. הטלת אחריות נזיקת בגין אי גילוי מידע חסר ערך מזיקה, ומעלה את יוקר המחיה בישראל. על רקע זה, נפרט את הצעתנו לשינוי.

ג. הצעה לשינוי

הצעתנו היא לחייב את המבקשים לנהל תביעה ייצוגית צרכנית בגין פגיעה באוטונומיה להראות, באמצעות נתונים וחוות דעת, שהפגיעה באוטונומיה *השפיעה בפועל* על בחירותיהם של חברי הקבוצה. כלומר, התובע (המבקש) יצטרך להראות – כתנאי לאישורה של התביעה כייצוגית – שגילוי המידע הוביל לירידה בכמות הנרכשת של המוצר שבקשר אליו מוגשת התביעה הייצוגית (או לירידה במחירו). טענתנו היא שכאשר פגיעה באוטונומיה כתוצאה מאי גילוי מידע לא הביאה לעיוות הבחירה של אף אחד מיחידי הקבוצה, הרי שמדובר בפגיעה בנכס חסר ערך כלכלי. או, כלשונו של בית המשפט בעניין **תנובה הראשון**, שמדובר בפגיעה של מה בכך.⁷⁹ נוכח עלותן של

⁷⁸ קרן-פז, ה"ש 43 לעיל, בעמ' 189. ר' גם בעמ' 190. זוהי גם ההנחה בבסיס מאמרה של קרקו-אייל, הנזכר בה"ש 42 לעיל, אך קרקו-אייל מבהירה כי היא מקבלת את ההנחה שהפגיעה באוטונומיה היא נזק בר-פיצוי נוכח הכרעתו של בית המשפט בעניין **עלי דעקה**, מבלי להביע עמדה בשאלה אם ראוי היה לקבוע זאת (עמ' 268: "השאלה אם בית המשפט נהג כשורה משקבע כי פגיעה בזכותו של החולה לאוטונומיה מהווה נזק בר-פיצוי, אינה ממין עניינו של מאמר זה...משכיר בית המשפט בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, עולה השאלה כיצד יוערך הפיצוי בגדרו"; ר' גם בעמ' 269 את הסתייגותה המפורשת של קרקו-אייל מהכרעה בשאלה אם שיקולים דיאונטולוגיים ועקרון האוטונומיה הם שיקולים ראויים).

⁷⁹ בכל הקשור לעיגון הדוקטרינרי של האפשרות לדחות בקשה לאישור תובענה ייצוגית בשל העובדה שמדובר בעניין של מה בכך, נדמה שכיום העיגון לכך יימצא בקביעה שתביעה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת, כדרישת סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות. ר' **עניין זליגמן**, ה"ש 29 לעיל, בסעיפים 142 לפסק דינו של השופט מלצר, פסקאות 27-8 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז, פסקה 7 לפסק דינו של השופט הנדל, ופסק דינו של השופט פוגלמן בעמ' 149, לעומת פסקאות 67-8 לפסק דינה של השופטת וילנר, פסקה 8 לפסק דינו של השופט מינץ, פסקה 7 לפסק דינו של השופט סולברג. לענייננו, נוכח העובדה שכעניין מעשי שני הנתבים הדוקטרינריים מובילים לתוצאה דומה – דחיית בקשת האישור (ר' פסקאות 24 ו-28 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז **בעניין זליגמן** ופסק דינו של השופט פוגלמן בעמ' 149) – אין חשיבות מעשית להבחנה ביניהן. למקרה בו נקבע שמדובר בזוטי דברים ר' **עניין ברימאג**, ה"ש 8 לעיל, בסעיפים 28-118 לפסק הדין.

תביעות ייצוגיות והשפעתן על העוסקים, הצרכנים ויוקר המחיה, הטלת אחריות בגין שלילת אפשרות בחירה שלא הייתה משמשת אף אדם יוצרת עלות חברתית מיותרת ללא תועלת ממשית בצידה.

כפי שנסביר בהמשך, אנחנו סבורים שהצעתנו מתיישבת היטב עם פסק הדין בעניין **תנובה הראשון**, בו הוכר לראשונה ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה בהקשר הצרכני, אף שלא כך מוצב הדיון בפסק הדין. כזכור, באותו מקרה התגלה כי תנובה הוסיפה סיליקון לחלב. הגילוי אכן הוביל לירידה ניכרת בכמות החלב של תנובה שרכשו הצרכנים.⁸⁰ כלומר, בעניין **תנובה הראשון** אכן מדובר היה במידע שבעיני ציבור הצרכנים היה בעל ערך כלכלי (במנותק מן השאלה אם סיליקון בחלב גרם לפגיעה רפואית). גם על פי הצעתנו, ניתן היה לאשר את ניהול התביעה הייצוגית בעניין **תנובה הראשון**. דומה שגם במקרים שנדונו בעניין **פריניר**⁸¹ – הצגת מזון ככשר לפסח אף שלא היה כזה – ובעניין **סווייר**⁸² – הגשת בשר חזיר תוך יצירת מצג שמדובר בבשר עגל – מדובר היה במידע שבעיני ציבור הצרכנים היה בעל ערך כלכלי.

הצעתנו תאפשר לבור את הבר מן התבן: בתובענות ייצוגיות העוסקות במקרים בהן נגרע מן הציבור מידע בעל שווי כלכלי (עבור אותו ציבור) – יתאפשר לנהל את התביעה. לעומת זאת, בכל אותם מקרים בהם ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה מביא לעלייה ביוקר המחיה ללא תועלת מאזנת של הרתעה רצויה ומניעת רכישות לא רצויות, תיחסס האפשרות לתבוע עוסק ולקבל ממנו פיצויים בגין נזק כלכלי שלא נגרם. יתר על כן: היות שבקשות לאישור תובענות ייצוגיות בעילות אלה לא תאושרנה, ייחסכו גם המשאבים החברתיים הכרוכים בניהול התובענה. יש להניח שבקשות רבות לאישור תובענות ייצוגיות לא תוגשנה כלל, ואלה שתוגשנה – תידחנה כבר בשלב הראשון (שלב האישור), דבר שיקטין את עלותן החברתית הכוללת.⁸³

דרך המלך להוכחת הפגיעה באוטונומיה והירידה במכירות היא באמצעות ניתוח סטטיסטי שעושה שימוש ברגרסיה. רגרסיה היא כלי מרכזי בניתוח אמפירי, והשימוש בה במסגרת ניתוח שכזה שכיח מאוד.⁸⁴ במרבית המקרים הרגרסיה יכולה לסייע להשיב על השאלה המרכזית שאנו מציעים לחייב את התובע הייצוגי להידרש לה – קיומו של קשר סיבתי בין ההטעיה לביקוש

⁸⁰ רונית שווה, "האמת היא הנשק האסטרטגי הטוב ביותר", מגזין סטאטוס, מרץ 2004, בכתובת: tinyurl.com/mrnyxdd4. על פי האמור, תנובה ספגה "ירידה מיידית של 15% במכירות, ולאחר מכן התייצבות על ירידה של 7% במכירות".

⁸¹ ה"ש 47 לעיל.

⁸² תז (ח"א) 17879-07-13 **נטלי סווייר נ' צפרה בע"מ** [נבו, 29.01.2017].

⁸³ לניתוח מקיף של עניין זה ר' אלון קלמנט ורות רונן, **בחינת עילת התביעה וסיכוייה בשלב אישור התובענה הייצוגית**, עיוני משפט מב 5, בעמ' 11-6 (2019), ובפרט בעמ' 14-6 (ניתוח תועלתו של הסינון מנקודת הראות של התובע נוכח עמדת הכותבים (המפורטת בעמ' 12) לפיה צמצום עלויותיה של מערכת המשפט אינו יכול לעמוד כמטרה בפני עצמו).

⁸⁴ ר' Joshua D. Angrist and Jörn-Steffen Pischke, *Mastering Metrics: The Path From Cause To Effect*, 47-78 (2014).

למוצר (או העדרו של קשר כזה). הרגרסיה היא למעשה סדרת מבחנים סטטיסטיים שנועדו להבחין בין שינויים מקריים לשינויים שאינם מקריים. בנוסף, כאשר מדובר בגורמים שאינם מקריים, הרגרסיה מאפשרת לזהות – ברמות ודאות משתנות – את מידת השפעתו המשוערת של כל אחד מן הגורמים הללו. באופן קונקרטי בהקשרו של החיבור הנוכחי, כאשר קיים קשר סיבתי בין ההטעיה לבין הביקוש למוצר, רגרסיה יכולה לבסס את הקשר הסיבתי ולאמוד את ההשפעה שהייתה להטעיה על הביקוש – היינו, על מחיר המוצר, על הכמות הנרכשת, או על שניהם.⁸⁵ ראוי להעיר שכעניין עיוני, רגרסיה יכולה להצביע רק על ההסתברות לקיומו של קשר סיבתי. לעולם לא ניתן לומר כי הקשר הסיבתי הוכח בוודאות מוחלטת.⁸⁶ במלים אחרות, רגרסיה יכולה להציע את התשובה המסתברת לשאלת הקשר הסיבתי, ולהצביע גם על רמת הוודאות בכך שקשר זה אכן קיים. רגרסיה אינה שונה בכך מהכרעה עובדתית של בית משפט. גם הכרעה של בית משפט היא הסתברותית, במובן זה שלא תיתכן ודאות מוחלטת שממצאיו העובדתיים של בית המשפט תואמים את המציאות כפי שהתרחשה. בית המשפט מנסה לעשות ככל יכולתו על מנת להתחקות אחר העובדות כהוייתן ולקבוע ממצאים ביחס לאותן עובדות, ובכלל זה ביחס לקשר הסיבתי. ניתן להניח שהכרעותיו העובדתיות של בית המשפט תואמות, למצער במרבית המקרים, את המציאות. ברם, אין ודאות שכך קורה בכל מקרה ומקרה, ולעולם קיימת הסתברות מסוימת שההכרעה העובדתית של בית המשפט – ודאי ההכרעה בעניין קיומו של קשר סיבתי או העדרו – מוטעית. זוהי ליבת ההבחנה בין האמת העובדתית לאמת המשפטית.⁸⁷

⁸⁵ לצורך ההמחשה, אם ביום שנפסקה ההטעיה ירד מחירו של המוצר ב-10%, הרגרסיה תוכל להצביע על כך שאין מדובר בירידת מחיר שאירעה באותו יום רק במקרה. הרגרסיה תוכל גם להצביע על הגורמים המסתברים לירידת המחיר. אם, לדוגמה, ביום פרסום ההטעיה פורסם גם מדד שלילי שצפוי היה להביא לירידה במחיר, תוכל הרגרסיה לשפוך אור על השאלה איזה חלק של הירידה יש לייחס למדד השלילי, ואיזה חלק להפסקת ההטעיה.

⁸⁶ ר' Federal Judicial Center, Reference Manual on Scientific Evidence, 3rd Edition, 310 <https://nap.nationalacademies.org/catalog/13163> ("There is a tension between any attempt to reach conclusions with near certainty and the inherently uncertain nature of multiple regression analysis. In general, the statistical analysis associated with multiple regression allows for the expression of uncertainty in terms of probabilities. The reality that statistical analysis generates probabilities concerning relationships rather than certainty should not be seen in itself as an argument against the use of statistical evidence, or worse, as a reason to not admit that there is uncertainty at all. The only alternative might be to use less reliable anecdotal evidence").

⁸⁷ לדיון בעניין זה ולסיבות בגינן צפוי להיות הבדל בין האמת העובדתית לאמת המשפטית – כללי פרוצדורה, כללי קבילות של ראיות, מגבלות של המותב היושב בדיון, התנהלות של הצדדים – ר' דנ"א 2121/12 פלוני נ' ד"ר אילנה דיין אורבך, סז(1) 667 (2014), בפסקה 26 לפסק דינו של הנשיא גרוניס: "אקסיומה היא כי לפחות לצורכי המשפט קיימת אמת אחת (היא האמת העובדתית). בית המשפט שואף לגלות אמת זו ולאורה מבקש הוא לפסוק, היינו לקבוע את "האמת המשפטית". על אף האמור, יש להכיר בכך שהלכה למעשה, ייתכן פער בין האמת המשפטית לבין האמת העובדתית...אשר על כן, אין זה סוד כי הלכה למעשה, לא תמיד תהא האמת המשפטית זהה לאמת העובדתית".

כך גם ביחס לזיהוי של קשר סיבתי באמצעות רגרסיה. לא ניתן לומר לעולם כי הרגרסיה הוכיחה בוודאות מוחלטת את קיומו של קשר סיבתי או את היעדרו, אך ניתן לומר כי ההסתברות לכך גבוהה או נמוכה. זאת ועוד: כחלק מן הרגרסיה נערכת בדיקת מובהקות, הנותנת מענה לשאלה מה ההסתברות שממצאי הקשר הסטטיסטי העולים מן הניתוח (אם נמצא קשר כזה) נמצאו במקרה. במילים אחרות, הרגרסיה מצביעה גם על ההסתברות לכך שתוצאותיה המשוערות מוטעות.

כדי להוכיח שגילוי המידע הוביל לירידה בכמות הנרכשת של המוצר (או במחירו) נדרש להעריך מה הייתה הכמות הנרכשת (או מה היה המחיר) אלמלא התגלה המידע. הניסיון לשער מה היה קורה במצב עולם אלטרנטיבי שלא הרחש אינו זר לדין. דיני הנזיקין כולם הם ניסיון לאמוד מה היה מצבו של הנזוק אלמלא נפגע מן העוולה. אף שלא ניתן לדעת מה היה קורה אלמלא נפגע הנזוק, ניתן להעריך בקירוב מה היה מתרחש. זאת, באמצעות נתונים סטטיסטיים. קביעת הפיצוי הנזיקי, בוודאי כאשר עסקינן בנזקי גוף, היא ניסיון להעריך מה היה קורה לנפגע – באיזה גיל היה נפטר; באיזה גיל היה יוצא לגמלאות; מה הייתה הכנסתו; וכיוצא ב – אלמלא נזוק, ולהשוות מצב דברים היפותטי זה למצב הדברים הצפוי בפועל נוכח הפגיעה של המזיק.⁸⁸ כך קורה גם בקביעת פיצויים חוזיים, למצער כאשר מדובר בפיצויי קיום, המחייבים כימות של התועלת שהיה מפיק הנפגע מההפרה במצב עולם אלטרנטיבי בו החוזה קיים.⁸⁹ במובן זה, הצעתנו אינה מחייבת אימוץ רעיון זר לדין. היא מבקשת ליישם עקרונות מוכרים בהקשר הספציפי של תובענות ייצוגיות צרכניות בהן נתבע פיצוי בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה. כפי שנזכר, הרגרסיה נותנת מענה גם לשאלת מידת המובהקות של תוצאותיה, או להסתברות שתוצאותיה שגויות. את מידת המובהקות ניתן להתאים לשלב בהליך. כך, למשל, ניתן לקבוע שבשלב בקשת האישור תידרש רמת מובהקות נמוכה מזו שנדרשת במסגרת ההליך העיקרי. חשוב להדגיש שאף שדרך המלך להוכחת נזק לציבור הצרכנים בגין פגיעה באוטונומיה היא באמצעות רגרסיה, הצעתנו אינה לחייב דווקא ניתוח אמפירי כזה כתנאי לאישור תביעה כייצוגית בראש נזק זה. כל ניתוח אמפירי שיש בכוחו לשכנע את בית המשפט בכך שהפגיעה באוטונומיה גרמה לירידה בביקוש למוצר – בכמות הנצרכת ממנו או במחירו – יפתור את הקושי שעמו מבקשת הצעתנו להתמודד. ניתוח כזה יאפשר אישור תובענות צרכניות כייצוגיות כאשר נשלל מן הצרכנים מידע בעל ערך כלכלי, תוך חסימת תביעות ייצוגיות צרכניות שלהן עלות חברתית ללא תועלת ממשית בצידה.

הרעיון שבבסיס הצעתנו – צמצום מספרן של התביעות הייצוגיות הצרכניות בהן נתבע סעד בגין פגיעה באוטונומיה – עולה בקנה אחד עם הצעה שהוצעה בהקשר קרוב. במאמרם של פרוקצ'יה וקלמנט, מציעים פרוקצ'יה וקלמנט לזווח על דרישת הסיבתיות – הדרישה להסתמכות על המצג המטעה – בתביעות בגין הטעיה צרכנית. פרוקצ'יה וקלמנט מסבירים כי גם מי שלא

⁸⁸ ע"א 10064/02 "מגרל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, ס(3) 13 (2005), בפס' 7-9 לפסק הדין של השופט ריבלין.

⁸⁹ ר' למשל ע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, מו(4) 45 (1992).

הסתמך בעצמו על המצג עשוי להיפגע ממנו, שכן המצג משפיע על כלל הצרכנים, ועל כן גורם לעליית מחירים כלל שוקית.⁹⁰

מאמרם של פרוקצ'יה וקלמנט ממוקד בסוגיית הקשר הסיבתי (האינדיווידואלי) בין ההטעיה לרכישה, ובהצעה לוותר על הדרישה להוכחתו. בשולי הצעתם מתייחסים פרוקצ'יה וקלמנט בתמצית גם לתביעות ייצוגיות בהן נטען לפגיעה באוטונומיה.⁹¹ פרוקצ'יה וקלמנט עומדים על ערכן החברתי הנמוך של תביעות בהן נתבע רק סעד בגין הרגשות השליליים שגרמה פגיעה באוטונומיה, ומביעים הסתייגות מתביעות כאלה (להבדיל מתביעות בהן נתבע סעד בגין תוצאות הפעולה שבוצעה תוך פגיעה באוטונומיה).⁹²

בכל הקשור להסתייגות הבסיסית מהשימוש הנרחב בראש הנזק ומן ההצפה של בתי המשפט, עמדנו דומה לעמדתם של פרוקצ'יה וקלמנט. אך הצעתנו שונה מהצעתם של פרוקצ'יה וקלמנט בסוג הנזק אליו היא מתייחסת. בנוסף, הצעתנו מבקשת לפסוע צעד נוסף ולמסד את אופן הוכחת ערכו הכלכלי של המידע שנשלל מן הצרכנים.

ראשית, במישור העיוני, הצעתנו מתייחסת לסוג נזקים שונה מזה שאליו מתייחסת הצעתם של פרוקצ'יה וקלמנט. אנו ממקדים את הצעתנו בתביעות בהן נטען שהפגיעה באוטונומיה היא היא הנזק שנגרם לקבוצת התובעים (בנוסף להיותה הפעולה הפוגענית, או ראש הנזק שעליו מבוססת התביעה). הצעתם של פרוקצ'יה וקלמנט מתייחסת לנזקים אחרים – הנזקים *התוצאתיים* הנובעים מן הפגיעה באוטונומיה. פרוקצ'יה וקלמנט מציעים להבחין בין שני סוגי נזקים (לא ממוניים) העשויים להיגרם כתוצאה מן הפגיעה באוטונומיה – היינו, בין שני סוגי נזקים *תוצאתיים*. וכלשונם של פרוקצ'יה וקלמנט:

שלילת כוח הבחירה עשויה להוליד נזק תוצאתי לא ממוני משני סוגים מובחנים. הסוג האחד מקורו בפגיעה הרגשית הלא-ממונית הנובעת מנטילתו של כוח הבחירה. כאשר צרכן מגלה כי ניטלה ממנו הזכות לא לצרוך חלב המכיל סיליקון, הוא חש נפגע...הסוג האחר מקורו ביחס של הנפגע אל הפעולה שנעשתה תוך כדי פגיעה באוטונומיה. צרכן המגלה כי החלב שצרך הכיל סיליקון עשוי לחוש תחושות שליליות עקב סלידתו מן הסיליקון...שתי הפגיעות האמורות הינן פגיעות תוצאתיות, במובן זה שמקורן בהשלכות שהיו לשלילת כוח הבחירה.⁹³

פרוקצ'יה וקלמנט מבחינים אפוא, לעניין ההסתמכות (בה ממוקד מאמרם), בין נזק תוצאתי שעניינו הפגיעה שגרמה הפעולה שלה לא היתה ניתנת הסכמת הנפגעים לו ניתן להם מלוא המידע, לבין התחושות הקשות שנבעו מעצם הפגיעה באוטונומיה. הצעתנו אינה נוגעת לאף אחד משני סוגי הנזקים הללו. הצעתנו נוגעת לנזק שלישי – עצם הפגיעה באוטונומיה. כפי שיוסבר בהרחבה בהמשך, איננו מציעים לשלול את זכות התביעה בגין נזקים תוצאתיים. זאת, בין שמדובר בנזקים

⁹⁰ פרוקצ'יה וקלמנט, ה"ש 26 לעיל.

⁹¹ שם, בפרק ד'.

⁹² שם, בעמ' 41.

⁹³ שם, בעמ' 38.

תוצאתיים הנובעים מן הפעולה שנעשתה, ובין שמדובר בנזקים תוצאתיים מסוג רגשות שליליים – אכזבה, כעס, תסכול, וכיוצא באלה – הנוגעים לעצם שלילת כוח הבחירה.⁹⁴ אנו תמימי דעים עם פרוקצ'יה וקלמנט כי ערכן החברתי של תובענות ייצוגיות במסגרתן נתבעים נזקים תוצאתיים מסוג אכזבה, כעס ותסכול מעצם שלילת כוח הבחירה "צפוי להיות נמוך למדי לעתים קרובות".⁹⁵ אך לא בנזקים אלה ממוקדת הצעתנו. הצעתנו ממוקדת, כאמור, בסוג נזק שלישי – עצם שלילת כוח הבחירה. נזק זה הוא הנזק היחיד שאנו סבורים שיש לשלול את אפשרות ניהול התביעה בגינו אם אין בידי התובע הייצוגי להצביע על ירידה בביקוש.

בכל הקשור לנזקים תוצאתיים, ובפרט לנזקים תוצאתיים מסוג רגשות שליליים מעצם שלילת כוח הבחירה, כפי שפרוקצ'יה וקלמנט עצמם מציינים, "...השאלה אם התועלת ההרתעתית גבוהה דייה להצדיק את ניהולה של התובענה הייצוגית נותרת בסופו של יום שאלה אמפירית".⁹⁶ לשאלה זו אין בידינו תשובה. זאת ועוד: גם אם ערכן החברתי של תביעות כאלה נמוך, אנו מציעים – כפי שיובהר בהמשך – להותיר בידי תובעים ייצוגיים את האפשרות לנהל תביעות ייצוגיות אם עלה בידם להוכיח (ברמה הנדרשת בשלב אישור התביעה כייצוגית) את קיומם. מכל מקום, הצעתנו אינה נוגעת לנזקים אלה.

גם בכל הנוגע לדרכי ההוכחה, הצעתנו שונה מהצעתם של פרוקצ'יה וקלמנט. פרוקצ'יה וקלמנט מציעים שהתובע יידרש להוכיח, כתנאי לאישור התובענה כייצוגית, ירידה במחיר המוצר.⁹⁷ אלא שנתוני מחירים אינם פשוטים תמיד להשגה, ולעתים קל יותר לתובע להשיג דווקא נתונים אחרים. חשוב מכך: אם ירידה במחיר תביא להטלת אחריות על העוסק, יוכל העוסק שהטעה להימנע מהורדת המחיר וכך לחמוק מהטלת האחריות. מובן, שלדרך פעולה כזו עלות מנקודת ראותו של העוסק. הימנעות מהורדת המחיר כאשר הביקוש למוצר ירד תביא לכך שהכמות הנמכרת ורווחיו של העוסק יקטנו. אך אם הדבר יאפשר לעוסק לחמוק מאחריות ולחסוך את ההוצאות הכרוכות בניהול תביעה שראוי היה לאשר, ייתכן שהמחיר יהיה כדאי מנקודת ראותו. לכן, מיקוד במחיר בלבד עלול לחסום תביעות צרכניות מוצדקות.

הצעתנו מבקשת לאפשר לתובע להוכיח את הירידה בביקוש גם בדרכים אחרות, ובעיקר על ידי הצבעה על קיטון בכמות הנרכשת, שפעמים רבות הנתונים לגביה אמינים יותר וקלים יותר להשגה. האפשרות להוכיח ירידה בכמות כאשר לא ניתן להוכיח ירידה במחיר או כאשר לא היתה כלל ירידה במחיר תסכל את יכולתם של עוסקים לחמוק מהטלת אחריות מוצדקת. בה בעת, העמדת דרישה מוגדרת וברורה, עליה יודעים התובעים הפוטנציאליים מראש, מאפשרת לתובעים פוטנציאליים לכלכל את צעדיהם ולהימנע מהגשת תביעות ייצוגיות שסיכוייהן להתקבל נמוכים (למעט כאשר באפשרותם להסביר מדוע ראוי לאמץ דרכי הוכחה אחרות). כפי שהוסבר מעלה,

⁹⁴ ר' להלן, בטקסט הנלווה לה"ש 97.

⁹⁵ שם, בעמ' 40.

⁹⁶ שם, בעמ' 41.

⁹⁷ שם, עמ' 33 – 36.

לשיטתנו דרך המלך להוכחת הירידה בביקוש היא עריכת רגרסיה הלוקחת בחשבון את שורת המשתנים הרלוונטיים. הצעתנו זו מחייבת את התובעים להשקיע סכום מסוים בהוכחת עילתם לפני הגשת התובענה, ובכך יוצרת חסם להגשת תביעות שהתועלת החברתית מהן קטנה. בכך מבקשת הצעתנו לחסוך משאבים (ציבוריים ופרטיים) הכרוכים בהתדיינויות שערכן החברתי נמוך. הצעתנו מבקשת ליצור משטר מאוזן שאינו מאפשר לעוסקים לחמוק מאחריות מחד, אך מדכא תביעות שלא ראוי לאשרן מאידך.

מעבר למענה שאנו מבקשים להציע לסיטואציות בהן לא ניתן להוכיח ירידה במחיר או שלא היתה כזו, הצעתנו מבקשת להתמודד גם עם סיטואציה שלישית, אפשר שאף השכיחה מכולן – סיטואציה בה העוסק פגע באוטונומיה הצרכנית וגרם לעליה בביקוש, ולמרות זאת לא ניתן להצביע על ירידה במחיר או על ירידה בכמות. סיטואציה כזו עשויה להישמע תמוהה, שהרי הגדלת הביקוש חייבת להתבטא בעליה בכמות הנמכרת, במחיר, או בשניהם, וממילא ניתן לצפות שכאשר ההטעיה נודעת – תהיה ירידה באחד מאלה לפחות. אך על אף האינטואיציה הראשונית, מדובר בסיטואציה שכיחה למדי. הטעם לכך הוא שפעמים רבות דבר הפגיעה באוטונומיה לא נודע ברבים. התובע מגלה הטעיה צרכנית, אך צרכנים אחרים אינם מודעים לה כלל. כך יקרה, לדוגמה, כאשר התובע גילה בעצמו שמסעדה המפורסמת ככשרה מגישה מזון שאינו כשר, אך הדבר לא פורסם, ועל כן ציבור הצרכנים אינו ער לפגיעה באוטונומיה. לעניין זה נשוב בהמשך, בדוננו בקשיים המעשיים שהצעתנו עלולה לעורר.

ד. קשיים אפשריים בכלל המוצע

הכלל המוצע על ידנו עלול לעורר שני קשיים. קושי אחד הוא קושי עקרוני, והשני הוא קושי פרקטי.

הקושי העקרוני נעוץ באפשרות שאף שהפגיעה באוטונומיה לא הביאה לכל שינוי בביקוש, עצם הפגיעה *כאפשרות* הבחירה היא כשלעצמה נזק.

הקושי הפרקטי כרוך בהוכחת עיוות הבחירה במקרים בהם דבר ההטעיה לא נודע ברבים עובר להגשת התביעה. בחלק מן המקרים, המעשה העולתי נודע ברבים לפני הגשת הבקשה לאישור התביעה כייצוגית. כך יהיה, לדוגמה, כאשר תחקיר עיתונאי חושף את התנהלותו הפגומה של העוסק. או אז, ניתן לבחון את השפעת ההטעיה על הציבור. ניתן לאמוד את הביקוש למוצר עובר לפרסום (בתקופה בה הציבור הוטעה) לעומת הביקוש למוצר לאחר הפרסום (משנחשפה ההטעיה), לנטרל משתנים שונים העשויים להסביר את השינוי, ולאמוד את השפעתה של ההטעיה על הביקוש.

ברם, במקרים אחרים המעשה העולתי אינו ידוע לציבור הרחב. תובע ייצוגי נחשף להתנהגות עולתית של עוסק, ומגיש בעקבות כך תביעה אותה הוא מבקש לאשר כייצוגית. אך ההתנהגות של העוסק – ההטעיה – אינה נודעת ברבים. כפי שהערנו מעלה, מדובר בסיטואציה שכיחה מאוד. במקרים כאלה קשה יותר להוכיח את השינוי בביקוש כתוצאה מן ההטעיה. נייחד מספר מילים לכל אחד מן הקשיים.

1. הקושי העקרוני – הערך האינטרינזי של האוטונומיה

כאמור, הפגיעה באוטונומיה עלולה להביא עמה, בהקשר הצרכני, שני סוגי נזקים תוצאתיים: נזקים פיזיים או נפשיים לצרכנים (או לחלקם), ועיוות הבחירה הצרכנית. נזקים אלה הם נזקים תוצאתיים – הם נגרמים כתוצאה מן הפגיעה באוטונומיה. הצעתנו לא תצמצם את אפשרות התביעה בגין נזקים כאלה.

באשר לסוג הראשון, מובן כי אם יוכחו נזקים פיזיים או נפשיים כתוצאה מן הפגיעה באוטונומיה – ניתן יהיה לתובעם. כך, מי שנזקק לטיפול פסיכיאטרי בעקבות התחושות הקשות שחש כתוצאה מכך שהאוטונומיה שלו נפגעה; מי שחשה תחושות קשות שלא עלו כדי פגיעה נפשית, אך הפסידה מספר רב של ימי עבודה בשל אותן תחושות; וכיוצ"ב – יוכלו להיפרע את נזקיהם מן העוסק.⁹⁸ יש להניח שנזקים מסוג זה אינם שכיחים בהקשר הצרכני. היות שעסקינן בתביעות צרכניות, ניתן לשער שעוצמת התחושות השליליות קטנה בהרבה מעוצמתן של תחושות אלה בהקשר שבו התפתח מלכתחילה ראש הנזק – פגיעות גופניות. הפגיעה באוטונומיה בה עסקינן היא פגיעה שלא הביאה לשינוי בהעדפותיה של אף קבוצת צרכנים. היינו, בתחושה הלא נעימה משלילת אפשרות בחירה שלנפגעים אין ממנה כל תועלת מעשית, ושלא הייתה מביאה לשינוי בחירתם. כאשר נשללה מאדם האפשרות לסרב להפעלת כוח על גופו או לביצוע פרוצדורה רפואית בגופו, ניתן להניח שעוצמת הפגיעה המתבטאת ברגשות שליליים גדולה יחסית. כאשר נשללה מאדם האפשרות לבחירה צרכנית, ובפרט כאשר הצרכן לא היה משנה את בחירתו לו ניתנה לו הברירה, ניתן להניח שעוצמת הפגיעה קטנה בהרבה.⁹⁹ אפילו בהקשר של נזקי גוף נאמר בימיו הראשונים של ראש הנזק כי כאשר לא נגרם לחולה נזק גוף וכאשר לא היה משנה את החלטתו "ניתן להניח שהפגיעה ברגשותיו [...] קלה".¹⁰⁰ קל וחומר שכך בהקשר הצרכני. כאמור, בעניין זה אנו תמימי דעים עם פרוקצ'יה וקלמנט, שחיבורם התמקד בנזקים אלה.

עוד ראוי לעמוד על כך שגם כאשר נזקים מסוג זה נגרמים, סביר כי כימותם, ובעיקר הוכחת הקשר הסיבתי בינם לבין הפגיעה באוטונומיה הצרכנית והזכאות לפיצוי, יצדיקו ניהול תביעות אינדיוידואליות. מדובר בסוג נזק שצפוי להיות שונה מאוד מאדם לאדם, והוכחת הזכאות לפיצוי צפויה גם היא להיות שונה מאוד מנפגע לנפגע. אף שבדין קיימים מנגנונים שונים המאפשרים התגברות על שונות מסוימת בין חברי הקבוצה,¹⁰¹ נדמה שבמקרים של פגיעה באוטונומיה שגרמה לנזק נפשי של ממש השונות בין הנפגעים השונים תהיה גדולה מאוד, ותצריך בירורים עובדתיים אינדיוידואליים מורכבים. עיקרו של הדיון צפוי להיות חלקן האינדיוידואלי, ואילו השאלה המשותפת – הפגיעה באוטונומיה – צפויה להיות שולית יחסית, ופשוטה להוכחה. לכן,

⁹⁸ ור' עניין תנובה השני, ה"ש 25 לעיל, בפסקה 40 לפסק דינה של השופטת חיות. ר' גם עמית, ה"ש 1 לעיל, בעמ' 484-9 (לדיון בשאלה אם הפיצוי עבור פגיעה באוטונומיה יכול להיפסק בנוסף לפיצוי בגין תחושות כאלה).

⁹⁹ ר' גם פרוקצ'יה וקלמנט, ה"ש 26 לעיל, בעמ' 41.

¹⁰⁰ קרקו-אייל, ה"ש 42 לעיל, בעמ' 280.

¹⁰¹ ר' סע' 20 לחוק תובענות ייצוגיות.

אנו סבורים שבמרבית המקרים נכון יהיה לנהל תביעות כאלה כתביעות אינדיווידואליות.¹⁰² אך יהא אשר יהא המסלול הנכון להגשת תביעות בגין נזקים כאלה – הצעתנו לא תפגע באפשרות להגיש תביעה בגינם.

גם באשר לסוג הנזק השני – עיוות הבחירה – הצעתנו לא תפגע באפשרות להגיש תביעה. נהפוך הוא: הצעתנו היא שבמקרים כאלה יותר לנהל תביעה ייצוגית נגד העוסק, והצעתנו מציעה דרכים פרקטיות לניהול התביעה.

סוג הנזק המעורר קושי בהקשרה של הצעתנו הוא הנזק שבעצם הפגיעה באוטונומיה. גם כאשר לא נגרמו לצרכנים נזקים תוצאתיים כלשהם – לא גופניים, לא נפשיים, ולא עיוות של אפשרות הבחירה – ניתן לסבור כי עצם שלילת אפשרות הבחירה היא נזק שנגרם לצרכנים, ובגינו ראוי לפצותם.

כך, נטען בראשית ימיו של ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה כי:

משמעות ההכרה בזכות לפיצוי בשל שלילת כוח הבחירה היא, שגם לו היה התובע

נוהג באותו אופן אלמלא פעולתה העוולתית של הנתבעת, הוא זכאי לפיצוי בשל

הפגיעה באוטונומיה שלו.¹⁰³

ההנחה כידאני לפצות את הנפגע במקרים כאלה נראית בעינינו הנחה תמוהה בהקשרם הכללי של דיני הנזיקין. על מנת להבין עד כמה חריגה הקביעה כי ראוי לפצות את הנפגע בגין פגיעה מסוג זה, ניתן להיעזר בדוגמה הבאה: נניח כי פלונית גונבת אופניים השייכים לאלמונית. נניח עוד, כי הגניבה לא גרמה לאלמונית כל נזק תוצאתי שהוא. כדי שכך יקרה, נדרש ששוויים הכלכלי של האופניים יהיה 0. היינו, לצורך ההמחשה, מדובר באופניים ישנים וחלודים המצויים במחסן של אלמונית. אלמונית כבר רכשה זוג אופניים חלופי, ולא התכוונה לרכוב על האופניים הישנים, למוכרם או לעשות בהם כל שימוש אחר. זאת ועוד: אלמונית גם לא סבלה טראומה בעקבות הגניבה (אילו סבלה טראומה כזו, היה נזקה הנפשי נזק תוצאתי). האם כאשר בית המשפט נוכח כי אלה הנסיבות תידרש פלונית לפצות את אלמונית? ברגיל, תשובתם של דיני הנזיקין היא בשלילה. הכרעתם הרגילה של דיני הנזיקין בסיטואציה כזו היא כי לאלמונית לא נגרם נזק בר-

¹⁰² ר' ע"א 6887/03 חיים רוניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות [נבו, 20.07.2010], בפסקאות 24 – 27 לפסק דינו של השופט גרוניס. ר' גם ע"א 7141/13 קונקטיב גרופ בע"מ נ' שמעון דבוש [נבו, 05.11.2015], אף כי שם נמנע בית המשפט לקבוע מסמרות בסוגיה והדברים עלו בהקשר של ניגוד עניינים בין תתי-הקבוצות השונות (ר' פסקה 10 לפסק דינו של השופט מזוז, שלדעתו הצטרף השופט דנציגר). ר' גם עמדתה החולקת של השופטת ברק-ארז (שלעצמה בעניין זה הצטרף גם השופט דנציגר).

¹⁰³ קרן-פז, ה"ש 43 לעיל, בעמ' 189. ר' גם בעמ' 190. זוהי גם ההנחה בבסיס מאמרה של קרקו-אייל, הנזכר בה"ש 42 לעיל, אך קרקו-אייל מבהירה כי היא מקבלת את ההנחה שהפגיעה באוטונומיה היא נזק בר-פיצוי נוכח הכרעתו של בית המשפט בעניין עלי דעקה, מבלי להביע עמדה בשאלה אם ראוי היה לקבוע זאת (עמ' 268: "השאלה אם בית המשפט נהג כשורה משקבע כי פגיעה בזכותו של החולה לאוטונומיה מהווה נזק בר-פיצוי, אינה ממין עניינו של מאמר זה...משהכיר בית המשפט בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, עולה השאלה כיצד יוערך הפיצוי בגדרו"; ר' גם בעמ' 269 את הסתייגותה המפורשת של קרקו-אייל מהכרעה בשאלה אם שיקולים דיאונטולוגיים ועקרון האוטונומיה הם שיקולים ראויים).

פיצוי, באשר לא ניטל ממנה נכס בעל ערך כלכלי, או – בניסוח שקול – נזקה הוא 0. גם בסיטואציה כזו ניתן, כמובן, לומר כי נדרש להרתיע את פלונית שביצעה מעשה עוולתי אסור. אלא שברגיל, מלאכת ההרתעה בסיטואציה כזו שמורה לדין הפלילי, ולא לדין הנזיקין. דיני הנזיקין מפצים בגין נזק שנגרם. מדוע לא נאמר כי בסיטואציה כזו נפגעה האוטונומיה של אלמונית – זכותה להחליט בעצמה מה לעשות באופניה? דיני הנזיקין אינם מפצים בהקשרים אחרים בגין ערכה האינטרינזי של הזכות להחליט כיצד לנהוג בנכס כאשר ברור כי התובע לא היה מפיק מן הנכס כל ערך חיובי. הגישה המפצה בסיטואציה כזו את התובע תמוהה מאוד בהקשרם הכללי של דיני הנזיקין.¹⁰⁴

חשוב להבחין כי בטיעון סמויות לא רק ההנחה שלאוטונומיה ערך אינטרינזי, ולא רק ההנחה שבגין ערך אינטרינזי זה זכאי התובע לפיצוי – הנחה שונה מן ההנחה בהקשרים אחרים של דיני הנזיקין – אלא גם את ההנחה שניתן לכמת את הנזק לאוטונומיה.¹⁰⁵

גם אם נקבל לצורך הדיון את שלוש ההנחות שבבסיס הטיעון, היינו שלאוטונומיה ערך אינטרינזי, שבגין אותו ערך אינטרינזי ראוי לפצות את התובע, ואת ההנחה הנוספת הסמויה בטיעון לפיה ניתן לכמת את אותו נזק, אנו סבורים שלא ראוי לפסוק פיצוי בגין הפגיעה בערך זה כאשר עסקינן בתביעות ייצוגיות צרכניות, וכאשר לא נלווה לפגיעה כל שינוי בהתנהגות של מי מהצרכנים או כל נזק תוצאתי אחר. לכך מספר טעמים מעשיים.

ראשית, בסיטואציות מעין אלה יש לזכור כי הטלת האחריות אינה נדרשת כדי להרתיע את העוסקים. כפי שהוסבר, היות שהעוסקים אינם מרוויחים דבר מן הפגיעה באוטונומיה כשלעצמה (כאשר זו אינה מביאה לשינוי בהתנהגות הצרכנית), אין להם כל תמריץ לפגוע באוטונומיה של הצרכנים, וממילא לא נדרש להרתיע אותם מפגיעה כזו. בכך יש כרסום ממשי בהצדקה להטלת אחריות מלכתחילה. אחת ממטרותיהם המרכזיות של דיני הנזיקין, לצד השבת מצבו של הנפגע לקדמותו, היא הרתעת מעוולים פוטנציאליים.¹⁰⁶ ישנן גישות לפיהן זו מטרתם המרכזית של דיני

¹⁰⁴ לדיון בנושא קרוב – בשאלה אם הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה יכול להיפסק במצטבר לנזקים בלתי ממוניים שנגרמו כתוצאה מן הפגיעה באוטונומיה – ר' עמית, ה"ש 1 לעיל, בעמ' 484-9 (ועמדתו החולקת של השופט ריבלין בשורת פסקי דין). עם זאת, ברור כי האפשרות לנזק בגין פגיעה באוטונומיה אינה שוללת את האפשרות לפסוק פיצויים בגין נזקים (ממוניים או בלתי ממוניים) שהם תוצאה של ההטעיה. ר', בהקשרו של חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה – 1975 (ובהקשרם של סוגי הנזקים שניתן לפסוק לסוגי נזיקים שונים במסגרתו), רע"א 444/87 אלסוחה נ' עיזבון דהאן, מד(3) 397 (1990).

¹⁰⁵ כפי שהוער לעיל (בה"ש 67), זו הנקודה בה היה מוכן בית הלורדים ללכת כברת דרך לקראת התובעת בעניין Rees v. Darlington. ביהמ"ש היה מוכן לקבוע פיצוי נומינאלי בגין הפגיעה, כאשר הוכחה עוולה אחרת – התרשלות שהביאה לתוצאה לא רצויה.

¹⁰⁶ ר': Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law* (Harvard University Press, 1987), 298 ("[I]f liability is to be employed in some area of accident, the major justification should be that liability creates incentives toward safety."); Andrew F. Popper, In Defense of Deterrence, 75 Alb. L. Rev. 181 (2011); W. Jonathan Cardi, Randall D. Penfield, Albert H. Yoon, Does Tort Law Deter Individuals? A Behavioral Science Study, 9 JELS 567,

הנזיקין, והשבת המצב לקדמותו היא מטרה משנית בלבד, שניתן להשיגה גם באמצעים אחרים, דוגמת ביטוח.¹⁰⁷ בין שהרתעת מעוולים היא המטרה המרכזית של דיני הנזיקין ובין שהיא אחת ממטרותיהם המרכזיות, ברור שכאשר אין צורך להרתיע מעוולים, הטלת האחריות מאבדת הרבה מן הצידוק לה.¹⁰⁸

לצד הצידוק החלש להטלת אחריות, יש לזכור את מחירה החברתי של אותה אחריות. כפי שהוזכר, תביעות צרכניות בהן נטען לפגיעה באוטונומיה מעמיסות על בתי המשפט, ויש להן עלות חברתית ניכרת הכוללת לא רק את עלות ההתדיינות ואת המשאבים הפרטיים והציבוריים המושקעים בה, אלא גם את התשלומים שמשלמים עוסקים, בין בפשרות ובין בפסקי דין, המגולגלים על הצרכנים.

נזכיר שוב בהקשר זה, שראש הנזק הוא ראש נזק ייחודי למשפט הישראלי.¹⁰⁹ גם בכך אין כדי לשלול, כמובן, את ההצדקה לעצם ההכרה בראש הנזק. ברם, יש בכך כדי להאיר את ראש הנזק כעניין אוטורי יותר, ולא ככזה הנוגע בליבת האוטונומיה של צרכנים שההגנה עליה מובנת מאליה. בהצעה לצמצם את קשת המקרים בהם תותר הגשת תביעה ייצוגית, ובפרט במניעת תביעות ייצוגיות צרכניות שבהן לא ניתן להצביע על שינוי בפועל בצריכה (או כל נזק תוצאתי אחר), אין אפוא כדי לפגוע בגרעין הקשה של זכויות הצרכן.

כאמור מעלה, שוויה של אפשרות בחירה שאיש מן הצרכנים לא יעשה בה שימוש הוא, במשקפיים כלכליים, אפס. על כן, גם אם ניתן לומר שכעניין משפטי אחראי העוסק לנזק, הפיזי צריך לעמוד על אפס. יש לשוב ולהדגיש בהקשר זה, שאם קיימת תת-קבוצה של צרכנים ששינתה את בחירתה בעקבות ההטעיה, יתבטא הדבר בנתונים. אם קיימת קבוצה כזו (שאינה זניחה), יראו הנתונים שכתוצאה מגילוי המידע חלה ירידה מובהקת בביקוש למוצר או לשירות. אם כך יהיה, היינו אם ניתן להראות שלבחירה היה ערך בעיני תת-קבוצה כלשהי של צרכנים, לא תשלול הצעתנו את האפשרות להגשת תביעה ייצוגית בגין הפגיעה באוטונומיה בשם אותה קבוצה. הצעתנו תיכנס לפעולה רק באותם מקרים שבהם לא ניתן להראות שקבוצה של צרכנים שינתה את התנהגותה בעקבות ההטעיה. לשון אחר: הצעתנו שוללת את האפשרות להגשת תביעה בגין פגיעה באוטונומיה רק כאשר מתברר שלא ניתן לאתר אף קבוצה של צרכנים שייחסה ערך למידע

(“In the nearly 40 years since [the 1970s], the literature has pursued twin aims with remarkable persistence and ingenuity—to describe tort law as a tool used to reduce tortious injuries to an efficient level, and to prescribe the most effective means by which courts might achieve that end.⁵ In part as a result of this jurisprudence, courts too have paid increasing attention to the potential deterrent effects of their tort decisions.”).

ר' Shavell, שם: ¹⁰⁷

(The principal justification for use of accident liability today should not be compensation of victims because this can be accomplished with our well-developed and comparatively cheaply operating insurance system.).

לעמדה אחרת ר' קרקו-אייל, ה"ש 42 לעיל, בעמ' 277-8. ¹⁰⁸

ר' בטקסט הסמוך לה"ש 2 לעיל. ¹⁰⁹

שנשלל ממנה. כאשר עסקינן במקרה כה קיצוני, נדמה בעינינו כי כעניין של מדיניות משפטית אין לאפשר תביעה בגין מניעת מידע חסר ערך. זאת, אף שלא ניתן לשלול את הטיעון הטאטולוגי לפיו לעצם האפשרות לעשות שימוש במידע היה ערך אף שהמידע עצמו היה חסר ערך. במידה רבה, הצעתנו היא קונקרטיזציה של הכלל שנקבע בפסיקה **בעניין תנובה הראשון**. גם בית המשפט העליון, בקובעו שעצם שלילת אפשרות הבחירה עשויה להיות נזק בר-פיצוי, סייג את קביעתו וקבע כי לעתים הפגיעה באוטונומיה היא עניין של מה בכך.¹¹⁰ מקרה שבו שלילת זכות הבחירה לא הביאה לשינוי בהתנהגות הצרכנית הוא מקרה שניתן לסווגו כעניין של מה בכך לא רק עבור חלק מיחיד הקבוצה, אלא גם עבור הקבוצה כולה. גישתנו עולה בקנה אחד לא רק עם עמדת הרוב **בעניין תנובה הראשון**, אלא גם עם עמדת המיעוט של השופטת פרוקצ'יה, שקבעה:

טענה בדבר פגיעה כתוצאה מהכללת תוסף במוצר מזון, הנעשית תוך סטייה מהתקן אך בלא שנגרם כל נזק בריאותי מכך, אינה גוררת, כעניין המובן מאליו, נזק הנובע באורח טבעי ממהלכם הרגיל של הדברים. סטיות מתקן אמנם מהוות הפרה של חוק שאין להקל בה ראש, ועל אכיפתם של נהלים בעניין גילוי מלא של מרכיבי מוצרים יש להקפיד. עם זאת אין להניח כי כל הפרת תקן – ותקן מזון בכלל זה – תצמיח מעצמה, ובהכרח, עילה לפיצוי בלתי ממוני לצרכן גם מקום שלא נגרם לו מכך נזק בריאותי כלשהו, וכאשר לא ביסס העדפה מוגדרת למוצר בעל מאפיינים מסוימים דווקא. על הצרכן מוטל נטל לבסס קיומו של נזק כזה, ואין הדברים ברורים מאליהם...

הרי אין פגיעה באוטונומיה של הפרט הכרוכה בפגיעה באמונתו ובמרקם ערכיו והשקפת עולמו של אדם, כפי שמתבטא למשל באשר לצריכת מזון כשר כפגיעה בזכות הצרכן להניח כי מוצר מזון כלשהו שהוא צורך מכיל יסודות נתונים ולא אחרים, במצב שבו אין לו מראש העדפה מוגדרת לצריכת מוצר מזון בעל מאפיינים מסוימים, ומקום שאין במרכיבי המוצר הנתונים כדי להזיק. יש הבדל של מהות, מידה ומשקל בין דרכי המימוש של האוטונומיה של הפרט ממקרה למקרה. העניין שלפנינו אינו נופל בגדר אותן קטגוריות מקרים שבהם הטעיה או טעות לגבי מרכיביו של מוצר עלולים לגרום לצרכן פגיעה רגשית ממשית שמקורה במחויבות לערכים, להשקפות או בהעדפה מיוחדת למטרה מוגדרת.¹¹¹

למעשה, את הפער בין עמדת הרוב לעמדת המיעוט **בעניין תנובה הראשון** ניתן למסגר כמחלוקת בשאלה מה היה מראה ניתח סטטיסטי של הנתונים, לו נערך (אף שכמובן לא כך התייחס לכך בית המשפט). השופטת נאור, אליה הצטרף השופט לוין, סברה כי הפגיעה אינה עניין של מה בכך. עמדה זו שקולה, כך נדמה בעינינו, לקביעה שניתן להניח שמעשיה של תנובה

¹¹⁰ כאמור, מן הבחינה הדוקטרינרית ייתכן שכיום לא ניתן להסתמך עוד על **עניין תנובה הראשון**, נוכח עמדת הרוב **בעניין זליגמן**, ה"ש 29 לעיל, אך מן הבחינה המעשית אין לכך חשיבות רבה (ר' ה"ש 79 לעיל).

¹¹¹ פסקאות 14-5 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

הביאו לעלייה מלאכותית בביקוש למוצריה. לעומתם, השופטת פרוקצ'יה סברה שלא ניתן להניח הנחה כזו. היות שאין עסקינן ב"פגיעה רגשית ממשית שמקורה במחויבות לערכים, להשקפות או בהעדפה מיוחדת למטרה מוגדרת", סברה השופטת פרוקצ'יה כי ההטעיה לא הביאה לשינוי בביקוש.

באופן דומה, ניתן להשקיף על הצעתנו גם כהצעה למתודולוגיה קונקרטית שתכליתה להבחין, בהקשר הצרכני, בין מה שהפסיקה מכנה "הגרעין הקשה" של הפגיעה באוטונומיה, או "ליבת הערך המוגן", לבין פגיעות אחרות באוטונומיה.¹¹² כאשר יעלה בידי התובע הייצוגי להראות שההטעיה הגדילה את הביקוש למוצר, אות הוא שעסקינן בפגיעות ב"ליבת הערך המוגן", או ב"גרעין הקשה". כאשר לא יעלה בידי התובע להראות כל פגיעה בביקוש כתוצאה מן ההטעיה, אות הוא שעסקינן במקרה שאינו מצוי באותו "גרעין קשה", היינו במקרה שבו לא ראוי לפסוק פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה.

גישתנו אינה נוטלת דבר ממשי מן הצרכנים, אינה פוגעת בצדק החלוקתי ואינה יוצרת הרתעת חסר, שכן לעוסקים אין כל תמריץ לפגוע באוטונומיה כאשר פגיעה זו לא תגדיל במאום את רווחיהם (שכן היא לא תשנה את בחירתם של הצרכנים). מדיניות משפטית מחייבת שקילה של העלות והתועלת הכרוכות בהכרה בעילה. גם אם יש תועלת כלשהי בהכרה בעילה כזו, העלות החברתית של ההכרה גבוהה מאוד. משמעה פריצת גדר מוחלטת בכל הקשור לאפשרות לניהול תביעה ייצוגית. בברירה בין פריצת הגדר המוחלטת והצפתם של בתי משפט בתביעות סרק, לצמצום אפשרות ניהולן של תביעות ייצוגיות כך שמקרים מסוימים – תיאורטיים בעיקרם – לא יוכרו ככני פיצוי, עדיפה בעינינו הגישה המצמצמת. ניסיון העבר מוכיח שמחירה של ההרחבה גבוהה. קשה להצביע על מחירו של הצמצום. על כן, הגישה המצמצמת עדיפה בעינינו.

2. הקושי המעשי - הוכחת הפגיעה במקרים מסוימים

הקושי המעשי הכרוך בהצעתנו נוגע לאותם מקרים בהם ההטעיה לא נודעה ברבים. במקרים מעין אלה, עלול להיווצר קושי מעשי בהוכחת הפגיעה, משום שלא ניתן יהיה לאתר שינוי בהתנהגות הצרכנים. כאשר עסקינן בפרשה הנחשפת בתקשורת (דוגמת תחקיר המגלה שמסעדה בה נמכר בשר כשר מוכרת במודע או בטעות בשר שאינו כשר), ניתן לערוך ניתוח סטטיסטי הבוחן את התנהגות הצרכנים לפני הפרסום ואחריו. גילוי ההטעיה יוצר "שוק טבעי", אותו ניתן לנצל לצורך בחינת התגובה הצרכנית. ברם, כאשר תובע ייצוגי מגלה בעצמו פגיעה באוטונומיה, ודאי כאשר

¹¹² ר' עניין ברוריה צבי, ה"ש 47 לעיל; ע"א 1303/09 מרגלית קדוש נ' בית החולים ביקור חולים [נבו, 05.03.2012]; עניין גורי, ה"ש 1 לעיל; עניין פריניר, ה"ש 47 לעיל; תצ (מחוזי מרכז) 10270-12-10 מלכה שמול נ' שירותי בריאות כללית [נבו, 23.12.2018]. שלא במפתיע, בחלק גדול מן המקרים הקביעה כי פגיעה באוטונומיה מצויה ב"גרעין הקשה" נוגעת למקרים בהם הופעל כוח על גופו של אדם. ברם, אין הכרח שכך יהיה (ר' לדוגמה עניין תנובה השני, ה"ש 25 לעיל; עניין ויליפוד, ה"ש 13 לעיל).

הגילוי מחייב חקירה מקיפה, ייתכן שהציבור הרחב כלל לא יידע על ההטעיה, וממילא לא יגיב לה.

לקושי זה שני פתרונות פשוטים, שניתן להעמיד לבחירת התובע – איתור "שוק טבעי" אחר שאינו גילוי ההטעיה, או חשיפת ההטעיה על ידי התובע ובחינת התגובה הצרכנית לחשיפה. במקרים מסוימים, יוכל התובע לאתר "שוק טבעי" שאינו גילוי ההטעיה, ולעשות בו שימוש כדי להוכיח את התגובה הצרכנית. כך יהיה, לדוגמה, כאשר הטעיה החלה במועד מסוים. במקרה כזה יוכל התובע לבחון מתי החלה ההטעיה, ולהראות שהביקוש למוצר או לשירות גדלו בסמוך לתחילתה. אף שהעובדה שמדובר בהטעיה לא נחשפה ברבים, ניתן במקרים כאלה לאתר את השפעתה של ההטעיה על הציבור. כך, לדוגמה, אם עוסק החל לפרסם את מוצריו ככאלה שאינם מכילים גלוטן, ניתן יהיה לאתר עלייה בביקוש למוצריו בסמוך למועד בו החל הפרסום, גם אם לא נודע מעולם כי הפרסום לא היה נכון. ייתכן שרק התובע הייצוגי טרח לבדוק את תכולת המוצרים, ושרק הוא יודע על ההטעיה. אך את השפעתה של ההטעיה ניתן יהיה לאמוד. אפשרות דומה היא לאתר "שוק טבעי" בדמות השינוי במשטר הרגולטורי המחייב את הגילוי. לדוגמה, ניתן לחשוב על עוסק המפרסם את התכולה של מוצריו על גבי האריזה באותו אופן משך שנים רבות. במועד מסוים נכנס לתוקפו כלל חדש המחייב שינוי באופן פירוט רכיבי המוצר, אך העוסק אינו פועל כנדרש, ואינו מפרט את הרכיבים. אם שאר העוסקים, או אפילו חלקם, ישנו את התנהלותם, ניתן יהיה לעמוד על השינוי בהתנהגות הצרכנים – הסטה של הביקוש למוצריו של העוסק שאינו עומד בכללים. אף כאן, גם אם לצרכנים לא נודע מעולם על כך שהעוסק הטעה אותם – היינו, למשל, שמוצריו הכילו גלוטן – ניתן יהיה לאמוד את תוצאתה של ההטעיה. אך גם באותם מצבים שבהם אין אף "שוק טבעי" שבו ניתן להשתמש כדי לאמוד את השפעתה של ההטעיה, קיים פתרון פשוט, והוא יצירת ה"שוק" על ידי התובע עצמו. במילים אחרות, ניתן לדרוש מן התובע לפרסם בציבור את דבר ההטעיה (על דרך של פרסום בעיתונות), ולאמוד את ההשפעה של המידע על ההתנהגות הצרכנית. כאשר ננקט פתרון כזה, אין צורך ב"שוק טבעי". התובע הוא היוצר את ה"שוק" על מנת לאמוד את השפעתו.

אפשרות זו יוצרת שני קשיים מעשיים המחייבים התייחסות.

הקושי המעשי הראשון נוגע לתחרות בין תובעים ייצוגיים פוטנציאליים. הכלל הרחב הוא שבהתקיים שאר התנאים לאישור תובענה כייצוגית, התובע המגיש ראשון את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית מתמנה כתובע הייצוגי, אלא אם קיימת סיבה למינוי תובע ייצוגי אחר.¹¹³ עניין זה יוצר קושי מעשי בהקשרה של הצעתנו. תובע פוטנציאלי עלול לחשוש לפרסם את דבר ההטעיה, שכן מאמציו והעלויות בהן נשא לצורך הפרסום עלולים להיות מנוצלים על ידי אחר

¹¹³ ע"א 3293/17 **רבקה טכנולוגיות בע"מ נ' טלמור** [נבו, 12.09.2018], בפס' 5-6 לפסק הדין של השופט הנדל. בית המשפט עשוי להעדיף תובע ייצוגי (מבקש) שלא הגיש את הבקשה הראשונה לאישור התביעה כייצוגית כאשר הבקשה הראשונה הוגשה באופן חפז וללא עריכת בדיקות מתאימות לביסוסה (ר' ע"א 7626/18 **חורב נ' ורדניקוב** [נבו, 25.08.2020]), כאשר הבקשה הראשונה לא נרשמה בפנקס התובענות הייצוגיות (ע"א 5503/11 **דבא נ' דינרי** [נבו, 18.01.2012]) וכיוצ"ב. להרחבה בעניין זה ר' ע"א 7413/21 **חפץ נ' Facebook Ireland Limited** [נבו, 17.05.2022]. ר' גם דיון בעניין זה, במקרה בו הוחלף תובע ייצוגי, **בעניין וינקר**, ה"ש 60 לעיל).

שיגיש את בקשת האישור לפניו. בעיה זו, שהיא מקרה פרטי של בעיית הטרימפיסט הכללית,¹¹⁴ עלולה לכאורה להביא לכך שתביעות ייצוגיות בהן נדרש לפרסם לציבור את דבר ההטעיה לא תוגשנה כלל.

הפתרון לקושי זה נעוץ בקביעת כלל המאפשר לתובע הייצוגי לזכות בייצוגה של הקבוצה בלא חשש מ"רכיבה חופשית" על מאמציו. אפשרות אחת היא לקבוע שהשאלה מיהו התובע הראשון בזמן תוכרע לפי מועד חשיפת ההטעיה לציבור על ידי התובע. ניתן לקבוע כי מקום בו נדרש לפרסם לציבור הרחב את דבר ההטעיה כתנאי להגשת תביעה ייצוגית צרכנית בגין פגיעה באוטונומיה, ייחשב כתובע הראשון מי שפרסם לציבור לראשונה את דבר הפגיעה באוטונומיה. במקרה כזה, ייעצר ה"מירוץ" בין התובעים במועד הפרסום, ובלבד שהמפרסם הגיש את בקשתו לאישור התביעה הייצוגית בתוך זמן נתון לאחר פרסום דבר ההטעיה.¹¹⁵ כלל זה אינו מחייב, כמובן, זניחת האפשרות של בית המשפט למנות כתובע ייצוגי מי שלא הגיש ראשון את בקשת האישור, אם מצא שלתובע אחר עדיפות בייצוג הקבוצה. ברם, בכל הקשור לשאלה מיהו התובע שיש לראותו כתובע הראשון בזמן, המועד הקובע יהיה מועד פרסום דבר ההטעיה.¹¹⁶

אפשרות שניה, שהיא בעינינו העדיפה, היא להטיל על התובע חובה לפנות לבית המשפט לפני פרסום דבר ההטעיה בציבור, ולהכריע בשאלה מיהו התובע הראשון בזמן בהתאם למועד הפניה המוקדמת לבית המשפט. כפי שנסיכר בהמשך, אנו מציעים שכאשר נדרש לפרסם ברבים את דבר הפגיעה באוטונומיה, יחויב התובע לפנות לבית המשפט בבקשה למתן הוראות ביחס לפרסום. חובה זו נועדה להבטיח שהתובע לא יפרסם את דבר הפגיעה באוטונומיה באופן שיגרור לתגובת יתר של הציבור. לעניינה של התחרות בין התובעים, ניתן לנצל את חובת הפניה המוקדמת, שבטעמיה נרחיב בהמשך, כדי להכריע מיהו התובע הראשון בזמן. התובע הראשון שפנה לבית המשפט בבקשה לקבוע כללים ביחס לפרסום ייחשב כתובע שהגיש ראשון את הבקשה לאישור התביעה כייצוגית.¹¹⁷

מכל מקום, בכל הקשור לתחרות בין תובעים ייצוגיים פוטנציאליים, נראה שקיימים פתרונות מעשיים פשוטים שיאפשרו עריכת בדיקות אמפיריות גם כאשר לא קיים "שוק טבעי" מחד, בלי שיווצר חשש של תובעים פוטנציאליים מכך שאחר ישיג אותם בהגשת בקשת האישור מאידך.

¹¹⁴ להרחבה על בעיית הטרימפיסט (free riding problem), ר' Andreoni, James, *Why Free Ride?: Strategies And Learning In Public Goods Experiments*, 37 J. PUB. ECON. 291-304 (1988).

¹¹⁵ הגבלת המועד להגשת התביעה עד לחלוף פרק זמן קצוב לאחר הפרסום נועדה למנוע מתובעים לפרסם את דבר ההטעיה ובכך "לתפוס מקום" כתובעים הראשונים בזמן בלא לקדם בפועל את התביעה.

¹¹⁶ ניתן אף לקבוע כי אם יימצא תובע ייצוגי אחר שיוחלט להעביר לו את זכות הייצוג של הקבוצה, יחוייב זה האחרון לשלם לתובע המפרסם את הוצאות הפרסום.

¹¹⁷ אפשרות שלישית היא לאפשר לתובעים ייצוגיים להפוך את סדר הדברים הרגיל. היינו, לאפשר לתובע הייצוגי להגיש תחילה את תביעתו, ולאחר מכן לקבוע מועד שבו יתאפשר לו לפרסם את דבר הפגיעה, ולהשלים או לתקן את תביעתו בהתאם לממצאי הבדיקה האמפירית שתיערך בעקבות הפרסום. אפשרות זו מסורבלת יותר בעינינו, משום שמשמעותה שתביעות ייצוגיות תחייבנה לעתים תכופות תיקונים בבקשת האישור עצמה ושינויים בה.

הקושי המעשי השני עליו יש לתת את הדעת אם מבקשים לאמץ את הפתרון של יצירת "שוק" על ידי התובע נוגע לשאלה כיצד יש לפרסם את דבר הפגיעה באוטונומיה. לקושי זה שני פנים: ראשית, ייתכן שהפרסום יהיה מצומצם מדי או לא בולט מספיק, ובכך יביא להערכת חסר של התגובה הצרכנית. שנית, ייתכן שהפרסום יהיה פרסום רחב מדי או בולט יתר על מידה, ובכך יביא להערכת יתר של התגובה הצרכנית. מבין שתי האפשרויות, בולטות היתר היא המטרירה. בולטות חסר של הפרסום תקהה את התגובה הצרכנית. לתובע המבקש לנהל תביעה ייצוגית ולזכות בפיצוי גדול ככל האפשר לקבוצה, אינטרס הפוך. התובע מעוניין להראות כי התגובה הצרכנית הייתה חריפה. זאת, הן כדי להגדיל את ההסתברות שניהול התביעה כייצוגית יאושר והן כדי להגדיל את הפיצוי שישולם לקבוצה, ממנו נגזרים ברגיל הגמול לתובע ושכר הטרחה של באי כוחו.¹¹⁸ זאת ועוד: אם יטעה התובע ויפרסם את דבר ההטעיה באופן שאינו בולט מספיק, יוכל תובע אחר לפרסם את דבר ההטעיה באופן בולט יותר, ולהביא לאישורה של התביעה כייצוגית. יש לזכור בהקשר זה, שדחיית בקשה לאישור תובענה כייצוגית אינה יוצרת מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה, כך שאין מניעה שחבר קבוצה אחר יגיש תביעה ייצוגית בשם הקבוצה.¹¹⁹ לכן, גם באותם מקרים שבהם הפרסום של התובע יהיה פרסום חסר, ניתן להניח שחבר אחר בקבוצה יפרסם את דבר ההטעיה באופן בולט יותר. מטעמים אלה החשש שהפרסום יהיה כזה שיביא לתגובת חסר אינו חשש מטריד.

לעומת זאת, החשש ההפוך – בולטות יתר של הפרסום – מטריד יותר. כמוסבר, לתובע אינטרס לגרום לכך שיושג אפקט בר-מדידה, ושהאפקט שיימדד יהיה הגדול ביותר. התובע (הפוטנציאלי) יכול לבצע שלל מניפולציות שתהפוכנה את התגובה הצרכנית לחריפה יותר משהייתה אילו נודע על ההטעיה ללא אותה מניפולציה. תיאור קיצוני של המעשים המיוחסים לעוסק; התייחסות להטעיה או לעוסק בלשון בוטה; שימוש בסימני קריאה במסגרת הפרסום; שימוש בגופן גדול או בגופן מודגש; וכיוצא באלה, עלולים כולם להשפיע על התגובה הצרכנית ולהפוך אותה לקיצונית יותר מן התגובה שהייתה צפויה להטעיה עצמה.¹²⁰ אפילו יעמית הפרסום עלול להיבחר על ידי התובע כך שהשפעתו של פרסום על ההתנהגות הצרכנית תהיה דרמטית במיוחד. כך, למשל, פרסום המידע על ההטעיה בסמוך למועד בו מתפרסמות ידיעות שליליות שונות על העוסק, אף אם אין בין אותן ידיעות לבין ההטעיה כל זיקה עניינית, עלול להחריף את התגובה הצרכנית למידע על הטעיה.

¹¹⁸ ר' עניין **רייכרט**, ה"ש 27 לעיל. תצ (מחוזי ת"א) 44598-12-12 ישראל גרינברג נ' מיטב דש [נבו, 20.12.2021], בסעיפים 9-15 לפסק הדין (קביעת "מדרגות" שעל פיהן ייקבעו הגמול ושכר הטרחה כאחוזים משווי הסעד שנפסק לקבוצה).

¹¹⁹ לדיון בעניין זה ר' עניין **מרקיס**, ה"ש 4 לעיל, בפסקה 22 לפסק דינה של השופטת ברון. ר' גם ע"א 4714/13 **דיאב נ' חברת איי דיגיטל סטור בע"מ** [נבו, 29.09.2013].

¹²⁰ ר' לדוגמה Curtis Tamilla, Anke Arnaud & Blaise P. Waguespack, *Advertising Effect on Consumer Emotions, Judgements, and Purchase Intent*, 7.2 ASIAN JOURNAL OF BUSINESS RESEARCH 57 (2017).

פתרון פשוט לקושי זה הוא הכפפת הפרסום לאישור מוקדם של בית המשפט. תובע המבקש לנהל תביעה ייצוגית בגין פגיעה באוטונומיה, והנדרש לשם כך לפרסם את דבר ההטעיה ברבים (בהעדרו של "שוק טבעי"), יחויב לפנות לבית המשפט בפניה מוקדמת. בית המשפט יקבע כללים בדבר הפרסום בשים לב לאופי ההטעיה הנטענת, לאופי הצרכנים וכו'. כך יוכל בית המשפט למנוע מראש פרסום העלול ליצור תגובת יתר.

פיקוח של בית המשפט על מאפייני פרסום אינו זר להליך התובענה הייצוגית. כאשר צדדים מתפשרים בתביעה ייצוגית נדרש לפרסם הודעה לציבור בדבר הפשרה, על מנת לאפשר לחברי הקבוצה שבשמהם מבוקש להתפשר (ושכלפיהם תיצור הפשרה מעשה בית דין) ולאחרים להתנגד להסכם או לפרוש ממנו.¹²¹ בית המשפט מפקח כעניין שבשגרה על מאפייני הפרסום – גודל המודעה, הגופן, מועד הפרסום, העיתון בו יפורסם דבר הפשרה, וכיוצ"ב. מנגנון דומה ניתן להפעיל לצורך הפרסום המוקדם בדבר הטעיה צרכנית. מובן, שכעניין פרקטי, לא צפוי שבכל הליך ייצוגי בו נדרש התובע ליצור "שוק מלאכותי" יידרש בית המשפט לפרטי הפרטים של הפרסום. כפי שקורה ביחס לפרסום מודעות בדבר הסדרי פשרה, אם תאומץ הצעתנו צפוי שבבית המשפט יתפתחו כללי ברירת מחדל הנוגעים להיבטים הטכניים של הפרסום – גודל הגופן, קביעת מועד לפרסום זמן מה לאחר הגשת הבקשה לאישורו, כך שתימנע "הצמדה" מלאכותית של הפרסום לפרסומים שליליים אחרים הנוגעים לנתבעת (אם היו), וכיוצ"ב. על כן, משמעות הצעתנו אינה שבית המשפט יידרש חדשות לבקרים להעמיק בהיבטים טכניים של הפרסום, אלא שייקבעו כללים המונעים מתובעים להעצים באופן מלאכותי את התגובה להטעיה.¹²² יתר על כן: את כללי ברירת המחדל ניתן אף לקבוע בתקנות, ללא מעורבות של בית המשפט (בדומה לכללים הטכניים הנוגעים לכתיב בי דין).¹²³

פתרון זה של הגשת בקשה לאישור מוקדם של הפרסום מסייע גם בפתרון הקושי הקודם בו עסקנו, התחרות בין תובעים פוטנציאליים. מועד הפניה לבית המשפט לקבלת הוראות בדבר הפרסום ייחשב כמועד הגשת התביעה (ובלבד שהתובע יגיש את תביעתו בתוך המועד שנקצב לכך). אם תוצאות הבדיקה תראינה שלא נגרמה פגיעה באוטונומיה, יוכל התובע להודיע על חזרה מבקשת האישור.¹²⁴

¹²¹ סעיפים 18-19 לחוק תובענות ייצוגיות.

¹²² מובן גם, שבמסגרת החקירות הנגדיות של התובע בשלב האישור ניתן יהיה לעמת אותו עם עובדות וראיות העשויות לבסס את המסקנה שאופן הפרסום העצים את התגובה הצרכנית. אם יעלה בידי הנתבעת לשכנע את בית המשפט שהתגובה הצרכנית שמציג התובע במסגרת הניתוח האמפירי שבוצע היא תגובה מוגזמת שנבעה ממניפולציה או מסיבה אחרת, יוכל בית המשפט לדחות את בקשת האישור. לעניין חשיבותה של החקירה הנגדית ומרכזיותה בחשיפת האמת ר' רע"א 7143-22 **אריה בוריס נ' יחזקאל קרטיץ** [נבו, 04.12.2022].

¹²³ ר' תקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט – 2018 ("התקסדר"א"), תקנה 31, *הודעה בדבר הוראת מנהל בתי המשפט בדבר צורת מסמך ומבנהו לפי תקנות סדר הדין האזרחי התשע"ט* (17.03.2022).

¹²⁴ הליך ביניים או הליך אחר הטפל להליך העיקרי אך מוקדם לו בזמן אינו זר לפרוצדורה האזרחית. כך קורה לעתים תכופות, ומקדמת דנא, בתביעות למתן חשבונות – תחילה מוכיח התובע את זכאותו לקבלת חשבונות מיריבו, ולאחר

ה. סיכום

ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה – ראש נזק ייחודי ישראלי – מאפשר כיום ניהול תביעות ייצוגיות צרכניות וקבלת פיצוי בגין כל חריגה, קלה כלל שתהיה, מן הסטדנרט הקבוע בחוק, בתקנות, בצו או כיוצא באלה ביחס לגילוי. זאת, ללא הוכחת נזק וממילא ללא הוכחת קשר סיבתי בין העוולה לבין הנזק. על פי הדין כיום, פיצוי בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה עשוי להיפסק גם אם לא השפיע בפועל על החלטתו של אף צרכן. מאפיין זה של ראש הנזק הוביל להצפה של בתי המשפט בתביעות ייצוגיות צרכניות, תוך הטלת עומס על מערכת המשפט ותוך פגיעה בעוסקים (ובעקיפין, בצרכנים). תביעות אלה מעלות את יוקר המחיה, ללא שבצידן תועלת חברתית ממשית. ניסיונות שונים של הפסיקה להגביל את השימוש בעילה, תוך הבחנה בין פגיעה ב"גרעין הקשה" של הזכות לאוטונומיה לפגיעה שאינה ב"גרעין הקשה", לא הועילו עד כה לעצירת הסחף.

במאמר זה אנו מאירים שתי תובנות בסיסיות. ראשית, יש להעניק פיצוי בגין אי מסירת מידע לצרכנים רק כאשר למידע יש ערך כלכלי עבור הצרכנים, ולמצער עבור חלקם. שנית, למידע יש ערך כלכלי רק אם הוא משפיע על דרך הפעולה של הצרכנים או של חלקם. לנוכח שתי תובנות אלה אנו מציגים ניתוח כלכלי של התנהגות עוולתית המחסירה מידע מצרכנים. בעזרת הניתוח אנו מסבירים שניתן להשיב על השאלה האם למידע יש ערך כלכלי באמצעות בחינת תגובות הצרכנים לחשיפת המידע. אם חשיפת המידע הובילה לירידה במחיר או בכמות של המוצר הנמכר, ניתן לומר שלמידע יש ערך כלכלי עבור הצרכנים. אך אם חשיפת המידע לא הובילה לירידה במחיר או בכמות של המוצר הנמכר, ניתן לומר שלמידע אין ערך כלכלי עבור הצרכנים.

לנוכח הניתוח אנו ממליצים שבית המשפט ידרוש מתובעים המבקשים לנהל תביעה ייצוגית צרכנית הכוללת עתירה לסעד בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה להוכיח – אם גם ברמה הלכאורית הנדרשת בשלב הראשון של אישור התביעה כייצוגית – שהמידע שהוחסר מן הצרכנים הוא בעל ערך כלכלי. כעניין מעשי, הדרך לעשות זאת היא באמצעות ניתוח אמפירי שיראה שחשיפת המידע הובילה לירידה במחיר או בכמות. כאשר דבר החריגה של העוסק מן הסטדנרט נודעה ברבים, ניתן לעשות זאת על ידי שימוש ב"שוק טבעי". כאשר מדובר בחריגה של העוסק מן הסטדנרט שלא נודעה ברבים, אנו מציעים כלים מעשיים – ובראשם פרסום המידע על ידי

מכן – ברגיל – תובע סכומים כספיים בהתבסס על החשבונות והדיווחים שקיבל. ר' ע"א 198/73 יהודה שרגאי נ' רות שרגאי, כט(1) 159 (1974), רע"א 4822/16 סער בן שמחון נ' צחי יקיר [נבו, 16.08.2016]. כך קורה גם בבקשות לאישור תביעה נגזרת בשם חברה, בהתאם לסעיף 198א לחוק החברות, תשנ"ט – 1999 (על הזיקה בין הליך גילוי המסמכים לבין הבקשה לאישור התביעה הנגזרת ר' ער"א 5891/22 רות גנוסר נ' חברת החשמל לישראל בע"מ [נבו, 18.12.2022] ("עניין גנוסר")). לעתים כך קורה גם בקשר עם סעדים זמניים, כאשר אלה מתבקשים באופן ארעי לפני הגשת התביעה (תקנה 95(ג) לתקסד"א; ור' לדוג' רע"א 3935/23 מוטי בן ארצי, עו"ד – נאמן נ' הילאלה זוכידיאט [נבו, 31.05.2023]). במקרים בהם יזדקק התובע לנתונים המצויים בידי הנתבע לצורך עריכת הניתוח האמפירי (לדוגמה – נתוני מכירות), ניתן יהיה אף להפעיל מנגנון דומה למנגנון בו נעשה שימוש לשם קבלת מסמכים לפני הגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת (ר' עניין גנוסר).

התובע הייצוגי – לבחינת ההשפעה של חשיפת המידע. אנו מציעים גם כלים להתמודדות עם השפעתה של החשיפה על התחרות בין תובעים ייצוגיים פוטנציאליים. יישום הצעתנו יסייע למלחמה ביוקר המחיה, ללא שתיגרע מן הצרכנים האפשרות לנהל תביעות ייצוגיות צרכניות במקרים בהם יש ערך חברתי ממשי בתביעות כאלה.