

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 שבו הוחסר מצרכנים מידע שהיה על העוסק לגלות, גם אם המידע היה חסר ערך עבור הצרכנים ולא השפיע על החלטתו של שום 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 תועלת חברתית ממשית בצידן. ניסיונות של הפסיקה להגביל את השימוש בראש הנזק לא עצרו 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 אם למידע ערך כלכלי.

במישור הנורמטיבי אנו ממליצים לקבוע כלל שלפיו כתנאי לאישור תובענה ייצוגית צרכנית שנתבע בה 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 ממשי.

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 האינרטי של האוטונומיה. 2. הקושי המעשי – הוכחת הפגיעה במקרים מסוימים. **ה. סיכום.**

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

** מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים ומרכז פדרמן לחקר הרציונליות, האוניברסיטה העברית בירושלים.
תודתנו נתונה לעורכי כתב העת ולמשתתפים בכינוס "משפט ויוקר המחיה" שארגנו כתב העת משפטים ומרכז אומן-פישור למשפט, כלכלה, ומדיניות ציבורית – על הערותיהם המועילות, ולרועי עבודי על עזרה מצוינת במחקר.

מבוא

עניינו של חיבור זה בהצעה מעשית לצמצום מספרן של תביעות ייצוגיות צרכניות שבהן נתבע סעד בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה. בתמצית, הצעתנו היא שתביעות שבהן 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 שאלו היה בידי הצרכנים מידע מלא (ואמיתי), חלקם לא היה רוכש את המוצר.

הצעתנו תבטיח שבמקרים שבהם התרחשה פגיעה של ממש באוטונומיה, היינו במקרים שבהם לאפשרות הבחירה שנשללה מהצרכנים היה ערך כלכלי (למצער עבור חלק מחברי הקבוצה), חברי הקבוצה שנפגעו יזכו לפיצוי בראש נזק זה. לעומת זאת באותם מקרים שבהם הפגיעה באוטונומיה לא הסבה נזק כלכלי לאיש 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 שבהם לאוטונומיה שנפגעה לא היה כל ערך כלכלי, או שערכה הכלכלי היה זניח.¹ ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה כונה כבר לפני כמה 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 שלא היה לה ערך כלכלי מגדילות את העומס על מערכת המשפט. הן מגדילות גם את עלויותיהם של עוסקים, וכפועל יוצא גם את המחירים הנגבים מצרכנים, ללא תועלת חברתית ממשית. דו"ח עדכני של משרד המשפטים מצא כי "דיונים בהליכים הייצוגיים הם מהדיונים ה'קרים' ביותר, נכון להיום, מבחינת עומס על בתי המשפט והשקעת זמן שיפוטי בבתי המשפט".³ עוד עולה מהדו"ח כי "אחת הבעיות המרכזיות הקיימות בתחום היא בעיית תביעות הסרק".⁴ הצעתנו תצמצם במידה ניכרת את המקרים שבהם ההכרה בראש הנזק והשימוש בו מסיבים עלויות

1 יצחק עמית "סוס הפרא של הפגיעה באוטונומיה" **ספר שטרסברג-כהן** 465, 493 (אהרן ברק ואח' עורכים 2017) ("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"). ראו את הדיון המקיף בעניין זה בת"צ (מחוזי ת"א) 1469-02-13 **לוי נ' פסטה נונה בע"מ** (נבו 26.11.2014). פסק הדין ממוקד בסוגיית ההסתלקות המתוגמלת, אך הטענה בחמש בקשות האישור (שבמסגרתן הסכימו הצדדים כי המבקשים בכל אחת מן הבקשות יסתלקו הסתלקות מתוגמלת ללא שנפסק לחברי הקבוצה סעד כספי של ממש) הייתה לפגיעה מן הסוג הנזכר כאן – פגיעה באוטונומיה שלא היה לה, כעולה מפסק הדין, ערך של ממש בעיני חברי הקבוצה (ראו פס' 3 לפסק הדין). לדיון בעניין זה ראו ע"א 4333-11 **סלומון נ' גורי יבוא והפצה בע"מ**, פס' 16 לפס' דינו של השופט עמית (נבו 12.3.2014).

2 עמית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 465.

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

4 שם. ראו גם ע"א 8114/14 **מרקיס מוצרי ייעול בע"מ נ' סונול ישראל בע"מ**, פס' 23–25 לפסק דינה של השופטת ברוך (נבו 5.8.2018).

שאינן תועלת חברתית אמיתית בצידן.⁵ לעומת זאת במקרים שבהם ההכרה בראש הנזק דרושה כדי לתקן פגיעה כלכלית אמיתית שנגרמה לצרכנים – היינו, מקרים שבהם יש עלות חברתית להתנהלותם של מעוולים שפגעו באוטונומיה (ולמעולים רווח מפגיעה זו) – אפשר יהיה לפסוק פיצוי בראש הנזק האמור ללא קושי. כך מעוולים יפנימו את העלות החברתית האמיתית של התנהלותם הפסולה.

כדי להבין את הקושי שעיצמו נועדה הצעתנו להתמודד, ניתן להיעזר בדוגמה ההיפותטית הזאת:

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'. לגלי גם ניתנת האפשרות לנסות את המזרנים השונים בחנות עצמה. לבסוף, לאחר שהחליטה לרכוש את אחד המזרנים, מקבלת גלי את המזרן לתקופת ניסיון בת 90 ימים, שבמהלכם היא רשאית להחזיר את המזרן ללא כל נימוק ולקבל את כספה בחזרה. נוסף על אפשרות זו, ניתנת לגלי גם אחריות שאינה מוגבלת בזמן, המכונה "אחריות לכל החיים", לכל קלקול במזרן.

לאחר חלוף התקופה שבה 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 ובה 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 ולפצות את כל חברי הקבוצה בגין הפגיעה באוטונומיה שלהם.⁷ 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

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

6 ס' 2, פרט 3 לתוספת הראשונה, וס' 3(ז) לתוספת השנייה לצו הגנת הצרכן (סימון טובין), התשמ"ג-1983.

7 על פי כלל ברירת המחלף הקבוע בס' 15(1) לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, ברגיל מתיישנת תביעה מסוג זה לאחר שבע שנים מיום שנוצרה העילה.

8 ראו לדוגמה ת"צ (מחוזי חי') 15623-01-14 גלזברג נ' אסם השקעות בע"מ (נבו 12.7.2015) (שימוש במילים "פיטנס שוקולד" כדי לתאר דגני בוקר המצופים שוקולד); ת"צ (מחוזי מ"ר) 8111-11-12 ארגס נ' אסם תעשיות מזון בע"מ (נבו 8.5.2014) (ארבע בקשות לאישור תובענות ייצוגיות שעניינן בציון המילה "שוקולד" על עוגות שוקולד וכדורי שוקולד); ת"צ (מחוזי מ"ר) 36086-07-11 חרסט נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה) (נבו 19.9.2012) (17 תביעות ייצוגיות שעניינן במשלוח הודעת דיור לאחר שהתקבלה הסכמת המבקשים למשלוח, ובציון העובדה שמדובר בדבר פרסומת; טענת המבקשים נגעה לכך שדבר היותה של הפנייה בגדר פרסומת לא צוינה בכותרת ההודעה); ת"צ (מחוזי מ"ר) 58587-11-14 דדו נ' ברימאג דיגיטאל אייג' בע"מ (נבו 12.9.2019) (שבע תביעות ייצוגיות שבהן נטען לתחושות שליליות של צרכנים משום שלא צורפו למוצרי חשמל מדבקות אחריות); ת"צ (מחוזי ת"א) 15957-02-16 מדיין נ' תפוז כתום שיווק אופנה בע"מ (נבו 21.6.2018) (אישור הסתלקות מבקשה

הדין כיום, אין דבר המבטיח שבנסיבות שתוארו לא יחויב העוסק בסופו של דבר בפצויים בסכומים ניכרים.⁹ הדבר מביא עוסקים להתפשר בתביעות מסוג זה או לשלם 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 שאנו מציעים לבור בה את הבר מן התבן – לאפשר תביעות במקרים שבהם 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 ניתן לעשות באמצעות 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 שום צרכן לא היה משנה את בחירתו גם אילו היה בידו המידע שהיה צריך 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 מן הפגיעה באוטונומיה. הפגיעה באוטונומיה עלולה לגרום, נוסף על הפגיעה ביכולת הבחירה, גם נזק **תוצאתי**. נזק זה עשוי להיות פיזי או כלכלי. לדוגמה, כאשר מוצר הכיל רכיבים שהצרכן היה אלרגי אליהם, אך הדבר לא צוין על אריזת המוצר כנדרש, הנזק הגופני שנגרם

לאישור תביעה ייצוגית שבה נטען נגד משלוח הודעות דיור, אף שמן הראיות עלה – אף שלא הוכרע נוכח ההסתלקות – שהמשיבה קיבלה את הסכמת הנמענים לדיור (ס' 38 לפסק הדין). גם עילת התביעה המשנית – הטענה הנוגעת לאפשרות של הנמענים להסיר את עצמם מרשימת התפוצה – הייתה בעייתית – ראו ס' 39 לפסק הדין). ראו עוד ת"צ (מחוזי ת"א) 58802-10-17 **דוד נ' קליית חממה מרקט (2014) בע"מ** (נבו 23.5.2019) (אישור הסתלקות מבקשה לאישור תביעה ייצוגית שעניינה בציון סכנת החנק לילדים על גבי אריזות פיצוחים שנמכרו בתפוזות, ולא ציינה את הרכבם התזונתי של פיצוחים; לעניין היעדרו של כל נזק ממזני ראו פס' 24–25 לפסק הדין). ת"צ (מחוזי ת"א) 7161-12-12 **הלפרין נ' ערוץ הופ! בע"מ** (נבו 4.4.2017) (טענה כי צרכנים חוו תחושות שליליות משום שעל גבי אריזת תקליטורים לא צוין משך הזמן שניתן לצפות בהם; התביעה הייצוגית אושרה בראשי נזק אחרים).

9 עמית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 490–493 (סקירה תמציתית של סכומי הפיצוי שנפסקו בכמה פסקי דין); ת"צ (מחוזי ת"א) 32117-08-16 **גילמור נ' הנסיך מפעל ליצור טחינה בע"מ** (נבו 26.2.2019) (באותו מקרה לא אושרה הפשרה בסופו של דבר, אבל מפסק הדין עולה שהנתבעת הייתה מוכנה לשלם יותר מ-500,000 ש"ח בגין תביעה שהייתה בבירור תביעת סרק).

10 שם, בעמ' 3: "על התמריצים הראויים ליצרנים באשר להטמעת הליכי בקרת איכות וציות, על יוקר המחיה ועל טובת הצרכנים בעניינים אלו עוסקת החלטה זו".

11 כעניין רעיוני, ניתן לסבור שעצם שלילתה של 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. ראו בפרקים ב, ג, ד.1 להלן.

לצרכן קשור סיבתית לפגיעה באוטונומיה. אילו צוינו הרכיבים האלרגיים 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 כמה 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 – הייתה התוצאה הצרכנית אחרת. השאלה אם צרכנים אחרים, שאינם צד להליך, שינו גם הם את התנהגותם אינה נדרשת במקרה כזה במישורין להליך.¹² לעומת זאת כאשר עסקינן בתביעה ייצוגית – תביעה שבמסגרתה מייצג אחד מחברי הקבוצה את כלל חבריה שאין להם חלק פעיל בהליך – השאלה החשובה נוגעת לשווי הכלכלי של אפשרות הבחירה עבור כלל חברי הקבוצה. במקרים אלה ניתוח אמפירי הוא הכלי הנכון למתן מענה לשאלת ערכה הכלכלי של אפשרות הבחירה שנשללה מחברי הקבוצה.

בהקשרן של תובענות ייצוגיות צרכניות משמעותו המעשית של הכלל המוצע היא שלא יותר כלל לנהל תובענות ייצוגיות שבהן נתבע סעד בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה בלא הוכחה ראשונית של השינוי בביקוש.¹³ אנו מציעים שהמבקש בבקשה לאישור התובענה כייצוגית יחויב לצרף לבקשת האישור חוות דעת המראה את השינוי בהתנהגות של חברי הקבוצה או של חלקם.¹⁴ 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 שבו מתבקש בית המשפט לאשר את ניהול התובענה כייצוגית.¹⁵

12 השאלה עשויה להיות רלוונטית לצורך הערכת כוונותיו של העוסק (בנסיבות שבהן 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 בעקבות הפגיעה באוטונומיה. אך מדובר באינדיקציה עקיפה לנכונות טענת התובע ולא במידע הדרוש כדי להכריע במישורין אם נפגעה יכולת בחירה בעלת ערך כלכלי.

13 שכן תנאי לאישורה של תביעה כייצוגית הוא שקיים סיכוי סביר שהשאלות המשותפות של עובדה או של משפט תוכרענה לטובת הקבוצה (ס' 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006).

14 תובענה ייצוגית מתנהלת בשני שלבים: תחילה יש לאשר את ניהולה ככזו. לאחר מכן, אם אושר ניהול התביעה כתביעה ייצוגית, מתנהלת התביעה גופה. ראו ס' 4, 5, 8 לחוק תובענות ייצוגיות, ותק' 2, 5-10 לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010.

15 בשלב זה אין מדובר, כעניין פורמלי, בתובע ייצוגי אלא במבקש העותר לאשר את תביעתו כתביעה ייצוגית. בשלב זה אין מדובר גם בתביעה ייצוגית אלא בבקשה לאשר תביעה כייצוגית (ראו ס' 4, 5, 8 לחוק תובענות ייצוגיות).

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 האינטרזי של האוטונומיה וקושי מעשי הכרוך בזיהוי התגובה הצרכנית. לאחר מכן, נסכם.

א. תביעות ייצוגיות צרכניות בגין פגיעה באוטונומיה – התפתחות הדין

1. ההטעה הצרכנית והתביעה הייצוגית

פגיעה באוטונומיה היא פגיעה באפשרות של אדם להפעיל את כוח הבחירה שלו.¹⁶ במקרים קיצוניים, יכולה הפגיעה באוטונומיה להיעשות בכפייה פיזית של אדם לבצע פעולה מסוימת (ובכך נשללת לגמרי אפשרותו לבחור בחלופות) או בצמצום פיזי של חלק מאפשרויות הבחירה העומדות לפניו.¹⁷ פגיעות מסוג זה מטופלות על פי רוב לפי הדין הפלילי ולפי עוולות נזיקיות פרטניות. כך למשל כפיית הפיזית של אדם לפעול באופן מסוים תעלה פעמים רבות כדי תקיפה, כליאת שווא וכיו"ב.¹⁸ גם איום על אדם שיביאו לבחור בדרך פעולה מסוימת אסור ומטופל באופן פרטי לפי הדין הפלילי ולפי פקודת הנזיקין.¹⁹ במקרים כאלה האוטונומיה של הפרט מוגנת באמצעות כלל ספציפי. הפרת הכלל היא עוולה (ועל פי רוב גם עבירה פלילית), ולכן זכאי הנפגע מן העוולה לפיצוי עבור הנזק שנגרם לו ממנה.²⁰ ענייננו אינו במקרים אלה. ענייננו במקרים אחרים, שבהם נשלל מאדם מידע הדרוש לו לשם בחירה מושכלת בין חלופות שונות. היינו, במקרים שבהם אפשרויות הבחירה של הנפגע לא צומצמו, אך יכולתו לבחור באופן מושכל בין האפשרויות העומדות לפניו נפגעה.

הפגיעה באוטונומיה שבה עסקינן – שלילת אפשרות הבחירה על בסיס מידע מלא – יכולה להיעשות בהקשר הצרכני בשני אופנים: ראשית, הפגיעה יכולה להיעשות על דרך של

16 על מהותה של האוטונומיה והפגיעה בה ראו עמנואל קאנט **יסוד הנחת יסוד למטאפיזיקה של המידות** 115 (יהודה מלצר עורך, חנן אלשטיין מתרגם (2010); ARTHUR RIPSTEIN, FORCE AND FREEDOM: KANT'S LEGAL AND POLITICAL PHILOSOPHY 41 (2009); Thomas E. Hill Jr., *Autonomy and Benevolent Lies*, 18 J. VALUE INQUIRY 251, 255–256 (1984); אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** כרך א 254–251 (2014), בג"ץ 6427/02 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל**, פ"ד סא(1) 619, 780–781 (2006) (בפסק דינו של השופט א' לוי). בהקשר הקונקרטי של הפגיעה באוטונומיה כראש נזק במסגרת עוולת הרשלנות ראו ע"א 2781/93 **דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה**, פ"ד נג(4) 526, פס' 14–20 לפסק דינו של השופט אור (1999) (וראו גם פס' 12–13 לפסק דינה החולק של השופטת ביניש, פס' 28–30, 34 לפסק דינה החולק של השופטת שטרסברג-כהן).
17 בדומה לזה, המשפט הפלילי דורש מהתביעה להוכיח כי הנאשם פעל מתוך רצייה, כלומר שהיה בידיו לבחור בין ביצוע העבירה לבין הימנעות ממנה (ראו ס' 134 לחוק העונשין, התשל"ז–1977).
18 ראו ס' 377, 378 לחוק העונשין וס' 23, 26 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].
19 ס' 428 לחוק העונשין וס' 23 לפקודת הנזיקין. ראו גם עמית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 474.
20 ס' 3 לפקודת הנזיקין.

החסרת מידע. היינו, על דרך של אי-מסירתו של מידע שהייתה חובה למסור.²¹ כך יקרה, לדוגמה, במקרה שבו לא צוינה על אריזתו של מוצר כמות הסוכר שבו על אף החובה הקבועה בדין לציין את הכמות.²² 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. לעניינו של הטיעון המרכזי בחיבור זה, שתי קבוצות המקרים רלוונטיות באותה מידה. הן אי-מסירת מידע שחובה למסור והן מסירת מידע מוטעה (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 המקרים חובה למסירת המידע. כאשר עסקינן בפגיעה באוטונומיה על דרך של אי-מסירת מידע, נדרשת התובעת לעגן את החובה למסור את המידע.²³ אם מי שלא מסר את המידע אינו חייב למסור, אי-מסירתו של המידע אינה מעשה עוולה, וממילא אי אפשר יהיה לזכות בפיצוי בגין אי-מסירת המידע. לעומת זאת כאשר עסקינן במסירת מידע מוטעה, עצם מסירתו של המידע עלול להיות מעשה עוולה גם אם אין על המטעה כל חובה למסור את המידע. לשם הנוחות נתייחס בהמשך בחיבור זה במונח "הטעיה" לתיאור שתי קבוצות המקרים. היינו, הן למסירתו האקטיבית של מידע שגוי והן לאי-מסירתו של מידע שחובה על פי דין למסור.²⁴ ההקשר הצרכני מועד להטעיה (משני הסוגים). עוסקים המתקשרים במספר רב של עסקאות דומות או זהות עם מספר רב של צרכנים עשויים להגדיל במידה ניכרת את רווחיהם

21 רע"א 2837/98 ארד נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נד(1) 600, 607 (2000) ("הטעיה יכולה ללוכד 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, התשמ"א-1981 אוסר על הטעיית צרכנים (ס' 2 לחוק) ומטיל על העוסק חובת גילוי יזומה במקרים מסוימים (ס' 4 לחוק). ראו גם רע"א 3530/21 אופטיקה הלפרין בע"מ נ' זיס, פס" 14-15 לפסק הדין (נבו 3.3.2022) (בהקשר של גילוי הנוגע להשכלתם של המבצעים בדיקות ראייה והכשרתם); ת"צ (מחוזי מר') 54050-08-18 לשינסקי נ' צ'מפיון מוטורס בע"מ (נבו 30.8.2020) (אישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית שעניינה בטענה לאי-גילוי על תקלת בטיחות סדרתית בכלי רכב).

22 ראו תק" 4(א)(7) לתקנות הגנה על בריאות הציבור (מזון) (סימון תזונתי), התשע"ח-2017.

23 לעיתים הדין המעגן את חובת מסירת המידע הוא דין ספציפי הקובע חובה למסור את פרט המידע המדובר. כך, לדוגמה, ס' 2 לחוק המכר (דירות), התשל"ג-1973 קובע חובת מסירת מפרט והוראות תחזוקה ושימוש; ס' 3 לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981 קובע חובה כללית להבליט תנאים וסייגים לחבות המבטח; ס' 4 לחוק הגנת הצרכן קובע חובה כללית למסור לצרכן מידע מהותי וסוגים נוספים של מידע; ס' 16 לחוק המכר, התשכ"ח-1968 קובע חובה כללית למסור מידע על אי-התאמה וכד'. לעיתים מקור החובה למסור את המידע הוא איסור כללי על הטעיה במחדל (ראו ס' 15 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים); ס' 2(א) לחוק הגנת הצרכן). גם במקרים שבהם קיים איסור על הטעיה במחדל נדרשת התובעת לעגן את החובה למסור את המידע שלא נמסר. להרחבה ראו גבריאלה שלו ואפי צמח, **דיני חוזים** 387 (2019). ראו גם ע"א 11/84 רבינוביץ נ' שלב – הקואופרטיב המאוחד להובלה בע"מ, פ"ד מ(4) 533, פס" 7 לפסק הדין של הנשיא שמגר (1986).

24 השימוש במונח "הטעיה" לשתי קבוצות המקרים – הטעיה במעשה והטעיה במחדל – אינו ייחודי לחיבור זה. גם ס' 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 ראו ס' 2(א) לחוק הגנת הצרכן; ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עובדן ראבי, 48 (נבו 4.12.2011) (להלן: עניין תנובה השני) (פס" 36 לפסק דינה של השופטת חיות); עניין ארד, לעיל ה"ש 21.

באמצעות הטעיית צרכנים, בין במעשה ובין במחדל. הטעיית צרכנים עשויה להגדיל את הביקוש למוצר או לשירות שמספק העוסק. הגידול בביקוש מאפשר לעוסק המטעה לגבות סכום גדול יותר עבור מוצריו, להגדיל את הכמות הנמכרת, או שניהם. ההטעה מקטינה את המעבר של לקוחות לצריכת מוצרים ושירותים מתחרים.²⁵ לעוסק יש אפוא תמריץ מובנה להטעות צרכנים.

ברגיל, זכות התביעה של הנפגע מעוולה מרתיעה את הפוגע – העוסק, בהקשר שבו עסקין – מביצוע העוולה. אלא שכאשר ההטעה מתבצעת כלפי ציבור גדול, ולכל אחד מיחיד הציבור נגרם נזק קטן יחסית, לאיש מן הצרכנים לא יהיה כדאי לשאת בעלויות הכרוכות במיצועי זכויותיו. על כן לא צפוי שתוגשנה תביעות אישיות בידי הנפגעים מן ההטעה. היות שהעוסקים מרוויחים רווח ניכר מן הפגיעה בצרכנים מחד, ואינם צפויים לתת את הדין על ההטעה (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, את ריבה של הקבוצה ולנהל תביעה בשם כל יחידה.²⁶ התמריץ שנוצר להגשת התביעה מרתיע עוסקים וגורם להם להפנים טוב יותר את העלות החברתית של התנהגותם.²⁷ התביעה הייצוגית מקדמת גם את הצדק החלוקתי. בהביאה **בדיעבד**, כאשר בוצעה הטעה, להשבת רווחיו הפסולים של העוסק לצרכנים שמהם הופק הרווח.²⁸

על כן בהקשר הצרכני התביעה הייצוגית חיונית הן כדי להרתיע עוסקים לכתחילה מהטעיית צרכנים והן כדי להבטיח בדיעבד שכאשר בוצעה הטעה, יפוצו הנפגעים ממנה. על רקע זה נפנה לתאר את ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה, את התפתחותו בדין הישראלי ואת אופי השפעתו 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.²⁹ באותו מקרה הייתה התובעת אמורה לעבור ניתוח ברגלה. רק לאחר

25 יובל פרוקצ'יה ואלון קלמנט "הסתמכות, קשר סיבתי ונזק בתובענות ייצוגיות בגין הטעה צרכנית" **עיוני משפט** 7, 10 (2014): "מצגישווא בתחום הצרכני מיועדים להציג את העסקה באור חיובי יותר מנקודת מבטו של הצרכן מכפי שהיא בפועל. המציג מבקש להגדיל את הביקוש למוצר, ולכן נלווית בדרך כלל גם עלייה במחירו". לדיון רחב יותר בנקודה זו ראו פרקים ב–ג להלן.

26 ס' 1(1) לחוק תובענות ייצוגיות. רע"א 4556/94 **טצת נ' זילברשץ**, פ"ד מט(5) 744, 783–784 (1996); ע"א 345/03 **רייכרט נ' יורשי שמש**, פ"ד סב(2) 437, פס' 6 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2007); דנ"מ 5519/15 **יונס נ' מי הגליל – תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ**, פס' 34 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 17.12.2019); רע"א 3698/11 **שלמה תחבורה (2007) בע"מ נ' ש.א.מ.ג.ר. שירותי אכיפה בע"מ**, פס' כ לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין (נבו 6.9.2017).

27 עניין **זילברשץ**, לעיל ה"ש 26. ראו גם ס' 1(2) לחוק תובענות ייצוגיות.

28 ס' 1(3) לחוק תובענות ייצוגיות. עניין **רייכרט**, לעיל ה"ש 26, בפס' 8–9 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; דנ"א 4960/18 **זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ**, בפס' 146 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימוס) מלצר (נבו 4.7.2021); סיני דויטש "עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית – סיכום ביניים ומבט לעתיד" **שערי משפט** ד 9, 22 (2005).

29 עניין **דעקה**, לעיל ה"ש 16.

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 מן הניתוח ברגל שהתובעת הייתה אמורה לעבור).³⁰ אחד מסיכויי הביופסיה בכתף – "קפיאה" של הכתף – התממש. אך התממשות הסיכון לא נבעה מהתרשלות של הרופאים בטיפול. מדובר היה בסיכון אינהרנטי לניתוח.³¹ בתביעה נטען בין היתר כי מכיוון שלא סופק לתובעת מידע מלא על אודות הניתוח, הסכמתה לניתוח לא הייתה הסכמה מדעת.³² 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.³³ שני היסודות הראשונים לא עוררו קושי מיוחד בעניין דעקה. כאמור, אומנם הפעלת הכוח נעשתה בהסכמת התובעת, אך הסכמה זו הייתה פגומה. ולתובעת נגרם 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 סיכוייו. בית המשפט אף קבע כי –

יש להניח במידת ודאות גבוהה ביותר שהביופסיה הייתה מתבצעת בהסכמת המערעת, גם אם כל העובדות הרלוונטיות לצורך קבלת הסכמתה היו מובאות לידיעתה. האפשרות, או הסיכויים שלא הייתה מסכימה לכך, הינם, לדעתי, קלושים ביותר, אם לא אפסיים ממש.³⁴

ממילא נשלל הקשר הסיבתי בין העוולה – אי-מסירת המידע שהייתה חובה למוסרו – לנזקי הניתוח. בהיעדר אפשרות לפסוק לתובעת פיצויים בגין נזקי הניתוח עצמם, יצר בית המשפט ראש נזק חדש – פגיעה באוטונומיה – שבמסגרתו נפסק לתובעת פיצוי. במידה רבה שימש ראש הנזק החדש תחליף לניתוח ההתנהגות במסגרת עוולת התקיפה.³⁵ הסכמתה של התובעת לפרוצדורה שבוצעה בגופה הייתה הסכמה פגומה מכיוון שניתנה בשעה שהתובעת לא יכלה להבין כראוי את המידע שנמסר לה בדבר הסיכונים ולעברו לשם קבלת החלטה, שכן התובעת הייתה מטושטשת. על כן אפשר היה לנתח את המקרה באספקלריה של עוולת התקיפה ולדון בהתקיימות יסודותיה.³⁶ יצירת ראש הנזק של

30 שם, בעמ' 538, 548–550.

31 שם.

32 שם, בפס' 1–2, 6 לפסק דינה של השופטת ביניש.

33 ראו, מכלל רבים, ע"א 434/94 ברמן נ' מור – המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 205, פס' 11 לפסק דינה של השופטת דורנר (1997); דנ"א 4693/05 בי"ח כרמל-חיפה נ' מלול, פ"ד סד(1) 533, פס' 11 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (2010) (שם נאמרו הדברים בהקשר של נטל ההוכחה של היסודות).

34 עניין דעקה, לעיל ה"ש 16, בפס' 7 לפסק דינו של השופט אור. השופטת ביניש סברה שהוכח קשר סיבתי בין אי-הגילוי לנזק (ראו שם, בעמ' 556–557), אך רוב חברי ההרכב הצטרפו לפסק דינו של השופט אור. אף שבא כוחה של התובעת טען במפורש (במסגרת הערעור, אם כי לא במסגרת כתב התביעה) שיש לדון בעוולה זו (ראו שם, בעמ' 540, בפס' 3 לפסק דינה של השופטת ביניש).

36 ראו ע"א 560/84 נחמן נ' קופת חולים של הסתדרות העובדים בארץ ישראל, פ"ד מ(2) 384, 387 (1986); ע"א 3108/91 רייבי נ' וייגל, פ"ד מז(2) 497, 507–510 (1993).

פגיעה באוטונומיה אפשרה לבית המשפט לפסוק לתובעת פיצוי בלא להטיל על רופאה, שפעלו מתוך כוונה כנה לרפאה ולהועיל לה, את הסטיגמה של תוקפים.³⁷

3. הרחבת השימוש בראש הנזק להקשר הצרכני

כארבע שנים אחרי שניתן פסק הדין בעניין **דעקה** הרחיב בית המשפט העליון בעניין **תנובה הראשון** את היקף פריסתו של ראש הנזק.³⁸ באותו מקרה הוסיפה חברת "תנובה" סיליקון לקרטוני חלב עמיד 1% שומן מתוצרתה, בלא שיידעה על כך את הצרכנים, בניגוד לחובתה על פי הדין. אף שאי אפשר היה להוכיח שהסיליקון פגע בפועל במי שצרך אותו, קבע בית המשפט כי החדרתו של הסיליקון לחלב בלא יידוע הצרכנים בדבר פוגעת באוטונומיה של הצרכן.³⁹

פסק הדין בעניין **תנובה הראשון** הרחיב את השימוש בראש הנזק להקשר הצרכני.⁴⁰ מבחינה העיונית, בית המשפט בעניין **תנובה הראשון** לא נדרש להפוך הלכה פסוקה קודמת. עוד כאשר יוחד ראש הנזק למקרים שבהם 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.⁴¹ היו שעמדו אף על האפשרות של השימוש בראש הנזק בהקשרים נוספים.⁴² אך כעניין פרקטי הצטמצם השימוש בעילה למקרים שבהם נגרמו

37 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**, לעיל ה"ש 16, בפס' 6 לפסק דינה). השופט אור, שכתב – כאמור לעיל – את פסק הדין שרוב חברי ההרכב הסכימו לו, קבע שמכיוון שבכתב התביעה לא נטען לתקיפה, אין צורך להכריע בשאלה אם התקיימו יסודותיה של עוולה זו (שם, בעמ' 560).

38 ע"א 1338/97 **תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל נ' ראבי, פ"ד** נז (4) 673 (2003) (להלן: עניין **תנובה הראשון**).

39 שם, בפס' 10–11 לפסק דינה של השופטת נאור. לעניין היעדרו של נזק ראו גם פס' 8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

40 אסף יעקב "דא עקא דעקה – גלגוליה של פגיעה באוטונומיה" **משפטים** מב 5, סמוך לה"ש 160 (2012); שיר ויסנברג "פניה המשתנות של הפגיעה באוטונומיה בדיני הנזיקין" **משפטים** מה 833, 836–837 (2016); אסף יעקב ויוני לבני "הקפיצה הגדולה – על גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה" **עיוני משפט** לו 437, 438–439 (2015), וכן שם, בה"ש 4, 13 ובטקסט הנלווה; פרוקצ'יה וקלמנט, לעיל ה"ש 25, בעמ' 37.

41 ראו עניין **דעקה**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 581. ראו גם נילי קרקר-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, 267–268 (2007): "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 זכאי 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". ראו גם שם, בעמ' 270 (בדין בפסקי הדין של השופטים אור ושרטרסברג-כהן), וכן בעמ' 271–285, לדיון בדרכים האפשריות השונות להערכת הפיצוי בשים לב לתובנה זו.

42 צחי קרן-פז "פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות" **המשפט** יא 187, 189, 190–202 (2007) (לעניין ההבחנה בין שלילת כוח הבחירה לבין תוצאת הבחירה או הפעולה, והאפשרות של פגיעה באוטונומיה כשהתוצאה אינה שונה מן התוצאה שהייתה

לתובע נזקי גוף. הרחבת השימוש להקשר הצרכני ביטלה את הדרישה לפגיעה כזו. כפי שנסיביר 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).⁴³ מכיוון שמדובר בראש נזק לא ממוני, התובע יכול לזכות בפיצוי גם בלא כימות הנזק שנגרם לו מן העוולה.⁴⁴ מאפיין זה מצטרף לשני מאפיינים נוספים והופך את 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.⁴⁵ 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 מקילה 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.⁴⁶ 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 שבו יימסר.⁴⁷

מתרחשת אלמלא הפגיעה, או אף כאשר התוצאה בפועל עדיפה על האפשרות האחרת). עם זאת יש להבחין שגם במאמר זה המיקוד הוא בפגיעה גופנית ובתוצאותיה.

- 43 עניין **דעקה**, לעיל ה"ש 16, בפס' 28 לפסק דינו של השופט אור. פרוקציה וקלמנט, לעיל ה"ש 25, בעמ' 37; ת"א (מחוזי חי') 195/01 **גיל אימפורט בע"מ נ' אגף המכס**, פס' 48 לפסק הדין (נבו 23.10.2008). לדיון בשאלת סיווג הנכון של הפגיעה באוטונומיה ראו עמית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 470–474.
- 44 יעקב ולבני, לעיל ה"ש 40, בעמ' 438 (הכותבים מתמקדים בכימות של נזקי גוף). לעניין סכומי הפיצויים הנפסקים בפועל ראו ויסנברג, לעיל ה"ש 40, בעמ' 869–870.
- 45 לסקירת גישות אפשריות שונות בספרות הפילוסופית בנוגע לשאלה אם החסרת מידע שוללת את האוטונומיה של האדם או פוגעת בה ראו יעקב, לעיל ה"ש 40, בעמ' 9–14.
- 46 למצער לא בהקשרן של תביעות ייצוגיות. ראו עניין **סלומון**, לעיל ה"ש 1, בפס' 27 לפסק דינו של השופט עמית; ע"א 8037/06 **ברזילי נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ**, פ"ד סז(1) 410, פס' 36 לפסק דינו של השופט מלצר (2014); ע"א 8126/07 **עובד צבי נ' ביה"ח ביקור חולים**, בפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (נבו 3.1.2010): "הפגיעה באוטונומיה נתייחדה לא רק בשל שיש לסווג 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, לעיל ה"ש 40, בעמ' 438; פרוקציה וקלמנט, לעיל ה"ש 25, בעמ' 37.

- 47 עניין **דעקה**, לעיל ה"ש 16, בפס' 27 לפסק דינו של השופט אור; עניין **צבי**, לעיל ה"ש 46, בפס' 43 לפסק דינו של השופט דנציגר; עמית, לעיל ה"ש 1, 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 לסיווג של הפגיעה באוטונומיה, אשר לאמתו של דבר משמשת בתפקיד משולש: היא גם העילה (הגם שלהלכה העילה היא רשלנות או הפרת חובה חקוקה), היא גם כורכת בחובה את הקשר הסיבתי וגם מהווה את הנזק".

כפועל יוצא של הקלות שבה קמה הזכאות לפיצוי בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, משמשת התביעה בראש נזק זה במקרים רבים כתחליף לכימות הנזק מעוולה ולהוכחתו.⁴⁸ 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.⁴⁹ 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 שבינו לבין העוולה.⁵⁰ 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 מזה שהיו מסכימים לשלם עבורו אילו היה בידם המידע על רכיביו (לדוגמה, משום שהם מעדיפים שלא לצרוך 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 לצרוך את המוצר משום שהתקלקל; ועוד. הצד השווה לנזקים אלה הוא שתנאי לקבלת פיצוי עבורם הוא כימות הנזק (ולמצער אמידתו בקירוב) והוכחתו.⁵¹ עילת התביעה של פגיעה באוטונומיה מאפשרת "לעקוף" את העול הראיתי הכרוך בכימות הנזק שנגרם 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.⁵²

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.

48 ראו ויסנברג, לעיל ה"ש 40, בעמ' 837–846.

49 תק' 3 לתקנות הגנה על בריאות הציבור (מזון) (סימון תזונתי).

50 ראו ס' 63(א) לפקודת הנוזיקין. ראו גם עניין **תנובה הראשון**, לעיל ה"ש 38, בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

51 ע"א 355/80 **נתן אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ**, פ"ד לה(2), 800, 809 (1981): "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 בדיוקנות 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". ראו גם דנ"פ 5625/16 **אסרף נ' טווק בוקובזה**, פס' 30 לפסק דינה של השופטת חיות (נבו 13.9.2017) ("פסיקת פיצוי על דרך האומדנא איננה 'דרך המלך' לחישוב פיצויים על פי דיני הנוזיקין, אף כי לעתים עושה בית המשפט שימוש בדרך זו"); ע"א 3400/03 **רובינשטיין נ' עין טל (1983) בע"מ**, פ"ד נט(6) 490, פס' 10–12 לפסק הדין (2005) (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** פ"ד מד(2) 89, פס' 18 לפסק דינו של השופט כץ (1990).

52 עניין **דעקה**, לעיל ה"ש 16, בפס' 28 לפסק דינו של השופט אור. ראו גם פרוקצ'יה וקלמנט, לעיל ה"ש 25, בעמ' 37.

במבט לאחור לא מפתיע ש"למן פרשת תנובה חל גידול עצום במספר התובענות הייצוגיות הצרכניות שהוגשו בעילה של פגיעה באוטונומיה".⁵³ לא לכך התכוון בית המשפט בעניין תנובה הראשון. 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.⁵⁴

השופט נאור, שלפסק דינה הסכים גם המשנה לנשיא ש' לזין, קבעה שרק פגיעה שאינה עניין של מה בכך תצליח לעבור את המשוכה של אישור התובענה כייצוגית.⁵⁵ אך המונח "עניין של מה בכך" הוא מונח בעל "רקמה פתוחה" הנתון לפרשנות שונה ממקרה למקרה.⁵⁶ 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 ועל הוכחתו, ואף על תיחום ברור של הנזק שנגרם מן הפגיעה הנטענת באוטונומיה. מעשה פסול שבגללו נשלל מידע מצרכנים – בין אי-מסירת מידע שחובה למסור על פי דין⁵⁷ ובין מסירתו של מידע מטעה⁵⁸ – מקים מניה וביה עילת תביעה. ואכן, במקרים רבים מוגשות תביעות ייצוגיות שבבסיסן טיעון שזו תמציתו: הנתבעת לא מסרה לצרכנים מידע שיש למוסרו, 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.⁵⁹ מחקר אמפירי שבחן את יישומו של חוק תובענות ייצוגיות בישראל מצא

53 שם, בעמ' 40. יש לציין שבפועל לא נפרצה הגדר, למצער ככל שהדברים אמורים בפסיקתו של בית המשפט העליון, מייד לאחר שניתן פסק הדין בעניין תנובה הראשון, לעיל ה"ש 38. לסקירה בעניין זה ראו ויסנברג, לעיל ה"ש 40, בעמ' 836–846.

54 עניין תנובה הראשון, לעיל ה"ש 38, בפס' 11. שם.

55 על הצורך ב"מונחי סתום" (ועל מאפייני המצבים שבהם נכון להשתמש במונחים כאלה) ראו Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: an Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992). לדיון בקשיים שבשימוש במונחים מעין אלה ראו למשל דעת המיעוט של השופט זמיר בדנג"ץ 4191/97 **רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד(5) 330, 372–375 (2000). כן ראו דברי השופט סולברג בעניין **זליגמן**, לעיל ה"ש 28, בפס' 6 לפסק דינו של השופט סולברג ("מוטב אפוא להישמר מפני שימוש במונחים דר-משמעיים, אשר עשויים ברבות הימים לקום על יוצרם, ולפתוח פתח לפרשנות שונה בתכלית מזו שאליה כיוון המשורר"). על הפגיעה בוודאות וביציבות בשל השימוש ב"מונחי סתום" ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 23, בעמ' 654–655.

57 ראו לדוגמה עניין **זיס**, לעיל ה"ש 21; ת"צ (מחוזי מר') 16584-10-11 **פלג נ' פריגו ישראל פרמצבטיקה בע"מ** (נבו 17.5.2015) (אישור תובענה כייצוגית בגין הפרת החובה ליידע בדבר הצורך בניטור לאחר תחילת השימוש בתרופה).

58 ראו עניין **ברזילי**, לעיל ה"ש 46.

59 ראו האסמכתאות בה"ש 8 לעיל, האסמכתאות בה"ש 64 להלן, וכן רע"א 6182/22 **תנובה מרכז לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ נ' וינקר** (נבו 24.8.2023). ראו גם עניין **גילמור**, לעיל ה"ש 9 (מן ההחלטה עולה

שב-38% מהתביעות הייצוגיות הצרכניות נתבע סעד בגין פגיעה באוטונומיה. בתביעות ייצוגיות סביבתיות שיעור המקרים שבהם 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.⁶⁰ לא בכדי כונה ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה "סוס פרא",⁶¹ ולא בכדי נאמר עליו, כפי שכבר הוזכר מעלה, כי –

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 הרך עלה ותפח לממדים שלא שיערו ראשונים שעמדו על עריסתו.⁶²

לתביעות מסוג זה עלות חברתית גבוהה. לעיתים מביאות תביעות כאלה את בית המשפט לפסוק פיצויים נגד הנתבע.⁶³ לעיתים מביאה התביעה (והסיכון להפסיד בה) את הנתבע לפשרה.⁶⁴ בין כך ובין כך, מגדילה העילה את עלויותיו של הנתבע, ובעקיפין את עלויותיהם של צרכני המוצר, היינו – את יוקר המחיה.⁶⁵ מדובר בבטיח ייחודית למשפט הישראלי, שכן – כאמור – ראש הנזק הוא ראש נזק ייחודי לדין הישראלי.⁶⁶

שבחלק מתשע התביעות הייצוגיות נטען גם לנזקים בריאותיים, אך אי אפשר היה להצביע על כאלה – ראו בעמ' 7–8, 18 לפסק הדין; ת"צ (מחוזי ת"א) 16059-04-16 נ"כ (קטינה) נ' נאופורם בע"מ (נבו) 13.12.2020.

60 קרן וינשל-מרגל ואלון קלמנט "יישום חוק תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" **משפטים** מה 732, 709 (2016).

61 עמית, לעיל ה"ש 1.

62 שם, בעמ' 465.

63 ראו בעניין זה את סקירתם של יעקב ולבני, לעיל ה"ש 40, בעמ' 442–446; סקירתה של ויסנברג, לעיל ה"ש 40, בעמ' 838–844.

64 לדוגמה, עניין **מדיון**, לעיל ה"ש 8 (אישור בית המשפט להסתלקות מתוגמלת); ת"צ (מחוזי י-ם) 4517-09-10 **משה נ' מרק שארף ודוהם (ישראל–1996) בע"מ** (נבו) 11.3.2018; עניין **דוד**, לעיל ה"ש 8; ת"צ (מחוזי ת"א) 57410-04-18 **אביסטרס נ' אחים הלפרין – אופטיקה (2000) בע"מ** (נבו) 31.3.2020. יוער שכאשר עסקינן בתביעות שסיכוייהן להתקבל נמוכים, פעמים רבות הפשרה היא – שהתובע הייצוגי מסתלק מבקשת האישור בתמורה לסכום שמשלמת הנתבעת (או בשלב הרלוונטי – המשיבה). לדיון בעניין זה ראו עניין **מרקט**, לעיל ה"ש 4, בפס' 20–31 לפסק דינה של השופטת ברוך, ועניין **פסטה נונה**, לעיל ה"ש 1. ראו גם ס' 16, 22 לחוק תובענות ייצוגיות. למקרה שבו לא דובר בהסתלקות אלא בפשרה בתובענה לגופה ראו ת"צ (מחוזי חי') 837/07 **בריוטי נ' פרוטרום תעשיות בע"מ** (נבו) 26.4.2010 (בכל הקשור לראש הנזק של פגיעה באוטונומיה ראו עמ' 7 לפסק הדין).

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

66 יעקב, לעיל ה"ש 40, בעמ' 5, 8, 17, 81; עמית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 2. בפסק דינו של בית הלורדים בעניין **Rees v. Darlington Mem'l Hosp. NHS Tr., [2003] UKHL 52** הוזכרה הפגיעה באוטונומיה, אך על אף השימוש בביטוי אין מדובר בסוגיה שבה עסקינן כאן. באותו מקרה ביקשה אישה לעבור עיקור, שכן בשל מוגבלותה חשה שלא תוכל לגדל ילדים כיאות. האישה הביעה את רצונה לפני מטפליה, ואלה ביצעו ניתוח **רשלני**. בשל הרשלנות הרתה האישה. הסוגיה שנדונה באותו עניין נגעה לשאלה אם ראוי לפסוק לאישה פיצוי, ואם כן – באיזה שיעור (ראו בפס' 1 לפסק הדין של הלורד Bingham). במסגרת זו נסקלו אפשרויות שונות, ובהן האפשרות לפסוק לאישה פיצוי בגין הפגיעה באיכות חייה כפי שבחברה לחיותם. מדובר בסוגיה הקרובה, עיונית, לסוגיית ההולדה בעוולה, ולא לסוגיית הפגיעה

חשוב להדגיש שוב שעניינו של חיבור זה אינו בנזקים התוצאתיים שעלולים להיגרם מן הפגיעה באוטונומיה. כפי שצוין מעלה, הפגיעה באוטונומיה עלולה לגרום, נוסף על עצם הפגיעה ביכולת הבחירה, גם לנזק תוצאתי. נזק זה עשוי להיות נזק פיזי, נפשי או כלכלי. את זכות התביעה בגין נזקים תוצאתיים איננו מציעים להגביל בשום צורה.

אלא שקיימת קבוצה גדולה של מקרים, בעיקר בהקשר הצרכני, שבהם ברור שהבחירה של צרכנים לא הושפעה במאום משלילת המידע (או שההשפעה של שלילת המידע על הבחירה הייתה 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.⁶⁷ עם זאת כדרכם של כללים, אפשר שברשתו של הכלל נתפסות גם התנהגויות שלא תהיינה בעלות השפעה על החלטותיהם של הצרכנים.⁶⁸ כך למשל ייתכן 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.⁶⁹ כאשר זה המצב, ניתן להניח גם שהיצרנית לא הפיקה תועלת – בוודאי לא תועלת ממשית – מן הטעות.⁷⁰ עם זאת כיום דבר אינו מונע מתובעת לנהל תביעה – בין תביעה פרטית ובין תביעה ייצוגית – בגין הפגיעה באוטונומיה: לצרכני המזרנים הוקנתה זכות לקבל מידע על מספר קפיצי המתכת

באוטונומיה הכרוכה בשלילת מידע, היא הסוגיה הנדונה כאן (וראו ס' 17 בפסק הדין של הלורד Bingham, ס' 45 בפסק הדין של הלורד Steyn, ס' 71 בפסק הדין של הלורד Craighead, ס' 90 בפסק הדין של הלורד Hutton, ס' 125 בפסק הדין של הלורד Millet, וס' 148 בפסק הדין של הלורד Scott).

67 וראו בדבריהם 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 ראו רע"א 3608/18 **יפאורה תבורי בע"מ נ' ברמוחה שוקרון**, בפס' 10-13 לפסק הדין (נבו 1.7.2019).

68 ראו Kaplow, לעיל ה"ש 56, בעמ' 590-593.

69 לעניין חשיבותה של הדרישה הקבועה בס' 63(א) לפקודת הנוזיקין בהקשרן של התביעות נשוא החיבור ראו ת"צ (מחוזי מר') 15361-12-12 **גרוס נ' ג. ויליפור אינטרנשיונל בע"מ**, בפס' 19 לפסק הדין (נבו 5.5.2014). על הקירבה בין עילת ההטעיה הצרכנית לפגיעה באוטונומיה ראו שם, בפס' 23-33 לפסק הדין.

70 לדוגמה מן העת האחרונה ראו עניין **וינקר**, לעיל ה"ש 59. באותו מקרה נטען כי "תנובה" סימנה מוצרים באופן מחמיר לעומת האופן שבו היה עליה לסמנם. על פי הטענה של אחד המבקשים, תנובה סימנה מוצרים ככאלה שאין לצרוך לאחר תאריך מסוים (סימון המכונה "סימון בטיחות", המשתמש במילים "לשימוש עד", לפי ס' 9.4 לת"י 1145 "סימון מזון ארוז מראש" (28.10.1982) לפי ס' 2(א) לצו הגנת הצרכן (סימון ואריזה של מוצרי מזון), התשנ"ט-1998), אף שהיה עליה לסמנם ככאלה שעדיף להשתמש בהם לפני תאריך מסוים ("תקן איכות", לפי סעיף 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 שעדיין יכלו להשתמש בהם. עם זאת לא ברור מדוע עניין זה לא היה פוגע במכירותיה של תנובה מלכתחילה וגורם לצרכנים לא לרכוש את המוצר (המבקש השני באותה פרשה טען טענה הפוכה – ראו ס' 3 להחלטה). מכל מקום, לעניינו די בכך שיתכן שטעות כזו בסימון תביא לפגיעה במכירותיו של העוסק.

שבמזרנים, שכן הדין הטיל חובת סימון; העוסקת פגיעה בזכות בניגוד לחובתה על פי דין, ובכך ביצעה עוולה; ממילא נפגעה האוטונומיה של הצרכנים – יכולתם להחליט על בסיס המידע המלא שהיו זכאים לו על פי דין אם לצרוך את המוצר, ובאיזו כמות. חזון נפרץ הוא שתביעות ייצוגיות מוגשות בנסיבות דומות לאלה.⁷¹ תביעות כאלה רצוי לשרש. עלותן החברתית – בפרט הייקור שהן מביאות עימן בעלויות מוצרים – עולה בהרבה על תועלתן החברתית.

טענתנו המרכזית היא שניתן לבצע ניתוח אמפירי סטנדרטי המאפשר להבחין ביעילות בין שני סוגי התביעות הצרכניות שבהן נטען לפגיעה באוטונומיה: מקרים שבהם העוסק הרוויח מן הפגיעה באוטונומיה (הם אותם מקרים שבהם אפשרות הבחירה הייתה בעלת ערך כלכלי) ומקרים שבהם העוסק לא הרוויח מן ההטעיה (הם אותם מקרים שבהם אפשרות הבחירה לא הייתה 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 – יהיה אפשר להראות את הפגיעה באמצעות ניתוח אמפירי מוכר. לעומת זאת כאשר לא ניתן להראות כי חל שינוי בביקוש למוצר בגלל ההטעיה, אות הוא שמדובר בתביעה מן הסוג השני.

כדי להבין את טענתנו המרכזית נייחד תחילה כמה 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 בשל הטעיה – בין על דרך של אי-גילוי מידע שחובה לגלותו, ובין על דרך של מסירת מידע מוטעה. השאלה המרכזית שבה נתמקד היא אם בכל מקרה שבו הוטעו צרכנים, והדבר הגביל (בניגוד לדין) את יכולתם לבחור בחירה מושכלת, נשלל מהם נכס בעל ערך כלכלי.

טענתנו היא שלא כל מידע הוא בעל ערך כלכלי עבור הצרכנים. יש סוגי מידע שלהם יש ערך כלכלי, ויש סוגי מידע שלהם אין ערך כלכלי או שערכם הכלכלי זניח. כאשר צרכנים הוטעו, ולמידע שהיה צריך 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 שהיה צריך 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. הירשלייפר קבע במאמר זה כי למידע יש ערך רק אם

71 ראו האסמכתאות בה"ש 8–9, 59, 64 לעיל.

הוא יכול להשפיע על פעולה.⁷² כלומר, למידע יש ערך כלכלי רק אם אנשים משנים את התנהגותם כפונקצייה של השאלה אם המידע מצוי בידם אם לאו. מידע שאינו גורם לכל שינוי בהתנהגות אינו מידע בעל ערך כלכלי.⁷³

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 שיש בו צרכנים רבים ויצרנים רבים. השוק לקפה, כמו רוב השווקים, מאופיין בביקוש היורד משמאל לימין. משמעות הדבר היא שכמות הקפה שצרכנים רוכשים גדלה 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 שכמות הקפה שיצרנים ייצרו תהיה גדולה יותר ככל שמחירו של הקפה יהיה 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 .

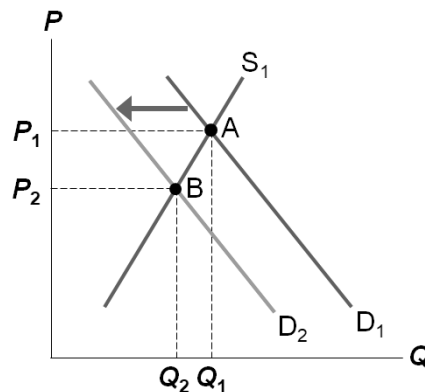
בשוק מהסוג המתואר בתרשים 1 מידע בעל ערך כלכלי הוא כל מידע העשוי להשפיע על הביקוש למוצר. לדוגמה, נניח שמחקר חדש מגלה שקפה מעלה את לחץ הדם, או שמתגלה כי בקפה מעורבת כמות קטנה של בוז או של עפר, אף שהדבר חסר השפעות בריאותיות. בתגובה למידע כזה, עקומת הביקוש בתרשים 1 נעה שמאלה – הכמות המבוקשת של קפה בכל מחיר קטנה. חשוב להדגיש שעקומת הביקוש נעה שמאלה בין שמדובר במידע חדש בעל ערך רפואי (כמו הקשר בין שתיית קפה ללחץ דם), ובין שמדובר 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 הבוז או העפר).

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

72 ראו Jack Hirshleifer, *The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity*, 61 AM. ECON. REV. 561, 564 (1971) ("Information is of value only if it can affect action").

73 ניתן כמובן לאמץ גם גישות אחרות שלפיהן מידע שאין לו ערך כלכלי הוא בכל זאת מידע בעל ערך. דוגמה מובהקת לגישה כזו בהקשרה של הפגיעה באוטונומיה מצויה במאמרו של קרן-פז, לעיל ה"ש 42. לדין בתפיסה זו ראו בפרק ד.1 להלן. לעניינו של פרק זה די בכך שלמידע אין ערך כלכלי.

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, שאותה 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, שאותה נסמן באות ב, כוללת צרכנים שלא רכשו את המוצר לפני גילוי המידע, ואינם רוכשים אותו גם לאחר גילוי המידע. גם מבחינת קבוצה זו המידע לא הוביל לשינוי בהתנהגות. הקבוצה השלישית, שאותה 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 שהם רוכשים.

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 היה לצרכנים 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 שאנו מציעים אינה מתיימרת להציע מדד חיצוני או אובייקטיבי לחשיבותו של מידע. גישתנו מקבלת את העדפות הצרכנים כמות שהן, וקובעת על פי אותן העדפות איזה מידע הוא בעל ערך כלכלי. הביקוש הוא פונקצייה 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. כפי שנסביר בהמשך, הגישה שאנו מציעים גם אינה מתיימרת לקבוע מראש איזה סוג מידע הוא בעל ערך כלכלי. הגישה שאנו מציעים קובעת בדיעבד, לנוכח תגובת הצרכנים למידע, אם 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.

לפיכך ניתן לומר שמידע שגילוי מוביל לירידה בכמות הנרכשת של מוצר הוא 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 בשל מידע חדש על מאפייני המוצר מובילה לירידה בכמות הנרכשת מהמוצר.⁷⁴

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 מציינים על אריזות המוצר אזהרה כי מדובר במשקה מעורר ששתייתו בשעות הלילה עלולה להקשות את ההירדמות. הם גם אינם מציינים על אריזות הקפה אם הקפה שונע במטוס או באונייה. האם מדובר במידע בעל ערך כלכלי? במקרים אלה, ככל הנראה, גילוי המידע לא יגרום לתזוזה של עקומת הביקוש. אף בהקשר זה חשוב לציין שהקביעה שהמידע חסר ערך כלכלי אינה מבוססת על שיפוט חיצוני של ערכו. המידע הוא חסר ערך כלכלי משום שאינו משפיע על ההעדפות של הצרכנים. הסיבה שבגינה המידע הוא חסר ערך שונה, כך יש להניח, בכל אחד מפרטי המידע הנזכרים. בכל הקשור להיותו של קפה 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 נזיקת בגין אי-גילוי מידע בעל ערך היא הרתעת יצרנים מהטעיה כדי למנוע רכישות שאינן יעילות.⁷⁵ 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.⁷⁶

הטלת אחריות נזיקת 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 ועל עוסקים נטל כלכלי של גילוי מידע חסר ערך; היא מגדילה את פרמיית הסיכון על פעילות כלכלית בישראל ומביאה אפוא לעלייה של מחירי כלל המוצרים הנמכרים בישראל. על כן מדובר בהטלת אחריות חסרת תועלת כלכלית שמזיקה לצרכנים (כקבוצה) 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

74 להצגה פורמלית של השפעת הירידה בביקוש על הכמות ועל המחיר בשוק מונופוליסטי ראו HERBERT HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY 3-13, 15-18 (5th ed. 2015).

75 ראו הרחבה בעניין זה בה"ש 104-105 להלן.

76 ראו גם פרוקצ'יה וקלמנט, לעיל ה"ש 25, בעמ' 40.

הפגיעה לא הסבה נזק כלכלי לאיש מיחיד הקבוצה.⁷⁷ לטענה זו נידרש בהמשך. בשלב זה די לנו בהצבעה על היותה של אפשרות בחירה שאיש אינו מעוניין בה חסרת ערך כלכלי. לסיכום, בהקשר הצרכני מידע בעל ערך כלכלי הוא מידע שגילוי מוביל לירידה בביקוש למוצר. לפיכך ניתן לומר שמידע שגילוי מוביל לירידה בכמות הנרכשת של מוצר הוא מידע בעל ערך כלכלי. הטלת אחריות נזיקית 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 נזיקית 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, על התובע (המבקש) יהיה 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 בשל אי-גילוי מידע לא הביאה לעיוות הבחירה של אף אחד מיחיד הקבוצה, הרי שמדובר בפגיעה בנכס חסר ערך כלכלי. או כלשונו של בית המשפט בעניין **תנובה הראשון**, שמדובר בפגיעה של מה בכך.⁷⁸ בשל עלותן של תביעות ייצוגיות והשפעתן על העוסקים, על הצרכנים ועל יוקר המחיה, הטלת אחריות בגין שלילת אפשרות בחירה שלא הייתה משמשת שום אדם יוצרת עלות חברתית מיותרת ללא תועלת ממשית בצידה.

77 קרן-פז, לעיל ה"ש 42, בעמ' 197. זוהי גם ההנחה בבסיס מאמרה של קרקר-אייל, לעיל ה"ש 41, אך קרקר-אייל מבהירה כי היא מקבלת את ההנחה שהפגיעה באוטונומיה היא נזק בר-פיצוי בשל הכרעתו של בית המשפט בעניין **דעקה**, מבלי להביע עמדה בשאלה אם ראוי היה לקבוע זאת (שם, בעמ' 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 בזכות לאוטונומיה, עולה השאלה כיצד יוערך הפיצוי בגדרו"; ראו גם שם, בעמ' 269 את הסתייגותה המפורשת של קרקר-אייל מהכרעה בשאלה אם שיקולים דאונטולוגיים ועקרון האוטונומיה הם שיקולים ראויים).

78 בכל הקשור לעיגון הדוקטרינרי של האפשרות לדחות בקשה לאישור תובענה ייצוגית בשל העובדה שמדובר בעניין של מה בכך, נדמה שכיום העיגון לכך ימצא בקביעה שתביעה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת, כדרישת ס' 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות. ראו עניין **זליגמן**, לעיל ה"ש 28, בפס' 142 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימוס) מלצר, פס' 27–28 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז, פס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל ופסק דינו של השופט פוגלמן בעמ' 149 (לעומת זאת ראו שם, בפס' 67–68 לפסק דינה של השופטת וילנר, פס' 8 לפסק דינו של השופט מינץ ופס' 7 לפסק דינו של השופט סולברג). לענייננו, בשל העובדה שכעניין מעשי שני הנתיבים הדוקטרינריים מובילים לתוצאה דומה – דחיית בקשת האישור (ראו שם, בפס' 24, 28 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז ופסק דינו של השופט פוגלמן בעמ' 149) – אין חשיבות מעשית להבחנה ביניהן. למקרה שבו נקבע שמדובר בזוטי דברים ראו עניין **דדו**, לעיל ה"ש 8, בפס' 118–128 לפסק הדין.

כפי שנסביר בהמשך, אנחנו סבורים שהצעתנו מתיישבת היטב עם פסק הדין בעניין **תנובה הראשון**, שבו הוכר לראשונה ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה בהקשר הצרכני, אף שלא כך מוצב הדיון בפסק הדין. כזכור, באותו מקרה התגלה כי תנובה הוסיפה סליקון לחלב. הגילוי אכן הוביל לירידה ניכרת בכמות החלב של תנובה שרכשו הצרכנים.⁷⁹ כלומר, בעניין **תנובה הראשון** אכן היה מדובר במידע שהיה בעל ערך כלכלי עבור ציבור הצרכנים (במנותק מן השאלה אם סליקון בחלב גרם לפגיעה רפואית). גם על פי הצעתנו, אפשר היה לאשר את ניהול התביעה הייצוגית בעניין **תנובה הראשון**. דומה שגם במקרים שנדונו בעניין **פריניר**⁸⁰ – הצגת מזון ככשר לפסח אף שלא היה כזה – ובעניין **סוירי**⁸¹ – הגשת בשר חזיר אגב יצירת מצג שמדובר בבשר עגל – היה מדובר במידע שבעיני ציבור הצרכנים היה בעל ערך כלכלי.

הצעתנו תאפשר לבור את הבר מן התבן: בתובענות ייצוגיות העוסקות במקרים שבהם נגרע מן הציבור מידע בעל שווי כלכלי (בהינתן ההעדפות של אותו ציבור) – יתאפשר לנהל את התביעה. לעומת זאת בכל אותם מקרים שבהם ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה מביא לעלייה ביוקר המחיה ללא תועלת מאזנת של הרתעה רצויה ומניעת רכישות לא רצויות, תיחסם 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 – תידחינה כבר בשלב הראשון (שלב האישור), דבר שיקטין את עלותן החברתית הכוללת.⁸²

דרך המלך להוכחת הפגיעה באוטונומיה והירידה במכירות היא ניתוח סטטיסטי המשתמש ברגרסיה. רגרסיה היא כלי מרכזי בניתוח אמפירי, והשימוש בה במסגרת ניתוח כזה שכיח מאוד.⁸³ במרבית המקרים הרגרסיה יכולה לסייע להשיב על השאלה המרכזית שאנו מציעים לחייב את התובע הייצוגי להידרש לה – קיומו של קשר סיבתי בין ההטעיה לביקוש למוצר (או היעדרו של קשר כזה). הרגרסיה היא למעשה סדרת מבחנים סטטיסטיים שנועדו להבחין בין שינויים מקריים לשינויים שאינם מקריים. נוסף על כך, כאשר מדובר בגורמים שאינם מקריים, הרגרסיה מאפשרת לזהות – ברמות ודאות משתנות – את מידת השפעתו המשוערת של כל אחד מן הגורמים הללו. קונקרטי לחיבור הנוכחי, כאשר קיים קשר סיבתי בין ההטעיה לבין הביקוש למוצר, רגרסיה יכולה לבסס את הקשר הסיבתי

79 רוג'ית שווה "האמת היא הנשק האסטרטגי הטוב ביותר" **סטטוס** מרץ 2004, 14, 14 tinyurl.com/mrnyxdd4. על פי האמור, תנובה ספגה "ירידה מיידית של 15% במכירות, ולאחר-מכן

התייצבות על ירידה של 7% במכירות".

80 עניין **ברזילי**, לעיל ה"ש 46.

81 ת"צ (מחוזי ת"א) 17879-07-13 **סוירי נ' צפרה בע"מ** (נבו 29.1.2017).

82 לניתוח מקיף של עניין זה ראו אלון קלמנט ורות רונן "בחינת עילת התביעה וסיכוייה בשלב אישור התובענה הייצוגית" **עיוני משפט** מב 5, 11-16 (2019), ובפרט בעמ' 14-16 (ניתוח תועלתו של הסינון מנקודת הראות של התובע נוכח עמדת הכותבים) (המפורטת בעמ' 12) שלפיה צמצום עלויותיה של מערכת המשפט אינו יכול לעמוד כמטרה בפני עצמו).

83 ראו JOSHUA D. ANGRIST & JÖRN-STEFFEN PISCHKE, *MASTERING METRICS: THE PATH FROM CAUSE TO EFFECT* 47-78 (2014).

ולאמור את ההשפעה שהייתה להטעיה על הביקוש – היינו, על מחיר המוצר, על הכמות הנרכשת או על שניהם.⁸⁴

ראוי להעיר שכעניין עיוני, רגרסיה יכולה להצביע רק על ההסתברות לקיומו של קשר סיבתי. לעולם לא ניתן לומר כי הקשר הסיבתי הוכח בוודאות מוחלטת.⁸⁵ במילים אחרות, רגרסיה יכולה להצביע את התשובה המסתברת לשאלת הקשר הסיבתי ולהצביע גם על רמת הוודאות שאכן קשר זה 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 כדי להתחקות אחר העובדות כהווייתן ולקבוע ממצאים בנוגע לאותן עובדות, ובכלל זה בנוגע 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 היעדרו – מוטעית. זוהי ליבת ההבחנה בין האמת העובדתית לאמת המשפטית.⁸⁶

כך גם באשר 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 שתוצאותיה המשוערות מוטעות.

84 לצורך ההמחשה, אם ביום שנפסקה ההטעיה ירד מחירו של המוצר ב-10%, הרגרסיה תוכל להראות שאין מדובר בירידת מחיר שאירעה באותו יום רק במקרה. הרגרסיה תוכל להצביע גם 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.

85 ראו, FED. JUD. CTR., REFERENCE MANUAL ON SCIENTIFIC EVIDENCE 310 (3th ed. 2011), <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").

86 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 – ראו דנ"א 2121/12 פלוני נ' דיין אורבך, פ"ד סז(1) 667, בפס' 26 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (2014): "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".

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 התרחש 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 – 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 וכיוצ"ב אלמלא ניזוק – ולהשוות מצב דברים היפותטי זה למצב הדברים הצפוי בפועל בשל הפגיעה של המזיק.⁸⁷ כך קורה גם בקביעת פיצויים חזויים, למצער כאשר מדובר בפיצוי קיום, המחייבים כימות של התועלת שהיה מפיק הנפגע מההפרה במצב עולם אלטרנטיבי שבו החוזה קיים.⁸⁸ במובן זה, הצעתנו אינה מחייבת אימוץ רעיון זר לדין. היא מבקשת ליישם עקרונות מוכרים בהקשר הספציפי של תובענות ייצוגיות צרכניות שבהן נתבע פיצוי בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה.

כפי שזכר, 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 שהפגיעה באוטונומיה גרמה לירידה בביקוש למוצר – בכמות הנצרכת ממנו או במחירו – יפתור את הקושי שעיימו מבקשת הצעתנו להתמודד. ניתוח כזה יאפשר אישור תובענות צרכניות כייצוגיות כאשר נשלל מן הצרכנים מידע בעל ערך כלכלי תוך כדי חסימת תביעות ייצוגיות צרכניות שלהן עלות חברתית ללא תועלת ממשית בצידה.

הרעיון שבבסיס הצעתנו – צמצום מספרן של התביעות הייצוגיות הצרכניות שבהן נתבע סעד בגין פגיעה באוטונומיה – עולה בקנה אחד עם הצעה שהוצעה בהקשר קרוב. פרוקצ'יה וקלמנט מציעים במאמרם לוותר על דרישת הסיבתיות – הדרישה להסתמכות על המצג המטעה – בתביעות בגין הטעיה צרכנית. פרוקצ'יה וקלמנט מסבירים כי גם מי שלא הסתמך בעצמו על המצג עשוי להיפגע ממנו, שכן המצג משפיע על כלל הצרכנים, ועל כן גורם לעליית מחירים כלל-שווקית.⁸⁹

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 שבהן נטען לפגיעה באוטונומיה.⁹⁰ פרוקצ'יה

87 ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס' 13, פס' 7-9 לפסק הדין של השופט ריבלין (2005).

88 ראו למשל ע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מו' (4) 45 (1992).

89 פרוקצ'יה וקלמנט, לעיל ה"ש 25.

90 שם, בפרק ד.

וקלמנט עומדים על ערכן החברתי הנמוך של תביעות שבהן נתבע סעד רק בגין הרגשות השליליים שגרמה פגיעה באוטונומיה, ומביעים הסתייגות מתביעות כאלה (להבדיל מתביעות שבהן נתבע סעד בגין תוצאות הפעולה שבוצעה תוך כדי פגיעה באוטונומיה).⁹¹ בכל הקשור להסתייגות הבסיסית מהשימוש הנרחב בראש הנזק ומן ההצפה של בתי המשפט, עמדתנו דומה לעמדתם של פרוקצ'יה וקלמנט, אך הצעתנו שונה מהצעתם של פרוקצ'יה וקלמנט בסוג הנזק שאליו היא מתייחסת. נוסף על כך, 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 שבהן נטען שהפגיעה באוטונומיה היא **הנזק** שנגרם לקבוצת התובעים (נוסף על היותה 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 לשלילתו של כוח הבחירה.⁹²

פרוקצ'יה וקלמנט מבחינים אפוא, לעניין ההסתמכות (שבה ממוקד מאמרם), בין נזק תוצאתי שעניינו הפגיעה שגרמה הפעולה שלא הייתה ניתנת לה 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, בין שהם נזקים תוצאתיים הנובעים מן הפעולה שנעשתה, ובין שהם נזקים תוצאתיים מסוג רגשות שליליים – אכזבה, כעס, תסכול וכיוצא באלה – הנוגעים לעצם שלילת כוח הבחירה. אנו תמימי דעים עם פרוקצ'יה וקלמנט כי ערכן החברתי של תובענות ייצוגיות שבמסגרתן נתבעים נזקים תוצאתיים מסוג אכזבה, כעס ותסכול **מעצם שלילת כוח הבחירה** "צפוי להיות נמוך למדי לעתים קרובות".⁹³ אך לא בנזקים אלה ממוקדת הצעתנו. הצעתנו ממוקדת, כאמור, בסוג נזק שלישי – עצם שלילת כוח הבחירה. נזק זה הוא הנזק

91 שם, בעמ' 41.

92 שם, בעמ' 38.

93 שם, בעמ' 40.

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 ניהול של התובענה הייצוגית נותרת בסופו של יום שאלה אמפירית".⁹⁴ 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.⁹⁵ אלא שנתוני מחירים אינם פשוטים תמיד להשגה, ולעיתים קל יותר לתובע להשיג דווקא נתונים אחרים. חשוב מכך, אם ירידה במחיר תביא להטלת אחריות על העוסק, יוכל העוסק שהטעה להימנע מהורדת המחיר, ובכך 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 בהצבעה על קיטון בכמות הנרכשת, שפעמים רבות הנתונים בעניינה אמינים יותר וקלים יותר להשגה. האפשרות להוכיח ירידה בכמות כאשר לא ניתן להוכיח ירידה במחיר או כאשר לא הייתה כלל ירידה במחיר תסכל את יכולתם של עוסקים לחמוק מהטלת אחריות מוצדקת. בה בעת העמדת דרישה מוגדרת וברורה, שעליה 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, לשיטתנו דרך המלך להוכחת הירידה בביקוש היא עריכת רגרסיה המביאה בחשבון את שורת המשתנים הרלוונטיים. הצעתנו זו מחייבת את התובעים להשקיע סכום מסוים בהוכחת עילתם לפני הגשת התובענה, ובכך יוצרת חסם בפני הגשת 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, ומדכא תביעות שלא ראוי לאשרן מאידך.

מלבד המענה שאנו מבקשים להציע לסיטואציות שבהן לא ניתן להוכיח ירידה במחיר או שלא הייתה כזו, הצעתנו מבקשת להתמודד גם עם סיטואציה שלישית, אפשר שאף השכיחה מכולן – סיטואציה שבה העוסק פגע באוטונומיה הצרכנית וגרם לעלייה בביקוש,

94 שם, בעמ' 41.

95 שם, בעמ' 33–36.

ולמרות זאת לא ניתן להצביע על ירידה במחיר או על ירידה בכמות. סיטואציה כזו עשויה להישמע תמוהה, שהרי הגדלת הביקוש חייבת להתבטא בעלייה 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 שמשערה 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 שאנו מציעים עלול לעורר שני קשיים: קושי אחד הוא עקרוני, והשני הוא פרקטי. הקושי העקרוני נעוץ באפשרות שאף שהפגיעה באוטונומיה לא הביאה לכל שינוי בביקוש, עצם הפגיעה באפשרות הבחירה היא כשלעצמה נזק. הקושי הפרקטי כרוך בהוכחת עיוות הבחירה במקרים שבהם דבר ההטעיה לא נודע ברבים עובר להגשת התביעה. בחלק מן המקרים המעשה העוולתי 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 שבה הציבור הוטעה) לעומת הביקוש למוצר לאחר הפרסום (משנחשפה ההטעיה), לנטרל את השפעתם של משתנים נוספים העשויים להסביר את השינוי ולאמוד את השפעתה של ההטעיה על הביקוש. ברם במקרים אחרים המעשה העוולתי אינו ידוע לציבור הרחב. תובע ייצוגי נחשף להתנהגות עוולתית של עוסק ומגיש בעקבות זאת תביעה שאותה 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 שנוצר בגלל ההטעיה. נייחד כמה מילים לכל אחד מן הקשיים.

1. הקושי העקרוני – הערך האינטרינזי של האוטונומיה

כאמור, הפגיעה באוטונומיה עלולה להביא עימה, בהקשר הצרכני, שני סוגי נזקים תוצאתיים: נזקים פיזיים או נפשיים לצרכנים (או לחלקם) ועיוות הבחירה הצרכנית. אלה הם נזקים תוצאתיים – הם תוצאה של 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 – אפשר יהיה לתובעם. כך, מי שנזקק לטיפול פסיכיאטרי בשל התחושות הקשות שחש מהפגיעה באוטונומיה שלו; מי שחשה תחושות קשות שלא עלו כדי פגיעה נפשית, אך הפסידה מספר רב של ימי עבודה בשל אותן תחושות וכיוצא באלה – יוכלו

להיפרע את נזקיהם מן העוסק.⁹⁶ 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, שבה עסקינן, היא פגיעה שלא הביאה לשינוי בהעדפותיה של שום קבוצת צרכנים. היינו, בתחושה הלא נעימה משלילת אפשרות בחירה שלנפגעים אין ממנה כל תועלת מעשית, ושלא הייתה מביאה לשינוי בבחירתם. 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, ובייחוד כאשר הצרכן לא היה משנה את בחירתו לו ניתנה לו הברירה, ניתן להניח שעוצמת הפגיעה קטנה בהרבה.⁹⁷ 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".⁹⁸ 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 אינדיווידואליות. 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,⁹⁹ נדמה שבמקרים של פגיעה באוטונומיה שגרמה לנזק נפשי של ממש השונות בין הנפגעים השונים תהיה גדולה מאוד ותצריך בירורים עובדתיים אינדיווידואליים מורכבים. עיקרו של הדיון צפוי להיות חלקן האינדיווידואלי, ואילו השאלה המשותפת – הפגיעה באוטונומיה – צפויה להיות שולית יחסית, ופשוטה להוכחה. לכן אנו סבורים שבמרבית המקרים נכון יהיה לנהל תביעות כאלה כתביעות אינדיווידואליות.¹⁰⁰ אך יהא אשר יהא המסלול הנכון להגשת תביעות בגין נזקים כאלה – הצעתנו לא תפגע באפשרות להגיש תביעה בגינם. גם כאשר לסוג הנזק השני – עיוות הבחירה – הצעתנו לא תפגע באפשרות להגיש תביעה. נהפוך הוא: הצעתנו היא שבמקרים כאלה יותר לנהל תביעה ייצוגית נגד העוסק, והצעתנו מפרטת דרכים פרקטיות לניהול התביעה.

96 וראו עניין **תנובה השני**, לעיל ה"ש 24, בפס' 40 לפסק דינה של השופטת חיות. ראו גם עמית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 484–489 (לדיון בשאלה אם הפיצוי עבור פגיעה באוטונומיה יכול להיפסק נוסף על הפיצוי בגין תחושות כאלה).

97 ראו גם פרוקצ'יה וקלמנט, לעיל ה"ש 25, בעמ' 41.

98 קרקו-אייל, לעיל ה"ש 41, בעמ' 280.

99 ראו ס' 20 לחוק תובענות ייצוגיות.

100 וראו ע"א 6887/03 **רוניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות**, פס' 24–27 לפסק דינו של השופט גרוניס (נבו 20.7.2010). ראו גם ע"א 7141/13 **קונקטיב גרופ בע"מ נ' דבוש** (נבו 5.11.2015), אף כי שם נמנע בית המשפט לקבוע מסמרות בסוגיה, והדברים עלו בהקשר של ניגוד עניינים בין תתי-הקבוצות השונות (ראו פס' 10 לפסק דינו של השופט מזוז, שלדעתו הצטרף השופט דנציגר). ראו גם עמדתה החולקת של השופטת ברק-ארז (שלהערתה בעניין זה הצטרף גם השופט דנציגר).

סוג הנזק המעורר קושי בהקשרה של הצעתנו הוא עצם הפגיעה באוטונומיה. גם כאשר לא נגרמו לצרכנים נזקים תוצאתיים כלשהם – לא גופניים, לא נפשיים ולא עיוות של אפשרות הבחירה – ניתן לסבור כי עצם שלילתה של אפשרות הבחירה הוא 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.¹⁰¹

ההנחה כי ראוי לפצות את הנפגע במקרים כאלה נראית בעינינו תמוהה בהקשרם הכללי של דיני הנזיקין. כדי להבין עד כמה חריגה הקביעה כי ראוי לפצות את הנפגע בגין פגיעה מסוג זה, ניתן להיעזר בדוגמה הזאת: נניח כי פלונית גונבת אופניים השייכים לאלמונית. עוד נניח כי הגנבה 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 הגנבה (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 בפיצוי, 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 לדיני 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.¹⁰²

101 קרן-פז, לעיל ה"ש 42, בעמ' 189.

102 לדיון בנושא קרוב – בשאלה אם הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה יכול להיפסק במצטבר לנזקים לא ממוניים שנגרמו כתוצאה מן הפגיעה באוטונומיה – ראו עמית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 484–489 (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 לא ממוניים) שהם תוצאה של ההטעיה.

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 ההנחה שניתן לכמת את הנזק לאוטונומיה.¹⁰³

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 שלפיה 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 כמה טעמים מעשיים.

ראשית, בסיטואציות מעין אלה יש לזכור כי אין הטלת האחריות 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 כרוסם ממשי בהצדקה להטלת אחריות מלכתחילה. אחת ממטרותיהם העיקריות של דיני הנזיקין, לצד השבת מצבו של הנפגע לקדמותו, היא הרתעת מעוולים פוטנציאליים.¹⁰⁴ יש גישות שלפיהן זו מטרתם העיקרית של דיני הנזיקין, והשבת המצב לקדמותו היא מטרה משנית בלבד, שניתן להשיגה גם באמצעים אחרים, דוגמת ביטוח.¹⁰⁵ בין שהרתעת מעוולים היא המטרה העיקרית של דיני הנזיקין ובין שהיא אחת ממטרותיהם העיקריות, ברור שכאשר אין צורך להרתיע מעוולים, הטלת האחריות מאבדת הרבה מן הצידוק לה.¹⁰⁶

לצד הצידוק החלש להטלת אחריות יש לזכור את מחירה החברתי של אותה אחריות. כפי שהוזכר, תביעות צרכניות שנטען בהן 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.

103 כפי שהוער לעיל בה"ש 66, זו הנקודה שבה היה בית הלורדים מוכן ללכת כברת דרך לקראת התובעת בעניין *Rees v. Darlington*. בית המשפט היה מוכן לקבוע פיצוי נומינלי בגין הפגיעה, כאשר הוכחה עוולה אחרת – התרשלות שהביאה לתוצאה לא רצויה.

104 STEVEN SHAVELL, ECONOMIC ANALYSIS OF ACCIDENT LAW 298 (1987), ("[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 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 567, 568 (2012) ("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. In part as a result of this jurisprudence, courts too have paid increasing attention to the potential deterrent effects of their tort decisions").

105 ראו SHAVELL, לעיל ה"ש 106: "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".

106 לעמדה אחרת ראו קרקו־אייל, לעיל ה"ש 41, בעמ' 277–279.

נזכיר שוב בהקשר זה שראש הנזק הוא ראש נזק ייחודי למשפט הישראלי.¹⁰⁷ 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 שבהם תותר הגשת תביעה ייצוגית, ובייחוד 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, שווייה של אפשרות בחירה שאיש מן הצרכנים לא ישתמש בה הוא, במשקפיים כלכליים, אפס. על כן גם אם ניתן לומר שבעניין משפטי אחראי העוסק לנזק, הפיצוי צריך לעמוד על אפס. יש לשוב ולהדגיש בהקשר זה שאם קיימת תת-קבוצה של צרכנים ששינתה את בחירתה בעקבות ההטעה, יתבטא הדבר בנתונים. אם קיימת קבוצה כזו (שאינה זניחה), יראו הנתונים שבעקבות גילוי המידע חלה ירידה מובהקת בביקוש למוצר או לשירות. אם כך יהיה, היינו אם ניתן להראות שלבחינה 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 ההטעה. לשון אחר, הצעתנו שוללת את האפשרות להגשת תביעה בגין פגיעה באוטונומיה רק כאשר מתברר שלא ניתן לאתר אף לא קבוצה אחת של צרכנים שעבורה היה ערך למידע. כאשר עסקינן במקרה כה קיצוני, נדמה בעינינו כי עניין של מדיניות משפטית אין לאפשר תביעה בגין מניעת מידע חסר ערך, אף שלא ניתן לשלול את הטעון הטאטולוגי שלפיו לעצם האפשרות להשתמש במידע חסר הערך – היה ערך.

במידה רבה, הצעתנו היא קונקרטיזציה של הכלל שנקבע בפסיקה בעניין **תנובה הראשון**. גם בית המשפט העליון, בקובעו ששלילת אפשרות הבחירה עצמה עשויה להיות נזק בריצוי, סייג את קביעתו וקבע כי לעיתים הפגיעה באוטונומיה היא עניין של מה בכך.¹⁰⁸ שלילת זכות בחירה שלא הביאה לכל שינוי בהתנהגות הצרכנית היא פגיעה שניתן לסווגה 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 בריאותי כלשהו, וכאשר

107 ראו בטקסט הסמוך לה"ש 2 לעיל.

108 כאמור, מן הבחינה הדוקטרינרית ייתכן שכיום לא ניתן להסתמך עוד על עניין **תנובה הראשון** בשל עמדת הרוב בעניין **וליגמן**, לעיל ה"ש 28, אך מן הבחינה המעשית אין לכך חשיבות רבה (ראו ה"ש 78 לעיל).

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.¹⁰⁹

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

בדומה לזה, 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.¹¹⁰ 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 בשל 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

109 עניין **תנובה הראשון**, לעיל ה"ש 38, בפס' 14-15 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

110 ראו עניין **צבי**, לעיל ה"ש 46; ע"א 1303/09 **קדוש נ' בית החולים ביקור חולים**, פ"ד סה(3) 164 (2012), פס' 40, 42, 46, 48 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין; עניין **ברזילי**, לעיל ה"ש 46, בפס' 44 לפסק דינו של השופט מלצר; ת"צ (מחוזי מר') 10270-12-10 **שמול נ' שירותי בריאות כללית**, פס' 67-74 לפסק הדין (נבו 23.12.2018). שלא במפתיע, בחלק גדול מן המקרים הקביעה כי פגיעה באוטונומיה מצויה ב"גרעין הקשה" נוגעת למקרים שבהם הופעל כוח על גופו של אדם. ברם אין הכרח שכך יהיה (ראו לדוגמה עניין **תנובה השני**, לעיל ה"ש 24).

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 – תאורטיים בעיקרם – לא יוכרו כבני 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 שבהם ההטעיה לא נודעה ברבים. במקרים מעין אלה עלול להיווצר קושי מעשי בהוכחת הפגיעה, משום שאי אפשר יהיה לאתר שינוי בהתנהגות הצרכנים. כאשר עסקינן בפרשה הנחשפת בתקשורת (דוגמת תחקיר המגלה שמסעדה שנמכר בה בשר מוכרת במודע או בטעות בשר שאינו כשר), ניתן לערוך ניתוח סטטיסטי הבוחן את התנהגות הצרכנים לפני הפרסום ואחריו. גילוי ההטעיה יוצר "שוק טבעי", שניתן לנצל אותו לבחינת התגובה הצרכנית. ברם כאשר תובע ייצוגי מגלה בעצמו פגיעה באוטונומיה, ודאי כאשר הגילוי מחייב חקירה מקיפה, ייתכן שהציבור הרחב לא ידע כלל על ההטעיה, וממילא לא יגיב לה.

לקושי זה שני פתרונות פשוטים שניתן להעמידם 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 ולהשתמש בו להוכחת התגובה הצרכנית. כך יהיה, לדוגמה, כאשר הטעיה החלה במועד מסוים. במקרה כזה יוכל התובע לבחון מתי החלה ההטעיה ולהראות שהביקוש למוצר או לשירות גדלו סמוך 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, אפשר יהיה לאתר עלייה בביקוש למוצרי סמוך למועד שבו 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 אפשר 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 במשך 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, אפשר יהיה לעמוד על השינוי בהתנהגות הצרכנים – הסטה של הביקוש למוצרי של העוסק שאינו עומד בכללים. אף כאן, גם אם לצרכנים לא נודע מעולם שהעוסק הטעה אותם – היינו שמוצרי למשל הכילו גלוטן – אפשר יהיה לאמוד את תוצאתה של ההטעיה.

אך גם באותם מצבים שבהם אין שום "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) ולאמור את ההשפעה של המידע על ההתנהגות הצרכנית. כאשר ננקט פתרון כזה, אין צורך ב"שוק טבעי". התובע הוא היוצר את ה"שוק" כדי לאמור את השפעתו. אפשרות זו יוצרת שני קשיים מעשיים המחייבים התייחסות.

הקושי המעשי הראשון הוא התחרות 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.¹¹¹ עניין זה יוצר קושי מעשי בהקשרה של הצעתנו. תובע פוטנציאלי עלול לחשוש לפרסם את דבר ההטעיה, שכן מאמציו והעלויות שבהן נשא לצורך הפרסום עלולים להיות מנוצלים בידי אחר שיגיש את בקשת האישור לפניו. בעיה זו, שהיא מקרה פרטי של בעיית הטרמפיסט הכללית,¹¹² עלולה לכאורה להביא לידי אי-הגשת תביעות ייצוגיות שבהן נדרש לפרסם לציבור את דבר ההטעיה.

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 כשנדרש להביא לידיעת הציבור הרחב את דבר ההטעיה כתנאי להגשת תביעה ייצוגית צרכנית בגין פגיעה באוטונומיה, ייחשב לתובע 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.¹¹³ כלל זה אינו מחייב, כמובן, זניחת האפשרות של בית המשפט למנות לתובע ייצוגי מי שלא הגיש ראשון את בקשת האישור אם מצא שלתובע אחר עדיפות בייצוג הקבוצה. ברם בכל הקשור לשאלה מיהו התובע שיש לראות בו את התובע הראשון בזמן, המועד הקובע יהיה מועד פרסום דבר ההטעיה.¹¹⁴

אפשרות שנייה, שהיא בעינינו העדיפה, היא להטיל על התובע חובה לפנות לבית המשפט לפני פרסום דבר ההטעיה בציבור, ולהכריע בשאלה מיהו התובע הראשון בזמן לפי מועד הפנייה המוקדמת לבית המשפט. כפי שנסביר בהמשך, אנו מציעים שכאשר נדרש לפרסם ברבים את דבר הפגיעה באוטונומיה, יחויב התובע לפנות לבית המשפט בבקשה

111 ע"א 3293/17 **רבקה טכנולוגיות בע"מ נ' טלמור**, פס' 5-6 לפס' הדין של השופט הנדל (נבו 12.9.2018). בית המשפט עשוי להעדיף תובע ייצוגי (מבקש) שלא הגיש את הבקשה הראשונה לאישור התביעה כייצוגית כאשר הבקשה הראשונה הוגשה בחופזה וללא עריכת בדיקות מתאימות לביסוסה (ראו ע"א 7626/18 **חורב נ' ורדניקוב** (נבו 25.8.2020)), כאשר הבקשה הראשונה לא נרשמה בפנקס התובענות הייצוגיות (ע"א 5503/11 **דבא נ' דינרי** (נבו 18.1.2012)) וכיוצא באלה. להרחבה בעניין זה ראו ע"א 7413/21 **חפץ נ' Facebook Ireland Limited**, בפס' 7 לפסק הדין (נבו 17.5.2022).

112 להרחבה על בעיית הטרמפיסט (free riding problem) ראו James Andreoni, *Why Free Ride?*: Strategies And Learning In Public Goods Experiments, 37 J. PUB. ECON. 291 (1988).

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

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

למתן הוראות בנוגע לפרסום. חובה זו נועדה להבטיח שהתובע לא יפרסם את דבר הפגיעה באוטונומיה באופן שיגרום לתגובת יתר של הציבור. לעניינה של התחרות בין התובעים ניתן לנצל את חובת הפנייה המוקדמת, שבטעמיה נרחיב בהמשך, כדי להכריע מיהו התובע הראשון בזמן. התובע הראשון שפנה לבית המשפט בבקשה לקבוע כללים בנוגע לפרסום ייחשב לתובע שהגיש ראשון את הבקשה לאישור התביעה כייצוגית.¹¹⁵ מכל מקום, בכל הקשור לתחרות בין תובעים ייצוגיים פוטנציאליים נראה שקיימים פתרונות מעשיים פשוטים שיאפשרו עריכת בדיקות אמפיריות גם כאשר אין "שוק טבעי" מחד, ובלי שיווצר חשש של תובעים פוטנציאליים מכך שאחר ישיג אותם בהגשת בקשת האישור מאידך.

הקושי המעשי השני שעליו יש לתת את הדעת אם מבקשים לאמץ את הפתרון של יצירת "שוק" על ידי התובע הוא השאלה 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 רחב מדי או בולט יתר על מידה, ובכך יביא להערכת יתר של התגובה הצרכנית. משתי האפשרויות, בולטות היתר היא המטרידה. 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, הן כדי להגדיל את ההסתברות שניהול התביעה כייצוגית יאושר והן כדי להגדיל את הפיצוי שישולם לקבוצה, שממנו נגזרים ברגיל הגמול לתובע ושכר הטרחה של באי כוחו.¹¹⁶ זאת ועוד, אם יטעה התובע ויפרסם את דבר ההטעה באופן שאינו בולט מספיק, יוכל תובע אחר לפרסם את דבר ההטעה 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, ולכן אין מניעה שחבר קבוצה אחר יגיש תביעה ייצוגית בשם הקבוצה.¹¹⁷ לכן גם באותם מקרים שבהם הפרסום של התובע יהיה פרסום חסר ניתן להניח שחבר אחר בקבוצה יפרסם את דבר ההטעה באופן בולט יותר. מטעמים אלה החשש שהפרסום יהיה כזה שיביא לתגובת חסר אינו חשש מטריד.

לעומת זאת החשש ההפוך – בולטות יתר של הפרסום – כאמור מטריד יותר. כמוסבר, לתובע אינטרס לגרום שיושג אפקט בר-מדידה, ושהאפקט שיימדד יהיה הגדול ביותר.

115 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 את תביעתו או לתקנה לפי ממצאי הבדיקה האמפירית שתיערך בעקבות הפרסום. אפשרות זו מסורבלת יותר בעינינו, משום שמשמעותה שתביעות ייצוגיות תחייבנה לעיתים תכופות תיקונים בבקשת האישור עצמה ושינויים בה.

116 ראו ע"א 2046/10 עובד המנוח משה שמש נ' דן רייכרט, סה(2) 681, בפס' 16 לפסק דינו של השופט גרוניס (2012); ת"צ (מחוזי ת"א) 44598-12-12 גרינברג נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ, פס' 15–19 לפסק הדין (נבו 20.12.2021) (קביעת "מדרגות" שעל פיהן ייקבעו הגמול ושכר הטרחה כאחוזים משווי הסעד שנפסק לקבוצה).

117 לדין בעניין זה ראו עניין מרקסי, לעיל ה"ש 4, בפס' 22 לפסק דינה של השופטת ברון. ראו גם ע"א 4714/13 דיאב נ' חברת איי דיגיטל סטור בע"מ, בפס' 7 לפסק הדין (נבו 29.9.2013).

התובע (הפוטנציאלי) יכול לבצע שלל מניפולציות שתהפוכנה את התגובה הצרכנית לחריפה 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.¹¹⁸ אפילו את עיתוי הפרסום עלול התובע לבחור כך שהשפעתו על ההתנהגות הצרכנית תהיה דרמטית במיוחד. כך למשל פרסום המידע על ההטעיה סמוך למועד שבו 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.

פתרון פשוט לקושי זה הוא הכפפת הפרסום לאישור מוקדם של בית המשפט. תובע המבקש לנהל תביעה ייצוגית בגין פגיעה באוטונומיה, ונדרש לשם כך לפרסם את דבר ההטעיה ברבים (בהיעדרו של "שוק טבעי"), יחויב לפנות לבית המשפט בפנייה 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 כדי לאפשר לחברי הקבוצה שבשמן מבוקש להתפשר (ושכלפיהם תיצור הפשרה מעשה בית דין) ולאחרים להתנגד להסכם או לפרוש ממנו.¹¹⁹ בית המשפט מפקח כעניין שבשגרה על מאפייני הפרסום – גודל המודעה, גודל הגופן, מועד הפרסום, העיתון שבו יפורסם דבר הפשרה וכיוצא באלה. מנגנון דומה ניתן להפעיל לצורך הפרסום המוקדם בדבר הטעיה צרכנית. מובן שכעניין פרקטי לא צפוי שבכל הליך ייצוגי שבו נדרש התובע ליצור "שוק מלאכותי" יידרש בית המשפט לפרטי הפרטים של הפרסום. כפי שקורה באשר 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 כדי שתימנע "הצמדה" מלאכותית של הפרסום לפרסומים שליליים אחרים הנוגעים לנתבעת (אם היו) וכיוצא באלה. 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.¹²⁰ יתר על כן, את

118 ראו לדוגמה Tamilla Curtis, Anke Arnaud & Blaise P. Waguespack, *Advertising Effect on Consumer Emotions, Judgements, and Purchase Intent*, 7(2) ASIAN J. BUS. RSCH. 57 (2017).

119 ס' 18–19 לחוק תובענות ייצוגיות.

120 מובן גם שבמסגרת החקירות הנגדיות של התובע בשלב האישור אפשר 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 ראו רע"א 7143/21 בורסי נ' קרטיץ, בפס' 35 לפסק דינו של השופט סולברג, פס' 7 לפסק דינו של השופט עמית ופס' 14–15 לפס' דינו של השופט כשר (נבו 4.12.2022).

כללי ברירת המחדל ניתן אף לקבוע בתקנות, ללא מעורבות של בית המשפט (בדומה לכללים הטכניים הנוגעים לכתבי בי דין).¹²¹

פתרון זה של הגשת בקשה לאישור מוקדם של הפרסום מסייע גם בפתרון הקושי הקודם שבו עסקנו – התחרות בין תובעים פוטנציאליים. מועד הפנייה לבית המשפט לקבלת הוראות בדבר הפרסום ייחשב למועד 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.¹²²

ה. סיכום

ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה – ראש נזק ייחודי ישראלי – מאפשר כיום ניהול תביעות ייצוגיות צרכניות וקבלת פיצוי בגין כל חריגה, קלה ככל שתהיה, מן הסטנדרט הקבוע בדין בנוגע לגילוי, 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 צרכן כלשהו. מאפיין זה של ראש הנזק הוביל להצפה של בתי המשפט בתביעות ייצוגיות צרכניות, מה שמטיל עומס על מערכת המשפט ופוגע בעוסקים (ובעקיפין, בצרכנים). תביעות אלה מעלות את יוקר המחיה ללא תועלת חברתית ממשית בצידן. ניסיונות שונים של הפסיקה להגביל את השימוש בעילה תוך כדי 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. על רקע שתי תובנות אלה אנו מציגים ניתוח כלכלי של התנהגות עוולתית המחסירה מידע מצרכנים. בעזרת הניתוח אנו מסבירים שניתן להשיב על השאלה אם למידע יש ערך כלכלי באמצעות בחינת תגובות הצרכנים לחשיפת המידע. אם חשיפת המידע הובילה לירידה

121 ראו תק' 31 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט–2018 (להלן: תקסד"א) והוראת מנהל בתי המשפט בדבר צורת מסמך ומבנהו לפי תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט–2018, י"פ התשפ"ה 8564.

122 הליך ביניים או הליך אחר הטפל להליך העיקרי אך מוקדם לו בזמן אינו זר לפרוצדורה האזרחית. כך קורה לעיתים תכופות ומקדמת דנא בתביעות למתן חשבונות – תחילה מוכיח התובע את זכאותו לקבלת חשבונות מיריבו, ולאחר מכן – ברגיל – תובע סכומים כספיים בהתבסס על החשבונות ועל הדיווחים שקיבל. ראו ע"א 198/73 שרגאי נ' רות, פ"ד כט(1) 159 (1974); רע"א 4822/16 בן שמחון נ' יקיר (נבו 16.8.2016). כך קורה גם בבקשות לאישור תביעה נגזרת בשם חברה, לפי ס' 198 לחוק החברות, התשנ"ט–1999 (על הזיקה בין הליך גילוי המסמכים לבין הבקשה לאישור התביעה הנגזרת ראו ע"א 5891/22 גנוסר נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, בפס' 9–11 לפסק הדין (נבו 18.12.2022)). לעיתים כך קורה גם כשמדובר בסעדים זמניים, כאשר אלה מתבקשים באופן ארעי לפני הגשת התביעה (תק' 95(ג) לתקסד"א). ראו לדוגמה רע"א 3935/23 בן ארצי, נאמן נ' זובידאט (נבו 31.5.2023). במקרים שבהם יודקק התובע לנתונים המצויים בידי הנתבע לצורך עריכת הניתוח האמפירי (לדוגמה נתוני מכירות), אפשר יהיה להפעיל מנגנון דומה למנגנון שבו נעשה שימוש לשם קבלת מסמכים לפני הגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת (ראו עניין גנוסר, שם).

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 ניתוח אמפירי שיראה שחשיפת המידע הובילה לירידה במחיר או בכמות. כאשר דבר החריגה של העוסק מן הסטנדרט נודעה ברבים, ניתן לעשות זאת בשימוש ב"שוק טבעי". כאשר מדובר בחריגה של העוסק מן הסטנדרט שלא נודעה ברבים, אנו מציעים כלים מעשיים – ובראשם פרסום המידע על ידי התובע הייצוגי – לבחינת ההשפעה של חשיפת המידע. אנו מציעים כלים גם 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 שבהם יש ערך חברתי ממשי בתביעות כאלה.