

# להעלות את הרף

הפטור מהנטל להוכיח הסתמכות בדיני הנזיקין הוביל לגל של תובענות ייצוגיות שעניינן פגיעה באוטונומיה עקב הטעיה צרכנית. נראה כי הוויתור על דרישת ההסתמכות בתביעות אלה גורף מדי. המדיניות הראויה היא לאמץ מבחן עזר חדש ולהגביל את אישורן של תובענות ייצוגיות במקרים מסוימים

יובל פרוקצ'יה, אלון קלמנט

להוכיח כי היה בוחר בטיפול אחר אילו סופק לו המידע הדרוש. גישה זו נשמרה גם עם הרחבתה של העילה אל תחום ההטעיה הצרכנית: צרכן לא נדרש להוכיח שהיה נמנע מרכישתו של החלב אילו גילתה תנובה שהוא מכיל סיליקון.

הפטור מן הנטל להוכיח הסתמכות הוביל לגל של תובענות ייצוגיות צרכניות שעניינן פגיעה באוטונומיה. עיון בפנקס התובענות הייצוגיות מלמד כי בחמש השנים האחרונות נטענה פגיעה באוטונומיה בלמעלה מ-70% מן התובענות שהוגשו.

נתון זה אינו מפתיע; לו בייסוס תובעים מייצגים את תביעתם על עילה צרכנית רגילה, היו נדרשים, לאור הלכת ברזני, להוכיח הסתמכות – כלומר היה עליהם להצביע על שיעור הצרכנים שנחשפו להטעיה, ומתוכם על שיעור הצרכנים שעקב כך השתנה מצבם לרעה. ביסוס התביעה על טענת הפגיעה באוטונומיה, לעומת זאת, איפשר לעקוף נטל זה.

התפתחות משמעותית שאירעה בשנים האחרונות בדיני הנזיקין, עניינה ההכרה ב"פגיעה באוטונומיה" כראש נזק עצמאי, בלתי ממוני, במסגרת עוולת הרשלנות. לניזוק נגרם נזק כזה כאשר נשללה ממנו, שלא כדין, זכותו לבצע בחירה אוטונומית. בתחילה הוכר ראש הנזק בנסיבות שבהן בוצע באדם טיפול רפואי ללא הסכמתו מדעת. נקבע כי עצם שלילת כוחו להחליט אם יבוצע בו טיפול כזה מהווה נזק בר-פיצוי, ללא תלות בתוצאות הטיפול. בהמשך הור"חבה הזכות לפיצוי גם לנסיבות שבהן נשלל חופש הבחירה עקב הטעיה צרכנית.

בפרשת תנובה נקבע כי יצרן חלב הנמנע מלגלות כי חלב מתוצרתו מכיל סיליקון שולל בכך שלא כדין את זכותו של הצרכן לבחירה אוטונומית, ובכך גורם לו נזק בר-פיצוי.

דוקטרינת הפגיעה באוטונומיה, מאז הוכרה לראשונה, פטרה את התובע מן הנטל להוכיח **הסתמי** **נות**; תובע שבוצע בו טיפול ללא הסכמה מדעת לא נדרש



ד"ר יובל פרוקצ'יה, המרכז הבינתחומי הרצליה



פרופ' אלון קלמנט, המרכז הבינתחומי הרצליה

**לו ביססו תובעים מייצגים את תביעתם על עילה צרכנית רגילה היה עליהם להוכיח הסתמכות, דהיינו להצביע על שיעור הצרכנים שנחשפו להטעיה, ובהם שיעור הצרכנים שעקב כך השתנה מצבם לרעה**



הייצוגיות המוגשות.

רשימה זו היא חלק מניתוח מקיף ומעמיק יותר של סוגיית ההסתמכות בתביעות הטעיה (בגין נזק ממוני ובלתי ממוני), המופיע במאמר פרי עטנו שהתפרסם לאחרונה בכתב העת "עיוני משפט": "הסתמכות, קשר סיבתי ונזק בתובענות ייצוגיות בגין הטעיה צרכנית" (עיוני משפט לז' (1)).

שני סוגי נזקים בגין פגיעה באוטונומיה

הטעיה צרכנית עשויה להוליד נזק לא-ממוני משני סוגים מובחנים. **הסוג האחד** מקורו בפגיעה הרגשית הלא-ממונית הנובעת מנטילתו של כוח הבחירה. כאשר צרכן

רשימה זו בוחנת את המדיניות הראויה ביחס לתובענות ייצוגיות צרכניות המוגשות בשל פגיעה באוטונומיה. לגישתנו, הוויתור על דרישת ההסתמכות בתביעות אלה הוא גורף מדי. במקרים רבים היעדר הסתמכות משמעו היעדרו של קשר סיבתי בין המעשה העוולתי ובין הנזק. במקרים אלה יש לעמוד על הוכחתה של ההסתמכות. במקרים אחרים עלולה פגיעה באוטונומיה להיגרם באופן סיבתי גם ללא הסתמכות; עם זאת, באותן נסיבות התובענה הייצוגית לא תהיה ברגיל הדרך "היעילה וההוגנת" להכרעה במחלוקת, ולכן ככלל אין לאשרה. בשני היבטים אלה ראוי להגביל את התובענות

**אם צרכנים שהיו רוכשים את החלב גם לו ידעו כי הוא מכיל סיליקון היו חווים את אותן תחושות שליליות גם לו גילתה תנובה את דבר הימצאותו בחלב, אזי ההטעיה אינה הגורם הסיבתי לתחושותיהם**

התובע. ייתכן כי כך אף אירע בפרשת תנובה עצמה: טענת התביעה בפרשה זו נסבה על נזק מן הסוג השני, שהתבטא ברגשות סלידה מצריכתו של הסי-ליקון. למרות זאת נקבע כי הפטור מהוכחת הסתמכות חל גם בגדרה של תביעה זו. פטור זה הוא כאמור גורף מדי: יש לעמוד במקרה זה על הוכחת ההסתמכות, שכן בהיעדר הסתמכות ניתק הקשר הסיבתי בין המעשה העוולתי ובין הנזק.

### תובענות ייצוגיות בגין נזק מהסוג הראשון

מה דינה של תובענה ייצוגית בגין פגיעה באוטונומיה, הנשענת על נזק מן הסוג הראשון בלבד – נזק הנובע מעצם שלילתו של כוח הבחירה? נזק זה כאמור אינו מחייב הסתמכות כתנאי להתגבשותו. עם זאת, גישתנו היא כי כאשר עילת התביעה מבר-ססת על נזק זה בלבד, העניין החברתי בבירורה של המחלוקת בגדרה של תובענה ייצוגית מוטל בספק.

כאשר נגרם נזק מן הסוג הראשון בלבד, ההטעיה בדרך כלל אינה מסבה למציג כל רווח. היעדרו של נזק מן הסוג השני משמעו שהצרכנים לא הסתמכו על מצג השווא: איש מן הצרכנים לא שינה בע-קבותיו את החלטתו לרכוש את המוצר, ולכן ההטעיה לא הובילה לעלייה בביקוש. עולה מכך שבדרך כלל למציג אין

תמריץ להציג מצגים מן הסוג האמור במכוון. ההפך הוא הנכון: הצגתם עלולה להוביל לפגיעה רגשית בצ-רכן (מן הסוג הראשון) ולשחיקת המוניטין של המציג, בלי שהמציג יפיק מכך תועלת כלכלית.

במקרים אלה היקפו של הנזק שנגרם לצרכנים הוא בדרך כלל קטן. זאת מכמה טעמים: ראשית, יש להניח כי עוצמת הפגיעה הנובעת מנטילתו של כוח הבחירה האוטונומי היא פחותה כאשר הצרכן אדיש בין החלופה שנבחרה ובין זו שהוצגה. אם פעולת היצרן הביאה למשל לידי פגיעה בבריאותו של הצר-כן (כלומר, לנזק משמעותי מן הסוג השני), יש להניח כי הפגיעה (מן הסוג הראשון) הנובעת משלילתו של כוח הבחירה תהיה חמורה יותר. אולם כאשר לא נגרם כל נזק מן הסוג השני, ולצרכן אין העדפה לח-

מגלה כי ניטלה ממנו הזכות לבחור אם לצרוך חלב המכיל סיליקון, הוא חש נפגע. פגיעה זו מקורה בעצם שלילתה של אפשרות הבחירה האוטונומית, והיא אינה תלויה ביחסו של הצרכן לסיליקון בחלב. **הסוג האחר** מקורו ביחסו של הנפגע אל הפעולה שנעשתה תוך פגיעה באוטונומיה; צרכן המגלה כי החלב שצרך הכיל סיליקון עלול לחוש תחושות שליליות עקב סלידתו מן הסיליקון. נזק שני זה, קיומו ועוצמתו, תלויים ביחסו של הצרכן לסיליקון. שתי הפגיעות האמורות נגרמות כתוצאה משלילתו של כוח הבחירה. **אולם הפגיעות מובחנות זו מזו: בעוד הראשונה נובעת מעצם נטילתה של הזכות לבחור, השנייה נובעת מטיבה של הבחירה שנבחרה עבורו.**

סוג הנזק הראשון עשוי להתגבש גם ללא הסתמכות של הנפגע. צרכן שהיה רוכש את החלב גם לו ידע כי הוא מכיל סיליקון (ולפיכך לא הסתמך על המידע המטעה) עלול בכל זאת לחוש פגיעה מכך שהטעו אותו. בין שהוא מוטרד מקיומו של הסיליקון בחלב ובין שאינו מוטרד, בין שהיה בוחר לר-כוש את החלב עם הסיליקון ובין שהיה נמנע מכך, הוא עלול לחוש נפגע מכך שהיצרן נטל לעצמו את החירות לקבל את ההכרעה במקומו. סוג הנזק השני, לעומת

זאת, אינו יכול להיגרם בהיעדר הסתמכות. צרכנים שהיו רוכשים את החלב גם לו ידעו כי הוא מכיל סי-ליקון היו חווים את אותן תחושות שליליות גם לו גילתה תנובה את דבר הימצאו בחלב. ההטעיה אפוא אינה הגורם הסיבתי לתחושותיהם.

לנוכח האמור היה אפשר לצפות כי הדין יפטור את הנפגע מן הצורך להוכיח הסתמכות כאשר הנזק הנתבע הוא מן הסוג הראשון, אך יחייבו בהוכחת הסתמכות כאשר הוא מן הסוג השני. אולם הלכה למעשה הדין הנוהג אינו מבחין בבירור בין שני סוגי הנזקים, ופותר את התובע מן החובה להוכיח הסת-מכות בשני המקרים כאחד. כתוצאה מכך, בתביעה בגין נזק מן הסוג השני עשויים נתבעים להימצא חייבים גם כאשר ההטעיה לא גרמה כלל לנזקו של

**מבחן העזר המוצע הוא כי בית המשפט יבדוק אם יש הפרש בין המחיר שנגבה עבור המוצר בעקבות ההטעיה ובין המחיר שהיה נקבע לו הוצג מצג אמת**

לופה שהוצגה על פני זו שנבחרה, יש להניח כי נזקו (מן הסוג הראשון) יהיה קטן יותר.

שנית, הפגיעה הרגשית הנובעת משלילת כוח הבחירה האוטונומי קשורה בטבורה למניע שבבסיס מצג השווא. כאשר מצג השווא הוצג במכוון כדי להעשיר את המציג בדרכי מרמה, הפגיעה הרגשית עקב נטילת כוח הבחירה עלולה להיות משמעותית. אולם כאמור לעיל, בנסיבות שבהן לא נגרם כל נזק מן הסוג השני, אין יסוד להניח כי המצג הוצג במכוון, וזו שהרי המציג לא הרוויח ממנו דבר. היעדר הכוונה כשלעצמו מפחית מעוצמת הפגיעה הרגשית הנובעת משלילת כוח הבחירה.

מובן שהשאלה אם התועלת ההרתעתית גבוהה דיה כדי להצדיק את ניהולה של התובענה הייצוגית נותרת בסופו של יום שאלה אמפירית. עם זאת, ההבחנות שנידונו לעיל תומכות באפשרות שעצם ניהול ההתדיינות יהיה בלתי־רצוי. **יש אפוא מקום**

**שבתי משפט ישקלו לדחות בקשות לאישור תובענה ייצוגית כאשר הנזק היחיד שנגרם עקב ההטעיה הוא נזק מן הסוג הראשון.** בנסיבות אלה התובענה הייצוגית אינה "הדרך היעילה וההוגנת" להכרעה במחלוקת, כנדרש בחוק תובענות ייצוגיות. לחלופין, זהו סוג המקרים שבהם הפגיעה היא

בגדר זוטי דברים ולפיכך אינה מצדיקה את ניהולה של התובענה הייצוגית.

פסק הדין שניתן בבית המשפט העליון בפרשת תנובה מותיר פתח לפרשנות שתאפשר את יישום העיקרון האמור. בפסק הדין דנה השופטת מרים נאור בשאלה מתי תיחשב הפגיעה באוטונומיה עקב הטעיה לזוטי דברים. באותו מקרה קבעה השופטת כי הפגיעה אינה בגדר זוטי דברים, והסבירה מסקנה זו כדלהלן:

"הפרסום המטעה שפרסמה תנובה לאחר הפרסומים שיש בחלב סיליקון יש בו כדי ללמד לכאורה שתנובה עצמה הבינה שישנה התנגדות רחבה בציבור להוספתו של סיליקון לחלב. תנובה לא הייתה נכנסת למסע ההכחשות כשהכחישה את התלונה

בדבר החדרת הסיליקון אלמלא הבינה בעצמה שאין מדובר בעניין של מה בכך".

דהיינו, הממצא העובדתי שעליו התבססה השריפת נאור היה כי תנובה עצמה הבינה כי הצרכנים אינם אדישים להימצאות הסיליקון בחלב, וכי השריפת המידע על ידה הייתה מכוונת. בנסיבות אלה הוביל אי הגילוי לנזק מן הסוג השני, ויש להניח שאף שיעורו של הנזק מן הסוג הראשון היה גבוה. משכך, דינה של טענת זוטי הדברים היה להידחות. אולם מדבריה של השופטת נאור עולה עוד כי לו השימוש בסיליקון לא היה מעורר התנגדות בקרב צרכנים, טענת זוטי הדברים הייתה עשויה להתקבל. הבחנה על בסיס זה תואמת גם את גישתנו.

סיכומו של דבר, בנסיבות בהן הנזק הנטען הוא מן הסוג השני, אין לפטור את התובע מהוכחת הסיבות שכן היעדר הסתמכות פירושו היעדר קשר סיבתי בין ההטעיה ובין הנזק. בנסיבות בהן הנזק הנטען הוא מן הסוג הראשון בלבד, התובענה הייצוגית ככלל אינה הדרך "היעילה וההוגנת" להכרעה במחלוקת. נזק זה יהיה מזערי בדרך כלל, ועל כן העניין החברתי בבירור המחלוקת במסגרת ייצוגית מוגבל למדי. שתי הבחנות אלה במצטבר תומכות אפוא בהגבלתן של תובענות ייצוגיות שעניינן

**במקרים שהתובע אינו יכול להצביע על הפרש בין המחירים, חזקה היא שההטעיה לא השפיעה על הביקוש למוצר, והתובענה לא תאושר כייצוגית**

פגיעה באוטונומיה עקב הטעיה צרכנית. כדי ליישם את ההבחנות שלעיל אנו מציעים מבחן עזר שאפשר לעשות בו שימוש בשלב אישורי של התובענה הייצוגית. בגדרו של מבחן זה יבדוק בית המשפט אם קיים הפרש בין המחיר שנגבה עבור המוצר (בעקבות ההטעיה) ובין המחיר שהיה נקבע לו הוצג מצג אמת. במקרים שבהם התובע אינו יכול להצביע על הפרש בין המחירים, חזקה היא שההטעיה לא השפיעה על הביקוש למוצר, ולכן הנזק הלא־ממוני היחיד שנגרם עקב הפגיעה באוטונומיה הוא נזק מן הסוג הראשון. בנסיבות אלה לא תאושר התובענה כייצוגית אלא אם הוכיח התובע שנגרם גם נזק מן הסוג השני, או שהנזק מן הסוג הראשון שנגרם הוא משמעותי.