



## בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8037/06

לפני: כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופט ס' גובראן  
כבוד השופט ח' מלצר

המערערים והמשיבים שכנגד: 1. שי ברזילי  
2. רחל לוי

נגד

המשיבה והמערערת שכנגד: פרינר (הדס 1987) בע"מ

המתייצב בהליך: היועץ המשפטי לממשלה

המבקשת להצטרף להליך כ-  
"ידידת בית המשפט": לשכת עורכי-הדין בישראל

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי  
נצרת, שניתן בתאריך 27.07.2006 ע"י כב' השופט ה' חטיב  
בתיק ת.א 596/05

בשם המערערים: עו"ד דורון טאובמן; עו"ד אורית אלמוזלינו;  
עו"ד עופר לוי

בשם המשיבה: עו"ד דוד אור-חן

בשם היועץ המשפטי  
לממשלה: עו"ד יעל מימון

בשם לשכת עורכי הדין  
בישראל: עו"ד עמנואל ויזר

### פסק-דין

השופט ח' מלצר:

1. לפנינו ערעור וערעור שכנגד, על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת  
(כב' השופט ה' ח'טיב) ב-בש"א 1528/05 (שהוכתר כהחלטה), בגדרו נדחתה בקשתם  
של המערערים לאישור תביעתם נגד המשיבה כתובענה ייצוגית (המערערים, שהם גם

המשיבים בערעור-שכנגד, ייקראו להלן, לשם הנוחות: המערערים; המשיבה, שהיא גם המערערת בערעור-שכנגד, תיקרא כאן להלן, לשם הנוחות: המשיבה, או פרינר).

הבקשה לאישור התובענה כייצוגית נדחתה חרף קביעתו הלכאורית של בית המשפט קמא הנכבד, כי פרינר הטעתה, לכאורה, את צרכניה, הפרה חובות חקוקות המוטלות עליה והתרשלה כלפי מי שרכש מוצרים מסוימים מתוצרתה, בכך ששיווקה אותם עובר לחג הפסח בשנת תשס"ד, כך שעל אריזתם הוטבע הכיתוב: "כשר לפסח בהשגחת הרבנות האזורית גליל תחתון" – בעוד שהרבנות האזורית התריעה כי קיים לגבי המוצרים "חשש חמץ".

אפרט עתה את הנתונים הנדרשים להכרעה.

רקע

2. פרינר היא חברה העוסקת, מזה שנים רבות, בייצור, עיבוד ושיווק של רכזים ושימורים של פירות וירקות, ביניהם גם: רסק עגבניות ו"קטשופ".

3. ב-כ"ד בחשוון התשס"ד (20.10.2003), הונפקה לפרינר תעודת כשרות, חתומה בידי רבה של המועצה האזורית גליל תחתון, הרב יוסף חיים רוזנבלט (להלן: הרב רוזנבלט), המאשרת כי מפעלה של פרינר, המצוי בתחומי המועצה האזורית עומד תחת פיקוחו, וכי המוצרים, אשר יוצרו בו ופורטו בתעודה הם: "כשרים לפסח, ולכל ימות השנה" (להלן: תעודת הכשרות). תוקפה של תעודת הכשרות האמורה היה לשנה ממועד הוצאתה.

4. בתחילת שנת 2004 ובשל מחסור בחומר גלם מסוים נדרש, עשתה פרינר שימוש ברכז עגבניות שיובא מחו"ל (להלן: רכז העגבניות המיובא), לצורך ייצורם של מוצרים שונים.

בשלב כלשהו, במהלך חודש פברואר שנת 2004, לקראת הפסח, התריע משגיח הכשרות, שהוצב מטעם הרבנות במפעל פרינר, על קיומו של "חשש חמץ" בכל מוצרי פרינר, וזאת נוכח השימוש שנעשה ברכז העגבניות המיובא – בתהליך הייצור של מוצרי החברה. הרב רוזנבלט מסר לפרינר בעקבות זאת כי עליה להציג מסמכים, לצורך קבלת אישור הרבנות האזורית בדבר כשרותם לפסח של המוצרים, שבתהליך הייצור שלהם נעשה שימוש במרכיבים המיובאים, אולם חרף פניות ותזכורות טלפוניות – פרינר לא סיפקה את האישורים הנדרשים.

5. בתאריך 28.3.2004 – שמונה ימים לפני ערב חג הפסח תשס"ד, שנחוג באותה שנה החל מתאריך 5.4.2004 (ערב פסח) ועד לתאריך 12.4.2004 – התקיימה פגישה בין מנכ"ל פריניר לבין הרב רוזנבלט. בסיכומה של אותה פגישה נחתם על ידי השניים מסמך, בכתב-יד, הנושא את הכותרת: "החלטות והסקת מסקנות מיבוא רסק עגבניות ללא אישור כשרות לפסח", שבו נכתבו הדברים הבאים:

א. לאחר התייעצות ודיונים הלכתיים ובהתחשב בהפסד המרובה שהמפעל עלול לספוג הוחלט לאשר בדיעבד את הסחורה המצויה בשווקים ככשרה לפסח.

ב. הוסכם כי מכאן ולהבא מוקנית הסמכות לרב רוזנבלט להורות לעובדי המפעל (באמצעות המשגיח) על הפסקת עבודה במידה ולפי שיקול דעתו יש פגם כשרותי ביצור או בכיתוב שעל האריזה. המשך הייצור יהיה אך ורק באישור הרב.

ג. כל חומר גלם הנכנס למפעל יהיה חייב את אישור המשגיח לפני הגעתו למפעל. בדיעבד, אם החו"ג [חומר הגלם – ח"מ] כבר הגיע למפעל לא ייעשה בו כל שימוש ללא אישור מפורש של המשגיח.

ד. הנהלת המפעל מתחייבת להעביר את המידע אודות סעיפים ב' ו-ג' לצוות המפעל.

ה. מרגע זה (יום א' 28/3/04 שעה 14:00) לא יוצא מהמפעל כל רסק שמוצאו ביבוא וזאת עד לאחר חג הפסח. כל משלוח שיוצא מרגע זה ייבדק ע"י המשגיח לוודא שהכל מיצור מקומי". (ההדגשות בקו במקור – ח"מ).

6. בתאריך 31.3.2004, חמישה ימים לפני ערב חג הפסח תשס"ד, פרסמה הרבנות האזורית (לטענתה עקב אי-עמידת פריניר בסיכום הנ"ל) הודעה חתומה בידי הרב רוזנבלט, שבה נכתב, בין היתר, כך:

"הרינו להודיע לציבור הרחב ולבעלי חנויות המזון כי עקב הפרה חמורה של הוראות הכשרות התברר כי בכל מוצרי "רסק עגבניות" ו"קטשופ" מתוצרת מפעל 'פרי ניר' ד.נ. גליל תחתון יש חשש חמץ, החשש הוא גם באריזות שמצוין עליהם – "כשר לפסח". אין להשתמש במוצרים אלו לפסח ועל בעלי החנויות להורידם מיד מהמדפים ולמוכרם במכירת חמץ" (מ/ש/31 – להלן: הודעת הרבנות; ההדגשות במקור – ח"מ).

הודעת הרבנות הנ"ל התפרסמה גם בתאריך 1.4.2004, באיגרת ששלחה היחידה הארצית לאכיפת חוק איסור הונאה בכשרות שליד הרבנות הראשית לישראל – לרבנים המקומיים, ליושבי-ראש המועצות הדתיות ולמנהלי מחלקות הכשרות, בה נקראו האחרונים לפעול באופן דחוף כדי "להסיר בדחיפות את מוצרי ה"קטשופ" ו"רסק העגבניות" של חברת "פרי ניר" – א.ת. גליל תחתון, המוצגים ככשרים לפסח ולדאוג למוכרם לפני הפסח, לאחר שנמצא כי הם מכילים חשש חמץ" (ההדגשה שלי – ח"מ). הודעה זו נמסרה גם לרשתות השיווק.

7. פרינר הודתה כי היא היתה מודעת לקיומן של ההודעות הללו ולתוכנן (ראו: מש/ג, מש/21, מש/יד). יצוין כי במכתב מתאריך 4.4.2004 (שנשלח יום לפני ערב חג הפסח) דרש מנכ"ל פרינר מהרב רוזנבלט לתקן את ההודעה שנמסרה על-ידו ולהבהיר כי היא איננה מתייחסת למוצרים מסוימים שנמנו במכתבו, אשר יועדו לשוק המוסדי (באריזות של 3 ק"ג) ויוצרו כבר בקיץ 2003.

התביעה והבקשה לאישורה כתובענה ייצוגית וטענות הצדדים בגדרה

8. לאחר הדברים הללו, הגישו המערערים לבית המשפט המחוזי הנכבד בנצרת תביעה נגד פרינר יחד עם בקשה לאישורה כתובענה ייצוגית (להלן גם: בקשת האישור). להגשת התביעה קדמה פניה בכתב של עו"ד עופר לוי (ב"כ המערערים) למשיבה – בבקשה לקבל את התייחסותה לטענות בדבר הטעיה בשיווק מוצריה ערב הפסח, אשר בגדרה אף הודע לפרינר על כוונה לנקוט נגדה בהליכים ייצוגיים באם המענה שינתן על-ידה לא יהיה מספק. כמו-כן עוד קודם להגשת התביעה, הגישו המערערים לממונה על הגנת הצרכן במשרד התמ"ת, תלונה נגד פרינר, בגין הפרשה, מושא התובענה.

9. בתביעה ובבקשה לאישורה כתובענה ייצוגית טענו המערערים כי הם מקפידים על צריכת מוצרי מזון בעלי הכשר של הרבנות הראשית לפסח.

לפי הנטען, המערערת 2 רכשה, בתאריך 4.4.2004, שתי אריזות של רסק עגבניות מתוצרת פרינר, בסכום כולל של 5.60 ש"ח, וזאת בהסתמך על הכיתוב, אשר הופיע על-גבי האריזה: "כשר לפסח בהשגחת הרבנות גליל תחתון". שעות ספורות לפני כניסת החג נודע למערערת 2 כי המצג שהוצג על-גבי האריזה באשר לכשרות לפסח הינו מוטעה ומטעה, והיא מיהרה לרכוש מוצר חלופי בעל הכשר כדין לפסח. בשל כך, נגרמו למערערת 2, לטענתה: נזק ממון, בעקבות רכישתו של מוצר, אשר בשל

אמונתה הדתית נמנעה ממנה האפשרות לעשות בו שימוש, כתוצאה מההטעיה הנטענת וכן נזק לא-ממוני, שהתבטא בעוגמת נפש ובפגיעה באוטונומיה, שהיא חשה עקב כך שהיא "עמדה חסרת אונים מול מצגי המשיבה".

המערער 1 טען כי הוא רכש "לקראת ליל הסדר תשס"ד 2004" רסק עגבניות מתוצרת פרינר, בהסתמך על הכיתוב שהופיע על גבי אריזתו, כאמור לעיל, בעלות כוללת של 11.20 שקלים, וצרך את המוצר במהלך חג הפסח. לטענתו, רק מספר חודשים לאחר החג נודע לו שחרף רצונו לאכול בפסח רק מוצרים בעלי הכשר לפסח כדין – הוא אכל מוצר נטול הכשר לפסח כדין, והדבר הסב לו נזק לא ממוני, שמרכיביו: עוגמת נפש, תחושת גועל ופגיעה באוטונומיה, וזאת נוסף על נזק ממוני שנגרם לו בשל התשלום ששולם עבור המוצר.

10. התביעה והבקשה לאישורה כתובענה ייצוגית הוגשו טרם שנחקק חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות, או החוק) והן נסמכו בעיקרן על עילות מכוח חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן). יחד עם זאת, המערערים התבססו בתביעתם גם על עילות נוספות, וטענו, בין היתר, כי במעשיה הנטענים של פרינר היא: הפרה את החובות המוטלות עליה מכוח הוראות סעיפים 4 ו-5 לחוק איסור הונאה בכשרות, התשמ"ג-1983 (להלן: חוק איסור הונאה בכשרות), ואף התרשלה כלפיהם – ולפיכך קיימות להם גם עילות תביעה אישיות לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש] (וזאת לצד עילות רבות נוספות שפורטו בכתב התביעה – ונדחו בהחלטתו של בית המשפט קמא הנכבד). לחילופין, טענו המערערים, כי פרינר חבה בהשבה של טובת ההנאה שצמחה לה שלא כדין, עקב מעשיה הנטענים – וזאת מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979.

לטענת המערערים, תעודת הכשרות הכללית שבה אחזה פרינר כמועדים הרלבנטיים, ניתנה לה לפני שהיא החלה לעשות במוצריה שימוש ברכז העגבניות המיובא. לכן על מנת לשמר את תעודת הכשרות שניתנה לה – היה על פרינר ליידע את הרבנות ולהציג בפניה אישורי כשרות מתאימים, מיד עם ייבוא רכז העגבניות מחו"ל. פרינר לא עשתה כן, אלא בחרה לשווק את המוצרים שהכילו את רכז העגבניות המיובא, כשהם ארוזים באריזות שעליהן נכתב: "כשר לפסח בהשגחת הרבנות גליל תחתון". לא זו בלבד, אלא שפרינר אף נמנעה מליידע את ציבור הצרכנים כי המצג על גבי האריזות של המוצרים הללו מטעה, וזאת גם לאחר שנודע לה על הודעת הרבנות מתאריך 31.3.2003. בכך, לטענת המערערים, פגעה פרינר, בין היתר, באוטונומיה של

הרצון החופשי של לקוחותיה, בעלי העדפות-צריכה של מוצרים כשרים לפסח כדין, אשר לא היו צורכים מדעת, לקראת הפסח, מוצר שיש בו חשש לחמץ.

11. בבקשה לאישור התובענה כייצוגית נטען כי התובענה הוגשה בשמה של קבוצה בלתי ידועה של כ-800,000 צרכנים, שבגדרה נכללים: "כל אדם ו/או כל אדם בעל העדפות צריכה של מוצרים בעלי הכשר כדין לפסח, שרכש ו/או צרך, לקראת ובמהלך פסח תשס"ד-2004, מוצר ממוצרי המשיבה שהוצג שלא כדין כבעל הכשר לפסח בהשגחת הרבנות ו/או נציגיה". כלל נזקיהם של חברי הקבוצה הנטענת הוערכו על-ידי המערערים בסכום מינימאלי של כ-30,000,000 ש"ח. לצד הסעד של פיצוי כספי בגין הנזקים הממוניים והלא-ממוניים שנגרמו לחברי הקבוצה, התבקש בית המשפט ליתן גם: סעד הצהרתי לפיו פרינר נהגה שלא כדין במעשיה ו/או במחדליה, מושא התובענה, וכן צו שיורה לפרינר להימנע מלסמן בעתיד מוצר כבעל הכשר לפסח מטעם הרבנות באופן שיהא בסימון זה משום הטעיה של הציבור.

12. פרינר טענה, מנגד, כי דין התובענה והבקשה לאישורה כייצוגית – להידחות, בראש ובראשונה, בהיעדר עילת תביעה אישית למבקשים מכוח חוק הגנת הצרכן. בתוך-כך פרינר טענה כי כל מוצרי החברה עזבו את המפעל כשהם כשרים לפסח. כן טענה פרינר כי חששו של משגיח הכשרות במפעל התייחס רק לחלק ממוצרי החברה וכי המקור לחשש האמור היה מוטעה. עוד טענה פרינר כי החשש לחמץ במוצרים שבהם נעשה שימוש ברכז עגבניות מיובא הוסר בפגישה שנערכה בין הרב רוזנבלט לבין מנכ"ל המשיבה, בתאריך 28.3.2004, בגדרה אף הוכרו כל המוצרים ששווקו עד לאותו מועד – ככשרים לפסח. בנוסף, טענה פרינר כי אין יריבות בינה לבין המערערים, שכן הודעת הרבנות, שקראה להסרת המוצרים מהמדפים הופנתה לרשתות השיווק והמרכולים – ולפרינר עצמה לא היתה כל יכולת לשלוט על אכיפתה של הוראה זו.

לצד הטענות הנ"ל – הוסיפה פרינר וטענה כי ההליך הייצוגי איננו הדרך היעילה וההוגנת להכריע בתובענה, בנסיבות המקרה. בהקשר זה נטען, בין היתר, כי עילת ההטעיה דורשת הוכחת הסתמכות פרטנית של הצרכנים על הכיתוב שהופיע על גבי אריזותיהם של המוצרים, וככזו היא מחייבת בחינה אינדיבידואלית, ביחס לכל אחד ואחד מחברי הקבוצה. עוד טענה פרינר כי לשם התגבשותם של הנזקים הנטענים, ולצורך היווצרותה של קבוצת צרכנים ממשית שבשמה ראוי, בנסיבות העניין, לנהל את התובענה כייצוגית – יש להוכיח גם מודעות של כל אחד מחברי הקבוצה להודעת הרבנות (ולהטעיה הנטענת) טרם הגשת התובענה. ביסוד טענה זו עומדת גישה שלפיה בהיעדר מודעות להודעה בדבר קיומו של חשש חמץ במוצרים – לא נגרם לצרכנים נזק

כלשהו. בתוך כך, פרינר טענה כי קיימת שונות רבה בין חברי הקבוצה הנטענת: הן בנסיבות הצריכה של המוצרים, הן בעילות התביעה, והן בנזקים הנטענים, אשר נעוצים בהעדפותיו הדתיות האישיות של כל אחד מחברי הקבוצה ובתחושות סובייקטיביות שונות. כפועל יוצא מכך קיימת גם שונות רבה בין חברי הקבוצה ביחס לסעד שעשוי להיפסק לכל אחד מהם, ככל שהתובענה תתקבל. חוסר ההומוגניות של הקבוצה – יש בו, לטענת פרינר, כדי לשלול את האפשרות שהתובענה הייצוגית תהיה הדרך היעילה וההוגנת להכריע בתובענה וכי השאלות המשותפות תוכרענה בה לטובת הקבוצה, ככל שזו קיימת. בהקשר זה, הציגה פרינר גם דוגמאות של פסיקות הלכתיות שונות, אשר על פי טענתה, מראות כי עצם קיומו של "חשש חמץ" במוצר מזון (כלשון ההודעה שפרסמה הרבנות) – איננו מחייב בהכרח את המסקנה כי המוצר אסור לאכילה בפסח. בכל מקרה, לטענת המשיבה, הדינים ההלכתיים השונים החלים על אוכלוסיות שונות בקרב בני הדת היהודית מקשים אף הם על הגדרת הקבוצה ועל ההכרה בתובענה כייצוגית.

נוסף על האמור לעיל, פרינר טענה, כי שיקולים של "מאזן נוחות" מצדיקים, אף הם, את דחיית הבקשה לאישור התובענה כייצוגית, מאחר שהנזק הצפוי מניהולה ככזו איננו מידתי, ביחס לתועלת הצפויה ממנה. בהקשר זה הוסיפה פרינר וטענה כי המטרות הציבוריות שהתובענה הייצוגית נועדה להשיג – הוגשמו באמצעות הליך פלילי שנפתח נגדה ונגד מנהלה דאז, בגין הפרשה, מושא התובענה, באישומים של הפרת הוראות חוק הגנת הצרכן בנסיבות מחמירות (המדובר ב-ת"פ 3067/05 משרד המסחר והתעשייה חיפה נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ, שהתנהל בבית משפט השלום בטבריה; ההליך הסתיים, בינתיים, בזיכויים של פרינר ומנהלה דאז).

עוד טענה פרינר, כי המערערים ביקשו לעשות שימוש חסר תום לב בהליך הייצוגי, שלא למטרות אשר לשמן הוא נועד, וכי ב"כ המערערים, עו"ד עופר לוי – הוא שיזם את התביעה ו"גייס" את המערערים במיוחד לצורך הגשת הבקשה.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

13. בית המשפט המחוזי הנכבד בחן את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית בהתאם להוראותיו של חוק תובענות ייצוגיות. זאת לאחר שניתנה לצדדים אפשרות להשלים את טיעוניהם נוכח כניסתו של חוק תובענות ייצוגיות לתוקף והוראת-המעבר שנקבעה בסעיף 45(ב) בו, אשר החילה את הוראותיו גם על תביעות ייצוגיות שהיו תלויות ועומדות לפני בית משפט ביום פרסומו של החוק.

14. בפסק דינו (שהוכתר, כאמור, כהחלטה) קבע בית המשפט קמא הנכבד כי: "למבקשים [המערערים כאן – ח"מ] קיימות, לכאורה, עילות תביעה נגד המשיבה בגין: הטעיה, הפרת חובה חקוקה ורשלנות", וכי הם נמנים על אלו, אשר רשאים להגיש בקשה לאישור תביעתם כייצוגית, שכן מדובר ב"תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לעניין שבינו לבין לקוח", כאמור בפרט 1 לתוספת השנייה של חוק תובענות ייצוגיות (ראו: סעיפים 3(א) ו-4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות וכן הגדרת "עוסק" בחוק הגנת הצרכן).

בתוך-כך, דחה בית המשפט קמא הנכבד את טענתה של פריניר לפיה המוצרים, מושא התובענה, נמכרו בהיותם כשרים לפסח, בקובעו כי מה שמכריע לצורך עילת התביעה, בנסיבות העניין, הינו הודעת הרבנות – ולא כל נתון אחר, לרבות פסיקה הלכתית, כזו או אחרת. כן נקבע כי קיימות ראיות לכאורה לכך שפריניר ידעה כי עליה לקבל את אישור הרבנות באשר לכשרותו לפסח של רכז העגבניות המיובא, אך נמנעה מלפעול כאמור, ואף הציגה את המוצרים שבהם נעשה שימוש ברכז המיובא ככשרים לפסח בהשגחת הרבנות גליל תחתון – דבר שיש בו לכאורה משום הטעיה של ציבור הצרכנים. עוד קבע בית המשפט קמא הנכבד כי: "המשיבה לא הביאה כל ראיה לכך שהיא עשתה דבר כלשהו, לאחר שהודיעה הרבנות על 'חשש חמץ', כדי למנוע את הטעיית הצרכן".

על-יסוד ממצאיו אלה, קבע בית המשפט קמא הנכבד כי בהתנהלותה האמורה, פריניר: הטעתה, לכאורה, את צרכניה במשמעות המונח "הטעיה" בחוק הגנת הצרכן; הפרה, לכאורה, את האמור בצו הגנת הצרכן (סימון ואריזה של מוצרי מזון), התשנ"ט-1999 בנוסחו, כפי שהיה בתוקף במועד הגשת התובענה (יחד עם הוראת סעיף 3.3 ל-תקן ישראלי 1145), אשר נחקק מכוח פרק ד' של חוק הגנת הצרכן; הפרה, לכאורה, את החובות המוטלות עליה בסעיפים 4(ב) ו-5 לחוק איסור הונאה בכשרות; והתרשלה לכאורה כלפי צרכניה, במובן סעיף 35 לפקודת הנזיקין (יוער כי ההכרה בעילות "שמחוץ" לחוק הגנת הצרכן כעילות שעל-פיהם ניתן להגיש תובענה ייצוגית נעשתה בהתאם להוראת פרט 1 לתוספת השנייה של החוק).

יחד עם זאת, בית המשפט קמא הנכבד דחה את טענותיהם של המערערים בדבר התקיימותן, בנסיבות העניין, של עילות נוספות, ובהן: ניצול מצוקת הצרכן על פי סעיף 3 לחוק הגנת הצרכן, הפרת חובות תום הלב מכוח הוראות חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, הפרת הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, עילות מכוח חוק



המכר, התשכ"ח-1968, והעילה (החלופית) מכוח סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1976.

בית המשפט קמא הנכבד הוסיף וקבע כי הנזקים הלכאוריים שנגרמו למערערים על פי טענתם: נזק ממוני לשניהם, ו-נזק בלתי-ממוני בגין פגיעה באוטונומיה ועגמת נפש למערער 1 – הוכח לכאורה, כפי שנדרש על פי הוראות סעיף 4(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות. כן קבע בית המשפט קמא הנכבד כי מתקיים קשר סיבתי בין ההטעיה, לכאורה, מצדה של פרינר, לבין הנזקים שהוכחו לכאורה, שכן המערערים הסתמכו על המצג שהציגה פרינר, על-גבי אריזת המוצר שרכש כל אחד מהם, לפיו המוצר היה: "כשר לפסח בהשגחת הרבנות".

15. על אף כל האמור לעיל, בית המשפט קמא הנכבד הגיע למסקנה כי תביעתם של המערערים איננה ראויה להתברר כתובענה ייצוגית, ודחה את הבקשה לאישורה ככזו, ממספר טעמים שיפורטו להלן:

(א) העדר תום לב מצד בא-כוחם של המבקשים – בית המשפט קמא הנכבד התרשם כי התביעה והבקשה לאישורה כייצוגית הוגשו ביוזמתו של עו"ד לוי, מתוך מניעים אישיים ושיקולים של קבלת שכר טרחת עורך דין, וזאת אגב הגזמה בתיאור הנזקים שנגרמו למערער 2, שהינה קרובת משפחתו. אליבא דבית המשפט קמא הנכבד, נוצר חשש שהבקשה לאישור התובענה כייצוגית לא הוגשה למטרה שלשמה נועד ההליך – אלא על מנת להעשיר את עו"ד לוי, שהיה, לגישת בית המשפט המחוזי הנכבד: "הוגה הרעיון והכוח המניע מאחורי הגשת התביעה".

(ב) תובענה ייצוגית איננה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין. תנאי זה, שהתקיימותו הכרחית לאישור תובענה כייצוגית, על פי סעיף 8(2) לחוק, איננו מתקיים כאן, לדעת בית המשפט קמא הנכבד, ממספר סיבות:

(1) סעיף 10(א) לחוק קובע כי: "לא יכלול בקבוצה אדם שעילת תביעתו נוצרה לאחר המועד שבו אושרה התביעה הייצוגית". בית המשפט קמא הנכבד קיבל את טענת המשיבה, שלפיה רוב הצרכנים יהפכו מודעים, אם בכלל, להטעיה הנטענת, רק לאחר שיתפרסם דבר אישורה של התובענה הייצוגית (יוער כי מאחר שהתובענה הוגשה טרם חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות – לא פורסם דבר הגשתה בפנקס התובענות הייצוגיות, כנדרש ביחס לתובענות ולבקשות אישור המוגשות כיום). בתוך-כך, גם

הנזק הלא-ממוני הנטען ייגרם להם, לכאורה, רק באותו מועד. מכאן נובע כי עילתם של רוב הצרכנים תיווצר לאחר המועד שבו תאושר התובענה הייצוגית, ובהתאם להוראת סעיף 10(א) לחוק – הם כלל לא אמורים להיכלל בקבוצה המיוצגת. בהקשר זה הוסיף בית המשפט קמא הנכבד וציין בהחלטתו כי המערערים לא הצליחו לנקוב ולו בשמו של אדם אחד, זולתם, אשר רכש את המוצרים, מושא התובענה, וגילה על אודות קיומו של "חשש חמץ" בהם.

(2) ניהול התביעה כייצוגית איננו יעיל מאחר וגם אם תתקבל התביעה, יצטרך כל חבר בקבוצה, שגודלה כלל איננו ברור, להוכיח, באופן פרטני, את נזקו ואת גובה הפיצוי שהוא זכאי לו. זאת מאחר שהנזקים הנטענים הם אינדיבידואליים ומשתנים לפי מידת הקפדתו של כל אחד מחברי הקבוצה על חוקי הכשרות לפסח, בהתאם לכמות המוצרים שרכש, או צרך, ובהתחשב בשאלה האם הוא קנה מוצר חלופי אחר, וכיוצא באלה משתנים.

(3) ספק רב אם יהיו אנשים רבים, אשר יבואו בסופו של יום להוכיח את נזקם, או לקבל את הפיצוי (שלדעת בית המשפט יהיה קטן), אם תתקבל התביעה.

(4) "מאזן הנוחות" נוטה בבירור לטובת פרינר, שכן הנזק לפרינר ולמוניטיין שלה, הטמון באישור התביעה כייצוגית – עולה בהרבה על היתרונות שניתן להפיק מניהולה של התובענה בדרך זו.

(ג) ההליך הפלילי שהוגש כנגד פרינר השיג את ההיבט הציבורי של התובענה הייצוגית ככל שהוא מתמקד באינטרס ההגנה על ציבור הצרכנים.

16. בשולי החלטתו ציין בית המשפט קמא הנכבד כי הוא לא ראה, בנסיבות העניין, מקום להפעיל את סמכותו בהתאם להוראות חוק תובענות ייצוגיות, המאפשרות לאשר את התובענה בשינויים (לפי סעיף 13 לחוק), או לאשרה בשים לב לכך שבסופו של הליך (אם תתקבל התובענה) – ניתן יהיה להתגבר על הקושי באיתורם של חברי הקבוצה ובמתן פיצוי כספי לכל אחד מהם על פי נזקו, באמצעות מתן סעדים אחרים לטובת הקבוצה כולה, או חלקה, או לטובת הציבור, כפי שמורה סעיף 20(ג) לחוק.

17. בערעור של פנינו נסמכים המערערים על קביעותיו העובדתיות והמשפטיות של בית המשפט קמא הנכבד באשר להתקיימותן, לכאורה, של עילות תביעה נגד פרינר בנסיבות העניין. ערעורם מופנה, מטבע הדברים, כנגד ההחלטה לדחות את בקשתם לאישור התובענה כייצוגית, על נימוקיה.

פרינר, מצדה, בבקשתה לדחות את הערעור האמור, סומכת את ידיה על קביעותיו של בית המשפט קמא הנכבד בדבר אי-התקיימותם של התנאים המצטברים הקבועים בחוק, הנדרשים לשם אישור התובענה כייצוגית, ועל הנימוקים שעמדו בבסיס החלטתו.

הנה כי כן שני הצדדים חוזרים, במסגרת ערעור זה, בעיקרו של דבר, על הטענות שהעלו בפני בית המשפט קמא הנכבד.

18. בגדרי הערעור-שכנגד פרינר משיגה גם על קביעתו של בית המשפט קמא הנכבד, שלפיה הודעת הרבנות בדבר קיומו של "חשש חמץ" היא המחייבת לעניין כשרותם של המוצרים לפסח. לשיטתה, מאחר שהמושגים: "כשר לפסח" ו"חשש חמץ" הם מושגים הלכתיים-דתיים, יש לפנות למקורות המשפט העברי לשם פירושם. בהתאם, מביאה פרינר דוגמאות לפסיקה הלכתית, שבמסגרתה נקבע כי מותר לאכול בפסח מאכל, אשר קיים לגביו "חשש חמץ", וכן דוגמאות מן הפסיקה ההלכתית המכשירות לפסח – מיעוט של מלח, או של חומצת לימון במוצר (שהם המרכיבים שהיו, לכאורה, בעייתיים כאן), בהתאם לנסיבות.

טוענים נוספים

19. היועץ המשפטי לממשלה, התייצב אף הוא בהליך זה, מכוח סמכותו בהתאם לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], ביקש לחוות את דעתו בסוגיות המשפטיות העומדות על הפרק – וכך עשה.

לשכת עורכי הדין ביקשה גם היא להצטרף להליך זה כ"ידיד בית המשפט", והביעה את עמדתה ביחס לשניים מבין הנימוקים שהובילו לדחיית הבקשה לאישור התובענה כייצוגית בהחלטתו של בית המשפט המחוזי הנכבד (הנימוקים שהוזכרו בפסקאות 15(א) ו-15(ב)(1) שלעיל).

שני הגורמים הנ"ל צידדו בעמדתם של המערערים בסוגיות שלגביהן הביעו את דעתם.

היועץ המשפטי לממשלה גרס כי אין לדחות בקשה לאישורה של תביעה ייצוגיות בשל קיומו של מניע כספי העומד מאחורי התובע ואף מאחורי בא כוחו, שכן הדבר איננו פסול. עוד טען היועץ המשפטי לממשלה כי לא היה מקום לדחות את הבקשה מהנימוקים הקשורים בהוראת סעיף 10(א) לחוק. לטעמו, הסוגיות הקשורות לגודל הקבוצה (משהוכח קיומה של קבוצה כזו) ולזהות החברים בה צריכות, ככלל, להתברר בשלב ניהול התביעה ולא בשלב הדיון בבקשה לאישורה כייצוגית. בתוך-כך, גורס היועץ המשפטי לממשלה כי לא היה מקום לדחות את הבקשה מחמת "חוסר ההומוגניות" הנטען כאן בין חברי הקבוצה. עוד נטען על ידי היועץ המשפטי לממשלה כי לא היה מקום לעשות בשלב הנוכחי שימוש בשיקול של "מאזן הנוחות" ואף לא היה מקום לדחות את הבקשה לאישור התובענה הייצוגית משיקולים הקשורים לקיומו של הליך פלילי מקביל. כך או כך, מטעים היועץ המשפטי לממשלה, ניתן היה לפתור חלק ניכר מהקשיים שהתעוררו באמצעות אישור התביעה בשינויים – והיה על בית המשפט המחוזי הנכבד לבכר אפשרות זו על פני דחיית הבקשה.

לטענת לשכת עורכי הדין – חוק תובענות ייצוגיות ריכך את דרישת תום הלב שנדרשה בעבר בהליכים מעין אלו, ודרישה זו, אין בה כדי למנוע את הגשתן של תובענות ייצוגיות, כשם שהיא איננה מונעת, ככלל, הגשתן של תביעות "פרטיות". עוד נטען כי המחוקק הכיר בתפקידו המרכזי של ב"כ התובע המייצג בהליך הייצוגי, ואף העניק בידי בית המשפט כלי שנועד לתמרץ את עורכי הדין ליטול לידיהם את התפקיד האמור, והוא: מנגנון פסיקת שכר הטרחה, המעוגן בחוק. בדרך זו, גורסת עוד הלשכה, יש גם כדי לרפא פגמים שנפלו (ככל שנפלו) בהתנהלותו של עורך הדין המייצג, מול התובע המייצג. עוד טוענת לשכת עורכי הדין כי לעניין הוראת סעיף 10(א) לחוק – אין מקום להבחין בין מי שנודע לו על אודות מעשה ההטעיה הצרכני טרם הגשתה של התובענה הייצוגית לבין מי שנודע לו על כך רק בעקבות אישור התובענה הייצוגית.

20. עתה, לאחר שהוצגו העובדות וההתפתחויות במכלול – אעבור לליבון הדברים.

21. אקדים תוצאה להנמקה. לאחר שמיעת טיעוני הצדדים ועיון בחומר הרב שהונח בפנינו, הגעתי למסקנה כי יש לדחות את הערעור-שכנגד של פרינר ולקבל ברובו את ערעורם של המערערים, וכך אציע לחברי שנעשה. אפרט להלן את הנימוקים למסקנתי זו.

דחיית הערעור שכנגד

22. כידוע, הדיון בבקשה לאישור תובענה כייצוגית הוא שלב ביניים מקדמי לדיון בתובענה גופה (ראו, למשל, דברי חברי, המשנה-לנשיא (בדימ') א' ריבלין ב-רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי (5.7.2012) (להלן: עניין הפניקס)). בגדרי הליך מקדמי זה, די בכך שבית המשפט ישתכנע, במידת הסבירות הראויה, כי המבקש ממלא, לכאורה, אחר דרישות סעיפי החוק הנוגעים לאישור התובענה הייצוגית (ראו: ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ ואח' נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ ואח', פ"ד נא(2) 312, 329 (1997) (להלן: עניין מגן וקשת)).

מי שמבקש לאשר את תביעתו כייצוגית נדרש, איפוא, בשלב ראשון, להוכיח את עילת התביעה הנטענת באופן לכאורי בלבד (ראו: רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276, בפסקה 11 (2001) (להלן: עניין רייכרט); רע"א 6567/97 בזק – החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' עיזבון המנוח אליהו גת ז"ל, פ"ד נב(2) 713 (1998), בפסקה 5). כפועל יוצא מכך, בית המשפט הדן בבקשת האישור – איננו מחויב, בעיקרון, להכריע במכלול הטענות שהובאו בפניו, וגם קביעותיו באשר להתקיימותן של עילות התביעה ובנוגע לאפשרות שהשאלות המהותיות המשותפות תוכרענה לטובת הקבוצה הן, ככלל, קביעות בעלות אופי לכאורי בלבד. ודוק: קביעות מהסוג האמור אינן בגדר "סוף פסוק", ולבעל הדין שנפגע מהן (הנתבע) שמורה, בדרך כלל, הזכות להשיג עליהן בהמשך ההליך, או בגדרי ערעור על פסק-הדין בתובענה הייצוגית עצמה (ראו והשוו: החלטת חברי, השופט (כתוארו אז) א' גרוניס, ב-רע"א 8761/09 סלקום ישראל בע"מ נ' פתאל (6.5.2010) וכן עמדתי בענין הפניקס). מכאן שמסגרת הביקורת והתערבותה של ערכאת הערעור בהחלטות מסוג זה, טרם שהתבררה התובענה לגופה – תהא, ככלל, מצומצמת. יחד עם זאת, התערבות מהסוג האמור עשויה להיות מוצדקת במקרים מסוימים, כגון: כאשר הדבר נדרש לשם ניהולה היעיל של התובענה הייצוגית בהמשכו של ההליך, או כאשר הבקשה לאישור התובענה כייצוגית נדחתה בערכאה הדיונית.

23. בשנים לב לאמור לעיל, דעתי היא כי אין מקום להתערב, בשלב זה, בעיקר קביעותיו של בית המשפט קמא הנכבד לחובתה של פרינר, אשר, ככלל, מקובלות עלי, זאת בכפוף למספר סייגים, שעליהם אעמוד מיד בסמוך.

עילת תביעה אישית

24. התנאים לאישור תובענה כייצוגית קבועים בסעיף 4 ובסעיף 8 לחוק, כאשר סעיף 3(א) לחוק קובע את סוגי התביעות והעניינים שבהם ניתן להגיש תובענה ייצוגית. מצירופן של הוראות החוק עולה כי לצורך אישורה, כתובענה ייצוגית, של תביעה מהסוג המפורט בתוספת השניה לחוק (וכזו היא התובענה, מושא הערעור שלפנינו, בהיותה: "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח...") – ראו: פרט 1 לתוספת השניה לחוק), אשר הוגשה על ידי אדם (להבדיל מ"רשות ציבורית", או "ארגון" כהגדרתם בחוק), כאשר אחד מיסודות העילה הוא נזק – על המבקש להראות ביחס לעילת התביעה, את התקיימותם של היסודות הבאים:

(א) יש לו עילה בתביעה, המעוררת שאלות מהותיות של עובדה, או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם (סעיף 4(א)(1) לחוק), ויש אפשרות סבירה שאותן שאלות תוכרענה בתובענה לטובת הקבוצה (סעיף 8(א)(1) לחוק; עיינו: עניין הפניקס).

(ב) לכאורה נגרם לו נזק (סעיף 4(ב)(1) לחוק).

מקובלת עלי קביעתו של בית המשפט המחוזי הנכבד שלפיה המערערים הוכיחו, במידת הסבירות הראויה לשלב זה, את התקיימותם של שני היסודות הנ"ל, קרי: הם הראו שקיימות להם, לכאורה, עילות תביעה, אשר ראויות להתברר בתובענה ייצוגית כנגד פרינר, בגין התנהלותה בפרשה, מושא התובענה – ובראשן: עילת ההטעה לפי סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן (בנוסחו לפני תיקון תשס"ו), והעילה של הפרת חובת הגילוי, לפי סעיף 4(א) לחוק האמור, וזאת בזיקה להוראות הקבועות בחוק איסור הונאה בכשרות ולתקנות איסור הונאה בכשרות (תעודות הכשר), התשמ"ט-1988 (להלן: תקנות איסור הונאה בכשרות), שהותקנו מכוחו, והם אף הראו כי נגרמו להם, לכאורה, נזקים בני-תביעה כתוצאה מהתנהלותה האמורה של פרינר.

אבהיר ואחדד את הדברים להלן.

25. אפתח בסקירתן של הוראות החיקוקים הרלבנטיים לענייננו:

(א) סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן, בנוסחו לפני תיקון תשס"ו, הורה כדלקמן:

"2. איסור הטעייה

(א) לא יעשה עוסק דבר – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה, או בכל דרך אחרת – העלול להטעות צרכן בכל עניין מהותי בעסקה (להלן – הטעייה); בלי לגרוע מכלליות האמור יראו עניינים אלה כמהותיים בעסקה:

(1) הטיב, המהות, הכמות והסוג של נכס או שירות;

(2)-(3) ...

(4) השימוש שניתן לעשות בנכס או בשירות, התועלת שניתן להפיק מהם והסיכונים הכרוכים בהם;

(5)-(9) ...

(10) החסות, העידוד או ההרשאה שניתנו לייצור הנכס או למכירתו או למתן השירות;

(11) התאמתו של הנכס או השירות לתקן, למפרט או לדגם;

(12)-(20) ..."

(ההדגשות לעיל ולהלן שלי – ח"מ).

(ב) סעיף 4(א) לחוק הגנת הצרכן, שכותרתו: "חובת גילוי לצרכן" קובע כי:

"עוסק חייב לגלות לצרכן –

(1) כל פגם או איכות נחותה או תכונה אחרת הידועים לו, המפחיתים באופן משמעותי מערכו של הנכס;

(2) כל תכונה בנכס המחייבת החזקה או שימוש בדרך מיוחדת כדי למנוע פגיעה למשתמש בו או לאחד אחר או לנכס תוך שימוש רגיל או טיפול רגיל;

(3) ..."

(ג) סעיף 4(א) לחוק איסור הונאה בכשרות מורה כדלקמן:

"יצרן של מצרך [המוגדר בסעיף 1 לחוק האמור כך: "מאכלים ומשקאות, ולעניין אטליז – בשר ומוצרי בשר" – ח"מ] לא יציין על מצרך שייצר, או על אריזתו כי הוא כשר ולא יציגו ככשר בפרסום או בדרך אחרת, אלא אם כן ניתנה לו תעודת הכשר;

(ב) ..."

(ד) סעיף 5(ב) לתקנות איסור הונאה בכשרות משלים את ההוראה הנ"ל וקובע כי:

"לא יציין אדם מוצר ככשר בכל דרך שהיא אלא אם כן ליצרנו ניתנה תעודת הכשר לפי

תקנות אלה". לענייננו רלבנטיות התקנות הבאות (ההדגשות שלי – ח"מ):

1. בקשה לתעודת הכשר  
(א) בקשה לתעודת הכשר עבור בית אוכל או יצרן תהיה לפי טופס 1 שבתוספת, ויצוינו בה חומרי הגלם, שמות הספקים ותעודות ההכשר הקיימות.

2. שמירת הכשרות  
מי שקיבל תעודת הכשר ישמור בכל עת על תנאי הכשרות שהיו במפעלו ביום מתן התעודה.

4. תעודת הכשר למוצר יבוא  
(א) בקשה לתעודת הכשר (להלן – הבקשה), עבור מצרך, או חומר גלם מיובא, תוגש למועצת הרבנות הראשית; ...  
(ב) לבקשה תצורף דוגמה מכל סוג מצרך או חומר גלם.  
(ג) ...

7. חובת הודעה  
בעל תעודת הכשר יודיע לנותן תעודת ההכשר על כל שינוי שחל במקום בו נמצא בית האוכל או הייצור, או בפרטים הנקובים בטופס 1 שבתוספת, לפי הענין.

הפרת הוראות חוק איסור הונאה בכשרות והתקנות שהותקנו מכוחו

26. מצירופן של הוראות החיקוקים הנ"ל עולה כי על מנת לקבל תעודת הכשר עבור רכז העגבניות המיובא, שבו עשתה פריניר שימוש כחומר גלם בייצור מוצרים שונים במפעלה בתחילת שנת 2004 – היה עליה להגיש בקשה מתאימה למועצת הרבנות הראשית ולצרף אליה דוגמה של חומר הגלם. אין חולק כי פריניר לא עשתה זאת. יתרה מכך – השימוש ברכז העגבניות המיובא כחומר גלם בייצור מוצרי החברה, מהווה, לכאורה: "שינוי שחל במקום בו נמצא... הייצור, או בפרטים הנקובים בטופס 1 שבתוספת" לתקנות איסור הונאה בכשרות, שעל יסודם ניתנה לפריניר תעודת כשרות המאשרת כי מוצריה: "כשרים לפסח ולכל ימות השנה". משכך היה על פריניר להודיע לנותן תעודת ההכשר, הרב רוזנבלט, על השימוש שנעשה ברכז העגבניות המיובא, בתהליך ייצורם של מוצרי החברה, עובר לשימוש בו. אין חולק כי פריניר הפרה גם חובה זו. במצב הדברים המתואר, ממילא אין לומר כי ניתן על ידי הרבנות האזורית הכשר לפסח כדין – לרכז העגבניות המיובא, שבו עשתה פריניר שימוש בתחילת שנת 2004.



27. מהאמור לעיל נובע כי המוצרים שבתהליך הייצור שלהם עשתה פריניר שימוש ברכז העגבניות המיובא, בתחילת שנת 2004 (להלן: המוצרים מושא התובענה) לא היו לכאורה ראויים לשאת על-גבי אריזתם את הכיתוב: "כשר לפסח בהשגחת הרבנות האזורית גליל תחתון", וכי הצגתם ושיווקם לצרכנים בתור שכאלה עולה, לכאורה, כדי "הטעיה" במשמעות שחוק הגנת הצרכן מעניק למושג זה.

את המסקנות המשפטיות האמורות אפרט בהרחבה נוספת להלן.

28. ב-רע"א 2837/98 ארד נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נד(1) 600 (2000) הוגדר המונח "הטעיה" לצרכי חוק הגנת הצרכן, כך:

"הטעיה היא הצהרה כוזבת. ההטעיה נוצרת כאשר קיים פער בין הדברים הנאמרים (או המוסתרים) לבין המציאות. הטעיה יכולה ללבוש שתי צורות: האחת, הטעיה במעשה על דרך של מצג שווא הכולל פרטים שאינם תואמים את המציאות; השנייה, הטעיה במחדל, קרי: אי גילוי פרטים מקום שיש חובה לגלותם".  
(שם, בעמ' 608-609).

לנוכח הדברים הללו, מקובל לגרוס כי הצורה האחת של ה"הטעיה" (במעשה) – "מטופלת" באמצעות סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן. ואילו צורתה האחרת של ה"הטעיה" (במחדל של אי-גילוי) – "מטופלת" באמצעות סעיף 4 לחוק הגנת הצרכן (לדעה שונה, שלפיה ההטעיה, במשמעות סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן מקבלת משמעות רחבה ויכולה להיעשות הן במעשה והן במחדל, ואילו הפרת חובת הגילוי לפי סעיף 4 לחוק האמור מקימה עילת תביעה נפרדת, המתוחמת לפרטים המנויים באותו סעיף – עיינו: סיני דויטש, דיני הגנת הצרכן, כרך ב', 433-452 (2012) (להלן: דויטש, דיני הגנת הצרכן)). מכל מקום, שתי צורות ה"הטעיה" אלה התקיימו, לכאורה, בפרשה, מושא הערעור דנא.

29. באשר להטעיה במעשה (לפי סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן): לגבי דידם של צרכנים שומרי כשרות לפסח (להלן גם: חברי הקבוצה שבשמה הוגשה התובענה) – נושא כשרותם לפסח של מוצרי מזון הוא בוודאי "עניין מהותי" ברכישתם של מוצרים מסוג זה, ערב חג הפסח. דומה כי אף המשיבה הכירה בכך (נתון זה עולה, בין היתר מהסיכום שהושג בין הרב רוזנבלט לבין מנכ"ל פריניר). נוכח ההגבלות ההלכתיות והתפיסות המסורתיות-ערכיות שבהן מחזיקים צרכנים שומרי כשרות לפסח, בדבר

איסור על: אכילה, שימוש ואף החזקתו של חמץ בפסח – נדמה כי אין קושי לקבוע כי ההטעיה, העולה כאן, לכאורה, מהתנהלותה של פרינר, נוגעת לאחד, או יותר, מהעניינים הבאים: הטיב, או הסוג של המוצר (סעיף 2(א)(1) לחוק הגנת הצרכן); השימוש שניתן לעשות במוצר, התועלת שניתן להפיק ממנו והסיכונים הכרוכים בו (סעיף 2(א)(4) לחוק הגנת הצרכן); החסות או ההרשאה שניתנו לייצור המוצר, או למכירתו (סעיף 2(א)(10) לחוק הגנת הצרכן); וייתכן כי היא נוגעת אף להתאמתו של המוצר לתקן, למפרט, או לדגם (סעיף 2(א)(11) לחוק הגנת הצרכן), שכן "תעודת כשרות" כמוה כתו-תקן (ראו התייחסות נוספת לעניין זה בהמשך).

די באמור עד הנה כדי לקבוע כי יסוד ההטעיה לפי סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן התקיים, לכאורה, בנסיבות העניין.

30. באשר להפרת חובת הגילוי (לפי סעיף 4(א) לחוק הגנת הצרכן): קיומו של "חשש חמץ" במוצר-מזון עממי ונפוץ, המשווק לצרכנים לקראת חג הפסח בתור: "כשר לפסח בהשגחת הרבנות" – עולה בוודאי כדי: "פגם, או איכות נחותה, או תכונה אחרת הידועים לו [לעוסק – ח"מ], המפחיתים באופן משמעותי מערכו" של המוצר בנסיבות העניין (סעיף 4(א)(1) לחוק הגנת הצרכן). בנוסף, למצער ביחס לחלק נכבד משומרי הכשרות לפסח, החברים בקבוצה שבשמה הוגשה התובענה, קיומו של חשש כאמור במוצר מזון מהסוג האמור מחייב גם "החזקה או שימוש בדרך מיוחדת כדי למנוע פגיעה למשתמש בו, או לאדם אחר" (סעיף 4(א)(2) לחוק הגנת הצרכן) – כפי שעולה גם מהודעת הרבנות, אשר התריעה כי: "אין להשתמש במוצרים אלו לפסח ועל בעלי החנויות להורידם מיד מהמדפים ולמוכרם במכירת חמץ".

אין מחלוקת כי פרינר ידעה על קיומו של "חשש חמץ" במוצרים, מושא התובענה, עוד קודם לפרסום הודעת הרבנות מתאריך 31.3.2004, קל וחומר לאחריה. אף על פי כן פרינר המשיכה לשווק את המוצרים, מושאי התובענה (באמצעות רשתות השיווק) בתור: "כשרים לפסח בהשגחת הרבנות האזורית גליל תחתון", מבלי לגלות לציבור כי לפי קביעת הרבנות ישנו "חשש חמץ" במוצרים. בהתנהלותה האמורה, הפרה פרינר, איפוא, לכאורה, גם את חובת הגילוי המוטלת עליה לפי סעיף 4 לחוק הגנת הצרכן. דין מעשה, או מחדל שכזה כדין עוולה לפי פקודת הנוזיקין (עיינו: סעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן).

31. זאת ועוד – אחרת. בנסיבות העניין, מקובלת עלי גם קביעתו של בית המשפט קמא הנכבד, שלפיה במעשיה ובמחדליה של פריניר בפרשה, מושא התובענה, היא התרחשה, לכאורה, כלפי ציבור צרכניה, במובן סעיף 35 לפקודת הנזיקין.

לא מיותר לציין, בהקשר אחרון זה, כי כאשר נשאל בא-כוחה של המשיבה, בדיון שנערך בפנינו: מדוע ברגע שנודע לפריניר על קיומו של "חשש חמץ" במוצרים מושא התובענה, היא לא פרסמה הודעה מתאימה, כפי שיצרנים אחרים נהגו ונוהגים לעשות במקרים שבהם מתגלים קלקולים, או קשיים כאלה או אחרים במוצריהם? – השיב בא-כוחה של פריניר: "...ההודעה על הסרת הכשרות היא מיום חמישי וביום שני זה כבר ערב פסח. אני מסכים שאפשר היה לפרסם, אך זה היה קשה". התשובה הנ"ל – איננה מניחה את הדעת. נדמה כי בנסיבות כמו אלה שבפנינו, כאשר "אפשר היה לפרסם" הודעה מתאימה לציבור הצרכנים, בדבר קיומו של חשש חמץ (על פי קביעת הרבנות) במוצר מזון עממי ונפוץ המשווק לקראת הפסח (בתור "כשר לפסח על ידי הרבנות") – גם היתה חובה בנסיבות לעשות זאת, ללא דיחוי, ואפילו אם הדבר היה כרוך בקשיים (שאופיים לא פורט).

האמנם יש צורך לבחון את סוגיית כשרותם של המוצרים לפסח – לפי דין תורה?

32. כאן המקום להידרש לטענתה של פריניר שלפיה לצורך התגבשותה של עילת תביעה בענייננו, היה על המבקשים להוכיח כי המוצרים, מושאי התביעה, לא היו כשרים לפסח לפי דין תורה. אומר מיד, כי דעתי היא שבצדק דחה בית המשפט המחוזי הנכבד את טענתה האמורה של פריניר, וקבע כי הנתון המכריע לענייננו ביחס לעילת התביעה, הינו הודעת הרבנות האזורית בדבר קיומו של "חשש חמץ" במוצרים – ולא פסיקה הלכתית כזו, או אחרת. אסביר הדברים להלן.

חוק איסור הונאה בכשרות והתקנות שהותקנו מכוחו – כשם כן הם. אין הם אלא נדבך שהמחוקק ראה להוסיף בהקשר המיוחד שבפנינו על חוק הגנת הצרכן, וזאת מפאת חשיבותה של הכשרות לחלק ניכר של האוכלוסייה, ובשל רגישותו של הנושא. עיקר ייעודו של חוק איסור הונאה בכשרות הוא, אמנם, להגן על הצרכן שומר המצוות שלא יונו אותו בכשרות, כדי שלא ייכשל בעניין החשוב לו מבחינה הלכתית-דתית.

תכלית זו מוגשמת, בין היתר, באמצעות הוראת סעיפים 4(ב) ו-5 לחוק איסור הונאה בכשרות, הקוראים כך:

4(ב). יצרן של מצרך שניתנה עליו תעודת הכשר, לא ישווק מצרך שאינו כשר לפי דין תורה בציון שהוא כשר.

5. העוסק במכירת מצרכים לציבור לא ימכור ולא יציע למכירה מצרך שאינו כשר לפי דין תורה תוך הצגתו בכתב ככשר.

ואולם, לצד התכלית הדתית האמורה נועד חוק איסור הונאה בכשרות לשרת גם תכלית נוספת, הנובעת מאופיו "הצרכני", והיא: מניעת הטעיה בסימון מוצרים, קרי: מניעת מצב שבו ציון דבר כשרותו של מוצר מזון פלוני איננו משקף את המציאות לאשורה, וכן עידודו של מסחר הוגן, במוצרי מזון. על תכליות אלה של חוק איסור הונאה בכשרות עמד השופט (כתוארו אז) מ' חשין ב-בג"ץ 7203/00 מעדני אביב אוסובלנסקי בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית, פ"ד נו(2) 196 (2002), בציינו, בין היתר, כך:

"...ייעודו של החוק הוא להגן על צרכן שומר-מצוות שלא יונו אותו בכשרות; זו תחילתו של החוק, זה המשכו, זה סופו, זו תכליתו... ואולם מבחינה מתודולוגית ועקרונית אין בייחודו של חוק ההונאה לעניינו כדי לשנות ממהותו כחוק שייעודו הגנת הצרכן; בעיקר הצרכן שומר-המצוות ואולם לא רק הוא... היטיב להסביר תכליתו זו של החוק השר לענייני דתות, השר יוסף בורג, בהביאו את הצעת חוק איסור הונאה בכשרות, תשמ"ג-1983 לקריאה ראשונה בכנסת...:

'...הכוונה היא להגן על כשרות המוצרים. אם יש על מוצר תו שהוא כשר, זה צריך לשקף את האמת. זה חוק בעד האמת ונגד השקר, נגד המשקר ונגד המרמה...'

...החוק נועד איפוא למניעת הטעיה, כזב וכחש ולעידודו של מסחר הוגן במזון.

(שם, בפסקה 16; ההדגשות שלי – ח"מ; ועיינו גם דבריו ב-בג"ץ 77/02 מעדני אביב אוסובלנסקי בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית, פ"ד נו(6) 249 (2002) (להלן: עניין מעדני אביב 2)).

תכלית אחרונה זו, שעניינה בהבטחת אמון הציבור בסימון כשרותם של מוצרים, מושגת, למשל, באמצעות הוראות סעיף 4(א) לחוק איסור הונאה בכשרות והתקנות שהותקנו מכוחו, אשר צוטטו בפסקה 25 שלעיל – העומדות על רגליהן

שלהן. ודוק: אין ספק כי בעיני רוב הציבור, מועצת הרבנות הראשית והפועלים מטעמה הם המוסמכים על פי דין להכריז על כשרותו של מוצר, ובכלל זה – כשרות לפסח (ראו: סעיף 2(3) לחוק הרבנות הראשית לישראל, התש"ס-1980; סעיפים 2 ו-4(ב) לחוק איסור הונאה בכשרות). תעודת הכשר מטעם הרבנות הראשית, או כיתוב על גבי מוצר כי הוא "כשר", או "כשר לפסח" – כמוהו, בעיני הציבור, כ"תו תקן" המעיד על כשרותו של המוצר. ציון בדבר כשרותו של מוצר מזון "בהשגחת הרבנות" יוצר בפני הציבור מצג שלפיו התקיימה השגחה פוזיטיבית, מטעם הרבנות, על רכיבו של המוצר – ועל פי רוב די לצרכן המקפיד על צריכת מזון כשר בגושפנקא זו (לעניין חשיבותה של ההשגחה הפוזיטיבית על רכיבו של מוצר כתנאי לאישור כשרותו, ראו והשוו: ע"פ 3354/97 שיאון נ' מדינת ישראל (28.6.1998)). הטעיה בעניין זה, קרי: הצגת מוצר מזון כ"כשר בהשגחת הרבנות", בעוד שלא התקיימה לגביו השגחה ולא ניתן לו הכשר כאמור – חותרת תחת תכליותיו של חוק איסור הונאה בכשרות ופוגעת באמון הציבור. ואכן, ב-בג"ץ 118/09 מזרחי נ' מועצת הרבנות הראשית (14.9.2009) נפסק כי השיקול של מניעת הטעיית הציבור, העומד ביסוד חוק איסור הונאה בכשרות, מכיל גם: "מניעת הטעיה בנוגע לרמת הכשרות הנוהגת במקום מסוים, ולא רק מניעת מצב בו מקום שאינו כשר יוצג ככשר". באנלוגיה, ניתן, איפוא, לומר, כי השיקול האמור (של מניעת הטעיית הציבור) כולל גם מניעת מצב שבו מוצר מזון מוצג כ"כשר לפסח בהשגחת הרבנות", בעוד שבפועל לא ניתן ביחס אליו הכשר על יסוד השגחתה של הרבנות לגבי מרכיבו (ולאחר שהתקיימו לגביו כל התנאים הנדרשים על פי דין להכיר בו ככזה).

33. לסיכום פרק זה אציין כי אף אני סבור שעיקר עילת התביעה בענייננו נעוץ, איפוא, בפער שבין המצג שהציגה פריניר על גבי אריזותיהם של המוצרים ("כשר לפסח בהשגחת הרבנות האזורית גליל תחתון"), לבין המציאות לאשורה – ולא דווקא בהכרעה בסוגיה האם המוצרים מושא התובענה אמנם היו "כשרים לפי דין תורה" להלכה. לדעתי, כדי לגבש את אחריותה הלכאורית של פריניר בענייננו, די, איפוא, בכך שפריניר הציגה בפני ציבור הצרכנים מצג שלפיו המוצרים, מושא התובענה, היו "כשרים לפסח בהשגחת הרבנות", בעוד שאין חולק כי השגחה כאמור על חומר הגלם המיובא – לא היתה, וממילא גם הכשר לפסח כדין (בהתייחס לשימוש בחומר הגלם האמור במוצרים, מושא התובענה) – לא ניתן לה על ידי הרבנות האזורית.

כפועל יוצא מגישתי האמורה – אין הכרח להידרש כאן, במסגרת בחינת אחריותה של פריניר, לסוגיית פרשנותו של המושג "חשש חמץ" מבחינה הלכתית, ולסוגיית כשרותם לפסח של המוצרים, מושא התובענה, לפי דין תורה. ההידרשות לסוגיות הנ"ל בגדרי העילה של הפרת החובות החקוקות הקבועות בסעיפים 4(ב) ו-5

לחוק איסור הונאה בכשרות עלולה לסרב לאת הדיון בתובענה שלא לצורך, ומשכך לא יהיה נכון לכלול עילות אלה בגדרי העילות שלגביהן יאושר ניהולה של התובענה כייצוגית.

34. לצד האמור לעיל אוסיף ואעיר כי מגישתי עולה עוד שאין בסיכום שהושג בין הרב רוזנבלט לבין מנכ"ל המשיבה, בתאריך 28.3.2004, כדי "להכשיר את ההטעיה", אף כי מוטב היה שהרבנות המקומית לא היתה נותנת ידה מלכתחילה ל-ס"ק א' שבאותו מסמך (ראו פסקה 5 שלעיל). אדרבה – מהמסמך שנכתב בסיכומה של הפגישה בין השניים, אשר כותרתו היא: "החלטות והסקת מסקנות מיבוא רסק עגבניות ללא אישור כשרות לפסח", עולה שגם פרינר ידעה, עוד קודם למועד הפגישה, כי עמדת הרבנות האזורית היא שקיימת בעיית כשרות במוצרים, אשר בתהליך הייצור שלהם נעשה שימוש ברכז העגבניות המיובא (ראו: מ/ש/11, שבו נכתב, בין היתר, כי הסיכום נחתם "לאחר התייעצות ודיונים הלכתיים ובהתחשב בהפסד המרובה שהמפעל עלול לספוג", ונאמר כי ההחלטה "לאשר בדיעבד את הסחורה המצויה בשווקים ככשרה לפסח" התקבלה בסייג ובתנאי שלפיו: "לא יוצא מהמפעל כל רסק שמוצאו ביבוא וזאת עד לאחר חג הפסח", וסוכם בין הצדדים כי: "כל משלוח שיוצא מרגע זה ייבדק ע"י המשגיח לוודא שהכל מיצור מקומי").

כעת אעבור לבחינת התקיימותם, לכאורה, של הנזקים הנטענים על ידי המבקשים והקשר הסיבתי בינם לבין התנהלותה העוולתית לכאורה של פרינר בפרשה, מושא התובענה.

הנזקים הנטענים והקשר הסיבתי בינם לבין התנהלותה של פרינר

35. כאמור לעיל, בשלב המקדמי של הדיון בבקשה לאישור התובענה כייצוגית, די בכך שהמערערים הוכיחו כי לכאורה נגרם להם נזק. כן נדרשים המערערים להוכיח (לצורך התגבשותן של עילות התביעה שנדונו לעיל) כי מתקיים קשר סיבתי בין התנהלותה העוולתית לכאורה של פרינר בפרשה, מושא התובענה, לבין הנזקים שנגרמו להם לטענתם, כתוצאה ממנה.

המערערים עמדו בנטל זה, כפי שאפרט מיד בסמוך.

36. ראשית – לעניין הקשר הסיבתי. שני המערערים הצהירו כי הם הקפידו ומקפידים לרכוש ולצרוך בפסח אך ורק מוצרי מזון בעלי הכשר לפסח כדין. עוד הצהירו המערערים כי הם עיינו היטב בכיתוב שהופיע על גבי האריזה, בו צוין כי המוצר: "כשר לפסח בהשגחת הרבנות גליל תחתון", ובהסתמך על מצג זה רכשו את המוצר ושילמו את תמורתו. כן טענו המערערים בתצהיריהם כי ללא המצג האמור הם לא היו רוכשים את המוצר והיו מחפשים תחליפים בעלי הכשר לפסח כדין (ראו: סעיפים 11-12 לתצהירו של המערער 1 וכן סעיפים 11-14 לתצהירה של המערערת 2). עוד הצהירו המערערים (כל אחד בתורו) כי משנודע להם על הודעת הרבנות בדבר קיומו של "חשש חמץ" במוצרי פריניר (ולעניין זה אין נפקא מינה כיצד נודע להם הדבר) – נגרמו להם נזקים ממוניים ולא ממוניים. במכלול, ניתן לומר כי בכך באה, לכאורה, לידי סיפוקה הדרישה לקיומו של קשר סיבתי בין המצג המטעה, מצד פריניר (והתנהלותה הכוללת בפרשה), לבין הנזקים שנגרמו, לכאורה, למערערים – כמו-גם הדרישה לקיומה של הסתמכות על המצג המטעה, הנחוצה לשם קבלת פיצוי כספי עבור נזק שנגרם בגין הטעיה צרכנית (כפי שנקבע ב-דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385, 411-412 (2003) (להלן: הלכת ברזני, או דנ"א ברזני, לפי הקשר הדברים; ראו גם: דברי הנשיא א' ברק ב-ע"א 1977/97 ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה(4) 584, 617 (פיסקה 3)) – **ואף מעבר לכך**. זאת, מאחר שככל שבפגיעה באוטונומיה עסקינה, הרי שבכגון דא: "פטורים המערערים מלהוכיח את הקשר הסיבתי במובן של 'סיבתיות ההחלטה', קרי, האם הם היו נמנעים מלרכוש את המוצר אילו לא הטעיה". עיינו: דברי חברי, השופט י' עמית, ב-ע"א 4333/11 סלומון נ' גורי (12.3.2014) (להלן: עניין סלומון), בפיסקה 27. (לעמדות הקוראות ל"ריכוך" נוסף של הלכת ברזני, ראו, למשל: סיני דויטש, "תובענות ייצוגיות צרכניות: הדרישה להסתמכות אישית על מצג שווא של המטעה", מאזני משפט ב 97 (תשס"ב); ע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ (11.12.2008), ע"א 9590/05 רחמן-נוני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (10.7.2007); ועיינו גם: יובל פרוקצ'יה ואלון קלמנט, "הסתמכות, קשר סיבתי ונזק בתובענות ייצוגיות בגין הטעיה צרכנית", עיוני משפט לז(1) 7 (התשע"ד-2014) (להלן: פרוקצ'יה וקלמנט), הגורסים כי הדרישה להוכחת הסתמכות כתנאי הכרחי לקבלת פיצוי איננה רצויה בכל המקרים, משום שהיא עשויה להוביל, לעיתים, להרתעת-חסר של המציג, ואף תאפשר לו להתעשר על חשבון צרכניו באופן בלתי-צודק).

37. וכעת – לנזקים הנטענים. בית המשפט קמא הנכבד מצא, כמהימנה, את עדותו של המערער 1, שלפיה חרף רצונו לצרוך בפסח רק מוצרים בעלי הכשר לפסח כדין, התחוויר לו כי הוא רכש וצרך בפועל מוצר נטול הכשר כאמור – דבר אשר גרם לו נזק לא-ממוני, שהתבטא ב-”עגמת [ה]נפש, תחושת [ה]גועל ופגיעה באוטונומיה”, נוסף על הנזק הממוני, שנגרם לו, לטענתו, בגין התשלום עבור הרסק (ראו: סעיף 14 לתצהיר המערער 1). באשר למערער 2: טענותיה בנוגע לנזק הלא-ממוני שנגרם לה, נמצאו, על ידי בית המשפט קמא הנכבד – מוגזמות ולא אמינות, בעוד שהטענה כי נגרם לה, לכאורה, נזק ממוני בר-פיצוי, בעקבות התנהלותה של פריניר בפרשה – התקבלה על ידי בית המשפט קמא הנכבד.

קביעות אלה, מהן עולה כי המערערים הוכיחו, לכאורה, כי נגרמו להם נזקים מסוימים בעקבות התנהלותה של פריניר – מבוססות, בין היתר, על התרשמותה של הערכאה הדיונית ממהימנות העדים שהופיעו בפניה, ולא מצאתי מקום להתערב במרביתם בשלב זה, כמבואר וכמפורט בהמשך.

יחד עם זאת, לנוכח ההתפתחויות שחלו בפסיקה מאז שניתנה החלטתו של בית המשפט קמא הנכבד, ומכיוון שלהכרעה בדבר טיבם של הנזקים שנגרמו, לכאורה, לציבור הצרכנים, בנסיבות המקרה דנא, עשויה להיות השפעה על המשכו של ההליך (וייתכן שאף על הליכים אחרים) – אני מוצא לנכון להרחיב בסוגיה זו להלן.

נזקים לא ממוניים בגין פגיעה באוטונומיה של הצרכן במסגרת תובענה ייצוגית

38. הפגיעה באוטונומיה של הצרכן בגין “הטעיה צרכנית” – שמשמעותה היא שלילת כוח הבחירה של הנפגע בשל הטעיה, או בשל אי גילוי עניין מהותי הרלבנטי לעיסקה – מוכרת כיום בפסיקת בית משפט זה כראש-נזק, המקים עילת תביעה, לרבות בהליך ייצוגי. יחד עם זאת, נפסק כי: “בהעדר קיומו של נזק המתבטא בתחושות שליליות”, כגון: כעס, תסכול, עלבון, גועל, זעזוע, עוגמת נפש וכיוצא באלה – “פגיעה זו לא תצמיח זכות לפיצויים”. ראו והשוו: ע”א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל נ’ ראבי תופיק, פ”ד נז(4) 673, 682 (2003) (להלן: עניין תנובה 1); ע”א 10085/08 תנובה נ’ עזבון המנוח תופיק ראבי ז”ל (4.12.2011) (להלן: עניין תנובה 2); עניין סלומון, בפיסקאות 23-25, והאסמכתאות הנזכרות שם (לביקורת עיינו: צחי קרן-פז “פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות המשפט י’ 187 (התשס”ז); להיבטים של המשפט העברי



בסוגיה – ראו: אברהם וינרוט "פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה של האדם" פרשת השבוע (משרד המשפטים), פרשת שופטים, תשע"ד, גליון מס' 443).

לא מיותר להפנות כאן לדברים הבאים שכתבה חברתי, השופטת א' חיות,

בעניין תנובה 2:

"...ראש הנזק הנתבע בענייננו נוגע לנזק לא ממוני מסוג פגיעה באוטונומיה... הרציונלים שהנחו בהקשר זה את בית המשפט בעניין דעקה ובעניינים אחרים הנוגעים לרשלנות רפואית ישימים בה במידה גם לגבי פגיעה באוטונומיה הנגרמת כתוצאה מעוולה צרכנית שמבצע עוסק המטעה את הצרכן. אכן, באי הגילוי עצמו טמונה שלילת כוח הבחירה מן הצרכן. ובענייננו, באי פירוט הסליקון כאחד מרכיביו של המוצר שללה תנובה מן הצרכנים את האפשרות לבחור ולהחליט באופן מושכל האם הם מעוניינים לרכוש ולצרוך אותו. די בכך על מנת להוכיח כי הפגיעה באוטונומיה נגרמה. שאלה אחרת היא השאלה האם די בכך כדי לבסס זכות לפיצוי, או שמא יש להוסיף ולהראות כי נגרם לתובע גם נזק תוצאתי המתבטא בתחושות שליליות בשל כך שחופש הבחירה נשלל ממנו..."

(שם, בפסקה 36; ההדגשה שלי – ח"מ).

בהמשך הדברים בעניין תנובה 2 הגיעה חברתי, השופטת א' חיות, למסקנה כי יש לפצות בגין פגיעה באוטונומיה רק את קבוצת הצרכנים, אשר חוו תחושות שליליות כאלה ואחרות כתוצאה מהתנהגותו המעוולת של המזיק.

39. בתוך-כך, נדחתה הגישה לפיה די בעצם הפגיעה באוטונומיה כדי להקנות זכות לפיצוי (ראו גם: דברי חברי, השופט י' עמית, בפסקאות 17 ו-28 לחוות דעתו בעניין סלומון; דברי חברי, המשנה לנשיא א' ריבלין, בחוות-דעתו ב-ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור רופא (5.3.2012) (להלן: עניין קדוש), בפסקה 42). עוד נפסק כי אין מקום לפצל, לעניין הפיצוי, בין ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה לבין ראש הנזק של עוגמת נפש ותחושות שליליות, שנגרמו בגין אותה פגיעה. ראו דבריה של חברתי, השופטת א' חיות, בפסקה 40 לחוות-דעתה, בעניין תנובה 2:

"מגישתי זו לפיה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה ניתן בשל נזק תוצאתי סובייקטיבי המתבטא בתחושות שליליות כעס, תסכול ועוד כיוצא באלה תחושות שליליות שמעוררת התנהגותו של המזיק, נובעת מסקנה נוספת והיא – כי אין מקום לפצל את הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה מן הפיצוי בגין עוגמת נפש ותחושות

שליליות שנגרמו לנפגע בגין אותה פגיעה (להבדיל מראש נזק לא ממוני המסב עצמו על פגיעות אחרות באותה תביעה)."

לדיון בסוגיות התיחום הרלבנטיות – עיינו גם: ישראל גלעד, דיני נזיקין – גבולות האחריות, כרך א', עמ' 326 ואילך (תשע"ב-2012).

40. זה המקום להדגיש עוד כי חברתי, השופטת חיות, ציינה בחוות דעתה בעניין תנובה 2, כי ניתן להכיר בחזקה עובדתית שלפיה אדם, שנפגעה האוטונומיה שלו, חש רגשות של כעס, תסכול ועלבון בעקבות התנהגותו של המזיק, שבעטיין הוא יהיה זכאי לפיצוי – והנטל לסתור את החזקה מוטל על כתפי המעוול. ובלשונה:

"אכן ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה מגולם בשלילת כוח הבחירה מן הנפגע הכרוכה ברוב המקרים באי גילוי של עניין מהותי לאותו נפגע. על כן, ולמצער ככל שהדבר נוגע לתובענות ייצוגיות, מותר אף להניח כנקודת מוצא לצורך הערכת הנזק הלא ממוני שנגרם למי שפגעו כך באוטונומיה שלהם, כי כתוצאה מאותה פגיעה הם חשים רגשות של כעס, תסכול ועלבון (בעוצמה כזו או אחרת על פי הנסיבות הקונקרטיות של המקרה). רגשות אלה שנגרמו כתוצאה מהתנהגות המזיק מצדיקים פיצוי בגין נזק לא ממוני.

אולם אין מדובר בחזקה חלוטה לפיה התעוררו אצל הנפגע רגשות כאלה בכל מקרה שבו התרחשה פגיעה באוטונומיה. לכן באותם המקרים אשר בהם יעלה בידי המזיק להוכיח כי אף שבהתנהגותו שלל מן התובע או מחברי הקבוצה את כוח הבחירה, נותרו אלה שווי נפש ואדישים לכך, כי אז ניתן לקבוע שהם אינם זכאים לפיצוי בגין ראש נזק זה משום שלאמיתו של דבר ואף שכוח הבחירה נשלל מהם – לא נגרם להם כתוצאה מכך נזק לא ממוני."

(שם, בפסקה 40; ההדגשה שלי – ח"מ; וראו גם פסקאות 42-43 לחוות דעתה; עיינו גם: עניין סלומון, בפסקה 24).

יוער, כי "התחושות השליליות שמעוררת התנהגותו של המזיק", כלשונה של חברתי, השופטת חיות, כללו בעניין תנובה 2, גם: "כעס ורוגז בשל התרמית" שחש התובע הייצוגי שם, וכן: "כעס, שנאה, אכזבה, רמאות, שקר, הונאה, חוצפה, עלבון, זלזול, חוסר אחריות, הרגשה רעה", שחוו חלק מהאנשים שהשיבו על סקר-צרכנים שנערך לאחר שנודע על דבר הוספתו של סיליקון לחלב דל שומן על ידי "תנובה" (ראו: פסקה 41 לפסק-הדין שם). זאת לצד תחושות של: גועל, בחילות וחרדה,

שנגרמו לתובע הייצוגי שם ולחלק מחברי הקבוצה עקב צריכתו של חלב שהוסף לו סיליקון, כתוצאה מההטעיה הצרכנית.

41. כוחם של דברים שנאמרו בנוגע לפגיעה באוטונומיה בגין מחדלה של "תנובה" מלגלות לצרכניה כי היא הוסיפה סיליקון לחלב – יפה, לדעתי, גם לענייננו, ואף ביתר-שאת. מסקנה זו מתבקשת, בין היתר, לנוכח דבריה של חברתי, השופטת (כתוארה אז) מ' נאור, בעניין תנובה 1 (שאליהם הצטרף בהסכמה גם המשנה לנשיא (בדימ') ש' לוי):

"אנו עוסקים במוצר מזון. זכותם של צרכנים היא לקבוע מה יכניסו לפיהם ולגופם וממה יימנעו. מי שרוצה למשל לצרוך רק מזון כשר, ויסתבר לו בדיעבד שהמזון שהוצג תוך הטעיה איננו כזה, יחוש תחושת גועל ופגיעה באוטונומיה שלו... בכל המקרים הללו ובמקרים רבים אחרים שניתן להעלות על הדעת, ישנה פגיעה באוטונומיה של הפרט, אף שאין עמה נזק גוף או סכנה ממשית לנזק גוף. לכל צרכן וצרכן העדפות בנוגע למזונותיו, העדפות המבטאות לעתים את האידיאולוגיה שהוא מאמין בה כדרך לחיים נכונים או בריאים. אכן, זה שאינו שומר כשרות יוכל לומר לשומר הכשרות: מה קרה אם אכלת מזון שאינו כשר; לא נגרם לך כל נזק. לא זו השקפתו של מי שמבקש לשמור על כשרות, או לאכול רק מזון אורגני או מזון דל שומן." (שם, בעמ' 684, בפסקה 10; ההדגשה שלי – ח"מ).

לדברים הללו הסכימה גם חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה, בחוות דעתה בעניין תנובה 1, אף שלא הצטרפה לתוצאה באותו עניין. וכך היא אמרה שם (בעמ' 697, בפסקה 13):

"...אכן, עשויים להיות מצבים קיצוניים שבהם הטעיה לגבי מרכיביו של מוצר אכילה, גם כשאין בהם נזק בריאותי, עשויה להיות בעלת חשיבות מיוחדת לצרכן מהיבטים שונים, למשל מבחינה ערכית, מבחינת השקפת עולמו, או עקב קיומה של העדפה מוגדרת למוצר בעל מרכיבים מסוימים לצורך השגת תכלית ספציפית. כך למשל, הצגת מוצר אכילה ככשר למרות שאינו כשר, או הצגת מזון אורגני אף שאינו כזה, או הצגת מוצר כדל-שומן בעוד שלמעשה הוא רב-שומן עשויות במקרים מסוימים להוליד נזק לא ממוני שניתן לומר במידת וודאות כי הוא נגרם באורח טבעי ובמהלכם הרגיל של הדברים כתוצאה ישירה מעוולת הנתבע. בסוג מקרים אלה, מצויה בלב הצרכן העדפה ברורה ומוגדרת למזון בעל איפיון מסוים – בין העדפה שמקורה בערכי דת והשקפת-עולם, בין העדפה הנובעת מערכי טבעונות, ובין העדפה הבנויה על תכלית לשלוט בהיקף הקלוריות הנצרכות מהמזון, וכיוצא באלה עניינים. פגיעה בהקשרים אלה בזכותו של הצרכן לבחור את המוצר הראוי בעיניו היא פגיעה ממשית בתחום העדפותיו כפרט, ונזקו הכללי מפגיעה זו אינו קשה להוכחה. קיומה של העדפה מוגדרת

וברורה של הצרכן לרכוש מוצר בעל איכויות מוגדרות עשויה לתת בידו כלי לגיטימי לתבוע את נזקו מהמשווק על הפרת חובתו שלא להטעותו לגבי תכונותיו של המוצר הנרכש. עילה מסוג זה עשויה במקרים מתאימים גם להצדיק תובענה ייצוגית, אשר את בני קבוצתה, השותפים לתובענה, ניתן להגדיר ללא קושי מיוחד...". (ההדגשות שלי – ח"מ).

גם לגישתה של השופטת א' פרוקצ'יה:

"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 המזון הנתונים כדי להזיק". (שם, בעמ' 698, בפסקה 15).

וראו בהקשר זה גם את דבריו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין בעניין מעדני

אביב 2 (שם, בעמ' 276), שלפיהם:

"...[ש]היו מי שסברו – וניתן להוסיף: בצדק כך סברו – שלא הרי הטעייתו של צרכן בטיבו של עיפרון או בשיעור השומן בגבינה כהרי הטעיה באשר לכשרותו של מזון, והדברים פשוטים". (ההדגשה שלי – ח"מ).

42. הנה כי כן, הנזק הלא-ממוני שנגרם למערער 1 והתחושות השליליות שהוא חש משהתחוויר לו שהוא צרך בפסח מזון שעל פי הודעת הרבנות היה קיים לגביו "חשש חמץ" – הוא נזק ממשי (גם בהתאם לאמות מידה אובייקטיביות, כפי שעולה מהאמור לעיל), אשר נגרם כתוצאה ישירה מהתנהלותה העוולתית, לכאורה, של פרינר. נזק זה מצדיק תביעה אישית ואף תובענה ייצוגית, אשר את חברי הקבוצה שבשמה היא תנוהל ניתן להגדיר ללא קושי מיוחד.

ודוק: אפילו אם יימצא בסופו של יום, לאחר בדיקות מבדיקות שונות, כי המוצר שנצרך הינו "כשר לפסח לפי דין תורה" – לא יהא בכך כדי לסייע לפרינר כאמור. על פי גישתי, לסוגיה העוסקת במשמעותו ההלכתית של המושג "חשש חמץ", ולנתונים בדבר היותו של המוצר שנצרך לכאורה "כשר לפסח לפי דין תורה" – עשויה להיות השפעה רק על עוצמת הפגיעה באוטונומיה של מי שצרך בפסח את המוצרים מושא התובענה, ועל עוצמתן של התחושות השליליות הנלוות לכך, אך לא על עצם

הפגיעה באוטונומיה שנגרמה לחברי הקבוצה שבשמה הוגשה התובענה. הדבר נובע מהעובדה שלמצער חלק מחברי הקבוצה שבשמה הוגשה התובענה – צרכו (קרי: אכלו, הכניסו לגופם), בפסח, מוצר-מזון, אשר הרבנות קבעה כי קיים לגביו "חשש חמץ", וזאת מבלי שניתנה להם הזדמנות להחליט אם הם מעוניינים בדבר – ובכך נפגעה האוטונומיה שלהם, בנושא שהוא מהותי עבורם. לענין הפגיעה באוטונומיה מסוג זה – די לדעתי, בקיומו של חשש (ראו והשוו: עניין תנובה 2, בפסקה 31 והאסמכתאות שם; וכן: בש"א (מחוזי ת"א) 1895/05 אמיר שהי שאול נ' תדיראן מוצרי צריכה בע"מ (14.2.2008), בו אושרה תובענה כייצוגית נוכח העובדה שהמשיבה שם הציגה מזגנים כנושאי תו תקן, למרות שלא ניתן להם כזה. באותו עניין נקבע כי היעדר התקן – יש בו נזק לצרכן שאיננו מעוניין לרכוש מוצר שאיננו עומד בתקן, וכי נזק זה מתבטא, בין היתר, בעוגמת נפש ובחשש שמא המוצר איננו בטיחותי. בית המשפט המחוזי הנכבד קבע שם כי די בכך כדי למלא אחר הדרישה להוכחת נזק לכאורה וקיומו של קשר סיבתי, אישי וקבוצתי, בין ההטעיה לבין הנזק. עוד נקבע שם כי "בעניין זה לא ניתן לכאורה להסתמך על ממצאים בדיעבד, לאחר סידרה של בדיקות, או על היתר לתו-תקן הנוגע לדגם שונה" (התיק באותו עניין הסתיים בסופו של דבר בפשרה, שהתבססה על הסדר שהוצע על-ידי בית משפט זה – ראו: רע"א 2362/08 תדיראן מוצרי צריכה בע"מ נ' אמיר שהי שאול (14.12.2011) הנושא העולה בפנינו כאן – הוא בבחינת קל וחומר לסוגיה שנתבררה שם; לדעה שונה בהקשר זה – ראו חוות דעתו של חברי, השופט י' עמית בעניין סלומון).

43. שונים עם זאת הם פני הדברים, לדעתי, בכל הנוגע לנזק הלא-ממוני שנגרם למערערת 2 (ולצרכנים מסוגה), כנטען, משנדע לה, עובר לערב חג הפסח, על אודות קיומו של "חשש חמץ" במוצר שרכשה.

הנזק מהסוג הנטען על ידי המערערת 2 (שכלל לא הוכח לכאורה בענייננו, מאחר שבית המשפט קמא לא נתן אמון בעדותה), ולצרכנים מסוגה – הוא, אמנם, "נזק תוצאתי סובייקטיבי", הנובע מן ההטעיה. ככזה הוא עשוי, עיונית, להיכלל בגדרי ראש-הנזק של "פגיעה באוטונומיה" ולהצמיח זכות לקבלת סעד. ואולם המדובר בסוג נזק שונה ומובחן מהנזק הלא-ממוני שעומד במוקד הפגיעה באוטונומיה, שאליו התייחסתי לעיל, אשר מקורו ביחסו של הצרכן אל הפעולה שבוצעה בעקבות כך שנשלל ממנו (כגין ההטעיה) כוח הבחירה האוטונומי. עמדו על כך פרוקצ'יה וקלמנט במאמרם בצינים כך:

"שני סוגי נזקים בגין פגיעה באוטונומיה  
שליטת כוח הבחירה האוטונומית 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 סיליקון, הוא חש נפגע. פגיעה זו מקורה בעצם שלילתה של אפשרות הבחירה האוטונומית.

הסוג האחר מקורו ביחסו של הנפגע אל הפעולה שנעשתה תוך פגיעה באוטונומיה. צרכן המגלה כי החלב שצרך הכיל סיליקון עשוי לחוש תחושות שליליות עקב סלידתו מן הסיליקון. נזק שני זה נובע מיחסו של הניזוק אל עצם הפעולה שננקטה.

שתי הפגיעות האמורות הינן פגיעות תוצאתיות, במובן זה שמקורן בהשלכות שהיו לשלילתו של כוח הבחירה. אולם הפגיעות מובחנות זו מזו: בעוד שהראשונה נובעת מעצם נטילתה של הזכות, השנייה נובעת מיחסו של הנפגע אל הפעולה שבוצעה בעקבותיה". (שם, בעמ' 38).

לגישתם של פרוקצ'יה וקלמנט, בעוד שתובענות ייצוגיות צרכניות המוגשות בעילה של פגיעה באוטונומיה, מהסוג השני – ראויות ככלל להתברר באשר הן נסכות על נזק משמעותי שנגרם לכאורה, ויש חשיבות חברתית ממשית להרתעתם של עוסקים מפני גרימתו, הרי שהעניין החברתי בבירורן של "תביעות הנסכות על הפגיעה הרגשית (מן הסוג הראשון), שנגרמה עקב שלילת כוח הבחירה האוטונומי, אך אין בצידן כל טענה לקיומה של פגיעה מן הסוג השני, קרי, פגיעה בגין עצם הפעולה שננקטה" – מוטל בספק (עיינו: שם, בעמ' 40; ההדגשות שלי – ח"מ). עמדה זו מקובלת עלי, והיא נכונה במיוחד בענייננו, לגבי דידם של צרכנים מסוגה של המערערת 2. הטעם לדבר נעוץ בכך שמקורו של הנזק שנגרם לצרכנים מסוגה של המערערת 2 הוא בעצם נטילתו של כוח הבחירה האוטונומי שהתבטא ברכישה, שלא מדעת, של המוצר, גרידא, וזאת מבלי שנלווה אליה "דבר מה נוסף", כגון: צריכה של המוצר (קרי: הכנסת המזון לגופו של אדם), כפי שארע בעניינו של המערער 1 ובדומה לנזק שהוכר כבר-פיצוי בעניין תנובה. לשון אחר: הפגיעה המתוארת על ידי המערערת 2 נובעת רק מן "הסיכון" שבפניו עמדו הצרכנים בעקבות ההטעיה, לכאורה, מצדה של פרינר, מבלי שסיכון זה אכן התממש לגביהם, ומבלי שהתגבשה אצלם, הלכה למעשה, פגיעה "בגרעין הקשה" של האוטונומיה.

44. הענקת סעד בעקבות פגיעה באוטונומיה של הצרכן בגין עצם שלילתו של כוח הבחירה, מהסוג שנגרם למערערת 2 ולצרכנים כדוגמתה (כאלה ש"הסיכון" שבפניו הועמדו בעקבות ההטעיה – לא התממש) – חרף היותה קשורה בטבורה לתכליות של חוק הגנת הצרכן, שאחת מהן היא "לחזק את האוטונומיה האישית של הצרכן ואת זכותו לכבוד על-ידי הבטחת יכולתו לבחור בחירה מושכלת במוצר ובשירות על-ידי כך

שיקבל את כל המידע האמיתי הרלבנטי...” (דברי השופט ט’ שטרסברג-כהן ב-דנ”א ברזני) – איננה מוצדקת לטעמי, בנסיבות העניין. אבהיר טעמי להלן:

בפסיקתו של בית משפט זה נקבע כי “רק פגיעה בליבה של זכות הבחירה, “ב’גרעין הקשה’ של זכות האדם המקדשת את האוטונומיה” (...) ובעניין מהותי תזכה את התובע בפיצוי משמעותי” (ראו: דברי חברי, המשנה לנשיא א’ ריבלין בעניין קדוש, בפסקה 39; ההדגשה במקור; והשוו: האסמכתאות מהספרות המובאות שם, בפסקה 41). הפיצוי עבור פגיעה באוטונומיה הוא, איפוא: “פיצוי בגין פגיעה באינטרסים אישיותיים, שחזקה עליו, על הנזק, שנגרם ושהוסב בעת שנגרמה פגיעה בליבת הזכות לאוטונומיה ובעניין מהותי” (שם, בפסקה 42). האוטונומיה שהוכרה כחלק מן “הגרעין הקשה” של ראש הנזק של “פגיעה באוטונומיה” היא זו המתקשרת לזכותו של אדם על גופו (ראו: עניין דעקה, פס’ 16 לפסק דינו של השופט ת’ אור), ולהגנה מפני התערבות בגופו של אדם ללא הסכמתו (שם, פס’ 17-19).

יתרה מכך – דומה כי הגישה הרווחת כיום בפסיקת בית משפט זה היא כי במקום שבו אין מדובר בפגיעה “בגרעין הקשה” של האוטונומיה, ולא נגרם נזק תוצאתי של ממש, דהיינו: כאשר “הפגיעה באוטונומיה” מוסבת לשלילת כוח הבחירה בלבד, והתחושות השליליות שנלוות אליה הן: שוליות, חלשות בעוצמתן, ולא משמעותיות (וכאלה הן התחושות שחש לקוח אשר לא צרך את המוצר בפועל, במקרה כמו זה שלפנינו) – אין מקום להכיר ב”פגיעה באוטונומיה” שמקורה בשלילת כוח הבחירה של הצרכן כנזק בר-פיצוי (ראו: עניין סלומון, בחוות-דעתם של חברי, השופטים י’ עמית ו-א’ שהם, כנגד דעתה החולקת של חברתי, השופטת ע’ ארבל).

45. במקרה שלפנינו, משנודע למערערת 2 (ולצרכנים מסוגה), עובר לחג הפסח, על אודות ההטעיה לכאורה, “נחסכה” ממנה (ומצרכנים כדוגמתה) עיקר הפגיעה ב”ליבת” האוטונומיה שלה – זו הנוגעת להיבטים מרכזיים בחייה, בשים לב להעדפותיה האישיות המבוססות על: אידיאולוגיה, תפיסות עולם וערכי-דת, שכן היא לא צרכה בפועל את המוצר בפסח. במצב הדברים המתואר, הפגיעה הנטענת במערערת 2 (ובחברי הקבוצה מסוגה), נותרה קלת-ערך – עד שלא ניתן, לטעמי, לראות בה יותר מאשר “פגיעה מזערית”, שהיא בגדר *de-minimis* – הן במובן האישי, והן במובן “הקבוצתי” (יוער כי המערערים עצמם העריכו את הנזק הלא-ממוני שנגרם למערערת 2 ב-50 ש”ח, בעוד שאת הנזק הלא-ממוני שנגרם למערער 1 העריכו ב-1,000 ש”ח; שני הסכומים נראים מופרזים). ככזו, היא איננה מצדיקה תביעה אישית ואף לא תובענה ייצוגית (ראו והשוו: עניין תנובה 1, שם בפסקה 11). עיינו בהקשר זה גם בדבריהם של

המלומדים פרוקצ'יה וקלמנט הגורסים כי כאשר ההטעיה הצרכנית גרמה לנזק של פגיעה באוטונומיה, שעניינו הוא הפגיעה הרגשית הנובעת מעצם נטילתו של כוח הבחירה האוטונומי (להבדיל מהפגיעה הרגשית שמקורה ביחסו של הנפגע אל הפעולה שהוא נאלץ לבצע עקב נטילתו של כוח הבחירה כאמור) – התובענה הייצוגית כלל איננה מהווה דרך "יעילה והוגנת" להכרעה במחלוקת (שם, בעמ' 41-42).

46. למען הסר ספק אבהיר בסיום תת-פרק זה כי אין להבין מדברי שלעיל כי אין מקום להכיר ב"פגיעה באוטונומיה", כנזק בר-פיצוי, בכל מצב שבו הטענה בדבר שלילת כוח הבחירה של הצרכן מתייחסת לעצם הרכישה של מוצר, בעקבות אי-הגילוי, או ההטעיה מצד העוסק, כאשר התחושות השליליות הנובעות מאותה פגיעה נוגעות רק לכעס ולאובדן האמון בעוסק בעקבות התנהלותו העוולתית. דעתי היא כי הכרה בפגיעה כאמור היא, אמנם, אפשרית – אולם רק במקרים חריגים, למשל: כאשר בעקבות ההטעיה נמנעה מהצרכן אפשרות מעשית לרכוש מוצר חליפי.

לא זה המקרה שבפנינו. דבר לא מנע מהמערערת 2 לרכוש מוצר חליפי, בעלות נמוכה יחסית, כפי שאכן עשתה לאחר שנודע לה על אודות קיומו של "חשש חמץ" במוצר שרכשה. ודוק: כפי שציינתי לעיל, לטעמי, עיקר הפגיעה באוטונומיה במקרים מהסוג שבפנינו (כשמדובר במוצר צריכה, שקיימים לו תחליפים דומים בשוק) – איננה מצויה בשלילת כוח הבחירה של הצרכן ברכישת המוצר, אלא בכך שלנוכח ההטעיה, או אי-הגילוי מצד העוסק – הצרכן עשה במוצר שימוש, שאלמלא ההטעיה, או אי-הגילוי הוא היה נמנע ממנו. בענייננו: פרינר, לכאורה, הכשילה את צרכניה שומרי הכשרות לפסח (שרכשו את המוצרים, מושא התובענה), והעמידה אותם בפני סיכון של החזקה, או אכילה, בפסח, של מוצר, אשר הרבנות קבעה כי קיים לגביו "חשש חמץ". ביחס לאותם צרכנים שצרכו (אכלו) בפועל, את המוצר, בניגוד לתפיסת עולמם, לאמונתם, לערכי-הדת, או המסורת שלהם, הרי ש"הסיכון" שבפניו העמידה אותם פרינר – התממש, ואין קושי להכיר בכך כפגיעה באוטונומיה שלהם. לעומת זאת, ביחס לאותם צרכנים שהתוודעו להטעיה, לכאורה, טרם צריכתו של המוצר – נותרה הפגיעה באוטונומיה שלהם, עיונית בעיקרה.

47. מסקנתי הנ"ל, שלפיה במצב הרגיל לא יהיה זה מוצדק להכיר בנזק של פגיעה באוטונומיה רק בשל קיומה של הטעיה, הפרת חובת-גילוי, או הפרת חובה אחרת מצידו של עוסק, מבלי שנלווה אליה "דבר מה נוסף" – מתחייבת, לטעמי, לנוכח הרציונלים העומדים בבסיס ההכרה בראש-נזק זה. תוצאה אחרת, תוביל בהכרח לכך שכל פעולה של עוסק אגב הפרה של חוק, או תקן, תקים ללקוחו עילת תביעה (יייצוגית)



בגין פגיעה באוטונומיה – גם כאשר באופן מהותי לא נגרמה כל פגיעה ממשית. כך, למשל, כל לקוח שרכש מוצר ראוי, או קיבל שירות מועיל ממי שניהל את עסקיו ללא רישיון – עשוי לטעון כי האוטונומיה שלו נפגעה, בטענה כי לא היה מתקשר בעסקה עם אותו עוסק, אילו היה מודע לאי-החוקיות הכרוכה, למשל, בפעילותו העסקית. תוצאה זו איננה מתקבלת על הדעת. יש בה, להשקפתי, משום הרחבה לא ראויה של המונח "פגיעה באוטונומיה" והיא אף עלולה להביא לזילות בהליך הייצוגי, שחשיבותו ככלי-אכיפה בידי הצרכן – רבה. גישתי זו אף עולה בקנה אחד עם התוצאה שהתקבלה בעניין תנובה 2, שבו נפסק הפיצוי בהתאם לשיעור הצרכנים שנגרמו להם תחושות שליליות עקב כך שהם צרכו את החלב והכניסו את הסליקון שהוא הכיל – לגופם, שלא על דעתם.

נזקי ממון בתביעה בגין הטעיה צרכנית

48. בית המשפט קמא הנכבד קבע, כאמור, כי למערערת 2 נגרם, לכאורה, נזק ממון בר-פיצוי בעקבות התנהלותה של פריניר בפרשה. נזק ממוני זה, שנגרם לצרכנים מסוגה של המערערת 2, מתבטא הן בחסרון-הכיס שנגרם לצרכן בעקבות רכישתו של מוצר, אשר כתוצאה מן ההטעיה נמנע הצרכן מלעשות בו שימוש, והן בהוצאות שנאלצו צרכנים מסוגה של המערערת 2 להוציא כדי לרכוש מוצר תחליפי. עוד קבע בית המשפט קמא הנכבד, כאמור, כי גם למערער 1 נגרם נזק ממון המשתקף בחסרון-הכיס שהוסב לו עקב רכישתו של מוצר, אשר אלמלא ההטעיה מצידה של פריניר הוא היה נמנע מרכישתו. נזק זה משותף אף הוא לכלל חברי הקבוצה מסוגו של המערער 1 שבשמה הוגשה התובענה. קביעות אלה של בית המשפט קמא הנכבד מקובלות עלי, באופן עקרוני, בנסיבות המיוחדות של המקרה הנוכחי, ולא מצאתי מקום להתערב בהן בשלב זה, שכן סוגיית הנזקים שנגרמו לחברי הקבוצה שבשמה הוגשה התובענה צריכה, ממילא, להתברר ולהתלבן עוד בהמשך, הן מהבחינה העובדתית והן מהבחינה המשפטית, בגדרי הדיון בתובענה הייצוגית גופה. יחד עם זאת, אני מוצא לנכון להעיר כאן כי לא בכל מקרה שבו לקוח צרך מוצר בעקבות מעשה הטעיה, לכאורה, מצד עוסק – יהיה הצרכן זכאי להשבת הסכום ששילם בעד המוצר – כולו, או חלקו. הדבר אפשרי, לטעמי, רק במקרים חריגים ביותר – כגון זה שלפנינו – שבהם תכונותיו של המוצר שנצרך בפועל (בעקבות הטעיה מצד העוסק ותוך הסתמכותו על מצג מטעה) שונות באופן מהותי מתכונותיו של המוצר שהצרכן התכוון לצרוך, עד כי מתקיים למעשה מעין "כשלון תמורה מלא". בסיטואציה כזו השבה היא, כמובן, בלתי אפשרית ועל אף זאת הצרכן יהיה זכאי לפיצוי בגין מחיר המוצר. הדבר דומה למקרה שבו מי שרכש רכב פגום, למשל, מבלי שהמוכר גילה לו את דבר הפגם עשה תאונת דרכים

ברכב בשל הפגם והרכב ניזוק total loss. הרוכש יוכל עדיין לבטל את העסקה ולתבוע מהמוכר שהטעה אותו כי יחזיר לו את מלוא התמורה, אף שאין בידו להשיב למוכר את הרכב. השוו: דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ד' עמ' 642-643 (תשע"א-2011) ועיינו גם: ע"א 607/83 אהרן נ' קרסנטי, פ"ד מב(1) 397 (1988).

כהשלמה לקביעות הנ"ל, ומבלי לטעת מסמרות בדבר, אני מוצא לנכון להפנות כאן גם לדברים הבאים, מתוך מאמרם של פרוקצ'יה וקלמנט, המאירים פן נוסף של הנזק הממוני הנובע מקיומה של "הטעיה צרכנית" במקרה קרוב לזה שבענייננו (המתקיים, לגישתם, אף ללא הסתמכות של הצרכנים על מצג-השווא) שעשויים להצדיק פיצוי חלקי בגין המחיר. וכך הם כותבים:

"...מצגי-שווא בתחום הצרכני מיועדים להציג את העסקה באור חיובי יותר מנקודת-מבטו של הצרכן מכפי שהיא בפועל. המציג מבקש להגדיל את הביקוש למוצר, ולכך נלווית בדרך-כלל גם עלייה במחירו. עליית המחיר הינה "נזק" שנגרם לצרכן באופן סיבתי עקב המצג. נזק זה נגרם לא רק לצרכנים שהסתמכו, אלא לצרכנים כולם: גם צרכן שהחלטתו לרכוש לא נבעה ממצג-השווא, ועל-כן הוא לא הסתמך עליו, סבל בכל-זאת נזק אם שילם בעבורו מחיר העולה על זה שהיה משלם אלמלא המצג; ובאופן דומה, גם צרכן שלא נחשף כלל למצג, ולכן לא הסתמך על האמור בו, סבל נזק אם שילם בגינו מחיר גבוה יותר".  
(שם, בעמ' 10).

סיכום ביניים

49. אשר על כן, דעתי היא כי המערערים הוכיחו ברמת ההוכחה הנדרשת בשלב זה כי יש להם עילות תביעה כנגד פרינר וכי קיימת אפשרות סבירה שהן תוכרענה לטובת הקבוצה. התוצאה היא, איפוא, כי דין הערעור-שכנגד – להידחות, בכפוף להערותי שלעיל.

עתה אעבור לליבון הטענות שהועלו בערעור ביחס לאותם תנאים הנדרשים לשם אישור התובענה כייצוגית, שלגביהם קבע בית המשפט קמא הנכבד כי אינם מתקיימים כאן, ולבירור המחלוקות שנתגלעו בין הצדדים בסוגיות הקשורות בהן.

סעיף 10(א) לחוק – האומנם נדרש הצרכן להיות מודע להטעיה כדי להיכלל בקבוצה?

50. סעיף 10(א) לחוק תובענות ייצוגיות, שעניינו "הגדרת הקבוצה", קובע כך:

10. (א) אישר בית המשפט תובענה ייצוגית, יגדיר בהחלטתו את הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה; לא ייכלל בקבוצה אדם שעילת תביעתו נוצרה לאחר המועד שבו אושרה התובענה הייצוגית כאמור. (ההדגשה שלי – ח"מ).

בית המשפט קמא הנכבד ראה בסיפא של סעיף זה תנאי מהותי לאישור התובענה כייצוגית. לשיטתו: "סביר להניח כי חלק רב מאלה שנפגעו ממצגיה של פריניר ידעו, אם בכלל, על ההטעיה רק לאחר שיתפרסם דבר אישורה של התביעה הייצוגית, ועילת תביעתם, לפיכך, תיולד רק באותו מועד". משכך, הרי שלנוכח הוראת הסיפא של סעיף 10(א) לחוק – צרכנים אלה לא ייכללו בקבוצה. למעשה, כך על פי קביעת בית המשפט קמא הנכבד, טרם אישור הבקשה ופרסומה, אין בנמצא קבוצה ממשית של צרכנים שנפגעו מעוולותיה הלכאוריות של פריניר, אשר מצדיקה את ניהול התובענה כייצוגית, ולפיכך – התובענה הייצוגית איננה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין (ראו: סעיף 27.2 לפסק הדין, מושא הערעור).

קביעתו של בית המשפט קמא הנכבד מניחה כי הנזקים הנטענים, יתגבשו ביחס למרבית חברי הקבוצה שבשמה הוגשה התובענה רק לאחר שיוודע להם על אודות ההטעיה מצידה של פריניר, באמצעות פרסום דבר אישורה של התובענה כייצוגית. ביסוד גישה זו מונחת התפיסה שלפיה בהיעדר מודעות לדבר קיומו של "חשש חמץ" במוצרים, מושא התובענה, "נחסכו" מהצרכנים הן נזקי הפגיעה באוטונומיה שתוארו לעיל (קרי: עוגמת הנפש והתחושות השליליות בעקבות הידיעה כי הם צרכו בפסח מוצר שלפי אמונתם והשקפתם הדתית-הלכתית הם היו נמנעים מלצרוך), והן נזקי הממון מהסוג שתואר על ידי המערערת 2 – ובהיעדר נזק לחברי הקבוצה הנטענת (טרם המועד שבו אושרה התובענה), לא התגבשה אצלם עילת תביעה, המאפשרת להם להיכלל בגדרי הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה.

אין בידי להסכים עם ההנחות העומדות בבסיס קביעה זו ועם תוצאתה – אשר חותרות, בעיני, תחת תכליותיהם של חוק תובענות ייצוגיות ו-חוק הגנת הצרכן, משלושה טעמים חלופיים שאותם אפרט מיד.

טעם ראשון לשלילת הפרופוזיציה שהביאה לדחיית אישור התובענה – קיומו של נזק לחברי הקבוצה איננו תנאי לגיבושה של הקבוצה

51. ראשית, מודעות לקיומה של "הטעיה צרכנית" איננה חלק מיסודותיה של העילה לפי סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן, הנוקט בלשון: "עלול להטעות". האיסור על הטעיה הוא איסור התנהגותי המכוון כלפי העוסק (ואף חובת הגילוי היא כזו). ודוק: עילת ההטעיה לפי סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן מניחה כי קיימים פערי מידע בין העוסק לבין הצרכן. חוסר-המודעות של הצרכן נוכח התנהלותו המודעת של העוסק היא, ברוב המקרים, אינהרנטית להטעיה הנטענת. בעוד שהעוסק מודע, בדרך כלל, להטעיה מצידו – הצרכן, ברוב המקרים, לא יהיה מודע לה, בזמן אמת, ויתוודע אליה (אם בכלל) רק בדיעבד (אף על פי שעילה זו עשויה לחול גם אם הצרכן גילה, לפני שנכרתה עיסקה, כי הוא הוטעה, ובשל כך לא ביצע את העיסקה; ראו: דויטש, דיני הגנת הצרכן, 84).

52. את המונח "עילה" שבהוראת סעיף 10(א) לחוק תובענות ייצוגיות יש לפרש, בענייננו, על פי תכליתו, תוך התבוננות על החוק כמכלול, ועל פי התכליות העומדות בבסיסו של חוק הגנת הצרכן, שעליו נסמכות עילות התביעה כאן. פרשנות תכליתית זו מובילה, לטעמי, למסקנה כי גם אם "אין מקום לפצל את הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה מן הפיצוי בגין עוגמת נפש ותחושות שליליות שנגרמו לנפגע בגין אותה פגיעה", בהיות הפגיעה באוטונומיה והתחושות השליליות בעקבותיה כרוכות זו בזו – הרי שלצרכי פרשנות המושג "עילה" שבסעיף 10(א) לחוק, יש מקום להבחין בין ראש-הנזק של "פגיעה באוטונומיה", לבין "הנזק התוצאתי" שנגרם בשל הפגיעה באוטונומיה, המתבטא בעוגמת נפש ובתחושות שליליות. תימוכין לגישתי האמורה ניתן למצוא בהלכת דעקה, שבגדרה נפסק כי ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה הוא ראש נזק עצמאי, שאיננו תלוי בתחושות נלוות נוספות. כך עולה גם מפסיקת בית המשפט זה בעניין תנובה 2, וזאת למרות הקביעה שלפיה: "מקום שהוכח כי חלק מחברי הקבוצה נותרו אדישים לעצם הפגיעה באוטונומיה שלהם – אין מקום לפסוק פיצוי בגין ראש נזק זה" (דברי חברי, השופט ע' פוגלמן, שם).

53. הדבר מתיישב גם עם פסיקתו של בית משפט זה שלפיה, לצורך גיבושה של עילת ההטעיה לפי סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן די בכך שעוסק עשה דבר העלול להטעות צרכן בעניין מהותי בעסקה – ואין צורך בקיומה של הטעיה בפועל ובנזק שנגרם כפועל יוצא ממנה (אלא לצורך קבלת פיצוי כספי – כפי שנפסק, למשל, בהלכת ברזני). ממילא גם לא נדרש כי הצרכן יהיה מודע להטעיה שנעשתה כלפיו, לשם

גיבושה של עילת תביעה. ראו גם דברי חברתי, השופטת א' חיות, בעניין תנובה 2: "אכן, באי הגילוי עצמו טמונה שלילת כוח הבחירה מן הצרכן. ובענייננו, באי פירוט הסיליקון כאחד מרכיביו של המוצר שללה תנובה מן הצרכנים את האפשרות לבחור ולהחליט באופן מושכל האם הם מעוניינים לרכוש ולצרוך אותו. די בכך על מנת להוכיח כי הפגיעה באוטונומיה נגרמה. שאלה אחרת היא השאלה האם די בכך כדי לבסס זכות לפיצוי..." (שם, בפסקה 36). עמד על כך אף חברי, השופט י' עמית, בעניינו בעניין סלומון: "ניתן לומר כי עצם צריכת מוצר המכיל קדמיום אמנם מהווה פגיעה באוטונומיה של הצרכן, אולם בהעדר קיומו של נזק המתבטא בתחושות שליליות, פגיעה זו לא תצמיח זכות לפיצויים".

54. הנה כי כן, כשמדובר בתובענה צרכנית בגין פגיעה באוטונומיה של הצרכן בעקבות הטעיה, או הפרת חובת גילוי מצד העוסק – עילת התביעה נוצרת, כאמור לעיל, עם רכישתו של המוצר, שלא מדעת, בתקופה שלגביה היתה הטעיה, ועם עשיית השימוש במוצר, בניגוד לאמונותיו, או להשקפת עולמו של הצרכן, בעקבות ההטעיה. במקרים מסוג זה, זכאי להיכלל בגדרי הקבוצה, לגישתי, כל מי שעילת התביעה שלו נוצרה עד למועד הגשת הבקשה לאישור התובענה כייצוגית, כאמור, וזאת גם נזקו יתגבש במועד מאוחר יותר (לאחר השיפת דבר ההטעיה בעקבות אישור התובענה, למשל), ואף אם בסופו של יום ייתכן והוא לא יהיה זכאי לקבל איזה מבין הסעדים שנתבעו (כגון: פיצוי אישי – ראו והשוו: עניין תנובה).

יחד עם זאת, לא מיותר להעיר כאן כי לידיעה המאוחרת, בדיעבד ובחלוף שנים רבות, עשויה בהחלט להיות השפעה על גובה הפיצוי האישי הראוי להיפסק בשל הפגיעה באוטונומיה של הצרכן והנזק התוצאתי הנלווה לה, ככל שהתובענה תתקבל (עיינו: צחי קרן פז "פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות" המשפט י"א 187, 206, 217).

55. מכאן נובע, לגישתי, כי שלילת האפשרות לפסוק פיצוי לאדם פלוני (בהיעדר קיומו של "נזק תוצאתי סובייקטיבי") – איננה משמיעה בהכרח את המסקנה כי "עילת תביעתו" של אותו אדם, בגין הפגיעה באוטונומיה שלו לא "נוצרה" כלל. הנה כי כן, למצער ככל שהדברים אמורים ביחס לתובענות ייצוגיות ולמושג "עילת תביעה" בסעיף 10(א) לחוק: "עילת תביעה" – לחוד, והתגבשות של נזק המצמיח זכאות לפיצוי – לחוד.

הבחנה זו עולה בנסיבות המקרה שבכאן, בקנה אחד גם עם הוראת סעיף 20(א) לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע: "הכריע בית המשפט בתובענה הייצוגית, כולה או חלקה, לטובת הקבוצה שבשמה נוהלה התובענה הייצוגית, כולה או חלקה, רשאי הוא במסגרת החלטתו על מתן פיצוי כספי, או סעד אחר לחברי הקבוצה – להורות, בין השאר..." (ההדגשה שלי – ח"מ). ללמדך – שגם בקביעת הסעד אין בית המשפט מוגבל אך ורק לסעד של פיצוי כספי (שהענקתו מחייבת, בנסיבות העניין שבפנינו, הוכחת קיומו של נזק וקשר סיבתי בינו לבין המצג המטעה), אלא שבית המשפט מוסמך אף לתת "סעד אחר", שאיננו מותנה, בהכרח, בהוכחתם של הרכיבים האמורים, ובלבד שהתובענה הוכרעה לטובת הקבוצה שבשמה היא נוהלה.

56. כפי שצינתי לעיל, עיקר משמעותה של הפגיעה באוטונומיה בפרשה שלפנינו היא בשלילת כוח הבחירה של הצרכן בשל קיומו של מצג מטעה, לכאורה, ואי גילוי של עניין מהותי בעסקה; אשר בעקבותיהם צרכנים שומרי כשרות לפסח רכשו ו/או הכניסו לגופם מזון, בניגוד לערכי האמונה, הדת, המסורת, או לתפיסות-העולם שבהן הם מחזיקים. פגיעה זו התגבשה, לכאורה, אצל חברי הקבוצה שבשמה הוגשה התובענה, כבר בעת קבלת ההחלטה לרכוש, או לצרוך (לאכול) – שלא מדעת ובעקבות ההטעה לכאורה – את המוצרים מושאי התובענה, במהלך חג הפסח, והיא משותפת, לכאורה, לכלל הצרכנים חברי הקבוצה שרכשו, או שצרכו בפועל את המוצרים, שלא על דעתם ובניגוד להשקפת עולמם הדתית-מסורתית. פגיעה זו איננה תלויה בתחושות שליליות מאוחרות, העלולות להיגרם לצרכנים בשל פרסום דבר אישורה של הבקשה וחשיפת הפרשה ברבים, והיא קיימת גם בהיעדר ידיעה על אודות ההטעה הנטענת ועל הודעת הרבנות האזורית בדבר קיומו של "חשש חמץ" במוצרים. לשון אחר: עוגמת הנפש והתחושות השליליות שעלולות להיגרם לצרכנים לאחר שייוודע להם (בעקבות אישור התובענה ופרסומה) כי הם צרכו במהלך חג הפסח מוצרים שהיה בהם "חשש חמץ" – אינן שקולות, בהכרח, לפגיעה באוטונומיה שלהם, פגיעה שהתגבשה עם קרות "האירוע המקפח" (בהשאלה מדברי חברתי, הנשיאה (בדימ') ד' בייניש ב-ע"א 2718/09 "גדיש" קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ (25.8.2012), בפיסקה 43 (להלן: עניין גדיש)).

57. ודוק: הקביעה בעניין תנובה 2, שלפיה לא יינתן פיצוי לחברי הקבוצה שלא חוו תחושות שליליות משנודע להם כי בחלב ששתו היה סיליקון – היתה מחויבת המציאות לנוכח אופייה וטיבה של הפגיעה הנטענת ומושאה שם. עיקר התחושות השליליות בעניין תנובה נבעו מתפיסות אסוציאטיביות גרידא בעניין שאיננו נוגע בהכרח להעדפותיו הצרכניות של הפרט. בנסיבות שאפפו את עניין תנובה לא ניתן היה להניח –

בהתאם לאמות מידה אובייקטיביות – כי לכל חברי הקבוצה, ולמצער למרביתם, נגרם נזק לא ממוני מהסוג שנטען שם. אדרבה: הוכח שם (באמצעות סקר צרכנים) כי היו מבין חברי הקבוצה כאלה, אשר נותרו אדישים להטעיה ולהימצאותו של סליקון בחלב.

המקרה שלפנינו – שונה. ענייננו נמנה, לגישתי על אותם מצבים קיצוניים, שבהם ההטעיה לגבי מרכיביו של מוצר מזון, ובפרט בעיתוי שבו היא נעשתה, היא בעלת חשיבות מיוחדת לצרכן, בשל העדפות הנובעות מאמונה דתית, ממסורת, או מתפיסה הלכתית מקובלת. הפגיעה הנטענת באוטונומיה של הצרכנים שומרי הכשרות לפסח, משותפת, ברמת סבירות של וודאות קרובה, למרבית חברי הקבוצה הנטענת, אם לא לכולם (ראו: דברי השופטת א' פרוקצ'יה בעניין תנובה 1, שהובאו לעיל). בשונה מעניין תנובה 1 (שבו נותרה חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה, בדעת מיעוט כאמור) – העניין שלפנינו: "נופל בגדר אותן קטגוריות מקרים שבהם הטעיה, או טעות לגבי מרכיביו של מוצר, עלולים לגרום לצרכן – בהתאם לסטנדרטים אובייקטיבים – פגיעה רגשית ממשית שמקורה במחויבות לערכים, להשקפות, או בהעדפה מיוחדת למטרה מוגדרת" (דברי חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה בפסקה 15 לחוות דעתה בעניין תנובה 1). הנה כי כן, לא מדובר במקרה זניח שבו התנהלות העוסק חושפת את הצרכן למוצר הלוקה בסטייה קלה מהוראות תקן זה או אחר (השוו: דברי חברתי, השופטת מ' נאור, בעניין תנובה 1), אלא בהתנהלות מודעת, לכאורה, של עוסק, אשר הציג בפני ציבור הצרכנים של מוצריו מצג חד-משמעי מטעה. מצג זה פגע ביכולתם של חברי הקבוצה שבשמה הוגשה התובענה לעשות בחירה מושכלת בין מוצרים דומים, בהתאם להעדפות הצריכה שלהם, המבוססות על ערכי-דת, אידיאולוגיה והשקפות עולם – והעיקר: העמיד את הצרכנים בסיטואציה שבה הם הכניסו לגופם מוצר מזון, שתכונותיו שונות באופן מהותי מכפי שנחזה, באופן שמנוגד להעדפותיהם האישיות המבוססות על ערכי-דת, אמונה, מסורת, או תפיסות עולם אידיאולוגיות.

58. יתרה מכך – את המונח "עילה" שבהוראת סעיף 10(א) לחוק תובענות ייצוגיות יש לפרש כאמור תוך התבוננות על החוק כמכלול, ועל פי התכליות העומדות בבסיסו של החוק. מנגנוני הפרסום הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות נועדו, בין היתר, לקדם את תכליותיה של התובענה הייצוגית, ובהן: מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים (סעיף 1(1) לחוק) ואכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו (סעיף 1(2) לחוק). פרסום דבר אישורה של תובענה ייצוגית צרכנית נועד, איפוא, בין היתר, לחשוף התנהלות עוולתית של עוסק וליידע את הצרכנים שנפגעו ממנה אודות הפגיעה שנגרמה להם. למכשיר דיוני זה חשיבות רבה

בעיקר בנוגע לצרכנים "הבלתי מודעים", שנגישותם למשפט נמוכה והם אינם מודעים לזכויותיהם המהותיות והדיוניות ולפגיעה בהן. ראו והשוו בהקשר דומה: עניין גדיש, שבו ציינה הנשיאה ד' בייניש כי התובענה הייצוגית (שם – בדיני ניירות ערך) היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקות, בין היתר מהטעם ש"אפשר כי רבים מחברי הקבוצה כלל אינם מודעים לעצם קיומה של הפגיעה בזכויותיהם ולהיקפה, וגם מסיבה זו אין להניח כי יפנו לבית המשפט" (שם, בפסקה 46).

וידגש: האינטרס הציבורי תומך בחשיפתן של עוולות צרכניות ונקיטה באמצעים שיש בהם כדי להרתיע עוסקים מפני הפרות של הדין והסתרה של מעשיהם, או מחדליהם – גם אם תיגרמנה לצרכנים (שבעקבות התנהלותו של העוסק נפגעה האוטונומיה שלהם) רק בעתיד תחושות שליליות נלוות בעקבות הידיעה כי העוסק עוול כלפיהם. לא מיותר להזכיר בהקשר זה כי בעניין תנובה 2, נדחתה טענתה של תנובה לפיה הפרסומים בתקשורת בעקבות חשיפת הפרשה ניתקו את הקשר הסיבתי בין מעשיה לבין התחושות השליליות של הצרכנים – וזאת, בין היתר, מהטעם שתנובה היא זו שגרמה, במעשה ההטעיה ההמוני שביצעה, לחוסר וודאות באשר להשפעות המדויקות של הפרסומים על רגשות הצרכנים (ראו: שם, בפסקה 38).

59. המשמעות המעשית של קבלת עמדתה של פריניר ביחס לפרשנותו של סעיף 10(א) לחוק היא איפוא מתן תמריץ לעוסקים לנקוט במדיניות של אי-גילוי והסתרה כלפי צרכניהם. אלא שנורמת ההתנהגות הראויה לעוסק בנסיבות שבהן מתגלים טעות, או פגם במוצר שיוצר על-ידי היצרן (ובוודאי כשמדובר במוצרי מזון, או כאשר נוכח הפגם במוצר קיים חשש בטיחותי בשימוש בו) – היא גילוי ויידוע ציבור הצרכנים, כדי שאלה יוכלו לכלכל צעדיהם בהתאם. יש לפיכך לדחות את טיעונה של המשיבה, שהרי כפועל יוצא מקבלת עמדתה, יהיו אלה דווקא אותם צרכנים "חלשים", שאינם מודעים לזכויותיהם או להטעיה שנעשתה כלפיהם, אשר יוצאו מכלל הקבוצה המייצגת, ולא יזכו לקבלת סעד הולם מהפרת הדין.

תוצאה שכזו, שבה חוטא – יוצא נשכר, ואילו הצרכנים-הנפגעים נותרים וידיהם על ראשם – חותרת תחת תכליותיהם של חוק הגנת הצרכן וחוק תובענות ייצוגיות. מכאן נובע, איפוא, כי עוסק שהפר את החובות המוטלות עליו, הטעה את צרכניו, או הסתיר מהם מידע שהוא חייב לגלותו – לא יוכל להיבנות מהתנהלותו חסרת תום הלב, ולהיות "חסין" מפני תובענה ייצוגית נגדו מהטעם "שעד למועד אישור הבקשה לא היו די צרכנים שהיו מודעים להפרה".



60. בהקשר זה אטעים כי כבר נפסק שההליך של תובענה ייצוגית (ותובענה ייצוגית צרכנית בכלל זה) הוא הליך ייחודי. הנה כי כן, גם אם מיושמים בגדרו עקרונות מדיני הנזיקין – יש לעשות כן בזהירות ובשים לב לתכליותיו של ההליך. עמד על כך המשנה לנשיאה א' ריבלין, בעניין אביב שירותים משפטיים, בכתבו כך:

“...אין לשלול את האפשרות כי האופי הקבוצתי-ייצוגי של ההליך ישרה במקרים מסוימים על דרך בחינתו של יסוד הקשר הסיבתי, כפי שהוא משליך על יסודות נוספים... אפשר, ולא באתי לקבוע מסמרות בעניין זה היום, כי חוק תובענות ייצוגיות הגביר את האפשרות הזו לאור הדגשתו את הפן הקבוצתי והגמשתו את התנאים שבהם נדרשים לעמוד תובעים ייצוגיים, והכל לצורך הדגשת תכליות התובענה הייצוגית... פרשנות פרטנית דווקנית ליסוד הקשר הסיבתי עלולה לפיכך לסתום את הגולל על תובענות ייצוגיות רבות בניגוד לתכלית חוק תובענות ייצוגיות...” (שם, בפסקה 10).

דברים אלה מתאימים, לדעתי, בשינויים המחויבים, גם ביחס לסוגיה שנדונה כאן.

טעם שני לשלילת הפרופוזיציה שמנעה את אישור התובענה כיצוגית – לחברי הקבוצה נגרמו נזקי ממון, שאינם תלויים במודעות להטעיה, וממילא עילתם התגבשה עוד טרם הגשת התובענה

61. קביעתו של בית המשפט קמא הנכבד התבססה על ההנחה שהתחושות השליליות ועוגמת הנפש שנגרמה למערער 1 והנזק הממוני שנגרם למערערת 2 – אינם יכולים להתגבש ללא מודעות לדבר קיומה של ההטעיה, ומשכך צרכנים לא-מיודעים אינם יכולים להיכלל בקבוצה שבשמה הוגשה התובענה. דא עקא, שהנחה זו איננה לוקחת בחשבון את העמדה הגורסת כי מצגי-שווא בתחום הצרכני יוצרים נזק המתבטא, למצער, בעליית מחירו של המוצר, ובכך שהצרכן שילם בגין המוצר מחיר העולה על זה שהיה משלם אלמלא המצג – ונזק זה מתגבש גם בהיעדר מודעות לדבר קיומה של ההטעיה מצד העוסק (ראו והשוו לדבריהם של המלומדים פרוקצ'יה וקלמנט, הנ"ל).

טעם שלישי “דיוני” לשלילת הפרופוזיציה שמנעה את אישור התובענה כיצוגית – הנטל לסתור את החזקה שלפיה למרבית הצרכנים היה נזק אילו היו מודעים להטעיה הוטל על פריניר והיא לא עמדה בו לעת הזו

62. לתוצאה המתוארת לעיל ניתן להגיע גם בדרך שונה במעט, כפי שאדגים כעת. במצבים מהסוג הנ"ל, כאשר העוולה הצרכנית שעליה נסמכת התובענה הייצוגית היא: הטעיה מודעת, במעשה (או במחדל), בנוגע למוצר מזון; בעניין הקשור בקשר ישיר להעדפותיו המוגדרות של צרכן לצריכת מזון בעל אפיון מסוים, בשל מחויבות לערכי-דת, אידיאולוגיה, או השקפת עולם; בנושאים שלגביהם נקבעו על ידי המחוקק נורמות התנהגות מפורשות שעל פיהם מחויב העוסק לנהוג (כגון: כשרות) – ניתן להניח כהנחת מוצא (בבחינת חזקה עובדתית הניתנת לסתירה), למצער בשלב הדיון בבקשה לאישור התובענה כייצוגית, כי רוב רובם של הצרכנים בעלי ההעדפות לצריכת מוצרי מזון כשרים לפסח בהשגחת הרבנות (שבשםם הוגשה התובענה), היו משיבים בשלילה אילו נשאלו מראש האם בדעתם לרכוש לקראת הפסח, ולצרוך במהלך חג הפסח, מוצר-מזון שהרבנות קבעה כי קיים לגביו "חשש חמץ" וקראה למכרו "במכירת חמץ" (ראו והשוו: עניין אביב שידותים משפטיים, בפסקה 10; עניין תנובה 2, בפסקה 37). עוד ניתן להניח כי רוב רובם של חברי הקבוצה הנטענת היו מביעים מורת-רוח, חוסר נוחות ותחושות שליליות (כגון: עוגמת נפש, חוסר נוחות, תסכול, כעס, אובדן אמון, וכיוצא באלה), בעוצמה כזו או אחרת, באם הם היו מתוודעים לפגיעה באוטונומיה שנגרמה להם, קרי: לכך שהם צרכו (אכלו) בפסח, מוצר מזון, בניגוד לדעתם, לבחירתם, לאמונתם ולהשקפת עולמם ההלכתית. הנטל לסתור חזקה זו – מוטל על פי הפסיקה על פרינר, ולעת הזו היא לא הרימה אותו.

63. לסיכום תת-פרק זה, עמדתי היא, איפוא, כי אין לאפשר לפרינר – אשר יצרה, בהתנהלות מכוונת, לכאורה, את ההטעיה הנטענת; נמנעה מלגלות לציבור צרכניה עובדות שהיה עליה לגלותן "בזמן אמת"; והביאה למצב הדברים שמנע ממרבית צרכניה (כך לפי קביעת בית המשפט המחוזי הנכבד) להתוודע בזמן אמת להטעיה – להיבנות ממעשיה וממחדלה. לגישתי, במקום שבו ניתן לומר במידה קרובה של וודאות כי הפגיעה באוטונומיה של הצרכן הסביר, היתה מלווה בתחושות שליליות אילו היה מתוודע, בזמן אמת, להטעיה הנטענת ולפגיעה באוטונומיה שלו, וכי תחושות שליליות אלה "נחסכו" מהצרכן "הודות" להימנעותו של הנתבע מגילויין של עובדות שהיה עליו לגלותן לצרכניו – כי אז אין בכך שהתחושות השליליות האמורות (שהן אינהרנטיות, כאמור, לפגיעה באוטונומיה) עלולות להתעורר בקרב חברי הקבוצה רק בדיעבד (כגון: במועד אישורה של התובענה כייצוגית) כדי לפטור את העוסק-המעוול מאחריות. תוצאה זו נובעת גם מחובת תום הלב החלה בעניין מכוח סעיף 61 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים). מקור אנלוגי נוסף לגישתי האמורה ניתן למצוא, בין היתר, גם בהוראת סעיף 28(א) לחוק החוזים, הקובע: "היה חוזה מותנה בתנאי מתלה וצד אחד מנע את קיום התנאי, אין הוא זכאי להסתמך על אי-קיומו". וראו

גם: דברי חברתי, השופטת א' חיות, בעניין תנובה 2 (שם באשר להחלטתה של דוקטרינת "הקשר הסיבתי הקבוצתי"): "חיזוק להחלתה של דוקטרינה זו בנסיבות המקרה שבפנינו ניתן למצוא בכך שתנובה היא זו אשר בהתנהגות מכוונת יצרה את מצב הדברים המקשה על איתור חברי הקבוצה ועל קיום בירור פרטני לגבי היסודות שהוכחתם נדרשת על פי דיני הנזיקין" (שם, בפסקה 37).

64. מכאן נובע, לגישתי, כי בשלב זה של הדיון בבקשה לאישור התובענה כייצוגית, ובהיעדר נתונים לסתור, היה על בית המשפט המחוזי הנכבד להניח, בנסיבות העניין, כי ביחס לכל הצרכנים של המוצרים, מושאי התובענה, ולמצער ביחס למרביתם – עילות התביעה, כמשמען בסעיף 10(א) לחוק – נולדו כבר בעת שהם צרכו את המוצרים במהלך חג הפסח, שלא על דעתם (והכל – עקב המצג המטעה, לכאורה, שהציגה בפניהם פרינר ובניגוד לאמונתם ולתפיסות ערכיות-מסורתיות שבהן הם מחזיקים), ועל כן הם זכאים להיכלל בגדרי הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה.

האם התובענה הייצוגית הינה הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת?

גודל הקבוצה איננו מצדיק את ניהול התובענה כייצוגית – האמנם?

65. קביעתו של בית המשפט קמא הנכבד כי גודלה של הקבוצה שבשמה הוגשה התובענה איננו מצדיק את ניהולה כייצוגית, מבוססת על ההנחה שלפיה עד למועד אישורה של התובענה לא יהיו בקבוצה די צרכנים שעילת תביעתם כבר נולדה – ומשכך, התובענה הייצוגית איננה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.

הנחה זו – שגויה, לדעתי, לנוכח כל האמור לעיל.

66. זאת ועוד – אחרת. אפילו לגישתה של חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה, שנתרה בדעת מיעוט בעניין תנובה – המקרה שבפנינו איננו מסוג המקרים שבהם לא ניתן לומר כי קיימת קבוצת צרכנים בעלת היקף ניכר שהם בעלי עניין אמיתי בתובענה ייצוגית לפיצוי בגין פגיעה בלתי ממונית. כאמור, מקרה של הטעיה, לכאורה, בכשרות של מוצר מזון, הוא בהחלט מסוג המקרים שבהם הפגיעה שנגרמה, לכאורה, לצרכן (שעשה שימוש במוצר) היא ברורה על פניה עד כי לא יכול להיות ספק שציבור צרכנים גדול מאוחד באינטרס משותף להעמיד במבחן משפטי את מעשה ההפרה של העוסק.

עיינו בדבריה של חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה בפיסקה 17 לחוות דעתה בעניין תנובה 1, בהם היא מציינת, בין היתר, כי: "וודאות כזו היתה קימת אילו דובר למשל במכירת מזון בלתי כשר בתורת מוצר כשר" (שם, שם).

המערערים כאן הציגו בפני בית המשפט קמא הנכבד נתונים שמהם עולה לכאורה כי פריניר החזיקה בתקופה הרלבנטית בפלח שוק בלתי-מבוטל. מנתונים אלה ניתן להסיק, לכאורה, כי היו לא מעט צרכנים, אשר רכשו וצרכו את מוצריה של פריניר לקראת פסח שנת 2004 ובמהלכו. נתונים אלה לא נסתרו על-ידי המשיבה לעת הזו. לפיכך, ונוכח הקושי באיתורם של חברי הקבוצה לצורך הגשתן של תביעות אישיות, בנסיבות העניין – נראה כי התובענה הייצוגית היא אכן הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת.

67. בהקשר זה יוער עוד כי ההערכה שלפיה מספרם של חברי הקבוצה יהיה קטן יחסית – איננה מחייבת בהכרח את הקביעה כי התובענה הייצוגית איננה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. הדרישה שלפיה: "גודלה של הקבוצה מצדיק הגשת התובענה כתובענה ייצוגית", שהיתה קיימת בעבר בחוקים שהכירו באפשרות להגיש מכוחם תובענות ייצוגיות (ראו, למשל: סעיף 35ב(2) לחוק הגנת הצרכן (שבוטל)) – איננה קיימת כיום, בחוק תובענות ייצוגיות. ברי כי כאשר בית המשפט מתרשם שמספרם של חברי הקבוצה הפוטנציאליים הוא גדול, וקשה לזהותם, לא יהיה קושי להכיר בהליך הייצוגי כהליך היעיל וההוגן להכרעה במחלוקת, שכן ללא הליך זה ניתן להניח שהמחלוקת לא תברר כלל. ואולם, גם כאשר מונה הקבוצה מספר מועט של תובעים, ייתכן בכל זאת שהדרך הראויה וההוגנת לדון במחלוקת ביניהם לבין הנתבע הנה התובענה הייצוגית, אם משום שקיים קושי לאתר את התובעים, או אם משום שהתובעים חוששים לאשר את התובענה המוגשת בשם כל אחד מהם, שכן הנתבע יכול להטיל עליהם עלויות שונות, או להתנכל להם" (ראו: אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט' 131, 146 (2007) (להלן: קלמנט קווים מנחים)).

כשמדובר בתובענה צרכנית העיקר – בהקשר זה – הוא, לטעמי, בכך שבית המשפט ישתכנע בדבר קיומה של קבוצה רלבנטית של בני אדם, ושמקיימים לגבי התובענה יתר התנאים הנדרשים בחוק לאישורה כייצוגית (ראו: סיני דויטש, תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון, מחקרי משפט כ' 328-329 (2004) (להלן: דויטש)). לפיכך, מקובלת עלי טענת המערערים, שלפיה במקום שבו מתרשם בית המשפט, בשלב הדיון בבקשה לאישור התובענה כייצוגית, כי גודלה של הקבוצה "לא

ברור", אך אין בידיו נתונים לקבוע כי מדובר בקבוצה קטנה שאין קושי מובנה לאתר את חבריה – הכף צריכה לנטות לעבר אישור הבקשה (בכפוף להתקיימותם של יתר התנאים הנדרשים).

68. הנחה נוספת שעליה מבוססת, כפי הנראה, קביעתו של בית המשפט קמא הנכבד הנ"ל היא כי אין אפשרות דיונית לכלול בגדרי הקבוצה את הצרכנים שנזקם יתגבש (לשיטת בית המשפט קמא הנכבד) לאחר שייוודע להם על דבר ההטעיה לכאורה.

גם הנחה זו מוטעית לדעתי – וזאת לנוכח הוראת סעיף 10(ב) לחוק, הקובע לאמור:

"על אף הוראות סעיף קטן (א), רשאי בית המשפט להתיר צירוף של אדם לקבוצה שאותה הגדיר לפי אותו סעיף, אף שלא נכלל בה במסגרת החלטת בית המשפט כאמור באותו סעיף קטן;..."

הוראה זו מקנה לבית המשפט סמכות לצרף לקבוצה, גם לאחר החלטת האישור, כל אדם נוסף, לפי שיקול דעתו. תכלית הוראה זו היא לחסוך התדיינויות נוספות, ולשפר את נגישותם של אנשים נוספים, בעלי עילת תביעה דומה לעילה שאושרה, לבית המשפט (ראו דברי ההסבר לסעיף 9(ב) להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ה"ח 234, כ"ו בטבת התשס"ו, 26.1.06), ומן הראוי לעשות בה שימוש במקרים המתאימים.

שונות בין הנזקים שנגרמו לחברי הקבוצה וקושי אפשרי בחלוקת הפיצוי

69. בית המשפט קמא הנכבד קבע, כאמור, כי הדרך של תובענה ייצוגית איננה הדרך ההולמת כאן לניהול התובענה, מאחר ש"גם אם תתקבל התביעה, הרי בסופו של דבר יצטרך כל תובע שנמנה עם הקבוצה להוכיח את נזקו ואת הפיצוי שהוא זכאי לו, שכן הנזק משתנה מפרט לפרט בהתאם למידת שמירתו על אכילת מאכלים כשרים (לעניין הפיצוי בגין עוגמת נפש), הכמות אותה רכש, האם הוא קנה מוצר חלופי, מתי נודע לו על ההטעיה וכו'" (סעיף 27.2 להחלטה).

אין בידי להסכים לקביעה זו ואנמק להלן.

70. שונות בין חברי הקבוצה, המחייבת בירור אינדיבידואלי של אחריות הנתבע לנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה, עשויה, אמנם, להוביל לעיתים למסקנה כי התביעה איננה מתאימה להתברר בדרך ייצוגית. ואולם, שונות שכזו בנוגע לנתונים שאינם מהותיים להכרעה בשאלת האחריות, אלא רלבנטיים בעיקרם לקביעת שיעור הפיצוי שייפסק לכל אחד מחברי הקבוצה, אם התובענה תתקבל – איננה גורעת מכשירותה של התובענה להתברר כתובענה ייצוגית, וזאת אף אם תידרש (בשלב של קביעת הפיצוי) בחינת זכאות פרטנית לקבלת סעד, ביחס לכל אחד מחברי הקבוצה, או לבעלי מאפיינים שונים בקרבם. קביעה זו מתבקשת, בין היתר, לנוכח המנגנונים שנקבעו בחוק במטרה לסייע בידי בית המשפט להתמודד עם שונות מסוג זה.

וכך נאמר בעניין תנובה 2 ביחס לטענה דומה לזו שהעלתה פרינר כאן, בדבר חוסר ההומוגניות בין חברי הקבוצה הנטענת:

“אכן, במקרים שבהם קיימת שונות רבה בין חברי הקבוצה עשוי הדבר להוליך אל המסקנה כי העניין אינו מתאים להתברר בדרך של תובענה ייצוגית (...). אך דומה כי טעם זה בדבר שונות בין חברי הקבוצה כוחו רב לו לדחיית בקשה לאישור תובענה כייצוגית ואף לדחייתה אם אושרה, באותם המקרים שבהם עשויה השונות להשליך על קביעת החבות ועל דבר קיומה של עילת התביעה” (שם, בפסקה 55; ההדגשה שלי – ח”מ).

ועוד:

“נימוק השונות שהעלתה תנובה אין בו כדי להועיל לה במקרה דנן. נימוק זה מתמקד כל כולו בשלילת האפשרות לפסוק פיצוי אחיד בגין הנזק הלא ממוני שנגרם לחברי הקבוצה בנסיבות העניין וזאת לטענתה בשל העדר אחדות מבחינת הניזוקים בהקשר זה. שונות זו לא הצדיקה בעיני בית המשפט את שלילת אישורה של התובענה כייצוגית ומקובלת עלי עמדתו של בית משפט קמא כי אין בה גם כדי לשלול את פסיקת הסעד לאחר בירורה של התובענה הייצוגית שאושרה כאמור” (שם, בפסקה 55).

שכן:

“להבדיל משונות בין חברי הקבוצה הפוטנציאלית העשויה להשליך על קיומה של עילת תביעה ועל עצם זכותו של כל חבר לקבלת סעד, השונות הנוגעת לגובה הפיצוי יש לה מענה במנגנונים השונים שנקבעו בסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות, באשר לסעד אותו מוסמך בית המשפט להעניק. קביעתם של מנגנונים אלה נועדה להבטיח כי שונות בין חברי הקבוצה לעניין קביעת הסעד,

כמו גם קשיים אחרים בהוכחת הנזק הנובעים, למשל, מחוסר יכולת לזהות את חברי הקבוצה או לאתרם, לא יכשילו על הסף את בירור העניין בדרך של תובענה ייצוגית ואת הגשמת התכליות העומדות ביסודו של הליך זה מבחינת אינטרס הציבור ומבחינת הקבוצה הנוגעת בדבר, עליהן עמדנו בהרחבה לעיל. על כן, שונות לעניין גובה הנזק אין בה, ככלל, כדי להכשיל את בירורה של התובענה כייצוגית ואת מתן הסעד בגדרה, לרבות פיצוי אחיד שייקבע על דרך האומדנה, אלא אם כן לא ניתן בנסיבותיו של מקרה נתון לקבוע פיצוי הולם על-פי איזה מן המנגנונים הקבועים בסעיף 20". (שם, בפסקה 55).

71. ואכן, החוק כולל הסדר סטטוטורי מקיף ומפורט, לרבות לעניין דרכי ההוכחה של הזכאות לסעד הנתבע, והוא מאפשר, בין היתר, פסיקת סעד גמיש "לטובת הקבוצה", או "לטובת הציבור" – גם באותם המקרים שבהם פסיקת פיצוי לחברי הקבוצה האינדיבידואליים "אינו מעשי בנסיבות העניין, בין משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה ובין מסיבה אחרת". "סיבה אחרת" כזו עשויה להתקיים במקרים שבהם אין אפשרות לחשב במדויק את הסכום הכולל של הנזק, משום שהנתונים שיש בהם כדי ללמד עליו הם צבר של נזקים פרטניים שהוכחתם המדויקת תלויה בעדותו של כל אחד מחברי הקבוצה ויש קושי להציג עדויות אלה, למשל, משום שחברי הקבוצה אינם ניתנים לזיהוי, או קיים קושי באיתורם (ראו: עניין תנובה 2, בפסקה 49).

72. יישום האמור על נסיבות המקרה שלפנינו מוביל למסקנה כי בית המשפט קמא הנכבד שגה כאשר דחה את הבקשה לאישור התובענה הייצוגית מהטעם של חוסר הומוגניות בין חברי הקבוצה, מבלי שבחן את האפשרות להתמודד עם הקושי הנטען, תוך שימוש בסמכויות שהוענקו לו לשם כך בחוק.

73. עוד עולה מן האמור לעיל כי גם החשש שעליו הצביע בית המשפט קמא הנכבד, לפיו ספק אם וכאשר תתקבל התביעה, יבואו תובעים להוכיח את נזקם, או לקבל את הפיצוי (שיהיה בכל מקרה קטן, לטעמו) – לא די בו, כשהוא לעצמו, כדי להביא לדחיית הבקשה לאישור התובענה כייצוגית.

פתרון ראוי לחשש האמור במקרים מהסוג שלפנינו, עשוי להיות פסיקת סעד "לטובת הקבוצה" או "לטובת הציבור", כגון: חיוב הנתבע בהורדת מחירים (בהשוואה למחיר הקודם) בשיעור מסוים למשך זמן קצוב, קביעת "הסדר הנחות" לחברי הקבוצה, או לציבור; חיוב הנתבע בהקצאת משאבים למחקר; חיוב הנתבע בחלוקת מוצרים

לנזקקים (ראו, למשל, הסעדים שהוצעו ונפסקו בעניין תנובה 2), וכיוצא באלה סעדים לפי שיקול דעת בית המשפט בהתאם לנסיבותיו הקונקרטיות של העניין. מכל מקום: "יש לחתור לכך שהעדר אפשרות לזהות את הניזוקים – לא יציב מכשול בלתי עביר בפני הגשת תביעות לבית המשפט" (ראו: עניין תנובה 2, בפסקה 50, והאסמכתאות הנזכרות שם).

74. כמעט מיותר לציין בהקשר זה כי העובדה שסכום הפיצוי האישי הנתבע הוא קטן יחסית – איננה יכולה לשמש טעם לדחיית הבקשה לאישור בנימוק שהתובענה הייצוגית איננה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת, שהרי מכשיר התובענה הייצוגית נועד בדיוק למצבים מעין אלו. כך הסביר זאת המחוקק במבוא להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005 (ה"ח הכנסת 93, 26.7.2005, בעמ' 232):

"כלי משפטי זה נועד בעיקר למצבים שבהם תאגיד גדול או רשות פוגעים בציבור גדול באופן שלכל פרט נגרם נזק קטן אשר אינו מצדיק הגשת תביעה על ידו, אולם סך כל הנזק המצטבר לציבור הנפגעים הוא רב... מכשיר התובענה הייצוגית משרת לא רק את האינטרס הפרטי של הנפגעים, אלא גם את האינטרס הציבורי בכך שהוא מרחיק מזיקים פוטנציאליים מפני הפרת הוראות החוק, גם כאשר מדובר בהפרות חוק קטנות."

וכך פסקנו, למשל, גם בענין הפניקס, שם נאמר כך:

"מקרה טיפוסי בו תובענה ייצוגית צפויה להיות הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת הוא מקרה שבו הסעד המגיע לכל אחד מחברי הקבוצה אינו גבוה מספיק בכדי להצדיק הגשת תביעה אישית. תובענות ייצוגיות כאלו אף כונו בעבר "תובענות ייצוגיות קלאסיות" (...). במקרים כאלו, תובענה ייצוגית אינה רק הדרך היעילה ביותר לדיון בנושא, אלא היא ככל הנראה גם הדרך היחידה שבה יזכה עניינם של חברי הקבוצה לבירור משפטי... (פסקה 18 לחוות דעתו של חברי, המשנה לנשיא (בדימ'), א' ריבלין).

השימוש בשיקולי "מאזן הנוחות" בשלב אישור התובענה כייצוגית

75. שיקול נוסף שהנחה את בית המשפט קמא הנכבד בדחותו את בקשת המערערים לאישור תביעתם נגד פריניר כייצוגית היה השיקול של "מאזן הנוחות" בין הצדדים. לגישתו: "הנזק הרב הטמון באישור התביעה כייצוגית (אין ספק כי כבר ברגע שתאושר התביעה כייצוגית ייגרם נזק רב [לפריניר] ולמוניטין שלה) הינו גדול מאוד



לעומת היתרונות שיש להליך זה, במקרה דנן, במיוחד בהתחשב בכלל הנסיבות של ההטעיה לה טוענים [המערערים] (עמ' 46-47 להחלטה).

76. חוק תובענות ייצוגיות מעניק, אמנם, לבית המשפט שיקול דעת באם לאשר תובענה כייצוגית – ושיקול דעת זה איננו מוגבל אך ורק לתנאים הקבועים בסעיף 8(א)(1)-(4) לחוק. הדבר נלמד, בראש ובראשונה, מלשון הרישא של סעיף 8(א) לחוק, הקובע כי: "בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:..." מכאן, שגם במקרים שבהם מתקיימים כל התנאים הקבועים בסעיפים קטנים (1) עד (4) לסעיף 8(א) לחוק, עדיין נותר לבית המשפט מרחב שיקול דעת, והוא רשאי שלא לאשר את התובענה כייצוגית, אם מצא טעם ראוי לכך.

יחד עם זאת, אין להתעלם מכך שהשיקול של "מאזן הנוחות" לא נסתר מעיני המחוקק כאשר הוא התווה בחוק את אמות המידה להפעלת סמכותו של בית המשפט באישור תובענה כייצוגית. כך, מיד בסמוך להוראת סעיף 8(א) לחוק, נקבע, בסעיפים 8(ב)(1) ו-8(ב)(2) לו, כדלקמן:

"על אף הוראות סעיף קטן (א) –

(1) הוגשה בקשה לאישור נגד המדינה, רשות מרשויותיה, רשות מקומית, או תאגיד שהוקם על פי דין ושוכנע בית המשפט כי עצם ניהול ההליך כתובענה ייצוגית צפוי לגרום נזק חמור לציבור הנזקק לשירותיו של הנתבע או לציבור בכללותו לעומת התועלת הצפויה בניהולו בדרך זו לחברי הקבוצה ולציבור, ולא ניתן למנוע את הנזק בדרך של אישור בשינויים כאמור בסעיף 13, רשאי בית המשפט להתחשב בכך בבואו להחליט אם לאשר תובענה ייצוגית;

(2) הוגשה בקשה לאישור נגד גוף המספק שירות חיוני לציבור, תאגיד בנקאי, בורסה, מסלקה או מבטח, ושוכנע בית המשפט כי עצם ניהול ההליך כתובענה ייצוגית צפוי לגרום נזק חמור לציבור הנזקק לשירותיו של הנתבע או לציבור בכללותו, כתוצאה מפגיעה ביציבותו הכלכלית של הנתבע, לעומת התועלת הצפויה מניהולו בדרך זו לחברי הקבוצה ולציבור, ולא ניתן למנוע את הנזק בדרך של אישור בשינויים כאמור בסעיף 13, רשאי בית המשפט להתחשב בכך בבואו להחליט אם לאשר תובענה ייצוגית".

הנה כי כן, בהוראות סעיפים 8(ב)(1) ו-8(ב)(2) לחוק הביע המחוקק דעתו כי בית המשפט רשאי להתחשב בשיקולים של "מאזן הנוחות" בין התועלת (המצרפית)

הצפויה מניהולו של ההליך בדרך של תובענה ייצוגית לבין הנזק ("החמור") שייגרם לציבור הנזקק לשירותיו של הנתבע, או לציבור בכללותו – כאשר מדובר בבקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד: המדינה, רשות מרשויותיה, רשות מקומית, או תאגיד שהוקם על פי דין, או כאשר הבקשה לאישור הוגשה כנגד גוף המספק שירות חיוני לציבור, תאגיד בנקאי, בורסה, מסלקה או מבטח. וגם זאת – רק לאחר שבית המשפט השתכנע כי "לא ניתן למנוע את הנזק [לציבור – להבדיל מהנזק לנתבע] בדרך של אישור בשינויים כאמור בסעיף 13".

יודגש, כי בהתאם להוראת סעיף 8(ב)(2) לחוק – גם כאשר הנתבע נמנה על הגופים המפורטים באותו סעיף קטן – הפגיעה במוניטין והנזק הכלכלי העלולים להיגרם לו כתוצאה מאישור התובענה כייצוגית, כשלעצמם אינם מסוג הנזקים שהמחוקק סבר כי על בית המשפט להתחשב בהם בבואו להחליט בבקשה לאישור. השיקול שעל בית המשפט להניח על כפות המאזניים בבואו להעריך את "מאזן הנזקים", או "מאזן הנוחות" בנסיבות העניין, איננו "הפגיעה ביציבותו הכלכלית של הנתבע" – אלא הנזק הצפוי לציבור הנזקק לשירותיו של הנתבע, או לציבור בכללותו, בעקבות הפגיעה ביציבות הכללית של הנתבע. גם במקרה כזה לא די בקיומו של נזק כלשהו על מנת שבית המשפט יתחשב בשיקול זה בגדרי הדיון בבקשה לאישור התובענה כייצוגית, אלא נדרש כי בית המשפט ישתכנע שבעקבות הפגיעה ביציבות הכלכלית של הנתבע – ייגרם לציבור הנזקק לשירותיו, או לציבור בכללותו נזק חמור.

77. ודוק: המחוקק הכיר, אמנם, באפשרות להתחשב בנזק הכלכלי העלול להיגרם לנתבע גם אם הוא איננו נמנה על הגופים "הציבוריים" המנויים בסעיף 8(ב)(2) לחוק, אך זאת רק בשלב של קביעת שיעור הפיצויים ואופן תשלומם, לאחר ההכרעה בתובענה (להבדיל משלב האישור). כך מורה סעיף 20(ד)(2) לחוק:

"הכריע בית המשפט לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, בתובענה ייצוגית, כולה או חלקה, שהוגשה נגד נתבע שאינו מנוי בפסקה (1) [המדינה, רשות מרשויותיה, רשות מקומית, או תאגיד שהוקם על פי דין – ח"מ], רשאי הוא, בבואו להחליט בדבר שיעור הפיצויים ואופן תשלום הפיצויים, להתחשב גם בנזק העלול להיגרם, בשל תשלום הפיצוי, שיעורו או אופן תשלומו, לנתבע, לציבור הנזקק לשירותי הנתבע או לציבור בכללותו, כתוצאה מפגיעה ביציבותו הכלכלית של הנתבע, לעומת התועלת הצפויה מכך לחברי הקבוצה או לציבור".

מכלל ההן – נלמד לאו. בגדרי הדיון בבקשה לאישור תובענה כייצוגית, שהוגשה כנגד גוף "פרטי" – אין, ככלל, מקום לכך שבית המשפט יעניק משקל מכריע לשיקולים מהסוג של פגיעה כלכלית בנתבע, או במוניטין שלו. פגיעות מהסוג האמור הן, למעשה, תוצאה מסתברת כמעט בכל מקרה שבו מאושרת תובענה ייצוגית. אכן, "ההשלכות הכלכליות הדרמטיות המגולמות בהחלטה בדבר אישור תובענה ייצוגית נגד גוף כלשהו, ובמיוחד גוף מסחרי כלכלי, עלולות להיות קשות והרסניות (דברי השופט ט' שטרסברג-כהן ב-רע"א 6567/97 בזק נ' עיזבון המנוח אליהו גת ז"ל, בפסקה 7) – ואולם, אין זה ראוי כי שיקול מסוג זה יכריע את גורלה של התובענה כאשר מתקיימים לגביה יתר התנאים הנדרשים לשם אישורה כייצוגית. הפתרון להתמודדות עם החשש מפני פגיעה במידה העולה על הנדרש בנתבע צריך להיות בנקיטת מידה של זהירות באישורן של תובענות ייצוגיות. זהירות זו צריכה לבוא לידי ביטוי בבחינה קפדנית של התקיימות התנאים הנדרשים לשם אישורה של תובענה כייצוגית על פי הדין ובהתאם לתכליותיו של החוק, על מנת למנוע אישורן של תובענות סרק שאינן ראויות להתברר כייצוגיות, ואין בנמצא אינטרס ציבורי התומך בניהולן ככאלה. מסקנה זו תיתכן בתובענות צרכניות מהסוג שבפנינו, למשל, כאשר ברור על פני הדברים כי אין ולא כלום בין "הפגיעה באוטונומיה" הנטענת לבין התנהלותו של העוסק בנסיבות העניין, וכל תכליתה של הגשת התובענה הייצוגית בעילה זו היא לעקוף את הוראת סעיף 20(ה) לחוק, הקובעת, בין היתר, כי "בית המשפט לא יפסוק בתובענה ייצוגית... פיצויים בלא הוכחת נזק..."

78. יתרה מכך – כפי שציינתי בפתח דברי, קבלת בקשה לאישורה של תובענה ייצוגית, היא רק "שלב מקדמי" בהליך, ואיננה בגדר "סוף פסוק" בתובענה. בגדרי שלב מקדמי זה על בית המשפט "לבצע בחינה מקדמית של סיכויי התובענה לשם הגנה מידתית על זכויות הנתבעים. לעניין זה, די לו לבית המשפט לעקוב בדקדקנות אחר לשון המחוקק ולראות האם קיימת "אפשרות סבירה" להכרעה לטובת קבוצת התובעים; הא ותו לא". החמרת התנאים לאישור תובענה כייצוגית, חורגת מהאיזון שקבע המחוקק, ועל כן היא איננה ראויה. ככלל, בשלב זה, יש להקפיד על בירור התנאים המוגדרים בחוק – והם בלבד. ראו והשוו: דברי חברי המשנה-לנשיא (בדימ') א' ריבלין בפסקה 15 לפסק-דינו בעניין הפניקס, בגדרם הוא התייחס גם לפגיעה במוניטין של הנתבע הגלומה בתובענה הייצוגית. מדבריו שם עולה כי נוכח העובדה שקבלת הבקשה לאישור תובענה כייצוגית, הינה שלב ביניים מקדמי בלבד – הפגיעה במוניטין של הנתבע היא, ממילא, מוגבלת. באותו עניין הצטרפתי לפסק-דינו של חברי בשתי הסתייגויות (שאינן בנושא זה), וגישתו מקובלת, איפוא, בעיקרה, גם עלי.

79. יחד עם זאת, מאחר שהסמכות לאשר תובענה כייצוגית היא עודנה סמכות שבשיקול דעתו של בית המשפט ומאחר שמוטלת על בית המשפט חובה להפעיל את סמכותו על פי החוק באופן שלא יפגע במידה העולה על הנדרש בזכויותיו של הנתבע – אין, לדעתי, לשלול על הסף את האפשרות כי ייתכן ויתקיימו מקרים חריגים וקיצוניים שבהם בית המשפט עשוי, לפרקים, לבסס את החלטתו לדחות בקשה לאישור תובענה ייצוגית גם על שיקולים של "מאזן נוחות", וזאת במסגרת בחינת השאלה האם התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין (ראו: סעיף 8(א)(2) לחוק). מקרים מסוג זה עשויים להתקיים, לטעמי, רק כאשר כבר בשלב הדיון בבקשה לאישור התובענה כייצוגית מגיע בית המשפט – על בסיס נתונים שהוצגו בפניו – למסקנה כי: (א) לנתבע תיגרם, באופן וודאי, פגיעה משמעותית ביציבות הכלכלית שלו, כתוצאה מאישור התובענה כייצוגית; (ב) אין הצדקה לפגיעה שכזו בנתבע, שכן התועלת המצרפית העשויה לנבוע כתוצאה מניהולה של התובענה כייצוגית, לקבוצה או לציבור, גם אם התובענה תתקבל במלואה – היא זניחה באופן אבסולוטי; ו-(ג) התכליות הציבוריות שאותן נועד ההליך הייצוגי להגשים, ובעיקרן: הרתעה מפני הפרת הדין ומתן סעד הולם לנפגעים ממנה – הושגו, בין כתוצאה מעצם הגשת התובענה ובין באמצעים אחרים (כגון: כאשר הנתבע נטל אחריות על התנהלותו, שינה את דרכיו, ונקט באמצעים כדי להיטיב את נזקם של מי שנפגעו כתוצאה מהתנהלותו, או חויב לעשות כן בהליכים מקבילים). גם זאת רשאי בית המשפט לעשות, רק לאחר ששוכנע כי לא ניתן למנוע את הנזק האמור לנתבע בדרך של אישור התובענה הייצוגית בשינויים, כאמור בסעיף 13 לחוק. תנאים אלה לא התקיימו בענייננו.

האם האספקט הציבורי שבתובענה הייצוגית הושג מעצם העמדתה של פרינר לדין פלילי?

80. לגישתו של בית המשפט קמא הנכבד, המטרה הציבורית של מכשיר התובענה הייצוגית וההגנה על הצרכנים – הושגה מעצם העמדתה של פרינר לדין פלילי בגין הפרשה שביסוד התביעה (עמ' 47 להחלטה). למסקנה זו אין בידי להסכים.

לא די בעצם העמדתו של עוסק, לדין פלילי, בגין הפרת הוראות חוק הגנת הצרכן, כדי לקבוע כי התכליות שההליך הייצוגי האזרחי נועד להגשים – התמלאו. חוק תובענות ייצוגיות נועד, אמנם, בין היתר, להעניק בידי הפרט כלי משפטי שיהא בו כדי לסייע בהתמודדות עם בעיות של תת-אכיפה בנושאים צרכניים. תכלית זו מושגת, לכאורה, כבר בעצם ההעמדה לדין של עוסק בגין הפרת הוראות הדין החלות עליו. גם התכלית של הרתעה ציבורית ו"חינוך" העוסקים להתנהלות צרכנית ראויה – מושגת, לכאורה, במידה מסוימת, כבר בעצם הגשת כתב אישום. ואולם, כל עוד ההליך הפלילי

לא הסתיים בהרשעה תוך הטלת סנקציה משמעותית בצידה (וודאי שבהליך שכזה ראוי לשמור על כל זכויות הנאשם, אשר בהתחשב במטריה הפלילית מוצדק בהחלט לזכותו במקרים המתאימים) – מידת ההרתעה היא מוגבלת, והשפעתו של ההליך הפלילי על "האספקט הציבורי" – מצומצמת, אם בכלל קיימת. יתרה מכך, סמכותו של בית המשפט בהטלת קנס בהליך הפלילי – אף היא מוגבלת, והיקף "הסיכון הכלכלי" (שהוא, בעיני, הגורם העיקרי המרתיע במקרים כגון אלה), שאליו חשוף הנתבע – מצומצם באופן משמעותי ביחס להיקף הסיכון שאליו נחשף הנתבע בתובענה ייצוגית אזרחית (בהתחשב בגודל הקבוצה ובסכום הנתבע).

זאת ועוד – אחרת. אחת מתכליותיה של התובענה הייצוגית היא, כאמור, "מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין". ההליך הפלילי לפי חוק הגנת הצרכן לא נועד לשרת מטרה זו ואין בכוחו להשיגה, וזאת גם אם בסופו של יום יסתיים ההליך בהרשעה. יתר על כן השוני בנטלי ההוכחה החלים בכל אחד מסוגי ההליכים – מוביל אף הוא למסקנה כי הסיכוי שה"אפקט הציבורי" הנדרש יושג באמצעות התובענה הייצוגית, גדול יותר מהסיכוי להשיגו באמצעות ההליך הפלילי. לא די, איפוא, בעצם ההעמדה לדין של עוסק בהליך פלילי, ולעיתים קרובות אף לא בהרשעת העוסק בגדרי אותו הליך – כדי להשיג את תכליותיה של התובענה הייצוגית. ראו, למשל, עניין תנובה, שבו אישר בית משפט זה את התובענה כייצוגית, למרות הרשעת המשיבה בהליך פלילי שהתנהל נגדה בגין באותה פרשה, וחרף עמדתה החולקת של השופטת פרוקצ'יה, אשר סברה כי ההליך הפלילי שנסתיים בהרשעתם ובהענשתם של המעורבים בפרשה השיג במידה רבה את אפקט ההרתעה מהפרת החוק (עיינו: פסקה 19 לחוות-דעתה, שם)).

81. תוצאתו של ההליך הפלילי שהתנהל נגד פריניר היא, אולי, ההוכחה הטובה ביותר לקושי בקביעתו של בית המשפט קמא הנכבד בהקשר זה. במהלך בירור ההליך שבפנינו, הסתיים ההליך הפלילי שהתנהל נגד פריניר (ומנהלה דאז) בבית משפט השלום בטבריה – בזיכוי וכנראה שהיו טעמים טובים לכך במישור הפלילי. עם זאת לנוכח תוצאה זו ההנחה שפריניר הורתעה מפני הפרת הדין בעתיד – היא, למצער, מוקשית.

82. מעניין לעניין – באותו עניין. פריניר ביקשה לצרף לסיכומיה, כראיה, את הכרעת הדין הנ"ל. לאחר שעיינתי בבקשה ובהתנגדות המערערים לה, הגעתי למסקנה כי דין הבקשה להדחות. אבהיר ואנמק:

סעיף 42א(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, קובע כי פסק דין פלילי יהיה קביל כראיה לכאורה אם הרשיע את הנאשם. זאת בשונה מזיכוי של נאשם, שכן מאחר ואשמתו לא הוכחה פוזיטיבית מעבר לספק סביר – אין בזיכוי כדי ללמד על סיכוי של התובע להוכיח את טענותיו נגד הנתבע במישור האזרחי, המסתפק במאזן ההסתברויות בלבד (ראו: פסק-דין ב-ע"א 9075/07 אפל נ' מדינת ישראל (2.4.2012); ע"א 8817/96 רלפו (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, אגף המכס ומע"מ, פ"ד נו(6) 392, 402 (2002); יעקב קדמי על הראיות – הדין בראי הפסיקה חלק שלישי, 1357-1356 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2003)). הנה כי כן בוודאי שאין בהכרעת הדין המזכה כדי לחסום את דרכם של המערערים מפני הוכחת תביעתם האישית והייצוגית, שכן: "יכול אדם להיות מזוכה מן הפן הפלילי שבמעשיו, אך להיות חייב חיוב אזרחי לגבי אותם מעשים עצמם. הווה אומר, שהממצאים והמסקנות במשפט הפלילי רחוקים מלכסות את יריעת התביעה האזרחית" (דברי השופט צ' א' טל ב-ע"א 899/95 ברזל נ' כונס הנכסים הרשמי בתפקידו הוא ובתפקידו כמפרק בנק צפון אמריקה, פ"ד מט(1) 854 (1995)). הדברים נכונים גם בענייננו וזאת בפרט לנוכח הטעמים שהובילו את בית משפט השלום הנכבד בטבריה לתוצאה המזכה, ובלשונו: "רצף מחדלי חקירה, פעולה שגויה של האחראים על מתן הכשרות, [ו]הסתמכות על דברים שבע"פ ללא תיעוד בכתב, הם המובילים לזיכוי הנאשמים".

לא מיותר לציין עוד כי מהחומר המונח בפנינו עולה, לכאורה, שהפרשה מושא הערעור דנן לא היתה המקרה הראשון, ואף לא האחרון, שבו פריניר הפרה, לכאורה, הוראות בענייני כשרות של הגורם ההלכתי שמוצריה מצויים תחת השגחתו. וזאת תוך שהיא ממשיכה, לכאורה, בשיווק מוצריה בתורת כשרים בהשגחתו של אותו גורם (ראו: פרסומים בדבר הסרת השגחת בד"ץ ו-בד"ץ מהדרין ממוצרי המשיכה, עקב הפרה של הוראות הכשרות, בשנת 2003 ובשנת 2005 – מע/ו). נתונים לכאוריים אלה תומכים אף הם במסקנה כי באמצעים שננקטו עד כה כנגד פריניר לא היה, לכאורה, די כדי להרתיע מפני הפרת הדין בנושאי כשרות. במקרים מהסוג המתואר מוצדק להתיר את השימוש בתובענה הייצוגית כ"אמצעי לאכיפת החוק במישור האזרחי, מקום שבו הסנקציה הפלילית-עונשית וסנקציות הרשויות המפקחות אינן מספיקות" (רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת., פ"ד נז(3) 200, 236 (2005) (להלן: עניין א.ש.ת.)).

ייזום ההליך הייצוגי בידי עורך-הדין ומניעיו

83. האם ייזום ההליך הייצוגי בידי עורך הדין מתוך כוונה להפיק רווח אישי, ונקיטה בפעולות לאיתור נפגעים מהתנהלות צרכנית – עולה כדי חוסר תום לב, או התנהלות בלתי הולמת המצדיקים את דחיית הבקשה לאישור התובענה כייצוגית? – זו הסוגיה שאליה אדרש כעת.

84. טעם נוסף ומרכזי לדחיית הבקשה לאישור התובענה כייצוגית בענייננו, מצא בית המשפט קמא הנכבד בכך שמעדויות המבקשים עלתה, לדבריו, תחושה כי: "הבקשה והתביעה הוגשו למטרה לא כשרה, וכי כל כולו של הרעיון להגשת תביעה ייצוגית היה של עו"ד לוי ומתוך מניעים אישיים ושיקולים של קבלת שכ"ט עו"ד...".

לגישתו של בית המשפט קמא הנכבד: "הדברים הנ"ל מעוררים חשש של ממש שמא הבקשה לאישור תביעה ייצוגית הוגשה בחוסר תו"ל, ולמטרה שלא לשמה נועד ההליך, אלא כאמור ע"מ להעשיר את כיסו של עו"ד לוי שללא ספק היה הוגה הרעיון והכוח המניע מאחורי הגשת התביעה" (סעיף 27.1 לפסק הדין, מושא הערעור).

85. גם אם אניח כי מעדויות המערערים אכן עולה שבא-כוחם, עו"ד לוי, "היה הוגה הרעיון והכוח המניע מאחורי הגשת התביעה", וכי הדבר נעשה "מתוך מניעים אישיים ושיקולים של קבלת שכ"ט עו"ד" (אעיר כי עיון בפרוטוקול הדיון איננו מחייב בהכרח מסקנה זו) – שגה בית המשפט קמא הנכבד, לגישתי, כשקבע כי התנהלות שכזו עולה כדי חוסר תום לב במונח סעיף 8(א)(4) לחוק ודחה את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית גם מטעם זה. אבהיר ואנמק להלן.

86. בעבר, דרשו הוראות החוק שקבעו את התנאים לאישורן של תובענות ייצוגיות (בחוקים שמכוחם התאפשר הדבר), כי התובענה תוגש בתום לב (ראו, למשל, לשון התנאי בסעיף 35ב(1) בחוק הגנת הצרכן (שבוטל), וכן סעיף 54ב(1) בחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק ניירות ערך) (שבוטל)). יחד עם זאת, בית משפט זה קבע כבר בעניין רייכרט, כי שיקולים תועלתניים וכספיים, שהניעו את התובע הייצוגי להגיש את תביעתו – אין בהם כדי לשלול את תום לבו ולהכשיל את אישורה של התובענה כייצוגית. וכך נפסק בהקשר זה שם:

"עצם העובדה שהתובע יפיק רווח לעצמו כתוצאה מהיותו התובע המייצג אין בה – כשלעצמה – לשלול את תום-לבו. לעניין זה מקובלים עליי דבריה של השופטת קמא, כי: 'אילו רצה המחוקק לאפשר את התביעה רק לתובעים המבקשים לייצג את הקבוצה

משיקולים אלטרואיסטיים לא היה קובע תמריץ כלכלי... משנקבע בחוק כי בית המשפט רשאי לפסוק תגמול מיוחד לתובע ייצוגי, אין מקום לטעון לחוסר תום ליבו רק משום שנענה לקריאת המחוקק" (שם, 296).

גם בת"א (ת"א) 937/95, המ' 7295/95 גולדשטיין נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"מ תשנ"ה (3) 427, הנזכר בהמשך הדברים שצוטטו מעניין רייכרט לעיל, נקבע כי אין לקבל את הטענה, שלפיה הגשת תובענה ייצוגית בנושאים צרכניים מתוך ציפייה של התובע ועורך-דינו לקבל רווח אישי ממנה – לוקה בחוסר תום לב המצדיק את דחייתה. וכך נפסק שם:

"...הטענה כנגד משרד עורכי-דין המגיש תובענה צרכנית, כאילו הוא חוטא בחוסרי תום-לב בגין ציפיותיו לרווח, ובמקרה זה – הן של המבקשת כתובעת, והן של משרדה, כבאי-כוחה, היא בלתי-אפשרית... חוק הגנת הצרכן, אף שהוא קובע, כי תובע אלמוני מחויב בהגשת תובענתו בתום-לב (סעיף 35 לחוק), קובע בעת ובעונה אחת תמריצים ופטורים פיסקאליים לתובע המוכן להרהיב עוז בנפשו ולבצע אותה "קפיצת נחשון", לפני כל מחנה הצרכנים. אשר על כן, אינך יכול לומר, בניגוד להוראותיו המפורשות של החוק, כי תובע, המגיש תובענה ייצוגית מתוך ציפייה לקבלת רווח מיוחד מכך, לוקה בחוסר תום-לב...".

(שם, בפיסקה 11; בקשת רשות ערעור על החלטה זו נדחתה מבלי שהתקיים דיון לגוף העניין, ראו: רע"א 6018/95 חברת החשמל נ' גולדשטיין (5.5.1998)).

87. הנה כי כן, אין במניעיו של התובע היוזם את ההליך הייצוגי, המבקש לזכות ברווח, כדי לשלול את תום לבו ולהכשיל את בירור תביעתו כייצוגית (בכפוף להתקיימותם של יתר התנאים הנדרשים). הוא הדין ביתר-שאת בשעה שהמניעים הכספיים האמורים מיוחסים לעורך-הדין, שזה עיסוקו ואין פסול בציפייתו לקבל שכר טירחה בעבור עבודתו.

אדרבה: הדין העוסק בתובענות ייצוגיות מניח כי התובענה הייצוגית נשלטת, הלכה למעשה, על-ידי אנשי המשפט, ולא על-ידי התובע הייצוגי. ראו בהקשר זה את דברי השופטת ט' שטרסברג-כהן בעניין א.ש.ת.:

"...התובענה הייצוגית מביאה בכנפיה גישה חדשה וחדשנית למהותה של התדיינות... ניהול ההליך המשפטי יוצא מידיהם של הצדדים ונשלט על-ידי אנשי המשפט: עורכי-דין ושופטים... אנשי המשפט העומדים במרכזו של הליך זה נוטים לסיימו בפשרה שתהא הוגנת כלפי כלל בעלי העניין המעורבים" (שם, בפיסקה 7).



88. ההנחה הנ"ל עמדה גם לנגד עיני המחוקק בחוקקו את חוק תובענות ייצוגיות. כך, למשל, נכתב בדברי ההסבר שצורפו להצעת החוק בעת שהובאה לקריאת טרומית במליאה:

"הואיל ומלכתחילה הנזק לכל תובע בנפרד קטן ולא מצדיק התדיינות משפטית, הדרך ליצור אינטרס להגשת התביעה היא על ידי הבטחת שכר משמעותי לנציג. בפועל הניסיון מלמד כי מי שיוזם את התביעות הייצוגיות הם עורכי דין, אשר מטרתם היא בראש וראשונה הפקת רווח אישי על ידי זכייה בשכר הטרחה. אין כל פסול ברתימת האינטרס האישי של עורכי הדין לטובת הציבור המיוצג, ואולם הניסיון מלמד כי מצב זה מצריך פיקוח".

(ה"ח מס' פ/890, הועברה לוועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת בתאריך 25.2.2004).

דברים ברוח דומה נכתבו גם בדברי ההסבר ביחס להצעה לכלול בחוק הוראה ספציפית המטילה על התובע המייצג ועל עורך הדין המייצג, חובה לנהוג בנאמנות ובמסירות ולפעול "בתום לב לטובת עניינם של כלל חברי הקבוצה" (כיום מוגדרות חובותיו של בא כוח מייצג בסעיף 17 לחוק, המורה כך: "במילוי תפקידיו, יפעל בא כוח מייצג בנאמנות ובמסירות לטובת הקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה לאישור, או הקבוצה שבשמה מנוהלת התובענה הייצוגית, לפי העניין, כאילו היתה שולחתו, בשינויים המחויבים מכך שההליך הוא הליך ייצוגי"). ראו הדברים שנכתבו שם:

"בתביעה ייצוגית משמשים התובע המייצג ועורך הדין המייצג נציגי ציבור המביאים את דברם של כלל חברי הקבוצה בפני בית המשפט, ומייצגים את עניינם בפניו. התובע המייצג ועורך הדין המייצג נוטלים אחריות לרכושם של אחרים והם עושים זאת על פי רוב בשל התמריץ הכלכלי הקיים בצד תובענות אלה. האחריות המוגברת מחד, והחשש לניגוד עניינים ולניצול לרעה מאידך, מצדיקים קביעת חובות נאמנות ומסירות מוגברות שיחולו הן על עורך הדין והן על התובע המייצג...". (שם, בדברי ההסבר לסעיף 17; ה"ח 93 התשס"ה (26.7.2005), 232, 239; ההדגשה שלי – ח"מ).

וראו גם דברי ההסבר לסעיף 23 להצעת החוק בעניין פסיקת הוצאות:

"...כלל 44 לכללי האתיקה אוסר על עורך דין לשלם מכיסו או להלוות כספים ללקוח כדי לשלם הוצאות הכרוכות במתן שירות מקצועי. מוצע כי בהליכים ייצוגיים לאור העובדה שבמרבית המקרים מי שיוזם את התובענה, מנהל אותה ועומד מאחוריה הוא עורך הדין,

יוכל עורך הדין בתובענה הייצוגית לשאת בעלויות הכרוכות בהגשתה ובניהולה(...)” (ההדגשה שלי – ח”מ).

והשוו: סעיף 23(ב)(2) לחוק, המורה כי בקביעת שיעור שכר הטרחה של בא כוח מייצג יתחשב בית המשפט, בין היתר, גם ב”הוצאות שהוציא לשם כך”.

89. זאת ועוד – אחרת. במהלך עיבודו של החוק בועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת – נדונה האפשרות לקבוע, באופן מפורש בחוק תובענות ייצוגיות, הוראה שלפיה פניה של עורך-דין לחברי קבוצה נטענת בניסיון ליזום תובענה ייצוגית, תוחרג מהאיסור הקבוע בסעיף 56 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ”א-1961 (להלן: חוק לשכת עורכי הדין) – האוסר על עורך דין לשדל, בעצמו או על ידי אחר, כל אדם למסור לידי עבודה מקצועית. מעניין להביא מעט מחילופי הדברים שעלו בדיוני הוועדה בהקשר זה:

”היו”ר רשף חן:

”בואו נסכים שבפועל, בחלק גדול מאוד מהמקרים, מי שמזהה את הבעיה, ויוזם את ההליך, זה עורך דין, יש לו את הכלים לזהות את הבעיה, יש לו את הכלים כדי להבין, ויש לו אינטרס להרוויח כסף. אז אם את תשללי את זה, למשל את היכולת שלו לחפש מקור, לבוא להגיד למישהו שמע, נגרם לך נזק של עשרים שקל, בוא נעשה משהו, בוא נעשה משהו ונרוויח, אתה תרוויח עשרים שקל, אתה תרוויח יותר ואני ארוויח יותר. זה המצב כעורך דין. אם אנחנו [נאסור] את זה, אנחנו הורגים חלק עצום מהתביעות האלה...”

...

היו”ר רשף חן:

”...אני מדבר על שני הדברים - עורך הדין רשאי, על אף האמור בכל דין, להשתתף בהוצאות, והוא רשאי לחפש לקוח, את התובע המייצג. זאת אומרת, הוא רשאי לחפש תובע מייצג.”

...

תמי סלע:

56 (סעיף 56 לחוק לשכת עורכי הדין – תוספת שלי להבהרה – ח”מ) פשוט לא יחול.

היו"ר רשף חן :

"מאה אחוז, קיבלתי, 56 לא יחול..."

"...ברמה המהותית אני מבין מהשתיקה שזה  
מקובל על כולם..."

...

היו"ר רשף חן :

"אני אשמח לשמוע מלשכת עורכי הדין, האם  
הנושא מקובל עליהם. זה פשוט מאוד, וזה לא מקרה  
שאתה זה שחושב שצריך לחשוב על זה, כי הנושא הוא  
מאוד פשוט, אם אנחנו נמנע מעורכי דין לחפש תובעים  
מייצגים, באופן אקטיבי, אנחנו נקטין באופן משמעותי  
מאוד את ההיתכנות של תובענות ייצוגיות."

(מתוך פרוטוקול ועדת המשנה להצעת חוק תובענות  
יייצוגיות (הכנה לקריאה שנייה ושלישית), בעמ' 46-54,  
מתאריך 13.9.2005).

בהתאם לאמור באותה ישיבה, נוסח סעיף 17(ג), שלשונו היתה: "הוראת סעיף  
56 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961, לא תחול על עורך דין בכל הנוגע להגשת  
בקשה לאישור ותובענה ייצוגית או לניהולן". ברם, כשהוחזר החוק למליאת ועדת  
החוקה, חוק ומשפט, לאישורו לקראת קריאה שנייה ושלישית, הושמטה, ללא דיון,  
ההחרגה האמורה, וזאת בעקבות התנגדותה של לשכת עורכי הדין (ראו: פרוטוקול  
ועדת החוקה, חוק ומשפט (מתאריך 7.2.2006) בעמ' 31-32; בעמדה העדכנית  
שהוגשה לנו – לא היתה התייחסות להתנגדות הנ"ל ולנפקתה לענייננו).

בסופו של דבר, כידוע, אושר החוק כפי שהוא בנוסחו כיום, מבלי שניתן  
למצוא בו תשובה מפורשת לשאלה האם ייזום הליך ייצוגי ופנייה של עורך-דין לחברי  
קבוצה פוטנציאלים עולים כדי חוסר תום לב, או התנהלות בלתי הולמת שיש בהם כדי  
לשלול את אישור התובענה כיייצוגית. יחד עם זאת, משנחקק חוק תובענות ייצוגיות,  
רוככה הדרישה לקיומו של תום לב בהגשת התובענה – וכיום סעיף 8(א)(4) לחוק  
דורש: "יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב"  
(ההדגשה הוספה – ח"מ), וזאת לצד הדרישה כי: "עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג  
וינוהל בדרך הולמת (סעיף 8(א)(3) לחוק; ההדגשה הוספה – ח"מ).

90. מן המקובץ עולה כי המחוקק היה ער לטענות מהסוג שנשמע מפי המשיבה כנגד בא-כוחם של המערערים. דא עקא, שלא זו בלבד שהמחוקק לא ראה מקום לקבוע כי ייזום ההליך הייצוגי על-ידי עורך הדין המייצג, ממניעים של רצון להפיק רווח אישי, גורע מסיכוייה של הבקשה לאישור התובענה כייצוגית להתקבל, אלא שהוא אף הכיר בתובע המייצג ובבא-כוחו כמעין יזמים המבצעים אכיפה פרטית של זכויותיהם של כלל חברי הקבוצה, באמצעות בית המשפט – עיינו: גיא הלפטק "תיאוריה כלכלית בדבר התועלת החברתית של מכשיר התביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת החוק" משפט ועסקים ג 247 (2005), וראו גם דברי חברי, השופט י' דנציגר, ב-ע"א 1834/07 קרן נ' פקיד שומה גוש דן (12.8.2012) על אודות תפקידו של התובע המייצג וציפייתו להפיק רווח מההליך ייצוגי (והאסמכתאות שהוא מזכיר), שסיכם כך:

"אם כן, כיצד ניתן לאפיין את תפקידו של התובע המייצג? סבורני כי הדרך הטובה ביותר לעשות כן היא בכינוי התובע המייצג מעין יזם (quasi promoter); התובע המייצג "מניע" את התביעה – מוציא אותה לדרכה, מקדמה, וזאת במטרה להיטיב את נזקו וכן לזכות בגמול עבור פועלו [ראו אצל טלגם במאמרו הנ"ל, בו הוא מכנה את התובע המייצג "יזם". כמו כן, ראו והשוו לרוח הדברים בע"א 262/86 רוט נ' Deak and Co. Inc, פ"ד מה(2) 353 (1991).

מעניין להעיר כי בדיונים בחקיקת החוק כינו חברי הכנסת את הליך התובענה הייצוגית הליך "מעין יזמי", אך ציינו כי עורך הדין הינו היזם העיקרי. ראו: אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט 131, 157 (ובפרט בהערת שוליים 100) (...).

...בהחלט אפשר לומר כי התובע המייצג הוא שבחר לקחת על עצמו את התפקיד ולקדם עבור עצמו ועבור שאר חברי הקבוצה את התובענה על כל המשתמע מכך – כאשר ברקע ניצבת האפשרות (אשר בעקבותיה קמה הציפייה הלגיטימית) לעשיית רווח כלכלי בדמות הגמול האמור (ראו: קלמנט "קווים מנחים", בעמ' 149, המציין כי: "הרצון לעשות רווח באמצעות התובענה הייצוגית הוא ממהותו ועיקרו של מכשיר זה"). אכן, מסכים אני כי במובנים רבים "האינטרס האישי של התובע המייצג הוא שמניע את גלגלי התובענה הייצוגית, ובלעדיו היא לא היתה מוגשת" (ראו: ויצנבליט, בעמ' 18).

והשוו: חמי בן נון, טל חבקיין, אשר גורסים במאמרם: "היש להטיל על תובע נטל לפנות לנתבע לפני הגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית?" (צפוי להתפרסם בעלי משפט יב' (התשע"ד)), כי בהתחשב בכך שעורכי הדין מחזיקים בידע ובמומחיות, הם

אלה שבדרך כלל יוזמים הליכים ייצוגיים ומנווטים אותם, שכן הם, ולא התובע המייצג, הם בעלי האינטרס העיקרי לנהל את התובענה הייצוגית לתכליות המשרתות הן את חברי הקבוצה והן את החברה בכללותה.

יתרה מכך – לא זו בלבד שהמחוקק (ואף בית משפט זה, כאמור) הכיר בפעילותם של התובע המייצג ובא-הכוח המייצג בגדרי התובענה הייצוגית כמעורבים במעין פעילות יזמית, אלא שהחוקק אף הסיט את "קו פרשת המים" לבחינת תום הלב של התובע המייצג ובא-כוחו, משלב הגשת הבקשה לאישור התובענה כייצוגית – לשלב של ניהול התובענה.

91. אכן – החובה לייצג ולנהל את עניינם של חברי הקבוצה בדרך הולמת ובתום לב, המוטלת על התובע המייצג ועל בא-הכוח המייצג, מוסבת בראש ובראשונה כלפי חברי הקבוצה, אשר עניינם מופקד בידיהם. דרישות אלה נועדו להבטיח כי האינטרסים של חברי הקבוצה – שלא מסרו בידי התובע המייצג ו/או בא-כוחו ייפוי כוח פרטני לייצגם ואינם נוטלים חלק פעיל בניהול ההליך (ולעתים אף אינם מודעים כלל לקיומו) – לא יפגעו כתוצאה מייצוגם ומאופן ניהול התובענה בידי מי שמתיימרים לייצג אותם (ראו והשוו: רע"א 378/96 וינבלט נ' בורנשטיין בע"מ, פ"ד נד(3) 247, 267 (2000); אמיר ויצנבליט "ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות" משפטים מג 351, 356-357 (2013)).

הדרישה לייצוג הולם מתמקדת, איפוא, בראש ובראשונה בכשירות של עורך הדין המבקש לייצג את הקבוצה לעשות כן באופן הולם. עורך הדין נדרש להראות (ברמה, לכאורית, שתבסס "יסוד סביר להניח") שיש לו את הכישורים הנדרשים לניהול התובענה הייצוגית באופן שישרת נאמנה את עניינם של חברי הקבוצה (קלמנט קווים מנחים, 131). במישור זה על בית המשפט לתת את הדעת לשאלה האם לתובע המייצג ובעיקר לבא-הכוח המייצג יש את הכשירות, הידע, הניסיון, המיומנות והמשאבים הנדרשים לייצג את עניינם של הרבים וכי יש בידו לפעול במידת המקצועיות, הרצינות והחריצות הראויה על מנת לנהל את התובענה ביעילות ובהוגנות (ראו: עניין גדיש, בפסקה 47).

92. הדרישה לייצג את עניינם של חברי הקבוצה בתום לב היא דרישה נפרדת ושוונה מהדרישה ל"ייצוג הולם". המוקד של דרישה זו מונח, גם הוא, ביחסים שבין כלל חברי הקבוצה לבין "נציגיהם" (ראו: קלמנט קווים מנחים, 150-151). במישור זה, נשאלת

בעיקר השאלה האם האינטרס האישי של עורך הדין בניהול התובענה עולה בקנה אחד עם עניינם של כלל חברי הקבוצה (ראו והשוו: דברי הנשיא א' ברק בעניין טצת). עיקר החשש הוא מפני ניצול ההליך הייצוגי (על "בעיות הנציג" הטבועות בו באופן אינהרנטי) לצורך הפקת רווח אישי, של הנציג, על חשבונם של חברי הקבוצה.

לפיכך, נקבעו בחוק מנגנוני פיקוח ובקרה שתכליתם לוודא, בין היתר, כי עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינוהל "לטובת הקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה לאישור או הקבוצה שבשמה מנוהל התובענה הייצוגית" (ראו: סעיף 17 לחוק), ולא לטובתו האישי של התובע הייצוגי ו/או בא-כוחו, עוה"ד המייצג. כך, למשל, מורה סעיף 16(א) לחוק כי: "מבקש, תובע מייצג או בא כוח מייצג, לא יסתלק מבקשה לאישור או מתובענה ייצוגית, אלא באישור בית המשפט, וכן לא יקבל, במישרין או בעקיפין, טובת הנאה מהנתבע או מאדם אחר בקשר להסתלקותו כאמור, אלא באישור בית המשפט" – וזאת לאחר הגשת בקשה מתאימה לבית המשפט, שבגדרה על מבקש ההסתלקות לצרף תצהיר, ולגלות בו "בגילוי נאות, את כל הפרטים המהותיים הנוגעים להסתלקות" (סעיף 16(ב) לחוק). הוראות דומות נקבעו גם ביחס להגעה ל"הסכם ליישוב הסכסוך שבעניינו הוגשה בקשה לאישור או שבעניינו אושרה תובענה ייצוגית" (דהיינו: הסדר פשרה) – המחייב את אישור בית המשפט (ראו: סעיפים 18(א) ו-1(ב) לחוק), שלא ינתן "אלא אם כן מצא [בית המשפט – ח"מ], כי ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה..." (סעיף 19(א) לחוק). בנוסף, נקבע בחוק כי הסדר פשרה ככזה "לא יכלול הוראה בדבר תשלום גמול למבקש או לתובע המייצג, או שכר טרחה לבא כוח מייצג..." (סעיף 18(ז)(2) לחוק), ובהמשך הוסדרו ונקבעו הוראות מפורטות בנוגע לפסיקת הגמול למבקש או לתובע המייצג ולפסיקת שכר הטרחה לבא-כוח המייצג ולשיקולים שעל בית המשפט לשקול בקביעתם (ראו: סעיפים 22 ו-23 לחוק), ביניהם: "מידת החשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית". ודוק: בהליך אזרחי רגיל תשלום שכר-טרחתו של עוה"ד המייצג את התובע הוא עניין ליחסים הפנימיים בין עורך-הדין לבין הלקוח. פסיקת הוצאות ושכ"ט עו"ד, על ידי בית המשפט, בסיומו של ההליך, לטובת המתדיין שזכה – נועדה לשפותו על הוצאותיו. לעומת זאת, בתובענה הייצוגית, "הלקוח" של בא-כוח המייצג הם, בראש ובראשונה – חברי הקבוצה. הסמכות לפסוק את שכר-טרחתו של בא-כוח המייצג היא עניין לבית המשפט בלבד, והחיוב מושט במקרה כזה על הנתבע (עיינו: ת"צ (מרכז) 4263-03-11). אשל היאור בע"מ נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ (16.4.2012).

93. הנה כי כן, לגישתי, אין מקום לדחות בקשה לאישורה של תובענה ייצוגית ראויה, דהיינו: מבוססת-עילה ושמתיימים לגביה כל התנאים הנדרשים על פי החוק – ולפגוע אגב כך בזכויותיהם של חברי הקבוצה הנטענת ובסיכוייהם לקבל טובת הנאה מזכייה אפשרית בתובענה, ואף במטרות החברתיות שההליך הייצוגי נועד להשיג – כל עוד המבקש הראה כי קיים יסוד סביר להניח שעניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב. וזאת גם אם המניע להגשת התובענה והמוטיבציה לנהל אותה ולשאת בנטל (הרב, בדרך כלל) הכרוך בכך נעוצים בתקווה להשיג רווח אישי לתובע הייצוגי ולעורך דינו בסופו של יום.

נוכח התמקדותו של המחוקק בדרישת תום הלב בייצוג ובניהולה של התובענה, ולא בהגשתה, הרי שמניעיו האישיים של עורך הדין (או של התובע) בהגשת התובענה הייצוגית, אינם צריכים איפוא להכריע את גורל הבקשה לאישור התובענה כייצוגית לשבט – כל עוד אין בהם כדי להעיד על כך שעניינם של חברי הקבוצה לא ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב וכל עוד הם עולים בקנה אחד עם האינטרסים של חברי הקבוצה. מנגנון התובענה הייצוגית מבוסס על רתימת האינטרס הפרטי של עורך הדין (ושל התובע) למטרה הציבורית. הרצון לקבל שכר טירחה, או גמול באמצעות התובענה הוא ממהותו ועיקרו של מכשיר זה. לפיכך הגשת התובענה ממניעים של עשיית רווח, אין בה כשלעצמה כדי להעיד על חוסר תום לבו של עורך הדין המייצג (ראו: קלמנט קווים מנחים, 148-150; וכן: ישי לויט, תביעה ייצוגית לפי חוק ניירות ערך, הפרקליט מב 465, 471 (1996); גיל לוטן, אייל רז, תובענות ייצוגיות, כרך א', 131 (תשנ"ו); דויטש, 327 (2004)).

94. מהאמור עד כאן ולאור ההכרה בלגיטימיות של היות התובענה הייצוגית מעין "מיזם עסקי משותף" לתובע המייצג ולעורך הדין המייצג, נובע עוד, לגישתי, כי במקרים ראויים גם פעולה של עורך-דין המייצג לאיתורם של נפגעים בפועל לצורך הגשת תובענה ייצוגית – אין בה, בהכרח, כדי להכשיל מניה וביה את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית. זו גם העמדה העולה מהפסיקה בארה"ב, הרואה בפעולה של עורך דין, שתכליתה היא לשכנע נפגע לשמש כתובע ייצוגי, רק עניין אתי – העלול לשמש נושא לדיון משמעתי כנגד עורך הדין, אם הוא נעשה בצורה בוטה ופוגענית, אך לא עניין שדי בו כדי לאיין את כושרה של התובענה להתברר כייצוגית.

עיינו: ALBA CONTE, HERBERT NEWBERG, NEWBERG ON CLASS ACTIONS, 15 (4th ed. 2002); Williams v. Balcor Pension Investors, 150 F.R. D. 109, 118 (N.D. Ill.1993); Halverson v. Convenient Food Mart, Inc. 458 F.2d 927 (1972); Culver v. City of Milwaukee 277 F.3d 908 (2002); Creative Montessori Learning Centers v. Ashford

Gear LLC 662 F.3d 913 (2011); Reliable Money Order, Inc. v. McKnight Sale Co., 704 F.3d 489 (2013). גישה זו ראוי שתינקט, לדעתי, גם במחוזותינו.

95. כאן המקום להעיר כי בדברים שאמרתי לעיל לא התיימרתי לדון במכלול ההיבטים של המונחים "תום לב" ו"דרך הולמת" במשמעות סעיפים 8(א)-(3)-(4) לחוק, או בנפקויותיו השונות של סעיף 56 לחוק לשכת עורכי הדין לענייננו, ובמגוון המקרים שבהם התנהלות מסוימת של תובע מייצג, או של עורך הדין המייצג, עלולה להצדיק את דחיית הבקשה לאישור התובענה כייצוגית. כמובן שכל מקרה צריך להיבחן על פי נסיבותיו. מבלי למצות את הדיון אציין כי הצדקה לדחות בקשה לאישור תובענה כייצוגית עשויה להימצא, למשל, כאשר בית המשפט משתכנע כי התובענה הוגשת ממניעים, אשר בינם לבין התכליות שאותן נועד ההליך הייצוגי לשרת, אין ולא כלום, כגון: רצון לפגוע במתחרה עסקי, או רצון "לסחוט" פשרה (ראו: רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 788 (1996) (להלן: עניין טצת)); ניסיון להפעיל לחץ על הנתבע, או על באי-כחו כאמצעי להשגת מטרות אחרות, שהן זרות לתובענה הייצוגית ולתכליות שהיא נועדה להשיג (ראו, למשל: ת"צ 5567-06-08 בר נ' עטרת תעשיות 1996 בע"מ, בפסקה 34: "הניסיון למנף תביעה ייצוגית צרכנית כדי לקדם סכסוך עסקי קודם הוא ניסיון פסול, אשר אין לתת לו יד [...] ניסיון שכזה מהווה חוסר תום-לב מובהק, כאשר הוא עושה במכשיר התובענה הייצוגית שימוש למטרה זרה ופסולה..."); ועיינו גם: קלמנט קווים מנחים 146, הסבור כי ניתן להדוף שימוש לא ראוי בתובענה ייצוגית, למשל, כאשר התובענה מוגשת על ידי מתחרים של הנתבע במטרה להפעיל לחץ וליצור תחרות בלתי הוגנת – במסגרת בחינת התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק; הגשתן של תובענות-סרק חסרות בסיס עובדתי או משפטי כנגד נתבעים בעלי "כיס עמוק" (ראו: דברי חברי, השופט א' רובינשטיין ב-ע"א 1509/04 דנוש נ' Chrysler Corporation (22.11.2007), ואף "ייצור מכוון של תובענה ייצוגית בעילה של הטעיה, כשזו לא קיימת בפועל" (דברי השופטת (כתוארה אז) מ' נאור, ב-רע"א 8851/12 ישראלכרט בע"מ נ' שלומוביץ (29.11.2004)).

יסודה של גישה זו בחובת תום הלב הכללית החלה בשיטת המשפט שלנו גם ביחס לשימוש בהליכי משפט, ובגדרה מחויבים גם התובע הייצוגי ובא הכוח המייצג לנהוג בתום לב ביחס לצד שכנגד וכלפי בית המשפט (ראו: בר"ע 305/80 שילה נ' רצקובסקי, פ"ד לה(3) 449, 461 (1981); דברי חברי, השופט א' רובינשטיין ב-ע"א 5503/11 דבח נ' דינרי (18.1.2012), בפסקה כ"ה). סוגיה אחרונה זו עומדת במוקד פסק-דינו של כב' השופט פרוץ ע' גרוסקופף ב-ת"צ (מרכז-לוד) 36086-07-11 ע"ד אסף חרסט ואח' נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה) ואח' (19.9.2012) – שערעור עליו



עודנו תלוי ועומד בפני בית משפט זה (ע"א 8290/12), ולכן לא ארחיב כאן בנקודה זו. (ראו גם: ארנה רבינוביץ'-עיני ודורון דורפמן "שימוש לרעה בהליכי משפט וחוסר תום לב בהליך אזרחי: הפער שבין מודל דיוני פוסט-אדברסרי למודל ייצוגי מסורתי" 190 שלמה לוי 255, 261-270 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013; לעיון נוסף על חובת תום הלב בתובענה הייצוגית בישראל וכארה"ב ראו גם: Eran B. Taussig, *Broadening the Scope of Judicial Gatekeeping: Adopting the Good Faith Doctrine in Class Action Proceedings*, 83 ST. JOHN'S L. REV. 1275 (2009).

96. העולה מן המקובץ מלמד כי בית המשפט קמא הנכבד שגה, להבנתי, כאשר דחה את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית מטעמים הקשורים בייזום ההליך הייצוגי על-ידי עו"ד עופר לוי (ככל שנעשה כן) ובמניעיו. משהגעתי למסקנה זו, מתייתר הצורך להכריע בהשגתם של המערערים על החלטת בית המשפט קמא הנכבד שלא לקבל כראיה נוספת מטעמם את החלטה של ועדת האתיקה של לשכת עורכי הדין, שדנה בתלונה שהגיש מנכ"ל פריניר כנגד עו"ד לוי. יחד עם זאת ולמען הסר ספק אעיר כי בית המשפט קמא הנכבד לא קבע בהחלטתו ממצא עובדתי לפיו עו"ד עופר לוי הוא שיזם את הפנייה למערערים במטרה "לגייס" אותם לצורך הגשת התובענה. אדרבה: מעדותם של המערערים עולה, לכאורה, כי הם היו אלה שפנו לעו"ד לוי (שעימו יש לשניהם היכרות מוקדמת), לאחר שנודע להם על ההטעיה הנטענת מצד פריניר (ראו: פרוטוקול הדיון, בעמ' 13, ש' 4 וכן: בעמ' 21 ש' 14-15). בנוסף, אין בהחלטת בית המשפט קמא הנכבד ממצא בדבר קיומו של סיכום בין עו"ד לוי לבין המערערים בנוגע לשיתופם, כביכול, בשכר-הטרחה שייפסק לו (ככל שייפסק). במצב דברים זה לא היה מקום להטחות ולהאשמות שהפנתה פריניר כלפי עו"ד לוי (ראו סעיף 18 לסיכומי המשיבה בערעור). לסיכום פרק זה מתאימים, בשינויים המחויבים, דברי הנשיא א' ברק בפרשת טצת:

"אין להרתיע תובעים תמימים משימוש בתובענה הייצוגית. יש לראות בה מכשיר משפטי-חברתי המגן על הפרט והכלל. יש להפעילו בגמישות וביעילות. יש להיזהר מהוספת דרישות מקדמיות לאישורן של תובענות כייצוגיות, העלולות לסרבל הליך במקום לייעלו... יש למנוע הפיכת הדיון המקדמי ב"כשירות" התובע הייצוגי לדיון העיקרי. יש למנוע מחברה נתבעת ומנושאי משרה בה, שאין להם הגנה טובה לגוף התובענה, למקד את מרב המאבק בשלב המוקדם באשר לזהות התובע הייצוגי" (שם, 791).

חלופות לדחיית בקשת האישור ואישור תובענה ייצוגית בשינויים

97. טעם נוסף להתערבות בהחלטתו של בית המשפט קמא הנכבד נעוץ בהימנעותו מלבחון אפשרות לשימוש באמצעים שפגיעתם בחברי הקבוצה מידתית יותר, חלף דחיית בקשת האישור. לכך אדרש כעת.

98. חוק תובענות ייצוגיות הקנה לבית המשפט סמכות רחבה לאשר תובענה ייצוגית בשינויים. המחוקק העניק בידי בית המשפט מגוון כלים שנועדו לאפשר את ניהול התובענה כייצוגית, במקרים המתאימים, חרף אי-התקיימותם של תנאים הנדרשים לאישור התובענה, כאשר ניתן להבטיח את התקיימותן באמצעות חלופות אחרות. כך, למשל, מורה סעיף 8(ג)(1) לחוק כי: "בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית אף אם לא התקיימו התנאים האמורים בסעיף קטן (א)(3) או (4) [שעניינם, כאמור, בדרישה לייצוג וניהול התובענה בדרך הולמת ובתום לב – ח"מ], אם מצא כי ניתן להבטיח את קיומם של תנאים אלה בדרך של צירוף תובע מייצג או בא כוח מייצג, או החלפתם, או בדרך אחרת...". עוד קובע סעיף 8(ג)(2) לחוק כי אם מתקיימים כל התנאים לאישור תובענה ייצוגית, ואולם למבקש אין עילת תביעה אישית – "יאשר בית המשפט את התובענה הייצוגית אך יורה בהחלטתו על החלפת התובע המייצג". החוק גם מאפשר לבית המשפט גמישות רבה בהגדרת: הקבוצה, העילות והסעדים, במטרה לאפשר את קיומה של התובענה במקום שבו האינטרס הציבורי מצדיק את בירורה בהליך ייצוגי, תוך חתירה להשגת יעילות דיונית. כך "בית המשפט רשאי להגדיר תת-קבוצה, אם מצא שלגבי חלק מחברי הקבוצה מתעוררות שאלות של עובדה, או משפט, אשר אינן משותפות לכלל חברי הקבוצה", ואף להורות על מינוי תובע מייצג, או בא כוח מייצג לתת הקבוצה, אם מצא שהדבר דרוש כדי להבטיח שעניינם של חבריה ייוצג וינוהל בדרך הולמת (ראו: סעיף 10(ג) לחוק). בנוסף, ולצד כל אלה – "בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית בכל שינוי שיחליט עליו ביחס לבקשה לאישור, והכל כפי שייראה לו ראוי לשם הבטחת ניהול הוגן ויעיל של התובענה ייצוגית" (סעיף 13 לחוק), ואף להתיר לחבר קבוצה שבשמה מנוהלת תובענה ייצוגית, וכן לרשות ציבורית או לארגון (כמשמעם בחוק), להשתתף בדיונים, אם מצא כי הדבר דרוש לשם ניהולה היעיל וההוגן של התובענה הייצוגית (סעיף 15 לחוק).

99. הנה כי כן, "המחוקק ראה להעניק לבית המשפט הדין בבקשה לאישור תובענה כייצוגית מספר רב של כלי עזר וסמכויות שנועדו לסייע לו במקרה בו מצא כי התובענה ראויה להתברר במסגרת הליך ייצוגי, להכין את התיק במטרה לייעל את הדיון ולפשטו" (דברי הנשיאה (בדימ') ד' בייניש בעניין גדיש). כבר בעניין טצת (עוד טרם

שנחקק חוק תובענות ייצוגיות) עמד הנשיא א' ברק על כך ש"יש לעשות הכל כדי להגשים את המטרות המונחות ביסוד החקיקה, תוך שמירה על מנגנוני ההגנה, אשר ימנעו ניצול התובענה הייצוגית לרעה" (שם, בפסקה 11). קביעה זו אושרה לאחר חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות, בעניין גדיש, שבו נפסק מפי הנשיאה (בדימ') ד' בייניש, בין היתר, כי: "...מקום בו סבור בית המשפט כי מבחינה מהותית הצביע התובע הייצוגי הפוטנציאלי על עילות שמן הראוי לבררן במסגרת הליך ייצוגי, ראוי כי ישקול את האפשרות להתגבר על הקשיים שמעוררת התובענה במישור תנאי הסף לאישורה כייצוגית, באמצעות שימוש בסמכויות שהקנה לו המחוקק..." (שם, בפסקה 22). בתוך-כך, ובעקבות ע"א 6887/03 רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות (20.7.2010), נקבע כי: "בטרם ידחה בית משפט בקשה לאישור תובענה כייצוגית בשל היעדר הומוגניות בין חברי הקבוצה, מן הראוי כי יידרש לאפשרות להכשיר את התובענה לבירור בהליך ייצוגי באמצעות שימוש בפתרונות המופיעים בחוק, כגון: הסמכות לפצל את הקבוצה לתתי-קבוצות (סעיף 10(ג) לחוק), האפשרות לתת פסק-דין הצהרתי שבו תוכרענה השאלות המשותפות לחברי הקבוצה תוך הותרת השאלות הפרטניות להליכים אחרים, והסמכות לתת הוראות באשר להוכחת הזכאות לסעד על ידי חברי הקבוצה השונים (סעיף 20(א)-(ג) לחוק)" (ראו: שם, בפסקה 35 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') ד' בייניש). בעניין הפניקס קבענו עוד, כי במקום שבו מתקיימים כל התנאים לאישור תובענה ייצוגית, אך לא קיימת עילת תביעה אישית לתובע המייצג – על בית המשפט "להסתפק בהוראה על החלפת התובע תחת דחיית בקשת האישור" (ראו: פסקה 9 לחוות-דעתו של חברי, המשנה-לנשיא (בדימ') א' ריבלין, והאסמכתאות הנזכרות שם).

100. מן המקובץ עולה, איפוא, כי בית המשפט קמא הנכבד שגה גם בכך שחרף קביעתו כי קיימות ראיות לכאורה לכך שפריניר הטעתה את ציבור צרכניה, תוך הפרת חובות חקוקות שנועדו לטובת הצרכנים ולהגנתם, ואף נהגה ברשלנות כלפיהם – ביכר בנסיבות העניין את דחיית הבקשה לאישור התובענה כייצוגית, חלף אישורה בשינויים שיבטיחו את ניהולו של ההליך בדרך יעילה והוגנת.

סוף דבר

101. נוכח כל האמור לעיל, אציע לחברי לקבל את הערעור ולדחות את הערעור שכנגד. אם תישמע דעתי נקבע איפוא עוד כדלקמן: הבקשה לאישור התובענה כייצוגית – מתקבלת, והתיק מוחזר לבית המשפט המחוזי הנכבד בנצרת, על מנת שידון בה ככזו.

לאחר שקראתי את הערותיהם של חברי השופטים: א' רובינשטיין ו-ס' ג'ובראן, אוסיף כי מקובל עלי שנוכח העובדה שהתובענה הייצוגית אמורה עדיין להתברר לגופה – טענות הצדדים ביחס לקביעות הלכאוריות כאן תהיינה שמורות להם והנני אף מסכים לעמדות חבריי כי בית המשפט המחוזי הנכבד ימשיך לבדוק בקפדנות גם בשלב הבא את דרך הייצוג והגמול, כמו גם את הבטחת תכליות החוק ותועלת הציבור.

102. בהתאם להוראות סעיף 14(א) לחוק תובענות ייצוגיות, נוסף איפוא ונפרט כדלקמן:

(א) הגדרת הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה הייצוגית היא זו:

כל "צרכן", כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בעל העדפות צריכה של מוצרי מזון כשרים לפסח בהשגחת הרבנות, שיצהיר בתצהיר כי רכש, בישראל, לקראת פסח תשס"ד-2004, או במהלכו ("במהלכו", קרי: בין ערב-הפסח, שחל בתאריך 5.4.2004 ועד למוצאי חג שני של פסח, שחל בתאריך 12.4.2004), לשימוש שעיקרו אישי, ביתי, או משפחתי, מוצר ממוצרי פריניר (הדס 1987) בע"מ, שבייצורו נעשה שימוש ברכז עגבניות מיובא, ושעל-גבי אריזתו צוין כי הוא: "כשר לפסח בהשגחת הרבנות האזורית גליל תחתון" (להלן: הקבוצה). בתצהיר יובהר גם מתי נודע למצהיר לראשונה על הודעת הרבנות בדבר החשש לחמץ במוצרים הנ"ל.

בהתאם לסמכות שהוענקה לנו בסעיף 10(ג) לחוק, אנו קובעים כי בגדרי הקבוצה האמורה תיכללנה שתי תתי-קבוצה, שתוגדרנה כדלהלן:

(1) כל אדם הנכלל בקבוצה, אשר צרך (קרי: אכל) מוצר ממוצרי פריניר, הנכללים בהגדרת הקבוצה, במהלך חג הפסח תשס"ד (קרי: בין ערב הפסח, שחל בתאריך 5.4.2004, ועד למוצאי חג שני של פסח, שחל בתאריך 12.4.2004), למעט מי שעשה כן למרות שנודע לו, קודם לפסח, במישרין, או בעקיפין, על הודעת הרבנות מתאריך 31.3.2004, בדבר קיומו של "חשש חמץ" במוצרים מתוצרת פריניר.

(2) כל אדם הנכלל בקבוצה, אשר התוודע להודעת הרבנות מתאריך 31.3.2004, עובר לחג הפסח תשס"ד, במישרין, או בעקיפין, ובשל העדפותיו ההלכתיות – לא צרך את המוצר במהלך פסח תשס"ד ולאחריו, ולא קיבל זיכוי, או מוצר חלופי, תחתיו.

יוער, כי הגבלת היקפה של הקבוצה התובעת למי שעונה על הגדרת "צרכן" בחוק הגנת הצרכן, מתבקשת בנסיבות העניין, הן לנוכח הצהרותיהם של המערערים, כי הם רכשו את המוצרים לשימוש אישי, והן לנוכח טענתה של המשיבה, שלפיה במוצרים ששוקו לשוק המוסדי לא נעשה שימוש ברכז עגבניות מיובא (ולא הוצגה בשלב זה כל ראייה לסתור את הטענה האמורה);

(ב) עילות התובענה והשאלות המהותיות של עובדה, או משפט, המשותפות לקבוצה הן:

(1) האם התנהלותה של פריניר בפרשה, מושא התובענה, עולה כדי הטעיה במשמעות סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן?

(2) האם בהתנהלותה של פריניר בפרשה, מושא התובענה, פריניר הפרה חובות גילוי לצרכן, המוטלות עליה מכוח סעיף 4(א) לחוק הגנת הצרכן?

(3) האם בהתנהלותה בפרשה, מושא התובענה, פריניר התרשלה כלפי צרכניה, במובן סעיף 35 לפקודת הנזיקין?;

(4) האם נגרמו לחברי הקבוצה נזקים כתוצאה מההטעיה, אי-הגילוי, או הרשלנות הנטענים – ואם כן: מהם? ואילו הם הסעדים ההולמים בנסיבות העניין?

הערה: העילה של הפרת החובות הקבועות בסעיפים 4(ב) ו-5 לחוק איסור הונאה בכשרות – איננה מאושרת כעילה לתביעה בתובענה זו, לנוכח האמור בפסקה 33 שלעיל. כך גם באשר לעילה של הפרת האמור בצו הגנת הצרכן (סימון ואריזה של מוצרי מזון), התשנ"ט-1999 בנוסחו, כפי שהיה בתוקף במועד הגשת התובענה (יחד עם הוראת סעיף 3.3 ל-תקן ישראלי 1145). יחד עם זאת, המערערים יהיו זכאים לטעון לקיומן של: הטעיה והפרת חובת גילוי, על פי חוק הגנת הצרכן, כמו-גם לרשלנות, בזיקה להוראות החיקוקים הנ"ל.

(ג) התובע המייצג את תת-קבוצה (א)(1), כפי שהוגדרה לעיל, יהיה מר שי ברזילי, המערער 1 כאן; התובעת המייצגת את תת-קבוצה (ב)(2), כפי שהוגדרה לעיל, תהיה גב' רחל לוי, המערערת 2 כאן.

הערה: לגישתי, אין בכך שהודעת הרבנות התייחסה רק לשניים ממוצרים פריניר ובכך שעילתם האישית של המערערים נוגעת רק למוצר אחד מהם, כדי לגרוע מכורשרם של המערערים לייצג את כלל חברי הקבוצה, כפי שהוגדרו לעיל, לרבות צרכנים שרכשו מוצרים אחרים של פריניר, שבהם נעשה (ככל שנעשה) שימוש ברכז העגבניות המיובא.

המבחן הקובע בעניין מיהותו של התובע הייצוגי הוא, כאמור: קיומה של עילה (אישית) בתביעה "המעוררת שאלות מהותיות של עובדה, או משפט המשותפות לכלל החברים" הנמנים בקבוצה (סעיף 4(א)(1) לחוק). השאלות המהותיות של עובדה או משפט שנזכרו בס"ק (ב) שלעיל משותפות לכלל חברי הקבוצה, לרבות המערערים. השוני בין המוצרים שבנוגע אליהם נעשתה ההטעיה הנטענת – איננו יסוד מכריע בהתדיינות ולכן אין בו כדי לפגוע בתנאי הנדרש לאישורה של התובענה כייצוגית.

(ד) באי-הכוח המייצגים של הקבוצה יהיו: עו"ד עופר לוי, ועו"ד רם כספי ושות'.

למען הסר ספק יוער כאן כי הוספת משרדו של עו"ד רם כספי ושות' כבא-כוח מייצג, לצד עו"ד עופר לוי, לא נעשית בשל התרשמותי כי עניינם של חברי הקבוצה לא ייוצג על-ידי עו"ד עופר לוי בתום לב ובדרך הולמת, אלא בעקבות בקשתם של המערערים לאשר את הדבר, בהיעדר התנגדות מטעם המשיבה לכך, ולאור קשיונתן של השאלות המשפטיות שמעוררת התובענה.

(ה) הסעדים הנתבעים הינם:

(1) פיצוי כספי לחברי הקבוצה הנכללים בתת-קבוצה (א)(1), כולם או חלקם, או מתן כל סעד אחר לטובתם – בגין נזקי ממון שנגרמו להם בעקבות מעשיה ו/או מחדליה של פריניר, מושא התובענה (רכישת המוצרים, מושאי התביעה), וכן בגין נזקים לא-ממוניים שנגרמו להם בעקבות מעשיה ו/או מחדליה של פריניר, מושא התובענה.

הערה: שאלת כשרותם של המוצרים מושא התובענה לפסח, לפי דין תורה, איננה רלבנטית, אמנם, לעילת ההטעיה, אך יתכן שתהא לה חשיבות בעת הערכת גובה הנזק הלא-ממוני שנגרם לחברי תת-קבוצה (א)(1). הוא הדין ביחס למועד שבו התודעו חברי הקבוצה הנ"ל להודעת הרבנות בדבר חשש החמץ במוצרים, מושאי התובענה.

(2) פיצוי כספי לחברי הקבוצה הנכללים בתת-קבוצה (א)(2), כולם או חלקם, או מתן כל סעד אחר לטובתם – בגין נזקי ממון שנגרמו להם בעקבות מעשיה ו/או מחדליה של פריניר, מושא התובענה (רכישת המוצרים, מושאי התביעה).

(3) סעד הצהרתי לפיו פריניר נהגה שלא כדין במעשיה ו/או במחדליה, מושא התובענה.

(4) כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, כפי שימצא בית המשפט לנכון להורות בנסיבות העניין.

הערה: לא מצאתי לכלול בגדרי הסעדים המאושרים לתביעה "צו שיורה לפרינר להימנע מלסמן בעתיד מוצר כבעל הכשר לפסח מטעם הרבנות באופן שיהא בסימון זה משום הטעיה של הציבור", כפי שהתבקש – מאחר שזהו צו המחוקק, ואין צורך בהוראה של בית המשפט בעניין זה.

103. לבסוף מוצא אני לנכון להעיר כי קביעת דרכי ההוכחה של הנזקים, וכן ההכרעה בעניין הסעדים הראויים בגינם ואופן הענקתם – ייעשו (ככל שתתקבל התובענה) בהתאם להוראות סעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות ולהלכה המחייבת. זאת ועוד – נוכח הקשיים שייתכנו, כיום, באיתורם של כל חברי הקבוצה, בהערכת הסעדים הכספיים ובחלוקתם – תשומת הלב מופנית לאפשרות הקבועה בחוק ועל פיה אם תוכרע התובענה לטובת הקבוצה – בית המשפט רשאי לשקול חלופה של מתן סעד כללי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, או לטובת הציבור, לפי סעיף 20(ג) לחוק.

104. מזכירות בית המשפט תעביר עותק מפסק דין זה, למנהל בתי המשפט לשם רישום התובענה בפנקס התובענות הייצוגיות, כנדרש בסעיף 14(ב) לחוק.

105. בהתאם להוראות סעיף 25 לחוק – באי-כח הצדדים יגישו לאישורנו, בתוך 30 ימים, טיוטת הודעה על אישור התובענה הייצוגית, אשר תכלול את הפרטים הנדרשים על פי סעיף 14(א) לחוק, בהתאם לפסק-דיננו זה. ההודעה תפורסם בשלושה עיתונים יומיים, והמשיבה תישא בהוצאות הפרסום.

106. מתוקף סמכותנו לפי סעיף 23(א) לחוק, ובהתחשב, בין היתר, במידת החשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית האמורה – אנו מורים כי פרינר תישא בתשלום שכר-הטרה של עו"ד המייצגים, בעד הטיפול בבקשה לאישור התובענה כייצוגית עד כה, בסכום של 20,000 ש"ח.

כמו-כן תישא פרינר בהוצאות המערערים בהליך זה, בסכום של 5,000 ש"ח, לכל אחד מהם.

א. בחוות דעתו המקיפה והמעמיקה סקר חברי השופט מלצר את כל היבטי התיק וירד עד לשרשיו. אני מצטרף לתוצאה אליה הגיע, בנתון להערות הבאות, שבחלקן דגשים שונים במקצת. מטרת הערותיי – בין השאר – להטעים כי מטרתו של חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006, היא ציבורית, ועל בית המשפט לשוות זאת לנגד עיניו בהכרעותיו לכל אורך דרך הטיפול בהן, לרבות באשר לתוצאות הכספיות לטעמי. על בית המשפט בהחלטותיו להישמר שלא להחליף בין העיקר (האינטרס הציבורי) לטפל (האינטרס הממוני של התובעים האינדיבידואליים ובעיקר עורכי הדין).

ב. ברקע – שאלת הפילוסופיה של התובענות הייצוגיות, הבאה לידי חידוד בשוני שבין חוות דעתו של חברי להכרעתו של בית המשפט המחוזי. לא אכחד, כי מתלבט אנכי באשר ליחס האופרטיבי לתובענות ייצוגיות, שמן הצד האחד אמורות ליתן קול וביטוי לנושאים בעלי אופי ציבורי, שאילולא הן לא תהא כדאיות כלכלית לנהל התדיינות לגביהם – וכמובן התדיינות, במיוחד בנושאים מורכבים יותר, מצריכות השקעת ממון וזמן, וזמן הוא עצמו ממון כמובן. מן הצד האחר, הפכו תובענות אלה לכלי לנסות להשיג הטבה כספית בשיתוף או בייזום עורכי דין, שזהו עיקר המניע שלהם, מבלי לפגוע באזרחותם הטובה, ועם המניע בא לא אחת המנוע – עורך הדין. כיצד מיישבים בין שירות לאינטרס הציבורי ובין המניע הכספי באופן הגון, שישרת את הציבור בלא לקפח את העושים במלאכה? זהו האתגר שבפני בתי המשפט, וסעיפי החוק מסייעים לכך.

ג. תחילה אזכיר, כי סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות קובע את יעד החוק בלשון האומרת כי בא "לשם שיפור ההגנה על זכויות", ובתוך זאת בפרט: "(1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים; (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו; (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין...". גם בהצעת חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ה-2005 (הצעות חוק הכנסת תשס"ה, 232) נאמר, כי "כלי זה נועד בעיקר למצבים שבהם תאגיד גדול או רשות פוגעים בציבור גדול באופן שלכל פרט נגרם נזק קטן אשר אינו מצדיק הגשת תביעה על-ידו, אולם סך כל הנזק המצטבר לציבור הנפגעים הוא רב. התובענה הייצוגית מאפשרת לאחד את האינטרס של כלל הנפגעים ויוצרת תמריץ להגשת תובענה"; ולהלן "מכשיר התובענה הייצוגית משרת לא רק את האינטרס הפרטי של הנפגעים, אלא גם את האינטרס הציבורי...". עינינו הרואות כי המטרה היא ציבורית, לרבות כמובן יעילות



דיונית מצרפית; כשלעצמי הייתי מסיר את המלה "גם" מן המשפט האחרון בדברי ההסבר. ואולם, ידע המחוקק כי מטרה ציבורית זו, עם שהיא ניתנת להשגה גם בדרכים אחרות, כגון על-ידי עמותות למטרת רווח ויחידים העושים בהתנדבות, כדי שתושג בדרך של תובענה ייצוגית זקוקה למי שישא את המשא על שכמו, והוא לא יעשה כן אם לא יזכה לשכר הולם. עלינו להידרש, כאמור, לאיזון ההוגן כלפי כולי עלמא בכגון דא. בטרם אבוא לכך, אתייחס בקצרה לנושאים אחרים שעליהם עמד חברי.

ד. אקדים ואזכיר: המלומד פרופ' סיני דויטש בספרו דיני הגנת הצרכן כרך ב' (הדין המהותי) (2012) סוקר (עמ' 134 ואילך) את הפסיקה בעילת ההטעיה הצרכנית כבסיס לתביעות ייצוגיות, ומציג את העמדה המסתייגת שנהגה בה לאורך השנים, תוך פרשנות מצומצמת של דין ההטעיה. הוא מזכיר בהקשר זה (עמ' 135) את דבריו החריפים של השופט (כתארו אז) מ' חשין בדנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק (2003), כי "כוחה הסינרגטי של התובענה (הייצוגית) הופך אותה לנשק בלתי קונבנציונלי, ואין פלא בדבר שמהלכת היא אימים על עוסקים למיניהם. בשל כך – בעיקר בשל כך – שומה עלינו לטפל בתובענה הייצוגית בזהירות יתרה, משל היתה רימון יד שנצרתו נשלפה מגופו" (פסקה 37); ראו גם להסתייגות ה' סומר "רימון יד שנצרתו נשלפה מגופו – האמנם? עשור לתובענה הייצוגית-צרכנית", משפט ועסקים א' 435 (תשס"ג). עם זאת מוסיף פרופ' דויטש כי מאז 2008 חל שינוי מסוים במגמת הפסיקה, לעבר נטיה רבה יותר לקבל תובענות כאלה (עמ' 136); לדבריו (עמ' 174) "התובענה הייצוגית הפכה להליך מרכזי וחשוב בהגנת הצרכן מפני הטעיה", גם אם לא בלי מעקשים; ראו א' רוזן-צבי, "פרוצדורה ומהות: חשיבה מחודשת על קטגוריות ישנות", בתוך ט' פישר וא' רוזן-צבי, עורכים פרוצדורה ומהות (תשע"ד-2014), 45, 82-86. ענייננו נכלל במגמה זו, וכך ראוי לו.

ה. ועוד הערה מקדימה: לחיבת המשפט העברי לא אמנע מציון, כי מעיקרא אין מקורות המשפט העברי מכירים באפשרות של תובענה ייצוגית, שכן "זכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לאדם שלא בפניו" (ראו משנה עירובין ז', י"א; אנציקלופדיה תלמודית כרך א', תרכ"א ערך "אין חבין לאדם אלא בפניו", וכרך י"ב, קל"ה, ערך "זכין לאדם שלא בפניו"). כפי שמציין ד"ר מיכאל ויגודה ("התובענה הייצוגית במשפט העברי", פרשת השבוע (א' הכהן ומ' ויגודה, עורכים) במדבר 157); ברקע מצוי החשש פן ייפגעו זכויותיו של אדם מקום שנדחתה תובענה ייצוגית ומי מן הקבוצה המיוצגת מושתק ואינו יכול עוד לתבוע. ד"ר ויגודה סבור (והרשימה נכתבה בטרם חוק תובענות ייצוגיות) כי חקיקה ראשית עשויה לפתור קושי זה על פי הכללים בהלכה "הפקר בית

הדין – הפקר” ו”הפקר ציבור – הפקר”; וראו מ’ אלון, המשפט העברי, תשמ”ח, 451, 421-417. והנה בינתיים נתקבל חוק תובענות ייצוגיות, ועל כן גם למהדרין במשפט העברי נמצא פתרון, ויש לברך על כך שגם לנושא מודרני כמו תובענות ייצוגיות שלא שערון אבותינו נמצא בו נתיב. לטעמי יש בזאת גם משום “ועשית הישר והטוב” (דברים ו’, י”ח), שכן באה תקנה לציבור בנושא שלא בקלות היה בא בשערי בית המשפט בתביעת יחיד, על ההוצאות הכרוכות בה.

ו. ואכן, במקרה דנא – שלא אחזור על עובדותיו – קשה להטיל ספק באינטרס הציבורי. הטעיה בכשרות היא נושא חמור וראוי להגנה גם במישור האזרחי ולא הפלילי בלבד, גם אם איננה בגדרי חוק איסור הונאה בכשרות, תשמ”ג-1983. דברי חברי (פסקה 33, וכך גם פסק בית המשפט המחוזי בפסקאות 24-25) מדברים בעדם; עסקינן, “בפער שבין המצג שהציגה פרינר על גבי אריזותיהם של המוצרים (כשר לפסח בהשגרת הרבנות האזורית גליל תחתון)” לבין המציאות לאשורה; ראו גם פסקה 42 בדברי חברי לעניין מערער 1 ופסקאות 47 ו-48 לגבי מערערת 2. אין צורך להיות שומר מצוות כדי להבין, שמי שמעוניין בכשרות לפסח בפסח, וסומך לשם כך על רבנות מקומית. נפגע ממונית ובעיקר רגשית מהטעיה וממצג שאינו נכון. כדי “לפסוע אל תוך עולמן של התביעות הייצוגיות” תנאי בסיסי הוא קיומה של עילה אישית... תביעה ייצוגית היא מנוף הטעון בסיס ארכימדי” (ע”א 3955/04 ריזול נ’ בנק לאומי (2005) פסקה ו(2)). במקרה דנא הוכחה העילה האישית, אך חברי הבחין אל נכון בין הנזק הממוני החל על שני המערערים, לבין הנזק הלא ממוני שאינו חל לגבי מערערת 2; וכדבריו בפסקה 47, המסקנה היא כי “במצב הרגיל לא יהיה זה מוצדק להכיר בנזק של פגיעה באוטונומיה אך בשל קיומה של הטעיה, הפרת חובת גילוי או הפרת חובה אחרת מצדו של עוסק, מבלי שנלווה אליה דבר מה נוסף”; ראו גם דויטש שם, 158. את דרישת “דבר מה נוסף” ניתן להבין נוכח הזהירות שראוי לנקוט בתובענות ייצוגיות, כפי שיוזכר להלן.

ז. חברי מכריע – פסקאות 51 ואילך – כי קיומו של נזק לחברי הקבוצה המיוצגת אינו תנאי לגיבושה של קבוצה, וכדבריו (פסקה 54) “עילת התביעה נוצרת... עם רכישתו של המוצר, שלא מדעת, בתקופה שלגביה היתה הטעיה, ועם עשיית השימוש במוצר, בניגוד לאמונותיו, או להשקפת עולמו של הצרכן, בעקבות ההטעיה” (הדגשה במקור). ועם זאת מציין חברי, (פסקה 55), כי “עילת תביעה” לחוד – והתגבשות של נזק המצמיח זכאות לפיצוי – לחוד” (הדגשה במקור), ועל כן “לידיעה המאוחרת, בדיעבד ובחלוף שנים רבות, עשויה בהחלט להיות השפעה על גובה הפיצוי האישי (הדגשה

במקור) הראוי להיפסק בשל הפגיעה באוטונומיה". חברי מוסיף (פסקה 59) כי "... .. ההתנהגות הראויה" לעוסק בנסיבות של טעות היא "גילוי ויידוע ציבור הצרכנים" (הדגשה הוספה); ראו גם פסקה 63, שבה מסכם חברי את עמדתו לעניין ההטעיה והימנעות מגילוי עובדות ראוי ב"זמן אמת". מסכים אני לכל האמור כאן; ראו והשוו לעניין ההכרה בנזק הנגרם בשל פגיעה בעצם הזכות לאוטונומיה ע"א 7703/10 ישועה נ' מדינת ישראל (2014) פסקאות 20-21 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור, בהקשר ההכרה בפגיעה בזכות חוקתית כעולה נזיקית. דומה כי במקרה דנא יש מקום לשימוש בתובענה ייצוגית, במיוחד בשל ההטעיה. הטעיה זו אמנם אינה נוגעת לבריאותו של אדם במוכן הבסיסי, אך כרוכה בעצבים חשופים של אמונות, החשובים לאדם לא פחות.

ח. ועם זאת, כבר כאן המקום לומר – בהמשך לדברי חברי בפסקה 73 – כי ראוי למנוע תופעות לא רצויות של "עשיית קופה" קטנה או גדולה על-ידי ניזוקים לשם פיצוי, וכפי שציין בית המשפט קמא יידרשו לכך התדיינויות נוספות להוכחת נזק, בעקבות אישור התביעה כייצוגית. וכן מסדיר הדין – ותיק זה, בלא שניטע מסמרות פרטניים, מתאים לכך בהחלט – פסיקת סעדים "ציבוריים" מסוג אלה שמנה חברי שם; את אלה מאפשר החוק שבסעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות. בענייננו שלנו השימוש בהוראות סעיף 20(ג) הוא על פניו במקומו, כדי למלא אחר כתבו ורוחו של החוק כאמור במטרותיו בסעיף 1, ולכך אשוב.

ט. ועוד: איני מקל ראש בנזק העלול להיגרם לנתבע בתובעה ייצוגית – "מאזן הנוחות". אינני יכול לחלוק על חברי (פסקאות 76-78) כי השלב הנוכחי אינו מתאים לטיפול בנושא זה, על פי פרשנות ישירה ופשוטה של החוק, ובחירתו של המחוקק בסעיף 8(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות לכלול בשיקולים אלה בשלב האישור גופים מסוימים – המדינה ורשויותיה, רשויות מקומיות ועוד – ולא כל נתבע. אני מסכים כי יתכנו חריגים נדירים, כדברי חברי; אלה ישתלבו עם הקפדנות שבה, כלשונו (פסקה 77) יש לפעול באישור תובענה ייצוגית, נושא רב חשיבות כאמור. עם זאת, בנשימה אחת עלי לומר, שלטעמי בשלב הבא בענייננו יש מקום לכאורה להתייחסות גם לשאלת הנזק לנתבע, כגון במסגרת סעיף 20(ד)(2) לחוק; מתחבר אני לדברי השופטת שטרסברג-כהן ברע"א 6567/97 בזק נ' עזבון גת (1998) שהביא חברי בפסקה 77, בדבר התוצאות הקשות שעלולות להיגרם לגוף מסחרי בנסיבות של אישור תובענה ייצוגית נגדו, ומכאן אותה זהירות וקפדנות.

י. חברי נדרש (פסקאות 80-82) לשאלת היחס בין הליך פלילי כנגד עוסק לבין התובענה הייצוגית, ומסכים אני לעמדתו, כי אין ההליך הפלילי סוף פסוק, נוכח אופיו השונה ודיני הראיות השונים הנוהגים בו. ועוד, האכיפה הפלילית אינה יכולה להיות חזות הכל, שכן לא תמיד סדרי העדיפות של הרשויות האוכפות מאפשרים אכיפה ראויה (ראו לעניין תובענות ייצוגיות רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת.פ"ד נז(3) 200, 236 שם נאמר (מפי השופט ט' שטרסברג-כהן), כי התובענה הייצוגית היא גם "אמצעי לאכיפת החוק במישור האזרחי, מקום בו הסנקציה הפלילית-עונשית וסנקציות הרשויות המפקחות, אינן מספיקות". בהקשר מעין-צרכני אחר ראו רע"א 9615/05 שמש נ' פוקצ'טה (2006) לעניין עישון במקומות ציבוריים, שם נאמר (פסקה ה(4)) "אכן, הרשויות צריך שיעשו מלאכתן כפי שהטיל עליהן המחוקק בפיקוח ובאכיפה. ואולם, כבודתה ואיטיותה של פעולת הרשות מצדיקה לפתוח פתח לאכיפה אזרחית, כך שהאזרח האיכפתי המבקש לשמור את בריאותו ובריאות הציבור יוכל להשפיע אף הוא לתקנת הרבים". בהקשר נוסף (שיגור דברי פרסומת) ראו לאחרונה רע"א 2904/14 גלסברג נ' קלאב רמון (27.7.14); רע"א 1954/14 חזני נ' הנגבי (4.9.14). ועוד, מן המפורסמות כי בחלק מן העבירות הכלכליות ישנה מגמה למעבר ממשפט פלילי ככל משפטו וחוקתו לאכיפה מינהלית, לרבות הטלת עיצומים כספיים (ראו, למשל, פרק ה' בחוק איסור הלבנת הון, תש"ס – 2000, ופרק ח' 3 לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, ובפרט בסעיף 52כט). יתר על כן, יש שסנקציות בעלות אופי כלכלי יוצרות הרתעה אפקטיבית יותר מן הפליליות (ראו דברי ההסבר לפרק ד' 2 להצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 12) (סמכויות אכיפה), תשע"ב-2011 המציעה סנקציות מינהליות כאכיפה חלופית, דבר המיוחס גם למגמה עולמית.

יא. אשוב עתה לשאלת ייזומה של התובענה הייצוגית מתוך מניע כספי. אכן, ישנו דיסוננס מסוים, לא מבוטל, בין הרכיב הציבורי של התובענות הייצוגיות לבין הרכיב הכלכלי הכרוך בהן ומהווה קטר להן. כשלעצמי הייתי מתקשה לחיות בשלום ערכית עם צרימה זו, שהרי ישנה – כאמור – ציפיה ואפשרות למאבקים צרכניים, למשל מעמותות ללא כוונת רווח, ולא דווקא מכיוון של בעלי אינטרס כלכלי, והדבר נאמרים בלא – חלילה – כוונת פגיעה באיש. ואולם, המחוקק הישראלי – בעקבות שיטות משפט אחרות – בחר גם בדרך זו ופתח נתיב, והביטוי לו הוא חוק תובענות ייצוגיות. חוק זה כהלכתו מופעל בהנעה הכלכלית, וכאן באים אנו לתפקידם של עורכי הדין, ושאלת תום הלב עלתה לגביו לא אחת.

יב. לשכת עורכי הדין, בעמדתה בתיק דנא, טענה כי אין בכך שעורך הדין והתובע הייצוגי פועלים מתוך רצון לקבלת שכר טרחה וגמול כספי משום חוסר תום לב, נוכח גישת המחוקק; ויתר על כן, אף אם הגשת תובענה עקב רצון לזכות בשכר טרחה מהוה הפרתה של חובת תום הלב, סעיפים 22 ו-23 לחוק תובענות ייצוגיות מתקנים את הפגם, נוכח פיקוח בית המשפט על הגמול ושכר הטרחה. היועץ המשפטי לממשלה עומד בחוות דעתו (פסקה 8) על הדילמה שבתובענות ייצוגיות ו"הפקדת האינטרס הציבורי בידי מי שמונע מהרצון לעשיית רווחים. לשימוש כזה בכוח היוזמה הפרטית יש יתרונות ויש חסרונות. היתרון הוא המוטיבציה הגדולה, החסרון הוא הסיכון של ניגוד עניינים וכל הסיכונים הנובעים מפעילות שנועדה להשיג מטרה מסוימת אך היא מונעת ממטרה אחרת". לשיטת היועץ המשפטי, התשובה לכך היא מנגנון הפיקוח; אך עם זאת (פסקה 11) "משמעות ההחלטה לאמץ את דרך התובענות הייצוגיות... היא הכרה במניע הכלכלי כמניע לגיטימי להגשת תובענה ייצוגית", וההפניה היא לדברי הנשיא ברק בע"א 8430/99 אנליסט נ' ערד פ"ד (2) 247, 259 שלפיהם יש מקום לגמול ולשכר טרחה "גם לספק תמריץ לתובע הייצוגי להגשים את זכות היחיד ואת אינטרס הכלל...". אכן, ברע"א 8268/96 רייכרט נ' שמח פ"ד נה(5) 276, 296 נדרש בית משפט זה לשאלת השיקולים התועלתניים ולא ראה אותם כמכשול; ראו גם המ' 7295/95 (ת"א (ת"א) 973/95) גולדשטיין נ' חברת החשמל פ"מ תשנ"ה (3) 427.

יג. חברי סבור (פסקה 85) כי ייזום תובענה ייצוגית על-ידי עורך דין (בין אם היה כך במקרה דנא ובין אם לאו) אינו עולה כדי חוסר תום לב, גם על פי האסמכתאות האמורות, והוא מפנה (פסקה 88) גם לדברי ההסבר להצעת החוק בקריאה טרומית (פ/890, הועברה לוועדת החוקה, חוק ומשפט ב-25.2.04) שלפיהם "אין כל פסול ברתימת האינטרס האישי של עורכי הדין לטובת הציבור המיוצג. ואולם, הניסיון מראה כי מצב זה מצריך פיקוח"; כך גם בהצעת החוק שהיתה יסוד לחוק הנוכחי, דברי ההסבר לסעיף 17 ולסעיף 23 כפי שמתאר חברי (פסקה 89) החוק בנוסחו היום אינו כולל תשובה מפורשת לשאלת תום הלב או היעדרו בייזום הליך ייצוגי על-ידי עורך דין; על כן (פסקה 90) החוק "אף הכיר בתובע המייצג ובא-כוחו כיזמים המבצעים אכיפה פרטית של זכויותיהם של כלל חברי הקבוצה, באמצעות בית המשפט" והוא מפנה לדברי חברנו השופט דנציגר בע"א 1834/07 קרן נ' פקיד שומה גוש דן (2012) (להלן עניין קרן), המכנה את התובע הייצוגי – ויש שיאמרו כי גם עורך הדין – "מעין יזם". חברי סבור איפוא כי דרישת תום הלב באה לידי סיפוק על-ידי מנגנוני הפיקוח והבקרה לעניין פשרה ועוד. כללם של דברים, לשיטתו (פסקה 93) "מנגנון התובענה הייצוגית מבוסס על רתימת האינטרס הפרטי של עורך הדין (ושל התובע) למטרה

הציבורית. הרצון לקבל שכר טרחה או גמול באמצעות התובענה הוא ממהותו ועיקרו של מכשיר זה. לפיכך הגשת התובענה ממניעים של עשיית רווח אין בה כשלעצמה כדי להעיד על חוסר תום לבו של עורך הדין המייצג, ולכן גם (פסקה 94) "גם פעולה של עורך-דין המייצג לאיתורם של נפגעים בפועל לצורך הגשת תובענה ייצוגית – אין בה, בהכרח, כדי להכשיל את הבקשה". אמנם (פסקה 95) חריגים לכך, בגדרי תום לב, הם מניעי פגיעה במתחרה עסקי או רצון "לסחוט פשרה", וכן הפעלת לחץ ותובענות סרק; ואזכיר את דברי השופט (כתארו אז) ריבלין בע"א 1509/04 דונט 1 Chrysler (2007), פסקה 15, כי:

"התביעה הייצוגית הצרכנית היא כלי דיוני חשוב ויעיל. היא מאפשרת לצרכנים לחבור יחד למימוש זכות הגישה לערכאות של כל אחד מהם, ולתבוע נזקים שגרמו להם גופים מסחריים תוך איזון פערי הכוחות החומריים שבין הצדדים בבואם לנהל את ההליך. עם זאת, יש להישמר מפני ניצולו לרעה של הליך התובענה הייצוגית לצורך הגשת תביעות סרק חסרות בסיס עובדתי או משפטי כנגד נתבעים בעלי "כיס עמוק". לנוהג זה השפעות שליליות מרחיקות לכת, אשר עשויות להביא בפועל להיחלשותו של מנגנון משפטי חשוב זה, ולגלגולן של עלויות תביעות הסרק לפתחם של הצרכנים עצמם. בשל שיקולים אלה ואחרים".

בע"א 5503/11 דבח נ' דינרי (2012) נזדמן לי לומר (פסקה כ"ה) כי עקרון תום הלב הוא "אמת מידה פתוחה, המשקפת את תפיסות היסוד של החברה הישראלית שביסודן חובת ההגינות".

יד. אכן, מוסד התובענה הייצוגית משנה את יחסי הגומלין בין הלקוח ובא כוחו. במובנים רבים מדובר במעין "מיזם עסקי משותף" בין השניים, אשר בו "עורך הדין הינו היזם העיקרי" (עניין קרן, פסקה 19). אמנם, נאמר שם כי "במקרה הרגיל, התובע המייצג... הוא שמאתר את הפגיעה ופועל לקידומה במסגרת ייצוגית" (שם). אוסיף: כך להלכה – הוא ולא בא כוחו; למעשה יש – ויש. ואכן, גם אם במובנים רבים "האינטרס האישי של התובע המייצג הוא שמניע את גלגלי התובענה הייצוגית" (אמיר ויצנבליט "ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות" משפטים מג 351, 372 (תשע"ג); הדגשה הוספה), איני בטוח שזה המצב הסטנדרטי.

טו. מכל מקום, אף אם במסגרת התובענה הייצוגית השתנו יחסי הגומלין בין הלקוח לבא כוחו, סבורני כי אין לזנוח את מושכלות היסוד, לפיהן "כלל הוא שעל

הלקוח לחפש את פרקליטו, אך הפרקליט אסור לו לחפש את לקוחו" (עמ"מ 2/60 עו"ד פלוני נ' יושב ראש וחברי המועצה המשפטית, פ"ד טו 311, 317, השופט ברנזון (1961)). הדברים אמנם נאמרו לפני למעלה מיובל ובהקשרים של הדין המשמעתי, ואף אם אינם נכונים באותה עוצמה בכל מקרה בענייננו, אינני מוצא מקום כלשעצמי לעודד התנהגות מעין זו במסגרת הליכי תובענה ייצוגית. ככל שהתובענה הייצוגית היא כלי חשוב, יש צורך באיזון אל מול החשש שהדבר יהפוך תת-התמחות ו"תעשייה" מקצועית שתועלתה אינה בשירות העניין הציבורי אלא בשירות הכיס גרידא. אמנם, דברים אלה נאמרים מעבר להכרח בענייננו, שכן בית המשפט המחוזי לא קבע כממצא עובדתי כי בא כוח המערערים הוא שיזם את הפנייה למערערים, וכפי שציין חברי, מעדותם עולה כי הם היו אלה שפנו אליו (פסקה 96). ואולם, ראיתי לנכון להטעים זאת, במישור הערכי ובנגזרותיו המשפטיות. אזכיר, בין השאר, את סעיף 17 לחוק המטיל על בא כוח מייצג לפעול "בנאמנות ובמסירות לטובת הקבוצה ... כאילו היתה שולחתו ...".

טז. בסופו של יום, מבקשים אנו איפוא איזון ראוי. כשלעצמי, בהקשר לדברי חברי לעניין פעלתנות עורכי דין בתחום התובעניות הייצוגיות, רואה אני "להדליק נורת אזהרה" מסוימת בעניין זה, ושוב – הדברים נאמרים בלא כוונה לפגוע בעורך דין פלוני או אלמוני. בעיני – ועל כך גם אין חברי חולק – התרופה לחשש פן מה שמוצג כמלחמה על אינטרס ציבורי אינו אלא מכשיר לעשיית רווחים, חשש שאין להתעלם ממנו, ומכל מקום בחלק מן המקרים, ולצורך באיזון, היא בראש וראשונה בשבע העיניים של פיקוח בית המשפט, ללא לאות, בכל שלב ושלב של התובענה הייצוגית, קרי, שלב האישור (לרבות אישור בשינויים לפי סעיף 13 לחוק) שלבי הסדר פשרה והכרעה בדבר סעדים, גמול ושכר טרחה; וכן בתפקידו של היועץ המשפטי לממשלה בחיווי דעה בהליכים (ראו סעיף 18(ג)). לדידי ההתמקדות בשאלת תום הלב היא ראויה, אך תועלתה המעשית כנראה אינה עצומה, למעט במקרים שמנה חברי בפסקה 95. הביטוי לפיקוח בית המשפט יהיה בהליך לעיצומו כאמור, ולבית המשפט, כפי שגם הראה חברי חלקית בפסקאות 98-99, סמכויות רבות לעניין זה, ואטעים לשיטתי את סעיפים 20, 22 ו-23 לחוק, ולא הם בלבד.

יז. אשוב לאשר נאמר בפסקה ח מעלה. לבית המשפט כלי פיקוח רבים, ועליו לעשות בהם שימוש, כך שאמנם מחד גיסא בסופו של יום יקבלו תובע ראוי ועורך דין העושה מלאכתו אמונה את גמולם ושכרם בהתאמה, אך מאידך גיסא ייעשה במקומות הראויים מעשה לתועלת הציבור ישירות, כגון לפי סעיף 20(ג). לנגד עיניו של בית המשפט צריכה לעמוד תדיר השאלה, כיצד משרת התיק את האינטרס הציבורי, בניהולו

ובתוצאתו, ומכך נגזר כל היתר. כך על דרך הכלל, כך גם במקרה דנא. בנתון לכל אלה אצטרף לחברי השופט מלצר.

שופט

השופט ס' ג'ובראן:

אני מצטרף לחוות דעתו המקיפה של חברי השופט מלצר ואוסיף מספר מילים בנוגע למחלוקת שנפלה בין חבריי לעניין שאלת ייזומה של התובענה הייצוגית מתוך מניע כספי של עורך הדין. חברי השופט מלצר סבור כי ייזום תובענה ייצוגית על ידי עורך דין אינו עולה כדי חוסר תום לב או התנהלות בלתי הולמת שיש בהם כדי לגרוע מסיכוייה של הבקשה לאישור תובענה כייצוגית להתקבל, וכי החוק הכיר באפשרות יזמות זו מצד עורך הדין. עמדת חברי השופט רובינשטיין, לעומת זאת, היא כי אין לעודד התנהגות פעלתנית זו מצד עורך הדין מתוך חשש שהדבר יהפוך לתת-התמחות ומעין תעשייה מקצועית להשאת רווחים בלבד. אני סבור כי לאור ייחודה של התובענה הייצוגית ותכליותיה, יש לאפשר את ייזום התובענה הייצוגית על ידי עורך דין גם ממניעים כספיים, ובכך ככלל אני תומך בעמדתו של חברי השופט מלצר אף שאיני מתעלם מן החשש המוצדק שמציג חברי השופט רובינשטיין, כפי שיובהר להלן.

התובענה הייצוגית שונה היא מתובענה רגילה. תובענה זו מקדמת גם ובעיקר אינטרס ציבורי, שאינו מתמצה באינטרס הפרטי הרגיל של מרבית התובענות האחרות. עניינו של האינטרס הציבורי הוא חשיבות צרכנית או חברתית בבירור התביעות והרתעה מפני הפרת חוק. התובענה הייצוגית נחשבת למכשיר משפטי חשוב של אכיפה ורגולציה פרטית, ותרומתו לקידום שלטון החוק בתחומים הסובלים מתת-אכיפה היא רבה (גיא הלפטיק "תיאוריה כללית ברבר התועלת החברתית של מכשיר התביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת החוק" משפט ועסקים ג 247 (2005) (להלן: הלפטיק)). בשל חשיבות זו לקיום הליכי תובענה ייצוגית – כמובן ככל שהן יעילות וצודקות – חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק התובענות הייצוגיות) מעודד להגשתן באמצעות קביעת גמול לתובע המייצג ולבא כוחו (סעיפים 22 ו-23 לחוק התובענות הייצוגיות, בהתאמה) שייפסקו ככלל כאחוז מהתועלת שתופק לקבוצה במקרים שבהם הופקה



תועלת כזו (ראו: ע"א 2046/10 עזבון המנוח משה שמש נ' דן רייכרט (23.05.2012); ראו גם: חמי בן-נון וטל חבקיין "היש להטיל על תובע נטל לפנות לנתבע לפני הגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית?" עתיד להתפרסם בעלי משפט יב, פסקה א(1) (2014) (להלן: בן-נון וחבקיין)).

כפי שציין חברי השופט מלצר, על מנת לקדם את האינטרס הציבורי, חוק התובענות הייצוגיות נותן תמריץ כלכלי בדמות מיזם עסקי, המאפשר לעורך הדין לפעול כיזם כלכלי המשקיע את מרצו וזמנו בתובענה למען הסיכוי שיפסק שכר טרחה נדיב לטובתו (וראו את דברי השופט דנציגר בע"א 1834/07 קרן נ' פקיד שומה דן (12.08.2012); ראו גם: הלפטק, בעמ' 313-315). אם כן, חוק התובענות הייצוגיות מעודד – באמצעים כלכליים – את עורכי הדין לא רק לייצג באופן הולם, אלא גם לחפש ולאתר עילות תביעה ראויות ולבקש לאשרן כתובענה ייצוגית. המתווה שחוק זה יצר נועד לדרבן את עורך הדין להקדיש ממרצו ומזמנו לשם כך (והשוו: אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט 131, 148 (2007)).

אכן, לא אחת עורך הדין הוא הגורם היעיל להגשת תובענות ייצוגיות. בשונה, יש להניח, מאדם פרטי, עורך הדין מצוי בשדה המשפטי של תובענות ייצוגיות, באיתורן ובסיכוי הצלחתן. הוא בעל הכישורים, הידע והמומחיות להבין את הסוגיה – ואף לזהות את הנזק שנגרם, כפי שאודון בהמשך – ולהניע כראוי את התקיימות התובענה הייצוגית. בפועל, כפי שציין חברי השופט מלצר, עורכי הדין הם גם אלה שבדרך כלל יוזמים הליכים ייצוגיים ומנווטים אותם (ראו גם: בן-נון וחבקיין, פסקה 3(א)).

ישנה חשיבות נוספת להנעת הליך התובענה הייצוגית בידי עורך הדין לאור העדר תמרוץ מצד האדם הנפגע. כאשר עסקינן בהפרות חוק שבבסיס חוק התובענות הייצוגיות, לפרטים אשר זכותם נפגעה אין מספיק תמריץ להגיש תביעה אישית, משום שעלות ניהול התביעה גבוהה מהתועלת הצפויה ממנה או שאינם מודעים לפגיעה (בן-נון וחבקיין, פסקה א(1); ראו גם: רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטיים וכוח אדם בע"מ, נז (3) 220, 237 (2003); רע"א 4556/94 רמי טצת נ' אברהם זילברשץ, מט (5) 774, 783-784 (1996)). כלומר, בנוגע לחלק מהפרות חוק המקימות עילה לתביעה ייצוגית, האזרח הפשוט לרוב כלל לא יודע על קיום פגיעה בזכויותיו ללא עורך הדין. זאת לעומת תביעות רגילות, כמו תביעות נזיקין, אשר בהן הנזק שנגרם לתובע מהפרת החוק הוא נזק ממשי לגביו כל אדם יכול להעריך את קיומו גם ללא

עזרת עורך הדין. על כן, ישנה חשיבות רבה לאפשר לעורך הדין לפעול בנושא וליידע את הפרט על ההפרה כדי שתתקיים התובענה הייצוגית הרצויה לאור התכליות האמורות.

כמו כן, בשדה המשפטי של תובענות ייצוגיות, מקובלת ההנחה כי בהליך התובענה הייצוגית עורך הדין הוא בעל תפקיד דומיננטי יותר. הליך התובענה הייצוגית מטבעו אינו מתעניין בתובע הספציפי אשר בחר לייצג את הקבוצה, אלא בשאלה המשותפת קבוצתית (ובהתאם רשאי בית המשפט להחליף את התובע המייצג – סעיף 8(ג)(1) לחוק התובענות הייצוגיות). משכך, מעמדו של התובע המייצג הקונקרטי הוא פחות ואין חשיבות כי דווקא הוא יהיה זה אשר ייצג את הקבוצה. השאלה החשובה היא כיצד האינטרסים של הקבוצה יקודמו בדרך ההולמת ביותר – דרישת הייצוג ההולם (סעיף 8(א)(3) לחוק התובענות הייצוגיות; וראו על כך: אמיר ויצנבליט "ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות" משפטים מג 351, 359-360 (2013)). כיוון שעניין הקבוצה הוא בעל החשיבות בתובענה הייצוגית, התובע המייצג משמש מעין כלי לקידום האינטרסים של הקבוצה, והדבר משליך לעניין תפקידו של עורך הדין. בית משפט זה כבר עמד על כך שאין כל פסול בכך שעורכי הדין – ולא התובע עצמו – הם המומחים המכלכלים את הצעדים בתובענה ובלבד שהתובע עצמו איננו פיקטיבי ויש לו עניין ממשי בתביעה והבנה כלשהי של מסגרתה (רע"א 8332/96 משה שמש נ' דן רייכרט פ"ד נ"ה(5) 276, 303 (2001)). על כן, דומה כי עורך הדין הוא בעל תפקיד דומיננטי יותר, אשר לאור תכליות חוק התובענות הייצוגיות, יש לאפשר לו להניע את הליכי התובענה הייצוגית.

מובן לי חששו של חברי השופט דובינשטיין כי עירוב מניעים כלכליים עלול לערער את הדאגה לאינטרס הציבורי, ולכשעצמי, איני ממעיט מערכו של חשש זה. אך דומה כי חוק התובענות הייצוגיות תוכנן להתמודד בין היתר עם חשש זה. החוק מאפשר לקדם את שני האינטרסים – הן קידום האינטרס הציבורי והן האינטרס הכלכלי, שאינם בהכרח זאב וכבש זה לזה. יכולים השניים לדור בכפיפה אחת. המערכת משתמשת במניע הכלכלי כדי שפרטים – כולל עורכי דין – יסייעו לה לקדם את האינטרס הציבורי. כלומר, האינטרס הכלכלי מגויס לשירותו של האינטרס הציבורי. הגמול הכלכלי הוא המנוע לגיוס מומחיותו של עורך הדין לשם קידום האינטרס הציבורי. על מנת להתמודד עם החששות אותם מציין חברי השופט דובינשטיין, קיימים מספר מנגנוני בקרה ופיקוח יעילים הן בחוק התובענות הייצוגיות והן באופן אינהרנטי במהות התובענה הייצוגית. בראשם, עצם הגשת הבקשה לתובענה ייצוגית אינו מבטיח קבלתה. ישנו מחסום כניסה משמעותי עליו אמון בית המשפט בדמות שלב אישור

הבקשה בטרם תתקיים התובענה הייצוגית. הוראות חוק התובענות הייצוגיות נקראות ברוח תכליתו, היא קידום האינטרס הציבורי. בקשות אשר אינן עולות בקנה אחד עם האינטרס הציבורי ומבקשות לקדם אינטרסים אחרים, יסוננו כבר בשלב זה. זהו שלב אימננטי במערך הפיקוח של בית המשפט על התובענה הייצוגית, אשר שותף אני לדעתו של חברי השופט רובינשטיין בדבר חיוניותו. על בית המשפט ליתן דעתו לאיזונים באופן שיבחן היטב את התקיימות האינטרס הציבורי. לסיום, יש לקחת בחשבון גם כי הרווח מהתובענה הייצוגית אין הוא מובטח. רווח זה יתקיים רק כאשר יוזם התובענה אכן זוכה בה, ולצד הסיכוי לרווח קיים גם הסיכון להפסד ונשיאה בנטל ההוצאות גם של הצד השני. ולא רק זאת, גם ניהול התובענה הייצוגית הוא עסק מורכב ומסובך אשר דורש השקעה רבה של זמן ומשאבים, והתמודדות עם קשיי הוכחה משמעותיים האינהרנטיים להליך.

דומה כי ישנם מספיק "אפקטים מצננים" ומשוכות אותן נדרש עורך הדין לעבור על מנת לקיים הליך של תובענה ייצוגית וכלל לשאת ברווח ממנה. לטעמי, תכליות חוק התובענות הייצוגיות גוברות באיזון על תכליות הכלל אותו מצטט חברי השופט רובינשטיין לפיו "על הלקוח לחפש את פרקליטו, אך הפרקליט אסור לו לחפש את לקוחו". שותף אני למסקנת חברי השופט מלצר כי לאור האינטרס הציבורי החשוב שהתובענה הייצוגית מקדמת, יש להעדיף את קיומה של תובענה זו גם אם נדרש איזון מתמיד מול הכלל האמור.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ח' מלצר.

ניתן היום, ט' באלול התשע"ד (4.9.2014).

שופט

שופט

שופט