

בבית המשפט העליון

דנ"א 5712/01

בפני :
כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המשנה לנשיא ת' אור
כבוד השופט א' מצא
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן
כבוד השופטת ד' דורנר
כבוד השופטת ד' ביניש

העותר : יוסף ברזני

נגד

המשיבים :
1. בזק - חברה ישראלית לתקשורת בע"מ
2. המועצה הישראלית לצרכנות

דיון נוסף בפסק-דינו של בית-המשפט העליון מיום 2.7.01 בע"א 1977/97 שניתן על-ידי כב' הנשיא א' ברק וכב' השופטים ט' שטרסברג-כהן וי' אנגלרד

תאריך הגשת סיכומים בכתב : י"ז בשבט תשס"ג (20.1.2003)

בשם העותר : עו"ד אביגדור פלדמן

בשם המשיבה 1 : עו"ד אבנר גבאי
עו"ד גיל לוטן
עו"ד שירי כשר-חיטין

בשם המשיבה 2 : עו"ד פרופ' סיני דויטש

פסק-דין

דיון נוסף בפסק-דינו של בית משפט העליון בע"א 1977/97 יוסף ברזני נ' בזק
החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (פורסם בפ"ד נה (4) 584).

2. חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 (חוק הגנת הצרכן או החוק) - חוק שכשמו-כך-
הוא - מטיל חובות מחובות שונות על "עוסק" - מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך
עיסוק - כלפי "צרכן" - מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש
שעיקרו אישי. אחת מאותן חובות היא זו הקבועה בסעיף 2(א) שלחוק, ולפיה: "לא
יעשה עוסק דבר..., העלול להטעות צרכן בכל עניין מהותי בעסקה...". מוסיף ומורנו
סעיף 31(א) שלחוק, כי "דין מעשה או מחדל בניגוד [לסעיף 2] ... כדין עוולה לפי
פקודת הנזיקין [נוסח חדש]". וזו ליבת הסוגיה שלפנינו: "עוולה" זו שנתכוננה בהוראת
סעיף 2(א) שלחוק - עד כמה ייאחזו בה הדוקטרינות ועיקרי היסוד שבפקודת הנזיקין?
האם נראה בה עוולה "מן המניין" - כמוה כעוולות המנויות בפקודת הנזיקין - עוולה
המשלבת עצמה בעיקרי-היסוד ובדוקטרינות שבפקודת הנזיקין, או שמא נאמר המחוקק
יצר במקום זה מעין עוולה מיוחדת - עוולה sui generis - שהדוקטרינות ועיקרי היסוד
שבפקודת הנזיקין, כפירושם המקובל, לא יחולו עליה?

הנה היא חברה פלונית המפרסמת מוצר ממוצריה בפירסום "העלול להטעות
צרכן" בעניין מהותי. ראובן רוכש את המוצר מבלי שנחשף לפירסום המטעה, וממילא
- מבלי שהוטעה. לאחר מעשה נודע לראובן על-אודות הפירסום המטעה, ואז תובע
הוא את החברה לפיצויי-כסף על הפסד שנשא בו, לטענתו, אך באשר החברה לא קיימה
את שהבטיחה בפירסום. ראובן אף אינו מספק עצמו בתביעה אישית, ובקשתו היא כי
בית המשפט יכיר בתביעתו ככתביעה ייצוגית: מבקש הוא לתבוע בשם כל הציבור
שרכש אותו מוצר ולזכות בפיצוי עבור כל אותו ציבור. הזכאי הוא ראובן בתביעתו?

3. בית המשפט העליון פסק, ברוב דעות של הנשיא ברק והשופט אנגלרד, כי
ראובן אינו זכאי בתביעתו האישית. טעם הדבר: בקנתו את המוצר לא הסתמך ראובן
על הפירסום העלול להטעות, וממילא לא הוכח כל קשר סיבתי בין הפירסום לבין הנזק
שנגרם לו לראובן, לטענתו. ומשאין הוא זכאי בתביעתו האישית, ממילא אין ראובן
תובע מתאים בתביעה הייצוגית. השופטת שטרסברג-כהן, בדעת מיעוט, סברה אחרת.
לדעתה, בתינתנו דעתנו לתכליתו של חוק הגנת הצרכן ולמהותה של התביעה הייצוגית,
יש לאפשר לפלוני להגיש תביעה, וכי מתקיים-גם-מתקיים קשר סיבתי ראוי בין

הפירסום לבין הנזק. אלה הם אפוא חילוקי הדעות. זו ליבת הסוגיה, עליה נסוב הדיון הנוסף, ובה נהפוך ונהפך. ותחילה לתשתית העובדות.

עיקרי העובדות שלעניין

4. אפתח בהערת הקדמה קצרה: קריאה בסיכומים המונחים לפנינו תגלה לנו, להפתעתנו, כי בעלי-הדין חלוקים ביניהם לא אך על שאלות חוק ומשפט - כדרכו של דיון נוסף - אלא גם על נושאי-עובדה לא-מעטים. אף מערערים הם על מימצאי-עובדה שנקבעו בפסק-הדין של בית המשפט העליון. לא נכניס עצמנו במחלוקות אלו, ותשתית העובדות שנידרש לה היא התשתית שבית המשפט העליון בנה עליה את הכרעתו בדין.

5. ולגופם של דברים: במהלך השנים 1989 עד 1996 יצאה המשיבה, בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (בזק), במסע פירסום לעידוד השימוש בשירות החיוג הישיר בשיחות בינלאומיות, שירות שנועד לבוא תחת שירות 188 שבו בוצע חיוג לחו"ל באמצעות מרכזנים. מסע הפירסום הדגיש כי "השיחה תחויב רק עבור הזמן המדויק ששוחחת אפילו אם שוחחת חצי דקה בלבד...", ופורסמו תעריפים שבזק אומרת לגבות עבור שיחות ליעדים שונים ברחבי העולם. הפירסום הוסיף וקבע כי המחיר הוא ליחידת זמן של "דקת שיחה". לדוגמה: שיחה בחיוג ישיר לארה"ב... 3.53 ש"ח לדקה; שיחה בחיוג ישיר לצרפת... 3.14 ש"ח לדקה.

6. בפועל, כמסתבר, לא חושב זמן השיחה על בסיס של דקות אלא על בסיס של יחידות מונה. משך כל יחידת מונה - אשר אורכה נקבע לפי יעד השיחה - היה שניות ספורות, ובזק חישבה את יחידת המונה האחרונה בשיחה כאילו נוצלה במלואה גם אם הלקוח לא שוחח אלא בחלקה בלבד. הלקוח לא שילם אפוא עבור "הזמן המדויק" ששוחח בו בטלפון, שכן לכל שיחה - נדייק: כמעט לכל שיחה - נוספו שניות אחדות מיחידת המונה האחרונה. בשל שיטת חישוב זו היה מחירן של (כמעט) כל השיחות גבוה מן המחיר שבפירסום. למשל: "דקת שיחה" לארה"ב - 60 שניות - חושבה ככוללת 14.23 יחידות מונה ומחירן של אלו היה 3.53 ש"ח, הוא המחיר שפורסם. אלא שבפועל גבתה בזק עבור שיחה בת דקה אחת (בדיוק) מחיר גבוה יותר. טעם הדבר היה, שבזק "עיגלה" את 14.23 היחידות ל-15 יחידות, וחייבה את הלקוח עבור 15 יחידות שמחירן היה, למותר לומר, גבוה מן המחיר שפורסם. כך היה, כמובן גם בכל שיחה ארוכה מדקה. המשוחח חוייב לשלם עבור יחידת המונה האחרונה גם אם לא ניצל אותה במלואה.

7. העותר, ברזני (ברזני או העותר) היה "צרכן" כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, ובזק היתה "עוסק". בשנת 1996 הגיש ברזני תביעה כספית נגד בזק ועימה בקשה לאישור התביעה כתביעה ייצוגית. ברזני טען כי פירסומיה של בזק היו פירסומים "העלולים להטעות" צרכנים באשר למחיר הנכון של שיחות טלפון לחו"ל, ומכאן שבזק הפרה חובת איסור הטעיה שהוטלה עליה בסעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן. הנזק שנגרם לו, כך טען ברזני, היה כשיעור ההפרש בין המחיר שבזק פירסמה לבין המחיר שבזק גבתה ממנו בפועל עבור שיחות לחו"ל. הנזק שנגרם לברזני היה, אמנם, נזק זעיר, אך הנזק הכולל לכל צרכני בזק - אלה שהתקשרו לחו"ל בחיוב ישיר בתקופה שלעניין - הצטבר לכדי עשרות מיליוני שקלים. וכספים אדירים אלה, כך טען ברזני, גרפה בזק לכיסה תוך הטעיית לקוחותיה. ברזני ביקש אפוא כי תביעתו תוכר כתביעה ייצוגית על פי חוק הגנת הצרכן, קרא: כי יותן לו לתבוע בשמו ובשם כל לקוחות בזק ששוחחו בטלפון בשיחות ישירות עם חו"ל, וכי ייפסקו לו פיצויים כדי הנזק שנגרם, דהיינו, פיצויים כדי ההפרש בין המחיר כפי שפורסם לבין המחיר כפי ששולם למעשה בידי כל לקוחות בזק האמורים.

8. אלא שברזני עצמו לא נחשף לפירסום המטעה. לעת שיחותיו לחו"ל לא ידע ברזני כלל על הפירסום המטעה, וממילא לא הסתמך עליו, לא הושפע ממנו ולא הוטעה על-ידו. נשאלה אפוא שאלה אם קמה לו לברזני עילת תביעה אישית כנגד בזק בשל פירסום מטעה שהוא עצמו לא ידע עליו כלל. נוסף - והוא עיקר - שעל-פי הוראות החוק, אין אדם יכול להעמיד עצמו תובע ייצוגי אלא אם לו עצמו יש עילת תביעה אישית. מכאן שהיעדרה של עילת תביעה אישית בידי ברזני היה בה כדי להביא לקריסת התביעה כולה.

9. בית המשפט המחוזי החליט כי נתקיימו התנאים הנדרשים להגשתה של תביעה ייצוגית, אך הוסיף וקבע שהתביעה הייצוגית יכולה שתוגש אך כתביעה לסעד מצהיר ולא כתביעה לסעד כספי. שני בעלי-הדין ערערו על ההחלטה, ובית המשפט העליון החליט (ברוב דעות) לקבל את ערעורה של בזק ולדחות את ערעורו של ברזני.

הוראות החוק שלעניין

10. שלוש הן הוראות החוק העיקריות שלעניין, ואלו הן: הוראת החוק הראשונה היא זו שבסעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן, ובה נתכוננה חובת איסור הטעייה. וכלשון החוק:

איסור
הטעיה

2. (א) לא יעשה עוסק דבר - במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת - העלול להטעות צרכן בכל עניין מהותי בעסקה ...

הוראת-חוק זו מגבילה עצמה ליחסי "עוסק" ו"צרכן" כהגדרתם בסעיף 1 לחוק; "עוסק" הוא "מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן", ו"צרכן" הוא "מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי". האיסור איסור הוא על התנהגות, ועוסק עובר על לאו של איסור הטעיה גם אם דבר שהוא עושה - במעשה או במחדל - אך "עלול להטעות" צרכן, קרא, גם אם איש לא הוטעה כלל מאותו דבר שעשה. כנדרש מכך, וכהוראת סעיף 23(א)(1) לחוק, עוסק עובר עבירה וצפוי לעונש אם "עשה דבר העלול להטעות צרכן בניגוד להוראות סעיף 2". סטנדרד ההתנהגות הנדרש בהוראת סעיף 2(א) סטנדרד גבוה הוא מן המקובל בהוראות חוק אחרות. כך, למשל, לעניינן של עוולות תרמית ושקר מפגיע שבסעיפים 56 ו-58 לפקודת הנזיקין, וכך בהטעיה כהוראת סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. בדברי חוק אלה - וברבים אחרים - נדרש קשר סיבתי ישיר בין מעשה לבין תוצאה - נזק שנגרם לנפגע - בעוד שהוראת סעיף 2(א) לחוק הצרכן אוסרת על התנהגות באשר היא, אף בלא שגררה אתריה נזק. חובה זו שבחוק הגנת הצרכן נועדה, כמובן, להגן על הצרכן: להבטיח לצרכן כי יקבל מידע אמין על נכס או על שירות המוצעים לו, כדי שיוכל להחליט באורח שקול אם יבצע עיסקה ואם לאו. ראו: דברי הסבר להצעת חוק הגנת הצרכן, תש"ם-1980, ה"ח, תש"ם, 302; השו"ע: ע"א 1304/91 טפחות - בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' ליפרט, פ"ד מז(3) 309, 326.

11. הוראת חוק שניה היא ההוראה שבסעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן, וממנה ידענו כי דין מעשה או מחדל על-פי הוראת סעיף 2(א) - ועל-פי הוראות רבות אחרות - הוא כדין עוולה:

פיצויים

31. (א) דין מעשה או מחדל בניגוד לפרקים ב', ג' או ד' כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש].

לכאורה, אפוא, דין הפרת איסור הטעיה - כהוראת סעיף 2(א) לחוק - דין הוא של עוולה בפקודת הנזיקין, וממילא אמורים לחול עליה עיקרי היסוד והדוקטרינות הקבועים בפקודת הנזיקין והחלים על עוולות בה.

12. הוראת החוק השלישית שלענייננו היא זו שבסעיף 35א לחוק, והיא המכוננת את התובענה הייצוגית לפי החוק:

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------|
| <p>35א. (א) צרכן... (להלן - התובע), רשאי לתבוע בכפוף להוראות פרק זה, בשם קבוצת צרכנים בעילה אשר על פיה הוא יכול על פי חוק זה לתבוע בשמו ונגד כל נתבע אשר הצרכן רשאי לתבוע בשמו (להלן - תובענה ייצוגית).</p> | <p>תובענה ייצוגית</p> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------|

(ב) מקום שעילת התובענה היא נזק, די בכך שהתובע יראה כי נגרם נזק לצרכן.

(ג) ...

פירושה של הוראת חוק זו כפשוטה הוא זה, שנפגע יחיד זכאי להעמיד עצמו תובע ייצוגי - בכפופות להוראות אלו ואחרות - אם, ורק אם, הוא עצמו קנה עילה אישית לתביעה. לשון אחר: אין תביעה ייצוגית "ציבורית". נשלל קיומה של *actio popularis* בתחומי התביעה הייצוגית לפי חוק הגנת הצרכן.

13. על רקע הוראות חוק אלו הבה נבחן את חוות הדעת שניתנו בפסק הדין העומד לדיון בפנינו.

חוות הדעת בפסק הדין שבדיון הנוסף

14. תחנת היציאה למסע הפרשנות היא זו, שבפירסומיה של בזק היה (לכאורה) דבר "העלול להטעות צרכן בכל עניין מהותי בעיסקה", והוא כהוראת סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן. בזק הפרה אפוא איסור שאסר עליה החוק בהוראת סעיף 2(א) שבו, ועל כך הסכימו שלושה השופטים. אלא שעל-כך נחלקו ביניהם השלושה, על השאלה האם נפגע ברזני בשל אותם פירסומים. האם נגרם לברזני נזק למרות שלא הסתמך כלל על אותם פירסומים ולמרות שלא נתקיים קשר סיבתי "מקובל" בין הפירסומים - ש- *ex*

hypothesi לא היטעו אותו - לבין הנזק שנגרם לו, לטענתו. וכחצגת הדברים מפי השופטט שטרסברג-כהן (שם, 594):

סעיף 2(א) לחוק, שכותרתו "איסור הטעיה", אוסר על עוסק לעשות דבר "העלול להטעות" צרכן בכל עניין מהותי בעסקה וסעיף 31 לחוק קובע כי הפרת "איסור הטעיה" כדין עוולה בנוזיקין, המזכה את הנפגע בסעד. משני הסעיפים עולה כי על מנת שתקום לצרכן עילת תביעה נגד העוסק בגין הפרת "איסור הטעיה" נדרש כי הצרכן יראה שהעוסק הפר את החובה שב"איסור הטעיה", כי הצרכן נפגע כתוצאה מהפרת החובה וכי קיים קשר סיבתי בין הפרת האיסור הקבוע בסעיף 2(א) לחוק לבין הפגיעה שסבל הצרכן.

15. השופטט שטרסברג-כהן, בדעת מיעוט, סברה כי תכליתו של חוק הגנת הצרכן - וכמותה תכליתה של התובענה הייצוגית - כזו כן זו השתיים מחייבות אותנו לפרש את הוראת סעיף 2(א) שלחוק כהוראה המקימה עילה לזכותו של צרכן גם אם לא הסתמך על המצג המטעה. הנה-כי-כן, החוק מדבר על דבר "העלול להטעות" - לא על דבר המטעה - ומכאן: משעה שנתפרסם פירסום "העלול להטעות צרכן", חובה היא המוטלת על העוסק לקיים את שהתחייב עליו בפירסום, וכנגד חובה זו מתייצבת זכותו של הצרכן שהעוסק ינהג בהתאם לפירסום. ואם מפר העוסק חובתו זו, נגרם לו לצרכן נזק המזכה אותו בפיצוי. העוסק גורם נזק לצרכן בעצם הפרת החובה שהוטלה עליו גם אם הצרכן לא ידע כלל על הפירסום. אכן, הקשר הסיבתי שבין הפירסום לבין הנזק אינו הקשר הסיבתי המקובל המוכר לנו מדין הנוזיקין, אלא שאין אנו כבולים להוראות פקודת הנוזיקין בנושא זה.

16. עמדה זו לא היתה מקובלת על הנשיא ברק. הנשיא ברק הסכים, כפי שהערנו, כי בזק הפרה את האיסור לפרסום "העלול להטעות צרכן", אלא שהפרת איסור זו, לדעתו, לא זיכתה את ברזני בזכות לתבוע פיצויים. טעם הדבר הוא, שביודענו כי ברזני לא הסתמך כלל על הפירסום לעת ששוחח עם חו"ל - הואיל ולא ידע עליו כלל - ממילא נשלל קשר סיבתי (עובדתי ומשפטי) בין הפרת החובה בידי בזק לבין הנזק שנגרם לברזני, לטענתו. לדעת הנשיא ברק, כהוראת סעיף 31(א) לחוק, הדוקטרינות הרגילות של דיני הנוזיקין - בהן הדוקטרינה של הקשר הסיבתי והכלל שאין פוסקים פיצויים אלא בגין נזק הקשור קשר סיבתי לעוולת הפוגע - חלות על הפרת החובה הקבועה בסעיף 2(א) שלחוק הגנת הצרכן. וכך, משידענו כי בענייננו-שלנו לא נתקיים קשר סיבתי נדרש - קשר של "סיבה בלעדיה אין" - בין הפירסום לבין הנזק שברזני

טוען לו, לא נתקיים תנאי הכרחי לזכיה בפיצויים. ומשלא קמה לברזני עילה אישית לתביעת פיצויים, ממילא אין הוא יכול לשמש תובע בתובענה ייצוגית לסעד של פיצויים.

17. השופט אנגלרד סבר כי פירסומיה של בזק לא היו עלולים להטעות את קהל הצרכנים, ומכאן שבזק לא הפרה כלל חובה שהוטלה עליה בסעיף 2(א) שלחוק. אשר למחלוקת בין חברתי לבין חברי הנשיא ברק, הצטרף השופט אנגלרד לעמדתו של הנשיא, בקובעו כי אין לפסוק פיצויים לצרכן שלא הוטעה בפועל על ידי הפירסום המטעה. טעם הדבר: "ללא קשר סיבתי בין האשם לבין הנזק, אין להטיל חובת תשלום פיצויים".

השאלה השנויה במחלוקת

18. זו היא אפוא השאלה השנויה במחלוקת: ראובן, עוסק המוכר נכסים או המספק שירותים, מפרסם פירסום "העלול להטעות צרכן" בעניין מהותי. במעשהו זה עובר הוא ראובן על לאו הקבוע בסעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן ועל כך מסכימים הכל. שמעון, צרכן, קונה נכס מאותם נכסים או נדרש לשירות מאותם שירותים. הקנה שמעון עילת תביעה לפיצויים מראובן גם אם לא ראה את הפירסום וממילא לא הושפע ממנו ולא הוטעה על-ידו? צרכן שקנה נכס או שקיבל שירות מאת עוסק - האם זכאי הוא לפיצויים מן העוסק אך בשל כך בלבד שהעוסק הפר את הוראת סעיף 2(א) שלחוק בפרסמו פירסום העלול להטעות את ציבור הצרכנים בעניינם של אותו נכס או אותו שירות - וזו דעתה של השופטת שטרסברג-כהן - או שמא נאמר, כדעתם של הנשיא ברק והשופט אנגלרד, כי נטל הוא המוטל על הצרכן להוכיח לא אך שקנה נכס או שקיבל שירות, אלא שהקניה או שקבלת השירות נעשו בהסתמך על הפירסום המטעה?

הערה מתודית והיא מן הליבה

19. עד שנרד אל עמק המריבה אמרנו נקדים הערה מתודית והיא בעניינינו הערה חשובה עד-למאוד.

20. משנענה ברזני לעתירתו כי ייערך דיון נוסף בפסק הדין של בית המשפט העליון, ביקשה המועצה הישראלית לצרכנות (המועצה לצרכנות או המועצה), לצרף

עצמה כצד להליכים. בית-המשפט נענה לבקשה, ובכתב טיעונים ארוך וגדוש טיעונים ואסמכתאות צירפה עצמה המועצה לעמדתו ולטיעונו של ברזני. עיקר בטיעוני המועצה הוא, שאימוץ דעת הרוב יעקר מתוכן של-ממש את מכשיר התובענה הייצוגית שלפי חוק הגנת הצרכן, וכי בכך תסוכל מכל-וכל תכליתה של הוראת סעיף 2(א). הנה קטע אופייני מטיעונה של המועצה:

קשה להפריז בחשיבותה של ההלכה שנקבעה בפרשת ברזני. כפי שיוסבר להלן, לפי הלכה זו בכל מקרה שהיתה הטעיה בפרסומת יצטרכו להוכיח שכל אחד מהצרכנים ראה את הפרסומת, קרא אותה, הבין אותה ובהסתמך עליה עשה מה שעשה. כשמדובר בתובענה ייצוגית צרכנית שבה נפגעים רבבות צרכנים אין זה מעשי כלל לבדוק מי מהם ראה את המודעה, מי מהם הסתמך עליה ובאיזו מידה אכן השפיעה המודעה על שיקול דעתם לרכישת המוצר והשירות.

מאחר שתובענות ייצוגיות צרכניות מייצגות בדרך כלל מספר גדול מאוד של צרכנים ונובעות לא אחת מפרסומי החברות הרלוונטיות, הרי שבכל המקרים הללו תדחנה התובענות כבר בשלב הבקשה לאישור, וזאת בטענה שלא ניתן יהיה להוכיח הסתמכות אישית של כל אחד ואחד מחברי הקבוצה. במילים אחרות, ניתן יהיה לחסום כמעט את כל התובענות הייצוגיות הצרכניות. יתר על כן, כפי שיוסבר להלן, פרשנות זו תפגע במידה רבה בחוק הגנת הצרכן, לפחות בכל המתייחס לסעדים האזרחיים של החוק.

אם תתקבל הפרשנות, לפיה נדרשת הסתמכות אישית של כל צרכן כפרשנות הרלוונטית של הסעד לפיצויים בחוק הגנת הצרכן, התוצאה תהיה שלא ניתן יהיה לתבוע פיצויים בדרך של תובעה ייצוגית במקרים של פרסומת כוזבת. הלכה כזו עלולה להביא לניצול לרעה, ולכך שמפרסמים לא יחששו מאי דיוק בדבריהם, שכן הסעד העיקרי של תובענה ייצוגית לא יעמוד למעשה לרשות ציבור הצרכנים.

המועצה וברזני (העותרים) מוסיפים ומסבירים כי חוק הגנת הצרכן - ובו סעיף 2(א) שלענייננו - נועד להגן על צרכנים מפניהן של חברות גדולות ולהרתיע חברות גדולות מפגיעה בצרכנים. תובענה ייצוגית, כך טוענים העותרים, חיונית היא למימושה של אותה תכלית, שכן בלעדיה לא ייאכף החוק וחובות שבו המוטלות על עוסקים תהיינה כלא-היו. כלי-אכיפה אחרים שבחוק כלים מישניים הם ואין די בהם. המכשיר העיקרי לאכיפת החוק היא התובענה הייצוגית - תובענה המקנה יכולת אכיפה לצרכן היחיד והמביאה לביזור האכיפה בדרך ראויה. דעת הרוב, כך טוענים העותרים, תסתום את

הגולל על הגשתן של תובענות ייצוגיות ועל-כן יש לדחותה. העותרים מוסיפים ומוצאים חיזוקים לעמדתם בדיני הגנת הצרכן בארצות הברית - שם, לטענתם, בוטלה דרישת ההסתמכות - וזה אף הדין, לסברתם, בדין ניירות ערך בישראל. מכאן עתירתם כי נפרש את הוראות הסעיפים 2(א) ו-31(א) שלחוק בנדיבות וברוחב-לב, כדרכה של השופטת שטרסברג-כהן. דומני שלא אגזים אם אומר כי בריח התיכון בטיעוני העותרים, שמו וכינויו הוא התובענה הייצוגית. כמו התובענה הייצוגית היא התורה כולה על רגל אחת, וכי אידך בחוק הגנת הצרכן אינו אלא פירושה.

בזק משיבה לטיעוני העותרים באריכות ובפרוטרוט, ובהמשך דברינו להלן נזכיר מיקצת מדבריה.

21. לענייננו עתה אין בדעתנו להעמיק בנושא התובענה הייצוגית. ואולם לשאלת השתלבותה של תובענה זו בפירושה של הוראת סעיף 2(א) שלחוק, ובעיקר לשאלת השלכתה של תובענה זו על פירושה של הוראת סעיף 2(א), ביקשנו להעיר הערות אחדות.

22. כהוראת סעיף 35א.א(א) שלחוק (ראו פסקה 12 לעיל), אין פלוני זכאי לפתוח בהליך של תובענה ייצוגית אלא אם הוא עצמו מחזיק באמתחתו-שלו זכות תביעה אישית. השוו (לעניין תביעה על-פי חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968): ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות, פ"ד נא(2) 312, 329, ולעניין תביעה על-פי תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984: רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ (טרם פורסם) בפסקה 24 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן. התובענה הייצוגית היא בבחינת המשך לזכות התביעה האישית, ובאין זכות תביעה אישית לא תקום ולא תהיה אף תובענה ייצוגית. התובענה הייצוגית מְבַרֵּה עצמה לחדר שְׁלִפְנִים מחדר, ואין אתה בא כלל אל חדר פנימי אלא אם עברת בחדר חיצוני. אם אלה הם פני הדברים - ולדעתי אלה הם פניהם - כי-אז נתקשה ללמוד מן התובענה הייצוגית לתביעה האישית. אם שומה עליו על אדם להצביע, בראש ובראשונה, על זכות תביעה אישית שקנה; ואם רק בעוברו מחסום זה עשוי הוא להגיע לתובענה הייצוגית; נדע כי פירושה ותחום התפרשותה של התביעה האישית יושפע אך במעט, אם יושפע בכלל, מן התובענה הייצוגית. אם כך על דרך הכלל, לא-כל-שכן שמכשיר התובענה הייצוגית אינו נותן כלל בידינו עילת תביעה לעצמה. התובענה הייצוגית אינה אלא מכשיר דיוני לצירוף תביעות אישיות עוד ועוד להליך אחד ויחיד. וכך, גם לו אמרנו כי התובענה הייצוגית עשויה להשרות עלינו רוח לפירושה של

הוראת סעיף 2(א) שלחוק, בוודאי לא יהא זה ראוי, לדעתי, אם נוסיף ונאמר כי עיקר- העיקרים לפירוש ימצא לנו בתובענה הייצוגית.

23. זאת ועוד זאת. הוראת הסעיף 2(א) שלחוק, ועימה הוראת סעיף 31(א) - אלו הוראות-חוק המייסדות זכות אישית לצרכן - הוראות הן שהיו בחוק הגנת הצרכן במקורו, בשנת תשמ"א-1981. אותה עת לא היתה התובענה הייצוגית כלל בחוק. זו לא עלתה על הכרכרה הנוסעת של הגנת הצרכן אלא כשלוש-עשרה שנים לאחר מכן, בחוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 3), תשנ"ד-1994. ראו עוד: דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 3), תשנ"ד-1994, ה"ח תשנ"ד, 396:

מוצע להוסיף לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, פרק נוסף שלפיו ניתן יהיה לנקוט הליך של תובענה ייצוגית.

תובענה ייצוגית, החוסכת הגשת מספר רב של תביעות על ידי צרכנים בודדים, היא הדרך היעילה ולעתים אף היחידה, שבה יכולים צרכנים להתמודד עם גופים כלכליים חזקים, שלגביהם תביעה נפרדת של צרכן בודד, או של כמה צרכנים ביחד, היא חסרת משמעות.

משידענו כי אלה היו דברים שהיו, נחזור לשאלת השפעתה של התובענה הייצוגית על פירושה של התביעה האישית, וכך נאמר: עד לבואה של התובענה הייצוגית, שומה היה עלינו לפרש את הוראת סעיף 2(א) לעצמה, מתוכה-ובה, בהקשרו הכולל של החוק - בנוסחו אותה עת - בהקשר החקיקה בכללה ועל רקע עקרונות הפרשנות הכלליים, הכל כדרכנו בפירוש חוקים. התובענה הייצוגית לא היתה חלק מאותו מערך פרשנות, שהרי טרם באה לעולם וממילא לא יכולה היתה להשפיע על הפרשנות. פירושה של הוראת סעיף 2(א) שלחוק נתגבשה אפוא לפני היות התובענה הייצוגית שבחוק. ובבוא התובענה הייצוגית לעולם, בשנת תשנ"ד-1994, לא מצאנו בהוראותיה אלא הרחבת התביעה האישית - באורח דיוני - להרבה-הרבה תביעות אישיות. עיקריה של התביעה האישית לא נשתנו. ובלשונה של השופטת שטרסברג-כהן, ברע"א א.ש.ת., לעיל, בפסקה 26 לחוות דעתה):

ההסדר של הגשת תובענה ייצוגית הוא הסדר דיוני במהותו. הוא מאפשר צירוף תביעות אישיות של תובעים רבים, מרביתם אינם ידועים, לתובענה אחת. העובדה שלתובענה הייצוגית השלכות רבות במישורים שונים אינה נוטלת ממנה את אופייה הדיוני שהוא אופייה הבסיסי.

אכן, "ביסוד התובענה הייצוגית עומד מצב דברים שבו תובע אחד (או מספר תובעים) תובע בשם קבוצה של יחידים בגין פגיעה (בעלת אופי דומה) שכל אחד מבני הקבוצה נפגע מהפרת חובה בעלת אופי זהה כלפיו" (רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 783). התובענה הייצוגית "מייצגת אוסף של תביעות אישיות" (פרשת מגן וקשת, לעיל, 324), וכשהיא לעצמה אין היא יוצרת עילות תביעה לתובע הייצוגי או לחברי הקבוצה. התובענה הייצוגית כלי רב-חשיבות היא - כלי רב-ערוך ורב-עוצמה - ובהיותה מה שהיא משפיעה היא על זכויותיהם המהותיות של בעלי הדין - הנתבעים, התובע הייצוגי וחברי הקבוצה; ואולם השפעתה היא במתן אפשרות למימוש זכויות ולא ביצירתן של עילות תביעה חדשות. כוחה וחשיבותה של התובענה הייצוגית הוא בנפח, באפשרות קיבוצן של עילות תביעה רבות - עילות קיימות - תחת חופתו של הליך דיוני אחד, במקום שבו כל אחת מן התביעות בנפרד היא חסרת-משמעות. בה-בעת, אין התובענה הייצוגית עשויה להקים לתובע הייצוגי או למי מחברי הקבוצה עילת תביעה שלא היתה להם לולא התובענה הייצוגית. כיצד זה אפוא שהתובענה הייצוגית משפיעה, כנטען, על פירוש מה שקדם לה בזמן?

24. נדגיש: אין בכוונתנו לומר, כמובן, כי חוק מאוחר - זה חוק משנת 1994 - אין בכוחו להשפיע על פירושן ועל תחום התפרשותן של זכויות שקדמו לו. ואולם, במקרה כשלנו היינו מצפים שהחוק החדש ישלח לעברנו אות וסימן, כי יאמר לנו - במפורש או מכללא, במישרין או בעקיפין - כי מכוון הוא לשנות מהליכותיו ומאורחותיו של החוק שקדם לו. ולענייננו: כי פירושה ותחום התפרשותה של הוראת סעיף 2(א) ישתנה, כמעט מקצה-לקצה. והנה מכיוונו של חוק תשנ"ד-1994 אין קול ואין עונה ואין קשב. אין זאת אלא שהוראת סעיף 2(א) יש לפרשה לאחר תשנ"ד-1994 כפי שפורשה לפני אותה שנה, קרא: בלא זיקה לתובענה הייצוגית בתורת שכזו. ראו והשוו: בג"ץ 6194/97 נקש נ' בית-הדין הארצי לעבודה, נג(5) 433, 455-456; ראו עוד: א' ברק, פרשנות במשפט (נבו, 1993, כרך שני), 51-54.

25. ונוסיף. כאמור, אין בכוונתנו לומר - לא אמרנו ולא נאמר - כי הוראות התובענה הייצוגית אינן עשויות, על-פי עצם טיבן, להשפיע על פירושה של התביעה האישית. יכול הטוען לטעון כי לו נוצרה התובענה הייצוגית בחוק המקורי - אוחזת מלידה בְּעֶקֶב התביעה האישית - כי-אז היה בה כדי להשפיע - לאחור, כביכול - על פירושה של התביעה האישית. אין מוקדם ומאוחר בחוק, וכל הוראותיו מעשה מיקשה הן, וכך, הוראות פלוניות שבבחינת הסֵדֶר ההגיוני של החוק נידמות הן כהוראות

ה"קודמות" להוראות פלמוניות באותו חוק, לא תפורשנה לעצמן ובנפרד מההוראות ה"מאוחרות". החוק היה כיצור חי שכל איבר ואיבר שבו משפיע על אבריו האחרים, וחוזר חלילה. ראו והשוו: ע"פ 4389/93, 4497 מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 239, 260 ואילך. ואולם לעניין זה היינו מצפים שהחוק המאוחר ישלח לעברנו מסר כלשהו, כי יאמר לנו שמבקש הוא לצקת בחוק שקדם לו תוכן חדש. אלא שהתיקון שלשנת תשנ"ד-1994 - אותו תיקון שילד את התובענה הייצוגית - אין בו דבר וחצי-דבר העשוי לשנות מן הפירוש שהיה להוראת סעיף 2(א) לפני היות התיקון.

26. מסקנתנו לענייננו היא אפוא זו, שהוראת סעיף 2(א) שלחוק - וכמותה הוראת סעיף 31(א) - כזו כן כזו השתיים תפורשנה בלא שהתובענה הייצוגית תשפיע על הפירוש השפעה מכרעת כגירסת העותרים. לא אמרנו - אף לא נאמר - כי בהליך הפרשנות לא נפזול גם אל-עבר התובענה הייצוגית; והרי כיום, לאחר התיקון של החוק, התובענה הייצוגית היתה לאיבר מאברי החוק (וזאת, בלא שאמרנו כי לו נולדה התובענה הייצוגית עם החוק, כי-אז היה מקום לפרש את התביעה האישית בדרך אחרת). ואולם השפעתה של התובענה הייצוגית, ככל שנודעת לה השפעה - וזו שאלה לעצמה - לא תהא אלא בשוליים ולא בליבה.

27. דבר-פרשנות זה שהבאנו זה עתה, חשיבות ממעלה ראשונה נודעת לו. כפי שהכל יודעים - ועמדנו על-כך - כלי התובענה הייצוגית כלי רב-ערוך ורב-חשיבות הוא. ואולם בראש ובראשונה - ובכך עיקר - כלי רב-עוצמה הוא. ואמנם, כוחה הסינְרְגִי של התובענה הופך אותה לנשק בלתי-קונוונציונלי, ואין פלא בדבר שמהלכת היא אִימים על עוסקים למיניהם. בשל כך - בעיקר בשל כך - שומה עלינו לטפל בתובענה הייצוגית בזהירות יתרה, משל היתה רימון-יד שניצרתו נשלפה מגופו. שמחנו על לידתה של התובענה הייצוגית, שהרי ב"מאזן-האימה" שבין עוסקים וצרכנים - בייחוד בחברה כשלנו, שבה "יהיה בסדר" ו"סמוך" - ראויים הם צרכנים שיינתן בידיהם כוח שאחרת אין להם כלפי עוסקים. ואולם בצד שמחה זו שומה עלינו להשגיח שלא נערב שמחה בשמחה. פירוש: שלא נניח לתובענה הייצוגית כי תשפיע עלינו למעלה מן המידה הראויה לעת שנדרשים אנו לפירושה ולקביעת תחום פרישתה של התביעה האישית.

הבה נידרש אפוא, בראש ובראשונה, לזכותו של ברזני להגיש תביעה אישית

נגד בזק.

28. הוראת סעיף 2(א) שלחוק אינה מלמדת אותנו מה סעד זכאי צרכן לקבלו מעוסק שעשה דבר "העלול להטעות צרכן" בעניין מהותי בעיסקה. את החסר - אם חסר הוא - משלימה הוראת סעיף 31(א) לחוק, בהורותה אותנו כי דין מעשה או מחדל בניגוד לפרקים ב', ג' או ד' שלחוק כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין (ראו פסקה 11 לעיל). הוראת סעיף 2(א) מקומה הוא בפרק ב' שלחוק - פרק המחזיק את הסעיפים 2 עד 7 וכותרתו היא "הטעיה וניצול מצוקה" - ומכאן נדע כי מעשה או מחדל שסעיף 2(א) אסר עליהם - דינם כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין. לכאורה, שתל חוק הגנת הצרכן את הוראת סעיף 2(א) שבו - וכמותה הוראות רבות נוספות - בתוככי פרק העוולות שבפקודת הנזיקין, ודינה של הוראת סעיף 2(א) הוא כדין עוולות אחרות שבפקודה. אחת המסקנות הנדרשות מכאן היא, שהוראת סעיף 2(א) שלחוק חוסה תחת פנפי הדוקטרינות ועקרונות היסוד המנויים בפקודה והמחילים עצמם על כל העוולות שבה. וכפי שלימדה אותנו השופטת שטרסברג-כהן ברע"א 6567/97 בזק - החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' עזבון המנוח אליהו גת, פ"ד נב (2) 713, 717 :

הלכה למעשה, לא ניתן לתקוף ישירות את בזק על התעריף המונהג, שכן, פעולתה חוסה תחת כנפי התקנות [תקנות הבזק (תשלומים בעד שירותי בזק המפורטים בתוספת לחוק - שירותים בארץ), תשנ"ו-1996] ולכאורה מוגנת היא מפני תביעה מכוח סעיף 6 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], הקובע כי פעולה על פי חיקוק תהווה הגנה טובה, כאשר לפי סעיף 31(א) לחוק, דין מעשה או מחדל בניגוד לפרקים ב', ג' או ד', כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש].

29. אלא שחברתי מפרשת עתה את הוראת סעיף 31(א) לחוק באורח שונה, שלדעתה אין סעיף 31(א) מפנה אותנו אל פקודת הנזיקין כמות שהיא אלא אל דין כללי הדומה לפקודת הנזיקין אך אינו זהה לה. ובלשונה (בעמ' 605) :

לגישתי, יש ליתן את הדעת על כך שמעשה או מחדל בניגוד לאיסור ההטעיה הקבוע בחוק [הגנת הצרכן] איננו בגדר עוולה "מן המניין" אלא שדינו "כדין עוולה". לפיכך, אין אנו מוגבלים לדיני הנזיקין ה"מסורתיים" - שעליהם מבוססת גישתו של חברי הנשיא - ועלינו לתת משקל גם לתכליתו של החוק ולתכליתה של התובענה הייצוגית ... (ההדגשה במקור - מ' ח').

פרשנות זו לחוק קשתה עלי ולא אוכל לקבלה.

30. לדעתי, יש לקרוא - ולהבין - את הוראת סעיף 31(א) כפשוטה, ופשוטו של מיקרא הוא שהאיסור הכלול בהוראת סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן - דין עוולה לו. ובלשון דברי ההסבר להצעת החוק (הצעת חוק הגנת הצרכן, תש"ם-1980, ה"ח תש"ם, 302, 313, דברי ההסבר להצעת הסעיפים 30 עד 33):

מתן תרופות אזרחיות בידי הצרכן הנפגע מאפשר לו לשפות עצמו בקלות יחסית על הנזק שנגרם לו כתוצאה מהמעשה או המחדל שנעשה בניגוד להוראות פרקים ב' עד ד'.

ובהמשך (שם, 314, בדברי ההסבר להצעת סעיף 35):

התפישה הכללית שביסוד החוק היא כי הטעיית הצרכן, עושק הצרכן ומעשים או מחדלים אחרים האמורים בחוק הם עוולה אזרחית ויש לפצות את הצרכן על הנזק שנגרם לו.

חברתי מפרשת את כ"ף הדמיון שבצירוף התיבות "כדין עוולה" בסעיף 31(א), שלא בדרך מקובלת. לגירסתי, פירוש הכ"ף הוא "כזה כן זה בדיוק, שניהם דומים זה לזה בדיוק" (אבן שושן, המילון החדש, 1991, בערך "כ"). וכהתחייבות יהושפט מלך יהודה ליהורם מלך ישראל: "כְּמוֹנֵי כְמוֹן כְּעֵמִי כְּעֹנָן כְּסוּסֵי כְּסוּסֵיךָ" (מלכים א', כב, ד; מלכים ב', ג, ז) (כל-כך, חרף אימרת חכמים כי "כל שהוא כביצה - ביצה טובה הימנו ...": ברכות מ"ד ע"ב; ואולם אימרת חכמים זו בוודאי שלא תחול עלינו. ודו"ק). אכן, המחוקק יכול היה לנסח את הוראת סעיף 31(א) בקביעה כי דין מעשה או מחדל וכו' דין עוולה לו לפי פקודת הנזיקין - דין עוולה ולא כְּדִין עוולה. ואולם חוששני כי אותה כ"ף אינה עוצרת כוח לשאת על גבה אותו בנין-על שחברתי מבקשת לבנות עליה.

גם לא מצאתי ממש בטענת המועצה לצרכנות, בהשוותה את ה"כדין עוולה" בענייננו לנוסחאות קרובות ושאינן זהות בחוקים אחרים. כך, למשל, הוראת סעיף 11

לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999, שלפיה "הפרת הוראה מהוראות פרקים א' ו-ב' היא עוולה בניזיקין, ופקודת הנזיקין [נוסח חדש] ... תחול עליה ...". פעם יבוא נוסח זה, פעם יבוא נוסח זה, ולא נתלה הררים בשערה. הוא הדין בחוקים אחרים שגם הם עושים שימוש בנסחים שונים. ראו, למשל: סעיף 28 לה. לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981; סעיף 5(א) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשמ"א-2000; סעיף 15 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981; ועוד. תכלית החוק בענייננו עולה, לדעתי, זכה וברורה, והשוואות לחוקים אחרים לא תצלחנה.

31. אכן, אין בלשונה של הוראת סעיף 31(א) שלחוק דבר העשוי להעיד כי העוולה שבסעיף 2(א) מרחיקה עצמה מעקרונות היסוד או מן הדוקטרינות שבפקודת הנזיקין, ואין בה דבר העשוי ללמדנו כי צרכן זכאי לפיצוי אך בשל כך שעוסק הפר הוראה מהוראות החוק. נהפוך הוא: החוק מפנה אותנו על-התקלקל וללא הסתייגות אל פקודת הנזיקין. הוראת סעיף 2(א) משימה עצמה כאחת מן העוולות הילידות שבפקודת הנזיקין, וממילא חלים עליה, לכאורה - ובמלואם - עיקרי היסוד והדוקטרינות שבפקודת הנזיקין, באותה מידה ובאותה עוצמה שחלים הם על העוולות הילידות.

יתר-על-כן: לא זו בלבד שלשון החוק נהירה וברורה, אלא שגם הנוחות תכתיב לנו פתרון כפתורנו של החוק. שכן אם אותם מעשים ומחדלים לבר-הפקודה סימנם סימן נזיקין הוא, אך טבעי ומובן כי נעשה שימוש באותן דוקטרינות ותיקות ומוכרות שדיני הנזיקין יצרון ולשו בהן שנים כה רבות עד שהפכו להיותן אבני-תשתית בשיטת המשפט. והוא, כמובן, בכפופות למקרים מיוחדים וחריגים.

עיקרי-יסוד ודוקטרינות בפקודת הנזיקין - חלותם על עוולות לבר-הפקודה

32. אמרנו כי הדוקטרינות שבפקודת הנזיקין חלות "לכאורה" על המעשה האסור שבסעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן. ואמנם, יש הבדל בין העוולות הילידות שבפקודה לבין הוראות לבר-הפקודה שדינן כדין עוולות לפי הפקודה. אשר לעוולות הילידות, אלו נולדו בצוותא-חדא עם הדוקטרינות שבפקודה; מישכנן של כל אלו אותו מישכנן הוא; וחוק מיוצאים חריגים תחולנה הדוקטרינות שבפקודה, במלואן ובמלוא עוזן, על כל העוולות שבפקודה. לעניינם של יוצאים חריגים, ראו: חשין, מיטלטלין בדין הנזיקין (הוצאת מאגנס, ירושלים, תשל"א-1971), § § 168-172 (בעמ' 167-170). שלא כדין העוולות הילידות הן העוולות לבר-הפקודה, בהן הוראת סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן.

אכן, גם על אלו תחולנה הדוקטרינות הכלליות שבפקודה, ואולם במקום זה שומה עלינו לנהוג זהירות-יתר. הואיל וענייננו כאן הוא בהשתלת אבר חדש בגופה של פקודת הנזיקין, חייבים אנו בבחינה מדוקדקת מקרוב, שמא דוקטרינה פלונית שבפקודה לא תתיישב עם יסודותיה, עם מהותה ועם בניינה של העוולה זה מקרוב באה. שאלה זו נידונה בספר דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית מאת י' אנגלרד, א' ברק ומ' חשין, עורך ג' טדסקי (מהדורה שניה, ירושלים, תשל"ז-1977) 74 ואילך, בייחוד 81, ולא נוסיף עתה. ראו עוד: ע"א 3666/90, 4012 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מו(4) 45, 73; ע"א 804/80 Sidaar Tanker Corp. נ' חברת קו צינור אילת אשקלון בע"מ, פ"ד לט (1) 393, 441-440. וכך אמרנו בע"פ 3417/99 מרגלית הר שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 735, 766-767:

זה יהיה - על דרך הכלל - היחס בין דוקטרינות והגדרות כלליות החותכות את המשפט לאורכו ולרוחבו, לבין הוראות-חוק ספציפיות. דוקטרינות והגדרות כלליות תִּסְפְּחֶנָּה עצמן לכל הוראות החוק או החוקים שהן מבקשות לחול עליהן, ואולם מקום שהוראת-חוק ספציפית פלונית תאמר לדחוק בתחומיה את ההגדרה הכללית או את הדוקטרינה - ודחייה זו נלמד עליה על דרך ה"פרשנות", במובנו הרחב של מושג הפרשנות, לרבות מעיקרי-יסוד של השיטה: הגיון, צדק, מושכלות ראשונים, דוקטרינות חברתיות וכו' - ידה של הוראת-החוק הספציפית תהא על העליונה ואילו הדוקטרינה וההגדרה הכללית תיסוגנה בפניה. הדוקטרינה וההגדרה הכללית תחולנה, בלשונו של חוק הפרשנות, תשמ"א-1981, בסעיף 1, "... אם אין הוראה אחרת לעניין הנדון ואם אין בעניין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב ... עם ההגדרה הכללית או עם הדוקטרינה.

במקום אחד העליתי סברה כי המושג "עוולה" בפקודת הנזיקין [נוסח חדש] אינו מצמצם עצמו אך לאותן עוולות המנויות בפקודה. גרסתי כי מושג ה"עוולה" הוא מושג קונספטואלי, ומכאן היסקתי כי יש "עוולות" אף לבר פקודת הנזיקין [נוסח חדש]. על רקע זה הוספתי ושאלתי את עצמי, מה יהא היחס בין הדוקטרינות שנקבעו בפקודת הנזיקין [נוסח חדש] לבין אותן עוולות-חוץ. השבתי על השאלה באומרי כי עוולת-חוץ לא "תישלט מעשה-מוכני ע"י הדוקטרינות שיצרה הפקודה", וכי הדוקטרינות שבפקודה תחולנה על עוולות-חוץ רק "... אם החלתה של דוקטרינה פלונית מהפקודה מתיישבת עם יסודותיה, עם מהותה, עם בניינה של העוולה שבה מדובר, ועם המסגרת שבה היא נמצאת"

33. ברזני תובע פיצויים מבזק בשל אותו פירסום שפירסמה ואשר - כהוראת סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן - עלול היה להטעות צרכן בעניין מהותי. מוסכם על הכל כי ברזני לא ראה כלל את הפירסום, כי לא הושפע ממנו וכי לא הסתמך עליו לעת שחייג לחו"ל. למרות זאת, ובראותו עצמו נפגע, תובע הוא פיצויים - ומבקש הוא לתבוע פיצויים, בתובענה ייצוגית, בשם כל הנפגעים - שלטענתו נגרם לו נזק שהוא זכאי בגינו לפיצוי. הנזק הוא, כך טוען ברזני, ההפרש בין המחיר שהיה עליו לשלם על-פי הפירסום לבין המחיר ששילם למעשה על-פי דרישת בזק. במקום זה מתנגש ברזני בדוקטרינות הקבועות בפקודת הנזיקין, והשאלה הנשאלת היא אם יש באותן דוקטרינות כדי לחסום את דרכו לפיצוי.

34. מבין הדוקטרינות שבפקודת הנזיקין שתי דוקטרינות הן לענייננו עתה. חברי הנשיא ברק עומד בחוות-דעתו על שתי דוקטרינות אלו, ומתוך שאני מסכים לדבריו אקצר במקום שיכולתי להאריך.

35. דוקטרינה אחת היא דוקטרינת הקשר הסיבתי, ולפיה - כהוראת סעיף 64 לפקודת הנזיקין - חייב שיתקיים קשר סיבתי בין מעשהו או מחדלו של אדם - מעשה או מחדל שהם עוולה - לבין נזק שנגרם לנפגע ואשר בגינו תובע הוא פיצוי. וכלשון סעיף 64 רישה לפקודת הנזיקין: "[...] רואים אדם כמי שגרם לנזק באשמו, אם היה האשם הסיבה או אחת הסיבות לנזק". בענייננו-שלנו לא נתקיים כל קשר סיבתי בין הפירסום שפירסמה בזק לבין "נזק" שנגרם לברזני, ולו משום שברזני לא עיין באותו פירסום וממילא לא הושפע ממנו ולא הסתמך עליו. לא נתקיים אפוא כל קשר סיבתי בין מעשיה של בזק לבין "נזק" שנגרם לברזני, וממילא אין ברזני זכאי לתבוע כל פיצוי מבזק. "נזק" שברזני נשא בו - אם נשא בנזק - אין קשר בינו לבין הפירסום של בזק, ואין ברזני יכול וזכאי לתבוע בגינו. אכן, בזק עָוְלָה בפירסום שעשתה ברבים - זו הנחת-היסוד לענייננו - ואולם אין די בקיומה של עוולה כדי לזכות אדם בפיצוי. חייב אותו אדם להראות כי מפאת אותה עוולה נשא בנזק, ותנאי מוקדם זה לא נתקיים בענייננו של ברזני.

36. כך הוא אף באשר לדוקטרינת הפיצוי. כהוראתה של פקודת הנזיקין - בסעיף 76 בה - וכך ידענו מאז-ומקדם: אין אדם זכאי לפיצוי אלא בגין נזק שנשא בו מפאת מעשה עוולה. נפגע לא יזכה בפיצוי אלא כדי אותו נזק שנשא בו; לא עוד אלא שנפגע

יזכה בפיצוי (כהוראת סעיף 76(1) לפקודת הנזיקין): "רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושכא במישרין מעוולת הנתבע". הילכת-היסוד בדין הנזיקין היא השבת מצבו של ניזוק לקדמתו, וכנדרש מכאן, אדם שלא נשא בנזק ממילא לא יזכה בפיצוי. ראו והשוו: רע"א 378/96 שגיא וינבלט נ' משה בורנשטיין בע"מ, פ"ד נד(3) 247, 261; ע"א 5465/97 קני בתים בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה - נתניה, פ"ד נג(3) 433, 440-441.

זו אף דעתו של המלומד פרופ' סיני דויטש בסיפרו דיני הגנת הצרכן (תשס"א-2001, כרך א') 376, בכותבו דברים אלה על הקשר הסיבתי הנדרש כהוראת סעיף 2 שלחוק ועל הפיצוי שנפגע זכאי לו:

בתביעה נזיקית מכח חוק הגנת הצרכן (סעיף 31 לחוק) אין צורך להוכיח קשר סיבתי בין הטעות להתקשרות, אך יש להוכיח את הקשר הסיבתי בין הטעיה לנזק שנגרם לצרכן. אמנם, סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן אוסר לעשות דבר העלול להטעות את הצרכן, ולכאורה אין דרישה להטעיה בפועל, אולם הסנקציה בגין פעולה כזו יכולה להיות רק במישור המינהלי והעונשי. אם בפועל לא היתה הטעיה ולא נגרם נזק, לא ניתן לקבל פיצויים. פיצויים בגין עוולה נזיקית ניתן לקבל בגין נזק שהוכח.

ובכן, פירסום דבר העלול להטעות - הפירסום באשר הוא - אין בו כדי להקנות לצרכן זכות לפיצוי אם בפועל לא נגרם לו נזק. כך סוברת גם ד"ר אורנה דויטש, בסיפרה מעמד הצרכן במשפט (תשס"ג-2002), המשמיעה אותנו כך (שם, 414-415):

ככל שהדבר נוגע לסעד הפיצויים, התביעה על פי חוק הגנת הצרכן תדרוש הוכחתו של הנזק שנבע מן הטעיה, דהיינו קיומה של הטעיה בפועל, ופעולה מכוח אותה הטעיה. יש צורך בקשר סיבתי בין הטעיה לבין הנזק, בדומה לכלל הרגיל בדיני הפיצויים. כך נפסק בדעת הרוב בעניין ברזני נ' בזק. ואכן, אין הצדקה לאפשר לאדם לזכות בפיצויים במצב שבו לא נגרם לו נזק מן הטעיה. מטרתם של דיני הפיצויים היא לחייב את האחראי להחזיר את הניזוק למצבו שטרם הפגיעה. אין הכרח בקשר סיבתי לפגיעה כלשהי כאשר מתבקש צו מניעה להפסקת המצגים ...

ראו עוד: פרופ' מיגל דויטש, עוולות מסחריות וסודות מסחר (תשס"ב-2002), 48-50.

ואם בכך אין די, נוסף ונזכיר את דברי הנשיא שמגר בפרשת ליפרט. באותה פרשה נדונה הוראת סעיף 3 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981, שלפיה הוטל על תאגיד בנקאי איסור לעשות "דבר העלול להטעות לקוח בכל עניין מהותי למתן שירות ללקוח". אמר על כך הנשיא שמגר (שם, 326):

האיסור בחוק הבנקאות (שירות ללקוח) רחב יותר ואוסר על כל מעשה או מחדל העלולים להטעות - היינו, אין דרישה להטעיה בפועל (הגם שללא הטעיה כזו ספק אם ניתן יהיה להצביע על נזק שיהווה עילה לפיצוי על פי החוק) (ההדגשה במקור - מ' ח').

המחוקק יכול ורשאי, כמובן, לחרוג מעקרון-יסוד זה, ולקבוע - מטעמים מטעמים שונים - כי נפגע יזכה בפיצוי גם אם לא הוכיח שנשא בנזק. ראו, למשל: סעיף 7א לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965; סעיף 11 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970; סעיף 10(א)(1) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח - 1988; סעיף 6(ב). לחוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998; סעיף 3א לפקודת זכויות יוצרים; סעיף 13(א) לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999. ואולם אין אלה אלא החריגים לכלל. הכלל הוא שלא יינתן פיצוי אלא אם נגרם נזק, ולא יינתן פיצוי אלא כדי הנזק שנגרם. בענייננו-שלנו, ומתוך כך שברזני לא היה מודע כלל לפירסומיה של בזק ולא הסתמך על אותם פירסומים, שוב לא נוכל לומר כי זכאי הוא לפיצוי. אכן, שלילת זכותו של ברזני לפיצוי בונה עצמה, בעיקר, על היעדר קשר סיבתי בין העוולה לבין "נזק" שנגרם לו, לטענתו, ודוקטרינת הפיצויים נועדה להשלים היעדרה של זכות בידי ברזני כלפי בזק.

37. היעדר זכותו של ברזני ניתן להציגו גם בדרך אחרת. תובענה בנזיקין הנסכה על נזק שנגרם לאדם, תחילתה היא באותו נזק. משנגרם לו לאדם נזק בשל מעשהו או מחדלו של פלוני, מבקשים אנו למצוא אם נגרם אותו נזק בשל עוולה שעוול פלוני לניזוק, או אם הפר פלוני חובה שהוא חב כלפי הנפגע. ראו והשוו: רע"א 5768/94 א.ש.י.ד. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים, פ"ד (4) 289, 334. לסופו של אותו מסע חיפושים, אם יימצא כי אכן נעוולה עוולה או כי הופרה חובה, וכי אותה עוולה או אותה הפרת חובה הן שגרמו נזק לנפגע, כי אז יחוייב פלוני בפיצויים. ואילו אם יימצא כי אין קשר בין מעשהו או מחדלו של פלוני לבין הנזק שנגרם לנפגע, כי-אז לא יזכה

הנפגע בפיצויים ונזק שנשא בו נראה בו ונכנהו *damnum sine injuria* - נזק ללא הפרת חוק.

38. והנה, בענייננו-שלנו כמו נתהפכו היוצרות. שלא כבאירוע נזיקין רגיל, אין ברזני יכול להצביע על "נזק" אמיתי שנגרם לו אלא אם נקדים ונאמר כי הוראת סעיף 2(א) שלחוק הגנת הצרכן מזכה אותו בפיצויים. במקרה זה נאמר כי ברזני נשא ב"נזק" הואיל וזכאי הוא לפיצויים על-פי החוק. "ניזקו" של ברזני הוא מעין "נזק סטטוטורי", נזק *ex lege*. ואולם, שלא כבהוראות אחרות המעניקות לצרכן זכות כספית - ראו, למשל, הוראות סעיפים 10 ו-17 ב. לחוק הגנת הצרכן - אין בה בהוראת סעיף 2(א) שלחוק כל הוריה על זכותו של צרכן לפיצויים באין הוכחת נזק, או על זכותו של צרכן לשלם מחיר מסוים כפי שפורסם או כפי שהודע בידי העוסק. השוו עוד: רע"א 8733/96 רוברט לנגברט נ' מדינת ישראל - מינהל מקרקעי ישראל פ"ד נה(1) 168. וכך, בעוד שבאירוע נזיקין מן-המניין יכול נפגע להצביע בנקל על נזק שנגרם לו, בענייננו-שלנו אין ברזני יכול להצביע על "נזק" ממשי ולו משום שלא ראה את הפירסום שפירסמה בזק. קיומו של "נזק" בר-פיצוי ייגזר מתוך הוראת סעיף 2(א), אלא שזו אינה מדברת כלל על פיצוי. נקלעים אנו אפוא למעגל קסם שאין ממנו מוצא. כמו מניחים אנו קיומו של "נזק", ועל יסוד הנחה זו קובעים אנו כי נגרם נזק. ועל כך נאמר אנו: כשם שאין אדם זכאי לתבוע את זולתו שהתרשל בלא שאותה התרשלות גרמה לו נזק, כן אין אדם זכאי לתבוע עוסק שפירסם דבר העלול להטעות צרכן בעניין מהותי בעסקה אם אותה הטעיה לא גרמה לו נזק. נצהיר, אפוא, כי בהיעדר הוראה מפורשת וחד-משמעית המזכה אדם בפיצוי על נזק וירטואלי מסוג הנזק שברזני נשא בו, נתקשה לקבל כי בית-משפט יורה על תשלום פיצוי. תפקיד יצירתי כה משמעותי נועד למחוקק ולא לבית-המשפט. המחוקק לא אמר את שהעותרים מבקשים לשים בפיו, ואנו לא נשב על כס המחוקק ולא נאמר את שהוא עצמו לא אמר.

39. משאמרנו דברים שאמרנו בנושא הקשר הסיבתי ובנושא הפיצויים, נוסף ונאמר כי קשר סיבתי (עובדתי ומשפטי) הנדרש מהוראות סעיף 2(א) לחוק, אינו משמיע מאליו, לדעתנו, הסתמכות מפורשת וישירה של צרכן על מצג שהציג עוסק. זאת, שלא כהוראות-חוק אחרות, ביניהן הוראת סעיף 56 לפקודת הנזיקין, שלפיהן נדרש מפורשות קשר סיבתי של הסתמכות. אפשר שצרכן לא יסתמך באורח ישיר על מצג של עוסק ובכל-זאת יתקיים קשר סיבתי נדרש, דהיינו, כי מצגו של העוסק היה (כלשונו של סעיף 64 לפקודת הנזיקין) "הסיבה או אחת הסיבות לנזק". כך הוא, למשל, במקום שניתן להוכיח כי פירסום שפירסם עוסק - פירסום העלול להטעות צרכן בעניין מהותי - הניע שרשרת עובדתית שבסופה נגרם לצרכן נזק. דוגמה: פירסום פלוני היטעה את

פלוני וניתן להצביע על קשר סיבתי בקירבה ראויה בין אותו פלוני לבין צרכן שנגרם לו נזק. לשון אחר: בהקשר ענייננו ראוי לפרש את מושג ההסתמכות בפרישה רחבה, ככולל לא אך הסתמכות ישירה בלבד.

ואולם קשר סיבתי (ראוי) חייב שיימצא בין הפירסום המטעה לבין הנזק שצרכן נשא בו. הנה-כי-כן, שני אירועים עוקבים הם לענייננו: האירוע האחד, הראשון, הוא פירסום העלול להטעות צרכן בעניין מהותי בעיסקה. האירוע האחר, השני, הוא שצרכן קנה נכס או נדרש לשירות שהיו נושא לאותו פירסום. על רקע זה כך נאמר: העובדה שקניית הנכס או קבלת השירות היו לאחר הפירסום, עובדה זו כשהיא לעצמה, אין די בה כדי ללמד על קשר סיבתי בין שני האירועים. וכמאמר הידוע בלטינית, נשאל אף אנו: *Post hoc - ergo propter hoc?* כיוון שאחרי זה - נסיק שבגלל זה? העובדה, כשהיא לעצמה, שאירוע ב' אירע לאחר אירוע א', אין פירושה שאירוע ב' אירע בגלל אירוע א'. חייב שיתקיים קשר סיבתי ראוי בין שני האירועים, וקשר זה יילמד בנסיבותיו של כל עניין ועניין, תוך היעזרות, כמקובל, בראיות שלעניין.

40. פירסום העלול להטעות צרכן מגבש עוולה כהוראת סעיף 2(א) שלחוק. ומשמתקיים קשר סיבתי ראוי בין אותו פירסום לבין נזק שנגרם לצרכן - יהא זה קשר סיבתי ישיר על דרך של הסתמכות או קשר סיבתי עקיף על דרך של שרשרת סיבתית ראויה מן הפירסום ועד לצרכן - יהא אותו צרכן זכאי לפיצוי. לשון אחר: על הצרכן התובע להראות כי הפירסום המטעה הניע שרשרת אירועים שבסופה הגיעה אליו וגרמה לו נזק.

הנה הוא עניינם של ניירות-ערך. דין הוא בחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, כי לגיבושה של עוולת הטעיה לפיו אין נדרשת הסתמכותו של הצרכן על פירסום מטעה. החותם על תשקיף ובו פרט מטעה "אחראי כלפי מי שרכש ניירות ערך מן המציע ... לנזק שנגרם ... מחמת שהיה בתשקיף פרט מטעה" (סעיף 31 לחוק ניירות ערך. ראו עוד: סעיפים 32 ו-52.יא. לאותו חוק). וכפי שנפסק ברע"א 8268/96 דן רייכרט נ' משה שמש, פ"ד נה(5) 276 (מפי השופטת שטרסברג-כהן), חייב שיתקיים קשר סיבתי בין הפירסום המטעה לבין נזק שנגרם לצרכן (ירידת ערכו של נייר הערך), הגם שאין הכרח כי תהא הסתמכות ישירה על הפירסום. וראו שם, 311-312. ניתן ללמוד מהתם להכא, ולדעתי ראוי שכך נלמד.

41. מילים אחרונות: בדברינו למעלה לא התוונו אלא קווי-גבול כלליים לפירושה של הוראת סעיף 2(א) שלחוק הגנת הצרכן. לענייננו-שלנו נאמר, כי מתוך שברזני לא

היה מודע כלל לפירסומה המטעה של בזק; וביודענו כי ברזני לא הושפע מאותו פירסום, לא במישרין ולא בעקיפין; ממילא לא הוצרכנו להעמיק, לא בנושא ההסתמכות ולא בנושא הקשר הסיבתי הראוי והנדרש בין פירסום מטעה של עוסק לבין נזק הנגרם לצרכן שקנה נכס או שנדרש לשירות שהיו נושא לפירסום. בימים-יבואו יידרשו בתי-המשפט לנושאים אלה ולנושאים המתפצלים הם, וההלכה תתפתח ותלך ממקרה למקרה. עיקר לענייננו הוא, שלעולם נעמוד על הצורך בקיומו של קשר סיבתי ראוי בין פירסום מטעה לבין נזק שצרכן נשא בו, ובתוככי הקשר הסיבתי הראוי נִשְׁרָג כיסוד יוצר את יסוד ההסתמכות שניתן יהא לכלול בו - ובמקרים הראויים אכן יכלול - אף הסתמכות "קונסטרוקטיבית". לשון אחר: הוראת סעיף 2(א) תפורש כפורשת את כנפיה לא אך על הסתמכות ישירה - משל מדברים היינו בעוולת התרמית כהוראת סעיף 56 לפקודת הנזיקין - אלא על הסתמכות עקיפה גם-כן, הסתמכות שפירושה הוא - הלכה למעשה - קשר סיבתי ראוי בין פירסום לבין נזק כדי-כך שניתן יהא לומר כי התובע הוטעה בקנותו נכס או בקבלו שירות. השאלות העולות להכרעה אינן קלות כל-עיקר וחילוקי-הדעות החריפים יעידו על-כך. אכן, הפסיקה בארצות הברית גדושה בדוגמאות, לכאן ולכאן, ולענייננו עתה לא נרחיב. לדוגמה ראו פסק-הדין בפרשת *Mark Oliveira v. Amoco oil co.*, 776 N.E. 2d 151 (2002) והאסמכתאות הנדונות בו.

לייחודו של חוק הגנת הצרכן

42. "אין להסתפק בפרשנות מילולית ויש להוסיף ולהתחקות אחר תכלית החוק על מנת לבור את הפרשנות הראויה". משאמרה דברים אלה שאמרה (בעמ' 598 לפסק-הדין), נפנתה חברתי השופטת שטרסברג-כהן לתכליתו של חוק הגנת הצרכן, ובעשותה כן נמצא לה כי הוראת סעיף 2(א) שלחוק - על-פי מהותה - אינה מתיישבת עם כללי-היסוד בנושא הנזק ועם דוקטרינת הקשר הסיבתי הקבועים בפקודת הנזיקין. לסברתה של חברתי, חובה היא המוטלת עלינו לפרש את חוק הגנת הצרכן כתכליתו, ותכלית זו תוליכנו אל מסקנה כי על-פי הוראת סעיף 2(א) יזכה צרכן לתביעת פיצויים גם אם הוא עצמו לא הסתמך על פירסום אסור שפירסם עוסק. ובלשונה של חברתי (בעמ' 598):

החוק בא להשליט אורחות התנהגות על המגזר העסקי ולקבוע כללי משחק הוגנים ביחסים שבין הצרכן לעוסק. החוק בא להבטיח כי העוסק לא ינצל את מעמדו הכלכלי העדיף על מנת להתעשר שלא כדין על חשבוננו של הצרכן. על מנת להגן על הצרכן נקבעו בחוק "... שורה של חובות ואיסורים על העוסקים - היצרנים, היבואנים,

הסוחרים ונותני השירותים - שמטרתם הכוללת היא למנוע את הטעיית הצרכן, להביא לידיעתו מידע מלא ככל האפשר על טיב העסקה שהוא עומד לעשות, ולתת לו את הכלים לממש את זכויותיו...” ... מכשיר התובענה הייצוגית נועד להבטיח אכיפה יעילה של הנורמות הקבועות בחוק ולהרתיע את העוסקים בעלי היתרון הכלכלי מכל ניסיון לנצל לרעה את תמימותו של הצרכן, את חולשתו בעימות שבין השניים ואת חוסר הכדאיות הטמונה בהגשת תביעה על ידו נגד העוסקים בשל הנזקים הנגרמים כתוצאה ממעשיהם, היכולים להיות קטנים יחסית לכל צרכן ומקור להתעשרות שלא כדין לעוסק. על רקע תכליות אלה יש לפרש גם את איסור ההטעיה הקבוע בס' 2(א) לחוק. מכאן שלשיטתי, הניסוח בו נקט המחוקק איננו מקרי. קביעתו כי "איסור ההטעיה" חל על כל מעשה או מחדל העלול להטעות צרכן, נועדה לקבוע מבחן נורמטיבי-אובייקטיבי לבדיקת התנהגותו של העוסק ולהרים את הרף הנורמטיבי שעל העוסק לעבור כדי לעמוד בדרישות החוק לשם הגנה על הצרכן. פרשנות, שלפיה הזכות לפיצויים עומדת רק למי מבין הצרכנים אשר הוטעה בפועל, תיצור אבחנה מלאכותית בין ציבור הצרכנים שעשה שימוש במוצר או בשירות אשר המידע שניתן אודותם מטעה, אך לא נחשף למצג המטעה, לבין קבוצת הצרכנים שהמידע המטעה אכן הגיע לידיעתה. גישה לפיה נדרשת הטעיה בפועל תצמצם את היקף אחריותו של העוסק רק כלפי אותם צרכנים שיהא בידם להוכיח כי אכן הוטעו על ידי מצגי העוסק. גישה כזו תפחית את ההרתעה שהיא אחת מתכליות החוק אם לא העיקרית שביניהן. היא תהפוך את ההטעיה לכדאית מנקודת מבטו של העוסק ותפגע ברמת אכיפת הוראות החוק. גישה כזו תפגע בהשגת תכלית חוק הגנת הצרכן, בכלל, ובתובענה הייצוגית במסגרתו, בפרט (ההדגשה במקור - מ' ח').

ובהמשך (שם, 602):

לדעתי, הצרכן התובע מכוח החוק אינו נדרש להראות כי הוטעה בפועל לשם הקמת עילה לתביעת פיצויים בגין הפרת "איסור ההטעיה" הקבוע בס' 2(א) לחוק. די בכך שיראה כי העוסק עשה מעשה "העלול להטעות צרכן".

43. העותרים, למותר לומר, מצרפים דעתם לדעתה של השופטת שטרסברג-כהן, ומוסיפים הם וטוענים שפירוש אחר כי יינתן להוראת סעיף 2(א) - פירוש התובע כי תהא הסתמכות על מצגי-הטעיה של עוסק עד שהצרכן יוכל לתובע פיצויי-נזק מן העוסק - יהא בו באותו פירוש כדי לרוקן את החוק מתוכנו. כיצד כך? אלא שפירוש

בדרכו של הרוב ימנע, למעשה, הגשתה של תובענה ייצוגית בעילת הטעיה; ומשידענו כי תביעה אישית (כתביעתו האישית של ברזני) לא תוגש אך בשל מיעוט הנזק של כל צרכן; יימצא לנו כי קולו של החוק לא יישמע. קולו יהא כקול קורא במדבר. כך תאבד תהילת החוק ונימצא מחזיקים בידינו חוק שאינו אלא כלי ריק.

44. בעניינה של התובענה הייצוגית העסקנו עצמנו בדברינו למעלה (ראו פסקאות 19 עד 26, לעיל) ולא נוסף אלא מעט-מזעיר. לא באנו לגרוע מכבודה של התובענה הייצוגית, ואין בכוונתנו למעט מחשיבותה כהוא-זה. נוסף עם זאת, כי בהיעדר הוראה ברורה ומפורשת - והוראה מעין-זו לא נמצאה לנו - לא נתיר לה לתובענה הייצוגית לשלוט על כל שדה הגנת הצרכן, תוך שהיא דורסת ורומסת עיקרי יסוד ודוקטרינות שנתקבלו והן עימנו ימים רבים. בהקשר זה נזכור במיוחד כי התובענה הייצוגית לא נתכוננה - מעיקרה - כזכות מהותית וכעילת תביעה. תובענה ייצוגית, עם כל חשיבותה - וחשיבות רבה נודעת לה - אין היא אלא כלי דיוני לאיחודן של תביעות רבות תחת קורת-גג אחת. בהיות התובענה הייצוגית מה שהיא, נתקשה לפרשה כך שיהא בכוחה - על דרך ההילוך לאחור, כביכול - לשנות כללי-מהות בדין הנזיקין, בהם כללי הקשר הסיבתי ויסודות בפסיקת פיצויים. אכן, הגם שניתן להרהר אחר הקונצפציה שבנתה חברתי השופטת שטרסבג-כהן, לא נוכל לפסול אותה קונצפציה מיניה-וביה. אלא שהקונצפציה, כה חורגת היא מן המקובל עלינו - ומקובל עלינו משכבר הימים - עד שהיינו מצפים כי החוק יורה אותנו מפורשות דבר. והחוק לא הורנו כך.

45. חוק חדש כי יחקק, הופך החוק להיותו איבר בלתי-נפרד מקורפוס שיטת המשפט. כל חוק כך, וכך הוא חוק הגנת הצרכן. ואולם, חוק חדש לא היה כרובינזון קרוזו. בא הוא אל מקום מיושב בחוקים, בעיקרי-יסוד, בדוקטרינות, בקלסיפיקציות, באופני חשיבה, בתרבות-של-משפט. הוטל עליו על החוק החדש למצוא מקומו ולשלב עצמו בתוך אותו יער סבוך להיותו בן למשפחת שוכני-היער. הנה הוא הרקע להוראת סעיף 31(א) שלחוק, הוראה המורה אותנו כי דין מעשה אסור כדברו של סעיף 2(א) לחוק יהא כדין עוולה. הנשיא ברק מורנו כי גם לולא הוראת סעיף 31(א) היינו מסווגים מעשה הנעשה בניגוד להוראת סעיף 2(א) שלחוק כעוולה של הפרת חובה חקוקה. אלא שבחוקקו את הוראת סעיף 31(א) ייתר המחוקק צורך לעשות כן. בין כך ובין אחרת, עיקר הוא שהחוק ראה צורך לרקום את החוק החדש בַּתְּחַבַּת החקיקה הכללית, ומצא לו מקום מושב בתוככי פקודת הנזיקין. החוק הודיענו אפוא כי מעשה אסור בניגוד לסעיף 2(א) לחוק - ובניגוד להוראות-חוק אחרות אף-הן - הוא עוולה, ובכך חסך מאיתנו טורח וטירחה לנסות ולסווג הוראות שבחוק בקלסיפיקציה זו או אחרת. אמרנו על כך במקום אחר (חשין, מיטלטלין, § 161 בעמ' 161 ה"ש 2):

קלסיפיקציה משליטה סדר בכללי דין "היוליים" ומושתתת היא על עקרונות-יסוד הקובעים בה. יסוד בחשיבה הם צדדים שווים ושונים בין הכללים הנתונים למיון. סובב ומסובב בקלסיפיקציה הינן דוקטרינות החלות על כללים המאוגדים בקטגוריה אחת (כושר, תמורה, ריחוק נזק, וכיו"ב). בנקודת זמן מסויימת נעשית קלסיפיקציה על יסוד שוויון בדוקטרינות החלות על כללי משפט פלונים. לאחר עשיית הקלסיפיקציה, ובהיווצר דוקטרינה המוחלת על חטיבת דין מסויימת, תשלוט הדוקטרינה על כללי המשפט המאוגדים כאמור, משום שמצויים הם בחטיבת משפט אחת. הוא הדין, בשינויים המחוייבים, עם לידת כלל משפט ספציפי הנמנה על חטיבת דין מסויימת (בין מפורשות בין ב"פירושו"), שאז יישלט הוא ע"י הדוקטרינות של אותה חטיבה.

קלסיפיקציה במשפט (ובכלל) נועדה להקל על מלאכתם של חוקר ופרשן, ואולם שומה עלינו לזכור כל העת כי המדובר אינו אלא "בכלל-עזר גרידא, ואף שלכאורה ראוי שנשתמש בו, אין כל כורח אפריורי שימצא את מקומו, הלכה למעשה, בסוגיה משפטית נתונה" (שם, 161). אכן, הפונקציונליות, בה עיקר, ואילו "דוקטרינות, קלסיפיקציות והגדרות, כל אלו לא בראנו אותן אלא לכבודנו; נועדו הן לשרתנו; אנו נשלוט בהן ולא נתיר להן להשתלט עלינו; הכוח בידינו הוא, ולא ניתן ליצירי-כפינו לקום עלינו" (פרשת הר שפי, 767. ראו עוד: ע"פ 4675/97, 4961, 4962 ישראל רוזוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 337, 377). אשר לעניינינו-שלנו, לא מצאנו כל טעם טוב להחריג אותה עילה שבסעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן, ולהחיל עליה דין שונה מהדין החל על עולות אחרות.

חוק הגנת הצרכן - חוק רב-תחומי

46. העותרים מעמידים את התובענה הייצוגית במרכז הבריאה, ולאחר קריאה בסיכומיהם קשה להשתחרר מהתרשמות כי הוראות-מהות שבחוק הגנת הצרכן לא נבראו אלא לכבודה של התובענה הייצוגית; מכל מקום, בעיקר לכבודה של התובענה הייצוגית. מכאן מסקנתם, כי בשוללנו מברזני זכות כהוראת סעיף 2(א) שלחוק, נעמיד את החוק ככלי אין-חפץ-בו. פירכתה של טענה זו מוכחת מאליה ביודענו כי התובענה הייצוגית שבחוק הגנת הצרכן לא נולדה אלא בשנת תשנ"ד-1994, דהיינו, כשלוש-עשרה שנים לאחר היות החוק. דומני כי הצגת חוק הגנת הצרכן כמו בתובענה הייצוגית

עיקר, וכמו כל שאר הוראות החוק סבות אותה ומשתחוות לה - הצגת הדברים כך ענולה לחוק.

47. כולנו נסכים כי תכליתו של חוק הגנת הצרכן היא יצירת איזון ראוי בין הצרכן היחיד לבין עוסקים - בעיקרם העוסקים הגדולים - וזאת עושה החוק על דרך הטלת חובות מוגברות על העוסקים. ראו, למשל: הצעת החוק, 302; רע"א 8733/96 לנגברט נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(1) 168, 175; רע"א 2701/97 מדינת ישראל נ' צ'רטוק דניאל, פ"ד נו(2) 876, 884. לסקירה כללית ראו, בייחוד: ד"ר אורנה דויטש, שם, 27-37; פרופ' סיני דויטש, שם, 118-128. ואולם חוק הגנת הצרכן חוק רב-תחומי הוא. משייך הוא עצמו, בה-בעת, גם למשפט הפרטי, גם למשפט הציבורי-המינהלי, גם למשפט הפלילי. הוראות מתחומי משפט שונים אלה, החוק משלב אותן אלו-באלו והכל לתכלית הגנתו של הצרכן.

48. ואמנם, בחוק הגנת הצרכן מצאנו שלושה מנגנוני אכיפה שונים: מנגנון אכיפה מינהלי, מנגנון אכיפה פלילי ומנגנון אכיפה אזרחי. שלושה מנגנונים אלה ימצאו בפרק ה' (הממונה על הגנת הצרכן), בפרק ו' (עונשין ותרופות) ובפרק ו'1 (תובענה ייצוגית), ומנגנונים אלה נבדלים הם מן ההוראות המהותיות המטילות חובות ספציפיות על עוסקים.

49. אשר לממונה על הגנת הצרכן, עיון בהוראות החוק שלעניין ילמדנו כי הלה קנה סמכויות רבות ונשכניות לפיקוח על ביצוע הוראות החוק, לטיפול בתלונות ועוד. ובלשונה של הצעת החוק (שם, 302, 311):

לביצוע החוק ימונה ממונה על הגנת הצרכן, ויוענקו לו סמכויות רבות, אשר יאפשרו לו לוודא כי אכן הוראות החוק מבוצעות ולאכוף ביצוען על עוסקים שאינם מצייתים להן.

.....

הסמכויות שהוענקו לממונה על פי החוק יקנו לו מעמד של רשות עצמאית היכולה לפעול בעילולת ... לצורך זה ניתנו לממונה סמכויות שאינן ניתנות כרגיל לרשויות מוסמכות, וביניהן - סמכות לקבל התחייבות מעוסק, שלא לחזור על נהגי מסחר פסולים, מלווה בערובה של עד 10,000 שקלים, וסמכות לפרסם ממצאי בדיקות שערך ולפנות לבית משפט להוצאת צו מניעה. בנוסף לסמכויות אלה יהיו לממונה גם סמכויות חקירה ותפיסת מסמכים וטובין וסמכויות ביצוע נוספות.

לדברים אלה יש גיבוי מלא בחוק. הנה הן מיקצת מסמכויותיו של הממונה, כמפורט בסעיפים 21 ו-22 שלחוק:

21. ראה הממונה או מי שהוא הסמיך לענין זה שהדבר דרוש לביצועו של חוק זה, רשאי הוא -

סמכויות הממונה

(1) להיכנס למקום המשמש עסק ולערוך בו ביקורת על מילוי הוראות חוק זה, לבדוק מסמכים, דוגמאות וטובין ולתפוס כל דבר שיש יסוד סביר להניח שבו או לגביו נעברה, או שמתכוונים לעבור, עבירה על הוראות חוק זה;

(2) לחקור כל אדם הנוגע בדבר או שיש לו ידיעות בענין ולדרוש ממנו להתייבב לפניו ולמסור לו מסמכים, דוגמאות וידיעות הנוגעות לעניני החקירה ...

(3) לערוך בדיקות של טובין או שירותים ולפרסם ממצאיהן ...

(4) להעמיד עוסק על חובתו להפסיק נהגים שיש בהם לכאורה הפרת הוראות חוק זה או שלא לחזור עליהם.

22. (א) לממונה ולמי שהוא הסמיך לענין זה יהיו סמכויות של קצין משטרה בדרגת מפקח לפי סעיף 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), וסעיף 3 לפקודה האמורה יחול על הודעה שרשמו.

סמכויות עזר

כן קנה הממונה סמכויות נוספות, בהן סמכותו לדרוש מעוסק התחייבות להימנע מעבירה (סעיף 28), סמכות לפנות לבית-המשפט ולבקש כי יצווה על עוסק להימנע ממעשי עבירה (סעיף 30) ועוד.

בנוסף לממונה מגנה החוק בסנקציות פליליות חובות שהוא מטיל על עוסקים, ואין מקום שנאריך. נזכיר עם זאת במיוחד את הוראת סעיף 23(א)(1) לחוק, שלפיה צפוי עוסק לעונש מאסר ולקנס אם "עשה דבר העלול להטעות צרכן בניגוד להוראות סעיף 2".

50. מנגנונים אלה שנועדו להגן על הצרכן אינם מְשִׁימִים את העותרים. לטענתם, אין די באכיפה ציבורית של הוראות החוק, ומוסיפים הם וטוענים כי בפועל יש תת-אכיפה של החוק בידי בעלי-הסמכות. לטענתם, התובענה הייצוגית היא המכשיר המרכזי - פעמיים בה"א הידיעה - לאכיפת הוראות החוק ואסורים אנו שנשמוט כלי יקר-ערך זה מדינו. ראו עוד והשוו: פרשת א.ש.ת, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת ביניש; הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 3), תשנ"ד-1994, ה"ח, 396; בר-ניב (בורנובסקי), "גבולה של התובענה הצרכנית הייצוגית", עיוני משפט יט (תשנ"ה-1994) 251; בר ניב, "האכיפה של חוק הגנת הצרכן על ידי המגזר העסקי", עיוני משפט י"ז (תשנ"ג-1992) 299. השוו: מ' אגמון, ד' לחמן-מסר, "תיאוריית האכיפה בהצעת חוק החברות החדש", משפטים כ"ו (תשנ"ו-1996) 543, 577.

51. על טיעוניהם אלה של העותרים נשיב כך: ראשית לכל, לא אמרנו - אף לא נאמר - כי התובענה הייצוגית אינה כלי רב-ערך לאכיפת הוראותיו המהותיות של חוק הגנת הצרכן. שנית, ובאלה עיקר: לימוד החוק מתוכו-ובו ילמדנו כי מעיקרו נשענת אכיפתו על כמה וכמה רגלים. עיון בסמכויות שקנה הממונה על הגנת הצרכן ובחינת חלקו העונשי של החוק יורונו, כי לסברת המחוקק יש באותן סמכויות וסנקציות פליליות כדי לחזק ביותר את עמדתו של הצרכן. ואם הוכיחו הרשויות ריפיון באכיפת החוק, אין באותו ריפיון - והוא ריפיון שבדיעבד - כדי לאצול על פירוש החוק. נזכיר רשויות אחרות כפי שפעלו בעבר וכפי שפועלות הן כיום. נזכיר את הממונה על הגבלים עסקיים ונזכיר את רשות ניירות ערך - נזכיר שתי רשויות אלו כפי שהיו בימים שמכבר וכפי שהן בימינו אלה. נזכיר ונניחל כי כך יחזק ויילך הממונה על הגנת הצרכן וכמותו תחזקנה רשויות אכיפת חוק הגנת הצרכן בעונשין. כל-כך לעתיד-לבוא. אשר לימינו, אין בטיעוניהם של העותרים כדי לאצול במישרין על פירוש החוק.

52. דבר אחרון בהקשר דברינו עתה. אמרנו במקום אחר (ראו לעיל, פסקה 12), כי חוק הגנת הצרכן אינו מכיר על הֶחֱלָק בתביעה הציבורית (ה- *actio popularis*). הא-ראיה: אין אדם קונה זכות לתבוע בתובענה ייצוגית אלא אם נושא הוא באמתחתו זכות תביעה אישית. ראו סעיף 35א.א (א) לחוק. והנה, כי נאמץ את פירוש העותרים להוראת סעיף 2(א) שלחוק, ימצא לנו - בדרך עקיפין - כי הבאנו אל החוק את התביעה הציבורית, אם לא במלואה כי-אז בעיקרה. בדרך פרשנות זו שאלנו קונצפט מן המשפט הציבורי - מן המשפט החוקתי, מן המשפט המינהלי ובעיקר מן המשפט הפלילי - ועשינו אותו בן-בית במשפט הפרטי. כמו חזרנו אל ימי-קדם, שאכיפת המשפט - האזרחי והפלילי - היתה בידי היחיד. באותם ימים, ומפאת היעדרו של שילטון מרכזי

המסוגל להשליט מרותו על כל רחבי המדינה, היתה מערכת אכיפת החוק מערכת מבוזרת, ולפרט יוחדו כוח וסמכות ראשונים במעלה לאכיפת החוק. הקניית זכות תביעה לברזני כפירושם של העותרים לחוק, יש בה כדי להחזירנו לאותם ימי-קדם הגם שבדרך מודרנית ומשוכללת. נמהר ונוסיף, כי אין אנו אומרים דברים אלה בנימה של ביקורת על הצורך בכיזור האכיפה. אומרים אנו דברים שאנו אומרים בסוברנו כי לו נתכוון החוק, כגירסת העותרים, לחולל מעין מהפכה-זוטא פזו שתיארנו, כי אז ציפינו שיאמר את דברו צלול וברור. ואנו לא שמענו את החוק דובר אלינו כך. לא צלול ולא ברור.

חזקה

53. השופט שטרסברג-כהן מציעה כי נקבע חזקה שתהא לעזר לצרכנים במלחמתם בעוסקים. ובלשונה (בעמ' 603):

לו סברתי שנדרשת הטעיה בפועל של הצרכן והסתמכות על מצגו של העוסק - ואין אני סבורה כן - הרי שלאור יחסי הכוחות ביחסים שבין הצרכן לעוסק ועל-מנת להרתיע את המגזר העסקי, הייתי רואה לאמץ חזקה, שלפיה, מקום שבו יצר עוסק מצג העלול להטעות צרכן, ומצג זה פורסם בהיקף נרחב מתוך מטרה שיגיע אל ציבור הצרכנים, נראה את הצרכן אשר רכש את המצרך או השירות נושא המצג כמי שנחשף למצג ופעל על-פיו ובהסתמך עליו ...

הנשיא ברק ביקש להשאיר שאלה זו בצריך עיון הואיל ולא נצרך להכריע בה (שם, 621). עיון מקרוב יגלה לנו - אף בלא שנעמיק ביתר - כי מעורבות בה בסוגיית החזקה שאלות לא מעטות ולא קלות. ומתוך שלענייננו אין אנו נדרשים להחליט בה, נותר הכרעה בעניינה לימים-יבואו.

ההקץ הקץ על תובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן?

54. העותרים מעלים חשש, אף טוענים הם, כי תנאי ההסתמכות - אם תרצו: תנאי הקשר הסיבתי, כפי שנקבע בפסק-הדין נושא הדיון, בין מעשהו של עוסק לבין ניזקו של צרכן - יקיץ קץ על התובענות הייצוגיות מכוח החוק, וכי בכך נביא רעה גדולה על עצמנו. אין דעתי כדעתם. חוות-דעתנו נסבה על השאלה אימתיי ובאלו נסיבות קונה

תובע לפי חוק הגנת הצרכן עילה אישית לפיצוי מאת עוסק. אכן, כל אחד מן המיוצגים בתובענה הייצוגית חייב שיחזיק אף-הוא בזכות אישית לפיצוי - כמוהו כתובע המייצג, וכי ישא בנזק הקשור קשר סיבתי למעשהו של העוסק. כל-כך - לעניינה של הזכות גופה. ואולם ככל שהמדובר הוא בהוכחתה של העילה, צעדו המחוקק ומחוקק-המישנה לקראת בני הקבוצה. וכך, משעלה בידו של צרכן להוכיח קיומה של עילה אישית, ומשאושרה הגשתה של תובענה ייצוגית, רשאי הוא בית-המשפט לקבוע כיצד יוכיחו בני הקבוצה נזק שנגרם להם. וכלשונה של תקנה 9 לתקנות הגנת הצרכן (סידרי דין לעניין תובענה ייצוגית), תשנ"ה-1995:

תביעות
הנובעות
מפסק דין

9. (א) החליט בית המשפט כי הוכחה עילת התביעה, רשאי הוא להורות שכל חבר הקבוצה יוכיח את זכותו, לסעד המבוקש באמצעות תצהיר, שבו יפרט את הנזק שנגרם לו.

(ב) ...

(ג) על אף האמור בתקנת משנה (א) רשאי בית המשפט, לבקשת התובע, לפטור את חברי הקבוצה או חלקם מהגשת תצהירים אם ראה שבנסיבות העניין תכביד הגשתם יתר על המידה על חברי הקבוצה, ורשאי הוא להורות כי יוכיחו את הנזק בדרך אחרת שתיראה לו.

בתירגום הדברים ובהחלתם על ענייננו: לו היתה לברזני עילת תביעה אישית ובית-המשפט היה מכיר בו כזכאי להגיש תובענה ייצוגית; ולו הכיר בית-המשפט בתובענה הייצוגית לגופה; כי-אז היה בית-המשפט רשאי לקבוע דרכים ראויות כנראה לו לדרכי הוכחתו של יסוד הקשר הסיבתי בין הפירסום המטעה לבין הנזק שנגרם לכל אחד מבני הקבוצה, לרבות לגבי הנזק שנגרם לכל אחד מהם. וכלשון תקנה 9(א) הנזכרת: "שכל חבר הקבוצה יוכיח את זכותו לסעד המבוקש באמצעות תצהיר, שבו יפרט את הנזק שנגרם לו". כך בתצהיר, וכהנחיית תקנה 9(ג) - גם בדרך אחרת שתיראה לבית-המשפט.

55. זאת ועוד: בע"א 1337/97 תנובה נ' ראבי - אשר ניתן זה-לא-מכבר וטרם פורסם - קבעה השופטת נאור (בדעת יחיד), כי יש לאמץ אל-תוך חוק הגנת הצרכן

הסדר המכונה "שיפוי ופיצוי מיוחד", והוא הסדר שנקבע בתובענות ייצוגיות שלפי חוקים אחדים, בהם סעיף 46ט. לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, סעיף 16ט. לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981 וסעיף 62ט. לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשמ"א-1981. הוראות אלו ניסוחן זהה ונביא מהוראת סעיף 46ט. לחוק ההגבלים העסקיים:

| | |
|--------------------------------------------------------------|--------------------|
| 46ט. (א) פסק בית המשפט פיצוי כספי בתובענה ייצוגית, רשאי הוא: | שיפוי ופיצוי מיוחד |
| | |

(ב) ראה בית המשפט כי פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי בנסיבות העניין, בין משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה ובין מסיבה אחרת, רשאי הוא להורות על כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, כפי שימצא לנכון בנסיבות העניין.

הסדר דומה - ובה בעת גם שונה - יימצא בהוראת סעיף 216(ב) לחוק החברות, תשנ"ט-1999, המדבר על פיצויים בתובענות ייצוגיות לפי אותו חוק. מהוראות אלו נדע, כי מקום שמתן פיצוי נפרד לכל אחד מבני הקבוצה אינו מעשי, רשאי בית-המשפט לחייב את הנתבע בדרכי פיצוי מיוחדות או בסעדים אחרים כפי שימצא לנכון, ובלבד שהנתבע לא יאלץ, כמובן, לשלם יותר מן הנזק שנגרם. ראו עוד והשוו: *Daar v. Yellow Cab Company*, 433 P. 2d 732 (1967).

משפט משווה

56. באי-כוח בעלי-הדין, כל אחד מהם לעניינו, סמכו טיעוניהם לאסמכתאות משפט רבות מן המשפט המשווה, בעיקר מדיני הגנת הצרכן בארצות-הברית. עיון בפסיקה זו ילמדנו כי ניתן למצוא בה סימוכין (כמעט) לכל השקפה. החוקים בארצות-הברית הם חוקים מדינתיים, ולמרות השפעות הדדיות בין המדינות השונות, כל מדינה בדרכה תלך. אכן, לשון החוקים דומה - ודומה היא במובנים מסויימים גם לחוק הגנת הצרכן שלנו - אך מדיניות בתי-המשפט בפירוש משתנה ממקום למקום. חילוקי הדעות

נסכים בעיקרם - שלא להפתענו - על נושאי ההסתמכות (reliance) והקשר הסיבתי. כך, למשל, יש מקומות שלעניין העוולה של הטעיית צרכן תנאי מוקדם הוא שהצרכן הסתמך על הפירסום המטעה; יש מקומות שהסתמכות אינה נדרשת כלל; ויש מקומות שעל-פי ההלכה בהן יש חזקת ההסתמכות. (presumption of reliance); ולמותר לומר שלא הרי דין אחד הרי דין אחר.

יתר-על-כן: קריאה בפסיקה בארצות-הברית תלמדנו על וריאציות שונות ביישומן של ההלכות השונות, הן בנושא דרישת תנאי ההסתמכות הן בנושא הקשר הסיבתי. כך, למשל, בפרשת *Miller v. General Motors Corp.*, 2003 U.S. Dis., Lexis 1467 (פסק-דין מחודש ינואר 2003 שניתן בידי ה- United States district court for the northern district of Illinois, eastern division), עומד בית-המשפט על מיקצת הבלדים בין משפטי המדינות בארצות הברית - בעיקר בשאלת ההסתמכות - ומוצאים אנו הערת בית-המשפט, בשולי הפסק, האומרת כי:

Some of the issues on which differences exist include: ... differences in standards of reliance.

בית-המשפט מוסיף עוד ואומר כי משפט מדינת אילינוי, אף-הוא, אינו ברור כל-צורכו בנושא ההסתמכות. ראו עוד, למשל: פסק-הדין בפרשת אוליבר, לעיל (פסקה 41); *Connick v. Suzuki Motor Co., Ltd.*, 675 N.E.2d 584 (1996); *Zekman v. Direct American Marketers, Inc.*, 695 N.E.2d 853 (1998).

ההלכות תבאנה אלינו אפוא מארבע-כנפות הארץ, והמבוכה רבה. אכן, הוראות-חוק שונות, ועימהן מגמות והשקפות חברתיות, כלכליות ומשפטיות המאפיינות מדינות שונות, מוליכות את בתי-המשפט בדרכם - כל אחד מהם בדרכו-שלו - ואנו נתקשה להפריד בין האוניברסלי לבין הפרטיקולרי. טכניקה ואופני-חשיבה נוכל ללמוד ממשפטי ארצות-הברית, ואולם חוששני כי לא רב מכך.

57. בראותי את אוקיאנוס האסמכתאות שיובאו מארצות-הברית והונחו לפנינו, לא יכולתי שלא להיזכר בדבריו של השופט חיים כהן בדיון הנוסף שבפרשת ליאון נ' רינגר (ד"נ 12/63, פ"ד יח(4) 701), לעת שבית-המשפט העליון נדרש להכריע בנושא "הגולגולת הדקה". וכך פתח השופט כהן את חוות-דעתו באותה פרשה (שם, 706):

ההלכה שנפסקה ב- ע"א 378/62 ; 390/62 ... היא שאחראי המזיק לנזק שגרם במעשה רשלנותו, אף אם מידת הנזק עלתה - עקב "גולגלתו הדקה" של הניזק - על כל המשוער והצפוי מראש. בדיון הנוסף בהלכה זו המטירו עלינו הפרקליטים המלומדים גשמי ברכה של תקדימים ואסמכתאות, מאמרים והשגות, מהם ישראליים ומהם אנגליים ואמריקניים ודרום-אפריקניים ואוסטרליים, עד אשר מימיה של תורת הצפיות עלו על גדותיהם. מחשש להיסחף בנחל שוטף שכזה ולהיטבע בים פסקי-הדין והאמרות למיניהם, הורדתי מעל שולחני את כל הספרים - וביניהם גם קובץ של תשעה-עשר מאמרים שנכתבו בסוגיה זו בכתבי-עת שונים, ואשר בא-כוח המוסד לביטוח לאומי קבץ וכרך אותם בשבילנו בטוב טעם ודעת - וניגשתי למלאכת הכתיבה כשאך פקודת הנזיקים האזרחיים, 1944, ופסק-דין הנדון של בית-משפט זה ב-ע"א 378/62 ; 390/62, מונחים לפני.

אכן, לעת מצוקה מעין-זו - מצוקת *l'embarras du choix* (de richesse) - לא נותר לנו אלא להיאחז בעקרונות-יסוד במשפט. כך עשינו, כמיטבנו, בחוות-דעתנו זו. ראו עוד, למשל:

Gary L. Willson & Jason A. Gilmer, "Minnesota's Tobacco Case: Recovering Damages Without Individual Proof of Reliance Under Minnesota's Consumer Protection Statutes", 25 *Mitchell L. Rev.* 567 (1999); Samuel Issacharoff, "Class Actions in The Gulf South Symposium: The Vexing Problem of Reliance in Consumer Class Actions", 74 *Tulane L. Rev.* 1633 (2000)

109 דבר

58. העותר שלפנינו, ברזני, לא ראה את הפירסום המטעה, לא הסתמך עליו - לא במישרין ולא בעקיפין - וממילא לא הוטעה. אין קשר סיבתי ראוי בין הפירסום לבין נזק, כביכול, שנגרם לברזני, ועל-כן דין תביעתו דחייה. אציע אפוא לחבריי כי נדחה את העתירה ונאשר את פסק-דין של בית-המשפט העליון.

ויהי אחר הדברים האלה

59. קראתי את דברי חברי, השופט מצא. חברי משיג - ובחריפות משיג הוא - על חוות-דעתי שלי. בעיקר מבקש הוא לקרקר את החומה שבניתי סביב הכרעת-הדין.

לפורר את הנחות-היסוד שבניתי עליהן את מסקנותיי במשפט. מתוך שחוות-דעתו של חברי לא היתה לפניי לעת כותבי את חוות-דעתי, אבקש כי דברים שכתבתי ייראו כתשובה לדברי חברי. ומשהשכתי כך על דברי חברי, אוסיף שתי הערות לחילוקי-הדעות שנתגלעו בינינו.

60. חברי סובר - וכך הוא קובע - כי לעת פירושו ופרישת תחולתו של חוק הגנת הצרכן, שומה עלינו לזכור ולשמור כי מצויים אנו ב"סביבה צרכנית" - להבדילה, למשל, מסביבה של משפט הנזיקין - וכי חובה היא המוטלת עלינו ליתן תוקף מיוחד ל"ייחודה של העילה הצרכנית". ומתוך שהאטמוספירה שסביבנו אטמוספירה צרכנית היא, נוסיף ממילא ונדע כי קשר סיבתי בין מעשה אסור לבין נזק בחוק הגנת הצרכן, חייב שיהיה "קשר סיבתי צרכני"; כי מעשה אסור של הטעיה - "הטעיה צרכנית" הוא; כי נזק שצרכן נושא בו הוא "נזק צרכני", ועוד. גבולותיו ותחומי פרישתו של כל אחד ממושגים אלה - מושגים שליבתם הוא הצרכן באשר צרכן הוא - נותר מטושטש-משהו. ואולם ברור למעלה מספק, כי צירוף ה"צרכן" (בהטיותיו השונות) אל כל אחד מן המושגים המקובלים עלינו משכבר הימים - מושגי ה"קשר סיבתי", ה"הטעיה", ה"נזק" וכו' - מלמד כי פירושם של אותם מושגים אינו הפירוש המקובל; ואפשר אף שפירושם נוגד את הפירוש המקובל. "קשר סיבתי צרכני" אינו "קשר סיבתי" רגיל, "הטעיה צרכנית" אינה "הטעיה" רגילה, "נזק צרכני" אינו "נזק" רגיל, וכיו"ב. וכך, אף שהחוק מורנו מפורשות כי מעשים או מחדלים אסורים בניגוד לפרקים ב', ג' ו-ד' שלחוק הגנת הצרכן דינם כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין, אומר חברי לנתק עצמו - הלכה למעשה - מן הדוקטרינות של משפט הנזיקין, ובה בעת מבקש הוא לבנות עולם מושגים חדש, מושגים ששם וכינויים הוא כשם וכינויים של המושגים המוכרים לנו ממשפט הנזיקין אך תוכנם הוא "תוכן צרכני" רחוק ממשפט הנזיקין.

61. דברי חברי שקולים כנגד ניתוח עולם קיים - עולם ישן - ובניית עולם חדש תחתיו. כך ייעלם ואיננו הישן; כך יצמח תחתיו החדש; והכל בהסתמך על תכליתו של חוק הגנת הצרכן. על צידי שלי אומר, כי דרך פרשנות זו קשה עליי, ואני חושש "מפני הינתקות ממסורות משפטיות מושרשות ועתיקות יומין" (פרופ' סיני דויטש, "תובענות ייצוגיות צרכניות: הדרישה להסתמכות אישית על מצגי השוא של המטעה", מאזני משפט ב', תשס"א-תשס"ב - 2001-2002, 97, 126). לא זו בלבד שלא נמצא לי עיגון יציב בחוק לפירושו הפ'ה-מרחיק-לכת של חברי, אלא שחששות מכרסמים בי ולו משום שגבולותיו של העולם החדש אינם נהירים לי כל-צורכם, והתוצאות העלולות לנבוע מן המושגיות החדשה גם הן נפלאו ממנו. חברי מבקש לנתק אותנו ממרכז גרוויטציה שהורגלנו לסוב סביבו שנים רבות, אך אין הוא מספק לנו מידרך כף-רגל יציב להלך

עליו. על דרך ההפלגה אומר, כי בעולם חדש זה שחברי בורא עבורנו, מוטל עלינו להתחיל הכל מבראשית. התחושה היא תחושה של ריחוף בחלל: ורוח אלוהים מרחפת על-פני המים.

הנה-כי-כן, כהוראת סעיף 35א(ב) שלחוק הגנת הצרכן: "מקום שעילת התובענה היא נזק, די בכך שהתובע יראה כי נגרם נזק לצרכן." על הוראת-חוק זו אומר חברי דברים אלה:

אני סבור, כי מסעיף 35א(ב) ניתן ללמוד, כי לצורך הגשתה של תובענה ייצוגית די להראות את קיומו של נזק צרכני, ואין הכרח להראות שהתקיים קשר סיבתי עובדתי בין ההפרה לבין נזק זה. פרשנות זו תואמת את תכליותיה המיוחדות של התובענה הייצוגית הצרכנית, שעליהן עמדתי לעיל, ואשר אינן עולות בקנה אחד גם עם דרישת ההסתמכות האישית.

על צידי-שלי אומר, כי יגעתי ולא ידעתי כיצד זה שנזכה אדם בפיצוי מفلוני בגין נזק שאינו קשור קשר סיבתי למעשיו או למחדליו של פלוני. משל למה הדבר דומה, לאמירה כי ראובן ושמעון ייקשרו בהסכם מחייב ביניהם אך על-פי הצעתו של ראובן. אכן, גם אם הפר לוי חובה שהוטלה עליו, וגם אם נשא יהודה בנזק, לא יזכה יהודה בפיצויים מלוי בגין אותו נזק - כך סובר אני - אלא אם יעלה בידו להצביע על קשר סיבתי רציונאלי בין הפרת החובה בידי לוי לבין הנזק שהוא, יהודה, נשא בו.

מיבנה שבונה חברי יפה היה לתקופתו הפורמטיבית של המשפט המקובל, ואולם בימינו, שהחוק החרות ממלא את חיינו מאופק-אל-אופק, אני מתקשה להשתחרר מתחושה כי אימוץ דברי חברי - על פניהם - יש בהם לא-מעט כדי להסיג את גבולות המחוקק, אך בראש ובראשונה - להוליכנו אל מחוזות לא ידענו. אמהר ואוסיף עוד זאת: לא אמרתי - אף לא אומר - שאין זה ראוי כי נפרש את חוק הגנת הצרכן ב"רוח צרכנית" וברחבות-יתר מדין הנזיקין. אני מסכים שראוי כי כך נעשה. אך חוששני שחברי הרחיק לכת בפירושו לחוק.

62. הערה שניה: לאורך כל חוות-דעתו תוקף חברי את דוקטרינת ההסתמכות ואת דבריי, כביכול, הנסמכים על דוקטרינה זו. חוששני שחברי נתפש לטעות. חוות-דעתי מייסדת עצמה, ובמפורש, על נושא הקשר הסיבתי הראוי - לא על דוקטרינת

ההסתמכות במובנה הצר - ודומה כי בסוגיה זו אין חילוקי דעות עמוקים בין חברי לביני. ראו נא, למשל, פסקאות 39 עד 41 לחוות-דעתי.

63. שלא כחברי השופט מצא, שדרכו דרך הנזיקין היא - "נזיקין" במובנו הרחב של המושג - בחרה לה חברתי השופטת דורנר דרך אחרת להלך בה, דרך שתחילתה בדיני החוזים וסופה בחוק הגנת הצרכן. חברתי סוברת כי זכותו של צרכן נגד ספק בנסיבות כשלנו מטיל "עוגן חזק בדוקטרינות החוזיות המקובלות", ועל דוקטרינות אלו משתיתה היא מסקנה כי זכאי הוא העותר למעמד של תובע ייצוגי. וביתר פירוט: העותר, כך סוברת חברתי, נשא בנזק בר-פיצוי הגם שלא נחשף לפירסום המטעה, ונזק זה עשוי לשמש לו מקפצה לזכות במעמד של תובע ייצוגי.

64. לא אבוא בריב עם חברתי על המשפט הרצוי. המאטריה סבוכה מכדי שאוכל, או ארצה, להביע דעה בה והרי לא שמענו כלל טיעונים המייסדים עצמם על דין החוזים. הנחת הכל היתה - והינה - כי מצויים אנו בפרובינציה של דיני הנזיקין, ובשדה זו חרשו החורשים וחרשנו אף אנו. על צידי שלי אוכל לומר, כי למיטב הבנתי הוראת סעיף 2 שלחוק הגנת הצרכן - כפשוטה וכמראיתה - אינה קובעת את אשר חברתי מבקשת למצוא בה. הוראת סעיף 2 שלחוק מסיבה עצמה - כך הניחה ההלכה עד היום - על הטעייה טרום-חוזית, ומכל מקום היתה זו "הטעייה בפירסום" שקיומה (לכאורה) שימש בסיס לדיון הנוסף שאנו טורחים בו: היא שעמדה ביסוד המחלוקת שלפנינו, ולה - ואך ורק לה - נדרשנו בחוות דעתנו שלעיל. ראו עוד והשוו: פרופ' סיני דויטש בספרו דיני הגנת הצרכן, שם, 398-400, והאסמכתאות המובאות שם.

אכן, דיני החוזים מוסיפים עילות וסעדים על העילות והסעדים המנויים בחוק הגנת הצרכן, ואולם הגנת הצרכן כביטויה בחוק הגנת הצרכן לא מיקמה עצמה בתחום דיני החוזים. נהפוך הוא: הגנת הצרכן הרחיקה עצמה מתחום החוזים ואיוותה למושב לה את תחום דיני הנזיקין. הלוא כן הוא דברו של החוק, שמעשה הטעייה פְּזָה הנדון לפנינו דינו "כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]". בתחום דין הנזיקין חיה הגנת הצרכן את חייה האזרחיים, דוקטרינות מתחום זה משמשות מצע לזכויות שחוק הגנת הצרכן מעניק לצרכנים, והאווירה הכללית אווירת דין הנזיקין היא. משידענו כך, הוספנו וידענו ממילא כי התובענה הייצוגית שבחוק הגנת הצרכן - כהוראת סעיף 35א. שלחוק - עניינה הוא באותה תובענת "נזיקין" שהחוק נתן לה חיות. וכך, בְּאָמור סעיף 35א. לחוק כי רשאי צרכן לתבוע תובענה ייצוגית "בשם קבוצת צרכנים בעילה אשר על-פיה הוא יכול על פי חוק זה לתבוע בשמו ונגד כל נתבע אשר הצרכן רשאי לתבוע בשמו", אין זאת אלא שהדברים אמורים באותה תביעת "נזיקין" שהחוק מעניק לצרכן.

גם אם יש לו לצרכן תביעה ב"דיני חוזים" נגד ספק - בין תביעה הנסמכת במישרין על דיני החוזים ובין תביעה הצמודה-ביתר לדיני החוזים - תביעה זו תמצא מקומה, ככל ששמור לה מקום, בדיני החוזים הכלליים - לא באורח ספציפי בחוק הגנת הצרכן - וממילא לא יוכל אותו צרכן להגיש תובענה ייצוגית - בעילה כאמור - על-פי חוק הגנת הצרכן.

ש ו פ ט

הנשיא א' ברק:

אני מסכים לפסק דינו של חברי השופט מ' חשין. כן מקובלות עלי הערותיו לגבי פסק דינו של חברי השופט א' מצא. אשר לפסק דינה של חברתי השופטת ד' דורנר הרי שגם לדעתי, משלא נשמעו טיעונים לגבי שאלת תחולתם של דיני החוזים בענייננו בבית המשפט המחוזי, בבית המשפט העליון בהרכב שלושה ובדיון הנוסף, לא ארצה לנקוט עמדה לגביה בהליך שלפנינו.

נ ש י א

המשנה לנשיא ת' אור:

אני מסכים לפסק דינו של חברי, השופט מ' חשין.

ש ו פ ט

מסכימה אני עם פסק דינו של חברי השופט חשין ובכך מצרפת אני כמובן קולי לדעת הרוב בע"א 1977/97.

גישתם של חבריי המבקשים לפרש את הוראות חוק הגנת הצרכן ברוח של דוקטרינות צרכניות, כדי להבטיח – כל אחד על-פי דרכו – את התובענה הייצוגית הצרכנית, היא במידה רבה שובת-לב. התכלית של הגנה על הצרכן מפני העוסק בעל המעמד הכלכלי החזק וצמצום פערי הכוחות בין הצדדים, היא לא רק תכלית ראויה; מבטאת היא גם ערכים שאנו מבקשים לקדם כחלק מתפיסה חברתית כוללת. מסכימה אני גם עם הגישה שלפיה "התובענה הייצוגית" היא אחד מכלי האכיפה החשובים לקידום ההגנה על הצרכן, ולריסון הגופים הכלכליים רבי העוצמה מפני ניצול כוחם לרעה.

אף-על-פי כן, איני רואה כיצד ניתן להשתחרר מהמסגרת המשפטית שבה תחם המחוקק בסעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן את סעד הפיצויים בגין תביעה בשל "עוולה צרכנית", והיא המסגרת של דיני הנזיקין. כשלעצמי, אינני שותפה לחשש של חבריי, כי דרישה של קשר סיבתי בין העוולה לבין הנזק תרוקן מתוכן את סעד הפיצויים שהחוק מעניק. יש להבחין בין המהות של החלת דוקטרינות מתחום הנזיקין לבין טיב הקשר הסיבתי ודרכי הוכחתו. טיב הקשר הסיבתי, עוצמת הוכחתו ודרכי הוכחה, כל אלה עשויים להיקבע על פי נסיבותיה של כל תביעה, תוך שהרקע הצרכני עשוי להצמיח כללים מקלים. כעיקרון, אין לערב בין אלה לבין הבסיס עליו השתית המחוקק את סעד הפיצויים. נוסחה של הוראת סעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן חוסם בפנינו את הדרך לפיתוח תורת צרכנות כענף פיצויים המנותק מתפיסות היסוד של דיני הנזיקין.

יש להניח כי התורה הצרכנית תפתח והתביעות הצרכניות תמצאנה את דרכן גם לענין סעד הפיצויים, כאשר הפסיקה וחיי המעשה יניחו תשתית מתאימה בכל הנוגע להוכחת הקשר הסיבתי, מבלי שנתפרק מעקרונות היסוד של תורת הפיצויים בגין נזק.

השופטת טובה שטרסברג-כהן:

1. התובענה בענייננו הוגשה מכוח חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 (להלן: החוק). היא מושתתת על עילה וסעד שנקבעו בחוק והיא הוגשה כתובענה ייצוגית לפיו.

סעיפי החוק העומדים על הפרק בדיון זה הם סעיף 2(א), סעיף 31(א) ו-1(א) וסעיף 35 לחוק, כאשר השאלה המרכזית המצריכה ליבון והכרעה היא האם לעניין איסור ההטעיה הקבוע בסעיף 2(א) לחוק, יכול תובע לקבל פיצוי כספי אף אם לא נחשף למצגים המטעים וממילא לא הסתמך עליהם. עמדתי בשאלה זו הובעה בהרחבה בפסק דיני בדעת מיעוט בערעור נשוא עתירה זו (ע"א 1977/97 ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה(4) 584 (להלן: פסק הדין שלערעור). עיינתי מחדש בכל החומר הרלבנטי, בפסק הדין שלערעור ובמיוחד בפסקי הדין של חברי הנשיא ברק והשופט אנגלרד, בדעת רוב, ושל חברי השופט חשין בדיון זה וכן בכתיבת המלומדים שגם הם חלוקים בדעותיהם (פרופ' ס' דויטש, שעמדתי כדעתי, ופרופ' מ' דויטש וד"ר א' דויטש שעמדתי כעמדת חברי, ראו: ס' דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות: הדרישה להסתמכות אישית על מצג השוא של המטעה" מאזני משפט ב (תשס"א-תשס"ב) 97, 121 (להלן: דויטש הדרישה להסתמכות אישית); א' דויטש מעמד הצרכן במשפט (תשס"ג) 414; מ' דויטש עוולות מסחריות וסודות מסחר (תשס"ב) 49). לאחר כל אלה, הגעתי לכלל מסקנה שאין מקום לשנות עמדתי. אפנה איפוא להבהרת ומיקוד גישתי בשאלות השנויות במחלוקת ואקדים מילים ספורות לשילוב שבין היות העילה המעוגנת בחוק הגנת הצרכן לבין היות התובענה מוגשת כתובענה ייצוגית לפי אותו חוק.

חוק הגנת הצרכן

2. לחוק הגנת הצרכן, המהווה חלק מן החקיקה הצרכנית, תכליות רבות שליבתן היא הגנה על הצרכן מפני העוסק בעל המעמד הכלכלי העדיף וצימצום פערי הכוחות וחוסר השוויון בעמדות המיקוח של הצדדים. מטרתו להשליט אורחות התנהגות ראויות על המגזר העסקי ולקבוע כללי משחק הוגנים ביחסים שבין הצרכן לעוסק. הוא נועד 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 ולמנוע ניצול לרעה של מעמדו החלש יותר של הצרכן. הוא נועד להוציא מידיו של העוסק את אשר גבה שלא כדין מן הצרכן עבור מוצר או שירות ובדרך זו להחזיר לצרכן את אשר נגבה ממנו שלא כדין ולהפוך גביה כזו לא רק לבלתי ראויה אלא גם לבלתי משתלמת. ההגנה על הצרכן משמשת גם אמצעי לקידומה של תחרות הוגנת בין עוסקים, המהווה גורם חשוב בפעילות משקית וכלכלית תקינה (לסקירת תכליות החקיקה הצרכנית ראו: א' דויטש לעיל, בעמ' 27-37; וכן ראו: דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הצרכן, תש"ם-1980, בעמ' 302).

3. ככל שהדבר נוגע לחוזים צרכניים, יש הסוברים כי אלה מהווים ענף נפרד מדיני החוזים הכלליים. לכל אחד מענפים אלה נקודת מוצא שונה. זו של החקיקה החוזית הכללית, מעלה על נס את האוטונומיה של הצדדים. הוראותיה דיספוזיטיביות, ההתערבות השלטונית על-ידי הוראות פליליות ומינהליות, מצומצמת. לעומתה החקיקה הצרכנית היא קוגנטית והיא כוללת לשם השגת תכליותיה, סנקציות פליליות ומינהליות. (לפירוט מאפייני החקיקה האזרחית אל מול החקיקה הצרכנית ראו: ס' דויטש "דיני החוזים הצרכניים מול דיני החוזים המסחריים" עיוני משפט כג(1) (תש"ס) 135, 150-152; ס' דויטש דיני הגנת הצרכן – יסודות ועקרונות (כרך א', תשס"א) -294 (289).

התובענה הייצוגית

4. חוק הגנת הצרכן העמיד לרשות הצרכן לשם הגנה על זכויותיו, כלי אכיפה יעילים, שהעיקרי ביניהם הוא התובענה הייצוגית. נזדמן לי לא אחת לעמוד על תכליותיה של התובענה הייצוגית ולא אחזור על האמור שם (ראו: ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ ואח' נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ ואח', פ"ד נא(2) 312, 322-323; רע"א 4474/97 טצת נ' זילברשק, פ"ד נד(2) 577, 586-587; רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמח, פ"ד נה(5) 276, 288-289; רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ ואח' (טרם פורסם)). אסתפק בכך שאומר, כי במובן הרחב נועדה התובענה הייצוגית למנוע עשיית עושר ולא במשפט על-ידי גופים כלכליים רבי עוצמה וכוח, המרכזים בידם ייצור תעשייה ושירותים לצריכה המונית, על חשבון "האדם הקטן" הנזקק לאותם גופים שאת מוצריהם או את שירותיהם הוא צורך. היא מהווה גם אמצעי לאכיפת החוק במישור האזרחי. האפשרות הניתנת לצרכן היחיד לתבוע בתובענה ייצוגית בשם קבוצת הצרכנים האנונימית שנפגעה מהפרת החוק, מגשימה אכיפה ראויה ומונעת מצב של תת-אכיפה הפוגעת בצרכן הבודד, בקבוצת הצרכנים ובציבור

בכללותו. מצב של תת-אכיפה מביא לפגיעה באמון הציבור בסדר החברתי הכולל ובשלטון החוק. התובענה הייצוגית משרתת גם אינטרס ציבורי של יעילות וחסכון במשאבים ומונעת חוסר אחידות בפסיקת בתי המשפט כתביעות אישיות דומות (ראו: נ' זלצמן מעשה-בית-דין בהליך אזרחי (תשנ"א) 427).

פרשנות

5. התובענה שלפנינו מושתתת על עילה שבחוק הגנת הצרכן והבקשה להגשתה כתובענה ייצוגית מושתתת גם היא על אותו חוק. אלה יוצרים שילוב המשליך על הפרשנות הראויה להוראות החוק הרלבנטיות לענייננו. פרשנות זו מתחילה בלשון החוק אך אינה מסתיימת בה. מבין האפשרויות שהלשון פותחת, תיבחר האפשרות העולה בקנה אחד עם מטרת ותכלית החוק. על התכלית ניתן ללמוד מתוך החוק, ממיקומה של ההוראה בחוק, ממבנהו הכללי של החוק, מסביבתן הנורמטיבית הכלכלית והחברתית של הוראותיו בהתייחסותן זו לזו ובהתייחסותן לחוקים בעלי אופי דומה וכן ממקורות מחוץ לחקיקה כגון ההיסטוריה החקיקתית והפרלמנטרית, כל זאת על רקע ערכיה המקובלים של שיטתנו המשפטית (ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד השומה רחובות, פ"ד לט(2) 70).

מקריאת סעיפי החוק הרלבנטיים ובמיוחד סעיפים 2(א) ו-31(א) ו-1(א) לחוק עולה כי מילותיו בלבד אינן מספיקות על מנת למצות את מהותן של הוראות אלה. נראה לי, כי השימוש בכלי הדיוני של הגשת התובענה כתובענה ייצוגית והיותו של החוק חוק צרכני, מתווים את הדרך לפרשנות ראויה ולמתן משמעות נכונה להוראותיו.

המוסכם והשנוי במחלוקת

6. בפתח דברי מוצאת אני להסיר אבני נגף מן הדרך בה פוסעים חברי ואני, להבהיר את אשר אינו שנוי במחלוקת ולמקד את השנוי במחלוקת:

אין מחלוקת כי התובענה הייצוגית אינה מעמידה עילות חדשות ואינה אלא כלי דיוני המאפשר לאחד תביעות רבות בתובענה אחת, מסיבות דיוניות ומהותיות. נדרשת קיומה של עילת תביעה אישית כתנאי ראשון לפתיחת שעריה של התובענה הייצוגית בפני התובע. דרישה זו מופיעה בכל החוקים המסדירים את התובענה

הייצוגית (לעניין זה ראו, למשל: פסק דיני בע"א 2967/95 לעיל). חברי השופט חשין מרחיב בעניין זה ולא אוסיף. אומר רק כי כמוהו הייתי ועודני בדעה כי התובענה הייצוגית אינה מקימה עילות חדשות ואין היא אלא כלי דיוני בידי מי שעומדת לו עילה אישית מכוח החוק (סעיף 35א(א) לחוק).

7. מכאן אעבור לעילת התביעה של "איסור הטעיה" שהיא עילת התביעה בענייננו ואפתח בציון השאלות שאינן שנויות במחלוקת בהקשר לעילה זו הקבועה בסעיף 2(א) לחוק שזו לשונו:

"איסור הטעיה 2. (א) לא יעשה עוסק דבר – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת – העלול להטעות צרכן, בכל ענין מהותי בעסקה..."
(ההדגשה שלי – ט.ש.כ.).

אין מחלוקת שאיסור ההטעיה הקבוע בסעיף 2 לחוק אינו איסור "תוצאתי" הדורש הטעיה בפועל, כי אם איסור "התנהגותי", לפיו אין לעשות "דבר העלול להטעות צרכן". מכאן שלצורך הקמת עילת תביעה, אין צורך להוכיח הטעיה בפועל. וכך אמרתי בפסק דיני שלערעור:

"... לדעתי, הצרכן התובע מכוח החוק אינו נדרש להראות כי הוטעה בפועל... די בכך שיראה כי העוסק עשה מעשה "העלול להטעות צרכן" (עמ' 602)

וכך שומעים אנו מפי הנשיא ברק באותו פסק דין:

"...סעיף 2 לחוק אינו דורש הטעיה הלכה למעשה. כל שנאסר על-פיו הוא עשיית דבר "העלול להטעות צרכן". מטרתו של איסור זה להבטיח כי הצרכן יקבל מידע מלא ואמיתי. האיסור שנקבע בסעיף 2 לחוק אינו איסור "תוצאתי"; הוא איסור "התנהגותי". העבירה הקבועה בסעיף 2 לחוק... " (בעמ' 617)

וכך כותב השופט חשין בדיון נוסף זה:

"האיסור איסור הוא על התנהגות, ועוסק עובר על לאו של איסור הטעייה גם אם דבר שהוא עושה – במעשה או במחדל – אך "עלול להטעות" צרכן, קרא, גם אם איש לא הוטעה כלל מאותו דבר שעשה. ...סטנדרד ההתנהגות הנדרש בהוראת סעיף 2(א) סטנדרד גבוה הוא מן המקובל בהוראות חוק אחרות ... בעוד שהוראת סעיף 2(א) לחוק הצרכן אוסרת על התנהגות באשר היא,

אף בלא שגררה אחריה נזק." (פיסקה 10; ההדגשות במקור – ט.ש.כ.).

וראו גם: דויטש הדרישה להסתמכות אישית; א' דויטש לעיל, בעמ' 390; מ' דויטש לעיל, בעמ' 49).

8. אין חולק, כי בפרסומיה של בזק היה לכאורה "דבר העלול להטעות צרכן" באשר לאופן חישוב החיוב בגין שיחות בחיוב בינלאומי ישיר ובאשר למחירן (ראו: פסק דיני שלערעור בעמ' 594-596; פסק דינו של הנשיא שלערעור בעמ' 617 מול האות ב'). משכך, קמה עילת תביעה לצרכן לפי סעיף 2(א) לחוק וניתן לקבל סעד של צו מניעה וסעד הצהרתי (הנשיא שם בעמ' 617 מול האות ב'). אלא שבענייננו, התובענה הייצוגית שאת הגשתה התבקש בית המשפט לאשר, איננה לצו מניעה או לסעד הצהרתי, כי אם לקבלת פיצויים בעקבות נזק שנגרם לצרכנים כתוצאה מן הפרסום העלול להטעות. גם בנושא זה צועדת אני כברת דרך עם חברי, באשר מקובל עלי כי לצורך הקמת עילת תביעה לפיצויים בגין נזק שנגרם על-ידי פרסום העלול להטעות, יש להוכיח לכאורה כי הפרסום עלול להטעות, כי נגרם נזק וכי קיים קשר סיבתי עובדתי ומשפטי בין הפרסום לבין הנזק (ראו פסק דיני שלערעור בעמ' 602 מול האות א' ובעמ' 604 מול האות ג').

9. אין מחלוקת כי מתקיים בענייננו הרכיב של "עלול להטעות" שבסעיף 2(א) לחוק. דרכי נפרדת מדרכם של חברי בשאלה אם נגרם נזק לעותר-הצרכן ואם בהעדר הסתמכות הצרכן על הפרסום העלול להטעות יכול ויתקיים קשר סיבתי בין הפרסום לבין הנזק. על שתי השאלות תשובתי היא בחיוב וטעמים רבים לכך: ראשית, קביעת איסור התנהגותי על הטעיה מבלי להכיר בסעד הפיצויים בשל הפרתו ללא הוכחת הטעיה בפועל, הופכת את האיסור העיקרי של חוק הגנת הצרכן לחסר סעד אזרחי של ממש. אמנם החוק מעניק בסעיף 32 שבו סעד של ביטול מכר, אולם מגבלותיו של סעד זה כה רבות עד שכמעט אין טעם להשתמש בו ואכן הפסיקה מעולם לא הפעילה הוראת חוק זו. שנית, האפשרות שצרכן ישקיע מאמצים וכספים רבים לשם קבלת סעד של צו מניעה לטובת הציבור בכללותו, היא קלושה. שלישית, הפעלת הסנקציה הפלילית במשך שנות קיומו של חוק הגנת הצרכן, נעשתה במשורה ונראה כי אין בכוחה של הסנקציה העונשית לשמש הרתעה משמעותית לעוסק רב עוצמה מפני הטעיית ציבור הצרכנים שתוצאתה גריפת הון רב לכיסו (שם, בעמ' 106). הוא הדין בהפעלת סנקציות מינהליות. רביעית, גישה לפיה נדרשת הטעיה בפועל לשם קבלת סעד של פיצויים, תצמצם את היקף אחריותו של העוסק רק כלפי אותם צרכנים שיהא בידם להוכיח כי

אכן הוטעו על-ידי מצגי העוסק ותהפוך את ההטעיה לכדאית מנקודת מבטו של העוסק. חמישית, פרשנות לפיה סעד הפיצויים עומד רק למי מבין הצרכנים אשר הוטעה בפועל, תיצור הבחנה מלאכותית בין ציבור הצרכנים שעשה שימוש במוצר או בשירות אשר המידע שניתן על אודותם מטעה, אך לא נחשף למצג המטעה, לבין קבוצת הצרכנים שהמידע המטעה אכן הגיע לידיעתה. שישית, במקרים אחרים בעבר, לא היסס בית משפט זה להרחיב את מגוון הסעדים מעבר לאלה שנמנו בחוק וזאת על מנת שלא לרוקן את החוק מתוכן (כך למשל קבעה הפסיקה בהקשר לסעיף 12(ב) לחוק החוזים הכללי, כי הגם שההוראה קובעת סעד של פיצויים בלבד, אין להגביל את הסעדים לאלה המנויים בחוק כאשר יש הצדקה לסעדים רחבים יותר כגון אכיפה (ע"א 829/80 שכון עובדים נ' זפניק, פ"ד לז(1) 579; ע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו, פ"ד מב(2) 278; ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185)). הרחבה זו יפה גם לעניין פרשנות סעיפים 31(א) ו-31(א1) לחוק לשם הגנה על הצרכנים. כאן המקום להעיר, כי הרחבה חלקית כזו נעשתה על-ידי חברי הנשיא ברק שסבר כי ניתן להעניק לצרכן - אף אם לא הוטעה ולא נגרם לו נזק - סעד של צו מניעה נגד העוסק שאינו מופיע בחוק הגנת הצרכן. שביעית, חוק הגנת הצרכן קובע איסורים נוספים שלא נדרשת בהם הוכחת הסתמכות ושהפרתם מקנה לצרכן זכות רחבה לפיצויים (כך למשל, ככל שמדובר בהפרת החוק בנוגע להודעת פרטים בעסקת אשראי (סעיף 9), בית המשפט רשאי, בנוסף להוראה בדבר ביטול העסקה והחזרת התמורה או חלקה לצרכן, "לחייב את העוסק בהוצאות שנגרמו לצרכן וליתן כל הוראה אחרת שתיראה צודקת" (סעיף 11)). מה הטעם להעניק בגין הפרת איסורים אלה סעד פיצויים עצמאי הכולל שיקול דעת רחב לבית המשפט, ולא כך בגין הפרת האיסור המרכזי בחוק - איסור ההטעיה? (ראו גם: דויטש הדרישה להסתמכות אישית, בעמ' 106, 121-127).

"כדיו עוולה"

10. כל הטעמים האמורים מהווים תשתית רעיונית לאורה יש לבחון אם אכן ניתן לפרש את הסעיפים הרלבנטיים בחוק, באמצעות כללי הפרשנות ותוך נאמנות לעקרונות שבבסיסם, באופן שיוענקו פיצויים לצרכן בנסיבות שבענייננו. הוראות החוק הרלבנטיות לעניין סעד הפיצויים הן סעיפים 31(א) ו-31(א1) שזו לשונם:

פיצויים
 31(א) דין מעשה או מחדל בניגוד לפרקים ב', ג'
 או ד' כדיו עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח
 חדש].
 (א1) הזכות לסעדים בשל עוולה כאמור נתונה
 לצרכן שנפגע מהעוולה, וכן לעוסק שנפגע,

במהלך עסקו, מהטעיה כאמור בסעיף 2.
(ההדגשה שלי – ט.ש.כ.)

מסעיפים אלה עולה, כי דין "איסור הטעיה" "כדין עוולה" לפי פקודת הנזיקין וכי הזכות לסעד בשל עוולה, ניתנת לצרכן שנפגע. ניסוח הסעיפים הנ"ל בעייתי הוא ומעלה את השאלה מה משמעות התיבה "כדין עוולה". רבות נכתב בפסק הדין שלערעור ובפסק דינו של חברי השופט חשין בדיון נוסף זה, על משמעות תיבה זו. יצוין כי ניתן למצוא בחקיקה מספר חוקים בהם קיימות התבטאויות שונות בנוגע להגדרת עוולה בהתייחסות לפקודת הנזיקין. יש ונקבע כי התנהגות בניגוד לחוק "הינה עוולה נזיקית והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש] יחולו עליה" ויש ונקבע כי המעשה האסור דינו "כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]" או "כדין נזק שמותר לתבוע עליו פיצויים על פי דיני הנזיקין" (לפירוט החוקים ראו: דויטש הדרישה להסתמכות אישית, בעמ' 128-129). ייתכן והבדלי הניסוח האמורים הם מכוונים וייתכן והם אקראיים. מכל מקום, ברור הוא כי תיבה זו הופכת איסורים מסוימים בחוק לאיסורים שכמוהן כעוולות לפי פקודת הנזיקין. השאלה היא, האם בכך הופכות העוולות לנזיקיות לכל דבר וענין. לשיטתי, יש לפרש את האמירה כי "דין מעשה או מחדל... כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין..." כיוצרת עילה חדשה שכמוה כעוולה. עילה זו אינה חופפת עוולה אלא תואמת עוולה במובן זה שהיא מחילה על אותו מעשה או מחדל, דוקטרינות שבפקודת הנזיקין, לענייננו – דוקטרינת הפיצוי ודוקטרינת הקשר הסיבתי (השופט חשין בפסק דינו, פסקה 34). עם זאת, עילה זו מיוחדת לחוק הגנת הצרכן. היא עצמאית במהותה ועליה להתפרש מתוכה היא, במסגרת התכלית למענה נוצרה, תוך התייחסות לדוקטרינות האמורות, אותן יש למלא בתוכן התואם את תכליתו של חוק הגנת הצרכן ואכיפתו במסגרת תובענה ייצוגית. יפים לעניין זה דבריו של הנשיא ברק בפסק דינו בע"א 2622/01 מנהל מס שבח מקרקעין נ' עליזה לבנון (טרם פורסם), שניתן לאחרונה:

"חיקוק הוא יצור החי בסביבתו החברתית. עם שינוי בתפיסות החברתיות משתנה גם מובנו של החיקוק בעיני החברה בה הוא פועל. ... החיים נמצאים בתנועה מתמדת, ועימם המשפט. מכאן התפיסה הפרשנית – המקובלת באנגליה ובישראל – כי "החוק מדבר תמיד" (always speaking), וכי יש ליתן לחוק פרשנות עדכנית (updating). הפרשנות היא תהליך מתחדש. ללשון הישנה יש לתת מובן מודרני, התואם את צרכי החיים המודרניים. מכאן אימרתו של פרופ' רדברוק, כי הפרשן עשוי להבין את החוק טוב יותר מיוצר החוק, וכי החוק הוא לעולם חכם מיוצרו (ראו, G. Radbruch, "Legal Philosophy", The Legal Philosophies of Lask, (Radbruch and Dabin 141 (1950)). ... חוקיה של

חברה נעים עימה על פני ההיסטוריה שלה, ובמהלך תנועתה זו הם משנים את מובנם כדי לשרת את החברה בה הם פועלים. עמדתי על כך בפרשת לינדורן בציני:

“המובן שיש ליתן לדיבור שבחוק – כגון הדיבור ‘בן זוגו’ – אינו קבוע ועומד לעולמים. החוק הוא חלק מהחיים, והחיים משתנים. עם השינוי במציאות משתנה גם הבנת החוק. לשון החוק עומדת על מכונה, אך משמעותה משתנה עם ‘תנאי החיים המשתנים’” (שם, עמ’ 32).

אין לי אלא לאמץ דברים יפים ונכונים אלה לענייננו וביישומם עליו מתבקשת פרשנות הולמת וראויה לסוגיית הנזק והקשר הסיבתי. לדעתי - בניגוד לדעתם של חברי - מתקיימות בענייננו הדרישות לקיומו של נזק ושל קשר סיבתי בין הפרת “איסור הטעיה” לבין הנזק.

ק11

11. נזק כיצד? בסעיף 31(א) לחוק קובע המחוקק כי “הזכות לסעדים בשל עוולה כאמור נתונה לצרכן שנפגע מהעוולה...” ואילו בסעיף 35א(ב) נקבע, כי “מקום שעילת התובענה היא נזק די בכך שהתובע יראה שנגרם נזק לצרכן”. בענייננו נטען להיגרמות נזק כספי על ידי גביית תשלום יתר מהצרכן, לעומת התשלום שהיה נגבה אילו נעשה החישוב על פי הפרסום. בפער זה די כדי למלא אחר דרישת החוק לעניין קיומו של נזק. נזקו של הצרכן שהשתמש בשירות החיוג הבינלאומי, מתבטא בהפרש שבין מחיר השירות כפי שהוצג על-ידי בזק לבין הסכום שנגבה בפועל (הפרש זה ייקרא לצורך הנוחות “הפרש גבייה”). הפרש הגבייה הוא נזק, שהרי אילו נגבה מן הצרכן המחיר לפי האמור בפרסום, היה נחסך ממנו התשלום העודף ששילם. הפרש זה מהווה חסרון כיס ממשי ומוחשי ויש לראות בו נזק כדרישת החוק.

קשר סיבתי

12. קשר סיבתי כיצד? משאין חולק שנעשה פרסום העלול להטעות ומשמצאתי כי נגרם לצרכן נזק, יש לבחון האם מתקיים קשר סיבתי בין הפרסום לבין הנזק. על מהותו של קשר סיבתי בכלל, ייחדתי דברים בפסק דיני שלעזרעור ולא אחזור עליהם (עמ’

605). אבחן איפוא את השאלה השנויה במחלוקת אם עומד הצרכן בדרישת הקשר הסיבתי מקום בו לא הוטעה בפועל על-ידי המצג המטעה. עמדתי היא, כי מתקיים הקשר הסיבתי הדרוש לצורך העמדת העילה המזכה את הצרכן בפיצויים על הנזק שנגרם לו. לעניין זה יש להבחין בין שניים אלה: האחד, דרישת ההסתמכות; והשני, דרישת הקשר הסיבתי, אף שניתן לזהות מאפיינים מסוימים דומים בשני אלה. אפתח בכך שאומר כי לשיטתי, יכול ויתקיים קשר סיבתי ללא רכיב ההסתמכות. אתייחס איפוא לשאלת ההסתמכות במסגרת דרישת הקשר הסיבתי.

13. מאחר וכאמור החוק קובע כי דינו של מעשה או מחדל (ובכלל זה פרסום מטעה) כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין ואינו יוצר הקבלה לעוולות מסוימות בפקודת הנזיקין, אין לגרוס כי איסור ההטעה לפי סעיף 2(א) לחוק, כמוהו כעוולת התרמית או כעוולת מצג השווא הרשלני דווקא, הדורשות הסתמכות כתנאי להקמתן (לעניין עוולת מצג שווא רשלני ראו: המ' 106/54 וינשטיין נ' קדימה אגודה שיתופית בע"מ, פ"ד ח 1317 ולעניין עוולת התרמית ראו: ע"א 614/84 ספיר נ' אשד, פ"ד מא(2) 225, 239). עמדתי היא, כי העוולה המבוצעת על-ידי פרסום העלול להטעות, אינה דורשת הסתמכות על מנת לזכות את הצרכן בפיצויים על נזקים שנגרמו לו עקב אותו פרסום ואין אנו כבולים לדרישת ההסתמכות שבאותן עוולות. אילו התכוון המחוקק להקביל את איסור ההטעה לאחת מן העוולות הדורשות הסתמכות, היה מקום לצפות שיעשה כן במפורש. זאת ועוד, אין היגיון ביצירת עוולה נפרדת בחוק מיוחד בעל תכלית ייחודית, החופפת עוולה המצויה ממילא בפקודת הנזיקין, שאילו כך היה דבר, מה הועילו חכמים בתקנתם? אין לייחס למחוקק השחתת מילים לריק, מה עוד שחוק הגנת הצרכן בא על מנת ליצור עילות מיוחדות, למאטריה המיוחדת של הגנת הצרכן. בנוסף לכך יש לציין, כי בפקודת הנזיקין ומחוצה לה, קיימות לא מעט עוולות שלא נדרשת בהן הסתמכות. נראה לי כי דרישת ההסתמכות אינה מתבקשת מנוסח החוק ומתכליתו, לצורך התקיימותו של קשר סיבתי.

14. בדרך כלל מגולמת בדרישת ההסתמכות ההנחה, כי אלמלא המצג עליו הסתמכת ובהסתמך עליו שינית מצבך לרעה, לא היית נדרש לשירות או למוצר שהוצגו באופן מטעה. במילים אחרות, היית בוחר להימנע מלהיזקק למוצר או לשירות. בשירות הנדון בענייננו בעת הרלבנטית - שיחות טלפוניות ישירות בינלאומיות - לא היתה בחירה כזו. היה זה מונופול של חברת בזק שהיתה חברה ממשלתית. השירות עצמו הוא שירות שאין ערוך לו. לא ניתן לתאר את החיים המודרניים בלעדיו. בעת הרלבנטית לא ניתן היה לקבלו משום גורם אחר. במצב זה ניתן לומר כי דרישת ההסתמכות מאבדת מנפקותה וממשמעותה. יתרה מזאת, בעידן המודרני בו מקבל הצרכן שירותים מחברות

ציבוריות גדולות ולעיתים בלעדיות בתחום, אין לדרוש מציבור הצרכנים לעקוב אחרי "מבול" הפרסומים המתבצעים על-ידי חברות שונות ביחס להנחות, מבצעים וכיוצ"ב, כתנאי לקבלת פיצויים על נזק שייגרם להם כתוצאה מפרסום מטעה. אין לצפות מהם לבדוק בציציותיהם של החשבונות והתחשיבים של אותן חברות ולחקור אם עולים הם בקנה אחד עם פרסומיהן. לא ברור כלל שהם מסוגלים לעשות כן. בענייננו, יוצאת חברת בזק בפרסומים שונים באופן שוטף ואין לדרוש מן הצרכנים לעקוב אחר פרסומים אלה כתנאי להענקת פיצויים להם. זכאים הם לצאת מהנחה שכלל שהחברה תחליט לצאת במבצע או ליתן הנחות או לערוך תחשיבים נוחים יותר לצרכנים ותפרסם זאת, תפעל היא בהתאם לכך ותזכה בהתאם את כל הצרכנים ללא קשר לשאלה אם הצרכנים ראו, קראו, או הסתמכו על הפרסומים בעשותם שימוש בשירות. זאת ועוד, חשבונות הטלפון משולמים על-ידי חלק גדול מן הצרכנים על-ידי הוראות בנקאיות קבועות. לא תמיד נבדקים החשבונות לפרטיהם קודם לתשלום. אינני מוצאת היגיון כלכלי או אחר לזכות בהחזר "גביית היתר" דווקא את אותם מעטים שעוקבים אחר הפרסומים ובודקים חשבונות. אינני סבורה כי צודק הוא והוגן "להעניש" את הצרכן שאינו עושה כן ולאפשר התעשרות החברה מחסרון כיסו של הצרכן שנובע מן הפרסומים המטעים של העוסק. אכן, אין חברת בזק חייבת לצאת בפרסומים לעניין הנחות, מבצעים או אופן חיוב מיטיב, אולם אם היא עושה כן, עליה לעמוד מאחורי אותם פרסומים וליישם אותם הלכה למעשה על כל ציבור הצרכנים. משלא עשתה כן, ביצעה היא עוולה שגרמה נזק והיא אחראית לפצות בגינו את כל הצרכנים שנזקקו לשירות, בין אם הסתמכו על הפרסום ובין אם לא היו מודעים לו, וזאת על-ידי החזרת "גביית היתר" לצרכנים. כל האמור מביאני למסקנה כי אין צורך בהסתמכות כדי לעמוד בדרישת הקשר הסיבתי לצורך קבלת פיצויים.

15. אילו סברתי שנדרשת הטעיה בפועל של הצרכן והסתמכות על מצגו של העוסק כתנאי לקבלת סעד של פיצויים - וכאמור אין אני סבורה כן - הייתי רואה לאמץ חזקה לפיה, מקום בו יצר עוסק מצג העלול להטעות צרכן, נראה בצרכן שרכש את המצרך או השירות, כמי שנחשף למצג ופעל על-פיו. הטעמים המביאים אותי לאימוץ חזקה כזו חופפים בחלקם את אלה שבעטיים סבורה אני כי הסתמכות אינה נדרשת כלל.

משמעותה של החזקה האמורה היא, שצרכן הרוכש מוצר או שירות מעוסק, רשאי להניח כי המחיר שיגבה ממנו עבור המוצר או השירות הוא המחיר הנכון, על-פי פרסומי העוסק, ללא קשר לשאלה אם אכן נחשף לפרסום אם לאו. הנחה זו מקבלת משנה תוקף כאשר עניין לנו במוצר או שירות המסופקים על-ידי עוסק מונופוליסטי באופן שהצרכן אינו יכול להימנע מלצרוך אותו מאותו עוסק מונופוליסטי. חזקה כזו

מונעת את ההבחנה המלאכותית בין ציבור הצרכנים שעשה שימוש במוצר או בשירות אשר המידע שניתן על אודותם מטעה, אך לא נחשף למצג המטעה, לבין קבוצת הצרכנים שהמידע המטעה אכן הגיע לידיעתה. (לעניין חזקת ההסתמכות ראו: רע"א 8332/96 שמש נ' רייכרט, פ"ד נה(5) 276 שהדברים שנאמרו שם בהקשר לניירות ערך יפים לענייננו).

16. בקביעתי לפיה אין נדרשת הסתמכות הצרכן על הפרסום המטעה, אין כדי לייתר את הצורך בקשר סיבתי. בעניין הצורך בקיום קשר סיבתי בין הפרסום לבין הנזק, תמימת דעים אני עם חברי הנשיא ועם חברי השופט חשין, אלא שלדעתי - שלא כדעתם - מתקיים קשר סיבתי כזה במקרה דנן כפי שהבהרתי בפסק הדין שלערוור ואביא את הדברים כלשונם: "לשיטתי, יש לראות במצג שיוצר עוסק הבטחה לציבור הצרכנים הקושרת אותו ומחייבת אותו לפעול על-פי המצג. הבטחה זו מקימה זכות לצרכן ומטילה חובה על יוצר המצג כלפי ציבור הצרכנים. משלא עמד העוסק בהתחייבות שנטל על עצמו באמצעות המצג וגבה מחיר גבוה מהמובטח במצג, הפר הוא את חובתו וכתוצאה מההפרה נגרם לצרכן נזק. מכאן, שגם אם לא נחשף הצרכן לפרסום המטעה ולא שינה את דפוסי הצריכה של המוצר או השירות - בענייננו: מספר השיחות או משכן - עדיין יצא ניזוק, מאחר שהמחיר עבור המוצר או השירות שבו חויב גבוה מהמחיר שבו הוא זכאי לרכוש את המוצר או השירות" (פסק דיני שלערוור בעמ' 605 מול האותיות ד'-ה'). טול למשל מקרה בו צרכן רוכש מוצר בסופרמרקט, שלגביו יש פרסום בכניסה כי מחירו הוזל. הצרכן אינו רואה את הפרסום (או שמחמת קשיי שפה הוא אינו מבין את האמור בו). הוא רוכש את המוצר ומשלם בקופה את מחירו המלא. ודאי הוא שהפרסום לפיו ייגבה מחיר נמוך מן המחיר שנגבה בפועל, עלול להטעות את הצרכן. כמו כן, סבורה אני כי לצרכן נגרם נזק מסוג "הפרש גבייה", שהוא חסרון כיס ממשי ומוחשי. על-פי פרשנות ראויה והולמת של הסיבתיות הנדרשת, קשור נזק זה סיבתית להפרת איסור ההטעיה, שכן עקב הפרסום המטעה והפער בינו לבין האופן שבו נהגו בפועל, נגרם לצרכן נזק. יש בכך כדי לקיים את דרישת הקשר הסיבתי הן בהיבט העובדתי והן בהיבט המשפטי. בהיבט העובדתי, הנזק האמור שנגרם לצרכן הינו תוצאת העובדה כי העוסק פרסם מצג שאינו פועל על פיו; ובהיבט המשפטי, הנזק קשור סיבתית למצג על-פי מבחן הציפיות, שהרי כאשר עוסק יוצר מצג שווא, הוא צופה שגבייתו המנוגדת למצג תסב נזק מסוג של "הפרשי גבייה"; על-פי מבחן הסיכון, שהרי נזק זה מצוי בתחום הסיכון של פעולת העוסק; ועל-פי מבחן השכל הישר, שעל פיו נבחן מכלול פעולותיו של המעוול ותרומתן לתוצאה המזיקה (למבחנים המשפטיים לסיבתיות ראו: ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 113,

146-145; ע"א 576/81 בן שמעון נ' ברדה, פ"ד לח(3) 1, 7; ע"א 119/86 קני בתים בע"מ נ' העודה המקומית לתכנון ולבניה נתניה, פ"ד מו(5) 727, 749).

הסוגיות העומדות לדיון במקרה זה והפתרונות המוצעים, אינם נחלתנו בלבד. כבואנו לפרש את המשפט הישראלי בסוגית ההטעיה הצרכנית בכלל ובהקשר לתובענות ייצוגיות בפרט, יש מקום להתייחסות למשפט האמריקאי, ששימש מקור הראיה לאימוץ מוסד התובענה הייצוגית בשיטתנו המשפטית.

משפט משווה

17. בחוקי הגנת הצרכן של מדינות שונות בארצות הברית נקבע איסור על הטעיה תוך נקיטה בלשון של "מעשה העלול להטעות צרכן" הדומה לזו שננקטה אצלנו בסעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן. כך, סעיפים 349 ו-350 ל- General Business Law של מדינת ניו-יורק קובעים כי מעשים או נוהלים מטעים מצד עוסק הם בלתי חוקיים וכך גם פרסומים מטעים. אף שהסעיפים מדברים בהטעיה ואיסורה, פסקו בתי המשפט של ניו-יורק כי יש לפרשם כאוסרים גם על מעשה העלול להטעות צרכן (*Oswego Laborers' Local 214 Pension Fund v. Marine Midland Bank*, 623 N.Y.S.2d 529 (Ct.App.1995); *BNI New York Ltd. v. DeSanto* 675 N.Y.S.2d 752 (City Ct.1998), at p. 755; *Small v. Lorillard Tobacco Co. Inc*, 679 N.Y.S.2d 593 (A.D. 1 Dept.1998, at p. 599).

סעיף 2 ל- Consumer Fraud and Deceptive Business Practices Act של מדינת אילינוי קובע במפורש כי הטעיה היא בלתי חוקית, בין אם אדם הוטעה בפועל או ניזוק בפועל ובין אם לאו. לשון זהה מופיעה גם בחוק של מדינת מינסוטה (סעיף 325F.69 ל- Consumer Fraud Act).

18. הניסוחים שם, על מגוניהם, דומים לניסוח אצלנו שבחוק הגנת הצרכן. ראוי לציין כי הפרשנות שניתנה לסעיפים דומים במדינות שונות איננה אחידה ככל שמדובר בדרישת ההסתמכות על מצג השווא המטעה לצורך קבלת סעד של פיצויים. ניתן לזהות שלוש מגמות עיקריות: הראשונה, לפיה נדרשת הוכחת ההסתמכות על המצג המטעה; השנייה, לפיה אין דרישה להסתמכות על ההטעיה ודי בהוכחת הקשר הסיבתי בין ההטעיה לבין הנזק שנגרם; והשלישית, לפיה אין ויתור מוחלט על דרישת ההסתמכות אולם הדרישה צומצמה ובמקומה מסתמכים על הנחות, חזקות והסקת מסקנות מנסיבות העניין (לסקירת המצב המשפטי בארצות הברית בסוגיה זו ראו מאמרם המקיף של G.

“Minnesota’s Tobacco Case: Recovering Damages :Wilson & J. Gilmer Without Individual Proof Of Reliance under Minnesota’s Consumer Protection Statutes” 25 *Wm. Mitchel L. Rev.* (1999) 567 רבים אחרים שידגימו כל אחת מן המגמות האמורות. למגמה הראשונה ראו פסק דין *Oliveira v. Amoco Oil Co.*, 201 Ill. 2d 134, 776 N.E.2d 151, 267 Ill. Dec. 14 (Ill. 2002) וכן פסק דין *Zekman v. Direct American Marketers, Inc.*, 182 Ill. 2d 359, 231 Ill. Dec. 80, 695 N.E.2d 853 (1998). למגמה השנייה ראו פסק דין *Brooks v. Midas-International Corp.*, 47 Ill. App. 3d 266, 361 N.E. 2d 515 (1977) שם, הבטיחה הנתבעת בפרסומיה, להחליף חלק מסוים תמורת תשלום עלות עבודת ההתקנה בלבד בעוד שלמעשה גבתה היא מחיר מלא עבור ההחלפה. בית המשפט אישר את הגשת התובענה הייצוגית לשם קבלת סעד של פיצויים בקובעו כי הסתמכות אינה אלמנט נדרש לצורך קבלת פיצויים בגין הטעיה צרכנית. גישה זו עולה בקנה אחד עם גישתי. הוא הדין בהלכה שיצאה שם בפסק דין *Connick v. Suzuki Motor Co., Ltd.*, 174 Ill. 2d 482, 675 N.E.2d 584, 591, 221 Ill. Dec. 389 (Ill. 1996) בו אושרה תובענה ייצוגית כנגד חברה, בין היתר בגין פרסום מאפייני הבטיחות של המכוניות, שהתבסס על מידע שגוי לכאורה שמסרה החברה למגזין. בית המשפט העליון של מדינת אילינוי קבע, שהתובעים אינם צריכים להוכיח הסתמכות כתנאי לקיומה של עילת תביעה. עוד קבע, כי די בכך שהמכוניות נרכשו לאחר שפורסם הפרסום המטעה מבלי הוכח קיומו של גורם זר מתערב, על מנת שיתקיים קשר סיבתי בין הפרסום המטעה לבין הנזק שנגרם להם. למגמה השלישית ראו פסק דין *Vasquez v. The Superior Court Of San Joaquin County*, 484 P.2d 964 (S.Ct.Cal.1971), שם קבע בית המשפט העליון במדינת קליפורניה שאין צורך להוכיח הסתמכות על מצגי השוא של המוכרים בדרך של ראיות ישירות וניתן להוכיח זאת מכללא על-ידי היסק מנסיבות המקרה או אף להניח שקיימת חזקה בדבר הסתמכות. כך גם בפסק דין *Amato v. General Motors Corp.* 463 N.E. 2d 625 (Ct.App.Ohio, 1982) בו אישר בית המשפט באוהיו, ברוב דעות, תובענה ייצוגית נגד חברת ג'נרל מוטורס בגין החלפת המנוע במכונית אולדסמוביל במנוע פחות יוקרתי מבלי להודיע על כך לקונים. בית המשפט לא ויתר לחלוטין על דרישת ההסתמכות, אלא קבע כי ניתן להסיקה מנסיבות המקרה או מקביעת חזקה בדבר הסתמכות.

הנה כי כן, רואים אנו כי סדנא דארעא חד הוא, וכי לא רק הסוגיות דומות והבעיות דומות, אלא גם חילוקי הדעות דומים בין משפטנים במדינות שונות שהתשתית המשפטית שלהם דומה אם לא משותפת.

שקילת כל השיקולים המשמשים בזירה ואיזון ביניהם ומתן משקל ראוי לכל אחד מהם, מטה את הכף לזכות המגמה שרואה בפרסום מטעה מעשה המקים עילת תביעה לפיצויים, אם נגרם נזק, ושאיננה מחייבת הסתמכות לצורך יצירת הקשר הסיבתי בין המעשה לבין הנזק.

19. סוף דבר, לשיטתי, קמה לעותר עילת תביעה לפיצויים על הנזק שנגרם לו על-ידי הפרסום המטעה עקב "גביית יתר" ממנו. לפיכך, אילו נשמעה דעתי, היה מקום לקבל את העתירה ולאשר את הגשת התובענה הייצוגית על-ידי העותר.

ש ו פ ט ת

השופט א' מצא:

חזרתי וקראתי את פסקי-הדין של שופטי הרוב בערעור - חבריי הנשיא והשופט אנגלדד - ושל שופטת המיעוט, חברתי השופטת שטרסברג-כהן. כן קראתי את חוות-דעתם של חבריי השופט חשין והשופטת שטרסברג-כהן בדיון נוסף זה. לעמדתם של שופטי הרוב בערעור ושל השופט חשין כאן לא אוכל להצטרף. להשקפתי, עמדה זו איננה נותנת ביטוי הולם לתכליותיה המיוחדות של התובענה הייצוגית הצרכנית. תחת זאת, היא מעתיקה את הדוקטרינות המסורתיות של דיני הנזיקין - ובראשן את דוקטרינות הקשר הסיבתי הנזיקי - אל הסביבה הצרכנית, שאינה מתאימה להן, ומקדשת אותן כמות שהן. כפועל-יוצא מן התפיסה האמורה, מתמקדת עמדה זו, יתר על המידה, בברזני האיש ופחות מדי בקבוצת הצרכנים שאותה הוא מבקש לייצג ובעוול שנגרם לה. בהקשר אחרון זה חשוב להדגיש, כי בהליך לפני בית-המשפט המחוזי לא הוכח, פוזיטיווית, כי ברזני לא נחשף לפרסום המטעה. ההנחה העובדתית בעניין זה, שעליה במידה רבה סמכו שופטי הרוב בערעור, וכן השופט חשין בדיון הנוסף, את הכרעתם, מיוסדת אך ורק על העובדה שברזני לא טען כי נחשף לפרסום. לטעמי, גם בעניין זה לוקה עמדת חבריי הנכבדים באימוץ כמעט מכאני של כללי ההוכחה המסורתיים. גישה זו, שלדידי איננה משקפת דין רצוי, אינה מתחייבת מן הדין הקיים. בהנמקת עמדתי החולקת, להלן, אתייחס תחילה לייחודה של העילה הצרכנית ולמידותיה הראויות של התובענה הייצוגית הצרכנית בגין הטעיה בפרסום. לבסוף

אדרש לבחינת עניינו של ברזני ולשאלה אם עומדת לו עילת תביעה אישית ובגין אלו סעדים.

תכליות דיני הנזיקין אל מול תכליות התובענה הייצוגית הצרכנית

2. תכליותיהם של דיני הנזיקין המסורתיים אינן חופפות ואינן ממצות את תכליותיהם של דיני הגנת הצרכן. מקובל לומר, כי תכליותיהם העיקריות של דיני הנזיקין הן השגת צדק מתקן, הרתעה יעילה של מזיקים בכוח ופיזור הנזק (ראו, למשל: D. More "Human Rights from a Tort Law Perspective" 12 *Tel-Aviv U. Stud. L.* 81, 90-93 (1994); 'א' פורת "אחריות קיבוצית בדיני-נזיקין" משפטים כג (1994) 311, 333-330, 349-344, 371-369). ניתן להסכים, כי תכלית הצדק המתקן ותכלית ההרתעה היעילה משותפות גם לדיני הגנת הצרכן. ואולם, ביסוד דיני הגנת הצרכן ניצבות גם תכליות חשובות נוספות, שבדרך כלל אין להן ולדיני הנזיקין המסורתיים ולא כלום. ד"ר אורנה דויטש מונה בספרה לא פחות משבע תכליות מיוחדות לדיני הגנת הצרכן: צמצום פערי כוח בין הצדדים; חיזוק האוטונומיה האישית; רעיון הריבונות הצרכנית; הגנה על הזכות לרווחה וזכויות חברתיות; קידום ההגינות המסחרית; הגנה על אמינות השוק המקומי; ושמירה על האמון בסדר החברתי (א' דויטש, מעמד הצרכן במשפט (2002) 27-37). היא מדגישה, כי "התכלית של ההגנה על הצרכן איננה מוגבלת לסיוע של הדין לצרכן האינדיווידואלי. התנהגות פסולה כלפי צרכנים פוגעת לא רק בצרכן, אלא גם בעוסקים ההוגנים ובמגזר העסקי כולו, כמו גם באמון הציבור בכלכלה המקומית וברשויות הציבור המפקחות על המגזר העסקי" (שם, בעמ' 15). פרופ' סיני דויטש מציע חלוקה והגדרות שונות במקצת של תכליות דיני הגנת הצרכן (ס' דויטש, דיני הגנת הצרכן - כרך א (2001) 119-126. וראו גם את התכליות המפורטות בפסקאות 2-3 לחוות-דעתה של השופטת שטרסברג-כהן בדיון נוסף זה). אך מכל אחת מן הגישות מתבקש - ודומה שעל כך אין מי שיחלוק - כי דיני הגנת הצרכן באים להגשים תכליות מיוחדות, ואף נרחבות במידה רבה, מן התכליות הניצבות ביסודם של דיני הנזיקין המסורתיים.

3. לרשימת תכליותיהם הכלליות של דיני הגנת הצרכן, יש להוסיף גם את תכליותיה המיוחדות של התובענה הייצוגית הצרכנית. ביטוי לכך מצוי בפסק-דין שניתן לאחרונה:

לתובענה הייצוגית כמוסד במשפט חשיבות מיוחדת להשגת תכליות אשר ידה של התביעה האינדיבידואלית אינה משגת. היא משרתת את אינטרס הפרט על ידי מתן תרופה לנזקו מקום שאלמלא צירף אליו חברי קבוצה

נוספים, לא היתה כדאיות בהגשת תביעתו; היא משרתת אינטרס ציבורי, החותר להרתיע גופים כלכליים גדולים מפני הפרת החוק והמבקש לקדם ביתר הצלחה את אכיפתן של נורמות התנהגות שנועדו להגן על האזרח, ולמנוע ניצול לרעה של חולשתו כפרט. היא עשויה לקדם מטרות של יעילות בהליכים, אחדות בפסיקה ומניעת ריבוי תביעות (ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי תופיק (טרם פורסם), בפסקה 2 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה).

וראו גם רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220, בפסקאות 7-8 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן, והאסמכתאות המובאות שם.

4. מן השוני המהותי בין תכליות דיני הנזיקין לבין תכליות דיני הגנת הצרכן נגזרת המסקנה, כי דוקטרינות משפטיות מסורתיות הלקוחות מדיני הנזיקין חייבות להיבחן ביסודיות - ולפי הצורך לעבור שינויים והתאמות - קודם להחלתן על המאטריה הצרכנית בכלל ועל תחום התובענות הייצוגיות הצרכניות בפרט. על דרך ההכללה ניתן להרחיק לכת ולומר, כי שום דוקטרינה מסורתית אינה מובנת מאליה כשמדובר בתחום הצרכני. ענייננו בתחום מיוחד במינו, הראוי לטיפול מובחן התואם את תכליותיו הייחודיות.

משמעותו של סעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן

5. על רקע דברים אלה ניתן לפנות לפרשנותה של הוראת סעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן. הוראה זו קובעת, כי "דין מעשה או מחדל בניגוד לפרקים ב', ג' או ד' כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]". חבריי נחלקו בשאלת המשמעות שיש לייחס ל"כ"ף הדמיון" - כביטוי של השופט חשין - שבצירוף "כדין עוולה". לדעתי, אין לייחס חשיבות רבה לשאלה זו. אף אם נניח, כי לכ"ף זו אין כל משמעות וכי יש לקרוא את סעיף 31(א) כאילו נאמר בו שמעשה או מחדל כאמור דין עוולה להם, לא היה בכך אלא כדי ללמד כי חלקים מסוימים מחוק הגנת הצרכן יש לראותם כאילו נכללו בפקודת הנזיקין גופה. אך ברי, כי בשינוי מיקומן הפיזי של ההוראות הצרכניות אין כדי לשנות מתכליותיהן הייחודיות. הבה נרחיק לכת: גם אילו נכלל חוק הגנת הצרכן בשלמותו בפקודת הנזיקין, וגם אילו חלה לגביו הוראת סעיף 3 לפקודת הנזיקין, שלפיה "הדברים המנויים להלן בפקודה זו הם עוולות", גם אז היה מוטל עלינו לפרש וליישם

עוולות מיוחדות אלה בהתאם לתכליותיהן הצרכניות, שככלל אינן זהות לתכליותיהן של יתר העוולות המנויות בפקודה.

6. טלו, לשם השוואה, את סעיף 4 לפקודת הנזיקין, המורה לאמור:

מעשה של מה בכך
 4. לא יראו כעוולה מעשה, שאילו היה חוזר ונשנה לא היה בו כדי ליצור תביעה לזכות נוגדת, ואדם בר-דעת ומזג כרגיל לא היה בא בנסיבות הנתונות בתלונה על כך.

פשיטא - וכך אף נפסק - כי בהקשר הנזיקי מבטא סעיף 4 את הדוקטרינה המסורתית בדבר "זוטי דברים" (De Minimis). ראו: ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913, בעמ' 928-929 והאסמכתאות המובאות שם. אימוץ הגישה המחילה על העילות הצרכניות המוגדרות בסעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן את הדוקטרינות של פקודת הנזיקין - כמות-שהן ובמלואן - יחייב להחיל על עילות אלו גם את סעיף 4 לפקודת הנזיקין. נקל להיווכח, כי מהלך כזה יאיץ את תפקידה העיקרי של התובענה הייצוגית הצרכנית, שעיקר חשיבותה טמונה דווקא במקרים, שבהם כל אחת מהתביעות האישיות, כשלעצמה, נמנית עם "זוטי דברים", אשר לגביהם "אדם בר-דעת ומזג כרגיל לא היה בא בנסיבות הנתונות בתלונה". ויצוין כי עובדות הפרשה נשוא הדיון הנוסף שלפנינו מהוות דוגמא טובה למצב דברים כזה. החלטה של דוקטרינת "זוטי הדברים" המסורתית על התובענה הייצוגית תוביל, אפוא, לכך שלרבים מהתובעים הפוטנציאליים הלגיטימיים לא תקום כלל עילת תביעה אישית, שהרי - כעולה מפשטות לשונו של סעיף 4 - "לא יראו כעוולה" את מעשהו (או מחדלו) של העוסק, אשר פגע בהם. המסקנה המתבקשת מכך היא, כי לא רק דוקטרינת זוטי הדברים, האמורה בסעיף 4 לפקודת הנזיקין, צריכה לעבור התאמה מיוחדת לדיני הגנת הצרכן הייצוגיים קודם להחלטה עליהם (השוו: פרשת תנובה הנ"ל, בפסקה 11 לפסק-דינה של השופטת נאור), אלא שגם יתר הדוקטרינות של הפקודה טעונות התאמה כזאת, כתנאי מוקדם להחלתן על העילות הצרכניות ועל התובענות הייצוגיות הצרכניות.

7. חברי השופט חשין לומד מהיעדר הוראה לסתור בסעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן, כי אין מנוס מהחלת הדוקטרינות שבפקודת הנזיקין על העוולה הצרכנית נשוא סעיף 2(א) לחוק. כדבריו:

אכן, אין בלשונה של הוראת סעיף 31(א) שלחוק דבר העשוי להעיד כי העוולה שבסעיף 2(א) מרחיקה עצמה מעקרונות היסוד או מן הדוקטרינות שבפקודת הנזיקין ... נהפוך הוא: החוק מפנה אותנו על-החלק וללא הסתייגות אל פקודת הנזיקין. הוראת סעיף 2(א) משימה עצמה כאחת מן העוולות הילידות שבפקודת הנזיקין, וממילא חלים עליה, לכאורה - ובמלואם - עיקרי היסוד והדוקטרינות שבפקודת הנזיקין, באותה מידה ובאותה עוצמה שחלים הם על העוולות הילידות.

אני, בכל הכבוד, סבור, כי גם בהיעדר הוראה מפורשת לכך בסעיף 31(א) לחוק - וספק בעיניי אם הוראה מפורשת כזאת בכלל נדרשה - ניתן וראוי לסייג את תחולת דיני הנזיקין המסורתיים על העילות הצרכניות. הצורך בסיוג זה מתחייב בבירור מן השוני המהותי והניכר בין תכליותיהן של העוולות הצרכניות לבין תכליותיהן של העוולות הנזיקיות הרגילות. אכן, ניתן להבין את הקושי ואי הנוחות הכרוכים בפרשנות חדשה ושונה של מושכלות ראשונים. היטיב להסביר זאת, בפרשתנו, השופט חשין:

לא זו בלבד שלשון החוק נהירה וברורה, אלא שגם הנוחות תכתיב לנו פתרון כפתורנו של החוק. שכן אם אותם מעשים ומחדלים לבר-הפקודה סימנם סימן נזיקי הוא, אך טבעי ומוכן כי נעשה שימוש באותן דוקטרינות ותיקות ומוכרות שדיני הנזיקין יצרון ולשו בהן שנים כה רבות עד שהפכו להיותן אבני-תשתית בשיטת המשפט.

ואולם, חרף הקושי, אין מכך מנוס. עמד על כך פרופ' סיני דויטש (המייצג, בדיון הנוסף שלפנינו, את המועצה הישראלית לצרכנות), במאמר שהתייחס לפסק-הדין שלערעור:

חוק הגנת הצרכן הוא חוק חדשני, שכן רק בשנים אלה הוא מגיע לראשונה לפרשנות של הערכאה הגבוהה בישראל. סביר גם להניח, כי בשלבים הראשוניים לפירושו קיים חשש מפני הינתקות ממסורות משפטיות מושרשות ועתיקות יומין. אולם, דווקא ההבנה של חשיבות הנושא, היא שצריכה להוביל למחשבה נוספת בעניין זה. ... אין כל סיבה להחיל את כללי המשפט האזרחי במלואם על חוק הגנת הצרכן; יש מקום לפרשנות עצמאית של מונחי המשפט בחוק הגנת הצרכן לאור תכליתם ומטרתם (ס' דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות: הדרישה להסתמכות אישית על מצגי השוא של המטעה" מאזני משפט ב (2001-2002) 97, 126; להלן: תובענות ייצוגיות צרכניות).

לכאורה, אף השופט חשין מסכים, כי אין לראות בדוקטרינות הנזיקיות המסורתיות "תורה מסיני". במפורש הוא מציין, כי "הואיל וענייננו כאן הוא בהשתלת איבר חדש בגופה של פקודת הנזיקין, חייבים אנו בכחינה מדוקדקת מקרוב, שמא דוקטרינה פלונית שבפקודה לא תתיישב עם יסודותיה, עם מהותה ועם בניינה של העוולה זה מקרוב באה". אלא שלאחר שאמר דברים אלה - והיפנה לאסמכתאות שהיפנה - לא ניפנה הוא "לבחון מקרוב" אם הדוקטרינות המסורתיות אמנם מתאימות לחול על עילת ההטעיה הצרכנית, אלא הניח את התאמתן, כאילו הייתה היא מובנת מאליה.

התאמת דוקטרינות הקשר הסיבתי הנזיקי לתובענה ייצוגית בגין פרסומת מטעה 8. ראינו כי עלינו להתאים את הדוקטרינות הנזיקיות המסורתיות לתכליות המיוחדות של התובענה הייצוגית הצרכנית. לצורך המקרה שלפנינו, די אם נתמקד בהתאמתן של דוקטרינות הקשר הסיבתי הנזיקי לצרכיה המיוחדים של התובענה הייצוגית המוגשת בגין פרסומת המונית מטעה.

אמרתי "דוקטרינות הקשר הסיבתי", בלשון רבים, שכן גם בדיני הנזיקין המסורתיים סוגיית קיומו של קשר סיבתי, בין התנהגות מעוולת לבין תוצאתה המזיקה, מוסדרת על-ידי מספר דוקטרינות, שלעתים מתחרות ביניהן ולעתים מופעלות זו בצד זו (ראו, באופן כללי: י' אנגלרד "הקשר הסיבתי", בתוך דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית (בעריכת ג' טדסקי, תש"ל) 178; י' גלעד "הסיבתיות במשפט הנזיקין הישראלי - בחינה מחודשת", משפטים יד (תשמ"ד) 15). היווצרותן של דוקטרינות סיבתיות שונות נבעה מן הצורך להתמודד עם היבטים שונים של התופעה הסבוכה והמורכבת, שזכתה לכינוי "סיבתיות עמומה" (ראו: A. Porat & A. Stein, *Tort Liability under Uncertainty* (2001); א' פורת וא' שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים", עיוני משפט כא (תשנ"ח) 191; א' שטיין "כיצד נפתור את בעיית הסיבתיות העמומה במשפטי רשלנות רפואית - הכרעה לפי 'מאזן ההסתברויות', אחריות בשל 'פגיעה בסיכויי החלמה', ודוקטרינת הנזק הראייתי", עיוני משפט כג (תש"ס) 755).

דיני הנזיקין המסורתיים מציעים פתרונות מעשיים למצבי "סיבתיות עמומה" שבהם יהיה זה מרחיק-לכת לדרוש מן התובע להוכיח, באורח פוזיטיווי, קיום קשר סיבתי עובדתי ישיר בין עוולתו של הנתבע לבין הנזק שנגרם לו, על-פי "מבחן

האלמלא" (הוא "מבחן הסיבה בלעדיה אין"). בנסיבות כאלה, משהוכיח התובע את עוולתו של הנתבע, וכן הוכיח את נזקו שלו ואת ייתכנותו האפשרית של קשר סיבתי עובדתי בין העוולה לבין הנזק, עשוי משפט הנזיקין לסייע בידו למלא את החסר בהוכחת קיומו של קשר סיבתי עובדתי. "סיועו" של המשפט עשוי להתבטא בדרכים מוכרות שונות: בהעברת הנטל לנתבע, שיידרש להוכיח היעדרו של קשר סיבתי; בקביעת חזקות לחובת הנתבע ביחס לגזרות מסוימות של יריעת המחלוקת הסיבתית; בהטלת אחריות על "מעוולים במשותף", שחלקו של כל אחד מהם בגרימת הנזק אינו ידוע; בהגדרת נזק כ"נזק שאינו ניתן לחלוקה", אשר על המעוול לשאת בכולו, אף שגם רק לחלקו; ובהכרה במבחני סיבתיות עובדתיים אלטרנטיביים למבחן ה"אלמלא" (כגון "מבחן הדיות" או מבחן "הגורם המהותי". ראו: אנגלרד, שם, בעמ' 193-195; גלעד, במאמרו הנ"ל, בעמ' 17-19; פורת, במאמרו הנ"ל, בעמ' 376). כן יצוין, כי על דוקטרינות הסיבתיות המסורתיות נוספו בשנים האחרונות דוקטרינות חדשות, שעיקר פועלן הוא בעקיפת הבעייתיות ואי הצדק הכרוכים לעתים בהפעלה נוקשה של "מבחן האלמלא" המסורתי. בין דוקטרינות חדשות אלו, שחלקן כבר אומצו (בהקשרים שונים) גם בפסיקה, ניתן למנות דוקטרינות לפיצוי הסתברותי בגין אובדן סיכויי החלמה, או בגין פגיעה בסיכוי ויצירת סיכון, ובתביעות מסוג MSL (Market Share Liability); וכן את דוקטרינת האחריות הקיבוצית ואת דוקטרינת הנזק הראייתי (ראו הסקירה המובאת על-ידי Porat & Stein, בפרקים השני, החמישי והשביעי של ספרם הנ"ל).

9. המסקנה העולה מן האמור היא, כי אפילו בדיני הנזיקין המסורתיים - ועל אחת כמה וכמה בדיני הנזיקין המודרניים - אין "מבחן האלמלא" מהווה חזות הכול. במקרים רבים - כאשר תכליותיהם של דיני הנזיקין מצדיקות זאת - מוכרת זכותו של תובע לפיצויים גם כאשר לא עלה בידו להוכיח כי אלמלא עוולתו של הנתבע לא היה נזקו נגרם. על רקע זה מתחדדת השאלה, מה טעם ראו שופטי הרוב בשלב הערעור, והשופט חשין בדיון נוסף זה, לדקדק כל כך בהוכחת הסתמכותם של צרכני בזק על הפרסומים המטעים, כחלק מעמידתם בדרישה לקיום קשר סיבתי על-פי "מבחן האלמלא". כדברי הנשיא, בפסק-הדין שלערעור (פ"ד נה(4) 584, 622-623), תוך שהתייחס לגישת השופטת שטרסברג-כהן:

כידוע, קשר סיבתי עובדתי משמעותו, כי לולא מעשה העוולה לא היה נזקו של הניזוק מתרחש. זהו מבחן הסיבה בלעדיה אין. בענייננו, הקשר הסיבתי העובדתי מחייב, כי לולא ההטעה האסורה לא היה הצרכן משוחח בטלפון באופן שבו הוא שוחח למעשה. קשר

סיבתי זה מתרחש רק אם הצרכן מסתמך על האופי המטעה של הפרסום. אם הצרכן אינו מסתמך על הפרסום המטעה, כי אז היקף שיחות הטלפון שלו לא היה משתנה אם הפרסום היה אמיתי, שכן היקף השיחות לא מושפע מתוכן הפרסום. חברתי מדגישה את יצירת המצג, אך היא אינה מוכיחה את קיומו של הקשר הסיבתי העובדתי בין יצירת המצג לבין התרחשותו של הנזק. משלא מתקיים קשר סיבתי עובדתי, אין מקום לבדוק את דבר קיומו של קשר סיבתי משפטי, המבוסס על תשתית עובדתית בה התקיים קשר סיבתי עובדתי.

גם השופט חשין מציין - אף כי בלשון פחות מפורשת - כי:

"נזק" שברזני נשא בו - אם נשא בנזק - אין קשר בינו לבין הפירסום של בזק, ואין ברזני יכול וזכאי לתבוע בגינו. אכן, בזק עוולה בפירסום שעשתה ברבים - זו הנחת-היסוד לענייננו - ואולם אין די בקיומה של עוולה כדי לזכות אדם בפיצוי. חייב אותו אדם להראות כי מפאת אותה עוולה נשא בנזק, ותנאי מוקדם זה לא התקיים בענייניו של ברזני.

מגישה זו נובע, שכדי לבסס עילת תביעה כספית (אישית או ייצוגית) בגין הטעיה בפרסום, מוטל על התובע להראות כי הסתמך על הפרסום המטעה אשר הוביל לשינוי ישיר בדפוסי התנהגותו הצרכנית. אני, בכל הכבוד, סבור - ואת עמדתי בעניין זה אנמק להלן - כי דרישה זו איננה מתחייבת בהכרח מלשון החוק. נשאלת אפוא השאלה, מה תכליתה של דרישה זו ואיזה רציונל היא משרתת? לשאלה זו לא מצאתי תשובה משכנעת בנימוקי חבריי הנכבדים. דומה כי נימוקם היחיד לכך הוא, כי התובענה הייצוגית הינה כלי רב עוצמה, וכרוכות בה סכנות רבות, ועל כן ראוי לעשות בה שימוש זהיר (ראו, בהקשר זה, את דברי חברי הנשיא בפסק-דינו בערעור, בעמ' 620). על כך, כמובן, לא ניתן לחלוק. אלא שהגדרתו של ברזני כמי שאיננו "תובע הולם" להגשת תובענה ייצוגית נסמכה, אך ורק, על הקביעה שהוא איננו מקיים את דרישת ההסתמכות. גם אילו הייתה קביעה זו מבוססת - ובפתח הדברים כבר הטלתי ספק בכך - אין בידי להסכים, כי אי-הסתמכותו של ברזני על פרסומה המטעה של בזק פוסלת אותו מלהיות תובע ייצוגי.

10. הדרישה שפרסום מטעה יקים לצרכן עילה רק אם בידו להוכיח כי הסתמך על הפרסום וכתוצאה ישירה מכך חל שינוי בהתנהגותו הצרכנית, תסכל מעיקרא את סיכוייהן של תביעות פוטנציאליות רבות שעילתן הטעיה צרכנית בפרסומת המונית.

טעם הדבר הוא, כי במקרים רבים מעין אלה דרישה זו כלל לא ניתן יהיה למלא. מעטים הם הצרכנים היכולים לזכור את פרטיהן של פרסומות מסחריות שאליהן נחשפו, במישרין או בעקיפין, ומעטים מהם הצרכנים שיוכלו להעיד בכנות, כי אלמלא נחשפו לפרסומת פלונית לא היו צורכים את המוצר או השירות שפורסמו בה, או צורכים אותו במידה פחותה. הלוא גלוי וידוע לכול, כי הפרסום ההמוני המודרני מכוון, לא פעם, להשפיע על הצרכנים בדרכים שונות ומשונות, ולא דווקא בדיבור ישיר אל תודעתם הצרכנית. במקרים רבים הצרכנים כלל אינם מודעים להיותם מושפעים מן הפרסום; לא בעת שהם נחשפים לו, ואף לא לאחר שהפרסום לכאורה נשתכח מהם. ואין צריך להוסיף, כי הנחות אלו תקפות ביתר שאת ביחס לפרסומות בעניינים של מה בכך, שבהם טמון הפוטנציאל העיקרי להגשתן של תובענות ייצוגיות צרכניות. נמצא כי הפתרונות הדיוניים, אותם מזכיר השופט חשין בפיסקאות 54-55 לפסק-דינו - כגון האפשרות שכל צרכן יוכיח את זכותו לסעד באמצעות תצהיר - אינם יכולים להיחשב כמעשיים.

יתר-על-כן: במקרים רבים של הטעיה צרכנית בפרסום ניתן לקבוע - באורח פוזיטיווי - כי עקב הפרסום לא אירע שינוי ישיר בדפוס ההתנהגות הצרכנית, מהסוג שאליו מכוונים חבריי בדרישתם ל"הסתמכות". המקרה שלפנינו מהווה דוגמא טובה לכך: ההטעיה בפרסומיה של בזק התייחסה לשבר של יחידת מניה - באורך של מספר שניות - בסופה של כל שיחת טלפון לחוץ-לארץ. כלום יעלה על הדעת להניח, כי צרכן של בזק, בהנחה שהיה מודע להטעיה, היה מנתק את הטלפון בדיוק בסיומה של יחידת מניה, במטרה להימנע מחיובו בגין שברי יחידת מניה כמו בגין יחידת מניה שלמה? המסקנה המתבקשת מן האמור היא, כי הפרסום המטעה שעשתה בזק לא גרר הסתמכות של צרכניה על תוכן הפרסום, וממילא אף לא גרר שינוי ישיר בדפוס התנהגותם הצרכנית. השינוי שהפרסום אפשר וחולל בתודעת הצרכנים - והדעת נותנת כי אותו חתרה בזק להשיג בפרסום הנדון - הוא שינוי בעל אופי כללי במוניטין של בזק, כחברה אמינה והוגנת, הגובה תשלום מדויק בעבור השירותים שהיא מספקת. שינוי מסוג זה במוניטין של המפרסם עלול לגרום - וחזקה עליו, לכאורה, שהוא אכן גורם - לשינוי בדפוס ההתנהגות הצרכנית, העשוי להתבטא בהגברת התדירות הכוללת של היזקקות הצרכנים למוצר או לשירות שפורסם, ואף למוצריו ושירותיו האחרים של אותו מפרסם. אלא שזהו שינוי עקיף - ולרוב אף בלתי-מודע - בדפוס ההתנהגות הצרכנית. ספק אם מי מן הצרכנים, שהפרסום המטעה השפיע בעקיפין על התנהגותם הצרכנית, יוכל להוכיח כי הסתמך על הפרסום ואת מידת השפעתו של הפרסום על התנהגותו הצרכנית. אולם המפרסם יצא נשכר מפרסומו המטעה, שהביא, בעקיפין, להגדלת נתח השוק שלו. הרווחים הנוספים שהמפרסם יפיק מהגדלת נתח השוק שלו - שיש בהם גם משום

התעשרות שלא כדין על חשבון צרכניו ומתחריו כאחד - הם, לאמיתו-של-דבר, הנזקים האמיתיים הנגרמים לאינטרס הצרכני בעטיו של הפרסום המטעה. רק משום שנזקים אלה אינם ניתנים - ולמצער קשים הם מאוד - למדידה ולכימוי, מתמקד הדיון, באופן טיפוסי, בנזקים הישירים בלבד, שחברתי השופטת שטרסברג-כהן מכנה "הפרשי גבייה". יוצא, אפוא, כי עמידה על דרישת ההסתמכות, בהקשר של פרסומת המונית מטעה, תפגע קשות בעצם האפשרות להגיש תביעות בגין פרסומים מטעים.

11. בפסק-דינו בערעור מזכיר הנשיא את אפשרות הקמתה של "חזקת ההסתמכות" לטובת הצרכנים, אך משאיר אותה בצריך עיון (שם, בעמ' 621). השופט חשין, בפסק-דינו בדיון נוסף זה, נוקט עמדה דומה. כן הוא מציין, כי "ראוי לפרש את מושג ההסתמכות בפרישה רחבה, ככולל לא אך ההסתמכות ישירה בלבד". בפתרונות אלה יש משום פיתוח רצוי, אך חוששני שתועלתם המעשית מוגבלת. הוכחת קיומה של ההסתמכות על-ידי הצרכן אינה משימה קלה, ולעתים היא אף בלתי-אפשרית. לא כן הדבר באשר ליכולת העומדת למפרסם לסתור חזקת ההסתמכות. די שישאל כל אחד מן הצרכנים, אם וכיצד היה משנה את האופן בו צרך את המוצר או השירות שפורסמו, אלמלא ההטעיה שנכללה בפרסום. למצער אלה מבין הצרכנים, שגם לפני הפרסום המטעה צרכו אותו מוצר או שירות, יתקשו מאוד להשיב לשאלה. קרוב להניח כי רובם ככולם ייאלצו להשיב עליה בשלילה, או כי אינם זוכרים את הפרסום או את פרטיו, או כי אינם יודעים את התשובה; והעוסק ייחשב כמי שנשא את הנטל וסתר את חזקת ההסתמכות. מאידך ברי, כי לשיטת חבריי אין להקים לטובת הצרכנים חזקת ההסתמכות "חלוטה". הקמתה של חזקה כזאת אמנם הייתה משפרת מאוד את סיכויי הצלחתן של תביעות ייצוגיות צרכניות, מסוג התביעה שלפנינו, אלא שהקמת חזקה חלוטה מעין זו תרוקן מתוכן את הדרישה - בה דבקים חבריי - לקיום קשר סיבתי עובדתי, בין ההטעיה שבפרסום לבין הנזק שנגרם לצרכנים.

12. ניכר בעליל, כי הדרישה שהפרסום המטעה יוביל לשינוי ישיר בדפוס ההתנהגות הצרכנית - הלוא היא "דרישת ההסתמכות" - לא רק שאינה מקדמת את תכליותיה המיוחדות של התובענה הייצוגית הצרכנית. נשוב ונעיין בשבע תכליותיהם של דיני הגנת הצרכן, כפי שנוסחו על-ידי ד"ר אורנה דויטש: צמצום פערי כוח בין הצדדים; חיזוק האוטונומיה האישית; רעיון הריבונות הצרכנית; הגנה על הזכות לרווחה וזכויות חברתיות; קידום ההגינות המסחרית; הגנה על אמינות השוק המקומי; ושמירה על האמון בסדר החברתי. אך ברור הוא, כי בדרישת ההסתמכות אין כדי לקדם אף אחת מתכליות אלה. תחת זאת היא מובילה לשלילתן של עילות תביעה צרכניות רבות, אשר היו עשויות לקדם את התכליות האמורות. נמצא שבפועל דרישת

ההסתמכות חותרת תחת אותן תכליות ומסכלת את הגשמתן. הוא הדין באשר לתכליותיה המיוחדות של התובענה הייצוגית. כפי שצוין בדברי השופטת פרוקצ'יה בפרשת תנובה, שכבר הובאו לעיל, התובענה הייצוגית "משרתת את אינטרס הפרט על ידי מתן תרופה לנזקו מקום שאלמלא צירף אליו חברי קבוצה נוספים, לא היתה כדאיות בהגשת תביעתו; היא משרתת אינטרס ציבורי, החותר להרתיע גופים כלכליים גדולים מפני הפרת החוק והמבקש לקדם ביתר הצלחה את אכיפתן של נורמות התנהגות שנועדו להגן על האזרח ולמנוע ניצול לרעה של חולשתו כפרט". באותם מקרים שבהם נזקו האישי של כל אחד מן הפרטים קטן עד מאוד, ניתן לומר כי אין חשיבות של ממש לאינטרס הפרטי הכרוך בתובענה הייצוגית. עיקר החשיבות במקרים אלה מתמקדת באינטרס הציבורי. אך לאינטרס הציבורי בהשלטת החוק וההגינות בתחום הצרכני אין הרבה מן המשותף עם דרישת ההסתמכות, וממילא אף לא עם הדרישה לקיום קשר סיבתי עובדתי בין הפרסום המטעה לבין נזקי הצרכנים. האינטרס הציבורי מתמקד, בעיקר, בהפרה עצמה ובנזקיה האפשריים לכלל הציבור, ולא בשאלה אם בפועל אמנם התקיים יחס של גרימה בין ההפרה לבין נזקים שנגרמו לצרכנים כאלה ואחרים. נמצא כי אף עמידה דקדקנית על דרישת קיומו של קשר סיבתי - כמו העמידה על הוכחתה של הסתמכות - תוביל לסיכולן של תובענות ייצוגיות צרכניות רבות; והאינטרס הציבורי, שתובענות אלו נועדו להגשימו, יימצא נפגע.

הסתמכות קונסטרוקטיבית וקשר סיבתי צרכני

13. מנקודת מבטם של דיני ההטעה הצרכנית בפרסום, העיקר הוא בעצם קיומו של פרסום בעל פוטנציאל להטעות בעניין מהותי בעיסקה, אשר העוסק המפרסם התכוון שיגיע לציבור רחב ככל האפשר וישפיע על דפוסי התנהגותו הצרכנית. משהוכח קיומו של פוטנציאל להטעות, והוכח כי המפרסם אכן התכוון כי הפרסום המטעה יגיע לצרכנים וישפיע על דפוסי התנהגותם הצרכנית, מן הדין לקבוע כי הוקם בסיס לקיום הסתמכות קונסטרוקטיבית של הצרכנים על הפרסום המטעה. לשאלה אם העוסק אמנם השיג את מטרתו - היינו כי הפרסום המטעה אכן הגיע לכל נמעניו המיועדים ובפועל היטעה אותם - נודעת אך חשיבות מוגבלת. בכך בא לידי ביטוי שוני מרכזי שבין דיני ההטעה הצרכנית לבין דיני הנזיקין הכלליים (להבדיל מעוולות פרטניות מסוימות, כגון עוולת התרמית, גניבת העין וכיוצא-באלה). נקודת המוצא הרגילה בנזיקין היא, כי אירוע הנזק לא תוכנן על-ידי המזיק וכי המזיק לא היה מעוניין בהתרחשותו. ההנחה היא, כי למזיקים הפוטנציאליים אין אינטרס להזיק, וכי בדרך כלל אף הינם בעלי אינטרס למנוע נזק, אף ללא קשר לסיכון שיחויבו לפצות את הניזוקים. מכאן, בין השאר, נובע העיקרון המורה כי דיני הנזיקין לא נועדו להעניש את המזיק אלא אך לפצות את הניזוק על נזקיו. מאותו טעם אין דיני הנזיקין מטילים אחריות בגין יצירת

סיכון גרידא, אשר, כשלעצמו, אינו נתפס כנזק (להרחבה ראו: א' פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג (2000) 605). לא כן דיני ההטעיה הצרכנית. המצב הטיפוסי שעמו נדרשים דינים אלה להתמודד הוא, שספק המוצר או השירות, המפרסם פרסום מטעה, מעוניין ומתכוון לגרום להתרחשותו של הנזק הצרכני; שהלוא, מבחינתו הוא, נזק שנגרם לצרכן מניב לו רווח ישיר. משום כך, התמריץ להזיק בתחום ההטעיה הצרכנית גדול לאין ערוך מהתמריץ שלא להשקיע במניעת נזקים, שהוא החשש האופייני לתחום הנזיקי. הניסיון מלמד, כי החשש מפגיעתן של הטעיות צרכניות במוניטין של המפרסם הינו, במקרים רבים, רחוק ובלתי-אפקטיווי. מכל מקום, כאשר מוכח כי המפרסם אכן התכוון להטעות, מתחייבת המסקנה כי לפחות באותו מקרה לא היה בחשש האמור כדי להרתיעו. אכן, הפיתוי להטעות צרכנים - כאמצעי להגדלת רווחיו של המפרסם - איננו מבוטל. תכלית העוולה שעניינה פרסום מטעה אינה מתמקדת בנזק שנגרם על-ידי הפרסום לצרכן פרטי מסוים, אלא בקיום פוטנציאל לגרימת נזק לציבור הצרכנים ובכוונת המפרסם לגרום נזק זה במטרה להפיק מכך רווח לעצמו. הדעת נותנת כי מטעם זה בחר המחוקק, בבואו להגדיר את איסור ההטעיה הקבוע בסעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן, בתיבה "עלול להטעות". זאת ועוד: מסקנה פרשנית נוספת, הנגזרת מהגדרת העוולה, היא, כי המחוקק ביקש ליצור הגדרה ייחודית גם של הקשר הסיבתי הנדרש בהטעיה צרכנית. בהנחה כי ניסוח זה רלוואנטי רק לתביעתם של סעדים הצהרתיים ומניעתיים, יש, בכל הכבוד, משום ריקון הגדרתו של פרסום "העלול להטעות" כעוולה כמעט מכל תוכן מעשי; שהרי קשה להלום כי ימצא צרכן כלשהו שיהיה מעוניין בהגשת תובענה שמטרתה היחידה והסופית היא להשיג סעד הצהרתי או מניעתי גרידא.

14. המסקנה המתבקשת מן ההבחנות שעליהן עמדתי היא, שעל דיני ההטעיה הצרכנית להתמודד עם דרישת ההסתמכות ועם סוגיית הקשר הסיבתי בדרך שונה מדרכם של דיני הנזיקין. תחת דרישת ההסתמכות האישית של כל צרכן וצרכן - היאה לדיני הנזיקין המסורתיים - יש לאמץ דוקטרינה המכירה בקיום "הסתמכות קונסטרוקטיווי" של כלל הצרכנים, שאליהם כיוון המפרסם את פרסומו המטעה. ותחת הדרישה להוכחת קשר סיבתי עובדתי, בין ההטעיה שבפרסום לבין נזקיו של כל אחד ואחד מן הצרכנים התובעים, יש לאמץ דוקטרינה, המכירה ב"קשר סיבתי צרכני", שקיומו מוסק מן השילוב שבין פרסום שיש בו פוטנציאל להטעיה ובין כוונתו של המפרסם שהפרסום יגיע אל הצרכנים, יטעה אותם ובכך ישפיע על התנהגותם. בהצבת מרכיבי הנוסחה המוצעת, להקמתה של עילת תביעה צרכנית, יש אמנם משום היפוך יוצרותיה של הנוסחה המקובלת להקמתה של העילה הנזיקית: בעוד שבתביעת נזיקין, העמידה בדרישת ההסתמכות מהווה תנאי מוקדם לבחינת התקיימותו של יסוד הקשר

הסיבתי, הרי שבתביעה הצרכנית דבר קיומה של הסתמכות קונסטרוקטיבית נגזר, כפועל-יוצא הכרחי, מהוכחת יסודותיו של הקשר הסיבתי הצרכני. אלא שבהיפוך יוצרות זה אין כדי לגרוע משלמות הנוסחה על מרכיביה ההכרחיים. ודוק: בהתאמתן של דוקטרינות נזיקיות לעוולה הצרכנית אין משום המריית ציוויו של המחוקק. אדרבה, התאמה כזאת מהווה מהלך פרשני המאפשר לקדם את תכליותיהן המיוחדות של העילה הצרכנית בכלל ושל התובענה הייצוגית הצרכנית בפרט, וכפי שאראה בהמשך, אף אינו סותר את לשון החוק.

טעד כספי בגין הטעיה צרכנית

15. אימתי יוכלו צרכנים לזכות, בעטיו של פרסום העלול להטעות, בסעד כספי? לדעתי ראוי שייקבע, כי הטעיה צרכנית תקים עילה (אישית או ייצוגית) לקבלת סעד כספי בהתמלא שלושה יסודות: פרסום מפר, נזק ו"קשר סיבתי צרכני". מנגד, יש להכיר בהגנה שכלל תעמוד למפרסם אם יראה כי הצרכן התובע ידע את העובדות הנכונות לאשורן, ועל כן לא היה בכוח הפרסום המפר כדי לשנות את מצבו לרעה.

היסוד הראשון (יסוד ההפרה) מתמלא בהוכחת הפרתו של אחד מאיסורי ההטעיה הקבועים בחוק הגנת הצרכן, ואשר בגינם ניתן לתבוע פיצויים לפי סעיף 31(א) לחוק. לענייננו רלוואנטי האיסור הקבוע בסעיף 2(א) לחוק, ולפיו גם פרסום שאך "עלול להטעות" בעניין מהותי בעיסקה ייחשב לפרסום מפר. ודוק: משהוכח כי הפרסום עלול להטעות, שוב אין הכרח להידרש לשאלת התקיימותה של הטעיה בפועל.

16. היסוד השני הוא יסוד הנזק. הגם שלהשגת התכליות הצרכניות ניתן היה להסתפק בפוטנציאל לגרימת נזק לאינטרס הצרכני, הטמון בפרסום העלול להטעות, הרי שללא הוכחת נזק לא ניתן לפסוק פיצויים לצרכנים הטוענים שניזוקו מן הפרסום המפר. כך עולה מעצם הפנייתו של סעיף 31(א) - שכותרתו "פיצויים" - לפקודת הנזיקין. כך גם עולה מסעיף 31(א), הקובע כי "הזכות לסעדים בשל עוולה כאמור נתונה לצרכן שנפגע מהעוולה וכן לעוסק שנפגע, במהלך עסקו, מהטעיה כאמור בסעיף 2" (לדעה שונה ראו: מ' דויטש, עוולות מסחריות וסודות מסחר (2002) 49). אין זאת אלא שהמחוקק בחר להגביל את מעגל התובעים הפוטנציאליים לאותו חוג של צרכנים ועוסקים, אשר נפגעו בפועל ושהינם על-כן בעלי אינטרס ישיר לתבוע ולקבל סעד כספי. ואולם הנזק, שאותו מוטל על התובעים להוכיח, איננו בהכרח הנזק שבידי כל נפגע יחיד להוכיחו בראיות ישירות. גם נזק בר-הוכחה שנגרם לציבור של צרכנים עשוי לזכות את הקבוצה בפיצויים גלובאליים מאת המפרסם, מבלי שבית-המשפט יידרש לקבוע את נזקו האישי של כל אחד מחברי הקבוצה (ראו, בהקשר זה, את הוראת תקנה

9(ג) לתקנות הגנת הצרכן (סדרי דין לענין תובענה ייצוגית), התשנ"ה-1995; וכן את פסקאות 13-20 לפסק-דינה של השופטת נאור בפרשת תנובה הנ"ל). כן ראוי להכיר באפשרות, שהבאת ראייה אודות הרווח שהמפרסם הפיק מן ההטעיה שבפרסום, תיראה כהוכחה מספקת לנזקם של הצרכנים שנפגעו. הנחתי היא, כי על יסודה של תשתית מוכחת כזאת יהיה בידי בית-המשפט לזכות את הצרכנים הנפגעים בסעד כספי של פיצויים ולא דווקא של השבה. הלוא אמרנו, כי נזקי צרכנים שנפגעו מפרסום העלול להטעות מהווים רווח בידי המפרסם, וראייה המוכיחה את גובה הרווח תוכיח ממילא גם את גובה הנזק. אך במאמר מוסגר אוסיף, כי לטעמי אין בהגדרת ההטעיה הצרכנית כעוולה כדי למעט את זכותם של הנפגעים לתבוע מן האחראי לפרסום גם סעד של השבה, בין מכוח חוזה (מקום שהמוצר או השירות סופקו לצרכן במסגרת התקשרות חוזית) ובין בעילה של עשיית עושר ולא במשפט.

17. עניינו של היסוד השלישי הוא בקיומו של קשר סיבתי צרכני. כמוסבר לעיל, כוונתי לקשר סיבתי המותאם לתכליותיהם המיוחדות של דיני הגנת הצרכן, האישיים והייצוגיים, ובענייננו - לצורכיהם המיוחדים של דיני ההטעיה הצרכנית. אכן, קשר סיבתי מסוג כלשהו בין ההפרה לנזק אמנם נדרש. כך עולה - כפי שכבר הראו חבריי - מפקודת הנזיקין, שאליה מפנה סעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן; וכך גם עולה מסעיף 31(א1) לחוק, שלפיו (כפי שכבר צוין) הזכות לקבל סעד נתונה רק למי ש"נפגע מהעוולה". אך מעיון בהוראותיהם של סעיפים 2(א) ו-35א(ב) לחוק הגנת הצרכן עולה, כי הדרישה לקיום קשר סיבתי - הנלמדת, כאמור, מהוראות סעיפים 31(א) ו-31(א1) לחוק - אינה יכולה להתפרש כזהה לדרישת הקשר הסיבתי המסורתית כמשמעה בפקודת הנזיקין. סעיף 2(א) מסתפק במפורש בפרסום ה"עלול להטעות" ואינו מחייב שתקיים הטעיה בפועל. ואילו סעיף 35א(ב) לחוק - שעניינו ב"תובענה ייצוגית" - קובע, כי "מקום שעילת התובענה היא נזק, די בכך שהתובע יראה כי נגרם נזק לצרכן". בהתייחסה למשמעותו של סעיף 35א(ב), כתבה ד"ר אורנה דויטש:

הקלה מסוימת מקל המחוקק על התובענה הצרכנית בכך שכאשר נזק הוא יסוד בעילת התביעה (כגון בעוולת הרשלנות), אין צורך שהתובע יצביע על כך שלכאורה נגרם נזק לו עצמו, אלא די בכך שנגרם נזק לצרכן כלשהו (א' דויטש, בספרה הנ"ל, בעמ' 244).

אני סבור, כי מסעיף 35א(ב) ניתן ללמוד, כי לצורך הגשתה של תובענה ייצוגית די להראות את קיומו של נזק צרכני, ואין הכרח להראות שהתקיים קשר סיבתי עובדתי בין

ההפרה לבין נזק זה. פרשנות זו תואמת את תכליותיה המיוחדות של התובענה הייצוגית הצרכנית, שעליהן עמדת לעיל, ואשר אינן עולות בקנה אחד גם עם דרישת ההסתמכות האישית.

18. לכאורה נראה כי בשאלת הצורך בקיומו של קשר סיבתי, בין הטעיה צרכנית לבין נזק שנגרם לנפגע, סעיפים 2(א) ו-35א(ב) לחוק עומדים בסתירה לסעיפים 31(א) ו-31(א1) לחוק: בעוד שני האחרונים (שהם בעלי אופי "כללי") לכאורה מורים על צורך בקיום קשר סיבתי, הרי ששני האחרונים (שהם בעלי אופי "ספציפי") ניתן לכאורה להסיק כי אין צורך בהוכחת קשר סיבתי. אך אינני סבור, כי יישוב המחלוקת בין ההוראות הכלליות לבין ההוראות הספציפיות בענייננו יכול להתבסס על העדפת ההוראות הספציפיות (מחמת היותן "דין מיוחד"). בענייננו יש לבכר את העיקרון הפרשני, המחייב לגשר בין ההוראות באופן שתתקיימנה בהרמוניה זו לצד זו. הנוסחה שהצעתי לעיל, לעיצובו של "קשר סיבתי צרכני", מתיישבת היטב עם המגמה הפרשנית הראויה. הדרישה לקיומו של קשר סיבתי צרכני - המבוסס על שילוב הדרישות לקיום נזק בצירוף סיבתיות פוטנציאלית וכוונה להזיק - מונעת חשש שתוטל אחריות בגין יצירת סיכון גרידא על-ידי מזיק תם-לב, ובכך נותנת היא ביטוי הולם לתכליותיהן של ההוראות הכלליות. בה בעת מעניקה נוסחה זו עדיפות לתכליותיהן הצרכניות של ההוראות הספציפיות. זאת מתבטאת בהמרת הדרישה להוכחת קשר סיבתי עובדתי אקטואלי בין הפרסום המטעה לבין הנזק על-פי "מבחן האלמלא", בדרישה המסתפקת בהוכחת קשר סיבתי עובדתי פוטנציאלי (בדומה לרעיון הפיצוי ההסתברותי בנוזיקין), בצירוף הוכחה שהמפרסם התכוון ליצור קשר סיבתי עובדתי אקטואלי. לשון אחר: למילוי הדרישה בדבר קשר סיבתי צרכני אין צורך להוכיח כי הפרסום היטעה את הניזוק בפועל וגרם לנזקו, ואף לא כי הפרסום הגיע לידיעתו או כי הוא הסתמך עליו בדרך כלשהי; אלא די להוכיח כי הפרסום היה עלול להטעות את הניזוק ולגרם לנזקו, וכי המפרסם התכוון שכך אמנם יקרה.

נראה לי, כי בהקשרו של האיסור להטעיה צרכנית, הדרישה לקיום קשר סיבתי צרכני משקפת גם את הדין הרצוי. אימוץ הנוסחה האמורה יקדם את תכליותיהם המיוחדות של דיני הגנת הצרכן ושל התובענה הייצוגית הצרכנית ויבטיח את ההגנה על מפרסמים תמי לב אשר לא התכוונו להטעות ולגרם לנזק, כאשר הקשר הסיבתי העובדתי בין פרסומיהם לבין הנזק מוטל בספק (למותר לציין שכאשר הקשר הסיבתי העובדתי אינו מוטל בספק, אין כל מניעה להגיש תובענה ייצוגית גם בגין נזק שנגרם עקב פרסום שלא היה מכוון להטעות אך היטעה בפועל). אבקש להדגיש, כי גם אלמלא הוראות סעיפים 2(א) ו-35א(ב), התומכות בפרשנות המוצעת על-ידי, ניתן וראוי היה

להגמיש את הדרישה הנזיקית לקיומו של קשר סיבתי עובדתי ולהתאימה לצרכיה המיוחדים של ההטעיה הצרכנית. כבר עמדתי על כך, שהגמשה דומה נעשתה בצורות מגוונות בגדר דיני הנזיקין עצמם, לשם קידום מימושן של תכליות נזיקיות ראויות. כך, למשל, הוכרה במשפט הישראלי האפשרות לפסוק פיצויים הסתברותיים במקרים שבהם לא הוכח, כנדרש לפי מאזן ההסתברויות, כי אלמלא התנהגותו המעוולת של הנתבע לא היה נגרם נזקו של התובע. כך נקבע בהקשר של אובדן סיכויי החלמה (ראו את פסק-הדין המנחה בע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח, פ"ד מב(3) 312, אשר אומץ שוב ושוב בפסיקה מאוחרת יותר); וכך נקבע גם בהקשר של אי קבלת הסכמה מדעת לטיפול רפואי (ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171, 192-191; והשוו: ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526). משנוכחנו כי אף במסגרתה המגבילה של פקודת הנזיקין ניתן היה להגיע לתוצאה רצויה על דרך הפרשנות, קל וחומר שניתן לעשות זאת במסגרת חוק הגנת הצרכן, שתכליותיו המיוחדות מצדיקות ומחייבות שלא לכפוף את הפעלתו לדוקטרינות הנזיקיות הרגילות.

19. מאידך, כאמור, יש מקום לאפשר למפרסם להתגונן בטענה, כי הניזוק ידע בפועל את העובדות הנכונות לאשורן, ועל כן לא היה בכוחו של הפרסום המפר לשנות את מצבו לרעה. הטעם לכך הוא, כי לא על ניזוקים מסוג זה בא איסור ההטעיה הצרכנית להגן. איסור ההטעיה מכוון להגן על צרכנים שעלולים להיות מוטעים, ולא על כאלה שלא ניתן להטעותם. למעשה, ניתן לראות זאת כפן של חובת תום הלב המוטלת על מי שמבקש לתבוע סעד כספי בגין הטעיה צרכנית. הלוא אין זה מן המידה לחייב ספק של מוצר או שירות, שפירסם פרסום מטעה, לפצות את מי שמלכתחילה לא נכלל במעגל הניזוקים הפוטנציאליים מן ההטעיה שבפרסום; ותביעתו של פיצוי, בנסיבות אלה, אפשר שתהיה בגדר שימוש לרעה בזכות התביעה.

את טענת ההגנה האמורה מוטל על המפרסם להוכיח באופן פוזיטיווי. משמע שכדי לצאת ידי חובת הוכחתה, לא יוכל להסתפק בהשגת תשובות מסופקות - מסוג "אינני יודע" או "אינני זוכר" - לשאלות שיפנה לצרכנים התובעים. קרוב, לכן, להניח, כי הגנה אפקטיווית על-פי טענה זו תוכל כנראה לעמוד למפרסם בעיקר מפני תביעות מצד תובעים "מיוחדים" - כמו עובדיו, מתחריו המסחריים, או מומחים אחרים בתחום הרלוואנטי - שלגביהם יהיה בידו להביא ראיות המעידות על מצב ידיעותיהם בעת צריכת השירות או המוצר.

20. בפתח הדברים הערתי, כי גישת שופטי הרוב בערעור והשופט חשין בדיון הנוסף, מתמקדת יתר-על-המידה בברזני עצמו, ופחות מדי בציבור הגדול של ניזוקים מן הפרסום המטעה שאת עניינם ביקש ברזני לייצג. ביטוי מובהק לכך מצוי בעצם קביעתה של ההנחה הארכימדית, ולפיה ברזני כלל לא נחשף לפרסום המטעה ולא הסתמך עליו, ודי בכך כדי להוביל למסקנה כי ברזני איננו "תובע הולם". אינני חולק, כמובן, כי תנאי מוקדם לאישור הגשתה של תובענה ייצוגית הוא, שלתובע הייצוגי תעמוד עילת תביעה אישית נגד הנתבע. כך מורה במפורש סעיף 35א(א) לחוק הגנת הצרכן. אך, לטעמי, אין זה מן המידה לייחס לתנאי זה חשיבות מופלגת. בבחינת התקיימותו אין בית-המשפט צריך לדקדק בבירור פרטי תביעתו האישית של התובע הייצוגי, אלא די לו שיייווכח שלכאורה עומדת לו עילת תביעה אישית וכי אין המדובר במי שמבקש להתעבר על ריב לא לו. את עיקר הבירור מוטל על בית-המשפט להקדיש לשתי שאלות אחרות: כלום נושא התביעה ראוי להידון במסגרת תובענה ייצוגית? וכלום התובע הייצוגי כשיר ומוכשר לייצג כראוי את עניינו של הציבור שמטעמו הוא מבקש לתבוע? בתובענה ייצוגית צרכנית נודע למערך השיקולים הזה משקל מיוחד. עמדה על כך ד"ר אורנה דויטש (בספרה הנ"ל, בעמ' 245-246):

האינטרס האישי של תובע שנפגע, המגיש תובענה ייצוגית, הוא ממילא בטל בשישים לעומת גובה התביעה בגין הקבוצה כולה. במבט ריאליסטי על משמעותה של התביעה, אין נפקא מינה אם תביעתו האישית של הנפגע היא בשיעור כמעט אפסי מהתביעה כולה, או בשיעור אפסי ממש. בשני המקרים הוא תובע לכאורה את "עלבונה" של הקבוצה כולה, ולמעשה מקדם אינטרס אישי אחר שלו, והוא האינטרס לזכייה בטובת הנאה בעקבות מעמד הנציגות בתובענה, באמצעות השיפוי והפיצוי המיוחד שפוסקים לתובע בגין טרחתו. מדוע לדרוש, כתנאי למעמד בתובענה, דרישה פורמליסטית בנדון של קיום אותה מעורבות מינימליסטית מצידו הוא?

נראה כי אכן קשה להצדיק את הדרישה האמורה. יש להבטיח כי המייצג של הקבוצה יהיה מייצג הולם היכול לעמוד בנטל של ניהול התביעה מבחינה עניינית וכלכלית, כאשר אין הוא מצוי בניגוד אינטרסים. אולם בין דרישות אלה לבין השאלה אם התובע נפגע אישית מן המעשה הנדון, אין ולא כלום. הנזק האישי שלו הוא חלק זניח בלבד מהתביעה כולה. בכל מקרה מתנהלת בעניין זה "תביעה ציבורית", כאשר המשמעות של תביעתו האישית של התובע היא סמלית בלבד. לאור זאת, היה ראוי לדעתי להימנע מדרישה זו כלל.

הנימוק לדרישה זו, שאותו הזכרתי לעיל, ולפיו אם לא קיימת עילת תביעה אישית לתובע, הדיון יתמקד בהגנה האישית מול התובע ועניינה של הקבוצה כולה יוזנח, מניח את המבוקש. אם הדין יקבע ששאלת קיומה של עילה אישית אינה רלוונטית, גם טענות ההגנה מול התובע אישית אינן רלוונטיות, והדיון ממילא יתמקד בציבור התובעים כולו.

בהקשר הצרכני הדרישה לקיומה של עילת תביעה אישית מובילה בפועל לאחד משניים: או שלא יימצא תובע צרכני מתאים שמעוניין "לתרום" להליך את עילתו לשימוש בה על-ידי הכלל, או שאם יימצא צרכן כזה, לא אחת הוא יהיה ממילא מעין "איש קש", אשר עומדת מאחוריו התארגנות עסקית כזו או אחרת לשם זכייה בפיוז הכרוך בהצלחה של התובענה הייצוגית.

ואמנם, הדרישה לקיום עילת תביעה אישית בהקשר הצרכני זכתה לביקורת בספרות המשפטית.

(כן ראו: מ' בר-ניב (ברונובסקי) "גבולה של התובענה הצרכנית הייצוגית" עיוני משפט יט (תשנ"ד) 251, 257-258).

21. לגוף העניין אני סבור, כי ברזני לכאורה הראה שעומדת לו עילת תביעה אישית וכן - ובכך העיקר - כי הפרסום המטעה של בזק, שעליו נסמכה תביעתו, ראוי להתברר במסגרת תובענה ייצוגית. אכן, ברזני לא טען כי נחשף לפרסום; אך הוא גם לא טען את ההיפך. למעשה, בהליך לפני בית-המשפט המחוזי - שכלל לא התמקד בשאלה זו - ברזני כלל לא נשאל אם נחשף לפרסום. בנסיבות אלה ניתן וראוי להניח, כי מצבו של ברזני איננו שונה ממצבם של רוב צרכניה האחרים של בזק. בין שהצרכנים נחשפו לפרסום והם זוכרים זאת ובין שדבר הפרסום הגיע לתודעתם בשלב יותר מאוחר, ברי שתשומת-לבם הייתה עשויה להתעורר רק משנודע, כי הפרסום היה מטעה וכי בניגוד לאשר הבטיחה בו בזק לצרכניה, המשיכה היא לחייבם ביחידות מניה שלמות. מן הנסיבות לכאורה עולה, כי הפרסום נועד להשפיע על צרכני בזק להרחיב את גדר שימושם בשירות שאליו התייחס הפרסום; ולכאורה יש בכך כדי להוביל למסקנה שהפרסום המטעה עשוי להצדיק הכרה בקיום הסתמכות קונסטרוקטיווית של כלל הצרכנים, שאליהם כיוונה בזק את הפרסום.

התביעה שהניח ברזני לפני בית-המשפט ראויה, לפי מהותה, להתברר כתובענה ייצוגית. המדובר בציבור גדול של מנויי בזק, שחשבונותיהם חויבו בגין שיחות טלפון לחוץ-לארץ בסכומים גבוהים מאלה שעל-פי האמור בפרסום רשאית הייתה בזק לחייבם. ברור התובענה הייצוגית יאפשר לבית-המשפט לקבוע אם בפרסומה של בזק

אכן התקיימו יסודותיה של הטעיה בפרסום המצדיקה הענקת סעד כספי. אם ישיב בית- המשפט בחיוב לשאלה זו, יוכל בנקל לקבוע את שיעור הנזק הישיר. הוכחת הנזק הישיר אינה תלויה בשאלה, אם בעקבות הפרסום גדל היקף שימושם של הצרכנים בשירות המסוים, אלא בכמה מסתכמים ההפרשים בין הסכומים שבהם חויבו הצרכנים שנזקקו לשירות לבין הסכומים שעל-פי המובטח בפרסום רשאית הייתה בזק לחייב בהם את צרכניה. שאלה זו ניתן יהיה לברר בנקל, שהלוא הדעת מחייבת שכל הנתונים הנדרשים לחישוב ההפרש, ביחס לכל אחד ואחד מן הצרכנים, מצויים בידי בזק; וכשלעצמי, אין אני מעלה על הדעת שבזק תבקש לחסוך את הנתונים מבית-המשפט.

22. והערה אחרונה: בית-המשפט המחוזי, שעל פסק-דינו סב הערעור, אמנם דחה את בקשת ברזני להתיר לו הגשת תובענה ייצוגית לקבלת סעד כספי, אך אישר את בקשתו החלופית להגשת תובענה ייצוגית לקבלת סעד הצהרתי. אך שופטי הרוב בערעור קיבלו את הערעור-שכנגד של בזק וביטלו את האישור שניתן לברזני להגשת התובענה לקבלת סעד הצהרתי. בנמקו הכרעה זו, בפסק-דינו בערעור, אמר הנשיא:

האין להכיר בכוחו של ברזני לשמש תובע ייצוגי בבקשה לסעד הצהרתי, לפיו הפרסום שפרסמה בזק "עלול להטעות" צרכן? שאלה זו מעוררת בעיות מספר. נוכל להשאירן בצריך עיון, וזאת מהטעם הבא: ברזני הגדיר בתביעתו את חברי הקבוצה כציבור משתמשי בזק ששילמו תעריף גבוה יותר מזה שבזק פרסמה, וכתוצאה מכך נגרם להם נזק כספי. ברזני אינו "מייצג בדרך הולמת את עניינם של כל הנמנים עם הקבוצה" (סעיף 35ב(4) לחוק), שכן לו עצמו לא נגרם נזק כספי בשל ההטעיה. על כן יש לקבל את ערעורה של בזק ולקבוע, כי גם לעניין הסעד ההצהרתי אין ברזני תובע ייצוגי מתאים (בעמ' 623).

כלום ראוי היה לשלול מברזני את הרשות המוגבלת שניתנה לו להגשת תובענה ייצוגית לסעד הצהרתי? לשאלה זו - שהשופט חשין לא התייחס אליה בפסק-דינו - יש, לטעמי, להשיב בשלילה. הלוא גם לשיטת הנשיא בפסק-דינו בערעור, עומדת לברזני עילת תביעה אישית נגד בזק, על כך שפרסומיה היו "עלולים להטעותו", בגדרה רשאי היה לעתור לקבלת סעדים שאינם כספיים, כגון סעד מניעתית. הנימוק שעל יסודו נדחתה בקשתו לאשר לו להגיש את תביעתו האישית לסעד הצהרתי כתובענה ייצוגית יכול היה להתיישב עם גישת שופטי הרוב בערעור אילו נוכח בית-המשפט בהימצאותו של תובע ייצוגי אחר - המקיים את דרישת ההסתמכות ואף סבל נזק כספי כתוצאה ישירה מן ההטעיה - העשוי לייצג את עניינם של הצרכנים באופן הולם יותר מאשר ברזני. אך

חוששני כי לא אלה הם פני הדברים. עד כה לא התייצב לפני בית-המשפט תובע ייצוגי חלופי שכזה, ואפילו נניח כי תובע כזה אפשר ועתיד להתייצב, חוששני שתובענותו עלולה להידחות על הסף מחמת התיישנות.

סוף דבר

23. בנתון לאמור הנני מצטרף לעמדת חברתי השופטת שטרסברג-כהן, שלפיה יש לקבל את העתירה לדיון נוסף ולאשר, כבקשת העותר, את הגשת התובענה הייצוגית.

ש ו פ ט

השופטת ד' דורנר:

לדעתי, דין העתירה להתקבל. זאת מן הטעם שהעותר הסתמך על מצגיה המטעים של בזק וניזוק עקב הסתמכות קונקרטיית זאת. ממילא, התקיימו כל יסודות העוולה, והעותר הינו תובע מתאים לתביעה הייצוגית.

התשתית המשפטית

1. חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 (להלן: החוק), מתערב בחוזים שבין צדדים לא שווים, ומטיל על הצד החזק – הספק – חובת הוגנות מוגברת כלפי הצד החלש – הצרכן. ראו רע"א 8733/96 לנגברט נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(1) 168 (להלן: ע"א לנגברט), בע' 174. החוק שתול היטב בתוך אדניהם של דיני החוזים. השוו סיני דויטש, "דיני החוזים הצרכניים מול דיני החוזים המסחריים", עיוני משפט כג (תש"ס) 135. מטרת החוק – ובהן חיזוק האוטונומיה האישית, קידום ההגינות המסחרית והגנה על אמינות השוק – מתיישבות היטב עם חופש ההתקשרות, המחייב לשם הגשמתו המלאה מפגשי רצונות אמיתיים של הצדדים לעסקה. חופש זה נפגם עת מוטעה הצרכן לחשוב כי קושר הוא עצמו בתנאי עסקה השונים מהתנאים בפועל. זאת ועוד: חובות הספק משקפות באופן מובהק את עיקרון תום-הלב, החולש על דיני החוזים בישראל, המצדיק את הכרסום בעיקרון, שהיה מקובל, של "יזהר הקונה" (*caveat emptor*). ראו גבראלה שלו, דיני חוזים (מהדורה שנייה, תשנ"ה), 221.

החוק נועד לספק שכבת הגנה נוספת לציבור הצרכנים, החשופים להטעיה, בעזרת דרכי השיווק והפרסום המשוכללות (ראו הצעת החוק, ה"ח תש"ם בע' 302). זאת הן על-ידי הגברת החובות של הספקים, והן על-ידי הרחבת האמצעים הנתונים לצרכנים לאכוף את זכויותיהם. בין אמצעים אלה מצויות העבירות הפליליות ועילות התביעה האזרחיות, ובתוכן עוולת איסור ההטעיה שבסעיף 2(א).

המסגרת החוזית ליחסים בין ספקים לצרכנים

2. התקשרויות צרכניות רבות מבוססות על מידה רבה של אמון של הצרכנים בספקים. במסגרות יחסים שכאלה אין צרכנים מצופים לבדוק, לפני רכישת השירות, כי ייגבה מהם המחיר שהוצהר, אלא יכולים הם לסמוך על הספקים כי לא יגבו יותר ממחיר זה. אם במועד מאוחר יותר יגלה הצרכן כי נגבה ממנו סכום עודף, יוכל לדורשו ולקבלו. לכך עוגן חזק בדוקטרינות החוזיות המקובלות, על-פיהן אם הספק גובה מחיר הגבוה מהמחיר הנכון על-פי פרסומיו, זכאים הצרכנים להשבת הפער; ואף במציאות החיים הנבנית על בסיסן, שבה נוהגים הצרכנים, בפועל, לתת אמון בספקים מבלי לבדוק את התאמתה של כל עסקה ועסקה לפרסומים.

פרסום של ספק אודות מחיר מסוים מצמיח זכאות לצרכנים שלא לשלם מחיר גבוה ממנו. ממילא, אם בפועל יגבה הספק מחיר גבוה יותר, תהיה זו הפרת חוזה, המצמיחה זכאות לסעד כספי אף לצרכנים שלא נחשפו לפרסום. זכאות זאת ניתן לבסס לפחות על שלוש דרכים שונות אלה.

הדרך האחת רואה בפרסום של ספק אודות מחיר הצעה בלתי הדירה לציבור, שניתן לקבלה על-ידי ביצוע אובייקטיבי של תנאיה, תוך שהספק כבול למחיר שפירסם ומעמיד לרשות הציבור אפשרות לרכוש את המוצר או השירות תמורת מחיר שלא יעלה עליו. השוו דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים (כרך א, תשנ"א), 182; שלו, שם בע' 115. אין מצפים מן הצרכנים לבדוק את המחיר עובר להתקשרות. ממילא, בקיבול ההצעה מסכימים הצדדים על המחיר שפורסם. על הספק יהיה להשיב לצרכן כל תוספת שיגבה.

הדרך השנייה גורסת כי בחוזה יש תניה משתמעת, שבה מתחייב הספק שלא לגבות מהצרכן מחיר הגבוה מן המחירים שפרסם. תניה כזאת מתבקשת מאומד-דעת הצדדים. גבייה עודפת מהווה הפרה של תניה זו.

הדרך השלישית מסווגת את גביית היתר כאמור, במיוחד אם תיעשה רק מצרכנים שלא נחשפו לפרסום, כקיום בחוסר תום-לב של החוזה.

3. על בסיס תפיסה משפטית זאת, ללא תלות בדרך המדויקת שבה היא מבוססת, נוהגים צרכנים בפועל. צרכנים ישראלים טיפוסיים אינם בודקים ואין מצפים מהם לבדוק כי המחירים שנגבו מהם עבור כל מוצר ומוצר בסופרמרקט זהים למחירים הנקובים על-גבי המוצר, ולא-כל-שכן אינם בודקים ואין מצפים מהם לבדוק כי נהנו מן ההוזלות שעליהן הצהירה בפרסומיה הרשת שבה קנו. הצרכנים מסתמכים על כך שיחויבו במחירים וייהנו מן ההוזלות כפי שפורסמו. בדומה, אף אין הצרכנים של חברות הטלפון בודקים לפני כל שיחה ושיחה את המחירים ואת מבצעי ההוזלות העדכניים, בהסתמכם על כך שיחויבו רק לפי המחירים הנכונים שפורסמו.

סעיף 2(א) לחוק

4. משמפרסם ספק הודעה לפיה מחיר שירות יורד למחיר נתון, קמה זכאות לכלל הצרכנים שאליהם מכוון הפרסום – לרבות צרכנים שלא נחשפו לפרסום – לקבל את השירות במחיר שהספק ציין. ישנה הסתמכות בפועל של הצרכנים עת הם רוכשים את שירותי הספק על כך שהמחיר שייגבה הוא אותו מחיר שפורסם.

הסתמכות זו קיימת בין אם הפרסום הוא תמים ומשמעותו ברורה, ובין אם הוא דו-משמעי ומטעה (והשוו למשל ע"א לנגברט הנ"ל). בשני המקרים קמה זכאות לצרכנים, והתחייבות של הספקים, שלא לגבות יותר מהמחיר המירבי העולה מן הפרסום, בניכוי ההטעיה, שהצרכן היה נדרש לשלם בהינתן הפרסום. ההבדל בין שני סוגי המקרים הוא לעניין ההשלכות הנובעות באופן ישיר מהפרסום. רק כאשר מדובר בפרסום מטעה ניתן להפעיל את אותן תרופות הקבועות בחוק שכדי לזכות בהן לא נדרשת הוכחת נזק, כגון צווי מניעה. זאת ועוד: רק פרסום מטעה עשוי להוות התנהגות עוולתית. הפוטנציאל להטעיה צריך להיבחן בעת הפרסום, על-פי המציאות העובדתית באותה שעה. אין מקום לראות פרסום תמים כמטעה אם תוכנו הוא חד-משמעי רק לנוכח התנהגותו העתידית של הספק. אחרת, כל פרסום ייחשב כ"עלול להטעות", שכן, לספקים תמיד יכולת להפר את התחייבויותיהם.

עם זאת, ספֶּק מבצע עוולה לפי סעיף 2(א) לחוק, אף בהיעדר פרסום מטעה, הן כאשר הוא נותן לצרכן חשבון המבוסס על מחיר שונה וגבוה יותר מהמחיר המפורסם, והן כאשר הוא גובה מהצרכן, למשל באמצעות הוראת קבע, מחיר גבוה יותר מן המחיר שפרסם. בהתנהגויות כאלה יש משום התנהגות עוולתית של עשיית "דבר – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת – העלול להטעות צרכן בכל עניין מהותי בעסקה". שכן, כאשר ספֶּק דורש מחיר או גובה מחיר מסוים, הוא יוצר מצג, שעליו מסתמכים הצרכנים, לפיו זהו המחיר הנכון, כפי שפורסם. הצרכנים זכאים לרכוש את השירות במחיר כפי שפורסם, יהיה מחיר זה אשר יהיה, ומשמלמים הם לספֶּק את הסכום שבחשבון או מאפשרים לו לגבות תשלום מחשבונם, הם עושים זאת על-יסוד הסתמכות סבירה על כך שהספֶּק לא יגבה יותר מכפי שפרסם. ישנו מעין "Integrity of the Price" (השוו (1988) 485 U.S. 224, 247). (*Basic v. Levinson*).

הפער בין הסכום שאותו חייב הצרכן, לפי המחיר שפורסם, לבין הסכום שנגבה ממנו בפועל, הוא הנזק שנגרם לאותו צרכן. נזק זה שנגרם לצרכן קשור בסיבתיות עובדתית ישירה להתנהגות העוולתית של הספֶּק. הצרכן שילם את הסכום העודף מפאת ההטעיה של הספֶּק. אלמלא היה מפר הספֶּק את חובתו, ואילו היה מחייב את הצרכן על-פי המחירים הנכונים, הצרכן היה משלם את המחיר הנכון, וממילא לא היה ניזוק.

בדרישה להוכחת היחשפות לפרסום ופעולה עקב אותו פרסום לצורך זכות לפיצויים בשל הטעיה, אין איפוא צורך, והיא אינה מתחייבת מן הדין הקיים בישראל. גם במדינות זרות, בהן קיים דמיון בדיני הנזיקין ודיני הגנת הצרכן, אין הכול עומדים על דרישה דומה, במיוחד במצבים המתאימים לתובענות ייצוגיות. השוו למשל *Slaney Amato v. General Motors* ; *v. Westwood Auto, Inc.*, 366 Mass. 688 (1975) *Carpenter v. Chrysler Corporation*, 853 ; *Corporation*, 463 N.E.2d 625 (1982) *Affiliated Ute Citizens of Utah v. United States*, 406 U.S. 128 ; S.W.2d 346 (1993) Seth William Goren, "A Pothole on the Road to Recovery: Reliance and Private Class Actions Under Pennsylvania's Unfair Trade Practices and Consumer Protection Law", 107 *Dick. L. Rev.* 1 (1972).

5. בזק אינה מצפה מצרכניה היום, ובוודאי שלא ציפתה מהם במועד הרלוונטי לענייננו, עת הייתה מונופול, לצרוך שירותי שיחות רק לאחר שיבררו את מחירם. כך, קיים הסדר "הוראת קבע", על-פיו הצרכן נותן לבזק זכות גישה לחשבונו וסומך עליה באופן מלא, ובזק אף אינה נוהגת, דבר בשגרה, להוסיף לחשבונו של הצרכן את הפירוט המלא של כל השיחות שבגינן חויב. בכך בזק מתכוונת ליצור הסדר שווה לאלו שנחשפו לפרסום אודות תעריפיה ופעלו על-בסיסו ולא להאלה שלא נחשפו לפרסום וממילא לא פעלו על-פיו. כאמור, על-פי התשתית העובדתית שנקבעה בהליכים הקודמים, משמעות הפרסום הייתה פשוטה וברורה. עם זאת, בזק הציגה מצג שונה בפני הצרכנים, אם בחשבוני הטלפון ואם בגבייה מחשבונם, לפיו צורת החישוב הנכונה היא שונה מצורת החישוב בפרסום, ומובילה לסכום חבות גבוה יותר. בכך, הטעתה בזק את הצרכנים, וביצעה את ההתנהגות העוולתית. אין הבדל בין פעולתה זו של בזק לבין מקרה שבו הייתה היא כוללת בחשבוני הטלפון את צורת החישוב המופיעה בפרסום, אך בפועל הייתה גובה סכום גבוה יותר.

גם אין שיקולי "סיבתיות משפטית" המחייבים צמצום האחריות הנזיקית. השוו סעיף 16 לפסק-דינה של השופטת טובה שטרסברג-כהן בדיון נוסף זה, וראו דברי השופט אלפרד ויתקון בד"נ 12/63 ליאון ואח' נ' משולם רינגר, פ"ד יח(4) 701, בע' 715; ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 113, בע' 145; כן השוו יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין, דיני הנזיקין (גד טדסקי עורך, תש"ל), 187.

יצוין, שלנוכח הקביעה כי משמעות הפרסום – שלא תחייב בזק "עבור פרק הזמן בו לא התנהלה שיחה בפועל" – הייתה ברורה, לא יכול היה הפרסום להוות התנהגות עוולתית לפי סעיף 2(א) לחוק. אך גם אם היה נקבע שהפרסום היה מטעה, עדיין הייתה הסתמכות קונקרטיית לגיטימית של הצרכן על שגובים ממנו את הסכום הנכון, על-פי משמעות הפרסום כאמור, ועל-כן היו מתגבשים יסודות העוולה, על בסיס ההתנהגות העוולתית בגבייה.

לברזני קמה איפוא עילת תביעה אישית נגד בזק. משהוכח קיומה של עילת תביעה אישית לברזני, בין אם נחשף למצג המטעה ובין אם לאו, ממילא פתוחה בפניו הדרך לייצג את הקבוצה בתובענה ייצוגית.

אשר-על-כן, מסכימה אני לתוצאה המוצעת על-ידי חברי, השופטים טובה שטרסברג-כהן ואליהו מצא, לפיה יש לקבל את העתירה ולאשר את הגשת התובענה הייצוגית על-ידי העותר.

שופט

הוחלט ברוב דעות לדחות את העתירה ולאשר את פסק-דינו של בית-המשפט העליון בע"א 1977/97.

ניתן היום, י"ג באב תשס"ג (11 באוגוסט 2003).

שופט

המשנה לנשיא

נשיא

שופט

שופט (בדימ')

שופט

שופט