



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4333/11

לפני: כבוד השופטת ע' ארבל  
כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופט א' שהם

המעוררים: 1. דניאל סלומון  
2. רינה סלומון  
3. אורי סלומון

נגד

המשיבה: גורי יבוא והפצה בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו  
בת"א 2593/05 שניתן ביום 8.5.2011 על ידי כבוד השופטת  
ר' רונן

תאריך הישיבה: ב' בניסן התשע"ג (13.3.2013)

בשם המערערים: עו"ד דותן לינדנברג  
בשם המשיבה: עו"ד עמי אסנת ועו"ד אהרון קאופמן

### פסק-דין

השופט י' עמית:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטת ר' רונן), בגדרו נדחתה בקשתם של המערערים לאישור תביעתם כתובענה ייצוגית. בקשתם של המערערים התבססה בעיקרה על הוראות חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן או החוק), והיא נסבה על טענה להימצאות היסוד המתכתי קדמיום בכמות אסורה במוצר המשווק על ידי המשיבה, הכל כפי שיפורט להלן.

רקע עובדתי ועיקר טענות הצדדים בבית משפט קמא

1. המערערים 1-2 (להלן: המערערים) הם הוריו של המערער 3, יליד 2004. המשיבה היא חברה המשווקת מוצרי Gerber בישראל, בכללם מחית גזר בצנצנת (להלן: המוצר). על פי האמור בכתב התביעה, המערערים נהגו לרכוש עבור בנם את המוצר מיום צאת המוצר לשוק, במשך כשנה, בכמות ממוצעת של כשתי צנצנות לחודש.

קדמיום הוא יסוד מתכתי המצוי ברמות נמוכות בקרקע ובמים, אשר נקלט על ידי שורשי צמחים מסוימים. לפי משרד הבריאות, צריכה ממושכת של מזון או מים המזוהמים בקדמיום עלולה לגרום למחלות שונות, להזיק לכליות ואף לגרום לסרטן (לקוח מפרסום באתר האינטרנט של משרד הבריאות, שירותי המזון והתזונה – מוצג 1 למוצגי המערערים).

2. ביום 13.11.2005 ביצע משרד הבריאות בדיקות אקראיות לשלוש צנצנות של המוצר, אשר העלו ממצאים בדבר הימצאות קדמיום במוצר בריכוז שבין 104-115 ppb (parts per billion – מיקרוגרם של קדמיום לקילוגרם) (להלן: בדיקת המעבדה בחיפה).

לאור תוצאות אלה נערכו בדיקות נוספות על ידי מכון התקנים הישראלי ביום 30.11.2005, בהתאם להוראות משרד הבריאות. בדיקות אלה העלו ממצאים בדבר הימצאות קדמיום בריכוזים שבין 1428-2078 ppb, קרי בריכוזים הגבוהים פי 15 לערך מהריכוזים שנמצאו בבדיקה הראשונה (להלן: בדיקת מכון התקנים הראשונה).

על רקע זה, ביום 8.12.2005 פרסם משרד הבריאות הודעה לציבור בזו הלשון (מוצג 9 למוצגי המערערים) (להלן: ההודעה הראשונה):

”במחית גזר של חברת גרבר נמצאו רמות גבוהות של קדמיום.  
משרד הבריאות מבקש להזהיר את הציבור שלא לצרוך מחית גזר מתוצרת גרבר כיוון שבבדיקות מעבדה נמצאו רמות קדמיום גבוהות מהמותר.  
שירות המזון ביצע בדיקות שגרתיות למוצר וב-6 מהן נמצאו רמות גבוהות של קדמיום. בשתיים מהן פי 40 מהמותר.  
חברת גרבר קיבלה ממשרד הבריאות הנחייה לבצע החזרה של המוצר מהמדפים.”

בו ביום פורסמה באתר האינטרנט Ynet ידיעה בה נאמר כי בבדיקות מדגמיות של משרד הבריאות שנערכו במחיות “גרבר” נמצאה מתכת מסוג קדמיום בריכוז “גבוה בהרבה מהמותר”. עוד נאמר כי על פי משרד הבריאות, קדמיום מסוכן רק בחשיפה ממושכת וארוכת טווח, וכי מדובר בחומר העלול להיות מסרטן. בכתבה צוין כי לא התקבלו נתונים מהו הריכוז המותר ואיזה ריכוז נמצא במוצר.

בחלוף 3 ימים, ביום 11.12.2005, הגישו המערערים את תביעתם לבית משפט קמא. באותו היום פרסם משרד הבריאות הודעה נוספת, בה נאמר כדלקמן (מוצג 10 למוצגי המערערים) (להלן: ההודעה השנייה) (ההדגשות הוספו – י.ע.):

"בעקבות פרסומים על תכולה גבוהה מהמותר של קדמיום במחית גזר של חברת גרבר, בדקו פרופ' יונה אמיתי, מנהל המחלקה לאם לילד ולמתבגר במשרד הבריאות וד"ר ידידיה בנטור מנהל המרכז הארצי להרעלות את הנושא. משרד הבריאות מבקש להבהיר את הנקודות הבאות:

1. נמסרה הודעה לספק של מוצרי גרבר והמוצר הורד מהמדפים.
2. מחית גזר מהווה רק חלק קטן מתזונת התינוק. על אף הכמות החריגה של קדמיום במוצר זה, לא צפויה כל סכנה לטווח קצר או ארוך לבריאותם של תינוקות שצרכו כמות של עד שתי צנצנות בבת אחת (באותה ארוחה), לפרקי זמן קצרים.
3. מומלץ להביא לבדיקה אצל הרופא המטפל תינוקות שצרכו מדי יום במשך שבוע לפחות, כמות של שתי צנצנות בבת אחת (באותה ארוחה) של מחית גזר של גרבר, ופיתחו הקאה ושלשול תוך שעה לאחר הארוחה.
4. הדברים אמורים רק לגבי מחית גזר של גרבר מסדרה 19.7.06, ולא לגבי מוצרים אחרים של חברה זו."

ביום 15.12.2005 נערכה בדיקה נוספת במכון התקנים, אשר תוצאותיה הצביעו על הימצאות קדמיום במוצר בריכוז שבין 125-132 ppb, קרי תוצאות דומות לאלו שהתקבלו בבדיקת המעבדה בחיפה (להלן: בדיקת מכון התקנים השנייה). יש לציין כי אין מחלוקת על כך שתוצאות הבדיקה הראשונה במכון התקנים היו שגויות, וכי בפועל ריכוז הקדמיום במוצר היה נמוך יותר (סעיף 9 לפסק דינו של בית משפט קמא).

3. המערערים טענו בבית משפט קמא, בין היתר, כי על פי הוראות משרד הבריאות, ריכוז הקדמיום המרבי המותר הוא 1 ppb; כי המשיבה לא הודיעה מיידית לציבור על הימצאות הקדמיום במוצר בכמויות חריגות; וכי לא הורידה את המוצר מהמדפים באופן מידי.

עוד טענו המערערים כי המשיבה התרשלה בכך שלא פעלה על פי הנחיות משרד הבריאות ביחס לצורך להציג בדיקות של המוצר מארץ המוצא שלו; כי המוצר שווק בארץ מבלי שנבדק; כי הם רכשו מוצר השונה מהמוצר אשר שילמו עבורו; וכי עקב כך נגרם להם נזק בגינו הם זכאים לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה שלהם ובגין עוגמת נפש, ובנוסף זכאים הם להשבה של עלות המוצר.

4. המשיבה הגישה חוות דעת מומחה של פרופ' ינאי, אשר קבע כי קדמיום נמצא בריכוזים נמוכים מאד כמעט בכל חומר ביולוגי, מאחר "שתרכובות שונות של קדמיום

מהוות מרכיבים הנמצאים באופן טבעי בקרקע ובמים, והן נקלטות דרך שורשי הצמחים ומגיעות לחלקים הנאכלים שלהם...” (סעיף 1 לחוות דעתו); וכי ריכוז הקדמיום במוצר הוא נמוך מאד ומצוי הרבה מתחת ל-NOAEL – הרמה בה אין סיכון בריאותי (no observable adverse effect level), כפי שזו נקבעה על ידי מינהל המזון והתרופות הפדראלי בארצות הברית (ה-FDA), ואומצה ברוב מדינות העולם, בכללן ישראל. יצויין כבר עתה כי האמור בחוות הדעת של פרופ' ינאי לא נסתר, והמערערים לא הגישו חוות דעת מומחה מטעמם.

עוד טענה המשיבה כי מכתבי משרד הבריאות עליהם מתבססים המערערים לשם הוכחת שיעור ריכוז הקדמיום המותר – אינם בגדר הנחיות מחייבות.

בהתייחסותה לטענות נגד התנהלותה, המשיבה טענה כי למשלוח מארצות הברית צורפה תעודת בדיקה שהוגשה למשרד הבריאות; כי בדיקה אקראית שנערכה מאוחר יותר היא שהצביעה על הימצאות קדמיום בריכוז הגבוה מזה המופיע בתעודת הבדיקה; כי בעקבות הבדיקה הוקפא השיווק של משלוח זה והוא הועבר לבדיקה נוספת; כי עם קבלת תוצאות הבדיקה הראשונה של מכון התקנים הורד המוצר מהמדפים בהתאם להוראות משרד הבריאות; וכי ככל שהיתה חריגה מסטנדרט מחייב, מדובר בחריגה מינורית שאינה עולה כדי הטעיה.

בשאלת הנזק, המשיבה טענה כי לא נגרם למערערים כל נזק; כי הנזק לו טענו המערערים מבוסס על הפרסום ב-Ynet אשר המידע שהופיע בו לא היה נכון; וכי לא ניתן כיום להורות על השבה. לבסוף טענה המשיבה כי אין למערערים עילת תביעה אישית נגדה, כך שהתביעה אינה מתאימה להידון כתובענה ייצוגית.

עיקרי פסק דינו של בית המשפט המחוזי

5. ואלו, בקצרה, קביעותיו של בית המשפט המחוזי:

א. עילת התביעה מכוח סעיף 2(א)(11) לחוק הגנת הצרכן, אשר עניינה בהטעיה לגבי “התאמתו של הנכס או השירות לתקן, למיפרט או לדגם” – נדחתה. זאת, מאחר שאין בישראל תקן מחייב של מכון התקנים לגבי כמות הקדמיום במחית של פירות או ירקות, ורק הפרה של תקן ישראלי רשמי יכולה לשמש בסיס לטענת הטעיה מכוח סעיף זה.

ב. לא הוכח כי המשיבה פרסמה את המוצר שלה כ"בריא במיוחד", וטענת ההטעיה בהקשר זה נדחתה.

ג. המשיבה לא הפרה את "חובת הגילוי לצרכן" הקבועה בסעיף 4 לחוק לאחר קבלת תוצאות הבדיקה של המעבדה בחיפה, ופעלה בהקשר זה בהתאם להוראות משרד הבריאות. זאת, שכן לאחר בדיקת המעבדה בחיפה משרד הבריאות לא הורה למשיבה לאסוף את המוצרים מהמדפים, אלא הורה לבצע בדיקות חוזרות, בהתאם לעמדת משרד הבריאות לפיה רק לאחר שתי בדיקות ניתן להגיע לממצאים באשר לשיעור הקדמיום. כן נדחתה הטענה כי היה על המשיבה להאיץ במכון התקנים כדי לקבל את תוצאות הבדיקה באופן מזורז, כמו גם הטענה כי המשיבה לא פעלה באופן מהיר דיו לאיסוף המוצר מהמדפים. בית המשפט אף ציין כי המשיבה, מיוזמתה, הקפידה את שיווק המוצר ממחסניה כבר לאחר קבלת תוצאות בדיקת המעבדה בחיפה, וכי סיימה את איסוף המוצר מהמדפים כבר ביום 13.12.2005.

ד. הטעיה לגבי טיב המוצר או מהותו (סעיף 2(א)(1) לחוק) או ביחס לסיכונים הכרוכים בו (סעיף 2(א)(4) לחוק): מחומר הראיות עולה כי עמדת משרד הבריאות באשר לכמות הקדמיום המותרת לא היתה קוהרנטית ועקבית (ובהמשך נעמוד ביתר פירוט על נקודה זו); כי לא הוכח שהמכתבים של משרד הבריאות עליהם הסתמכו המערערים להוכחת עמדת משרד הבריאות – ואשר לא הוכח כי הגיעו לידיעת המשיבה – היו בגדר הנחיות מחייבות; וכי בנסיבות העניין המשיבה עצמה פעלה בהתאם להנחיות משרד הבריאות בכל האמור בבדיקת המוצר, בעריכת בדיקות נוספות ובאיסוף המוצר מהמדפים. לאור זאת, הגיע בית המשפט קמא למסקנה כי המשיבה לא הטעתה את המערערים בשיווק מוצרים שכמות הקדמיום בהם עלתה על זו שצוינה במכתבי משרד הבריאות.

ה. מכאן עבר בית המשפט לדון בשאלה האם הייתה הטעיה עקב אי גילוי כי מדובר במוצרים שכמות הקדמיום בהם עלולה להיות מסוכנת. לשם כך בחן בית המשפט האם כמות הקדמיום במוצר אכן עלולה להיות מסוכנת, אם המשיבה ידעה על הכמות של הקדמיום, וגם אם לא ידעה, האם למרות זאת ניתן לקבוע כי המשיבה הטעתה את המשיבים.

בית המשפט בחן את חוות דעתו של המומחה מטעם המשיבה, לפיה שיעור הקדמיום במוצר עלול להיות מסוכן כאשר הוא נצרך בכמות מסוימת (כגון בנסיבות בהן מדובר בתינוק במשקל 10 ק"ג הצורך למעלה מ-5 צנצנות בשבוע). לפיכך, נקבע

כי מכירת המוצר מבלי לפרט שהוא מכיל קדמיום בשיעור העלול להוות סיכון בצריכה מעל כמות מסוימת – מהווה הטעיה לפי סעיף 2(א)(4) לחוק באשר ל"שימוש שניתן לעשות בנכס או בשירות, התועלת שניתן להפיק מהם והסיכונים הכרוכים בהם". אמנם, המשיבה לא ידעה ולא היה עליה לדעת כי כמות הקדמיום במוצר עלולה להיות מסוכנת, שכן למשלוח צורפה תעודת אנליזה של המעבדה בארצות הברית ממנה עולה כי כמות הקדמיום נמוכה מ-50 ppb וכי המוצר עומד באמות המידה של הארגון הבריאות העולמי, כך שהתנהלות המשיבה לא חרגה מסטנדרט ההתנהגות הסביר. ואולם, הטעיה לפי סעיף 2 לחוק אינה דורשת ידיעה של העוסק אודות הפרט המטעה, ודי בהוכחת קשר סיבתי וגובה הנזק לשם קבלת פיצוי.

ה. הנזק – שלושת ראשי הנזק להם טענו המערערים הם פגיעה באוטונומיה של הפרט, עוגמת נפש והשבה.

(-) פגיעה באוטונומיה של הפרט – בהסתמך על פסק הדין שניתן בע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, פ"ד נו(4) 673 (2003) (להלן: עניין תנובה א'), בית המשפט עמד על כך כי לכל אדם הזכות להחליט האם לאכול או להאכיל את ילדיו מוצר המכיל קדמיום בכמות העלולה להיות מסוכנת. עם זאת, בית המשפט איבחן בין הלכת תנובה למקרה דנן, שכן בענייננו מדובר בחומר (קדמיום) הנמצא במוצרים רבים מן החי והצומח, בעוד שבעניין תנובה דובר בהחדרת חומר רעיל (סיליקון) העלול להיות מסוכן, כשיטה למניעת הקצפת החלב, חלף שיטות אחרות יקרות יותר, וכל זאת מבלי לגלות לצרכנים. בית המשפט קבע כי קבוצת הנפגעים הפוטנציאליים כוללת רק את הצרכנים אשר צרכו את המוצר בכמות העלולה להיות מסוכנת ולא את מי שצרך את המוצר בכמות קטנה יותר, וכי אי גילוי קיומה של כמות קטנה ובלתי מסוכנת של קדמיום אינו מהווה הטעיה. בית המשפט הוסיף למעלה מן הדרוש כי הפגיעה באוטונומיה בנסיבות שכאלה היא ביחס ליכולת הבחירה של ההורים, ולא של הפעוט אשר לא ניתן לייחס לו גיבוש רצון או יכולת לקבוע מה להכניס לפיו וממה להימנע. לסיכום, מאחר שבמקרה דנן המערערים לא הוכיחו כי בנם צרך את המוצר בכמות העלולה להיות מסוכנת, אין לומר כי נפגעה האוטונומיה שלהם.

בית המשפט הוסיף ובחן האם חרף העדר עילת תביעה אישית של המערערים, יש מקום להורות על החלפת התובע המייצג בהתאם להוראת סעיף 8(ג)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות), אולם משמצא כי יש קושי רב להוכיח מיהם חברי הקבוצה הנמנים על אלו אשר האכילו את תינוקם במוצר

מהאצווה הספציפית בכמות העלולה להיות מסוכנת (הנגזרת ממשקל גופו של התינוק), נקבע כי הדרך לבירור התביעה כתובענה ייצוגית אינה הדרך "היעילה וההוגנת", כלשונו של סעיף 8(2) לחוק תובענות ייצוגיות.

(-) עוגמת נפש – בית המשפט עמד על הצורך להוכיח קשר סיבתי בין המצג המטעה לבין הטעות והנזק שנגרם, כך שעל התובע להוכיח כי נחשף למצג והסתמך עליו באופן שגרם לו נזק. בהקשר זה, הקושי באיתור חברי הקבוצה לגבי ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה קיים ביתר שאת לגבי הנזק הנטען בגין עוגמת נפש, כך שגם ביחס לראש נזק תובענה ייצוגית אינה הדרך המתאימה לבירור התביעה.

(-) השבה – בית המשפט ציין כי אין הכרח לדון בשלב הבקשה לאישור התובענה כייצוגית בסעד שיינתן אם תתקבל התביעה. בית המשפט הוסיף כי הקושי באיתור חברי הקבוצה וזיהויים אשר תואר לגבי ראשי הנזק דלעיל, שריר ועומד גם בהקשר לסעד ההשבה, שכן הסעד יהיה מוצדק רק לצרכנים שצרכו את המוצר בכמות שיש בה כדי לגרום סכנה.

6. סיכומו של דבר, שבית המשפט דחה את בקשת המערערים לאישור התביעה כייצוגית על כל רכיביה, ומכאן הערעור שלפנינו.

עיקר טענות המערערים

7. המערערים סומכים ידיהם על קביעתו של בית משפט קמא, אשר לדבריהם קבע כי המשיבה שיווקה סדרה של מזון לפעוטות אשר הכילה מתכת רעילה מעבר למותר תוך הטעיית הצרכנים. אלא שלטענתם, שגה בית משפט קמא בקבעו כי הפגיעה באוטונומיה אירעה רק להורים אשר האכילו את ילדיהם בכמות העלולה להיות מסוכנת. לטענת המערערים, על פי הלכת תנובה, השאלה הרלוונטית לקיומה של פגיעה באוטונומיה היא מה צרך הצרכן מבלי שידע על כך, ולא כמה צרך, ופגיעה באוטונומיה יכול שתתרחש גם ללא נזק גוף או סכנה ממשית לנזק גוף. מה עוד, שבמקרה דנן כמות הקדמיום שהיתה במוצר עלולה היתה להיות מסוכנת בצריכת כמות סבירה של צנצנות.

המערערים מוסיפים וטוענים כי המשיבה היתה מודעת להנחיות משרד הבריאות האוסרות על הימצאות קדמיום בריכוז של 1 ppb ופעלה בניגוד לאמור בהן; וכי שגה בית משפט קמא בקבעו כי שיווק המוצר במשך שלושה שבועות, לאחר שנמצאה כמות חריגה של קדמיום בבדיקת המעבדה בחיפה, הם פרק זמן סביר, מה עוד

שבמהלך שלושת השבועות הללו המשיבה לא טרחה ליידע את ציבור הלקוחות ולא הורידה את המוצר מהמדף. בהקשר זה טוענים המערערים כי אין במחדל של משרד הבריאות בעניין זה, ככל שהיה, כדי להסיר אחריות מכתפי המשיבה, וכי ניתן היה לקבל תוצאות המאשרות את תוצאות בדיקת המעבדה בחיפה בתוך יומיים.

8. המערערים מפנים לקביעתו של בית משפט קמא כי לא עלה בידי המשיבה להוכיח כי המליצה על צריכת צנצנת אחת בשבוע. בהקשר זה טוענים המערערים כי על פי המלצות ארגון הבריאות העולמי, אשר הובאו בחוות דעתו של המומחה מטעם המשיבה, כמות הקדמיום המותרת לחשיפה היא 1 מיקרוגרם לק"ג משקל גוף ליום. כזכור, תוצאות הבדיקה של המוצר הצביעו על הימצאות קדמיום בריכוז של כ-130 ppb קדמיום בצנצנת, כך שכל צנצנת (בעלת תכולה של 113 גרם) מכילה כ-14 מיקרוגרם קדמיום. יוצא אפוא כי תינוק במשקל 7 ק"ג אשר אכל תכולה של צנצנת אחת, צרך באותו יום כמות כפולה של קדמיום מזו המותרת לו. ובקיצור, שגה בית משפט קמא כאשר ערך את חישוביו על בסיס שבועי, בייחוד בהעדר המלצה של המשיבה לצרוך צנצנת אחת בשבוע. עוד טוענים המערערים כי הכמות המומלצת על ידי ארגון הבריאות העולמי נוגעת למבוגרים, ואילו לגבי פעוטות יש לנקוט משנה זהירות.

9. לבסוף טוענים המערערים כי שגה בית משפט קמא בכך שלא נתן דעתו לתביעתם בעילה של רשלנות. לטענתם, המשיבה התרשלה בכך שלא ביצעה בדיקות מספקות לאיתור מתכות כבדות במוצר ולא מנעה את שיווקו. עוד טוענים המערערים כי הפגיעה באוטונומיה מהווה עילת תביעה עצמאית, בהיותה עוולה חוקתית, וכי שגה בית משפט קמא בכך שלא ייחס משקל למידת החרדה ועוגמת הנפש שנגרמו להם לאחר שנודע להם כי המוצר הכיל "מתכת מסרטנת" (כך על פי פרסום Ynet). זאת, בפרט לאור העובדה שעל המוצר נכתב כי הוא מכיל רכיבים טבעיים בלבד וללא תוספת סוכר, מה שמקנה לו חזות של מוצר בריא במיוחד.

באשר לסעד הנתבע, המערערים טוענים כי שגה בית משפט קמא בכך ששלל מתן פיצוי לטובת הציבור, שכן היה מקום לפסוק פיצוי בגין עלות הצנצנת ועוגמת הנפש עבור כל צנצנת שנרכשה, ללא תלות בשאלה כמה צרך כל צרכן. לטענתם, מדובר ב-30,000 צנצנות מאותה סדרה פגומה שנמכרו, כך שפיצוי בסך 300 ₪ בגין כל צנצנת מוביל לפיצוי כולל בסך 9 מיליון ₪. עוד טוענים המערערים כי קביעתו של בית משפט קמא לפיה לא ניתן להוכיח מיהם חברי הקבוצה לפי "מדד כמותי", מובילה למצב בו ספק אם ניתן יהיה לקבל בעתיד תביעה ייצוגית דומה הנסבה על מזון פגום לתינוקות.



10. המשיבה פותחת תשובתה בטענה כי שגה בית המשפט המחוזי בקבעו שהיא הטעתה את ציבור הצרכנים בכך שלא גילתה דבר קיומו של סיכון פוטנציאלי. זאת, לדבריה, מאחר שלא היה כל סיכון במוצר, כפי שגם עולה מהודעת משרד הבריאות, בה נאמר כי לא צפויה סכנה אפילו לתינוקות שצרכו כמות של שתי צנצנות בבת אחת.

לחלופין, לאור מסקנותיו של בית משפט קמא כי היא פעלה בהתאם להנחיות משרד הבריאות, וכי לא ידעה ולא היה עליה לדעת על קיומו של הסיכון הנטען, הרי שאי גילוי הסיכון אינו בגדר הטעיה לפי חוק הגנת הצרכן.

11. המשיבה סומכת ידיה על ממצאיו של בית משפט קמא, בכללם כי קדמיום נמצא בכמות כזו או אחרת בכל חומר ביולוגי, לרבות גזר; כי המשיבה לא החדירה קדמיום למוצר; כי המוצר לא הוצג כמוצר "בריא במיוחד"; כי המשיבה פעלה כנדרש כשהקפידה את שיווק המשלוח ופעלה בהתאם להנחיות משרד הבריאות; וכי היא לא חרגה מסטנדרט ההתנהגות הסביר. כן מפנה המשיבה לקביעתו של בית משפט קמא כי מכתבי משרד הבריאות בהם נאמר שכמות הקדמיום המקסימאלית היא "גבול רגישות השיטה" (קרי, 0.5-1 ppb) אינם בגדר הנחיה מחייבת, וכי עמדת משרד הבריאות היתה לא קוהרנטית. על כן, לטענתה, אין בסיס לטענת המערערים כי כמות הקדמיום במוצר היתה "מעל המותר".

12. אשר לטענת המערערים לקיומה של עילת תביעה אישית, המשיבה טוענת כי נסיבותיו של המקרה דנן שונות מנסיבותיו של עניין תנובה. זאת, שכן בעניין תנובה הופר תקן ישראלי מחייב, ובכך היתה טמונה ההטעיה של כלל הצרכנים. לעומת זאת, במקרה דנן לא היה תקן או הנחיה מחייבת לגבי ריכוז הקדמיום המותר במוצר, ומסקנתו של בית המשפט המחוזי כי המשיבה הטעתה את ציבור הצרכנים, התבססה אך ורק על קיומו (הנטען) של סיכון בריאותי הטמון בצריכת המוצר בכמות מסוימת. לפיכך, ההטעיה הנטענת התקיימה רק כלפי אלו שצרכו את המוצר בכמות המדוברת, ואין לומר כי כל מי שצרך את המוצר הוא בעל זכות תביעה כלפי המשיבה.

לבסוף, המשיבה טוענת כי טענת המערערים לעוולה חוקתית בדמות פגיעה באוטונומיה לא נטענה בבית משפט קמא ומהווה הרחבת חזית. לגופה של הטענה לפגיעה באוטונומיה, המשיבה טוענת כי במקרה דנן לא מדובר בסטייה מתקן מחייב,

וככל שמדובר בסטייה אזי מדובר בסטייה מינורית שהיא בבחינת זוטי דברים. כאשר לסכום התביעה, המשיבה טוענת כי מדובר בסכום מופרז ומפנה לעניין זה לסכום שנפסק בפרשת תנובה.

דיון והכרעה

13. יחסי הגומלין ו"מפגש העקרונות" המתקיימים בין מוסד התובענה הייצוגית ומטרותיו לבין ייעודם של דיני הגנת הצרכן, זכו זה לא מכבר לתיאור מקיף מפי חברתי השופטת חיות בע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל, סעיפים 21-23 והאסמכתאות שם (4.12.2011) (להלן: עניין תנובה ב'). הדברים אפוא ידועים, ואין צורך לשוב ולפרוש את התשתית התיאורטית הנרחבת עליה עמדה חברתי. בקליפת אגוז, התובענה הייצוגית הצרכנית מהווה כלי המאפשר להתגבר על הפערים ביחסי הכוחות המובנים שביין העוסק לבין הצרכן, ועל חוסר הכדאיות הטמון לעתים בניהול הליך נקודתי על ידי צרכן בודד אשר נזקו מועט. זאת, מתוך נסיון להתמודד עם מצבים העלולים להביא למציאות של אכיפת-חסר (וראו אצל סיני דויטש "עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית – סיכום ביניים ומבט לעתיד" שערי משפט ד 9, 21-27 (תשס"ה). המחבר מציין כי התובענה הייצוגית נועדה גם להגן על האינטרס הציבורי שבאכיפת החוק כאשר המנגנונים האחרים אינם יעילים, וכן כדי למנוע רווח בלתי מוצדק של העוסקים).

עוד נזכיר, כי לפי סעיף 31 לחוק הגנת הצרכן, "דין מעשה או מחדל בניגוד לפרקים ב', ג', ד' או ד'1 כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]". בכך יצר המחוקק זיקה ישירה בין עקרונות דיני הנזיקין לבין העילות המנויות בחוק הגנת הצרכן וכרך אלה באלה. במילותיה של השופטת חיות (ההדגשה הוספה – י.ע.):

"בפנינו אפוא עוולה צרכנית שרגליה נטועות בחוק הגנת הצרכן אך גופה וראשה מעוצבים על פי עקרונות יסוד ודוקטרינות מתחום דיני הנזיקין. במילים אחרות, על מנת שהתובע על פי עוולה צרכנית זו יזכה בסעד כספי עליו להוכיח נזק וכן עליו להראות כי קיים קשר סיבתי בין ההתנהגות העוולתית ובין הנזק הנטען. כך בתביעה אינדיבידואלית הנסמכת על עוולה צרכנית לפי חוק הגנת הצרכן וכך גם בתובענה ייצוגית הנסמכת על עוולה כזו" (עניין תנובה ב', סעיף 28 לפסק דינה).

אשר על כן, בבואנו לדון בערעור שלפנינו, נשים נגד עניינו את עקרונות דיני הנזיקין, בכללם הדרישה להוכחת קיומו של נזק. בה בעת, חשוב לציין כי כאשר

בתביעה ייצוגית עסקינן, על בית המשפט לשלב גם את העקרונות השאובים מדיני התובענות הייצוגיות. כך, למשל, מתוך שאיפה ליתן מענה למצבים של אכיפת חסר מקום בו הסעד אשר נגרם לכל אחד מחברי הקבוצה הוא זניח, עשוי בית המשפט "לרכך" את דרישת הקשר הסיבתי של התובע הפרטי ולהעמיד תחתיה דרישה ל"קשר סיבתי קבוצתי" (דברי המשנה לנשיאה ריבלין בע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, ההנהלה הראשית, סעיף 10 לפסק הדין (11.12.2008), המובאים בעניין תנובה ב', שם).

14. כפי שתואר, במקרה שלפנינו הכרעתו של בית משפט קמא בנויה מספר נדבכים, בהם שלשה נדבכים עיקריים. ראשית, ריכוז הקדמיום שנמצא במוצר אכן עלול היה להיות מסוכן בצריכה בכמות מסוימת; שנית, מכירת המוצר מבלי לפרט עובדה זו מהווה הטעיה לפי סעיף 2(א)(4) לחוק; ושלישית, המערערים לא צרכו את המוצר בכמות המסוימת, ועל כן לא נפגעה האוטונומיה שלהם.

לנוכח תוצאת פסק דינו של בית משפט קמא אשר דחה את בקשת המערערים, הערעור שלפנינו הוא מטעם המערערים בלבד. עם זאת, מסקנותיו של בית משפט קמא מותקפות מזה ומזה, הן על ידי המערערים הן על ידי המשיבה. כך, המערערים טוענים כי האוטונומיה שלהם נפגעה ללא תלות בשאלת הסיכון, בעוד שהמשיבה טוענת כי המוצר כלל לא טמן בחובו סיכון כלשהו וממילא אין לומר כי התנהלותה עולה כדי הטעיה.

אקדים ואומר כי לטעמי, דין הערעור להידחות משני טעמים הקשורים זה בזה. האחד, כי המקרה בפנינו שונה עד מאוד מעניין תנובה ובנסיבותיו, כפי שיפורט להלן, אינו מסוג המקרים שיש להכיר בהם כמקרים עילת תביעה. השני, כי לא עלה בידי המערערים להצביע על קיומו של נזק תוצאתי אשר נגרם עקב הפגיעה באוטונומיה.

15. הבסיס העובדתי של פרשת תנובה שונה אפוא עד מאוד מענייננו, ואעמוד "טלגרפית" על ההבדלים בין שני המקרים:

עניין תנובה - הטעייה שנעשתה במודע על ידי הסתרת מידע במזיד ובמכוון; על ידי היצור של המוצר; שהחדיר לחלב באופן אקטיבי סיליקון שאינו אמור להיות בחלב; לאורך תקופה של שנה וחצי; מתוך מניע שלילי של חסכון בעלויות תיקון מכונה; בניגוד לתקן הרלוונטי; ולא נשלל קיומו של סיכון בריאותי עקב החדרת הסיליקון, במיוחד בהתחשב בכך שחלב נצרך בכמות גדולה בעיקר על ידי ילדים.

המקרה שבפנינו - הטעייה בתום לב; של יבואן של מותג מזון תינוקות ידוע המאושר בארה"ב; כאשר היצרן לא החדיר את הקדמיום למוצר; כמות של קדמיום יכולה להימצא במוצר באופן טבעי; לא היה מניע שלילי מצד היצרן; לא הוכח כי כמות הקדמיום עומדת בניגוד לתקן רלוונטי; לא הוכח כי נוצר סיכון בריאותי; החרדה הנטענת על ידי המערערים נתבססה על הודעה שנתבררה כמוטעית לגבי כמות הקדמיום במוצר.

נוכח השוני העובדתי הגדול בין המקרים, אזכיר את דעת המיעוט של השופטת פרוקצ'יה בעניין תנובה א' בערעור על אישור התביעה כתובענה ייצוגית:

"טענה בדבר פגיעה כתוצאה מהכללת תוסף במוצר מזון, הנעשית תוך סטייה מהתקן אך בלא שנגרם כל נזק בריאותי מכך, אינה גוררת, כעניין המובן מאליו, נזק הנובע באורח טבעי ממהלכם הרגיל של הדברים... קשור בסף רגישותו האינדיבידואלי של הצרכן ומותנה בו במידה לא קטנה" (שם, בעמ' 697).

בנסיבות אלה, ספק אם גם דעת הרוב בעניין תנובה א' הייתה מאשרת את התביעה דכאן כתובענה ייצוגית, ואזכיר את הסתייגותה של המשנה לנשיאה השופטת נאור:

"החדרת תוספת של סיליקון לחלב בניגוד לתקן היא פגיעה באוטונומיה של הפרט, עם זאת אין להבין מדבריי שכל מקרה של סטייה מהוראות תקן או דיווח לא נכון על תכולתו של מזון יצדיקו תביעה. עשויים להיות מקרים לא מעטים שבהם סטייה קלה מהוראות תקן זה או אחר, גם כשהדברים נוגעים למזון, לא יהיה בה כדי להצדיק לא תביעה אישית וממילא גם לא תביעה ייצוגית. אין הצדקה לתביעה כאשר הפגיעה היא בגדר *de minimis*... (שם, עמ' 684) (הדגשה הוספה – י"ע).

וגם השופטת חיות בגלגול השני בעניין תנובה ב' הביעה דעתה כי:

"אכן, לא בכל מקרה בו נופל פגם ברישום הרכיבים של מוצר מזון מצדיק הדבר פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה ובגין תחושות שליליות וייתכנו בהחלט מקרים אשר למרות קיומו של פגם מסויים בדיווח על תכולת המוצר לא יצדיק הדבר מתן פיצוי... (שם, פסקה 29).

[ ] התשובה לשאלה אימתי מדובר בפגיעה מזערית שאינה מצדיקה פיצוי, תלויה בנסיבותיו של המקרה

והיא עשויה להשתנות בהתחשב במכלול הנסיבות האופפות אותו" (שם, פסקה 32) (הדגשה הוספה – י"ע).

16. נוכח ההבדלים הבולטים בין פרשת תנובה לענייננו, ניתן היה לעצור כאן את הילוכנו ולומר כי בנסיבות המקרה דנן, אין להכיר בתביעה, למרות הפגם באי גילוי לצרכן על עצם הימצאות קדמיום במחית הגזר. זאת, הן משום שלא מדובר בתוסף שהוחדר באופן אקטיבי למוצר, הן מאחר שלא נסתרה הטענה כי החומר נמצא גם בטבע, הן מאחר שלא הוכח כי הכמות עומדת בניגוד לתקן, והן מאחר שלא הוכח כי הכמות בצריכה הנתונה גרמה לסיכון בריאותי. לכך יש להוסיף, כי בניגוד לפרשת תנובה שהעובדות בה נתבררו כנכונות לאחר שהפרשה נחשפה, הרי שבמקרה דכאן, התביעה הוגשה שלושה ימים לאחר הודעת משרד הבריאות הראשונה ובאותו יום בו ניתנה הודעת משרד הבריאות השניה, אך כעבור ארבעה ימים מהגשת התביעה נתברר כי הודעת משרד הבריאות נתבססה על תוצאות מעבדה שגויות לגבי כמות הקדמיום במוצר. מכאן, שככל שהמערערים חוו תחושות שליליות לזמן קצר, הרי שתחושות אלה נבעו בעיקר מהפרסום שנתברר בדיעבד כבלתי נכון. למעשה, ניתן לומר כי התובענה הוגשה על בסיס עובדתי שנתברר, בדיעבד, כשגוי.

על רקע כל אלה, בהתחשב בכך שענייננו בפגיעה, אם בכלל, בעוצמה ברף נמוך, ובהתחשב בכך שבנזק לא ממוני של פגיעה באוטונומיה עסקינן, נזק שמלכתחילה אינו קל לכימות ויש בו היבט אינדיבידואלי-סובייקטיבי בעל משקל, ניתן להגיע למסקנה כי בנסיבות המקרה מדובר בפגיעה שעשויה להיחשב כזוטי דברים, גם בהיבט של קבוצת הצרכנים הרלוונטית על השונות שבין חברי הקבוצה, ולכן אינה מצדיקה פיצוי. בהקשר זה אזכיר כי בעניין תנובה ב' נפסק פיצוי בסך של 250 ₪ לכל אחד מחברי הקבוצה, על אף שהיה מדובר בפגיעה עוצמתית יותר, לאורך זמן, ובנסיבות החמורות עליהן עמדנו לעיל.

17. בנקודה זו יכולים היינו לסיים הילוכנו ואידך זיל גמור. למרות זאת, מאחר שחומר רעיל כקדמיום אינו מסוג החומרים שהצרכן הסביר מצפה למצוא במזון תינוקות, שהוא רגיש מטיבו ומטבעו, אני נכון לצאת מנקודת מוצא כי למערערים נגרמה פגיעה באוטונומיה. אך האם די בפגיעה כשלעצמה כדי להקים עילה לפיצוי?

בית משפט קמא ציין כי "אין צורך להוכיח קשר סיבתי בין הפרת החובה לבין נזק ממשי שנגרם כתוצאה ממנה, והפיצוי ניתן בגין שלילת זכותו של המטופל – או

הצרכן – לבחור בטיפול או במוצר הראוי לו" (סעיף 43 לפסק הדין). דהיינו, די בעצם שלילת זכות הבחירה ואין צורך להוכיח קשר סיבתי לנזק.

בהמשך, וכדבר מובן מאליו, ציין בית משפט קמא כי "אותם ילדים שהוריהם האכילו אותם במוצר בכמות שעלולה להיות מסוכנת, ניזוקו אם כן בנזק של פגיעה באוטונומיה. נזק כזה לא נגרם לילדים שצרכו את המוצר בכמות שאין בה סכנה". סתם בית משפט קמא ולא פירש מדוע לצורך פגיעה באוטונומיה יש חשיבות לשאלה אם כמות הקדמיום במוצר מסוכנת אם לאו, שהרי ניתן לטעון, כטענת המערערים, כי עצם הימצאות קדמיום במוצר, ללא קשר לכמותו, מהווה פגיעה באוטונומיה שלהם, שאילו ידעו לא היו צורכים את המוצר.

פסק דינו של בית משפט קמא ניתן לפני שניתן פסק הדין בעניין תנובה ב', בו הועמדו דברים על מכונם ונדחתה הגישה לפיה די בעצם הפגיעה באוטונומיה כדי להקנות זכות לפיצוי. על כך אעמוד להלן, אך תחילה, אלך בעקבות בית משפט קמא וארחיב בשאלת מסוכנותו של המוצר.

ריכוז הקדמיום במוצר – סיכון בריאותי?

18. מפסק דינו של בית משפט קמא ומחומר הראיות עולה כי עמדת משרד הבריאות באשר לריכוז הקדמיום העלול להיות סיכון בריאותי, אינה ברורה ולוקה בחוסר עקביות.

המערערים מסתמכים על מכתביה של אינג' בויארסקי ממשרד הבריאות מחודשים אוקטובר 2000 ויולי 2001, בהם נאמר כי ריכוז הקדמיום המותר במזון מוכן לתינוקות היא "גבול רגישות השיטה" (בין 0.5 ל-1 ppb), דהיינו הכמות הקטנה ביותר הניתנת לגילוי ולקביעה כמותית במידה סבירה של דיוק (כמוסבר על ידי המומחה מטעם המשיבה, פרופ' ינאי, סעיף 3 לחוות דעתו). מכך עולה, כי כל אימת שמאותר קדמיום במזון מוכן לתינוקות, ולו בכמות מזערית, יש למנוע את שיווק המוצר.

מנגד, בהודעה השניה מטעם משרד הבריאות אשר פורסמה לאחר קבלת תוצאות בדיקת מכון התקנים הראשונה (השגויה), נאמר כי ב-6 בדיקות נמצאו רמות גבוהות של קדמיום, ובשתיים מהן נמצא קדמיום בריכוז הגבוה פי 40 מהמותר. כזכור, בבדיקה האמורה נמצא קדמיום בריכוז מקסימאלי של 2078 ppb. מכך עולה, כי לשיטת משרד הבריאות עצמו, ריכוז הקדמיום המותר הוא כ-50 ppb, ולא 0.5-1 ppb.

מסקנה זו מתיישבת עם תעודת הבדיקה מיום 29.8.2005 אשר צורפה על ידי המעבדה בארצות הברית למשלוח האצווה, בה נכתב כי ריכוז הקדמיום נמוך מ-0.5 ppm (קרי נמוך מ-50 ppb). מכך משתמע, כי לא בכדי נקב משרד הבריאות בהודעתו השניה במספר פ' 40, באשר גם לדידו ריכוז הנמוך מ-50 ppb אינו אסור.

[במאמר מוסגר: בית משפט קמא ציין כי בתעודת הבדיקה מארצות הברית אשר צורפה למשלוח צוין שהמוצר הוא "within the guidelines of WHO", דהיינו כי הוא עומד בהנחיות ארגון הבריאות העולמי. כך גם טוענת המשיבה. ואולם, עיון מדוקדק בתעודת הבדיקה מעלה כי האמור בה מחולק לקטגוריות, ביניהן קטגוריה של "Heavy Metals" בה פורטו ריכוזי מתכות שונות בכללן קדמיום, וקטגוריה אחרת של "Pesticide Residues" (שאריות חומרי הדברה), כאשר המילים "within the guidelines of WHO" נאמרו תחת הקטגוריה השניה, ולא תחת הקטגוריה של מתכות כבדות. מכל מקום, לנוכח העמדה המשתמעת של משרד הבריאות כי כמות הקטנה מ-50 ppb אינה אסורה, אין לדבר נפקות לענייננו].

19. מכאן נובעת קביעתו של בית משפט קמא בדבר חוסר הקוהרנטיות של עמדת משרד הבריאות באשר לריכוז הקדמיום המותר, ושותף אני למסקנתו כי עצם הימצאות הקדמיום מעבר לשיעור הנקוב במכתביה של אנג' בויארסקי אינה עולה כשלעצמה כדי הטעיה, באשר אין לראות במכתבים אלה – שלא הוכח כלל כי הגיעו לידיעת המשיבה – כהנחייה מחייבת או כתקן מחייב של משרד הבריאות.

אלא שגם אם נניח כי עמדת משרד הבריאות היתה כי הריכוז המותר הוא 50 ppb, הרי שהריכוז שנמצא במוצר בפועל, כפי שעולה מהבדיקה הראשונה במכון התקנים, היה למעלה מכפליים מכך. האם ריכוז זה היווה סיכון?

בית משפט קמא השיב על כך בחיוב, לאור האמור בחוות דעתו של פרופ' ינאי, המומחה מטעם המשיבה. לעמדתו של פרופ' ינאי, לפי המלצות ארגון הבריאות העולמי מותר להיחשף ל-1 מיקרוגרם קדמיום לכל ק"ג ממשקל הגוף ליום (בממוצע), כך שתינוק במשקל 10 ק"ג יכול לצרוך עד 70 מיקרוגרם קדמיום בשבוע (=  $7 \times 10 \times 1$  ימים). צנצנת אחת של המוצר מכילה 113 גרם מחית גזר, דהיינו כ-14 מיקרוגרם קדמיום (בבדיקות נקבע כי נמצא ריכוז של כ-130 מיקרוגרם לקילוגרם, משקל צנצנת הוא 113 גרם, כך שבצנצנת אחת יש כ-14 מיקרוגרם), כך שתינוק במשקל 10 ק"ג הצורך צנצנת אחת בשבוע, צורך אך 20% מכמות הקדמיום המותרת. ובמילים אחרות,

תינוק במשקל 10 ק"ג יכול לצרוך עד 70 מיקרוגרם קדמיום לשבוע, צנצנת אחת של המוצר מכילה רק כ-14 מיקרוגרם קדמיום שהם 20% מהכמות השבועית המותרת. לפיכך, תינוק הצורך עד 5 צנצנות בשבוע לא נחשף לקדמיום מעבר למותר.

בית משפט קמא עמד על כך שהמשיבה כלל לא הוכיחה כי המליצה על צריכה של צנצנת אחת בשבוע, ויוצא אפוא שצריכה של 5 צנצנות בשבוע – שאינה כמות בלתי סבירה – עלולה להביא את התינוק לתחום הסכנה. מכאן קביעת בית משפט קמא כי מאחר שהמשיבה מכרה את המוצר מבלי לפרט שהוא מכיל קדמיום בריכוז העלול להיות סיכון בצריכה מעל כמות שהיא כמות צריכה סבירה, התנהלותה עולה כדי הטעיה לפי סעיף 2(א)(4) לחוק.

20. כאמור, מדבריו של פרופ' ינאי עולה כי ריכוז הקדמיום במוצר עלול היה להיות סיכון בצריכה בכמות מסוימת, כגון 5 צנצנות בשבוע לתינוק במשקל 10 ק"ג. יש להעיר כי דברים אלה אינם עולים בהכרח בקנה אחד עם ההודעה השניה של משרד הבריאות, בה נאמר כי -

"[...] על אף הכמות החריגה של קדמיום במוצר זה, לא צפויה כל סכנה לטווח קצר או ארוך לבריאותם של תינוקות שצרכו כמות של עד שתי צנצנות בבת אחת (באותה ארוחה), לפרקי זמן קצרים.  
3. מומלץ להביא לבדיקה אצל הרופא המטפל תינוקות שצרכו מדי יום במשך שבוע לפחות, כמות של שתי צנצנות בבת אחת (באותה ארוחה) של מחית גזר של גרבר, ופיתחו הקאה ושלשול תוך שעה לאחר הארוחה" (ההדגשות הוספו – י.ו.).

כזכור, הודעה זו פורסמה לאחר קבלת תוצאות בדיקת מכון התקנים הראשונה השגויה, אשר הצביעו על ריכוז קדמיום בשיעורים שבין 1428-2078 ppb. לכאורה, אם כמות כה גדולה של קדמיום אינה יוצרת כל סכנה לתינוקות שצרכו עד שתי צנצנות בבת אחת במשך שבוע, על אחת כמה וכמה שאין כל סכנה לתינוקות אשר צרכו בכמות זו מוצר המכיל קדמיום בריכוז של כ-100 ppb, כפי שהכיל המוצר בפועל. מכל מקום, לאור המסקנה אליה הגעתי, ובהתאם לאמור בחוות דעתו של פרופ' ינאי, אני נכון להניח כי צריכת מספר צנצנות בשבוע עלולה היתה להיות מסוכנת גם בריכוז של כ-100 ppb, שהוא הריכוז שנמצא בבדיקת המעבדה הראשונה.

21. כפי שציין בית משפט קמא, המערערת 2 הצהירה כי נהגה לרכוש בממוצע שתי צנצנות מדי חודש (סעיף 47 לפסק דינו של בית משפט קמא). כמות זו קטנה באופן



משמעויות מהכמות עליה הצביע משרד הבריאות כמסוכנת, ומהכמות אליה התייחס פרופ' ינאי בחוות דעתו ככזו העלולה להוות סיכון.

המערערים מוחים על כך שבית המשפט בחן את הסיכון הטמון בצריכת הקדמיום על בסיס שבועי. לטענתם, פרופ' ינאי ציין בחוות דעתו כי כמות הקדמיום היומית המותרת היא 1 מיקרוגרם לכל ק"ג משקל גוף. לפיכך, די בצריכת צנצנת אחת (המכילה כ-14 מיקרוגרם קדמיום) כדי לחרוג מהכמות המותרת עבור תינוק השוקל פחות מ-14 ק"ג.

עיון בחוות דעתו של פרופ' ינאי אכן מעלה כי לפי המלצות ארגון הבריאות העולמי מותר להיחשף ל-1 מיקרוגרם לק"ג משקל גוף ליום (סעיף 2 לחוות דעתו). בה בעת, פרופ' ינאי אינו היחיד אשר חישב את כמות הקדמיום על בסיס שבועי. כפי שצוין, משרד הבריאות עצמו נקב בהודעתו השניה בפרק זמן של שבוע, בצינו כי מומלץ להביא לבדיקת רופא רק תינוקות שצרכו שתי צנצנות בבת אחת באותה הארוחה במשך שבוע ואשר פיתחו הקאה ושלשול תוך שעה לאחר הארוחה (תסמין המעיד לכאורה על הרעלת קדמיום – י"ע). מכאן, שחישוב על בסיס שבועי הוא מקובל, וייתכן כי ההסבר לכך נעוץ בקצב קליטת הקדמיום בגוף, אשר נאגר בגוף רק כשקצב הקליטה גדול מקצב ההפרשה (דברי פרופ' ינאי, פרוטוקול עמ' 30). נקודה זו לא הובררה בהליך בבית המשפט המחוזי. פרופ' ינאי לא נחקר נגדית בנקודה זו, ואילו המערערים, מסיבותיהם שלהם, בחרו להימנע מהגשת חוות דעת מומחה מטעמם. בנסיבות אלה, לא שוכנעתי כי יש מקום לסטות מאופן החישוב המוצג בחוות דעתו של פרופ' ינאי, אשר כאמור אף עולה בקנה אחד עם הודעתו השניה של משרד הבריאות.

המסקנה העולה מהדברים היא כי המוצר אכן הכיל קדמיום בריכוז העלול להוות סיכון בצריכת כמות מסוימת של צנצנות לשבוע. עם זאת, אין חולק כי המערערים רכשו את המוצר בכמות קטנה בהרבה (כשתי צנצנות לחודש), כך שלמערער 3 לא נגרם כל נזק והוא אף לא ניצב בפני סכנה כלשהי בשום שלב.

22. בנקודה זו אנו מגיעים לשאלה העיקרית הצריכה לענייננו. בהנחה שאנו מקבלים את קביעתו של בית משפט קמא כי התנהלות המשיבה עולה כדי הטעיה לפי חוק הגנת הצרכן – למרות שהמשיבה לא ידעה ולא יכולה היתה לדעת על הימצאות הקדמיום בריכוז המדובר – האם המערערים סבלו נזק בר פיצוי?

לנקודה זו אפנה עתה.

פגיעה באוטונומיה ונזק לא ממוני

23. למקרא פסק דינו של בית משפט קמא עשויה להתעורר אי בהירות מסוימת. כך, בדונו בסוגיית הפגיעה באוטונומיה, פתח בית משפט קמא בהבאת דבריה של השופטת נאור בעניין תנובה א', אשר מנתה שורה של דוגמאות בהן "ישנה פגיעה באוטונומיה של הפרט, אף שאין עמה נזק גוף או סכנה ממשית לנזק גוף" (כגון צריכת מזון לא כשר, מזון לא אורגני או מזון לא דל שומן בניגוד לתיאור היצרן – שם, בעמ' 683) (ההדגשה הוספה – י.ע.). ואילו בהמשך דבריו, הסיק בית משפט קמא כי האוטונומיה של המערערים כלל לא נפגעה במקרה דנן, בקבעו כי קבוצת הנפגעים הם רק אלה אשר צרכו את המוצר בכמות שעלולה להיות מסוכנת, ואילו המערער 3 צרך כמות נמוכה מכך (סעיפים 45, 47 לפסק דינו).

לטעמי, ובניגוד לטענת המערערים, אין המדובר בהכרח בשני כתובים המכחישים זה את זה, ודומה כי אי הבהירות המתוארת נובעת מהעדר הבחנה ברורה בין עצם הפגיעה לבין שאלת הנזק. אין להתפלא על אי בהירות זו. מלאכת סיווגה של הפגיעה באוטונומיה היא מלאכה מורכבת המעוררת קשיים בלתי מבוטלים במישור העיוני, ובפרשה אחרת כבר עמדתי על כך ש"הפגיעה באוטונומיה מאחדת בחובה את העילה, את הסיבה ואת הנזק" (ראו בהרחבה פסק דיני בע"א 4576/08 בן צבי נ' היס, סעיפים 21-30 והאסמכתאות שם (7.7.2011) (להלן: עניין בן צבי)).

24. עיון בפסק דינו של בית משפט קמא מעלה כי סוגיית הפגיעה באוטונומיה נדונה תחת שאלת הנזק (סעיפים 41-42 לפסק דינו), ומסקנתו היתה כי מי שצרך כמות קטנה ולא מסוכנת של המוצר – לא סבל נזק, קרי לא נפגעה האוטונומיה שלו. זאת, למרות שקודם לכן, הביע בית המשפט דעתו כי הפיצוי ניתן בגין שלילת זכותו של הצרכן לבחור במוצר הראוי לו, כך שאין לכאורה צורך להוכיח נזק ממשי.

כאמור, פסק דינו של בית משפט קמא ניתן לפני שניתן פסק הדין בעניין תנובה ב' אשר הבהיר את הנושא. ניתן לומר כי עצם צריכת מוצר המכיל קדמיום אמנם מהווה פגיעה באוטונומיה של הצרכן, אולם בהעדר קיומו של נזק המתבטא בתחושות שליליות, פגיעה זו לא תצמיח זכות לפיצויים. בדרך זו צעדה השופטת חיות בעניין תנובה ב', בקבעה כי –

"[...] באי פירוט הסיליקון כאחד מרכיביו של המוצר שללה תנובה מן הצרכנים את האפשרות לבחור

ולהחליט באופן מושכל האם הם מעוניינים לרכוש ולצרוך אותו. די בכך על מנת להוכיח כי הפגיעה באוטונומיה נגרמה. שאלה אחרת היא השאלה האם די בכך כדי לבסס זכות לפיצוי או שמא יש להוסיף ולהראות כי נגרם לתובע גם נזק תוצאתי המתבטא בתחושות שליליות בשל כך שחופש הבחירה נשלל ממנו.

...

הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה ניתן בשל נזק תוצאתי סובייקטיבי המתבטא בתחושות של כעס, תסכול ועוד כיוצא באלה תחושות שליליות שמעוררת התנהגותו של המזיק" (סעיפים 36, 40 לפסק דינה).

במילים אחרות, הפגיעה באוטונומיה מקורה בהימצאות סליקון בחלב מבלי שהצרכנים יודעו על כך, אולם הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה אינו עומד על רגליו שלו בנפרד מפיצוי בגין נזק לא ממוני. רגשות הכעס, התסכול, הגועל וכיו"ב הן הביטוי לפגיעה באוטונומיה, ומבלעדיהן לא תתגבש עילת תביעה (וראו הערתי בעניין תנובה ב'). אמנם, השופטת חיות נכונה היתה להניח כי אדם שנפגעה האוטונומיה שלו חש רגשות של כעס, תסכול ועלבון, אולם הדגישה כי אין מדובר בחזקה חלוטה, ומקום בו נותר התובע שווה נפש ואדיש לכך, לא תקום לו זכות לפיצוי בגין ראש נזק זה (שם). ואכן, בסופו של דבר בעניין תנובה נפסק פיצוי רק לחברי הקבוצה שסבלו נזק לא ממוני בדמות רגשות שליליים שחוו עקב הפגיעה באוטונומיה.

גישה זו מתיישבת עם דבריה של השופטת נאור בעניין תנובה א' (עמ' 683), אשר כרכה את הפגיעה באוטונומיה ואת תחושת הגועל זו עם זו. כאמור, אף אני שותף לגישה זו, וכבר נזדמן לי להביע עמדתי בסוגיה זו בהרחבה בפרשות אחרות (ראו פסקי דיני בע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, סעיפים 12, 72-74 לפסק הדין (5.3.2012) (להלן: עניין קדוש); עניין בן צבי, שם; והשוו לדעתו החולקת של המשנה לנשיאה ריבלין באותן פרשיות; לדעה אחרת בספרות ראו גם צחי קרן-פז "פיצוי על פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות" המשפט 187 (תשס"ז); כן ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ג 436, ובפרט הסקירה בהערה 160 (2013) (להלן: ברק-ארז)). יש להזכיר כי בעקבות פסק הדין בעניין תנובה ב' הוגשה בקשה לדיון נוסף, אשר התמקדה בקביעה כי אין מקום לפסוק סעד לטובת צרכני החלב שהפגיעה באוטונומיה שלהם לא הייתה מלווה בתחושות שליליות. בקשה זו נדחתה על ידי הנשיא גרוניס, אשר לא שלל את האפשרות לקיים דיון נוסף בסוגיה זו במקרים אחרים (דנ"א 9416/11 עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל נ' ...

תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (31.5.2012); וראו גם החלטתה של הנשיאה ביניש בדנ"א 5636/11 היס נ' בן צבי (26.2.2012).

25. החשוב לענייננו, שלעת הזו עלינו לפסוע בדרכה של הלכת תנובה ב', וכדי לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה, עלינו לתור אחר נזק תוצאתי סובייקטיבי שנגרם עקב התנהגותו של המזיק. ודוק: שלא כפי שציין בית משפט קמא בפסק דינו, הרי שגם בפגיעה באוטונומיה יש להראות קשר סיבתי לנזק (להבדיל מקשר סיבתי ל"סיבתיות ההחלטה"). בנסיבות דנן, גם אם הימצאות הקדמיום במוצר בריכוז המדובר מהווה פגיעה באוטונומיה של הצרכן, לא די בכך, ועל התובעים-המערערים להצביע על קיומו של נזק בדמות רגשות שליליים כתוצאה מהפגיעה, ולא סגי בעצם הימצאות הקדמיום במוצר.

26. האמנם עלה בידי המערערים לבסס קיומו של נזק עקב צריכת המוצר?

בבקשתם לאישור התובענה הייצוגית אשר הוגשה לבית משפט קמא שלושה ימים לאחר פרסום הודעת משרד הבריאות שנתבררה לאחר מכן כמוטעית, טענו המערערים 1-2 כי הם "חוששים שנגרם נזק לבנם, כיוון שבתקופה האחרונה הוא סובל משלשולים והקאות חמורות" (סעיף 11 לבקשה מיום 11.12.2005). לאחר מכן הגישו המערערים ביום 17.12.2006 בקשה להוסיף סעיפים בבקשה לאישור התובענה כיייצוגית, ולא טענו בסעיפים הנוספים כי נגרמו להם תחושות שליליות. עם זאת, ולמרות הצורך לדייק ולתחם את הפלוגתאות בכתבי הטענות, אני נכון לראות את נימוקי הבקשה לתיקון ואת התצהיר שצורף לה, כחלק מהבקשה. בבקשתם המתוקנת זנחו המערערים את טענתם כי הם חוששים לבריאות בנם וכי הוא סבל משלשולים והקאות, ואף בעדותה בבית משפט קמא הבהירה המערערת 2 כי "אני לא באה להגיד שנגרם נזק [למערער 3 – י.ע.] או לא" (פרוטוקול, עמ' 15).

דומה כי לא בכדי זנחו המערערים את טענתם לנזק שנגרם לבנם, המערער 3, באשר אין חולק כי כמות מחית הגזר שהמערער 3 צרך לא הזיקה לו ואף לא העמידה אותו בצל סכנה כלשהי. ממילא, ככל שהמערער 3 סבל בשעתו משלשולים והקאות, אין לכך כל קשר סיבתי לצריכת המוצר של המשיבה.

חזרנו אפוא אל הטענה לקיומו של נזק לא ממוני.

27. המערערים מבקשים להסתמך על הלכת תנובה. לטענתם, כשם שבפרשת תנובה נקבע כי הימצאות הסיליקון בחלב מהווה פגיעה באוטונומיה של הצרכנים ששתו את החלב ללא תלות בקיומה של סכנה, כך דינו של הקדמיום במחית הגזר במקרה שלפנינו.

ולא היא. מאחר שבפגיעה באוטונומיה עסקינן, אכן פטורים המערערים מלהוכיח את הקשר הסיבתי במובן של "סיבתיות ההחלטה", קרי, האם היו נמנעים מלרכוש את המוצר אילו לא ההטעיה. אולם אין הם פטורים מלהוכיח את רכיב הנזק, וזאת, בניגוד למה שעשוי להשתמע מפסק דינו של בית משפט קמא. מכאן חשיבות השאלה אם אכן סבלו המערערים נזק עקב הפגיעה באוטונומיה, והאם יש בכלל צורך להוכיח נזק, או שמא עצם שלילת זכות הבחירה של הנפגע די בה כדי להקים את ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה?

28. למרות "הרהורי כפירה" שהועלו לגבי מהותה של הפגיעה באוטונומיה, הדעה המקובלת כיום היא שאין מדובר בעוולה אלא בראש נזק. זאת, למרות שסיווג זה אינו חף מקושי מושגי (כך נפסק לראשונה בע"א 2781/93 עלי דעקה נ' בית החולים כרמל, פ"ד נג(4) 526 (1999)). וראו גם פסק דיני בעניין בן צבי, סעיפים 21-29 והאסמכתאות שם, והשוו לדעתו של המשנה לנשיאה ריבלין בסעיף 54 לפסק דינו; וכך אושרר לאחרונה בעניין קדוש, סעיפים 12, 72-73 והאסמכתאות שם (והשוו לדעתו של המשנה לנשיאה בסעיפים 31-38 לפסק דינו); וראו גם אצל ברק-ארז, שם).

בעניין תנובה ב' נשללה הגישה האובייקטיבית המזהה את הנזק עם עצם שלילת כוח הבחירה, ועל דעת כל חברי ההרכב נפסק כי לא סגי בשלילת זכות הבחירה בלבד על מנת להוכיח נזק, ועל התובע הייצוגי להראות כי נגרם לו גם נזק תוצאתי-סובייקטיבי המתבטא בתחושות שליליות כמו כעס, תסכול, עלבון וכיוצא באלה בשל שלילת חופש הבחירה. בעניין קדוש הביע המשנה לנשיאה השופט ריבלין את הדעה לפיה:

"התיחום הנדרש צריך שיעשה לא באמצעות תיחום חומרתו וממשותו של הנזק כי אם בדרך של תיחום הפגיעה. שומה על בתי המשפט לפתח מערכת של איזונים, המיוחדים ומותאמים לראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, שהראשון שבהם הוא תיחום הפגיעה המזכה בפיצוי; רק פגיעה בליבה של זכות הבחירה, "ב'גרעין הקשה' של זכות האדם המקדשת את האוטונומיה" (כאמור בהלכת ברודיה צבי) ובעניין מהותי תזכה את התובע בפיצוי משמעותי. דוגמא לפגיעה כזו ניתן למצוא, כאמור, בטיפול הרפואי, ה"מצוי בגרעין

הקשה של זכותו זו של כל אדם לשלוט בחייו", שכן "עשויה להיות לו השפעה ישירה, ולא פעם בלתי הפיכה, הן על אורך חייו והן על איכות חייו" (הלכת דעקה, בעמ' 532). דוגמא נוספת היא פגיעה ביכולתו של אדם לטוות את סיפור חייו" (הלכת אבו חנא) (שם, פסקה 39, הדגשות במקור – י.ע.).

ודוק: גם לשיטתו של השופט ריבלין, לא ניתן לוותר על יסוד הנזק, ואף הוא מצטרף לדעה השוללת את הגישה האובייקטיבית לפיה הנזק זהה לעצם שלילת כוח הבחירה:

"אכן, תיחום נוסף נעשה באמצעות יסוד הנזק, אשר קיומו חיוני כשמצויים אנו בגדרה של עוולת הרשלנות.

[...] הגישה האובייקטיבית להערכת גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה נדחתה על-ידי השופטת חיות בעניין תנובה, בסעיף 40 לחוות דעתה. זוהי גם גישתי. אף אני סבור כי אין לפסוק פיצוי סטנדרטי בגין פגיעה זו. הפיצוי צריך שיהיה אינדיבידואלי, בהתחשב בהפרה הקונקרטית ובנסיבותיה... ככלל ניתן לקבוע, כי ככל שהמידע שלא נמסר חשוב יותר וככל שהאינטרס הנפגע קרוב יותר לליבת הזכות ומשפיע עליה בצורה משמעותית יותר – כך יגדל הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה... הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה הוא, איפוא, פיצוי אינדיבידואלי בגין נזק תוצאתי, פיצוי בגין פגיעה באינטרסים אישיותיים שחזקה עליו, על הנזק, שנגרם ושהוסב בעת שנגרמה פגיעה בליבת הזכות לאוטונומיה ובעניין מהותי" (שם, פסקאות 40, 42) (הדגשה הוספה – י.ע.).

29. ומהתם להכא. בית משפט קמא קבע כי אלה שצרכו את המוצר בכמות קטנה, בכללם המערערים, כלל לא סבלו נזק של פגיעה באוטונומיה או עוגמת נפש. אף לאחר שהתרשם מעדותה של המערערת 2 בחקירתה הנגדית, נמנע בית משפט קמא מלקבוע כי היא סבלה נזק תוצאתי. בכך שונים פני הדברים מנסיבותיה של פרשת תנובה, שם אימץ בית המשפט המחוזי את גרסתו של התובע הייצוגי, וקבע, תוך התבססות על עדותו, כי הוא חווה תחושות של גועל, חרדה, כעס ורוגז (ת.א. (מחוזי ת"א) 1372/95 יורשי המנוח תופיק ראבי ז"ל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (7.10.2008), סעיף 57 לפסק הדין, כמוזכר גם בעניין תנובה ב' בסעיף 40 לפסק הדין).

30. משנקבע על פי חוות דעתו של פרופ' ינאי כי קדמיום נמצא כמעט בכל חומר ביולוגי, קשה להלום כי הידיעה על הימצאות קדמיום בשיעור כלשהו במוצר, גורמת מניה וביה לנזק לא ממוני, שעה שמוסכם על הכל כי הכמות שנצרכה אינה טומנת

בחובה סיכון כלשהו. אמנם, כפי שציינה השופטת חיות בעניין תנובה ב' (שם), ניתן להניח כי אדם שנפגעה האוטונומיה שלו חש רגשות שליליים. ברם, כפי שהדגישה השופטת חיות, אין המדובר בחזקה חלוטה. במקרה דנן בית משפט קמא קבע כי תחושות שליליות נגרמו רק למי שצרך כמות מסוכנת, וכי המערערים לא סבלו נזק ולא סבלו מעגמת נפש. אולם, אף אם אניח כי תחושות שליליות יכולות להתעורר גם כאשר לא בכמות מסוכנת עסקינן, הרי שבמקרה דנן, תחושות החרדה שנגרמו למערערים לטענתם, היו נוכח ההודעה של משרד הבריאות שנתבררה בדיעבד כמוטעית. בנסיבות אלו הוקהתה עוקצה של הפגיעה במערערים, באשר מידע מאוחר שנודע לצרכן, ולפיו מתברר כי אין סיכון במוצר שצרך, יכול להשפיע על עצמת הפגיעה באוטונומיה ולהפוך אותה זניחה.

31. סיכומו של דבר, שאף אם הימצאות הקדמיום בריכוז המדובר עולה כשלעצמה כדי הטעיה לפי חוק הגנת הצרכן, ואף אם יש בכך משום פגיעה באוטונומיה של המערערים, הרי משלא סבלו נזק תוצאתי-סובייקטיבי, דין ערעורם בנקודה זו להידחות.

#### טענות נוספות

32. כפי שפורט לעיל, המערערים העלו מספר טענות נוספות, בין היתר בנוגע להנחיות משרד הבריאות; להתנהלות המשיבה לאחר הבדיקה הראשונה; לכמות הצנצנות ששווקו; לרשלנות מצד המשיבה; ולסעד הנתבע.

33. אומר בקצרה כי דין הטענות להידחות.

בית משפט קמא בחן את התנהלות המשיבה לאור חומר הראיות הכתוב ולאחר ששמע את העדויות השונות, וקבע כי המשיבה לא ידעה ולא היה עליה לדעת כי כמות הקדמיום במוצר היא מעל 100 ppb (כזכור, בתעודת הבדיקה מארצות הברית שצורפה למשלוח נאמר כי כמות הקדמיום קטנה מ-50 ppb); כי המשיבה פעלה בהתאם להוראות משרד הבריאות, אשר מצדו לא הורה על הסרת המוצר מן המדפים אלא לאחר קבלת תוצאת בדיקת מכון התקנים הראשונה; וכי אין לקבל את טענת המערערים כי ניתן היה להאיץ במכון התקנים ולזרז את מתן התוצאות. קביעות אלה הן קביעות שבעובדה המבוססות על חומר הראיות, ואיני רואה מקום לסטות מהן.

הוא הדין לגבי טענת המערערים לגבי הנחיות משרד הבריאות. עמדנו על כך שעמדנו של משרד הבריאות באשר לריכוז הקדמיום המותר לקתה בחוסר עקביות,

וכפי שפורט בפסק דינו של בית משפט קמא, המוצר נבדק בארצות הברית, תעודת בדיקה מתאימה צורפה, והמשיבה הוסיפה ופעלה בהתאם להנחיותיו של משרד הבריאות למן קבלת תוצאות בדיקת המעבדה בחיפה ואילך. אף לא למותר להזכיר כי על פי עמדת משרד הבריאות עצמו, נכון לנובמבר 2010 לא נקבע כל תקן ישראלי מחייב לגבי כמות הקדמיום המותרת במחית פירות או ירקות (עדותו של מהנדס המזון מטעם משרד הבריאות, פרוטוקול בעמ' 9). זאת, יש לומר, אף שהמחוקק ומחוקק המשנה מצאו לנכון לעסוק בשיעורי הקדמיום בשורה של הקשרים אחרים (ראו, בין היתר: חוק אוויר נקי, תשס"ח-2008; חוק הגנת הסביבה (פליטות והעברות לסביבה – חובות דיווח ומרשם), תשע"ב-2012; תקנות בריאות העם (איכותם התברואית של מי שתייה ומיתקני מי שתייה), תשע"ג-2013; תקנות בריאות העם (תקני איכות מי קולחין וכללים לטיהור שפכים), תש"ע-2010; תקנות הבטיחות בעבודה (ניטור סביבתי וניטור ביולוגי של עובדים בגורמים מזיקים), תשע"א-2011); ותקנות המים (מניעת זיהום מים) (מתכות ומזהמים אחרים), תשס"א-2000). זאת, אף לעומת החומר כספית, לגביו מצא מחוקק המשנה לקבוע תקן המתייחס למזון - תקנות בריאות הציבור (מזון) (תכולת כספית בדגים), תשל"ט-1979. אשר על כן, ולאור מסקנותיו של בית משפט קמא לפיהן לא נפל פגם בהתנהלות המשיבה, אף אין בטענת המערערים לרשלנות המשיבה כדי להושיעם, מה גם שבהיעדר נזק ממנו סבלו המערערים, ממילא לא עלה בידם לבסס את היסודות הנדרשים לשם גיבוש עילת תביעה.

34. לבסוף, באשר לשאלת הסעד הנתבע, משעה שקבענו כי עצם צריכת המוצר אין בה כשלעצמה כדי לבסס קיומו של נזק תוצאתי-סובייקטיבי, ממילא טענת המערערים כי היה מקום לפסוק פיצוי לטובת הציבור בגין כל הצנצנות שנרכשו – דינה להידחות. אשוב ואבהיר כי בניגוד לטענת המערערים, אין הדבר עומד בסתירה להלכת תנובה, אלא דווקא מתיישב עמה היטב.

סיכום וסוף דבר

35. הראינו כי נסיבות המקרה שבפנינו שונות עד מאוד מנסיבות המקרה בעניין תנובה, כך שספק אם במכלול נסיבות המקרה דנן יש להכיר בתביעה בגין פגיעה באוטונומיה.

בהמשך, מצאנו כי המערערים 1-2 האכילו את המערער 3 כמות ממוצעת של 2 צנצנות לחודש, בעוד שבהודעה של משרד הבריאות דובר על כמות של 2 צנצנות יחד מדי יום במשך שבוע, כך שהמערער 3 לא היה בתחום הסכנה, ואף לא קרוב לכך. למרות



זאת, הנחנו כי נוכח כמות הקדמיום במוצר, שיווק המוצר עולה כדי הטעיה לפי סעיף 2(א)(4) לחוק הגנת הצרכן, ויש בכך משום פגיעה באוטונומיה של המערערים.

פסענו בדרכה של הלכת תנובה ופנינו לבחון האמנם הפגיעה באוטונומיה של המערערים גרמה להם לתחושות שליליות. בית משפט קמא נמנע מלקבוע ממצא בדבר קיומו של נזק תוצאתי-סובייקטיבי, ומפסק דינו עולה כי רק מי שצרך כמות מסוכנת עשוי לסבול מעגמת נפש. אולם גם בהנחה שאנו מקבלים את טענת המערערים לקיומן של תחושות חרדה, הרי שנתברר בדיעבד כי אלו נסמכו על הודעת משרד הבריאות שנתבררה כמוטעית. משלא עלה בידי המערערים לבסס קיומו של נזק תוצאתי-סובייקטיבי, דין ערעורם להידחות.

על רקע זה, נוכח הקושי הנוסף עליו עמד בית משפט קמא באשר לזיהוי חברי הקבוצה המיוצגת והוכחתה, ובהעדר טענה בעניין זה מצד המערערים, מקובלת עלי מסקנתו של בית משפט קמא כי אין מקום לנהל את תביעתם של המערערים כתביעה ייצוגית.

36. לפני סיום אדגיש כי המקרה שבפנינו מיוחד בכך שהתביעה הוגשה בנוגע לחומר שאין חולק על מסוכנותו, אך שנטען ולא נסתר, כי הוא מצוי באופן טבעי כמעט בכל חומר ביולוגי; בהיעדר תקן או הנחייה מחייבים לגבי כמות החומר במוצר; ובהיעדר נזק תוצאתי-סובייקטיבי, אשר טענה לקיומו לא רק שלא הועלתה מפורשות בבקשה לאישור התובענה כייצוגית, אלא שטענה כאמור נסמכה על בסיס עובדתי שנתברר, בדיעבד, כשגוי. מכאן, שאין בתוצאת פסק דינו כדי לחסום בעתיד, כטענת המערערים, תביעות ייצוגיות דומות הנסבות על "מזון פגום לפעוטות".

אשר על כן, אמליץ לחבריי לדחות את הערעור, ובנסיבות העניין ללא צו להוצאות.

37. הערעור שבפנינו אינו פשוט כפי שעולה מחוות דעתה החולקת של חברתי השופטת ארבל, במיוחד מאחר שבמזון לתינוקות עסקינן. להלן, אתיחס בקצרה למספר נקודות שעלו בחוות דעתה של חברתי.

הנימוק הראשון בגינו סברתי כי יש לדחות את הערעור, אינו בשל היות הפגיעה בגדר זוטי דברים. כפי שצינתי בראשיתו של פרק הדיון וההכרעה, ככל שהמערערים אכן חוו תחושות שליליות לזמן קצר (וכאמור, בית משפט קמא נמנע

מלקבוע זאת), הרי שמדובר בתחושות אשר נבעו ממצג עובדתי שנתכרר כדיעבד כשגוי. זאת, שהרי התביעה הוגשה על בסיס האמור בהודעת משרד הבריאות הראשונה והפרסום ב-Ynet שבא בעקבותיו (כזכור, פרסומים אלה התייחסו לתוצאות בדיקת המעבדה השגויות, אשר הצביעו בטעות על ריכוז קדמיום הגבוה בשיעור של פי 15 לערך מהכמות שנמצאה במוצר בפועל). השאלה אם מדובר בפגיעה העשויה להיחשב זוטי דברים היא חוליה הממוקמת לאחר הדיון בעצם הפגיעה. בהקשר זה ציינתי כי אם בכלל מדובר בפגיעה, הרי שעוצמתה נמצאת על הצד הנמוך, ובהתחשב בכך שמדובר בסוג בנזק שמלכתחילה אינו קל לכימות ויש בו היבט אינדיבדואלי-סובייקטיבי בעל משקל, הרי שהפגיעה עשויה להיחשב כזוטי דברים (פיסקה 16 לעיל).

38. איני שותף לעמדתה של חברתי כי תוצאות המעבדה השגויות הן נטולות נפקות (פסקה 19 לחוות דעתה). אכן, גם בבדיקות שנערכו לאחר מכן נמצא ריכוז גבוה של קדמיום, אולם לטעמי, אין דינן של תחושות שליליות הנובעות מצריכת מוצר בו ריכוז הקדמיום הוא פי 40 מהמותר, כדינן של תחושות שליליות הנובעות מצריכת מוצר בו ריכוז הקדמיום הוא פי שניים מהמותר. זאת, בפרט שעה שהמערערים עצמם כלל אינם טוענים כי המערער 3 נפגע בשום צורה ואופן, ואף אין חולק כי לאור הכמות שנצרכה על ידי המערער 3 גם לא יכולה היתה להיגרם לו פגיעה כלשהי. בהקשר זה לא למותר לשוב ולהזכיר כי המערערים 1-2 זנחו את טענתם הראשונית לפיה חששו לבריאות בנם אשר סבל מהקאות ושלשולים. כאמור, ככל שהפעוט סבל מהקאות ושלשולים, ברי כי אין לדבר קשר לריכוז הקדמיום שנמצא במוצר. ניתן להבין, אפוא, מדוע נזנחה טענה זו בהמשך הדרך, ואף דומה כי הימנעותו של בית משפט קמא מלקבוע כי המערערים 1-2 סבלו מתחושות שליליות בגין עצם הימצאות הקדמיום במוצר, מדברת בעד עצמה.

39. חברתי ציינה כי העובדה שמדובר בחומר המצוי באופן טבעי במוצר, אינה מעידה בהכרח על רמת חומרה פחותה ממקרה בו הוחדר למזון חומר על ידי היצרן. תימוכין לדבריה מוצאת חברתי בפרשת רמדיה הידועה (ת"פ (שלום פ"ת) 2613/08 מדינת ישראל נ' בלק (21.3.2013)). אף ששותף אני לדברים במישור העקרוני, איני סבור כי הנדון דומה לראיה. בפרשת רמדיה דובר בהוצאת רכיב התיאמין - שהוא רכיב חיוני לחיים שאינו מיוצר בגוף האדם - מתערובת הויטמינים אשר נוספה דרך קבע למוצר, ובניגוד להוראות גורמי הפיקוח והרגולציה. בכך שונות בתכלית נסיבותיה של פרשת רמדיה מנסיבות המקרה דנן, שלא להזכיר את התוצאות הטראגיות של אותה פרשה וההליך הפלילי שנפתח בעקבותיה.

40. לבסוף, חברתי סבורה כי אף אם לא נגרם למערערים כל נזק, הרי שיש מקום להחליף את התובעים הייצוגיים בהתאם להוראת סעיף 8(ג)(2) לחוק תובענות ייצוגיות. בנקודה זו דעתי כדעתו של בית משפט קמא. הצורך להתחקות אחר רוכשי המוצר מהאצווה הרלוונטית, הכמות שרכשו מאותה אצווה, הכמות היומית/השבועית שהאכילו את תינוקם מאותה אצווה, ומשקל תינוקם בעת הרלוונטית – מעורר קשיים פרגמטיים ניכרים. כפי שקבע בית משפט קמא, משלא הוצע על ידי המערערים מנגנון מתאים לשם זיהוי חברי הקבוצה, אין לומר כי הדרך לבירור התביעה כתביעה ייצוגית היא הדרך "היעילה וההוגנת", כלשון סעיף 8(א)(2) לחוק.

ש ו פ ט

#### השופטת ע' ארבל:

1. פסק הדין מושא הערעור שבפנינו עניינו אישורה של תובענה ייצוגית. בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטת ר' רונן) דחה את בקשתם של המערערים לאשר תובענה ייצוגית מכוח עילה המעוגנת בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן). קראתי את חוות דעתו המקיפה של חברי, השופט י' עמית, אך לצערי מתקשה אני להצטרף למסקנתו. לטעמי המקרה שבפנינו מצדיק את אישורה של תביעת המערערים כתביעה ייצוגית. מאחר שחברי פרס יריעה רחבה, אמקד דברי בהבהרת עמדתי כי המקרה שלפנינו אכן מתאים להתברר כתובענה ייצוגית, ומשכך דין הערעור להתקבל.

אישור תובענה ייצוגית צרכנית במקרה של פגיעה באוטונומיה

2. העניין שבפנינו משלב מספר תחומי משפט שיש להידרש אליהם על מנת להכריע בערעור. התחום הראשון, במעגל החיצוני, עוסק באישור תובענה ייצוגית בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות). התחום השני עניינו בתביעה צרכנית בהתאם לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן). התחום השלישי, במעגל הפנימי, עוסק בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה. נבחן את ההסדרים החלים על מעגלים אלו תוך יישום הדברים על המקרה שבפנינו.

3. מוסד התובענה הייצוגית מעוגן החל משנת 2006 בחוק תובענות ייצוגיות הקובע כללים אחידים לעניין ניהול תובענות ייצוגיות. חשיבותה של התובענה הייצוגית הוכרה במשפט מקדמת דנא ועוגנה בפסיקת בית משפט זה ככלי משפטי למימוש תביעה אישית במקרים בהם היחיד אינו יכול או שלא כדאי לו להגישה:

“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” (השופטת פרוקצ'יה בע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, פ"ד נז(4) 673 (2003) (להלן: עניין תנובה א')).

לצד זאת נתן בית המשפט את דעתו גם לסכנות הכרוכות בניצול לרעה של ההליך או בשימוש בו במקרים שאינם מתאימים (ע"א 1509/04 דנוש נ' Chrysler corporation, פסקה 12 (22.11.07) (להלן: עניין דנוש)).

4. על פי חוק תובענות ייצוגיות, בשלב בו נדרש בית המשפט לאשר תובענה ייצוגית עליו לבחון התקיימותם של חמישה תנאים:

א. עילת התביעה נמנית על העילות המוזכרות בחוק כעילות שניתן להגיש בגינן תובענה ייצוגית (סעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות).  
 ב. התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה (סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות).  
 ג. יש אפשרות סבירה שהשאלות הנדונות יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה (שם).  
 ד. תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין (סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות).  
 ה. קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה יוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב (סעיף 8(א)(3)-8(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות) (רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, פסקה 9

לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין (5.7.12) (להלן: עניין עמוטי)).

לכך יש להוסיף כי על פי חוק תובענות ייצוגיות התנאי, שהיה קיים בעבר, לפיו נדרשת עילת תביעה אישית אינו הכרחי לשם אישור תובענה ייצוגית. כיום, כאשר לתובע אין עילת תביעה אישית, מורה החוק לבית המשפט להחליף את התובע המייצג במקום לדחות את התובענה מקום בו מתקיימים יתר התנאים לאישור התובענה (סעיף 8(ג)(2) לחוק תובענות ייצוגיות; עניין עמוטי, פסקה 9 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין; עניין דנוש, פסקה 12).

5. ביישום התנאים על העניין דנן נראה כי הצדדים אינם חלוקים על התקיימותם של התנאי הראשון, השני והחמישי, כמפורט לעיל, לצורך אישור התובענה הייצוגית. המחלוקת מתמקדת למעשה בעיקר בשאלה האם ישנה אפשרות סבירה שהשאלות הנידונות יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה, והאם התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין. כן ישנה מחלוקת בין הצדדים האם למערערים ישנה עילת תביעה אישית. יש לציין שבית המשפט המחוזי סבר כי ישנה אפשרות סבירה להכרעת התביעה לטובת הקבוצה, אך מנגד קבע כי למערערים אין עילת תביעה אישית וכי התובענה הייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה בנסיבות המקרה. נראה כי חברי, השופט עמית, חולק אף על התקיימותו של תנאי האפשרות הסבירה להכרעת התביעה לטובת הקבוצה. לפיכך אדרש לשלוש הסוגיות הללו.

האם קיימת אפשרות סבירה להכרעת התביעה לטובת הקבוצה?

6. לפני שנפנה לבדוק את עילת התביעה הרלוונטית יש לציין כי מצויים אנחנו בשלב מקדמי של בקשה לאישור תובענה ייצוגית. בשלב זה יש לאזן בין הרצון שלא לחשוף את הנתבעים לסיכונים הנובעים מאישור תובענה ייצוגית מקום בו אין סיכוי סביר להכרעת התובענה כנגדם, לבין הרצון שלא להכביד יתר על המידה על התובעים הייצוגיים בשלב מקדמי זה, וחוסר היעילות שבקיום דיון כפול במסגרת בקשת האישור ובמסגרת הדיון בתביעה לגופה (ראו עניין עמוטי, פסקאות 15-12 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין). הפסיקה הורתה, אם כן, כי מבחינה ראייתית על התובע להוכיח כבר בשלב המקדמי כי קיימת תשתית ראייתית מספקת שמקימה סיכוי סביר להכרעה לטובתו (ראו למשל ע"א 458/06 שטנדל נ' חברת בזק בינלאומי בע"מ (6.5.09)). בית המשפט נדרש לבחון, כלשון החוק ובהתאם לתשתית הראייתית שהוצגה, את קיומה של

אפשרות סבירה להכרעת התביעה לטובת הקבוצה. לא פחות ולא יותר (ראו עניין עמוסי, פסקה 15 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין; עניין דנוש, פסקה 14).

7. המטריה בה עוסקת תביעתם של המערערים הינה הגנת הצרכן. על מפגש העקרונות בין שני תחומי משפט אלו, הגנת הצרכן ותובענות ייצוגיות, עמד בית משפט זה בעבר. אחד מיתרונותיה המרכזיים של התביעה הייצוגית הינו האפשרות לממש זכות תביעה אישית מקום בו ליחיד אין כדאיות או יכולת להגישה. עוד מסייעת התובענה הייצוגית בקידום האינטרס הציבורי באכיפה יעילה של החוק והרתעת בעלי שליטה והון מניצול כוחם העודף. התובענה הייצוגית אף מביאה לחיסכון במשאבים שיפוטיים (ראו ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל, פסקה 21 (4.12.11) (להלן: עניין תנובה ב')). כפי שציינה השופטת חיות בעניין תנובה ב', אחד התחומים המובהקים בו באים לידי ביטוי יתרונותיה של התביעה הייצוגית הינו דיני הגנת הצרכן. דינים אלו באים להתערב במערכת כוחות בלתי שוויונית הנוצרת פעמים רבות במסגרת עסקה צרכנית בין הצרכן הבודד לעוסק שהוא בעל יתרון כלכלי ובעל המידע (עניין תנובה ב', פסקה 22; ע"א 7808/06 לוי נ' מדינת ישראל – משרד השיכון, פסקה 13 (20.8.12) (להלן: עניין לוי); עניין עמוסי, פסקה 18). לעיתים קרובות מימוש זכות התביעה על ידי צרכן בודד אינו כדאי. כך, הצרכן אינו יכול לממש את זכויותיו, ואף האינטרס הציבורי יוצא נפסד מהרתעת החסר ומאכיפת החסר של החוק. דיני התובענות הייצוגיות נותנים מענה אמיתי וממשי לקשיים אלו. עם זאת, התובענות הייצוגיות הצרכניות מעוררות קשיים כאלו ואחרים שעל בתי המשפט להתמודד עימם. לטעמי על בתי המשפט לעשות מאמץ על מנת להתגבר על קשיים אלו על מנת לאפשר ולעודד תביעות אלו מקום בו הן מוצדקות מבחינת האינטרס הצרכני והאינטרס הציבורי באכיפת דיני הגנת הצרכן. זאת, כמובן, מבלי לפגוע באינטרסים הלגיטימיים של העוסקים. עמד על כך בית משפט זה בעניין תנובה ב':

"ראוי לציין כי ככל שבתובענה ייצוגית עסקינן נדרש בית המשפט לשלב בדין הנזיקין שאותו הוא מחיל עקרונות וכללים השאובים מתחום ייחודי זה של תובענות ייצוגיות, אשר בו מתעוררים לא אחת קשיים מעשיים באיתור חברי הקבוצה ובמתן פיצוי לכל אחד מחבריה וכן קשיים בהוכחת הקשר הסיבתי ובהוכחת הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה. עוד ייתכנו מקרים שבהם אילו הגיש תובע בודד תביעה כספית בגין עוולה צרכנית היתה תביעתו נדחית בשל זניחות הסעד שהוא בבחינת זוטי דברים ואינו מצדיק פיצוי על פי דין הנזיקין הכללי (ראו סעיף 4 לפקודת הנזיקין). לעומת זאת, ככל שמדובר בעוולה צרכנית אשר התבצעה כלפי

קבוצה שלימה של צרכנים ולא רק כלפי אותו תובע כודד, יידרש בית המשפט להשקיף באופן שונה על הסעד הנתבע בשם הקבוצה במסגרת תובענה ייצוגית. במקרה כזה יידרש בית המשפט לבחון את התובענה הייצוגית ואת הסעד שנתבקש בה תוך שהוא מביא בחשבון את העקרונות שביסוד הליך ייחודי זה אשר נועד, בין היתר, ליתן מענה לאכיפת-חסר במקרים שבהם הסעד בתביעה האינדיבידואלית הוא סעד זניח. בדונו בתובענה ייצוגית לא יוכל אפוא בית המשפט לצמצם עצמו לבחינת הסעד על פי דיני הנזיקין הכלליים החלים על תביעה אינדיבידואלית ויהא עליו לשלב בהכרעתו עקרונות וכללים שאובים מדיני התובענות הייצוגיות" (עניין תנובה ב', פסקה 28).

8. המערערים הגישו תביעה במספר עילות. איני סבורה כי יש להתערב במסקנותיו של בית המשפט המחוזי שדחה את מרבית העילות. אתמקד, אם כן, כפי שעשה חברי, בעילת ההטעיה לפי סעיף 2(א)(1), (4) לחוק הגנת הצרכן, שזו לשונו:

#### 2. איסור הטעיה

(א) לא יעשה עוסק דבר - במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת, לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה - העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי בעסקה (להלן - הטעיה); בלי לגרוע מכלליות האמור יראו ענינים אלה כמהותיים בעסקה:

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

...

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

על מנת להגיש תביעה נזיקית בעוולת הטעיה יש לצרף לדיון את סעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן הקובע כי "דין מעשה או מחדל בניגוד לפרקים ב', ג', ד' או ד'1 כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]". מהצירוף בין שני הסעיפים עולה כי על הצרכן התובע את העוסק בגין הטעיה להוכיח את מרכיביה של עוולה נזיקית: יש להראות כי העוסק הפר את איסור ההטעיה שבסעיף 2 לחוק הגנת הצרכן; יש להראות כי לצרכן נגרם נזק; ויש להוכיח קשר סיבתי בין ההטעיה לבין הנזק (ראו דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385, 411 (2003); עניין לוי, פסקה 14). נבחן כעת התקיימותם של יסודות אלו במקרה שבפנינו.

האם הפרה המשיבה את איסור ההטעיה?

9. איסור ההטעיה הצרכנית הוא אחת ההוראות המרכזיות בחוק הגנת הצרכן. מטרתה של הוראה זו היא ההגנה על הצרכן כצד החלש בעסקה. יש לפרש את איסור

ההטעיה בהתאם למטרה זו (להרחבה בנושא זה ראו סיני דויטש דיני הגנת הצרכן – כרך ב' 39 ואילך (2012) (להלן: דויטש)). מהי הטעיה? הטעיה היא הצהרה כוזבת, כאשר נוצר פער בין הדברים הנאמרים או המוסתרים לבין המציאות (רע"א 2837/98 ארד נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נד(1) 600, 607 (2000); דויטש, בעמ' 119). ההטעיה בה עוסק סעיף 2 נוגעת לעניין מהותי לעסקה בלבד. דרישה זו באה לפטור את העוסק מאחריות בגין מקרים של זוטי דברים. לא ניתן כמובן להטיל אחריות על העוסק בגין כל אי דיוק שמוצג לצרכן. עם זאת, כוונת החוק אף לא היתה להגביל את איסור ההטעיה להטעיות חמורות משקל בלבד, וניתן ליתן לחומרת ההטעיה משקל בבואנו לפסוק את גובה הפיצוי (ראו דויטש, בעמ' 126).

10. ההטעיה בה עסקינן במקרה זה הינה הטעיה במחדל הנובעת מאי גילוי עניין שהוא מהותי לעסקה. קיימת מחלוקת בין המלומדים בתחום האם נדרשת חובת גילוי על מנת לבסס הטעיה במחדל, או שמא על העוסק קיימת חובת גילוי כללית של פרטים מהותיים עבור הצרכן, ואין לדרוש חובת גילוי חקוקה כלשהי (ראו דויטש, בעמ' 394, ומנגד אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט 400 (2002) (להלן: אורנה דויטש)). מבלי להכריע בנקודה זו, הרי שסעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן מכיל רשימה ארוכה של פרטים שיחשבו כעניינים מהותיים לעסקה, וודאי שנדרש גילוי פרטים אלו על ידי העוסק, כאשר הסתרתם תהווה הטעיה במחדל.

11. בית המשפט המחוזי קבע כי המשיבה הפרה את איסור ההטעיה הקבוע בסעיף 2 לחוק הגנת הצרכן. אני שותפה לעמדה זו. קדמיום הינה מתכת כבדה המצויה ברמות נמוכות בקרקע ובמים. מדובר בחומר שצריכה ממושכת של מזון או מים המזוהמים בו עלולה לגרום למחלות קשות. כמו כן הוא ידוע כחומר מסרטן (ראו באתר משרד הבריאות: [http://www.health.gov.il/UNITSOFFICE/HD/PH/FCS/CONTAMINANTS/Pages/heavy\\_metals.aspx](http://www.health.gov.il/UNITSOFFICE/HD/PH/FCS/CONTAMINANTS/Pages/heavy_metals.aspx)). בהנחיית משרד הבריאות מיום 13.1.09, שאינה חלה על המקרה הנידון, נקבעו רמות קדמיום מותרות במזון לתינוקות שביין 5.6 PPB ל-12 PPB. בחקיקה ישנן הוראות שונות הנוגעות לרמת הקדמיום המותרת במוצרים שונים. כך למשל קובעת תקנה 39 לתקנות רישוי עסקים (תנאים תברואיים לעסקים לייצור מזון), התשל"ב-1972 כי חלק ציוד או ריהוט הבאים במגע ישיר עם מזון או עם מים לא יכילו כלל קדמיום (עוד ראו תקנות בריאות העם (מים מינרליים ומי מעיין), התשמ"ז-1986; תקנות רישוי עסקים (תנאי תברואה נאותים לבתי אוכל), התשמ"ג-1983, ועוד).



12. ברי, אם כן, כי הימצאות של קדמיום ברמה גבוהה מהמצופה במוצר מזון הינה בגדר פרט מהותי הדורש גילוי על ידי העוסק, הן מאחר שמדובר בפרט הנוגע לטיב או מהות הנכס (סעיף 2(א)(1) לחוק הגנת הצרכן), והן מאחר שמדובר בסיכון הכרוך בנכס (סעיף 2(א)(4) לחוק הגנת הצרכן). האם הוכחה אפשרות סבירה כי יקבע, במסגרת הליך התובענה הייצוגית, שרמת הקדמיום במוצרי המשיבה דרשה את גילויה לצרכן? לטעמי התשובה לכך חיובית, וזאת גם בהעדר תקן מחייב בסוגיה.

ראשית, ובניגוד לקביעת בית המשפט המחוזי, אני סבורה כי הוצגה תשתית ראייתית מספקת לשלב זה של הדיון לצורך הוכחת אפשרות סבירה כי ייקבע שכמות הקדמיום במוצר עולה על זו שהותרה בהנחיות משרד הבריאות. בפני בית המשפט המחוזי הוצגו שני מכתבים מטעם משרד הבריאות ליבואני מזון לתינוקות וילדים, לפיהם הכמות המקסימלית של קדמיום במזון זה הוא גבול רגישות השיטה. דהיינו, הימצאות קדמיום במזון לתינוקות הינה לכאורה בניגוד להנחיית משרד הבריאות. נציג משרד הבריאות שהעיד בפני בית המשפט קמא אישר כי מדובר במכתבים מחייבים. אני סבורה כי יש להוכיח שהמכתבים הגיעו לידיה של המשיבה. במסגרת אחריותו של יבואן עליו לבדוק מול משרד הבריאות מהן ההנחיות החלות על המוצרים אותם הוא מייבא. יתרה מכך, גם אם נסכים עם הקביעה שגישת משרד הבריאות בעניין לא היתה קוהרנטית, הרי שגם לפי ההנחיה הכי מקלה עם המשיבה אין לשווק מוצר שבו מצוי ריכוז של מעל 50 PPB קדמיום. אין חולק כי הצנצנות המדוברות הכילו קדמיום ברמה הגבוהה מזו (בבדיקות נמצא ריכוז ממוצע של 130 PPB). יודגש כי אף העדה מטעם המשיבה הודתה כי משרד הבריאות בדק שבמסמכי המוצר ריכוז הקדמיום נמוך מ- 50 PPB ורק אז שחרר את המוצר למכירה (עמ' 25 לפרוטוקול). דהיינו, אף המשיבה היתה מודעת לכך שדרישת משרד הבריאות אינה מתירה ריכוז קדמיום כמו זה שנמצא במחיות הנידונות. יש להדגיש כי בעקבות החריגה ברמות הקדמיום הורד המוצר מהמדפים בהוראת משרד הבריאות, הוראה שנציג משרד הבריאות העיד כי היתה נכונה גם בהתחשב בטעות שבוצעה בבדיקות השניות במכון התקנים (עמ' 5, 12 לפרוטוקול).

שנית, גם אם נתעלם מהנחיות משרד הבריאות, הרי שכפי שקבע בית המשפט המחוזי הוכח כי רמת קדמיום כמו זו שנמצאה בצנצנות הנידונות עשויה להיות מסוכנת. על פי חוות הדעת שהובאה מטעם המשיבה, הנחיות ארגון הבריאות העולמי (WHO), מתירות להיחשף ל-1 מיקרוגרם קדמיום לק"ג משקל-גוף ליום. בצנצנת מחית גזר מהסדרה בגינה הוגשה התביעה ישנו ריכוז של כ-14 מיקרוגרם קדמיום. המשמעות היא שעל בסיס חישוב יומי כל תינוק מתחת ל-14 ק"ג שצרך צנצנת מחית גזר אחת היה חשוף לסיכון. גם אם נבחן את הנתונים על בסיס שבועי, כפי שעשה המומחה, הרי

שתינוק במשקל 7 ק"ג, למשל, הצורך ארבע צנצנות בשבוע עובר את כמות הקדמיום המותרת על פי WHO. אעיר כי כפי שציין חברי נקודה זו, של חישוב דווקא על בסיס שבועי, לא הובררה עד הסוף. לטעמי, מאחר שמצויים אנו בשלב אישור התובענה הייצוגית, ומאחר שממילא ברור כי עלול להיווצר סיכון בריאותי גם בצריכה סבירה של המחית, יש להותיר ברור נקודה זו להליך העיקרי, ולא להכביד מעבר לכך על התובעים הייצוגיים בשלב המקדמי. הנתונים האמורים, אם כן, מצביעים על סיכון שהיה על המשיבה לחשוף ללקוחותיה. הסתרתו מהווה הטעיה על פי סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן.

13. המשיבה מעלה בפנינו טענה המסתמכת על קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה לא ידעה ולא היה עליה לדעת על החריגה בריכוז הקדמיום, ולפיכך לא מתקיימת הטעיה. יש לדחות טענה זו גם בהנחה שעילת ההטעיה מכילה דרישה מעין זו (לדיון בנושא ראו אורנה דויטש, בעמ' 419 ואילך). ראשית, הטענה הועלתה לראשונה בפנינו ולא מצאתי כי הוזכרה בכתב התשובה שהוגש לבית המשפט המחוזי (מ/ש/3). ההיפך הוא הנכון. בטענותיה שם מתייחסת המשיבה לעצמה וליצרנית, חברת "גרבר", ללא הבחנה. ברי כי היצרנית היתה למצער אמורה לדעת על החריגה במוצר שייצרה, ומכאן כי המשיבה סברה כי אף היא היתה אמורה לדעת על כך, אם כי לא ידעה בפועל. שנית, הנחיית משרד הבריאות, כפי שעולה ממכתבי משרד הבריאות שהוצגו על ידי המערערים, מטילה לכאורה אחריות על היבואנים: "משרד הבריאות דורש מיבואני מזון לתינוקות וילדים לוודא ולדאוג שהמוצרים המיועדים לתינוקות וילדים יהיו בטוחים, לא יכילו מזהמים כגון מתכות כבדות... ולא יסכנו את בריאות התינוקות והילדים" (מכתבה של אינג' רעיה בויארסקי, ממונה על היבוא, מיום 24.10.00, מע/2). מכך ניתן לכאורה להסיק את אחריותו של היבואן לדעת מה מכיל מוצר המזון אותו הוא מפיץ ומשווק (ראו והשוו הגדרת "יצרן" בחוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם-1980). מכל מקום יהיה מקום לבחון טענה זו בהרחבה במסגרת הדיון בתובענה הייצוגית עצמה.

14. אחרי בחינת מכלול החומר שבפני, ועל בסיס האמור, נראה לכאורה כי המשיבה הפרה את איסור ההטעיה הקבוע בסעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, שכן לפחות היה עליה לדעת על החריגה מהוראות משרד הבריאות באשר לריכוז הקדמיום המותר במחית; ולחלופין היה עליה לדעת על הימצאות רמת קדמיום במוצר העשויה להיות מסוכנת. השלב הבא מצריך בחינה האם נגרם נזק. המקרה שבפנינו הוא מקרה העוסק בראש נזק לא ממוני של פגיעה באוטונומיה, לגביו נקבעו כללים ייחודיים בפסיקה, אשר לסקירתם נפנה כעת.

15. פסקי הדין המרכזיים הדנים בעניין פגיעה באוטונומיה בתביעות צרכניות כמו זו שבפנינו הינם עניין תנובה א' ועניין תנובה ב'. למעשה, המחלוקת ביני לבין חברי, השופט עמית, מתמצת בעיקרה ביישומן של הלכות אלו על המקרה שבפנינו.

16. בעניין תנובה א' ו-ב' נידון עניינה של תובענה ייצוגית בגין הוספת סליקון לחלב עמיד ללא ידוע של הצרכנים על גבי האריזות ובניגוד לתקן רשמי ומחייב. התובעים טענו להטעיה, להפרת חובת גילוי וחובת סימון על ידי תנובה. בעניין תנובה א' נקבע כי יש לאשר את הבקשה לתובענה ייצוגית בעניין. נקבע כי לתובע נגרם לכאורה נזק לא-ממוני בדמות פגיעה באוטונומיה של הפרט, תחושות שליליות ותחושות של גועל. מסקנת עמדת הרוב היתה כי נזק זה הוא בר-פיצוי באופן עקרוני:

"ואולם הנזק שטוען לו ראבי הוא נזק לא ממוני: תחושות שליליות ותחושות של גועל. הנזק הלא ממוני שהתובע טוען לו מאופיין בתחושת הגועל הנובעת מכך שמדובר בסליקון, על כל המטען האסוציאטיבי המלווה חומר זה. לדעתי, נזק מסוג זה הוא לכאורה נזק בר-פיצוי. הטעיה בדבר תכולת החלב במקרה זה היא לכאורה בגדר פגיעה באוטונומיה של הפרט. אנו עוסקים במוצר מזון. זכותם של צרכנים היא לקבוע מה יכניסו לפיהם ולגופם וממה יימנעו. מי שרוצה למשל לצרוך רק מזון כשר, ויסתבר לו בדיעבד שהמזון שהוצג תוך הטעיה איננו כזה, יחוש תחושת גועל ופגיעה באוטונומיה שלו. כך יחוש גם מי שצורך רק מזון אורגני, והתברר לו בדיעבד שמזון שפורסם כמזון אורגני איננו כזה. מי שמבקש לקנות חלב דל שומן דווקא לא יסכין עם כך שימכרו לו תוך הטעיה חלב שבו שיעור השומן גבוה, ולהפך. בכל המקרים הללו ובמקרים רבים אחרים שניתן להעלות על הדעת, ישנה פגיעה באוטונומיה של הפרט, אף שאין עמה נזק גוף או סכנה ממשית לנזק גוף. לכל צרכן וצרכן העדפות בנוגע למזונותיו, העדפות המבטאות לעתים את האידאולוגיה שהוא מאמין בה כדרך לחיים נכונים או בריאים. אכן, זה שאינו שומר כשרות יוכל לומר לשומר הכשרות: מה קרה אם אכלת מזון שאינו כשר; לא נגרם לך כל נזק. לא זו השקפתו של מי שמבקש לשמור על כשרות או לאכול רק מזון אורגני או מזון דל שומן" (השופטת (כתוארה אז) נאור בעניין תנובה א', בעמ' 682-681).

עם זאת, הדגיש בית המשפט כי לא כל סטייה מהוראות תקן או דיווח בלתי מדוייק על תכולתו של מזון תצדיק תביעה. כאשר מדובר בעניין שהוא בגדר זוטי דברים לא תתקבל תביעה אישית ובוודאי שלא תאושר תביעה ייצוגית. באותו עניין נקבע כי לכאורה אין מדובר בנזק שהוא עניין של מה בכך.

17. בעניין תנובה ב' נדחה ערעורה של תנובה כנגד קבלת התביעה הייצוגית ופסיקת פיצוי לצרכנים אשר חוו תחושות שליליות משנודע להם כי החלב ששתו הכיל סיליקון. בית המשפט דחה פעם נוספת את הטענה בדבר זוטי דברים שהעלתה תנובה. בית המשפט קבע כי ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה יכול להיפסק גם במסגרת עוולות צרכניות. כן נקבע כי על מנת להיות זכאי לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה יש להוכיח נזק תוצאתי סובייקטיבי המתבטא בתחושות שליליות שמעוררת התנהגותו של המזיק.

נזק - יישום לענייננו – האם זוטי דברים?

18. גם במקרה שבפנינו נטען להתקיימותו של נזק לא ממוני בדמות פגיעה באוטונומיה המתבטאת בתחושות שליליות. נימוקו הראשון של חברי, השופט עמית, לדחיית הערעור הינו זוטי דברים. הבחינה האם מדובר בזוטי דברים תלויה במהות הפגיעה ובמכלול נסיבות המקרה (עניין תנובה ב', פסקה 32). חברי עורך השוואה בין עניין תנובה לבין העניין שבפנינו, וטוען כי בעניין שבפנינו מדובר בעניין חמור פחות מזה שבעניין תנובה, ולפיכך אין הצדקה לאישור התביעה. לצערי, איני שותפה למסקנתו. ראשית, איני רואה בפרשת תנובה את הרף המינימאלי שמתחתיו תיחשב כל תביעה לזוטי דברים שאינם מקימים עילת תביעה. באופן תיאורטי יתכנו מקרים פחות חמורים מפרשת תנובה שלא יחשבו כזוטי דברים. שנית, אני סבורה כי ההשוואה שעורך חברי היא חלקית, וכי התבוננות בפרמטרים אחרים תוביל למסקנה כי המקרה שבפנינו אינו נופל בחומרתו מפרשת תנובה, אם לא עולה עליה.

19. אמנם, כפי שחברי מצייין, בעניין תנובה הוחדר הסיליקון לחלב באופן מודע על ידי היצרן לאורך תקופה של שנה וחצי מתוך מניע של חיסכון כלכלי. בענייננו מדובר ביבואן שלא היה מודע בפועל לרמות הגבוהות של הקדמיום במוצר. מדובר בחומר המצוי באופן טבעי במוצר ולא היה מניע שלילי של היצרן. עם זאת, בהיבטים אחרים אני סבורה כי המקרה שבפנינו חמור אף יותר. ראשית, בעניין תנובה לא הוכח כל סיכון בריאותי של הסיליקון שהוסף לחלב, אם כי לא ניתן היה לשלול סיכון כזה לטווח ארוך. מנגד, בעניין שבפנינו הקדמיום הינו מתכת רעילה הידועה כעלולה לגרום לסיכון

בריאותי קשה ברמות מסוימות, וכמו כן ידועה המתכת כמסרטנת בטווח הארוך. כפי שהראינו, דברי חקיקה שונים מגבילים ואף אוסרים על הימצאות קדמיום במוצרי מים ומזון ואף במוצרים הבאים במגע עם מים ומזון. יתרה מכך, בניגוד לפרשת תנובה, בענייננו מדובר במזון המיועד לתינוקות בלבד בשלב של גמילה מחלב. ברי כי מדובר באוכלוסיה רגישה ביותר. כמו כן, כאשר תינוק צורך צנצנת מזון שלמה, חלק גדול מתזונתו היומית מבוססת על כך, בעוד שצריכת חלב על ידי ילדים ומבוגרים היא רק חלק קטן בתזונה היומית. מאחר שעסקינן בנוק של רגשות שליליים, הרי העובדה שמדובר במזון שנצרך על ידי תינוקות ודאי מעצימה את התחושות השליליות שחשו הורים לתינוקות שצרכו את מחיות הגזר המכילות רמה גבוהה של קדמיום. גם חברי מסכים כי "חומר רעיל כקדמיום אינו מסוג החומרים שהצרכן הסביר מצפה למצוא במזון תינוקות, שהוא רגיש מטיבו ומטבעו" (פסקה 17 לפסק דינו). עוד אוסיף כי בניגוד לחברי איני סבורה שיש לייחס משקל לעובדה שחלק מהבדיקות שנערכו למוצר התבררו בדיעבד כמוטעות, שכן גם הבדיקות התקינות לימדו על רמה גבוהה של קדמיום במוצר, בממוצע 130 PPB, בדיקות אשר הובילו את משרד הבריאות לדרוש את הורדת המוצר מהמדפים (ראו עדותו של נציג משרד הבריאות, עמ' 12 לפרוטוקול).

אעיר בשולי הדברים כי העובדה שמדובר בחומר המצוי באופן טבעי במוצר אינה מעידה בהכרח על רמת חומרה פחותה ממקרה בו הוחדר למזון חומר על ידי היצרן. הכל תלוי בנסיבות המקרה. כך למשל, בפרשת רמדיה הידועה דובר בויטמין שלא הוכנס לתרכובת המזון וגרם לנזקים קשים (ראו ת"פ (פתח תקווה) 2613-08 מדינת ישראל נ' בלק (21.3.13)). העובדה שדובר באי הכנסה של רכיב לא הפכה את הפרשה לחמורה פחות בהשוואה למקרה תנובה בו הוחדר רכיב. כך גם באשר לאי הוצאה של רכיב מהמזון. עוד אציין בנקודה זו כי משרד הבריאות מנחה אף לגבי רמות הקדמיום המותרות בגזר הטבעי.

נזק – עילת תביעה אישית

20. חברי מוסיף ומנמק את עמדתו בכך שלא שוכנע כי למערערים נגרמו תחושות שליליות בעקבות הפגיעה באוטונומיה שלהם, ולפיכך לא הוכח שנגרם להם נזק תוצאתי-סובייקטיבי כפי שנדרש בפרשת תנובה. גם לקביעה זו אין בידי להצטרף. כפי שמציין חברי, אין די בהוכחת פגיעה באוטונומיה, אלא נדרש להוכיח כי נגרם נזק תוצאתי-סובייקטיבי בדמות רגשות שליליים. עם זאת, וגם על כך עמד חברי, תחושות שליליות יכולות להתעורר גם כאשר לא נצרכה באופן אישי כמות מסוכנת של המוצר. לטעמי, הוכח לכאורה במקרה דנן כי למערערים נגרמו רגשות שליליים כתוצאה

מההטעיה. המערערת 2 העידה על עוגמת הנפש שנגרמה לה ועל הדאגה לבריאות בנה, שהיה אז תינוק כבן שנה. היא ציינה כי סמכה על כך שמאחר שמדובר במזון המיועד לתינוקות הוא יהיה בסטנדרט הגבוה ביותר, וכי יוצאו ממנו כל הרעלים האפשריים. בתצהירה עמדה על החרדה שנגרמה לה מכך שנתנה לבנה התינוק מוצר שיש בו ריכוז גבוה של מתכת רעילה. לטעמי די בכך בשלב זה על מנת להוכיח רגשות שליליים. בניגוד לחברי, אני סבורה כי רגשות אלו הם טבעיים לסיטואציה ומשקפים את מידת הפגיעה. האם אין זה סביר כי הורה לתינוק יחיד שנתן לתינוקו לאכול מוצר המכיל מתכת רעילה הידועה כמסרטנת בריכוז כזה שאף המשיבה יודעת שאסור לשווקו בארץ, ואשר גרם למשרד הבריאות להורידו מהמדפים? לטעמי התשובה לכך היא בחיוב, וזאת גם אם המחית לא נצרכה על ידי התינוק בכמות הנחשבת מסוכנת. נראה סביר כי הורה יעדיף כלל לא לתת לתינוקו ממחית כזו, בייחוד כאשר יש תחליפים רבים אחרים שאינם מכילים מתכות כבדות בריכוז גבוה מהמצופה. אעיר עוד בעניין זה כי בית המשפט המחוזי כלל לא קבע בסוגיה ממצאים עובדתיים, שכן סבר כי יש לדחות את התובענה מאחר שהמערערים לא צרכו את המחית בכמות מסוכנת.

אעיר כי לעובדה שהמערערים נתנו לבנם לאכול מהמחית בכמות הנחשבת לא מסוכנת ביחס לריכוז הקדמיום הקיים בה יכולה להיות רלוונטיות לגובה הפיצוי. אם תוכרע התובענה לטובת הקבוצה, ניתן יהיה במסגרת פסיקת הפיצוי להבחין בין קבוצת ההורים שנתנה לתינוק לאכול מהמחית בכמות מסוכנת לבין הקבוצה שנתנה לתינוק לאכול בכמות שאינה מסוכנת. אך זוהי שאלה הרלוונטית לגובה הפיצוי ולא לעצם קביעת האחריות (ראו והשוו עניין תנובה ב', פסקה 31).

21. מעבר לכך, גם אם הייתי שותפה לעמדה שלמערערים עצמם לא נגרם כל נזק, הרי שהייתי מוצאת כי יש מקום להחליף את התובעים הייצוגיים. כזכור, סעיף 8(ג)(2) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי מקום בו התקיימו כל התנאים לאישור תובענה ייצוגית, אך נמצא כי למבקש האישור אין עילת תביעה אישית, "יאשר בית המשפט את התובענה הייצוגית אך יורה בהחלטתו על החלפת התובע המייצג". בכך, שם המחוקק דגש על הקבוצה הנפגעת ולא על המבקש הפרטני. לא ראיתי סיבה שלא לפעול בהתאם להוראה זו במקרה דנן (ראו אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006", הפרקליט מט 131, 137 (תשס"ז) הטוען כי הוראת החוק מטילה חובה על בית המשפט). אני סבורה כי הקושי באיתור הקבוצה מצדיק את דחיית התובענה, כפי שקבע בית המשפט קמא. גם אם אכן מדובר באיתור קבוצה של צרכנים שצרכו את מחית הגזר בכמות מסוימת, ניתן יהיה למצוא פתרונות שיתגברו על הקשיים, כפי שנעשה בפרשת תנובה ב', בה נפסק פיצוי לטובת הציבור על בסיס הקבוע

בחוק תובענות ייצוגיות (ראו סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות; כן ראו עניין תנובה א', בעמ' 687). ואכן, בפרשת תנובה ב' קבעה השופטת חיות כי "יש להתור לכך שהעדר אפשרות לזהות את הניזוקים לא יציב מכשול בלתי עביר בפני הגשת תביעות לבית המשפט" (עניין תנובה ב', פסקה 50; כן ראו רע"א 5765/02 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' זילברשלג, פסקה 34 (26.8.09); סיני דויטש "עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית – סיכום ביניים ומבט לעתיד", שערי משפט ד(1) 9, 33 (תשס"ה)). משכך, איני רואה בכך עילה לדחיית התובענה כולה. מכאן, סבורה אני כי מתקיים בענייננו אף התנאי לפיו תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה בנסיבות המקרה.

קשר סיבתי והסתמכות

22. לעניין הוכחת קשר סיבתי נקבע בעניין תנובה ב' כי ככל שמדובר בעילה של הטעיה במחדל יש בכך כדי להצדיק ריכוך והגמשה לעניין הוכחת הקשר הסיבתי בין ההתנהלות העוולתית ובין הנזק הנטען. יתרה מכך, כאשר הנזק הנטען הינו נזק לא ממוני מסוג פגיעה באוטונומיה נקבע כי אין צורך להוכיח קשר סיבתי בין אי גילוי המידע לבין בחירתו של הניזוק (עניין תנובה ב', פסקה 36; ראו גם ע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, ההנהלה הראשית, פסקה 10 (11.12.08)). עם זאת, גם אם נאמר שיש מקום לדרוש הוכחת הסתמכות ככל שמדובר בפגיעה באוטונומיה המלווה ברגשות שליליים (ראו מאמרם של יובל פרוקצ'יה ואלון קלמנט "הסתמכות, קשר סיבתי ונזק בתובענות ייצוגיות בגין הטעיה צרכנית", עתיד להתפרסם בעיוני משפט לז(1)), הרי שבהתאם לעניין תנובה ב' ניתן להסתפק בהוכחת "קשר סיבתי קבוצתי". במקרה דנן מבוסס קשר סיבתי כזה על ההנחה הלכאורית שהורים לתינוקות היו נמנעים מרכישת מחית המכילה קדמיום בריכוז גבוה, כפי שפירטתי לעיל. במהלך ניהול התביעה הייצוגית ניתן יהיה לבסס הנחה זו באמצעות סקר, למשל, בדומה לעניין תנובה ב'. יוער כי באותו עניין אף נדחתה טענתה של תנובה כי הפרסומים בתקשורת בעקבות הפרשה ניתקו את הקשר הסיבתי בין מעשיה לבין התחושות השליליות של הצרכנים (עניין תנובה ב', פסקה 38).

סיכום

23. ענייננו בהימצאות קדמיום, שהינו מתכת רעילה, במחית גזר לתינוקות, בריכוז ממוצע של 130 PPB. הגעתי למסקנה כי רמה זו דרשה גילוי על ידי המשיבה, אם מאחר שרמה זו חרגה מהנחיות משרד הבריאות, עובדה שהובילה להורדת המוצר מהמדפים, ואם מאחר שמדובר ברמה העלולה להיות מסוכנת על פי הנחיות ה-WHO.

משכך הפרה המשיבה את איסור ההטעיה על פי סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן. שוכנעתי כי היה על המשיבה לדעת דבר החריגה בריכוז הקדמיום. באשר לראש הנזק של פגיעה באוטונומיה איני סבורה כי מדובר בזוטי דברים. הובהר כי מדובר במתכת רעילה ומסרטנת שנמצאה במזון לתינוקות הנמצאים בשלב הגמילה מחלב. נסיבות אלו מוציאות את העניין מגדר "עניין של מה בכך". מהאמור עולה כי ישנה אפשרות סבירה שהשאלות הנדונות יוכרעו במסגרת תובענה ייצוגית לטובת הקבוצה. לטעמי, מתקיימת אף עילת תביעה אישית, שכן הוכח לכאורה כי המערערים חוו רגשות שליליים בעקבות הגילוי בדבר הריכוז החריג של הקדמיום במחית שצרך תינוקם, וזאת גם אם לא צרך אותה בכמות מסוכנת. ניתן לטעמי להבחין בין קבוצת ההורים שתינוקם צרך מהמחית בכמות מסוכנת לקבוצה שתינוקם צרך פחות מכמות זו. גם אם לא היתה למערערים עילת תביעה אישית הרי שהיה על בית המשפט להחליפם בתובע ייצוגי ראוי. כמו כן, כפי שפורט, מתקיים אף התנאי לפיו תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.

המסקנה היא איפוא כי לו תישמע עמדתי נקבל את הערעור, נורה על אישור התובענה שלפנינו כתובענה ייצוגית, ונחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי לצורך ניהול התביעה עצמה כתובענה ייצוגית. המשיבה תישא בשכר טרחת עורך דינם של המערערים בסך של 20,000 ₪.

ש ו פ ט ת

השופט א' שהם:

1. במחלוקת שהתגלעה בין חברתי, השופטת ע' ארבל, לבין חברי, השופט י' עמית, הנני מצטרף לחוות דעתו של השופט עמית, ואף אני סבור כי יש לדחות את הערעור.

2. אפתח בהתייחסות קצרה למוסד התובענה הייצוגית, במלאת כשמונה שנים לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: החוק או חוק תובענות ייצוגיות).

כפי שצינתי בעע"ם 6687/11 מדינת ישראל נ' ז'וז'ו אבוטבול (25.12.2012):



"רבות נכתב על מוסד התובענה הייצוגית - על חשיבותו ועל התועלת הטמונה בו, מחד גיסא, ועל הסכנות הנשקפות ממנו, מאידך גיסא. כך, בקליפת אגוז אציין, כי, תובענה ייצוגית היא הליך אשר במסגרתו התובע ובאי-כוחו מנהלים תביעה בשם ציבור של נפגעים, שלכל אחד מהם נגרם נזק קטן יחסית, ולפיכך, אין כדאיות כלכלית בהגשת תביעה עצמאית בגינו. מוסד התובענה הייצוגית משמש, אם כך, כאמצעי חשוב למימוש זכות הגישה לערכאות וזכות הפיצוי לנפגעים; וכאמצעי לאכיפת הדין, ולהרתעת מעוולים אשר מסבים נזקים קטנים בהיקפם לציבור גדול של אנשים" (שם, בפסקה 18, וראו גם, ע"א 345/03 דייכרט נ' יורשי המנוח משה שמש ז"ל, בפסקה 2 לחוות דעתה של חברתי, השופטת ע' ארבל; רע"א 6310/07 עיריית תל-אביב נ' טרומקין (13.2.2011) בפסקה 23 וההפניות שם).

לצד יתרונותיה של התובענה הייצוגית, היא טומנת בחובה סכנות לא מבוטלות. התובענה הייצוגית חושפת את ציבור הנפגעים, אשר אינו לוקח חלק בניהולה ל"בעיית הנציג", הנובעת, לעיתים, מהפער הקיים בין האינטרס של הקבוצה לבין האינטרס של התובע הייצוגי; היא עלולה לעודד הגשת תביעות סרק לא מעטות ולהביא בכך לבזבוז משאבי הציבור, ולעיתים אף לפגוע במשק המדינה בכללותו; מנגד, היא עלולה להוביל לפשרה, ללא הצדקה עניינית ובכך לפגוע בחברי הקבוצה (ראו, בהקשר זה, רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשף, פ"ד מט (5) 774, 784-786 (1996); ע"מ 2395/07 אכדיה סופטוור סיסטמס בע"מ נ' מדינת ישראל-מנהל המכס ומס בולים (27.12.2010); ע"א 1834/07 קרן נ' פקיד השומה גוש דן (12.8.2012); בר"מ 4303/12 אינסלר נ' המועצה האיזורית עמק חפר (22.11.2012); אלון קלמנט התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על פני תובעים רבים – בעקבות פסק הדין ברע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, מחקרי משפט כא 387, 390-391 (2004)).

מורכבות זו של מוסד התובענה הייצוגית, היא אשר הביאה את המחוקק לקבוע בחוק תובענות ייצוגיות, מספר מנגנונים, אשר מצד אחד, מתמרצים הגשת תובענות ייצוגיות, אך מן הצד האחר, מטילים מגבלות וסייגים על האפשרות לממש, במקרים מסויימים, את זכות התביעה באמצעות תובענה ייצוגית. מנגנונים אלה, אמורים להבטיח איזון ראוי בין יתרונותיה של התובענה הייצוגית לבין חסרונותיה. דוגמא לאותו "מנגנון מאזן" ניתן למצוא בהוראת סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות, המבטיחה פיקוח שיפוטי הדוק, עוד בשלב המקדמי של הבקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית, וכן, בהוראת סעיף 18 לחוק, העוסקת באישור הסדר פשרה.

3. ומכאן נחזור לענייננו, כאשר הנחת המוצא המקובלת על חבריי הינה כי התנהלותה של המשיבה עולה כדי הטעיה, בניגוד לסעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981. זאת, למרות שאין מחלוקת כי המשיבה לא ידעה על המצאות קדמיות במוצר המדובר, בריכוז העולה על המותר, וספק אם היתה יכולה לדעת על כך. עוד אין מחלוקת, כי לא נגרם נזק רפואי, גופני או ממוני למערער 3, בנם הפעוט של המערערים 1 ו-2.

בנסיבות אלה, עסקינן בתביעה המבוססת על העילה שעניינה פגיעה באוטונומיה, פגיעה העשויה לגרום לנזק לא ממוני, שהינו בר פיצוי (ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נגד (4) 526, 570-575 (1999) והפסיקה המצוטטת שם). עילה זו קיבלה לבוש מוחשי בתביעה ייצוגית צרכנית שהוגשה נגד תנובה בשל הוספת סיליקון לחלב עמיד, בניגוד לתקן המחייב ומבלי ליידע את הצרכנים. במקרה זה אושרה הבקשה להגשת התובענה הייצוגית, למרות שלא נגרם נזק גופני לאיש ואף לא היה חשש לנזק כזה.

כפי שהובהר על-ידי השופטת (כתוארה אז) מ' נאור:

"נזק מסוג כזה הוא לכאורה נזק בר-פיצוי. הטעיה בדבר תכולת החלב במקרה זה היא, לכאורה, בגדר פגיעה באוטונומיה של הפרט. אנו עוסקים במוצר מזון. זכותם של צרכנים היא לקבוע מה יכניסו לפיהם ולגופם וממה יימנעו. מי שרוצה, למשל, לצרוך רק מזון כשר, ויסתבר לו בדיעבד שהמזון שהוצג תוך הטעיה איננו כזה, יחוש תחושת גועל ופגיעה באוטונומיה שלו. כך יחוש גם מי שצורך רק מזון אורגני והסתבר לו בדיעבד שמזון שפורסם כמזון אורגני איננו כזה" (ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' תופיק ראבי, פ"ד נז(4) 673, 682 (2003) (להלן: עניין תנובה א')).

עם זאת, נקבע בעניין תנובה א' כי לא כל "מקרה של סטייה מהוראות תקן או דיווח לא נכון על תכולתו של מזון יצדיקו תביעה. עשויים להיות מקרים לא מעטים בהם סטייה קלה מהוראות תקן זה או אחר, גם כשהדברים נוגעים למזון, לא יהיה בה כדי להצדיק לא תביעה אישית וממילא גם לא תביעה ייצוגית" (שם, בעמ' 684).

בע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל (4.12.2011) (להלן: עניין תנובה ב'), נקבע על-ידי השופטת א' חיות כי "... בניגוד לטענתה של תנובה, ההכרה בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה אינה מצטמצמת ולא ראוי לה כי תצטמצם למקרים של רשלנות רפואית או לפגיעה באוטונומיה של הגוף בלבד. העקרונות שביסוד ההכרה בראש נזק זה והזכות החוקתית שעליהן נועדה הכרה זו להגן, מצדיקים במקרים מתאימים מתן פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה גם בהתקיים עוולות אחרות כגון העוולה הצרכנית בענייננו" (שם, בפסקה 33).

ככל שקיימת פגיעה באוטונומיה, עדיין יש להוכיח קיומו של נזק וקשר סיבתי בין ההטעה לבין הנזק. הנזק הבלתי ממוני שנטען לו על-ידי התובע הייצוגי בעניין תנובה בא לידי ביטוי בתחושות השליליות שהוא חש, משנודע לו כדיעבד כי החלב העמיד שצרך הכיל סיליקון וכי תנובה נמנעה מלפרט רכיב זה על גבי האריזה. כפי שקבע בית משפט קמא, אשר דן בתובענה הייצוגית, התובע "... באופן סובייקטיבי, חש תחושות של גועל (בחילות), חרדה מתוצאות השתיה של חלב המכיל סיליקון וכן כעס ורוגז בשל התרמית. כל אלה באים בגדר נזק לא מוחשי שאינו שולי או זניח, ושהוא בר-פיצוי". בית משפט זה סבר בעניין תנובה ב', כי אין להתערב בקביעה זו של בית משפט קמא, בהיותה מבוססת על ראיות שבאו בפניה.

יצוין, עם זאת, כי התובענה הייצוגית אושרה רק ביחס לאותם צרכנים, שבהתאם לסקר שנערך חוו תחושות שליליות, לאחר הפחתת 30% מכלל הצרכנים שהוגדרו "כצרכנים אדישים".

4. אם ניישם כללים אלה למקרה המונח לפנינו, נראה כי גם אם המערערים חוו תחושות שליליות כלשהן, מדובר בתחושות בעוצמה חלשה, וזאת בעיקר כאשר אין חולק כי מדובר בריכוז קדמיום שהוא פי שניים מהמותר ולא פי 40, כפי שפורסם בטעות. עוד ראוי לציין, כי בית משפט קמא נמנע מלקבוע כי המערערים סבלו מתחושות שליליות כלשהן.

אינני שותף לדברי חברתי, השופטת ע' ארבל, כי נוצרו בקרבה של המערערת תחושות שליליות משמעותיות, הגם שלא נצרכה על-ידי בנה הפעוט כמות מסוכנת של המוצר. נושא זה כלל לא עלה בכתבי הטענות של המערערים, שבהם חזרתי ועיינתי, והטענה העיקרית שהיתה בפיהם היא כי יש לאשר את התובענה הייצוגית כדי "שלא ישווק מזון לפעוטות שלא נבדק בדיקה מדוקדקת לפני שיווקו, על מנת לוודא שאינו כולל

כמות חריגה של מתכות רעילות". הנה כי כן, המערערים אינם מתבססים, בבקשתם לאישור התביעה כייצוגית, על הפגיעה באוטונומיה שנגרמה להם, אשר הביאה לתחושות שליליות קשות ביותר, כפי שהיה במקרה של התובע בעניין תנובה.

בנסיבות אלה, אין גם מקום לשקול את החלפת התובע הייצוגי, מה עוד שמדובר באירועים שהתרחשו לפני כשמונה שנים, והסיכוי כי ימצא מועמד מתאים לשמש כתובע ייצוגי אינו גבוה במיוחד.

לאור האמור, הנני סבור כי יש לדחות את הערעור, והנני מצטרף לעמדתו של חברי, השופט י' עמית בנושא זה.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות השופטים מ' עמית וא' שהם, כנגד דעתה החולקת של השופטת ע' ארבל.

ניתן היום, י' באדר ב' התשע"ד (12.3.2014).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט