



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 10085/08

וערעור שכנגד

ע"א 6339/09

ע"א 7607/09

בפני:

כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית

המערערת (בע"א 10085/08,
המשיבה בע"א 6339/09
והמערערת בע"א 7607/09):

תנובה - מרכז שיתופי
לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

נגד

המשיבים (בע"א 10085/08,
המערערים בע"א 6339/09
והמשיבים בע"א 7607/09):

1. עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל
2. המועצה הישראלית ל צרכנות

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
תל- אביב-יפו מיום 7.10.2008 בת.א. 1372/95
שניתן על ידי כב' השופט ד"ר ע' בנימיני

כ"ב בכסלו התשע"א (29.11.10)

תאריך הישיבה:

עו"ד איתמר ענבי, עו"ד אייל רוזובסקי,
עו"ד מור פינגר, עו"ד נירה קורי

בשם המערערת (בע"א 10085/08,
המשיבה בע"א 6339/09
והמערערת בע"א 7607/09):

עו"ד איאד ראבי, עו"ד חיאת ראבי-מוראד

בשם המשיבים (בע"א 10085/08,
המערערים בע"א 6339/09
והמשיבים בע"א 7607/09):

פסק-דין

השופטת א' חיות:

פסק הדין נושא הערעורים שבפנינו ניתן בתובענה ייצוגית צרכנית שאושרה להגשה נגד תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ (להלן: תנובה). התובענה עניינה בהטעיית ציבור הצרכנים ובייצור מוצר חלב בניגוד לתקן רשמי מחייב שעמד בתוקף במועדים הרלבנטיים לתביעה, בשל הוספת סיליקון לחלב עמיד דל שומן (1%) אותו ייצרה ושיווקה תנובה, בלא שרכיב הסיליקון צויין על גבי המוצר.

רקע עובדתי והליכי אישור התובענה כייצוגית

1. בשלהי שנת 1993 התעוררה במחלבת תנובה ברחובות בעיה של הקצפת יתר בתהליך מזיגת חלב עמיד המכיל 1% שומן (להלן: החלב) וזאת בעקבות תקלה באחת

מן המכונות בקו הייצור. נוכח העלות הגבוהה של המכונה שהתקלקלה (כ- 300-400 אלף דולר ארה"ב) החליטו בעלי תפקידים במחלבה ברחובות לפתור את בעיית ההקצפה באמצעות הוספת חומר כימי - "פולידמתיל סילוקסאן" (Polydimethylsiloxane) שסימנו המסחרי הוא E-900 - לחלב. חומר זה מוכר בשם "סיליקון" והוא נרכש על ידי המחלבה ברחובות, מבלי ליידע על כך את ההנהלה המרכזית של תנובה, מחברת עמגל יצור כימיקלים (1989) בע"מ (להלן: עמגל). חברת עמגל רכשה את הסיליקון מחברה באנגליה. הוספת הסיליקון לחלב כאמור, נמשכה מיום 25.1.1994 ועד ליום 6.9.1995, סמוך לאחר המועד בו נחשפה הפרשה. במהלך אותה תקופה ייצרה תנובה במחלבה ברחובות ושיווקה לציבור כמות כוללת של כ-13 מיליון ליטר חלב.

דבר הוספת הסיליקון לחלב התפרסם בתקשורת ביום 30.8.1995 ותגובתה הראשונית של תנובה היתה הכחשה גורפת של הנטען כלפיה. כך בראיון של מנהל אגף החלב בתנובה, מר יוסף יודוביץ' וכך גם בהודעה רשמית מטעם תנובה ובמודעות שפרסמה ביום 31.8.1995 בכמה עיתונים, בהן ציינה כי החלב העמיד של תנובה נקי מתוספת סיליקון וכי בדיקות במעבדות בלתי תלויות מוכיחות זאת (מודעות דומות פורסמו גם ביום 1.9.1995). נציגיה של תנובה המשיכו להכחיש את הוספת הסיליקון בדיון שהתקיים בוועדת הכלכלה של הכנסת ביום 5.9.1995, אך סמוך לאחר מכן ביום 10.9.1995, קבעה ועדת חקירה פנימית של תנובה שמונתה בעקבות הפרסום כי אכן הוסף סיליקון לחלב העמיד המכיל 1% שומן במחלבת תנובה ברחובות, ומסקנותיה של הועדה התפרסמו בכלי התקשורת. בעקבות מסקנות אלה, אספה תנובה ממדפי החנויות את כל קופסאות החלב העמיד 1% אשר היה חשש כי הוסף להם סיליקון ומנהל מחלבת רחובות הושעה מתפקידו. כמו כן החליט שירות המזון הארצי במשרד הבריאות שעל תנובה להשמיד את החלב הכולל סיליקון ונאסר עליה להשתמש בו גם כמזון לבעלי חיים. עוד הוחלט ביום 12.9.1995 על ביטול ההיתר שניתן לתנובה המאשר תנאי ייצור נאותים. תנובה מצדה החליטה באותו היום על הקמת ועדה לבדיקת הפרשה אשר תמליץ על "הפקת לקחים והפקת מסקנות בכל תחום שתמצא לנכון לרבות מסקנות אישיות". בראשות הועדה הועמד פרופ' יהודה דנון ולאחר שזו שמעה עדויות ועיינה במסמכים פרסמה את "דו"ח הוועדה לבדיקת החלב העמיד" (להלן: דו"ח ועדת דנון). במסגרת הדו"ח נמתחה ביקורת על בכירים במחלבה בתנובה, על ההנהלה הבכירה של תנובה בשל היעדר פיקוח ובקרה על הליך הייצור, ואף על שירות המזון במשרד הבריאות והמכון לבקרה ואיכות במשרד המסחר והתעשייה שאמורים לקיים פיקוח ובקרה על איכות המזון.

2. המדינה מצדה הגישה ביום 30.1.1996 כתב אישום לבית משפט השלום ברחובות נגד תנובה, נגד מנהלה הכללי ונגד מנהל אגף החלב ומנהל המחלבה בעבירות של הטעיה בפרסומת לפי סעיפים 2(א), 7(א)(1), 23 ו-25 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן), ונגד תנובה ומנהל המחלבה שלה ברחובות בעבירות של אי-מילוי הוראות תקן רשמי לפי סעיפים 9(א), 17(א)(1) ו-17(ב) לחוק התקנים, תשי"ג-1953 (להלן: חוק התקנים). הנאשמים הורשעו ביום 4.3.1996 על פי הודאתם בעבירות שיוחסו להם ובית המשפט אימץ את הסדר הטיעון שהושג בינם לבין המדינה לפיו הוטל על תנובה ועל יתר הנאשמים קנס כספי (על תנובה הוטל קנס כספי בסך 28,000 ש"ח).

הליך נוסף שננקט נגד תנובה הוא ההליך דנן שראשיתו בתביעה שהוגשה לבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו ביום 14.9.1995 על ידי תופיק ראבי ז"ל (להלן: ראבי) ועימה בקשה לאישור התביעה כתובענה ייצוגית (ת.א 1372/95, המ' 11141/95). בתביעתו (המתוקנת) טען ראבי כי צרך חלב עמיד דל שומן (1%) של תנובה בתקופה הרלבנטית וכי הסיליקון לא צויין כאחד מן הרכיבים על אריזת המוצר ובכך הפרה תנובה את הוראות סעיפים 2, 4 ו-17(א) לחוק הגנת הצרכן. כמו כן טען ראבי להפרת "חוזה בלתי כתוב" עימו ועם כלל הצרכנים ולהתרשלות מצידה של תנובה "בכל השלבים הכרוכים ב: ייצור, פיקוח שיווק ופרסום העובדות המתייחסות לעובדת הוספתו של החומר האסור לחלב וכן עובדת סבירות קיומו של הסיכון הבריאותי הממשי ו/או הפוטנציאלי אשר במוצר ששיווקה". ראבי עתר בתביעתו להשבת הסכומים ששילם תמורת החלב שרכש בתקופה הרלבנטית, וכן לפיצויים בגין עוגמת הנפש שנגרמה לו כתוצאה מהוספת הסיליקון לחלב וכתוצאה מהתנהגותה "המטעה והמזלזלת" של תנובה. בקשתו של ראבי להכיר בתביעתו זו כתובענה ייצוגית נסמכה על הוראות פרק ו'1 לחוק הגנת הצרכן אשר כלל בשעתו הסדר להגשת תובענות ייצוגיות בעילות על פיו.

3. בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (כב' השופט מ' טלגם ז"ל) אישר ביום 13.6.1996 את בקשתו של ראבי להגיש תובענה ייצוגית בשם כלל צרכני החלב בתקופה הרלבנטית. עם זאת הדגיש בית המשפט כי אין לאשר במקרה דנן סעד של השבה שכן ראבי כבר צרך את החלב והוא אינו טוען לנזק ממשי שנגרם לו עקב צריכתו, ועוד הדגיש כי אף שאין לחסום את דרכו של ראבי להוכיח שנגרם לו נזק בריאותי הוא אינו רשאי לייצג את חברי הקבוצה בכל הנוגע ל"נזקי גוף עתידיים".

על החלטת האישור הגישו הצדדים ערעור וערעור שכנגד לבית המשפט העליון (ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, פ"ד נז(4) 673 (2003) (להלן: פסק הדין בבקשת האישור)). תנובה הלינה על אישור התובענה כייצוגית ואילו ראבי הלין על הקביעה לפיה לא ייכלל בתובענה הייצוגית סעד של השבה וכן על כך שלא נפסק לטובתו שכר טרחה. המועצה הישראלית לצרכנות הצטרפה כצד לדיון (ראבי והמועצה הישראלית לצרכנות יקראו להלן ביחד: התובעים הייצוגיים), וכן הצטרף לדיון בערעור היועץ המשפטי לממשלה, אשר צידד באישור התובענה כייצוגית.

4. ביום 19.5.2003 דחה בית משפט זה, ברוב דעות, את הערעורים שהגישו הצדדים כאמור והותיר על כנה את החלטת בית המשפט המחוזי לפיה אושרה הגשת התובענה הייצוגית. השופטת מ' נאור קבעה לעניין זה כי הנזק שטוען לו ראבי הוא נזק בלתי ממוני שנגרם לו בשל "תחושות שליליות ותחושות של גועל" הנובעות מצריכת חלב המכיל סיליקון "על כל המטען האסוציאטיבי הנובע מכך", וכי נזק מסוג זה הוא לכאורה "נזק בר פיצוי". עוד קבעה השופטת נאור כי "החדרת תוספת של סיליקון לחלב בניגוד לתקן היא פגיעה באוטונומיה של הפרט", כי בנסיבות העניין אין מדובר ב"זוטי דברים" (de minimis) וכי חרף העובדה שחוק הגנת הצרכן אינו כולל הוראה המאפשרת מתן פיצוי לטובת הציבור או לטובת הקבוצה (כולה או חלקה) רשאי בית המשפט לפסוק סעד כזה בתובענה לפי חוק הגנת הצרכן במקרים מתאימים בהם קיים קושי מובנה לאתר את הצרכנים. עם זאת קבעה השופטת נאור כי אין להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי שלא להעניק בענייננו סעד של השבה. אשר לקבוצת התובעים קבעה השופטת נאור כי זו תכלול את כל מי "שצרכו חלב עמיד של 1% אליו הוסף הסיליקון בתקופה שבין ה-23.10.1994 ועד ספטמבר 1995", וזאת בשים לב לכך שההוראה בחוק הגנת הצרכן שאיפשרה הגשת תובענה ייצוגית נכנסה לתוקף ביום 23.10.1994 וכן בשים לב לכך שבחודש ספטמבר 1995 הורדו מוצרי החלב שכללו את הסיליקון מן המדפים.

המשנה לנשיא ש' לויין הצטרף לפסק דינה של השופטת נאור (בכפוף להותרת הסוגיה של פסיקת סעד לטובת הציבור בצריך עיון), ואילו השופטת א' פרוקצ'יה סברה בדעת מיעוט כי אין לאשר את התובענה כייצוגית. השופטת פרוקצ'יה קבעה כי סיכויי הצלחת תביעתו האישית של ראבי "אינם מובנים מאליהם", ולגישתה "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". השופטת פרוקצ'יה הוסיפה כי היתה נמנעת מלאשר את

התובענה כייצוגית גם לפי שיקול הדעת הנתון לבית המשפט בעניין זה (סעיף 35 לחוק הגנת הצרכן), וזאת, בין היתר, כיוון שאופי הפגיעה הנטענת אינו משותף בהכרח לכלל ציבור הצרכנים והוא "קשור בסף רגישותו האינדיבידואלי של הצרכן ומותנה בו במידה לא קטנה".

הליכי התובענה הייצוגית

5. משאשרה התובענה כייצוגית הורה בית המשפט המחוזי (השופט ד"ר ע' בנימיני) על פרסום הודעה לציבור ועל הגשת כתבי טענות מתוקנים בהתאם לתנאי האישור שנקבעו. בכתב התביעה המתוקן שהגישו טענו התובעים הייצוגיים כי המספר המשוער של חברי הקבוצה התובעת מוערך על ידם ב- 43% מן האוכלוסיה, המהווים למעלה משני מליון צרכנים, וכי יש לפצות את חברי הקבוצה בגין פגיעה באוטונומיה ותחושות שליליות ובהן - תרמית, זלזול, גועל, עוגמת נפש, בחילות, רתיעה ממוצרי מזון חיוניים ופחד וחרדה. לגישת התובעים הייצוגיים, בגין נזקים אלה יש לפצות את כלל חברי הקבוצה בסכום שיעמוד על סך של 8,000 ש"ח לכל צרכן הנמנה עם קבוצת התובעים. תנובה מצידה גרסה כי יש לדחות את הטענה בדבר פגיעה באוטונומיה של הפרט, שכן פגיעה כזו לא נגרמה כלל ואם אירעה הרי שהיא מזערית ושולית, בבחינת "זוטי דברים" בלבד. תנובה הדגישה בהקשר זה, בין היתר, כי הוספת הסיליקון לחלב לא גרמה לצרכנים נזק וכי הסיליקון הוא תוסף מזון מוכר ומאושר בכל העולם ונעשה בו שימוש תדיר.

6. תחילה התנהלו בבית משפט קמא הליכים מקדמיים שנועדו, בין היתר, לעצב ולגבש את סדרי הדיון ודרכי ההוכחה של התובענה. במסגרת זו קבע בית המשפט כי אין לפצל את שלב ההוכחות לדיונים נפרדים בשאלת האחריות ובשאלת הנזק. עוד דחה בית המשפט את בקשתה של תנובה לקבוע מנגנון להוכחת הנזק הלא ממוני באופן אינדיבידואלי, בקובעו כי כבר בשלב המקדמי "ברור כי הדרך היחידה שבה ניתן יהיה להוכיח, אם בכלל, את הנזק במקרה זה - כאשר אין דרך לאתר את רוכשי החלב - היא באמצעות סקרי שוק לגבי קהל הצרכנים, אולי כמה תצהירים מדגמיים של צרכני חלב, לצד תצהירו של [ראבי] (פסקה 14 לפסק הדין), אך הוא הותיר פתוחה את השאלה האם ניתן יהיה לפסוק פיצוי כללי לקבוצה התובעת בדרך הוכחה זו. בנוסף קבע בית המשפט כי כיוון שסיליקון נאסר על פי התקן לשימוש בחלב פרה לשתייה, אין צורך להכריע בשאלה האם השימוש בו מסכן את הבריאות ועם זאת הוסיף כי בבחינת הנזק הלא ממוני בשל פגיעה באוטונומיה ובשל תחושות שליליות, יש חשיבות לשאלה האם קיימים מחקרים המצביעים על אפשרות לנזק בריאותי כתוצאה מן השימוש בסיליקון וכן לשאלה איזו כמות עלולה ליצור סיכון כזה. זאת משום שאם ישנם מומחים

הסבורים שקיימת אפשרות לנזק בריאותי, יש לבחון את שאלת זכותו של הצרכן "להחליט אם הוא מעוניין להימנע מנטילת סיכון כלשהו הכרוך בצריכת החלב". עוד קבע בית המשפט כי ככל שיוכחו עילת התביעה והנזק הנטען וייקבע כי יש לפסוק פיצוי לטובת הקבוצה או לטובת הציבור, הוא ישקול למנות מומחה-חוקר ותנובה תחוייב לספק לו את הנתונים הכלכליים הנדרשים.

ביום 13.10.2004 אכן מינה בית המשפט המחוזי חוקר-מומחה לפי תקנה 123 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (פרופ' יחזקאל אופיר, מומחה לכלכלה ושיווק (להלן: אופיר)), ובהחלטתו מיום 17.3.2005 קבע בית המשפט עוד כי "האוכלוסיה הרלוונטית לתביעה היא, בעיקרו של דבר, אותם אנשים שרכשו בעצמם את החלב" וכי מדובר במי שרכש את החלב בישראל (פסקה 16 לפסק הדין). עם זאת קבע בית המשפט באותה החלטה כי הקבוצה התובעת תכלול גם אנשים שצרכו חלב בבתי מלון, מסעדות ובתי קפה (להבדיל ממי שצרך חלב במקום העבודה ולא רכש בעצמו את החלב ששתה), אף שלגביהם קשה יהיה להוכיח פגיעה באוטונומיה משום שלא בחרו את סוג החלב שהם שותים.

פסק דינו החלקי של בית המשפט המחוזי

7. בפסק דין חלקי מיום 7.10.2008 קבע בית המשפט המחוזי כי דין התובענה הייצוגית להתקבל. בפתח הדברים ציין בית המשפט כי חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: החוק או חוק תובענות ייצוגיות), אשר הוחק ונכנס לתוקף לאחר אישור התובענה דנן כייצוגית, חל גם על תובענות שהיו תלויות ועומדות ביום פרסומו ועל כן הוא חל גם על התובענה הייצוגית דנן. יחד עם זאת ציין בית המשפט כי "לעניין עילת התביעה והקבוצה התובעת יינתן פסק הדין בהתאם לחוק הגנת הצרכן, שכאמור חל רק על "צרכן" כהגדרתו בחוק", בציינו כי התובעים הייצוגיים לא עתרו בעקבות חקיקת חוק תובענות ייצוגיות לתיקון התביעה ולהרחבת היקף הקבוצה בהתאמה להרחבת העילות אשר בגינן ניתן להגיש תובענה ייצוגית על פי החוק.

בפסק הדין החלקי סקר בית המשפט בהרחבה את חומר הראיות שהונח בפניו וכלל, בין היתר, את דו"ח ועדת דנון, חוות דעת מומחים וסקרי דעת קהל. אשר להליך הפלילי קבע בית המשפט כי לעניין התובענה הייצוגית לא ניתן לבסס "ממצאים עובדתיים" על קביעות בית המשפט בהליך הפלילי, בין היתר משום שבאותו הליך לא נשמעו עדויות ולא הוגשו ראיות. יחד עם זאת קבע בית המשפט כי הודאתה של תנובה בביצוע העבירות והכרעת הדין המרשיעה מהווים ראיות לחובתה גם בהליך שבפניו

(בין כהודאת בעל דין ובין מכוח הוראת סעיף 42א לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971).

כהערה מקדמית, המשליכה הן על עילות התובענה והן על הוכחת הנזק, קבע בית המשפט כי הוא אינו נדרש להכריע ב"שאלה המדעית" הנוגעת לקיומו של סיכון בריאותי בשתיית חלב המכיל סיליקון, וכי לצורך התובענה די לבחון את השאלה האם ניתן לשלול סיכון בריאותי כאמור. מחומר הראיות שהונח בפניו, כך קבע, ניתן ללמוד כי הגם שאין ראיה לכך ששתיית חלב המכיל סיליקון גרמה, או עלולה לגרום, נזק בריאותי מיידי לצרכנים, לא ניתן לשלול קיומו של סיכון בריאותי לטווח הארוך, בעיקר לגבי ילדים. בית המשפט הוסיף כי לגישתו הצרכנים היו זכאים לדעת שהחלב מכיל סיליקון בניגוד לחוק ולתקן הרלבנטי ועל כך שבנסיבות מסוימות לא ניתן לשלול סיכון בריאותי הכרוך בצריכתו, ועוד ציין כי לו היה עליו להכריע בשאלה המדעית כאמור הוא היה משיב עליה בחיוב נוכח קיומו של תקן אשר יש להניח כי הוא מבוסס על שיקולים של בריאות הציבור ואשר יש בו כדי להעביר את הנטל להוכיח העדר סיכון בריאותי אל המפר, ותנובה, כך קבע, לא עמדה בנטל זה.

8. באמצע את גרסת ראבי לפיה הוא רכש בתחומי מדינת ישראל (ולא בשטחי יהודה ושומרון, כטענת תנובה) חלב עמיד דל שומן של תנובה שיוצר במחלבה ברחובות בתקופה הרלבנטית לתביעה, קבע בית המשפט כי לראבי עילת תביעה אישית נגד תנובה. כן ציין בית המשפט כי גם אם מסקנתו היתה שונה לא היה בכך כדי להכריע את גורל התובענה הייצוגית שכן לאחר אישורה התובענה היא של כל חברי הקבוצה, ומכל מקום ניתן להחליף תובע מייצג הנעדר עילה אישית מכוח סעיף 8(ג)(2) לחוק תובענות ייצוגיות.

לעניין התקיימותה של עילת הטעיה ציין בית המשפט כי למעשה אין מחלוקת על כך שתנובה הטעתה את צרכניה, ואף הוסיף כי "הטעיה" היא מילה עדינה מכדי לתאר את התנהגותה של תנובה, הגובלת בהונאת הלקוחות". ההטעיה, כך הוסיף, נעשתה במזיד לגבי עניינים שהם ללא ספק מהותיים מבחינת הצרכן, שכן מדובר בהטעיה לגבי מהותו וטיבו של המוצר (סעיף 2(א)(1) לחוק הגנת הצרכן), מרכיביו (סעיף 2(א)(2) לחוק הגנת הצרכן), הסיכונים הכרוכים בשימוש בו (סעיף 2(א)(4) לחוק הגנת הצרכן) ובדבר התאמתו לתקן (סעיף 2(א)(11) לחוק הגנת הצרכן). בית המשפט הדגיש בהקשר זה כי החלב הוא מוצר שאמור להיות "טהור וטבעי ככל האפשר" והוא נצרך במידה מרובה על ידי אוכלוסייה פגיעה יחסית. לכך יש להוסיף כי ההטעיה בענייננו משולבת בהפרת החובות המוטלות על תנובה בחוק התקנים, ובהקשר

זה עמד בית המשפט על כך שהתקן הישראלי הנוגע לחלב לשתייה לפיו אין להוסיף סיליקון לחלב, הוא תקן רשמי מחייב אשר גורר אחריו (בשונה מתקן ישראלי "סתם") "חובות של ממש", ואסור לייצר או לסחור במוצר שאינו עומד בתנאיו. כמו כן, תנובה לא סימנה את קיומו של תוסף הסיליקון על גבי האריזה ובכך הפרה את חובות הגילוי המוטלות עליה - לפי סעיף 4(א) לחוק הגנת הצרכן, משום שהמוצר שאינו עומד בדרישות התקן ופגום מבחינה מהותית ולפי סעיף 17(א) לחוק הגנת הצרכן. בית המשפט הוסיף וקבע כי משהוכח שתנובה כעוסק הציגה מצג מטעה, יש לצאת מן ההנחה שהצרכנים נחשפו למצג ופעלו על פיו ובית המשפט הדגיש כי הטעיה לעניין חוק הגנת הצרכן יכולה להתבצע גם במחדל בדרך של הימנעות מגילוי נאות. עוד קבע בית המשפט בהקשר זה כי אין צורך להוכיח מה ידע כל צרכן וישנה חזקה שהצרכן נותן אמון בעוסק ולא ניתן להטיל עליו את הנטל לברר האם המוצר שרכש עונה על דרישות החוק או התקן. אשר על כן, כך קבע בית המשפט, מתקיים בענייננו יסוד ההטעיה.

9. בהפנותו אל ההלכה שנפסקה בע"א 1977/97 ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה(4) 584 (2001) (להלן: ע"א ברזני); ובדנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385 (2003) (להלן: הדיון הנוסף בעניין ברזני) ציין בית המשפט כי הטעיית הצרכן מהווה עוולה נזיקית, מתוקף הוראת סעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן וכי ככזו חלים עליה "עיקרי היסוד והדוקטרינות" שבפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. עוד ציין בית המשפט כי הגם שמדובר בעוולה התנהגותית (ולא תוצאתית), הרי שלצורך קבלת פיצוי מכוחה יש להוכיח נזק וקשר סיבתי בין ההטעיה לנזק וכן את ידיעתו של הצרכן על המצג המטעה ואת הסתמכותו עליו. בענייננו, כך קבע בית המשפט, מדובר בהטעיה שבמחדל "ולא יכולה להיות מחלוקת שהצרכנים הסתמכו על כך שהחלב שתנובה משווקת עונה על דרישות החוק והתקן" בציינו כי תנובה גם לא טענה אחרת.

אשר לסוגי הנזק שבגינם אושרה התובענה כייצוגית ציין בית המשפט כי אלו כוללים "נזק לא ממוני, בלתי מוחשי, הכולל תחושות שליליות, כגון תחושת גועל, עגמת נפש ואי נוחות וכן פגיעה באוטונומיה של הפרט", אשר עיקרה בזכות לגבש החלטה אם להסכים למהלך מסוים, באופן שקול, מושכל ומודע ובידיעת העובדות הנוגעות לדבר. כן ציין בית המשפט כי הנזק הלא ממוני שנגרם כתוצאה מפגיעה באוטונומיה הוא בר פיצוי גם בהעדר נזק גופני, בהתאם לאמות המידה שנקבעו בע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים כרמל, חיפה, פ"ד נג(4) 526 (להלן: עניין דעקה). בהקשר זה דחה בית המשפט את טענת תנובה כי יש לדחות את התובענה כיוון שמדובר

בפגיעה שהיא בגדר "זוטי דברים", בקובעו כי הרעיון שביסוד תובענות ייצוגיות, הוא לאחד מספר רב של תביעות ששיעור הנזק שלהן נמוך ועל כן, העובדה שמדובר בפגיעות קלות ערך אינה צריכה לעמוד לתובעים לרועץ, ועצם העובדה שהמעשה פגע בציבור רחב מלמדת שאין מדובר במעשה של מה בכך. לגישת בית המשפט יש לבחון בהקשר זה את חומרת הפגיעה מנקודת מבטה של הקבוצה כולה ולא מנקודת מבטו של הצרכן הבודד, ולגישתו לא ניתן להגדיר כ"זוטי דברים" הטעיה חמורה של ציבור צרכנים רחב בנוגע לתכולתו וחוקיות ייצורו של חלב שהוא מוצר בסיסי.

לעניין הוכחת הנזק האישי שנגרם לראבי אימץ בית המשפט את עיקרי גרסתו, לפיה בעקבות חשיפת הפרשה היו לו תחושות שליליות שונות של גועל, כעס ורוגז בשל התרמית וחרדה מתוצאות השתיה. על כן, כך נקבע, הוכיח ראבי את הנזק שנגרם לו ואת הקשר הסיבתי בין ההטעיה לנזקים הנטענים. בית המשפט ציין כי אמנם ניתן לומר שתחושותיו של ראבי היו "מוגזמות", אך לא ניתן להתווכח עם תחושות סובייקטיביות, והוא דחה את טענת תנובה לפיה תחושותיו נבעו מן הפרסומים בתקשורת לפיהם הסיליקון חשוד כחומר מסרטן. לעניין הנזק שנגרם לחברי הקבוצה ציין בית המשפט כי אמנם היה עליהם להוכיח שהנזקים הנטענים אכן נגרמו להם אולם בתובענה ייצוגית המונית, כבענייננו, אין דרך מעשית להעיד כל אחד מחברי הקבוצה ואף לאתר את כל צרכני החלב. בהפנותו לתקנה 9(ג) לתקנות הגנת הצרכן (סדרי דין לעניין תובענה ייצוגית), התשנ"ה-1995 ולסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות, קבע בית המשפט כי בנסיבות אלו ניתן להוכיח את הנזק "במשקפיים כלליות". בית המשפט העיר כי התובעים הייצוגיים הסתפקו בעדותו של ראבי ובחוות דעת שנערכה על ידי המומחים פרופ' מבורך וד"ר כ"ץ מטעם "מאגר מוחות" בהתבסס על סקר צרכנים טלפוני (להלן: סקר הצרכנים), וכי הם היו מיטיבים לעשות אילו הגישו תצהירים של כמה צרכנים אך לגישתו די בראיות שהוצגו לשם הוכחת הנזק וקביעת שיעורו והוא דחה בהקשר זה את הטענות שהעלתה תנובה כנגד סקר הצרכנים ואמינותו בציינו, בין היתר, כי עורכי חוות הדעת הותירו רושם מהימן ויש להם ידע ונסיון בתחומם.

10. בעומדו בפירוט על תוצאות סקר הצרכנים שהוצג ציין בית המשפט כי עולה מן הסקר שתחושות שליליות מגוונות (ובהן גועל, בחילה, חרדה, פחד, כעס, שנאה, אכזבה), היו במידה גבוהה או בינונית מנת חלקם של כ-66% מצרכני החלב. עם זאת קיבל בית המשפט את טענת תנובה בדבר חוסר התאמה מסוים בנתונים שהוצגו וכן את טענתה כי לא היה מקום להציג לנסקרים בשאלה החמישית (שנגעה לעיתוי בו נוצרו התחושות השליליות) מצג לפיו הפרסומים בדבר סיכונים הבריאותיים של הסיליקון אומתו על ידי משרד הבריאות ועל ידי תנובה. אולם, כיוון ששתי השאלות אותן הגדיר

בית המשפט כשאלות ה"קרדינליות" בסקר (תחושות המרואיינים ודירוג מידת החומרה שלהן) נשאלו לפני השאלה בה נפל הפגם כאמור, סבר בית המשפט כי אין חשש להטיה בסקר. בית המשפט מוכן היה להניח, ולו מתוך זהירות, שממצאי הסקר נוטים במידה מסוימת להחמרת התחושות השליליות, אך קבע כי בכך אין כדי להוביל אל המסקנה שהסקר כולו פסול כטענת תנוכה והוא הוסיף וקבע כי השתכנע שהסקר מבוסס כדבעי וממצאיו מתיישבים עם ההגיון הפשוט.

עוד ציין בית המשפט בהקשר זה כי תנוכה הסתפקה מצידה בהעלאת טענות כנגד סקר הצרכנים שהציגו התובעים הייצוגיים אך לא הציגה מטעמה סקר צרכנים שנערך בתקופה הרלבנטית, והתנהלות זו אומרת דרשני. על כן ואף שניתן למצוא הפרזה בנתוני הסקר שהציגו התובעים, סבר בית המשפט כי יש לקבל את המסקנה העולה ממנו ולפיה נגרמו נזקים בלתי ממוניים שונים למרבית הצרכנים, בלא כל קשר לשאלת הסיכונים הבריאותיים הכרוכים בצריכת חלב המכיל סיליקון. בעניין זה דחה בית המשפט את טענות תנוכה אותן ביקשה לבסס על סקר של פרופ' גוטליב שנערך מטעמה בשנת 2004 ועל חוות דעת של פרופ' הורניק ופרופ' פרי שהגישה, בציינו כי קיים אמנם מדרג של סוגי פגיעות באוטונומיה של הפרט, אך בכך ובעובדה שניתן לתאר פגיעות חמורות מזו שארעה במקרה דנן, אין כדי להוביל אל המסקנה שהתנהגותה של תנוכה לא הביאה לפגיעה של ממש באוטונומיה של הצרכן. בית המשפט דחה גם טענות נוספות שהעלתה תנוכה לעניין הוכחת קיומו של נזק במקרה דנן בציינו, בין היתר, כי לצורך הוכחת ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה אין צורך להוכיח שהתובע היה נמנע מלפעול בדרך בה פעל לו היה מודע למידע האמיתי, ובענייננו כי הצרכנים היו נמנעים לרכוש את החלב לו ידעו כי הוא מכיל סיליקון. מקל וחומר קיימת פגיעה באוטונומיה של הצרכנים כאשר סביר להניח כי מרביתם אכן לא היו רוכשים את החלב לו היו מודעים לכך ש"מוצר בריאותי מובהק" יוצר בניגוד לחוק ולתקן תוך שימוש בסיליקון בכמות העולה פי עשרה על זו המותרת במוצרי מזון אחרים, ובפרט לו היו מודעים לכך שקיימות דעות בקרב כמה מומחים שצריכת חלב המכיל סיליקון עלולה לסכן את הבריאות. בית המשפט דחה בהקשר זה את טענת תנוכה שהסיליקון הינו תוסף במוצרי מזון אחרים ואינו מזיק, בציינו כי הסיליקון נרכש על ידי תנוכה כחומר ניקוי והוא לא אמור להימצא בחלב. עוד ציין בית המשפט כי הפגיעה באוטונומיה של הפרט עולה בבירור מסקר הצרכנים, אך לגישתו אין הכרח בהבאת ראיות לשם הוכחת נזק זה - "הפגיעה באוטונומיה מתרחשת באופן מיידי עם הפרת החובה למסור מידע מלא לצרכן, והפגיעה היא אינהרנטית להתנהגות העוללתית. שלילת זכותם של הצרכנים לקבל החלטה באופן שקול, מושכל ומודע, בידיעת העובדות הנוגעות בדבר, האם לרכוש ולצרוך את החלב של תנוכה, מהווה נזק עצמאי

בר-פיצוי, גם בהיעדר כל נזק אחר, ואפילו אין ראייה שהצרכנים היו נמנעים מלרכוש את החלב לו ידעו את כל העובדות". בית המשפט הוסיף כי העובדה שתנובה הסתירה מצרכניה את הכנסת הסיליקון לחלב בצירוף העובדה שמדובר בעניין מהותי לצרכן, מוכיחה את הפגיעה באוטונומיה של הצרכן כמי שנשללה ממנו הזכות לבחור באופן שקול, מושכל ומודע את המוצר המתאים לו, כלומר להעדיף מוצר שאינו מכיל סיליקון המיוצר לפי דרישות החוק והתקן. עוד קבע בית המשפט כי הזכות לאוטונומיה היא זכות יסוד חוקתית והפגיעה בה מחייבת פיצוי הולם וממשי.

11. לעניין הערכת הנזק קבע בית המשפט כי מן הראוי להביא בחשבון את חומרת הפרת הזכות על ידי תנובה בפרשה ואת השפעת ההפרה על החלטת הצרכנים ומידת חשיבות ההחלטה לגביהם (בשים לב לכך שמדובר במוצר בסיסי ו"טהור" הנצרך בדרך כלל על ידי אוכלוסיה פגיעה). בית המשפט הוסיף כי גם אם נביא בחשבון את העובדה שתחושות הנשאלים בסקר הושפעו במידה מסוימת מן הפרסומים באמצעי התקשורת אודות הסיכון הבריאותי הכרוך בצריכת חלב המכיל סיליקון, מחצית מהנשאלים חשו תחושות שליליות שאינן כרוכות בחרדה וגם תחושות החרדה, כך קבע, נובעות לאו דווקא מן הפרסומים אלא מהתנהלות תנובה. בית המשפט דחה בהקשר זה את הטענה שהפרסומים בתקשורת ניתקו את הקשר הסיבתי בין מעשי תנובה לבין הנזק בהדגישו כי הצרכן אינו אמור להתעמק במחקרים רפואיים לפני שהוא רוכש חלב ואם הוספת הסיליקון לחלב נאסרה על פי החוק והתקן, וקיימים מומחים הסבורים כי היא עלולה להיות סכנה בריאותית במקרים מסויימים, החשש של הצרכנים לבריאות מובן וטבעי. חשש זה, כך נקבע, מעצים את הפגיעה באוטונומיה של הצרכן, כמו גם את התחושות השליליות הנלוות אליה. הצרכן רשאי להניח, וסביר כי כך יניח, שהתקן לחלב נועד להגן על בריאותו ומשתנובה התעלמה מהתקן החשש לבריאות מוצדק ומבוסס גם בלא הפרסומים על כך שהסיליקון חשוד כמסרטן.

אשר על כן, כך נקבע, הוכח כי נזק בשל פגיעה באוטונומיה של הפרט נגרם לכלל הקבוצה. עוד קבע בית המשפט כי כמחצית מחברי הקבוצה סבלו נזק בלתי ממוני המתבטא בתחושות שליליות שונות וזאת בהתבסס על סקר הצרכנים ובאומדן המביא בחשבון את האפשרות שפרסומים מוגזמים באמצעי התקשורת תרמו באופן חלקי לתחושות השליליות.

אשר לגודל הקבוצה התובעת, דהיינו מספר הצרכנים אשר רכשו בישראל את החלב בתקופה הקובעת (בין 23.10.1994 לבין ספטמבר 1995), לצרכי ביתם, או בבתי מלון, מסעדות ובתי קפה, אימץ בית המשפט את חוות הדעת של אופיר, המומחה

מטעם בית המשפט, לאחר שהתרשם ממהימנותו וממקצועיותו, והעדיף אותן על פני חוות הדעת שהוגשו מטעם תנובה. בית המשפט ציין כי אופיר קבע (על בסיס ממוצע משוקלל של דרכי חישוב שונות) כי 166,307 משקי בית רכשו את החלב, אך כיוון שבמשק בית ממוצע רוכשים מספר אנשים חלב, קבע אופיר כי מספר האנשים שרכשו את החלב נע בין 166,307 (מספר משקי הבית) לבין 330,000 (רוכשים בוגרים) עם נטיה אל עבר המספר הנמוך. משכך קבע בית המשפט כי מספר חברי הקבוצה, כלומר הבוגרים שרכשו את החלב בתקופה הרלבנטית הינו כ-220,000 איש, וכי החברים בקבוצה זו זכאים לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה ומחציתם (110,000 איש) זכאים גם לפיצוי נוסף בגין תחושות שליליות.

12. התובעים ביקשו שהסעד יחושב על בסיס מכפלת הנזק שראוי לפסוק לכל אחד מהם במספרם הכולל ובהקשר זה ציין בית המשפט כי דרך המלך היא אכן פסיקת פיצוי אינדיבידואלי לכל אחד מחברי הקבוצה (סעיפים 20(א) ו-20(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות), אך הדבר אפשרי רק כאשר מספר החברים בקבוצה אינו רב, זהותם ידועה והם יכולים להוכיח את נזקם בדרך המקובלת. לעומת זאת נדרשת גמישות מסויימת בהוכחת הנזק כאשר קיים קושי מעשי לחייב את כל חברי הקבוצה להוכיח את תביעתם בדרך הרגילה (בשל מספרם הגדול או משום שאין לצפות מהם לשמור מסמכים רלבנטיים) וכן כאשר אין דרך מעשית לאתר את חברי הקבוצה או כאשר רבים מהם לא יטרחו להוכיח את נזקם בשל שיעורו הנמוך. על מנת להתגבר על הבעיות הכרוכות בהוכחת הנזק, חלוקתו וכימותו במקרים כגון אלו פיתחה הפסיקה בארה"ב, עליה עמד בית המשפט בהרחבה, מנגנון המכונה Fluid Class Recovery (FCR). בית המשפט לא התעלם מכך שהפסיקה בארה"ב בהקשר זה אינה אחידה אך סבר כי בזהירות המתבקשת ניתן "לשאוב ממנה רעיונות" לענייננו, בהדגישו כי מדברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות עולה שהמחוקק הישראלי "ראה לנגד עיניו" מנגנון זה. בית המשפט הפנה אל סעיף 20(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות לפיו רשאי בית המשפט לפסוק פיצוי כולל לקבוצה בציינו כי סעיף זה עניינו במתן סעד אישי לחברי הקבוצה והוא נועד להתגבר על קושי בחישוב הנזק האישי. כמו כן הפנה בית המשפט אל סעיף 20(ג) לחוק המאפשר פסיקת פיצוי כללי לציבור בכללותו או "לחברי הקבוצה - כולם או חלקם" בציינו כי סעיף זה נועד למקרים בהם לא ניתן לאתר את חברי הקבוצה או לשלם להם פיצוי באופן אישי אם כי גם לצורך מתן סעד זה מן הראוי כדבריו "לנסות ולאמוד את סכום הפיצוי האישי המגיע לכל אחד מיחדי הקבוצה לצורך קביעת סכום הפיצוי הכולל, על מנת לוודא שסכום הפיצוי הכולל אינו עולה על שיעור הנזק המצרפי המוערך שנגרם לחברי הקבוצה... כך גם חשוב לקבוע, לפחות על דרך ההערכה, את מספרם של חברי הקבוצה. אלו יסייעו לבית המשפט לקבוע בצורה מדוייקת ככל

האפשר את סכום הפיצוי הכולל לקבוצה, לצורך מתן סעד לקבוצה או לציבור" (פסקה 107 לפסק הדין).

עם זאת הדגיש בית המשפט כי סכום פיצוי כולל כאמור אינו משקף בהכרח מכפלה של שיעור הנזק האישי במספר חברי הקבוצה והוא נפסק בידיעה שהוא אינו תואם בצורה מדוייקת את הנזק שנגרם וכי חלק מחברי הקבוצה לא יקבלו כלל פיצוי בעוד שאחרים שאינם חברים בקבוצה יהנו מהפיצוי. עוד הוסיף בית המשפט כי הפגיעה באוטונומיה וה"תחושות השליליות", כבמקרה דנן, הם ממילא נזקים לא ממוניים שקביעת שיעורם מחייבת הערכה ומעצם טבעם הם אינם יכולים להיות מדוייקים. לכן ניתן במקרה כזה לקבוע על דרך הערכה את הפיצוי בגין נזק לא ממוני לכל חבר בקבוצה ולהכפילו במספר חברי הקבוצה, שאף הוא יכול להיקבע על יסוד הערכה, או שניתן לקבוע את הפיצוי הכולל בדרך של אומדנה. מכל מקום, כך צוין, העובדה הבלתי נמנעת שמדובר בהערכה אינה צריכה לשלול את מתן הסעד לטובת הקבוצה. בית המשפט לא התעלם מכך שבסעיף 20(א)(3) לחוק נקבע כי בית המשפט רשאי לפסוק פיצוי כספי כולל שיחולק בין חברי הקבוצה ובלבד שהוא ניתן "לחשוב מדוייק", אך סבר כי יש לפרש מונח זה על פי תכלית החוק והסעיף. עוד ציין בית- המשפט כי מינוח זה אינו מופיע בסעיף 20(ג) לחוק, שעניינו סעד לטובת הקבוצה או הציבור, וכי בסעיף 20(ה) לחוק הודגש כי הדרישה להוכחת נזק לא תמנע פיצוי בשל נזק שאינו ממוני. בית המשפט הוסיף וציין כי לעיתים התכלית המעשית של ההליך המשפטי מחייבת מתן פיצוי על פי אמת מידה אחידה, גם אם ברור שקיימים הבדלים בין תובע לתובע, וכך הוא המקרה שבפנינו. בית המשפט התייחס לסקר הצרכנים שהוצג וקבע כי הוא מוכיח את הנזק הנוגע לתחושות השליליות וזאת במידת הוודאות הדרושה במשפט אזרחי, בפרט בהתחשב בכך שמדובר באמת מידה גרידא לצורך חישוב סכום הפיצוי הכולל שניתן לחשבו על דרך אומדנה. כמו כן, ציין בית המשפט כי בפסק הדין הנוגע לבקשה לאישור התובענה כייצוגית הניח בית המשפט העליון כי לא יהיה מנוס מלפסוק פיצוי לטובת הקבוצה ועוד ציין כי טענות תנובה בהקשר זה חותרות תחת ההחלטה לאשר את התובענה כייצוגית. בית המשפט הוסיף ודחה את טענתה החלופית של תנובה לפיה לכל היותר ניתן היה לבסס את הפיצוי על "הרווח העוולתי" שהפיקה היא, לכאורה, מן המעשים נשוא התביעה. כמו כן דחה בית המשפט את הטענה שהעלתה תנובה בהקשר זה לפיה בסופו של יום נגרמו לה אך הפסדים כתוצאה מהפרשה דנן ועל כן אין בידיה רווחים שהושגו שלא כדין. הטענה הנוספת שהועלתה על ידי תנובה לחלופי חלופין ולפיה הרווח שהפיקה הגיע כדי סך של 350,000 ש"ח בלבד, נדחתה אף היא על ידי בית-המשפט.

לעניין קביעת הנזק הדגיש בית המשפט כי תנובה לא הפנתה בטיעוניה לסעיף 20(ד)(2) לחוק תובענות ייצוגיות לפיו רשאי בית המשפט להביא בחשבון את הנזק העשוי להיגרם לנתבע או לציבור הנזקק לשירותיו בשל תשלום הפיצוי. עם זאת, ואף שלא הוצגו בפניו טענות או נתונים מפורשים בעניין זה, קבע בית המשפט כי מחומר הראיות עולה כי הפיצוי לא עתיד לפגוע בפעילותה השוטפת של תנובה או לסכן את יציבותה הכלכלית וכי לכל היותר יפגע הפיצוי ברווחיה בתקופה הקרובה. כן הדגיש בית המשפט כי כדי להשיג את המטרות שבבסיס התובענה הייצוגית צריך הסעד לקבוצה התובעת להיות יעיל וממשי.

13. בשל כל הטעמים שפורטו, קבע בית המשפט כי במקרה דנן יש לפסוק סעד כספי לטובת הקבוצה מכוח סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, אותו יש לחשב כפיצוי בסכום זהה לכל חבר בקבוצה. עוד קבע בית המשפט כי פסיקת פיצוי בסך של 8,000 ש"ח עבור כל חבר בקבוצה, כעתירת התובעים הייצוגיים, הולם אולי תביעה אישית, אך בתביעה הייצוגית דנן הוא היה מביא את הסעד הכספי לסכום כולל של 1.76 מיליארד ש"ח שהינו בלתי סביר. בהתחשב במכלול הנתונים הורה על כן בית המשפט כי על תנובה לשלם פיצוי כולל בסך 55 מליון ש"ח, המשקף נזק אישי מוערך בסך 250 ש"ח לכל אחד מחברי הקבוצה (250 ש"ח X 220,000), בציינו כי נזק בשיעור זה, ואף בשיעור גבוה מכך, בוודאי נגרם לכל אחד מחברי הקבוצה ולו בשל הפגיעה באוטונומיה של הפרט.

בית המשפט הוסיף וקבע כי הסעד המעשי היחיד הוא סעד לטובת הקבוצה, אותו יש לחלק לשלוש מטרות:

(1) מתן הטבה לחברי הקבוצה באמצעות הוזלת המוצר (או הגדלת התכולה בלא העלאת מחירו). בית המשפט עמד על הקשיים הכרוכים במימוש סעד זה וציין כי לצורך אישורו נדרשים חוות דעת כלכלית, אישור הממונה על ההגבלים העסקיים ועמדת היועץ המשפטי לממשלה, וכן פיקוח על הביצוע מכוח סעיף 20(ו) לחוק;

(2) העברת חלק מסכום הפיצוי לקרן מחקרים ומלגות בתחום המזון והתזונה, שלהם השלכה על בריאות הציבור;

(3) חלוקת חלב חינם לאוכלוסיות נזקקות באמצעות עמותות העוסקות בכך.

עוד קבע בית המשפט "חלוקת הסכום בין שלוש המטרות שתאושרנה תקבע לאחר שניתן יהיה לאשר את הוזלת המחיר, על פי התנאים שיקבעו לכך, ולאחר שתוגש תוכנית חלוקה לשתי המטרות האחרות" וציין כי ניתן לצפות מהצדדים שיגיעו להסכמה בעניין דרך חלוקת סכום הפיצוי בהתאם לאמור, כך שבית המשפט לא יאלץ לכפות עליהם הסדר.

לעניין הגמול לתובעים הייצוגיים ולעניין שכר הטרחה לבאי כוחם ציין בית המשפט כי הבקשה לפסיקת שכר טרחת עורך דין בסך של כ-400 מליון ש"ח היא בלתי סבירה ומופרכת. כמו כן קבע כי באותו שלב אין מקום לפסוק שכר טרחה וגמול סופיים בשים לב לכך שטרם נקבעו מסקנות סופיות לגבי דרך חלוקת סכום הפיצוי הכולל, אך לאחר שעמד על אמות המידה לקביעת שיעור שכר הטרחה והגמול הורה כי יש לשלם סכומי ביניים "על חשבון הסכומים הסופיים" כדלקמן: גמול ליורשי ראבי בסכום של 150,000 ש"ח; גמול למועצה לצרכנות בסך של 250,000 ש"ח; שכר טרחה בסך של 500,000 ש"ח; והוצאות משפט בסך של 100,000 ש"ח.

תנובה לא השלימה עם פסק הדין החלקי של בית משפט קמא והגישה עליו ערעור לבית משפט זה (ע"א 10085/08, להלן: ערעור תנובה), התובעים הייצוגיים הגישו מצידם ערעור שכנגד על פסק הדין (להלן: ערעור התובעים הייצוגיים), אך טרם שנדונו ערעורים אלו, ניתן על ידי בית המשפט המחוזי פסק דין משלים.

פסק-הדין המשלים של בית המשפט המחוזי –
הגמול ושכר הטרחה הסופיים ואופן חלוקת הפיצוי

14. בפסק דין משלים מיום 17.6.2009 נתן בית המשפט המחוזי תוקף להסכמות אליהן הגיעו הצדדים, בשיתוף עם היועץ המשפטי לממשלה ועל דעתו, ואלו ההסכמות: (א) החלוקה בין שלוש מטרות הפיצוי תהיה - הסדר ההנחות 22%, קרן מחקרים ומלגות 33.33%, וחלוקת מוצרי חלב לנזקקים 44.66%; (ב) חלוקת מוצרי החלב (לא רק חלב עמיד נשוא התביעה) תיעשה תוך חמש שנים מתחילת ביצוע פסק הדין באמצעות העמותות "לתת" ו"משולחן לשולחן"; (ג) לצורך העברת הפיצוי למטרות מחקר בתחום המזון והתזונה תוקם קרן מחקר שבראשה יעמוד המדען הראשי של משרד הבריאות. הנהלת הקרן (שחבריה מפורטים בהסכם) תבחר את המחקרים שיזכו במלגות ותפקח עליהם. בסכום הפיצוי ייעשה שימוש בתוך חמש שנים, אלא אם יהיה צורך להמשיך ולהשתמש בסכום זה גם לאחר מכן; (ד) פרטיו של הסדר ההנחות יגובשו לאחר ההכרעה בערעור שהוגש על פסק הדין החלקי ועל בסיס הנתונים שיהיו

קיימים באותה העת, והוא יוחל על כל סוגי החלב העמיד (1% שומן ו-3% שומן) ויבוצע בתוך חמש שנים מיום תחילת ביצועו. הסדר זה זכה לאישור הממונה על ההגבלים העסקיים אך בית המשפט ציין כי ייתכן שיהיה צורך בפנייה חוזרת אליו אם יחלוף זמן ניכר עד תחילת הביצוע. עוד ציין בית המשפט כי אם הצדדים לא יגיעו להסכמה לעניין פרטי הסדר ההנחות הוא ימנה מומחה לצורך קביעת תנאיו. בית המשפט הוסיף וקבע כי ביצוע פסק הדין החלקי בהתאם להסכמות שפורטו יעוכב עד למתן פסק הדין בערעור שהוגש עליו.

לעניין הגמול ושכר הטרחה הסופיים הורה בית המשפט כי אל סכומי הביניים שנקבעו בפסק הדין החלקי יתווספו הסכומים כדלקמן: ליורשי ראבי גמול בסך של 350,000 ש"ח; למועצה לצרכנות גמול בסך של 750,000 ש"ח; לבאי כוח התובעים הייצוגיים שכר טרחה בשיעור של 2,000,000 ש"ח ובעניין זה הסכימו הצדדים כי בתוך 30 ימים מיום מתן פסק הדין המשלים ישולם הגמול וכן 60% משכר הטרחה שייפסק, ותשלום היתרה יעוכב עד לאחר ההכרעה בערעור. לבסוף הורה בית המשפט על פרסום הודעה בשלושת העיתונים המרכזיים שתמומן על ידי תנובה ותכלול את עיקרי החלטתו בעניין.

הצדדים מלינים בפנינו גם על פסק הדין המשלים. כך הגישו התובעים הייצוגיים ערעור מטעמם כנגד פסק דין זה (ע"א 6339/09), ותנובה מצידה מבקשת אף היא כי נתערב בו (ע"א 7607/09). טענות הצדדים בערעורים על פסק הדין החלקי ועל פסק הדין המשלים (אשר יכוננו ביחד להלן: פסק הדין), הוגשו במאוחד.

טענות תנובה

15. תנובה טוענת כי יש לבטל את פסק דינו של בית משפט קמא, ולחלופין להפחית באופן משמעותי את סכום הפיצוי שנפסק נגדה. לטענתה בית המשפט המחוזי חתר לקבלת התובענה הייצוגית והתעלם מכללי הדיון הרגילים. עוד טוענת תנובה כי מפסק הדין נובע שעקרונות יסוד בדיני הנזיקין לא חלים לגבי תובענה ייצוגית צרכנית בגין נזק לא ממוני, ובכך נפרצו גדרי חוק תובענות ייצוגיות בניגוד ללשונו, לרוחו ולעקרונות המנחים אותו וכן בניגוד להלכה שנפסקה בדיון הנוסף בעניין ברזני. לטענת תנובה בית משפט קמא ביטל למעשה את דרישת הקשר הסיבתי בין ההטעייה לבין הנזק והיא מדגישה כי בפסק הדין בעניין דעקה הפגיעה באוטונומיה נבעה מחיוניות המידע ומרכזיותו בתהליך קבלת ההחלטה של הפרט. מכאן כי כאשר המידע אינו משפיע על קבלת ההחלטה של הפרט אין מקום להעניק לו פיצוי. לחלופין טוענת תנובה כי אם יפורש פסק הדין בעניין דעקה כפסק דין אשר הדרישה לקשר סיבתי

ננטשה בו, יש לצמצמו להקשר המיוחד ולנסיבות החריגות באותו עניין הנוגעות לפגיעה בהסכמה מדעת לטיפול רפואי ולגישתה, חריגה מכללי הנזיקין הקלאסיים אינה מוצדקת בהקשר של עוולת ההטעיה הצרכנית והיא חורגת מפסיקת בית המשפט העליון בדיון הנוסף בעניין ברזני. תנובה מפנה בעניין זה אל קביעת בית המשפט לפיה לצורך פיצוי בגין ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה אין צורך לבחון את נתוני האישיים של הניזוק ומכאן עולה כי הנפגע עצמו אינו מהווה פקטור בנוסחת החישוב.

תנובה מוסיפה וטוענת כי התובעים הייצוגיים לא הוכיחו שנגרם להם נזק בעקבות מעשיה וכי לאמיתו של דבר, הנזק נגרם בעקבות הפרסומים בתקשורת ולא כתוצאה משלילת הבחירה לרכוש את החלב. עוד טוענת תנובה כי בית המשפט שגה כאשר העריך את הנזקים באופן אחיד לכל חברי הקבוצה, למרות השונות בגובה הפיצוי שלכאורה זכאים לו חבריה בהתחשב בנתונייהם האישיים. לטענתה, אותה היא מבקשת לבסס על הפסיקה בארה"ב ובישראל, נזקים לא ממוניים הם מטבעם אינדיבידואליים ואינם ניתנים להערכה באופן אחיד ובכללם נזק הנגרם בגין פגיעה באוטונומיה שאף הוא אינדיבידואלי-סובייקטיבי. תנובה מוסיפה וטוענת כי לא היה מקום לפסוק במקרה זה פיצוי לטובת הקבוצה והציבור, ובכל מקרה לא היה מקום לחשב את הפיצוי הכולל על יסוד הכפלה פשוטה של מספר חברי הקבוצה בשיעור הנזק האישי. עוד טוענת תנובה כי הסכום בו העריך בית המשפט את הנזק ממנו סבל כל חבר בקבוצת התובעים - 250 ש"ח - הוא סכום שרירותי שנפסק ללא ראיות התומכות בו ובלא הנמקה של ממש לגבי אופן קביעתו. עוד מצביעה תנובה על כך שבפסיקת הנזק האחיד כאמור לא הבחין בית המשפט בין חברי הקבוצה שלקו, על פי קביעתו, גם ברגשות שליליים כתוצאה מצריכת החלב ובין אלה שלא לקו ברגשות כאלה, וכן לא הבחין בין מי שהנתון בדבר הוספת הסיליקון לחלב היה משליך על בחירתו לצרוך את החלב ובין מי שהדבר לא היה משפיע על התנהלותו הצרכנית.

16. תנובה מוסיפה וטוענת כי הפיצוי הכולל אותו פסק בית משפט קמא מופרז וחסר תקדים והיא מדגישה כי כל רווחיה ממכירת החלב בתקופה הרלוונטית עמדו על כ-4.3 מליון ש"ח. לטענתה בית המשפט פסק למעשה פיצוי עונשי הנלמד מהטרמינולוגיה ה"ענישתית" שבפסק הדין, אף שאין לעשות כן במסגרת תובענות ייצוגיות על פי הוראת סעיף 20(ה) לחוק.

דוגמה מובהקת לכך מוצאת תנובה בקביעותיו של בית המשפט בעניין הסיכון הבריאותי שיש בצריכת מזון המכיל סיליקון, ולטענתה כל מטרת הדיון בסוגיה זו היתה להבהיר לקורא "מדוע ראויה תנובה לעונש". לטענת תנובה בית המשפט קבע בעניין זה

קביעות סותרות וכן קביעות העומדות בניגוד לאמור בפסק הדין בבקשת האישור. עוד היא טוענת כי בית משפט קמא התפרק מסמכותו להכריע בנכונות טענות התובעים הייצוגיים באשר לקיומו של סיכון בריאותי, והנטל שהטיל עליהם בהקשר זה היה "במשקל נוצה" שכן הוא הסתפק בקיומם של מחקרים מסויימים (שהוצגו בפניו באופן אגבי), בלא שהכריע בנכונותם ומבלי שהוגשו לו חוות דעת מפורטות בעניין. תנובה מדגישה כי התקן הרשמי אסר על הוספת כל חומר שהוא לחלב (להוציא ויטמין A או D בנסיבות מסוימות) ולא על הוספת סיליקון דווקא. כמו כן טענה תנובה כי כבר בשנת 1998 פקע תוקפו של התקן כתקן רשמי והוא אינו מחייב עוד את יצרני החלב וכי בתקנים אחרים הותר להוסיף סיליקון למוצרי מזון, גם כאלו שנצרכים על ידי תינוקות, בכמויות דומות לאלו שהוספו על ידה לחלב העמיד ובסדרי גודל העולים על אלה שנצרכו בפרשה. תנובה מוסיפה כי קביעת בית משפט קמא לפיה הוסף לחלב סיליקון בכמות העולה פי עשרה על המותר במוצרי מזון אחרים אינה מבוססת, והוכח כי באותה התקופה הותר לכלול סיליקון במוצרי מזון אחרים בכמות כפולה מזו שנכללה בחלב. עוד טוענת תנובה כי קביעת בית משפט קמא לפיה ניתן ללמוד על סיכון בריאותי מעצם הפרת התקן אינה מבוססת ואף עומדת בסתירה להוראת סעיף 17ג(א) לחוק התקנים. כמו כן טוענת תנובה כי ניתן ללמוד על כך שאין כל סיכון בריאותי בצריכת סיליקון בחלב מדו"ח ועדת דנון וממצאי בית המשפט בהליך הפלילי שנוהל נגדה. מכל מקום, לגישתה אף אם ייקבע כי קיימת אפשרות לסיכון בריאותי, אין בכך משום מסד ראוי לפסיקת פיצויים, שכן לא ניתן לקבוע פיצוי על בסיס אפשרות, שלא הוכחה, להיווצרות תחושות שליליות לגבי סיכון תיאורטי לבריאות. תנובה מוסיפה בהקשר זה כי קביעת בית המשפט כאילו החלב הוא מוצר "טבעי וטהור" אינה יכולה לעמוד, שכן התפיסה הצרכנית ביחס לחלב היא שמדובר במוצר מעובד המכיל תוספי מזון שונים ורק מיעוט מכלל הצרכנים מחזיק בדעה שהציג בית משפט קמא. עוד עומדת תנובה על הפער שבין הפיצוי שנפסק במקרה דנן ובין הפיצוי שנפסק בתובענות ייצוגיות אחרות.

17. תנובה מוסיפה וטוענת כי עניינו של סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות הוא בקביעת פיצוי כאשר אין אפשרות לזהות או לאתר את חברי הקבוצה התובעת, ושגה בית משפט קמא בקובעו כי הסעיף חל כאשר לא ניתן להוכיח את גובה הנזק. תנובה מדגישה כי סעיף 20(ג) לחוק לא נועד "להתגבר" על דיני הראיות הרגילים ולאפשר קביעה שרירותית של גובה נזק וסכומי פיצוי. עוד טוענת תנובה כי בית משפט קמא שגה בקובעו שמסלול הפיצוי שבסעיף 20(א)(3) לחוק הוא מסלול נפרד מזה שבסעיף 20(ג) לחוק, ולטענתה גם פיצוי לפי סעיף 20(ג) לחוק כפוף לדרישת "החישוב המדוייק" הקבועה בסעיף 20(א)(3). על כן ניתן לפסוק פיצוי לטובת הציבור או לטובת

הקבוצה כאשר מסתבר שאין זה מעשי ליתן פיצוי אישי, רק בהתקיים דרישת החישוב המדוייק. לטענת תנובה כיוון שבמקרה דנן לא ניתן היה לחשב את הנזק במדוייק או אף להעריכו על יסוד נתונים סטטיסטיים "יציבים", היה על בית המשפט לדחות את התובענה. תנובה מוסיפה ומציינת כי בארה"ב כאשר לא ניתן לחשב בצורה מדוייקת את הנזק לקבוצה או כאשר מדובר בנזק לא ממוני בית המשפט אינו מאשר הגשת תובענה כייצוגית.

לחלופין טוענת תנובה כי אף אם במקרה דנן יש לפסוק פיצוי לטובת חברי הקבוצה, הערכתו צריכה להיעשות באופן שונה מהדרך בה נקט בית משפט קמא. לטענתה כיוון שלא ניתן לקבוע את הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה לא נכון לחשב את הפיצוי באופן שרירותי על בסיס מכפלת מספר חברי הקבוצה בסכום נזק כלשהו, אלא יש לחשבו על בסיס "הרווח העולתי" שנצבר אצלה. פיצוי המבוסס על חישוב הרווח, כך טוענת תנובה, יתגבר על הקשיים הקיימים במקרה דנן: הוא ישקף את תוצאת ההתרחשות שבגינה הוגשה התביעה; ימנע את הקושי שבהערכת הנזק הלא ממוני ואת ה"תמחור" האחיד של התחושות השליליות למרות השונות בין חברי הקבוצה; וכן ימנע את הקושי שבהערכת הנזק על פי סקרים לא מבוססים. לטענת תנובה הרווח אותו הפיקה כתוצאה מביצוע העוולה הינו 1,645,900 ש"ח בערכי קרן, ובתוספת הפרשי ריבית והצמדה (מאמצע תקופה) - 4,981,616 ש"ח. לחלופי חלופין טוענת תנובה כי יש לחשב את הפיצוי על בסיס הסכום שנחסך לה בעקבות השימוש בסיליקון לפתרון בעיית ההקצפה, וזה עומד על 400,000 דולר ארה"ב (השווים, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית, ל-4,346,991 ש"ח). לסכום זה, כך נטען, ניתן להוסיף "מקדם הרתעה" סביר. עוד טוענת תנובה כי גם אם יקבע שיש לערוך מכפלה של מספר חברי הקבוצה בסכום נזק כלשהו יש לתקן ליקויים מהותיים שנפלו באופן החישוב שערך בית משפט קמא. לטענתה יש לכלול במכפלה רק צרכנים אשר סבלו מרגשות שליליים ממשיים עקב צריכת החלב ואין לכלול בהקשר זה תחושות הקשורות ל"עמדות או להשקפות" שהם מחזיקים בהן כתוצאה מהתנהלות תנובה (כגון חוצפה וזלזול). לגישת תנובה על בסיס הנתונים שהוצגו בבית המשפט הצרכנים העונים על תנאים אלו מהווים כ-15% מתוך חברי הקבוצה שהגדיר בית המשפט המחוזי. עוד טוענת תנובה כי יש להעמיד את מספר חברי הקבוצה על 166,000 (הרף המינימאלי שנקבע בחוות דעתו של אופיר) ולחלופין על 200,000 איש (כפי שהעריך לטענתה אופיר בעדותו).

18. תנובה מוסיפה וטוענת כי הסכום אותו פסק בית משפט קמא בגין גמול ושכר טרחת עורכי דין הינו גבוה באופן בלתי סביר, בהדגישה כי הוא מהווה 7% מסכום

הפיצוי הכולל. עוד טוענת תנובה כי סכום זה אינו עולה בקנה אחד עם אמת המידה המנחה בעניין זה בהוראות החוק (סעיפים 22 ו-23 לחוק) ובהלכה הפסוקה. בכל הנוגע למועצה לצרכנות טוענת תנובה כי זו לא טרחה רבות ולא נטלה על עצמה כל סיכון; כי מדובר בגוף סטטוטורי מתוקצב ואין מדובר באדם פרטי הזקוק לתמריצים; כי המועצה לצרכנות לא יזמה את ההליך וצורפה אליו בשלב מאוחר יחסית; ולבסוף כי מידת מעורבותה היתה שולית וזניחה. אשר לשכר טרחת באי-כוח התובעים הייצוגיים טוענת תנובה כי מדובר בשכר טרחה חסר תקדים שאינו מביא בחשבון את אופן ניהול התביעה ואת הפער בין הסעדים שנתבקשו בה לבין אלה שנפסקו לבסוף, והיא מוסיפה וטוענת כי הסכומים שפסק בית משפט קמא עשויים להוות פתח לשימוש לרעה במכשיר התובענה הייצוגית.

טענות התובעים הייצוגיים

19. בערעור שכנגד טוענים התובעים הייצוגיים כי משקבע בית המשפט שהסכום שנתבע עבור כל צרכן (8,000 ש"ח) הולם תביעה אישית, אין הצדקה להפחיתו ל-250 ש"ח מהטעם שמדובר בתובענה ייצוגית, בהדגישם כי תנובה עצמה לא טענה שההגנה הקבועה בסעיף 20(ד)(2) לחוק תובענות ייצוגיות מתקימת בעניינה. התובעים הייצוגיים מוסיפים כי הפחתת הפיצוי מרוקנת מתוכן את ההליך ההיצוגי ואינה עולה בקנה אחד עם קביעותיו של בית משפט קמא לפיהן נגרם להם נזק חמור המחייב פיצוי הולם. התובעים הייצוגיים מוסיפים כי הגדלת סכום הפיצוי לא תגרור פגיעה בציבור, בין היתר בהתחשב בנתוני המכירות וברווחים של תנובה והם מלינים על כך שקבוצת המיוצגים צומצמה עד מאוד ונכללו בה רק אלה שרכשו בדרך כלל את החלב בעוד שהיה מקום לכלול גם רוכשים מזדמנים. הטעם היחיד לכך שקבוצת התובעים צומצמה, כך הם מוסיפים וטוענים, הוא שתנובה סיפקה מידע חלקי למומחה אשר מונה מטעם בית המשפט לצורך הערכת גודל הקבוצה.

עוד טוענים התובעים הייצוגיים כי תנובה מתעלמת בטענותיה מפסק הדין בבקשת האישור, תוך נסיון לפתוח סוגיות שהוכרעו לדיון מחדש. ביחס לטענות תנובה בנוגע לסיכון הבריאותי הנשקף מן החלב מציינים התובעים הייצוגיים כי בית המשפט קבע קביעות בעניין זה בעקבות בקשת תנובה להציג ראיות בנושא, וכי מדובר בקביעות שנקבעו בבחינת למעלה מן הנדרש. לגישת התובעים הייצוגיים עצם האיסור על הוספת סיליקון לחלב בתקן רשמי מחייב (שפורסם בתקנה בת פועל תחקיתי) והפרתו, מגבשים את יסודות העילות שנתבעו במסגרת התובענה. בנוסף הוכחו עילות התביעה על פי חוק הגנת הצרכן (בשים לב גם להוראות חוק התקנים), הוכח כי נשקף מן הסיליקון סיכון בריאותי פוטנציאלי, וכן הוכח שתנובה ידעה על הבעייתיות ועל הפגם שיש בהוספת

סיליקון לחלב. בהקשר זה מדגישים התובעים הייצוגיים כי כאשר תנובה רכשה את הסיליקון מחברת עמגל היא הציגה בפניה מצג שהיא רוכשת אותו כחומר ניקוי וכן הם מדגישים כי הסיליקון הוסף לחלב במינון העולה פי עשרה על זה המותר לפי הוראות יצרן הסיליקון לעניין שימוש בו במזון (הסיליקון הוסף לטענתם במינון של ליטר ל-10,000 ליטר חלב, ואילו לפי הוראות היצרן מותר להוסיפו במינון של "עשרה חלקים למיליון"). עוד טוענים התובעים הייצוגיים כי הן ביחס לראבי והן ביחס לקבוצה בכללותה הוכח שנגרמו נזקים של פגיעה באוטונומיה ושל תחושות שליליות בקשר עם צריכת החלב. התובעים הייצוגיים מדגישים כי הוכח בהקשר זה שאילו הצרכנים היו יודעים על קיומו של סיליקון בחלב הם לא היו רוכשים אותו, והדבר נובע מחשיבות התקן הרשמי ומן העובדה שהפרתו הופכת את המוצר ל"אפסי לכל היותר". התובעים הייצוגיים מוסיפים וטוענים כי אין מקום להתערב במסקנות בית המשפט באשר להתרחשות הנזקים וחומרת מעשי תנובה גם נוכח הרושם החיובי שהותירו העדים והמומחים מטעמם על בית המשפט, ועוד הם מדגישים שהאוטונומיה של הפרט היא זכות חוקתית ועל כן ראוי כי הפגיעה בה תזכה לפיצוי הולם, ובכך אין לטענתם משום פסיקת פיצוי עונשי.

התובעים הייצוגיים מוסיפים כי אין מקום להתערב בקביעת בית משפט קמא לפיה הנזק הנגרם כתוצאה מפגיעה באוטונומיה אינהרנטי להתנהגות העוולתית, והדברים עולים גם מפסק הדין בעניין דעקה. עוד הם טוענים כי אכן ראוי היה לפסוק בענייננו פיצוי אחיד המבוסס על אומדן, בציינם כי כיוון שהזכות לאוטונומיה היא זכות חוקתית מדובר בזכות זהה עבור כל אחד מחברי הקבוצה, וכי הוראות חוק תובענות ייצוגיות מאפשרות לערוך חישוב מצטבר של הנזק לחברי הקבוצה. התובעים הייצוגיים מוסיפים כי הנזק שנגרם בענייננו מתאים מטיבו להערכה באמצעות אומדן; כי ההסדרים בחוק מאפשרים להוכיח את הנזק בדרך שאינה פרטנית-אינדיבידואלית אלא כללית וכוללת; וכי המגמה בפסיקה מתיישבת עם הצורך לפסוק פיצוי שוויוני ואחיד לכל התובעים באשר הם. התובעים הייצוגיים מדגישים כי תוצאה זו אינה עומדת בסתירה לפסק הדין בדיון הנוסף בעניין ברזני, והם מוסיפים כי בניגוד לטענת תנובה מנגנון ה-FCR אינו שולל מתן פיצוי במקרים כגון המקרה דנן, בציינם שהפסיקה האמריקאית העניקה במקרים מסויימים "פיצוי ממוצע" המוכפל במספר המוערך של חברי הקבוצה. עוד הם מציינים כי מנגנון ה-FCR נועד בעיקרו לחלוקת פיצוי כוללני וכי הביקורת הקיימת לגבי מנגנון זה נוגעת לשאלת חלוקת הפיצוי לקבוצה או לציבור ולא להערכת הפיצוי על פיו.

20. התובעים הייצוגיים מוסיפים וטוענים כי יש לדחות את טענת תנובה לפיה יש להפחית את שיעור הגמול שנפסק לטובתם בהדגישם כי הגמול שנפסק עומד על כ- 2.5% בלבד מהסכום שנפסק לטובת הקבוצה. באי כוחם של התובעים הייצוגיים טוענים כי בית המשפט למעשה "העניש" אותם על הפער שנוצר בין הסכום שנפסק לטובת הקבוצה (אשר הופחת ללא כל הצדקה) לבין הסעד שעתרו לו בשם שולחיהם. לטענתם בית המשפט יישם בעניין זה באופן שגוי את הוראת סעיף 23(ב)(5) לחוק תובענות ייצוגיות (הקובעת כי הפער בין הסעד שנתבע לסעד שנפסק מהווה שיקול בקביעת שכר הטרחה), ולא לקח בחשבון את כלל השיקולים הצריכים לעניין. באי כוח התובעים הייצוגיים מוסיפים כי הם ביצעו עבודה משמעותית והם מצביעים בהקשר זה על טענות חדשניות שהעלו בהליך ומלינים על קביעת בית משפט קמא לפיה חלק מההליך לא נוהל על ידם כראוי בצינורם כי ההתנגדויות שהעלו היו ענייניות.

דיון

התובענה הייצוגית ודיני הגנת הצרכן - מפגש עקרונות

21. התובענה הייצוגית היא כלי דיוני ייחודי אשר באמצעותו ניתן לקדם ולהגשים באופן יעיל ואפקטיבי את ההגנה על עקרונות וערכים ועל זכויות משפטיות מהותיות. מוסד משפטי זה מוסדר כיום בחוק תובענות ייצוגיות שהינו חוק מסגרת מקיף ומפורט הקובע כללים אחידים לעניין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות. החוק נחקק בשנת 2006 לאחר שבית משפט זה קרא למחוקק להסדיר את מוסד התובענה הייצוגית בהסדר סטטוטורי כולל (ראו: רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטיים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220 (2003) (להלן: רע"א א.ש.ת); דנ"א 5161/03 א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 196 (2005)), אך חשיבותה של התובענה הייצוגית הוכרה במשפט הישראלי שנים רבות קודם לחקיקת חוק תובענות ייצוגיות. כך ניתן היה למצוא בשורה ארוכה של חוקים, הסדרים "נקודתיים" לעניין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות אשר רובם שולבו כפרקים באותם חוקים במהלך שנות התשעים של המאה הקודמת, וכללו הוראות דומות בעיקרן באשר לקריטריונים ולתנאים שבהתקיימם תתאפשר הגשת תובענה ייצוגית באותו התחום (ראו למשל: פרק ו' לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים); פרק ג' לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981 (להלן: חוק הבנקאות); פרק ו' לחוק הגנת הצרכן; סעיפים 19-19סד לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998; סעיף 11 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשנ"ו-1996). הסדרים ספציפיים אלו בוטלו כולם עם חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות (ראו סעיפים 32-35, 38-40 ו-42 לחוק תובענות ייצוגיות) ועוד קודם שנחקק,

נשללה ברע"א א.ש.ת. האפשרות לבסס תובענה ייצוגית על הוראת תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, אשר שימשה עד אז מקור נורמטיבי ואכסניה דיונית להגשת תובענות ייצוגיות באותם התחומים אשר לא נמצא להם הסדר סטטוטורי ספציפי כאמור לעיל.

על חשיבותה של התובענה הייצוגית עמד בית משפט זה לפני ואחרי חקיקת חוק תובענות ייצוגיות בשורה של פסקי דין בהם התייחס ליתרונותיה ככלי משפטי המאפשר מימוש של זכות תביעה אישית באותם המקרים אשר בהם אין ליחיד כדאיות או יכולת להגישה. כמו כן התייחס בית המשפט בפסיקתו לחשיבותה של התובענה הייצוגית בקידום האינטרס הציבורי, בהיותה כלי משפטי המסייע באכיפה יעילה של החוק והמרתיע בעלי שליטה והון הסומכים על הפסיביות של היחיד והמנצלים לרעה את כוחם, תוך פגיעה בקבוצות לא מאוגדות שונות כגון צרכנים או משקיעים בניירות ערך. חשיבות נוספת הנודעת להליך התובענה הייצוגית עליה עמד בית המשפט, נוגעת לכך שיש בהליך זה כדי למנוע ריבוי תביעות ולחסוך במשאבים שיפוטיים וגם מבחינה זו תורם מוסד התובענות הייצוגיות את תרומתו בהיבט הציבורי (להגדרת יעדיה ומטרותיה של התובענה הייצוגיות ראו: סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות. כן ראו לעניין זה: ע"א 8430/99 אנליסט אי.א.מ.א.ס. ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' ערד השקעות ופתוח תעשייה בע"מ, פ"ד נו(2) 247, 256 (2001) (להלן: עניין אנליסט); רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 783-785 (1996) (להלן: עניין טצת); רע"א א.ש.ת. 237; ע"א 345/03 רייכרט נ' יורשי ראבי משה שמש ז"ל, פסקאות 8-9 לחוות דעתה של הנשיאה ביניש (טרם פורסם, 7.6.2007) (להלן: עניין רייכרט); סיני דויטש "עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית - סיכום בניים ומבט לעתיד" שערי משפט ד 9, 21-24 (תשס"ה) (להלן: דויטש - עשור לתובענה הייצוגית); סטיבן גולדשטיין וטליה פישר "יחסי הגומלין בין תביעות המוניות לתובענות ייצוגיות: היבטים בסדרי דין" משפטים לד 21, 24-26 (תשס"ד) (להלן: גולדשטיין ופישר)).

בצד היתרונות הגלומים בתובענה הייצוגית חשוב לזכור כי שימוש לא נכון במכשיר זה טומן בחובו סכנות לא מבוטלות (ראו: עניין אנליסט, 256; עניין טצת, 785; רע"א א.ש.ת. 237; אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעולות המוניות" משפטים לד 301, 325-331 (תשס"ד) (להלן: קלמנט - גבולות התביעה הייצוגית)). דיני התובענה הייצוגית והפיקוח על ההליך באמצעות בית המשפט נועדו, אפוא, לקיים איזון ראוי בין הסיכונים והסיכויים שבהליך זה ולהבטיח כי אכן ישיג את היעדים המשפטיים, הכלכליים והחברתיים שלקידומם נוסד (ראו: ע"א 3506/09 צאיג נ' קסלמן וקסלמן רואי חשבון, פסקאות 7-8 (טרם פורסם, 4.4.2011); עניין טצת, 785-786).

22. אחד התחומים המובהקים אשר בו באים לידי ביטוי יתרונותיה של התובענה הייצוגית הוא - דיני הגנת הצרכן. ספר החוקים הישראלי כולל שורה לא מבוטלת של דברי חקיקה שנועדו להגן על הצרכן. החוק המרכזי בעניין זה הוא חוק הגנת הצרכן, אשר נחקק בשנת 1981. חוק זה כולל הוראות מפורטות בדבר חובות ואיסורים החלים על עוסקים, דהיינו יצרנים, יבואנים, סוחרים ונותני שירותים, במטרה להשליט על המגזר העסקי אורחות התנהגות ראויות, לקבוע כללי משחק הוגנים ביחסים שבין העוסק לצרכן ולמנוע את הטעייתו של הצרכן בקשר לנכס או לשירות שהוא צורך (למטרותיו של חוק הגנת הצרכן ראו: סיני דויטש דיני הגנת הצרכן 120-126 (כרך א, 2001); דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הצרכן תש"ם-1980, ה"ח 1469, 302-303, תש"ם). חוקים נוספים שנועדו לתכלית דומה הם למשל חוק הבנקאות (שירות ללקוח), חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981 וחוק ההגבלים העסקיים. חוקים אלה וחוקים נוספים שניתן לסווגם בקטגוריה של דיני הגנת הצרכן, מסדירים היבטים שונים של הגנה זו ונועדו כולם למנוע התעשרות שלא כדין מצד גופים כלכליים גדולים או מצד רשויות המדינה, על חשבוננו של הפרט.

נקודת המוצא של דיני הגנת הצרכן היא כי קיים חוסר איזון מובנה בעסקה צרכנית הנערכת בין גוף כלכלי, לעתים גדול ורב זרועי, או אפילו בין סוחר קמעונאי רגיל לבין הצרכן הבודד (בהנחה שאין לו יתרון-גודל של צרכנות מאורגנת). לפיכך איתר המחוקק אוכלוסיית צרכנים זו כאוכלוסייה שיש לספק לה הגנה מוגברת בחקיקה ולהבטיח כי העוסק, שבידו יתרונות של מידע ויכולת כלכלית, לא ינצל את יתרונותיו לרעה להפקת רווחים קלים על חשבון הצרכן, תוך הטעייתו בעניינים מהותיים הנוגעים לטיב העסקה. כך למשל מבקש חוק הגנת הצרכן להבטיח כי בעשותו עסקה יעמוד לרשות הצרכן מידע מלא והוגן באשר לטיב העסקה ופרטיה, מתוך הנחה כי אז יוכל הצרכן לכלכל את צעדיו ולהתקשר בעסקה מיטבית ורצויה מבחינתו. איסורים נוספים בחוק הגנת הצרכן נוגעים לניצול מצוקתו של הצרכן, לניצול חולשתו הגופנית או הנפשית, לאי ידיעתו את השפה, וכן האיסור להפעיל עליו השפעה בלתי הוגנת (ראו: ע"א 3613/97 אזור נ' עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 787, 801 (2002); ע"א ברזני, 599-600; רע"א 8733/96 לנגברט נ' מדינת ישראל - מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(1) 168, 175-176 (1999) (להלן: עניין לנגברט); סיני דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות: הדרישה להסתמכות אישית על מצגי השוא של המטעה" מאזני משפט ב 97, 110-114 (תשס"ב) (להלן: דויטש - הדרישה להסתמכות אישית)). פרט לחשיבותם של דיני הגנת הצרכן בצמצום פערי הכוח שבין העוסק לצרכן ובחיזוק האוטונומיה האישית של הצרכן, יש לדינים אלה חשיבות גם בהגשמת אינטרסים ציבוריים שלא

ניתן להפריז בחשיבותם ובהם: רעיון הריבונות הצרכנית; הגנה על הזכות לרווחה וזכויות חברתיות; קידום עיקרון ההגינות במסחר; הגנה על אמינות השוק המקומי; ושמירה על האמון בסדר החברתי ובהוראות החוק.

23. מששרטטנו, בתמצית, את הייעוד והמטרות שביסוד דיני הגנת הצרכן ואת הייעוד והמטרות שביסוד התובענה הייצוגית כמוסד משפטי-דיוני, נקל להבחין כי קיים "מפגש עקרונות" בין המטרות אותן נועד מכשיר התובענה הייצוגית לקדם ובין הערכים והזכויות שעליהם מבקשים דינים אלה להגן. כך יש בכוחה של תובענה ייצוגית להתגבר על פערי הכוחות המובנים בין העוסקים - בעלי היתרון הכלכלי לבין הצרכנים, וכן על חוסר הכדאיות הטמון פעמים רבות בהגשת תביעה על ידי צרכן בודד נוכח הנזקים הקטנים יחסית הנגרמים לו (ראו: ע"א ברזני; דויטש - הדרישה להסתמכות אישית, 115. למנגנונים לאכיפה אזרחית בתחום הגנת הצרכן ראו משה בר ניב (בורנובסקי) "גבולה של התובענה הצרכנית הייצוגית" עיוני משפט יט 251, 254 (1994)).

אכן, אחד האמצעים המשמעותיים שמעמיד המחוקק לרשות הצרכן כמנגנון לאכיפת זכויותיו על פי דיני הגנת הצרכן הוא מכשיר התובענה הייצוגית (ראו דויטש - עשור לתובענה הייצוגית, 20-18 לפיו רוב התובענות הייצוגיות המוגשות בישראל הן "תובענות צרכניות" מכוח חוקים צרכניים שונים. אך ראו גם ביקורת על יישומן של ההוראות הנוגעות לתובענות ייצוגיות צרכניות - סיני דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות - קשיים והצעות לפתרון" מחקרי משפט כ 299 (2004); וכן ראו תצ' (מרכז) 5567-06-08 (נצרת) בר נ' עטרת תעשיות 1996 בע"מ, פסקה 39 (20.12.2010) שם ציין בית המשפט כי במקרים רבים מוטב היה שההטעיה הצרכנית תופל במנגנון חלופי, כגון הטלת פיצויים לדוגמה, ולא בהליך של תובענה ייצוגית). בעבר נכללו, כאמור, ההוראות הנוגעות להגשת תביעה ייצוגית על פי חוק הגנת הצרכן בפרק ו'1 לאותו החוק וזאת בצד מנגנוני אכיפה נוספים הנכללים בו ובהם: המנגנון המינהלי עליו מופקדים הממונה על הגנת הצרכן והרשות להגנה על הצרכן והמנגנון הפלילי המיועד לאכוף באמצעות דיני העונשין את הנורמות שקובע חוק זה. משנחקק בשנת 2006 חוק תובענות ייצוגיות וקבע הסדר מסגרת מקיף לעניין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, בוטל, בין היתר, פרק ו'1 לחוק הגנת הצרכן ועתה חולשות, כאמור, הוראותיו של חוק תובענות ייצוגיות על הגשתן וניהולן של תובענות ייצוגיות בכל התחומים, לרבות בתחום הגנת הצרכן (ראו סעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות ופרט 1 לתוספת השניה לחוק).

24. ההליך שבפנינו תחילתו בבקשה לאישור תובענה ייצוגית שהוגשה בשנת 1995 ונסמכה על הוראות פרק ו'1 לחוק הגנת הצרכן. כפי שתואר לעיל בפרק העובדות ניתן על ידי בית המשפט המחוזי אישור להגשת תביעתו האישית של ראבי כתובענה ייצוגית עוד בשנת 1996 והערעור שהגישה תנובה כנגד החלטת האישור נדחה בבית משפט זה בשנת 2003 (ע"א 1338/97). הליכים אלה לעניין אישור התובענה כייצוגית התנהלו אף הם על פי הוראות פרק ו'1 לחוק הגנת הצרכן שעמד אותה עת בתוקפו. אולם, לאחר שבית המשפט המחוזי החל לדון בתובענה הייצוגית שאושרה, נחקק חוק תובענות ייצוגיות וכפי העולה מפסק דינו של בית משפט קמא שימשו הוראותיו בסיס להכרעה בסוגיות שונות ובכללן ההוראות הנוגעות לסעד ולקביעת הגמול ושכר הטרחה. החלטתן של הוראות אלה על ההליך דנן בדין יסודה, נוכח הוראת סעיף 45(ב) לחוק תובענות ייצוגיות הקובעת כי הוראות החוק (למעט הוראת סעיף 44) "יחולו גם על בקשות לאישור תובענה ייצוגית ועל תובענות ייצוגיות, אשר היו תלויות ועומדות לפני בית משפט ביום פרסומו של חוק זה" (ראו: רע"א 7028/00 אי.בי.אי ניהול קרנות נאמנות בע"מ נ' אלסינט בע"מ, פסקאות 16-18 (טרם פורסם, 14.12.2006); בג"ץ 2171/06 כהן נ' יושב-ראש הכנסת, פסקה 46 (טרם פורסם, 29.8.2011)). בית משפט קמא הוסיף וקבע עם זאת ובדין קבע, כי אף שחוק תובענות ייצוגיות אינו מגביל את עילת התובענה הייצוגית ל"צרכן" בלבד, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, יש לדון בתובענה הייצוגית דנן על פי העילות המקוריות המבוססות על חוק הגנת הצרכן ובהתייחס לקבוצת הצרכנים העונה להגדרת המונח "צרכן" באותו חוק ("מי שקונה נכס... לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי"), משום שהתובעים הייצוגיים לא עתרו לתיקון התביעה ולהגשת ראיות נוספות בעקבות החוק החדש המרחיב, כאמור, את קבוצת התובעים הפוטנציאליים בהקשר זה (וראו אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט 131, 134-135 (תשס"ז) (להלן: קלמנט)).

25. בתובענה הייצוגית דנן נטען כי תנובה הפרה את האיסור על הטעיה הקבוע בסעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן והמורה כי:

"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); ..."

ההטעיה שיוחסה לתנובה עיקרה בכך שתנובה הוסיפה סיליקון לחלב עמיד דל שומן (1%) בלא שרכיב זה צוין על גבי האריזות ובניגוד לתקן הרשמי והמחייב שהיה בתוקף אותה עת ובכך הטעתה את חברי הקבוצה, צרכני החלב העמיד, ב"עניין מהותי בעסקה" הנוגע ל: "[ט]יב, המהות, הכמות והסוג של נכס או שירות" (סעיף 20(א)(1)); "המידה, המשקל, הצורה, והמרכיבים של הנכס (סעיף 20(א)(2)); "הסיכונים הכרוכים" בנכס או בשירות (סעיף 20(א)(4)); ו"התאמתו של הנכס או השירות לתקן, למפרט או לדגם" (סעיף 20(א)(11)).

עוד נטען כי תנובה הפרה את חובת הגילוי המוטלת עליה כעוסק בסעיף 4(א) לחוק הגנת הצרכן לגלות לצרכן, בין היתר:

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

כמו כן נטען כי תנובה הפרה את חובת הסימון הקבועה בסעיף 17 לחוק הגנת הצרכן, המבטאת אף היא חובת גילוי רחבה המוטלת על עוסק, והמורה, בין היתר, כי:

"(א) על עוסק לסמן על גבי טובין המיועדים לצרכן או במצורף להם פרטים בדבר -

...
(4) כמות המצרך ופירוט חמרי היסוד שמהם הוא מורכב".

האיסור על הטעיה וחובות הגילוי והסימון שהוטלו על עוסקים בחוק הגנת הצרכן כמפורט לעיל, נועדו להגשים את אחת המטרות המרכזיות שביסוד החוק והיא - מסירת מלוא המידע הדרוש לצרכן על מנת שיוכל להתקשר בעסקה התקשרות מושכלת המבטאת באופן אמיתי את העקרון בדבר חופש ההתקשרות בחוזים (ראו: עניין לנגברט, 175; דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים 53 (כרך א', תשנ"א). לעקרון תום הלב על פי סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 החל על העוסקים והמשתקף אף הוא בחובת הגילוי ראו עניין לנגברט, 176-175).

26. בית משפט קמא קיבל את טענותיהם של התובעים הייצוגיים וקבע בפסק דינו כי תנובה ביצעה הטעיה אסורה לפי חוק הגנת הצרכן והפרה את חובות הגילוי המוטלות עליה באותו חוק כעוסק, בכך שהוסיפה סיליקון לחלב בלא שגילתה עובדה זו לצרכנים ובלא שגילתה כי הוספתו של הסיליקון כאמור, נוגדת את תקן מספר 284

של מכון התקנים הישראלי שהיה במועדים הרלבנטיים התקן הרשמי המחייב לעניין "חלב פרה לשתייה" (להלן: התקן).

דומה כי בשלב זה של הדיון בערעור אין תנובה חולקת עוד על כך שהטעתה את צרכניה. כך בסיכומים שהוגשו מטעמה בערעור היא עצמה מאשרת כי "הטעתה את צרכניה על דרך המחדל בכך שלא ציינה על גבי אריזות החלב העמיד, כי הוסף לו תוסף מזון המונע הקצפה, שסימנו המסחרי: E-900" (סעיף 2.1 לסיכומי תנובה). כמו כן דומה כי לא יכול להיות ספק באשר לזכותו של הצרכן לדעת מהם מרכיביו של המוצר שהוא מערה אל קרבו. זכות זו היא העומדת ביסוד חובות הגילוי והסימון המוטלות על העוסק בהקשר זה, עליהן עמדנו לעיל, וניתן לומר כי חובות אלה מקבלות משנה חשיבות נוכח העובדה כי מדובר בחלב, שהוא מוצר מזון בסיסי הנצרך על ידי צרכנים רבים.

כפי שצויין, אחד העניינים המהותיים לעסקה אשר לגביהם חל איסור ההטעה על פי חוק הגנת הצרכן נוגע ל"התאמתו של הנכס או השירות לתקן, למיפרט או לדגם" (סעיף 2(א)(11)). במקרה דנן עברה תנובה על איסור ההטעה גם בהקשר זה שכן בתקן כהגדרתו לעיל נקבעו בסעיף 105 החומרים שניתן להוסיף למוצרי החלב השונים וסיליקון אינו נמנה עם חומרים אלה. משעניין לנו בתקן שהוכרז ביום 13.10.1987 כתקן רשמי (י"פ 3473, 2274) חל על תנובה לפי סעיף 9(א) לחוק התקנים איסור לייצר ולמכור מוצר חלב אשר אינו תואם את דרישות התקן (לניתוח העילות להכרזה על תקן כרשמי ולחובות שהתקן מגבש ראו אליהו הדר מבעד לחוק התקנים 56-92 (1997)), ונמצא כי תנובה הטעתה את צרכניה באשר להתאמתו של המוצר לתקן (עוד ראו סעיף 107.5 לתקן הקובע כי יש לסמן את התוספות, אם הוספו, וכך ראו תקן רשמי מספר 1145 בדבר "סימון מזון ארוז מראש"). במאמר מוסגר יצויין עם זאת כי הכרזתם של חלק מסעיפי התקן ובכללם סעיף 105 הנ"ל כבעלי תוקף רישמי בוטלה בשנת 1998 וכיום הם בגדר הוראות ממליצות בלבד (ראו הודעה על פקיעת תוקף של תקנים (תקני מזון) כתקנים רשמיים, י"פ 4649, תשנ"ט, 334, 336)). תנובה סבורה כי יש לייחס לכך נפקות ממשית בהליך דנן וטענה זו תידון בהמשך.

27. כפי שצויין תנובה אינה חולקת עוד על כך שמעשיה נגועים בהטעה כמשמעותה בחוק הגנת הצרכן ובהפרה של חובות הגילוי המוטלות עליה מתוקף אותו חוק. עם זאת סבורה תנובה כי שגה בית משפט קמא בקובעו שעליה לפצות את חברי הקבוצה בגין הנזק הלא ממוני אשר נגרם להם לטענתם בנסיבות העניין. תמצית טענותיה של תנובה עליהן עמדנו בהרחבה לעיל היא כי ההטעה שביצעה לא גרמה נזק

ממשי ובר פיצוי למי מחברי הקבוצה וכי אף אם נגרם נזק כלשהו לא הוכח קיומו של קשר סיבתי בין הנזק הנטען לבין ההטעיה שביצעה. מכל מקום, כך מוסיפה תנובה וטוענת, שגה בית משפט קמא בקובעו כי עליה לפצות בגין ראש נזק של פגיעה באוטונומיה גם את חברי הקבוצה אשר לא הוכח כי חשו תחושות שליליות בשל צריכת החלב המכיל סיליקון.

הטעיית הצרכן כעוולה נזיקית בהקשר הייצוגי

28. השדה המשפטי אשר בו יש לבחון את תוצאות מעשיה של תנובה במקרה דנן הוא דין הנזיקין, אליו מפנה סעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן המורה אותנו כי:

”דין מעשה או מחדל בניגוד לפרקים ב', ג' ד' או ד'1 כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]”.

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 (ראו דברי השופט (כתוארו אז) מ' חשין בדיון הנוסף בעניין ברזני). עם זאת ראוי לציין כי ככל שכתובענה 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 בודד, 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 השאובים מדיני התובענות הייצוגיות.

על הצורך לשלב בין דין הנזיקין הכללי ובין עקרונות וכללים השאובים מדיני התובענות הייצוגיות, בין היתר, על דרך של ריכוך הדרישות הנוגעות להוכחת הנזק שנגרם לבני הקבוצה עמד השופט מ' חשין (כתוארו דאז) כבר בדיון בנוסף בעניין ברזני (שס, 423-425). כיום משחקק חוק תובענות ייצוגיות צייד אותנו המחוקק בהסדר סטטוטורי מפורט המאגד את העקרונות והכללים שיש להחיל לגבי תובענות ייצוגיות לסוגיהן והוא כולל מענה לקשיים אופייניים שעל חלקם עמדנו לעיל, העשויים להתעורר בהליך ייחודי זה. כך למשל מתייחס סעיף 20 לחוק, אליו עוד נדרש להלן, ל"הוכחת הזכאות לסעד ותשלום פיצוי כספי" וקובע הסדרים מיוחדים להענקת סעדים בתובענות ייצוגיות. על ייחודו של הליך התובענה הייצוגית ועל הצורך להיות קשובים לכך בבואנו ליישם לגבי תובענה כזו עקרונות מדיני הנזיקין הכלליים, עמד המשנה לנשיאה א' ריבלין בע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, ההנהלה הראשית (טרם פורסם, 11.12.2008) (להלן: עניין אביב שירותים משפטיים) באומרו:

" [] אין לשלול את האפשרות כי האופי הקבוצתי-ייצוגי של ההליך ישרה במקרים מסוימים על דרך בחינתו של יסוד הקשר הסיבתי, כפי שהוא משליך על יסודות נוספים. סוגית הקשר הסיבתי בתובענות ייצוגיות נדונה באריכות בדנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ (טרם פורסם, 11.8.2003). דעת הרוב מפי השופט חשין עמדה על הצורך הבסיסי בקיום יסודות העילה האישית כתנאי לאישור ההליך הייצוגי, ובפרט על יסוד הקשר הסיבתי הנדרש בעילות מסוימות. בית המשפט ציין כי ההקשר הייצוגי עשוי להשפיע על פרשנות יסודות העילה האישית, אולם ציין כי אפשרות זו מוגבלת ומסויגת. אפשר, ולא באתי לקבוע מסמרות בעניין זה היום, כי חוק תובענות ייצוגיות הגביר את האפשרות הזו לאור הדגשתו את הפן הקבוצתי והגמשתו את התנאים שבהם נדרשים לעמוד תובעים ייצוגיים, והכל לצורך הגשמת תכליות התובענה הייצוגית ... פרשנות פרטנית דווקנית ליסוד הקשר הסיבתי עלולה לפיכך לסתום את הגולל על תובענות ייצוגיות רבות בניגוד לתכלית חוק תובענות ייצוגיות. גישה אחרת תאמר כי במקרים מתאימים יש לבחון את יסוד הקשר הסיבתי לפי נקודת מבטו של "תובע-על" המבטא את האינטרס המשותף של התובעים בכוח כולם, ורואה לנגד עיניו את הנזק המצטבר. בחינה כזו של קשר סיבתי קבוצתי אפשר שתקיים את יסוד הקשר הסיבתי גם במקום שבו לא מתקיים יסוד הקשר הסיבתי במובנו הפרטני. סוגיה זו אפוא תיוותר לעת מצוא" (פסקה 10 לפסק הדין).

29. התובעים הייצוגיים שבפנינו טענו כי יש לפצות את חברי הקבוצה בגין הנזק הלא ממוני שנגרם להם בנסיבות העניין וזאת בשני ראשי נזק: האחד בגין פגיעה באוטונומיה של חברי הקבוצה; והשני בגין תחושות שליליות שחוו לאחר שנודע להם כי החלב ששתו הכיל סיליקון.

באשרו את תביעת ראבי כתובענה ייצוגית קבע בית משפט זה מפי השופטת מ' נאור בפסק הדין בבקשת האישור כי:

”... הנזק שטוען לו ראבי הוא נזק לא ממוני: תחושות שליליות ותחושות של גועל. הנזק הלא ממוני לו טוען התובע, מאופיין בתחושת הגועל הנובעת מכך שמדובר בסיליקון, 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” (עמ' 681-682 לפסק הדין).

עוד ציין בית משפט זה באותו פסק דין כי פגיעה באוטונומיה של הפרט כבר הוכרה בדין הנזיקין הכללי כראש נזק בר פיצוי, והפנה בעניין זה אל פסק הדין בעניין דעקה. בדונו בתובענה הייצוגית שאושרה כאמור, סבר בית משפט קמא כי בנסיבות המקרה דנן אכן נגרם לחברי הקבוצה נזק לא ממוני שהינו בר פיצוי והוא דחה בהקשר זה את טענתה של תנובה כי אי רישום כל רכיבי המוצר אינו עולה כדי פגיעה באוטונומיה ואינו מצדיק את התחושות השליליות הנטענות. על כך כאמור מלינה תנובה בפנינו.

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. עמדה על כך השופטת נאור בפסק הדין בבקשת האישור בצינה:

”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 (עמ' 684).

דבריה אלה של השופטת נאור מקובלים עלי אך אין בהם כדי להועיל לתנובה שכן במקרה דנן, וכפי שקבע בצדק בית משפט קמא, אין מדובר בפגיעה שהיא בבחינת "זוטי דברים", בהיבט הקבוצתי-ייצוגי.

30. תנובה הציגה לביסוס טענותיה בעניין זה חוות דעת של פרופ' הורניק אשר בחן "מנקודת מבט של חוקר התנהגות צרכנים (איש שיווק) - האם, ואם כן - באיזו מידה, נגרמה פגיעה למה שמכונה 'האוטונומיה של הרצון' של הצרכנים. בחוות דעתו ציין פרופ' הורניק כי פגיעה מסויימת באוטונומיה של הרצון נגרמת אמנם באופן עקרוני ומושגי בכל מקרה ומקרה בו רשימת התכולה של מוצר אינה תואמת את רכיבי המוצר לאשורם, אך על מנת למדוד את מידת הפגיעה יש להעריך את ההשפעה של ההטעה על יכולת הבחירה של הצרכן. פרופ' הורניק קבע כי לגישתו הפגיעה באוטונומיה שנגרמה לצרכנים במקרה דנן בטלה בשישים וכי הפרסומים המוטעים בתקשורת הם שגרמו לסערה הציבורית "והובילו 'לפגיעה מדומה' באוטונומיה של הרצון" של הצרכנים. כמו כן הציגה תנובה חוות דעת של פרופ' מיכאל פרי שהגיע למסקנה דומה וציין כי בהתאם לקנה המידה שהוצע על ידו לבחינת קיומה של פגיעה ממשית באוטונומיה של רצון הצרכן, מידת הפגיעה במקרה דנן איננה חורגת מפגיעה של "מה בכך" ואינה מצדיקה פיצוי.

גישה זו אינה מקובלת עלי וכפי שצינתי לעיל אני סבורה כי בדין דחה בית משפט קמא את טענתה של תנובה כאילו מדובר בפגיעה של "מה בכך" ה"בטלה בשישים" ואינה מצדיקה פיצוי.

המושג "זוטי דברים" הינו מושג שלא ניתן לתחום את גבולותיו מראש ובהקשר אחר כבר נפסק כי:

"שאלה היא כיצד נמדדת פגיעה ומתי פגיעה תיחשב מזערית. התשובה תלויה גם במהות הזכות שנפגעה, בתכלית הפגיעה ובנסיבות נוספות של כל מקרה, ובהתאם היא אף עשויה להשתנות ממקרה למקרה" (ראו הציטוט המובא בע"א 3901/96 הועדה המקומית לתכנון ובניה רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913, 328 (2002)).

במקרה דנן הוסיפה תנובה סיליקון לחלב עמיד דל שומן על מנת להתגבר על בעיה של הקצפת יתר והיא בחרה בפתרון זה כדי לחסוך בעלות ההחלפה של מכונה שהתקלקלה. בכך פעלה תנובה בניגוד לתקן רשמי שעמד בתוקפו אותה עת ולפיו לא היתה היא רשאית להוסיף לחלב תוספות שאינן מנויות באותו התקן. יתר על כן, תנובה לא פרטה על גבי האריזה כי החלב מכיל סיליקון ובית משפט קמא קבע כממצא עובדתי כי תנובה רכשה את הסיליקון שאותו הוסיפה לחלב, כחומר ניקוי מחברת עמגל (פסקאות 35 ו-144(ב) לפסק-הדין). בערעורה מלינה אמנם תנובה על ממצא עובדתי זה, אך לא מצאתי כי יש מקום להתערב בו ומשנותר ממצא זה על כנו, יש בו כדי לתמוך במסקנה כי תנובה ביקשה לכתחילה להסוות את העובדה שהיא מוסיפה סיליקון לחלב. מסקנה דומה עולה גם מן האופן שבו נהגה תנובה לאחר חשיפת הפרשה בהכחישה את דבר הוספת הסיליקון לחלב. התנהלותה הבעייתית של תנובה כמתואר לעיל מבססת את ההנחה כי השמטת רכיב הסיליקון מן הרכיבים שצויינו על גבי האריזה הרלבנטית, לא היתה מקרית וכי היא נועדה להסתיר מן הצרכנים את העובדה שהחלב שייצרה ושיווקה כולל רכיב זה ביודעה כי מדובר בעניין מהותי העשוי להשפיע על החלטת הצרכנים אם לרכוש את החלב.

מדובר, אפוא, במעשה הטעיה מודע ופסול של הסתרת מידע מכוונת על כל החומרה הנלווית לכך ביחסים שבין תנובה כעוסק ובין הקבוצה הצרכנית הרלוונטית. זאת ועוד, הסיליקון הוא חומר כימי מלאכותי שאין לו ערך תזונתי כלשהו והוא אינו אמור להימצא בחלב. על כן, הצרכן הסביר אינו מצפה למצוא אותו בחלב. הניסיון שעושה תנובה בהקשר זה בסיכומיה לפנינו להציג בדיעבד את הסיליקון כ"תוסף מזון" נפוץ במוצרי מזון, אין לו ביסוס מספיק בחומר הראיות ואין לקבלו. זאת בייחוד משהוברר כי הסיבה היחידה שבגללה הוסיפה תנובה את הסיליקון לחלב היתה הרצון לפתור בדרך זולה את בעיית ההקצפה שנוצרה. כמו כן אין לייחס משקל ממשי לעובדה כי התקן לחלב פרה לשתיה בוטל כתקן רשמי מחייב עוד בשנת 1998. תנובה מדגישה עובדה זו חזור והדגש בטיעוניה ומבקשת ללמוד ממנה כי הוספת תוספות לחלב, ובכלל זה הוספת סיליקון, אין לה ערך שלילי. אולם דומה כי אין חולק על כך שגם לאחר ביטול התקן הנ"ל כתקן מחייב לא הפך הסיליקון לתוסף בחלב אצל מי מיצרניו ותנובה בכלל זה. מותר אפוא להתמיד בהנחה כי גם ללא תקן מחייב, מדובר בחומר אשר הצרכן הסביר אינו מצפה כי יוסף לחלב שאותו הוא צורך.

31. טענה נוספת אשר הודגשה בטיעוניה של תנובה היא הטענה כי הסיליקון אינו עשוי לגרום לנזק בריאותי. בעניין זה נסמכת תנובה, בין היתר, על מסקנותיה של ועדת

דנון ועל קביעותיו של בית משפט השלום בהליך הפלילי וכן על חוות דעתם של ד"ר אהרן אייזנברג ופרופ' ניסים גרתי שהוגשו מטעמה. בהעדר נזק בריאותי סבורה תנובה כי לא נגרם כל נזק לצרכני החלב בו עסקינן ולמצער כי עניין לנו בזוטי דברים שאינם מצדיקים פיצוי. אכן התובעים הייצוגיים לא הציגו חוות דעת של מומחים מטעמם להוכחת הטענה כי צריכת סיליקון גורמת נזקים בריאותיים ובית המשפט המחוזי לא הכריע בשאלה זו וקבע לעניין זה כך:

"אמנם אין כל ראיה לכך ששתיית חלב המכיל סיליקון גרמה, או עלולה לגרום, נזק בריאותי מידי לצרכנים. אך לדעת מומחי משרד הבריאות, וזו אף עמדת משרד הבריאות כפי שהוצגה על ידי היועץ המשפטי לממשלה בערעור על ההחלטה לאשר את התובענה - אין אפשרות לשלול קיומו של סיכון בריאותי לטווח הארוך, בעיקר לגבי ילדים, עקב צריכת חלב המכיל סיליקון, לאור החשש לצריכה בכמות העולה על כמות הצריכה היומית הקבילה (ADI)..."

אין מקום במסגרת הליך זה להכריע בשאלה המדעית באיזו מידה קיים סיכון בריאותי בשתיית חלב המכיל סיליקון. לצורך תביעה זו, די בכך שלא ניתן לשלול קיומו של סיכון כזה, לפחות לדעת חלק מן המומחים. מבחינת התובעים, די בכך שהוכח כי הצרכנים של תנובה היו זכאים לדעת, בעת שהחליטו לרכוש חלב מתוצרתה, כי הוא מכיל סיליקון בניגוד לחוק ולתקן, וכי בנסיבות מסוימות לא ניתן לשלול סיכון בריאותי הכרוך בצריכתו" (פסקה 35, ההדגשות הוספו).

בקביעתו זו נסמך בית המשפט במידה רבה על עמדת היועץ המשפטי לממשלה אשר הוגשה לבית משפט זה במסגרת הערעור על ההחלטה בדבר אישורה של התובענה כייצוגית, בה צויין כי:

"בבדיקה שנערכה על ידי שרות המזון הארצי שבמשרד הבריאות, לא נמצא כי חומר זה מזיק לבריאות, אך העובדה כי נקבע לגביו ADI [כמות הצריכה היומית הקבילה] מצביעה על כך כי מעבר ל-ADI אין ודאות לגבי בטיחותו מבחינה בריאותית ואין אפשרות לשלול את קיומו של סיכון לטווח הארוך. מאחר ובארץ נצרכות כמויות גדולות של חלב (לאו דוקא חלב עמיד), בעיקר על ידי ילדים, הרי במקרה של צריכת חלב המכיל סיליקון, עלולה הצריכה לעבור את רמת ה-ADI. עמדת משרד הבריאות היא, איפוא, כי אין בידו מידע המצביע כי הסיליקון גורם לנזקים בריאותיים, אך לא ניתן לשלול את קיומו של סיכון לטווח ארוך, מקום שהמדובר בצריכה בכמויות גדולות" (פסקה 3, ההדגשות הוספו).

כמו כן לא למותר להפנות בעניין זה לדו"ח ועדת דנון עליו ביקשה תנובה להסתמך. ועדת דנון הגיעה אמנם אל המסקנה כי הניסיון מלמד שהסיליקון אינו מזיק לבריאות, אינו גורם למומים מולדים וכי אין הוכחה מדעית להיותו מסרטן (עמ' 55 לדו"ח ועדת דנון). יחד עם זאת עמדה הוועדה על כך שתנובה הוסיפה את הסיליקון לחלב "במינון העולה על המינון המותר לפי הוראות היצרן, זאת מבלי לבחון ולהתייחס להשפעת חימומו והסיכונים הכרוכים בכך". עוד צויין באותו דו"ח כי "בוצעו ניסיונות במחלבה עצמה על מנת להגיע למינון שיתאים לבלימת הקצף הנדרשת מבלי להתייעץ עם גורם כלשהו, במשרד הבריאות או רשות רשוי כלשהי", כי הסיליקון הוסף לחלב בכמות ובמינון העולים על המאושר במזונות שאינם חלב לשתייה וכי עובדה זו "[מ]חייבת חקירה נוספת בנושאי הזמנת החומר והשימוש בו" (עמ' 14-15 לדו"ח ועדת דנון).

על כן קשה לקבל את טענת תנובה כי קיימות מסקנות חד משמעיות מובהקות ביחס להשפעתו של הסיליקון שהוסף לחלב על בריאותם של הצרכנים, ודי בכך על מנת שלא להתערב במסקנתו של בית משפט קמא לפיה בנסיבות מסוימות אין לשלול קיומו של סיכון בריאותי הכרוך בצריכתו של חלב המכיל סיליקון. כמו כן מקובלת עלי עמדתו של בית משפט קמא כי בכל מקרה נתונה לכל אדם הזכות לבחור האם הוא מעוניין לחשוף את עצמו ואת בני משפחתו לחומר כימי שטיבו אינו ידוע לו. על כן העובדה שלא הוכח פוזיטיבית כי סיליקון אכן עלול לגרום נזק בריאותי לצרכנים, יש בה כדי להשליך על עוצמת הפגיעה באוטונומיה (ראו: עניין דעקה, 583; נילי קרקו-אייל "אופי הערכת הפיזי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה - בעקבות ע"א 2781/93 עלי דעקה נ' בעת החולים כרמל, חיפה" המשפט יא 267, 270-271 (תשס"ז) (להלן: קרקו-אייל)) אך לא על עצם הפגיעה בה כתוצאה מכך שהצרכן הכניס לגופו חומר כימי שמהותו וטיבו לא ידועה לו, מבלי שניתנה לו הזדמנות להחליט אם הוא מעוניין בכך (ראו סעיף 1 לתגובת היועץ המשפטי לממשלה לבקשת תנובה להגשת ראיות נוספות במסגרת הדיון בבקשת האישור בבית משפט זה. לנפקות הסיכון הבריאותי בהליכים ייצוגיים שנדונו בבתי המשפט המחוזיים ראו עוד: ת.א. 2593/05 (תל-אביב-יפו) סלומון נ' גורי יבוא והפצה בע"מ, פסקה 44 (5.5.2011); ת.א. 1624/07 (בש"א 8767/07) (תל-אביב-יפו) חובה נ' מילקו תעשיות בע"מ (27.1.2010); ת.א. 1126/07 (בש"א 3058/07) (תל-אביב-יפו) ארגס נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פסקה 16 (13.9.2009); ת.א. 1545/08 (תל-אביב-יפו) אלפטי נ' סופר פארם ישראל בע"מ (22.8.2010); ת"צ 1424/09 (תל-אביב-יפו) גוטמן נ' נביעות-טבע הגליל בע"מ (17.7.2011)).

בהינתן כל האמור לעיל יש בסיס לקביעתו של בית משפט קמא כי נגרמה בנסיבות אלה פגיעה באוטונומיה של הצרכן להחליט אם ברצונו להערות אל קרבו חלב המכיל סיליקון אם לאו וכי על פני הדברים אין מדובר בפגיעה של "מה בכך" שהיא בבחינת זוטי דברים ואינה מצדיקה פיצוי.

32. מסקנה זו יפה ביתר שאת בהינתן העובדה כי בפנינו תובענה ייצוגית בה הוכח כי מעשה ההטעיה של תנובה פגע בציבור רחב של צרכנים ובצדק קבע בית משפט קמא כי בנסיבות אלה יש לבחון את חומרת הפגיעה מנקודת מבטה של הקבוצה כולה "ולא מנקודת מבטו של הצרכן הבודד". אכן גישה זו, אותה כבר הזכרתי לעיל, לפיה הכלל בדבר "זוטי דברים" אינו חל כפשוטו על יסוד הנזק בתובענה ייצוגית טיפוסית משום ש"מאפיין מרכזי שלה הוא הצטברות של נזקים קטנים אשר בנפרד לא היו מניעים הליך משפטי", היא גישה שיש לה אחיזה בפסיקתו של בית משפט זה (ראו עניין אביב שירותים משפטיים, פסקה 10; כן ראו דברי השופט א' מצא בדיון הנוסף בעניין ברזני, 447). עם זאת חשוב להדגיש כי העובדה שקבוצת תובעים גדולה טוענת בתובענה ייצוגית לצבר של נזקים קטנים, היא כשלעצמה אינה שוללת בהכרח את האפשרות כי מדובר בזוטי דברים גם בהיבט הקבוצתי. כפי שצוין, לא ניתן לתחום מראש את גבולותיו של מושג זה וגם בהליך של תובענה ייצוגית התשובה לשאלה אימתי מדובר בפגיעה מזערית שאינה מצדיקה פיצוי, תלויה בנסיבותיו של המקרה והיא עשויה להשתנות בהתחשב במכלול הנסיבות האופפות אותו.

מכל מקום, במקרה שבפנינו קיומה של קבוצה גדולה הטוענת לנזק כתוצאה ממעשיה של תנובה - שעל חומרתם בהיבט הצרכני עמדנו לעיל - שוללת את המסקנה כי מדובר בזוטי דברים ולו בהקשר זה של תובענה ייצוגית. זאת אף כי אין לשלול את האפשרות שהשונות הקיימת בין חברי הקבוצה מבחינת עוצמת הפגיעה ומבחינת שיעור הנזק שנגרם עשוי להוביל למסקנה כי לגבי תביעות אישיות של חלק מבין חברי הקבוצה, אילו הוגשו, היה הסעד הנתבע על ידי כל אחד מהם לחוד בבחינת זוטי דברים. שאלה אחרת היא השאלה מה מספרם של חברי הקבוצה הזכאים לפיצוי בגין פגיעה זו ומהו שיעור הפיצוי והמודל שעל פיו יש לפסוק את הסעד במקרה דנן. במסגרת הדיון על מספרם של חברי הקבוצה הזכאים לפיצוי יש להוסיף ולהידרש גם לסוגיית פיצול הפיצוי בגין הנזק הלא ממוני שבו עסקינן. זאת נוכח קביעתו של בית משפט קמא כי יש לפצות בגין ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה ובנפרד בגין ראש הנזק הנוגע לתחושות שליליות. כזכור קיבל בית משפט קמא בהקשר זה את עמדת התובעים הייצוגיים ובהסתמכו על סקר הצרכנים שהוצג לו (תוך הטיית תוצאותיו כלפי

מטה), קבע כי: "יש לקבוע שיעור נזק אחיד בגין פגיעה באוטונומיה של הפרט, כאשר לגבי כמחצית מחברי הקבוצה מתווסף על כך גם נזק בגין תחושות שליליות" (פסקה 84 לפסק-הדין). עם זאת, לא למותר לציין כי בסופו של יום הורה בית משפט קמא על תשלום סכום פיצוי כולל (55 מליון ש"ח) בצינו כי סכום זה "משקף שיעור נזק אישי מוערך של כל אחד מיחיד הקבוצה בסך 250 ש"ח" (פסקה 134 לפסק-הדין), וזאת בלא שהפריד בפועל בין ראשי הנזק שצוינו ובלא שהבחין בין חברי הקבוצה כולה הזכאים, כקביעתו לעיל, לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה ובין מחצית מחברי הקבוצה הזכאים בנוסף לכך גם לפיצוי בגין תחושות שליליות. על כך, בין היתר מלינים התובעים הייצוגיים בערעורם, ומשכך יש להידרש לסוגיה העקרונית הנוגעת לפיצול הפיצוי בגין נזק לא ממוני, כאמור.

אך טרם שנידרש לסוגיות הקשורות להיקף הסעד שנפסק, יש להקדים ולבחון את מהותו של ראש הנזק המרכזי שעמד במוקד התובענה הייצוגית דנן.

הפגיעה באוטונומיה

33. בעניין דעקה הכיר המשפט הישראלי לראשונה בכך שהנזק הלא ממוני הכרוך בפגיעה באוטונומיה הוא "נזק" כמובנו בפקודת הנזיקין וככזה הינו בר פיצוי (לפיצוי בגין נזק לא ממוני בדין הנזיקי באופן כללי ראו סעיף 76 לפקודת הנזיקין. כן ראו: ע"א 4576/08 בן-צבי נ' פרופ' היס (טרם פורסם, 7.7.2011) (להלן: עניין בן-צבי); אליעזר ריבלין "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני - מגמות הרחבה" ספר שמגר חלק ג' 21, 45 (2003) (להלן: ריבלין); יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד" - פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות" משפט וממשל ט 137, 146-149 (2005) (להלן: ביטון)). הזכות היסודית לאוטונומיה, כך קבע בית המשפט בעניין דעקה, היא הזכות העומדת לכל אדם "להחליט על מעשיו ומאווייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה". זכות זו, כך נקבע, חובקת את כל ההיבטים המרכזיים בחייו של אדם, וממנה משתמע, בין היתר, כי "לכל אדם חירות מפני התערבות בגופו ללא הסכמתו". עוד נקבע כי חרות זו היא אחד הביטויים של הזכות החוקתית לכבוד הנתונה לכל אדם והמעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

רציונלים אלה אשר הובילו בעניין דעקה להכרה ולמתן הגנה ופיצוי בגין פגיעה באוטונומיה של הגוף, יפים וישימים גם באותם המקרים שבהם נפגעת האוטונומיה של הניזוק בהיבטים מרכזיים אחרים של חייו, כתוצאה משלילת חופש הבחירה שלו ומהפרת חובת הגילוי כלפיו. כך למשל הכיר בית המשפט לאחרונה בראש

נזק של פגיעה באוטונומיה במקרה אשר בו האוטונומיה הנפגעת היתה של קרובי משפחתו של נפטר ונגעה לאופן הטיפול בגופתו (ראו עניין בן-צבי). הנה כי כן, בניגוד לטענתה של תנוכה, 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 (ראו צחי קרן-פז "פיצוי על פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות" המשפט י"א 187, 194-192 והדוגמאות המפורטות שם בהערות שוליים 14-12 (תשס"ז) (להלן: קרן-187); דפנה ברק-ארז "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" משפט וממשל ט 103, 121-122 (תשס"ו)). גישה זו לפיה אין לגדור את תחומי ראש הנזק הלא ממוני בגין פגיעה באוטונומיה לעוולות של רשלנות בכלל ורשלנות רפואית בפרט, היא אכן הגישה שהנחתה את השופטת נאור בהחלטתה לאשר את תביעתו של ראבי כתובענה ייצוגית במקרה דנן ואת גישתה אימץ, ובצדק, בית משפט קמא בפוסקו פיצוי בגין ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה לאחר שמצא כי תנוכה ביצעה מעשה הטעיה כלפי ראבי וכלפי קבוצת הצרכנים שאותה הוא מייצג, בכך שנמנעה מלפרט על גבי האריזה את דבר קיומו של סיליקון בחלב שאותו ייצרה ושיווקה.

34. חשוב להדגיש כי בעניין דעקה סווגה הפגיעה באוטונומיה כראש נזק לא ממוני במסגרת עוולת הרשלנות ולא כעוולה עצמאית העומדת על רגליה היא. לאחר שניתן פסק הדין בעניין דעקה הובעה אמנם הדעה כי מן הראוי לסווג פגיעה באוטונומיה כעוולה חוקתית המקימה עילת תביעה עצמאית (ראו דברי המשנה לנשיאה א' ריבלין בע"א 8126/07 עזבון המנוחה ברוריה צבי נ' בית החולים ביקור חולים (טרם פורסם), 3.1.2010); עניין בן-צבי, פסקה 54 לחוות דעתו וכן ראו באותו עניין חוות דעתו של השופט י' עמית בעניין בן-צבי, פסקה 21. עוד ראו ריבלין, 45. כן ראו והשוו: קרן-187; נילי קרן-אייל "דוקטרינת 'ההסכמה מדעת' - עילת התביעה הראויה במקום שבו הופרה זכות המטופל לאוטונומיה" הפרקליט מט 181, 222-223 (2006)). אולם סוגיה נכבדה זו המבקשת להכיר בעוולה חדשה יציר הפסיקה, טרם נדונה לעומקה בפסיקתנו והמקרה דנן אינו מצריך דיון והכרעה בה. זאת בהינתן העובדה שהתובעים הייצוגיים שבפנינו פסעו בנתיב ההלכה הפסוקה וסיווגו את הפגיעה באוטונומיה כראש נזק לא ממוני במסגרת עוולת הטעיה אותה ייחסו לתנוכה על פי חוק הגנת הצרכן. משלא הועלתה על ידי התובעים הייצוגיים בבית משפט קמא ואף לא בפנינו הטענה כי יש להכיר בהקשר זה בעוולה עצמאית של פגיעה בזכות חוקתית המקימה את זכותו של

הנתבע לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה, ניתן להותיר סוגיה זו לעת מצוא ואין מקום כי נדרש לה מיוזמתנו.

דרישת הקשר הסיבתי

35. תנובה הוסיפה וטענה כי טעה בית משפט קמא בכך שסטה מן ההלכה שנפסקה בדיון הנוסף בעניין ברזני עליו עמדנו לעיל, וויתר למעשה על דרישת הקשר הסיבתי בין ההטעיה לבין הנזק. לטענת תנובה לא הוכיחו התובעים הייצוגיים כי מסירת המידע הרלבנטי לצרכנים מראש היתה משפיעה על קבלת ההחלטה על ידם, וכיוון שעילת ההטעיה על פי מהותה מחייבת קיומה של הסתמכות מצד הצרכן על התנהלות העוסק, הרי משלא הוכחה הסתמכות כזו אין מתקיימת לטענת תנובה עילת ההטעיה על פי חוק הגנת הצרכן.

התובעים הייצוגיים טוענים מנגד כי ככל שמדובר בראש נזק מסוג פגיעה באוטונומיה רואים אותו כמוכח גם אם הנפגע היה פועל באותו האופן אילו סופק לו מלוא המידע ומכל מקום, כך לטענתם, במקרה דנן הוכח באופן פוזיטיבי שהצרכנים לא היו רוכשים חלב המכיל סיליקון.

36. אכן בדיון הנוסף בעניין ברזני וכבר עמדנו על כך לעיל, פסק בית המשפט כי הדרישה לקיומו של קשר סיבתי הקבועה בסעיף 64 לפקודת הנזיקין חלה גם לגבי עוולות צרכניות הנוגעות לפרסום מטעה וגם כאשר עוולה כזו מהווה עילה לתובענה ייצוגית. עם זאת הוסיף בית המשפט וקבע שם כי ככל שבעוולות צרכניות עסקינן יש לפרש את דרישת ההסתמכות הנובעת מדרישת הקשר הסיבתי "בפרישה רחבה, ככולל לא אך הסתמכות ישירה בלבד" אלא "קשר סיבתי עקיף על דרך של שרשרת סיבתית ראויה מן הפירסום ועד לצרכן" (שם, 415-414). עוד נקבע בעניין ברזני כי בהליך של תובענה ייצוגית המבוססת על הוראות פרק ו'1 לחוק הגנת הצרכן ועל התקנות שנקבעו לעניין זה מכוחו (הוראות אשר כאמור בוטלו בינתיים בחוק תובענות ייצוגיות) עשוי להידרש ריכוך של דרכי ההוכחה בהתחשב במהותו של הליך ייחודי זה וכי "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 ואחד מהם" (שם, 424). באותו עניין לא הוכח קיומו של קשר סיבתי כלשהו, ולו עקיף, בין הפרסום המטעה לבין הנזק שטען לו ברזני מאחר שברזני לא נחשף כלל לאותו פרסום. מטעם זה דחה בית המשפט את בקשתו של ברזני לאשר את תביעתו האישית כתובענה ייצוגית וקבע כי תביעתו האישית אינה מגלה עילה.

נסיונה של תנובה להאחז בהלכת ברזני ולטעון כי גם במקרה דנן לא הוכח קשר סיבתי בין התנהלותה ובין הנזק הלא ממוני שנתבע מידיה, אינו יכול להתקבל וזאת בשל מספר טעמים.

ראשית, הטענה מועלית על ידי תנובה בשלב שלאחר אישור התובענה כייצוגית וככל שהיא מופנית כלפי הקבוצה ככזו יש לזכור כי כשלוש שנים לאחר שניתן פסק הדין בדיון הנוסף בעניין ברזני, נחקק חוק תובענות ייצוגיות המאגד את העקרונות והכללים שיש להחיל לגבי תובענות ייצוגיות לסוגיהן. החוק כולל הסדר סטטוטורי מקיף ומפורט, לרבות לעניין דרכי ההוכחה של הזכאות לסעד הנתבע והוא מאפשר, בין היתר, להעניק סעדים לטובת הציבור במקרים מתאימים אשר בהם אין זה מעשי להוכיח את הנזק שנגרם לכל אחד מבין חברי הקבוצה ומקל וחומר את הקשר הסיבתי בין אותו הנזק לבין התנהלות המזיק (סעיף 20(ג) לחוק). כפי שיפורט להלן זהו המתווה שאומץ על ידי בית משפט קמא ובנסיבות אלה הדרישה להוכיח לגבי כל אחד ואחד מיחיד הקבוצה את הקשר הסיבתי בין התנהלותה של תנובה ובין הנזק היא דרישה מוקשית.

שנית, פסק הדין בעניין ברזני עסק בהטעיה שבמעשה בשל פרסום מטעה של חברת בזק לגבי תעריפי שיחות ונקבע שם כאמור כי הואיל וברזני לא נחשף בפועל לאותו הפרסום אין מתקיים קשר סיבתי בין הפרסום המטעה לבין הנזק שלו טען. בענייננו לעומת זאת מדובר בהטעיה שבמחדל אותה ביצעה תנובה בכך שלא גילתה את דבר הוספת הסיליקון לחלב. לטענת תנובה על התובעים להוכיח כי אילו נחשפה עובדה זו בפניהם מבעוד מועד לא היו רוכשים את החלב. נראה כי הדרישה המוצבת לתובע להוכיח כי אילו היו מגלים לו את העובדות היה נוהג אחרת היא דרישה קשה להוכחה, ובמקרים רבים בלתי אפשרית והדברים מקבלים משנה תוקף ככל שכתובענה ייצוגית עסקינן. על השוני שבין הטעיה במעשה לבין הטעיה במחדל לעניין הקשר הסיבתי בהקשר הייצוגי עמדנו בע"א 9590/05 רחמן-נוני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (טרם פורסם, 10.7.2007) שם בוטלה קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה יש לדחות בקשה לאישור תובענה ייצוגית משום שהתובעים לא הוכיחו קיומו של קשר סיבתי. בפסק הדין שניתן בערעור הורינו על ביטול החלטה זו ועל החזרת הדיון לבית משפט קמא תוך שצויין כי "נראה כי גם שאלת עצם דרישת הוכחתו של קשר סיבתי במקרה דנא ראויה לשיקול נוסף. עניין זה מעורר שאלות לא פשוטות. הראשונה בהן היא האם יש להחיל את ההלכה שקבע בית משפט זה לעניין עילת ההטעיה בדנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת, פ"ד נז(6) 385 (2003) גם כשמדובר בעילה של אי-גילוי" (שם, פסקה 6) (לגישה דומה שהובעה במשפט האמריקאי בהקשרים שונים

ראו: Affiliated Ute Citizens of Utah v. United States 406 U.S. 128, 153-154 (1972); Binder v. Gillespie 184 F.3d 1059, 1063-1064 (9th Cir. 1999); Poulos v. Caesars World Inc. 379 F.3d 654, 666 (9th Cir. 2004). (תל-אביב-יפו) וכך ראו ת.א. (14.1.2010) 72-73 פסקאות בע"מ, פסקאות 2405/04 בן-עמי נ' הדר בע"מ, פסקאות 72-73 (14.1.2010).

הנה כי כן, ככל שהעוולה הצרכנית עליה נסמכת התובענה הייצוגית היא הטעיה שבמחדל (על דרך של אי גילוי) יש בכך כדי להצדיק ריכוך והגמשה לעניין הוכחת הקשר הסיבתי בין ההתנהלות העוולתית ובין הנזק הנטען.

שלישית, שלא כבעניין ברזני אשר תבע נזק ממון (הפרשי תעריפים), ראש הנזק הנתבע בענייננו נוגע לנזק לא ממוני מסוג פגיעה באוטונומיה. לגבי ראש נזק זה נפסק כי אין צורך להוכיח קשר סיבתי בין אי גילוי המידע הרלבנטי לבין בחירתו של הניזוק (ראו: עניין דעקה, 567-570; ע"א 6153/97 שטנדל נ' פרופ' יעקב שדה, פ"ד נו(4) 746, 760 (2002); ע"א 9936/07 בן דוד נ' ד"ר ענטבי, פסקה 11 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל (22.2.2011); ע"א 9817/02 וינשטיין נ' ד"ר ברגמן, פסקה 18 (טרם פורסם, 16.6.2005). לביקורת על פסק הדין בעניין דעקה ראו אסף יעקב "גילוי נאות והסכמה מדעת" עיוני משפט לא 609 (2009)). הרציונלים שהנחו בהקשר זה את בית המשפט בעניין דעקה ובעניינים אחרים הנוגעים לרשלנות רפואית ישימים בה במידה גם לגבי פגיעה באוטונומיה הנגרמת כתוצאה מעוולה צרכנית שמבצע עוסק המטעה את הצרכן. אכן, באי הגילוי עצמו טמונה שלילת כוח הבחירה מן הצרכן. ובענייננו, באי פירוט 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. על שאלה זו אעמוד בהמשך הדברים.

37. מכל מקום, גם אילו קבענו כי נדרשת בנסיבות המקרה דנן הוכחה לכך שחברי הקבוצה לא היו רוכשים את החלב לו ידעו כי הוא מכיל סיליקון, ייתכן שניתן היה לרצות דרישה זו לקשר סיבתי בתובענה הייצוגית שבה עסקינן על דרך של קביעת "קשר סיבתי קבוצתי" (ראו עניין אביב שירותים משפטיים, פסקה 10). קשר סיבתי קבוצתי כזה ניתן לבסס על ההנחה כי חברי הקבוצה ולמצער מרביתם, היו משיבים בשלילה אילו נשאלו מראש האם בדעתם לצרוך חלב שתנובה הוסיפה בו, בניגוד לתקן המחייב, תוסף מלאכותי אשר טיבו אינו ידוע להם כדי להתגבר על בעיה של הקצפת

יתר (השוו ת"א 1036/06 (בש"א 1877/06) (תל-אביב-יפו) טל נ' מרכז רפואי רבין (קמפוטס בילינסון), פסקה 12 (טרם פורסם, 31.5.2010). כן ראו במשפט האמריקאי שימוש ב-"generalized evidence": Kennedy v. Jackson National Life Insurance Company, 2010 U.S. Dist. Lexis 63604, 25-28 (N.D.Cal 2010); Negrete v. Allianz Life Insurance Company of North America 238 F.R.D 482, 491-492 (C.D. Cal. 2006); Klay v. Humana, Inc. 382 F.3d 1241, 1259 (11th Cir. 2004). לסייג שנקבע בקשר עם החלת הדוקטרינה באותם המקרים שבהם מוכחת שונות גבוהה בין חברי הקבוצה ראו (Poulos v. Caesars World, Inc. 379 F.3d 654, 664-668 (9th Cir. 2004)). חיזוק להחלתה של דוקטרינה זו בנסיבות המקרה שבפנינו ניתן למצוא בכך שתנובה היא זו אשר בהתנהגות מכוונת יצרה את מצב הדברים המקשה על איתור חברי הקבוצה ועל קיום בירור פרטני לגבי היסודות שהוכחתם נדרשת על פי דיני הנזיקין. חיזוק נוסף לקיומו של קשר סיבתי בין ההטעיה שביצעה תנובה ובין בחירת הצרכנים לצרוך את החלב ניתן למצוא גם במגמות העולות מסקר הצרכנים שהוצג, עליו כאמור נעמד בהמשך.

38. תנובה מוסיפה וטוענת עוד כי מכל מקום הפרסומים בתקשורת בדבר נזקים בריאותיים כתוצאה מצריכת הסיליקון, ניתקו את הקשר הסיבתי בין מעשיה שלה לבין התחושות השליליות שחשו צרכנים, ולטענתה נבעו תחושות שליליות אלה רובן ככולן מן הפרסומים אשר בדיעבד התבררו כבלתי נכונים. טענה זו בדבר ניתוק הקשר הסיבתי אינה מעוגנת בראיות והנטל בעניין זה מוטל על תנובה כמי שבמעשה ההטעיה ההמוני שביצעה גרמה לחוסר הוודאות באשר להשפעות המדויקות של הפרסומים על הרגשות של הצרכנים - להוכיח היפוכו של דבר (השוו: Johnson v. The Goodyear Tire & Rubber Company, Synthetic Rubber Plant, 491 F.2d 1364, 1379-1380 (5th Cir. 1972); Cooper v. Allen, 467 F.2d 836, 840 (5th Cir. 1974). לפיכך, דין הטענה להידחות.

הערכת הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה –

הגישה האובייקטיבית ופיצול הפיצוי בגין נזק לא ממוני

39. כיצד יש להעריך את הפיצוי בגין ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה?

בהינתן מאפייניה החוקתיים של הזכות לאוטונומיה יש הדוגלים באובייקטיביזציה של הערכת הפיצוי בגין הפגיעה בה. כך למשל סבור ד"ר צחי קרן-פז כי "אפשר להסתכל על כוח בחירה ... כעל נכס בעל שווי אובייקטיבי" וכי "מזן הראוי

לפסוק סכום המשקף את השווי החברתי של שלילת כוח הבחירה. סכום זה צריך להיפסק גם אם לא יוכח נזק תוצאתי סובייקטיבי (רגשות הלאם וכעס) בשל שלילת כוח הבחירה" (קרן-19, 196-198). הצדקה מיוחדת להערכת הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה על פי אמות מידה אובייקטיביות קיים לדעתו של קרן-פז בהקשר הצרכני. לדעתו "השיקול ההרתעתי (המתמקד בעוסקים) צריך להצדיק מתן פיצוי גם בנסיבות שבהן השיקול הפיצויי (המתמקד באינטרס הלגיטימי הפגוע של הצרכן) אינו מעניק תמיכה חזקה בפיצוי, בשל בעיית הרתעת החסר של עוסקים..." (קרן-19, 242). המלומדת ד"ר נילי קרקו-אייל מציעה אף היא להעריך את הפיצוי על פי ערכה של הזכות לאוטונומיה מחד וחומרת הפגיעה בה מאידך (ראו קרקו-אייל וראו גם חוות דעתה של השופטת ט' שטרסברג-כהן בעניין דעקה, 619).

גישה זו חורגת מן העקרונות המסורתיים של דיני הנזיקין המבוססים על הערכה סובייקטיבית ואינדיבידואלית של גובה הפיצוי, ומן התפיסה כי הפיצוי מיועד להשיב את מצב הניזוק לקדמותו ולהעניק לו תרופה בגין הנזק שנגרם לו, לרבות הנזק הלא ממוני. עמד על כך השופט אור בעניין דעקה בבואו לפסוק את הפיצוי לנפגעת בגין ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה באומרו:

"...הסוגיות הנוגעות להוכחת הנזק ושיעורו נחתכות על פי נתונו של המקרה האינדיבידואלי ומן הראיות שבפני בית המשפט. אמת המידה המהותית הקובעת ברגיל את היקף הפיצויים להם זכאי הניזוק היא אמת המידה של השבת המצב לקדמותו. אמת מידה זו היא אינדיבידואלית. היא מחייבת להידרש לעוצמת הפגיעה שנגרמה לניזוק הספציפי..." (עמ' 582-583).

על הקושי באימוץ גישה אובייקטיבית "טהורה" לצורך קביעת גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה עמדה גם המלומדת דפנה ברק ארז בהתייחסה לתביעות של פרט נגד רשות, בהדגישה כי גם בהקשר זה:

"... אין לחרוג מן העקרונות הנזיקיים ולפסוק פיצויים שמנותקים מההפרה הקונקרטית ומנסיבותיה. סכום הפיצויים לא יכול, ואף לא צריך, לשקף את ערכה האוניברסלי של הזכות... פיצוי שמתיימר לשקף את ערכה הכללי של הזכות צריך להידחות מכמה טעמים. ראשית, הוא פסול מן ההיבט הערכי, משום שהוא מתיימר להצמיד תג של מחיר לזכות עצמה. שנית, הוא מיטיב עם התובע במידה שחורגת מניזוקו שלו, וכך סוטה מן העיקרון של השבת המצב לקדמותו. בתחום דיני הנזיקין, הפיצוי נקבע בהתאם לנזקו של התובע עצמו, ולא בהתאם לערכה של זכותו מנקודת ראותו של

הזולת" (דפנה ברק- ארז עוולות חוקתיות 277 (1993)
(להלן: ברק-ארז)).

לא למותר להזכיר עם זאת כי בכתיבה האקדמית בתחום הנזיקין ניתן לאתר מגמות המתרחקות כברת דרך מן התפיסה המסורתית לפיה נועדו דיני הנזיקין להעניק פיצויים תרופתיים לניזוק הספציפי על מנת להשיב את מצבו שלו לקדמותו. כך למשל יש הסוברים כי פיצויים עונשיים שאינם נגזרים מנזקיו של הנפגע עשויים במקרים מתאימים ליתן מענה לאכיפת חסר ולהוות הרתעה יעילה A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 Harv. L. Rev. 869 (1998) וכן לרפא נזקים חברתיים שגרם אותו מזיק לניזוקים שלא באו בפני בית המשפט (Catherine M. Sharkey, *Punitive Damages as Societal Damages*, 113 Yale L. J. 347 (2003)). המשנה לנשיאה א' ריבלין התייחס לאחרונה בעניין בן-צבי לסוגיית הפיצויים העונשיים וציין כי כיום מכירה גם הפסיקה בארץ בסמכותם של בתי המשפט לפסוק פיצויים כאלה במסגרת דיני הנזיקין ועוד הוא מציין שם כי "חרף ההבחנה העיונית החדה בין פיצויים עונשיים לבין פיצויים תרופתיים מבחינה מעשית אין הניגודיות כה חריפה, למצער ביחס לפיצוי בלתי ממוני" (פסקאות 37-39 לחוות דעתו. ראו גם רע"א 9670/07 פלונית נ' פלוני (טרם פורסם, 6.7.2009) פסקאות כב'-כו' לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין וכן חוות דעתו של המשנה לנשיאה א' ריבלין).

אלא שככל שהפיצוי אותו יש להעריך ולפסוק בענייננו נתבע במסגרת תובענה ייצוגית, ראוי לזכור את הוראת סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות הקובעת כי:

"בית המשפט לא יפסוק בתובענה ייצוגית פיצויים לדוגמה, וכן לא יפסוק פיצויים בלא הוכחת נזק ... ואולם אין באמור כדי למנוע פסיקת פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממוני".

הנה כי כן, חוק תובענות ייצוגיות חסם את האפשרות לפסוק פיצויים עונשיים בתובענה ייצוגית. יחד עם זאת נקבעו בחוק מנגנונים יחודיים אחרים לפיצוי המאפשרים הגשמת עקרונות של צדק מתקן למשל בדרך של הטלת חיוב בקירוב על המזיק בגין הנזקים שגרם, וכן עקרונות של הרתעה יעילה למשל בדרך של חיוב המזיק בסעד לטובת הציבור בגין נזקים חברתיים מפוזרים שלהם גרם, ולכך אתייחס להלן.

40. הגישה האובייקטיבית להערכת גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה אותה סקרתי לעיל אינה מקובלת עליי. אכן ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה מגולם בשלילת כוח הבחירה מן הנפגע הכרוכה ברוב המקרים באי גילוי של עניין מהותי לאותו נפגע.

על כן, ולמצער ככל שהדבר נוגע לתובענות ייצוגיות, מותר אף להניח כנקודת מוצא לצורך הערכת הנזק הלא ממוני שנגרם למי שפגעו כך באוטונומיה שלהם, כי כתוצאה מאותה פגיעה הם חשים רגשות של כעס, תסכול ועלבון (בעוצמה כזו או אחרת על פי הנסיבות הקונקרטיות של המקרה). רגשות אלה שנגרמו כתוצאה מהתנהגות המזיק מצדיקים פיצוי בגין נזק לא ממוני. אולם אין מדובר בחזקה חלוטה לפיה התעוררו אצל הנפגע רגשות כאלה בכל מקרה שבו התרחשה פגיעה באוטונומיה. לכן באותם המקרים אשר בהם יעלה בידי המזיק להוכיח כי אף שבהתנהגותו שלל מן התובע או מחברי הקבוצה את כוח הבחירה, נותרו אלה שווי נפש ואדישים לכך, כי אז ניתן לקבוע שהם אינם זכאים לפיצוי בגין ראש נזק זה משום שלאמיתו של דבר ואף שכוח הבחירה נשלל מהם לא נגרם להם כתוצאה מכך נזק לא ממוני. מגישתי זו לפיה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה ניתן בשל נזק תוצאתי סובייקטיבי המתבטא בתחושות של כעס, תסכול ועוד כיוצא באלה תחושות שליליות שמעוררת התנהגותו של המזיק, נובעת מסקנה נוספת והיא - כי אין מקום לפצל את הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה מן הפיצוי בגין עוגמת נפש ותחושות שליליות שנגרמו לנפגע בגין אותה פגיעה (להבדיל מראש נזק לא ממוני המסב עצמו על פגיעות אחרות באותה תביעה). תפיסה שונה בהקשר זה ביטא בית משפט קמא, אם כי בסופו של יום וכפי שכבר צויין לעיל, פסק בית משפט קמא לכל אחד מחברי הקבוצה סך כולל של 250 ש"ח בגין נזקיו הלא ממוניים בלא שהבחין בין חברי הקבוצה שחשו תחושות שליליות ובין אלה שהוכח על פי סקר הצרכנים כי לא חוו תחושות כאלה (בסוגיה זו ראו גם חלוקי הדעות בין המשנה לנשיאה א' ריבלין לשופט י' עמית בעניין בן-צבי וכן ראו: קדן-19/208-203).

מסקנה דומה לזו שאליה הגעתי בעניין זה עולה בעיני גם מקביעותיה של השופטת מ' נאור בפסק הדין אשר ניתן בערעור על ההחלטה לאשר את תביעתו של ראבי כתובענה ייצוגית. שם מתייחסת השופטת נאור בחדא מחתא לנזק הלא ממוני שנגרם כתוצאה מן הפגיעה באוטונומיה ולתחושות השליליות המגלמות נזק זה, וכדבריה:

"... 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... (שם),
681-682, ההדגשות הוספו).

ואכן ככל שמדובר בראבי - התובע הייצוגי - קבע בית משפט קמא לאחר ששמע את עדותו ואת עדות בנו כי ראבי חווה תחושות שליליות ממשיות משנודע לו בדיעבד כי החלב שצרך הכיל סיליקון וכי תנובה נמנעה מלפרט מרכיב זה על גבי האריזה, וכדברי בית משפט קמא:

“... כתוצאה ממעשים אלה נשללה מהתובע היכולת לשקול בצורה מודעת ומושכלת רכישת מוצר חלופי, שאיננו מכיל תוסף האסור על פי חוק בשימוש בחלב לשתייה. כך גם ברור כי התחושות השליליות שנגרמו ל[ראבי] נובעות ממעשי תנובה. אפשר לטעון כי תחושות אלו היו מוגזמות, בהתחשב בכך שלא הוכח שהסיליקון גורם לסיכון בריאותי. אך עם תחושות [ראבי] לא ניתן להתווכח: [ראבי], באופן סובייקטיבי, חש תחושות של גועל (בחילות), חרדה מתוצאות השתייה של חלב המכיל סיליקון וכן כעס ורוגז בשל התרמית. כל אלה באים בגדר נזק לא-מוחשי שאיננו שולי או זניח, ושהוא בר-פיצוי...” (פסקה 57, ההדגשות הוספו).

קביעותיו אלה של בית משפט קמא אינן מצדיקות התערבות בהיותן מבוססות כאמור על עדותם של ראבי ובנו ועל התרשמותו הבלתי אמצעית של בית משפט קמא מאותן עדויות. אלא שעל מנת לקבוע מהו הפיצוי שיש לפסוק, אם בכלל, לטובת הקבוצה שבשמה ניהל ראבי את התובענה הייצוגית אין די בהוכחת הנזק הסובייקטיבי שנגרם לראבי ויש להידרש לשאלות מורכבות נוספות הנוגעות להוכחת זכותם של חברי הקבוצה לפיצוי הכספי שנתבע ובהן, בין היתר, השאלה מהי ההתפלגות בין חברי הקבוצה אשר חוו תחושות שליליות כתוצאה משלילת זכותם לבחור אם לצרוך חלב המכיל סיליקון אם לאו, לבין חברי אותה קבוצה אשר נותרו אדישים ושווי נפש לשלילת כוח הבחירה מהם כאמור.

41. כפי שתואר לעיל לא ניתן היה בנסיבות העניין לאתר לעת מתן פסק הדין בתובענה הייצוגית את חברי הקבוצה לפרטיה ולהוכיח את זכותו של כל אחד ואחד מהם לפיצוי או לסעד. על כן לא ניתן היה להכריע בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה על פי מסלולי ההוכחה הקבועים בסעיף 20(א) לחוק תובענות ייצוגיות. לצורך קביעת הפיצוי נדרש, אפוא, בית משפט קמא למתווה הקבוע בסעיף 20(ג) לחוק, המיועד לאותם המקרים שבהם “מצא בית המשפט כי פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או

חלקם, אינו מעשי בנסיבות העניין, בין אם משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה ובין מסיבה אחרת".

בהתבססו על חוות הדעת של פרופ' אופיר אשר מונה כמומחה מטעם בית המשפט קבע בית משפט קמא כי 220,000 איש צרכו את החלב העמיד המכיל סיליקון בתקופה הרלבנטית. פרופ' אופיר העריך, בהתבססו בין היתר על נתונים שקיבל מידי תנובה, כי מספר משקי הבית אשר רכשו את החלב עומד על 166,307 ובעדותו בבית המשפט ציין כי מספרם של הרוכשים הבוגרים בתקופה הרלבנטית עומד על כ- 330,000. על כן לגישתו מניין חברי הקבוצה נע בין 166,307 לבין 330,000 (עמ' 672 לפרוטוקול). קביעתו של בית המשפט כי יש להתייחס בהקשר זה לקבוצה המונה 220,000 איש היא אפוא קביעה זהירה ושמרנית (ראו דברי פרופ' אופיר בעמ' 672-674 לפרוטוקול), שאין להתערב בה.

עדיין נותר לבחון כמה מביין קבוצת צרכני החלב כאמור אכן חוו רגשות שליליים כתוצאה מן הפגיעה באוטונומיה שלהם.

התובעים הייצוגיים הגישו חוות דעת שערכו ד"ר כ"ץ ופרופ' מבורך, המבוססת על סקר צרכנים, ממנה עולה כי 26% מן הנשאלים המייצגים את כלל האוכלוסיה נותרו שווי נפש ואדישים לפרסום לפיו החלב הכיל סיליקון. בהנחה כי אחוז זה, הנוגע לכלל האוכלוסיה, עשוי לשקף גם נשאלים שלא צרכו בפועל את החלב העמיד דל השומן בתקופה הרלבנטית, מן הראוי להתייחס לתמצית הממצאים שבחוות הדעת המשקפת את אחוז הצרכנים של חלב זה טרם הפרסום מתוך כלל האוכלוסיה (43%) וכן את אחוז הצרכנים מקרב אלה, אשר המשיכו לשתות חלב זה גם לאחר פרסום הידיעות בדבר קיומו של סיליקון בו (30% מתוך 43% שהם 13% מכלל האוכלוסיה). מחוות דעתם של ד"ר כ"ץ ופרופ' מבורך עולה כי 66% מביין אלה אשר נהגו בעבר לשתות חלב עמיד דל שומן של תנובה (המהווים לטענתם 28% מכלל האוכלוסיה), חוו תחושות שליליות בעקבות אותו הפרסום בעוצמות כאלו ואחרות ובהן "גועל, בחילה, חרדה, פחד, כעס, שנאה, אכזבה, רמאות, שקר, הונאה, חוצפה, עלבון, זלזול, חוסר אחריות, הרגשה רעה" (שאלה שלוש לסקר) ואילו 30% מתוכם המשיכו לצרוך את החלב גם לאחר הפרסום.

במקרה דנן ומתוך הנתונים שהציגו התובעים הייצוגיים עצמם יש בסיס למסקנה כי חלק מחברי הקבוצה אכן נותרו אדישים ושווי נפש לתוספת הסיליקון בחלב. 26% מכלל הנשאלים ציינו בפירוש כי זו היתה תחושתם ("אדישות, אין בעיה, לא נכון

ותחושות נוספות שאינן שליליות" - עמ' 5 לחוות דעת כ"ץ ומבורך סעיף קטן (ב) בתשובות לשאלה 3, ו"כלום, שווה נפש, אדיש" ו-"עשו מזבוב פיל" - דף הקידוד לתוצאות שאלה 3), ובהעדר נתון בחוות הדעת בעקבות הסקר שנערך כמה מבין משיבים אלה צרכו את החלב העמיד בעבר, אני סבורה כי יש לגזור את אחוז "הצרכנים האדישים" מתוך הנתון בחוות הדעת המתייחס לאלה שהמשיכו לצרוך חלב עמיד גם לאחר הפרסום בעניין הסיליקון (30% מכלל הצרכנים בעבר ו-13% מכלל האוכלוסיה). לפיכך, מבין כלל הצרכנים של החלב העמיד דל השומן בתקופה הרלבנטית - שמספרם על פי קביעתו של בית משפט קמא הועמד על 220,000 - יש להפחית 30% "צרכנים אדישים" אשר לא חוו תחושות שליליות כלשהן גם משנודע להם כי החלב שצרכו הכיל סיליקון וכי תנובה נמנעה מלפרט רכיב זה על גבי האריזה. היקף הקבוצה הזכאית לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה שגרמה להם לתחושות שליליות עומד אפוא על 154,000 איש.

42. בטיעוניה העלתה תנובה השגות לעניין נכונותו של בית משפט קמא לבסס ממצאים ומסקנות על סקר הצרכנים שעליו נסמכת חוות דעתם של ד"ר כ"ץ ופרופ' מבורך. אכן יש קושי לבסס ממצאים בדבר נזק סובייקטיבי על סקרים אך משקבע בית משפט קמא שהמתווה להוכחת הפיצוי הכספי שיש לפוסקו במקרה דנן הוא זה הקבוע בסעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, בשל כך שאין אפשרות מעשית בנסיבות העניין לזהות את חברי הקבוצה ולפצותם באופן אישי, הישענות על חוות דעת המבוססת על סקר צרכנים כאמור יש בה כדי לבטא את הריכוך מבחינת דרכי ההוכחה הנדרש לעיתים ככל שבתובענות ייצוגיות עסקינן. על הצורך בריכוך כזה עמד בית המשפט כבר בעניין ברזני, כנזכר לעיל, ועתה מעוגן הדבר בהוראת חוק מפורשת, היא הוראת סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות (על "גיוס" נתונים סטטיסטיים לצורך הוכחת נזק מקום שבו קיים חלל מובנה מבחינת האפשרות להציג נתונים אינדיבידואליים ראו והשוו: אליעזר ריבלין וגיא שני "תפיסה עשירה של עקרון השבת המצב לקדמותו בתורת הפיצויים הנזיקיים" משפט ועסקים י 499, 513-515 (2009) (להלן: ריבלין ושני); גיא שני "כלל 'הדבר מעיד על עצמו' בדיני הנזיקין - בחינה מחודשת" משפטים לה(1) 81 (2005); A. Porat & A. Stein Tort Liability Under Uncertainty 87-92 (2001). ההסתמכות על חוות דעת הנשענת על סקר צרכנים מותנית כמובן בכך שבית המשפט מצא את חוות הדעת ראויה להסתמכות, לאחר שבחן את מכלול הטענות שהועלו לגביה.

במקרה דנן קבע בית המשפט לאחר שבחן את ממצאי הסקר, את חוות הדעת של מכון דחף מטעם תנובה (שנערכה על ידי המומחית ד"ר מינה צמח), ואת חוות דעתו של פרופ' אופיר מטעם בית המשפט שחיווה אף הוא דעתו בעניין הסקר, כי

"פרופ' מבורך ופרופ' כץ הותירו רושם מהימן בעדותם, והתרשמתי כי מדובר בבעלי מקצוע ובעלי ניסיון וידע בתחומם" (פסקה 60). בית המשפט דחה את טענתה של תנובה כי תוצאות הסקר מוטות וכי השאלות שהוצגו לנסקרים כללו את ההנחה שהסליקון גורם לסיכונים בריאותיים. כך למשל ציינה ד"ר מינה צמח מטעם תנובה לגבי שאלה שלוש שהוצגה לנסקרים ("מה הרגשת בעקבות פרסום הידיעות על הכנסת הסליקון לחלב העמיד דל השומן של תנובה ועל סיכונים הבריאותיים?"), כי הסיפה של השאלה המתייחסת לסיכונים הבריאותיים מיותרת לגמרי וכי סביר לחשוש "שניסוח מוטעה זה תרם לחלק מהליקויים הקשים במחקר" (עמ' 4 לחוות הדעת, עמ' 11 לחות הדעת). בדחותו עמדה זו קבע בית המשפט כי המצג שהוצג בפני הנסקרים היה אותנטי משום שהוכח שבאותה תקופה אכן היו פרסומים הנוגעים לסיכונים הבריאותיים. יחד עם זאת ולמען הזהירות נכון היה בית משפט קמא להניח כי ממצאי הסקר נוטים להחמרת התחושות השליליות במידה מסויימת אשר גם אם אינה מצדיקה את פסילת הסקר כולו, כטענת תנובה, יש להתחשב בה בקובעו את מספר הצרכנים אשר חוו תחושות שליליות (כמחצית על פי קביעת בית משפט קמא לעומת 66% על פי הסקר). המסקנה לפיה אין בניסוח שאלה שלוש כדי לפסול את הסקר כולו, אינה מצדיקה התערבות (וראו לעניין זה גם דבריו של פרופ' מבורך בעדותו עמ' 287-291, 296-298 לפרוטוקול). עוד קבע בית המשפט, ובצדק, כי יש לפסול את השאלה החמישית בסקר בה נשאלו הנסקרים "האם תחושותיך השליליות נוצרו מיד עם פרסום הידיעות הראשונות או לאחר שהפרסומים אומתו גם ע"י משרד הבריאות וגם ע"י תנובה" בצינו כי שאלה זו כוללת מידע העלול להטעות באשר עלול להשתמע ממנה כי תנובה ומשרד הבריאות אימתו את הפרסום בדבר הסיכון הבריאותי, אף שאין אלה פני הדברים.

אין, אפוא, מקום לשלול את נכונותו של בית משפט קמא להסתמך במקרה דנן על חוות דעתם של ד"ר כ"ץ ופרופ' מבורך (הנשענת על סקר צרכנים), לצורך קביעת אותו החלק מבין חברי הקבוצה אשר חשו תחושות שליליות כתוצאה מן הפגיעה באוטונומיה שלהם. ממילא אין לשלול הסתמכות על חוות דעת זו על ידנו לצורך קביעת גודל הקבוצה בהפחתת "הצרכנים האדישים", כמפורט בסעיף 41 לעיל.

שיעור הנזק

43. הנזק אשר את שיעורו עלינו לקבוע במקרה דנן הוא נזק לא ממוני שנגרם לצרכנים כתוצאה משתיית חלב המכיל סליקון. הערכת שיעורו של נזק זה המתבטא בתחושות שליליות של כעס, תסכול, עלבון וכיוצ"ב תחושות שליליות אותן חווה

הניזוק כתוצאה מהתנהגותו המעוולת של המזיק, וקביעת הפיצוי המגיע לו בגין נזק זה, אינה משימה קלה. זאת משום שנזק כזה הוא על פי טיבו נזק סובייקטיבי-איניבידואלי התלוי במידה רבה בברומטר הרגישות האישי של כל אדם ואדם. עמד על כך השופט ת' אור בעניין דעקה בבואו לפסוק פיצוי בגין נזק לא ממוני פרטני שנגרם לתובעת באותו עניין בשל פגיעה באוטונומיה, וכך אמר:

"המדובר בנזק אשר מעצם טיבו קיים בו היבט סובייקטיווי דומיננטי, המעורר קשיים בלתי נמנעים בהערכתו. בסופו של דבר, גובה הפיצוי בכל מקרה, בדומה לפיצוי בגין נזקים לא ממוניים אחרים, נתון לשיקול דעתו של בית המשפט, וייקבע בדרך של אומדנה המבוססת על הערכה של מכלול נסיבות העניין, ועל התרשמותו של בית המשפט. על בית המשפט לנקוט, בהקשר זה, גישה מאוזנת. עליו ליתן את המשקל הראוי לכך שמדובר בפגיעה בזכות יסוד, אשר מחייבת קביעת פיצוי הולם, להבדיל מפיצוי סמלי. לצד זה, בשל הקשיים הטבועים בתהליך הערכת הנזק, על בית המשפט לרסן עצמו, ולא לפסוק פיצויים בשיעורים מופרזים..." (עמ' 583).

ואם קשה הערכת הנזק הלא ממוני בגין פגיעה באוטונומיה במקרים פרטניים, קשה היא שבעתים כאשר נדרש בית המשפט להעריך נזק זה בתובענה ייצוגית ובייחוד בתובענה ייצוגית אשר בה לא ניתן לאתר את חברי הקבוצה ולהתרשם באופן פרטני מכל אחד ואחד מהם לגבי עוצמת הפגיעה באוטונומיה ולגבי התחושות השליליות הסובייקטיביות שנגרמו לו כתוצאה מאותה פגיעה. בשל האופי הסובייקטיבי של נזק מסוג זה קשה גם לבצע לגביו "האחדה" (Damage averaging), ומטעם זה קיימת בארה"ב רתיעה מאישור תובענות ייצוגיות לפיצוי בגין נזקים לא ממוניים (ראו:

Allison v. Citgo Petroleum Corp., 151 F.3d 402, 417 (5th Cir. 1998); Reeb v. Ohio Department of Rehabilitation and Correction, 435 F.3d 639, 650-651 (6th Cir. 2006); Fuhrman v. California Satellite Systems, 179 Cal. App. 3d 408, 424-425 (1986); Altman v. Manhattan Savings Bank, 83 Cal. App. 3d 761, 767-769 (1978); Stilson v. Reader's Digest Association, Inc., 28 Cal. App. 3d 270, 273-274 (1972); Birnbaum v. United States, 436 F. Supp. 967, 986 (1977)

וראו לעניין זה גם דברי השופטת א' פרוקצ'יה, בדעת מיעוט, בפסק-הדין בבקשת האישור, (697).

בישראל נדחתה גישה זו על ידי השופטת נאור אליה הצטרף המשנה לנשיא ש' לוין, וכך קבעה השופטת נאור לעניין זה בפסק הדין בבקשת האישור:

"אינני סבורה שעלינו לקבוע כי רק נזק ממוני יכול להצדיק תביעה ייצוגית. לתובע נגרם, לכאורה, נזק לא ממוני שאיננו עניין של מה בכך, ודי בכך כדי להכשיר את תביעתו כתביעה ייצוגית" (עמ' 684).

קביעה זו קדמה לחוק תובענות ייצוגיות, וכיום קובע גם סעיף 20(ה) לחוק כי אין מניעה להגיש תובענה ייצוגית בגין נזק לא ממוני, וכלשון החוק:

"בית המשפט לא יפסוק בתובענה ייצוגית פיצויים לדוגמה, וכן לא יפסוק פיצויים בלא הוכחת נזק, למעט בתביעה כמפורט בפרט 9 בתוספת השניה, ואולם אין באמור כדי למנוע פסיקת פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממוני" (ההדגשה הוספה).

יחד עם זאת ואף שאין מניעה עקרונית לפסוק פיצוי בגין נזק לא ממוני במסגרת תובענה ייצוגית, ייתכנו מקרים אשר בהם הקושי בקביעת שיעור הנזק יצדיק שלא לאשר את הגשתה של תובענה כייצוגית או את דחייתה לגופה (ראו לעניין זה פסיקתם של בתי המשפט המחוזיים לפני ואחרי חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות: ת"א (תל-אביב-יפו) 388/96 יערי נ' מינהל מקרקעי ישראל, סעיף 6(ה) ו-ו (25.9.1996); ת"א (תל-אביב-יפו) 2331/06 לובינסקי נ' נזריאן, פסקאות 5-6 (17.10.2007); בש"א (נצרת) 1528/05 ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ, סעיף 27.2(ד) (27.7.2006). ומנגד ראו: ת"א (תל-אביב-יפו) 1586/09 חיות נ' טלרן מסרים מיידיים בע"מ, פסקה 4(ב) (5.4.2011); ת"א (תל-אביב-יפו) 1341/00 מזל נ' דיסקברי סוכנות דוגמנות בינ"ל בע"מ (13.11.2001)).

44. בענייננו סבר בית משפט קמא כי הקשיים אשר ניצבו בדרכו לעניין הערכת הנזק בשל היותו נזק לא ממוני וכן בשל הקושי המעשי לאתר את חברי הקבוצה ולהתרשם באופן אינדיבידואלי מן הנזק שנגרם לכל אחד ואחד מהם, אינם מצדיקים את דחיית התובענה הייצוגית. הוא בחר להיעזר לצורך הערכת הנזק וקביעת הפיצוי במנגנונים הייחודיים הקבועים בסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות וקבע מודל מורכב לפיצוי אותו תיארו לעיל, על פיו פסק את הסעד בסופו של יום.

בערעור שבפנינו שבה תנובה וטוענת כי משעניין לנו בפיצוי נזיקי אותו יש לאמוד ככלל על בסיס אינדיבידואלי ומשלא הוכיחו התובעים הייצוגיים באופן מדויק את שיעור הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה, שגה בית משפט קמא בכך שלא דחה את התביעה מטעם זה. תנובה מוסיפה וטוענת עוד כי לא ניתן לבצע "האחדה" של הנזק במקרה דנן, שכן לכל אחד מן הצרכנים נגרם נזק בשיעור שונה ולטענתה הסכום

אותו העניק בית משפט קמא לכל אחד מחברי הקבוצה (250 ש"ח) הוא סכום שרירותי שאינו מעוגן בראיות שהוצגו ועל כן יש לבטלו.

התובעים הייצוגיים טוענים מנגד כי בצדק קבע בית משפט קמא שניתן לקבוע במקרה דנן "פיצוי סביר ממוצע" אשר במכפלת מניין חברי הקבוצה יהווה את סכום הפיצוי הכולל וקביעותיו בהקשר זה עולות בקנה אחד עם כוונת המחוקק ואף תואמת את הפסיקה האמריקאית בהקשר זה. אך לגישתם הסכום שפסק בית המשפט ליחיד נמוך מדי ובערעורם הם עותרים להעמידו למצער על סך של 8,000 ש"ח, נוכח קביעתו של בית משפט קמא עצמו כי אילו היתה בפניו תביעה אינדיבידואלית זהו הסכום שניתן היה לפסוק בגין הנזק הלא ממוני במקרה דנן.

45. סעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות שכותרתו "הוכחת הזכאות לסעד ותשלום פיצוי כספי" קובע כך:

"(א) הכריע בית המשפט בתובענה הייצוגית, כולה או חלקה, לטובת הקבוצה שבשמה נוהלה התובענה הייצוגית, כולה או חלקה, רשאי הוא במסגרת החלטתו על מתן פיצוי כספי או סעד אחר לחברי הקבוצה ולהורות, בין השאר, הוראה כמפורט להלן, לפי העניין, ובלבד שלא יהיה בכך כדי להכביד במידה העולה על הנדרש על חברי הקבוצה או על בעלי הדין:

(1) על תשלום פיצוי כספי או על מתן סעד אחר, בשיעור ובאופן שיקבע, לכל אחד מחברי הקבוצה שהוכחה זכאותו לפיצוי או לסעד כאמור;

(2) על כך שכל חבר קבוצה יוכיח את זכאותו לפיצוי כספי או לסעד אחר;

(3) על תשלום פיצוי כספי בסכום כולל ועל אופן חישוב חלקו של כל חבר קבוצה, ובלבד שסכום הפיצוי הכולל ניתן לחישוב מדויק על יסוד הראיות שבפני בית המשפט; הורה בית המשפט על תשלום פיצוי כספי בסכום כולל כאמור, רשאי הוא להורות בדבר חלוקה בין חברי הקבוצה, באופן יחסי לנזקיהם, של יתרת הסכום שתיוותר אם חבר קבוצה, אחד או יותר, לא דרש את חלקו, לא הוכיח את זכאותו לפיצוי או לסעד, לא אותר או שלא ניתן לחלק לו את חלקו מסיבה אחרת, ובלבד שחבר קבוצה לא יקבל פיצוי כספי או סעד אחר מעבר למלוא הפיצוי או הסעד המגיע לו; נותרה יתרת סכום לאחר החלוקה לחברי הקבוצה כאמור, יורה בית המשפט על העברתה לאוצר המדינה.

(ב) הורה בית המשפט על כך שכל חבר קבוצה יוכיח את זכאותו לפיצוי כספי או לסעד אחר, רשאי הוא ליתן הוראות בדבר -

(1) הדרך והמועד להוכחת הזכאות לסעד על ידי חברי הקבוצה ודרך חלוקתו, ורשאי הוא למנות לשם כך אדם בעל כישורים מתאימים (בסעיף זה - ממונה); החליט בית המשפט על מינוי ממונה, רשאי כל אדם הרואה את עצמו נפגע ממעשה או מהחלטה של הממונה, לפנות לבית המשפט אשר הורה על המינוי, ובית המשפט רשאי לאשר, לבטל, או לשנות את המעשה או החלטה, וליתן כל צו בענין, הכל כפי שימצא לנכון; שכרו והוצאותיו של הממונה, וכן אופן תשלומם, ייקבעו בידי השר;

(2) תשלום הוצאות, לחבר קבוצה, בסכום שיקבע בית המשפט או הממונה, בעד הטרחה הכרוכה בהוכחת הזכאות לפיצוי או לסעד כאמור.

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

בעניין רייכרט עמד השופט י' עדיאל על כך שכתובענות ייצוגיות ניתן לקבוע את הנזק בדרכים שונות המיושמות בקשת רחבה של מצבים ובהתייחסו בהקשר זה להוראת סעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות ציין כי:

"... מן הצד האחד עומדת, כנקודת מוצא, דרך ההוכחה הקבועה בסעיף 20(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות ..., לפיה מוכח הנזק באמצעות הגשת תצהירים על-ידי כל אחד מחברי הקבוצה. דרכי הוכחה נוספות, אשר קרובות במהותן להליך האינדיבידואלי, מבוססות על קביעת נזקו של כל אחד מחברי הקבוצה אך זאת, ללא ניהול הליך מפורט של הגשת תצהירים, אלא באמצעות חישוב כללי המבוסס על נתונים עובדתיים שאינם שנויים במחלוקת או ניתנים להוכחה פשוטה. ניתן, כמובן, לשלב בין שתי הדרכים, על-ידי התוויית נוסחה כללית שתיושם, לגבי כל אחד מיחיד הקבוצה, על-פי הנתונים המיוחדים הנוגעים לו. מן העבר האחר, קיימות דרכים נוספות לקביעת הפיצוי, המבוססות על קביעת סכום הנזק הכולל שנגרם לקבוצה כולה באמצעות שיטות שונות שפורטו לעיל. לבסוף, במקרים בהם לא ניתן לחשב את הנזק (אף שאין חולק כי נגרם), קיימת

אפשרות לקבוע את סכום הפיצוי גם על דרך האומדנה”
(פסקה 67 לחוות דעתו).

השופט עדיאל הוסיף וציין כי המשפט הישראלי בדומה למשפט האמריקאי מתווה שתי דרכים עיקריות לקביעת הנזק בתובענות ייצוגיות. האחת היא דרך החישוב האינדיבידואלי לפיה נקבע הנזק בהתייחס לכל אחד מחברי הקבוצה באופן מובחן. על פי שיטה זו נערכת לאחר קביעת אחריותו של הנתבע כשאלה משותפת לכל חברי הקבוצה, הכרעה נפרדת לגבי הנזק שנגרם לכל אחד מחבריה וסיכום הנזקים אשר מוכיחים חברי הקבוצה במצטבר יהווה את הסכום בו יחוב הנתבע לבסוף. דרך חישוב זו מעוגנת בסעיפים 20(א)(1) ו-2(2) לחוק תובענות ייצוגיות המובא לעיל. יתרונה הוא בכך שהיא תואמת למעשה את דרך הפיצוי המקובלת בדין הכללי ואת עקרונות הצדק המתקן שעליהם היא מושתתת, והיא נעשית ככלל בדרך של קבלת תצהירים מאת חברי הקבוצה או בדרך של חישוב המבוסס על נתונים עובדתיים שאינם שנויים במחלוקת או הניתנים להוכחה פשוטה (ראו עניין רייכרט, פסקה 67). במשפט האמריקאי פותחו מנגנונים שונים נוספים שנועדו לסייע בהערכת הנזק הפרטני של הניזוקים באופן יעיל וחסכוני (ראו למשל: Bates v. UPS 204 F.R.D. 440, 449 (N.D. Cal. 2001) - ניהול תביעות נפרדות לאחר השלב של קביעת החבות הנוזיקית עצמה; Olden v. LaFarge Corp. 383 F.3d 495, 509 (6th Cir. 2004) - מינוי מומחה שתפקידו לקיים שימועים נפרדים לכל ניזוק). חלקם מצאו את דרכם גם אל הדין הישראלי (ראו סעיף 20(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, וראו גם רע"א א.ש.ת., 246-247; עניין טצת, 788).

46. נוכח יתרונותיה של שיטת החישוב האינדיבידואלי נראה כי יש ליתן לה עדיפות לצורך קביעת הסעד בתובענות ייצוגיות ככל שהיא אפשרית וזוהי אכן השיטה בה נהג בית המשפט בעניין רייכרט בציינו כי “משניתן, במקרה שלפנינו, לחשב את הנזק באופן אינדיבידואלי, אינני רואה מקום לנקוט בשיטת החישוב הכולל” (ראו עניין רייכרט, פסקה 72). אולם לא תמיד ניתן ליישם שיטה זו. הקושי ליישמה מתעורר למשל כאשר חברי הקבוצה אינם ניתנים לזיהוי ולאיתור; כאשר לא ניתן בנסיבות העניין להציג נתונים או מסמכים מספקים להוכחת הנזק האינדיבידואלי; כאשר הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה הוא מזערי ויש להניח כי בשל כך לא תהא נכונות מצד חברי הקבוצה או רובם לשתף פעולה לצורך הוכחתו ברמה האינדיבידואלית; וכן כאשר לצורך בירור הנזק האינדיבידואלי שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה נדרשת השקעת משאבים יקרים וזמן שיפוטי ניכר שאין להם הצדקה בנסיבות העניין (ראו סטיבן גולדשטיין “תביעת ייצוג קבוצתית - על שום מה ולמה” משפטים ט (תשל"ט) 416, 431-430 (להלן: גולדשטיין)).

הקושי הראשון שעליו עמדנו באיתור חברי הקבוצה, הוא קושי אופייני לתובענות ייצוגיות בעניינים צרכניים (ראו פסק הדין בבקשת האישור, 688), וכפי שכבר צויין התעורר קושי זה גם במקרה שבפנינו משום שלא ניתן היה לאתר את כל אחד מן הצרכנים שרכשו חלב עמיד דל שומן בתקופה הרלבנטית. על מנת להתמודד עם קשיים מסוג זה ועם קשיים אחרים שאת חלקם מנינו, פותחה במשפט האמריקאי שיטת החישוב השניה, היא שיטת החישוב הכולל, שאומצה גם בדין הישראלי. על פי שיטה זו ניתן לקבוע את "הפיצוי הקבוצתי" על פי הנזק שנגרם לקבוצה בכללותה, אף שלא הוכח טרם קביעתו של סכום הפיצוי הכולל מהו הנזק שנגרם לכל אחד ואחד מן הפרטים באותה קבוצה. זאת על מנת שלא לסכל את תכליותיה של התובענה הייצוגית באותם המקרים שבהם התעוררו קשיים בהוכחת הנזק האינדיבידואלי. כמו כן אימצה הפסיקה האמריקאית במקרים מסוימים "מנגנוני כלאיים" כגון: מומחה הנעזר בנוסחה סטטיסטית לחישוב הנזקים של חברי הקבוצה; מומחה המקיים שימועים והערכות פרטניות ביחס למדגם מייצג של ניזוקים (Hilao v. Estate of Ferdinand Marcos, 103 F.3d 767, 782-787 (9th Cir. 1996) (אם כי נראה שהשימוש במנגנון זה הוגבל לאחרונה בפסק-דין Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, 131 S. Ct. 2541, 180 L. Ed. 2d 374 (2011) (להלן: עניין Wal-Mart)); חלוקת הקבוצה לתת-קבוצות בעלי מאפיינים דומים וקביעת שיעור פיצוי כולל ביחס לכל תת-קבוצה (Midwestern Machinery v. Northwest Airlines 211 F.R.D. 562, 572 (D. Mn. 2001)). כן ראו ע"ע (ארצי) 633/08 ארז נ' גל מעתון שיווק והפצת עיתונים בע"מ, פסקה 18 (11.1.2011).

פיתוחה של שיטת החישוב הכולל במשפט האמריקאי החל בקביעתו של מנגנון הקרוי Fluid Class Recovery (FCR) עליו עמד בית המשפט המחוזי בפסק דינו. במתכונתו הקלאסית מדובר במנגנון תלת שלבי המיועד לפיצוי חברי הקבוצה, והוא תואר על ידי בית המשפט העליון של קליפורניה כך:

"First, the defendant's total damage liability is paid over to a class fund. Second, individual class members are afforded an opportunity to collect their individual shares by proving their particular damages, usually according to a lowered standard of proof. Third, any residue remaining after individual claims have been paid is distributed by one of several practical procedures that have been developed by the courts" (The State of California v. Levi Strauss & Co. 41 Cal. 3d 460, 472-473 (1986))

(להלן: עניין Strauss).

השלב הראשון על פי מנגנון זה עניינו בקביעת סכום "הפיצוי הקבוצתי" אותו על הנתבע לשלם ואותו עליו להפקיד בקרן מיוחדת שתוקם למטרה זו. בשלב השני ניתנת לחברי הקבוצה הזדמנות להוכיח (ברמת הוכחה נמוכה מן המקובל כתביעות אישיות) את הנזק האינדיבידואלי ולקבל בעקבות כך את חלקם כפיצוי אישי. בשלב השלישי מחולקת יתרת הסכום על פי מודלים כאלה ואחרים שפיתחו בתי המשפט לצורך כך. נקל לראות כי שלושת שלביו של מנגנון ה-FCR המתוארים לעיל אינם נותנים מענה למכלול הקשיים שעליהם עמדנו. למשל, במקרים שבהם לא ניתן לקבוע את החלק המגיע לכל אחד מחברי הקבוצה או במקרים כגון זה שלפנינו, בהם לא ניתן כלל לאתר את חברי הקבוצה. על מנת ליתן מענה לאותם המקרים פותחו במשפט האמריקאי דרכים מגוונות הסוטות ממנגנון ה-FCR במתכונתו הקלאסית אשר על חלקן ועל ההשגות שהועלו בקשר אליהן נעמוד להלן.

47. בפסיקה הישראלית נזכרה שיטת החישוב הכולל כשיטת חישוב אפשרית קודם לחקיקת חוק תובענות ייצוגיות. כך למשל ציין השופט (כתוארו אז) מ' חשין בד"נ בעניין ברזני 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" (שס, 425. כן ראו: רע"א א.ש.ת, 246-247; פסק הדין בבקשת האישור, 685-688; ת.א. (תל-אביב-יפו) 2036/01 מנלה נ' מפעל הפיס, פסקה 8 (17.11.2002)). מנגנון של שיטת חישוב כולל נקבע גם בחלק מן ההסדרים הפרטניים שנשזרו בדברי החקיקה השונים ואשר מכוחם ניתן היה להגיש תובענות ייצוגיות בעבר (ראו למשל ההוראות שנקבעו בעבר בסעיף 216(ב) לחוק החברות, תשנ"ט-1999; בסעיף 46ט לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988; סעיף 16ט לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981). מנגנון זה מצא את מקומו בסעיף 20(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות שהחליף כאמור את ההסדרים הפרטניים ובו נקבע לעניין זה כי בית המשפט רשאי להורות:

"על תשלום פיצוי כספי בסכום כולל ועל אופן חישוב חלקו של כל חבר קבוצה, ובלבד שסכום הפיצוי הכולל ניתן לחישוב מדויק על יסוד הראיות שבפני בית המשפט...".

כמו כן כולל סעיף 20(א)(3) לחוק הוראה בדבר חלוקת הפיצוי, ולפיה אם נותרה יתרה של סכום לאחר חלוקת הפיצוי לניזוקים שהוכיחו את נזקם ודרשו את הפיצוי, היא תחולק באופן יחסי בין חברי הקבוצה "ובלבד שחבר קבוצה לא יקבל

פיצוי כספי או סעד אחר מעבר למלוא הפיצוי או הסעד המגיע לו", ובמקרה כזה תועבר יתרת הפיצוי לאוצר המדינה.

בעיקרו של דבר עולה הוראה זו בקנה אחד עם מנגנון ה-FCR במתכונתו הקלאסית הנזכרת לעיל, והיא מאפשרת לבית המשפט לקבוע פיצוי כולל בכפוף לתנאים שנקבעו בסעיף. בעניין רייכרט הדגיש בית המשפט בהקשר זה כי תנאי לקביעת פיצוי כולל על פי סעיף 20(א)(3) לחוק הוא "שסכום הפיצוי הכולל ניתן לחישוב מדוייק על יסוד הראיות שבפני בית המשפט" ועוד הוסיף וקבע כי "[מ]בחינת עקרונות חישוב הנזק ודרכי קביעתו, לרבות דיני הראיות בענייני משקל וקבילות, אין הבדל מהותי בין שיטות הנוקטות בדרך החישוב הכולל לבין שיטות חישוב המיושמות בהליך קביעת נזק אינדיבידואלי ...". כמו כן הדגיש בית המשפט בעניין רייכרט כי גם בשלב חלוקת הפיצוי בין חברי הקבוצה ניתן להתחשב בנתונים אינדיבידואליים המיוחדים שיוכחו לגבי כל אחד מיחידה (פסקה 64 לפסק-הדין).

ההבדל בין החלופות השונות שנקבעו בסעיף 20(א) לעניין אופן חישוב הפיצוי וחלוקתו בין חברי הקבוצה נעוץ בכך ששתי החלופות הראשונות (בס"ק (1) ו-(2)) דרך הילוכו של חישוב הנזק הוא מן הפרט אל הכלל והסכום שבו ישא הנתבע הוא סיכומם של הסכומים בהם יזכה כל אחד מחברי הקבוצה. לעומת זאת הילוכו של חישוב הנזק בחלופה השלישית (ס"ק (3)) הוא הפוך במובן זה שתחילה נקבע הסכום הכולל שיחוב בו הנתבע ולאחר מכן מחולק אותו הסכום בין חברי הקבוצה בהתאם להנחיות בית המשפט ובסייג שצויין לפיו אין לפסוק פיצוי כולל כאמור אלא אם ניתן לחשבו חישוב מדוייק על יסוד הראיות שבפני בית המשפט.

48. כבר עמדנו לעיל על כך שמנגנון ה-FCR במתכונתו הקלאסית המתוארת לעיל לא היה בו כדי ליתן מענה לכל קשיים שהתעוררו בפסיקה האמריקאית בקשר עם הוכחת הזכאות לסעד ולפיצוי כספי בתובענות ייצוגיות. הוא הדין באשר לשיטת החישוב הכולל שנקבעה בסעיף 20(א)(3) לחוק, בהשראת אותו המנגנון. המחוקק הישראלי היה ער לכך ולכן הוסיף וקבע בסעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות מנגנונים נוספים לקביעת סעדים בתובענות ייצוגיות. בשל חשיבותו של סעיף זה לענייננו נשוב ונביא את הוראתו כלשונה, וכך קובע הסעיף:

"מצא בית המשפט כי פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי בנסיבות הענין, בין משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה ובין מסיבה אחרת, רשאי הוא להורות על מתן כל סעד אחר

לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, כפי שימצא לנכון בנסיבות העניין".

האם כטענת תנובה כפוף מתן הסעד אותו רשאי בית המשפט לפסוק על פי סעיף זה "לטובת הקבוצה כולה או חלקה" או "לטובת הציבור", לתנאים הקבועים בסעיף 20(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות ובהם התנאי בדבר "חישוב מדוייק" של סכום הפיצוי הכולל?

בית משפט קמא דחה טענה זו וקבע כי:

"סעיף 20(א)(3) [מאפשר] לחשב את סכום הפיצוי הכולל של הקבוצה, ולוותר על הוכחת הנזק באופן אינדיבידואלי. אך עדיין מדובר בפסיקת פיצוי או סעד אחר באופן אישי לאותם חברי הקבוצה שניתן לאתרם והוכחה זכאותם, בדרך של חלוקת סכום הפיצוי הכולל בין אותם חברים. זאת יש להבדיל בצורה ברורה מן האפשרות הנוספת העומדת בפני בית המשפט, על-פי סעיף 20(ג) לחוק, לפסוק סעד לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, באותם מקרים בהם מצא 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" (פסקה 104 לפסק-הדין, ההדגשות במקור).

הנה כי כן, לגישתו של בית משפט קמא קובע סעיף 20(ג) לחוק מסלול עצמאי לצורך קביעת סעדים ופיצוי בתובענות ייצוגיות, המתקיים במקביל למסלולים הקבועים לעניין זה בסעיף 20(א)(1) ו-20(2) ובסעיף 20(א)(3). בית משפט קמא הוסיף וציין כי מכל מקום הפירוש שביקשה תנובה לייחס לדרישת "החישוב המדוייק" הכלולה בסעיף 20(א)(3) לחוק, אף הוא אינו מקובל עליו בצינינו כי:

"בעניין הדרישה 'לחישוב מדוייק' של סכום הפיצוי הכספי הכולל, יש להעיר כי דרישה זו מיושמת בפסיקה בארה"ב בצורה ליברלית, ונראה כי כוונת המחוקק הישראלי הייתה ללכת בעקבות הניסיון השיפוטי האמריקאי. כפי שציין כב' השופט עדיאל (פסקאות 63, 67), החישוב הכולל נעשה בארה"ב תוך שימוש בשיטות סטטיסטיות, כגון מדגמים, או שימוש במודלים מתמטיים, ואלו, מטבע הדברים, אינם יכולים להביא לחישוב "מדוייק" של הנזק שנגרם לקבוצה. כמו כן, ואף זאת ציין כב' השופט עדיאל, השימוש בשיטת החישוב הכולל נעשה כדי להתגבר על קושי "לחשב בפשטות את נזקו של כל אחד מיחיד הקבוצה", למשל בשל היעדר מסמכים וקבלות, או קושי לאתר את כל

חברי הקבוצה. כמו כן, לא ניתן לחשב "בדיוק" נזק לא-ממוני, שבהכרח כרוך באומדנה. בנסיבות אלו, ברור שחישוב הפיצוי לא יכול להיעשות בדיוק מתמטי, ולא לכך הייתה כוונת המחוקק. עוד חשוב לציין, כי הדרישה ל"חישוב מדויק" של סכום הפיצוי הכולל לקבוצה נקבעה בסעיף 20(א)(3) לחוק שעניינו פיצוי אישי לחברי הקבוצה, ככל שהדבר מתאפשר, אך לא בסעיף 20(ג) לחוק שעניינו סעד לטובת הקבוצה" (פסקה 100 לפסק-הדין, ההדגשות במקור).

49. מקובלת עלי עמדתו של בית משפט קמא לפיה נועדו המנגנונים הקבועים בסעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות ליתן מענה לאותם המקרים אשר בהם לא ניתן לחשב את הפיצוי ולחלקו על פי איזה מן המנגנונים הקבועים בסעיף 20(א) לחוק. אכן, בניגוד לעמדה שהציגה תנובה אין סעיף 20(ג) מצמצם עצמו לקשיים בחלוקת הפיצוי בין חברי הקבוצה ("משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה"). סעיף 20(ג) לחוק מאפשר פסיקת סעד גמיש "לטובת הקבוצה" או "לטובת הציבור" גם באותם המקרים אשר בהם פסיקת פיצוי לחברי הקבוצה אינו מעשי "מסיבה אחרת". סיבה אחרת כזו עשויה להתקיים באותם המקרים אשר בהם אין אפשרות לחשב במדויק את הסכום הכולל של הנזק משום שהנתונים שיש בהם כדי ללמד עליו אינם נתונים חיצוניים, כגון הפקעת מחיר בסכום ידוע, אלא צבר של נזקים פרטניים שהוכחתם המדויקת תלויה בעדותו של כל אחד מחברי הקבוצה ויש קושי להציג עדויות אלה למשל משום שחברי הקבוצה אינם ניתנים לזיהוי. במצב דברים כזה היצמדות לכללי הפיצוי הנזיקיים הרגילים עלולה להביא לידי החטאת הרציונלים והתכליות העומדים בבסיס מוסד התובענה הייצוגית, המיועדת "להגן על אינטרס היחיד שנפגע ואינו טורח להגיש תביעה; יש בה אינטרס ציבורי לאכיפת הוראות החוק שבגדרו באה התובענה הייצוגית; יש לה ערך מרתיע מפני הפרת החוק; יש בה כדי לבלום שימוש לרעה בכוח הנתון בידי בעלי שליטה, שחלקם בהון אינו עומד לעתים בשום יחס לכוח שליטתם ולמנוע מניפולציות על חשבון "המשקיע הקטן"; יש בה חיסכון במשאבים ומניעת ריבוי תביעות" (ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, 323 (1997)). כן ראו המטרות המנויות בסעיף 1 לחוק). מטעמים אלו מתווה חוק תובענות ייצוגיות הסדרים יחודיים ה"סוטים לעיתים מהדין הרגיל ומותירים מתחם רחב של שיקול דעת לבית המשפט" (הנשיאה ד' ביניש בעניין רייכרט, פסקה 6 לחוות דעתה).

כשלים מובנים כגון אלה שעליהם עמדנו לעיל ביכולת להוכיח "בחשוב מדויק" את סכום הנזק הכולל שנגרם לקבוצה או את הנזק האינדיבידואלי שנגרם לכל אחד מחבריה, אופייני במיוחד לתובענות ייצוגיות צרכניות. במקרים כאלה מתעצם,

אפוא, הסיכון כי המזיק יצא נשכר והרווחים שהפיק כתוצאה מן העוולה שביצע יוותרו בידי רק מכיוון שקשה להוכיח בחישוב מדויק את הנזק המפוזר על פני קבוצה גדולה של ניזוקים אותם לא ניתן לזהות (וראו דויטש - עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית, 33). בפסיקה האמריקאית כונו רווחים אלה ill-gotten gains, ועל ההצדקה הקיימת לסטות מהעקרונות הקלאסיים של צדק מתקן בנוזיקין בהקשר זה אמר בית המשפט העליון של קליפורניה בעניין Strauss שכבר הוזכר, את הדברים הבאים:

"Fluid recovery may be essential to ensure that the policies of disgorgement or deterrence are realized. Without fluid recovery, defendants may be permitted to retain ill gotten gains simply because their conduct harmed large numbers of people in small amounts instead of small numbers of people in large amounts" (Strauss, p. 472).

50. אכן, סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות סוטה סטיה של ממש מעקרון הקורלטיביות העומד ביסוד עקרונות הפיצוי הרגילים לפיו אמורה להתקיים חפיפה מלאה בין מעגל הניזוקים למעגל המפוצים. כספי הפיצויים אינם מועברים לידי הניזוקים והשימוש שיעשה בהם הוא "לטובת הקבוצה" ככזו או "לטובת הציבור" מתוך הנחה כי הניזוקים יפיקו מהם הנאה עקיפה. האינטרס של הנפגעים לקבל פיצוי בגין הנזק שנגרם להם אינו מושג על כן במלואו. אולם האלטרנטיבה לפיה לא יתקבל סעד כלשהו תומכת גם מנקודת המבט של הנפגעים בפסיקת סעד לטובת הקבוצה או הציבור שכן הנאה חלקית ועקיפה עדיפה על אי קבלת סעד כלשהו.

רציונל דומה עומד ביסוד המגמה שהתפתחה במסגרת דיני הנוזיקין הכלליים שלא בקשר עם תובענות ייצוגיות במקרים של הטיה נשנית. ביסוד מגמה זו מונחת ההכרה כי כאשר עסקינן בקבוצת ניזוקים גדולה וקיימת הטיה נשנית בהחלט כלל מאזן ההסתברויות לעניין בחינת הקשר הסיבתי בין מעשיו של מזיק מסוים והנזקים הנגרמים לציבור הניזוקים, מוטב לקדם את עקרון הצדק המתקן ולו בקירוב משום שהחלת עקרון זה במובנו הקלאסי ישיג במקרים רבים תוצאה המרוחקת ביותר מתיקון המצב והשבתו לקדמותו. עמד על כך המשנה לנשיאה א' ריבלין בדנ"א 4693/05 בית החולים כרמל-חיפה נ' מלול (טרם פורסם, 29.8.2010) בצינונו כי:

"...יש מקום להתאמות בעקרון הצדק המתקן, במקרים מסוימים, באופן שההסתכלות תהא על התמונה בכללותה ולא רק על תביעתו הבודדת של התובע המסוים העומד בפני בית המשפט. כך ניתן ליישב בין תפיסה של צדק מתקן לבין פיצוי יחסי" (פסקה 52

לחוות דעתו. כן ראו פסקה 48 לחוות דעתה של השופטת
(מ' נאור).

ואם בדין הנזיקין הכללי קיימת נכונות לסטות מעקרון הקורלטיביות במקרים מתאימים, על אחת וכמה וכמה ראוי ונכון יהיה לעשות כן בתובענות ייצוגיות. זאת משום שבתובענות ייצוגיות, ובעיקר אלה שעניינן בעוולות צרכניות, האינטרס הדומיננטי מבין האינטרסים העומדים ביסוד ההליך והתכלית העיקרית שאותה אנו שואפים להגשים מתמקדים בהשגת הרתעה יעילה ואפקטיבית מפני הפרת החוק וזכויות הצרכנים על ידי העוסק (ראו דויטש - עשור לתובענה הייצוגית, 33). שאם לא כן, יצאו נשכרים מזיקים שהם גופים גדולים הנותנים שירותים למספר עצום של לקוחות ועל כן מפזרים את הנזק על פני מספר גדול של ניזוקים שזהותם לא ידועה, והרווחים שהפיקו כתוצאה מן העוולה שביצעו (ill-gotten gains), יוותרו בידיהם. הטבת נזקו של הניזוק האינדיבידואלי לעומת זאת הוא אינטרס דומיננטי פחות בתובענות ייצוגיות מסוג זה, בהינתן העובדה כי בדרך כלל הנזק הנגרם לצרכן הבודד בהקשר זה הוא מינורי יחסית.

על מתן סעד בתחום זה של תובענות ייצוגיות בארה"ב תוך החלת העיקרון של ביצוע בקירוב (cy pres comme possible) שמקורו בדיני הנאמנות ומשמעו "קרוב ככל הניתן" והמכונה גם "next best recovery" או "next best remedy" ראו: Natalie A. DeJarlais, *The Consumer Trust Fund: A Cy Pres Solution to Undistributed Funds in Consumer Class Action*, 38 HASTINGS L.J. 729 (1987); Stewart R. Shepherd, *damage (Distribution in Class Actions: The Cy Pres Remedy*, 39 U. CHI. L. REV. 448 (1972) (לביקורת על הרחבת השימוש בעקרון זה ראו: M. H. Redish, P. Julian & S. Zyontz, *Cy Pres Relief and the Pathologies of the Modern Class Action: A Normative And Empirical Analysis*, 62 FLA. L. REV. 617 (2010)). (להלן: Redish).

הנה כי כן, מבחינת שיקולי מדיניות, הן אלה המעוגנים בדיני הנזיקין הכלליים והן אלו היחודיים לדיני התובענות הייצוגיות, יש לחתור לכך שהעדר אפשרות לזהות את הניזוקים לא יציב מכשול בלתי עביר בפני הגשת תביעות לבית המשפט (ראו: אריאל פורת "אחריות קיבוצית בדיני-נזיקין" משפטים כג 311, 384-385 (תשנ"ד); וכן ראו דברי השופט א' מצא בדיון הנוסף בעניין ברזני, 449-451). נדבך חשוב בהקשר זה בגדרו של הליך התובענה הייצוגית הוא האפשרות הקבועה בסעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות לפסוק סעד לטובת הקבוצה או לטובת הציבור.

51. יחד עם זאת, אל לנו לשכוח אינטרס נוסף שבא אף הוא במניין האינטרסים אליהם יש לחתור בהליך התובענה הייצוגית והוא הגינות כלפי הנתבע ושמירה על זכויותיו המהותיות והדיוניות. מנקודת מבט זו וככל שבסעד כספי עסקינין, עלינו להקפיד על כך שהריכוך וההגמשה של כללי הדין אשר עוגנו בחוק תובענות ייצוגיות לא יובילו לתוצאה שעל פיה הסכום הכולל של החיוב אשר יוטל על המזיק יחרוג מסכום הנזק שנגרם על ידו (לעניין דחיית בקשה לאשר תובענה כייצוגית בין היתר מחמת חשש זה ראו למשל *McLaughlin v. American Tobacco Co.*, 522 F.3d 215, (2d Cir. 2008) (231-233)). אכן, מבחינת המזיק חשובה פחות השאלה כיצד יחולק הפיצוי. האינטרס המהותי שלו נוגע לגובה הסכומים שבתשלומם יחויב ופחות למה שיעשה בהם לאחר מכן. הרצון להגן על האינטרסים של הנתבע אותם הזכרנו הוא העומד, בין היתר, ביסוד הוראת סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות השולל פסיקת פיצויים לדוגמה לחובת הנתבע והשולל גם פסיקת פיצויים בלא הוכחת נזק (למעט בתביעה על פי פרט 9 בתוספת השניה). איזון נוסף בין אינטרס הציבור ואינטרס הניזוקים מזה והאינטרסים של הנתבע מזה, ניתן למצוא גם בהוראת סעיף 20(ד)(2) לחוק תובענות ייצוגיות לפיו בקביעת הסעד רשאי בית המשפט להתחשב גם "בנזק העלול להיגרם, בשל תשלום הפיצוי, שיעורו או אופן תשלומו, לנתבע, לציבור הנזקק לשירותי הנתבע או לציבור בכללותו, כתוצאה מפגיעה ביציבותו הכלכלית של הנתבע, לעומת התועלת הצפויה מכך לחברי הקבוצה או לציבור". במאמר מוסגר יצוין כי תנובה לא העלתה בבית משפט קמא טענות הנסמכות על הוראות סעיף 20(ד)(2) לחוק. משום כך לא ראה בית משפט קמא מקום להידרש להוראות אלה ואין מקום כי אנו נדרש אליהן בשלב הערעור.

52. בפסיקה האמריקאית קיימות גישות שונות ביחס לשאלה האם ובאילו נסיבות ניתן לקבוע את סכום הפיצוי בתובענות ייצוגיות שלא בדרך של חישוב מדוייק. יש הסבורים כי כאשר לא ניתן לחשב את הסכום הכולל באופן מדוייק אין מקום, ככלל, לעשות שימוש בדוקטרינת ה-FCR (לפרשנות זו לדוקטרינת ה-FCR ראו Michael Malina, Fluid Recovery as a Consumer Remedy in Antitrust Cases, 47 NYU L. Rev. (1972) 477, 488-491). יחד עם זאת ועל מנת לענות על הקשיים המתעוררים בהקשר זה, פיתחו בתי משפט שונים בארה"ב מנגנונים סטטיסטיים המאפשרים לשער ולהעריך את הנזק שנגרם לקבוצה תוך ויתור מסוים על דרישת "הדיוק" (כך למשל נקבע נזק בהתאם לשכר ממוצע אשר נקבע באמצעים סטטיסטיים ראו: *Pettway v. American Cast Iron Pipe Co.*, 494 F.2d 211 (5th Cir. 1974); *Stewart v. General Motors*, 542 F.2d 445 (7th Cir. 1976); *Bowe v. Colgate-Palmolive Co.*, 489 F.2d 896 (7th Cir. 1973); *United States v. Wood, Wire & Metal Lathers Int. Union, Local Union 46*, 328 F.

Supp. 429, 442 (S.D.N.Y. 1971). כן איפשר בית המשפט להוכיח את הנזק באופן מדגמי ובאמצעות מודלים סטטיסטיים במקרים נוספים, ראו למשל Hilao v. Estate of Hood (Ferdinand Marcos, 103 F.3d 767, 782-787 (9th Cir. 1996)). לגישה שונה ראו: Hood v. Eli Lilly & Company 671 F. Supp 2d 397, 434-453 (E.D.N.Y. 2009).

בפרשה נוספת (Long v. Trans World Airlines, Inc., 761 F. Supp. 1320 (N.D.) (Ill. 1991)) ציין בית המשפט כי:

"Defendant has no "right" to an individualized determination of damages for each plaintiff; the desire for accuracy must be balanced against other factors such as the burdens of discovery in relation to the size of the individual claims." (*Id.* at 1327).

גם בקרב מלומדים יש הסבורים כי יש לעשות שימוש יצירתי ב"אמצעים ראייתיים מצרפיים" (Aggregate proof) על מנת לעמוד על שיעורו של הנזק הקולקטיבי שנגרם לחברי הקבוצה. כך ציינו המלומדים A. CONTE & H.B. NEWBERG בספרם NEWBERG ON CLASS ACTIONS (Vol. 3, 4th ed., 2002) כי:

"There are occasions when it is feasible and reasonable to prove aggregate monetary relief for the class from an examination of the defendant's records, or by use of a common formula or measurement of damages multiplied by number of transactions, units, or class members involved, or by reasonable approximation with proper adherence to recognized evidentiary standards". (*Id.* 476).

53. האינטרסים שביסוד התובענה הייצוגית אותם סקרנו לעיל מוליכים אל המסקנה כי כאשר נפסק סעד לטובת הקבוצה או לטובת הציבור על פי סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, יש לשאוף לכך שהסך הכולל של החיוב יהא תואם לסכום המצטבר של הנזקים שיצר הנתבע. לצורך קביעתו של סכום זה אין מניעה לנקוט בדרך האומדנה שהיא דרך מוכרת ומבוססת בשיטתנו המשפטית לכימות נזק באותם המקרים אשר בהם אין אפשרות לחשב במדויק את הנזק שנגרם לתובע אינדיבידואלי. עמד על כך בית המשפט בע"א 355/80 אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה (2) 800 (1981) בצינו כי:

"באותם המקרים, בהם - לאור טבעו ואופיו של הנזק - ניתן להביא נתונים מדויקים, על הנפגע-התובע לעשות כן, ומשנכשל בנטל זה, לא ייפסק לו פיצוי. לעומת זאת,

באותם מקרים אשר בהם - לאור טבעו ואופיו של הנזק - קשה להוכיח בדיוקנות ובוודאות את מידת הנזק ושיעור הפיצויים, אין בכך כדי להכשיל את תביעתו של הנפגע, ודי לו שיביא אותם נתונים, אשר ניתן באופן סביר להביאם, תוך מתן שיקול-דעת מתאים לבית המשפט לעריכת אומדן להשלמת החסר" (עמ' 809).

עוד נקבע כי במקרים מתאימים ניתן להיעזר לצורך קביעת גובה הנזק בנתונים סטטיסטיים (ראו ריבלין ושני, 507-506) ובחוות דעת של מומחים. על כן ובבחינת קל וחומר ניתן להעריך את הנזק בדרך זו כאשר מדובר בקבוצה. יחד עם זאת חשוב להדגיש כי הערכת נזק על דרך האומדנה אין משמעותה קביעת סכום שרירותי הנראה כניחוש גרידא ועל בית המשפט אשר לו נתון שיקול הדעת בעניין זה לבסס את הסכום שיקבע תוך היזקקות לעוגנים מתאימים כלשהם המאפשרים הערכה של הנזק על דרך האומדנה כאמור. עוגנים אלה ימצאו לו לבית המשפט בחומר הראיות שיוצג בפניו ובמכלול נסיבות העניין. כמו כן יוכל בית המשפט להיעזר באמצעים נוספים ובהם ניסיון החיים, מבחנים של שכל ישר ומדיניות שיפוטית ראויה, שמקובל להיעזר בהם בהערכות נזק על דרך האומדנה (ראו: עניין דעקה, 583 ברק-ארז, 277).

54. הנזק הלא ממוני אשר אותו נתבקש בית משפט קמא לפסוק בתובענה הייצוגית דנן נמנה עם סוג הנזקים אשר מעצם טיבם וטבעם אינם ניתנים לחישוב מדוייק והוא נתון תמיד, גם בתביעות אינדיבידואליות, להערכת בית המשפט על דרך האומדנה (למעט תביעות לפיצויים בגין תאונות דרכים אשר לגביהן נקבעה בתקנות הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים (חישוב פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממוני), התשל"ו-1976 (להלן: תקנות חישוב פיצויים) נוסחה לקביעת הנזק הלא ממוני כנגזרת של שיעור הנכות ושל סכום תקרה הקבוע בסעיפים 4(א)(3) ו-4(ב) לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975). למהותו ודרכי קביעתו של הנזק הלא ממוני בהקשרים שונים ראו: ע"א 4022/08 אגבבה נ' ד.י.ש חברה בע"מ, פסקאות 10-24 (טרם פורסם, 21.10.2010); ע"א 754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק (טרם פורסם, 5.6.2007).

בסעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות הסמיך המחוקק את בית המשפט לפסוק פיצוי בגין נזק לא ממוני שנגרם לחברי הקבוצה. אולם, קביעתו של נזק לא ממוני כזה במקרה שלפנינו אינו משימה פשוטה. כפי שכבר צויין, לא ניתן לזהות את חברי הקבוצה אשר צרכה חלב עמיד דל שומן בתקופה הרלבנטית לתובענה ולכן נדרש בית המשפט בהקשר זה לנתונים סטטיסטיים ולחוות דעת מומחים אשר בעזרתם קבע, בהערכה שמרנית וזהירה, כי הקבוצה מונה 220,000 חברים. אנו הגענו למסקנה כי קבוצת ההתייחסות לצורך פיצוי על נזק של פגיעה באוטונומיה היא אך ורק אותו החלק

מתוך קבוצת הצרכנים אשר להם נגרם נזק תוצאתי בשל הפגיעה באוטונומיה ואשר חשו תחושות שליליות כאלה ואחרות משנודע להם כי החלב ששתו הכיל סיליקון. קביעתנו לעניין מספר חברי הקבוצה הנמנים עם אותו החלק הזכאי לפיצוי כאמור (154,000 חברים) נקבע אף הוא בהסתמך על נתונים סטטיסטיים וחוות דעת מומחים שהוצגו בהליך. הנה כי כן, מדובר בקבוצה המונה למעלה מ-100,000 אנשים, אותם אין דרך לזהות או לאתר ואפילו ניתן היה לאתרם ספק אם ראוי היה להורות כי כל אחד ואחד מהם או אפילו חלק מהם יגישו תצהיר לפירוט עוצמת התחושות השליליות שחשו, על מנת שניתן יהיה לפסוק להם פיצוי על פי אחד המנגנונים הקבועים בסעיף 20(א) לחוק תובענות ייצוגיות. משלא ניתן לקבוע את הנזק על בסיס ראיות אינדיווידואליות או חישוב מדויק ומשלא ניתן לזהות את חברי הקבוצה הזכאית לפיצוי, נותרנו עם מנגנון הפיצוי הקבוע בסעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות המאפשר קביעת פיצוי כולל על דרך האומדנה לטובת הקבוצה או לטובת הציבור. נשאלת השאלה כיצד ניתן אם בכלל להעריך את הנזק הלא ממוני "הקבוצתי" במקרה דנן והאם העובדה שמדובר בנזק לא ממוני אשר מתאפיין בסממנים סובייקטיביים-אינדיבידואליים, אין בו כדי לשלול אפשרות של "האחדה" בקביעת סכום הפיצוי הכולל בשל השונות בין ניזוק לניזוק מבחינת תוצאת הפגיעה.

בדחתו את טענתה של תנובה בהקשר זה קבע בית משפט קמא כי "אין עוד מקום לטענה הגורפת לפיה לא ניתן לפסוק בתובענה ייצוגית פיצויי אחיד בגין נזק לא ממוני, בהעדר אפשרות להוכיח את הנזק באופן אינדיבידואלי" (פסקה 128 לפסק-הדין), והוא העמיד את סכום הפיצוי הכולל על סך של 55 מיליון ש"ח בציינו כי סכום זה משקף פיצויי אחיד בסך 250 ש"ח לכל ניזוק (250 x 220,000), בגין הנזק הלא ממוני אשר נגרם לחברי הקבוצה. עוד ציין בית המשפט כי אילו נפסק הנזק הלא ממוני בגין מעשיה של תנובה במסגרת תביעה אישית היה סכום הפיצוי גבוה יותר, אך לגישתו יש להביא בחשבון בהקשר זה את העובדה כי מדובר בפיצוי כולל הנפסק לטובת הקבוצה בכללותה או לטובת הציבור, בלא שניתן היה לעמוד על הנזקים הפרטניים שנגרמו לכל אחד מחבריה וכדבריו:

"מקל וחומר, אין בית המשפט בוחן את הנזק האישי של כל חבר בקבוצה כאשר הסעד לא רק נקבע לגבי הקבוצה בכללותה, אלא אף ניתן לקבוצה ולא ליחידיה. בית המשפט אף רשאי לקבוע את סכום הפיצוי הכולל לקבוצה על סמך אומדנה. אין זאת אומרת שבית המשפט צריך להימנע מקביעת משתנים (פרמטרים) חשובים לצורך חישוב סכום הפיצוי הכולל. בית המשפט בהחלט צריך לקבוע את מספר חברי הקבוצה התובעת, למצער

על-פי הערכה. כמו כן על בית המשפט לאמוד את היקף הנזק האישי שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה, כדי לוודא שלא יפסק לקבוצה פיצוי כולל בסכום העולה על מידת הנזק המצרפי שנגרם ליחידיה. אך בסופו של דבר, על בית המשפט לקבוע את סכום הפיצוי הכולל שינתן לקבוצה תוך התחשבות במכלול הגורמים, ואל לו להתעלם מכך שאין מדובר במתן פיצוי אישי לכל אחד מחברי הקבוצה. סכום הפיצוי הכולל צריך להיות הולם ופרופורציונאלי למעשה העוולה ונסיבות ביצועה, גם אם חלוקת סכום זה במספר חברי הקבוצה תצביע על פיצוי בשיעור נמוך לעומת שיעור הפיצוי האישי שהיה נפסק לו הוגשה תובענה אישית נגד הנתבעת בגין עוולה זו.

לו היתה בקשת ב"כ התובעים נענית, היה צריך לחייב את תנובה בפיצוי כולל בסך 1.76 מליארד ש"ח (8,000 ש"ח x 220,000 חברי הקבוצה). ברור לחלוטין שתוצאה זו איננה סבירה ואינה מציאותית. לאחר ששקלתי את מכלול הנסיבות כפי שפורטו לעיל הנני מורה על סכום פיצוי כולל לקבוצה בסך 55 מיליון ש"ח, אשר משקף שיעור נזק אישי מוערך של כל אחד מיחדי הקבוצה בסך 250 ש"ח. נזק בשיעור זה, ואף בשיעור גבוה מכך, בוודאי נגרם לכל אחד מחברי הקבוצה, ולו בשל הפגיעה באוטונומיה של הפרט" (פסקה 134(ב) לפסק הדין, ההדגשות במקור).

55. בערעורים שבפנינו מלינה תנובה על עצם פסיקת הפיצוי על-פי המנגנון הקבוע בסעיף 20(ג) ולגישתה בהינתן סוג הנזק (נזק לא ממוני בעל סממנים סובייקטיביים-אינדיווידואלים) וכן בהינתן העובדה כי לא ניתן היה להוכיח את נזקי הקבוצה לפרטיה בשל חוסר היכולת לזהות את חבריה, לא היה מקום לפסוק פיצוי אחיד לטובת הקבוצה אף לא בשיעור המינימאלי שנפסק (250 ש"ח לכל ניזוק). מנגד, טוען ראבי כי משסבר בית המשפט שהפיצוי הראוי בגין הפגיעה באוטונומיה אילו מדובר היה בתביעה אישית אינו נופל מ-8,000 ש"ח היה עליו לפסוק פיצוי זה במכפלת מספר חברי הקבוצה (אשר גם לגביו הועלו השגות מצד ראבי כמפורט לעיל) והעובדה כי כתוצאה ממכפלה זו מתקבל סכום נכבד ביותר לא צריכה הייתה למנוע מבית המשפט את פסיקתו.

אכן, במקרים שבהם קיימת שונוות רבה בין חברי הקבוצה עשוי הדבר להוליק אל המסקנה כי העניין אינו מתאים להתברר בדרך של תובענה ייצוגית (ראו: סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות; ע"א 6887/03 רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות עובדים, פסקאות 24-27 (טרם פורסם, 20.7.2010) (להלן: עניין רזניק). וכן ראו: ע"ע (ארצי) 425/09 גולדברגר נ' אגודת השומרים בע"מ, פסקה 8

(3.2.2010); בש"א (נצרת) 1528/05 ברזילי נ' פריניר (הדט 1987) בע"מ, פסקה 27.2 (טרם פורסם, 27.7.2006). מנגד ראו: ת"מ 105/06 (בש"א 30858/06) (תל-אביב-יפו) פלדמן נ' איגוד ערים (אזור דן) ביוב, פסקה 52 (טרם פורסם, 30.8.2009); ת"א (תל-אביב-יפו) 2719-06 לוי נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פסקה 17 (טרם פורסם, 2.2.2010). עוד ראו קלמנט - גבולות התביעה הייצוגית, 345-346). אך דומה כי טעם זה בדבר שונות בין חברי הקבוצה כוחו רב לו לדחיית בקשה לאישור תובענה כייצוגית ואף לדחייתה אם אושרה, באותם המקרים שבהם עשויה השונות להשליך על קביעת החבות ועל דבר קיומה של עילת התביעה. החשש העיקרי המתעורר בהקשר זה הוא כי תפגע זכותו של הנתבע לנהל הליך הוגן ולהעלות טענות הגנה שיש בפיו כלפי כל אחד ואחד מחברי הקבוצה. כזה היה המקרה בעניין רזניק בו העלו הנתבעים טענת התיישנות אשר ההכרעה בה לא היתה בהכרח זהה לגבי כל חברי הקבוצה ומטעם זה סבר בית המשפט כי אין מקום לאשר את התובענה כייצוגית. באותו עניין ציין השופט גרוניס כי "פתרונות מסוימים למקרים של היעדר הומוגניות בין חברי הקבוצה ניתן למצוא בסעיף 20(א)-(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, הכולל הוראות באשר לסעד שיעניק בית המשפט". בית המשפט הוסיף כי הוא אינו נדרש להכריע בשאלה "מהם המקרים בהם יש לאשר תובענה ייצוגית על אף קיומם של נושאים פרטניים, תוך שימוש במנגנונים הקבועים בסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות או בפיתרונות אחרים", אך ראה להדגיש כי קיימים מקרים בהם "קצרה ידם של פיתרונות אלו מלהושיע" ועל-כן אין לאשר לגביהם הגשתה של תובענה ייצוגית (שס, פסקה 27). נושא השונות (יסוד ה-commonality) בין חברי הקבוצה נדון לאחרונה גם בפסק דין של בית המשפט העליון בארה"ב בעניין Wal-Mart. באותו עניין הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית בשם כמליון וחצי עובדות של הרשת Wal-Mart בגין הפליה אסורה שלהן כנשים בענייני שכר וקידום. הערכאה הדיונית וערכאת הערעור אישרו להגיש את התובענה כייצוגית (Dukes v. Wal-Mart Stores, Inc., 603 F.3d 571 (9th Cir. 2010)), אך בית המשפט העליון הפך את ההחלטה וקבע כי אין לאשר זאת משום שלא עלה בידי התובעים להוכיח שהחברה הנהיגה מדיניות כללית בעלת אופי מפלה, כלומר לא הוכח שהעילה הנתבעת התקיימה לגבי כל אחת מחברות הקבוצה. עוד נקבע כי בנסיבות המקרה לא ניתן לחשב את סכום הפיצוי באמצעים סטטיסטיים ובדרך של מדגם מייצג, בין היתר נוכח טענות הגנה הקבועות בחוק אותן רשאית להעלות החברה ביחס לכל אחת ואחת מחברות הקבוצה.

נימוק השונות שהעלתה תנובה אין בו כדי להועיל לה במקרה דנן. נימוק זה מתמקד כל כולו בשלילת האפשרות לפסוק פיצוי אחיד בגין הנזק הלא ממוני שנגרם לחברי הקבוצה בנסיבות העניין וזאת לטענתה בשל העדר אחדות מבחינת הניזוקים

בהקשר זה. שונות זו לא הצדיקה בעיני בית המשפט את שלילת אישורה של התובענה כייצוגית ומקובלת עליי עמדתו של בית משפט קמא כי אין בה גם כדי לשלול את פסיקת הסעד לאחר בירורה של התובענה הייצוגית שאושרה כאמור. ראשית, גם בתביעות שאינן מתנהלות כהליך ייצוגי והן מרובות נתבעים כגון תביעות שעניינן ליקויי בנייה אין בית המשפט נמנע מפסיקת פיצויי אחד על דרך האומדנא בגין ראש הנזק הלא ממוני (ל"האחדת הנזק" בגין עוגמת נפש בתובענות רגילות המוגשות מטעם מספר תובעים, ראו פסקי הדין המחוזיים הנזכרים בפסקה 121 לפסק הדין). שנית, להבדיל משונות בין חברי הקבוצה הפוטנציאלית העשויה להשליך על קיומה של עילת תביעה ועל עצם זכותו של כל חבר לקבלת סעד, השונות הנוגעת לגובה הפיצוי יש לה מענה במנגנונים השונים שנקבעו בסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות, באשר לסעד אותו מוסמך בית המשפט להעניק. קביעתם של מנגנונים אלה נועדה להבטיח כי שונות בין חברי הקבוצה לעניין קביעת הסעד כמו גם קשיים אחרים בהוכחת הנזק הנובעים, למשל, מחוסר יכולת לזהות את חברי הקבוצה או לאתרם, לא יכשילו על הסף את בירור העניין בדרך של תובענה ייצוגית ואת הגשמת התכליות העומדות ביסודו של הליך זה מבחינת אינטרס הציבור ומבחינת הקבוצה הנוגעת בדבר, עליהן עמדנו בהרחבה לעיל. על כן, שונות לעניין גובה הנזק אין בה, ככלל, כדי להכשיל את בירורה של התובענה כייצוגית ואת מתן הסעד בגדרה, לרבות פיצויי אחד שייקבע על דרך האומדנא, אלא אם כן לא ניתן בנסיבותיו של מקרה נתון לקבוע פיצויי הולם על-פי איזה מן המנגנונים הקבועים בסעיף 20.

56. לא למותר לציין עם זאת כי השונות בין חברי הקבוצה עשויה לעלות לעיתים כטיעון לשלילת אישור התובענה כייצוגית או כנגד פסיקת פיצויי אחד בגדרה, דווקא מנקודת ראותם של חברי הקבוצה הפוטנציאלים וזאת באותם המקרים שבהם פסיקת פיצויי אחד לקבוצה בכללותה עשויה לקפח את זכויותיהם של אותם חברים בקבוצה המעוניינים להוכיח את תביעתם באופן אישי ולזכות בפיצויי גדול יותר. הפסיקה האמריקאית התייחסה לחשש זה כפגיעה אפשרית בזכותם החוקתית של חברי הקבוצה להליך הוגן (due process rights), והדבר הוביל לדחיית בקשות לאישור תובענות כייצוגיות תוך הדגשת העובדה כי המנגנונים הקבועים בסעיפי החוק הרלוונטיים אינם כוללים זכות יציאה (opt-out) מן ההליך הייצוגי (סעיף 23(b)(2) ל-Federal Rules of Civil Procedure, ראו:

Allison v. Citgo Petroleum, 151 F.3d 402, 414-415 (5th Cir. 1998); Lemon v. Int'l Union of Operating Engineers, Local No. 139, AFL-CIO 216 F.3d 577 (7th Cir. 2000); Jefferson v. Ingersoll Int'l, Inc. 195 F.3d 894 (7th Cir. 2001); Reeb v. Ohio Department of Rehabilitation and Correction, 435 F.3d 639 (6th Cir. 2006).

למקרים נוספים בהם לא אושרו בארה"ב תובענות ייצוגיות על רקע השונות בין חברי הקבוצה ראו: Windham In re Fibreboard Corp., 893 F.2d 706, 712 (5th Cir. 1990); (v. American Brands, Inc., 565 F.2d 59 (4th Cir. 1977)). גישה זו אינה רלוונטית עם זאת לגבי בקשות לאישור תובענות ייצוגיות בארצות הברית על פי הוראות חקיקה הכוללות מנגנון של זכות יציאה (opt-out).

הדין הישראלי בעניין זה שונה. חוק תובענות ייצוגיות מחייב רישום של בקשה לאישור תובענה כייצוגית וכן רישום אישורה בפנקס התובענות הייצוגיות (סעיפים 6(א) ו-14(ב) לחוק), והוא מקנה לכל חבר בקבוצה, יהא עניינה של הבקשה אשר יהא, את הזכות להודיע כי אינו חפץ להיכלל בה (סעיף 11 לחוק). זאת ועוד מפי אלה המצדדים בגישה כי יש להתייחס לקבוצה כישות בפני עצמה, נשמעה הדעה כי נדרשת "הקרבה" של כל חבר בקבוצה על זכויותיו האינדיבידואליות כבעל דין נוכח מחויבותו "לקשור את גורלו" בגורל הקבוצה (ראו David L. Shapiro, *Class Actions: The class as Party and Client*, 73 Notre Dame L. Rev. 913, 919 (1998)).

הטענה שמעלה ראבי בערעורו לעניין מיעוט הסכום האחיד שנפסק אינה נסמכת על טענת השונות ועל קיפוח של מי מחברי הקבוצה מטעם זה. ראבי אינו חולק על כך שבמקרה דנן לא ניתן היה לברר במסגרת התובענה הייצוגית את הנזק האינדיבידואלי של כל אחד ואחד מחברי הקבוצה וכן אין הוא חולק על כך שלא ניתן היה לזהותם ולאתרם. כל שמלין עליו ראבי הוא כאמור מיעוט הסכום שנפסק כפיצוי אחיד (250 ש"ח), בהתחשב בכך שבית משפט קמא הביע את דעתו כי אילו היה העניין מתברר כתביעה אישית היה מקום לפסוק פיצוי גבוה בהרבה (8,000 ש"ח). על כן, כך טוען ראבי, ראוי היה להעמיד את סכום הפיצוי האחיד לצורך חישוב הפיצוי הכולל לטובת הקבוצה על 8,000 ש"ח.

57. עיון בעדותו של ראבי (עמ' 81-71 לפרוטוקול) מלמד כי הוא צרך לאורך שנים ובכללן בכל התקופה הרלבנטית לתובענה הייצוגית (23.10.1994 עד ספטמבר 1995) חלב עמיד דל שומן בכמויות ניכרות. אך קשת צרכני החלב העמיד הינה מגוונת הן מבחינת משך תקופת הצריכה והן מבחינת היקף הצריכה. כך ניתן להניח כי נכללים בקבוצה הרלבנטית כאלה אשר לא צרכו את החלב לאורך כל התקופה, כאלה שצרכו אותה בכמויות פחותות בהרבה מאלה שצרך אותן ראבי וכאלה שבאופן שוטף צרכו חלב טרי ואילו את החלב העמיד שרכשו צרכו לעיתים רחוקות והוא שימש עבורם בנסיבות כאלו ואחרות תחליף לחלב הטרי. קשת מגוונת זו של צרכני החלב העמיד שהכיל סיליקון יש להביא בחשבון בבואנו לקבוע מהו הפיצוי האחיד שיש לפסוק בשל

הפגיעה באוטונומיה של חברי הקבוצה שסבלו בגינה נזק תוצאתי. טענתם של התובעים הייצוגיים כי מן הראוי לפסוק לכלל הקבוצה את אותו הפיצוי (8,000 ש"ח) שנתבע על ידי ראבי כתובע אישי אינה מביאה בחשבון את השונות עליה עמדנו לעיל בין חברי הקבוצה וטעם זה די בו על מנת לדחות את הטענה. יתרה מכך, בניגוד לעמדתו של בית משפט קמא, אינני סבורה כי יש הצדקה לפסוק לראבי גם ברמה האינדיבידואלית פיצוי בסך של 8,000 ש"ח (בערכי יום התביעה) בגין ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה. זאת בהינתן העובדה כי מדובר בפגיעה שעוצמתה אינה ברף הגבוה ביותר של הפגיעות באוטונומיה אותן ניתן להעלות על הדעת וכן בהינתן העובדה כי בניגוד לפיצוי הנפסק בהקשרים אחרים של נזק שאינו נזק ממון, מדובר במקרה דנן בתחושות שליליות שחשו חברי הקבוצה לזמן מוגבל אשר שיאן, כך יש להניח, היה בעת שנודע בדיעבד למי שצרכו את החלב העמיד כי הוא מכיל סיליקון. במילים אחרות, אין מדובר בנזק בלתי ממוני נמשך המלווה את הנפגע לאורך כל ימי חייו דוגמת כאב וסבל בעטיה של נכות גופנית לצמיתות כתוצאה מרשלנות רפואית. לפיכך נראה לי כי גם ברמה האינדיבידואלית וגם אם מדובר בצרכן קבוע של חלב עמיד דל שומן לאורך כל התקופה הרלבנטית, אין להפריז בסכום הפיצוי שיש לפסוק עבור הנזק התוצאתי (תחושות של כעס, תסכול, גועל, חרדה, זעם וכיוצ"ב) שנגרם לו בנסיבות העניין בגין הפגיעה באוטונומיה. על אחת כמה וכמה שאין להפריז בסכום הפיצוי האחיד שיש לפסוק לקבוצה כולה, בהינתן השונות שבין חבריה לעניין היקף הנזק ועוצמתו.

58. חוזרת למקומה השאלה מהו הפיצוי הקבוצתי שיש לפסוק במקרה דנן והאם המתווה שהלך בו בית משפט קמא הוא המתווה ההולם לקביעתו. כפי שצוין, בית משפט קמא הגיע למסקנה כי פיצוי של 1.76 מיליארד שקלים, המתקבל כתוצאה ממכפלה של 8,000 ש"ח ליחיד במספר חברי הקבוצה (220,000), הינו תוצאה ש"איננה סבירה ואיננה מציאותית" ועל כן העמיד את סכום הפיצוי הקבוצתי הכולל על 55 מיליון ש"ח, בציינו כי סכום זה "משקף שיעור נזק אישי מוערך של כל אחד מיחיד הקבוצה בסך 250 ש"ח".

נוכח הקשת המגוונת של הקבוצה מבחינת הרגלי הצריכה של החלב העמיד שהכיל סיליקון ונוכח המאפיינים הנוספים של הפגיעה באוטונומיה במקרה דנן עליהם עמדנו לעיל, ובהם: עוצמת הפגיעה שניתן להעלות על הדעת גבוהות ממנה ומשך הזמן המוגבל שבו ליוו התחושות השליליות את חברי הקבוצה, נראה לי כי ניתן לקבל את הסך של 250 ש"ח כסכום הולם לצורך קביעת הפיצוי האישי האחיד. סכום זה במכפלת מספר חברי הקבוצה שסבלו נזק תוצאתי בשל פגיעה באוטונומיה מביא אותנו לסכום פיצוי כולל של 38,500,000 ש"ח (154,000 x 250). בטיעוניה הציעה תנובה כי ככל

שתחויב בתשלום פיצוי מן הראוי שהרווח אותו הפיקה יהווה בסיס לחישובו, בציינה כי מדובר ברווח של 1,645,900 ש"ח בערכי קרן ובתוספת הפרשי ריבית והצמדה (מאמצע התקופה) - 4,981,616 ש"ח. באופן עקרוני אין לשלול מודל כזה לחישוב הפיצוי (לגישה לפיה פיצוי המחושב על פי מודל של שלילת רווחי המזיק מגשים, במקרים מתאימים, את עקרון הצדק המתקן בדיני הנזיקין, ראו Ernest J. Weinrib *Restitutionary Damages as Corrective Justice* 1 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 1 (2000)). יש אף מי שיטען כי ראוי להעדיף מודל זה בתובענות ייצוגיות אשר בהן הפיצוי הנפסק הוא פיצוי לטובת הציבור על-פי סעיף 20(ג) לחוק. זאת משום שבמקרים כאלה אין מתקיימת קורלטיביות ממשית בין חיוב המזיק לבין ציבור המפוצים, והתכלית של הטבת נזקי הנפגעים אינה מושגת הלכה למעשה בשל העדר יכולת מעשית לזהות את חברי הקבוצה, לאתרם או לפצותם. על כן, מן הראוי לשים את הדגש על תכליות אחרות של דיני הנזיקין ובהן הרתעה יעילה ומניעת התעשרות שלא כדין על-ידי המזיק. אכן, השימוש ברווח שהושג שלא כדין כנקודת מוצא לחישוב הפיצוי במקרים כאלה מקיים תאימות בין התכלית שאותה נועד הפיצוי להשיג ובין דרך חישובו. אולם, הגם שברמה העקרונית אין לשלול מודל המבוסס על שלילת רווח לצורך חישוב הפיצוי לטובת הציבור על פי סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, ראוי לזכור כי מדובר במודל שאינו מתאים ואינו ישים בכל המקרים, כך למשל יהיה קושי ליישמו מקום שבו המזיק לא צבר רווח כתוצאה ממעשה העוולה. על כן, בבואו לפסוק פיצוי ולו לטובת הציבור על בית המשפט לבחון את מכלול הנתונים שבפניו ולגבש על פיהם את המודל הראוי והמתאים ביותר לקביעתו. במקרה דנן לא הוצגו על ידי תנובה נתונים מפורטים, מבוססים ומהימנים שעל פיהם ניתן לכתחילה לבדוק אפשרות של חישוב הפיצוי הכולל על פי מודל שלילת הרווח. כך למשל ציינה חגית אדלר (מי שהועסקה בתנובה מאז 1996 ושימשה בעת מתן התצהיר כמנהלת השיווק) כי במועד מתן התצהיר (נובמבר 2004) "אין בידי תנובה ... נתונים מדוייקים לגבי שיעור הרווחיות של חלב עמיד 1% שומן בתקופה הרלבנטית" (סעיף 17 לתצהיר). אדלר הציעה אמנם לבסס את הממצאים בהקשר זה על שיעור הרווחיות של חלב עמיד 1% שומן בשנים מאוחרות יותר (2000-1999), אך גם לגביהן כל שצורף הוא עמודת תמחיר המתייחסת לשנים אלה מתוך מסמך שלא הוצג בשלמותו ואשר לא ברור מי ערך אותו ועל אילו נתונים הוא מבוסס. אחד המודלים האחרים האפשריים לצורך קביעת פיצוי לטובת הציבור הוא הנוסחה שאותה אימץ בית משפט קמא ואותה אימצו גם אנו. נוסחה זו המבוססת על נתונים סטטיסטיים (בכל הנוגע למספר הנפגעים) ועל פיצוי אישי אחיד, הולכת בעיקרו של דבר - אם כי על דרך של חישוב בקירוב - בתלם המסורתי והמקובל לחישוב פיצויים בדיני הנזיקין. יחד עם זאת וככל שבחישוב בקירוב עסקינן, יש לצרף למודל זה הערת אזהרה לפיה החישוב בקירוב ראוי לו כי ייעשה

בזהירות המתבקשת ועל הצד השמרני, על מנת שסכום הפיצוי הכולל שייקבע לא יחרוג אל תחום הפיצויים לדוגמא אותם אין לפסוק בתובענות ייצוגיות על-פי הוראת המחוקק בסעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות.

סיכומו של דבר - הפיצוי הכולל שבו על תנובה לשאת במקרה דנן על פי הנוסחה שאימצנו עומד על סך של 38,500,000 ש"ח, בערכי יום מתן פסק הדין בבית משפט קמא (7.10.2008).

אופן חלוקת הפיצוי שנפסק לטובת הציבור

59. לצורך איזון בין התכליות הציבוריות לתכליות הפרטיות עוצבו במשפט האמריקאי מנגנונים שונים למתן סעד לטובת הקבוצה בכללותה או לטובת הציבור ובהם מנגנוני הנחות ("price rollbacks"); העברת כספי הפיצוי לגוף ממשלתי אגב ייעודם למטרות שיטיבו עם הניזוקים האקטואליים ("earmarked escheat"); קרן נאמנות צרכנית ("consumer trust fund"); ובמקרים מתאימים גם שיתוף יחסי (pro-rata) של חברי הקבוצה הנוכחים ביתרת הכספים ("claimant fund sharing") (ראו עניין Strauss, עמ' 476-473). עם זאת יש המבקרים בחריפות את השימוש במנגנוני פיצוי קולקטיביים לטובת הציבור במקרים שבהם קשה או לא ניתן לפצות באופן אינדיבידואלי את חברי הקבוצה (ראו למשל: Redish; Powell v. Georgia-Pacific Corporation, 119 F.3d 703, 706 (8th Cir. 1997); In re: Airline Ticket Corporation, 268 F.3d 619, 625 (8th Cir 2001). לגישות השונות שהובעו בפסיקה האמריקאית בהקשר זה ולהתייחסות לאינטרס שבהשגת התאמה מיטבית ככל הניתן בין מנגנון החלוקה ובין מטרותיה של התביעה המסוימת והאינטרסים של חברי הקבוצה ראו:

In re Folding Carton Antitrust Litig., 744 F.2d 1252 (7th Cir. 1984); *Houck v. Folding Carton Admin. Comm.*, 881 F.2d 494 (7th Cir. 1989); *In re: Cuisinart Food Processor Antitrust Litig.*, 38 Fed. R. Serv. 2d (Callaghan) 446 (D. Conn.1983); *Democratic Cent. Comm. v. Washington Metro. Area Transit Comm'n*, 84 F.3d 451 (DC cir. 1996); *In re Domestic Air. Transp. Antitrust Litig.*, 148 F.R.D. 297 (ND Ga 1993).

לגישות בקרב מלומדים ראו:

Newberg, 505-543; Anna L. Durand, *An Economic Analysis of Fluid Class Recovery Mechanisms*, 34 STAN. L. REV. 173 (1982); Kerry Barnett, *Equitable Trusts: An Effective Remedy in Consumer Class Actions*, 96 YALE L.J. 1591 (1987);

Christopher R. Leslie, *A Market-Based Approach to Coupon Settlements in Antitrust and Consumer Class Action Litigation*, 49 *UCLA L. Rev.* 991 (2002).

כן ראו גולדשטיין, 431-430. לשימוש במנגנוני פיצוי קולקטיביים במדינות המשפט המקובל ראו RACHEL MULHERON, *THE CLASS ACTION IN COMMON LAW LEGAL SYSTEMS: A COMPARATIVE PERSPECTIVE*, 426-430 (2004).

המחוקק הישראלי בחר כפי שמלמדת הוראת סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות בגישה המאפשרת פסיקת פיצוי לטובת הקבוצה בכללותה וכן לטובת הציבור על-פי מנגנון פיצוי קולקטיבי וזאת גם באותם המקרים שבהם לא ניתן מסיבות שונות לפצות את חברי הקבוצה לפרטיה באופן אינדיבידואלי. בכך הביע המחוקק את דעתו כי התכליות הציבוריות שאותן נועד מוסד התובענה הייצוגית לשרת ושעליהן עמדו בהרחבה לעיל אינן נופלות בחשיבותן מן התכליות הפרטיות ועל כן יש לחתור להגשמתן של תכליות ציבוריות אלה גם כאשר לא ניתן בשל קשיים כאלה ואחרים להוכיח את מצרף הנזקים האינדיבידואליים המדויק שנגרם לקבוצה ולקיים מתאם בין ציבור הניזוקים לציבור המפוצים. יחד עם זאת חשוב לציין כי על-פי המדרג הקבוע בסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות יש ליתן ככל הניתן עדיפות למנגנוני הפיצוי המקיימים מתאם כזה וגם בבואנו לפסוק פיצוי על-פי סעיף 20(ג) בהיעדר אפשרות לפסוק אותו על-פי סעיפים קטנים (א) ו-(ב), ראוי לנסות ככל שהדבר ניתן לעצב את מנגנון חלוקת הפיצוי הקולקטיבי באופן המקיים ולו זיקה מסוימת בין קבוצת המפוצים לקבוצת הניזוקים.

60. במקרה שבפנינו קבע בית משפט קמא לעניין אופן חלוקת הפיצוי כי:

”בהתחשב בקשיים הכרוכים בפתרון של הוזלת מחיר החלב, לאור היקף סכום הפיצוי הכולל שנפסק לטובת הקבוצה (55 מליון ש”ח), ומטעמים של טובת הקבוצה וטובת הציבור - יש לחלק את סכום הפיצוי לשלוש מטרות עיקריות. האחת - מתן הטבה לחברי הקבוצה באמצעות הוזלת המוצר (או הגדלת התכולה בלא העלאת מחירו); השנייה - העברת חלק מסכום הפיצוי לקרן מחקרים ומלגות בתחום המזון והתזונה, שלהם השלכה על בריאות הציבור; השלישית - חלוקת החלב חינם לאוכלוסיות נזקקות באמצעות עמותות העוסקות בכך” (פסקה 144(ט”ו) לפסק הדין, ההדגשות במקור).

בקובעו כי אחת המטרות אשר לטובתן יש להקצות חלק מסכום הפיצוי הוא מתן הטבה על דרך של הוזלת המוצר, ביקש בית המשפט כדבריו ליצור זיקה ולו ברמה

הקבוצתית בין הניזוקים מהתנהלותה של תנוכה ובין מי שייהנה מאותה הטבה. אולם, במקרה דנן ספק בעיני אם זיקה כזו אכן מתקיימת בפועל. בבסיס הזיקה שאותה ביקש בית המשפט לקיים בהקשר זה מונחת ההנחה כי מי שצרך חלב עמיד דל שומן מתוצרת תנוכה בתקופה הרלוונטית (23.10.1994 עד ספטמבר 1995) ממשיך לצרוך חלב כזה גם היום. דא עקא, ההסתברות כי הנחה זו אכן מתממשת במציאות היא נמוכה בין היתר בשל חלוף הזמן ושינוי הרגלי הצריכה והיא נמוכה עוד יותר אם מביאים בחשבון את המסקנה אליה הגענו ולפיה אין לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה על-פי אמות מידה אובייקטיביות גרידא ויש לכלול בקבוצת הניזוקים רק את אלה אשר בעקבות אותה פגיעה נגרם להם נזק תוצאתי והם חוו גועל, תסכול זעם וכיוצא באלה תחושות שליליות. אם נוסיף לכך את הקשיים הלא מבוטלים הטמונים באופן כללי בהסדר הנחות המצריך בחינה מדוקדקת של השפעת ההסדר על השוק הרלוונטי (ראו אמיר ישראלי "פשרה בתובענה הייצוגית הפוגעת בתחרות החופשית בעקבות ת"א 1012/02 יפעת נ' דלק מוטורס בע"מ" הארת דין ב(2) 112, 118-125 (תשס"ה)) ואת הצורך לקבל בעניין זה אישור מחודש של הממונה על הגבלים עסקיים (בשל חלוף הזמן מעת שניתן על-ידו האישור הקודם בהקשר זה), דומני כי מוטב לוותר במקרה דנן על הקצאת חלק מן הפיצוי להסדר הנחות ולהתמקד בשתי המטרות האחרות שקבע בית משפט קמא, המשרתות תכליות ראויות לטובת כלל הציבור. החלק שנגרע מהסדר ההנחות (22%) יחולק באופן שווה בין שתי תכליות אלה ועל כן תיעשה החלוקה של סכום הפיצוי כדלקמן:

א. לקרן מחקרים ומלגות 44.33% ולחלוקת מוצרי חלב לנזקים 55.66%.

ב. חלוקת מוצרי החלב (ולא רק חלב עמיד שהיה נשוא התביעה) תיעשה בתוך 5 שנים מתחילת ביצוע פסק הדין, וזאת באמצעות שתי העמותות "לתת" ו"משולחן לשולחן", שהן עמותות גג המספקות מזון לעשרות עמותות אחרות ברחבי הארץ, כקביעת בית משפט קמא בהחלטתו מיום 17.6.2009 הנותנת תוקף להסכמות שהושגו בין הצדדים בשיתוף נציג היועץ המשפטי לממשלה ועל דעתו, אשר צורפו להודעת הצדדים מיום 10.6.2009 בבית משפט קמא (להלן: פסק הדין המשלים).

ג. לצורך העברת הפיצוי למטרות מחקר בתחום המזון והתזונה תוקם קרן מחקר שבראשה יעמוד המדען הראשי של משרד הבריאות. הנהלת הקרן תבחר את המחקרים שיזכו במלגות, ותפקח עליהם. בהנהלה יהיו חברים הגורמים המפורטים בסעיף 6ג' להסכמות שגובשו בין הצדדים בהקשר זה ואושרו בפסק הדין המשלים כאמור. הכוונה היא להשתמש בכל סכום הפיצוי המיועד לקרן המחקר בתוך 5 שנים,

אלא אם כן יהיה צורך להמשיך ולהשתמש בסכום זה גם לאחר מכן, כקביעת בית משפט קמא בפסק הדין המשלים.

גמול לטובת התובעים הייצוגיים ושכר טרחת באי כוחם

61. בפסק דינו החלקי ובפסק דינו המשלים הורה בית משפט קמא על הגמול ועל שכר הטרחה שישולמו לתובעים הייצוגיים ולבאי כוחם, ובסך הכל הורה לתנובה לשלם ליורשי ראבי סכום של 500,000 ש"ח, למועצה הישראלית לצרכנות 1,000,000 ש"ח, ולבאי-כוחם של התובעים הייצוגיים 2,500,000 ש"ח.

תנובה טוענת כי בהתאם לקריטריונים שהותוו בעניין זה בחוק תובענות ייצוגיות לא היה מקום לפסוק לטובת התובעים הייצוגיים ובאי כוחם סכומים כה גבוהים. תנובה מציינת בהקשר זה, בין היתר, כי מעורבותה של המועצה לצרכנות בהליך היתה זניחה, כי היא לא נטלה על עצמה כל סיכון וכי היא אינה זקוקה לתמריץ כספי על מנת לפעול בנושאים צרכניים. כן היא טוענת כי שיעור הגמול ושכר הטרחה שנפסקו עולה בהרבה על שיעורם בפרשות אחרות, וכי היה מקום להביא בחשבון בהקשר זה את הפער שבין הסכומים אותו תבעו התובעים הייצוגיים (אשר בראשית הדרך העמידו את תביעתם על סכום של ארבעים מיליארד ש"ח) לבין הסכום שנפסק לבסוף.

התובעים הייצוגיים טוענים מנגד כי אין מקום להתערב בשיעור הגמול עליו הורה בית משפט קמא, אשר אינו חורג מהקריטריונים שהותוו בחוק ובפסיקה בהקשר זה. לעומת זאת יש להתערב לטענתם בשכר הטרחה שנפסק לטובת באי כוחם והם גורסים כי השיקולים שהנחו את בית משפט קמא בהקשר זה מוטעים. בין היתר נטען כי אין יסוד לקביעת בית משפט קמא לפיה לא תמיד נוהלה התובענה "על הצד הטוב והיעיל ביותר", כי בנסיבות העניין לא היה מקום לייחס משקל לפער בין הסכום שנתבע לבין הסכום שנפסק וכי באי כוחם השקיעו עבודה רבה ומאומצת לאורך שנים בתיק תקדימי זה שיש לו חשיבות ציבורית וצרכנית רבה. על כן, יש להורות לטענתם על שכר טרחה בשיעור של 20% מסכום הפיצוי הכולל.

62. הקריטריונים לקביעת גמול לטובת התובעים הייצוגיים מנויים בסעיף 22 לחוק תובענות ייצוגיות הקובע כך:

"(א) הכריע בית המשפט בתובענה הייצוגית, כולה או חלקה, לטובת הקבוצה, כולה או גם חלקה, לרבות בדרך

של אישור הסדר פשרה, יורה על תשלום גמול לתובע המייצג, בהתחשב בשיקולים כאמור בסעיף קטן (ב), אלא אם כן מצא, מטעמים מיוחדים שיירשמו, שהדבר אינו מוצדק בנסיבות הענין.

(ב) בקביעת שיעור הגמול יתחשב בית המשפט, בין השאר, בשיקולים אלה:

(1) הטרחה שטרחה התובע המייצג והסיכון שנטל על עצמו בהגשת התובענה הייצוגית ובניהולה, בפרט אם הסעד המבוקש בתובענה הוא סעד הצהרתי;

(2) התועלת שהביאה התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה;

(3) מידת החשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית.

(ג) בית המשפט רשאי, במקרים מיוחדים ומטעמים מיוחדים שיירשמו -

(1) לפסוק גמול למבקש או לתובע המייצג אף אם לא אושרה התובענה הייצוגית או שלא ניתנה הכרעה בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה, לפי הענין, בהתחשב בשיקולים כאמור בסעיף קטן (ב);

(2) לפסוק גמול לארגון שהשתתף בדיונים בתובענה הייצוגית לפי הוראות סעיף 15, אם מצא שהדבר מוצדק לאור הטרחה שטרחה והתרומה שתרום בהשתתפותו בדיונים כאמור.

ובסעיף 23 לחוק נקבעו הקריטריונים לעניין פסיקת שכר טרחה לטובת באי

כוחם של התובעים הייצוגיים, וזו לשונו:

"(א) בית המשפט יקבע את שכר הטרחה של בא הכוח המייצג בעד הטיפול בתובענה הייצוגית, לרבות בבקשה לאישור; בא הכוח המייצג לא יקבל שכר טרחה בסכום העולה על הסכום שקבע בית המשפט כאמור.

(ב) בקביעת שיעור שכר הטרחה של בא כוח מייצג לפי סעיף קטן (א), יתחשב בית המשפט, בין השאר, בשיקולים אלה:

(1) התועלת שהביאה התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה;

(2) מורכבות ההליך, הטרחה שטרחה בא הכוח המייצג והסיכון שנטל על עצמו בהגשת התובענה

הייצוגית ובניהולה, וכן ההוצאות שהוציא לשם כך;

(3) מידת החשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית;

(4) האופן שבו ניהל בא הכוח המייצג את ההליך;

(5) הפער שבין הסעדים הנתבעים בבקשה לאישור לבין הסעדים שפסק בית המשפט בתובענה הייצוגית.

”...

הקריטריונים לעניין קביעת הגמול ולעניין קביעת שכר הטרחה דומים בעיקרם, ומשתקף בהם הצורך לתמרץ הגשת תובענות ייצוגיות (לחשיבותו של שיקול זה ראו משה טלגם “התובענה הייצוגית - שיקולים בקביעת שכר וגמול” שערי משפט ד 227 (תשס”ה)). עם זאת, יש ליתן את הדעת לכך שתמרוץ יתר בהקשר זה עלול לעודד הגשת תביעות סרק או תובענות “מנופחות” שאין להן הצדקה, מתוך כך שמעייניהם של המגשים אותן יהיו מרוכזים בגמול ובשכר הטרחה שאותם יצפו לקבל (על ההשפעות השליליות שטומנות בחובן תביעות סרק כאלה ועל החשש להחלשת מעמדו של מוסד התובענה הייצוגית בעקבות כך ראו ע”א 1509/04 ש”ת 1509/04, chrysler corporation, פסקה 15 (טרם פורסם, 22.11.2007)). קריטריון חשוב נוסף בקביעת שכר הטרחה, המשתקף בהוראת סעיף 23 לחוק שצוטט לעיל, הוא קיומו של יחס הולם בין שכר הטרחה למאמץ שהושקע בתובענה ולתועלת שהניבה. כמו כן מוסיף החוק וקובע בהקשר זה קריטריונים המיועדים להכוונת התנהגותו של בא כוח התובע המייצג על מנת ליצור תמריץ חיובי לניהול התובענה ביעילות ובהגינות (ראו ע”א 9134/05 עו”ד אליעזר לויט נ’ קו אופ צפון, אגודה שיתופית לשירותים בע”מ, פסקה 12 (טרם פורסם, 7.2.2008) (להלן: עניין לויט) לעניין סעיף 23 לחוק. כן ראו: ע”מ 2395/07 - אכדיה סופטוור סיסטמס בע”מ נ’ מדינת ישראל - מנהל המכס ומס בולים, פסקה 20 (טרם פורסם, 27.12.2010) (להלן: עניין אכדיה); ע”א 7094/09 ברוזובסקי הובלות בע”מ נ’ איתוראן איתור ושליטה בע”מ, פסקאות 11-14 (14.12.2010)). כעולה מלשון סעיפים 22 ו-23 לחוק רשימת השיקולים המנויים בהם אינה ממצה והם נועדו לצייר “קווים מנחים אשר מהם ניתן ללמוד על מגמתו של החוק ועל המטרות אותן ביקש להשיג” (ראו עניין לויט, פסקה 12). באופן כללי ניתן עם זאת לחלק את הקריטריונים המנויים בהם לשלוש קטגוריות עיקריות - שיקולי תשומה, שיקולי התפוקה לקבוצה המיוצגת ושיקולי הכוונה ציבורית (ראו קלמנט, 158-162).

63. שאלה מרכזית שעליה יש ליתן את הדעת בקביעת שיעורי הגמול ושכר הטרחה היא השאלה האם על מנת לזכות בסעד היה צורך בהגשת התובענה הייצוגית (עניין לויט, פסקה 14), והמקרה שבפנינו הוא אכן מקרה מובהק אשר לגביו ניתן לומר כי הסעד שנפסק לא היה ניתן אלמלא התובענה הייצוגית. בקובעו את הגמול נתן בית משפט קמא את דעתו לשיקול מרכזי זה וכן ליתר השיקולים הצריכים לעניין, בציינו כי בחלוקה שבין התובעים הייצוגיים לבין עצמם בוצעה עיקר העבודה על-ידי המועצה לצרכנות ובעומדו על החשיבות שביצירת תמריצים להגשת תובענות גם לארגוני צרכנות. בית המשפט הוסיף ועמד על כך שההליך דגן יש לו תרומה חשובה לקבוצה ולציבור וכן עמד על משך הזמן הארוך שבו נוהלה התובענה. בכל הנוגע לשכר הטרחה שיש לפסוק לבאי כוחם של התובעים הייצוגיים, עמד בית המשפט על היקף העבודה העצום שהושקע על ידם, על התועלת הרבה שהביאה התובענה, על חשיבותה לקבוצה ולציבור ועל מורכבות הסוגיות העולות בתיק. עם זאת הדגיש בית המשפט את הפער הקיים בין הסעדים שנתבעו לבין אלו שנפסקו בסופו של דבר וציין כי לא תמיד נוהלה התובענה "על הצד הטוב והיעיל ביותר".

הכלל לפיו אין זה מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בשיעור שכר הטרחה שאותו פסקה הערכאה המבררת, חל ומיושם גם בכל הנוגע לשיעורי שכר הטרחה והגמול הנקבעים בתובענות ייצוגיות, למעט באותם המקרים שבהם נפלה באיזה מן הסכומים שנפסקו בהקשר זה טעות משפטית או שיש בהכרעתה של הערכאה הראשונה פגם יסודי אחר המצדיק התערבות (ראו: עניין אכדיה, פסקה 28; עניין אנליסט, 263). מדיניות זו של אי התערבות בסכומי שכר טרחה וגמול הנפסקים על-ידי הערכאה המבררת יפה ביתר שאת ככל שמדובר בשיקולים הנוגעים לאופן ניהול ההליך בפניה. במקרה דגן בחן בית משפט קמא את כל השיקולים הצריכים לעניין ואיזן ביניהם כנדרש. אשר על כן ואלמלא הגענו למסקנה כי יש להפחית באופן משמעותי את סכום הפיצוי שבתשלומו תחויב תנובה, לא היינו רואים מקום להתערב בסכומי הגמול ושכר הטרחה שאותם פסק. אך משהעמדנו את סכום הפיצוי על 38,500,000 ש"ח תחת הסכום של 55,000,000 ש"ח אותו פסק בית משפט קמא, אני סבורה כי יש להפחית בשל כך גם מסכומי הגמול שעל תנובה לשלם לתובעים הייצוגיים ומשכר הטרחה שאותו עליה לשלם לבאי כוחם. אני מציעה אפוא כי נעמיד את הגמול לטובת יורשי ראבי על סך של 300,000 ש"ח, את הגמול לטובת המועצה הישראלית לצרכנות על סך של 550,000 ש"ח ואת שיעור שכר הטרחה לבאי כוח התובעים הייצוגיים על סך של 1,500,000 ש"ח. למען הסר ספק מובהר כי הסכומים המפורטים לעיל, כמו סכום הפיצוי שנקבע, הינם בערכי יום מתן פסק דינו של בית משפט קמא (7.10.2008).

64. בשל כל הטעמים המפורטים לעיל אציע לחבריי לקבל באופן חלקי את ערעורה של תנובה בכל הנוגע לשיעור הפיצוי (ע"א 10085/08) וכן את ערעורה בכל הנוגע לשיעור הגמול לתובעים הייצוגים ולשכר הטרחה לבאי כוחם (ע"א 7607/09). עוד אציע לחבריי לדחות את הערעור שכנגד שהגישו התובעים ייצוגים בע"א 10085/08 ואת ערעורם על פסק הדין המשלים (ע"א 6339/09).

בנסיבות העניין ובשל כך שהערעורים שבפנינו העלו שאלות עקרוניות אשר נתלבנו בהיקף זה לראשונה מאז חקיקת חוק תובענות ייצוגיות אציע לחבריי שלא לעשות צו להוצאות בהליכי הערעור.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים לחוות דעתה המקיפה והיסודית של חברתי השופטת חיות. חברתי הגיעה למסקנה לפיה יש לפצות בגין פגיעה באוטונומיה אך את קבוצת הצרכנים אשר חוו תחושות שליליות כאלה ואחרות, משנודע להם כי החלב ששתו הכיל סיליקון. גישתה זו של חברתי, עולה בקנה אחד עם הדעה שהבעתי בע"א 4576/08 בן צבי נ' פרוץ היט בפסקאות 25-29 (טרם פורסם, 7.7.2011), ולפיה פגיעה באוטונומיה נכללת כיום במסגרת נזק לא ממוני. הפגיעה באוטונומיה משמעה שלילת כוח הבחירה של הנפגע בשל אי גילוי עניין מהותי, אך הביטוי של הפגיעה באוטונומיה הוא תחושות שליליות כמו כעס, תסכול, עלבון, גועל, זעזוע וכיו"ב.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים לחוות דעתה המקיפה של חברתי השופטת א' חיות. אני שותף למסקנת חברתי כי אין לקבל את הגישה האובייקטיבית להערכת פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה, ולפיכך מקום שהוכח כי חלק מחברי הקבוצה נותרו אדישים לעצם הפגיעה באוטונומיה, אין מקום לפסוק פיצוי בגין ראש נזק זה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, ח' בכסלו התשע"ב (4.12.2011).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט