

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 1338/97
וערעור שכנגד

בפני: כבוד המשנה לנשיא (בדימ') שי לויין
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופטת מ' נאור

המערערת בע"א 1338/97
והמשיבה בערעור שכנגד: תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית
בישראל בע"מ

נ ג ד

המשיבים בע"א 1338/97
והמערערים בערעור שכנגד: 1. ראבי תופיק
2. היועץ המשפטי לממשלה
3. המועצה הישראלית לצרכנות

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בתל-אביב-יפו מיום 13.6.1996 בת"א 1372/95
שניתן על ידי כבוד השופט מ' טלגם

בשם המערערת בע"א 1388/97
והמשיבה בערעור שכנגד: עו"ד אלקס קיסרי, עו"ד אייל דורון

בשם המשיבים 1, 3 בע"א
1338/97 והמערערים בערעור
שכנגד: עו"ד ראבי איאד, עו"ד חיאת ראבין

בשם המשיב 2: עו"ד יעל מימון

פסק דין

השופטת מ' נאור:

1. לפנינו ערעור וערעור שכנגד על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב (כב' השופט טלגם), שאישר, בסייגים שקבע, תביעה ייצוגית נגד "תנובה - מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ" (להלן - תנובה). התביעה נסובה על הוספת סיליקון לחלב עמיד בשנים 1994-1995. תנובה מערערת על אישור התביעה

כתביעה ייצוגית, ואילו התובע הייצוגי, תופיק ראבי, מערער על סייג שנקבע בהחלטה ולפיו סעד ההשבה לא ייכלל בתביעה.

2. העובדות שנקבעו (לצורך אישור התביעה כתביעה ייצוגית) בערכאה הראשונה הן אלה: בתקופה שבין סוף 1993 ועד ספטמבר 1995, ייצרה ושיווקה תנובה במחלבתה ברחובות כמות כוללת של כ-13 מיליון ליטר חלב, המכיל 1% שומן. בספטמבר 1995, התפרסמה ידיעה בתקשורת, ולפיה הוסיפה תנובה לחלב העמיד שייצרה תוסף הקרוי מתיל פולי סילוקסן (Demethyl Poly Siloxane) המוכר יותר בשמו "העממי" - סיליקון. התוסף האמור הוסף לחלב כדי למנוע את הקצפתו. בתחילה הכחישה תנובה את הוספת הסיליקון, ורק לאחר שהתגלה מידע נוסף והתעוררה סערה בקרב הציבור, הודתה תנובה בהוספה האמורה. מנהלה הכללי של תנובה מינה ועדת חקירה פנימית ששמעה עדויות ועיינה במסמכים (דו"ח הועדה לבדיקת החלב העמיד בראשותו של פרופ' יהודה דנון). ממצאי הוועדה קבעו בין השאר, כי אכן הוסף סיליקון לחלב העמיד. קרטוני החלב העמיד של 1% שומן שייצרה תנובה (שטרם נרכשו) הורדו מהמדפים והושמדו.

3. נגד תנובה, מנהלה הכללי, מנהל אגף החלב שלה ומנהל המחלבה ברחובות, הוגש כתב אישום לבית משפט השלום ברחובות. כל הנאשמים הורשעו במסגרת הסדר טיעון. הנאשמים הודו בעובדות כתב האישום הכולל שני אישומים. על-פי האישום הראשון תנובה ייצרה במחלבתה בתקופה האמורה כמות כוללת של כ-13 מיליון ליטר חלב עמיד דל שומן, ובכל התקופה הנזכרת, הוסף לחלב חומר מונע קצף - סיליקון. הסיליקון אינו נמנה עם חומרים שמותר להוסיפם לחלב על-פי סעיף 105 לתקן הישראלי 284, שהוכרו כתקן רשמי ביום 14.8.87. בעניין זה הורשעו תנובה ומנהל המחלבה בעבירות של אי מילוי הוראות תקן רשמי - עבירה על סעיפים 9(א), 17(א) (1) ו-17(ב) לחוק התקנים. על-פי האישום השני - לאחר שהתפרסמה באוגוסט 1995 במרבית כלי התקשורת בישראל עובדת הוספת הסיליקון לחלב, פנו הנאשמים לחברת פרסום, וביום 31.8.95 פרסמה תנובה במספר עיתונים בישראל מודעות על עמוד שלם, שבהן נטען כי החלב העמיד של תנובה נקי מתוספת סיליקון וכי בדיקות במעבדות בלתי תלויות מוכיחות זאת. מודעות דומות פורסמו גם ביום 1.9.95. המודעות היו מטעות בכך שבניגוד לנטען בהן, הוסף סיליקון לחלב, ובבדיקות מעבדה שנערכו מטעם הנאשמים, נמצאה תוספת סיליקון בחלק מן הדוגמאות שנבדקו. עובר לפרסום ידעו תנובה ומנהל המחלבה שהמודעות הן מטעות, ואילו המנכ"ל ומנהל אגף החלב צריכים היו לדעת זאת. בעניין זה הורשעו כל הנאשמים בעבירה של איסור הטעיה

בפרסומת - עבירה על סעיפים 2(א) יחד עם סעיפים 7(א)(1), 23 ו-25 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 (להלן - חוק הגנת הצרכן).

בגזר הדין בתיק הפלילי, ציין כב' השופט הרטל:

"הוכח בפני ללא כל ספק כי חומר הסיליקון שהוסף לחלב העמיד נשוא כתב האישום, וכמותו, לא היו מזיקים.

ער אני לעובדה כי קמה סערה ציבורית בעקבות תוספת זו לחלב העמיד, וזאת בעיקר מפאת העובדה כי עצם התוספת לא הובאה לידיעת הציבור הרחב.

פירוש הדבר כי אמנם הוכח לפני כי הוספת הסיליקון לחלב העמיד הוספה לצורך אחד בלבד, והוא: מניעת הקצפתו של החלב, אך, כך שוכנעתי, אם היו הנאשמים מודיעים לציבור הרחב אודות תוספת זו של הסיליקון, ייתכן מאוד כי משפט זה לא היה מתקיים כלל וכלל.

אין אני אומר זאת בוודאות מאחר ובסופו של דבר הודו הנאשמים 1 ו-2 בעבירה של אי מילוי הוראות תקן רשמי, והרי תוספת הסיליקון לחלב העמיד היתה הפרת הוראות תקן רשמי זה."

5. על תנובה הוטל הקנס הכספי המקסימלי שניתן היה להטילו - 28,000 ₪.

ההליכים בערכאה הראשונה:

6. לאחר שנסתם הגולל על הפרשה הפלילית, הגיש צרכן, תופיק ראבי, תביעה לבית המשפט המחוזי בתל-אביב, ועמה בקשה לאשר את תביעתו כתביעה ייצוגית, שתכלול את כלל צרכני החלב העמיד דל השומן של תנובה בתקופה הנדונה. ראבי טען בתביעתו האישית, כי באי-ציון הסיליקון כאחד מהרכיבים על אריזת החלב, הפרה תנובה את הוראות הסעיפים 2 ו-7(א) לחוק הגנת הצרכן, וכי באי-גילוי הפגם או האיכות הירודה שבחלב, הפרה תנובה את הוראת סעיף 4 לחוק האמור. בנוסף טען להפרת חוזה בלתי כתוב עמו ועם כלל הצרכנים, ולהתשלול מצידה של תנובה בייצור, בפיקוח, בשיווק ובפרסום. ראבי ביקש השבתם של הסכומים ששילם תמורת המוצר שלטענתו הוא פגום, וכן פיצויים בגין עגמת נפש ובגין פגיעה באמונו בתנובה וביצרני המזון ככלל. בקשתו של ראבי להכיר בתביעתו כתביעה ייצוגית נסמכה על סעיף 35א לחוק הגנת הצרכן, המורה:

”35א. תובענה ייצוגית

(א) צרכן, או ארגון צרכנים כמשמעותו לפי סעיף 31(ג) (להלן - התובע), רשאי לתבוע, בכפוף להוראות פרק זה, בשם קבוצת צרכנים בעילה אשר על פיה הוא יכול על פי חוק זה לתבוע בשמו ונגד כל נתבע אשר הצרכן רשאי לתבוע בשמו (להלן - תובענה ייצוגית).

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

(ג) ...”

7. לאחר דיון, אישר בית המשפט המחוזי את תביעתו של ראבי כתביעה ייצוגית, בית המשפט קבע כי ראבי ממלא אחר דרישות סעיף 35ב לחוק הגנת הצרכן. בית המשפט ציין בהחלטתו, כי קיימות בעיות בהרשאת התביעה על עילותיה ובהגדרת הקבוצה. ואלו דבריו:

”א. התובע הגדיר את תביעתו כתביעה להשבה, ואינני רואה להרשות לו להגיש בשם הרבים תביעה חסרת-בסיס זו. סעיף 32 של החוק מאפשר לקונה לבטל את המכר ולדרוש את השבת כספו, אך התובע כבר צרך את החלב ואיננו טוען לכל נזק ממשי שארע עקב צריכתו. אפילו ביטל את המכר - עדיין היה המוכר זכאי להשבת הנכס או שוויו.

ב. אין אני רואה לחסום את [ה]תובענה בפני אפשרות הוכחת נזק לבריאות התובע, אולם לא ארשה לו לייצג את הרבים בתביעה על נזקי גוף עתידיים. ביסוסה של תביעה מעין זו, כאשר התובע עצמו לא סבל נזק באותה עילה אינו אפשרי, וגם אילו ניתן היה – לא היה זה הוגן להרשותו, על מנת שלא לחסום את דרכו של מי שעשוי להתגלות אצלו נזק כזה, חלילה.

ג. גודלה של הקבוצה לא יוכל להקבע אפילו על דרך האומדן מאחר שהוא תלוי בקביעה מדויקת של תקופת ההוספה, ובקיומן של ראיות בידי תובעים פוטנציאליים, קשה לצפות שנשתמרו ראיות כאלה לאחר שחלף זמן רב.

ד. מאידך - שאלת הזכאות לפיצוי איננה קשורה בהוכחת נזק. נראה לי שביצירת העוולה על פי חלקים ב-ד של החוק לא הצריך המחוקק קיומו של נזק, והרי זה כעוולה של גניבת ערך למשל, שקיימת גם אם לא נגרם נזק. אם יתכן פיצוי במקרה זה גם כשאין ראיה לנזק, ומהי הפגיעה או התקלה שבגינה אפשר לדרוש

פיצוי - אלה שאלות שצריכות להתברר במשפט גופו על פי הראיות והטיעון, ולכן אני נותן לתובע רשות לתבוע בתביעה ייצוגית..."

הערעורים:

8. תנובה מערערת בפנינו על ההחלטה לאשר את התביעה כייצוגית. ראבי הגיש תביעה שכנגד בה הוא טוען כי בית המשפט טעה בהחלטתו שלא לאפשר לו לכלול את סעד ההשבה בין הסעדים שהוגדרו בהחלטה. הוא קובל גם על כך שלא נפסק לזכותו שכר טרחה. המועצה הישראלית לצרכנות הצטרפה כצד לדיון בערעור, והיא מצדדת בטענותיו של ראבי. גם היועץ המשפטי לממשלה הצטרף לדיון וצידד באישור התביעה כתביעה ייצוגית.

האם רשאי ראבי לתבוע בשמו?

9. סעיף 35א לחוק הגנת הצרכן שצוטט לעיל, מאפשר לצרכן לתבוע בשם קבוצת צרכנים "בעילה אשר על פיה הוא יכול על פי חוק זה לתבוע בשמו". תנובה טענה בערכאה הראשונה וטוענת גם בערעורה, כי ראבי אינו יכול לתבוע בשמו. נקודת המוצא העקרונית היא, כי צרכן רשאי להגיש תובענה ייצוגית על-פי חוק הגנת הצרכן, רק בעילה אשר על-פיה הוא יכול היה להגיש תובענה אישית. לטענת תנובה, לראבי לא נגרם כל נזק. היא חולקת על קביעתה של הערכאה הראשונה, ולפיה "שאלת הזכאות לפיצוי איננה קשורה בהוכחת נזק". אכן, לאחר החלטתה של הערכאה הראשונה ניתן פסק דינו של בית משפט זה בע"א 1977/97, רע"א 2825/98 יוסף ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה(4) 584. בעניין זה נקבע (ברוב דעות), כי אדם שלא גרמו לו נזק כספי בשל הטעיה, איננו תובע ייצוגי מתאים בתביעה לפי חוק הגנת הצרכן. אגב כך, עמד הנשיא ברק (שהיה בדעת הרוב) על היחס שבין חוק הגנת הצרכן לבין פקודת הנזיקין: איסור ההטעיה הקבוע בחוק הגנת הצרכן מהווה עוולה לפי פקודת הנזיקין, אולם פיצויים יוכל לקבל, כסעד תרופתי, רק מי שהסתמך על פרסום מטעה, והסתמכותו זו גרמה לו נזק. תנאי לסעד בגין עוולה הנו שהצרכן נפגע מהעוולה. בלא הטעיה, אין נזק לצרכן "ובלא נזק לצרכן אין פיצוי בגין אותו נזק" (שם, בעמ' 621). על כן, ולאור פסיקתו המאוחרת של בית משפט זה, אין לי אלא להסכים לטענתה של תנובה, כי שאלת הזכאות לפיצוי אכן קשורה בהוכחת נזק. למרות מסקנתי זו, דעתי היא כי ראבי הוכיח לכאורה, במידת הסבירות הראויה בשלב זה, כי נגרם לו

נזק בר-פיצוי (לעניין מידת הסבירות הנדרשת ראו והשוו: ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות, פ"ד נא(2) 312, עמ' 330-329).

10. טענה מרכזית של תנובה היא, כי לא נגרם לראבי כל נזק. היא סומכת ידיה על קביעתה של הערכאה הראשונה, לפיה "התובע כבר צרך את החלב ואיננו טוען לכל נזק ממשי שאירע עקב צריכתו" (פסקה 4(א) להחלטה). עוד סומכת היא ידיה, לעניין היעדר נזק, על ראיות שונות שהונחו לפני הערכאה הראשונה, ובהן פסק הדין הפלילי. התובע במשפט הפלילי ציין מפורשות, כי "איננו יכולים לטעון שהחומר באותו ריכוז שהוא נמצא בחלב או הוסף לו, היה מזיק או שעלול היה להזיק"; גם בגזר הדין נאמר "הוכח בפני ללא כל ספק כי חומר הסיליקון שהוסף לחלב העמיד נשוא כתב האישום, וכמותו לא היו מזיקים". ואולם, 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. אנו עוסקים במוצר מזון. זכותם של צרכנים היא לקבוע מה יכניסו לפיהם ולגופם וממה יימנעו. מי שרוצה, למשל, לצרוך רק מזון כשר, ויסתבר לו בדיעבד שהמזון שהוצג תוך הטעיה איננו כזה, יחוש תחושת גועל ופגיעה באוטונומיה שלו. כך יחוש גם מי שצורך רק מזון אורגני והסתבר לו בדיעבד שמזון שפורסם כמזון אורגני איננו כזה. מי שמבקש לקנות חלב דל שומן דווקא, לא יסכין עם כך שימכרו לו תוך הטעיה חלב שבו אחוז השומן גבוה, ולהפך. בכל המקרים הללו ובמקרים רבים אחרים שניתן להעלות על הדעת, ישנה פגיעה באוטונומיה של הפרט, אף שאין עמה נזק גוף או סכנה ממשית לנזק גוף. לכל צרכן וצרכן העדפות בנוגע למזונותיו, העדפות המבטאות לעתים את האידאולוגיה בה הוא מאמין כדרך לחיים נכונים או בריאים. אכן, זה שאינו שומר כשרות יוכל לומר לשומר הכשרות: מה קרה אם אכלת מזון שאינו כשר; לא נגרם לך כל נזק. לא זו השקפתו של מי שמבקש לשמור על כשרות או לאכול רק מזון אורגני או מזון דל שומן. הפגיעה באוטונומיה של הפרט כמצדיקה פיצוי הוכרה כבר בפסיקתו של בית משפט זה: ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים כרמל חיפה, פ"ד נג(4) 526. בעניין זה לא נמסר למטופלת מידע שהיה צריך להימסר לה בהתאם לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996. הטיפול הרפואי שבוצע לא גרם נזק. התביעה התבססה על פגיעה באוטונומיה בטענה שעצם ביצועו של טיפול בלא הסכמה הוא-הוא הנזק. בית המשפט קבע, כי נזק מעין זה הוא בר-פיצוי במסגרת עוולת הרשלנות, והטיל פיצוי, אם כי בסכום שאינו גבוה. וכך קבע בית המשפט:

“הפגיעה באוטונומיה - נזק בר פיצוי לפי פקודת הנזיקין
[נוסח חדש]

21. נחזור למקרה שבפנינו. כפי שכבר ציינתי לעיל, לא קוימה בנסיבות העניין החובה לקבל את הסכמתה מדעת של המערערת לביופסיה שבוצעה בכתפה. בכך, נפגעה זכותה היסודית של המערערת כאדם לכבוד ולאוטונומיה. האם יש בעובדה זו כדי להקים למערערת זכות לפיצוי, אפילו לא נגרם לה נזק גוף כתוצאה מאי-קבלת הסכמתה המודעת?

השאלה הראשונה אשר יש להתייחס אליה בעניין זה היא, אם הנזק הכרוך בפגיעה בכבודה של המערערת ובאוטונומיה שלה הוא 'נזק' כמובנו בפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. לדעתי, יש להשיב לשאלה זו בחיוב. המונח "נזק" מוגדר בסעיף 2 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש). הגדרה זו היא רחבה, ומתייחסת ל-'אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה'.

במסגרת הגדרה זו, ניתנה הגנה לאינטרסים בלתי מוחשיים רבים. כך, ניתן פיצוי בגין נזק לא רכוש - למשל, כאב וסבל - הכרוך בנזק גוף שנגרם לניזוק. נוכח רוחבה הניכר של הגדרה זו, נפסק כי פגיעה בנחות גופנית, סבל ופחד, גם אם אין להם כל ביטוי פיזי, וגם אם אין הם מתלווים לפגיעה פיזית כלשהי, עשויים להוות נזק בר פיצוי בנזיקין (ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, (להלן - עניין גורדון, בעמ' 139). על פי גישה זו, מגנה פקודת הנזיקין [נוסח חדש] גם '... על האינטרס של הניזוק בנפשו, בנחותו ובאשרו' (שם, בעמוד 141). לפיכך, נקבע כי למי שהוטרד כתוצאה מהליך פלילי אשר נבע כתוצאה מנקיטה רשלנית של הליך פלילי מוטעה כנגדו, עומדת זכות לפיצוי בגין פגיעה זו כלפי הרשות התובעת (שם).

בשורה של פסקי דין שניתנו לאחר אותה פרשה, הלכו בתי המשפט בדרך דומה ופסקו פיצויים בגין פגיעות באינטרסים לא מוחשיים של תובעים בנזיקין. כך נקבע כי הנזק המוראלי ועוגמת הנפש שנגרמו לבעל זכות יוצרים עקב הפרת זכותו, הינו נזק בר פיצוי (ראו פסק-דינו של המשנה לנשיא, השופט ש' לוי, בע"א 4500/90 הרשקו נ' אורבוך, בעמ' 432). כך נפסק גם לגבי הפגיעה בכבודו ובחירותו של אדם, הטבועה בעצם אשפוזו בכפייה ושלא כדין בבית חולים לחולי נפש (פסק דינה של השופטת נתניהו בע"א 558/84 כרמלי נ' מדינת ישראל, (להלן - עניין כרמלי), בעמ' 772). באופן דומה, נקבע כי הסבל שנגרם לאשה, הטבוע בעצם העובדה שבעלה גירש אותה בעל כורחה, מהווה נזק בר פיצוי (ראו פסק דינו של השופט גולדברג בע"א 1730/92 מצראווה נ' מצראווה, בפסקה 9 לפסק הדין).

הוא הדין בפגיעה בכבודו של אדם וברגשותיו, אשר מהווים ראש נזק עיקרי בעוולת התקיפה ובעוולה של כליאת שווא (ראו McGregor On Damages at p. 1024, 1026 H.).

אני סבור, על רקע זה, כי יש לראות גם בפגיעה בכבודו של אדם ובזכותו לאוטונומיה, הטבועה בביצוע פרוצדורה רפואית בגופו שלא בהסכמתו המודעת, משום נזק בר פיצויי בדיני הנזיקין. הפגיעה, שלא כדין, ברגשותיו של אדם כתוצאה מאי כיבוד זכותו היסודית לעצב את חייו כרצונו, מהווה פגיעה ברווחתו של אותו אדם, והיא נכנסת לגדר הגדרת 'נזק' האמורה. זאת, בין אם נראה בה משום פגיעה ב'נוחותו' של אדם, ובין שנראה בה משום 'אבדן או חיסור כיוצאים באלה', כלשון הגדרת נזק בסעיף 2 לפקודה. אכן, עמדנו על מרכזיותה של הזכות לאוטונומיה בעיצוב זהותו וגורלו של האדם בחברה בה אנו חיים. ראינו את חשיבותה של זכות זו ליכולתו לחיות כפרט חושב ועצמאי. מתבקשת המסקנה כי זכות זו היא חלק חיוני, בלתי נפרד, באינטרס של אדם בנפשו, בנוחותו ובאושרו..." (שם, עמ' 573-575)

11. כוחם של דברים אלה יפה לדעתי אף לענייננו. החדרת תוספת של סיליקון לחלב בניגוד לתקן היא פגיעה באוטונומיה של הפרט. עם זאת, אין להבין מדברי שכל מקרה של סטייה מהוראות תקן או דיווח לא נכון על תכולתו של מזון תצדיק תביעה. עשויים להיות מקרים לא מעטים בהם סטייה קלה מהוראות תקן זה או אחר, גם כשהדברים נוגעים למזון, לא יהיה בה כדי להצדיק - לא תביעה אישית וממילא גם לא תביעה ייצוגית. אין הצדקה לתביעה כאשר הפגיעה היא בגדר de minimis. לעקרון לפיו אין בית המשפט עוסק בעניינים של מה בכך ראו שלל הדוגמאות בפסק-דינו של השופט טירקל בע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913, בעמ' 928-930. ואולם, לכאורה, התביעה בענייננו איננה עניין של מה בכך. הפרסום המטעה שפרסמה תנובה לאחר הפרסומים שיש בחלב סיליקון, יש בו כדי ללמד לכאורה, שתנובה עצמה הבינה שישנה התנגדות רחבה בציבור להוספתו של סיליקון לחלב. תנובה לא היתה נכנסת למסע ההכחות כשהכחישה את התלונה בדבר החדרת הסיליקון, אלמלא הבינה בעצמה שאין המדובר בעניין של מה בכך.

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.

השבה?

12. לא היה הכרח לדון כבר בשלב של אישור התביעה כתביעה ייצוגית בשאלת הסעד הראוי אם תתקבל התביעה. ראינו לעיל, ועוד נראה להלן, כי כוחו של בית המשפט לקבוע פיצוי בגין מעשיה של תנובה, אם תתקבל התביעה. הוא יוכל לפסוק פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה והוא יוכל לפסוק, כפי שנראה, פיצוי לטובת הציבור או לטובת הקבוצה. איני סבורה שעלינו להתערב בשיקול דעתה של הערכאה הראשונה שלא סברה שהסעד של השבה הוא הסעד ההולם את נסיבות העניין, אם התביעה תתקבל.

הסעד:

13. שאלת הסעד ושאלת הגדרתה של "הקבוצה" הן שאלות שיש ביניהן, כפי שנראה, קשר גומלין הדוק. בית המשפט עמד בצדק על כך שאין דרכם של צרכנים לשמור קבלות בגין רכישת חלב, ויהיה קושי במשפט עצמו בהבאת ראיות בידי תובעים פוטנציאליים. נראה לי כי פתרון אפשרי לקושי בזיהוי חברי הקבוצה שסביר שאכן יתעורר הוא שייקבע פיצוי לטובת הקבוצה או לטובת הציבור. אבאר:

14. סעיף 46 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988; סעיף 16 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א - 1981; וסעיף 62 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א - 1981, מכונים כולם בכותרת "שיפוי ופיצוי מיוחד" ומנוסחים בלשון זהה, האומרת:

"(א) פסק בית המשפט פיצוי כספי בתובענה ייצוגית,
רשאי הוא:

....

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

15. גם סעיף 216(ב) לחוק החברות, התשנ"ט - 1999 קובע, ברוח דומה לסעיפים שלעיל, כי ניתן לפסוק פיצוי בסכום כולל בתובענה ייצוגית שמתנהלת בהתאם לחוק, ולהורות על שימוש ביתרה שתיוותר:

”216. פיצוי והוצאות

....(א)

(ב) פסק בית המשפט סכום כולל של פיצוי כספי בתובענה, רשאי הוא לתת הוראות לגבי השימוש ביתרה שתיוותר אם חלק מחברי הקבוצה לא טרחו להוכיח את זכותם לסעד.”

סעיף 41 לחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ”ד-1994, מפנה, לעניין תביעה ייצוגית על פיו, לפרק התובענה הייצוגית שבחוק החברות, ומכאן שגם הוא מעמיד לרשות בית המשפט כלי זה של פסיקת סעד כולל תוך מתן אפשרות להורות מה ייעשה ביתרת הפיצוי.

16. הנה כי כן, בחוקים אחרים העוסקים בתובענה הייצוגית, צופה החוק את האפשרות שלא ניתן יהא לזהות את הקבוצה או חלקה, ובמקרה כזה קובע הוא אפשרות של פיצוי לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור. האם מכך שהוראה זו מצויה בחוקים אחרים ואינה מצויה בחוק הגנת הצרכן, עלינו ללמוד שבתביעה ייצוגית על-פי חוק הגנת הצרכן אין אפשרות לפעול בדרך האמורה? תשובתי על כך היא בשלילה. לדעתי, אין ללמוד מכלל הן לאו:

”גם כאשר הסקת ה'לא' מה'הן' אפשרית היא, אין להסיק מכך שזהו המובן המשפטי של הטקסט. יתכן שלשון ה'הן' עצמה לא נכללה אלא לצורכי זהירות ולשם הסרת ספק (ex abundantia cautela); ייתכן שהיא לא באה אלא לצורכי דוגמא; ייתכן שהיא מהווה ניסוח מרושל” (א' ברק, פרשנות תכליתית במשפט (ירושלים, תשס”ג - 1993) 153).

ועוד:

”... לעיתים מה שעל פניו נראה כשתיקה, מהווה הסדר בלתי שלם הנוגד את תכלית החקיקה. את שהמחוקק הסדיר במפורש הוא הסדיר במפורש, אך הוא עשה כן באופן לא שלם ותוך קיום חסר המצדיק מילוי... נמצא, כי שתיקת החוק כשלעצמה אינה תנאי מספיק לקיומו של חסר. חסר ושתיקה אינם היינו הך. שתיקה היא חסר רק אם היא נובעת מאי-שלמות הנוגדת את תכלית החקיקה.” (א' ברק, פרשנות במשפט (כרך א, 1992) 469).

17. להשקפתי, גם אלמלא נחקקו ההוראות שצוטטו בדבר פיצוי לציבור, כוחו של בית המשפט היה לקבוע סעדים מעין אלה בתביעות ייצוגיות, ובתביעות לפי חוק הגנת הצרכן בפרט. אכן המחוקק הישראלי קבע לעתים כללים בעניין תובענה ייצוגית באופן נקודתי בחוקים ספציפיים ולא בחוק כולל, שלם ואחיד. על עניין זה עמד לאחרונה בית המשפט ברע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ (טרם פורסם, להלן: "פרשת א.ש.ת."). אכן הגיעה השעה להסדרה אחידה של נושא התובענות הייצוגיות בחוק כולל. ואולם, גם בהעדר חוק כולל, כוחם של בתי המשפט להתאים את הסעדים שהם פוסקים לנסיבות העניין. בפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן בפרשת *Daar v. Yellow Cab Company* א.ש.ת., היא הזכירה את פסק הדין בפרשת (67 Cal. 2nd 695). בפסק דין זה נקבע, כי הנתבעים - בעלי מוניות שהפקיעו במשך תקופה מסוימת את מחירי הנסיעה - יקימו קרן בה יופקדו הכספים בהם חויבו בתובענה ייצוגית. מקרן זו ייפרעו התובעים מבין הנוסעים בעבר שיוכיחו את תביעתם, ואילו יתרת הכסף תשמש להפחתת מחירי שירותי המוניות לרווחת ציבור הלקוחות כולו. בדרך דומה, ניתן ללכת בענייננו אנו, אף בהיעדר הוראה סטטוטורית דוגמת זו המופיעה בסעיפים שהוזכרו לעיל.

18. על כוחו של בית המשפט ליטול ממדף הסעדים את הסעד הראוי עמד השופט חשין ברע"א 6339/97 - משה רוקר ואח' נ' משה סלומון ואח', פ"ד נה(1) 199, בעמ' 268:

"סעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, מסמיך כל בית משפט בענין אזרחי להעניק כל סעד שיראה לנכון. ובלשון החוק:

75. סמכות כללית לתת סעד

כל בית משפט הדין בעניין אזרחי מוסמך לתת פסק דין הצהרתי, צו עשה, צו לא-תעשה, צו ביצוע בעין וכל סעד אחר, ככל שיראה לנכון בנסיבות שלפניו.

סמכות ליתן כל סעד יש לו לבית המשפט, והשאלה שלפנינו מסיבה עצמה על שיקול-דעתו של בית המשפט, אם יעניק לבעל-דין סעד זה או סעד אחר. דומים הדברים - דומים הם אך אינם זהים - לפעולתו של בית המשפט של ה-Equity, שהתאים את הדין לחיים המשתנים. בית-משפט של Equity החזיק בסמכויות-למעשה ליצור דין, ואכן יצר דין מיום ליום. אנו, לענייננו עתה, אין אנו מרחיקים-לכת כדי כך. ענייננו הוא אך ורק בנושא הסעד, ולגירסתנו מחזיק בית המשפט - מטבע ברייתו - בשיקול-דעת איזה סעד יעניק למתדיין שהוכיח זכותו לפניו.

ניתן לטעון, כי אותה סמכות שבית-משפט שואב מקרבו - היא ועמה כל אשפת-הפרשנות שבית-המשפט נושא על גבו - כל אלה כוללים בחובם סמכות שיקול-דעת המוענקת לבית משפט אם יעניק לתובע סעד זה או אחר בנסיבותיו של עניין פלוני. שיקול-הדעת, למותר לומר, אין הוא שיקול דעת חופשי ואין הוא שיקול-דעת בלתי מוגבל. בית המשפט יפעיל את שיקול דעתו באורח "שיפוטי", תוך שיביא במנין שיקוליו את האינטרסים המתגושים ביניהם. ואולם שיקול-דעת בהענקת סעד, באשר שיקול-דעת הוא, מהווה חלק מבית המשפט.

אכן, הסעד אינו אלא טפל לזכות, ובמקום שיש זכות יש סעד: ubi jus ibi remedium. בראשית שומה עליו על בית-משפט לקבוע אם שמעון מחזיק בזכות, ואם הפר ראובן את זכותו של שמעון. משקבע כך, ולאחר שמיעת טיעוניהם של בעלי-הדין, אץ-רץ בית-המשפט אל מחסן הסעדים ונוטל הוא מעל למדפים את הסעד הראוי כי יינתן, לדעתו, לתובע..."

19. לבית המשפט סמכות רחבה לקבוע את הסעד, ועמדתו היא שגם בתביעות לפי חוק הגנת הצרכן, ניתן לקבוע סעד לטובת הציבור או סעד לטובת הקבוצה. ניסיון כזה נעשה על-ידינו במהלך הדיון בערעור. הצדדים בחנו הצעה לפיה יוזל מחיר החלב לצרכנים לתקופה מסוימת, וגם הממונה על ההגבלים העסקיים לא ראה פסול בהסדר כזה, תוך קביעת מנגנון שיבטיח כי ההוזלה תגיע לצרכנים ולא לקמעונאים. הסדר זה, שנשקל ברצינות במהלך בירור הערעורים, לא עלה יפה, בשל כך שהצדדים לא הגיעו לעמק השווה והיו ביניהם פערים משמעותיים. אני סבורה, שבערכאה הראשונה ניתן יהיה לשוב ולשקול, אם תקבל התביעה, הסדר מעין זה או הסדר אחר לטובת הציבור, שתמצא הערכאה הראשונה לנכון לקבוע.

20. לא אכחד כי נימוקי מדיניות משפטית מנחים אותי בקביעה, שגם בקביעת הסעד לפי חוק הגנת הצרכן ניתן לקבוע פיצוי לטובת הציבור ברוח החקיקה שצוטטה. בתביעות צרכניות רבות, ישנו קושי מובנה לאתר את חברי הקבוצה. אכן, ישנם עניינים לגביהם מתנהל רישום של הרוכשים, כגון רוכשי מכוניות, רוכשי בתים וכיוצא באלה. ואולם, לגבי מוצרים רבים עד למאוד, כגון מוצרי מזון, תרופות וכל כיוצא באלה, אין מתנהל שום רישום של הצרכנים, ואין זה גם ממנהגן של הבריות לשמור קבלות לאורך זמן. חוששתי, שאם לא נקבע בתביעות מעין אלה את האפשרות לסעד לטובת הציבור או לטובת הקבוצה, נימצא מעקרים מתוכן את האפשרות להגשת תביעות ייצוגיות בעניינים צרכניים. אם כך נקבע, תהיה אפשרות מעשית להגשת תביעה ייצוגית רק בעניינים בהם מתנהל רישום של הצרכנים. הפתרון המצוי בחוקים אחרים של סעד

לטובת הציבור, שהוא פתרון שניתן היה, להשקפתי, ליצור אותו בלי קשר לחוקים שהוזכרו, הוא פתרון ההולם במיוחד תביעות צרכניות.

הקבוצה:

21. כאמור, שותפה אני להערכתה של הערכאה הראשונה ולפיה קשה יהיה לאתר בסופו של יום את מי שקנו חלב עמיד של 1% בתקופה בה הוסף הסיליקון. המחוקק בחוקים שציטטתי בדיון בנושא הסעד צפה אפשרות לפיה קיימת קבוצה, אף שלא ניתן לזהות את חבריה או את חלקם הגדול. אכן, "הקבוצה", כפי שציינה הערכאה הראשונה, הם מי שצרכו חלב עמיד במשך תקופת החדרת הסיליקון. זוהי הגדרה מספקת. ואולם, בעניין אחד שיש בו כדי להקטין את גודל הקבוצה, נראית לי טענתה של תנובה: הנתון המספרי של 13 מיליון ליטר חלב הלקוח מכתב האישום, מתייחס לכל התקופה בה הוסף הסיליקון לחלב. ואולם, רק ביום 23.10.94 נכנסה לתוקף ההוראה בחוק הגנת הצרכן בעניין הגשת תביעה ייצוגית (ס"ח 1474, בעמ' 253). על כן, יש לצמצם את הקבוצה רק למי שרכשו את החלב מיום 23.10.94 ועד ספטמבר 1995. הנתונים המספריים בדבר כמות החלב שיוצרה בתקופה זו וכמות החלב שהושמדה בידי תנובה או לא נמכרה מסיבות אלו ואחרות, מצויים, מן הסתם, בידי תנובה.

22. בשאר טענותיה של תנובה נגד אישור התביעה הייצוגית לא מצאתי ממש. איני סבורה גם, שיש מקום להתערב בכך שהערכאה הראשונה לא ראתה לנכון לפסוק לזכות התובע הוצאות בשלב של אישור התביעה כתביעה ייצוגית. אישור כזה אין משמעותו שהתובע הייצוגי זכה בתביעה.

לסיכום:

23. אם תשמע דעתי, נאשר את החלטתה של הערכאה הראשונה להכיר בתביעה כתביעה ייצוגית, בכפוף לכך ש"הקבוצה" תוגדר כמי שצרכו חלב עמיד של 1% אליו הוסף הסיליקון בתקופה שבין 23.10.94 ועד ספטמבר 1995. הערעור שכנגד יידחה.

24. תנובה תישא בהוצאותיו של ראבי בסכום כולל של 20,000 ₪ + מע"מ ובהוצאות המועצה הישראלית לצרכנות באותו סכום.

המשנה לנשיא (בדימ') ש' לוין:

אני מסכים לפסק דינה של השופטת נאור, בכפיפות לכך שהייתי משאיר בצריך עיון, כפי שממילא יש לעשות בשלב הנוכחי, את השאלה אם ראוי ומותר לפסוק בגדר התובענה הייצוגית סעד לטובת הציבור.

המשנה לנשיא (בדימ')

השופטת א' פרוקצ'יה

1. צר לי שלא אוכל להצטרף לדעתם של חברי כי יש להכיר בתביעת ראבי כתובענה ייצוגית כנגד תנובה, ואלה עיקרי טעמי:

2. לתובענה הייצוגית כמוסד במשפט חשיבות מיוחדת להשגת תכליות אשר ידה של התביעה האינדיבידואלית אינה משגת. היא משרתת את אינטרס הפרט על ידי מתן תרופה לנזקו מקום שאלמלא צירף אליו חברי קבוצה נוספים, לא היתה כדאיות בהגשת תביעתו; היא משרתת אינטרס ציבורי, החותר להרתיע גופים כלכליים גדולים מפני הפרת החוק והמבקש לקדם ביתר הצלחה את אכיפתן של נורמות התנהגות שנועדו להגן על האזרח, ולמנוע ניצול לרעה של חולשתו כפרט. היא עשויה לקדם מטרות של יעילות בהליכים, אחידות בפסיקה ומניעת ריבוי תביעות (רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פד"י מט(5) 774, 784-5; ע"א 8430/99 אנליסט נ' ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ, דינים עליון ס"א, 689).

3. כנגד היתרונות הגדולים הגלומים בתובענה הייצוגית כאמצעי להגנה על זכויות הצרכן, מלווה הגשתה בקשיים ניכרים, בעלויות כבדות ובסיכונים שעשויה להיות להם השלכה בלתי רצויה על מגזרים רחבים של המשק. שימוש בלתי נכון ובלתי זהיר בה עלול לפגוע בפרטים מתוך הקבוצה התובעת, להסב נזק לגופים הנתבעים, ואף לפגוע בטובת המשק כולו. אישורה של תובענה ייצוגית במקרה לא ראוי עלול לגרום בזבוז משאבים, להגביר באופן ניכר את נטל הביטוח על תאגידים ונושאי משרה בתאגידים, העשוי בעקיפין ליפול על שכם הציבור, ועלויותיה הכבדות עלולות להניע נתבעים להתפשר, גם ללא אימון בצדקת התביעה, ובלבד שלא יאלצו לשאת בנטל

הכספי האדיר הכרוך בהגנה מפניה. קיים סיכון בהגשת תובענה ממניעים פסולים, או כזו שאינה מייצגת אינטרס צרכני אמיתי. התובענה הייצוגית עלולה, מחד, לפגוע בפרט מקבוצת התובעים בתורת מעשה בית דין, אף אם כלל לא ידע על התובענה. מצד שני, היא עשויה לזכות יחידים מתוך הקבוצה בפיצוי, אף, שלאמיתו של דבר, אין להם ענין אמיתי בתובענה ובתוצאותיה.

אכן,

”ההשלכות הכלכליות הדרמטיות המגולמות בהחלטה בדבר אישור תובענה ייצוגית כנגד גוף כלשהו, ובמיוחד גוף מסחרי-כלכלי, עלולות להיות קשות והרסניות. ... על בית המשפט להשתכנע כי הליך של תובענה ייצוגית הוא הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין.”

(דברי השופט שטרסברג-כהן (בר"ע 6567/97 בזק נ' עזבון המנוח אליהו גת, פד"י נב(2), 713, 720-719).

יש, איפוא, להכיר בסכנה הטמונה בשימוש לא ראוי במכשיר התובענה הייצוגית, ולהעריך את חשיבותה הגדולה אל מול הסיכונים והעלויות הנלווים להפעלתה. אלה מחייבים מאזן זהיר ועדין בין סיכונים לסיכויים - מאזן ראוי בין אינטרס הפרט לאינטרס הציבור, בין המגמה למנוע מחד תביעות סרק ומנגד לעודד שימוש במכשיר חשוב זה מקום שהוא עשוי לקדם באופן אמיתי ערכים חברתיים וכלכליים חשובים. הצורך באיזון זה מצריך מידה ניכרת של פיקוח שיפוטי על אופן הפעלתו של מוסד התביעה הייצוגית ודרכי ניהולו.

4. לצורך השגת מכלול האיזונים הדרושים, הציג חוק הגנת הצרכן שורה של תנאים מוקדמים שרק בהתקיימם ניתן להתיר הגשת תובענה ייצוגית. התכנים הנמזגים אל תוך תנאים אלה ואופן יישומם על נסיבותיו הקונקרטיות של המקרה, נובעים מהתכלית המבקשת להשיג איזון ראוי בין היתרונות והחסרונות הנלווים לתובענה הייצוגית לפרט ולכלל כאחד.

5. תנאי להגשת התובענה הייצוגית הוא, ראשית, כי צרכן יהא רשאי לתבוע בשם קבוצת צרכנים בעילה אשר על פיה הוא יכול לתבוע על פי החוק בשמו, ונגד כל נתבע אשר הצרכן רשאי לתבוע בשמו. שנית, מקום שעילת התובענה היא נזק, על התובע להראות כי נגרם נזק לצרכן (סעיף 35א לחוק הגנת הצרכן).

במסגרת ההגנות מפני שימוש בלתי ראוי בתובענה הייצוגית, קובע סעיף 35 ב לחוק כי הגשת תובענה ייצוגית טעונה אישור בית המשפט, והוא לא יאשרה אלא אם שוכנע כי נתקיימו התנאים הבאים:

- (1) התובענה הוגשה בתום לב;
- (2) גודלה של הקבוצה מצדיק הגשת התובענה כתובענה ייצוגית;
- (3) התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;
- (4) קים יסוד סביר להניח כי התובע מייצג בדרך הולמת את עניינם של כל הנימנים עם הקבוצה.

תנאים אלה, שהם בבחינת מנגנוני הגנה מפני שימוש לרעה בתובענה הייצוגית, מהווים הנחייה לשיקול דעת בית המשפט בבירור השאלה אם יאשר הגשת תובענה ייצוגית או ידחנה.

נבחן באיזו מידה מתקיימים בענייננו התנאים המיקדמיים להגשת תובענה ייצוגית ואם ראוי היה לאשרה כפי שעשה בית המשפט המחוזי.

6. אחד האלמנטים הנדרשים לקיומה של תובענה ייצוגית הוא קיומו של נזק לצרכן מקום שעילת התובענה היא נזק. ביסוד תביעתו של ראבי עומדות טענות ההטעייה ואי עמידה בחובות הגילוי כלפי הצרכן בניגוד לסעיפים 2 ו-4 לחוק הגנת הצרכן, ובגינן הוא תובע סעדים כספיים של השבה ופיצויים. על פי סעיף 31(א) לחוק, דין מעשה או מחדל מסוג זה כדין עוולה על פי פקודת הנזיקין. מכח הוראה זו נוצר קישור בין שתי מערכות החוקים הללו ויש להחיל על העוולות לפי חוק הגנת הצרכן את עקרונות היסוד של פקודת הנזיקין, בשינויים המחוייבים (ראה פרשת ברזני נ' בזק, פד"י נה(4) 584). מכח הקישור האמור לפקודת הנזיקין, נחזות עילות ההטעייה ואי הגילוי בחוק הגנת הצרכן כהפרת חובה חקוקה, המהווה עוולה על פי סעיף 63 לפקודת הנזיקין. יסודותיה של עוולה זו משליכים על עילות התביעה על פי חוק הגנת הצרכן. מרכיב חיוני בעוולה זו הוא קיום נזק, ממנו נובעת זכות הנפגע לסעד תרופתי אשר נועד להיטיב את נזקו (דברי הנשיא ברק בפרשת ברזני, שם, עמ' 19-618).

7. אניח לצורך הענין כי ראבי הציג בתביעתו נתונים לפיהם בוצעו כלפיו עוולות של הטעייה ואי גילוי ביחס למרכיב הסיליקון בחלב. בהנחה כי עוולות אלה מחייבות קיומו של נזק, שאלה היא מהו הנזק הנטען והאם יש בו כדי להצדיק אישורה של תובענה ייצוגית.

8. מהנתונים העולים מחומר הראיות ומקביעות הערכאות שדנו בפרשה זו עולה כי מעצם מציאותו של הסיליקון בחלב לא נגרם נזק בריאותי כלשהו לצרכנים. בכתב התביעה גופו אין טענה כי קיומו של מרכיב הסיליקון בחלב הסב או יכול היה להסב לתובע נזק בריאותי כלשהו, להוציא נזק מסוג עוגמת נפש עקב הטעייתו בדבר הכללת הסיליקון שבו ידובר להלן. ואכן, בית משפט קמא קבע בהחלטתו כי התובע אינו טוען לנזק ממשי שארע עקב צריכת החלב (עמ' 56 החלטה). יתר על כן, בהליך הפלילי שהתנהל נגד תנובה ונושאי תפקידים בה נקבע בהכרעת הדין כי לא הוכח שהסיליקון שנמצא בחלב היה מזיק או עלול היה להזיק לבריאות, ובגזר הדין נאמר:

”הוכח בפני ללא כל ספק כי חומר הסיליקון שהוסף לחלב העמיד נשוא כתב האישום וכמותו לא היו מזיקים.”

היועץ המשפטי לממשלה שהצטרף לדיון הציג נתונים עובדתיים לפיהם מבדיקות משרד הבריאות עולה כי הסיליקון אינו מזיק לבריאות אולם ארגון הבריאות העולמי וארגונים אחרים קבעו מכסת צריכה יומית מקסימלית שמעבר לה אין ודאות לגבי בטיחות החומר. תנובה מצידה הציגה נתונים לפיהם הסיליקון הינו חומר מותר בשימוש כתוסף מזון, ומשמש בתהליך ייצור של מוצרי מזון רבים ותרופות. הוא אף מותר לשימוש בחלב עמיד במדינות רבות באירופה, ואין טוען שם כי החומר הינו מזיק.

בענייננו עולה כי מטרת הוספת הסיליקון בחלב נועדה למנוע את הקצפתו של החלב. עם זאת אין כיום חולק כי הוספת הסיליקון היוותה הפרה של התקן הרשמי והציבור הוטעה לחשוב כי החלב אינו כולל מרכיב זה.

9. ההנחה המתחייבת לצורך ענייננו היא כי תוסף הסיליקון בחלב באופן בו הדבר נעשה על ידי תנובה אינו גורם נזק לבריאותו הפיסית של הצרכן. לאור ממצא זה, עולה השאלה האם אי גילוי לציבור את דבר קיום הסיליקון בחלב ולאחר מכן פרסום הכחשה בדבר מציאותו בחלב מהווים דבר העלול להטעות צרכן בענין מהותי בעיסקה כמובנו

של מושג זה בסעיף 2 לחוק, והאם נתגבשה עוולה של היפר חובת גילוי כמשמעותה בסעיף 4 לחוק - חובה המתמקדת בגילוי של פגם, בקיום איכות נחותה במוצר וכן בחובת גילוי של פרט מהותי שיש חובה לגלותו. אין הכרח להכריע בשאלה זו, שכן די בענייננו בהתמקדות בשאלת הנזק, שהרי תנאי מוקדם להגשת תובענה ייצוגית מכח חוק הגנת הצרכן הוא קיומו של נזק לצרכן מקום שעילת התובענה היא נזק, וכך הדבר בהליך זה.

קובעת חברתי, השופטת נאור, כי חרף העובדה שלא נגרם נזק מיוחד, יש להכיר באפשרות קיומו של נזק לא ממוני אשר התובע טוען לו עקב הימצאות סליקון בחלב, ודי בכך כדי להוות, לכאורה, נזק בר-פיצוי העונה על התנאי הנדרש לצורך הגשת תובענה ייצוגית על פי סעיף 35א לחוק.

10. לא אוכל להסכים למסקנה זו. ראבי מתאר בכתב התביעה את העילה לסעד שבגינה הוא תובע, כדלקמן:

”סעיף 10:

התובע טוען כי בזמן היוודע הגילויים המתייחסים למציאות סליקון תעשייתי במוצר המדובר הוא נתקף בעוגמת נפש קשה. הרגשת גועל, זלזול, רמאות, פחד ואף חרדה מהסיכונים הבריאותיים הפוטנציאליים הכרוכים בהמצאותו של חומר אסור במוצר חיוני יומיומי. וכי נפגע אימונו בנתבעת בפרט וביצרני מזון בכלל ואף התפתחה אצלו רתיעה מצריכת מוצרים חלביים הארוזים בצורה דומה.”

סעיף 11

על אף שאין קביעה מוסמכת סופית ומדוייקת למידת הנזק הבריאותי הפיזי שנגרם ו/או עלול להיגרם לתובע, הוא כבר סבל מתחושות שליליות כגון הפחד ואף חרדה שמא נגרם או עלול להתפתח אצלו נזק גופני כלשהו בעתיד.”

11. הזכות לפיצוי של הצרכן היחיד נובעת מסעיף 31 לחוק הגנת הצרכן המקשרת בין עוולות חוק הגנת הצרכן לעוולות פקודת הנזיקין ולעקרונות הכלליים הקבועים בה לגבי הזכות לסעד. (פרשת ברזני, שם, עמ' 618).

סעיף 76 לפקודת הנזיקין קובע עיקרון כללי למתן פיצויים בקובעו:

"(1) סבל התובע נזק, ינתנו פיצויים רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים, ושבא במישרין מעוולת הנתבע."

(2) סבל התובע נזק – ממון, לא ינתנו לו פיצויים בשל הנזק אלא אם מסר פרטים עליו בכתב התביעה או בצירוף לו."

הוראה זו חלה על נזק בשתי משמעויותיו – רכושי ולא רכושי. הדבר עולה מהגדרת המושגים "נזק" ו"נזק ממון" בסעיף ההגדרות של הפקודה. המושג "נזק", כולל בתוכו הן נזק ממון והן נזק שאינו ממוני, אלא שבנזק ממוני נדרש התובע לפרט פירוט מיוחד של מרכיבי הסעד המתבקש על ידו. בנזק ממון ובנזק שאינו ממוני מתחייב מדין הנזיקין, כי פיצוי ינתן רק בשל אותו נזק העלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים, וככל שהוא בא במישרין מעוולת הנתבע. עקרון זה מנחה גם בענייננו.

12. עולה שאלה, האם הנזק שראבי טוען לו בתחום עוגמת הנפש והתחושות השליליות הכלליות שהוא מתאר עם היוודע דבר קיומו של הסליקון בחלב הם אכן מסוג הנזק העלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים כתוצאה ממעשי ההפרה של תנובה.

כהערה כללית ראוי להעיר בהקשר זה כי בשיטות משפט שונות ניטש ויכוח עקרוני על עצם השאלה האם מן הדין להעניק פיצויים על נזק בלתי רכושי, ומוכרות השגות עקרוניות כנגד מתן פיצויים כספיים על נזקים מסוג זה (טדסקי, דיני הנזיקין ותורת הנזיקין הכללית, מהד' 2, עמ' 164). אף שבצד ההשגות מוכרות גם התשובות להשגות, עדיין קימת רתיעה מפני הכרה מלאה בנזקים בלתי רכשיים, "רתיעה אשר מקורה גם בחשש של העמדת פנים מצד הניזוק, במיוחד כאשר הנזק הבלתי רכושי אינו נראה לעין" (שם, עמ' 166).

13. בענייננו, מדובר בהוספת מרכיב לדבר מאכל תוך הפרת חובת התקן הרשמי, בלא שהצרכן ידע את דבר קיומו של אותו מרכיב במזון שצרך, ובמציאות דברים שבה אותו תוסף מזון איננו מזיק לבריאות. לשאלה באיזו מידה עוגמת נפש של צרכן במצב דברים זה היא בבחינת נזק הנובע ממהלכם הטבעי של הדברים אין תשובה אחידה אשר קורצה מעור אחד. עשויים אכן להיות מצבים קיצוניים בהם הטעייה לגבי מרכיבו של מוצר אכילה, גם כשאינן בהם נזק בריאותי, עשויה להיות בעלת חשיבות מיוחדת לצרכן מהיבטים שונים: למשל, מהבחינה ערכית, מבחינת השקפת עולמו, או עקב קיומה של העדפה מוגדרת למוצר בעל מרכיבים מסויימים לצורך השגת תכלית ספיציפית. כך

למשל, הצגת מוצר אכילה ככשר למרות שאינו כשר, או הצגת מזון כמזון אורגני אף שאינו כזה, או הצגת מוצר כדל-שומן בעוד שלמעשה הוא רב-שומן עשויות במקרים מסוימים להוליד נזק לא ממוני שניתן לומר במידת וודאות כי הוא נגרם באורח טבעי ובמהלכם הרגיל של הדברים כתוצאה ישירה מעוולת הנתבע. בסוג מקרים אלה, מצויה בלב הצרכן העדפה ברורה ומוגדרת למוצר בעל איפיון מסוים – בין העדפה שמקורה בערכי דת והשקפת-עולם, בין העדפה הנובעת מערכי טבעונות, ובין העדפה הבנויה על תכלית לשלוט בהיקף הקלוריות הנצרכות מהמזון, וכיוצא באלה עניינים. פגיעה בהקשרים אלה בזכותו של הצרכן לבחור את המוצר הראוי בעיניו היא פגיעה ממשית בתחום העדפותיו כפרט, ונזקו הכללי מפגיעה זו אינו קשה להוכחה.

קיומה של העדפה מוגדרת וברורה של הצרכן לרכוש מוצר בעל איכויות מוגדרות עשויה לתת בידו כלי לגיטימי לתבוע את נזקו מהמשווק על הפרת חובתו שלא להטעות לגבי תכונותיו של המוצר הנרכש. עילה מסוג זה עשויה במקרים מתאימים גם להצדיק תובענה ייצוגית, אשר את בני קבוצתה, השותפים לתובענה, ניתן להגדיר בלא קושי מיוחד. אולם המקרה שלפנינו הוא שונה, והתשובה לו קשה ומורכבת יותר.

14. 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. סטיות מתקן אמנם מהוות הפרה של חוק שאין להקל בהם ראש, ועל אכיפתם של נוהלים בעניין גילוי מלא של מרכיבי מוצרים יש להקפיד. עם זאת, אין להניח כי כל הפרת תקן – ותקן מזון בכלל זה – תצמיח מעצמה, ובהכרח, עילה לפיצוי בלתי ממוני לצרכן גם מקום שלא נגרם לו מכך נזק בריאותי כלשהו, וכאשר לא ביסס העדפה מוגדרת למוצר בעל מאפיינים מסויימים דווקא. על הצרכן מוטל נטל לבסס קיומו של נזק כזה, ואין הדברים ברורים מאליהם.

וכך, ביסוסו של נזק לא ממוני בנסיבות שלפנינו אינו ענין המובן מאליו על פניו, ראשית לכל מבחינתו של הצרכן הפרטי בתביעתו האישית. חברתי, השופטת נאור, התייחסה לקיומה של פגיעה באוטונומיה של הפרט הנובעת מהטעיית הצרכן לגבי מרכיביו של מוצר מזון הנמכר לו, גם מקום שלא מתלווה להטעייה נזק מיוחד כלשהו. נראה לי כי עקרון מוצע זה, במידה שיש מקום לאמצו בהקשר זה, אינו בר-יישום במידה שווה בכל הקשר.

15. אין הרי פגיעה באוטונומיה של הפרט הכרוכה בפגיעה באמונתו ובמירקם ערכיו והשקפת עולמו של אדם, כפי שמתבטא למשל ביחס לצריכת מזון כשר כפגיעה

בזכות הצרכן להניח כי מוצר מזון כלשהו שהוא צורך מכיל יסודות נתונים ולא אחרים, במצב בו אין לו מראש העדפה מוגדרת לצריכת מוצר מזון בעל מאפיינים מסוימים, ומקום שאין במרכיבי המוצר הנתונים כדי להזיק. יש הבדל של מהות, מידה, ומשקל בין דרכי המימוש של האוטונומיה של הפרט ממקרה למקרה. העניין שלפנינו אינו נופל בגדר אותן קטגוריות מקרים בהם הטעייה או טעות לגבי מרכיביו של מוצר עלולים לגרום לצרכן פגיעה רגשית ממשית שמקורה במחוייבות לערכים, השקפות, או העדפה מיוחדת למטרה מוגדרת.

16. מסקנתי מדברים אלה היא, ראשית, כי סיכויי הצלחתה של תביעתו האישית של ראבי אינם מובנים מאליהם. התנאי לפיו על הנזק לנבוע באורח טבעי ממהלכם הרגיל של הדברים טעון הוכחה וביסוס משסוג הפגיעה בה מדובר איננו מסוג הפגיעות שלגביהן ניתן לומר בלא מידה של ספק כי צרכן טיפוסי הנמנה על ציבור הצרכנים בכללותו, או על קבוצת צרכנים מוגדרת, היה נפגע ממנה באופן ממשי. בכל מקרה, המדובר בפגיעה שמשקלה אינו רב, והיא אינה ממוקמת במרכז מפת הפגיעות הצרכניות.

שנית, בנסיבות אלה, גם אם יעלה ביד התובע את זכותו לפיצוי על נזק לא ממוני שנגרם לו, הייתי נמנעת מלאשר את התובענה הייצוגית במסגרת שיקול הדעת השיפוטי הנתון לבית המשפט על פי סעיף 35ב לחוק. אלה טעמי:

17. ראשית, אניח לצורך העניין כי התובענה של ראבי הוגשה בתום לב, אולם התנאי לפיו גודלה של הקבוצה מצדיק הגשת תובענה ייצוגית אינו מתמלא במובן הבא: התובע מבקש לייצג קבוצה של צרכני חלב עמיד דל שומן מתוצרת תנובה אשר צרכו חלב מסוג זה במשך התקופה הרלבנטית. גודל הקבוצה המוערך על ידי התובע עומד על 43% מהאוכלוסיה בישראל. טענתו היא כי נגרמה עוגמת נפש קשה לבני קבוצה זו, המונים קרוב למחצית מאוכלוסיית המדינה. ההנחה כי קימת קבוצת צרכנים בעלת היקף כה ניכר שהם בעלי עניין אמיתי בתובענה ייצוגית לפיצוי בלתי ממוני על הוספת סיליקון לחלב מקום שאין בתוספת זו משום נזק בריאותי כלשהו והגם שהיתה הפרה של תקן והטעייה של הציבור אינה יכולה להתקבל על פניה. אין זה מסוג המקרים בהם הנזק – בין רכושי ובין לא רכושי – הוא כה ברור על פניו עד כי לא יכול להיות ספק שציבור צרכנים גדול מאוחד באינטרס משותף להעמיד למבחן משפטי מעשה הפרה בתחום הצרכנות. וודאות כזו היתה קימת אילו דובר למשל במכירת מוצר בלתי כשר בתורת מוצר כשר, או מכירת מוצר בעל אחוז שומן גבוה בתורת מוצר דל-שומן. היקף ועומק הפגיעה בצרכן אינם מסימני ההיכר של המקרה שלפנינו. אין

להוציא מכלל אפשרות כי חלק ניכר מציבור הצרכנים להם מיוחס עניין בתובענה, אילו נשאל, ספק אם היה מביע עניין מיוחד בתביעה צרכנית כזו על שום העדר הנזק המיוחד הנלווה לה ועל שום הקושי לבסס בגינה נזק כללי ממשי.

18. שנית, וזה העיקר: במקרה זה, בו שולי הנזק הנטען הם צרים ולוטים במידה רבה בערפל, התובענה הייצוגית איננה הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכריע במחלוקת בנסיבות העניין. תביעתו האישית של התובע, גם כשהיא עומדת לעצמה, אינה מבטיחה וודאות לגבי הוכחת הנזק. אין מדובר כאן בפגיעה ובנזק בעלי ממשות ומשקל משמעותי וברור. אופי הפגיעה הנטענת אינו בהכרח משותף לכלל ציבור צרכני המוצר נשוא התובענה. אופי הפגיעה קשור ומותנה במידה לא קטנה בסף רגישותו האינדיבידואלי של הצרכן.

19. בתובענה ייצוגית אנו מצווים לאזן איזון זהיר בין האינטרס הפרטי לאינטרס הציבורי. עלינו להזהר מהפיכת מערך התובענה הייצוגית שהוא מורכב, יקר, ובעל השלכות רוחב ניכרות, לאמצעי הגנה על תביעות סרק, או על תביעות שתועלתן שולית ביחס לעלויותיה הכוללות של התובענה הייצוגית – בין עלויות כספיות ובין עלויות חברתיות ומשפטיות. אין להתעלם מקיום עניין ציבורי בהרתעת גופים כלכליים גדולים מהפרת הוראות חוק ונוהלים לגבי תקנים ואין להמעיט מחשיבות אכיפת חובות הגילוי והמצג האמין לציבור המוטלות על הגופים הכלכליים ביחס להרכב המוצרים הנמכרים על ידם, ובמיוחד מוצרי מזון. אולם אינטרס ציבורי זה ניתן להשגה לא רק על דרך הגשת תובענות ייצוגיות אלא גם, ובעיקר, באמצעות הליכים אחרים שהמשפט מסדיר – בין הליכים מינהליים ובין הליכים משפטיים. במקרה זה התנהל משפט פלילי נגד המעורבים בהוספת הסיליקון לחלב שנסתיים בהרשעתם ובהענשתם ובכך הושג, במידה רבה, אפקט ההרתעה מהפרת החוק. יתר על כן, הצורך בהרתעה כאמור אינו יכול להוות שיקול העומד לעצמו לצורך מתן היתר לתובענה ייצוגית, אם לא מתקיימים התנאים האחרים הנדרשים לצורך כך.

אמר הנשיא ברק בפרשת ברזני, שם, עמ' 620 :

“אין לשכוח כי הוראות החוק בעניין התובענה הייצוגית מהוות איזון עדין בין האינטרסים של הצרכן, העוסק והציבור. ההגנה על הצרכן חשובה היא אולם אין לקדש בשמה מקרים שאינם ראויים להתברר כתובענה ייצוגית. התובענה הייצוגית היא כלי רב-עוצמה שהפעלתה במקרה שאינו מתאים עלולה להביא לתוצאה שאינה רצויה”.

דווקא על שום החשיבות הרבה והערך שיש לייחס למוסד התובענה הייצוגית, יש להקפיד שבעתיים ביישומה הנכון. יישום לא ראוי עלול להסב נזק רב יותר מתועלת, ועלול לפגוע פגיעה חסרת הצדקה לא רק בצדדים המעורבים בענין נתון אלא גם באינטרס ציבורי כללי אשר נועד לבסס ולחזק את אמצעי האכיפה המיוחדים בתחום הגנת הצרכן במקרים ראויים.

20. מטעמים אלה, הייתי מקבלת את ערעורה של תנובה ומבטלת את החלטת בית המשפט המחוזי בה החליט לאשר את התובענה הייצוגית, והייתי דוחה את ערעורו שכנגד של ראבי. עם זאת, בנסיבות הענין, הייתי נמנעת מפסיקת הוצאות בשתי הערכאות.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת מ' נאור כנגד דעתה החולקת של השופטת פרוקצ'יה.

ניתן היום, י"ז אייר תשס"ג (19.5.2003)

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיא (בדימ')