

תובענות ייצוגיות צרכניות: הדרישה להסתמכות אישית על מצגי השוא של המטעה

סיני דויטש*

- א. מבוא
- ב. ניתוח ביקורתי של הלכת ברזני נ' בזק
 1. עיקרי דעת המיעוט – השופטת טובה שטרסברג-כהן
 2. עיקרי דעת הרוב – הנשיא אהרן ברק
 3. ניתוח ביקורתי של דעת הרוב
- ג. תכלית חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 ומטרותיו
- ד. פרשנות מונחי משפט כלליים בחוק הגנת הצרכן: הטעיה צרכנית מול הטעיה חוזית ונזיקית
 1. היקף תחולתו הראוי של המשפט האזרחי על חוק הגנת הצרכן
 2. ההוראות החלות על סעד הפיצויים בתובענה ייצוגית צרכנית
 3. תחולתה החלקית של פקודת הנזיקין על חוק הגנת הצרכן
 4. הפרשנות הראויה לסעיף 31 לחוק הגנת הצרכן (א) אין לתת פרשנות דווקנית לסעיף 31 לחוק (ב) לא היתה כוונה להחיל באופן מלא את פקודת הנזיקין על חוק הגנת הצרכן
- ה. השראה מהמשפט האמריקני
 1. אין דרישה להסתמכות אישית של הנפגע גם בתחומי משפט שמחוץ לדיני הגנת הצרכן
 2. ויתור על דרישת ההסתמכות האישית בתובענות ייצוגיות צרכניות בארצות-הברית (א) המגמה לפרש בצורה שונה חקיקה צרכנית (ב) הגישות השונות בסוגיית הוויתור על דרישת ההסתמכות (1) אין דרישה להסתמכות ודי בהוכחת קשר סיבתי בין ההטעיה לבין הנזק (2) חזקה בדבר קיום הסתמכות
- ו. היקש מתובענות ייצוגיות בתחום דיני ניירות ערך
- ז. הצעות לסיכום
 1. פתרון בדרך של פרשנות חקיקה
 2. הצעה לפתרון בדרך של תיקון חקיקה

* פרופ' ודיקן ביה"ס למשפטים במכללה האקדמית נתניה ופרופ' בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן.

א. מבוא

יותר מעשרים שנה חלפו מאז שנחקק חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.¹ בחמש עשרה השנים הראשונות לאחר חקיקתו סבל החוק מתת-אכיפה הן בסעדיו האזרחיים והן בסעדיו המינהליים והפליליים. חוק הגנת הצרכן היה במשך שנים רבות כמעט אות מתה. על מנת להתגבר על בעיה זו תוקן חוק הגנת הצרכן בשנת 1994 והוסף בו פרק² המאפשר לתובע ייצוגי או לארגון צרכנים להגיש תביעה בשם קבוצת צרכנים, שנפגעה מאי קיום הוראות החוק. תביעה כזו היא תובענה ייצוגית. תיקון חקיקה זה הביא לשינוי דרמטי במספר התביעות הצרכניות המוגשות לבתי המשפט בישראל. בשש השנים שחלפו מאז החלו להגיש תובענות ייצוגיות צרכניות, הוגש מספר גדול של תובענות ייצוגיות וניתנו יותר משבעים פסקי דין, פי עשר ויותר מכל פסקי הדין בחמש עשרה השנים שקדמו לתיקון לחוק. אין ספק כי ההכרה בתובענות ייצוגיות צרכניות הביאה לפריחה בהתדיינות בחוק הגנת הצרכן.

בשל האופי המיוחד של תובענה ייצוגית, המאפשרת לתובע יחיד לתבוע בשם קבוצה שלמה של צרכנים, באופן העלול לפגוע בנתבעים, קבע חוק הגנת הצרכן בסעיפים 35 ו-35ב סדרה של דרישות מקדימות לאישור תובענה ייצוגית בבית המשפט. דרישות אלו באו להבטיח שאכן ראוי בנסיבות הענין לנהל את התובענה כתובענה ייצוגית. ואכן התברר כי יש קשיים של ממש במילוי התנאים המוקדמים לאישור תביעה כתובענה ייצוגית. כ-90% מהבקשות לאישור תביעות כתובענות ייצוגיות צרכניות נדחו.

אחת הדרישות בסעיף 35 לחוק היא, שלתובע יש עלית תביעה אישית, ושהתביעה בשמו ובשם קבוצת הצרכנים אותה הוא מייצג תהיה על-פי עלילה לפי חוק הגנת הצרכן. ברוב התובענות הייצוגיות שהוגשו מכח חוק הגנת הצרכן דרשו פיצויים בגין הטעיה. במקרים אלו יש לעמוד בתנאים של הטעיה צרכנית הקבועים בסעיף 2 לחוק וכן לעמוד בדרישת סעיף 31(א) לחוק הקובע את סעד הפיצויים. הוראת הפיצויים היא תמציתית והיא מפנה לפקודת הנזיקין. בתביעה נזיקית רגילה שעילתה הטעיה יש צורך להוכיח כי הנפגע הסתמך על הטעיה. דרישה זו קיימת בדיני הנזיקין. הסתמכות התובע על ההיצג הכוזב הוא אחד מיסודות העוולה הן בעוולת התרמית, על-פי סעיף 56 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], והן בעוולת הרשלנות הנזיקית.³ הוכחת ההסתמכות על הטעיה עלולה לגרום לקשיים רבים בתובענות ייצוגיות, כפי שיוסבר

1 ס"ח 248 (להלן: חוק הגנת הצרכן או החוק).

2 פרק ו' לחוק הגנת הצרכן, סעיפים 35א-35ב (תיקון התשנ"ד, ס"ח 252).

3 ראו ע"א 614/84 ספיר נ' אשד, פ"ד מא(2) 225, 229; המ' 106/54 וינשטיין נ' קדימה אגודה שיתופית בע"מ, פ"ד ח(2) 1317. ראו גם א' פורת "דיני נזיקין" ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"ב-תשנ"ג) 301, 326.

להלן. השאלה בה ידון מאמר זה היא האם יש להחיל את כל הכללים והדינים של המשפט האזרחי על חוק הגנת הצרכן בשאלות שהחוק אינו נוקט בהן עמדה ברורה. מצד אחד, קיימים יתרונות בהרמוניה חקיקתית ובאי ניתוק דיני הגנת הצרכן מכללי המשפט האזרחי. מצד שני, דרישה כזו עשויה לצמצם עוד יותר את האפשרות לשימוש בתובענות ייצוגיות כמכשיר להגנת הצרכן, שכן גם בלעדיה נדחות, כדבר שבשגרה, יותר מ-90% מהתובענות הייצוגיות. השאלה היא מורכבת ויש בה שיקולים לכאן ולכאן. לאחרונה נפל דבר בדיני הגנת הצרכן בישראל. בית המשפט העליון קבע ברוב דעות את עמדתו בשאלה זו והחליט כי יש להחיל את כללי המשפט האזרחי על חוק הגנת הצרכן. ההלכה שנקבעה היא, שצרכן המבקש סעד של פיצויים בגין הטעיה מכח חוק הגנת הצרכן חייב להוכיח כי הסתמך אישית ובאופן ישיר על המצג הכוזב וכי הסתמכות זו היא שגרמה לנזק שנגרם לו. הלכה זו נקבעה בפסק-דין ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ.⁴ ואלו עובדות המקרה בקצרה: חברת בזק פרסמה מודעות לפיהן התשלום עבור שיחות טלפון בינלאומיות בחיוב ישיר הוא "רק עבור הזמן המדויק ששוחח". במודעה לא הובהר כי התשלום הוא בגין יחידות מניה המעוגלות כלפי מעלה. נטען כי יש בפרסום משום הטעיה לפי סעיפים 2 ו-7 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981. התובע הייצוגי, שהוא מהנדס מחשבים וצרכן של המשיבה, ביקש לאשר את התביעה כתובענה ייצוגית של כל חברי הקבוצה שהשתמשו בשירות זה. בית המשפט המחוזי קבע כי קיימת אי התאמה בין לשון הפרסום לבין שיטת החיוב ולכן קבע כי יש מקום לבירור התביעה במסגרת של תובענה ייצוגית מכח חוק הגנת הצרכן. בית המשפט העליון קיבל ברוב דעות את ערעורה של חברת בזק בנימוק כי אין למר ברזני עילת תביעה אישית כנגד חברת בזק, שכן לא ראה את פרסומי בזק, לא הסתמך עליהם וממילא לא נגרם לו כל נזק. הלכת הרוב קובעת כי לא ניתן להעניק פיצויים למי שלא הסתמך על הפרסומת הכוזבת. ההלכה נקבעה בהקשר של תובענה ייצוגית, ונפסק כי למרות שמדובר בתובענה ייצוגית לפי חוק הגנת הצרכן יש להוכיח קשר סיבתי בין הפרסום הכוזב לבין התנהגות הצרכן. במילים אחרות, יש להוכיח כי אלמלא ההטעיה לא היה הצרכן משוחח בטלפון באופן שבו הוא שוחח. יש להוכיח כי העיון בפרסום וההסתמכות עליו השפיעו על היקף שיחות הצרכנים.⁵ לפיכך התקבל הערעור והתבטלה החלטת בית המשפט המחוזי להכיר בתביעה כתובענה ייצוגית. פסק-דין זה מצטרף לשורה ארוכה של פסק-דין בהם נדחתה הבקשה לאישור

4 ע"א 1977/97, פ"ד נה(4) 584. ההחלטה ניתנה ב-2.7.01 (להלן: פס"ד ברזני נ' בזק).
 5 שם, פסקה 12 לפסק דינו של הנשיא אהרן ברק. לכאורה דן פסק הדין רק בדרישה להסתמכותו של התובע הייצוגי, מר ברזני, על המצג הכוזב וניתן לטעון שהדרישה להסתמכות היא רק של התובע הייצוגי ולא של כל קבוצת הצרכנים שהוא מייצג. התובע אינו תובע ייצוגי מתאים מאחר שהוא לא הסתמך על המצג הכוזב. אולם פרשנות זו של פסק הדין אינה הגיונית, שכן אם מחילים את פקודת הנזיקין על חוק הגנת הצרכן לא ייתכן שתחולה זו תחול רק על התובע הייצוגי ולא על כל חברי הקבוצה. יתר על כן, בפסקה 8 לפסק דינו של הנשיא ברק הוא מתייחס במפורש לכלל הצרכנים ולא רק לתובע הייצוגי. ראו להלן ציטוט בטקסט ליד הערה 29.

תובענה כייצוגית. החלטה זו מציבה מכשול מהותי לאפשרות להשיג אישור לדיון בתביעה כתובענה ייצוגית צרכנית.

דרישה של קשר סיבתי ברמה כזו היא דרישה שלא ניתן לעמוד בה בתביעה ייצוגית בגין הטעיה צרכנית, ודאי שלא כאשר ההטעיה מתבצעת בדרך של פרסום באמצעי תקשורת המוניים. הלכה זו מעוררת קושי לא מבוטל למימוש תובענות ייצוגיות צרכניות, בראש וראשונה במישור הראייתי. נבהיר זאת באמצעות הצגת מספר שאלות:

- כיצד ניתן להוכיח שכל אחד ואחד מהצרכנים קרא את הפרסום?
- מה דינן של אותן קבוצות אוכלוסייה שאינן קוראות עיתונים מסוימים?
- מה דינה של אוכלוסיית המיעוטים הקוראת, בעיקרה, עיתונות בשפה זרה?
- מה דינו של ישראלי ששהה בדיוק בתקופה האמורה בחו"ל?
- יתר על כן, האם כל אדם שקורא עיתון, קורא את כל העיתון?
- כלום מעשי הוא לבקש תצהיר מכל אחד ממאות אלפי הצרכנים בישראל בו הוא יצהיר שקנה את העיתון, קרא את המודעה, הבין אותה ובעקבותיה שינה את התנהגותו בניהול שיחות בינלאומיות?
- האם סביר להניח, שכל צרכן יצהיר בפני בית המשפט, שאלמלא הפרסומת האמורה היה מקצר את שיחתו בשניות מספר וטורק את הטלפון?
- כיצד ניתן לצפות שהצרכן ישתמש באמצעי מדידה מדויקים כדי לחסוך את השניות בגינן יתחייב בתוספת תשלום?

המשמעות המעשית של דרישה זו היא, שלא ניתן יהיה לאשר תובענה ייצוגית בגין מצג כוזב בפרסומת. ברור שהפרסומת של חברת בזק במקרה זה לא היתה מיועדת לשנות את דפוסי השיחות הטלפוניות של קהל הלקוחות; מטרתה היתה להגביר באופן כללי את השימוש בשיחות טלפון על בסיס ההצהרה של חברה אמינה והוגנת. המטרה היתה ליצור תדמית של חברה שאינה מחייבת את ציבור לקוחותיה בתשלום מעבר למה שהצרכן משתמש. בלשון אחר – מטרת הפרסום אינה שינוי דפוסי ההתנהגות של הצרכנים, כי אם הצגת מצג מעורר אמון, שבאופן עקיף יביא להעדפת השימוש בשירותי החברה. כאשר מסרים אלה הם כוזבים, מתברר כדיעבד שאמון הציבור נוצל לרעה לשם הגדלת רווחי החברה על חשבון כלל הציבור. דרישת הסתמכות אישית עלולה לסתום את הגולל על אפשרות כלשהי לתביעה מכח חוק הגנת הצרכן בגין פרסום כוזב.

בפסק־דין ברזני נ' בזק נכתב כי מר ברזני לא ראה את המודעה, אף לא הסתמך עליה,⁶ ולפיכך אין לו עילה על-פי חוק הגנת הצרכן, כך שממילא גם אינו יכול להיות

⁶ בפס"ד ברזני נ' בזק, לעיל הערה 4, בפסקה 1 לפסק דינו של הנשיא א' ברק נכתב כי ההנחה היא שמר ברזני לא ראה את המודעה ולא הסתמך עליה. בשיחה שהיתה לי עם מר ברזני במשרדו של עו"ד אביגדור פלדמן ביום 27.8.01 טען מר ברזני, שהוא ראה את המודעה. יתר על כן, מר ברזני טען כי מעולם לא נשאל אם ראה את המודעה אם לאו.

תובע ייצוגי. אולם הלכת בית המשפט העליון, לפיה יש להחיל את דיני הנזיקין על תביעת פיצויים מכח חוק הגנת הצרכן, חלה לא רק על קביעת התובע הייצוגי הראוי, אלא על האפשרות לאשר תובענה ייצוגית צרכנית. נניח, שהתובע ראה וגם הסתמך על המודעה, ואין כל קושי לגביו. אולם התובע הוא תובע ייצוגי בשם קבוצת צרכנים, וכדי שצרכנים אלה יהיו זכאים לפיצוי כספי עליהם לעמוד בדרישות של דיני הנזיקין. אם הפירוש הנכון לסעיף 31 לחוק הגנת הצרכן הוא, שכדי להיות זכאים לפיצוי יש להוכיח קשר סיבתי בין מודעת הפרסום לבין התנהגותו של כל אחד ואחד מחברי הקבוצה, הרי שבכל מקרה התובענה הייצוגית לא תהיה הדרך היעילה ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין, כנדרש בסעיף 35(ב) לחוק הגנת הצרכן וזאת בשל קשיי ההוכחה שפורטו לעיל.

הפרשנות של בית המשפט מתייחסת, אפוא, לא רק לתובע הייצוגי, אלא עלולה לחסל כמעט כל אפשרות להגשת תובענה ייצוגית במקרים של פרסומת מטעה. הלא ברור, שאחת ממטרות התובענה הייצוגית היא להביא ליעילות הדיון במקרים בהם כל אחד מחברי הקבוצה נפגע בסכום קטן, ואין הצדקה שכל אחד ואחד מהם יגיש תביעה נפרדת.

לפי הפרוש שניתן בפס"ד ברזני לחוק הגנת הצרכן, יהיה לכאורה על כל אחד מחברי הקבוצה להגיש תצהיר, לפיו ראה את המודעה, הסתמך עליה ופעל על-פיה. שאם לא כן לא יוכלו להיות חלק מחברי הקבוצה שהוטעתה על-ידי הספק. דרישה זו היא בלתי סבירה והאפשרות לממשה קלושה.

ביקורת זו אינה מופנית בהכרח לעובדות המיוחדות של פס"ד ברזני נ' בזק. יתכן שניתן היה להגיע להכרעה זו או אחרת בפרשה זו.⁷ החשש הוא, שפסק-דין זה יאפשר הצגת פרסומות כוזבות לציבור, מתוך ידיעה שלית דין ולית דיין. הסתמכות על דיני העונשין ועל כללי המשפט המינהלי אין לה על מה לסמוך; לצערנו, התובענה הייצוגית היא האמצעי היעיל היחיד. צמצום נוסף של האפשרות להשתמש בכלי דיוני חשוב זה, פירושו מתן רשות חופשית לעוסקים לפרסם דברי כזב מבלי לחשוש לסנקציה כלשהי. ברשימה זו ברזוני לנסות ולשכנע, שהגישה שנקטה עמדת הרוב אינה מחויבת המציאות. לדעתי, פרשנות נאותה של חוק הגנת הצרכן מאפשרת ואף מחייבת פרשנות שונה, וזאת כדי להגשים את תכלית חוק הגנת הצרכן ואת מטרתו. הפרשנות המוצעת על ידי מתבססת, בין השאר, גם על קבלת השראה מהמשפט האמריקני, מאחר שהמשפט האמריקני הוא הבסיס לדיני התובענות הייצוגיות בישראל.

להחלטת הרוב בענין ברזני נ' בזק השלכות קשות על דיני הגנת הצרכן בכלל, ועל תובענות ייצוגיות צרכניות בפרט. ברשימה זו אצביע על כך, שהפרשנות של דעת

⁷ בפס"ד ברזני נ' בזק ציין השופט י' אנגלרד כי בעיניו ספק רב אם פרסומה של חברת בזק בדבר מחיר השיחות לחו"ל עלול היה להטעות צרכן במובן הוראות סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

הרוב אינה מחויבת המציאות ושדווקא הפרשנות של דעת המיעוט, אותה הציעה השופטת טובה שטרסברג-כהן היא הפרשנות הראויה לסוגיה זו בדיני הגנת הצרכן. חשוב לציין, כי בטרם יבש הדיו על דפי פסק-דין ברזני נ' בזק, נקבעה הלכה הפוכה לגבי ניירות ערך. בפס"ד שמש נ' רייכרד,⁸ קבע בית המשפט העליון, פה אחד, שאין דרישה להסתמכות אישית בהטעיה בניירות ערך וניתן להסתפק בדרישה של ההסתמכות עקיפה או חזקת ההסתמכות. ההרכב שישב לדין בפס"ד שמש נ' רייכרד דומה להרכב של פס"ד ברזני נ' בזק. השאלה המתבקשת היא: מדוע מה שטוב לדיני ניירות ערך אינו טוב לדיני הגנת הצרכן? דיון מפורט יותר בשאלה זו יעשה להלן בפרק ו.

מכאן קריאתי לשופטי בית המשפט העליון לשנות את ההלכה שנקבעה, בין אם באופן מלא ובין אם באופן חלקי. בסוף המאמר יוצע גם תיקון לחוק הגנת הצרכן, אף כי, לדעתי, אם תינתן הפרשנות הנדרשת ליישום החוק, לא יהיה צורך בתיקון. תחילה אציג את עיקר המחלוקת בין דעת המיעוט לבין דעת הרוב בפס"ד ברזני נ' בזק ולאחר מכן את ביקורתי על דעת הרוב. בהמשך אבחן את דיני ההטעיה הצרכנית מול דיני ההטעיה החוזית או הנזיקית.

רשימה זו אינה עוסקת לא בתביעתו של מר ברזני ולא בהגנה של חברת בזק. היא עוסקת בהשלכות של הלכת ברזני נ' בזק על דיני התובענות הייצוגיות הצרכניות.

ב. ניתוח ביקורתי של הלכת ברזני נ' בזק

1. עיקרי דעת המיעוט – השופטת טובה שטרסברג-כהן

השופטת טובה שטרסברג-כהן כתבה חוות דעת מפורטת ומנומקת בפסק הדין ברזני נ' בזק. נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק והשופט יצחק אנגלרד הגיעו למסקנה הפוכה וקבעו שיש צורך בהוכחת הסתמכות אישית על ההטעיה בפרסום כדי לתבוע פיצוי מכח חוק הגנת הצרכן. חוות דעתה של השופטת ארוכה (32 פסקאות) ומאלפת, אך היא נותרה בדעת מיעוט. לענייננו נביא בקצרה את נימוקיה העיקריים, המתייחסים לדרישת ההסתמכות על מצגי השוא של המטעה.⁹ עילת ההטעיה בדיני חוזים ובדיני נזיקין דורשת הטעיה בפועל וקשר בין ההטעיה

8 רע"א 8332/96 שמש נ' רייכרד, תקדין עליון 2001 (2) 108. ההחלטה ניתנה ב-12.7.01, עשרה ימים בלבד אחרי פס"ד ברזני נ' בזק.

9 בחוות דעתה של השופטת שטרסברג-כהן בפס"ד ברזני נ' בזק נדונו סוגיות נוספות שיש להן חשיבות רבה בנושא של תובענות ייצוגיות צרכניות, כמו האפשרות לאשר תובענה ייצוגית כספית למרות השוני בזכאות לפיצויים בין צרכן לצרכן (שם, בפסקאות 23–28) וכן בנושאים פרודורליים שונים. לענייננו נתרכז רק בסוגיית ההסתמכות.

לבין הטעות. רק כאשר התובע ידע על מצג השוא, הסתמך עליו וכתוצאה מכך נגרם לו נזק, קמה העוולה של מצג שוא רשלני.¹⁰ השאלה היא, האם יש להחיל כללים אלו גם ביחס לעילותיו העצמאיות של חוק הגנת הצרכן? אין מחלוקת כי סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן, הקובע איסור הטעיה בכל דרך העלולה להטעות צרכן, אינו דורש הטעיה בפועל של הצרכן. השוני בין הטעיה צרכנית לבין הטעיה חוזית או נזיקית נובע מתכלית חוק הגנת הצרכן, ממטרותיו בכלל, ומן המטרות המיוחדות של סעד התובענה הייצוגית הצרכנית בפרט.¹¹ הרחבת עילת הטעיה גם למקרים בהם התנהגות עוסק עלולה להטעות את הלקוח אינה מיוחדת לחוק הגנת הצרכן בלבד, והיא מופיעה גם בחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א–1981¹² ובחוק ניירות ערך, תשכ"ח–1968.¹³ ניסוח דומה מופיע גם בחוקי הגנת הצרכן של מספר מדינות בארצות-הברית. בפסיקה שפירשה חוקים אלו בארצות-הברית נקבע, כי לא נדרשת הסתמכות של הצרכן על הפרסום המטעה כתנאי לקבלת פיצויים, אולם נדרש קשר סיבתי בין הטעיה לבין הנזק שנגרם.¹⁴

השופט שטרסברג-כהן הוסיפה וכתבה, שגם אם ייקבע שלשם העמדת עילת התביעה מכח חוק הגנת הצרכן נדרשת הטעיה בפועל והסתמכות על המצג הכוזב, היא היתה קובעת, כי אין מקום לדרוש מהצרכן הוכחה פוזיטיבית של ההסתמכות. מאחר שדרישת ההסתמכות היא בעייתית,¹⁵ היא היתה "רואה לאמץ חזקה, לפיה, מקום בו יצר עוסק מצג העלול להטעות צרכן ומצג זה פורסם בהיקף נרחב מתוך מטרה שיגיע אל ציבור הצרכנים, נראה את הצרכן אשר רכש את המצרך או השירות נשוא המצג, כמי שנחשף למצג ופעל על פיו ובהסתמך עליו."¹⁶

קביעת סעיף 31 לחוק הגנת הצרכן, שדין מעשה או מחדל בניגוד לחוק הגנת הצרכן כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין, מגלמת בתוכה דרישה לקשר סיבתי בין מעשה העוולה לבין הפגיעה שנגרמה כתוצאה ממנו.¹⁷ פרסומיה של חברת בזק, כי התשלום בגין שיחות בחיוג בינלאומי ישיר ייעשה לפי משך זמן השיחה המדויק, יצרו זכות

10 שם, בפסקה 7 וראו אסמכתאות שם.

11 שם, פסקה 9 וראו אסמכתאות שם.

12 ס"ח 258. פס"ד ברזני נ' בזק, לעיל הערה 4, בפסקה 10 וראו ע"א 1304/91 טפחות נ' ליפרט, פ"ד מז(3) 309, 326.

13 פס"ד ברזני נ' בזק, לעיל הערה 4, בפסקה 11 וראו ע"פ 5734/91 מדינת ישראל נ' לאומי ושות' בנק להשקעות בע"מ, פ"ד מט(2) 4, 21.

14 פס"ד ברזני נ' בזק, לעיל הערה 4, בפסקה 12 צויינו החוקים של מדינות ניו-יורק, אילינוי ומיניסוטה.

15 שם, בפסקה 14 הובאו מספר אסמכתאות מהמשפט האמריקני, אסמכתאות אלו דנות בהטעיה בניירות ערך.

16 שם, בפסקה 14. כאסמכתא ברוח דברים אלו אוזכר פס"ד *Vasquez v. Superior Court of San Joaquin County*, 484 P. 2d 964 (1971).

17 פס"ד ברזני נ' בזק, לעיל הערה 4, בפסקה 15, וראו שם התייחסות למונחים "פגיעה" ו"נזק" בפקודת הנזיקין ובחוק הגנת הצרכן.

לצרכן לשלם עבור השיחה בהתאם לאמור בפרסום. מאחר שבפועל חברת בזק גבתה סכומים גבוהים יותר, הרי שנוצר נזק לצרכן בסכום ההפרש בין מה שהובטח לו לבין מה שגבו ממנו בפועל. "הפרש גביה" זה הוא הנזק שנגרם.¹⁸

מעשה או מחדל בניגוד לחוק הגנת הצרכן אינם בגדר עוולה נזיקית "מן המניין", אלא דינם "כדין עוולה" לפי פקודת הנזיקין, מכאן שאין להגביל עוולה זו לדיני הנזיקין "המסורתיים"¹⁹ ויש לתת משקל למטרות חוק הגנת הצרכן. המצג יצר הבטחה המחייבת את העוסק לפעול לפיה. משלא עמד העוסק בהתחייבותו, בכך שגבה מחיר גבוה יותר מהמצג, הוא הפר את חובתו וכתוצאה מההפרה נגרם נזק. מכאן שגם אם הצרכן לא נחשף לפרסומת נגרם לו נזק. אין צורך להוכיח שינוי בדפוס ההתנהגות של הצרכן לתביעת פיצוי. פרסום לפיו התשלום יהיה בגין זמן שיחה מדויק, מול פעולת גביה בסכום גבוה יותר הוא לכשעצמו גורם לנזק. נזק זה קשור עובדתית ומשפטית למצגים המטעים של חברת בזק.²⁰ גם במשפט האמריקני, שבו ויתרו, במידה רבה, על דרישת ההסתמכות האישית של הצרכן שנפגע, דרשו קשר סיבתי בין הפרסום המטעה לבין הנזק שנגרם לצרכן.²¹ בהסתמך על האמור קבעה השופטת, שהעובדה שברזני לא טען שנחשף למצגים של חברת בזק אינה אמורה לעמוד לו לרועץ בבקשתו לאישור התובענה הייצוגית. לו דעתה של השופטת היתה מתקבלת, ערעורה של חברת בזק כנגד אישור התובענה הייצוגית בבית המשפט המחוזי היה נדחה.²²

2. עיקרי דעת הרוב – הנשיא אהרן ברק

הנשיא ברק קבע, כי ברזני לא עמד בתנאים המוקדמים לאישור תובענה ייצוגית. לא היה ויכוח, כי איסור ההטעיה בסעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן אינו דורש הסתמכות על המצג וכי די בכך שהמעשה, דהיינו הפרסום, "עלול להטעות צרכן".²³ יחד עם זאת, סבר הנשיא, כי ברזני אינו זכאי לתבוע פיצויים בגין הפרסום המטעה מאחר שנדרש קשר סיבתי עובדתי ומשפטי בין המעשה האמור לבין נזקו של הניזוק. מאחר שברזני לא עיין בפרסומים ולא הסתמך עליהם, הם לא גרמו לו כל נזק ואין הוא זכאי לפיצוי כלשהו.²⁴ בהסתמך על סעיף 31 לחוק הגנת הצרכן, קבע הנשיא כי "דין איסור ההטעיה

18 שם, בפסקה 16.

19 ראו שם, בפסקה 17 את מבחני הפסיקה לקשר סיבתי בדיני הנזיקין הכלליים. מבחני הסיבתיות בדיני הנזיקין הם: מבחן הצפיות, מבחן הסיכון ומבחן השכל הישר.

20 שם, בפסקה 17.

21 שם, פסקה 18 ואסמכתאות מהמשפט האמריקני.

22 שם, פסקה 19, השופטת גם קיבלה את ערעורו של ברזני להכיר בתביעה כתובענה ייצוגית למתן סעד כספי (שם, בפסקאות 20–29).

23 פסק דינו של הנשיא אהרן ברק פסקה 2.

24 שם, בפסקה 3.

כדין עוולה בפקודת הנזיקין.²⁵ עקרון היסוד של דיני הנזיקין הינו, כי אין לחייב אדם בגין נזק שלא נגרם על ידו. כלל זה הוא עיקרון מרכזי בדיני הנזיקין ומעוגן בסעיפים 76 ו-64 לפקודת הנזיקין.²⁶ תנאי יסוד הוא, כי ההפרה היא שגרמה לנזק: "אם הצרכן לא נחשף כלל לפרסום המטעה, וממילא לא הסתמך עליו, הרי שהפרסום המטעה כלל לא גרם לו נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק".²⁷

חלק ניכר מחוות דעתו של הנשיא הוקדש לתשובות לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן.²⁸ בתשובות אלו ובניתוח ביקורתי שלהן נעסוק מיד בהמשך. אולם לפני כן, ראוי לצטט שני קטעים נוספים מפסק דינו של הנשיא:

"אם הצרכנים לא הסתמכו על הפרסום, אין זה ראוי כי יתאפשר להם להגיש תובענה. אין לשכוח כי הוראות החוק בענין התובענה הייצוגית מהוות איזון עדין בין האינטרסים של הצרכן, העוסק והציבור".²⁹

"כידוע, קשר סיבתי עובדתי משמעותו, כי לולא מעשה העוולה לא היה נזקו של הניזוק מתרחש. זהו מבחן הסיבה בלעדית אין. בענייננו, הקשר הסיבתי העובדתי מחייב, כי לולא ההטעיה האסורה לא היה הצרכן משוחח בטלפון באופן שבו הוא שוחח למעשה. קשר סיבתי זה מתרחש רק אם הצרכן מסתמך על האופי המטעה של הפרסום. אם הצרכן אינו מסתמך על הפרסום המטעה, כי אז היקף שיחות הטלפון שלו לא היה משתנה אם הפרסום היה אמיתי שכן היקף השיחות לא היה מושפע מתוכן הפרסום".³⁰

הנשיא ברק סיכם את חוות דעתו בקביעה שיש לדחות את ערעורו של ברזני ולקבל את ערעורה הנגדי של בזק.³¹ תנאי הסף לאישור תובענה ייצוגית צרכנית לא התמלאו, מאחר שהתובע הייצוגי לא הסתמך על הפרסומת של חברת בזק.³² לפני שנדון בהשלכות של הלכת ברזני נ' בזק על דיני התובענות הייצוגיות הצרכניות, ראוי לבחון את ההתמודדות של נשיא בית המשפט העליון עם חוות דעתה של השופטת שטרסברג-כהן.

25 שם, בפסקה 4. הנשיא ברק כתב כי הוא הדין אם היינו רואים כמעשה המנוגד לחוק הגנת הצרכן משום היפר חובה חקוקה.

26 שם, בפסקה 6.

27 שם, וראו שם אסמכתאות בנושא של הפרת חובה חקוקה.

28 שם, בפסקאות 8–12.

29 שם, בפסקה 8. הנשיא גם ציין שברזני אינו תובע ייצוגי הולם.

30 שם, בפסקה 12.

31 שם, בפסקה 13.

32 השופט י' אנגלרד הצטרף לחוות דעתו ולנימוקיו של הנשיא, אולם הקדים וציין כי ספק רב בעיניו אם פרסומה של חברת בזק עלול היה להטעות צרכן. לו התקבלה השקפה זו היא היתה מייתרת את כל הדיון בפסק-דין זה.

3. ניתוח ביקורתי של דעת הרוב

כאמור, חלק ניכר מפסק דינו של הנשיא ברק הוקדש לדחיית נימוקיה של השופטת שטרסברג-כהן. הנימוק הראשון של השופטת היה, שאין לדרוש הסתמכות של הצרכן על הפרסום המטעה שכן דרישה זו "תפחית את ההרתעה שהיא אחת מתכליות החוק. היא תהפוך את ההטעיה לכדאית, מנקודת מבטו של העוסק ותיפגע ברמת אכיפת הוראות החוק".³³ על כך כתב הנשיא ברק שאין לתת משקל רב מדי לנימוק זה שכן "ניתן יהא לאכוף את הוראות החוק באמצעות תרופות פליליות ואזרחיות (כגון צו מניעה)".³⁴ הנשיא הסביר, כי יימצאו בוודאי צרכנים שעיינו בפרסום המטעה ולרשותם תעמוד התובענה הייצוגית. מכל מקום, החשיבות שבהגנה על הצרכן אינה מספקת כדי לקדש בשמה מקרים שאינם ראויים להתברר כתובענה ייצוגית.

תשובה זו מעוררת קושי מסוים. כידוע במשך עשרים שנות קיומו של חוק הגנת הצרכן הוגשו תביעות פליליות ספורות כנגד מפירי החוק.³⁵ גם אם תוגש תביעה, הסיכון המושג על הנתבע אינו גדול. עד לתיקון החוק בשנת 2000, גובה הקנס היה לא משמעותי. גם לאחר התיקון³⁶ אין בגובה הקנס כדי להוות הרתעה משמעותית לעוסק רב עוצמה מפני הטעיית ציבור הצרכנים. האפשרות שאזרח יגיש בקשה לצו מניעה כסעד אזרחי היא קלושה ומעולם לא נעשה בה שימוש. איזה אינטרס יש לאדם פרטי להשקיע מאמצים וסכומי כסף ניכרים כדי להוציא צו מניעה לטובת הציבור? העובדה שמעולם לא נעשה שימוש בסעד זה למרות שהחוק נחקק לפני יותר מעשרים שנה, היא ראיה מוחלטת לכך שסעד זה אינו מעשי כלל והוא בבחינת אות מתה.

ההצעה שהתובענה הייצוגית תוגש על-ידי ועבור צרכנים שראו את הפרסומים והסתמכו עליה היא בעייתית למדי. כיצד תוגדר הקבוצה? כיצד תנוהל התביעה וכיצד תאושר? לא אחזור על השאלות שהוצגו לעיל,³⁷ אולם ברור למדי שהדרישה להוכחת הסתמכות אישית וישירה על הפרסום המטעה עלולה לחסל את האפשרות לאשר תובענה ייצוגית בגין הטעיה בפרסומים. נניח שחלק מחברי הקבוצה ראו את הפרסום וחלק לא ראו, או לא הסתמכו עליו. במקרה כזה, יהיה קושי לאשר את התובענה הייצוגית מאחר שאין זהות עילה בין חברי הקבוצה.³⁸ סעיף 35(ב)(3) לחוק הגנת הצרכן דורש כתנאי

33 פס"ד ברזני נ' בזק, לעיל הערה 4, בפסקה 9 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

34 שם, בפסקה 8 לפסק דינו של הנשיא.

35 בעוד שפורסמו בקבצי הפסיקה הממוחשבים עשרות רבות של פסקי-דין שדנו באופן מהותי בחוק הגנת הצרכן בתביעות אזרחיות, פורסם רק פסק-דין יחיד שדן בתביעה פלילית. ראו ע"פ (חי') 232/97 אופיס דיפו (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי, כרך כו (9) 436.

36 ראו חוק הגנת הצרכן (תיקון), התש"ס-2000, ס"ח 201. סעיף 23(א) לחוק קובע קנס הגדול פי שבעה מן הקנס שנקבע בסעיף 61(א)(2) לחוק העונשין, תשל"ז-1977. הקנס הוא $7 \times 19,300$ ש"ח שהם 135,100 ש"ח.

37 ראו לעיל, טקסט אחרי הערה 5.

38 חשוב לציין, כי בדרישות המפורטות והרבות לשם אישור תובענה ייצוגית בחוק הגנת הצרכן לא מופיעה במפורש הדרישה לזהות עילה. דרישה מעין זו מופיעה בכלל 23(a)(2) לכללי הפרוצדורה

לאישור תובענה כייצוגית כי "התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין". קיים חשש של ממש שהצורך להוכיח מי מחברי הקבוצה הסתמך על המצג הכוזב ומי מהם לא הסתמך על המצג, יהפוך את התביעה לבלתי ראויה להתברר כתביעה ייצוגית, וזאת בשל כך שהדיון בתביעה לא יהיה יעיל והוגן. נמצאנו למדים, שגם אם התובע ראה את המודעה, הבקשה לאישור התביעה כתובענה ייצוגית עלולה להידחות.

הנשיא ציין כי יש להיזהר בהפעלת הסעד של תובענה ייצוגית כיוון שהוא אמצעי רב עצמה. אכן, יש להיזהר בהפעלתו, אך אין בכך כדי להצדיק הטלת מגבלות כאלו, שתוצאתן תהיה שהבקשה לאישור תביעה כתובענה ייצוגית תידחה כמעט בכל מקרה.³⁹ נימוק נוסף שהביא את הנשיא לדחיית האישור לתובענה ייצוגית היה, שהתובע במקרה זה אינו תובע "הולם": "היותו של תובע תובע הולם על פי החוק, נדרשת לא רק בכדי להגן על העוסק אלא גם על קבוצת הצרכנים עצמם, שפסק-דין בתובענה ייצוגית יהווה מעשה בית-דין כנגדם". נימוק זה, כקודמיו, אינו משכנע. מה הסיכון הממשי במעשה בית-דין? הלא אין סיכוי שצרכן בודד יגיש תביעה בשל הנוק שנגרם לו מהפרסום הכוזב. יש הגיון בכך שנתבעים יטענו טענה זו, אך אין זה ראוי שבית המשפט יתן לשיקול זה משקל כבד מדי.⁴⁰

השופט שטרסברג-כהן הסתמכה רבות על משפט משווה, בעיקר המשפט האמריקני, ממנו נלמד כי איסור הטעיה צרכנית אינו דורש הסתמכות אישית. הנשיא ברק דחה נימוק זה,⁴¹ מאחר שרוב הפסיקה שצוטטה בפסק דינה של השופטת אינו מהווה אסמכתא לפסיקת פיצויים, למעט פסק-דין יחיד. אותו פסק-דין הוא שגוי, לדעתו. בשל חשיבות נושא זה הוא ידון בנפרד ובהרחבה להלן בפרק ה. בנוסף, הנשיא ברק דחה את הסתמכותה של השופטת שטרסברג-כהן על חוק

האזרחית האמריקנית (There are questions of law and fact common to the class). הפרדוקס הוא שדווקא הדרישה האמריקנית פורשה בצורה ליברלית ולא דווקנית כדי לאפשר אישור תובענות ייצוגיות. לעומת זאת, במשפט הישראלי שבו אין דרישה לזהות עילה אלא דרישה כללית יותר של "הדרך ההוגנת להכרעה במחלוקת", היא פורשה בצורה דווקנית יותר.

39 בשני פסקי הדין שצויינו בפסק דינו של הנשיא אושרה התובענה כייצוגית בבית המשפט המחוזי. הערעור בבית המשפט העליון התקבל והאישור בוטל. מכאן שגם במקרים הספורים שתביעה אושרה כתובענה ייצוגית במחוזי היא נדחתה בבית המשפט העליון, ראו רע"א 6567/97 בזק נ' עזבון המנוח אליהו גת, פ"ד נב(2) 713, 719; רע"א 4474/97 טצת נ' זילברשץ, פ"ד נד(2) 577. יש לציין כי הרוב המכריע של בקשות לאישור תובענה ייצוגית נדחו כבר בבית המשפט המחוזי.

40 ראוי בענין זה להשוות עם המשפט האמריקני. כלל 23(a)(4) דורש ייצוג הולם "adequacy of representation". בתי המשפט בארצות-הברית התייחסו בחשדנות לטענות הנתבעים בדבר אי התאמת הייצוג, ראו 657 F. 2d *Eggelston v. Chicago Journeyman Plumer Local Union*, 657 F. 2d (7th Cir., 1982). בית המשפט קבע כי לאפשר לנתבע לומר מי הנציג הראוי של הקבוצה, כמוהו כמינוי שועל כאחראי על הלול. ראו *Y. Rosmarin & D. Edelman Consumer* 70 *Class Action: A Practical Litigation Guide* (National Consumer Law Center, 1990).

41 פס"ד ברזני נ' בזק, לעיל הערה 4, בפסקה 9 לפסק דינו של הנשיא.

הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981 והסביר כי פסיקת בית המשפט בפרשו חוק זה,⁴² כחוק שאינו דורש הטעיה בפועל, אינה מתייחסת לתביעת פיצויים. הנשיא הוסיף וכתב, כי הגישה המוצעת על-ידי השופטת "תביא לכאורה לפיצוי הפרט אפילו ידע שהמצג אינו נכון. אם ניתן לתבוע פיצויים גם ללא הטעיה, מדוע, לכאורה, שלא יפסקו פיצויים גם מקום בו התובע ידע על הטעיה?".⁴³ לדעתי, השופטת אכן התייחסה לשאלה זו במפורש⁴⁴ בפסק הדין בכתבה כי היא נוטה לדעה שתהיה זו הגנה טובה לעוסק אם יוכיח כי הצרכן ידע, או היה צריך לדעת את מצב הדברים לאשורו ובחר להתקשר בעסקה חרף זאת. מסקנתה משתלבת בגישתה, לפיה אין ויתור על הצורך להוכיח פגיעה בצרכן. הוויתור הוא רק על דרישת ההסתמכות. אם הצרכן ידע את העובדות לאשורן אין פגיעה. הוויתור על דרישת ההסתמכות מעוגן בקושי להוכיח דרישה זו, אך אין ויתור על קשר סיבתי בין הטעיה לבין הפגיעה. גם במקרים בהם חוק הגנת הצרכן קובע חובות גילוי מפורטות, כגון בסעיף 4 לחוק, הוא מוסיף וקובע כי "תהא זו הגנה לעוסק אם הוכיח כי הפגם... בנכס היו ידועים לצרכן". קל וחומר שבהטעיה רגילה תהא לעוסק הגנה טובה אם הצרכן ידע את העובדות.⁴⁵

נימוק נוסף מחוות דעתה של השופטת שטרסברג-כהן שהובא בפסק דינו של הנשיא⁴⁶ התייחס להצעתה לקבוע חזקת הסתמכות ולא לדרוש הסתמכות אישית בפועל. השופטת קבעה כי גם אם נדרשת הטעיה בפועל והסתמכות כתנאי לתביעת פיצויים "הייתי רואה לאמץ חזקה, לפיה, מקום בו יצר עוסק מצג העלול להטעות צרכן ומצג זה פורסם בהיקף נרחב מתוך מטרה שיגיע אל ציבור הצרכנים, נראה את הצרכן אשר רכש את המצרך או השירות נשוא המצג, כמי שנחשף למצג ופעל על פיו ובהסתמך עליו".⁴⁷ נשיא בית המשפט העליון השאיר הצעה זו בצריך עיון וכתב, שמאחר שמדובר בחזקה עובדתית,⁴⁸ הרי שהיא לא היתה מועילה במקרה זה, בו מניחים שהתובע לא ראה את המודעות ולא הסתמך עליהן.⁴⁹ הנשיא הותיר בשלב זה מספר שאלות נוספות בצריך עיון, כמו מהו השלב הראוי להוכחת הנזק ושיעורו. לדעתי, ההכרעה בשאלות

42 שם, פסק הדין אליו התייחסו היה טפחות נ' ליפרט, לעיל הערה 12.

43 פס"ד ברזני נ' בזק, לעיל הערה 4, בפסקה 9 לפסק דינו של הנשיא.

44 שם, בפסקה 13 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

45 זה עקרון משפט כללי, ראו סעיף 12 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, ס"ח 98, וסעיף 6(1) לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, ס"ח 160. ראו גם א' זמיר חוק המכר, תשכ"ח-1968, (פירוש לחוק החוזים, ג' טדסקי – עורך, תשמ"ז) 278 ואילך. וראו גם את סעיף 10 לחוק הגנת הצרכן, הדין בנקיבת הפרש כוזב בעסקאות אשראי. הסעיף קובע שהעוסק לא יהיה אחראי אם יוכיח "כי מקור אי ההתאמה בטעות בתום לב שהצרכן יכול היה להבחין בה בנסיבות הענין". כל שכן שזה הדין אם הצרכן ידע את מלוא העובדות.

46 פס"ד ברזני נ' בזק, לעיל הערה 4, בפסקה 10 לפסק דינו של הנשיא.

47 שם, בפסקה 14 לפסק דינה של השופטת טובה שטרסברג-כהן. לכך הוסיפה וציינה כי לדעתה אין צורך בהסתמכות על המצג הכוזב.

48 במשפט האמריקני זוהי חזקה הניתנת לסתירה, ראו להלן טקסט ליד הערות 176-182.

49 וראו לעיל הערה 6 שהנחת פסק הדין היתה שהתובע לא ראה ולא הסתמך על המודעה. ציינתי שם כי מר ברזני הצהיר בפניי שהוא כן ראה, ויותר מכך שהוא מעולם לא נשאל בענין. יתכן

אלו עשויה ליצור את התשתית להכרה בתובענות ייצוגיות ולאפשרות למתן פסק-דין סופי בתביעות אלו.⁵⁰ יש להצטער על כך כי שאלות אלו לא נדונו בפסק הדין בכלל ובהכרעתו של הנשיא ברק בפרט.

חשוב לציין כי גם לדעתה של השופטת שטרסברג-כהן, לפיה אין צורך בהוכחת ההסתמכות, יש צורך בקשר סיבתי בין המצג המטעה לבין הנזק שנגרם. קשר סיבתי זה קיים במקרה דנן והנזק שנגרם במקרה זה היה "תשלום היתר" ששילמו הצרכנים מעבר לתעריף שפורסם.⁵¹ על כך השיג הנשיא, כי לא די בהפרש בין המחיר שנקבע בפרסום לבין המחיר שנקבע בפועל, אלא על התובע להוכיח כי לולא ההטעיה לא היה הצרכן משוחח בטלפון כפי ששוחח וכי היקף שיחות הטלפון של הצרכן השתנה עקב הפרסום.⁵² לדעתי, הדרישה להוכחת שינויים בהתנהגותו של הצרכן היא דרישה מכבידה שקשה מאוד לעמוד בה. האמנם סביר להביא את כל חברי הקבוצה להצהיר שהתנהגותם השתנתה עקב הפרסום? הקושי במקרים בהם ההטעיה היא במחדל חמור אף יותר. כיצד ניתן יהא להוכיח שלו היה גילוי מלא, הצרכנים היו משנים את התנהגותם?

הכרה בפרסומת, שהיא מצג בשלב הטרם חוזי, כהתחייבות שעל העוסק לעמוד בה, אינה מתיישבת בהכרח עם כללי המשפט האזרחי. אכן יש מקום להבחנה בין מצגים טרום חוזיים לבין מצגים שהופכים להיות חלק מהחווה. הבחנות אלו חשובות כאשר דנים בתביעה על בסיס דיני החוזים והנזיקין. אולם, בפנינו עילות עצמאיות מכח חוק הגנת הצרכן. אם בכל עילה צרכנית יש לעמוד בכל דרישות המשפט האזרחי, הרי שהחוק הופך למיותר במידה רבה. מקור הקושי הוא בהחלת כללי המשפט הפרטי, שמטרתם פתרון בעיותיו של היחיד, על דיני הגנת הצרכן, שבאים להסדיר בעיות הנובעות ממבנה השוק המודרני. כבר במקום אחר ציינתי שהפתרונות של דיני חוזים⁵³ הם פתרונות ליחיד על בסיס אישי. הוא הדין ביחס לדיני הנזיקין.

שניהם אינם יכולים לשמש בסיס נאות לתובענות ייצוגיות צרכניות.

חשיבות רבה נודעה לשמירה על בלמים ואיזונים בנושא של תובענות ייצוגיות

שהתובע לא הציג ראיות בסוגיה זו, אך האם כבר בשלב האישור חייב התובע להציג את כל ראיותיו כולל הסתמכות על הפרסומת הכוזבת?

50 לדוגמה, קביעה כי הדרישה להוכחת הסתמכות תהיה בדיון לגופו של ענין, ולא בשלב אישור התובענה הייצוגית, תאפשר לחלוף על מחסום ראשוני זה של אישור, ולאחר מכן תאפשר משא ומתן לפשרה. רוב התובענות הייצוגיות שחלפו את מחסום האישור נגמרות בפשרה.

51 פס"ד ברזני נ' בזק, לעיל הערה 4, בפסקה 17 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן. וראו ביתר הרחבה לעיל טקסט ליד הערות 18–20.

52 פס"ד ברזני נ' בזק, לעיל הערה 4, בפסקה 12 לפסק דינו של הנשיא ברק וראו ציטוט לעיל טקסט ליד הערה 30.

53 ראו ס' דויטש "יחסי בנק לקוח – אספקטים חוזיים וצרכניים" ספר זיכרון לגד טדסקי (תשנ"ה) 163, 183–192. בפרק זה בחנתי את יתרונותיהם של דיני החוזים בהסדרת יחסי בנק לקוח אולם לא התעלמתי מהקושי שבהפעלתם. בין השאר, ציינתי כי הסעד לציבור הלקוחות הוא אינדיבידואלי ומשתנה ממקרה למקרה, ולכן ההסתמכות על דיני החוזים הכלליים בלבד אינה מעשית. זו אינה הדרך היעילה להגנת זכויותיהם של הלקוחות (שם, בעמ' 192).

צרכניות. יש לשמור על האיזון שבין האינטרסים של הצרכן, העוסק והציבור. ישנן דרכים רבות להשגת איזון זה.⁵⁴ החלת כללי המשפט האזרחי הפרטי במלואם על דיני הגנת הצרכן לא תוביל למערכת של איזונים ובלמים, אלא עלולה למוטט כליל את המכשיר של תובענה ייצוגית צרכנית.

כדי לבסס את ההבחנה בין דין אזרחי לבין דין צרכני ראוי לסקור בקצרה את תכלית חוק הגנת הצרכן ואת מטרותיו. סקירה זו תסייע להבין מדוע חשוב שחוק הגנת הצרכן יהיה חוק אפקטיבי ויעיל.

ג. תכלית חוק הגנת הצרכן, התשמ"א–1981 ומטרותיו

חוק הגנת הצרכן, התשמ"א–1981 נחקק כדי להגן על הצרכנים, לאחר שהתברר שאין די בכללי המשפט הפרטי כדי להגן על הצרכן. הנחות היסוד של המשפט הפרטי הן קיום מצב של שוויון בין הצדדים, חופש חוזים ואוטונומיה של רצון הצדדים. מצב זה אינו מתאים לעסקאות צרכניות, שבשל מבנה השוק המודרני אין בהן חופש חוזים אמיתי ולכן דיני החוזים הכלליים אינם מתאימים להן.

יישום דיני החוזים הכלליים ודיני הנזיקין דורש התדיינות ממקרה למקרה. הגישה הבסיסית של דיני חוזים, המצמצמת את העילות ואת הסעדים, יש בה הגיון, מאחר שאחד השיקולים המרכזיים הוא ביטחון בעסקאות. לשיקול זה יש פחות הצדקה בעסקאות צרכניות שהן חד-צדדיות במובנים רבים.

הסעד לנפגע בדיני חוזים ובדיני נזיקין הוא סעד אישי, השונה ממקרה למקרה. סעד זה אינו מתאים לצרכן, שקשייו נובעים ממבנה השוק המודרני. תביעה אזרחית דורשת יוזמה ומשאבים. אין תימה שהצרכן הבודד נרתע מפנייה לבית המשפט. יש אפוא צורך במתן זכויות מהותיות נוספות לצרכן ובקביעת סעדים מיוחדים, דוגמת תובענות ייצוגיות צרכניות.⁵⁵

לאור כל השיקולים האלו נחקקה בישראל מערכת מקיפה של חוקים צרכניים שבמרכזה חוק הגנת הצרכן. ההבדלים בין חקיקה אזרחית לבין חקיקה צרכנית הם ניכרים. ניתן להבחין בקלות בשוני שבין המאפיינים של חקיקה אזרחית לעומת המאפיינים של חקיקה צרכנית.⁵⁶

54 לשם קבלת אישור לתובענה ייצוגית מכח חוק הגנת הצרכן יש לעמוד בתנאים רבים המפורטים בסעיפים 35 ו-35ב לחוק. תנאים אלו נדונו בעשרות פסקי דין. ישנם נכון של תנאים אלו עשוי להביא לאיזון ראוי של מכלול האינטרסים. הדיון בתנאים אלו, ישומם ופרשנותם הראויה חורגים ממסגרת רשימה זו.

55 להשוואה ראו במשפט האמריקני J. Starrs "The Consumer Class Action — Part I: Considerations of Equality" 49 *Boston U.L. Rev.* (1969) 21; J. Starrs "The Consumer .Class Action — Part II: Considerations of Procedure" 49 *Boston U.L. Rev.* (1969) 407

56 ס' דויטש דיני הגנת הצרכן — יסודות ועקרונות (כרך א, תשס"א) 280–294 (להלן: דיני הגנת הצרכן).

חקיקה אזרחית היא נייטרלית, מאופיינת בהוראות דיספוזיטיביות, מנוסחת בתמציתיות ובקיצור נמרץ. לעומתה החקיקה הצרכנית אינה נייטרלית, יש לה מטרה – להגן על הצרכן. הנחת היסוד היא שהצרכן זקוק להגנה. מטרת החקיקה היא לאזן את חוסר השוויון הכלכלי והמשפטי ביחסים בין עוסק לבין צרכן. לפיכך שמירה על נייטרליות משמעה הקפאת מצב של חוסר השוויון.

החקיקה הצרכנית, להבדיל מהחקיקה האזרחית, היא קוגנטית. הדבר נעשה מתוך הבנה שהלקוח אינו מסוגל לשמור על ענייניו ועל האינטרסים הלגיטימיים שלו. אם נקודת המוצא של החקיקה האזרחית היא שוויון, אוטונומיה של הפרט וחופש החוזים, נקודת המוצא של החקיקה הצרכנית היא אי שוויון, העדר אוטונומיה של הפרט והעדר מידע וחופש חוזי מלא. להבדיל מהחקיקה האזרחית, הכתובה בתמצית, החקיקה הצרכנית מפורטת ודווקנית. מידת ההתערבות של המחוקק בתוכן החוזה היא מאפיין חשוב של החקיקה הצרכנית.

ביודענו זאת, לא יתכן לדרוש, במסגרת הוראות החקיקה הצרכנית, עמידה בכל התנאים של המשפט האזרחי, שכן המשמעות המעשית של גישה זו היא פגיעה קשה בדיני הגנת הצרכן.

אין גם להתעלם מכך, שדיני החוזים הכלליים בישראל הם, בסופו של דבר, דיני החוזים המסחריים.⁵⁷ דיני החוזים נקלטו מאמנות לסחר טובין בינלאומי, בהן האינטרסים הלגיטימיים של הלקוחות לא הובאו בחשבון. דינים אלה מתאימים לסחר בינלאומי ולא לסחר פנים-מדינתי, וכל שכן שאינם מתאימים לסחר צרכני. הדבר בא לידי ביטוי בחוקים אזרחיים רבים, ואין זה המקום להרחיב. לאור כל האמור הצעתי בספרי לראות בדיני החוזים הצרכניים ענף עצמאי של דיני החוזים תוך התנתקות חלקית מכללי המשפט האזרחי.⁵⁸ החלה מלאה של כללי המשפט האזרחי על חוק הגנת הצרכן תוביל לייתורו ולביטולו של החוק הלכה ולמעשה.

המטרות של הגנת הצרכן הן הגנת ערכים חברתיים, הגנת ציפיות הצדדים, התמודדות עם כשלי שוק וחוסר שוויון. ללא הפנמה של מטרות הגנת הצרכן אין כל ערך לחקיקה הצרכנית. הניסיון של יישום חוקי הגנת הצרכן בפסיקה בשנות ה-80 וה-90 מראה, שבשל כך שבתי המשפט אינם מפנימים את התכלית של החקיקה הצרכנית, החוקים הצרכניים מתפרשים כך שכמעט אין הם ניתנים ליישום:

“יישום הוראות חוק תלוי במידה רבה בפרשנותן. רק הבנת הרקע וההצדקה להגנת הצרכן היא שתקבע בסופו של דבר אם הצרכן, אכן, יקבל סעד בסופו של הליך או שתביעתו תידחה. החקיקה הצרכנית מנוסחת, אמנם, בלשון מפורטת יותר מאשר החקיקה האזרחית בישראל, אך עדיין היא משתמשת במושגים רחבים הדורשים פרשנות ... הפרשנות שתיבחר תלויה במידה רבה בגישת

57 שם, בעמ' 328–331.

58 שם, בעמ' 332–349.

בתי המשפט לשאלה בדבר היקף התחולה של החוק הרלוונטי ... נכונות בית המשפט להעניק להוראות הקיימות פרשנות שונה כאשר מדובר בצרכן היא שיכולה להפוך אותם לכלי רב חשיבות להגנתו. המהלך האמור יתאפשר רק אם תהיה לבית המשפט נכונות לעשות כן מתוך הכרה במעמד המיוחד של עסקאות צרכניות מול עסקאות מסחריות. מכאן שהבנת המטרות והיעדים של הגנת הצרכן חיונית לפרשנות ראויה של חקיקה צרכנית".⁵⁹

הדרישה שפרשנות חוק תתבסס על עקרונות הפרשנות של השיטה המשפטית הישראלית וכי תמלא אחר תכלית החוק והמטרות החברתיות הראויות, אין בה כל חידוש והיא הפכה מזמן להלכה פסוקה. כך נקבע בפרשת סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה:⁶⁰ "הגישה המקובלת עלינו הינה כי המשפט הוא מכשיר חברתי. מושגי המשפט נועדו להגשים מטרות חברתיות, הם כלי שרת בהשגת יעדים חברתיים ... מכאן, שבפרשנותו של דבר חקיקה אנו שואלים את עצמנו מהי המטרה המונחת ביסודו. ללשון ינתן אותו מובן שיגשים את המטרה המונחת ביסוד החקיקה. בדומה, מובנו של החוק לא יקבע אך על פי המובן היוריספרודנטלי שניתן למושגים שבהם משתמש דבר החקיקה; מובנו של החוק יקבע ע"י המטרה המונחת ביסודו ... זו הפרשנות התכליתית המקובלת עלינו ... אכן מובנו של ביטוי נקבע על פי תכליתו, והתכלית המונחת ביסוד חוקים שונים היא שונה".

אכן, דברים כדרכונות, לכל חוק יש תכלית, כל חוק בא להגשים מטרה חברתית והיא שאמורה להנחות את בתי המשפט להגשמתו, על הדרך הטובה ביותר. אם נכונים דברים אלה לגבי פרשנות כל חוק, על אחת כמה וכמה כוחם יפה כאשר באים אנו לפרש את חוק הגנת הצרכן. אין ספק, כי ביסוד הגנת הצרכן, הגנה על ערכים חברתיים. חברה בלתי מוסרית, חברה המאפשרת לעוסקים רבי עוצמה להטעות ללא מורא את כלל ציבור הצרכנים בפרסומיהם, היא חברה שאיכות החיים בה ירודה, ערכיה מדולדלים ורמתה החברתית היא כשל מדינת עולם שלישי. האם זו המדינה שאנו מעוניינים לעצב?!

בכאנו לפרש את חוק הגנת הצרכן, אין להסתפק רק בסוגיה של פירוש מונחים, אלא יש לבחון גם את נושא הרכבת תורת המשפט של המשפט האזרחי על דיני הגנת הצרכן. למונחים רבים יש מטען משפטי רב. מטען זה התפתח במשך שנים רבות במסגרת המשפט האזרחי והמסחרי. מסגרות אלו של מושגי משפט נבעו מתוך המטרות של המשפט האזרחי ותכליתו. קליטתן כפי שהן אל תוך דיני הגנת הצרכן עלולה לפגוע קשות בדינים אלו. שאלות כמו: האם הטעיה היא רק בשלב הטרום-חוזי

59 שם, בעמ' 24-25. מי שהרחיב את הדין בנושא הפרשנות של חקיקה שמטרתה להגן על הצרכן הוא פרופ' אייל זמיר (ראו א' זמיר, פירוש והשלמה של חוזים (תשנ"ו) 11-12, 74-77, 111-112.

60 דנג"ץ 4601/95, פ"ד נב(4) 817, 826-827.

אם לאו? האם יש לעמוד בכל הדרישות של פקודת הנזיקין? מה תוקף התחיבות בפרסום? – הן שאלות שחוק הגנת הצרכן אינו עונה עליהן במפורש והתשובה להן צריך שתיתנן מתוך הבנת תכליתו של החוק ומטרותיו. אין לקלוט את כל ההלכות הקיימות בנושאים אלו כמשפט האזרחי באופן גורף.

אחת המטרות החשובות של דיני הגנת הצרכן היא הגנת הציפיות הסבירות של הצדדים לעסקה. אין ספק כי הגנת הציפיות הסבירות של הצדדים הינה מטרה המקובלת על כלל ציבור המשפטנים ואף משמשת ככלי חשוב לפרשנות חוזה.⁶¹ ציבור הצרכנים מצפה לאמת בפרסום. על אחת כמה וכמה שהציבור מצפה לאמת בפרסום מחברות ענק, דוגמת חברת בזק. מכאן שפרשנות שתצמצם הגשת תובענות ייצוגיות כנגד חברות ענק השולטות במשק הישראלי תביא לסיכול הציפיות הסבירות של ציבור הצרכנים, אינטרס שהכל מכירים בחשיבותו.

הבסיס העיקרי לדיני הגנת הצרכן הוא הצורך להגן על הצרכן מפני חוסר שוויון בכח המיקוח הנובע ממבנה השוק המודרני. מאחר שהצרכן סובל מחוסר שוויון כלכלי ומקצועי מול העוסק, בא החוק לאזן מצב זה על-ידי חקיקה מיוחדת, וזאת כדי להביא ליתר הגינות במסחר,⁶² ערך שלגביו יש הסכמה רחבה בחברה. המשפט בא להשלים את מה שהצרכן אינו מסוגל להשיג בעצמו. יש להגן על הצרכן מפני חוסר יכולתו להתמודד עם השווקים המתוחכמים של העולם המודרני ועם חוסר יכולתו להתמודד מול עולם העסקים בשל השינויים במבנה השוק. בשל מגוון המוצרים והשירותים במאה האחרונה, אין כל אפשרות ריאלית לניהול משא ומתן עם גוף ענק דוגמת בזק. דיני הגנת הצרכן מיועדים להשבת האיזון שהשתבש בשל מבנה השוק.

חוסר האיזון בין הצרכן לבין הספק נובע מבעיות של מידע ושל מגוון המוצרים והשירותים. הצרכן הסביר (ואין הכוונה לעורך-דין, משפטן או כלכלן מומחה) אינו מבין את מבנה התעריפים בבזק ואת שיטת החישוב של מניה בשיחה טלפונית. חוסר השוויון בין הצרכן הבודד לבין חברת ענק כחברת בזק אינו נובע רק מכוחה הכלכלי העדיף של חברת בזק, אלא בעיקר מגורמים כמו מורכבות העסקה, מומחיות הספק וחוסר הכדאיות הכלכלית בחקר הפרסומת. סיכומו של דבר, החקיקה הצרכנית

61 ראו, לדוגמה, רע"א 3128/94 אגודה שיתופית בית הכנסת רמת חן נ' סהר חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נ(3) 281, 297–307, שם קבע בית המשפט העליון שיש להפעיל כללי פרשנות מיוחדים על מנת להגיע ליישום העיקרון של כיבוד הציפיות הסבירות של הצדדים ועל מנת להביא למשפט צדק. על חשיבות הגנת הציפיות הסבירות של צדדים לחוזה ראו א' זמיר עקרון ההתאמה בקיום חוזים (תש"ן) 142–145; א' זמיר חוק חוזה קבלנות, תשל"ד–1974 (תשנ"ה) 37–39; א' זמיר פירוש והשלמה של חוזים (תשנ"ו) 82–86. לדיון בנושא זה, כולל מקורות נוספים, ראו מ' גלברד הפרה צפויה (עבודת דוקטורט, בר-אילן, תשס"א) 76–77.

62 על התפיסה של הגנת הצרכן כחלק מנהלי מסחר הוגן ראו גם הצעת חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2002), התשס"ב–2001. בסעיף 42 מוצע שבחוק הגנת הצרכן, במקום תפקיד "הממונה על הגנת הצרכן" יבוא תפקיד של "הממונה על הסחר ההוגן". בנוסף הוצע להקים "רשות לסחר הוגן" שתבוא במקום היחידה להגנת הצרכן במשרד התעשייה והמסחר.

מיועדת להגן על האינטרסים הלגיטימיים של הצרכן בשוק מודרני מסובך ומורכב. בסוגיה זו תפקידם של בתי המשפט חשוב לא פחות מתפקידו של המחוקק. גם החוק המפורט ביותר לא יוכל ליתן את התשובה הראויה בנסיבות המקרה, אם בתי המשפט לא יפנימו את מטרות דיני הגנת הצרכן ותכליתם ולא ימצאו את הדרך הראויה וההוגנת להגן עליו.⁶³

אין ספק כי החקיקה הישראלית בתחום הגנת הצרכן באה בעקבות חקיקה דומה בעולם. דיני הגנת הצרכן התפתחו בארצות-הברית בעקבות הצהרתו המפורסמת של הנשיא קנדי בקונגרס האמריקני בשנת 1962.⁶⁴ זכויות אלה אומצו בתוכנית של השוק האירופי המשותף משנת 1975.⁶⁵ כיום אין מדינה בת תרבות שאינה מכירה בזכויות הצרכן. ההכרה היא ברמה הלאומית וברמה הבינלאומית כאחת. זכויות אלה הוכרו תחילה בארצות-הברית ומאוחר יותר בכל העולם. בעקבות התפתחויות אלה בעולם, נחקק בשנת 1981 חוק הגנת הצרכן הישראלי ואין ספק שיש לתת משקל מיוחד לגישות המקובלות בעולם בתחום זה.

אם כך הדברים לגבי חוק הגנת הצרכן בכללותו, הרי שעל אחת כמה וכמה לגבי התיקון שקלט את המוסד של תובענות ייצוגיות צרכניות. תובענות ייצוגיות הוכרו במשפט האמריקני בשם Class actions כבר בשנת 1938 והן שוכללו ושופרו בכלל 23 לכלי הפרוצדורה האזרחית הפדרלית משנת 1966. דיון נרחב בכללים אלה וההצעה לקליטתם במשפט הישראלי פורטו בדין וחשבון שהוגש למועצה הישראלית לצרכנות על-ידי פרופ' סטיבן גולדשטיין תחת הכותרת "פיתוח שיטת תביעות-ייצוג-קבוצתיות כמגן לצרכנים (תשל"ח-1978)". בזמנו היתה התנגדות מטעם גופים שונים לקליטה מלאה של תובענות ייצוגיות למשפט הישראלי ולפיכך הוחלט לקלוט מוסד דיוני זה למשפט הישראלי בתחומים מוגדרים כגון ניירות ערך, הגנת הצרכן, הגבלים עסקיים, בנקאות וביטוח. ההבנה היתה, כי בתחומים אלה הגנת הציבור מכח סעדים רגילים אינה מספקת ולכן יש צורך גם בסעד הדיוני של תובענה ייצוגית. לא יתכן שהפרשנות שתינתן להוראות שונות של חוק הגנת הצרכן תהיה כזו שכלי זה יהפוך להיות לאמצעי חסר ערך. כפי שנוכיח בהמשך, יישום דווקני של הדרישה להסתמכות

63 לא ייחסתי חשיבות מיוחדת לדברי ההסבר להצעת חוק הגנת הצרכן, תשמ"מ-1980 (ה"ח 302), שכן דברי ההסבר מביאים לידי ביטוי את השקפות המנסחים במשרד המשפטים ואין לתת משקל מיוחד לדבריהם, וודאי שלא משקל ברמה דומה לתכלית החוק ומטרתו, כפי שפורטו לעיל. מאותה סיבה גם לא נתתי משקל מיוחד לדברי ההסבר של הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מספר 3), התשנ"ד-1994, ה"ח 396, שבאו להסביר את הצורך בתובענות ייצוגיות, למרות שהללו תומכים בדברים שנכתבו בפסקאות הקודמות. לדעתי, התכליות והמטרות של חוק הגנת הצרכן ברורות על פניהן ואין צורך לא בדברי הסבר להצעות החוק ואף לא באמרות שנאמרו בדברי הכנסת כדי להבינן.

64 "President Kennedy's Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest", March 15, 1962. *United States Congressional Quarterly*, 1962 pp. 890-893

65 OJC92 (25.4.1975). וראו גם דיני הגנת הצרכן עמ' 132-135.

אישית בכל תביעת פיצויים בגין הטעיה צרכנית עלולה לגרום לביטול הסעד של תובענה ייצוגית בתחום הצרכני. אין זה הגיוני כי לחוק תינתן פרשנות שתהפוך אותו לאות מתה.

הצורך בסעד של תובענות ייצוגיות נובע מהבעיה של תת אכיפה של דיני הגנת הצרכן. מצבו של הצרכן בישראל גרוע בהרבה מהסטנדרטים המקובלים במדינות המתועשות. למרות שיש בישראל כעשרים חוקים הדנים בהיבטים שונים של הגנת הצרכן,⁶⁶ מתברר שחוקים אלה כמעט שלא יושמו והם סובלים כולם מתת אכיפה חריפה. הפיקוח המנהלי והעונשי הקיים בחוקים אלה מופעל בצורה חלקית ביותר.⁶⁷ האכיפה האזרחית הפרטית שקדמה לתיקון המאפשר תובענות ייצוגיות גם היא כמעט שלא יושמה. למעט תביעות בבית-משפט לתביעות קטנות, כמעט ששום חוק צרכני לא נדון באופן מהותי בבית המשפט.

לא ניתן לפתור בעיות בעולם המשפט רק על-ידי קביעת זכויות מהותיות. אם הזכויות המהותיות לא ילוו בסעדים ממשיים שניתנים לאכיפה, תועלתן תהיה מועטת ביותר. כאן מקומה של התובענה הייצוגית אשר לראשונה, אחרי עשרות שנים של חקיקה צרכנית סימבולית, הפכה את הגנת הצרכן לסעד ממשי. פסיקה שמרנית של בתי המשפט עלולה להיות בעלת אפקט מצנן בכל הנושא של הגנת הצרכן והיא עלולה להחזיר נושא חשוב זה לרמתו הקודמת, שאינה מתיישבת עם הרמה המקובלת במדינות המתקדמות.

נכון הדבר, יש להשתמש בתובענות ייצוגיות בזהירות, תוך מציאת דרכים נאותות למניעת שימוש לרעה בכלי דיוני חשוב זה, בין אם בדרך של פסיקה, בין אם בדרך של חקיקה. אך מכאן ועד לקביעת הלכה שתסתום את הגולל על כלי דיוני חשוב זה, עוד רב המרחק.

כללו של דבר, עיון קצר בתכלית חוק הגנת הצרכן ובמטרותיו מחייב להקנות להוראותיו תוכן שיאפשר את מימוש החוק. אין לאמץ בצורה גורפת את כל כללי המשפט האזרחי ולהחילם על דיני הגנת הצרכן ללא הבחנה. הדבר נכון הן לגבי פרשנות הסעדים בגין הטעיה צרכנית והן לגבי יישום סעדים אלו בהקשר של תובענה ייצוגית.

66 ראו שם, בעמ' 294–299.

67 מתוך מאות פסקי-דין שאוזכרו בספרי דיני הגנת הצרכן, רק כעשרה דנו בתביעות פליליות מכח חוקים שונים בנושא זה וזאת בהתייחס לישום של כ-15 חוקים במשך עשרים שנה. וראו גם לעיל הערה 35.

ד. פרשנות מונחי משפט כלליים בחוק הגנת הצרכן: הטעיה צרכנית מול הטעיה חוזית ונזיקית

1. היקף תחולתו הראוי של המשפט האזרחי על חוק הגנת הצרכן

הדרישה להוכחת הסתמכות אישית של צרכן על מצגים כוזבים של עוסק התעוררה בהקשר של תובענה ייצוגית. סוגיה זו אינה שאלה דיונית, כי אם שאלה מהותית בדיני הגנת הצרכן. מהו היקף העילה של הטעיה צרכנית ומהם הסעדים שעומדים לרשות הצרכן? שאלת השאלות היא, האם יש להקנות תוכן עצמאי למונחי משפט כלליים, כגון הטעיה, כאשר הם מופיעים בחוק הגנת הצרכן, או שמא יש להמשיך ולהחיל במקרים אלו את הפרשנות המקובלת של מושגי המשפט הפרטי? התשובה לשאלה זו עשויה להשפיע על פרשנות דיני הגנת הצרכן בכלל ולא רק בסוגיה זו.

הצגתי שאלה זו בהרצאה שניתנה בשנת 1997,⁶⁸ ושפורסמה במאמר בשנת 2000.⁶⁹ במאמר הצעתי להכיר בחוזים צרכניים כענף עצמאי של דיני החוזים. ציינתי כי בתחילת שנות ה-90 התלבטתי בשאלה אם ניתן לראות בחוזים צרכניים ענף נפרד של דיני החוזים.⁷⁰ אולם, לאור ההתפתחויות בחקיקה בשנות ה-80 ובשנות ה-90, סברתי, לקראת סוף שנות ה-90, כי יש מקום להכיר בחוזים צרכניים כענף נפרד של דיני החוזים. בשלב ההוא עדיין לא הצעתי לסטות מהפרשנות המקובלת של דיני חוזים בבואנו לפרש חקיקה צרכנית, למעט במקרים בהם היו שינויים מפורשים בחקיקה. יחד עם זאת, הצעתי ליצור פרשנות וחשיבה אחידה לדיני החוזים הצרכניים בשל התשתית הרעיונית והחקיקתית הקיימת בתחום זה, כמו גם בשל השוני שקיים בנושאים רבים בין דיני חוזים צרכניים לבין דיני החוזים הכלליים.⁷¹ בסיכומי של דבר, הצעתי להכיר בדיני החוזים הצרכניים כענף עצמאי ושעצמאות זו תבוא לידי ביטוי בחקיקה, בפסיקה ובספרות המשפטית.⁷² עצמאות זו תשמש בסיס להפעלת מדיניות של חקיקה שיפוטית בנושאים של הגנת הצרכן, מדיניות שעדיין טרם יושמה.⁷³

68 הרצאה שניתנה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב ביום 26.11.97 בכנס לרגל מלאת עשרים וחמש שנים לחקיקת חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

69 ס' דויטש "דיני החוזים הצרכניים מול דיני החוזים המסחריים" עיוני משפט כג (תש"ס) 135.

70 ס' דויטש "דיני החוזים והחקיקה להגנת הצרכן" מחקרי משפט ט (תשנ"ב) 133, 143-145. יש לציין, כי חלק ניכר מהמאמר עסק בתחולת דיני החוזים הכלליים על חוזים צרכניים. התיקונים המהותיים של חוק הגנת הצרכן נעשו ברובם המכריע בשנות ה-90 ואילך.

71 שם, בעמ' 157-158. הדין המיוחד של דיני החוזים הצרכניים בא לידי ביטוי ברוב הנושאים המרכזיים של דיני חוזים: דיני כריתת חוזה, דרישות צורה, פגמים בכריתה, תוכנו של חוזה ופירושו של חוזה. בין השאר, הדגשתי את המגמה המתגבשת בפסיקה לפרש חוזים צרכניים בצורה שונה מאשר חוזים מסחריים, שם, בעמ' 179-186.

72 שם, בעמ' 186.

73 שם, בעמ' 187.

בספרי על דיני הגנת הצרכן⁷⁴ הקדשתי את השער השלישי לדיני החוזים הצרכניים. הפרק השני בשער זה דן בדין המיוחד של דיני החוזים הצרכניים. אחת הסוגיות שזכתה לדיון נרחב היתה הסוגיה של הטעיה צרכנית ופירוש הוראותיה בחוק הגנת הצרכן.⁷⁵ בסוגיה זו בחנתי את היחס בין דיני הטעיה הצרכנית לבין דיני הטעיה החוזית בכלל ובהקשר של תובענה ייצוגית בפרט.

אחד ההבדלים בין הטעיה צרכנית לבין הטעיה חוזית הוא, שבהטעיה צרכנית אין דרישה לקשר סיבתי בין הטעיה לבין ההתקשרות, וזאת בשונה מהטעיה חוזית. השוני נובע, בין השאר, מכך שסעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973⁷⁶ דורש שההתקשרות בחוזה תהיה "עקב טעות שהיא תוצאת הטעיה". מכאן, שיש להוכיח קשר סיבתי בין טעות המתקשר הנובעת מהטעיה לבין ההתקשרות בחוזה. דרישה זו אינה מופיעה בסעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א–1981⁷⁷ שקבע כי די בכך שהמעשה או המחדל עלולים להטעות צרכן. אין דרישה שההטעיה היא שהביאה להתקשרות בחוזה.

כאשר הסעד המבוקש של הצרכן הוא פיצויים מכח סעיף 31 לחוק הגנת הצרכן אמנם אין צורך להוכיח קשר סיבתי בין הטעות לבין ההתקשרות, אך יש להוכיח קשר סיבתי בין הטעיה לבין הנזק שנגרם לצרכן. אם אין נזק אין פיצוי. הצעתי גם, כי טענת עוסק, שהצרכן היה מתקשר בעסקה גם לולא הטעיה, לא תפטור אותו מאחריותו, אם ניתן יהיה להוכיח את הנזק שנגרם.⁷⁸

העילה של הטעיה צרכנית הפכה לסעד אפקטיבי לאחר שהוסיפו בחוק הגנת הצרכן את הסעד של תובענה ייצוגית צרכנית. התברר שבמשך השנים הרבות שבהן חוק הגנת הצרכן לא כלל סעד של תובענה ייצוגית, הוא היה כמעט אות מתה. כמעט שלא היו פסקי-דין שהסתמכו על החוק באופן מהותי בשנים 1981–1995.⁷⁹ מצב זה השתנה עם חקיקת הפרק שאיפשר את הסעד של תובענה ייצוגית צרכנית.⁸⁰

העילה העיקרית לתביעה ייצוגית צרכנית היא העילה של הטעיה צרכנית. חוק הגנת הצרכן משתמש במונח "הטעיה". החוק אינו מציין אם הטעיה זו מתייחסת בהכרח רק לשלב הטרומ-חוזי או כוללת גם הטעיות בשלב החוזי או לאחריו (שהן למעשה הפרות). בדיני החוזים הכלליים ברור שעילת הטעיה המופיעה בסעיף 15 לחוק החוזים הכללי מתייחסת לשלב הטרומ-חוזי בלבד הן מנוסח הסעיף, הן מכותרת פרק ב הדן בביטול חוזה בשל פגם בכריתתו והן מהמסורת המשפטית בתחום זה. אין

74 לעיל הערה 56.

75 שם, עמ' 373–414.

76 ס"ח 118 (להלן: חוק החוזים הכללי).

77 ראו דיני הגנת הצרכן, לעיל הערה 56, בעמ' 373–385.

78 שם, בעמ' 376.

79 שם, בעמ' 262 והערה 269.

80 הוספת פרק ו' 1: תובענות ייצוגיות לחוק הגנת הצרכן, בתיקון תשנ"ד, ס"ח 252.

הכרח לפרש כך את דין ההטעיה הצרכנית. יחד עם זאת, איסור ההטעיה שבסעיף 2 לחוק הגנת הצרכן פורש בפסיקה כמתייחס למצגים בשלב הטרום-חוזי בלבד. התברר שפרשנות זו מגבילה באופן ממשי את האפשרות לאשר תובענות ייצוגיות צרכניות.⁸¹ על כך כתבתי כי "בשלב זה נקודת המוצא של דיוננו היא שדיני החוזים חלים על דיני הגנת הצרכן, כל עוד אין הוראות שונות בדיני הגנת הצרכן. גם אם מגדירים את דיני החוזים הצרכניים כענף נפרד של דיני החוזים הכלליים, הרי שמקובל לראות בדיני החוזים הכלליים בסיס לדיני החוזים הצרכניים".⁸² מכאן, שכשם שבחוזיה מסחרי רגיל דיני ההטעיה חלים בשלב הטרום-חוזי בלבד, כך גם בהטעיה צרכנית. זו היתה הגישה המקובלת בפסיקה, שבדרך כלל, התקבלה ללא עוררין. על גישה זו כתבתי:

"הנחת עבודה זו היא הגישה המקובלת במשפט הישראלי. ספק אם יש לה תמיד הצדקה. לאור ההבדלים הרבים בסוגיות שונות של דיני החוזים הצרכניים מול דיני החוזים הכלליים ועוד יותר בשל הפער הגדול בין עקרונות דיני החוזים הכלליים המבוססים על חופש חוזים ועל כוחות שוק מול יחסי צרכן-עוסק שביסודם העדר חופש, שימוש בחוזים אחידים וכשל שוק, יש מקום לבחינה האם מוצדק להחיל את כל עקרונות דיני החוזים הכלליים על דיני החוזים הצרכניים, גם במקום שהמחוקק טרם הביע במפורש את דעתו. לדעתי, קביעת הפסיקה כי ההטעיה הצרכנית רלוונטית רק בשלב הטרום-חוזי אינה הכרחית...".⁸³

הצגתי את הקשיים שנוצרים מהגבלת ההטעיה הצרכנית לשלב הטרום-חוזי ואף הצעתי מספר פתרונות חלקיים.⁸⁴ אולם, הפתרון האמיתי הוא לתת פירוש שונה להטעיה צרכנית מול הטעיה חוזית ולבטל את הגבלת ההטעיה לשלב הטרום חוזי בלבד. בשל חשיבות הענין אצטט את עיקרי הדברים:

"יתר על כן, בסעיף 2 (לחוק הגנת הצרכן – ס' ד') לא כתוב בשום מקום שהטעיה צרכנית היא דווקא בשלב הטרום חוזי. ההיפך הוא הנכון... פירושו של דבר שלגבי הטעיה אין דרישה שיהיה קשר סיבתי בין ההטעיה להתקשרות ואין דרישה שההטעיה תהיה דווקא בשלב הטרום-חוזי. חוששני כי הפרשנות המקובלת בענין זה אינה מעוגנת בהוראת החוק וגם אינה מגשימה את תכליתו. משכך, אין כל סיבה לאמץ אותה... גישה זו מעוגנת בהשקפה שבכל מקום שבו

81 דיני הגנת הצרכן, בעמ' 397–398.

82 שם, בעמ' 399.

83 שם, בהערה 298. גם בהרצאה שנתנה השופטת טובה שטרסברג-כהן במכללה האקדמית נתניה ביום 1.11.01, בכנס על דיני הצרכנות בישראל במאה ה-21, ציינה השופטת, שבחוזיה צרכני לא תמיד ברור הגבול בין השלב הטרום-חוזי לבין השלב החוזי.

84 שם, בעמ' 403, 404–405. הקשיים הוצגו בעמ' 399–400.

חוק הגנת הצרכן לא קבע הוראות מיוחדות יש להקנות למונחים את משמעותם במשפט האזרחי בכלל ובדיני חוזים בפרט. גישה זו אינה נקייה מספקות".⁸⁵

סיימתי דברי בנושא מורכב זה בכותבי כי הצעה להכיר בדיני החוזים הצרכניים כענף נפרד של דיני החוזים תאפשר אולי בעתיד לפתח גישה עצמאית למונחי היסוד של דיני החוזים הצרכניים.⁸⁶

אם בתחילת שנות ה-90⁸⁷ סברתי שאין לראות בדיני החוזים הצרכניים ענף נפרד של דיני החוזים, ובשנת 1997⁸⁸ הצעתי להכיר בהם כענף עצמאי, הרי שבספרי דיני הגנת הצרכן, בבחינת שאלות אלו בהקשר של תובענות ייצוגיות, כבר הסברתי שללא הבחנה בין דיני החוזים לבין דיני הגנת הצרכן לא יהא קיום לאחרונים.

הלכת הרוב בפס"ד ברזני נ' בזק חידדה את שאלת תחולתם של כללי המשפט האזרחי במלואם על דיני הגנת הצרכן, לא רק בהקשר של דיני חוזים, אלא גם ביחס שבין דיני הנזיקין לבין חוק הגנת הצרכן. דווקא תחילת יישום חוק הגנת הצרכן באמצעות הסעד של תובענות ייצוגיות העלתה על פני השטח במלוא חריפותה את שאלת היחס בין כללי המשפט האזרחי לבין דיני הגנת הצרכן. התברר שללא מתן עצמאות מסוימת לכללים החלים על חוזים צרכניים לא תהיה להם תקומה.

בספר לא בחנתי את דרישת ההסתמכות האישית של הצרכן על מצגים כוזבים של העוסק, שכן דרישה זו אינה מופיעה בחוק הגנת הצרכן. לדעתי, גם אין סיבה להחיל דרישה זו במלוא היקפה ותוכנה על חוק הגנת הצרכן. אמנם, כבר בספרי ציינתי כי הסיכוי לקבלת פיצוי בגין הטעיה בפרסומת קטן בשל פרשנות שמרנית של בתי המשפט להוראות חוק הגנת הצרכן בנושא פרסומת. כתבתי כי "כל עוד לא יפנימו בתי המשפט את ההצדקה והצורך בהגנת הצרכן... ימשיכו להחיל דינים אלה כך שהחקיקה להגנת הצרכן תהיה כאבן שאין לה הופכין".⁸⁹ הבעתי את התקווה שבית המשפט העליון הוא שיסמן את המפנה ויקנה תוכן של ממש להוראות החוק בדבר

85 שם, בעמ' 403–404. בינתיים פורסמה הלכת בית המשפט העליון ברע"א 2837/98 ארד נ' בזק, פ"ד נד(1) 600 שם הדגישה השופטת טובה שטרסברג-כהן במספר מקומות "שאינן דין ההטעיה לפי דיני חוזים כדינו של איסור הטעיה על פי חוק הגנת הצרכן" (פסקה 4 לפסק הדין), ולענין ההטעיה הוסיפה וכתבה: "אין אני צריכה להידרש לשאלה אם תחולת חוק הגנת הצרכן מוגבלת אך לשלב הטרום-חוזי כפי שקבע בית-משפט קמא, ואני משאירה אותה בצריך עיון" (פסקה 9 לפסק הדין). הנשיא אהרן ברק והשופט יצחק אנגלרד שהסכימו לתוצאת פסק הדין הוסיפו הערה שהסכמה זו באה "מבלי להכריע בשאלת פרשנותו של סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן". סיכומי של דבר, שאלת פרשנות מונחי משפט כלליים בחוק הגנת הצרכן נותרה בצריך עיון גם בפסיקת בית המשפט העליון.

86 שם, בהערה 267. וראו שם, בעמ' 413–414, את הצעתי כי בעתיד "יהיה מקום לשקול הגדרה מחודשת של מושגי יסוד בחוזים צרכניים כגון, הטעיה, אך נראה לי שהשעה לשינויים כאלה טרם הגיעה" וראו גם שם, בעמ' 444 והערה 417.

87 ראו לעיל הערה 70. המאמר היה מבוסס על הרצאה שניתנה בכנס של מכון צגלה למשפט משווה בנושא "דיני החוזים המודרניים" שנערך באוניברסיטת תל-אביב במרץ 1990.

88 ראו לעיל הערות 68 ו-69.

89 דיני הגנת הצרכן, בעמ' 382, כן ראו עמ' 379–382.

פרסומת מטעה. פס"ד ברזני נ' בזק טופח על פני תקוות אלו וצועד דווקא בכיוון ההפוך. הוספת ההוראות של פקודת הנזיקין למגבלות קיימות אחרות תהפוך את השימוש בחוק הגנת הצרכן כסעד אזרחי לכמעט בלתי אפשרי. אחד הפתרונות לבעיה זו הוא חקיקה נוספת, שתבהיר את עצמאות חוק הגנת הצרכן מכללי המשפט האזרחי. אין לנקוט בדרך של חקיקה, אלא רק כאשר לא ניתן להגיע לפתרון הולם בדרך של פרשנות בפסיקה. דרך החקיקה ננקטה בעבר בנושא החשוב של חוזים אחידים. לאור הפרשנות השמרנית של חוק החוזים האחידים, תשכ"ד–1964,⁹⁰ נחקק החוק מחדש כחוק החוזים האחידים, התשמ"ג–1982.⁹¹ אולם ניתן להגיע לתוצאות דומות ללא צורך בחקיקה, וזאת אם בתי המשפט יפנימו את הרעיון שאין להחיל את כל כללי ומגבלות המשפט האזרחי על חוק הגנת הצרכן. בארצות-הברית נעשו צעדים בכיוון זה כבר לפני עשרות שנים. הגיעה השעה לאמץ גישה זו גם בישראל.

אימוץ הגישה, לפיה יש מקום לסטות מכללי המשפט האזרחי בבואנו לפרש את הוראות חוק הגנת הצרכן, אין בה די, שכן תחילה יש להסביר כיצד ניתן לפרש את הוראות החוק הרלוונטיות כחוק הגנת הצרכן, באופן שיממש את מטרותיו. גם פרשנות ליברלית אינה אמורה ככלל לסטות או להתעלם מלשון הכתוב ולכך יוקדשו העמודים הבאים.

2. ההוראות החלות על סעד הפיצויים בתובענה ייצוגית צרכנית

ארבע ההוראות העיקריות הרלוונטיות לענייננו בחוק הגנת הצרכן קבועות בסעיפים 35א(א), 35א(ב), 2(א) ו-31א(א). אמנם חלק ניכר מהוראות חוק הגנת הצרכן רלוונטיות לתובענות ייצוגיות, אך לענין "ההסתמכות" נתרכז במספר הוראות בלבד. סעיף 35א(א) לחוק קובע כי צרכן רשאי לתבוע בשם קבוצת צרכנים רק בעילה אשר על פיה הוא יכול לתבוע לפי חוק זה. רק כאשר לצרכן יש עילת תביעה אישית מכח חוק הגנת הצרכן⁹²

90 ס"ח 58. ראו ס' דויטש "שמרנות בפרוש הוראות חוק החוזים האחידים, תשכ"ד–1964" הפרקליט לב (תשל"ח) 27; ס' דויטש "חוק החוזים האחידים: כשלון ולקחים לעתיד" מחקרי משפט א (תש"ם) 63; ד' פרידמן "חוזים אחידים, תום לב ותקנת הציבור" עיוני משפט ז (תש"ם) 431. מאמרים אלו צוינו בדברי ההסבר להצעת חוק החוזים האחידים, התשמ"ב–1982, ה"ח 30, כבסיס לחוק המחודש.

91 ס"ח 8.

92 הדרישה לייחוד עילה מכח החוק המסמך להגיש תובענה ייצוגית מיוחדת רק לחלק מהחוקים הדנים בתובענות ייצוגיות. דרישה זו אינה קיימת בסעיף 207(ב) לחוק החברות, התשנ"ט–1999, ס"ח 184, שם נקבע מפורשות כי ניתן לתבוע בגין "עילת תביעה על פי כל דין הנובעת מזיקה לנייר ערך". גם בענין זה מצומצמת האפשרות לתבוע תביעה ייצוגית מכח חוק הגנת הצרכן לעומת חוקים אחרים. הדרישה לזכות לתביעה אישית קיימת, מכל מקום, בכל החוקים המסמיכים הגשת תובענה ייצוגית.

הוא יכול להגיש תובענה ייצוגית צרכנית. סעיף 35א(ב) קובע כי מקום שעילת התובענה היא נזק די בכך שהתובע יראה כי נגרם נזק לצרכן.

העילה של הטעיה צרכנית מעוגנת בסעיף 2(א) לחוק: "לא יעשה עוסק דבר – במעשה או במחדל, בכתב או בעל-פה או בכל דרך אחרת – העלול להטעות צרכן בעל ענין מהותי בעסקה". לענין פירוש סעיף זה קיימת הסכמה בין השופטים, שהסעיף אינו דורש הטעיה בפועל. האיסור שנקבע בסעיף זה הוא איסור התנהגותי ואינו קובע מהן תוצאות ההתנהגות. לדעת הנשיא ברק, אילו היה מסתפק התובע בבקשה לצו מניעה להמשך הפרסום, כי אז היה הדין עם המבקש. אולם מאחר שהתביעה היא לפיצויים, הסתמכות אישית של התובע על הפרסומת היא חיונית.⁹³ וכל כך למה? משום שמקורה של הזכות לפיצויים הוא בהוראת סעיף 31 לחוק, אכן ההוראה המרכזית לענייננו. סעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן קובע את סעד הפיצויים: "דין מעשה או מחדל בניגוד לפרקים ב', ג' או ד' כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]".⁹⁴ מאחר שבפקודת הנזיקין יש צורך להוכיח הסתמכות אישית על ההטעיה מכח הוראות סעיפים 76 ו-64 לחוק, הוא הדין בהטעיה צרכנית.⁹⁵ אם לא הוכח שהתובע הסתמך על הפרסום, ממילא הפרסום המטעה לא גרם לו נזק ואין הוא זכאי לפיצוי כלשהו.

התוצאה של פרשנות זו כבר הובהרה לעיל. התוצאה היא שכמעט בשום מקרה לא ניתן יהיה לבסס תובענה ייצוגית על פרסומת כוזבת שכן קיים קושי אובייקטיבי להוכיח מי מחברי הקבוצה ראה את הפרסום, הסתמך עליו ועקב כך שינה את התנהגותו באופן שנגרם לו נזק. לדעתי, ישנם נימוקים רבים מדוע הפרשנות שניתנה על-ידי דעת הרוב בפס"ד ברזני נ' בזק אינה מחויבת המציאות ברמה העקרונית ואף לא ברמה הקונקרטית.

3. תחולתה החלקית של פקודת הנזיקין על חוק הגנת הצרכן

נראה לי שיש נימוקים רבים לכך שאין לתת פרשנות דווקנית לסעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן. אמנה את העיקריים שבהם:

ראשית, הנשיא ברק בפסק דינו ציין, שהצרכן יכול היה להגיש צו מניעה כנגד העוסק. סעד זה אינו מופיע כלל בחוק ובכל זאת סבר הנשיא שסעד זה עומד לרשות הצרכן, גם אם לא הוטעה ולא נגרם לו נזק. מדוע ניתן לחדש סעד שאינו מופיע כלל בחוק, ואילו את סעד הפיצויים המעוגן בו במפורש לפרש בצורה כה מצומצמת?

⁹³ בפס"ד ברזני נ' בזק בפסקה 3 לפסק דינו של הנשיא ברק.

⁹⁴ לכאורה, ניתן היה לתבוע פיצויים גם ללא הוראה זו, שכן ניתן היה להגדיר הפרה זו כעוולה של הפרת חובה חקוקה. מטרת הסעיף היתה לחסוך את הצורך בהכרעה שאיסור ההטעיה הוא עוולה. וראו שם, בפסקה 4 מביא הנשיא ברק אסמכתאות לאפשרות להגדרת מעשה בניגוד לחוק הגנת הצרכן כהפרת חובה חקוקה.

⁹⁵ שם, בפסקאות 5 ו-6 לפסק דינו של הנשיא ברק.

שנית, נניח שסעיף 31 לא היה נחקק, האם פירושו של דבר שאיסור ההטעיה בסעיף 2 לחוק הגנת הצרכן היה מטיל חובה מוסרית בלבד? מדוע לא יכול היה אז בית המשפט, בהעדר הוראה בחוק, לחדש סעד כשם שחידש זה מכבר לגבי התוצאות המשפטיות של אי מילוי חובת תום-הלב בסעיף 39 לחוק החוזים הכללי? בפס"ד שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה, כתב השופט אהרן ברק:

"סעיף 39 לחוק החוזים אינו כולל כל הוראה באשר לתוצאות הנובעות מתוך כך, שבעל חוזה אינו מקיים את החוזה בתום-לב ובדרך מקובלת. אין משמעות הדבר, כי זו חובה מוסרית בלבד, שאין לה נפקות משפטית. היעדר הוראה באשר לתוצאות... מקורו בעובדה, שתוצאות אלה אינן אחידות, אלא משתנות על-פי ההקשר בו מתעוררת השאלה. לעיתים תוצאת אי-קיום החובה היא בתשלום פיצויים או במתן אכיפה. לעיתים התוצאה היא בשלילת פיצויים או אכיפה מצד המפר..."⁹⁶

בית המשפט, לא היסס בעבר לתת משמעות ותוכן להוראות חוק גם כאשר המחוקק לא קבע את הסעד, וזאת על מנת שלא לרוקן את החוק מתוכן. לעתים, אף לא חשש בית המשפט להרחיב את מגוון הסעדים מעל ומעבר למה שהיה כתוב בחוק. דוגמה לכך היא הוראת סעיף 12(ב) לחוק החוזים הכללי שקבעה סעד של פיצויים בלבד. למרות זאת נקבע בפסיקה שאין להגביל את הסעדים למה שכתוב בחוק כאשר יש הצדקה לסעדים רחבים יותר כגון אכיפה.⁹⁷ מדוע, אפוא, כאשר המחוקק בא להגן על הצרכן, וכדי למנוע ספקות מציינ מקור לסעד פיצויים בסעיף 31 לחוק, ניתנת להוראה זו פרשנות המעקרת את האפשרות לתת לסעיף זה תוכן של ממש?

שלישית, היה מקום להכיר בסעד הפיצויים גם ללא סעיף 31, מאחר שלולא סעד זה היה הופך האיסור העיקרי של חוק הגנת הצרכן – איסור ההטעיה – לאיסור חסר סעד אזרחי של ממש. קיים אמנם סעד של ביטול מכר בסעיף 32 לחוק, אולם מגבלותיו כה רבות שאין טעם להשתמש בו, ואכן מעולם לא נעשה בו שימוש. תוצאה זו היתה הופכת את חוק הגנת הצרכן לחוק פלילי חסר חשיבות במשפט האזרחי. תוצאה זו אינה ראויה ואינה רצויה.

רביעית, גם בהתעלם מסעיף 31 כולל חוק הגנת הצרכן סעדים אזרחיים רבים בסעיפי חוק שונים.⁹⁸ אין זה סביר שבנושאים שונים יהיה סעד אזרחי, ודווקא לגבי

96 בג"ץ 59/80, פ"ד לה(1) 828, 838.

97 ראו ע"א 829/80 שכון עובדים נ' זפניק, פ"ד לז(1) 579; ע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו, פ"ד מב(2) 278; ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185.

98 ראו לדוגמה את סעיף 10 לחוק הגנת הצרכן המזכה את הצרכן בהפרש בגין נקיבת הפרש חוזה בעסקאות אשראי – שם ברור שאין דרישה להסתמכות. סעיף 11 לחוק מעניק סמכויות מקיפות לבית המשפט להעניק סעדים שונים בגין אי מילוי חובות גילוי בעסקאות אשראי. סעיף 12 דן בתניה לענין תשלומים. סעיף 13 קובע זכות לריבית בגין עסקת מקדמה וסעיף 14 – זכות להשבה בעסקה ברוכלות. וראו גם סעיפים 14, 14ב, 14ג ו-14ה.

העילה העיקרית של החוק – איסור הטעיה – לא יהיה סעד אזרחי. יש להניח שהיה מקום לחייב בפיצויים בגין הטעיה גם ללא סעיף 31, ואין לראות בסעיף זה אלא הוראה דקלרטיבית, שבאה להבהיר שיש סעד פיצויים בגין אי קיום הוראות חוק הגנת הצרכן. אין ללמוד מכך שהיתה כוונה להחיל את כל דרישות פקודת הנזיקין.

חמישית, חלק מההוראות המיוחדות בחוק הגנת הצרכן, המקנות סעדים אזרחיים שונים בגין אי מילוי הוראותיו, דנות באי מילוי חובות גילוי, שיש לראותן כפירוט של ההוראה הבסיסית האוסרת על הטעיה.⁹⁹ הוראות אלו אינן כוללות דרישה להסתמכות על מצגים או מחדלים של העוסק והזכות לפיצויים היא רחבה. סעיף 11 לחוק קובע, כי בית המשפט רשאי, בנוסף להוראה בדבר ביטול העסקה והחזרת התמורה או חלקה לצרכן, "לחייב את העוסק בהוצאות שנגרמו לצרכן וליתן כל הוראה אחרת שתיראה צודקת". מה ההגיון שלגבי סניף של הטעיה הדנה בעסקאות אשראי יש סעד עצמאי הכולל שיקול-דעת רחב לבית המשפט, ואילו סעד הפיצויים בגין הטעיה בשל הוראות סעיף 31 יהיה כפוף לכל המגבלות של פקודת הנזיקין?

שישית, אין להתעלם ממסורת המשפט האמריקני בסוגיה זו, מאחר שיש לראות בשיטת משפט זו את האב הרוחני של דיני הגנת הצרכן בישראל. התייחסות מקיפה לנימוק זה תהיה בפרק הבא. אולם כבר כאן ניתן לציין, כי בארצות-הברית לא היסס בית המשפט לחדש זכות לפיצויים בחוק צרכני אמריקני, למרות שלא היתה הוראה מפורשת בענין זה בחוק.

הוראת ההטעיה מעוגנת בחוק של מדינת אילינוי בסעיף 2, ונוסחה דומה דמיון מפתיע לזה של חוק הגנת הצרכן הישראלי שנחקק כעשר שנים מאוחר יותר. בפסק-דין *Brooks v. Midas – International Corp.*¹⁰⁰ קבע בית המשפט, כי למרות שהחוק אינו מקנה לצרכן זכות לפיצויים, יש לפרש את החוק כך שיכלול גם זכות זו, שכן יש להניח שהמחוקק התכוון לאפשר לצרכן לאכוף את זכויותיו. הזכות לפיצויים שחודשה בבית המשפט האמריקני פורשה כזכות שאינה תלויה בהוכחת הסתמכות אישית על המצגים הכוזבים של העוסק. אין זה סביר לומר, כי מאחר שהמחוקק הישראלי טרח לתת לצרכן במפורש זכות לפיצויים בסעיף 31 לחוק, יפורש סעיף זה, כך שכמעט לא ניתן יהיה להשתמש בו.

שביעית, אין לכחד כי במקרים הבוודדים בהם אישר בית המשפט את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית צרכנית הוא יישם פרשנות ליברלית,¹⁰¹ שאם לא כן לא היו

99 אין ספק כי סעיפים 10 ו-11, המטילים חובות גילוי בעסקאות אשראי, הם סניף של הוראות ההטעיה. ראו רע"א 8733/96 לנגברט נ' מינהל מקרקעי ישראל, תקדין עליון 99 (4) 61, בפסקה 9 וראו גם דיני הגנת הצרכן בעמ' 408-409, 413.

100 47 Ill. App. 3d 266; 361 N.E. 3d 815 (1977). החוק הרלוונטי במקרה זה היה Illinois Consumer Fraud and Deceptive Business Practices Act. סעיף 2 לחוק זה, שדמיונו לסעיף 2 (א) לחוק הגנת הצרכן הוא רב, קובע כי איסור הטעיה במעשה או במחדל יחול – "whether or not any person has in fact been misled, deceived or damaged thereby".

101 ראו דיני הגנת הצרכן, בעמ' 407 והערה 280, ועמ' 413 והערה 307. שלושת פסקי הדין אליהם

מאשרים כמעט שום בקשה, וזאת בשל ליקויי ניסוח קשים בחוק הגנת הצרכן. אם כך לגבי הדרישות הפורמליות של אישור תובענה ייצוגית ושל עמידה בהוראות חוק הגנת הצרכן, הרי שהדברים נכונים לא פחות כאשר מדובר בסעדים גופם. דווקא בבית המשפט המחוזי, כאשר התעוררה שאלה כזו, לא היסס בית המשפט להוסיף סעדים נוספים, אף שאין הם מופיעים במפורש בחוק הגנת הצרכן. כוונת הדברים היא לפסק הדין בענין המועצה הישראלית לצרכנות נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ.¹⁰² בענין זה הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגד חברת קוקה-קולה בשל אי עמידתה בהבטחות להעניק פרסים למי שיצליח להרכיב את שם הפרס מאותיות שהוטבעו על הצד הפנימי של הסוגרים של בקבוקי המשקה. אין זה המקום להיכנס לפרטי העובדות שהיו הבסיס למחלוקת. די אם נציין, כי בנסיבות הענין קבע בית המשפט שהתנהגות העוסק מגיעה לכדי הטעיה כמשמעותה בחוק הגנת הצרכן. בין השאר, נדונה שאלת הסעדים הראויים במקרה זה. הפיצויים שנדרשו היו פיצויי אכיפה, ובענין זה קבע בית המשפט:

"לכאורה הסעדים שניתן לדרוש בגין עוולות בשלב זה הינם סעדים נזיקיים בלבד, שפניהם לאחור, ולא סעדים חוזיים שפניהם קדימה (קיום החוזה). אולם פרשנות מצמצמת, לפיה הסעד היחיד העומד לרשות מי שהוטעה על פי חוק הגנת הצרכן הינו רק ביטול המכר והשבת תמורתו אינה עולה בקנה אחד עם רוח החוק, שאם נפרש את הוראות החוק ללא סעד בצד הפרתן – מה יועילו?"¹⁰³

בית המשפט פסק כי יש מקום לחייב את החברה לשלם בגין הפרסים שהובטחו. אשר להסדר בעית התובעים במקרה זה הציע בית המשפט להפנות את סיום הדיון לבית-משפט השלום. סבורני כי בפסק-דין זה הוצגה דרך אפשרית להפיכת תובענות ייצוגיות צרכניות לסעד ממשי.¹⁰⁴ הגיעה השעה לעשות זאת גם לגבי פרשנותו של סעיף 31.

שמינית, בבואנו לפרש סעיף בחוק, יש לבחון את הוראותיו לאור מכלול הוראות החוק, תכליתו, לשונו ומיקומו. לא הרי חוק הגנת הצרכן ללא הסעד של תובענה ייצוגית כהרי חוק הגנת הצרכן הכולל סעד של תובענה ייצוגית. גם אם נתעלם מהעובדה, כי חוק הגנת הצרכן עד להוספת הכלי הדיוני של תובענה ייצוגית, כמעט שלא נדון בבית-משפט כלשהו, הרי שלגופו של ענין הוספת המכשיר הדיוני של

התייחסתי הם רע"א 8733/96 לנגברט נ' מדינת ישראל, לעיל הערה 99; ת"א (ת"א) 3266/98 קדם נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, דינים מחוזי כרך לב(4) 479; ת"א (נצ') 749/97 דני זילברשלג נ' אל-על נתיבי אויר לישראל, תקדין מחוזי 2851 (2) 98.

102 ת"א (ת"א) 2204/98, בש"א 112262/98, דינים מחוזי לב(6) 834 (השופט טלגם) (19.10.99).
103 שם, בפסקה 33.

104 אין זה המקרה היחיד בו בתי המשפט המחוזיים נתנו תוכן של ממש לתובענות ייצוגיות. לפחות בחלק מן המקרים כאשר הגיעו ערעורים לבית המשפט העליון נהפכו ההחלטות של בית המשפט המחוזי והאישור לתובענה ייצוגית בוטל. הדבר נכון לא רק בפרשת ברזני נ' בזק. אלא גם במקרים אחרים. ראו לעיל הערה 39.

תובענה ייצוגית חייבת להשפיע על פרשנות הוראותיו. פרשנות המונח "צרכן" תשמר כדוגמה לפרשנות הראויה של מונח יסודי בחוק. בתקופה שקדמה לתיקון שאיפשר הגשת תובענה ייצוגית צרכנית, נטיית להקנות למונח "צרכן" משמעות סובייקטיבית. מאחר שהתביעות הן אישיות, לא היה קושי לבית המשפט לבחון כל מקרה לגופו, מי התובע? מה הנכס? מה השימוש שנעשה בו? וכדומה. עם המעבר לתובענות ייצוגיות, הרי שאין זה מעשי כלל לבדוק מה השימוש שנעשה בנכס על-ידי כל אחד ואחד מקבוצת הצרכנים המיוצגת בתובענה הייצוגית. אי לכך הצעתי, שלאור ההכרה בתובענות ייצוגיות, יש להקנות למונח "צרכן" משמעות שתתבסס על מבחן אובייקטיבי עם סממנים סובייקטיביים. מבחן זה הולך בעקבות הפרשנות המקובלת למונח "צרכן" בארצות-הברית ובאנגליה.¹⁰⁵

הוא הדין לגבי השילוב של סעיפים 31 ו-2 לחוק הגנת הצרכן. אין ספק כי סעיף 2 אינו דורש הסתמכות, שכן הוא משתמש במונח: "עלול להטעות". סעיף 31 דן בסעד הפיצויים. כאשר החוק מאפשר לממש סעד זה בדרך של תובענה ייצוגית אין זה רצוי לפרש את סעיף 31 כך שהוא ימנע מראש את האפשרות לתבוע פיצויים בחלק גדול מאד מן המקרים.¹⁰⁶

תשיעית, הנימוק העיקרי לכך שאין זה רצוי לפרש את סעיף 31 בדרך שהוצעה על-ידי דעת הרוב בפס"ד ברזני נ' בזק היא, שלפי פירוש זה חוק הגנת הצרכן הופך במידה רבה למיותר. הסעד של ביטול חוזה בגין הטעיה צרכנית מוגבל במידה כה רבה, שהייתי ממליץ שלא להפעילו כלל, ואכן אין פסיקה כלשהי שהפעילה הוראת חוק זו. נותר, אפוא, הסעד של פיצויים. אם כדי לעמוד בדרישה זו יש לעמוד בכל הדרישות של מצג שוא רשלני בנוזיקין, מה מטרתו של סעיף 31 לחוק הגנת הצרכן?¹⁰⁷ סעיף 2(א) מתרוקן מתוכנו במובן האזרחי,¹⁰⁸ אם הוא חל רק כאשר עומדים

105 לדיון בהצעה להגדיר את המונח "צרכן" לפי מבחן אובייקטיבי עם סממנים סובייקטיביים ראו דיני הגנת הצרכן, בעמ' 219–238. בנושא כמו הגנת הצרכן, שבו ההשפעה של שיטות משפט אחרות הוא רב, מן הראוי ללמוד מנסיון של שיטות משפט מתקדמות ומפותחות, ראו שם, בעמ' 179–182, 222, 225–228, 231–232, 239.

106 ראו להלן בסעיף 4 של פרק זה שתי הצעות אלטרנטיביות לפירוש סעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן. האחת, לפיה אין לייחס משמעות רבה לנוסח הסעיף. השניה, לפיה דווקא מלשון הסעיף ניתן להסיק כי לא היתה כוונה להחיל את מלוא דיני הנוזיקין על חוק הגנת הצרכן, ראו להלן טקסט ליד הערות 114–126.

107 אם עומדים בכל הדרישות של פקודת הנוזיקין, שהן קשר סיבתי, הסתמכות, נזק שנגרם, וכל זאת בשל מצג כוזב שהוצג על-ידי עוסק אין צורך בחוק הגנת הצרכן. מקרה העומד בדרישות של מצג שוא רשלני מכח סעיף 35 לפקודת הנוזיקין והעומד בשאר התנאים של הפקודה מזכה ממילא בפיצויים. ראו ע"א 86/76 עמידר נ' אהרון, פ"ד לב(2) 337; ע"א 783/83 קפלן נ' נובורוצקי, פ"ד לח(3) 477; ע"א 481/81 טבוליצקי נ' פרלמן, פ"ד לח(4) 421.

108 על חשיבות הסעדים האזרחיים ועל כך שלא די במעורבות ממשלתית ראו ס' דויטש, לעיל הערה 70, בעמ' 133–134. ראו גם S. Deutch "Standard Contracts-Methods of Control" 7, *Tel-Aviv St. in L.* (1985–86) 160, 182–184.

בכל התנאים של פקודת הנזיקין. ואם יטען הטוען שמיקום עוולה זו בחוק הגנת הצרכן בא לאפשר תובענות ייצוגיות, עדיין נשאלת השאלה, מה היתה מטרתו של הסעיף בשנים 1981-1994 כאשר סעד זה לא היה קיים? יתר על כן, לאור הפרשנות שניתנה, האפשרות לממש את הסעד מוגבלת למקרים ספורים בלבד.

גישה זו של בית המשפט, המרכיבה מערכת דינים אחת על מערכת דינים אחרת, בעיקר כאשר מדובר בחוק חדשני, אינה חדשה בבית המשפט העליון. דבר זה ארע בתחום דיני החוזים האחידים. חוק החוזים האחידים, תשכ"ד-1964, היה ללא ספק המקורי בחוקים האזרחיים שהתקבלו בכנסת. לאור החידוש הרב שבו, הפרשנות שנתנו בתי המשפט לחוק זה היתה שמרנית מאוד. פרשנות שמרנית זו הגיעה לשיאה בע"א 764/76 שמעוני נ' מפעלי רכב אשדוד (מ.ל.) בע"מ.¹⁰⁹ גם בפסק-דין זה היתה מחלוקת בין דעת המיעוט, שנכתבה על-ידי השופטת בן פורת, לבין דעת הרוב, שנכתבה על-ידי השופט שמגר. עיקרו של פסק הדין היה, שאמות המידה ליישום חוק החוזים האחידים הן אמות המידה של תקנת הציבור. לאור אמות מידה אלה החליטה דעת הרוב, שהתנאי שנבדק (תנאי קשה ביותר בנוסחו) אינו מקפח. על פסק-דין זה פורסמה ביקורת בהערת פסיקה.¹¹⁰ עיקרה של הביקורת היה, שאם עומדים בכל התנאים של תקנת הציבור, הרי שחוק החוזים האחידים מיותר לחלוטין, אין בו כל רבותא וראוי לבטלו. פסק-דין הרוב שיקף גישה המתאימה לחוזה מסורתי, אך לא לחוזה אחיד, בו ללקוח אין כל השפעה על תוכנו.

בפסקי דין מאוחרים לא היסס השופט שמגר לחזור בו מהדברים שנאמרו בפס"ד שמעוני.¹¹¹ פס"ד שמעוני גם הוביל מאוחר יותר לניסוח מחודש של חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, שקבע בסעיף 1 שבראשו, שמטרת החוק הינה "להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים".

גם חוק הגנת הצרכן הוא חוק חדשני, שכן רק בשנים אלה הוא מגיע לראשונה לפרשנות של הערכאה הגבוהה בישראל. סביר גם להניח, כי בשלבים הראשוניים לפירושו קיים חשש מפני הינתקות ממסורות משפטיות מושרשות ועתיקות יומין. אולם, דווקא ההבנה של חשיבות הנושא, היא שצריכה להוביל למחשבה נוספת בענין זה. לאור כל הנימוקים שפורטו לעיל, אין כל סיבה להחיל את כללי המשפט האזרחי במלואם על חוק הגנת הצרכן; יש מקום לפרשנות עצמאית של מונחי המשפט בחוק הגנת הצרכן לאור תכליתם ומטרתם.

סיכומו של דבר, הפרשנות שהוצעה לסעיף 31 לחוק הגנת הצרכן אינה הכרחית. היא סותרת את רוח החוק, את כוונתו ואת מטרתו. ללא פרשנות ליברלית של חוק הגנת הצרכן הוא יהפוך לאבן שאין לה הפכין.

109 פ"ד לא(3) 113.

110 ס' דויטש (תשל"ח), לעיל הערה 90.

111 ראו ע"א 148/77 רוט נ' ישופה בניה בע"מ, פ"ד לג(1) 617; עח"א 1/79 מפעלים לניקוי יבש קשת בע"מ נ' היועץ המשפטי, פ"ד לד(3) 365.

בפרק זה הוסבר מדוע אין לתת פרשנות דווקנית לסעיף 31 לחוק הגנת הצרכן. אולם בהסברים אלו לא די. גם אם נשתכנע שיש מקום לפרשנות שונה של הסעיף, עדיין יש להציע לו פרשנות חילופית שתתיישב עם מטרותיו של חוק הגנת הצרכן. בהנחה שאין הכרח להחיל את כל כללי דיני הנזיקין על סעיף 31 לחוק מהנימוקים שפורטו, עדיין יש להציע פרשנות אלטרנטיבית לסעיף. בסוגיה זו נעסוק בסעיף הבא של רשימה זו.

4. הפרשנות הראויה לסעיף 31 לחוק הגנת הצרכן

ניתן להציע שתי הצעות לפירוש סעיף 31 לחוק הגנת הצרכן. הראשונה היא, שאין לתת משקל מכריע ללשון הסעיף. השניה, היא הצעה הפוכה ולפיה דווקא מתן משקל ללשון סעיף 31, לעומת הנוסח בסעיפים בחוקים אחרים המפנים לפקודת הנזיקין, יוביל למסקנה לפיה אין דרישה להסתמכות בחוק הגנת הצרכן.

(א) אין לתת פרשנות דווקנית לסעיף 31 לחוק

ההצעה הראשונה היא שאין לראות בהפניה לפקודת הנזיקין יותר מאשר שגרת לשון של המחוקק ולכן אין להלביש את כל מגבלות פקודת הנזיקין על הזכות לפיצויים בחוק הגנת הצרכן. הנימוקים להצעה זו פורטו בהרחבה בסעיף הקודם, שם הובאו לא פחות מתשעה נימוקים, מדוע אין ללכת בענין זה בעקבות הכללים של דיני הנזיקין הכלליים. הדבר מחייב כמוכן התעלמות מסוימת מלשון הכתוב בסעיף 31 לחוק. לדעתי, אין בכך סטייה של ממש מנורמות מקובלות בפרשנות המשפט הישראלי, כפי שאסביר להלן.

קביעת הוראות שאין לתת להן משמעות מיוחדת אופיינית למדי לחקיקה הישראלית. יש להצטער על כך, אולם פרשנות זו עדיפה על פני הקניית תכנים מפליגים לנוסח לשון החוק שתוצאתה תהיה פגיעה קשה בתכלית החוק ובפרשנותו הראויה.

הגישה לפיה אין להקנות לנוסח סעיפי חוק משמעות מיוחדת אינה אופיינית רק לחוק הגנת הצרכן והיא מלווה אותנו בחוקים רבים במשפט הישראלי. לדוגמה: הוראה הקובעת כי "הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון" מופיעה במספר חוקים אזרחיים, כגון, בסעיף 6(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט–1979.¹¹² האם יש לתת להוראה זו משמעות מיוחדת דהיינו, שחוקים אחרים עדיפים על פני חוק עשיית עושר ולא במשפט? במקרה של סתירה בסעדים איזה חוק יגבר? האם יחול חוק זה או שמא חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א–1970?¹¹³ הן בספרות המשפטית והן בפסיקת בתי המשפט מוסכם כי אין לתת

112 ס"ח 42.

113 סעיף 22(ב) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א–1970, ס"ח 16.

משמעות של ממש להוראה זו, מעבר לכלל הידוע שדין פרטי גובר על דין כללי. במילים אחרות, הוראת חוק זו מיותרת הן בחוק עשיית עושר ולא במשפט והן בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה). עדיף לפרש הוראת חוק כמיותרת על פני תוצאה בלתי סבירה ובלתי הגיונית המשבשת את החוק ואת תכליתו.

עיון בחוק הגנת הצרכן מלמד גם הוא, שאין לתת משמעות מרחיקת לכת לכל אחת מהוראותיו. לענייננו נסתפק בדוגמה אחת:

סעיף 2 לחוק, הדין באיסור הטעיה, מביא לא פחות מעשרים דוגמאות לעניינים מהותיים לעסקה. דוגמאות מפורטות אלה עומדות בסתירה לשיטת החקיקה המקובלת בישראל ואינן מעלות ואינן מורידות. מאי נפקא מינה אם ההטעיה היא בדרכי הטיפול בנכס (סעיף 2(א)(5)), או שההטעיה היא לענין המידה, הצורה, או המשקל של הנכס (סעיף 2(א)(2))? הסברים שניתנו על-ידי נציגי משרד התעשייה והמסחר עת נחקק החוק, לפיהם מטרת הפירוט היא להדריך את העוסקים ואת הצרכנים, יש בהם תמימות רבה. האמנם ניתן לצפות ממי שאינו משפטן כי יידע להגיע לחוק הגנת הצרכן? ברי, אפוא, כי כשם שאין לתת משקל של ממש לדוגמאות המפורטות בסעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, כך אין לתת לסעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן משמעות שתעקר את החוק מתוכנו. אין זה הגיוני כי הוראה זו, שברור מסגנונה, מלשונה ומתוכנה שהיא הוראה הבאה להרחיב את סעדיו של הצרכן, תהפוך למכשיר עיקרי לעיקור סעד ההטעיה הצרכנית בחוק הגנת הצרכן.

נראה לי, שסעיף 31 בא כדי לקבוע את העיקרון שבגין מעשים או מחדלים בניגוד לחוק הגנת הצרכן מגיעים פיצויים. הפיצויים המסורתיים במשפט האזרחי בישראל הם נזיקיים או חוזיים. לפיכך סבר המנסח, כי פיצויים נזיקיים הולמים יותר את מטרת חוק הגנת הצרכן, אולם אין להסיק מכך שכוונת החוק היא לקלוט את כל הדרישות והמרכיבים של פקודת הנזיקין.

(ב) לא היתה כוונה להחיל באופן מלא את פקודת הנזיקין על חוק הגנת הצרכן ההצעה השניה היא להקנות פרשנות דווקנית ללשון סעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן ובדרך זו להגיע למסקנה שאין להחיל את כל כללי פקודת הנזיקין על הסעד לפיצויים בחוק הגנת הצרכן. בתשעה עשר חוקים נקבעו הוראות שאי קיום החוק או חלקים ממנו יחשב לעוולה נזיקית והוראות פקודת הנזיקין תחולנה על חוקים אלו. עיון בהוראות הרלוונטיות ילמד, כי המחוקק השתמש בשתי מטבעות לשון. האחת מופיעה בארבעה עשר חוקים, והשניה מופיעה בחמישה חוקים בלבד. הראשונה היא הוראה מפורשת שהתנהגות בניגוד לחוק "הינה עוולה נזיקית והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש] יחולו עליה". כפי שציינתי, הוראה זו בשינויים מזעריים מופיעה בלא פחות מארבעה עשר חוקים.¹¹⁴ לעומת זאת, בשלושה חוקים צרכניים משתמש המחוקק בנוסח

114 יש הבדלים קלים בניסוח אך בכל ההוראות נכתב מפורשות שהמדובר בעוללות נזיקיות, להלן הרשימה: סעיף 38(ה) לחוק הבזק, התשמ"ב-1982 – "פגיעה לפי סעיף קטן (2) הינה עוולה

שהמעשה האסור דינו "כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]"¹¹⁵. בשני חוקים צרכניים נוספים הנוסח שנבחר הוא שדין הנזק "כדין נזק שמותר לתבוע עליו פיצויים על פי דיני הנזיקין"¹¹⁶. מכל מקום, בכל חמשת החוקים הצרכניים הנוסח שונה מאשר בחוקים שאינם צרכניים. האם השינוי הוא מקרי, או שיש כאן עקביות בחקיקה? לדעתי, העקביות בנוסח בו השתמש המחוקק היא חד-משמעית. בארבעה עשר החוקים שציינתי, מטרת החוק היתה לקבוע עוולה נזיקית נוספת. עוולה זו אמנם ממוקמת מחוץ לפקודת הנזיקין, אך אין כל סיבה עניינית לדון בה באופן שונה מכל עוולה נזיקית אחרת. במקרים אלו ברור שיש להחיל את כל כללי ופרטי פקודת הנזיקין על עוולות אלו.

לעומת זאת, בחמשת החוקים הצרכניים¹¹⁷ בהם נקבע כי המעשה או המחדל דינו

אזרחית והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש] יחולו עליה"; סעיף 295 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, מגדיר עוולה כמשמעותה בפקודת הנזיקין; סעיף 4 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 – "פגיעה בפרטיות היא עוולה נזיקית, והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש] יחולו עליה"; סעיף 4(ג) לחוק זכויות מבצעים ומשדרים, התשמ"ד-1984 – "פגיעה בזכות לפי סעיף זה היא עוולה נזיקית, והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש] יחולו עליה"; סעיף 4(ד) לפקודת זכות יוצרים – נוסח זהה; סעיף 2(6) לפקודת הידיעות הטלגרפיות לעתונות – "פרסום אסור לפי פקודה זו, יהא עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]"; סעיף 7 לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995 – "עוולה על פי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]"; סעיף 11 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999 – "עוולה בניזיקין, ופקודת הנזיקין [נוסח חדש] תחול עליה"; סעיף 12(ב) לחוק העתיקות, תשל"ח-1978 – "היא עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]"; סעיף 10(ב) לחוק הגנת מעגלים משולבים, התש"ס-1999 – "היא עוולה בניזיקין ופקודת הנזיקין [נוסח חדש] תחול עליה"; סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965 – "לשון הרע – עוולה נזיקית" – פירוט בסעיף; סעיף 28 לחוק אימוץ ילדים (תיקון מס' 2), התשנ"ו-1996 – "היא עוולה בניזיקין ופקודת הנזיקין [נוסח חדש] תחול עליה"; סעיף 6(א) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, קובע כי "הטרדה מינית והתנכלות הן עוולות אזרחיות, והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש] יחולו עליהן"; סעיף 5(א) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, ס"ח 58 – נוסח כמעט זהה.

115 ראו חוק הגנת הצרכן, סעיף 31(א) קובע כי "דין מעשה או מחדל בניגוד לפרקים ב', ג' או ד' כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]"; סעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 קובע כי "דין מעשה ומחדל בניגוד להוראות חוק זה – כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]"; סעיף 39 לחוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996, קובע כי "דין מעשה בניגוד לסעיף 11 כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין והוראות סעיף 31(ב)(ג) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, יחולו עליה".

116 ראו סעיף 108 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א-1981 שכותרתו "פיצויים" – "דין נזק שנגרם על-ידי עבירה על הוראות סעיפים 55 עד 59 כדין נזק שמותר לתבוע עליו פיצויים על פי דיני הנזיקין". וראו גם סעיף 15 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, הקובע כי "דין נזק שנגרם לאדם על ידי עבירה על הוראות חוק זה... כדין נזק שמותר לתבוע עליו פיצויים על פי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]...".

117 אין ספק כי חוק ההגבלים העסקיים, חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, חוק הפיקוח על עסקי ביטוח וגם חוק הבנקאות (שירות ללקוח) הם חוקים צרכניים לפי כל המבחנים שקבעתי בספרי על דיני הגנת הצרכן בעמ' 289-294. הם גם מופיעים ברשימת החוקים להגנת הצרכן.

"כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין", החוק אינו קובע שהמעשה או המחדל הם עוולה נזיקית אלא רק שדינם "כדין עוולה נזיקית". הנוסח בחוק הפיקוח על עסקי ביטוח ובחוק הבנקאות (שירות ללקוח) מתרחק עוד יותר מלשון החוקים שאינם צרכניים ומשתמש במטבע הלשון "כדין נזק שמותר לתבוע עליו פיצויים על פי דיני הנזיקין". ברור שאין זו החלה של פקודת הנזיקין על החוקים להגנת הצרכן. אין כאן, אפוא, קליטה של מכלול דיני הנזיקין האזרחיים, אלא רק קביעה כללית שיש חיוב פיצויים בדומה לפקודת הנזיקין. כוונת חוק הגנת הצרכן היתה, שיהיו אלו פיצויים בדומה לפיצויים נזיקיים מבלי לקלוט את כל הוראות פקודת הנזיקין.

דווקא בדיקה של לשון המחוקק בחוקים השונים המפנים לפקודת הנזיקין, תומכת בעמדה שהצעת כי בחוקים צרכניים אין כוונה לקלוט את מלוא ההוראות של פקודת הנזיקין וזאת מנימוקים שפורטו בהרחבה בפרק הקודם. לעומת זאת, בחוקים שאינם צרכניים ניתן להחיל את דיני פקודת הנזיקין במלואם ללא כל הסתייגויות.

סעיף 35א(ב) קובע גם הוא, שאין להחיל את מלוא הוראותיה של פקודת הנזיקין על תובענה ייצוגית על-פי חוק הגנת הצרכן. הסעיף קובע כי "מקום שעילת התובענה היא נזק, די בכך שהתובע יראה כי נגרם נזק לצרכן"¹¹⁸. סעיף זה מעורר קושי כיון שנזק אינו עילת תובענה. כנראה שהכוונה היא לכך שאם התביעה היא בשל נזק שנגרם לתובע, די בכך שהתובע יצביע על כך שנגרם לו נזק ואין עליו להוכיח כי נגרם נזק לחברי הקבוצה.¹¹⁹ פרשנות זו אומצה הן בפסיקת בתי המשפט המחוזיים¹²⁰ והן בפסיקת בית המשפט העליון.¹²¹

ראו שם, עמ' 294–298. בנוסף לכל המבחנים שצינתי מאפשר חוק ההגבלים העסקיים הגשת תובענה ייצוגית על-ידי ארגון צרכנים (סעיף 46א(א) לחוק) והוא הדין בסעיף 16א לחוק הבנקאות (שירות ללקוח) ובסעיף 62א(א) לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח. חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים מפנה לסעיף 31 (ב) ו-(ג) לחוק הגנת הצרכן המאפשר ייצוג צרכנים על-ידי "ארגון צרכנים" כהגדרתו בחוק.

118 הוראה זו בשינוי נוסח קלים מופיעה גם בחוקים אחרים המקנים זכות לתובענה ייצוגית. ראו, לדוגמה, סעיף 62א(ב) לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א–1981; סעיף 16א(ב) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א–1981; סעיף 54א(ב) לחוק ניירות ערך, תשכ"ח–1968.

119 יי לויט "תביעה ייצוגית לפי חוק ניירות ערך" הפרקליט מב (תשנ"ו) 465, 469–470.

120 ראו המ' (ת"א) 138/92 זת חברה לייעוץ כלכלי בע"מ נ' חברת טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ, דינים מחוזי כו (9) 299. פסק הדין עוסק בתביעה בניירות ערך ושם הסביר בית המשפט שמטרת הסעיף להתגבר על הדרישה ששאלות משותפות של עובדה ומשפט יהיו משותפות לקבוצה, וראו גם ת"א (ת"א) 2585/98 שטרוברג נ' הבורסה לניירות ערך בע"מ, דינים מחוזי לב (3) 628.

121 ראו רע"א 378/96 וינבלט נ' משה בורנשטיין בע"מ, פ"ד נד(3) 247. בית המשפט קבע כי כאשר אחד מיסודות העילה הוא נזק, די בכך שהתובע יראה כי לכאורה נגרם לו נזק ואין הוא נדרש להוכיח את נזקם של כל חברי הקבוצה התובעת. בנסיבות הענין נקבע כי לא נגרם לתובע כל נזק בין אם נבחן זאת במבחנים של חסרון כיס, אובדן השקעה אלטרנטיבית, מניעת רווח או עשיית עושר ולא במשפט. העדר הנזק היתה הסיבה העיקרית לדחיית הבקשה לאישור התובענה הייצוגית על-פי חוק ניירות ערך.

הוויתור על הוכחת נזק לחברי הקבוצה, כתנאי לאישור תובענה ייצוגית, מלמד על מגמתו של המחוקק לאפשר אישור התובענה הייצוגית ולהשאיר את שאלת הוכחת הנזק לשלב הדיון המהותי. לפי אותו הגיון ראוי היה להותיר את שאלת הוכחת ההסתמכות של חברי הקבוצה לשלב של הדיון בתביעה, וזאת כדי לא לסכל את הבקשה לאישור התובענה הייצוגית כבר בתחילת הדרך.

סעיף 35א(ב) לחוק הגנת הצרכן בא לשנות מהכללים הרגילים של פקודת הנזיקין לפיהם יש להצביע על נזק כחלק מהתביעה לקבלת פיצוי. כדי להקל על הגשת תובענה ייצוגית נקבעה הוראה דומה בסעיף 16א(ב) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח). המחוקק רואה בחומרה מעשים מצד הבנק העלולים להטעות לקוחות,¹²² לכן גם חוק הבנקאות יפורש על-פי תכליתו שהיא הגנת ציבור הלקוחות.¹²³ לאור גישה זו פירשו את הסעיף כדרישה להוכחת נזק ללא הוכחת שיעורו, ואת בחינת הסעדים של הקבוצה השאירו לשלב שלאחר אישור התובענה כתובענה ייצוגית.¹²⁴ אם בית המשפט היה נוקט בגישה זו גם לגבי הדרישה להוכחת ההסתמכות, ומותיר אותה לשלב הדיון העיקרי בתובענה הייצוגית, היה הדבר מאפשר לפחות את אישור התובענה כייצוגית ולא פוסל אותה מראש.

אין ספק כי ההוראה המופיעה בסעיף 35א(ב) מטרתה להקל בנטל ההוכחה של התובע.¹²⁵ הפטור מהוכחת נזק לכל חברי הקבוצה היא שמאפשרת את אישור התובענה הייצוגית. לולא זאת היתה נחסמת האפשרות להגיש תובעה ייצוגית שכן חברי הקבוצה אינם ידועים ולא ניתן להוכיח את נזקם בשלב אישור התובענה. גם התובע עצמו נדרש להוכיח את קיום הנזק ולא את שיעורו. רואים, אפוא, שהמחוקק התכוון במפורש להקל על רמת ההוכחה הנדרשת מתובע ייצוגי ושגישה זו גם אומצה בפסיקה. לדעתי, ראוי לעשות כן גם לגבי דרישת ההסתמכות על מצגי השוא של המטעה.¹²⁶

ההצעה לפרש בצורה שונה את חיוב הפיצויים בגין הטעיה צרכנית לעומת חיוב בפיצויים בפקודת הנזיקין מעוגנת לא רק בשיקולים של מדיניות שיפוטית ראויה, אלא יש לה גם סימוכין רבים בחוק הגנת הצרכן, בתכליתו, במטרותיו ואף בלשונו. יש, אפוא, לבטל או לפחות לצמצם את דרישת ההסתמכות האישית על המצגים המטעים של העוסק כתנאי לפיצויים בגין הטעיה צרכנית.

122 ראו ע"א 1570/92 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ציגלר, פ"ד מט(1) 369, 381–382, ראו גם ר' בן אוליאל דיני בנקאות (1996) 59–60.

123 ראו ע"א 1304/91 טפחות נ' ליפרט, פ"ד מז(3) 309, 325, 328–327.

124 ת"א (ת"א) 2198/99 ברוך נ' בנק הפועלים בע"מ, דינים מחוזי כרך לב(7) 264.

125 ראו לויט, לעיל הערה 119. ראו ג' לוטן וא' רז תובענות ייצוגיות (תשנ"ו) 126. שלושת המחברים מסכימים כי הדרישה להוכיח את הנזק של חברי הקבוצה "תהיה כמובן משום מכת מוות לכל תביעה ייצוגית". לדעתי, הוא הדין בדרישת ההסתמכות בהטעיה צרכנית.

126 סעיף 35א(ב) הוזכר בקצרה בפסק-דין ברזני נ' בוק בפסקה 15 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן. לא התייחסתי לסעיף 31א(א) לחוק הגנת הצרכן הקובע כי הזכות לסעדים "נתונה לצרכן שנפגע מהעוולה", שכן בכל הנוגע לצרכן (להבדיל מעוסק) אין בהוראה זו כל חדש והיא מצהירה על הדין הקיים. ראו פסקה 7 לפסק דינו של הנשיא ברק.

נושאים אלו אינם חדשים וכבר נדונו במשפט האמריקני. סבורני, שהמשפט האמריקני מציג כלים נאותים להתמודדות עם בעיה זו, כלים שאני מציע שיאומצו במשפט הישראלי בדרך המקובלת ובשינויים המתחייבים מהשוני שבין שתי מערכות משפט אלה. עיקרי המשפט האמריקני יוצגו בקצרה בפרק הבא.

ה. השראה מהמשפט האמריקני

(1) אין דרישה להסתמכות אישית של הנפגע גם בתחומי משפט מחוץ להגנת הצרכן לפרשנות המשפט האמריקני לדיני התובענות הייצוגיות הצרכניות יש משקל רב בבואנו לפרש את המשפט הישראלי בסוגיה זו. יותר מכל סעד דיוני אחר מזוהה הכלי הדיוני של תובענות ייצוגיות עם המשפט האמריקני. גם לדעתם של הסוברים, שאין לתת משקל מיוחד למקור ההיסטורי של החוק, הרי שבמקרים בהם מוסד משפטי שלם מועתק משיטת משפט זרה אין להתעלם מהדרך בה פורשו הוראותיו באותה שיטה. במקרה זה ענין לנו בשיטת משפט של מדינה שהשפעתה על החברה ועל תרבות המשפט בישראל היא גדולה. גם אלה המתנגדים, מסיבותיהם, לפנות למקור ההיסטורי של החוק, כאשר מדובר בשיטת משפט עתיקה דוגמת המשפט העברי,¹²⁷ חייבים להסכים, כי כאשר אנו דנים במשפט האמריקני, שהשפעתו על המשפט הישראלי רק הולכת וגוברת, אין כל סיבה שדווקא בנושא התובענות הייצוגיות לא נלמד ממה שנעשה שם. כפי שנוכח להלן, במשפט האמריקני ויתרו במידה רבה על דרישת ההסתמכות האישית בתובענות ייצוגיות מסוגים שונים (בעיקר בתחום הגנת הצרכן וניירות הערך). אין סיבה להתעלם ממורשת משפטית חשובה זו, כאשר מן המפורסמות הוא, שמוסד התובענות הייצוגיות לקוח ממנה. המשפט האמריקני צוטט בהרחבה בפסקי דין רבים בנושא של תובענות ייצוגיות.¹²⁸ הגישה שאומצה היתה, שיש חשיבות להוראותיו כמקור להשוואה ולהשראה.

127 ראו ס' דויטש "גמירת דעת והכוונה ליצור יחסים משפטיים בדיני חוזים במשפט העברי, האנגלי והישראלי" שנתון המשפט העברי ו-ז (תשל"ט-תש"ם) 73, 97-103. מחבר המאמר התנגד לדעות אלו כפי שנקבעו בפסיקה ובספרות המשפטית.

128 ראו, לדוגמה, פסק-דין ברזני נ' בוק, לעיל הערה 4; רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774; ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בע"מ, פ"ד נא(2) 312; פס"ד וינבלט נ' משה בורנשטיין בע"מ, לעיל הערה 121; ת"א (ת"א) 1365/95 לוי נ' לה נסיונל חברה ישראלית לביטוח, דינים מחוזי כרך לב(1) 489; בר"ע (ב"ש) 901/99 החברה לשירותי איכות הסביבה (רמת חובב) בע"מ נ' עמותת מדעי הדרום, דינים מחוזי לב(6) 795. בחלק מפסקי הדין צוטט המשפט האמריקני בהסכמה כמקור להשראה ולפרשנות ולעתים צוטט בהסתייגות. בת"א (ת"א) 937/95 גולדשטיין נ' חברת החשמל בע"מ, דינים מחוזי כו(5) 356 בפסקה 4 כתב בית המשפט: "בתי המשפט בארץ... אינם מחוייבים ללכת בדרכו של כל דין זר, בכלל זה הדין האמריקני... מה עוד כאשר יש בחוק המקומי הוראות מפורשות וברורות". ראוי לציין כי במקרה זה הסיבה שלא הלכו בעקבות הדין האמריקני היתה כדי להרחיב את גבולות התובענה הייצוגית ולאפשר גם לעורך-דין להיות תובע ייצוגי. הגישה המסתמכת על

חשוב להדגיש גם, כי הדרישה להסתמכות אינה קיימת בתחומים רבים במשפט האמריקני ובמשפט הישראלי, שאינם קשורים כלל לדיני הגנת הצרכן. לדוגמה, דרישת ההתאמה בסעיף 11 לחוק המכר אינה תלויה בהסתמכות על הבטחות המוכר. ראו, לדוגמה, את סעיף 11(3) לחוק המכר.¹²⁹ גישה זו, המטילה אחריות מוחלטת על המוכר, הינה פרי פיתוח של המשפט האנגלי במאה ה-19, שקיבלה גיבוי סטטוטורי ב-Sales Act 1893 באנגליה,¹³⁰ והיא מקובלת ככזו בארצות-הברית וברחבי העולם, כולל בישראל, ואין מי שמביע פליאה על הטלת חיוב של אחריות מוחלטת ללא אשם. דוגמה נוספת, בחוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ם-1980,¹³¹ מוטלת אחריות מוגברת על היצרן בגין מוצר פגום. גם כאן, ללא כל דרישת הסתמכות, וזאת לא רק במקרים בהם יש ליקוי במוצר, אלא אף במקרים של אי קיום חובות גילוי באשר לדרכי הטיפול והשימוש במוצר.¹³² מכאן, שהטלת אחריות בגין אי גילוי מידע או מסירת מידע כוזב ללא הסתמכות, מקובלת לא רק בתחום דיני הגנת הצרכן אלא גם בתחום דיני החוזים והנויקין הכלליים.

חובת ההתאמה בחוק המכר אינה תלויה בהסתמכות הקונה על המוכר. ב-U.C.C. האמריקני חובת ההתאמה היא ללא הסתמכות.¹³³ בחוק האחריות למוצרים פגומים, האחריות אינה מבוססת על הסתמכות. לעומת זאת בשירותים, לפי לשון סעיף 3(א) לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974, קיים פגם כאשר המלאכה או השירות "אינם בהתאם למוסכם", דהיינו, שחובת הקבלן היא לעשות את המלאכה או לתת את השירות

הדין האמריקני, מבלי לקלוט אותו באופן מלא, היא הגישה שתוצג בפרקים הבאים. ראו גם לוטן ורו, לעיל הערה 125, בעמ' 56-57.

129 ראו ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (כרך ב, תשנ"ג) 660-661, 748, 751-752, 783-784; א' זמיר חוק המכר, תשכ"ח-1968 (פירוש לחוק החוזים בעריכת ג' טדסקי, תשמ"ז) 236 והערה 3. וראו גם ד' פרידמן "טעות, הטעיה ותנאים מכללא מכח הדין" המשפט א (תשנ"ג) 161.

130 במקור שלטה הגישה של "יזהר הקונה" (caveat emptor). להיסטוריה של הכלל ראו: P.S. Atiya, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Oxford, 1979) p. 178 et seq., 774-775; W. Hamilton "The Ancient Maxim Caveat Emptor" 40 *Yale L. Rev.* (1931) 1133, 1163 et seq. לגבי הגישה כיום, ראו: P.S. Atiya *The Sale of Goods* (8th ed., 1990) 100 et seq.; א. זמיר עקרון ההתאמה בקיום חוזים (תש"ן) 78-72, 90, 175-176. ראו גם: G. Howells & S. Weatherill *Consumer Protection Law* (1995) 126; Benjamin's *Sale of Goods* (1987) 175 et seq.; J.J. White & R.J. Summers *Uniform Commercial Code* (3rd ed., 1982) vol. 2 at 569-593.

131 ס"ח 56. אחריות היצרן לנוקי גוף כתוצאה מפגם במוצר אינה תלויה בהסתמכות על היצרן.

132 ראו סעיף 3(א)(2) לחוק.

133 בסעיף 2-313 של ה-U.C.C. הדין בתניות מפורשות "express warranty" אין דרישה להסתמכות על מצגי המוכר, דרישה שהיתה קיימת לפני חקיקת ה-U.C.C. ראו: J.J. White & R.S. Summers *Uniform Commercial Code*, sec. 9-3 at 363 (5th ed., 2000); S. Issacharoff "The Vexing Problem of Reliance in Consumer Class Actions" 74 *Tulane L. Rev.* (2000) 1633, 1952-3. וראו גם: J. Selman & C. Chen "Steering the Titanic of the Iceberg: Saving the Sale of Software from the Perils of Warranties" 31 *U. San Francisco L. Rev.* (1997) 531.

אך ורק לפי המוסכם בין הצדדים.¹³⁴ אין ספק, שהסכמה מבוססת על הסתמכות. מה אפוא ההסבר להבדלים שבין החוקים? מדוע נדרשת הסתמכות בחוק חוזה קבלנות ולא בחוק האחריות למוצרים פגומים? ההסבר נעוץ בעובדה, שמוצרים במשק מודרני מיוצרים בייצור המוני לפי שיקול-דעת בלעדי של היצרן. מוצרים אלה נכנסים לשרשרת המסחר לפני שהם מגיעים לקונה הסופי, הוא הצרכן. עסקאות אלה במקרים רבים אינן כוללות מגע כלשהו בין היצרן לבין הצרכן. לעומתן שירותים כוללים בדרך כלל מגע בין הצדדים, כשבמקרים רבים יש קשר של ממש ביניהם, וממילא יש מקום לחייב רג'ן מה שהוסכם.

אי לכך, במכר האחריות היא מוחלטת, במוצרים פגומים האחריות היא מוגברת, ובשירותים יש לבחון כל מקרה לגופו. נראה שכאשר מדובר בתחומים של שירות המוני, דוגמת בנקאות, ביטוח, שוק התקשורת, פרסומת להמונים, הרי שאין סיבה לדרוש הסתמכות אישית, שכן באופן ריאלי הסתמכות ציבור הלקוחות במקרה זה היא הסתמכות כללית ולא הסתמכות אישית. זו גם הסיבה שבארצות-הברית,¹³⁵ במוצרים ובשירותים המוניים המסופקים לצרכן, ויתרו על הסתמכות אישית כבסיס לפיצויים, בין אם ויתור מוחלט, בין אם ויתור חלקי. כפי שיוסבר להלן, דווקא בשירותים המוניים ובפרסום המוני ניתן להניח שהיתה הסתמכות של ציבור הצרכנים – אף אם צרכן זה או אחר לא ראה את המודעה או לא הבחין בה.

חשוב לציין, כי גם במשפט המקובל האמריקני לא נדרשה הסתמכות אישית של כל נפגע. בספר יסודי על דיני החוזים בארצות-הברית נכתב עוד בשנות ה-70: "Where representations have been made in regard to a material fact and action has been taken, in absence of evidence showing the contrary, it will be presumed that the representations were relied upon".¹³⁶ דהיינו, גם בהטעיה שאינה מבוססת על החקיקה הצרכנית המיוחדת, ההלכה בארצות-הברית מזה שנים רבות היא שאין דרישה להוכיח הסתמכות אישית של הנפגעים וניתן להסתמך על חזקת הסתמכות. סיכומו של דבר, ההנחה שהבסיס לחיוב בפיצויים נזקיים מבוסס תמיד על הוכחת הסתמכות אישית אינה נכונה במשפט האמריקני, בו ויתרו על הוכחת הסתמכות בתחומים רבים, כגון מכר מוצרים פגומים וכן בשירותים בעלי אופי המוני.

134 סעיף 2 לחוק חוזה קבלנות קובע כי על הצדדים לעשות "הכל לפי המוסכם". סעיף 3 מגדיר פגם כמלאכה או שירות שאינם "בהתאם למוסכם". יש לציין לשבח את מחקרו המקיף של פרופ' א' זמיר בספרו חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 (בעריכת ג' טרסקי, המכון למחקרי חקיקה, תשנ"ה) 442 ואילך, שם הוא מנסה להגיע בדרך של היקש לתוצאות דומות לאלו של חוק המכר. הצעה זו מעניינת ורצויה, אך מסופקני אם היא מעוגנת בחוק.

135 ראו Issacharoff, לעיל הערה 133, בעמ' 1633 ואילך.

136 ראו Williston, 12 *Williston on Contracts* (3rd ed., 1970).

(2) ויתור על דרישת ההסתמכות האישית בתובענות ייצוגיות בארצות-הברית

(א) המגמה לפרש בצורה שונה חקיקה צרכנית

מדינות שונות בארצות-הברית ויתרו על דרישת ההסתמכות האישית בתובענות ייצוגיות המבוססות על חקיקה צרכנית.¹³⁷ באחד המדריכים החשובים להגשת תובענות ייצוגיות צרכניות בארצות-הברית הוצע לבסס תובענות אלה על חקיקה צרכנית ולא על כללי המשפט המקובל, וזאת כדי להתגבר על דרישת ההסתמכות האישית.¹³⁸ מכאן, שבמשפט האמריקני, הדורש הסתמכות אישית בתביעות נזיקיות המבוססות על המשפט המקובל, לא נדרשת הסתמכות בתובענות המבוססות על חקיקה צרכנית.

עיון בחקיקה הצרכנית האמריקנית מלמד, שהשוני בין פסיקת בית המשפט העליון בישראל לבין הפסיקה האמריקנית בסוגיית ההסתמכות טמון בפרשנות שנתנו בתי המשפט בארצות-הברית לחקיקה האמריקנית ולא בשוני בנוסח החוק. אם נוסח החוקים בארצות-הברית היה שונה מבישראל כמוכך שהיה קושי להסתמך על המשפט האמריקני. ההנמקה שניתנה בספרות המשפטית ובבתי המשפט בארצות-הברית לפרשנות הליברלית של בתי המשפט היא, שללא פרשנות כזו אין כל תוספת משמעותית בחקיקה של הגנת הצרכן.¹³⁹ בפסק-דין *Vasquez v. The Superior Court of San Joaquim County*¹⁴⁰ נדונה תובענה ייצוגית צרכנית. בין השאר, עלתה טענת הנתבעים, שלא הוכחה הסתמכות של חברי הקבוצה על מצגי השוא של המוכרים-הנתבעים. בית המשפט העליון במדינת קליפורניה קבע שאין צורך להוכיח הסתמכות על מצגי השוא של המוכרים בדרך של ראיות ישירות. ניתן להוכיח זאת מכללא על-ידי היסק מנסיבות המקרה או אף להניח שקיימת חזקה בדבר הסתמכות,¹⁴¹ ובלשונו של בית המשפט: "כאשר הוצג מצג כוזב לקבוצת צרכנים at least an inference of reliance would arise as to the entire class".¹⁴² כאשר המצג אמור להשפיע על אדם סביר, אין צורך בכל הוכחה שהמצג אכן השפיע. בית המשפט איבחן מקרה צרכני זה ממקרים אחרים כיוון ששם הוצגו מצגים שונים לחברי הקבוצה. ניתן ללמוד מפסק-דין חשוב זה ומהאסמכתאות המובאות בו, שעוד קודם לחקיקה

137 ראו מאמר מקיף בנושא זה: G. Wilson & J. Gilmer "Minnesota's Tobacco Case: Recovering Damages Without Individual Proof of Reliance under Minnesota's Consumer Protection Statutes" 25 *Wm. Mitchel L. Rev.* (1999) 567

138 ראו: Y. Rosmarin, D. Edelman *Consumer Class Action: A Practical Litigation Guide* (2nd ed., 1990) 23, 66

139 ראו וילסון וגילמר, לעיל הערה 137, בעמ' 571: "Such a requirement would emasculate the consumer protection statutes by making them simply a codification of common law fraud — a result clearly not intended by the legislature"

140 484 P. 2d 964 (S.Ct. Cal. 1971)

141 שם, בעמ' 972.

142 שם, בעמ' 973.

הצרכנית הספציפית ויתרו בתי משפט בארצות-הברית על הדרישה להסתמכות אישית. הסיבה לכך היתה שאם נדרוש הסתמכות כזו, יוצר קושי בלתי סביר להוכיח "הסתמכות" כאלמנט משותף לכל הקבוצה. אם הגיון זה נכון במשפט האזרחי, על אחת כמה וכמה שיש לוותר במידה רבה על דרישת ההסתמכות מקום שהתביעה מתבססת על הטעיה מכח חוק צרכני מיוחד.

הגישה, לפיה יש לפרש חקיקה צרכנית בצורה שונה מחקיקה אזרחית, מעוגנת במשפט האמריקני, ואנו סבורים שמן הראוי גם לאמצה למשפט הישראלי. לדוגמה, בפסק-דין *State by Humphrey v. Philip Morris Inc.*¹⁴³ דנו בתביעה של המדינה ושל ארגוני הבריאות הגדולים (Blue Cross & Blue Shield) כנגד יצרניות הסיגריות בארצות-הברית. בין השאר עלתה הטענה, שאין לארגוני הבריאות מעמד לתבוע פיצויים במקרה זה מסיבות שונות. בית המשפט העליון במיניסוטה קבע שאכן אין בסיס לתביעה מכח דיני הנזיקין, אך יש מקום להגשת תביעה בהתבסס על החקיקה הצרכנית, שכן הזכות לתביעת פיצויים בחקיקה הצרכנית רחבה יותר מאשר בדיני הנזיקין, והיא נתונה לכל אדם שעלול להפגע מנוהגי המסחר הפסולים.¹⁴⁴

גישה בסיסית זו, הרווחת במשפט האמריקני, מן הראוי לאמצה גם במשפט הישראלי, שאם לא כן, מה התועלת בכל החקיקה הצרכנית?

הגישה לפיה יש לפרש בצורה שונה חקיקה צרכנית לעומת כללי המשפט האזרחי באה לידי ביטוי גם בפסקי דין נוספים. בהחלטת בית המשפט העליון של ניו יורק בפרשת *Gaidon v. Guardian Life Ins. & Co. of Am.*¹⁴⁵ נדונה פרשנותו של סעיף 349 של ה-*New York General Business Law*.¹⁴⁶ בבית המשפט דנו באפקט המטעה של שיטת ביטוח חיים מסוימת. המבטחים הבטיחו בצורה כוזבת, שלאחר זמן לא יהיה צורך בתשלומי פרמיות על-ידי המבוטחים. אין פלא, שזו היתה פוליסת ביטוח חיים פופולרית. אולם לאחר שנים של תשלום הודיעו למבוטחים שאם לא ימשיכו לשלם תפקע הפוליסה. תובענות ייצוגיות שהוגשו בנושא נדחו בבתי-משפט נמוכים בטענה שלא היתה הטעיה. בית המשפט העליון בניו יורק קיבל את הערעור והחזיר את הדיון לערכאה הראשונה. הערעור התקבל מאחר שרמת ההטעיה הנדרשת בהטעיה צרכנית נמוכה מאשר במרמה אזרחית. וכך קבע בית המשפט: "In contrast to common-law fraud, section 349 is a creature of statute based on broad consumer protection concerns, and is initially different from common-law right of action"¹⁴⁷. ברור, אפוא, כי הגישה

143 551 N.W. 490 (S.Ct. Minn. 1996).

144 שם, בעמ' 490.

145 725 N.E. 598 (Ct. App. N.W. 1999).

146 סעיף זה בקוד הניו-יורקי נדון בפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן בענין ברזני נ' בזק, לעיל הערה 4, בפסקה 12.

147 בעמ' 603. פסק הדין הסתמך, בין השאר, על הלכה שנקבעה ב-*Oswego 214 Pension Fund Laborers' Local v. Marine Midland Bank*, 85 N.Y. 2d 20, 24-25, 623 N.Y.S. 2d

המקובלת בארצות-הברית היא שיש לפרש את החקיקה הצרכנית באופן שונה מאשר את המשפט האזרחי.

(ב) הגישות השונות בסוגיית הוויתור על דרישת ההסתמכות אין גישה אחידה בשאלת דרישת ההסתמכות על מצגי שוא לפרסומת מטעה בארצות-הברית. בעוד שאין דרישה להוכחת ההסתמכות אישית, שכן גם במשפט האזרחי רוככה דרישה זו¹⁴⁸ הרי שיש גישות שונות באשר לשאלה האם יש לוותר עליה לחלוטין או לצמצמה, ובמקומה להסתמך על חזקות עובדתיות בדבר ההסתמכות מבלי לדרוש הוכחת ההסתמכות אישית.

הגישה שגובשה בפסיקה ובספרות המשפטית בארצות-הברית היתה, שבשל חשיבות המכשיר של תובענה ייצוגית להגנת רוכשי מוצרים ושירותים מפני נהגי מסחר לא הוגנים ומטעים, אין מקום לדרוש מהתובע הוכחה בדבר ההסתמכות הקבוצה על העדר הגילוי או על ההצהרות הכוזבות של הנתבע. הלכה זו נקבעה במקרים שהבסיס החוקי היה סעיפים 349 ו-350 לחוק המסחרי של ניו יורק¹⁴⁹ וגם בהסתמך על חוקי מדינות אחרות. לעתים התגברו על הבעיה בכך שדחו את ההחלטה בשאלת ההסתמכות משלב אישור התובענה לשלב הדין בתובענה עצמה¹⁵⁰ ובמקרים אחרים על-ידי קביעת הנחה בדבר קיומה של ההסתמכות ללא צורך בהוכחתה.¹⁵¹

כפי שכבר ציינתי, יש גישות שונות בפסיקה האמריקנית לשאלת הוויתור על דרישת ההסתמכות בתובענות ייצוגיות צרכניות. ניתן לסווג גישות אלו לארבע קבוצות.

1. ויתור מוחלט על דרישת ההסתמכות בתביעות המבוססות על חקיקה צרכנית.
2. הנחת (או חזקת) ההסתמכות בדומה להלכת *Fraud on the market* שהתקבלה בנושא ניירות ערך.

3. הסקת ההסתמכות מנסיבות המקרה.

4. דחיית הדין בשאלת ההסתמכות משלב אישור התובענה כתובענה ייצוגית לשלב הדין העיקרי בתביעה.

הדין האמריקני אינו מחייב בישראל. הפניה למשפט האמריקני היא למטרות

(N.Y.Ct. App., 1996) 741, 647 N.E. 2d 529, שצוטט גם בפסק דינה של השופטת

שטרסברג-כהן.

148 ראו לעיל טקסט ליד הערות 142–147.

149 S. Fineman "Consumer Protection Class Actions Have Important Position: ראו: Applying New York's Statutory Scheme" 1998 N.Y.C.J. (1998) 6

150 על המשמעות של דחיה זו ראו לעיל הערה 50.

151 E. Sherman "Class Actions in the Gulf South Symposium: Class Action Practice in ראו the Gulf South" 74 *Tul. L. Rev.* (2000) 1603, 1609; K. Gould "New Wine in an Old Bottle — Arkansas Liberalized Class Action Procedure — A Boom to the Consumer Class Action?" 17 *U. Ark. Little Rock L.J.* (1974) 1; J.W. Burns "Confused Jurisprudence: False Advertising Under Lanham Act" 79 *Boston U. L. Rev.* (1999) 802

השראה והשוואה, לכן אין להרחיב בפרטי הדינים של המשפט האמריקני. נסתפק, אפוא, בחלוקת הגישות השונות לשתי קבוצות עיקריות: הראשונה, לפיה אין דרישה להסתמכות על ההטעיה ודי בהוכחת הקשר הסיבתי בין ההטעיה לבין הנזק שנגרם. השניה, לפיה אין ויתור מוחלט על דרישת ההסתמכות אולם הדרישה צומצמה ובמקומה מסתמכים על הנחות, חזקות, הסקת מסקנות מנסיבות הענין ודחית הדין לשלב מאוחר יותר. נתחיל בגישה הראשונה.

(1) אין דרישה להסתמכות ודי בהוכחת קשר סיבתי בין ההטעיה לבין הנזק ישנם פסקי דין שקבעו מפורשות שבתביעות צרכניות אין כלל צורך בהסתמכות. לדוגמה, בפסק-דין *Di Sandro v. Makahuena Corp.*¹⁵² תבעו רוכשי דירות ביטול עסקה בטענה שהם הוטעו על-ידי מצגים שונים של המוכרים. בין השאר, נדרש בית המשפט הפדרלי לשאלה, האם על התובעים להוכיח הסתמכות על הפרת חובות הגילוי של הנתבעים. בית המשפט קבע: “First, the plain language of the sections gives no indication that the legislature intended proof of reliance to be an element of the statutory cause of action.”¹⁵³ כי מטרת החוק היתה להביא ליתר גילוי של העובדות הרלוונטיות לעסקה. דרישת הסתמכות תפגע במטרה של הגילוי. מטרת המחוקק היתה ליצור שוק פתוח וגלוי. דרישה להוכיח הסתמכות של הרוכשים תפגע במטרות החוק ובאפשרות לישמו. שנית, קבע בית המשפט, ניתן להקיש מפרשנות בתי המשפט בארצות-הברית לחקיקה הפדרלית בנושא ניירות ערך, שם קבע בית המשפט העליון בארצות-הברית: “Reliance is not an element of many federal securities causes of action.”¹⁵⁴ כי מטרת החוק היתה להביא ליתר גילוי של הנזק שנגרם. בית המשפט קבע שאין צורך בהוכחת הסתמכות, שאם לא כן, ניתן היה לתבוע בתביעה אזרחית רגילה מכח כללי המשפט המקובל.¹⁵⁵ נראה לי, כי מאותם נימוקים ששכנעו את בתי המשפט בארצות-הברית, ניתן להגיע למסקנה דומה גם בשיטת המשפט שלנו. לדעתי יש להבחין בין מרמה נזיקית לבין הטעיה צרכנית ולוותר על דרישת ההסתמכות בחוק הגנת הצרכן, או לפחות לצמצמה, כך שניתן יהיה להשתמש בכלי של תובענות ייצוגיות צרכניות במקרים של פרסומת מטעה.

פסק-דין נוסף בכיוון זה במשפט האמריקני הוא: *Brooks V. Midas-International Corp.*¹⁵⁶ בפסק-דין זה דן בית המשפט בסעיף 2 ל-*Illinois Consumer Fraud and Deceptive Business Practices Act*. סעיף זה קובע איסור על מצג שוא במעשה או במחדל: “Whether or not any person has in fact been misled, deceived or

152 588 F. Supp. 889 (1984).

153 שם, בעמ' 894 (הדגש הוסף).

154 *Mills v. Elective Auto-Life*, 396 U.S. 375, 385 (1970).

155 בפס"ד *Di Sandro*, לעיל הערה 152, בעמ' 895.

156 47 Ill. App.3d 266, 361 N.E 2d 515 (1977).

"damaged thereby". הדמיון בין הוראה זו לבין סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, שמשתמש גם הוא במונח "מעשה העלול להטעות צרכן", הוא רב. חשוב לציין, כי הוראה זו קדמה בכעשור לחוק הישראלי, כך שסביר להניח שסעיף זה או דומיו השפיעו על החוק הישראלי, ולא להיפך. גם הוראה זו קובעת את האיסור ההתנהגותי ולא את הסעד. עיון בפסק־דין *Brooks* מלמד, כי החוק אינו מקנה כלל זכות לפיצוי הנפגעים, וסמכות התביעה במקורה היתה נתונה לתובע הכללי בלבד. למרות שהמחוקק לא הקנה זכות לפיצוי, פירשו בתי המשפט את החוק כמקנה סמכות כזו, מאחר שהניחו כי המחוקק התכוון לאפשר לצרכן לאכוף את זכויותיו. מכאן שזכות הצרכן להגיש תביעה לפיצויים במקרה זה במדינת אילינוי אינה מעוגנת כלל בחוק. זכות זו פורשה כזכות שאינה דורשת הסתמכות.¹⁵⁷ בית המשפט אף ציין, שהסתמכות דרושה לצורך מצג שוא במשפט המקובל, אולם בחוק הגנת הצרכן במדינת אילינוי ברור שהדגש הוא על התנהגות העוסק ולא על הסתמכות התובע. כללו של דבר, הסתמכות אינה אלמנט נדרש בהטעה צרכנית.¹⁵⁸ סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן דומה למדי להוראה המקבילה במדינת אילינוי. אף במשפט הישראלי ישנה הוראה מפורשת, לפיה יש לצרכן זכות לפיצויים ולכן ראוי לפרש זכות זו כזכות שאינה תלויה בהסתמכות אישית.

בפסק־דין *Connick v. Suzuki Motor Co.*¹⁵⁹ אושרה תובענה ייצוגית כנגד חברת סוויקי בגין מכירת רכב שיש בו סכנת התהפכות. בית המשפט קבע, שבעוד שתובענה המבוססת על ה-U.C.C ועל המשפט המקובל אינה יכולה להתקבל, ניתן לאשר את התובענה על בסיס ה-*Illinois Consumer Fraud Act*. בית המשפט קבע כי: "Plaintiff's reliance is not an element of statutory consumer fraud... but a valid claim must show that consumer fraud proximately caused plaintiff's injury".¹⁶⁰ במקרה זה, בתביעת פיצויים מובהקת, קבע בית המשפט העליון של אילינוי, כרציו ולא כאוביטר, שאין צורך בהסתמכות וכל שנדרש הוא שהמירמה גרמה לנזק. הנשיא ברק בחוות דעתו מציין¹⁶¹ את פס"ד *Suzuki* כפסק־דין שקבע את ההלכה בדבר העדר הצורך להסתמכות, אלא שלדבריו פסק־דין זה שגוי ואינו תואם את שאר פסקי הדין שהובאו בפסק דינה החשוב של השופטת טובה שטרסברג-כהן. רוב פסקי הדין האמריקנים המוזכרים בפרק זה לא אוזכרו בחוות דעתה של השופטת

157 שם, בעמ' 599.

158 פס"ד *Brooks* צוטט בפסקי דין מאוחרים שעסקו בחקיקה פדרלית שמטרתה, בין השאר, להגן על הצרכן. ראו (1988) U.S. Dist. Lexis 11240 (1988) *Rosario v. Livaditis*. בפס"ד *Rosario* הוגשה תביעה כנגד בתי ספר פרטיים שכל תוכנית הלימודים שלהם היתה מירמה – בית המשפט הפדרלי קבע שהסתמכות אינה נדרשת בתובענה ייצוגית המתבססת על החוק הפדרלי RICO או על החוק הצרכני המדינתי בהסתמך על הלכת *Brooks*. בפסק הדין גם נקבע שהשוני בגובה הפיצויים אינו אמור לבטל את האפשרות לאשר תובענה ייצוגית.

159 575 N.E. 2d 584 (S. Ct. Ill, 1996).

160 שם, בעמ' 593.

161 פסקה 9 לפסק דינו של הנשיא ברק בפס"ד ברזני נ' בזק.

שטרסברג-כהן, וניתן ללמוד מהם על ויתור על הדרישה להסתמכות אישית בתובענות ייצוגיות צרכניות.¹⁶²

שלושת פסקי הדין האחרונים שצויינו, קבעו שניתן לחייב בפיצויים בגין הטעיה צרכנית תוך ויתור על דרישת ההסתמכות, ויש פסיקה נוספת הקובעת שאין דרישה להוכחת הסתמכות לשם קבלת סעד בגין הטעיה צרכנית. בפסק-דין *State by Humphrey v. Alpine Air Products Inc.*¹⁶³ קבע בית המשפט העליון במיניסוטה שאין דרישה להסתמכות בחוקים להגנת הצרכן.¹⁶⁴ בית המשפט קבע כי "the legislature clearly intended to make it easier to sue for consumer fraud than it had been to sue for fraud at common law"¹⁶⁵. בית המשפט קבע שכוונת בית המשפט היתה לוותר על דרישת ההסתמכות על מצג שוא בחוקים צרכניים.¹⁶⁶ במקרה זה הוגשה התביעה על-ידי התובע הכללי ויש מקום לטענה שיש להבחין בין סעדים שונים לבין הסעד של פיצויים הדורש הסתמכות.¹⁶⁷ המגמה לביטול דרישת ההסתמכות או לצמצומה ברורה לחלוטין.

עיון בפסיקה הענפה בנושא זה בארצות-הברית מלמד, שגם כאשר התביעה היא לפיצויים קבעו בתי המשפט כי ניתן לוותר על דרישת ההסתמכות ומה שיש להוכיח הוא קשר סיבתי מסוג של proximate cause בין ההטעיה לבין הנזק שנגרם. הגישה הזאת באה לידי ביטוי במספר פסקי-דין. לענייננו נסתפק במספר דוגמאות.

בפסק-דין *Le Sage v. Northwest Bank Calhoun-Isles*¹⁶⁸ קבע בית המשפט: "The Consumer Fraud Act is broader than common law fraud". בית המשפט גם קבע שהחוק הצרכני אינו דורש הטעיה בפועל ודי בכך שהיתה כוונה להטעות. לשון החוק במיניסוטה דומה למדי לסעיף 2 לחוק הגנת הצרכן ובשניהם אין דרישה להטעיה בפועל. יחד עם זאת, הבחין בית המשפט בין בקשה לצו מניעה לבין דרישת פיצוי. לשם קבלת פיצוי יש להוכיח "proper legal nexus between the... acts and their alleged monetary losses". התיק הוחזר לדין לערכאה הראשונה. במקרה זה ננקטה גישה ביניים. לא היתה דרישה להסתמכות אישית, אך גם לא ויתור מוחלט על דרישה זו. מה שנדרש הוא קשר סיבתי (legal nexus) בין ההטעיה לבין הנזק. גישה זו תואמת, לדעתי את הצעתה של השופטת טובה שטרסברג-כהן, כפי שהוסברה

162 ויתור על דרישת ההסתמכות על ההטעיה מקובל גם בחקיקה ובפסיקה הפדרלית. ראו, לדוגמה, *Wooten v. Loshbough*, 949 F. supp. 531 (N.D. Ind. 1990). בפסק-דין זה דנו בחוק פדרלי המטפל במרמה של ארגוני פשע. גם שם קבעו שהחוק אינו דורש הסתמכות כבסיס לקבלת פיצויים.

163 500 N.W. 2d 788 (S. Ct. Minn., 1993).

164 שם, בעמ' 790.

165 שם.

166 ראו גם *Church of Nativity v. Watpro*, 491 N.W. 2d 1.

167 השו"ע פסק דינו של הנשיא ברק בפרשת ברזני נ' בזק בפסקאות 3–6 וכן בפסקה 9.

168 409 N.W. 2d 536 (Minn. App. 1987).

בחוות דעתה. לשיטתה, אין מקום לדרישת הסתמכות אישית של הצרכנים על המצג המטעה, אך יש צורך בקשר סיבתי בין הפרסומת המטעה לבין הנזק שנגרם. הגישה לפיה אין צורך בהוכחת הסתמכות על המצג הכוזב, אך יש צורך בהוכחת הקשר בין ההטעיה לבין הנזק שנגרם, נקבעה גם בפסיקת מדינות שונות בארצות-הברית. בפסק-דין *Adler v. William Blair & Co.*¹⁶⁹ הבחין בית המשפט בין מצג כוזב בנוזיקין, הדורש הן הסתמכות על האמרה הכוזבת והן הוכחה שהנזק נגרם בגין ההסתמכות, לבין עילה המעוגנת בחקיקה צרכנית,¹⁷⁰ לגביה הסתמכות אישית אינה נדרשת.¹⁷¹ בפסק-דין זה נקבע שאין דרישה להסתמכות, אך יש להוכיח כי הנזק נגרם בשל הטעיה.¹⁷² גישה זו הוצעה על-ידי השופטת שטרסברג-כהן שכתבה שאין צורך בהסתמכות, אולם ויתור על הסתמכות אין פירושו ויתור על קשר סיבתי בין ההטעיה לבין הנזק שנגרם.¹⁷³ יש להדגיש כי גישה זו חזרה על עצמה בפסק-דין אמריקניים רבים¹⁷⁴ ואין טעם לפרטם.

סיכומו של דבר, גם בתביעות לפיצויים קיימות במשפט האמריקני אסמכתאות לא מעטות¹⁷⁵ לכך שניתן לקבל סעד זה בהסתמך על חקיקה צרכנית, מבלי להוכיח הסתמכות על המצג הכוזב. יחד עם זאת, יש להוכיח שהמצג הכוזב הוא שגרם לנזק, נושא לגביו לא היתה מחלוקת בפס"ד ברזני נ' בזק.

(2) חזקה בדבר קיום הסתמכות

יש פסקי דין בארצות-הברית שקבעו, כי אין צורך בהסתמכות אישית ובחשיפת כל אחד ואחד מחברי הקבוצה לפרסום, אך יחד עם זאת, הוויתור על דרישת ההסתמכות לא היה מוחלט. במקום דרישה זו קבעו הנחה הניתנת לסתירה בדבר הסתמכות, והעבירו לנתבעים את הנטל להוכיח שלא היתה הסתמכות.

169 648 N.E. 2d 226 (Ill.App. 1995).

170 החוק הרלוונטי הוא Consumer Fraud and Deceptive Practices Act. בית המשפט כתב כי "The consumer Fraud Act provides greater protection than the common law action for fraud"

171 בין השאר, הסתמך פסק הדין על, *Siegel v. Levy Development Co. Inc.*, 607 N.E. 2d 194, (1992) 198.

172 ובלשון בית המשפט "Loss Causation". בית המשפט הסתמך גם על פסק-דין *Martin v. Heinold Commodities Inc.*, 643 N.E. 2d 734, 746-7 (S. Ct. Ill. 1994). לגופו של ענין, התביעה נדחתה כיוון שלא הוכח שנגרם נזק כלשהו בגין המצג הכוזב.

173 פס"ד ברזני נ' בזק, פסקה 12 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

174 ראו, לדוגמה, *International Fidelity Ins. Co. v. Wilson*, 442 N.E. 2d 13081, 1314 (Mass., App. Ct.) (1985); *Oswego Laborers Local 214 Pension Fund. v. Marin Midland Bank*, 647 N.E. 2d 741, 745 (N.Y. 1983); *Glickman v. Brown*, 486 N.E. 2d 737, 741 (Mass., App. Ct.) (1985); *Celtic Life Ins. Co. v. Coast*, 831 S.W. 2d 592, 596 (Tex. App. 1992).

175 בהערות 152-174 הובאו שישה-עשר פסקי דין, בחלקם הקביעה היא אוביטר, אך ברובם נקבעה הלכה ברורה שאין צורך בהסתמכות על מצגי שוא בחקיקה צרכנית.

פסק-דין המייצג גישה זו הוא *Amato v. General Motors Corp.*¹⁷⁶ במקרה זה תבעו את חברת ג'נרל מוטורס על החלפת המנוע במכונית אולדסמוביל במנוע פחות יוקרתי מבלי להודיע על כך לקונים. בית המשפט באוהיו, ברוב דעות, אישר את התובענה הייצוגית ודחה את טענות המערערת. במרכזו של הדיון בערעור עמדה שאלת ההסתמכות על הפרסומים של הנתבעת. בית המשפט קבע שאין לצפות להסתמכות אישית של כל אחד מחברי הקבוצה. הנימוק של בית המשפט להחלטה רלוונטי, לדעתו, לענייננו: "In a day of mass media advertising... consumer claims would amount to little if acceptance of the representation... could be manifested only by one-on-one proof of individual exposure"¹⁷⁷ "A class action for consumer deception can be established without proof that the individual class member-plaintiffs had been exposed to the misleading...advertisement"¹⁷⁸

מקטע זה משמע, לכאורה, כי בית המשפט ויתר לחלוטין על דרישת ההסתמכות. אולם בהמשך דבריו קבע בית המשפט, שאין ויתור מוחלט על דרישה זו וניתן להסיק על קיום ההסתמכות מנסיבות המקרה או מקביעת חזקה בדבר ההסתמכות.¹⁷⁹ מפסק-דין זה ניתן ללמוד, כי אין דורשים הוכחת ההסתמכות אישית על הפרסומים המטעה, אלא מניחים שאכן היתה ההסתמכות. אולם אם הנתבע טוען כי לא היתה ההסתמכות כזאת, עליו נטל ההוכחה. גישה זו אינה מבטלת לחלוטין את דרישת ההסתמכות, אך היא מצמצמת אותה מאד.

שינוי נטל ההוכחה עשוי להיות משמעותי ביותר בתובענות ייצוגיות צרכניות בישראל. כאשר נתבע משתמש בפרסומת המונית, ההנחה היא שמטרתו להשפיע על כלל הציבור. ניתן להניח כי ציבור הצרכנים אכן הסתמך עליה. הצגת הפרסום תפטור את התובעים מההוכחה שחברי הקבוצה אכן הסתמכו על הפרסום הכוזב. אם הנתבע מעוניין להוכיח שבנסיבות המיוחדות של המקרה תובעים מסוימים או כלל הקבוצה לא הסתמכו על הפרסום, עליו יהיה נטל ההוכחה. גישה זו תאפשר את אישור התובענה בשלב הראשוני. אשר לסתירת החזקה, דבר זה ייעשה, אם הנתבע יכול לעמוד בכך במהלך הדיון בתובענה הייצוגית.

למרות שברור שבמשפט האמריקני ויתרו בערכאות השונות על הדרישה להסתמכות אישית של הצרכנים על מצגי השוא של העוסקים, יש מגוון דעות בפסיקת המדינות השונות באשר לשאלה באיזו מידה ניתן לוותר לחלוטין או כמעט לחלוטין על דרישת ההסתמכות.

176 463 N.E. 2d 625 (Ct. App. Ohio, 1982)

177 שם, בעמ' 628.

178 שם, בעמ' 625.

179 שם, בעמ' 630.

בפסק-דין *Small v. Lorillard Tobacco Co.*¹⁸⁰ טענו התובעים כלפי הנתבעים שהם הטעו את הציבור באשר לתכונות ההתמכרות של ניקוטין. ערעור הנתבעים התקבל, בין השאר, בשל השוני בסכום הפיצויים לו זכאי כל ניזוק ובשל כך שבנסיבות המקרה לא ניתן להתבסס על חזקת ההסתמכות של רוכשי הסיגריות. גם אם לא נדרשת הוכחת הסתמכות אישית, יש להוכיח קשר סיבתי בין המצג לבין הנזק.¹⁸¹

בית המשפט המשיך וציין, שבדרך כלל תידרש הסתמכות על המירמה. המקרים בהם ניתן להתבסס על חזקת ההסתמכות על הפרסום המטעה ללא צורך בהוכחתה הם כאשר המפרסם שולט במידע בקשר לעסקה. גם בפס"ד *Small*, בו הבקשה לאישור תובענה ייצוגית נדחתה בערעור, לא פסל בית המשפט את ההלכה בדבר חזקת הסתמכות על פרסום מטעה. כל שקבע בית המשפט הוא, שבמקרה כזה קשה להצביע לאיזה פרסום מטעה התכוונו התובעים.

אפשר לראות בפסק-דין זה ובמקורות שצוינו בו סמך קיצוני לדרישת ההסתמכות האישית במקרים של מצג שוא צרכני. אך גם בפסק-דין זה לא דחו את הכללים בדבר חזקת הסתמכות,¹⁸² ובדבר הסתמכות הנובעת מהנסיבות. בית המשפט פסק שם שהלכות אלו אינן רלוונטיות לעובדות של המקרה הנדון. מכל מקום, גם פסק-דין זה קבע הלכות פחות מרחיקות לכת מפרשת ברזני נ' בזק.

בתי המשפט בארצות-הברית קבעו שכאשר עילת התביעה היא עוולת מירמה ומצג שוא מכח המשפט המקובל אין לוותר על דרישת ההסתמכות. אולם מאחר שדרישה זו עלולה לגרום לקשיים, בשל השוני בהסתמכות של כל אחד מחברי הקבוצה, השאירו את בדיקת סוגית ההסתמכות לדיון העיקרי בתביעה ולא ראו בה חסם לאישור התובענה כייצוגית.¹⁸³ פסק הדין מנחה בסוגיה זו הוא *Mirkin v. Wasserman*.¹⁸⁴ עילת התביעה הקבוצתית היתה הטעיה ומרמה. בערכאה ראשונה ובערכאת הערעור נדחתה התביעה בשל כך שלא הוכחה הסתמכות. בבית המשפט העליון נקבע, כי אכן קיימת דרישה להוכחת הסתמכות אישית בתביעות מצג שוא ותרמית.¹⁸⁵ למרות האמור אושרה התובענה הייצוגית משני נימוקים. הראשון, הנושא המשותף של מרמה גובר

180 679 N.Y.S. 2d 593 (A.D. N.Y. 1998).

181 שם, בעמ' 599.

182 בפסק-דין *Cope v. Metropolitan Life Ins.*, 696 N.E. 2d 1001, 1008 (Ohio, 1998) נקבע שאין צורך להוכיח הסתמכות כאשר מדובר בהטעיה בדרך של מחדל וניתן להסיק חזקת הסתמכות.

183 ראו: *Castano v. The American Tobacco Co.* 160 F.R.D. 544 (1995). לדיון בפסק-דין זה ראו: R. Krebs "Note: Castano v. American Tobacco Co.: Class Action Treatment of Mass Torts is Going up in Smoke" 24 *North Kentucky U. L. Rev.* (1997) 673 J.W. Burns "Confused Jurisprudence: False Advertising Under the Lanham Act" 79 *B.U.L.Rev.* 807 (1999). גם שם הוסבר שניתן להשאיר את שאלת ההסתמכות לשלב מאוחר יותר.

184 858 P. 2d 568 (Cal. 1993).

185 שם, בעמ' 570 ו-572.

על השאלות היחודיות של הסתמכות. שנית, מאחר שהמצג הכוזב נעשה לכלל הציבור ניתן ללמוד על ההסתמכות מנסיבות המקרה.¹⁸⁶ ההפרדה בין הנחת ההסתמכות לבין בחינת השאלה מי הסתמך בפועל אפשרה את אישור התובענה. כל זאת כאשר התביעה מתבססת על עילה של המשפט המקובל (תרמית נזיקית), אך כאשר התביעה מעוגנת בחוק ניירות הערך, החוק אינו דורש כלל הסתמכות.¹⁸⁷

בתי המשפט בארצות-הברית הקלו בדרישת ההסתמכות גם כאשר התביעה היתה מבוססת על עילות של המשפט המקובל. יחד עם זאת, בתי המשפט בארצות-הברית הבחינו בין חקיקה מיוחדת בתחום דיני ניירות הערך לבין עילות של המשפט המקובל כגון תרמית נזיקית. בחקיקה המיוחדת לא נדרשת הסתמכות. לדעתו, הוא הדין לגבי חוק הגנת הצרכן. אין לוותר על דרישת ההסתמכות בעילה המעוגנת בפקודת הנזיקין, אך יש לעשות כן בעילה המבוססת על חוק הגנת הצרכן.

סיכומו של דבר, ניתן ללמוד מן המשפט המשווה שהובא בפרק זה, שגם מחוץ לנושאים של הגנת הצרכן יש מקרים בהם אין דרישה להסתמכות על מצגי העוסק לשם קבלת פיצויים בשל נזק שנגרם.¹⁸⁸ ראינו גם, שבספרות המשפטית בארצות-הברית בנושא של תובענות ייצוגיות צרכניות, מקובלת הדעה שאין צורך בהסתמכות אישית.¹⁸⁹ מתוך הפסיקה האמריקנית המקיפה בסוגיות אלו הובאו פסקי דין, מהם עולה שאין צורך בהוכחת הסתמכות אישית של הצרכן על המצג הכוזב. גישה זו מתבססת על ההשקפה, שהזכות לפיצויים בגין הטעיה צרכנית רחבה יותר מאשר בדיני הנזיקין,¹⁹⁰ וכי רמת ההטעיה הנדרשת בעסקה צרכנית נמוכה יותר מאשר בהטעיה אזרחית.¹⁹¹ אמנם אין עמדה אחידה באשר לשאלת הוויתור על דרישת ההסתמכות, אך ברור שאין עמידה דווקנית על מילוי דרישה זו. ניתן להציג בענין זה שתי עמדות עיקריות: הראשונה, המוותרת לחלוטין על דרישת ההסתמכות לשם קבלת פיצוי בגין הטעיה צרכנית.¹⁹² גם לפי גישה זו יש להוכיח קשר בין ההטעיה לבין הנזק שנגרם.¹⁹³ הגישה השנייה, אינה מוותרת לחלוטין על הדרישה, אך נשענת על הנחה בדבר חזקת הסתמכות על הפרסום הכוזב.¹⁹⁴ המשותף לשתי הגישות הוא, שהן מאפשרות לאשר תובענות ייצוגיות צרכניות מבלי להוכיח הסתמכות אישית של הצרכן על המצג הכוזב.

Occidental Land Inc. v. Superior Court, 556 P. 2d 750 (Cal. 1976) 186

פס"ד *Mirkin*, לעיל הערה 184, בעמ' 580. 187

ראו לעיל טקסט ליד הערות 129–133, 136. 188

ראו לעיל טקסט ליד הערות 137–138. 189

פס"ד *Philip Morris*, לעיל הערה 143 והטקסט ליד הערות 143–144. 190

פס"ד *Gaidon*, לעיל הערה 145 והטקסט ליד הערות 145–147. 191

ראו לעיל טקסט ליד הערות 152–175. 192

ראו לעיל טקסט ליד הערות 168–174. 193

ראו לעיל טקסט ליד הערות 176–182. 194

ו. היקש מתובענות ייצוגיות בתחום דיני ניירות ערך

אחד התחומים המשיקים לתובענות ייצוגיות צרכניות הוא התחום של תובענות ייצוגיות בתחום דיני ניירות הערך. התחום של תובענות ייצוגיות במשפט האמריקני התפתח תחילה בנושא ניירות הערך¹⁹⁵ ומשם עבר, בין השאר, לנושא של תובענות ייצוגיות צרכניות. וכפי שציין בית המשפט העליון בקליפורניה: "What was noteworthy in the milieu three decades ago for stockholders is of far greater significance today for consumers"¹⁹⁶.

התפתחות דומה היתה במשפט הישראלי, בו החוק הראשון שהכיר בתובענות ייצוגיות היה חוק ניירות ערך¹⁹⁷ ובעקבותיו באה ההכרה בתובענות ייצוגיות בחוק הגנת הצרכן.¹⁹⁸ ניתן, אפוא, להקיש בין דיני התובענות הייצוגיות הצרכניות לבין דיני התובענות הייצוגיות בתחום ניירות הערך, כל עוד החוק אינו קובע במפורש הסדרים שונים לשני תחומים אלו. מבחינות רבות ניתן לראות את ההגנה על רוכשי ניירות ערך כשלוחה של הגנת הצרכן, ומאותן סיבות המצדיקות את הגנת הצרכן בחקיקה שמקובל להגדירה כצרכנית.

בתחום דיני ניירות ערך במשפט האמריקני התגברו על הדרישה להסתמכות ישירה על-ידי אימוץ הלכה בדבר הנחה הניתנת לסתירה של הסתמכות ציבור המשקיעים על הבטחות המוכרים. בניירות ערך יש למוכרים גישה עדיפה ואף ייחודית למידע. למשקיע הרגיל, שהוא חלק מכלל ציבור המשקיעים, אין אפשרות ממשית לבדוק את מלוא הפרטים. במובן זה ניתן לראות את רוכש ניירות הערך כצרכן. הוא גם הרוכש שמתאים להיות חלק מהקבוצה בגינה מגישים תובענה ייצוגית.

דרישה להסתמכות אישית של רוכש מניות תקשה מאוד לתבוע את המוכרים. דרישה לפיה כל תובע פוטנציאלי יוכיח כי ידע על המצב ופעל לפיו, או במקרה של מחדל להוכיח כי לו ידע על העובדות היה פועל אחרת, היא דרישה בלתי אפשרית. במשפט האמריקני פתרו בעיה זו על-ידי קביעת הלכה של הנחה בדבר הסתמכות הרוכשים על סמך ראיות נסיבתיות.¹⁹⁹ בפסק-דין מאוחר יותר הסביר בית המשפט העליון בארצות-הברית²⁰⁰ את ההצדקה להנחה בדבר הסתמכות בתחום דיני ניירות הערך. ההסבר בקצרה היה כדלקמן:

195 ראו: Kalven & Rosenfield "Function of Class Suit" 8 *U. Ci. L. Rev.* (1991) 684.

196 ראו פס"ד *Vasquez*, לעיל הערה 129, בעמ' 968.

197 בשנת 1988 הוכרו תובענות ייצוגיות בתחום ניירות הערך. ראו פרק ט' 1 בחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968 (תיקון התשמ"ח) תיקון זה נכנס לתוקפו ביום 31.10.88.

198 חוק הגנת הצרכן (תיקון), התשנ"ד-1994, ס"ח 252 (תחולה – 22.10.94).

199 *Affiliate Ute Citizens of Utah v. United States*, 406 U.S. 128, 152-154 (1972).

200 *Basic Inc. v. Levinson*, 485 U.S. 224, 241-249.

מאחר שהחברות שולטות במידע, המשקיעים מסתמכים על המציעים ביחס לשווי ניירות הערך ומאחר שהציבור מסתמך על נתוני החברות אין צורך בהסתמכות אישית ודי במבחן אובייקטיבי של הסתמכות. במצג הכוזב יש משום פגיעה בציבור, שכן מחיר נייר ערך משקף, בין השאר, את הידע הכללי של הציבור. בחינת ההסתמכות האישית היא, אפוא, מיותרת.

לדעתי, שוק המשתמשים בטלפון דומה במובנים רבים לשוק ניירות הערך. מספר קטן של חברות ענק שולט במשק. הצרכן המשתמש באמצעי התקשורת, נטול כלים לבחון האם החיוב נעשה לפי יחידת מניה או לפי זמן קצוב. כל שהציבור מבין בפרסומי חברות התקשורת הוא, שכדאי להתקשר וכמה שיותר, כיוון שהמחיר זול או הוול. אם המידע שהועבר לציבור כוזב, אין ספק שהסתמכות הציבור על פרסומי חברת התקשורת גורמת לו נזק. בנסיבות אלה, מה הטעם לבחון אם פלוני, באופן אישי, ראה את המידע והסתמך עליו, אם לאו. לשם השוואה, בשוק ביטוחי החיים בארצות-הברית היו במשך תקופה מסוימת פרסומים שמטרתם להגביר רכישת ביטוחים אלה תוך פיזור הבטחות שונות שהתבררו ככוזבות. בתי המשפט בארצות-הברית קבעו כי לפרסומים היתה השפעה באופן כללי על הציבור, גם אם רוכשים מסוימים לא שמעו באופן ישיר על ההבטחות או לא הבינו אותן.²⁰¹

אולם אין צורך להרחיק עד ארצות-הברית כדי להיווכח כי אין צורך בהסתמכות אישית כדי לזכות בפיצוי בגין הטעיה בניירות ערך. הלכה דומה נקבעה גם בישראל זמן קצר לאחר שנפסקה הלכת ברזני נ' בזק. כוונת הדברים היא לפסק-דין שמש נ' רייכרהט,²⁰² שם נדונה שאלת ההסתמכות בהקשר של תובענה ייצוגית בניירות ערך.

חוות הדעת העיקרית נכתבה על-ידי כבוד השופט טובה שטרסברג-כהן, אלא שהפעם הצטרפו לחוות דעת זו השופטים הנשיא אהרן ברק והשופט יעקב טירקל. פסק הדין דן בשאלת פרסום פרטים מטעים בתשקיף ובהפרת חובות גילוי נאות בניגוד לדיני ניירות ערך וכן במספר עילות במשפט האזרחי.

בין השאר, דן בית המשפט בתכלית התובענה הייצוגית. השופטת טובה שטרסברג-כהן הדגישה, בהתבסס על פסיקה קודמת, את חשיבותו של הליך דיוני זה.²⁰³ הנשיא ברק²⁰⁴ הצטרף לדבריה תוך שהוא מצביע על הזירות הדרושה בהפעלת כלי דיוני זה. לדעתי, ראויים לציטוט מקצת מדבריה של השופטת טובה שטרסברג-כהן:

“אין בידי לקבל את הגישה הרואה בתובענה הייצוגית רעה חולה שיש לעשות

201 פס"ד *Gaidon*, לעיל הערה 134.

202 לעיל הערה 8 (להלן פס"ד שמש נ' רייכרט). פסק הדין ניתן ביום 12.7.01 עשרה ימים לאחר שניתנה ההחלטה בפס"ד ברזני נ' בזק.

203 שמש נ' רייכרהט, פסקה 8 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

204 שם, פסקה 1 לפסק דינו של הנשיא ברק.

כל שניתן כדי לצמצם את היקף פגיעתה. התובענה הייצוגית מבטאת תפיסה חדשה ליישוב סכסוכים".²⁰⁵

בפס"ד שמש נ' רייכרט הסבירה השופטת טובה שטרסברג-כהן²⁰⁶ מדוע אין דרישה להסתמכות בעילות שמקורן בדיני ניירות ערך. בין השאר, נפסק שהחוק קובע כי האחריות היא "לנזק שנגרם" מחמת שהיה בתשקיף פרט מטעה²⁰⁷ וגם אחריות המומחים והמנפיק היא לנזק שנגרם מהטעיה.²⁰⁸ מכאן הסיקה השופטת שדי בקשר הסיבתי בין הפרט המטעה או הפרת הוראות החוק לבין הנזק שנגרם, ולא נדרשת הסתמכות ישירה על הפרט המטעה. פרשנות זו נתמכה גם בשיקולי מדיניות חשובים.

בפסק-דין שמש נ' רייכרט הציגה השופטת שטרסברג-כהן בהרחבה את גישת המשפט האמריקני לדרישת ההסתמכות על התרמית בדיני ניירות ערך,²⁰⁹ וזאת כבסיס לדיני ניירות ערך בישראל. השופטת קבעה כי המחוקק האמריקני הקל עם רוכש ניירות הערך בקובעו חזקה חלוטה של הסתמכות על פרט מטעה, וכי זו גם הגישה בישראל, לפיה אין התובע נדרש להראות כי הסתמך על הפרט המטעה או על הפרת חובת הגילוי בכדי שתקום לו עילת תביעה.²¹⁰

השופטת הציעה גם מספר דרכים להתמודדות עם דרישת ההסתמכות על מצגי השוא של החברה בעילות שמחוץ לדיני ניירות: (1) הסתמכות עקיפה;²¹¹ (2) חזקת הסתמכות על תרמית במחדל;²¹² (3) תיאוריית "התרמית על השוק".²¹³ בנושאים אלו צוטטו אסמכתאות רבות מהמשפט האמריקני שלא כאן המקום לפרטן.²¹⁴ הנשיא ברק הגיע לאותה מסקנה, אם כי העדיף לעגן את מסקנתו על "הסתמכות עקיפה" מבלי להכריע בתחולתן האפשרית של תיאוריות נוספות, כגון הסתמכות על תרמית במחדל או "תרמית על השוק".²¹⁵

יש להדגיש, כי מנימוקים דומים הגיעה השופטת שטרסברג-כהן לאותן מסקנות אליהן הגיעה בפס"ד ברזני נ' בזק. אך בעוד שבפס"ד שמש נ' רייכרט היתה זו דעת כל השופטים, בפס"ד ברזני נ' בזק היתה זו דעת מיעוט בלבד. מה ההבדל בין שני

205 שם, בפסקה 23 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן. ראוי לעיין בנימוקיה בהרחבה.
 206 שם, בפסקה 25.
 207 סעיף 31 לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968.
 208 סעיפים 32 ו-52א לחוק ניירות ערך.
 209 פס"ד שמש נ' רייכרט, פסקאות 26-31 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן.
 210 שם, פסקה 26, וראו שם תימוכין בספרות המשפטית לגישה זו.
 211 שם, פסקה 28, וראו שם תימוכין בספרות המשפטית בישראל לגישה המוצעת וכן פסיקה אמריקנית ענפה.
 212 שם, פסקאות 29-30.
 213 שם, פסקה 31.
 214 ראו לוטן, לעיל הערה 125, בעמ' 164-173, דיון מקיף בסוגיית ההסתמכות בתובענות ייצוגיות שעילתן תרמית בניירות ערך. רוב האסמכתאות הן מארצות-הברית.
 215 פס"ד שמש נ' רייכרט, פסקה 7 לפסק דינו של הנשיא ברק.

המקרים? האם יש שוני בלשון החוק או במדיניות, שמצדיק דרישת הסתמכות בדיני הגנת הצרכן ופוטר את הנפגע מהוכחת דרישה זו בדיני ניירות ערך? הלא בשני המקרים המטרה היא אחת – הגנת הצד החלש בעסקה – המשקיע או הצרכן. בשניהם לעוסק יש כל המידע הרלוונטי, על שניהם חל האינטרס הציבורי שהשוק יהיה הגון לטובת כלל הציבור. הנסיון לתלות את כל השוני בנוסח סעיף 31 לחוק הגנת הצרכן המפנה לפקודת הנזיקין מביא לפרשנות קשה, שאינה מחויבת המציאות ותוצאותיה מי ישורן? היא עלולה להמיט כליה על זכויות הצרכן ולהפוך את החוק שאמור להגן עליו להלכה ואין מורין כן.

חשוב מכך, בשונה מפס"ד ברזני נ' בזק, שם קבע נשיא בית המשפט העליון כי קיימת חובה להוכיח הסתמכות, הרי שבהקשר דומה בנושא הטעיה בניירות ערך פסק הנשיא כי אין צורך בהוכחת הסתמכות אישית:²¹⁶ "מקובלת עלי מסקנתה של חברתי, כי אין החוק דורש כי הנפגע התובע יסתמך על מצגו של המזיק – הנתבע. לא זו תכליתו של החוק... החוק בא, בין השאר, להגן על המשקיעים ועל אמון הציבור. המשקיע בשוק ההון עלול להנזק גם אם לא הסתמך על האמור בתשקיף".²¹⁷

אכן, דברים כדורבנות. לו היו מחליפים את המילה משקיעים בצרכנים, הרי שהדבר היה הופך את חוק הגנת הצרכן לכלי רב משמעות בשיפור הסחר ההוגן ובשיפור האקלים המסחרי בישראל. קשה להבין מדוע בנושא ניירות ערך היתה הסכמה כה גורפת לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן, בעוד שהיתה התנגדות נחרצת לפסק דינה במקרה של ברזני נ' בזק?

כבר בתחילת שנות השבעים עבר המשפט האמריקני את הטורנספורמציה מהגנה על משקיעים בניירות ערך להגנה על הצרכנים. בפסק הדין האמריקני המנחה Vasquez,²¹⁸ הסביר בית המשפט העליון בקליפורניה מדוע פיתחו בשנות הארבעים את הליך התובענה הייצוגית להגנת רוכשי מניות, תוך שעמד על הדברים הבאים: "What was noteworthy in the milieu three decades ago for stockholders is of far greater significance today for consumers... consumers as a category are generally in a less favorable position than stockholders to secure legal redress for wrongs committed against them".²¹⁹

לאור הנמקות אלו, שזכו לתמיכה רבה בספרות המשפטית האמריקנית, החליט בית המשפט לאשר את התובענה הייצוגית הצרכנית.

התפתחות זו, שהתרחשה לפני שלושים שנה בארצות-הברית, טרם נקלטה בצורה מספקת במשפט הישראלי בתחילת המאה העשרים ואחת, שאם לא כן קשה להבין

216 שמש נ' רייכרט, לעיל הערה 8, בפסקאות 5-8 לפסק דינו של הנשיא.

217 שם, בפסקה 6.

218 ראו לעיל הערה 140.

219 שם, בעמ' 968.

מדוע בית המשפט העליון בישראל קבע שאין צורך בהסתמכות אישית בהטעיה בניירות ערך, אך יש צורך בהסתמכות בחוק הגנת הצרכן. אפילו לגבי עילות שמחוץ לחוק ניירות ערך, שדורשות הסתמכות, הסתפק נשיא בית המשפט העליון ב"הסתמכות עקיפה".²²⁰ מדוע לענין ניירות ערך די בהסתמכות עקיפה ואולם לענין הגנת הצרכן נדרשת הסתמכות אישית ישירה, לכאורה בניגוד ללשונו המפורשת של חוק הגנת הצרכן?

ואחרון אחרון לענייננו, הנשיא ברק לא התעלם מפסק־דין ברזני נ' בזק, שנפסק רק עשרה ימים קודם לכן. ההתייחסות לפסק־דין קודם זה היתה קצרה ביותר: "אכן, בהיעדרה של הסתמכות על המצג (או חשיפה לו), קיים קושי בכיסוס הקשר הסיבתי בין העוולה לבין הנזק (השוו: ע"א 1977/97 ברזני נ' בזק). בו בעת, אין אני נדרש להכריע בשאלת הקשר הסיבתי במקרה שלפני, ולו מן הטעם כי הוכחה הסתמכות (עקיפה) של התובע על מצגי החברה".²²¹ ונשאלת שוב השאלה, מדוע מה שטוב וראוי לדיני ניירות ערך אינו יכול להיות בסיס לדיני הגנת הצרכן?

הנושא של תובענות ייצוגיות בניירות ערך הוא הקרוב ביותר לנושא של תובענות ייצוגיות צרכניות. בתי המשפט בארצות־הברית²²² ובישראל מצאו את הדרך לאפשר ולאשר תובענות ייצוגיות מוצדקות בניירות ערך. אין כל סיבה לחסום כמעט כל אפשרות של הגשת תובענות ייצוגיות בנושא של הגנת הצרכן. בלאו הכי קיימות מגבלות רבות על מימוש הסעד של תובענה ייצוגית מכח חוק הגנת הצרכן, ואין צורך להוסיף עליהן את הדרישה של הסתמכות אישית על מצגי העוסק. כאמור, דרישה זו עלולה לחסום כמעט לחלוטין את האפשרות להשתמש בסעד זה, גם כאשר הוא מוצדק.

ז. הצעות לסיכום

1. פתרון בדרך של פרשנות חקיקה

רשימה זו עוסקת בפרשנות הוראות מרכזיות בחוק הגנת הצרכן ובשאלה העקרונית האם יש לפרשן בהתאם לכללי המשפט האזרחי, או שיש מקום לסטות מכללים אלו מדי פעם על מנת לממש את מטרות החוק. ללא פרשנות חדשה להוראות חוק הגנת הצרכן, נימצא מסכלים את מטרת ההגנה על הצרכן, עד כדי ריקון החוק מתוכנו. סעד הפיצויים הוא הסעד האזרחי האפקטיבי ביותר בהגנת הצרכן. מחד גיסא, יש

220 שמש נ' רייכרט, בפסקה 7 לפסק דינו של הנשיא ברק.

221 שם, בפסקה 8.

222 לדיון מסכם בנושא הוויתור על דרישת ההסתמכות האישית בתובענות ייצוגיות בתחום ניירות הערך, ראו: R. Klonoff *Class Actions* (West, 1999) 243–248.

בו הבטחה של סעד לצרכן²²³ והוא יכול לשמש כלי אכיפה יעיל של הוראותיו כאשר מיישמים אותן בדרך של תובענה ייצוגית. מאידך גיסא, לא ניתן להתעלם מהחששות של ניצול לרעה של הליך התובענה הייצוגית. אישור התביעה כתובענה ייצוגית עלול להוביל לפשרות בנסיבות שאינן מצדיקות זאת. במחקר מקיף שנערך בארצות-הברית (בתחום ניירות הערך) נתגלה ממצא שפשרות הושגו לאו דווקא במקרים הצודקים, ושגם גובה הפשרה לא היה בהכרח מוצדק בנסיבות הענין.²²⁴ מסיבות אלו נחקקו במחצית שנות ה-90 הוראות שהגבילו במידה רבה את השימוש בתובענות ייצוגיות דווקא בתחום של ניירות ערך,²²⁵ שהוא אחד התחומים החשובים בנושא של תובענות ייצוגיות. גם לאחר ההגבלות, עדיין השימוש בכלי זה בארצות-הברית עולה לאין שיעור על השימוש בו בישראל. מה שניתן להסיק מהתיקון האמריקני הוא, שאין להירתע מיישום הסעד של תובענה ייצוגית, ואם מתגלים בו קשיים, אין להירתע משינויים ותיקונים שיביאו לתוצאה הרצויה.

מימוש הסעד של הטעיה צרכנית בדרך של תובענה ייצוגית חייב בכל מקרה לעמוד בתנאים רבים כנדרש בסעיפים 35 א ו-35 ב לחוק הגנת הצרכן. יישום מושכל של סעיפים אלו יכול להבטיח שהשימוש שיעשה בסעד זה יהיה שימוש ראוי. לעומת זאת, דרישה להוכחת הסתמכות אישית על מצגים הכוזבים של העוסק עלולה להביא לצמצום דרסטי של האפשרות להסתייע בסעד של תובענה ייצוגית צרכנית.

- לדעתי, יש לאמץ את דעת המיעוט של השופטת שטרסברג-כהן בפס"ד ברזני נ' בזק ובאופן מפורט יותר הייתי מציע שבית המשפט יקבע את ההלכות הבאות:
- א. סעיף 31 לחוק הגנת הצרכן קובע את סעד הפיצויים כסעד הדומה לעוולה נזיקית, אך לא זהה לה. לכן אין צורך בהוכחת הסתמכות על המצגים הכוזבים של העוסק.
 - ב. יחד עם זאת, יש להוכיח שההטעיה היא שגרמה לנזק.
 - ג. אין צורך בקשר סיבתי בין ההטעיה לבין ההתקשרות. דרישה זו קיימת בחוק החוזים (חלק כללי), אולם אין לה מקום כאשר מדובר בהטעיה צרכנית והסעד המבוקש הוא פיצויים.
 - ד. אין להגביל את הסעדים האזרחיים של חוק הגנת הצרכן לסעדים המפורשים בו ויש לאפשר סעדים נוספים כגון צווי מניעה, פיצויים חיוביים והשבה.²²⁶

223 מימוש הסעד לצרכן הבודד נעשה, בדרך כלל, בבית המשפט לתביעות קטנות. אין הצדקה לפנות לבתי המשפט הרגילים בשל הסכומים הנדרשים ובשל העדרם של סעדים דרסטיים יותר, כגון פיצויים עונשיים שקיימים בשיטות משפט אחרות.

224 ראו: J.L. Alexander "Do the Merits Matter? A Study of Settlements in Securities Class Actions" 43 *Stan. L. Rev.* 497 (1991).

225 ראו, י' גרוס חוק החברות החדש (2000) 231; א' רוזנברג "על שלבי אישור תובענה ייצוגית על פי חוק החברות, התשנ"ט-1999" (לא פורסם) 8-9.

226 השוו עם פסק-דין המועצה הישראלית לצרכנות, לעיל הערות 102-103. לא התייחסתי כאן לסמכות הכללית של בית המשפט להעניק סעדים מכה סעיף 75 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984, ס"ח 198 מאחר שהדין בנושא זה חורג ממסגרת רשימה זו.

- ה. גם אם יוחלט שאין לוותר לחלוטין על דרישת ההסתמכות, הרי שאין מקום לדרוש הוכחת הסתמכות אישית וניתן לקבוע חזקת הסתמכות, כפי שכתבה השופטת שטרסברג-כהן – "הייתי רואה לאמץ חזקה, לפיה, מקום בו יצר עוסק מצג העלול להטעות צרכן ומצג זה פורסם בהיקף נרחב מתוך מטרה שיגיע אל ציבור הצרכנים, נראה את הצרכן אשר רכש את המוצר או השירות נשוא המצג, כמי שנחשף למצג ופעל על פיו ובהסתמך עליו".²²⁷
- ו. לחילופין, אם לא תתקבל ההשקפה לפיה ניתן לוותר על דרישת ההסתמכות, ניתן יהיה לפחות לוותר על הוכחת הסתמכות בשלב אישור התובענה הייצוגית ולהותיר את ההוכחה לשלב הדיון העיקרי.
- ז. חזקת ההסתמכות לא תחול אם העוסק יוכיח כי הצרכן ידע את העובדות לאשורן.²²⁸
- ח. המועד לסתירת חזקת ההסתמכות, אם תתקבל ההצעה שהצעת בפסקה ה לעיל, יהיה בדיון העיקרי ולא במועד הדיון בבקשה לאישור, אלא אם ברור מתוך הנסיבות שלא היתה הסתמכות.²²⁹
- ט. הקשר הסיבתי בין ההטעיה לבין הנזק יוכח על בסיס הפער שבין הבטחות העוסק לבין הביצוע בפועל. ההפרש בין המחיר שקבע העוסק במצג או בפרסום לבין המחיר ששילם בפועל הצרכן הוא הנזק שנגרם.²³⁰
- י. הטעיה צרכנית יכול שתהא טרום-חוזית, במהלך כריתת החוזה וגם לאחריה²³¹ וזאת אם מטרתה היתה הגברת מכירות והיא עלולה להשפיע על התנהגותו של הצרכן.
- יא. התחייבויות בחוזים עם ציבור צרכנים גדול, שלא היתה כוונה למלא אותן עוד במועד ההתחייבות, יהוו חזקה בדבר הרצון להטעות ולכן יחשבו כהטעיה.²³²
- יב. הטעיה המלווה בהתנהגות בחוסר תום-לב של העוסק תזכה את הנפגעים בכל הסעדים להם זכאים נפגעים מחוסר תום ליבו של צד להתקשרות.²³³
- לסיום, יש להעיר כי ההצעות אינן מקשה אחת. ניתן לאמץ את כולן, את רובן, או

227 פס"ד ברזני נ' בזק, פסקה 14 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

228 השוו עם הוראות סעיפים 4 ו-10 לחוק הגנת הצרכן.

229 בפס"ד ברזני נ' בזק יצאו השופטים מתוך הנחה (שגויה כנראה) כי מר ברזני לא נחשף למצגים, וזאת מאחר שלא טען כי הוא נחשף להם. לפי הצעתנו, בהנחה זו אין די ורק כאשר ברור שהעובדות היו ידועות, לא תחול חזקת ההסתמכות.

230 השוו עם סעיף 10 לחוק הגנת הצרכן וראו גם פס"ד המועצה הישראלית לצרכנות, לעיל הערות 102-103 לפיו אין להגביל את סעדיו של הצרכן מכח חוק. יחד עם זאת, ראוי להקנות שיקול-דעת לבית המשפט בקביעת גובה הפיצוי על מנת שלא לפגוע בחוסנה של הנתבעת. סמכות זו והצעות נוספות לשיפור הכלי של תובענות ייצוגיות יידונו ברשימה נפרדת.

231 ההבחנה בין מצגים בשלב הטרם חוזי לבין מצגים במהלך כריתת החוזה אינה ברורה ואינה חד-משמעית. ההטעיה יכול גם שתהיה לפני כריתת החוזה או לאחריו. אני סבור שלא תמיד ברורה ההבחנה בין השלב החוזי לבין השלב הטרם-חוזי.

232 השוו עם ע"א 760/77 בן עמי נ' בל"ל, פ"ד לג(3) 567 וראו דיני הגנת הצרכן בעמ' 404-405.

233 ראו לעיל הערה 97, פסקי-דין שקבעו שניתן לקבל מגוון סעדים בגין חוסר תום-לב במשא ומתן.

אף את מקצתן. לא תוצאותיו של מקרה זה או אחר עמדו לנגד עיני המחבר.²³⁴ מטרת הרשימה היא למנוע מצב שהסעד של פיצויים צרכניים יהפוך לאבן שאין לה הופכין והכלי של תובענות ייצוגיות צרכניות יהפוך לכלי ריק.

2. הצעה לפתרון בדרך של תיקון חקיקה

אם ההצעות שהוצעו בסעיף הקודם לא תתקבלנה בפסיקת בתי המשפט, יהיה צורך לעגן באמצעות חקיקה מפורשת בחוק הגנת הצרכן. חקיקה מטבעה מנוסחת בקצרה. קטעים מרשימה זו יוכלו לשמש כחלק מדברי ההסבר להצעת תיקון החוק. להלן עיקרי הצעות התיקון:

1. להוסיף סעיף 1 חדש לחוק כדלקמן:
"1. סעיף מטרה – מטרתו של חוק זה היא להגן על הצרכן. ההגנה על הצרכן בחוק זה באה בנוסף לכל דין אחר ואין בה כדי לגרוע ממנו".
 2. להוסיף סעיף 2 חדש לחוק כדלקמן:
"2. פרשנות – חוק זה יש לפרש באופן שיבטיח את זכויות הצרכן ויביא להגשמת מטרותיו של החוק".
 3. להוסיף לסעיף 2 הקיים סעיף קטן (ד) כדלקמן:
"ד. איסור הטעיה בחוק זה כולל כל מצג במעשה או במחדל שמציג עוסק בין אם בשלב הטרם חוזי, במהלך כריתת החוזה או לאחריה".
 4. לבטל את סעיף 31(א) ולכתוב במקומו סעיף חדש:
"31 פיצויים (א) מעשה או מחדל בניגוד לפרקים ב' ג' או ד' יזכו את הצרכן שנפגע מהעוולה בפיצויים בגובה הנזק שנגרם לו".
 5. להוסיף סעיף 31(א3) כדלקמן:
"31(א) לשם קבלת פיצוי כאמור אין צורך להוכיח הסתמכות על מצגי העוסק".
 6. להוסיף סעיף 31(א4) כדלקמן:
"4(א) תהא זו הגנה טובה לעוסק אם הוכיח כי העובדות לאשורן היו ידועות לצרכן בעת כריתת החוזה".
 7. להוסיף סעיף 31(א3א) כדלקמן:
"31(א) תרופות הנפגע – בית המשפט יהיה רשאי, בנוסף לכל הסעדים האמורים בחוק זה, להורות על כל סעד וליתן כל הוראה אחרת שתיראה צודקת בנסיבות הענין".
- סוף דבר, פרשת ברזני נ' בזק עוררה את הקשיים המהותיים שקיימים בחוק הגנת

²³⁴ לאור עקרון הגלוי הנאות אני רואה לנכון לציין כי ביום 10.9.01 הגשתי בקשה בשם המועצה הישראלית לצרכנות להצטרף לבקשה לקיום דיון נוסף כצד לדיון בדנ"א 5712/01 המועצה הישראלית לצרכנות נ' ברזני ובזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ. הבקשה טרם נדונה. הייצוג של המועצה לצרכנות הוא בהתנדבות וכחלק מפעילותי ההתנדבותית להגנת הצרכן בישראל.

הצרכן בנושא מימוש הסעדים האזרחיים המופיעים בו בכלל, ובהקשר של תובענות ייצוגיות בפרט. הניסיון שנרכש צריך לשמש מנוף לבחינה מחודשת של סעדי חוק הגנת הצרכן. ההצעות שהוצעו בפרק הסיכום מתייחסות בעיקר לנושא ההטעיה ובמיוחד לתרופת הפיצויים. יש, לדעתי, להקים ועדת מומחים לבחינה מחודשת של מכלול הסעדים והתרופות של החוק. יתר על כן, אין ברשימה זו התייחסות לבעיות המיוחדות שמעוררות ההוראות בדבר תובענה ייצוגית צרכנית, המוסדרת בסעיפים 35א לחוק ואילך. נושא זה ראוי לרשימה נפרדת.²³⁵ אכן אין להתעלם מכך שהיתה ההתפתחות חיובית בנושא הגנת הצרכן. אחרי תרדמת של עשרות שנים, הנושא התעורר, אך בכך לא די. עתה הגיע המועד להסדירו באופן נאות וראוי, ויפה שעה אחת קודם.

²³⁵ התיקונים שהוצעו כאן הם תיקונים חלקיים ביותר המתייחסים לסוגיות הנוגעות לדרישת ההסתמכות על מצגי שוא בעסקות צרכניות. כדי להסדיר את הבעיות של התובענה הייצוגית הצרכנית ידרשו תיקונים מהותיים שידונו ברשימה אחרת.

