

בעניין:

אלון סימקוביץ, ת.ז. 033438763
מרח' אורי קיסרי 3, תל-אביב

ע"י ב"כ ערן קיכלמכר ו/או גלית אטיאס
קיכלמכר, אטיאס ושות' - משרד עו"ד
מרח' ברקוביץ' 4, ת.ד. 33111, תל-אביב 61330
מגדל המוזיאון, קומה 7
טל': 03-6935310; פקס': 03-6023740

המבקש
(התובע)

-נגד-

מחלבות יטבתה ע"ש אורי חורזו ז"ל בע"מ
ח.פ. 51-254-5377

המשיבה
(הנתבעת)

קיבוץ יטבתה, ד.נ. אילות 88820

בקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית

בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו – 2006 (להלן – "חוק התובענות הייצוגיות"), בית המשפט הנכבד יתבקש בזאת, כדלקמן:

א. לאשר את התובענה נשוא כתב התביעה המצורף לבקשה זו כנספח א' כתובענה ייצוגית (להלן – "התובענה" או "התובענה הייצוגית").

ב. להגדיר את הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה הייצוגית, כמפורט להלן בבקשה זו.

ג. להורות כי המבקש ישמש כתובע מייצג וכי הח"מ ישמשו כב"כ מייצגים במסגרת התובענה הייצוגית.

ד. להגדיר את עילות התובענה הייצוגית והשאלות של עובדה או משפט המשותפות לקבוצה, כמפורט להלן בבקשה זו.

ה. לאשר את הסעדים הנתבעים במסגרת התובענה הייצוגית, המפורטים במסגרת בקשה זו ו/או להורות על כל סעד אחר בהתאם לשיקול דעתו של בית המשפט הנכבד.

ו. להורות על פרסום הודעות מתאימות בהתאם לסעיף 25 לחוק התובענות הייצוגיות ולקבוע כי המשיבה תישא בעלויות פרסום ההודעות כאמור.

ז. להשית על המשיבה הוצאות בקשה זו, לרבות שכ"ט עו"ד בצירוף מע"מ כדין.

"א-1" העתק כתב התביעה מצ"ב כנספח א-1.

נימוקי הבקשה:

א. מבוא

1. עניינה של התובענה הייצוגית הוא העלאת מחיר סמויה של מוצר על-ידי הקטנת כמותו והותרת מחיר המוצר על כנו, זאת מבלי להביא לידיעת הצרכן את דבר הקטנת כמות המוצר.

2. כבר בראשית הדברים יאמר, כי התנהלות זו אשר הפכה לתופעה במדינתנו מקוממת עד מאוד ולא ברי הכיצד חברות מן השורה הראשונה, ובכללן המשיבה, נוקטות בשיטות אשר יש בהן כדי להטעות (שלא לומר לרמות) את הצרכן במחיר המוצר.

3. תופעה זו אינה חדשה בעולמנו וכבר בעת העתיקה, בה נהגו בין השאר לסחור באמצעות שקילת סחורה על כפות מאזניים, היו בנמצא סוחרים סורחים אשר החזיקו באמתחתם מערכות נפרדות של אבנים ומשקולות (אבנים קלות מהמקובל לצורך מכירת סחורה וכבדות מהמקובל לצורך רכישת סחורה) עמם היו מאזניים את כפות המאזניים בעת ביצוע עסקה וכך מרמים את לקוחם במחיר הסחורה.

4. עוד בתקופת המקרא נאסרו מעשים כגון דא אשר נחשבו לחמורים ביותר ולעגל מסחרי -

”יג לא-יהיה לך בכיסך, אבן ואבן: גדולה, וקטנה. יד לא-יהיה לך בביתך, איפה ואיפה: גדולה, וקטנה. טו אבן שלמה וצדק יהיה-לך, איפה שלמה וצדק יהיה-לך--למען, יאריכו ימין, על האדמה, אשר-יהנה אלהיך נתן לך. טז כי תועבת יהנה אלהיך, כל-עשה אלה: כל, עשה עול. {פ}” (ראה ספר דברים פרק כה', פסוקים יג-טז).

5. דומה, כי בחלוף העיתים השתנתה אך התפאורה והשיטה, אולם מעשה העוולה נותר כשהיה.

6. ואולם, על אף שהמשיבה נוהגת כאותו רוכל או סוחר סורח הרי, שחומרת מעשיה עולה עשרות מונים על מעשיו, שכן עסקינן במשיבה, שהנה חברה המובילה בתחומה, המשווקת את מוצריה למאות אלפי צרכנים ונתפסת על-ידם כחברה רצינית אמינה ובעלת מוניטין.

7. המוצר נשוא התובענה הייצוגית הנו מוצר ממשפחת משקאות החלב המשווקים על-ידי המשיבה באריזות קרטון אישיות המכילות כולן (למעט המוצר דגן) 500 מ"ל משקה ומחירים זהה.

8. המוצר דגן שווק בעבר בכמות של 500 מ"ל אולם, החל משנת 2006 או בסמוך לכך, המשיבה החלה לשווקו בכמות של 400 מ"ל.

9. בטרם ננקוב בשם המוצר נשוא התובענה הייצוגית ועל-מנת שבית המשפט הנכבד יתרשם בעצמו מן העוולה, בית המשפט הנכבד יופנה לנספח א' המצורף לבקשה זו, במסגרתו ניתן

לראות את מוצרי המשיבה: מוקה, שוקו ומילקשייק, אשר בדר"כ מונחים בסמוך האחד לשני על מדפי רשתות השיווק השונות.

"א" העתק תצלום משקאות החלב מצ"ב כנספת א'.

10. מבחינת נספת א' ניתן לראות כי בלתי אפשרי להבחין, בטח ובטח במהלכו של "מסע קניות", כי קיים הבדל בין כמות המוצרים וזאת על אף שאחד מהם מכיל רק 400 מ"ל משקה בלבד.

11. המוצר עסקינן הנו "מילקשייק שוקו יטבתה" (להלן- "מילקשייק" ו/או "המוצר") וכאמור המשקה שווק בעבר בכמות של 500 מ"ל, אולם בראשית שנת 2006 או בסמוך לכך המשיבה החלה לשווק בכמות של 400 מ"ל, מבלי שמחירו השתנה וזאת ללא כל גילוי נאות הנדרש על-פי דין בדבר הפחתת כמות המוצר.

"ב" העתק תצלום משקאות החלב עם צד האריזה בו מצויינת תכולתה מצ"ב כנספת ב'.

12. הנה כי כן, המשיבה העלתה במסווה את מחירו של המוצר מילקשייק ב- 20% וגרמה בכך לציבור הצרכנים נזק ממון.

13. מכאן התובענה הייצוגית.

ב. הצדדים

14. המבקש הנו אזרח ישראלי וצרכן של המוצר מילקשייק.

15. המשיבה הנה חברה פרטית המצויה בהחזקתם המשותפת של קיבוץ יטבתה ושל חברת שטראוס בריאות בע"מ (מקבוצת שטראוס גרופ בע"מ).

16. המשיבה עוסקת בייצור ושיווק חלב ומוצרים, לרבות מילקשייק.

"ג" העתק דף מאתר האינטרנט של המשיבה המפרט את הרקע אודותיה מצ"ב כנספת ג'.

17. המשיבה הנה החברה המובילה בארץ בתחום משקאות החלב ועל-פי פרסומים שונים הנה מחזיקה בנתח שוק לא מבוטל של כ- 63% בתחום זה.

18. המשיבה במרוצת השנים הפכה לאחד המותגים החזקים בשוק – המותג "יטבתה" – לו מודעות ציבורית צרכנית גבוהה כמו גם לסיסמה המלווה את מאמציה השיווקיים – "מממ... טעם יטבתה".

19. בכדי לסבר את האוזן יצויין, כי בהתאם למדגם שנערך בעבור המשיבה בשנת 2007 עולה, כי 90% מהאוכלוסיה מודעים למותג, מעל 80% מבני הנוער בישראל צורכים את מוצרי המותג וכ- 80% מהאוכלוסיה תופסים את המותג כטעים ביותר בקטגוריה.

20. האמור לעיל מלמדנו, כי המשיבה הנה חברה המובילה בשוק משקאות החלב ונתפסת על-ידי ציבור הצרכנים כחברה רצינית, אמינה ובעלת מוניטין.

”ד” העתק ממצגת שיווקית של המשיבה מצ”ב כנספת ד’.

ג. העובדות הרלבנטיות

21. כאמור לעיל, המשיבה הנה חברה ותיקה ומוצריה משווקים מזה שנים רבות.

22. המשיבה משווקת את מוצריה השונים בבקבוקים אישיים ומשפחתיים, בשקיות משקה ובאריזות קרטון אישיות ומשפחתיות.

23. המוצר דנן, מילקשייק, משווק באריזות קרטון אישיות כמו גם מוצרים נוספים של המשיבה, כגון: שוקו ומוקה.

24. לא למותר לציין, כי אריזות הקרטון הן המזוהות ביותר עם המותג ”יטבתה”.

25. מחיר משקאות החלב המשווקים על-ידי המשיבה באריזות קרטון אישיות הנו זהה.

26. כל משקאות החלב המשווקים על-ידי המשיבה באריזות קרטון אישיות הנם בכמות של 500 מ”ל.

27. גם מוצרים חדשים ו/או מוצרים המשווקים לתקופה מוגבלת באריזות קרטון אישיות משווקים בכמות של 500 מ”ל.

”ה” העתק ממודעות פרסומת למוצרים חדשים מצ”ב כנספת ה’.

28. יצויין, כי בהתאם למחקר שנעשה בעבור המשיבה, עלה כי קיימת העדפה לצריכת משקאות חלב באריזות קרטון אישיות בתכולה של 500 מ”ל.

29. לפיכך, במסגרת מאמציה השיווקיים במהלך השנים המשיבה דואגת לשווק ולמתג את מוצריה באריזות קרטון האישיות כ- ”סדרת משקאות החלב של יטבתה בקרטוניות של 1/2 ליטר” תוך מתן דגש כאמור על תכולת אריזות הקרטון האישיות.

30. זאת לציין, כי אחד הפרמטרים המזוהים עם סדרת מוצרי המשיבה המשווקים באריזות קרטון אישיות הנו כמות המוצר.

31. בשנת 2005 המשיבה השיקה מחדש את משקאות החלב בסדרת אריזות קרטון האישיות. מהלך זה לווה בקמפיין פרסומי נרחב באמצעי התקשורת השונים, במסגרתו המשיבה כמובן דאגה לצרוב בתודעת הצרכנים כי סדרת המוצרים המשווקים באריזות קרטון אישיות (לרבות מילקשייק) הנם בכמות של 1/2 ליטר.

”ו” העתקים ממוזעות פרסומת שונות מטעם המשיבה מצ”ב כנספח ו’.

32. בראשית שנת 2006 או בסמוך לכך, הפחיתה המשיבה את כמות המילקשייק מ- 500 מ”ל ל- 400 מ”ל משקה בלבד.

33. לא למותר לציין, כי נפח האריזה (אשר יכול להכיל 500 מ”ל) נותר כשהיה.

34. המשיבה הותירה את מחיר המילקשייק כפי מחירו הקודם, מחיר שהנו זהה ליתר המוצרים בסדרת אריזות הקרטון האישיות (בתכולה של 500 מ”ל).

”ז” העתק חשבונית שהונפקה בגין רכישת מילקשייק ומשקה שוקו מצ”ב כנספח ז’.

35. מצופה היה, כי המשיבה תנקוט בפעולות אפקטיביות על-מנת ליידע ולגלות לציבור צרכניה את דבר הפחתת כמות המוצר, זאת בדומה לפעולות המצויינות במסגרת הנחיות הממונה על הגנת הצרכן בעניין הקטנת מוצרים, אולם המשיבה לא דאגה להביא לידיעת צרכניה את דבר הפחתת כמות המוצר כנדרש על-פי דין.

”ח” העתק הנחיות הממונה על הגנת הצרכן בדבר הקטנת מוצרים מצ”ב כנספח ח’.

36. במאמר מוסגר יצויין, כי בעבר עת המשיבה נדרשה להתמודד עם הורדות מחירים שנעשתה על-ידי החברה המתחרה ”תנובה”, אחת משיטות ההתמודדות של המשיבה הייתה הוספת כמות לאיזה ממוצריה תוך הותרת המחיר על כנו. ספק רב אם במקרים כגון דא המשיבה לא דאגה להבליט ולידע היטב את צרכניה בדבר הוספת כמות המוצר, זאת כפי שנוהגים יצרנים ומשווקים אחרים בשוק.

37. לא זו אף זו, המשיבה אף מסווה בדרכים שונות את היות המילקשייק בתכולה מופחתת של 400 מ”ל. כך לשם הדוגמא, באתר האינטרנט של המשיבה ניתן לראות את קטלוג המוצרים של המשיבה, כאשר בסמוך לשוקו והמוקה המשווקים באריזות קרטון אישיות צויינה התכולה (500 מ”ל) ואולם בסמוך למילקשייק המשווק באריזות קרטון אישיות לא צויינה כלל תכולה. באופן דומה, באתר האינטרנט של חברת שטראוס גרופ בע”מ (מבעלי המשיבה) ניתן לראות את מוצרי המשיבה וכאשר לוחצים על המוצרים שוקו ומוקה נפתחת חלונית המפרטת, בין השאר, את כמות המוצר, ואולם כאשר לוחצים על המילקשייק, אזי בחלונית אין כל פירוט בדבר תכולת המוצר.

”ט” העתק דפים מאתר האינטרנט של המשיבה מצ”ב כנספח ט’.

”י” העתק דפים מאתר האינטרנט של חברת שטראוס גרופ בע”מ מצ”ב כנספח י’.

38. הנה כי כן, המשיבה העלתה במסווה את מחיר המילקשייק, תוך שמחד היא מפחיתה את כמות המוצר ומאידך מותירה את מחירו על כנו, מחיר הזהה ליתר המוצרים בסדרת אריזות הקרטון האישיות (בתכולה של 500 מ”ל).

39. ואכן המבקש, אשר הנו צרכן מן השורה של מוצרי המשיבה והנו רוכש דרך קבע את המוצר עסקינן, מילקשייק, לא היה מודע להפחתת כמות המוצר כאמור.
40. המבקש ידע כי מילקשייק כמו גם יתר מוצרי המשיבה בסדרת אריזות הקרטון האישיות הנם בתכולה של 500 מ"ל.
41. לפיכך, המבקש לא העלה על דעתו כי כמות המילקשייק תופחת ו/או כי יש סיבה כלשהי שבשלה כמות המוצר תופחת ואף לא הייתה כל אינדיקציה לכך.
42. המבקש גם לא העלה על דעתו כי חברה רצינית בשיעור קומתה של המשיבה, בעלת מוניטין טוב כשל המשיבה, תנקוט בשיטות מסחריות קלוקלות אשר אינן הולמות סוחר בשוק.
43. המבקש הופתע עד מאוד עת גילה לאחרונה, כי המשיבה הפחיתה את כמות המילקשייק.
44. המבקש חש כי המשיבה רימתה אותו, כי המשיבה הרוויחה על חשבונו ומאחורי גבו תוך שהיא מטעה את המבקש באופן חמור וגוזלת ממנו את חופש הבחירה האמיתי בבואו להחליט אם לרכוש את המוצר או לאו, האם לקנות כמות כזו או אחרת מהמוצר, תכיפות רכישת המוצר, וכן האם לרכוש מוצר מתחרה אחר במחיר אטרקטיבי יותר.
45. יצויין, כי ככל שהמבקש היה יודע, כי המשיבה הפחיתה את כמות המוצר תוך שמחירו לא השתנה, לבטח הוא היה משנה את הרגלי הצריכה של המוצר ואולי אף מפסיק לרכוש את המוצר.

ד. עילות התביעה

17. הטעיה

46. סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 (להלן - "חוק הגנת הצרכן") קובע, כדלקמן –
- "2 (א) לא יעשה עוסק דבר – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה – העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי בעסקה (להלן – הטעיה)".
47. הגדרות המונחים "עוסק" ו - "צרכן" בהתאם לסעיף 1 לחוק הגנת הצרכן הן –
- "עוסק" - מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן.
- "צרכן" - מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי".
48. כאמור לעיל, המשיבה, כחלק מעיסוקה, הנה יצרנית ומשווקת של המוצר מילקשייק ולפיכך היא עונה להגדרת המונח "עוסק" בהתאם לחוק הגנת הצרכן.

49. המבקש, הנו צרכן מן השורה, אשר נהג לרכוש את המוצר מילקשייק לשימושו האישי ולפיכך הוא עונה להגדרת המונח "צרכן" בהתאם לחוק הגנת הצרכן.

50. אין חולק, כי הפחתת כמות המוצר מילקשייק מ- 500 מ"ל ל- 400 מ"ל תוך הותרת מחיר המוצר על כנו מבלי לידע על כך באופן אפקטיבי את ציבור הצרכנים, הנה הטעיה חמורה של המבקש וציבור הצרכנים (של המוצר מילקשייק) בעניינים שהנם מהותיים – כמות ומשקל המוצר (סעיפים 2 (2) ו- 2 (3) לחוק הגנת הצרכן) וכן מחיר המוצר (סעיף 2 (13) לחוק הגנת הצרכן).

51. יוטעם, כי לצרכן סביר קיימת מידה רבה של אמון בייצרני מוצרים באופן שאין לאותו הצרכן כל יסוד להניח כי מאפיין מהותי במוצר, אותו הוא נוהג לרכוש, ישתנה וזאת מבלי שהייצרן דאג להביא את דבר השינוי באופן אפקטיבי לידיעתו. יפים לכך הדברים שלהלן –

"התקשרויות צרכניות רבות מבוססות על מידה רבה של אמון של הצרכנים בספקים. במסגרות יחסים שכאלה אין צרכנים מצופים לבדוק, לפני רכישת השירות, כי ייגבה מהם המחיר שהוצהר, אלא יכולים הם לסמוך על הספקים כי לא יגבו יותר ממחיר זה. אם במועד מאוחר יותר יגלה הצרכן כי נגבה ממנו סכום עודף, יוכל לדורשו ולקבלו".

ראה: דנ"א 5712/01 יוסף ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ והמועצה הישראלית לצרכנות, נז (6) 385 (2003) (להלן – "פרשת ברזני").

וכן -

"אין לצפות ... מכל צרכן ... לבצע השוואת מחירים בכל קניה וקניה של אותו מוצר - מבלי שיוקדם לכך אירוע כלשהו, המצוי בידיעתו, שיהווה סיבה לכך ...

אין לצפות מהצרכן הסביר להיות ער לאותם שינויים כאמור - מבלי שתוקדם לכך סיבה לבדיקת טיבו של המוצר פעם נוספת".

ראה: תא (ת"א) 2286/03 ז'קלין טורבתיאן נ' הנקל סוד בע"מ (טרם פורסם, 04.02.2007).

52. האמור לעיל מקבל משנה תוקף במקרה דנן, שכן המשיבה נתפסת בעיני הציבור (ובעיני המבקש) כחברה רצינית, אמינה, בעלת מוניטין וחברה מן המובילות בתחומה - לציין, כי נקודת המוצא, במיוחד כאשר עסקינן במוצרי המשיבה, היא כי הצרכן מסתמך על המוניטין הטוב של המשיבה ואין לו כל יסוד להניח כי המשיבה תפעל להטעייתו ו/או תפעל בכל דרך אחרת שלא בתום לב ובניגוד לדין.

53. זאת ועוד. המבקש יטען, כי עצם שיווק המוצר בתכולה מופחתת באריזות קרטון אישיות אשר אחד הפרמטרים המזוהים עם האריזות הנ"ל המשוקות על-ידי המשיבה, הנו תכולה

של 500 מ"ל - מהווה הטעיה כשלעצמה, אשר יש בה גם כדי להטעות צרכן אשר רכש לראשונה מילקשייק רק לאחר שהמשיבה הפחיתה את כמות המוצר.

54. המבקש יוסיף ויטען, כי שיווק המוצר בתכולה מופחתת בצוותא חדא עם מוצרים מאותה משפחה באריזות קרטון אישיות אשר תכולתם הנה 500 מ"ל ("סדרת משקאות החלב של יטבתה בקרטוניות אישיות") וכאשר מחירם של כל המוצרים באריזות הקרטון האישיות, לרבות מילקשייק בכמותו המופחתת, הנו זהה- מהווה כשלעצמה הטעיה חמורה של ציבור הצרכנים וגם מטעם זה יש במעשיה ובמחדליה של המשיבה כדי להטעות צרכן אשר לא רכש מעולם מילקשייק עובר להפחתת כמות המוצר.

55. הפועל היוצא מן האמור לעיל הוא כי במעשיה ובמחדליה של המשיבה היא גולה מהמבקש ומציבור הצרכנים חופש בחירה ושיקול דעת אמיתיים לו הם זכאים בבואם להחליט אם לרכוש את המוצר והלכה למעשה, המשיבה העלתה במסווה את מחיר המוצר ב- 20% ובכך גרמה למבקש ולציבור הצרכנים נזק ממון.

2.2 הפרת חובות חקוקות

56. סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] קובע, כדלקמן:

"63. (א) מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על פי כל חיקוק — למעט פקודה זו — והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר, וההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק; אולם אין האדם האחר זכאי בשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו, אם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו.

(ב) לענין סעיף זה רואים חיקוק כאילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני, אם לפי פירושו הנכון הוא נועד לטובתו או להגנתו של אותו פלוני או לטובתם או להגנתם של בני-אדם בכלל או של בני-אדם מסוג או הגדר שעמם נמנה אותו פלוני".

57. במעשיה ובמחדליה המפורטים בבקשה זו לעיל, המשיבה הפרה מספר חובות חקוקות המוטלות עליה על-פי דין.

58. ראשית וכפי המפורט לעיל בעניין עילת ההטעיה, המשיבה הפרה את החובה המוטלת עליה מכח סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן והיא האיסור שלא לעשות, במעשה או במחדל, דבר העלול להטעות את הצרכן בעניין מהותי בעסקה.

59. בנוסף, המשיבה הפרה באופן מובהק את חובת הגילוי הקבועה בסעיף 4 (א) (1) לחוק הגנת הצרכן הקובע, כי –

4.4. (א) עוסק חייב לגלות לצרכן –

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

אין חולק, כי הפחתת כמות המוצר והותרת מחיר המוצר על כנו, הנו מעשה שיש בו להפוך את המוצר "החדש" למוצר פגום ו/או נחות יותר מהמוצר בכמותו המקורית ו/או להפחית באופן משמעותי מערכו (בטח ובטח הפחתה בכמות המוצר בשיעור של 20% (!)) ושומה היה על המשיבה לגלות עניין זה לציבור צרכניה כדבעי.

60. מעשיה ומחדליה של המשיבה מהווים גם הפרה של חובת תום הלב הקבועה בסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 ואשר חלה גם על הוראות וחובות הקבועות בחוקים אחרים, לרבות חוק הגנת הצרכן, זאת מכח סעיף 61 לחוק החוזים.

61. החובות המפורטות לעיל, מקורן בחוקים אשר על-פי פרשנותם הנכונה נועדו להגן על "אדם אחר" ובהקשר המקרה דנן – נועדו להגן על ציבור הצרכנים.

62. הנזק שנגרם למבקש ולציבור הצרכנים, הנו מסוג הנזקים אשר מפניהם ביקשו החובות החקוקות הנ"ל להגן.

63. מהאמור לעיל עולה, כי המשיבה ביצעה עוולה של הפרה חובות חקוקות בהתאם לסעיף 63 לפקודת הנייקין [נוסח חדש] ומן הדין כי היא תפצה את המבקש וציבור הצרכנים בשל כך.

3.4 עשיית עושר ולא במשפט

64. סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, קובע, כדלקמן -

1. (א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן – המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה.

(ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת".

65. העלאת מחיר סמויה ללא גילוי נאות לציבור הצרכנים קולעת להגדרה של זכיה בנכס או טובת הנאה שלא על-פי זכות שבדין.

66. טובות ההנאה אשר צמחו למשיבה כתוצאה ממעשיה ומחדליה, כמפורט לעיל, יכול שיהיו רבות ומגוונות –

"המפרסם יצא נשכר מפרסומו המטעה, שהביא, בעקיפין, **להגדלת נתח השוק שלו**. הרווחים הנוספים שיפיק המפרסם מהגדלת נתח השוק שלו – שיש בהם גם משום **התעשרות שלא כדין על חשבון צרכני ומתחריו** כאחד – הם, לאמיתו של דבר, הנזקים האמיתיים הנגרמים לאינטרס הצרכני בעטיו של הפרסום המטעה". (הדגשות לא במקור- ע.ק.; ראה דבריו של כב' השופט מצא בפרשת ברזני).

67. טובת ההנאה הישירה ממנה נהנתה המשיבה (ועדיין נהנת) הנו אותו הסכום אשר המשיבה גבתה ביתר מהמבקש ומציבור הצרכנים בשיעור הפחתת כמות המוצר (20%).

68. מהאמור לעיל עולה, כי המשיבה התעשרה שלא כדין על חשבון המבקש וציבור הצרכנים ולפיכך מחובתה להשיב להם את שהרוויחה על חשבונם בניגוד לדין.

ה. הגדרת הקבוצה

69. לאור האמור לעיל בבקשה זו, בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להגדיר את הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה הייצוגית, כדלקמן –

"כל הצרכנים אשר רכשו את המוצר מילקשייק, לפחות פעם אחת, במהלך התקופה שראשיתה במועד הפחתת כמות המילקשייק ועד למועד הגשת הבקשה דנן לאישור התובענה כתובענה ייצוגית".

(הקבוצה תקרא לעיל ולהלן – "ציבור הצרכנים").

ו. הנזק

ו.1. הערכת הנזק האישי שנגרם למבקש

70. המבקש מעריך (הערכה שמרנית) כי החל משנת 2006 ועד למועד הגשת הבקשה דנן רכש כ- 80 יחידות מן המוצר מילקשייק.

71. המחיר הממוצע של המוצר במהלך התקופה הנ"ל ברשתות השיווק השונות הנו כ- 5.5 ₪ (מחיר המוצר בתקופה הרלבנטית היה בתווד המחירים – 4.99 ₪ - 5.99 ₪).

72. היות והמשיבה העלתה במסווה את מחיר המוצר ב- 20%, הרי שהנזק הממוצע ליחידת מוצר הנו 1.1 ₪ ליחידת מוצר.

73. לאור האמור לעיל המבקש מעריך את סה"כ נזקו האישי במהלך התקופה הרלבנטית לתובענה הייצוגית בסך של כ- 88 ₪.

21. הערכת הנזק שנגרם לציבור הצרכנים

74. מהאמור לעיל עד כה עולה, כי המשיבה גרמה לציבור הצרכנים נזק ממון.
75. מושכלות ראשוניים הם, כי בשלב זה של ההליך, אין המבקש נדרש להציג חישוב מדוייק של הנזקים נשוא התובענה ו/או להוכיח את שיעור הנזק (ראה בעניין זה גם סעי' 20 לחוק התובענות הייצוגיות).
76. לצורך חישוב הנזק המדוייק שנגרם לציבור הצרכנים, יש להיעזר בנתונים המצויים ברשות המשיבה.
77. לפיכך, אחד הסעדים המבוקשים במסגרת התובענה הייצוגית הוא כי המשיבה תגלה את כל החשבונות והמסמכים הרלבנטים הנדרשים לצורך חישוב הנזק המדוייק שנגרם לציבור הצרכנים.
78. ככל שבית המשפט הנכבד יאשר לנהל את התובענה כתובענה ייצוגית ולאחר דיון בתביעה לגופה, ניתן יהיה לחשב באופן מדוייק את הנזק שנגרם לציבור הצרכנים ולהוסיף לסכום שיחושב כאמור ריבית והפרשי הצמדה כדין.
79. יחד עם זאת, ניתן בשלב זה להעריך, באופן זהיר, את היקף הנזק שנגרם לציבור הצרכנים.
80. בהתאם לפרסומים שונים והערכות זהירות, בתקופה הרלבנטית לתובענה הייצוגית –
- 80.1. שוק משקאות החלב גילגל בממוצע סך של כ- 500,000,000 ₪ לשנה.
- 80.2. נתח השוק הממוצע של המשיבה בשוק משקאות החלב הנו כ- 63%.
- 80.3. המוצר מילקשייק מהווה כ- 5% ממוצרי המשיבה המשתייכים למשפחת משקאות החלב.
81. לאור האמור לעיל ההערכה היא כי הכנסות המשיבה בממוצע בשנה ממילקשייק הן בסך של כ- 15,750,000 ₪ = 500,000,000 X 0.63 X 0.05.
82. היות והמשיבה הפחיתה מכמות המילקשייק 20% והותירה את מחיר המוצר על כנו, הרי שהיא גבתה ביתר מציבור הצרכנים סכום בשיעור זה.
83. לפיכך, ההערכה היא, כי הנזק (הנומינלי) שנגרם לציבור הצרכנים בתקופה הרלבנטית לתובענה הייצוגית הנו בסך של כ- 11,025,000 ₪ = 15,750,000 X 0.2 X 3.5 שנים.

84. כאמור לעיל הסך הנ"ל הינו אומדן המבוסס על הערכות שמרניות, והמבקש סבור כי נזקם של ציבור הצרכנים גבוה מסכום התביעה המוערך, זאת כפי שבוודאי יתברר במהלכה של התובענה הייצוגית.

85. לאור האמור לעיל, בשלב זה, סכום התובענה הייצוגית יעמוד על סך של 11,025,000 ₪.

ז. הנימוקים לאישור התובענה כתובענה ייצוגית

86. התובענה דנן מתאימה להידון כתובענה ייצוגית, שכן מתקיימים כל התנאים הרלבנטיים שבחוק התובענות הייצוגיות על-מנת לאשרה כתובענה ייצוגית, זאת כפי שיפורט להלן בהרחבה.

ז1. התובענה הינה מסוג התביעות אותן ניתן להגיש כתובענה ייצוגית (סע' 3 לחוק התובענות הייצוגיות)

87. בהתאם לסעיף 3 לחוק התובענות הייצוגיות, ניתן להגיש תובענה ייצוגית, בין השאר, בהתאם למפורט בתוספת השניה לחוק.

88. בפרט 1 לתוספת השניה נקבע, כי סוג התביעות אותן ניתן להגיש כתובענות ייצוגיות הנו –

1. תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו".

89. כאמור לעיל המשיבה עונה להגדרת המונח "עוסק" כמשמעותו בחוק הגנת הצרכן.

90. התובענה הייצוגית היא בעניין שבין המשיבה לבין ציבור הצרכנים אשר צורכים ורוכשים מילקשייק, שהנו מוצר המיוצר והמשווק על-ידי המשיבה.

91. לאור האמור לעיל, הרי שהתובענה דנן נכללת בגדר סוגי התביעות אשר ניתן להגישן כתובענה ייצוגית.

ז2. העילה האישית (סעיף 4(א)1 לחוק תובענות ייצוגיות)

92. כפי המפורט לעיל בהרחבה, למבקש עומדות עילות תביעה אישיות כנגד המשיבה.

32. התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי קבוצת ציבור הצרכנים וקיימת אפשרות סבירה שהתביעה תוכרע לטובת חברי הקבוצה (סעיפים 4(א) (1) ו- 8(א)(1) לחוק התובענות הייצוגיות)

93. במסגרת סעיפים 4 (א) (1) ו- 8 (א)(1) לחוק התובענות הייצוגיות נדרש כי תובענה ייצוגית תעורר שאלות עובדיות או משפטיות המשותפות לכלל חברי הקבוצה שבשמה מוגשת התביעה.

94. התובענה הייצוגית דגן מעוררת הן שאלות עובדיות והן שאלות משפטיות המשותפות לכלל ציבור הצרכנים, זאת כפי שיוסבר להלן.

95. היסודות העובדתיים נשוא התובענה משותפים למבקש ולציבור הצרכנים ומעוררים שאלות משותפות הטעונות ליבון והכרעה בעיקר בקשר - להפחתת כמות המילקשייק, המועד המדויק בו הופחתה כמות המוצר ומחדלה של המשיבה להביא לידיעת המבקש וציבור הצרכנים את דבר הפחתת כמות המילקשייק.

96. התובענה גם מעוררת שאלות משפטיות משותפות למבקש ולציבור הצרכנים הטעונות דיון והכרעה, זאת, בין השאר, בקשר לעילות התובענה המפורטת לעיל בהרחבה.

97. התובענה מושתתת על עובדות מוצקות ואדנים משפטיים איתנים וניראה כי המשיבה לא עשתה דבר ולא נקטה בכל פעולה אפקטיבית על-מנת לידע את ציבור הצרכנים בדבר הפחתת כמות המוצר ובכך התעשרה שלא כדין על-חשבון הצרכנים. מכאן, סיכויי התובענה הייצוגית טובים וקיימת אפשרות למעלה מסבירה כי התובענה הייצוגית תתקבל.

42. התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין (סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות)

98. המשיבה הנה החברה המובילה בשוק בתחום משקאות החלב.

99. עסקינן בשוק גדול מימדים המגלגל סך של כ- 500,000,000 ₪ בשנה לערך ואשר המשיבה מחזיקה בשוק זה נתח שוק לא מבוטל של כ- 63%.

100. זאת מלמדנו, כי למשיבה עשרות אלפי אם לא מאות אלפי צרכנים אשר צורכים את מוצריה, לרבות המוצר עסקינן מילקשייק.

101. מכאן הרי שקבוצת ציבור הצרכנים מהווה קבוצה גדולה מאוד של פרטים אשר המשיבה גרמה להם לנזק.

102. היות והתובענה מעוררת שאלות עובדיות ומשפטיות משותפות לכלל חברי הקבוצה, יהיה

זה אך יעיל והגיוני ללבן ולהכריע בשאלות הנ"ל במשותף במסגרת התובענה הייצוגית חלף ניהול תובענות רבות מאוד העוסקות באותן שאלות.

103. יתרה מזאת, ניהול התובענה כתובענה ייצוגית הנו למעשה הדרך המעשית היחידה בה ניתן לנהל את התובענה דנן, שכן נזקו של כל פרט בקבוצת ציבור הצרכנים הנו קטן עד מאוד (כ- 1.1 ₪ בממוצע ליחידת מוצר) ולפיכך אין כל הצדקה כלכלית ו/או תמריץ למי מהפרטים בקבוצה להגיש תובענה עצמאית כנגד המשיבה.

104. מכאן ברי כי ככל שהתובענה לא תאושר כתובענה ייצוגית הרי שתיוותר זכייתה של המשיבה בידה, על חשבון ציבור גדול של צרכנים ומבלי שניתן יהיה עוד לתקן עוול זה.

105. התובענה דנן עוסקת בעניינים בעלי חשיבות ציבורית וצרכנית מן המעלה הראשונה בשלם בדיוק באה אל העולם התובענה הייצוגית –

"במובן הרחב נועדה התובענה הייצוגית למנוע עשיית עושר ולא במשפט על-ידי גופים כלכליים רבי עוצמה וכוח, המרכזים בידם ייצור תעשייה ושירותים לצריכה המונית על חשבון "האדם הקטן" הנזקק לאותם גופים שאת מוצריהם או את שירותיהם הוא צורך. היא גם אמצעי לאכיפת החוק במישור האזרחי. האפשרות הניתנת לצרכן היחיד לתבוע בתובענה ייצוגית בשם קבוצת הצרכנים האנונימית שנפגעה מהפרת החוק, מגשימה אכיפה ראויה ומונעת מצב של תת-אכיפה הפוגעת בצרכן הבודד, בקבוצת הצרכנים ובציבור בכללותו. מצב של תת-אכיפה מביא לפגיעה באמון הציבור בסדר החברתי הכולל ובשלטון החוק. התובענה הייצוגית משרתת גם אינטרס ציבורי של יעילות וחסכון במשאבים ומונעת חוסר אחידות בפסיקת בתי-המשפט בתביעות אישיות דומות". (ראה דבריה של כב' השופטת ט. שטרסברג – כהן בפרשת ברזני).

106. מהאמור לעיל עולה, כי תובענה הייצוגית היא הדרך הראויה היעילה וההוגנת לצורך בירור והכרעה במחלוקת נשוא התובענה דנן.

5ז. קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב (סעיפים 8(א)(3) ו- 8(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות)

107. המבקש הנו צרכן ככל צרכן אחר של המוצר מילקשייק.

108. למבקש אין כל ניגוד אינטרסים ו/או מניעים זרים בקשר לבקשה דנן ולתובענה הייצוגית והבקשה והתובענה הייצוגית הוגשו מטעמו בתום לב.

109. כאמור לעיל, השאלות העובדתיות והמשפטיות נשוא התובענה הייצוגית משותפות למבקש ולציבור הצרכנים.

110. המשיבה גרמה למבקש ולציבור הצרכנים נזק ממון.
111. הנה כי כן, למבקש ולציבור הצרכנים אינטרסים משותפים בניהול התובענה הייצוגית.
112. לצורך ניהול התובענה, המבקש שכר את שירותיו של משרד הח"מ, משרד בעל ניסיון בליטיגציה ובתחום האזרחי-מסחרי ובעל יכולת לנהל הליכים מסוג ההליך דנן.
113. האמור לעיל מלמדנו, כי עניינם של ציבור הצרכנים ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב.

ח. הסעדים נשוא התובענה הייצוגית

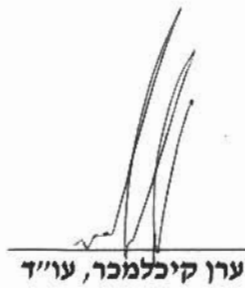
114. בית המשפט הנכבד מתבקש להורות במסגרת התובענה הייצוגית, כדלקמן:
- 114.1. המשיבה תגלה את כל החשבונות ו/או המסמכים הרלבנטים הנדרשים לצורך חישוב הנזק המדוייק שנגרם לציבור הצרכנים, כמפורט במסגרת התובענה הייצוגית.
- 114.2. המשיבה תפצה את ציבור הצרכנים ו/או תשיב לידיהם סכום בגובה הנזק שנגרם לציבור הצרכנים, בהתאם למפורט בתובענה הייצוגית ולמידע ולמסמכים המצויים ברשות המשיבה, וזאת בצירוף ריבית והפרשי הצמדה כדין.
- לחילופין, בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן כל סעד אחר לטובת ציבור הצרכנים, בהתאם לסמכותו מכח סעיף 20 לחוק התובענות הייצוגיות.
- 114.3. המשיבה תפרסם על חשבונה הודעה בדבר פסק הדין בתובענה הייצוגית ו/או כל הודעה אחרת הנדרשת בהתאם להוראות סעיף 25 לחוק התובענות הייצוגיות, לפי העניין.
- 114.4. המשיבה תשלם גמול לתובע המייצג (לרבות פיצוי בגין נזקיו כמפורט במסגרת התובענה הייצוגית), זאת בהתאם לשיקול דעתו של בית המשפט הנכבד ובהתחשב בהוראות סעיף 22 לחוק התובענות הייצוגיות.
- 114.5. הנתבעת תשלם שכ"ט עו"ד לב"כ המייצגים, זאת בהתאם לשיקול דעתו של בית המשפט הנכבד ובהתחשב בהוראות סעיף 23 לחוק התובענות הייצוגיות.
115. ככל שבית המשפט הנכבד יאשר לנהל את התובענה כתובענה ייצוגית, בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת, בהתאם לסעיף 14 (4) לחוק התובענות הייצוגיות, לאשר את הסעדים המבוקשים במסגרת התובענה הייצוגית, המפורטים לעיל.

ט. סוף דבר

116. המשיבה התעשרה שלא כדין על חשבון ציבור גדול של צרכנים.
117. עוול זה יש לרפא.
118. התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה ההוגנת וההגיונית להכריע בתובענה דן.
119. מצ"ב תצהיר מטעם המבקש.
120. לאור כל האמור לעיל בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להיעתר למבוקש ברישא הבקשה.
121. מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשה דן.



גלית אטיאס, עו"ד



ערן קיכלמכר, עו"ד

קיכלמכר, אטיאס ושות'
ב"כ המבקש