

בית משפט השלום תל אביב-יפו
א 42260/07 (בשא 176568/08)
נדל רגב שירלי נ. ON RUBBER LTD
(בתיק נדל רגב שירלי נ. LTD ..)
ת.פתיחה: 12/10/08 סדר דין: רגיל
בפני כבוד השופט א' קסירר
קבוע לדיון קדם משפט
ליום 10.12.08 בשעה 11:30

בבית משפט השלום
בתל אביב

בענין: חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו - 2006

- ובענין:
1. שירלי נדל רגב ת.ז. 025761701
 2. גלעד רגב ת.ז. 025084328
 3. אביב רגב ת.ז. 216785535
שלושתם מרחי רוממה 2 א', תל אביב יפו, 69419
 4. מיכל פרנקו ברדה ת.ז. 033311192
 5. קובי ברדה ת.ז. 027288869
 6. רוני ברדה ת.ז. 330861998
שלושתם מרחי השומר 13/6, חולון
- כולם ע"י ב"כ מיכאל בך ושות', משרד עו"ד ונוטריון
מרחי ויצמן 2, תל אביב, 64239
מגדל אמות השקעות (קומה 6)
טל': 03-6932833, פקס': 03-6932834

להלן יחד ולחוד: "המבקשים";

- נ ג ד -

1. Cannon Rubber Ltd – חברה הרשומה באנגליה
Suffolk, CO10 7QS, England

להלן: "Avent";

2. כמיפל בע"מ
מרחי גיבורי ישראל 44, נתניה

להלן: "כמיפל";

שניהם על ידי ב"כ עוה"ד ראב"ד, מגריזו, בנקל, להב ושות', עורכי דין
משד' שאול המלך 37, "בית אירופה", תל אביב, 64928
טל': 03-6060260, פקס': 03-6060266

להלן יחד ולחוד: "המשיבים";

בקשה מתוקנת להכרה בתובענה כייצוגית

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 1.9.2008, מתכבדים המבקשים להגיש בקשה מתוקנת להכיר בתובענה נשוא ת.א. 42260/07, כייצוגית; במסגרת בקשה זו, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות כדלקמן:

א. להכיר בתובענה אשר הוגשה על ידי המבקשים בתיק זה נגד המשיבות כתובענה ייצוגית בשם הקבוצה המוגדרת להלן בבקשה זו (להלן: "חברי הקבוצה"), וזאת בהתאם להוראות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (לוחין: "חוק תובענות ייצוגיות");

ב. להורות למשיבות, יחד ולחוד, לתדול מלשווק מוצרים שפג תוקפם של התכשיר מסוג Soothing Nipple Cream (להלן: "התכשיר הפגום"), ואשר על אף שתוקפם פג, ממשיכים הם לזימכר לציבור הרחב.

על רקע זה, מוגשת בד בבד עם בקשה זו בקשה למתן צו עשה זמני, אשר יורה למשיבות להוריד לאלתר את התכשיר הפגום מן המדפים בכל רשתות השיווק ובתי המרקחת;

* הערה: מאחר ולאור הבקשה למתן צו עשה זמני שהוגשה על ידי המבקשים, הודיעו המשיבות כי יפעלו להסיר את המוצרים שפג תוקפם מן המדפים ויחדלו מלשווק את המוצר שפג תוקפו, הפך סעד זה, בשלב הנוכחי, ללא רלוונטי.

ג. להורות למשיבות, יחד ולחוד, להשיב למבקשים וליתר חברי הקבוצה את כל הסכומים אשר גבו כתוצאה ממכירת התכשיר הפגום לכל הפחות במהלך החצי שנה האחרונה.

באם יתברר תוך כדי ניהול המשפט שהתקופה בה שווקו המוצרים הפגומים היתה ארוכה יותר, יתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבות להשיב סכומים נוספים לציבור הצרכנים גם בגין התקופות הנוספות;

ד. להורות למשיבות, יחד ולחוד, לפצות את המבקשים ואת יתר חברי הקבוצה בפיצוי בסכום של 500 ₪ לכל אחד מחברי הקבוצה, או בכל סכום פיצוי אחר שיימצא על ידי בית המשפט הנכבד לנכון ולמתאים בנסיבות העניין, וזאת בגין עגמת הנפש והפגיעה באוטונומיה של הרצון שנגרמה למבקשים ולחברי הקבוצה אשר החדירו לגופם של תינוקות יונקים תכשיר שאין למכרו באשר פג תוקפו;

בהתבסס על נתונים שנמסרו בתגובת המשיבים לבקשה המקורית להכיר בתובענה כייצוגית עובר לתיקונה, ובהנחה שיתברר שנתונים אלה נכונים, יטענו המבקשים כי סכום הפיצוי לו זכאים המבקשים וחברי הקבוצה עומד על 507,432 ש"ח;

ה. לפסוק פיצוי מיוחד למבקשים ושכר טרחה ראוי לבאי כוחם, על שטרחו נקטו בהליכים במסגרת תובענה זו;

ו. ליתן כל סעד אחר שבית המשפט הנכבד ימצא לנכון ולמתאים בנסיבות העניין;

ז. לחייב את המשיבות בהוצאות בקשה זו ובשכר טרחת עו"ד בתוספת מע"מ כדין;

ואלה נימוקי הבקשה:

א. הצדדים

1. המבקשים 1 ו- 2 הינם הוריה של המבקשת 3 אשר נולדה ביום 22.4.2007.
2. המבקשים 4 ו- 5 הינם הוריה של המבקשת 6, אשר נולדה ביום 16.2.2007.
3. המשיבה 1 היא חברה אנגלית אשר עיסוקה בייצור מוצרי צריכה לתינוקות, תחת סימן המסחר "Avent", אשר קנה לו מוניטין רב בתחומו בקרב הציבור בישראל ובחו"ל (להלן: "Avent").
4. המשיבה 2 (להלן: "כמיפל") היא היבואנית של מוצרי Avent בישראל. כמיפל עוסקת בהפצה, מכירה ושיווק של תרופות מרשם ותרופות ללא מרשם המיועדים למכירה בבתי מרקחת, פארמים ומוסדות רפואיים בישראל.

5. מוצצים ראשון לציון (2003) בע"מ (להלן: "מוצצים") הינה חברה המנהלת מספר סניפים של בתי עסק ברחבי הארץ, בהם היא מוכרת תכשירים ומוצרים לתינוקות ונשים הרות, ובכלל זה את מוצרי Avent ואת התכשיר העומד במרכזו של הליך זה. מוצצים נתבעה במסגרת הליך זה ביחד עם המשיבים, אך נמחקה מתביעה זו בהסכמת הצדדים בהתאם להחלטה מיום 30.3.2008.

ב. עניינה של התביעה

6. תביעה זו, עניינה בהטעיה של המשיבות את המבקשים ואת יתר חברי הקבוצה, אשר רכשו את התכשיר Soothing Nipple Cream. צילום של התכשיר ושל האריזה שלו, מצ"ב כנספת "א" לתצהיר התומך בבקשה זו.

7. המדובר בתכשיר רפואי שמטרתו להקל על אמהות בתקופת ההנקה, שכן תופעה מוכרת היא שבמהלך תקופת ההנקה טובלות המניקות מפציעות וחתכים באיזור הפטמות. המדובר באחד משלושת התכשירים המובילים והידועים בשוק לצורך הקלה על ציבור האמהות המניקות.

8. ייחודו של תכשיר זה בכך שניתן להניק את התינוק גם כאשר התכשיר מרות על איזור ההנקה. זאת, בניגוד למוצרים מתחרים אחרים, אשר השימוש בהם מחייב את הסרת התכשיר מגוף האם לפני ההנקה. בהתאם לכך, ובניגוד למוצרים מתחרים אחרים, התכשיר חודר לפיו של התינוק במהלך ההנקה, ובתוך כך נכנס, מטבע הדברים, למחזור הדם של התינוק.

9. כפי שיפורט להלן, מסתבר כי המשיבות פעלו, והן, או מי מהן, עודן פועלות, להפצת תכשירים מסוג זה, למרות שתוקפם פג. כפי שיפורט להלן, נראה כי אין מדובר במקרה חד פעמי, אין מדובר בתקלה ואין מדובר בטעות אנוש. מן המפורט בבקשה זו להלן מתקבל הרשום כי מדובר בשיטה, במסגרתה מנסות המשיבות "להיפטר" מתכשירים מתחרים אחרים, תוקף התפוגה שלהם מתקרב או שחלף לו זה מכבר, ובדרכים נפסדות פועלות על מנת למכור מוצרים אלה לציבור הרחב במסגרת מבצעי מכירות.

10. המשיבות אדישות לעובדה שמדובר במוצר המיועד לשימוש תינוקות, אשר לגופם הרגיש במיוחד מותרד חומר אשר תוקף השימוש שלו חלף, על כל הכרוך והמשתמע מכך וכן לדאגה של ההורים לתינוקות אשר ספגו לגופם את התכשיר שתוקפו פג, כאשר נכון להיום, איש אינו יודע מה הנוק שנגרם לתינוקות עקב כך, ויש רק לקוות שלתינוקות אלה לא יארע, חלילה, דבר. כן אדישות המשיבות לנזקים שעשויים להיגרם לאמהות הצורכות את המוצר משימוש במצור שפג תוקפו, ולמצער, מהעדר האפקטיביות שלו.

ג. העובדות הרלוונטיות לענייננו

11. בסמוך למועד בו ילדה המבקשת 1 (להלן: "שירלי") את בתה המבקשת 3 (להלן: "אביב"), ביקשה שירלי מבעלה, המבקש 2 (להלן: "גלעד"), לרכוש עבורה תכשיר אשר יקל עליה להניק את אביב.

12. לבקשתה של שירלי, פנה גלעד לבית המרקחת התורן ברח' שלמה המלך 77 בתל אביב, ורכש עבורה בסוף חודש אפריל 2007, או בסמוך לכך, את התכשיר.

13. שירלי החלה להשתמש בתכשיר, ובהתאם להוראות התכשיר, לא הוטר התכשיר מגופה גם בעת החנקה, ואביב ינק את התכשיר לפיה.

14. בשלב מסוים הבחינה שירלי במקרה, כי תוקף התכשיר פג עוד בחודש ינואר 2007 (!), קרי: כארבעה חדשים לפני מועד רכישתו על ידיה. משהבחינה שירלי בדבר, חדלה היא מיד מלהשתמש בתכשיר.
15. מספר ימים לאחר מכן, נכנס בעלה של שירלי - גלעד, לחנות של רשת מוצצים, והבחין ב"מבצע" שמפרסמת מוצצים, לפיו מי שרוכש חבילת רפידות הנקה חד פעמיות בסך של 31 ₪ מקבל במתנה את התכשיר. כאשר ניסה גלעד לבדוק, לאור ניסיון העבר, מה תוקף התכשיר, הבחין כי לא ניתן לדעת זאת מבלי לקרוע את השקית שמצמידה את גב התכשיר עליו מוטבע התאריך אל גב הקופסא של הרפידות.
16. בנסיבות אלה, כאשר תוקף התכשיר הוסתר, הניח גלעד שהפעם יהיה התכשיר בר תוקף. זאת שכן, גלעד הבחין כי תוקפן של הרפידות הוא עד לשנת 2011. בהתאם לכך, רכש גלעד שתי חבילות מה"מבצע" שכולל את רפידות ההנקה ואת התכשיר.
17. כאשר הגיע גלעד לביתו, ופתח את שתי החבילות, גילה שהן בתוקף עד לסוף חודש מאי 2007, קרי לשבוע אחד בלבד. בהתאם לכך, בעת שרכשה את התכשיר לא היתה יכולה לעשות בו שימוש סביר, שכן תכשיר זה מיועד לשימוש למשך שבועות רבים. יצויין, לשם ההשוואה כי המבקשים ראו בבית המרקחת מוצר מתחרה של חברת "רפאלי" לאישה המניקה, שתוקפו עד לשנת 2012.
18. בסוף חודש מאי 2007, ביקרו המבקשים 4 - 6 בביתם של המבקשים 1 - 3. במהלך ביקור זה, התלוננה המבקשת 4 (להלן: "מיכל") בפני שירלי על כאבים מהם היא סובלת בעת ההנקה. על מנת להקל על כאביה, נתנה שירלי למיכל את התכשיר, תוך שהיא מזהירה אותה כי תוקף התכשיר צפוי לפוג בסוף השבוע.
19. על רקע זה, ביקשה מיכל מבעלה, המבקש 5 (להלן: "קובי") לרכוש עבורה את התכשיר כדי לעשות בו שימוש בעת הנקת המבקשת 6 (להלן: "רוני"). זאת שכן, תוקף התכשיר שקיבלה מיכל משירלי פג בסוף חודש מאי 2007, כאמור.
20. על רקע זה, פנה קובי ביום 3.6.2007, לסניף מוצצים, שם הבחין כי התכשיר, שעלותו הרגילה מסתכמת בכ - 50 ש"ח, הוצמד במסגרת "מבצע" לחבילת רפידות הנקה כאשר עלות כל החבילה (הן התכשיר והן הרפידות יחדיו) עומד על 31.90 ₪ בלבד (במקום 50 ₪ בו נמכר כאמור התכשיר לבד, ללא הרפידות, כדבר שבשגרה). מצ"ב פנספח "ב" לתצהיר התומך בבקשה זו, חשבונית העסקה של רכישה זו, וכן צילום של האריזה של הרפידות יחד עם התכשיר הפגום.
21. היות ומדובר במבצע אטרקטיבי לכל הדעות, רכש קובי את התכשיר והרפידות שבמבצע.
22. קובי נוהג, כדבר שבשגרה, לבדוק את תאריך התפוגה של כל תכשיר שהוא רוכש, וכך ניסה לעשות גם הפעם, אלא שבמסגרת ה"מבצע", נארז התכשיר ביחד עם הרפידות באופן בו גב הקופסא של התכשיר (עליה הוטבע תאריך התפוגה), הוצמד לקופסא שהכילה את הרפידות, וכך הסתיר את תאריך התפוגה של התכשיר.
23. רק לאחר שרכש קובי את התכשיר במסגרת ה"מבצע", ולאחר שהגיע לביתו והסיר את הניילון המצמיד את דופן התכשיר עליו מוטבע תאריך התפוגה, לרפידות ההנקה, נחשפה בפניו העובדה שמדובר בתכשיר שתוקפו פג כבר בחודש מאי 2007.

24. היות וקובי זכר כי בביקור בביתם של שירלי וגלעד נאמר לו כי תוקף התכשיר יפוג בסוף חודש מאי 2007, ולנוכח החומרה שראה בכך שהתכשיר ממשיך להימכר כאשר תוקפו פג, פנה קובי לחברת החדשות של ערוץ 2 והציע להם לייצע את הציבור כי אין לרכוש את התכשיר הפגום.
25. חברת החדשות של ערוץ 2 החליטה לבצע תחקיר בעניין, פנתה לחברת Avent לקבלת תגובתה, וכן פנתה לקבלת תגובת מוצצים.
26. לאחר תחקיר ערוץ 2, פורסמה ביום 4.6.2007 הכתבה שהעתקה מצ"ב על גבי תקליטור DVD בנספח "ג" לתצהיר התומך בבקשה זו, והיא מדברת היטב בעד עצמה.
27. במענה לפניית ערוץ 2, השיבה חברת Avent כי האחריות להפצת התכשירים שפג תוקפם רובצת לפתחה של מוצצים. זאת שכן, חברת Avent נקטה כביכול יוזמה והודיעה למוצצים שבועיים לפני שפג תוקף התכשיר על הצורך בהורדתו מן המדפים.
28. יש לתמוה, מדוע נזקקה Avent להודיע למוצצים על הצורך בהורדת התכשיר לנוכח תפוגת תוקפו. המבקשים יטענו כי אלמלא ידעה Avent היטב על כך שהתכשיר מופץ בהיותו חסר תוקף, או כאשר תוקפו עתיד לפוג בטווח הזמן המיידית – לא היה טורחת להודיע לאיש על כך, וההודעה האמורה עליה הצהירה Avent בפני ערוץ 2, רק מלמדת ככל הנראה על ידיעתה ועל מעורבותה בפרשה זו.
29. המבקשים יטענו כי מתקבל הרושם שהמשיבות, כולן, או מי מהן, פעלו בכוונת מכוון להיפטר ממלאי של מוצרים שפג תוקפם, מתוך מטרה להתעשר על חשבון המבקשים וחברי הקבוצה, אשר יחזיקו בביתם תכשיר שאין לעשות בו שימוש, והכל מבלי להודיעם דבר, תהיינה אשר תהיינה התוצאות.
30. מתגובת מוצצים לכתבה עולה כי מוצצים מאשרת שיש מקום להוריד לאלתר את התכשיר מהמדפים.
31. כפי שיפורט להלן, מבדיקה שבוצעה על ידי המבקשים ביום 6.6.2007 (יומיים לאחר פרסום הכתבה בערוץ 2), התברר כי על אף הכתבה ממשיך התכשיר הפגום להימכר בבתי מרקחת ברחבי הארץ, כאשר המשיבות 1 – 2 לא פעלו להסיר את המוצרים הפגומים מן המדפים אפילו עתה, לאחר פרסום הכתבה בערוץ 2.
- ד. ההחלטה לנקוט בהליך משפטי זה**
32. ביום 6.6.07, יומיים לאחר שידור כתבת התחקיר בחדשות ערוץ 2, ולאחר שהוצהר על ידי המשיבות כי התכשיר יורד לאלתר מן המדפים, נכנסה שירלי לבית המרקחת ברחוב שאול המלך 77, בתל אביב.
33. למרבית ההפתעה, גילתה שירלי כי אפילו ביום 6.6.2007, המשיך התכשיר הפגום להימכר על ידי בית המרקחת על אף שתוקפו פג עוד בחודש ינואר 2007. מצ"ב בנספח "ד" לתצהיר התומך בבקשה זו, העתק מחשבונית שנתקבלה עבור רכישת התכשיר ביום 6.6.2007.
34. על רקע זה, ומשנוכחו המבקשים לדעת כי על אף הכתבה שפורסמה בערוץ 2, ממשיכות המשיבות, או מי מהן, בשלהן, להתעלם מבריאות הציבור, אך ורק מתוך מטרה להמשיך ולהיפטר ממלאי המוצרים שפג תוקפם, תוך הטעיית ציבור הלקוחות ותוך סיכון ציבור האמהות והתינוקות המשתמשים בתכשיר – החליטו המבקשים לנקוט בהליך משפטי זה.

ה. הנזק האישי שנגרם למבקשים

35. המבקשים 1 – 3 רכשו את התכשיר כאשר פג תוקפו בשלוש הזדמנויות שונות:
- 35.1. בפעם האחת – בסוף חודש אפריל 2007, כאשר נרכש התכשיר שתוקפו פג בחודש ינואר 2007, בתמורה לסך של כ- 50 ש"ח;
- 35.2. בפעם השנייה – בסוף חודש מאי 2007, נרכשו 2 תכשירים במסגרת ה"מבצע", בתמורה לסך של 62 ש"ח;
- 35.3. בפעם השלישית – ביום 6.6.07 – כאשר נרכש תכשיר שתוקפו פג בחודש ינואר 2007, בתמורה לסך של כ- 50 ש"ח.
- 35.4. על כן, על המשיבות 1 – 3 להשיב למבקשים 1 – 3 סכום של 162 ש"ח
36. המבקשים 4 – 6 רכשו את התכשיר בתמורה לסך של 31 ₪, כאשר התכשיר הוצמד במסגרת ה"מבצע" לרפידות ההנקה אשר הסתיירו כמפורט לעיל את תאריך התפוגה. הסך הני"ל של 31 ₪ הוא סכום ששומה על המשיבות להשיב למבקשים 4 – 6 באשר הוא שולם עבור מוצר פגום.
37. בנוסף, יטענו המבקשים כי על המשיבות לפצות אותם בגין עגמת הנפש שנגרמה להם בשל הדאגה לשלומם ולשלום בתם התינוקות, אשר כאמור נאלצה לספוג לגופה את התכשיר הפגום, בשל הפגיעה הנובעת מעצם הרכישה והשימוש במוצר פגום ובשל הפגיעה באוטונומיה של הרצון.
- לצורך תביעה זו, מעמידים המבקשים את הפיצוי בגין עגמת הנפש והפגיעה באוטונומיה של הרצון על סך של 500 ₪, או על כל סכום אחר שימצא בית המשפט הנכבד לנכון ולמתאים בנסיבות העניין.
- ו. הקבוצה בשמה מוגשת התביעה והנזק שנגרם לקבוצה**
38. תובענה זו מוגשת בשמם של כל הצרכנים אשר רכשו את התכשיר אשר מופץ על ידי המשיבות, או מי מהן, בישראל כאשר הוא פג תוקפו, או כאשר נמכר בסמוך מאד לפקיעת תוקפו באופן שאינו מאפשר לעשות שימוש סביר בתכשיר במהלך התקופה הסמוכה למועד רכישתו.
39. בתוך כך, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי המועד ממנו רשאיות היו המשיבות למכור את המוצר, הוא לכל הפחות שנה לפני שפג תוקפו של התכשיר, או בכל מועד שיימצא בעיני בית המשפט הנכבד כסביר בנסיבות העניין.
40. על פי מידע המצוי בידי המבקשים, כעולה מן האמור בבקשה זו לעיל, נהגו המשיבות להפיץ במהלך החדשים מאי ויוני 2007, תכשירים שתוקפם פג עוד בחודש ינואר 2007 (!), ועל כן, לצורך בקשה זו, מניחים המבקשים כי הנזק שנגרט כתוצאה מהפצת התכשיר הפגום אירע, לכל הפחות, בששת החודשים הסמוכים להגשת התביעה והבקשה לאישורה כייצוגית. כאמור, אם יתברר כי מדובר בתקופה ארוכה יותר, יתבקש בית המשפט הנכבד להגדיל את הקבוצה כך שתכלול את כל הצרכנים שרכשו מוצרים פגומים שפג תוקפם.

41. בידי המבקשים אין את הנתונים המדויקים בכל הנוגע למספרם של חברי הקבוצה, אולם ברי כי מדובר בקבוצה המונה אלפי לקוחות, שאין למבקשים אפשרות לאתרם. נתונים אלה ניתנים לאחזור באמצעות פניה בכלי התקשורת לציבור הצרכנים, וכן באמצעות אחזור של נתונים מרכישות שבוצעו בכרטיסי אשראי ואו בהמחאות על ידי ציבור הנמנים על חברי הקבוצה.

42. המבקשים העריכו במועד הגשת הבקשה המקורית את היקף הקבוצה בכ - 19,000 חברים על פי העקרונות הבאים:

42.1. על פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, נולדו בשנת 2005 בישראל כ - 144,000 תינוקות;

42.2. בהנחה שבחצי השנה האחרונה הופצו תכשירים שפג תוקפם, ובהנחה שבשנת 2007 שיעור הילודה היה זהה או דומה, ניתן להניח שבישראל נולדו במחצית הראשונה של שנת 2007 כ - 72,000 תינוקות;

42.3. הואיל ומדובר בתכשיר העונה על בעיה נפוצה מאוד בקרב ציבור המניקות, ניתן להניח כי 80% מציבור המניקות עושות שימוש בתכשיר זה או בתכשיר דומה לו. בהתאם לכך, כי כ - 57,600 נשים מניקות עושות שימוש בתכשיר הנקה.

42.4. היות ומדובר באחד משלושת התכשירים הנפוצים בשוק, ניתן להניח כי שליש מציבור המניקות עושות שימוש בתכשיר זה. בהתאם לכך, ניתן להניח שעשו שימוש בתכשיר זה כ - 19,000 אמהות ותינוקות.

43. על רקע זה, העריכו כאמור המבקשים במסגרת הבקשה המקורית לאישור התביעה כייצוגית את הנזק שנגרם לסך חברי הקבוצה בסך של 10,000,000 ש"ח.

44. מאידך, לטענת המשיבות בתגובתן לבקשת האישור המקורית, כמות המוצרים שוא התובענה ששווקו על ידם עומדת על 954. לאור זאת, טענו המשיבות, כי הנזק המקסימאלי לכל חברי הקבוצה צריך לעמוד על 507,432 ש"ח.

בנסיבות אלה, באם תוכח טענת המשיבות באשר לכמות המוצרים הפגומים ששווקו על ידן בתקופה הרלוונטית לתביעה, יטענו המבקשים כי היקף הנזק של חברי הקבוצה צריך לעמוד על 507,432 ש"ח, על פי הפירוט הבא:

$$44.1. \quad 31.90 \text{ ₪} \times 954 = 30,432 \text{ ₪}.$$

$$44.2. \quad 500 \text{ ₪} \times 954 = 477,000 \text{ ₪}.$$

כאמור לסכומים אלה, יצטרפו סכומים נוספים, אם יתברר תוך כדי ניהול התובענה כי כמות המוצרים שנמכרה על ידי המשיבות גדולה יותר מאשר הוצהר על ידן.

3. הטיעון המשפטי והסעד המבוקש

45. המבקשים יטענו כי הם "צרכנים" וכי המשיבות הינן "עוסק" כמשמעות מונחים אלה בחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן").

46. המבקשים יטענו כי המשיבות הטעו אותם במסגרת רכישת עסקה, בניגוד להוראת סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, הקובעת כדלקמן:

2. איסור הטעיה

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

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

(2) המידה, המשקל, הצורה והמרכיבים של נכס;

(3) מועד ההספקה או מועד מתן השירות;

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

(5) דרכי הטיפול בנכס;

(6) זהות היצרן היבואן או נותן השירות;

(7) השם או הכינוי המסחרי של הנכס או השירות;

(8) מקום הייצור של הנכס;

(9) תאריך הייצור של הנכס או תאריך תפוגתו;

(10) החסות, העידוד או ההרשאה שניתנו לייצור הנכס או למכירתו או למתן השירות;

(11) התאמתו של הנכס או השירות לתקן, למיפרט או לדגם;

(12) קיומם של חלפים, אבזרים או חמרים המיוחדים או המתאימים לתיקון הנכס או לשימוש בו;

(13) המחיר הרגיל או המקובל או המחיר שנדרש בעבר, לרבות תנאי האשראי ושיעור הריבית;

(14) חוות דעת מקצועית או תוצאות של בדיקה שניתנו לגבי טיב הנכס או השירות, מהותם, תוצאות השימוש בהם, והסיכונים הכרוכים בהם;

(15) השימוש הקודם שנעשה בנכס או היותו חדש או משופץ;

(16) שירות אחזקה ותנאיו;

(17) תנאי אחריות לנכס או לשירות;

(18) כמותו הטובין שבמלאי מסוג נושא העסקה;

(19) היות העסקה שלא במהלך עסקים;

(20) היות מקורו של הנכס הנמכר בפשיטת רגל, בכינוס נכסים או בפירוק של חברה;

(ב) לא ימכור עוסק, לא ייבא ולא יחזיק לצרכי מסחר נכס שיש בו הטעיה ולא ישתמש בנכס כאמור למתן שירות.

(ב1) לא יציב עוסק שלט ולא יודיע בכל דרך אחרת, שאין הוא אחראי לכל נזק גוף העלול להיגרם לצרכן בתחום העסק או בחצריו.

(ב2) עוסק המודיע, בכל דרך שהיא, שאין לצרכן זכות לבטל עסקה, או לקבל חזרה את כספו, יסייג את הודעתו באופן שיובהר כי האמור בהודעה אינו חל במקרים שנקבעו לפי חוק.

(ג) הוראות סעיף זה יחולו גם על פרסומת.

47. המבקשים יטענו כי בהתנהלותן של המשיבות, או מי מהן, הן הטעו, ועודן מטעות (הערה – כאמור לעיל, בעקבות הבקשה לצו עשה זמני, חדלו, ככל הנראה המשיבות מלשווק את המוצר) את ציבור הצרכנים בכך שהן מפיצות את התכשיר כאשר הן לא מגלות את עיני הצרכנים באשר לעובדה שתוקף התכשיר פג זה מכבר, ולמצער, כי תוקף התכשיר צפוי לפוג בטווח הזמן המידי. למותר לציין כי הורים לא ירצו להעניק לתינוקותיהם, במודע, לינוק מוצר שפג תוקפו, וכן לא ירצו לאפשר לאם המניקה לעשות שימוש במוצר שפג תוקפו גם בגין הניקים שעשויים להיגרם לגופה של האם ו/או בשל חוסר האפקטיביות של המוצר לאחר שפג תוקפו.

48. בנוסף או לחילופין, יטענו המבקשים כי המשיבות הטעו את ציבור הצרכנים ומציגות את התכשיר למכירה במסגרת "מבצע", כאשר המשיבות לא מגלות לצרכנים את העובדה שמדובר במבצע שבמסגרתו נמכר מוצר פגום, כמשמעותו של מונח זה בחוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ס-1980 (להלן: "חוק האחריות למוצרים פגומים").

49. המבקשים יטענו כי המשיבות 1 ו-2 הינן "יצרן" כמשמעותו של מונח זה בהוראת סעיף 1 לחוק האחריות למוצרים פגומים, הקובע כדלקמן:

"הגדרות

בחוק זה –

"יצרן" – אדם העוסק למטרות מסחריות בייצור מוצרים או בהרכבתם,

לרבות –

(1) המציג עצמו כיצרן של מוצר במתן שמו או סימנו המסחרי או בכל דרך

אחרת;

(2) יבואן שייבא לישראל למטרות מסחריות מוצר שיוצר בחוץ לארץ;

"[...]"

50. בהתאם להגדרות הנ"ל, יטענו המבקשים כי המשיבות 1 ו-2 נושאות באחריות להפצת מוצרים פגומים אשר יוצרו על ידן, כהגדרת "מוצר פגום" בסעיף 3 לחוק האחריות למוצרים פגומים, הקובע כך:

"מוצר פגום

(א) מוצר הוא פגום בכל אחת מאלה:

(1) מחמת ליקוי בו הוא עלול לגרום נזק גוף;

(2) בנסיבות הענין נדרשות אזהרות או הוראות טיפול ושימוש מטעמי בטיחות והן לא ניתנו או שאינן מתאימות בהתחשב בסכנה הכרוכה במוצר.

(ב) חזקה שהמוצר היה פגום אם נסיבות המקרה מתיישבות יותר עם המסקנה שהיה פגום מאשר עם המסקנה שהיה תקין.

51. המבקשים יטענו כי היות ומדובר בתכשיר רפואי, הרי שמדובר בתכשיר שמטיבו קיימת סכנה לעשות בו שימוש לאחר שפג תוקפו, וכי הדבר אף מצוי בגדר ידיעה שיפוטית שאין כל צורך להביא ראיה לגביו. בנוסף, או לחילופין, יטענו המבקשים כי עצם רישום תאריך תפוגה מהווה הודאת בעל דין מצד המשיבות כי אין לעשות בתכשיר שימוש לאחר התאריך הנקוב.

52. עוד יטענו המבקשים, כי התכשיר עונה להגדרת "מוצר פגום", וכי על נזק ממון ונזק שאינו נזק גוף אשר שנגרם כתוצאה מכך, חלות הוראות פקודת הנוזיקין, בהתאם לאמור בהוראת סעיף 8 לחוק האחריות למוצרים פגומים, הקובע כך:

תחולת פקודת הנוזיקין

"לכל ענין שאין לגביו הוראה מיוחדת בחוק זה יהולו על גרימת נזק על ידי מוצר פגום הוראות פקודת הנוזיקין [נוסח חדש], בשינויים המחוייבים".

53. המבקשים יטענו כי המשיבות עיוולו כלפיהם בכך שהפרו שורה ארוכה של חובות חקוקות, ובכלל זה את הוראות סעיף 3 לחוק האחריות למוצרים פגומים; את סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן; את סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים"); את סעיף 12 ו-39 לחוק החוזים; ואת סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט. כמו כן, מהווה פעולת המשיבות משום הפרת חוזה המזכה את המבקשים בפיצויים בהתאם להוראות סעיפים 10 ו-13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א - 1970.

54. בנוסף, או לחילופין, יטענו המבקשים כי למצער, התרשלו המשיבות בכך שהפיצו מוצר פגום, ובתוך כך העמידו את ציבור הצרכנים בסכנה אשר טיבה והיקפה עוד לא ידוע.

ח. הנימוקים לאישור התובענה כתובענה ייצוגית

55. המבקשים יטענו כי יש מקום לאשר את התובענה כייצוגית בהתאם לסעיף 3(א) רישא לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע כדלקמן:

"לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית;"

56. ס"ק 2 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות קובע כדלקמן:

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

סעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כדלקמן:

"אלה רשאים להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית כמפורט להלן:

(1) אדם שיש לו עילה בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם - בשם אותה קבוצה;"

57. סעיף 4(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כדלקמן:

"בבקשה לאישור שהוגשה בידי אדם כאמור בסעיף קטן (א)(1) - די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק".

58. סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כדלקמן:

"בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:

- (1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;
- (2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;
- (3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;
- (4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב.

ח.1. התובענה עוסקת בשאלות מהותיות, שסביר שתוכרעה לטובת הקבוצה

59. השאלה העיקרית העומדת לדיון בהליך זה, הינה האם המשיבות הפיצו מוצר פגום, תוך הטעיית המבקשים וחברי הקבוצה, והאם בשל כך על המשיבים להשיב למבקשים ולחברי הקבוצה את הסכומים ששולמו על ידם בגין המוצר, וכן האם בשל כך על המשיבים לפצות את חברי הקבוצה בגין עגמת הנפש והפגיעה באוטונומיה של הרצון.

60. ההכרעה בשאלות אלה היא משותפת לכלל חברי הקבוצה המיוצגת בתביעה זו.

61. סיכויי הצלחת התובענה גבוהים ביותר, שכן היא נסמכת על הוראות חוק מפורשות, על הודאת בעל הדין כפי שפורסמה בכתבת התחקיר שהעתקה צורף בנספח "ג" לתצהיר התומך בבקשה זו, ועל עקרונות יסוד מדיני הגנת הצרכן, מדיני החוזים, מדיני הנזיקין ומדיני עשיית העושר אשר לפיהם חל על המשיבות איסור להטעות את ציבור הצרכנים תוך הפצת מוצר פגום והצגתו באיצטלה של מוצר תקין, מתוך רצון להיפטר ממלאי של מוצרים ומתוך תקווה שהציבור לא יבחין בכך.

ח.2. הגשת תובענה ייצוגית, עדיפה על הגשת תביעות אישיות, מוצדקת והוגנת להכרעה במחלוקת

62. במידה ולא יתאפשר בירור התובענה בדרך של תובענה ייצוגית, עשוי הדבר להביא להגשת מספר רב של תביעות נפרדות, מצד צרכנים רבים.

63. ריבוי תביעות, יכביד על מערכת בתי המשפט שלא לצורך, ויאלץ את המשיבות לנהל מספר רב של התדיינויות בערכאות שונות ברחבי הארץ. הדבר יביא לבזבוז מיותר של משאבים, זמן וממון, הן מצד המשיבות, הן מצד מערכת בתי המשפט, והן מצד הצרכנים, ועלול להביא לתוצאות סותרות.

64. בנוסף, כאמור לעיל, קיים חשש כי חלק גדול מחברי הקבוצה (אם לא כולם) כלל אינם מודעים לזכויותיהם או שהינם חסרים את האמצעים הדרושים לשם ניהול הליך משפטי ולפיכך, בהיעדר תובענה ייצוגית, הם לא יזכו בקבלת הסעדים המבוקשים, ועולם כמנהגו ימשיך לנהוג.

65. יתרה מכך, העובדה שלכל חבר קבוצה נגרם נזק כלכלי נמוך, יחסית, מקטין את הכדאיות לחברי הקבוצה לתבוע באופן אינדיבידואלי ועל כן רק תביעות הנזק המצרפי לקבוצה כולה תהווה תמריץ ראוי לניהול הליך משפטי.

3.ח. קיים יסוד סביר להניח כי המבקשים מייצגים בדרך הולמת את עניינם של הנמנים על הקבוצה

66. המבקשים נמנים על נפגעי מדיניותן של המשיבות ועניינם בתובענה זו זהה לעניינם של כל שאר חברי הקבוצה.

67. המבקשים הם אלה שנקטו יוזמה, פנו לערוץ 2, ולאחר שהתברר להם שגם לאחר פרסום הכתבה המשיכו המשיבות, או מי מהן, להפיץ את המוצר הפגום, נקטו יוזמה והגישו תביעה בשם כלל ציבור הלקוחות אשר נפגעו עקב פעולות המשיבות.

68. באי כוחם של המבקשים הינם עו"ד המנוסים והמתמחים בניהול של תובענות ייצוגיות.

69. בהתאם לכך, קיים יסוד סביר להניח כי המבקשים ייצגו בדרך הולמת את עניינם של הנמנים על הקבוצה.

4.ח. התובענה הוגשה בתום לב

70. המבקשים רכשו מוצר פגום, ורצונם בקבלת השבה של כספים המגיעים להם וכן בפיצוי בגין עגמת הנפש שנגרמה להם כתוצאה מהשימוש שנאלצו לעשות במוצר הפגום. הידיעה על כך שהשימוש במוצר הפגום הינה תוצר של הטעיית המשיבות את המבקשים ואת יתר חברי הקבוצה, הובילה את המבקשים לפנות לתקשורת על מנת לסכל את הסיכון בו מצוי הציבור כתוצאה מהפצת התכשיר פג התוקף.

71. המבקשים מעוניינים לגרום לתועלת לכלל הצרכנים הנמנים על חברי הקבוצה, אשר אינם מודעים לזכויותיהם, ואינם יכולים לעמוד על מימושן. בתוך כך, מבקשים המבקשים לעצור לאלתר את מכירת המוצר הפגום וכן לפצות את חברי הקבוצה בגין הנזקים שנגרמו להם.

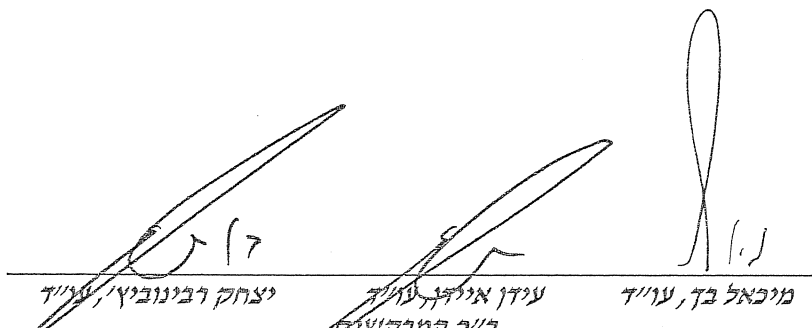
5.ח. גודלה של הקבוצה מצדיק הגשת תובענה ייצוגית

72. התובענה מוגשת בשםם של אלפי לקוחות, אשר להם אינטרס משותף ושירי בבירור התובענה בדרך של תובענה ייצוגית, ואשר זהותם אינה ידועה למבקשים. באם לא יתאפשר בירור התובענה בדרך זו, תמנע מרובם המכריע (אם לא מכולם), האפשרות לקבל סעד כלשהו בגין המעשים נשוא התובענה, שכן חלק גדול מהם כלל אינו מודע לזכויותיו, וחסר את האמצעים והכישורים המתאימים לניהול הליך משפטי שיביא למימושן.

73. יתירה מזו, כאמור לעיל, מאחר ולגבי כל לקוח מדובר בסכום קטן יחסית, לא תהיה הצדקה כלכלית לניהול הליך ארוך ויקר לכל אחד מן הלקוחות מול המשיבות בעניין זה. על כן, באם לא תאושר התביעה כייצוגית, קיים חשש כי חלק ניכר מחברי הקבוצה, אם לא כולם, לא יוכל לעמוד על זכויותיהם והמשיבות תצאנה נשכרות מכך, שלא כדין, ואף תמשכנה במדיניותה זו.

ט. סוף דבר

74. אשר על כל אלה, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות כמבוקש ברישא לבקשה זו.
75. בקשה זו נתמכת בתצהיריהם של המבקשת 1, גבי שירלי נדל רגב, ובתצהירו של המבקש 5, מר קובי ברדה.
76. מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשה.



יצחק רבינוביץ, עו"ד

עידן איילון, עו"ד
ב"כ המבקשים

מיכאל בך, עו"ד

מיכאל בך ושות', משרד עו"ד ונוטריון

תל אביב, היום 12 באוקטובר 2008