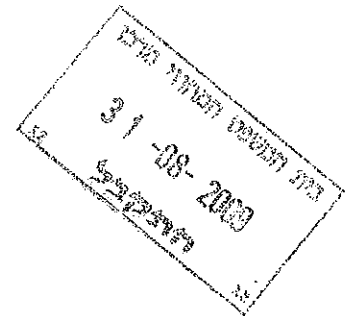


23506-08-09

בבית המשפט המחוזי
מחוז מרכז

המבקש:

גוטליב אייל, ת.ז. 027409119
ע"י ב"כ עו"ד אבנר גבאי, מ.ר. 20227
מרחוב הרעות 7/12 כפר סבא
טל: 7664665 - 077 ; פקס: 2740912 - 072



נגד

המשיבה:

סופר-פארם (ישראל) בע"מ ח.פ. 510753551
מרחוב שנקר 16 הרצליה 46725

בקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית

לפי הוראת סעיף 3(א) והוראת סעיף 1 לתוספת השניה
לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת כדלקמן:

- (א) לאשר את התביעה אשר מוגשת ביחד עם בקשה זו במסגרת התיק העיקרי (להלן: "התובענה"), כתובענה ייצוגית, בהתאם להוראות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות").
- (ב) להורות על מתן סעדים כמפורט להלן בבקשה זו.

מבוא ורקע עובדתי

1. עניינה של התובענה המוגשת במקביל לבקשה זו, הוא בהפרה חמורה, בוטה ויום יומית של הוראות חוק, שנועדו להגן על בריאות הציבור הרחב ואיכות חיו. לתובענה זו חשיבות ציבורית גדולה, שכן מטרתה היא, בין היתר, להגן על ציבור לקוחות המשיבה המונה מיליוני אנשים ברחבי ישראל.
2. כפי שיובהר להלן, המשיבה משווקת ומוכרת "תמרוקים" האסורים לשיווק על פי פקודת הרוקחים (נוסח חדש) התשמ"א-1981 (להלן: "פקודת הרוקחים").
3. ביום 5 בנובמבר 2008 חוקק תיקון 15 לפקודת הרוקחים, לפיו החל מיום 1 ביולי 2009 חל איסור לשווק תמרוקים שעל גבי אריזתם לא מצוין תאריך התפוגה או תקופת השימוש בתמרוק לאחר פתיחתו. המשיבה מפרה הוראה זו ומוכרת לציבור הרחב תמרוקים שעל אריזתם לא מצוין תאריך התפוגה או תקופת השימוש בתמרוק לאחר פתיחתו.
4. על חשיבותו הרבה של התיקון הנ"ל לפקודת הרוקחים ניתן ללמוד מדברי ההסבר להצעת החוק, אשר פורסמו בהצעות חוק הכנסת – 250, י"ח בתמוז התשס"ח, 21.7.2008 [פורסם בנבו] כדלקמן:
"הצעת החוק המתפרסת בזה נועדה לעגן בחוק את החובה לסמן תאריך תפוגה על תמרוקים. כיום ייצורם של תמרוקים מוסדר בצו הפיקוח על מצרכים ושירותים (תמרוקים), התשל"ג-1973, שאינו קובע חובה לסמן תאריך תפוגה על תמרוקים. לרוב התמרוקים חיי מדף של כשנתיים עד שלוש שנים, והשימוש בהם לאחר תאריך התפוגה עלול להיות לא יעיל ואף לגרום לבעיות בריאותיות. לפי הצו האמור חלה חובה לציין את תאריך ייצורו של התמרוק, אך מדובר בסימן סתר שניתן לפענחו על ידי חברות התמרוקים בלבד, ולמעשה הוא מוסתר מהצרכנים.
נוכח הסכנה הבריאותית הנשקפת לצרכן המשתמש בתמרוקים שפג תוקפם ובשל סימון תאריך הייצור המוצפן כאמור, מוצע לקבוע כי על תמרוק שחיי המדף שלו הם 30 חודשים או פחות, יצוין תאריך התפוגה שלו, ועל תמרוק שחיי המדף שלו הם יותר מ- 30 חודשים – תקופת התפוגה לאחר פתיחתו. הוראה זו תואמת את ההוראה המקבילה בדירקטיבה האירופית הקובעת חובת סימון כאמור, שמשדר הבריאות אימץ בנוהל שהפיץ והחיל מיום כ"ג בטבת התשס"ח (1 בינואר 2008)"
5. מטרתו של תיקון 15 לפקודת הרוקחים היא, אם כן, לתת לציבור הרחב מידע חיוני ובסיסי בדבר תקופת השימוש בתמרוקים. ללא המידע האמור הצרכנים אינם יכולים לדעת אם התמרוקים המוצעים להם ראויים לשימוש, אם השימוש בהם לא יזיק חלילה לעור הפנים, הגוף והשיער.

6. לעתים, רשתות שיווק מנצלות את אי סימון תאריך התפוגה ויוצאות במבצעי חיסול למכירת מוצרים שמועד סיום השימוש בהם קרב. כך נופל הצרכן התמים קרבן. למניפולציה שיווקית חסרת תום לב. הצרכן התמים מתפתה להאמין שהוא רוכש תמרוק במחיר מבצע, בעוד שבפועל הוא קונה תמרוק שהשימוש בו לא יעיל במקרה טוב ובמקרה הרע – הוא עלול להזיק לבריאות.

7. שמירה והקפדה על קיום הוראות הדין בכלל, והוראות דין שנועדו להגן על בריאות הציבור הם דבר מובן מאליה ואין צורך להכביר במלים בדבר החשיבות שבקיום הוראות החוק. דא עקא – המשיבה בחרה להתעלם מהוראות פקודת הרוקחים, והיא מפרה באורח יום יומי את הוראות תיקון 15 לפקודת הרוקחים, בכך שהיא מוכרת תמרוקים ללא ציון תאריך תפוגתם.

תיקון 15 לפקודת הרוקחים – תחולה מיום 1 ביולי 2009

8. תיקון 15 לפקודת הרוקחים הוסיף לפקודה האמורה את סעיף 155, הקובע בהאי לישנא:
סימון תמרוק – סעיף 155:

"(א) בסעיף זה, "תמרוק" – חומר המיועד לבוא במגע עם חלקים חיצוניים של גוף האדם במטרה לנקותו, לבשמו, לייפותו, לשנות את מראהו, להגן או לשמור עליו, או לשפר את ריחות הגוף, למעט תכשיר; לעניין זה, "חלק חיצוני של גוף האדם" – עור, שערות וציפורניים, וכן שיניים וחלל הפה.

(ב) בלי לגרוע מהוראות כל דין, לא ישווק אדם תמרוק, אלא אם כן מצוין על גבי התמרוק וכן על גבי אריזתו או עטיפתו:

(1) בתמרוק שחיי המדף שלו 30 חודשים או פחות – תאריך תפוגתו;

(2) בתמרוק שחיי המדף שלו הם מעל 30 חודשים – תקופת השימוש לאחר פתיחתו לפי הוראות ועקרונות עדכניים שפרסם האיחוד האירופי והוראות המנהל לעניין זה.

(ג) שר הבריאות רשאי –

(1) לקבוע סוגי תמרוקים שהוראות סעיף זה לא יחולו עליהם;

(2) לשנות, בצו, את אורך חיי המדף הקבוע בסעיף קטן (ב)."

9. עינינו הרואות כי בגדר המונח "תמרוק" נכללים עשרות רבות של מוצרים הנמצאים בשימוש יום יומי בכל בית. בין היתר, סבונים, משחות שיניים, מוצרי שמפו, מרככי שיער, מוצרי טיפוח לשיער, מוצרי איפור ועוד.

10. סעיף 155 לפקודת הרוקחים קובע, כי בתמרוק שחיי המדף שלו 30 חודשים או פחות יש לציין תאריך תפוגה, ובתמרוק שחיי המדף שלו הם מעל 30 חודשים יש לציין את תקופת השימוש לאחר פתיחת התמרוק.

11. סעיף 155 לפקודת הרוקחים קובע איסור מפורש לשווק תמרוקים שלא מצוין על גבי אריזתם תאריך התפוגה או תקופת השימוש, לפי המקרה.
12. למותר לציין כי סעיף 1 לפקודת הרוקחים מגדיר את המונח "שיווק" באופן רחב ביותר, כדלקמן: "שיווק" - מכירה, הספקה, יבוא, יצוא או העברת בעלות או החזקה בדרך אחרת;"
13. סעיף 155 לפקודת הרוקחים נחקק והוסף לפקודה ביום 12 בנובמבר 2008. על מנת להיערך כדבעי ליישום הוראות הסעיף ניתנה למשווקים תקופת היערכות של 7 חודשים, ומשכך תוקף האיסור הקבוע בסעיף 155 לפקודת הרוקחים הוא החל מיום 1 ביולי 2009.
14. העולה מן המקובץ הוא כי החל מיום 1 ביולי 2009 חל על המשיבה איסור מוחלט למכור תמרוקים שעל גבי אריזתם לא מצוין תאריך התפוגה או תקופת השימוש ממועד פתיחת התמרוק, לפי המקרה.

העובדות המצביעות על עילות תביעתו האישית של המבקש

15. המבקש, נשוי ואב לשתי בנות קטינות, ואשר עיסוקו הוא בתחום המחשבים.
16. המבקש הוא צרכן של המשיבה מזה שנים רבות. המבקש האמין כי המשיבה, המעידה על עצמה כאחת מרשתות הפארם המובילות בארץ, היא רשת אמينة, השומרת חוק בכלל וחוקים שייעודם שמירה על בריאות הציבור בפרט.
17. ביום 23 באוגוסט 2009 רכש המבקש מספר רב של מוצרים באחד מסניפי המשיבה.
18. לאחר שהמבקש החל להשתמש במוצרים שרכש מהמשיבה כמבואר לעיל, התברר לו כי שני מוצרים שרכש מהמשיבה אינם נושאים על גבם תאריך תפוגה או תקופת שימוש בתמרוק. המוצרים הם:
- 18.1. קרם לחות לייף: במחיר של 13.99 ₪.
- 18.2. שמפו לייף: במחיר של 17.09 ₪.
- העתק הקבלה בדבר רכישת המוצרים האמורים מצורף לתצהיר המבקש ומסומן כנספח 1. צילומים של אריזת המוצרים הנ"ל מצורפים כנספחים 2-3 לתצהיר המבקש.
19. המבקש הופתע עד מאוד מכך שהתמרוקים שרכש מהמשיבה אינם נושאים על גבם תאריך תפוגה. המבקש לא ידע אם תוקפם פג אם לאו והחליט שלא לקחת סיכון וחדל להשתמש בהם יותר.
20. לאחר שהמבקש גילה כי הוא הולך שולל על ידי המשיבה, כי הוראות הדין אינם מקוימות על ידי המשיבה, הוא חש עלבון, עוגמת נפש וחרדות לנוכח הפרת האמון שהוא נתן במשיבה והחשש לפגיעה בבריאותו.

21. מבדיקות שערך המבקש עם מכרים ובירורים בסניפים נוספים של המשיבה התברר לו, כי לא מדובר בהפרה נקודתית ומקרית של הוראות פקודת הרוקחים, אלא בהפרה המתרחשת בסניפים רבים של המשיבה באורח יום יומי. בחלק מהתמרוקים שנבדקו בסניפים שונים של המשיבה, לא היה כל זכר למועד התפוגה של התמרוק או תקופת השימוש בו לאחר פתיחתו.
- צילומים של דוגמאות תמרוקים שעל גביהם לא מצוין תאריך תפוגה, שנמצאו בסניף כפר סבא, סניף קריית אונו ובסניף אור יהודה של המשיבה מצורפים לתצהיר המבקש כנספחים 4-9.

עילות התביעה

הפרת חובה תקוקה

22. סעיף 155 לפקודת הרוקחים קובע איסור מפורש לשווק תמרוקים שאורך החיי המדף שלהם 30 חודשים או פחות מבלי שיצוין על גבי אריזתם תאריך תפוגה. תמרוקים שאורך חיי המדף שלהם מעל 30 חודשים, אסורים לשיווק ללא ציון תקופת השימוש בהם לאחר פתיחתם.
23. חרף תקופת ההיערכות הארוכה שניתנה לה, המשיבה לא נערכה כדבעי ליישום הוראות סעיף 155 לפקודת הרוקחים, והיא ממשיכה לשווק לציבור הרחב בסניפיה הרבים תמרוקים שעל גבי אריזתם לא מצוין תאריך התפוגה או תקופת השימוש ממועד פתיחת התמרוק.
24. כעולה מדברי ההסבר להצעת החוק, סעיף 155 לפקודת הרוקחים הוא דבר חקיקה שנועד להגן על הציבור הרחב. תמרוק שתקופת השימוש בו פגה אינו יעיל במקרה הטוב – והוא עלול להזיק לבריאות המשתמש במקרה הרע.
25. המבקש נמנה על ציבור האנשים שפקודת הרוקחים נועדה להגן עליהם.
26. עינינו הרואות, כי המשיבה מפרה בגלוי ובאופן בוטה חובה תקוקה שנועדה להגן על בריאותו של הציבור הרחב.
27. נזקי המבקש ונזקם הכולל של חברי הקבוצה יפורטו בהמשך בקשה זו להלן.

הפרת הסכם

28. מכירת תמרוקים על ידי המשיבה לכל אחד ואחד מחברי הקבוצה, היא הסכם במסגרתו הרוכש מתחייב לשלם עבור התמרוק בו הוא חפץ, ומאידך המשיבה מתחייבת, בין היתר, למכור תמרוק בהתאם להוראות כל דין.
29. המשיבה הפרה התחייבותיה כלפי המבקש וכלפי כל אחד ואחד מחברי הקבוצה, שכן היא מכרה ומוכרת להם מוצרים האסורים למכירה באופן בו הם נמכרים.

30. בהיעדר גילוי חיוני ומהותי בדבר מועד תפוגת השימוש בתמרוק, הצרכן אינו יכול לדעת אם התמרוקים שרכש ראויים לשימוש אם לאו.
31. המבקש יטען כי המחוקק ביקש ליצור חוקה, לפיה תמרוק שלא מצוין על גבי אריזתו מועד תפוגתו, הוא תמרוק שאינו בתוקף ומשכך הוא אסור בשימוש. על בסיס חוקה זו יטען המבקש, כי המשיבה מכרה ומוכרת לחברי הקבוצה תמרוקים פגי תוקף.

הפרת הוראות חוק הגנת הצרכן, התשמ"א, 1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן")

32. סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן קובע בהאי לישנא כי:
"לא יעשה עוסק דבר-במעשה ובמחדל-בכתב ועל פה או בכל דרך אחרת-העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי בעסקה (להלן: "הטעיה")."
33. מבלי לגרוע מהאמור לעיל, סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן קובע 21 עניינים המהותיים בעסקה וביניהם, תאריך ייצור המוצר או מועד תפוגתו (סעיף קטן 9).
34. המשיבה מפרה את הוראות חוק הגנת הצרכן ומטעה את ציבור לקוחותיה הרחב, שכן במספר רב של תמרוקים היא אינה מציינת את מועד תפוגת המוצר.
35. תכליתה העיקרית של הוראת סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, היא להעניק לציבור הצרכנים את מלוא המידע בקשר לנכס או השירות אותו הם שוקלים לרכוש, על מנת לתת להם אפשרות בחירה מושכלת.
36. העולה מן האמור הוא, כי המשיבה מטעה את ציבור הצרכנים בעניין המהותי לעסקה.

עשיית עושר ולא במשפט

37. סעיף 1(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן: "חוק עשיית עושר ולא במשפט") קובע כי:
"מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן-הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן-המזוכה), חייב להשיב למזוכה את הזכייה..."
38. המשיבה מפיקה ממעשיה הפסולים טובת הנאה כספית, תוך שהיא מתעשרת על חשבונם של חברי הקבוצה.
39. המשיבה מתיימרת למכור לחברי הקבוצה תמרוקים המותרים למכירה, אך בפועל היא מוכרת ומשווקת מספר רב של תמרוקים האסורים למכירה לציבור הרחב.

40. לעניין זה יפים דברי כבוד השופט עמירם בנימיני בת.א (ת"א) 2537/06 דניאל פרחן נגד מולטילוק בע"מ (פורסם בנבו):

"בדברים אלו באה לידי ביטוי מטרה שלישית ונוספת של התובענה הייצוגית - לצד מטרות הפיצוי וההרתעה - והיא מודגשת היטב בפסיקת בתי המשפט בארה"ב: נטילת הרווחים הלא-חוקיים מידין של הנתבע (disgorgement of ill-gotten gains) ומניעת התעשרות שלא כדין (ראה ס. דויטש, "עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית - סיכום ביניים ומבט לעתיד", שערי משפט ד(1) התשס"ה 9, 21, 32). פרופ' דויטש מדגיש במאמרו הנ"ל, כי המטרות של הרתעה והשבת הרווח הבלתי-חוקי הן העיקר בתובענות ייצוגיות, ולא הפיצוי האישי..."

נזקי המבקש וחברי הקבוצה

41. בשלב זה של התובענה די בכך שהמבקש הוכיח כי לכאורה נגרם לו נזק (סעיף 4 (ב) (1) לחוק). למבקש נגרם נזק - הן ממוני והן לא ממוני.

נזק ממוני

- 42.1. המשיבה קיבלה מהמבקש ומחברי הקבוצה סכומי כסף שהיא אינה זכאית לקבלם על פי הדין.
- 42.2. המשיבה מכרה ומוכרת לחברי הקבוצה תמרוקים האסורים למכירה על פי הוראות הדין, ומשכך היא אינה זכאית לתמורה בגין אותם תמרוקים.
- 42.3. תמרוקים שפג תוקפם אינם יעילים ואף עלולים להזיק לבריאות, משכך ברי כי חברי הקבוצה לא היו רוכשים תמרוקים שאין בהם תועלת ואף יש בהם להזיק לבריאותם.
- 42.4. כפי שציינו לעיל, אחת ממטרותיו העיקריות של מוסד התובענה הייצוגית הוא נטילת רווחים מהנתבע והשבת הרווח הבלתי חוקי.
- 42.5. המבקש יטען כי המשיבה חייבת בהשבת מלוא התמורה בגין התמרוקים שנמכרו לציבור לקוחותיה באופן בלתי חוקי החל מיום 1 ביולי 2009. לחילופין, המשיבה חייבת בהשבת הרווח הגולמי שנוצר לה מהמכירות הבלתי חוקיות.
- 42.6. נזקו של המבקש בגין קניות המוצרים עליהם לא סומן תאריך תפוגה מהמשיבה בחודש אוגוסט 2009 הוא סך של 31.08 ש"ח.

- 42.7. המבקש יטען כי מגיעה לו השבה מלאה בגין רכישת המוצרים הנ"ל בסך של 31.08 ש"ח.
- 42.8. לחילופין יטען המבקש כי על המשיבה להשיב לו ולחברי הקבוצה את הרווח הגולמי שצמח לה מהמכירות הבלתי חוקיות. המשיבה אינה מפרסמת נתונים בקשר עם רווחיה, אך מנתונים שפורסמו לציבור בקשר עם רשת מתחרה (המשביר לצרכן) עולה כי הרווח הגולמי המקובל בתחום קוסמטיקה ודראגסטור הוא כ- 30%. משכך הנזק האישי החלופי של המבקש עומד על כ- 9.3 ש"ח.
- 42.9. מטבע הדברים, הנתונים המדויקים בדבר נזקי הקבוצה נמצאים בידי המשיבה. ברם, המשיבה פועלת באמצעות כ- 150 סניפים הפזורים ברחבי הארץ, על לקוחותיה נמנים מאות אלפי צרכנים והיא מעידה על עצמה כרשת הפארם המובילה בארץ, משכך ברי כי נזקי הקבוצה מסתכמים במליוני שקלים.
- 42.10. לשם הזהירות בלבד המבקש יעריך את נזקי הקבוצה בראש הנזק הממוני בסך של - 10 מליון ש"ח. כפי שצינו לעיל, במהלך בירור התובענה ניתן יהיה לחשב את נזקי הקבוצה באופן מדויק יותר באמצעות נתונים הנמצאים בידי המשיבה.

43. נזק לא ממוני

- 43.1. זכות התביעה בגין ראש נזק לא ממוני, במסגרת תובענה ייצוגית, הוכרה בפסיקת בית המשפט העליון כבר בערעור אזרחי 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' תופיק ראבי ואח', פ"ד נו (4) עמ' 673 בעמ' 684:

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

- 43.2. למבקש נגרם נזק לא ממוני ובכלל זה עוגמת נפש ופגיעה באוטונומיה של הרצון, וזאת לאחר שהוא גילה כי הוא הולך שולל על ידי המשיבה וכי הוא הוטעה על ידה.
- 43.3. לעניין זה יפים דברי כבוד השופטת נאור בעניין תנובה הנ"ל כדלקמן:

"לדעתי, נזק מסוג זה הוא לכאורה נזק בר-פיצוי. הטעיה בדבר תכולת החלב במקרה זה היא לכאורה בגדר פגיעה באוטונומיה של הפרט. אנו עוסקים במוצר מזון. זכותם של צרכנים היא לקבוע מה יכניסו לפיהם ולגופם וממה יימנעו. מי שרוצה למשל לצרוך רק מזון כשר, ויסתבר לו בדיעבד שהמזון שהוצג תוך הטעיה איננו כזה, יחוש תחושת גועל ופגיעה באוטונומיה שלו. כך יחוש גם מי שצורך רק מזון אורגני, והתברר לו בדיעבד שמזון שפורסם כמזון אורגני איננו כזה. מי שמבקש לקנות חלב זל שומן דווקא לא יסכין

עם כך שימכרו לו תוך הטעיה חלב שבו שיעור השומן גבוה, ולהפך. בכל המקרים הללו ובמקרים רבים אחרים שניתן להעלות על הדעת, ישנה פגיעה באוטונומיה של הפרט, אף שאין עמה נזק גוף או סכנה ממשית לנזק גוף. לכל צרכן וצרכן העדפות בנוגע למזונותיו, העדפות המבטאות לעתים את האידאולוגיה שהוא מאמין בה כדרך לחיים נכונים או בריאים. אכן, זה שאינו שומר כשרות יוכל לומר לשומר הכשרות: מה קרה אם אכלת מזון שאינו כשר; לא נגרם לך כל נזק. לא זו השקפתו של מי שמבקש לשמור על כשרות או לאכול רק מזון אורגני או מזון דל שומן. הפגיעה באוטונומיה של הפרט כמצדיקה פיצוי כבר הוכרה בפסיקתו של בית-משפט זה: ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה [3]. בעניין זה לא נמסר למטופלת מידע שהיה צריך להימסר לה בהתאם לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996. הטיפול הרפואי שבוצע לא גרם נזק. התביעה התבססה על פגיעה באוטונומיה בטענה שעצם ביצועו של טיפול בלא הסכמה הוא-הוא הנזק. בית-המשפט קבע כי נזק מעין זה הוא בר-פיצוי במסגרת עולת הרשלנות והטיל פיצוי, אם כי בסכום שאינו גבוה.

43.4. הלכת תנובה הנ"ל יושמה רק לאחרונה בפסק דינו של כבוד השופט ד"ר עמירם בנימיני בעניין: ת.א. 1065/05 אמיר שהי שאול נגד תדיראן מוצרי צריכה בע"מ (לא פורסם):

"... תדיראן טוענת כי המבקש לא הוכיח נזק שכזה. אולם, רכישת מוצר שאיננו נושא תו תקן, כאשר מדובר בתקן ישראלי רשמי ומחייב, ואם היא נעשית בניגוד לדין ובניגוד לפרסומי היצרן – מהווה לכאורה נזק מבחינת הצרכן, הן ממוני והן לא-ממוני. הנזק הממוני מתבטא ברכישת מוצר שעשוי להיות בעל איכות נמוכה יותר מזו הנדרשת בתקן, ואולי גם יהיה קיים קושי למכרו. כפי שציין כב' השופט מ. חשין בבג"צ 53/96 הנ"ל בענין תשלובת אלוני, פסקה 6: "למותר לומר כי מצרך פלוני הנושא על גופו תו תקן, יעלה ערכו האיכותי בעיני כל רואיו". ולהיפך: מצרך שאסור לשווקו ללא תו תקן, ואשר אינו נושא תו תקן – ירד ערכו בעיני כל רואיו. הנזק הלא-ממוני יכול שיהיה נובע מעוגמת הנפש הכרוכה בחשש שמא המזגן איננו בטיחותי או איננו איכותי דיו, בשל כך שלא ניתן לו היתר לשאת תו תקן, כמו גם תחושת העלבון של צרכן החש כי הולך שולל על-ידי יצרן שנתן בו אמון, והצער על כך שרכש מזגן באיכות פחותה מזו שרצה בה. "

- 43.5. לא תיתכן מתלוקת כי המשיבה פגעה באוטונומיה של רצון המבקש ושל חברי הקבוצה. חברי הקבוצה לא היו מסכימים לרכוש מוצרים האסורים למכירה על פי הדין, שסביר להניח כי הם אינם יעילים במקרה הטוב ואף עלולים לפגוע בבריאות במקרה הרע.
- 43.6. המבקש יטען כי הנזק הלא ממוני מסתכם לסך של 100 ש"ח לכל הפחות לכל אחד מיחיד הקבוצה.
- 43.7. הקבוצה מונה לכל הפחות מאות אלפי אנשים, שכן המשיבה היא רשת הפארם הגדולה בישראל. בהערכה שמרנית וזהירה, לפיה כ- 100,000 צרכנים רכשו מהמשיבה תמרוקים האסורים למכירה בחודשים יולי-אוגוסט 2009, הנזק המצטבר לחברי הקבוצה בראש נזק זה מסתכם ל- 10 מליון ש"ח.
44. בהתאם לאמור לעיל, הנזק הממוני והלא ממוני של חברי הקבוצה עולה על 20 מליון ₪.
45. ברם, הנתונים המלאים והמדויקים בקשר עם נזקם הכולל של חברי הקבוצה נמצאים בידי המשיבה.
46. בשלב זה די בכך שהמבקש הראה את נזקו האישי, על מנת שתביעתו תאושר כייצוגית. נזקו הנממוני והלא ממוני של המבקש מסתכם ל- 131.08 ש"ח.

בתביעת המבקש מתקיימים כל התנאים לאישורה כתביעה ייצוגית

מטרות החוק והגשמתן במקרה דנא

47. סעיף 1 לחוק מבהיר מה הן ארבע מטרותיו. להלן נראה, כי אישור התובענה דנא כייצוגית יגשים את ארבע מטרות החוק בסוגיה נשוא תובענת המבקש.
- 47.1. אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו:
- 47.1.1. המקרה דנא הוא מקרה מובהק של הפרת הוראות דין, באופן בוטה, יום יומי ובהיקפים נרחבים.
- 47.1.2. המקרה דנא חמור במיוחד, בשים לב לכך שמדובר בהוראת חוק שנועדה להגן על בריאות הציבור הרחב ואיכות חייו.
- 47.1.3. למשיבה ניתנה תקופה ארוכה של 7 חודשים להיערך כדבעי ליישומו של החוק וביצועו. דא עקא – המשיבה פטרה עצמה מקיום הוראות החוק, והיא מוכרת מוצרים באופן האסור למכירה בהיקפים ניכרים בכל רחבי הארץ.

- 47.1.4. רשויות הפיקוח העמוסות ממילא, אינן יכולות לפקח על ביצוע הוראות החוק, בעיקר בשל מחסור בכח אדם, משכך מוסד התובענה הייצוגית הוא הדרך היחידה שיש בה לאכוף את הדין על המשיבה ולהרתיעה מהמשך הפרתו.
- 47.2. **מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין**: מרבית הנפגעים אינם מודעים כלל להפרת הדין ולפגיעה בהם. מכשיר התובענה הייצוגית הוא הדרך היחידה בנסיבות העניין לפיצוי הנפגעים ולמתן סעדים אחרים שיועילו לכלל חברי הקבוצה הנפגעת (צווי מניעה כמפורט להלן).
- 47.3. **ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות**: לא תיתכן מחלוקת, כי ניהול תובענת המבקש בדרך של תובענה ייצוגית תביא לחיסכון וביעילות במשאבים, שכן עדיף לפתור את המחלוקת נשוא התובענה בהליך אחד, מאשר באלפי הליכים נפרדים.
- 47.4. **מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים** – כאשר הנוק לכל אחד ואחד מחברי הקבוצה הוא נמוך ואינו מצדיק הגשת תביעה נפרדת, כמו במקרה דנא, תובענה ייצוגית היא הדרך היחידה למימוש זכות הגישה לבית המשפט לאלפי חברי הקבוצה.
48. סעיף 4 (א) לחוק קובע מי רשאי להגיש תביעה ייצוגית לפי החוק וסעיף 8 לחוק קובע את התנאים לאישורה של תובענה כייצוגית. להלן נראה כי המבקש עומד בכל התנאים שנקבעו בחוק לאישור התובענה דנא כייצוגית.
49. **למבקש יש עילה בתביעה כאמור בסעיף 3 (א) לחוק**
- 49.1. סעיף 3(א) לחוק קובע, כי לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה לחוק או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית.
- 49.2. סעיף 1 לתוספת השניה לחוק קובע, כי ניתן להגיש תביעה ייצוגית נגד עוסק כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין הלקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו.
- 49.3. סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן מגדיר את המונח "עוסק" בזו הלשון:
- "עוסק" — מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן;
- 49.4. אין מחלוקת כי המשיבה היא עוסק כהגדרת מונח זה בחוק הגנת הצרכן.

המבקש יטען כי יש להגדיר את חברי הקבוצה, בהתאם להוראת סעיף 10 (א) לחוק תובענות ייצוגיות, באופן הבא:

"כל מי שרכש באחד מסניפי המשיבה תמרוק שעל גבי אריזתו לא צוין מועד תפוגתו או תקופת השימוש בו החל ממועד פתיחתו, החל מיום 1 ביולי 2009 ועד למתן פסק דין בתביעת המבקש" (להלן: "קבוצת התובעים" או "הקבוצה").

לחילופין, מתבקש בית המשפט הנכבד להגדיר את קבוצת התובעים באופן אחר לפי שיקול דעתו.

51. תביעת המבקש מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכל חברי הקבוצה (סעיפים 4(א) ו- 8(א) לחוק

51.1. כל עילות התביעה שיש למבקש כנגד המשיבה עומדות גם לכל חברי הקבוצה. הפרת החובות החקוקות על ידי המשיבה ומעשה ההטעיה שלה, נעשו באותה הדרך שפגעה במאות אלפי אנשים.

51.2. השאלות המשפטיות והעובדתיות המהותיות בתביעת המבקש משותפות לתביעת כל יחיד הקבוצה, שכן הוראות הדין הרלבנטיות לתביעת המבקש חלות ביחסים שבין המשיבה לבין כל חברי הקבוצה.

52. יש אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות לכל חברי הקבוצה יוכרעו לטובת הקבוצה (סעיף 8(א) לחוק

52.1. למבקש, כמו גם לכל יתר חברי הקבוצה, עילות טובות כנגד המשיבה.

52.2. לעיל הראינו כי המשיבה מפרה את הוראות פקודת הרוקחים באופן בוטה ויום יומי.

52.3. הפרת הוראות הדין אינו מעשה של מה בכך. דברים אלה נכונים ביתר שאת, לנוכח העובדה כי עסקינו בהוראות דין שנועדו להגן על בריאות הציבור ואיכות חיינו.

52.4. חברי הקבוצה זכאים לכל הסעדים המפורטים להלן ולמצער לחלקם. לא תיתכן מחלוקת, כי המשיבה אינה יכולה להמשיך ולמכור תמרוקים באופן האסור על פי פקודת הרוקחים, משכך לחברי הקבוצה מוקנית זכות לקבל סעד האוסר על המשיבה להמשיך ולמכור תמרוקים בניגוד להוראות סעיף 55 לפקודת הרוקחים.

52.5. הוראות החוק שהופרו על ידי המשיבה ברורות, נהירות ואינן משתמעות לשני פנים, משכך ישנה יותר מפשרות סבירה כי השאלות המשותפות לכל חברי הקבוצה תוכרענה לטובת הקבוצה.

תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בניסיונות העניין

- 53.1 קבוצת הנפגעים הינה קבוצה גדולה מאוד, המונה מאות אלפים. נזקו של כל אחד מהם קטן ורבים מחברי הקבוצה אף אינם מודעים כלל וכלל לפגיעה בהם.
- 53.2 הבאת עניינם המשותף של כל חברי הקבוצה בדרך של תובענה ייצוגית הינה הדרך הנאותה, ההוגנת והיעילה ביותר לפתרון עשרות אלפי סכסוכים בהליך אחד.
- 53.3 כמו כן, הכרעה שיפוטית בדרך של תובענה ייצוגית תאפשר לעשרות אלפי נפגעים, אשר כלל לא היו ערים לפגיעה בזכויותיהם, לזכות ביוםם בבית המשפט.
- 53.4 קרוב לוודאי, שאם התביעה לא תאושר כתביעה ייצוגית, חברי הקבוצה יוותרו על מימוש זכות התביעה העומדת להם כנגד המשיבה ולא יטרחו לתבוע את נזקם במסגרת תביעות אישיות נפרדות. כך, לא יתוקן העוול ותונצח הפרת הוראות הדין על ידי המשיבה, ונמצא כי חוטא ייצא נשכר.
- 53.5 אם לא תאושר התובענה כייצוגית, המשיבה עלולה לפרש זאת שלא כהלכה, כאילו ניתן לה היתר להמשיך ולהפר את הוראות הדין ולהמשיך ולהטעות את צרכניה. כך ייצא שתסוכל אחת ממטרות החוק העיקריות, היינו אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו.
- 53.6 מעבר לזכות התביעה האישית של המבקש, אין למבקש כל עניין נוסף בתביעה, אין כל ניגוד עניינים בינו לבין יתר חברי הקבוצה, והוא מייצג בדרך הולמת את עניינם של כל חברי הקבוצה.

קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת

- 54 המבקש ייוצג בתובענה על יד עו"ד אבנר גבאי. עו"ד גבאי הוא בעל ניסיון רב בניהול תביעות ייצוגיות, הן כמייצג תובעים והן כמייצג נתבעים.

קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב

- 55.1 התובענה הוגשה על ידי המבקש בתום לב.
- 55.2 המבקש וב"כ ינהלו את התובענה וייצגו את חברי הקבוצה בתום לב.
- 55.3 אין כל ניגוד עניינים בין המבקש לבין חברי הקבוצה, משכך אין כל חשש לחוסר תום לב מצדו של המבקש.

גודלה של הקבוצה מצדיק הגשת תביעה ייצוגית

- 56.1 אמנם בחוק אין כל הוראה המתייחסת לגודלה של הקבוצה כתנאי לאישור התובענה כייצוגית, אך מאחר שתנאי זה נגזר מאופיו ומהותו של ההליך, לעניות דעתנו, נבהיר כי התובענה דנא עומדת גם בתנאי זה.

- 56.2. הקבוצה כהגדרתה לעיל מונה, לכל הפחות, אלפי חברים עד מאות אלפים. המשיבה משווקת את מוצריה בכ-150 סניפים הפזורים בכל רחבי הארץ.
- 56.3. זאת ועוד: תביעת המבקש מתייחסת גם לעתיד, שכן כמבואר להלן, בין יתר הסעדים המבוקשים על ידי המבקש, מבוקש להורות למשיבה להפסיק את הפרת הוראות הדין ולהפסיק למכור תמרוקים בניגוד להוראות פקודת הרוקחים.
- 56.4. אין ספק, כי מדובר בקבוצה גדולה שחבריה מפוזרים בכל רחבי הארץ.


הסעדים

57. לאור כל האמור לעיל, זכאים המבקש וכל אחד ואחד מחברי הקבוצה לסעדים המפורטים להלן, כולם או חלקם:
- 57.1. פסק דין המחייב את המשיבה להפסיק באופן מיידי למכור תמרוקים שעל גבי אריזתם לא מצוין מועד תפוגתם או תקופת השימוש בתמרוק ממועד פתיחתו, והכל בהתאם להוראות סעיף 155 לפקודת הרוקחים.
- 57.2. לפצות את חברי הקבוצה בגין הנזקים הממוניים והלא ממוניים שנגרמו להם עקב מעשיה ומחדליה של המשיבה.
- 57.3. לחילופין – ליתן כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, כפי שימצא בית המשפט הנכבד לנכון בנסיבות העניין.
- 57.4. לחילופין, ליתן פסק דין המצהיר, כי המשיבה מפרה את הוראות הדין כמבואר בבקשה זו.
- 57.5. לחילופי חילופין, ליתן כל פסק דין הצהרתי הנראה לבית המשפט נכון וצודק בנסיבות העניין.
- 57.6. לפסוק למבקש גמול בהתאם להוראות סעיף 22(א) לחוק.
- 57.7. לחייב את המשיבה לשלם למבקש הוצאות משפט, לרבות שכר טרחת עו"ד בשיעור של 15% מכל סכום בו תחויב המשיבה בתוספת מע"מ כחוק.

סיכום

58

- 58.1. תיקון 15 לפקודת הרוקחים נועד להגן על בריאות הציבור, איכות חייו וזכותו לבחור תמרוקים הראויים לשימוש. הפרת הוראות פקודת הרוקחים אינה דבר של מה בכך, במיוחד לנוכח העובדה כי למשיבה ניתנה תקופה של 7 חודשים להיערך כדבעי ליישום הוראות סעיף 55 פקודת הרוקחים.
- 58.2. תביעתו של המבקש עומדת בכל התנאים לבירורה כתביעה ייצוגית מכוח הוראות החוק.
- 58.3. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לאשר את ניהולה של תובענת המבקש על דרך של תביעה ייצוגית.
- 58.4. לבקשה זו מצורף תצהירו של המבקש התומך בעובדותיה.


אבנר גבאי, עו"ד
ב"כ המבקש