בבית המשפט המחוזי מרכז **ת"צ 50272-07-10**

בעניין:

1. **לאפי אבו פריח ת.ז. 28333938**
2. **סאבר נסאר, ת.ז. 026245118**
3. **דועא נסאר ת.ז. 040392326**

ע"י עו"ד סאבר נסאר (ר.מ. 37407)
רח' ראשי, כפר עראבה 30812
טל: 6747508 -04, נייד: 0524786412
פקס: 050-8962060

המבקשים;

נ ג ד

טמפו-משקאות בע"מ ח.פ. 513682625

איזור התעשייה החדש, ת.ד. 217
נתניה 42101

המשיבה;

סכום התובענה האישית (לכל אחד מהתובעים): 60 ₪
סכום התובענה הייצוגית: כ- 30 מיליון ₪- בהערכה.
מהות התובענה: כספית, צו עשה וסעד הצהרתי.

בקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית[1]

בהתאם לסעיף 5א(1) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006

1. המבקשים מתכבדים בזאת, להגיש לבית המשפט הנכבד, בקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית, המוגשת בד בבד עם הגשת כתב התביעה.

נספח א' כתב תביעה **מצ"ב** כנספח א' לבקשה זו
נספח ב' תצהירי המבקשים התומכים בבקשה **מצ"ב** כנספח ב' לבקשה זו

2. בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת כדלקמן:

א. לעשות שימוש בסמכותו המוקנית לו על פי סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות התשס"ו - 2006 **(להלן: "חוק תובענות ייצוגיות")** ולאשר את התובענה המצורפת לבקשה זו **כנספח א'** כתובענה ייצוגית - בהתאם להוראות סעיף 1 לתוספת השנייה בחוק תובענות ייצוגיות, ובמסגרת זו ליתן הוראות נוספות כפי שיפורט להלן.

ב. לעשות שימוש בסמכותו המוקנית לו על פי סעיף 10 לחוק תובענות ייצוגיות, ולהגדיר את "הקבוצה" ו- "קבוצת המשנה" בשמה מוגשת התובענה הייצוגית, **(להלן**: "**הקבוצה**" ו- "**קבוצת המשנה**") בהתאם למפורט להלן:

1. "**הקבוצה**": כל הצרכנים אשר צרכו את המשקה שמייצרת ומשווקת המשיבה, תחת שם המותג "**ג'אמפ**" (להלן ובהמשך: "**המוצר**" ו/או "**ג'אמפ**") בשנה האחרונה.

2. "**קבוצת המשנה**": הצרכנים דוברי השפה הערבית/בני המגזר, אשר צרכו את המוצר בשנה האחרונה.

[1] כל ההדגשות בבקשה זו **אינן** במקור, אלא אם צוין במפורש אחרת.

3. לחילופין בית המשפט הנכבד יתבקש להגדיר את הקבוצה לפי שיקול דעתו ולפי ראות עיניו.

ג. לפסוק כי עילות התובענה הינן כמפורט בהמשך בקשה זו ובכתב התביעה המצורף אליה.

ד. לפסוק כי התובענה הייצוגית מעוררת שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה התובעת כולה.

ה. להורות למשיבה למסור פרטים מדויקים אודות היקף המכירות של המוצר, וכן כל נתון רלוונטי אחר לצורך כימות/הערכת סכום התביעה הייצוגית.

ו. להורות על החזר מלא של כל הכספים ששולמו ע"י כלל חברי הקבוצה ואשר ניגבו שלא כדין.

ז. לתת צווים הצהרתיים ו/או צווי עשה כמפורט בהרחבה בפרק הסעדים בהמשך בקשה זו.

ח. להורות כי ההחלטה בבקשה זו תפורסם בשני עיתונים יומיים האחד בשפה העברית והשני בשפה הערבית, וליתן הוראות נוספות כפי שימצא בית המשפט הנכבד לנכון בדבר אופן הפרסום כאמור, ולקבוע כי המשיבה תשא בהוצאות הפרסום.

ט. לפסוק למבקשים אשר טרחו בהגשת התובענה ובהוכחתה גמול מיוחד, וזאת על פי סעיף 22 לחוק תובענות ייצוגיות.

י. לפסוק שכר טרחת עורך דין בשיעור שאינו נופל מסך של 15% בתוספת מע"מ משובי התובענה הקבוצתית, זאת כפי שנהוג לפסוק בתובענות אלו. הכול, על פי סמכותו של כבוד בית המשפט המוקנית לו בסעיף 23 לחוק תובענות ייצוגיות, וכפי שיפורט בהמשך.

יא. לחייב את המשיבה במלוא הוצאות בקשה זו.

יב. ליתן הוראות נוספות בדבר הדיון בבקשה ובתובענה, כפי שימצא בית המשפט הנכבד לנכון וצודק בנסיבות העניין.

ואלה נימוקי הבקשה:

א. הצדדים והמוצר :

3. המבקש 1 תושב העיר רהט, בעל סופרמרקט בשם "שוקניון" בעיר רהט.

4. המבקשים 2 ו- 3 בני זוג. המבקש 2 עורך דין במקצועו כיום, מורה ומחנך במקצועו לשעבר, בעל תואר ראשון במשפטים, תואר ראשון בפסיכולוגיה וסטטיסטיקה ותואר שני במנהל עסקים, כולם מטעם אוניברסיטת חיפה.

5. המבקשת 3 הינה מורה לכימיה, בעלת תואר ראשון לכימיה מהאוניברסיטה העברית בירושלים.

6. המשיבה הינה חברה לייצור, שיווק והפצת משקאות, חברה ציבורית המונפקת בבורסה. אין דרך טובה יותר לתאר את המשיבה מאשר ציטוט הלקוח מאתר האינטרנט שלה עצמה:

*"טמפו היא חברת המשקאות **הותיקה** בישראל. החברה מייצרת, מייבאת, משווקת, ומפיצה משקאות ללקוחותיה ברחבי ישראל תוך התמקדות בשני תחומי פעילות – תחום המשקאות האלכוהוליים, הכולל בירות, יינות, משקאות חריפים, ומשקאות אלכוהוליים מוכנים לשתייה, ותחום המשקאות הקלים הכולל משקאות מוגזים, מיצים, מים בבקבוק, משקאות אנרגיה ומשקאות מאלט.*

לחברה פורטפוליו עשיר של מוצרי משקאות ממותגים, הנותן מענה לטווח נרחב של דרישות וצרכי לקוחות החברה. זאת, תוך הישענות על הידע והניסיון הנצברים בחברה בתחום ניהול ושיווק מותגים בענף המשקאות. המותגים העיקריים של החברה בתחום המשקאות האלכוהוליים הנם בעלי מוניטין ומעמד משמעותי בענף המשקאות בישראל.

*מותגי החברה העיקריים בתחום המשקאות האלכוהוליים, כוללים את המותגים גולדסטאר, מכבי, היינקן, פאולנר, מרפיס, סמואל אדמס ובקרדי בריזר. בין מותגי היין והמשקאות החריפים המרכזיים המופצים על ידי טמפו משקאות ללקוחותיה נמנים מותגי היין של ברקן וסגל, מרטיני וליקרים שונים, וודקה קגלביץ ושטוק 84'. בנוסף מפיצה החברה הבת את מוצרי המים המינרלים תחת המותג סאן פלגרינו. המותגים המרכזיים של טמפו משקאות, בתחום המשקאות הקלים הם – פפסי מקס, פפסי, סבן אפ, מירינדה, נשר מאלט, מאלט סטאר, **ג'אמפ**, טמפרי, אקווה נובה, סאן בנדטו וסיידר הגליל.*

*לחברה למעלה מ- **10,000 לקוחות בכל רחבי הארץ**, הכוללים בין היתר את רשתות השוק המאורגן, מינימרקטים, מכולות, סופרמרקטים פרטיים, מעדניות, רשתות שיווק מזון פרטיות, בתי מלון ובתי הארחה, מועדונים ודיסקוטקים, מסעדות מזון מהיר, מזנונים, קיוסקים, קונדיטוריות, תחנות דלק, שרותי הסעדה, אולמות שמחה ואירועים, פאבים, מסעדות ובתי קפה.*

טמפו היא המשווקת והמפיצה הבלעדית של בירה מתוצרת היינקן בשטחי מדינת ישראל (למעט בחנויות פטורות ממכס), תחת המותג "היינקן", וזאת החל משנת 1992. לטמפו זכויות שימוש במותג "היינקן" וכן זכיון לייצר במפעל החברה בנתניה, לשווק ולהפיץ בירה לאגר הנמכרת תחת שם המותג "היינקן".

בשנת 2006 הגיעה טמפו להסכמות עם חברת פפסיקו, לפיהם תרכוש החברה מפפסיקו תמציות למשקאות פפסי, ותייצר מתמציות אלו את משקאות פפסי השונים לשם הפצתם בישראל תחת מותגי פפסיקו.

החברה פועלת על פי תקן ISO 2000-9001 אשר ניתן על ידי המכון לבקרה ואיכות. התקן מחייב בקרה ותיעוד של כל התהליכים החל מקבלת חומר הגלם ועד האספקה ללקוח. נכון לסוף 2008 הועסקו בטמפו 950 עובדים. החל משנת 2005, 40% מההון המונפק של טמפו משקאות בע"מ מוחזק על ידי חברת היינקן, יצרנית הבירה ההולנדית.

ניירות הערך של החברה נסחרים בבורסה לני"ע בתל אביב החל מחודש נובמבר 1981."

(ראה: http://www.tempo.co.il/htmls/page_130.aspx?c0=13057&bsp=13195)

7. מהתיאור העצמי לעיל עולה, כי מדובר בחברה ותיקה (למעלה מ-30שנה) וענקית מאוד (למעלה מ-1000 לקוחות סיטונאיים) בענף המשקאות בארץ, בעלת היקף מכירות/מסחר רציני ומרשים.

8. על המוצר **ג'אמפ** עצמו נאמר באתר החברה:

"ג'אמפ הוא מותג המיצים המוביל של טמפו, והוא פועל בקטגוריית המשק"ל, הכוללת משקאות על בסיס פירות עם עד 29% פרי.

קטגוריית המשק"ל בישראל מגלגלת כ- 650 מיליוני שקלים בשנה. ג'אמפ מאפשר לטמפו להתחרות בהצלחה בקטגוריה חשובה זו ולבסס את מעמדה של החברה כשחקן משמעותי בה.

ג'אמפ ממוצב כמותג אנרגטי, כיפי, צעיר ואיכותי, המיועד הן לצריכה במסגרת משפחתית והן לצריכה אישית. קהל היעד של המותג הוא בעיקר <u>צרכנים הצורכים במסגרת משפחתית, ובפרט ילדים</u>."

http://www.tempo.co.il/htmls/page_383.aspx?c0=13214&bsp=13200

9. המבקשים נמנים עם צרכני המוצר מזה מספר שנים.

<u>ב. רקע עובדתי:</u>

10. בקשה זו והתביעה המצורפת אליה, עניינם במקרה חמור מאוד של הטעיה, הסתרה ורשלנות, **הכל בלשון המעטה**, הגובלים בסיכון חיי אדם.

11. ביום 17/06/2010 ניגש המבקש 2 (להלן: "**המבקש**") לאחת המכולות השכונתיות בכפרו עראבה, על מנת לבצע קנית מצרכי מזון לבני המשפחה. כבדרך שגרה, חלק מאותה הקניה היה בקבוק "**ג'אמפ**" 1.5 ליטר בטעם ענבים.

12. דא עקא, עם פתיחתו של אותו מוצר נשמע רעש של תסיסה ושחרור של גזים. ואכן עם טעימתו של המוצר, הסתבר כי הוא מוגז וטעמו שונה מן הרגיל. המוצר מסדרת ייצור L0108, ותאריך תפוגתו נקבע ליום 17/12/2010.

13. ביום 20/06/2010, ועל מנת למנוע נזק כספי ובריאותי מצרכנים נוספים, שיגר המבקש בפקסימיליה מכתב למשיבה. באותו מכתב תהה המבקש באם מדובר בתקלה **גורפת** בתהליך ייצור המוצר מאותו סדרה, כאשר אין לדעת מהו היקף אותה תקלה.
<u>נספח ג'</u> **העתק המכתב מצ"ב כנספח ג'**
<u>נספח ד'</u> **העתק אישור משלוח בפקסימיליה מצ"ב כנספח ד'**

14. כן באותו המכתב הביע המבקש תקווה, כי המדובר בתקלה עד פעמית ושאותה תקלה תתוקן בהקדם. חברה כמו טמפו, **כך לפי אותו מכתב**, אמורה לפעול לפי תקני ייצור ובקרה מחמירים. לא יעלה על הדעת כי תקלות מעיין אלו יתרחשו בכזה קלות.

15. למצער, מכתבו של המבקש נותר ללא למענה.

16. העובדה כי מכתבו של המבקש נותר ללא מענה, יצרה אצל המבקש תחושות של כעס תסכול וקיפוח.

17. בהמשך נרכשו בידי המבקש עוד שני בקבוקי ג'אמפ שהסתבר כי הם פגומים. האחד מאותה הסדרה אשר צוינה לעיל ומאותו תאריך תפוגה ואילו השני מסדרת ייצור L0161 תאריך תפוגה 18/02/2011. אין מנוס מצירוף הבקבוקים עצמם **<u>לבדיקת בית המשפט כבר בשלב זה.</u>** שכן תהליך התסיסה, אולי גם הריח, ייעלמו עם הזמן.
<u>נספח ה'</u> **2 בקבוקים של המוצר מצ"ב כנספח ה'**

18. ביום 14/07/2010, או בסמוך מאוד לכך, תוך כדי גלישה ברשת האינטרנט, נודע למבקש כי התקלה במוצר הינה **תקלה סדרתית** <u>ולא</u> תקלה נקודתית. מסתבר כי התקלה ארעה בעבר בטעמים אחרים של המוצר (מנגו-פסיפלורה ו- תות-בננה). כן מסתבר כי המשיבה אינה נוהגת בצרכניה כבדרך ארץ, אלא בדרך מבזה ורשלנית, **בלשון המעטה**. כפי

שיפורט בהמשך, המשיבה מנסה להסתיר עובדת קיומה של התקלה במוצר מעיני צרכניה בכלל, **ומעיני צרכניה <u>דוברי השפה הערבית</u> בפרט**, גם אם המחיר לכך כרוך בעוגמת נפש, כעס ומרמור מצד הצרכנים, ובמקרה הקיצוני, אפילו **בנזק בריאותי**.

19. על אף מעטה החשאיות וההסתרה שנוהגת ונהגה בהם המשיבה, נמצאו ברשת 2 כתבות המתייחסות לתקלה הסדרתית ב-"**ג'אמפ**". כך בכתבה אשר פורסמה באתר YNET ביום 18/03/2010 תחת הכותרת "טעם לוואי בג'אמפ תות בננה ומנגו פספלורה":

"טעם לוואי בג'אמפ תות בננה ומנגו פסיפלורה

צרכנית התלוננה ל-ynet על "טעם לוואי חריף" בג'אמפ תות בננה שלה ובשירות הלקוחות נאמר לה כי חלה תקלה במוצר. טמפו תפרסם מחר הודעה על איסוף בקבוקים בשל תסיסה. צרכנים יכולים לקבל מוצר חלופי אבל לא פיצוי כספי

טמפו אוספת מהמדפים בקבוקי פלסטיק 1.5 ליטר של מיץ בטעם תות בננה ומיץ בטעם מנגו פסיפלורה של מותג המשקאות הקלים ג'אמפ, בשל חשש לתסיסה. צרכנית שפנתה ל-ynet סיפרה כי טעמה משקה ג'אמפ בטעם תות בננה, שלטענתה ניחן ב"טעם לוואי חריף". היא פנתה לשירות הצרכנים של החברה ונאמר לה שישנה תקלה גורפת במוצר.

בטמפו מסרו בתגובה שמודעה על האיסוף תתפרסם מחר (ו') בעיתוני הדפוס. לפי טמפו, מדובר במוצרים שמסומנים בקוד ייצור L, L00540053 ו- L0055 ושתוקפם פג ב-23,24 ו-25 באוקטובר 2010.

צרכנים שקנו מוצרים מסדרות ייצור אלה, מתבקשים להתקשר לשירות הצרכנים של החברה בטלפון שמספרו 1-800-300-370 והם יקבלו שובר למוצר חלופי. לא נמסר דבר על החזר כספי.עוד מוסרת טמפו כי "אין סכנה בריאותית בצריכת המשקאות הנ"ל ופנייה זו נעשית במסגרת מערך אבטחת האיכות של מוצרינו".

ראה: *http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3864950,00.html*

20. למבקשים לא ברור כלל וכלל על איזה "*מערך אבטחת איכות*" מדברת המשיבה. מדוע מערך אבטחה כזה, **כלל שהוא קיים ומתפקד**, מאפשר הגעת מוצרים פגומים למדפי המרכולים והסופרים?? המשיבה מעדיפה, בינתיים, לשמור את התשובות (ככל שישנן תשובות) באמתחתה.

21. כך גם בכתבה של נלה מיוחס אשר פורסמה באתר האינטרנט של רדיו דרום ביום 30/03/201, תחת הכותרת "משקה מקולקל":

"בעל מכולת התריע על קבלת משלוח בקבוקים מקולקלים של משקה קל, החברה לא נהגה כמתחייב בחוק ולא פרסמה בעיתון נפוץ בערבית

***מדי** פעם אנחנו מתבשרים בעיתונות על פגמים במוצר זה או אחר, ונקראים להחזירו. כך היה למשל עם בקבוקי קוקה קולה לפני כמה חודשים, וכך גם במקרה של בקבוקי משקה ג'אמפ של חברת טמפו.*

*לפני כחודש קיבל בעל מכולת "שוקניון" ברהט, **לאפי אבו פרייח**, משלוח קבוע של בקבוקי ג'אמפ בטעם מנגו פסיפלורה. לתדהמתו הבחין שהבקבוקים היו נפוחים, וחלקם אף תססו והתפוצצו.*

אמנם, חברת טמפו פרסמה מודעה מסודרת על הסדרה הפגומה, וקראה לצרכנים להחזיר את המוצר, אבל בדיקת רדיו דרום מעלה, שהפרסום בערבית, למרות הדרישות בחוק, היה חסר.

נוהל "החזרה יזומה" של משרד הבריאות מחייב חברה לפרסם הודעה בשני עיתונים בשפה העברית ובעיתון אחד לפחות בשפה הערבית. במקרה זה חברת טמפו פרסמה את המודעה בעיתון "אל-איים" – זהו עיתון בשפה הערבית, אבל תפוצתו מוגבלת – הוא יוצא לאור ברמאללה, וניתן למצוא אותו בישראל בעיקר במזרח ירושלים.

לאפי אבו-פרייח *סיפר לכתבת* ***רדיו דרום נלה מיוחס****, כי הוא התריע בפני הסוכן של החברה, שהבקבוקים מתפוצצים ומהווים סכנה – ולטענתו, אחד מהבקבוקים אף התפוצץ בידו של הסוכן. למרות זאת, אף אחד מנציגי החברה לא יצר עמו קשר על מנת לבצע בדיקה של האירוע איסוף של הבקבוקים. כל שאמר לו הסוכן הוא שאם הוא רוצה, שיחזיר אותם – אך הוא לא נתן לו קבלה כנגד זה. בעל המכולת התקשר אף מספר פעמים לשירות הלקוחות והשאיר מספר הודעות עם פרטיו. לאחר מספר ימים חזרו אליו, שאלו אותו כמה תיבות פגומות, ואמרו שישלחו לו פיצוי. בעל המכולת הבהיר שהפיצוי אינו הבעיה - שלא ייתכן שלא הגיע אדם מבקרת איכות, או נציג אחר מטעם החברה לאסוף את הבקבוקים ולטפל בסכנה.*

בחברת טמפו טוענים שאבו פריח סירב בכל תוקף לבקשת הסוכן להחזיר את הבקבוקים (כפי שנעשה ברשתות אחרות) ודרש שיגיע נציג אבטחת איכות של החברה – למרות שמשרד הבריאות בדק את המקרה ואמר שאין סכנה בריאותית, ולמרות שהחברה פרסמה מודעות בעיתונות."

ראה: http://www.dromi.co.il/html/page.asp?PageID=13077&CatId=104

22. אפשר גם בכתובת האינטרנט הנ"ל ברדיו דרום, **להאזין לראיון עם הכתבת ועם המבקש 1, מר לאפי אבו פריח**.

23. יצוין ויודגש כי לאחר שקברניטי המשיבה **הבטיחו כי התקלה לא תחזור על עצמה**, הסכים המבקש 1 לקבל פיצוי חלקי על נזקיו בדמות 8 קרטונים (12 בקבוקים לקרטון, 1.5 ליטר לקרטון)

24. ביום 10/06/2010 או בסמוך מאוד לכך קבל המבקש 1 משלוח נוסף של קרטוני ג'אמפ (12 בקבוקים, 1.5 ליטר לבקבוק) בטעם תות בננה. המשלוח סופק ברובו לקרוב משפחת אשר הייה לו אירוע משפחתי (חתונה). **חלק ניכר מהבקבוקים באותו משלוח היו נפוחים ותוססים בדיוק כמו המשלוח ההוא של המנגו פסיפלורה**.

25. גם הפעם נציגי המשיבה עודכנו ב-"תקלה". ואולם נראה כי למשיבה ולראשיה/קברניטיה אין כל **כוונה רצינית** לטפל בעניין באופן יסודי.

26. המבקשים יטענו כי דרך התנהלותה של המשיבה מקוממת ומעלה הרבה סימני שאלה. הבחירה של המשיבה לפרסם את המודעה, ככל שאכן זו פורסמה, בעיתון "אלאיאם", עיתון היצוא לאור ומופץ בשטחי הרשות הפלסטינית, **שאין לו שום תפוצה במגזר הערבי במדינת ישראל**, הינה בחירה מוזרה, שנויה במחלוקת, מקוממת ונועדה **למטרה הפוכה** לגמרי מהמטרה אשר לשמה נועד הפרסום.

27. שכן, בעוד שכוונתו של הפרסום שנעשה ע"י יצרן/משווק/מפיץ סביר הינה לידע את ציבור צרכניו הפוטנציאלי אודות קיומה של תקלה במוצר, הבחירה לפרסם בעיתון "אלאיאם" **נועדה על מנת להסתיר מעיני ציבור צרכניה הפוטנציאלים של המשיבה את עובדת קיומה של תקלה זו**.

28. ברור מאיליו, כי התעלמותה של המשיבה ממכתבו של המבקש, הינה בהמשך לאותו קו ולאותה מדיניות, להתעלם מצרכניה ולנהוג בשיטת מצליח.

29. המבקשים יטענו כי ראוי היה כי המשיבה תפרסם את הודעת ה-**Recall** בעיתוני יום שישי בעלי תפוצה סבירה במגזר, דוגמת העיתונים: כל-אלערב, פאנורמה ו-אלסנארה.

3 העיתונים הנ"ל שולטים בנתח המשמעותי של שוק העיתונות המודפסת במגזר. המחדל של אי הפרסום מנע מהמבקשים ומיתר צרכני המוצר במגזר שלא לדעת על ה- **Recall** שביצעה, **לכאורה וכאילו,** הנתבעת.

30. יודגש, כי גם אם לא הייתה מוטלת על המשיבה כל חובה לפרסם בעיתון זה או אחר, הרי הבחירה לפרסם בעיתון "אלאיאם", טבולה כל כולה, בהפרת חובת תום הלב המעוגנת בדיני החוזים הכלליים (בעניין זה ראה סע' ד4 בהמשך).

31. המבקשים אבדו לחלוטין כל אימון במשיבה.

32. **יוטמע ויודגש כי גם אם המשיבה הייתה מקיימת את החובה המוטלת עליה ומפרסמת את מודעת ה- Recall בעיתון בעל תפוצה במגזר, דבר זה אינו חוסם את התובעים ויתר הניזוקים בני המגזר אשר כבר רכשו את המוצר מלתבוע את נזקם. בין אם מדובר בנזק ממוני ו/או נזק לא ממוני. זאת בדיוק כפי שהדבר אינו אמור לחסום את כלל צרכני המוצר לתבוע את נזקם אם הם רכשו את המוצר לפני הפרסום, או אחרי הפרסום כאשר לא ידעו על קיומו.**

33. המבקשים סבורים כי המשיבה העמידה אותם ואת ילדיהם, **וכך גם כל צרכניה**, בסיכון בריאותי אשר את משמעותו ואת גבולותיו יהיה לעולם קשה לדעת ולגלות. שכן, סביר מאוד כי המשיבה תשמיד את כל הראיות ו/או הבדיקות אשר ערכה למוצר ותמשיך לנהוג בצרכניה בשיטת מצליח.

34. כפי שיורחב בהמשך, מעשיה ומחדליה של המשיבה הינם בגדר הטעיה של ממש. **לכל הפחות**, מדובר ברשלנות. אם כי, בנסיבות, המונח "רשלנות" עושה חסד עם המשיבה.

ג. מטרת הגשת הבקשה והתובענה:

35. "**חקיקה צרכנית**" סובלת מתופעה של "**תת אכיפה**" כלשונם של מלומדים. עמד על כך פרופ' מ' בר-ניב:

> *"רוב העסקות הצרכניות הינן בסכומים לא-ניכרים, וכך גם היקף הפגיעה או הנזק הצפויים כתוצאה מחריגה מהכללים הצרכניים. בהיות הנזק הטיפוסי הכרוך בהפרת זכות צרכנית נמוך יחסית, נמוכה גם הכדאיות שבהגשת תביעה המסתמכת על עילה צרכנית. תוחלת העלות (במונחי זמן, הוצאות וכולי) הכרוכה בהגשת תביעה ובניהולה עלולה להיות גבוהה יותר ברוב המקרים מאשר תוחלת הרווח הצפויה מהתביעה. מכאן ברור שקיימת הסתברות נמוכה לנקיטת הליכים משפטיים על-ידי צרכן יחיד בגין פגיעה בזכויותיו כצרכן. מצב זה כשלעצמו מוביל למסקנה, כי רמת האכיפה של חוקי <u>הגנת</u> <u>הצרכן</u> באמצעות הליכי <u>האכיפה</u> <u>האזרחית</u> תהיה נמוכה יחסית, דהיינו, קיימת תת-אכיפה מובנית לגבי החקיקה הצרכנית."*
> *[מ' בר-ניב (בורונובסקי) "גבולה של התובענה הצרכנית הייצוגית", עיוני משפט יט(1) (תשנ"ד) 251, 252-253].*

36. ובכן, המטרה לשמה מוגשות התביעה והבקשה הינה להמשיך באותה גישה עקרונית אשר הותוותה בפסקי דין רבים, והמעודדת "**אכיפה אזרחית**" של נורמות משפטיות הסובלות, מסיבות אלו ואחרות, מתופעה של "**תת אכיפה**". פסק הדין המנחה בעניין זה הינו של בית המשפט העליון ב- **רעא 9615/05 אירית שמש נ' פוקצ'טה בע"מ** (להלן: "**פס"ד פוקצ'טה**"). וכך אומר כב' השופט רובינשטיין בפס"ד פוקצ'טה:

> ***"אכן, הרשויות צריך שיעשו מלאכתן כפי שהטיל עליהן המחוקק בפיקוח ובאכיפה. ואולם, כבדותה ואיטיותה של פעולת הרשויות מצדיקה לפתוח פתח ל"אכיפה אזרחית", כך שהאזרח האכפתי המבקש לשמור את בריאותו ובריאות הציבור יוכל להשפיע אף הוא לתקנת הרבים.***
> ***תביעה בעקבות הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) אף היא דרך לכך, בשעה שעניינו בנזק לאדם, המצטבר והולך. לא***

למותר להזכיר שסעיף 63(ב) לפקודת הנזיקין קובע כי "בעניין סעיף זה רואים חיקוק כאילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני, אם לפי פירושו הנכון הוא 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". אין ספק בכך לענייננו באשר לחוק הגבלת העישון; *ראו גם מ' חשין בתוך דיני הנזיקין, תורת הנזיקין הכללית, בעריכת ג' טדסקי, י' אנגלרד, א' ברק, מ' חשין, תשל"ז, 106.*

37. הדברים לעיל מקבלים **הרבה יותר תוקף** ברגע שמדובר בייצור, שיווק, הפצת וצריכת **מזון**.

38. כתבתה של אפרת אהרוני המצ"ב, אשר פורסמה בעיתון גלובס ביום 18/02/2010, תחת הכותרת "***תקלות בשרשרת המזון: למה שוק המזון בארץ פרוץ לסכנות?***" מסכמת את המצב העגום של שוק המזון ושל **הסכנות האורבות** לצרכן הישראלי. מבאת החשיבות, להלן ציטוטים חלקיים מהכתבה:

"

נהלי מעקב בעייתיים, קנסות מצחיקים, מחסור בכוח-אדם והיסטוריה של החלטות לא מיושמות גורמים לבעיות בפיקוח על איכות המזון בישראל ■ יוזמות חקיקה חדשות נמצאות בקנה, אך מוקדם לדעת אם הן יביאו את השינוי

שבועיים לפני יום הולדתה השבע, הרחק מעין המצלמות, נפטרה לפני חודש ענבר שובע - מהתינוקות פגועי הרמדיה הצמחית. 6 שנים אחרי הפרשה הטרגית שהסעירה את המדינה ושהרסה את חייהן של עשרות משפחות, נדמה כי לא הרבה השתנה באופן הפיקוח על איכות המזון שאנו צורכים: הרבה גורמים מעורבים, מעט מאוד הרתעה ומחסור רציני בחוקים ובכוח-אדם.

בתוצאות נושא כל אזרח במדינה. *רק השבוע נתפסו במסעדות באשקלון 80 ק"ג מוצרי בשר שונים שאינם ראויים למאכל אדם - סחורה שפג תוקפה ושמקורה אינו ידוע; בכנסת נדונו ממצאיו של תחקיר נוסף ב"כלבוטק" המגלה מה באמת מכילים דגים המגיעים לצלחתנו; בקבוקי שתייה קלה נאספו שוב מהמדפים, וחברות המזון פתחו חזית נגד הצעת חוק הקוראת לפקח על טיב הסחורה באמצעות מדבקות טריות - וכל זה רק בשבוע אחד.*

על-פי נתוני ארגון הבריאות העולמי, מחלות הנגרמות על-ידי מזון שייכות לאחד מגורמי התחלואה העיקריים בעולם המערבי. הארגון מעריך כי כ-30% מאוכלוסיית העולם סובלת ממחלות המועברות על-ידי מזון בכל שנה. הנתונים בארץ מדברים על אלפי מקרים בשנה של זיהומים של דרכי העיכול והרעלות מזון - מקרים המצריכים לרוב טיפול רפואי אינטנסיבי ואשפוז.

"בכל העולם היו מתעוררים מקטסטרופה דוגמת רמדיה, רק אצלנו הבומים לא העירו אף אחד", אומרת גלית אבישי, מנכ"לית ארגון "אמון הציבור". "על-פי ההערכה שלנו, איחוד של הגורמים יביא דווקא לחיסכון בעלויות".

.....

סמכויות הפיקוח מפוזרות בין גורמים רבים, כשגם במשרד הבריאות מחלקות ואגפים שונים שאינם בהכרח פועלים בתיאום. מלבדו מעורבים בתחום משרד התמ"ת, הממונה על יישום חוק התקנים הקובע גם תקינה רשמית למוצרי מזון; משרד הפנים, המופקד על רישוי עסקי המזון; המשרד להגנת הסביבה, האחראי לבדיקת התנאים הסביבתיים מחוץ למפעלי המזון; ומשרד החקלאות, המפקח על חומרי הגלם מהחי והצומח ואחראי גם על פיקוח פירות וירקות.

"הכל נופל בין הכסאות", אומר ד"ר גידי ציפורי, מנכ"ל המכון הישראלי לאיכות ובטיחות מזון, "הפיצול בין גורמים מביא לחוסר עקביות. כאילו מדובר במדינות שונות - אין דין פתח-תקווה כדין בת-ים או הרצליה. כל רשות וכל לשכה עושה לה חוקים משלה".

** בעיות כוח-אדם:*

*גם שורה של תקנות וכוונות טובות לא מספיקות כשאין מי שיישם אותם בשטח. "הכשל הכי גדול כיום הוא המחסור בכוח-אדם", אומר ציפורי. "כל המערכות סובלות מהמחלה הזו. **במשרד הבריאות חסרים לפחות 140 פקחים, ורופאים בשליש משרה באמת לא יכולים לעשות הרבה".***

** פיקוח ועניש:*

ומה דינם של עבריינים הנתפסים בקלקלתם, בכל הנוגע לבריאות הציבור? התשלום לא גבוה במיוחד. 1,000 שקל, הקנס המקובל היום למשל על הזרקת מים לבשר מעבר למידה המותרת (10%), רחוק בהחלט מלהיחשב מרתיע, וודאי שאינו תמריץ הולם להקפדה יתרה על החוק. הפיקוח כיום - מסכימים גורמים שונים בענף - דל, לא מרתיע ורחוק מלהיות יעיל."

נספח ו' **העתק** כתבתה של אפרת אהרוני **מצ"ב כנספח ו'**
(ראה: http://www.globes.co.il/serve/globes/printwindow.asp?did=1000539942)

ד. הטיעון המשפטי:

ד1-חוק הגנת הצרכן:

39. במעשיה ובמחדליה של המשיבה ישנו הפרה של יותר מהוראה אחת מהוראות חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן ובהמשך: "**חוק הגנת הצרכן**").

40. סע' 2 (א) לחוק הגנת לצרכן קובע בזו הלשון:

*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 עניין מהותי בעסקה (להלן – הטעיה); בלי לגרוע מכללית האמור יראו עניינים אלה כמהותיים בעסקה:*

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

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

(3) .....

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

.....

ואילו סע' 2(ב) לחוק הגנת לצרכן קובע:

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

41. אודות מטרתו של חוק הגנת הצרכן, אמר בית המשפט העליון ב-ע.א. 3613/97 **אזוב דליה** נ' **עיריית ירושלים**, פד נו(2) 787, עמ' 801:

*"מטרתו של חוק הגנת הצרכן היא להגן על הצרכן מפני מעשי מרמה, עושק והטעיה ולהבטיח כי בעשותו עסקה יעמוד לרשות הצרכן מידע, מלא ככל האפשר, על טיב העסקה ועל פרטיה. **ההנחה העומדת בבסיסו של החוק הינה כי בהינתן מידע מלא והוגן יוכל הצרכן לכלכל את צעדיו ולהתקשר בעסקה מיטיבה ורצויה**. לשם כך נכללה בחוק **חובת הגילוי הרחבה**, נקבע בו האיסור על כל דבר "העלול להטעות צרכן", איסור על ניצול מצוקתו של הצרכן, חולשתו הגופנית או הנפשית או אי־ידיעתו את השפה, וכן איסור על הפעלת השפעה בלתי הוגנת עליו (ראו דברי ההסבר בהצעת חוק הגנת הצרכן, תש"ם-1980 (בעמ' 302), הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 3), תשנ"ד-1994 והדיון בקריאה השנייה והשלישית בהצעת חוק זו (ד"כ 139 (תשנ"ד) 9380 ואילך; ישיבה מיום 13.7.1994)).."*

42. המשיבה הטעתה את צרכניה לגבי איכותו של המוצר שיצרה, הפיצה ושווקה.

43. המשיבה אינה מגלה לצרכניה/ לקוחותיה מדוע ארעה אותה **תקלה סדרתית במוצר שוב ושוב, מהן ההשלכות של אותה תקלה על בריאות הצרכנים ומהן תוצאותיהן של בדיקות מעבדה שנערכו למוצר הפגום, ככל שנערכו בדיקות כאלו.**

44. כבר עתה יצוין כי זה מכבר נפסק ע"י בית המשפט העליון וע"י בתי המשפט בערכאות הנמוכות יותר, כי הטעיה מסוג זה מהווה למעשה **פגיעה באוטונומיה** של הפרט. שכן אין חולק, כי זו זכותו של אדם בכלל ושל צרכן בפרט, לדעת מה הוא מחדיר לפיו ולגופו.

45. וכך פסק בית המשפט העליון ב-ע"א 1338/97 וערעור שכנגד **תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי תופיק**, תק-על 2003(2), 1522, 1525 (2003):

> *"ואולם, הנזק שטוען לו ראבי הוא נזק לא ממוני: תחושות שליליות ותחושות של גועל. הנזק הלא ממוני לו טוען התובע, מאופיין בתחושת הגועל הנובעת מכך שמדובר בסיליקון, על כל המטען האסוציאטיבי המלווה חומר זה. לדעתי, נזק מסוג זה הוא לכאורה נזק בר-פיצוי. הטעיה בדבר תכולת החלב במקרה זה היא, לכאורה, בגדר פגיעה באוטונומיה של הפרט. אנו עוסקים במוצר מזון. **זכותם של צרכנים היא לקבוע מה יכניסו לפיהם ולגופם וממה יימנעו**. מי שרוצה, למשל, לצרוך רק מזון כשר, ויסתבר לו בדיעבד שהמזון שהוצג תוך הטעיה איננו כזה, יחוש תחושת גועל ופגיעה באוטונומיה שלו. כך יחוש גם מי שצורך רק מזון אורגני והסתבר לו בדיעבד שמזון שפורסם כמזון אורגני איננו כזה. מי שמבקש לקנות חלב דל שומן דווקא, לא יסכים עם כך שימכרו לו תוך הטעיה חלב שבו אחוז השומן גבוה, ולהפך. **בכל המקרים הללו ובמקרים רבים אחרים שניתן להעלות על הדעת, ישנה פגיעה באוטונומיה של הפרט, אף שאין עמה נזק גוף או סכנה ממשית לנזק גוף. לכל צרכן וצרכן העדפות בנוגע למזונותיו, העדפות המבטאות לעתים את האידיאולוגיה בה הוא מאמין כדרך לחיים נכונים או בריאים**. אכן, זה שאינו שומר כשרות יוכל לומר לשומר הכשרות: מה קרה אם אכלת מזון שאינו כשר; לא נגרם לך כל נזק. לא זו השקפתו של מי שמבקש לשמור על כשרות או לאכול רק מזון אורגני או מזון דל שומן. הפגיעה באוטונומיה של הפרט כמצדיקה פיצוי הוכרה כבר בפסיקתו של בית משפט זה: ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים כרמל חיפה, פ"ד נג(526 (4). בעניין זה לא נמסר למטופלת מידע שהיה צריך להימסר לה בהתאם לחוק זכויות החולה, התשנ"ו -1996. הטיפול הרפואי שבוצע לא גרם נזק. **התביעה התבססה על פגיעה באוטונומיה בטענה שעצם ביצועו של טיפול בלא הסכמה הוא-הוא הנזק**."*

46. ודוק, אין דין עילת ההטעיה לפי חוק הגנת הצרכן כדין עילת ההטעיה לפי דיני החוזים. הדברים פורשו ברע"א 2837/98 **שלום ארד** נ' **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ**, פ"ד (1) 600, עמ' 608 -609:

> *"הטעיה נוצרת כאשר קיים פער בין הדברים הנאמרים (או המוסתרים) לבין המציאות. הטעיה יכולה ללבוש שתי צורות: האחת, הטעיה במעשה על דרך של מצג שווא הכולל פרטים שאינם תואמים את המציאות; והשנייה, הטעיה במחדל, קרי: אי גילוי פרטים מקום שיש חובה לגלותם. (ראו: ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 225; ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (תשנ"ג, כרך ב') 787). **ודוק: אין דין עילת ההטעיה לפי דיני החוזים כדינו של איסור ההטעיה על פי חוק הגנת הצרכן בעוד שבדיני החוזים על מנת שתתגבש עילת ההטעיה נדרש כי הצד הטוען להטעיה אכן טעה ובשל טעותו זו התקשר בחוזה (ראו: סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג1973), הרי שהאיסור מכוח חוק הגנת הצרכן רחב יותר והוא חל על כל "דבר העלול להטעות צרכן" גם אם הלה לא הוטעה בפועל** (ראו: סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן וכן ע"א 1304/91 טפחות - בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' ליפרט, פ"ד מז(3) 309, 326)"*

47. **עינינו הרואות, כי אין כל צורך להוכיח כי המבקש או כל אחד/אחת מחברי הקבוצה התובעת הוטעה/תה בפועל וברמה הסובייקטיבית. די בכך ומספיק, כי הדבר מעורר חשש להטעיה ברמה <u>האובייקטיבית</u>. חשש כזה קיים במקרה דנן, ואין חולק על כך.**

48. ועוד מעבר לצריך. חוק הגנת הצרכן אינו חל על מבטח ו/או סוכן ביטוח (ראה סע' 39 לחוק). וחרף זאת כך פסקה לאחרונה כבוד השופטת צפורה ברון:

> *"אינני מסכימה עם טענת המשיבות כי לא ניתן לטעון ל"הטעייה" במסגרת תובענה ייצוגית משום שנדרשת בחינה אישית של כל מבוטח בכדי להוכיח שהוא אכן החליט להצטרף לפוליסה בעקבות הטעייה.*
> ***אני סבורה כי האחריות הנתונה לחברת הביטוח למניעת מקרה של הטעייה בציבור הלקוחות היא הגדרה מקיפה וכוללת, משכך אין צורך להוכיח כי כל מבוטח הוטעה <u>אלא כי הייתה הטעייה של הציבור</u>"***
>
> *ראה:* תא 1718/07 <u>חיים פרידמן</u> **נ'** <u>דקלה חברה לביטוח בע"מ</u>, מחוזי - ת"א, ניתן ביום 29/06/2009

49. דברים שנאמרו שם, **מקבלים הרבה יותר תוקף כאן**. שכן אנו עוסקים במצב בו חוק הגנת הצרכן פורש את כנפיו ואת הגנתו על המבקשים והקבוצה התובעת.

50. צא ולמד, האחריות של המשיבה שלא להטעות **ו/או** לנקוט פעולה העלולה להטעות צרכניה הינה *"הגדרה מקיפה וכוללת"* ואין צורך להוכיח כי כל לקוח ולקוח הוטעו ע"י המשיבה.

51. **להדגיש, מדובר כאן על הטעיה על שתי פניה/צורותיה. גם במעשה וגם במחדל.**

52. אלו הם כללם של דברים לעניין ההטעיה. ואילו לעניין חובת הגילוי המוטלת על עוסק קובע סע' 4 לחוק הגנת הצרכן:

> *4. (א) עוסק חייב לגלות לצרכן:*
> *(1) כל פגם או איכות נחותה או תכונה אחרת הידועים לו, המפחיתים באופן משמעותי מערכו של הנכס;*

53. איש לא יחלוק כי חובה זו לא קוימה כלפי קבוצת המשנה, כלל וכלל. הפרסום בעיתון "אלאיאם" הינו הכשלה/הפרה/רמיסה של החובה ולא קיום.

<u>ד2-עוולות לפי פקודת הנזיקין (הפרת חובה חקוקה, הטעיה ורשלנות):</u>

54. סעיף 63 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש)קובע לאמור:

> *"*
> 63.הפרת חובה חקוקה.
> *(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) לעניין 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."*

55. לעוולת הפר חובה חקוקה 5 יסודות: **ראשון**, קיום חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק. **שנית**, החיקוק נועד לטובתו של הניזוק. **שלישית**, המזיק הפר את החובה

המוטלת עליו. **רביעית**, ההפרה גרמה לניזוק נזק. **חמישית**, הנזק אשר נגרם הוא מסוג הנזקים אליו מתכוון החיקוק.

56. המשיבה הפרה מספר הוראות חוק אשר נועדו להגנה על בריאות צרכניה.

57. כך הפרה המשיבה את הוראת סעיף 13 לפקודת בריאות הציבור (מזון) [נוסח חדש] התשמ"ג-1983, הקובע כי:

*"13. **איכות פגומה***
לא ימכור אדם מזון שאיכותו נפגמה מחמת רקב, הזדהמות או כל סיבה אחרת"

58. כך הפרה המשיבה את הוראת סעיף 2 לצו הפיקוח על מצרכים ושירותים (איכות מזון) התשי"ח 1958 הקובע:

"מזון נפגם

2. לא ייצר אדם מזון, לא יעביר לאחר בשום דרך מדרכי העברה את הבעלות עליו או את ההחזקה בו, לא ירכשנו ולא יחזיקנו, לא יקבלו להחסנה או להובלה, לא יחסיננו ולא יובילנו –

(1) בתנאים בלתי סניטריים; או

*(2) **כשהוא בלתי ראוי לצריכת אדם**; או*

*(3) **כשנמצא בו חומר ארסי, מזוהם, מזיק או בלתי ראוי לצריכת אדם**; או*

*(4) **כשנמצא בו או נתווסף אליו דבר שאינו צריך להימצא בו, או חסר בו דבר שצריך להימצא בו**; או*

*(5) **שנתקלקל, הושחת או איכותו נפגמה מסיבה כלשהי."***

59. המשיבה הפרה את הוראות הדין הנ"ל ברגל גסה. אמנם, אין לדעת ואין לפסול גם בשלב זה, כאשר המשיבה נוהגת **בהסתרה ובחוסר גילוי נאות כלפי צרכניה**, באם קיים חומר מזהם או מזיק אשר התווסף למוצר **ו/או** באם נתווסף אליו חומר שלא צריך להתווסף לו **ו/או** חסר בו חומר שצריך להימצא בו.

60. ואולם, אין חולק כי המשיבה מכרה לצרכנים מוצר שאינו ראוי לצריכת אדם, ייתכן מזיק, מקולקל אשר איכותו פגומה וירודה.

61. מעשיה של המשיבה תחילתם בהפרת הוראות חקוקות בספר החוקים וסופם ברשלנות. אם כי, המונח "רשלנות" עושה חסד עם המשיבה.

62. רשלנותה של המשיבה מתבטאת, בין היתר, במעשים ו/או המחדלים הבאים:

א. עשתה מעשים שעוסק סביר **לא** היה עושה בנסיבות המקרה **ו/או**
ב. לא עשתה מעשים ונקטה פעולות שעוסק סביר היה עושה ונוקט בנסיבות המקרה **ו/או**
ג. לא הפעילה מערך אבטחת איכות בכלל **או** הפעילה מערך אבטחת איכות לקוי.
ד. לא הודיעה **בכלל** לצרכניה הפוטנציאלים **דוברי השפה הערבית** אודות התקלה **ו/או**
ה. לא הודיעה **לכלל** צרכניה אודות התקלה בדרך מספקת ונאותה. ובכך, בין היתר, לא פרסמה באתר האינטרנט שלה, לצד השבחים והפרגון העצמי, שום התייחסות לתקלה הנ"ל **ו/או**
ו. לא נהגה בגילוי נאות כלפי צרכניה ולא פרסמה תוצאות בדיקה של המוצר. ובכך הצרכנים נותרים עם הרבה שאלות וללא כל מענה **ו/או**
ז. נהגה בזלזול בוטה בצרכניה

ד3-הפרת דיני החוזים הכלליים:

63. התנהגות המשיבה נגועה בחוסר תום לב מובהק, בניגוד לדוקטרינת תום הלב בדיני החוזים הכללי.

64. המשיבה הפרה את חובותיה לפי סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי)- התשל"ג- 1973 (להלן: "**חוק החוזים**") כאשר אין חולק כי חובת תום הלב בין המשיבה לבין צרכניה משתרעת על השלב הטרום החוזי. כן הפרה המשיבה את סעיף 15 לחוק החוזים, כאשר הטעתה את המבקשים ושאר הצרכנים.

65. בנסיבות, ראוי כי כבוד בית המשפט יעניק למבקש ולשאר הצרכנים את כל התרופות אשר מעניק חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א– 1970.

ד4: עשיית עושר ולא במשפט

66. במעשיה ובמחדליה של המשיבה ישנו ניסיון להתעשר על חשבון הלקוחות/הצרכנים, שלא כדין ובניגוד להוראות חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט– 1979.

ה: התמלאו התנאים לאישור התובענה כייצוגית:

ה1: עניינים שניתן להגיש בהם תובענה ייצוגית.

67. סע' 1 לחוק תובענות ייצוגיות מגדיר מהן מטרות החוק. הסעיף קובע לאמור:

"1. מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לעניין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:

(1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;

(2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;

(3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;

(4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של התביעות."

68. אין חולק, לאור המפורט לעיל, כי בקשה זו והתובענה המצורפת אליה מגשימות, במלא המובן והמשמעות, את המטרות המרכזיות של חוק תובענות ייצוגיות.

69. סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע לאמור: "לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השנייה....." התוספת השנייה מונה מספר של עניינים/סוגי תביעות בהם ניתן להגיש תביעה ייצוגית. סעיף 1 לתוספת, והרלוונטי לענייננו, קובע כדלקמן:

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

המונח "***עוסק***" מוגדר בסעיף 1 לחוק הגנת הצרכן כדלקמן:

*"מי **שמוכר נכס** ו/או נותן שירות דרך עיסוק, **כולל יצרן**".*

אין חולק, כי המשיבה הינה בגדר "***עוסק***" אשר מייצר ומוכר, בין היתר, את המוצר.

המונח "***לקוח***" אינו מוגדר בחוק הגנת הצרכן וגם לא בחוק תובענות ייצוגיות. ואולם לפי הפסיקה והספרות המשפטית, מעגל הלקוחות הינו גדול יותר ממעגל הצרכנים ומקיף אותו. כך לקוח יוכל להיות בעצמו, למשל, עוסק. ואין כל חובה או דרישה כי הוא ירכוש את המוצר *"לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי;"*

אין חולק, כי המבקשים הינם בגדר "***לקוח***" של המשיבה.

ה2: קיומה של עילת תביעה אישית המעוררת שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל החברים בקבוצה.

70. סעיף 4 לחוק מונה את רשימת הזכאים לכנס בשעריה של התובענה הייצוגית. סעיף 4(א)(1) לחוק קובע:

"4.(א) 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;"*

71. כלשון החוק, "משותפות" ולא זהות. אין דרישה לזהות מוחלטת בין כל השאלות. וכך פסק בית המשפט העליון ברע"א **שמש** נ' **רייכרט**, פ"ד נה(5) 276:

"אין לפרש את הדרישה לקיומן של שאלות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה כדרישה לזהות מלאה בכל השאלות הטעונות הכרעה לגבי כל קבוצת התובעים. דרישה של זהות מוחלטת בכל השאלות הטעונות הכרעה, עובדתיות כמשפטיות, תסכל את תכלית התובענה הייצוגית ותהפוך את השימוש בה למשימה בלתי אפשרית. לפיכך יש לאמץ גישה ולפיה די בכך שהשאלות העיקריות העומדות במוקד הדיון תהיינה משותפות לחברי הקבוצה, ואין נפקא מנה אם מתקיים שוני בשאלה משנית זו או אחרת. יפים לענייננו דבריו של הנשיא ברק, ולפיהם:

"לעניין דרישה זו, אין כל צורך שכל השאלות המתעוררות ביחס לקבוצה תהיינה משותפות. די בכך שהיסוד המשותף מהווה מרכיב מהותי בהתדיינות" (פרשת טצת [2], בעמ' 788).

וכן דברי סגן הנשיא השופט לויט:

"הסעיף דורש קיומה של אפשרות סבירה 'ששאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה' יוכרעו במסגרת התביעה. 'שאלות משותפות' נאמר – ולא 'כל השאלות המשותפות'. דרישת הזהות המוחלטת סותרת את תכליתו של פרק ט1 לחוק, הבא לאפשר למשקיעים קטנים ומפוזרים להשתמש בכלי דיוני יעיל לצורך הגנת האינטרסים שלהם...

המבחן שיש להחיל בעניין זה... הוא מבחן העיקר והטפל. על בית המשפט לבחון, אם רב המשותף על השונה, בין השאלות העובדתיות והמשפטיות המתעוררות במקרה מסוים" (ת"א (ת"א) 19/92, 117, המ' 138/92, 948 הנ"ל [20], בעמ' 201). "

72. כפי שפורט לעיל בפרק העובדתי והמשפטי למבקשים ישנו עילות תביעה אישית אשר מעוררת שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל החברים בקבוצה.

73. השאלות העיקריות המשותפות אשר מעוררות בקשה זו והתובענה המצורפת אליה, הינן שאלות משפטיות בעיקרן ככולן. שכן, אין חולק מבחינה עובדתית כי:

א. המשיבה ייצרה ושווקה בתקופה מסוימת מוצר פגום.

ב. המשיבה לא דאגה בצורה נאותה, אם בכלל, לחסוך מלקוחותיה הפוטנציאלים את הנזק הכספי ועוגמת הנפש, וייתכן גם את הסכנה הבריאותית, ברכישת המוצר הפגום.

ג. המשיבה ניסתה בכל כוחה להסתיר את עובדת קיומה של תקלה סדרתית במוצר ולכן פרסמה, ככל שפרסמה, בעיתון היוצא לאור ומופץ בשטחי הרשות.

ד. והראיה לכך גם, אין באתר האינטרנט של המשיבה כל התייחסות לנושא התקלה במוצר. כאשר ברור היה למשיבה, במבחני הסבירות הפשוטים, כי חלק מלקוחותיה נוהגים לגלוש באתר מדי פעם ופעם ולהתעדכן בחדשות. זהו חוסר תום לב מובהק, להקדיש את האתר למילות שבח עצמי ולמידה שבה היא מקפידה על "תקינות" מוצריה, ולהתעלם באופן מוחלט מתקלה זו או אחרת, פגם זה או אחר, הקיימים במוצר זה או אחר.

ה3: אפשרות סבירה שהשאלות תוכרענה לטובת הקבוצה.

74. קיים סיכוי טוב מאוד, כי השאלות המשפטיות תוכרענה לטובת הקבוצה.

ה4: התובענה הייצוגית הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.

75. במסגרת הדיון בתובענה הייצוגית יוכרעו השאלות המשותפת שפורטו בתובענה לטובת כל חברי הקבוצה, ובתי המשפט לא יידרשו לדון באותה סוגיה מספר פעמים. מותר לציין, שריבוי התדיינות באותו עניין יטריד פעמים רבות את בתי המשפט, יגרום לעומס מיותר, ועלול להביא לתוצאות שונות ואף סותרות, משום שבכל משפט פסק הדין משקף את מה שהוכח באותו ההליך.

76. המבקשים יטענו, כי הגשת התובענה הייצוגית היא דרך עדיפה על הגשת תביעות אישיות, המוצדקת וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין, בין היתר, מהטעמים הבאים:

א. כפי שפורט בפרק ג' לעיל, המדובר בסוגיה עקרונית באופן מובהק, **שלא** מגיעה לעיתים קרובות לפתחו של בית המשפט נכבד זה.

ב. השאלות המשפטיות שיובאו להכרעת בית המשפט הנכבד הינן פשוטות וברורות מעיקרן.

ג. סכום התביעה של כל אחד מחברי הקבוצה הינו נמוך יחסית, ומהווה הלכה למעשה מחסום בפני הגשת תובענה אישית על ידי כל אחד ואחד מחברי הקבוצה שכן העלויות בגין הגשת תביעה כזו וניהולה יהיו גבוהות בהרבה מסכום התביעה האישית (נא ראה פרק ג').

ד. התובענה הייצוגית עדיפה על פני תובענות אישיות זהות אשר יציפו את המערכת ויהיו עליה לעומס, ותימנע קביעות עובדתיות ומשפטיות סותרות.

77. אין חולק כי הגשת התובענה, ואישורה לאחר מכן במידה ותאושר, יתרמו תרומה משמעותית להגברת אפקט ההרתעה. המשיבה ומעוולים אחרים מדוגמתה יימנעו מלפגוע בצרכנים על מנת לקדם אינטרסים כלכליים שלהם.

ה5: קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב.

78. המבקשים נפגעו מהתנהגות של המשיבה בדומה לשאר חברי הקבוצה. ומשכך, קיים יסוד סביר להניח כי המבקשים אכן מייצגים בדרך הולמת את עניינם של כל הנמנים עם הקבוצה.

79. המבקשים מגישים את התביעה בתום לב ומתוך אמונה מלאה כי היא תוכרע לטובת כלל חברי הקבוצה.

80. לעניין תום הלב בתובענות מן הסוג הזה נאמר לאחרונה ע"י כבוד המשנה לנשיאה, השופט אליעזר ריבלין:

"שנית, הנימוקים שנקב בהם בית המשפט המחוזי המתייחסים לתום-ליבם של המערערים, לגודלה של הקבוצה ולקיומן של שאלות משותפות

המצדיקות בירור בהליך של תובענה ייצוגית מוקשים בעינינו. אשר לתום-הלב, לא מצאנו כי העובדה שהמערערים לא הקדימו פנייה רצינית לבנק עובר להגשת בקשתם מצדיקה את הקביעה שלא נהגו בתום-לב. לנוכח תכליתיה של התובענה הייצוגית קשה גם לקבל כי פנייה של התובע הייצוגי להשבת כספו-שלו תהווה תנאי בלעדיו אין לאישור התובענה. "

עא 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, (ניתן ביום 11/12/2008)

ו: הערכת סכום התובענה הייצוגית:

81. שוק המשקאות הקלים, עליו נמנה ה-"ג'אמפ", הוא שוק חזק מאוד שמגלגל לפי הערכות כ-650 מיליון ש"ח בשנה (לפי המשיבה עצמה-ראה סע' 7 לעיל). הנתון הנ"ל ונתונים אחרים אובייקטיביים לחלוטין, מלמדים כי מדובר בו זמנית **בשוק חזק, אגרסיבי ואטרקטיבי.**

82. בכתבה אשר פורסמה בעיתון כלכליסט ביום 21/05/2008, תחת הכותרת "טמפו מרעננת את ג'אמפ ב-4 מיליון ₪", צוטט סמנכ"ל השיווק של המשיבה מר יואש בן אליעזר בהתייחס לנתח השוק של הג'אמפ:

*"לדבריו, גם ללא תמיכה שיווקית, לג'אמפ יש קהל צרכנים אוהד. "**אנחנו לא רוצים לנקוב ביעדים, אבל נחזיר עטרה ליושנה ונשיב את ג'אמפ למקום שבו היה לפני עשר שנים - עם נתח שוק של 20%**", אמר בן אליעזר. "*

נספח ז' העתק הכתבה מצ"ב **כנספח ח'**

[ראה גם: http://www.calcalist.co.il/marketing/articles/0,7340,L-3069542,00.html]

83. **בהתחשב בגודל האוכלוסייה של מדינת ישראל ובנתח השוק של המוצר, ניתן להעריך בהערכה שמרנית מאוד, את מס הלקוחות הנאמנים של המוצר בכ-500,000 לקוחות.**

84. כאמור, הנזק **העיקרי** אשר נגרם ל-"**קבוצה**" ו- ל- "**קבוצת המשנה**" הינו פגיעה באוטונומיה. חיפוש בפסיקה הענפה של בית המשפט אינו מעלה כל פסק דין ו/או החלטה שיכולים להיות מנחים לגבי גובה הפיצוי שיש לפסוק בגין פגיעה זו כאשר היא מתרחשת כתוצאה מהפרת הוראות הדין הרלוונטיות לעיל.

85. כאמור לעיל, קיים פסק הדין של **פוקצ'טה,** שם הפגיעה באוטונומיה התרחשה כתוצאה מהפרת מערכת נורמטיבית אחרת, שתכליתה איסור העישון במקומות ציבוריים. שם פסק כבוד השופט רובינשטיין סך של 1000 ₪ כפיצוי בראש נזק זה. יוער וידגש, כי הסכום שפסק כב' השופט רובינשטיין הינו אך ורק בגין הפגיעה באוטונומיה, והנזק **לא** התייחס לעובדה כי חשיפה לעישון הינו למעשה סוג של "מיקרו טראומה".

86. בדרך **המאוד מקלה עם המשיבה**, יתבקש כבוד בית המשפט לפסוק לכל אחד מחברי הקבוצה בראש נזק זה פיצוי סמלי בסך של 50 ₪. סה"כ בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה כ- **25 מיליון ₪.**

87. **השבה**: צרכנים אשר רכשו את המוצר הפגום לא צרכו אותו. סביר מאוד להניח, כי הם זרקו לפח או שפכו בכיור המטבח. בהתבסס על ההערכה לעיל, לפי מס' צרכני המוצר הינו כ-500,000 ובהנחה שכל צרכן רכש **בממוצע** 2 בקבוקים פגומים, כאשר העלות הממוצעת לבקבוק מוצר אחד הינה כ- 5 ₪, סכום ההשבה לצרכן בודד עומד על סך של: 10₪. ולכל הצרכנים כ-5 מיליון ₪.

88. סה"כ סכום התובענה הייצוגית הינו כ-30 מיליון ₪.

89. נתונים מלאים ומדויקים אודות היקף המכירות של המוצר נמצאים בידי המשיבה והיא תתבקש לגלותם במסגרת הליכי הגילוי.

90. המבקשים שומרים לעצמם את הזכות לתקן את הבקשה/כתב התביעה ככל שיתעורר צורך בכך, ובהתבסס על הנתונים שיימסרו ע"י המשיבה.

ז. הסעדים:

91. הסעדים המבוקשים בתובענה זו הינם סעדים משולבים של פיצוי, השבה וסעדים הצהרתיים. כבוד בית המשפט מתבקש להורות על פיצוי קבוצת התובעים בגין הנזק שנגרם להם ע"י המשיבה כמפורט לעיל.

92. כן יתבקש כבוד בית המשפט להורות למשיבה לנהוג בצרכניה בדרך ארץ ובגילוי נאות ולהודיע לצרכניה על מהותו, היקפו, סיבותיו והשלכותיו של הפגם במוצר נשוא הבקשה.

93. דרך המלך בהענקת סעד פיצוי בתובענה ייצוגית, הינה באמצעות פסיקת **פיצוי אישי** לכל תובע החבר בקבוצת התובעים. כך מורה סעיף 20 (א) לחוק.

94. דא עקא, לא תמיד יהיה אפשר לאתר את כל התובעים ולפסוק להם סעד אישי. הדבר נכון במיוחד כאשר מדובר בסכום פיצוי קטן לכל תובע ותובע. למקרה זה נועד מנגנון "הפיצוי לטובת הציבור" הקבוע בסעיף 20(ג) לחוק. כבוד בית המשפט יתבקש לעשות שימוש במנגנון זה ככל שיתעורר הצורך בכך.

ח. גמול לתובע המייצג ושכ"ט עורך דין:

95. המבקשים יפעלו בכל יכולתם, בכל האמצעים והידע העומדים לרשותם ולרשות ב"כ, לייצג את הקבוצה על הצד הטוב ביותר.

96. בית המשפט הנכבד מתבקש לפסוק למבקשים גמול הולם כתובעים ייצוגיים אשר טרחו והגישו את התובענה, ולקחו את הסיכון על עצמם במידה וחלילה תדחה התובענה.

97. בית המשפט הנכבד מתבקש לפסוק שכר טרחת עורך דין הולם, בשיעור שלא יפחת מ 15 % משווי התובענה הייצוגית, ובהתחשב בתועלת הציבורית כתוצאה מהגשת התובענה והבקשה.

ט. שונות:

98. בקשה זו ותביעה המצורפת אליה מוגשות בגין תקופה של שנה אחת טרם הגשתן. שכן אין בידי המבקשים, **בשלב זה**, כל מידע לגבי המועד הקובע בו התחילה המשיבה לייצר ולשווק את המוצר הפגום. ככל שיוכחו עובדות חדשות ו/או יתגלו ראיות לכך כי התקופה בה שווק המוצר הפגום ארוכה מכך, יתוקנו הבקשה והתביעה בהתאם.

99. לאור כל האמור לעיל, ולאור התובענה הייצוגית המפורטת בנספח א' **המצ"ב** לבקשה זו, בית המשפט הנכבד מתבקש לאשר את התובענה כתובענה ייצוגית.

100. מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשה.

_____

סאבר נסאר, עו"ד
ב"כ המבקשים