

המבקש:

חגי שור ת.ז. 022687883
ע"י ב"כ עוה"ד חגית חופי
מען למכתבים; ת.ד. 11548
מיקוד 61114 תל אביב
טל: 03-5242466 פקס: 03-6038130

וכן בייצוג משותף ע"י עוה"ד רן אפק
מרחוב ז'בוטינסקי 33 רמת גן 525111
מגדלי התאומים I, קומה 12
טל': 072-2111313; פקס': 072-2111312

- נ ג ד -

המשיבה:

אוסם תעשיות מזון בע"מ ח.פ. 510450711
מרחוב הרימון 2 אזור תעשייה חבל מודיעין

סכום התביעה האישית - 167.28 ₪

סכום התביעה - 167,000,000 מיליון ₪

בקשה לאישור תובענה ייצוגית

לפי הוראת סעיף 3 (א) והוראת סעיף 1 לתוספת השניה

לחוק התובענות הייצוגיות, תשס"ו-2006

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לעשות שימוש בסמכותו לפי חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "החוק"), ולתקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע-2010 (להלן: "התקנות") ולהורות כדלקמן:-

א. לאשר את בקשת אישור זו כתובענה ייצוגית לפי הוראות החוק, בשם כלל יחידי הקבוצה שייצוגה מתבקש (להלן: "הקבוצה המיוצגת"), כהגדרתה בבקשת אישור זו.

ב. ליתן את הסעדים המפורטים בבקשה זו.

ג. לפסוק לטובת המבקש, במעמדו כתובע ייצוגי, גמול הולם בהתאם לסמכותו על פי החוק.

ד. לפסוק לבאי כוחו של המבקש שכר טרחה ראוי בהתאם לסמכותו לפי החוק.

ואלו נימוקי בקשת האישור:**א. פתח דבר -**

1. עניינה של תובענה זו, בתמצית, הינה התעשרות שלא כדין, כמו גם הפרת חובת תום הלב והפרת חובות חקוקות, ככל הנראה תוך תרמית, הטעיית הציבור ומצג שווא של המשיבה את לקוחותיה.
2. כפי שיפורט בהרחבה, המשיבה במהלך השנים האחרונות שיווקה ו/או ייצרה גלילות מטעמים שונים תחת המותג- "JOYA גלילת שמנת אמיתית" – נסטלה".
נהיר וברור, כי תחת הכיתוב הנ"ל, הגלידה תכיל **שמנת אמיתית**.
אך בפועל כל סוגי "JOYA גלילת שמנת אמיתית" אשר משווקות באמצעות המשיבה כלל אינן מכילות **שמנת**.
לראייה; ברשימת הרכיבים המצויינים על גבי כל אריזות מוצרי גלילת השמנת של JOYA כלל לא מצוין כי המוצר מכיל: שמנת!!!
3. להלן יראה כי השימוש בסימון "JOYA גלילת שמנת אמיתית" על מוצרי המשיבה ובפרסומיה, הינו אסור הן על פי **תו התקן הישראלי 1145** והן על פי **תו התקן הישראלי 327 חלק 1**.
4. דרך השיווק בה נוקטת המשיבה הינה דרך פסולה והטעייה חמורה של לקוחותיה, שכן, לקוחותיה הרבים נוטים לחשוב כי עסקינן בגלידת "סופר פרמיום" יקרה של שמנת אמיתית המכילה **שמנת אמיתית**, ולא כך הוא.
5. **בפועל מקבלים לקוחותיה גלידה מסוג בינוני, שאינה מכילה ולו טיפת שמנת אמיתית.**
6. על מנת להמחיש את ההטעיה אשר נוקטת המשיבה מוצג להלן שוק **הגלילות המשפחתיות** לפי מותגים, קטגוריה, איכות ומחיר, מהנמוך לגבוה:

כינוי מותר ע"פ התקן הישראלי	מותגי גלילות בשוק (יצרנים)	מרכיבים ייחודיים לקטגוריה	איכות ועלות, חומרי הגלם, מחיר המוצר	כינוי קטגורית הגלידה
גלידה בטעם שמנת	קרמריה (נסטלה), קרמיסימו (שטראוס),	שומן צמחי	נמוכים	מיינסטרים
גלידת שמנת	JOYA (נסטלה)	שומן חלב 8%	בינוניים	פרמיום
גלידת שמנת משובחת	מגנום (שטראוס)	שומן חלב 12%	גבוהים	פרמיום +
גלידת שמנת משובחת	האגן דאז (האגן דאז), בן אנד ג'רי (בן אנד ג'רי)	שמנת אמיתית	גבוהים מאוד	סופר פרמיום

גם ללא הצגת ההפרה של המשיבה את תו התקן הישראלי, ניתן לראות כיצד המשיבה מטעה עם מוצר מאיכות בינונית, המוצג על ידה במצג שווא, כמוצר באיכות עילית, בשוק הגלילות.

7. על כן, מבוקש מבית המשפט הנכבד, להגדיר את הקבוצה בשמה מוגשת התביעה הייצוגית (להלן: "הקבוצה") באופן הבא; בדומה למבקש, "כלל ציבור לקוחות המשיבה אשר רכשו במהלך השנים האחרונות את המוצרים תחת השם – "JOYA", גלילת שמנת אמיתית - נסטלה" על כל הסוגים והמינים בטעמים שונים".

ב. העובדות המצביעות על עילות תביעתו האישית של המבקש

8. המבקש מר חגי שור (להלן: "המבקש") הינו צרכן של המשיבה, המבקש האמין כי המשיבה, הינה גוף כלכלי אמין, אשר מקיימת את הוראות החוק לרבות חוק הגנת הצרכן.
9. המשיבה הינה חברה המאוגדת כדין בישראל. המשיבה נחשבת לאחת החברות מיצרני המזון הגדולים בישראל. בין היתר, המשיבה מייצרת ו/ או משווקת מוצרים הידועים כסוגי גלידות תחת המותג – "JOYA גלידת שמנת אמיתית - נסטלה" (להלן: "המשיבה").
10. במהלך חודש ספטמבר 2012 המבקש רכש מספר גלידות שמנת המשווקות באמצעות המשיבה – "JOYA גלידת שמנת אמיתית - שוקולד משובח" וכן "JOYA גלידת שמנת אמיתית - טראפלס וניל עם טראפל שוקולד וצ'אנקס שוקולד".
11. לאחר פתיחת האריזה ושימוש במוצר, המבקש קרא את הרכיבים המצוינים על האריזה והופתע לגלות כי המוצר כלל אינו מכיל שמנת, אלא רק נקרא בשם – "גלידת שמנת אמיתית". ברור הדבר, כי המבקש חש מתוסכל ומרומה, שכן המשיבה הטעתה אותו ואת ציבור לקוחותיה הרחב אשר סבר כי עסקין בגלידת שמנת אמיתית המכילה שמנת אמיתית.
- מצ"ב נספח א' – צילום אריזת המוצר – "JOYA גלידת שמנת אמיתית - שוקולד משובח"**
מצ"ב נספח ב' – צילום אריזת המוצר – "JOYA גלידת שמנת אמיתית - טראפלס וניל עם טראפל שוקולד וצ'אנקס שוקולד"
מצ"ב נספח ג' – חשבונית רכישה.

ג. ההטעיה האסורה בכל מוצרי גלידות JOYA, נסטלה - "גלידת שמנת אמיתית"

כפי שצוין עד כה, המשיבה משווקת מספר סוגים בטעמים שונים של "JOYA גלידת שמנת אמיתית" כגון: פירות אדומים וניל עם מיקס פירות אדומים וריפל אוכמניות • שוקולד אגוז ו שוקולד עם אגוזי לוז וריפל שוקולד • טראפלס וניל עם טראפל שוקולד וצ'אנקס שוקולד • מייפל פקאן וניל עם אגוזי פקאן וריפל מייפל • בננה אגוזים ו בננה עם אגוזי מלך וצ'אנקס שוקולד • שוקולד משובח וניל משובח

דא עקא, על אף אחת מהאריזות גלידות השמנת האמיתית של ג'וייה- אין אזכור ברכיבים כי המוצר מכיל שמנת. לצורך דוגמא, הרכיבים המצוינים על גבי אריזת – JOYA גלידת שמנת אמיתית, וניל משובח- הינם: מים, סוכר, חמאה, אבקת חלב, סירופ תירס מיובש, חלמון ביצה, חומרים מייצבים (גאם גרעיני חרובים, גואר גאם), חומרי טעם וריח.

מצ"ב נספח ד' – צילום אריזת המוצר – "JOYA גלידת שמנת אמיתית" וניל משובח"

12. המשיבה פרסמה כי "גלידת JOYA" הינה "גלידת שמנת אמיתית, מרכיבים טבעיים בלבד" בכל המדיה (המדיות) השונות (פרסומות גלויות וסמויות בטלוויזיה, מקררים מיוחדים מעוצבים בנק' המכירה, דף פייסבוק ייעודי, אינטרנט, שילוט חוצות, אוטובוסים, פוסטרים, מסיבת עיתונאים, דיוור ישיר לעיתונות, עיתוף משאיות החלוקה וכו') **בעלות של כ- 4,500,000 ₪ בשנת 2010 בלבד!!!** הכל כמפורט בנספח ה'.

מצ"ב נספח ה' – העתק "טופס מועמד לתחרות השיווק טופס מועמד לתחרות השיווק והפרסום האפקטיבי Effie Awards ישראל 2011, שנת המהפך: גלידות נסטלה משנה את יחסי הכוחות בשוק", שפרסמו נציגיה של המשיבה.

13. וכך מפרסמת המשיבה, מציגה את האסטרטגיה שנעשתה להחדרת מצג השווא, ההטעיה הפסולה והמתוחכמת לציבור **והרווחים העצומים** שעשתה כתוצאה ההטעיה הזו. להלן ציטוטים המופיעים בפרסומים מטעם המשיבה (מנספח ה'): :

"הפעם החליטו בנסטלה ללכת עד הסוף: היה ברור כי **רק צעדים חדים ונועזים, אשר לחלקם יהיה מחיר לא פשוט**, יכולים להצמיד את החברה למקום שהיא ראויה לו ולהחזיר את החברה למסלול של צמיחה ורווחיות".

" בקיץ 2010 הושק המותג החדש JOYA : גלידת פרימיום משפחתית, עשויה משמנת אמיתית ולא משומן צמחי..."

"רק יצרנים קטנים הציעו פתרון איכותי באמת משמנת אמיתית, אבל במחיר גבוה מאוד".

"בתום תהליך פיתוח ארוך של שנה וחצי, הגיעו בנסטלה לייצור המוני של גלידה בסטנדרט חדש: שמנת אמיתית כמרכיב הבסיסי במקום שומן צמחי..."

"שמנת אמיתית = איכות אמיתית"

"JOYA : טעם ואריזה שלא ניתן להתעלם מהם, תאריך ההשקה : יוני 2010 המרכיבים: שמנת אמיתית ו 100%-רכיבים טבעיים".

"המחירה זו נועדה למצב את JOYA כפתרון זול יותר בהשוואה לבן אנד ג'ריס והאגן דאז..."

" הכיתוב הדגיש את המרכיבים הייחודיים - שמנת אמיתית ו 100%-רכיבים טבעיים"

"אחרי שבנסטלה הגיעו למוצר הסופי ולטעם המושלם – הם האמינו שצירוף המילים "שמנת אמיתית" יקבל שדרוג כאשר יטעמו אותו".

6. תוצאות המהלך

...

במשפחתיות, JOYA הצליחה להשיג רמת מודעות גבוהה עבור מותג חדש (לאחר חודשיים בלבד), להיתפס כבשורה חדשה עבור הצרכנים, להעביר את מסר השמנת האמיתית ובעיקר ליצור הרבה עניין וחשק.

...

את ההצלחה כידוע מודדים בקופה, וההישגים הגדולים ביותר של נסטלה הם בהיקף המכירות. ב 2010- הצליחה החברה לרשום גידול דרמטי של 30% במכירות, תוך כדי שהיא נוגסת בנתח השוק של שטראוס וחוזרת להציג רווחיות.

(ההדגשים של הח"מ)

14. ציון כי המבקש ערך בדיקה בענין זה בחברות אחרות ונכח לגלות כי חברות אחרות אשר משווקות – "גלידות שמנת" בקטגוריה "סופר פרמיום", מצוינות על גבי אריזת המוצר ברשימת הרכיבים את השמנת האמיתית כרכיב מרכזי, ראשון או שני, ולעיתים אף את כמות האחוזים של מרכיב זה במוצר הסופי.

מצ"ב נספח ו' – צילום אריזת המוצר גלידת שמנת של חברת האגן דאז, הכולל את מרכיב השמנת בגלידת השמנת.

מצ"ב נספח ז' - צילום אריזת המוצר גלידת שמנת של חברת בן אנד ג'רי, הכולל את מרכיב השמנת בגלידת השמנת.

15. על מנת להמחיש את ההטעיה של המשביה מוצג להלן שוק הגלידות המשפחתיות לפי מותגים, קטגוריה, איכות ומחיר, מהנמוך לגבוה:

כינוי מותג ע"פ התקן הישראלי	מותגי גלידות בשוק (יצרנים)	מרכיבים ייחודיים לקטגוריה	איכות ועלות חומרי הגלם, מחיר המוצר	כינוי קטגוריית הגלידה
גלידה בטעם שמנת	קרמריה (נסטלה), קרמיסימו (שטראוס),	שומן צמחי	נמוכים	מיינסטרים
גלידת שמנת	JOYA (נסטלה)	שומן חלב 8%	בינוניים	פרמיום
גלידת שמנת משובחת	מגנום (שטראוס)	שומן חלב 12%	גבוהים	פרמיום +
גלידת שמנת משובחת	האגן דאז (האגן דאז), בן אנד ג'רי (בן אנד ג'רי)	שמנת אמיתית	גבוהים מאוד	סופר פרמיום

(מקור: אגרגציה של תו תקן 327 חלק 1, אריזות המוצרים בשוק ונספח ה')

ד. הפרת תו התקן הישראלי 1145 ותו התקן הישראלי 327 חלק 1

16. בפועל המשיבה מכנה את המוצר- "גלידת שמנת אמיתית" אך עובדתית המוצר אינו מכיל שמנת כלל. שכן באם המוצר היה מכיל שמנת, אזי, המשיבה היתה מציינת זאת ברשימת הרכיבים. משלא צוין הדבר, המוצר אינו מכיל את רכיב השמנת, כל זאת כמתחייב מתו תקן ישראלי 1145.

מצ"ב נספח ח' – העתק תו התקן הישראלי 1145 "סימון מזון ארוז מראש", התשס"א - 2000.

17. ויפורט, המשיבה מפרה באופן בוטה וגס את הוראות תו תקן ישראל- ת"י 1145 – "סימון ארוז מראש". סעיף 4.2, וסעיף 8 לתו תקן 1145, הקובע כי יש לסמן מזון ארוז- חלה חובה לסמן על אריזת המוצר את כל הרכיבים הקיימים במוצר הנמכר.

"4.2 - אם קיים תקן מיוחד למוצר, שם המזון יהיה השם המופיע בתקן המיוחד. סימון זה של שם המזון כמצוין בתקן המיוחד יעשה רק אם המוצר עומד בקריטריונים המפורטים בתקן המיוחד".

...
8 – רכיבים

"8.1 תצוין המילה "רכיבים" ולאחריה יצוינו כל הרכיבים שהוספו, לרבות מים, בסדר תכולה יורד לפי תכולתם היחסית במשקל מוצר המזון.. "

18. עיינו הוראות, כי ההטעיה בוטה ומתוחכמת ולכל הפחות, המשיבה אף הפרה את הוראות תו התקן 1145. שכן, אסור היה עליה לסמן "גלידת שמנת" זו כ"גלידת שמנת אמיתית", משעשתה כן, הפרה חובה חקוקה.

19. יתרה מזאת, המשיבה מפרה ברגל גסה גם את תו התקן הישראלי המיוחד ליצרני גלדיות בישראל: תו תקן 327 חלק 1 "מוצרי גלידה, קרחונים ותערובות להכנתם: דרישות למוצר" התשס"ב - 2002 (ולהלן: "התקן").

מצ"ב נספח ט' – העתק תו התקן הישראלי 327 חלק 1 "מוצרי גלידה, קרחונים ותערובות להכנתם: דרישות למוצר", התשס"ב - 2002.

20. תקן זה אינו מאפשר לכנות את המוצר "גלידת שמנת אמיתית" לגלילות שאינן מכילות שמנת אמיתית, אלא רק לכנותן כ"גלידת שמנת", הא ותו לא. כל זאת בתנאי ש"גלילות שמנת" תקינות אלו, מכילות תמהיל של מוצקי חלב, חלבון חלב ושומן חלב, כפי שנקבע בסעיף 104.1 לתקן זה, בטבלה מס' 2.

21. כאמור המשיבה לא הסתפקה בכיתוב על מוצריה "גלידת שמנת" כפי שהתקן מותר לה לעשות, בעוד הגלידה שאותה היא מייצרת **אינה מכילה כלל ובפועל שמנת אמיתית**, אלא בשימוש ציני פתלתל ובהטעייה אסורה ומכוונת המופנה לצרכנים, כתבה בפרסומיה השונים ועל אריזות מוצריה: "**גלידת שמנת אמיתית**".

22. להידמות רצתה המשיבה, למתחרים בענף הגלילות, בקטגורית ה"סופר פרמיום" כגון: בן אנד ג'רי, האגן דאז וכו', המוכרים גלילות שמנת אמיתיות, המבוססות על שמנת אמיתית כמרכיב מרכזי ביצורן. מיצובן גבוה, איכותן מעולה ומחירן גבוה. לשם כיוונה המשיבה את הטעייתה. כל זאת על מנת להעלות את תדמיתה, ערכה ומחירה הנתפס בעיני הלקוחות, בעוד אין בגלידה זו, ולו טיפת שמנת אמיתית.

23. לשם כך הותקנו מנגנונים לאיסור הטעיית הציבור: בסעיף 108.2.1 לתקן ובסעיף 108.2.5 לתקן נקבע כי בסימון שם המוצר כ"גלידת שמנת" על פי התקן, קיימות מגבלות נוקשות וחד משמעיות, לגבי מהם 2 הכינויים הנלווים היחידים שניתן לצרף ל"גלידת שמנת", המתירים בסימון על המוצר (והם "משובחת" ו- "רכה"):

108.2.1 שם המוצר

יסומן בהתאם למינו בכינוי העיקרי המפורט בטבלה 1, סעיף 104. סמוך לכינוי העיקרי מותר להוסיף כינוי משני כמפורט בטבלה 1. גלידה בעלת מרקם רך, מותר לסמן בכינוי "רכה".

...

108.2.5 הכינוי המשני "משובח"

"מותר לציין את הכינוי המשני "משובח", רק במוצר ממין 104.1.2. (גלידת שמנת משובחת) המתאים לדרישות הנקובות בטבלה 2 לגבי מין זה. **אין לסמן כינוי נרדף אחר, כגון: מובחר, מיוחד, מעולה.**"

(ההדגשים של הח"מ)

24. הרי המשיבה, הפרה סעיפים אלו בתקן, בכך שידעה ו/או היתה צריכה לדעת כי אסור לה להוסיף כל כינוי נלווה שאינו מופיע בתקן, לכינוי העיקרי של המוצר: "גלידת שמנת".
25. למרות זאת המשיבה בחוסר תום לב ובכוונה להטעות, הוסיפה על אריזת מוצריה את שם התואר: "אמיתית" ככיתוב: "גלידת שמנת", ובכך התעשרה ולא במשפט והטעתה את הציבור, ביודעין, בחוסר תום לב ובניגוד לאמור בסעיפים: 108.2.1 ו- 108.2.5 לתקן, ובניגוד לאמור בסעיף 4.2 לתקן הישראלי 1145.
26. על כן, מבוקש מבית המשפט הנכבד, להגדיר את הקבוצה בשמה מוגשת התביעה הייצוגית (להלן: "הקבוצה") באופן הבא; בדומה למבקש, "כלל ציבור לקוחות המשיבה אשר רכשו במהלך השנים האחרונות את המוצרים תחת השם – "JOYA", גלידת שמנת אמיתית - נסטלה" על כל הסוגים והמינים בטעמים שונים "

החוק ועילות התביעה:

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת כדלקמן:

27. לאשר את התובענה המצורפת לבקשה זו (להלן: "התובענה") כתובענה ייצוגית מכח חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו – 2006 (להלן – "חוק התובענות הייצוגיות") ע"פ פרט 1 לתוספת השנייה לחוק (תביעה נגד עוסק כהגדרתו בחוק הגנה הצרכן) ולתת הוראה בקשר לתובענה הייצוגית כמפורט להלן.
28. בהתאם לסעיף 1 לתוספת השניה לחוק כהגדרתו לעיל, כדלקמן:
- 1. תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו."**
- מבוקש מבית המשפט, לקבוע בהתאם לסעיפים 10 ו- 14 (א) לחוק תובענות ייצוגיות כי הקבוצה בשמה מוגשת התובענה הייצוגית תוגדר כדלקמן:
- בדומה למבקש, "כלל ציבור לקוחות המשיבה אשר רכשו במהלך השנים האחרונות את המוצרים תחת השם – "JOYA גלידת שמנת אמיתית נסטלה" על כל הסוגים והמינים בטעמים שונים "
- (להלן: "הקבוצה המיוצגת המוצעת") (לחילופין יתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע הגדרה אחרת לקבוצה ;
29. בית המשפט הנכבד מתבקש לאשר בהתאם לסעיף 13 לחוק תובענות ייצוגיות, את התובענה תובענה ייצוגית, בכל שינוי ו/ או תוספת אשר כב' בית המשפט יחליט עליהן, הכל כפי שיראה בעיני בית המשפט הנכבד כהולם ומתאים להבטחת ניהול יעיל והוגן של התובענה הייצוגית.
30. לקבוע בהתאם לסעיף 14(א)2 לחוק תובענות ייצוגיות, כי המבקש יהיה תובע ייצוגי.
- הפרת הוראות חוק הגנת הצרכן, התשמ"א, 1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן")**
31. 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.
32. העולה מן האמור הוא, כי המשיבה מטעה את ציבור הצרכנים בעניין המהותי לעסקה. החוק בא להשליט אורחות התנהגות על המגזר העסקי ולקבוע כללי משחק הוגנים ביחסים שבין הצרכן לעוסק. החוק בא להבטיח כי העוסק לא ינצל את מעמדו הכלכלי העדיף על-מנת להתעשר שלא כדין על חשבונו של הצרכן.

33. על-מנת להגן על הצרכן נקבעו בחוק "...שורה של חובות ואיסורים על העוסקים – היצרנים, היבואנים, הסוחרים ונותני השירותים – שמטרתם הכוללת היא למנוע הטעיית הצרכן, להביא לידיעתו מידע מלא ככל האפשר על טיב העסקה שהוא עומד לעשות, ולתת לו כלים לממש את זכויותיו..." (דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הצרכן, תש"ס-1980, בעמ' 302). מכשיר התובענה הייצוגית נועד להבטיח אכיפה יעילה של הנורמות הקבועות בחוק ולהרתיע את העוסקים בעלי היתרון הכלכלי מכל ניסיון לנצל לרעה את תמימותו של הצרכן, את חולשתו בעימות שבין השניים ואת חוסר הכדאיות הטמונה בהגשת תביעה על-ידי נגד העוסקים בשל הנזקים הנגרמים ממעשיהם, היכולים להיות קטנים יחסית לכל צרכן ומקור להתעשרות שלא כדין לעוסק.
34. בעניינו, המשיבה הפרה את הוראות החוק. נראה כי כל יחיד אשר נפגע כתוצאה מדרך התנהלות המשיבה כפי שתואר בבקשה דנן, לא יפנה לבית המשפט. לפיכך החוק קובע שורה של איסורים שתכליתם למנוע את הטעייתו, ניצול מצוקתו או פיתויו של הצרכן על-ידי העוסק לרכוש נכס או לקבל שירות שאינו ראוי, או שתכוונתו נופלות מאלו שנצטיירו בעינו נוכח הפרסום שניתן למוצר או לשירות. כן מטיל החוק חובות גילוי שנועדו להבטיח כי בטרם יחליט הצרכן להתקשר בעסקה, יובא לידיעתו מידע מלא, ככל האפשר, על טיב הנכס או השירות שהוא עומד לרכוש (ראה: דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הצרכן, בעמ' 302 וכן רע"א 2512/90 סופרגז חברה ישראלית להפצת גז בע"מ נ' תופיני סער [12], בעמ' 421).
35. עם זאת היות שהנזק הטיפוסי שנגרם מהפרת זכויותיו של הצרכן נמוך יחסית, אין הוא מצדיק, בדרך-כלל, את הטרחה הכרוכה בפנייה לערכאות ובניהול תביעה לשם פיצוי על הנזק. נוצרת תופעה של "תת-אכיפה" של הנורמות הקבועות בחוק. במצב דברים זה הצרכן אינו זוכה לפיצוי על הנזק שנגרם לו, והעוסקים, בעלי העוצמה הכלכלית, יוצאים נשכרים חרף העובדה שהפרו את הוראות החוק (ראה בר ניב (בורנובסקי) במאמרו הנ"ל "גבולה של התובענה הצרכנית הייצוגית" [38], בעמ' 253-252). התובענה הייצוגית על-פי החוק נועדה להתמודד עם תופעה זו ולהבטיח את אכיפת הנורמות הקבועות בחוק. התובענה הצרכנית הייצוגית נועדה לשרת את האינטרס של כלל הצרכנים ולהיות להם לפה ולשוט כנגד גוף כלכלי חזק המנצל את חוסר הכדאיות שבהגשת תביעה נגדו בגין נזקים קטנים יחסית שנגרמו בשל הטעיה.
36. על חשיבותה של התובענה הייצוגית במסגרת דיני הגנת הצרכן, הן בהגנה על אינטרס הצרכן שנפגע והן בהגברת אכיפת הוראות החוק, ניתן ללמוד מדברי ההסבר להצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 3), תשנ"ד-1994; "תובענה ייצוגית, החוסכת הגשת מספר רב של תביעות על ידי צרכנים בודדים, היא הדרך היעילה ולעתים אף היחידה, שבה יכולים צרכנים להתמודד עם גופים כלכליים חזקים, שלגביהם תביעה נפרדת של צרכן בודד, או של כמה צרכנים ביחד, היא חסרת משמעות" (שם, בעמ' 396). (הדגשו)
37. מבוקש לקבוע בהתאם לסעיף 14(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות כי עילות התובענה הינן, כדלקמן:
- 37.1 הטעיה לפי סעיף 2 לחוק הגנה הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן")
 - 37.2 עשיית דבר שיש בו ניצול מצוקתו של הצרכן כמשמעותו בסעיף 3(ב) לחוק הגנת הצרכן;
 - 37.3 הפרת חובת הגילוי על פי סעיף 4 לחוק הגנת הצרכן;
 - 37.4 הפרת הוראות סעיף 11 לחוק המכר, התשכ"ח – 1968;
 - 37.5 הפרת החובה לקיים חוזה בתם לב בהתאם לסעיפים 112-39 לחוק החוזים(חלק כללי) התשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים")
 - 37.6 עוולת הפרת חובה חקוקה הנובעת מהפרות החוקים דלעיל:
- עשיית עושר ולא במשפט לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט – 1979 (להלן "חוק עשיית ולא במשפט")
- עוולת הרשלנות, על פי סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזקין (נוסח חדש) (להלן- "פקודת הנזיקין" כל עילה אחרת העולה מן העובדות שתפורטנה בבקשה זו ו/או בכתב התביעה המצורף אליה.

38. לחילופין יתבקש בית המשפט הנכבד; להורות על כל סעד אחר לטובת הקבוצה המיוצגת, כולה או חלקה ו/ או לטובת הציבור בהתאם לסעיף 20 (ג) לחוק התובענות הייצוגיות. המבקש יטען כי התנהלותה השערורייתית של המשיבה כלפיו, כמו גם כלפי יתר יחיד הקבוצה שייצוגה מתבקש, הינה כמפורט להלן:

- 38.1 המשיבה פעלה בתרמית ו/או
- 38.2 המשיבה הציגה מצגי שווא ו/או
- 38.3 המשיבה פעלה ברשלנות רבתי ותוך עצימת עין לתוצאות פעולותיה
- 38.4 המשיבה גרמה למבקש, כמו גם ליחיד הקבוצה שייצוגה מתבקש, לחסרון כיס שלא כדין.
- 38.5 התנהגות המשיבה עולה לכדי הטעיה, כמשמעותו של מונח זה בסעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן"). הפרתה של חובה זו הינה עבירה פלילית כמו גם עוולה אזרחית, וזאת בהתאם לסעיפים 23(1) ו-31(א) לחוק הגנת הצרכן;
- 38.6 התנהגותה ומחדליה של המשיבה הינם בבחינת עשיית עושר ולא במשפט;
- 38.7 המשיבה הפרה חובות חקוקות ובין היתר סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; פרסום פרט מטעה;
39. המבקש יטען כי המשיבה לא קיימה את החובה המוטלת עליו על פי כל אחד מהחיקוקים הנ"ל, אשר לפי פירושם הנכון, נועדו לטובתו או להגנתו של המבקש וכן של יחיד הקבוצה שייצוגה מתבקש, וההפרה גרמה למבקש וליחיד הקבוצה שייצוגה מתבקש לנזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוונו החיקוקים הנ"ל.
40. המבקש יטען כי בנסיבות העניין חל הכלל של הדבר מעיד על עצמו, כמשמעותו בסעיף 41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]¹ ועל המשיבה חלה חובת הראיה שכן למבקש לא היתה ידיעה על עצם הפעולות שלא כדין בהן נקטה המשיבה ועל היקפן והנזק נגרם על ידי המשיבה, אשר שלטה באופן מוחלט ובלעדי בכל הנתונים לפיהם אין בידה לספק את המוצר המוצע, המשיבה לא נקטה בזהירות סבירה (שלא לדבר על זהירות כלשהי).
41. לנוכח היות כל העובדות והנתונים הצריכים לעניין מצויים באופן בלעדי בידי ובידיעת המשיבה, יצרף המבקש, במעמד משלוח בקשה זו וכתב התביעה המצורף לה לידי המשיבה, בקשה לגילוי ועיון במסמכים. ככל ובקשה זו לא תיענה, יגיש המבקש בקשות מתאימות לבית המשפט הנכבד, כל זאת לאור ההלכה שנקבעה בעניין רע"א 10052/05 יפעת ואח' נ' דלק מוטורס בע"מ ואח', פ"ד נו(4), 513 לפיה²:
- "...אף בשלב המקדמי של אישור תובענה כייצוגית, יש חשיבות לעמידה על גדר המחלוקת האמיתית שבין הצדדים. הגדרה מדוייקת של גדר המחלוקת, מסייעת לבית המשפט להכריע נכונה בשאלת התקיימות תנאי הסף לאישור תובענה כייצוגית.**
- מן האמור עולה, כי יש להחיל את הלכת טצת גם במהופך – קרי יש לאפשר גם למבקש שתובענתו תאושר כייצוגית לקבל צו לגילוי ועיון במסמכי הצד שכנגד...**

¹ "בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה כי לתובע לא היתה ידיעה או לא היתה לו יכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק, וכי הנזק נגרם על ידי נכס שלנתבע היתה שליטה מלאה עליו, ונראה לבית המשפט שאירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה - על הנתבע הראיה שלא היתה לגבי המקרה שהביא לידי הנזק התרשלות שיחוב עליה".

² לעניין עצם זכותם של המבקשים לגילוי ועיון במסמכים ראה גם רע"א 6715/05 מחסני ערובה נעמן בע"מ נ' איזנברג, תק-על 2005(4), 662 וכן ת"מ 126/06 (בש"א 31094/07 מינהלי ת"א) פלורי ניסן ואח' נ' המוסד לביטוח לאומי, תק-מח 2007(3), 2957.

...בהיות הבקשה שהגישו המבקשים בקשה למתן צו גילוי ועיון, יש להחיל עליה גם את הדרישה למשלוח בקשה לצד שכנגד טרם שמופנית לבית המשפט. אף אם תקנה 120(א) לתקנות אינה חלה ישירות על מצב הדברים נשוא בקשה זו, הרי שהיא חלה עליו מכוח היקש, ומכח ההיגיון שמאחוריה – הרצון לחסוך בזמן שיפוטי

אומדן הנזק הממוני והלא ממוני למבקש

42. כפי שנטען, המבקש שילם עבור מוצר אותו לא ביקש ובניגוד לפרסום, אין ספק בכלל כי זכאי המבקש להשבה מלאה. להזכיר, המבקש נהג לרכוש במשך שנים בקביעות גלילות שמנת אמיתיות, המכילות שמנת, כפעם בשבוע לפחות, ובפעם האחרונה רכש כמה סוגי גלילות שמנת של המשיבה ואחרות, כמתוכנן גלילת ג'יה בסך 67.28 ש"ח, לפיכך סכום הנזק הממוני מסתכם בסך - 67.28 ₪.

נזק לא ממוני

43. לא תיתכן מחלוקת כי המשיבה פגעה באוטונומיה של רצון המבקש ושל חברי הקבוצה. חברי הקבוצה לא העלו על דעתם כי המשיבה מוליכה אותם שולל, ובכלל זה עוגמת נפש. המבקש יטען כי הנזק הלא ממוני מסתכם לסך של 100 ש"ח לכל הפחות לכל אחד מיחיד הקבוצה. לפיכך סך נזקו הממוני והלא ממוני של המבקש מסתכם כ- 167.28 ₪.

44. זכות התביעה בגין ראש נזק ללא ממוני, במסגרת תובענה ייצוגית, הוכרה בפסיקת בית המשפט העליון כבר בערעור אזרחי 1338/97 **תנובה מרכז שיתופי לשוק 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).

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 דל 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 עוולת הרשלנות והטיל פיצוי, אם כי בסכום שאינו גבוה."

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 מצרף פלוני הנושא על גופו תו תקן, יעלה ערכו האיכותי בעיני כל רואיו". ולהיפך: מצרף 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." (ההדגשות אינן במקור)

אומדן הנזק לקבוצה שייצוגה מתבקש -

45. בשלב זה די בכך שהמבקש הראה את נזקו האישי, על מנת שתביעתו תאושר כייצוגית. המבקש יקדים ויזכיר כי אין בידו לדעת בוודאות כמה רכישות מהסוג הנ"ל בוצעו על ידו בעבר ורק הוא שנהג לרכוש מדי כשבוע גלידות שמנת אמיתיות שונות, ובכללותן גם את הגלידות של המשיבה נשוא הבקשה.
46. מנספח ה' ניתן לראות כי נתח השוק של "JOYA גלידת שמנת אמיתית - נסטלה" בפלח המשפחתי עומד על כ- 10% משוק הגלידות בישראל שמגלגל 1.4 מילארד דולר בשנה. כלומר 140,000,000 ₪ בשנה. בפלח האימפולס שהוא 40% מסך שוק הגלידות הישראלי, לנסטלה יש נתח שוק של 42%, בהערכה שמרנית גייה מהווה מתוך מכירות נסטלה בפלח זה כ- 20% ומכאן עוד כ- 47,000,000 ₪. כלומר מכירות מותג "JOYA גלידת שמנת אמיתית - נסטלה" בארץ בשנה עומדות על כ- 187,000,000 ₪ בשנה. המותג "JOYA גלידת שמנת אמיתית - נסטלה" הושק באמצע 2010 ומכאן, הוא פועל בשוק מעל לשנתיים. **מכאן סך מכירות המותג גייה עומדות על 374 מיליון שקל.**
47. לו זו אף זו, על פי פרק 6 בנספח ה', הרווח של המשיבה מההטעיה היה גדול מרווח המכירות של המותג המטעה נשוא פרשה זו, המשיבה מציינת כי כתוצאה מהשקת המותג "JOYA גלידת שמנת אמיתית - נסטלה" וההטמעה בציבור כי מדובר בגלידה המכילה שמנת אמיתית גדלו המכירות של נסטלה ב- 30%, תוך כדי שהיא נוגסת בנתח השוק של המתחרה הגדולה שלה בארץ – שטראוס ואף חוזרת להציג רווחיות.
- "את ההצלחה כידוע מודדים בקופה, וההישגים הגדולים ביותר של נסטלה הם בהיקף המכירות. ב 2010- הצליחה החברה לרשום גידול דרמטי של 30% במכירות, תוך כדי שהיא נוגסת בנתח השוק של שטראוס וחוזרת להציג רווחיות"
48. על פי אותו פרק 6 בנספח ה' - נתח השוק הכללי של נסטלה בשוק הגלידות היה 27.6% בטרם מהלך "השמנת האמיתית", ולאחריו 31.7%, כלומר הגדלת נתח השוק בעוד 4.1% מסך השוק ובערכים כספיים גידול של עוד 57 מיליון שקל במכירות עקיפות, שזכו מהמהלך המותגים האחרים של נסטלה, וזאת רק בחודשיים מאז ההשקה. מכאן סך הגידול במכירות ממהלך ה"שמנת האמיתית" לכלל המכירות של נסטלה היה מעל **לחצי מילארד שקל!!!**
49. הקבוצה מונה את כל רוכשי המותג "JOYA גלידת שמנת אמיתית - נסטלה" במשך מעל לשנתיים, בכל רחבי הארץ. בהערכה שמרנית וזהירה, לפיה כ- 1,000,000 צרכנים רכשו מהמשיבה "JOYA גלידת שמנת אמיתית - נסטלה" לפחות פעם אחת בשנתיים האחרונות. לפיכך הנזק המצטבר לחברי הקבוצה בגין ראש נזק ממוני ולא ממוני זה מסתכם לכ- 167 מיליון ש"ח.

שאלות מהותיות משותפות של עובדה ומשפט

50. התובענה מעוררת שאלות משותפות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל יחידי הקבוצה המיוצגת ויש אפשרות סבירה שהן תוכרענה לטובת הקבוצה המיוצגת:
- האם המשיבה קיבלה מיחידי הקבוצה המיוצגת כספים שלא כדין.
- האם הציגה המשיבה בפני קהל לקוחותיה מצג שווא כל זאת על מנת לגרור אותם למתן עסקה אשר נקשרה שלא כדין.
- האם על המשיבה להשיב ליחידי הקבוצה המיוצגת את הכספים ששולמו לה ביתר.
51. יודגש כי ההלכה הפסוקה מורה שלא נדרשת זהות מוחלטת של כל השאלות הטעונות הכרעה, העובדתיות והמשפטיות. דרישה כזו תסכל את תכלית התובענה הייצוגית ותהפוך את השימוש בה לבלתי אפשרי. לפיכך אומצה הגישה לפיה די בכך שהשאלות העיקריות העומדות במוקד הדיון, משותפות לכל חברי הקבוצה.
- ראה: "רע"א 8332/96 שמש נ' דן רייכרט ואח', פ"ד נה (5) 276, 296; רע"א 4556/94 טצת ואח' נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 788 (להלן: "פרשת טצת")
- בעניין זה נקבע: "די בכך שהיסוד המשותף מהווה מרכיב מהותי בהתדיינות. עד כמה שיש לאחד מהקבוצה עניין שהוא מיוחד לו- כגון נזק מיוחד- ניתן לבררו בשלב האינדיבידואלי, אשר יבוא לאחר סיום השלב הקבוצתי, ולאחר שנקבעה בו שאלת האחריות של הנתבעים" (ההדגשות – אינן במקור- ח.ח.) (ראה פרשת טצת, ע' 788)

תובענה ייצוגית- דרך יעילה והוגנת

52. המבקש יטען כי בירור התובענה על דרך של תובענה ייצוגית הינה הדרך היעילה וההוגנת לצורך הכרעה במחלוקת, בנסיבות העניין דנן, וזאת מהטעמים המפורטים להלן:
53. המדובר בתשלום יתר אותו קיבלה המשיבה מיחידי הקבוצה המיוצגת, אשר כל אחד מהם שילם בגין מוצר אותו לא ביקש ואין ספק כי הדרך הראויה לבירור העניין הינה באמצעות תובענה ייצוגית ולא באמצעות תובענות פרטיות, אשר אם תוגשנה תיצורנה קושי ומעמסה בלתי נסבלים על מערכת המשפט.
54. הגשת תביעות פרטניות על ידי יחידי הקבוצה המיוצגת עלולה ליצור פסיקות סותרות – תוצאה שאין ספק כי אינה רצויה כלל.
55. בירורן המקיף והמלא של הטענות נשוא הבקשה הינו בעל חשיבות צרכנית וכללית מן המעלה הראשונה ויתכן ואף בעל השלכות מרחיקות לכת הרבה מעבר לכך.

הלימות הייצוג

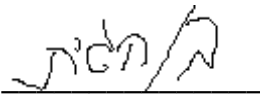
56. בענין זה יצוין כי למבקש וליתר חברי הקבוצה אינטרס זהה ומשותף וכי אין בינו לבין יתר חברי הקבוצה כל ניגוד אינטרסים. ב"כ המבקשת עו"ד חופי הינה עורכת דין בעלת ותק ונסיון רב בליטיגציה בתחום התובענות הייצוגיות. ראוי לציין כי נסיונה של ב"כ המבקשת עולה בקנה אחד עם המסקנה כי ייצוג קבוצת התובעים כולה מצויה בידיים נאמנות הראויות למלאכה זו. כמו כן, עו"ד אפק הינו כלכלן, בעל תואר שני בשיווק ובעל ידע רב בתחום המשפט האזרחי מסחרי.
57. לאור האמור קיים יסוד סביר להניח כי ב"כ המבקש ייצגו את כלל חברי הקבוצה שייצוגם מבוקש בתום לב וינהלו את ענייניה של הקבוצה בדרך המקצועית הראויה ביותר.

הסעדים הנתבעים –

58. הסעדים הנתבעים במסגרת התובענה הייצוגית הינם כדלקמן :-
 א. להורות על השבתם של הכספים ששולמו למשיבה על ידי יחיד הקבוצה המיוצגת בגין עלות הרכישה.
 ב. לפסוק גמול הולם למבקש, במעמדו כתובע ייצוגי ;
 ג. לפסוק שכר טרחה ראוי לעורכת הדין המייצגת ב"כ המבקש ;

דברי סיום –

59. למיטב ידיעת ב"כ המבקש ולאחר בדיקה בפנקס התובענות הייצוגיות, לא הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית שעניינה זהה או דומה לעניין נושא בקשה זו.
 60. לבקשת אישור זו מצורף נוסח התובענה הייצוגית, כמתחייב בחוק, ובכפוף לקבלת בקשת האישור על ידי בית המשפט הנכבד ואישור התובענה הייצוגית.
 61. בקשת אישור זו נתמכת בתצהיר המבקש, המהווה – על נספחיו – חלק בלתי נפרד מבקשה זו



חגית חופי
באת כוח המבקש



רון אפק
בא כוח המבקש