

מר אילן ארגס ת.ז. 056201155
ע"י ב"כ עוה"ד א. גולדנברג ו/או ע. קסטנבאום
מרח' א.ה. סילבר 16, נהריה 22385
טל: 04-9511107 פקס: 04-9511106

בעניין:

המבקש

- נגד -

אסם תעשיות מזון בע"מ
מרח' ז'בוטינסקי 61, פתח תקווה

המשיבה

בקשה בכתב לאישור תובענה כייצוגית

בית המשפט הנכבד מתבקש בזה לאשר את התביעה המוגשת בד בבד עם הגשת בקשה זו כתביעה ייצוגית בשם כל מי שנכלל בקבוצה שהגדרתה היא: "כל מי שרכש במהלך השנים האחרונות את המוצר, כהגדרת מונח זה להלן, המיוצר על ידי המשיבה."

"המוצר" - תערובת להכנה ביתית של עוגה המכונה "עוגת שוקולד".

הסעדים הנתבעים

תשלום סכום הפיצוי וסכום השבה כמפורט להלן וכן הוצאת צו עשה המורה למשיבה לתקן את האופן בו היא מציגה ומכנה את המוצר כמפורט להלן.

אלא אם נאמר אחרת, ההחלטות הנזכרות בהמשך פורסמו באחד ממאגרי המידע הרשמיים או המסחריים (נבו, לוו דטה, תקדין וכו...).

מבוא

1. תובענה זו עניינה בהטעיה גסה, בזלזול, בזחירות ובעזות מצח אשר הופגנו על ידי המשיבה כלפי ציבור הלקוחות הנאמן למוצריה במשך שנים רבות וכלפי חובותיה כיצרן של מוצרי מזון המחזיק בפלח נכבד מענף יצור המזון בישראל.
2. בשנים האחרונות הולכת וגוברת המודעות להשפעה של אורח החיים היום יומי על בריאותו של אדם. בעיקר אמורים הדברים ככל הקשור לתזונה - הן של מבוגרים ובעיקר של ילדים ובני נוער.
- לא יהיה זה מופרך להניח כי רובם המכריע של הצרכנים מעדיפים כי הם ובני משפחותיהם יצרכו מוצרים שאינם מכילים חומרים מלאכותיים אלא חומרים טבעיים. בכל הקשור למזונות מעובדים התפיסה הרווחת, אשר הוכחה מחקרית, היא שיש להמעיט מהם ולהשתדל לצרוך מוצרי מזון טבעיים.
3. בהתאם, ישנה דרישה הולכת וגוברת לצריכת מוצרי מזון טבעיים הנחשבים עדיפים על פני כאלה שאינם טבעיים.

בתביעה זו עסקינן בהטעיית הציבור בקשר להיותו של המוצר מוצר העשוי משוקולד בעוד שבפועל אין הוא כזה אלא לכל היותר בטעם שוקולד. למותר לציין שגם בעשיית עושר ולא במשפט מדובר ואף בהפרת הסכם והפרת חובה חקוקה והכל כפי שיפורט להלן. על מנת לסבר את העין ועל מנת

שניתן יהיה להבין כיצד מציגה עצמה המשיבה ומה היא התדמית שהיא מטפחת לעצמה להלן ציטוט מאתר האינטרנט של המשיבה:

"יושרה

יושר אישי, נאמנות חסרת פשרות לעקרונות, יישום עקבי ושיטתי של מדיניות הוגנת, שמירה על הקודים האתיים החיוניים לכולנו, שקיפות מתמדת ורדיפה מוחלטת אחר האמת לאמיתה: כל אלו אינן רק מילים יפות, כל אלו הן חוט השדרה של קבוצת אסם.

חוט היושרה של קבוצת אסם.

קבוצת אסם שקופה, אמינה, הוגנת, אמיתית - כלפי השותפים העסקיים שלה, כלפי הספקים שלה, וקודים כל ולפני הכל: כלפי הצרכנים שלה. על האסם הזו - אנחנו מחויבים לשמור, לעולמים." (ההדגשות שלי-א.ג.)

גם למוצר בו עסקינן מנסה המשיבה לייחס תדמית דומה. כפי שיתואר להלן, המונח "שוקולד" מופיע באופן מודגש ובמקום בולט ע"ג אריזת המוצר ע"מ לבדל את המוצר ממוצר אחר שאינו עשוי משוקולד ממש אלא רק מכיל תוספי טעם. כך, הוסיפה לאחרונה המשיבה לקו המוצרים שלה גם מוצר אחר הקרוי "עוגת יום הולדת" והעשוי מאותם רכיבים כאשר מתחת לשם המוצר מצוין במפורש "בטעם שוקולד". יוער כי לא מן הנמנע כי המוצר החדש מהווה למעשה תחליף למוצר משהבינה המשיבה כי המוצר היה מטעה. לתובנה זו הגיעה המשיבה ככל הנראה בעקבות פניית המבקש שתוזכר להלן.

בעלי הדין

4. המבקש הוא אזרח ותושב מדינת ישראל אשר רכש את המוצר והוא ובני משפחתו צרכו אותו. המבקש הגיש בעבר תובענות ייצוגיות לרבות כנגד המשיבה ולרבות תביעות זהות לתביעה זו. מובהר כי אין לדברים נפקות והם נאמרים רק ע"מ שלא יטען ע"י המשיבה כי הוסתרו מביהמ"ש.
5. המשיבה היא, למיטב הידיעה, חברה ציבורית בערבון מוגבל, והיא מתאגידי המזון הגדולים ביותר בישראל.

הרקע העובדתי

6. המבקש, נשוי ואב ל 4 ילדים שגילם כיום 9 עד 20, הוא אדם בעל מודעות - צרכנית בכלל ובריאותית בפרט - גבוהה. כרוב, אם לא כל, הצרכנים בישראל, דאג ודואג המבקש מאז ומתמיד לרכוש עבורו ועבור בני משפחתו מזונות איכותיים ובריאים תוך שהוא מקפיד, כמקובל ובהתאם לדעה הרווחת, לצרוך גם מוצרים טבעיים באבחנה ממוצרים המכילים תוספים מלאכותיים ואף מקפיד כי מוצרים טבעיים יהיו מרכיב נכבד בסל מוצרי המזון הנצרך על ידו ועל ידי בני ביתו.
7. ככל צרכן, גם המבקש נהג ונוהג לרוב לרכוש בד"כ את אותם מוצרים קבועים אשר הוא ובני ביתו נוהגים לצרוך. בין אלה מצוי היה גם המוצר כהגדרת מונח זה לעיל.
- האמור לעיל אינו ייחודי למבקש. זו היא דרכם של צרכנים רבים ולכן גם מקפידים יצרני המזון להציע לצרכנים, בין היתר, גם קו מוצרים איכותיים יותר המכילים רק רכיבים טבעיים לצד קו מוצרים איכותיים פחות המכילים תחליפים מלאכותיים.
8. האמור לעיל נכון גם ביחס למוצר בו עסקינן. המבקש רכש אותו מאחר והוא, כך האמין המבקש, עשוי משוקולד ולא מחומרי טעם מלאכותיים. במשך תקופה ארוכה רכש המבקש את המוצר והוא נצרך על ידי המבקש עצמו ועל ידי בני משפחתו. לאחרונה הסתבר למבקש לתדהמתו כי המוצר אינו ראוי להיקרא "שוקולד" אלא לכל היותר "בטעם שוקולד".

שוקולד או בטעם שוקולד

9. המחוקק והרגולטור בישראל הבינו את המשמעות והחשיבות עבור הצרכן של היותו של מוצר מסוים מוצר העשוי מרכיב כלשהוא ממש באבחנה ממוצר שהוא רק בטעם של אותו רכיב. לאור

המשמעות והחשיבות כאמור, נקבעו הוראות מיוחדות ומפורשות בתקנים הרלבנטיים למוצרים. בתקן הרלבנטי לענייננו מצאו עורכי התקן לנכון לקבוע באופן מפורש כי אין לכנות מוצר בשם שוקולד אלא אם כן הוא אכן עשוי משוקולד.

10. התקנים הרלבנטיים למוצר הם התקן לשוקולד הנקרא "ת"י 36 שוקולד" וכן התקן הנוגע לסימונם של מוצרי מזון - "ת"י 1145 סימון מזון ארוז מראש". העתק ת"י 36 והעתקי העמודים הרלבנטיים מת"י 1145 מצ"ב כנספחים "א" ו - "ב" בהתאמה המהווים חלק בלתי נפרד מהתצהיר התומך בבקשה זו. צו הגנת הצרכן (סימון ואריזה של מוצרי מזון), תשנ"ט-1998 החיל את הוראות תקנים אלה על מוצרי מזון הנמכרים בישראל ובכלל זה על המוצר. כפי שנראה המשיבה הפרה את הוראות התקנים והצו הנ"ל.
11. סעיף 103.1 לת"י 36 קובע כי שוקולד הוא מוצר העשוי מתערובת של גרעיני קקאו או עיסת קקאו (עם או בלי חמאת קקאו), סוכרוז ואפשר גם מוצקי חלב.
12. סעיף 104 לת"י 36 קובע כי אין לכנות מוצר שאינו עונה לדרישת ת"י 36 בשם "שוקולד".
13. סעיף 106 לת"י 36 מתאר את חומרי המוצא לשוקולד שהם אלה שהוזכרו לעיל ובשוקולד חלב גם רכיבי חלב.
14. סעיף 107 לת"י 36 מציין איזה תוספות ניתן להוסיף לשוקולד מסוגים שונים.
15. בסעיף 109.4 לת"י 36 נקבע שבפירוט הרכיבים במוצר תצוין התכולה באחוזים של מוצקי הקקאו במוצר.
16. בסעיף 205.1 לת"י 36 נקבעו כמויות מינימליות למוצקי קקאו ולמוצקי חלב בשוקולד לסוגי השונים.
17. סעיף 3.3 לת"י 1145 קובע כי כל סימון של מוצר מזון יהיה נכון ולא מטעה. יובהר כי במקרה של סתירה בין התקנים התקן החל הוא ת"י 36 (ראה סעיף 1 לת"י 1145).
- סעיף 3.9 לת"י 1145 קובע גודל מינימלי של אותיות לסימון מוצרי המזון. כאשר התכולה במוצר היא בין 450 ל-900 ג' או מ"ל (וכזה הוא המוצר בו עסקינן) לא יפחת גודל האותיות מ-3 מ"מ.
- סעיף 4.2 לת"י 1145 קובע כי אם קיים תקן למוצר (ובענייננו קיים ת"י 36) הרי שיש להשתמש בשם המופיע בתקן אך זאת רק אם המוצר אכן עומד בדרישת אותו תקן.
18. כפי שנראה להלן, המשיבה הפרה את כל הוראות התקן ובעיקר הפרה את הוראות התקן ת"י 36 בכנותה מוצר "שוקולד" בעוד שאינו הוא כלל שוקולד. המשיבה הפרה גם את הוראות סעיף 8.3.1.1 לת"י 1145 הדורש לציין את אחוז חומר הגלם במוצר אם הוא חלק משם המוצר.
19. ע"ג אריזת המוצר מצוין שם המוצר - "עוגת שוקולד". שם המוצר מצוין במרכז חזית האריזה, באותיות מודגשות כאשר גודל האותיות בשם המוצר הוא מעל ל-20 מ"מ.
- בצד קופסה מופיע פירוט הרכיבים ושם גודל האותיות הוא 2 מ"מ בלבד.
20. העתקי אריזת המוצר ואריזת המוצר הבלתי מטעה שהוזכר לעיל (עוגת יום הולדת) מצ"ב כנספחים "1א" ו - "2א" בהתאמה. כנספחים אלה מהווים חלק בלתי נפרד מהתצהיר התומך בבקשה זו.
- בעת הדיון יוצגו בפני בית המשפט האריזות המקוריות.
21. אם נעייין בפירוט הרכיבים שע"ג אריזת המוצר נגלה שקקאו הוא רק הרכיב השלישי כלומר ישנם 2 רכיבים (סוכר וקמח חיטה) אשר מכל אחד מהם ישנה כמות גדולה יותר מקקאו במוצר (ראה סעיף 8.1 לת"י 1145). עיקרו של דבר הוא שברגע שיש במוצר קמח לא יתכן שהוא שוקולד שהרי שוקולד עשוי מתערובת של גרעיני קקאו או עיסת קקאו (עם או בלי חמאת קקאו), סוכרוז ואפשר גם מוצקי חלב (ראה סעיף 103.1 לת"י 36). על אחת כמה וכמה כאשר יש יותר קמח מאשר קקאו.

22. מכל האמור ניתן להסיק בנקל שתי מסקנות לפחות:
ראשית, המוצר לא ראוי להיקרא בשם "שוקולד".
שנית, הדבר ברור למשיבה שכן היא משוקת גם עוגה "בטעם שוקולד".
23. להסרת ספק, לאור הפרת הוראות התקן בקשר לגודל האותיות המיינמליות המשמשות לצורך סימון המוצר, לא תוכל המשיבה להסתמך על מה שמופיע ע"ג אריזת המוצר ולא תוכל לטעון כי ניתן היה להבחין בפירוט רכיבי המוצר. זאת ועוד, ממילא אין לצרכן צורך או חובה להיזקק לפירוט הרכיבים (גם אם ניתן להבין מהם שלא מדובר בשוקולד) כאשר היצרן מציין בפירוש מה מהות המוצר.
24. במילים אחרות, לא מדובר במוצר העשוי משוקולד כלל אלא במוצר אחר בעל תכונות נחותות בהשוואה למוצר המיומר וזאת בניגוד להצהרה המפורשת של המשיבה.
25. אילו היה המבקש יודע כי לא מדובר באמת במוצר העשוי משוקולד אלא במוצר שלכל היותר ראוי להתכנות "בטעם שוקולד" לא היה רוכש אותו כלל או מפחית את כמויות הרכישה.
26. גילוייה של ההטעיה שהטעתה המשיבה את המבקש ושל מצג השווא הבוטה והחמור שהציגה גרמה למבקש לכעס רב ולתסכול.
- תרבות הצריכה בה אנו חיים, זאת יש לזכור, מכתובה לנו פעמים רבות את הצורך לקבל דברים כפשוטם. הרי הצרכן הסביר אינו יכול לבדוק בעצמו האם מוצר מסוים שהוא או בני משפחתו צורכים מכיל רכיב מסוים או האם הוא ראוי להיכלל בקטגוריית המוצרים אליה שויך ע"י היצרן (במקרה שלנו שוקולד). הצרכן אינו יכול ואף אין לצפות ממנו להסתובב במרכול עם קלסר של תקנים ולבדוק האם כל מוצר עומד בדרישות התקנים הרלבנטיים. לכן אין לצרכן ברירה אלא לקבל את הדברים כפשוטם ולהאמין להצהרות של יצרן המוצר. למותר לציין שגם אילו היה הצרכן הסביר יכול לבחון את הדברים לעומקם כמתואר לעיל אין בידו הזמן לעשות זאת תוך כדי ביצוע הקניות של מצרכי המזון.
27. אמון זה של הצרכן ביצרן אותו הוא מכיר שנים רבות אינו הכרחי רק על מנת לקיים שוק של מסחר במוצרים מורכבים, הוא גם נכס רב משמעות ליצרנים עצמם. הרי ידוע הוא שצרכנים מעדיפים לרכוש מוצרים (ולא רק מוצרי מזון) המיוצרים ע"י יצרן שהם מכירים שנים רבות על פני רכישה של מוצר המיוצר על ידי יצרן לא מוכר או יצרן שהופיע בשוק לפני זמן לא רב.
28. אמון זה שרוחש הצרכן ליצרן המוכר, מעבר להיותו הכרחי לשם קיומו של שוק למסחר במצרכים מעובדים, נוסך בצרכן תחושת ביטחון ומרגיע אותו. הצרכן זקוק לתחושה שהוא יכול לסמוך על אותו יצרן. הדברים יפים שבעתיים כאשר מדובר במוצרי מזון.
29. האופן בו נהגה המשיבה עירער ומערער, אצל המבקש ואצל יתר חברי הקבוצה, את אותה תחושת בטחון ואת אותו אמון שהיה למבקש לא רק במשיבה עצמה אלא בכל יצרן.
- אם על המשיבה - חברה הפועלת בשוק מזה עשרות שנים - לא ניתן לסמוך אזי על מי כן?
30. זאת ועוד, מדובר כאן במקרה מובהק של פגיעה באוטונומיה של הרצון של הפרט. הצרכן מבקש להכניס לגופו אך ורק מוצר מסוים אך עקב הטעיה מכניסים הוא ובני ביתו לגופם מוצר שונה ונחות משמעותית.
31. לעניין הסעד של השבה מובהר כי עצם הגשת התביעה דנן מהווה הודעת ביטול. בעניין נבצרות ההשבה הנגדית יטען המבקש כי יחידות המוצר נצרכו אמנם אך זאת באשמת המשיבה אשר, כאמור לעיל, לולא הטעייתה הבוטה יתכן וחלקן לפחות לא היו נרכשים כלל או נרכשים בכמות מופחתת באופן משמעותי.

הנזקים למבקש ולחברי הקבוצה**הנזק למבקש**

32. הנזקים למבקש (ולחברי הקבוצה) הם הסכום ששולם עבור מוצר שאותו לא ביקש לרכוש (הרי ביקש לרכוש מוצר עשוי משוקולד) וכן תחושת התסכול, הכעס, אובדן האמון, הפגיעה באוטונומיה של הרצון של הפרט ובאופן כללי עגמת הנפש שנגרמה לו.
33. מאחר ומחירו של המוצר השתנה מעת לעת הרי שעל מנת שלא להפריז יאמוד המבקש את מחירו של המוצר לסך של 15 ₪, סך הנמוך מן המחיר האמיתי. עגמת הנפש עקב ההטעיה והתסכול, הכעס ואבדן האמון שבאו בעקבותיה ולרבות הפגיעה באוטונומיה של הרצון מחייבים לטעמו של המבקש פיצוי שיהווה הרתעה לא רק למשיבה אלא גם ליצרנים אחרים בבחינת "יראו וייראו". לטעמו של המבקש סכום ראוי הוא 500 ₪ לכל צרכן.
34. לצרכי הנוחיות מעמיד המבקש את תביעתו האישית להשבה ביחס לרכישה פעם אחת בלבד של המוצר למרות שרכש את המוצר בעקבות ולאחר ההטעיה פעמים רבות.
- לפיכך, סכום ההשבה למבקש הוא בסך של 15 ₪ וביחד עם הפיצוי בגין עגמת הנפש (500 ₪) מסתכמת תביעתו האישית של המבקש ב- 515 ₪.

הנזק לחברי הקבוצה

35. הנזק לחברי הקבוצה מסתכם להערכת המבקש בסך **נומינלי** כולל של 53 מליון ₪.
- הערכה זו מתבססת על הנתונים הבאים:
- א. על פי פרסום בכלי התקשורת מחזור המכירות בשוק תערובות האפייה צומח בהדרגה ובשנת 2011 עמד על 300 מליון ₪. העתק הידיעה הני"ל מצייב כנספח "ד" המהווה חלק בלתי נפרד מהתצהיר התומך בבקשה זו. על פי אותה ידיעה המוצר מחזיק בכ- 8% מהשוק.
- ב. בהנחה שבתקופה הרלבנטית היה מחזור המכירות השנתי הממוצע בשוק תערובות האפייה 100 מליון ₪ הרי שהמוצר נמכר ב- 8 מליון ₪ מדי שנה (100 מליון ₪ * 8%). בהנחה שהמוצר מוצג ומכונה באופן מטעה כמפורט לעיל במשך 7 שנים לפחות הרי שמדובר במחזור של 56 מליון ₪.
- ג. להערכת המבקש מספרם של הצרכנים שרכשו לפחות פעם אחת את המוצר הוא 100,000 איש וכולם הוטעו להאמין שמדובר במוצר העשוי משוקולד. להערכת המבקש 50% מהם (50,000 איש) לפחות לא היו רוכשים את המוצר לו היו יודעים כי לא מדובר בשוקולד.
- ד. לאור האמור לעיל, סכום ההשבה הוא בשווי 50% ממחזור המכירה של המוצר בשבע השנים האחרונות קרי: 28 מליון ₪ ואילו הפיצוי בגין עגמת נפש מסתכם ב- 25 מליון ₪ (500 * 50,000).
- ה. סך כל הנזק לציבור מסתכם ב- 53 מליון ₪.

טענות המבקש

36. המבקש יטען כי המשיבה אינה ולא הייתה רשאית לנהוג כמתואר לעיל. התנהלות המשיבה פוגעת באופן חמור ובוטה בצרכנים, באמון שיש להם ביצרנים, בתחושת הביטחון שיש להם כאשר הם רוכשים מוצרים מסוגו של המוצר ובאוטונומיה של הרצון שלהם.
- אל לו לבית המשפט להסכין עם התנהלות מעין זו. על בית המשפט הנכבד לשלוח מסר ברור למשיבה ולכל היצרנים האחרים - לצרכן הזכות לדעת מה בדיוק הוא צורך ואין להטעותו בעניין זה.

37. המבקש יטען כי פעולותיה ומחדליה של המשיבה כמתואר לעיל גרמו לו ולחברי הקבוצה נזקים כמפורט לעיל. על בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבה להטיב את נזקיהם של חברי הקבוצה.
38. משמעות פעולת המשיבה היא הטעיית הלקוחות. הטעיית הלקוחות הינה בהצגת מצג השווא לפיו המוצר עשוי משוקולד בעוד שבפועל מדובר לכל היותר במוצר "בטעם שוקולד". הטעייה זו גרמה וגורמת ללקוחות לנזק. יודגש כי על פי הוראות חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 די למבקש שיראה כי לכאורה נגרם לו נזק (סעיף 4 (ב)(1) לחוק). כפי שראינו מדובר בהטעייה בוטה ומכוונת - מחד ציון המילה "שוקולד" באותיות גדולות "במרכז התמונה" ומאידך ציון רכיבי המוצר באותיות קטנות הרבה יותר - אף קטנות מהגודל המינימלי שבתקן.
39. לעניין הוכחת הטעיית חברי הקבוצה ניתן יהיה למנות מומחה מטעם בית המשפט שיערוך סקר בין לקוחות המשיבה (סקר טלפוני או באמצעות סוקרים ליד המדפים במרכולים) בדבר שיעורם של החברים בקבוצה שרכשו את המוצר לאור ההצהרה בדבר היותו עשוי משוקולד. להערכת המבקש מדובר ברובם של רוכשי המוצר.
40. ההטעייה שהטעתה המשיבה את המבקש ואת שאר צרכני המוצרים הינה גם בניגוד לאיסור שנקבע בסעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן") הקובע כי אסור לעוסק לעשות כל דבר העלול להטעות את הצרכן בעניין מהותי.
- להסרת ספק, כאשר מדובר במזון הרי תכולתו ומרכיביו הם עניין מהותי. גם המחוקק סבר שכל אחד מהמהות, המרכיבים, השם וההתאמה לתקן של המוצר הם עניינים מהותיים (סעיף 2(א)(1), (2), (7) ו- (11) לחוק הגנת הצרכן). ודוק, אין ולא יכול להיות ספק שהשאלה האם המוצר עשוי באמת משוקולד ולא מחומרי טעם ו/או רכיבים מלאכותיים אחרים היא שאלה מהותית שהרי ת"י 36 אוסר במפורש לכנות מוצר בשם "שוקולד" אם אינו עונה לדרישות המפורטות באותו תקן.
- זאת ועוד, סעיף 2 (ב) לחוק הגנת הצרכן (כמו גם ת"י 1145) אוסר על מכירת מוצר שיש בו הטעייה.
41. המבקש ויתר צרכני המוצר הוטעו לחשוב שהמוצר שהם רוכשים עשוי משוקולד. בפועל דובר במוצר נחות שהוא למעשה מוצר אחר.
42. התנהלותה של המשיבה אינה עולה בקנה אחד עם הסטנדרט שהיא עצמה מתהדרת בו שהרי באתר האינטרנט של המשיבה התהדרה היא בשקיפות הגינות ובעיקר יושרה.
43. המשיבה עברה גם על הוראת סעיף 3(ב) לחוק הגנת הצרכן שכן ניצלה את בורות הצרכן בקשר להוראות התקן. כמו כן הפרה המשיבה את האיסור להטעות בתווית שעל גבי המוצר כאשר ציינה שמדובר בשוקולד - ראה סעיף 21 לפקודת בריאות הציבור (מזון) (נוסח חדש), תשמ"ג-1983.
44. תוצאת ההטעייה היא הסכמת המבקש ויתר הצרכנים לרכוש מוצר נחות בתכונותיו מזה שחשבו שהם רוכשים ולשלם בעבורו את המחיר ששולם עבורו.
45. כאמור לעיל, ההטעייה וגילויה גרמו למבקש ויגרמו לכל חבר בקבוצה לעגמת נפש רבה עקב התסכול, העלבון, תחושת חוסר האונים והפגיעה בבטחון שרחש ליצרנים.
46. בעניין ע"א 1338/97 תנובה נ' ראבי (פורסם בבנו) נקבע שזק מסוג זה הוא בר-פיצוי וכי הטעייה מסוג זה מהווה פגיעה באוטונומיה של הפרט. כידוע, בעניין תנובה הנ"ל דובר בהחדרת סיליקון לחלב, אולם כב' השופטת נאור מצאה לנכון לציין שאותה פגיעה ואותה תחושת עגמת נפש (גועל) יהיו מנת חלקו של מי שביקש לצרוך חלב דל שומן וצריך בפועל חלב שבו שיעור השומן גבוה (בע' 682 לפסה"ד). בענייננו מדובר במוצר שהוא תחליף זול ולא טבעי המכיל חומרי טעם מלאכותיים.
- כך גם כב' השופטת פרוקצ'יה אשר קבעה שם כי "הצגת מוצר כדל שומן בעוד שלמעשה הוא רב שומן" עשויה להוליד נזק לא ממוני.
47. הנזק שנגרם למבקש וליתר חברי הקבוצה הוא גם נזק בלתי ממוני המתבטא בפגיעה באוטונומיה של הפרט כתוצאה מצריכת המוצר שלא ביקש לצרוך. להסרת ספק הגדרת המונח נזק בפקודת הנזיקין כוללת גם אבדן של נוחות, רווחה גופנית או חיסור מהם. הנזק נובע גם מתחושת הכעס ואובדן האמון ביצרני מזון שנוצרה אצל המבקש כאשר נודע לו שהוטעה ע"י המשיבה.

48. אף סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי אין מניעה לתבוע בתביעה ייצוגית פיצוי בגין נזק שאינו ממוני.
49. העילה של פגיעה באוטונומיה של הפרט הוכרה למשל בע"א 2871/93 מיאסה עלי דעקה נ' בית חולים כרמל בהקשר של ביצוע הליך רפואי ללא הסכמה. בפרשת תנובה נקבע כי פגיעה ביכולתו של הצרכן להחליט מה להכניס לפיו היא ברת תביעה.
50. התנהגותה של המשיבה כמתואר לעיל מהווה גם חוסר תום לב מצידה. יודגש כי על המשיבה מוטלת חובת תום לב מוגברת מכוח מעמדה המיוחד כיצרנית מזון ותיקה ומובילה.
51. המבקש יטען כי משמעות האמור היא גם התעשרות שלא כדין של המשיבה על חשבונם של הצרכנים ועשיית עושר ולא במשפט על ידי המשיבה אשר חייבת בחובת ההשבה של כל הסכומים שנגבו על ידה שלא כדין כאמור. מדובר בהתעשרות שכן המשיבה גרמה לכך שהצרכנים ירכשו מוצר שאלמלא ההטעה חלקם לפחות (להערכת המבקש - רובם) לא היו רוכשים או לחילופין רוכשים בתדירות נמוכה יותר.
52. מדובר כמובן גם בהפרת הסכם שהרי בין הצרכנים ובין המשיבה נכרת הסכם, לפיו הציעה המשיבה לצרכנים לרכוש שוב ושוב מוצר מסוג מסוים כאשר בפועל לא מדובר באותו סוג של מוצר. בגין הפרת ההסכם יש לחייב את המשיבה הן בפיצוי והן בהשבה.
53. למותר לציין שמדובר גם בהפרת חובה חקוקה.
- ההוראות שהופרו הן לפחות סעיף 21 לפקודת בריאות הציבור (מזון) (נוסח חדש), תשמ"ג-1983, סעיף 7(א) לצו הפיקוח על מצרכים ושירותים (סימון מוצרים) התשי"ב-1950, הסעיפים מתי"י 1145 שהוזכרו לעיל ובעיקר ההוראות שהזכרנו מתקן ת"י 36. הנזק שנגרם לצרכנים הוא מסוגו של הנזק שהתכוונו אותם חיקוקים למנוע והצרכנים הם אלה שעליהם ביקש המחוקק להגן בחיקוקים אלה.
54. על מנת לחסות תחת כנפי עוולת הפרת חובה חקוקה יש להראות קיומם של חמישה יסודות (ראה פס"ד ועקנין בעמ' 139): (א) קיום חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק (ב) החיקוק נועד לטובתו של הניזוק (ג) המזיק הפר את החובה המוטלת עליו (ד) ההפרה גרמה לניזוק נזק (ה) הנזק אשר נגרם הוא מסוג הנזקים אליו נתכוון החיקוק.
55. בנוגע להיותו של חיקוק כזה שנועד לטובת הניזוק נקבע בעניין ועקנין כי "חיקוק בא לטובתו או להגנתו של אחר, אם אותו חיקוק קובע נורמות ורמות התנהגות, אשר נועדו להגן על האינטרסים של הפרט" (שם, בעמ' 141).
56. בענייננו קיימת חובה עפ"י הוראות הדין שהוזכרו, הוראות הדין נועדו לטובת הצרכן, הן הופרו ע"י המשיבה ונגרם לצרכן נזק שהוא בדיוק הנזק אליו התכוון המחוקק.
57. כאמור, התנהלות המשיבה כמתואר לעיל גרמה וגורמת למבקש ולחברי הקבוצה נזקים והפסדים כמפורט לעיל, מהווה הפרת הסכם, הינה בניגוד להוראות חוק מפורשות וגרמה להתעשרות שלא כדין של המשיבה על חשבון המבקש ועל חשבון חברי הקבוצה בבחינת "זה נהנה וזה חסר".
58. המבקש יטען כי האמור לעיל נכון גם לגבי כל שאר צרכני המוצר. לגבי המבקש, כמו גם לגבי כל אחד משאר צרכני המשיבה לבדו, מהווה הפגיעה שנפגע פגיעה זעומה אולם לגבי המשיבה מדובר בפגיעה אשר העשירה את קופתה שלא כדין במיליונים רבים של שקלים.
59. המבקש יטען כי האמור והמתואר לעיל מהווה פגיעה בזכויותיהם של חברי הקבוצה כבעלי חוזה, כלקוחות וכצרכנים ולאור מחדליה של המשיבה לתקן את הפגיעה שפגעה המשיבה בזכויותיהם של חברי הקבוצה זכאים חברי הקבוצה שתהיה מיוצגת על ידי המבקש, לקבלת תשלום פיצוי ו/או השבה מן המשיבה.

פנייה אל המשיבה

60. טרם הגשת תביעה זו פנה המבקש אל המשיבה בבקשה לקבלת הבהרות לאי ההתאמה בין הוראות התקן וכינויו של המוצר בכינוי "עוגת שוקולד". בתשובת המשיבה הודתה המשיבה שלא מדובר במוצר העשוי משוקולד אך טענה שת"י 36 לא חל על המוצר.

העתק מכתב המבקש ותשובת המשיבה מצ"ב כנספחים "ה" ו - "ו" בהתאמה המהווים חלק בלתי נפרד מהתצהיר התומך בבקשה זו.

הסעדים הנתבעים

61. לאור האמור לעיל, הסעדים המגיעים לכל אחד ואחד מחברי הקבוצה הם השבה כהחזר של הסכום ששולם עבור המוצר שרכש וכן פיצוי בגין הפרת ההסכם, בגין פגיעה באמונו של הצרכן ביצרן של מוצרי מזון, עגמת הנפש עקב הפגיעה באמון ועקב הידיעה שהוא ו/או בני ביתו צרכו מוצר שאינו זה שהוטעו לחשוב שהם רוכשים והפגיעה באוטונומיה של הפרט. כמו כן זכאי כל חבר בקבוצה והציבור בכלל כי יוצא צו המורה למשיבה לתקן את דרכיה ולשנות את האופן בו היא מציגה ומכנה את המוצר כך שיתאים לדרישות הדין כמפורט לעיל.

אישור התובענה כייצוגית

62. המבקש יטען כי הוא זכאי להגיש את תביעתו כנגד המשיבה ואף זכאי לכך שתביעתו תוכר כתובענה ייצוגית בשם הקבוצה כהגדרתה לעיל. המבקש יטען כי תביעתו היא תביעה רצינית ובעלת סיכויי הצלחה סבירים ואף למעלה מכך. לעניין זה ראה האמור בעניין ת.א. (י"ם) 574/93 וינבלט נ' בורנשטיין, ת.א. (ת"א) 417/94 דיצר ואח' נ' טיבון ויל אחזקות בע"מ, ת.א. (ת"א) 1365/95 לוי נ' נסיונל חברה ישראלית לביטוח בע"מ, ת.א. (י"ם) 15/94 גבריל ואח' נ' אליאנס חברה לצמיגים בע"מ וכן ת.א. (ת"א) 2204/98 המועצה הישראלית לצרכנות ואח' נ' החברה המרכזית ליצור משקאות קלים בע"מ.

63. המבקש יטען כי יש לו עילה אישית וכי עילתו משותפת לו ולכל חברי הקבוצה.

64. המבקש יטען כי כל טענה מטענותיו יש לראותה כאילו נטענה מפי כל אחד ואחד מחברי הקבוצה.

65. המבקש יטען כי הקבוצה כוללת למיטב ידיעתו כ - 50,000 איש ואישה לפחות.

66. המבקש יטען כי גודלה של הקבוצה וכן הגדרת הקבוצה המחילה לגבי כל חברי הקבוצה מכנה משותף עובדתי ומשפטי מהווים, בין היתר, צידוק לאישורה של התביעה כתובענה ייצוגית. בעניין זה ראה האמור במאמרו של כב' השופט לויט "תביעה ייצוגית לפי חוק ניירות ערך" הפרקליט מב (תשמ"ו) 465.

67. המבקש יטען כי במהלך הדיון בתביעתו ידונו שאלות מהותיות עובדתיות משפטיות אשר הן משותפות לו ולכל חברי הקבוצה. המבקש יטען כי אין צורך כי כל השאלות תהיינה משותפות אלא שמספיק יסוד משותף כפי שמתקיים באופן מובהק בעניין הנדון. לעניין זה ראה האמור ברע"א 4556/94 רמי טצת נ' זילברשץ, ת.א. (ת"א) 1134/95 שמש נ' רייכרט ות.א. (ת"א) 19/92 זת נ' טבע.

68. המבקש יטען עוד כי קיים סיכוי סביר כי השאלות העובדתיות והמשפטיות המהותיות תוכרענה לטובת הקבוצה.

69. המבקש יטען כי השאלות המהותיות של עובדה המשותפות למבקש ולשאר חברי הקבוצה הן אלה:

א. האם כונה המוצר "עוגת שוקולד"?

ב. האם המוצר עשוי משוקולד?

70. המבקש יטען כי השאלות המהותיות של משפט המשותפות למבקש ולשאר חברי הקבוצה הן אלה:

א. האם המשיבה הפרה את הוראות התקנים ודברי החקיקה שנזכרו לעיל?

- ב. האם הייתה המשיבה זכאית לכנות את המוצר "עוגת שוקולד" או שהיה עליה לכנותו "עוגה בטעם שוקולד"? ?
- ג. האם משמעות הדבר כי המשיבה עיוולה כלפי המבקש וחברי הקבוצה בעוללת הפרת חובה חקוקה ו/או הפרה חוזה ו/או עשתה עושר ולא במשפט ו/או הטעתה את הציבור?
- ד. מה הן ההשלכות המשפטיות של האמור לעיל?
71. המבקש יטען כי קיימת אפשרות סבירה, אם לא למעלה מכך, כי השאלות המהותיות של עובדה ומשפט המשותפות למבקש ולשאר חברי הקבוצה תוכרענה בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה. ראה לעניין זה האסמכתאות שנוכרו בסעיף 62 לעיל.
72. המבקש יטען כי תובענה ייצוגית הינה הדרך היעילה, ההוגנת, העדיפה והמוצדקת ביותר להכרעה במחלוקת ולבירורן של השאלות העובדתיות והמשפטיות המצוינות לעיל.
- לעניין זה ראה למשל האמור בעניין זה נ' טבע, ת.א (ת"א) 21558/92 המ' 12600/92 אנליסט אי.אמ.אס ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' מדינת ישראל ובזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, ת.א. (ת"א) 916/96 המ' 10177/96 ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, ת.א. (ת"א) 16/97 המ' 188/97 זימבר נ' עירית תל - אביב יפו, ת.א (ת"א) 7/97 המ' 241/97 רייניש נ' רשות השידור, ת.א. (ת"א) 11464/91 אקרמן נ' מיטלמן, המועצה הישראלית לצרכנות נ' החברה המרכזית ליצור משקאות קלים בע"מ וכן מאמרו של סטיב גולדשטיין "תביעת יצוג קבוצתית - מה ועל שום מה?" משפטים ט (תשל"ט) 416.
73. המבקש יטען כי תביעתו כנגד המשיבה כשרה ומתאימה להתברר כתובענה ייצוגית בשם הקבוצה בין היתר בשל כל אחת מן הסיבות המנויות להלן לבדה ועל אחת כמה וכמה בשל הצטברותן של סיבות אלה או חלק מהן.

ואלה הסיבות:

- א. השאלות העובדתיות שיש לבררן הן פשוטות וזהות לגמרי ביחס לכל חברי הקבוצה.
- ב. השאלות המשפטיות שיש לבררן גם הן פשוטות וזהות לגמרי ביחס לכל חברי הקבוצה.
- ג. הסכום המגיע לכל אחד מחברי הקבוצה נמוך באופן יחסי ולפיכך לא יטרח אף לא אחד מחברי הקבוצה להגיש תביעה אישית רגילה בגינו. על אחת כמה וכמה כשמדובר בתביעה נגד חברה מבוססת כל-כך דוגמת המשיבה.
- ד. הסכום המגיע לכל אחד מחברי הקבוצה נמוך כל כך עד שלרוב הגשת תביעה אישית רגילה בגינו תחייב תשלום אגרה בשיעור ניכר ביחס לסכום שיתבע וזאת בנוסף להוצאות אחרות, שכי"ט עו"ד, טירחה, אובדן ימי עבודה וכיוצא בזה.
- ה. באם יגיש כל אחד מחברי הקבוצה את תביעתו באופן אישי יגרום הדבר למעשה לסתימת עורקיה של מערכת המשפט ולקריסתה בעוד שהתובענה הייצוגית תתברר בהליך אחד.
- ו. באם יגיש כל אחד מחברי הקבוצה את תביעתו באופן אישי עלול הדבר לגרום להחלטות סותרות של בתי משפט שונים בעוד שבהליך של תובענה ייצוגית תתקבל הכרעה אחת.
- ז. לאי-אישורה של התובענה כייצוגית מטעם זה או אחר, למרות הכרה בעילתו האישית של המבקש, משמעות אחת והיא שהמשיבה אשר אחראית לנזק שנגרם לעשרות אלפי אזרחים תצא נשכרת שכן לא תצטרך לפצות את כל הניזוקים.
- ח. אישורה של התביעה כתובענה ייצוגית לא יזכה אף לא אחד מחברי הקבוצה בזכות שלא היה זוכה בה בתביעה אישית רגילה.
- ט. אישורה של התביעה כתובענה ייצוגית לא ישלול מן המשיבה כל הגנה שהיתה זכאית לה בתביעה אישית רגילה.

י. קיים אינטרס ציבורי ברור כי תאגידים גדולים במשק יקפידו בקלה כבחמורה ולא יגרמו לציבור נזק מבלי להטיבו מתוך התבססות על ההנחה שהואיל ומדובר בסכום פעוט לא יטרח אף אחד מלקוחותיו של אותו ספק לנקוט בהליכים משפטיים שכן הוצאותיו וטירחתו יהיו בחינת יצא שכרו בהפסדו.

יא. אי - אישורה של תובענה זו כייצוגית יהווה בחינת משלוח מסר לגופים גדולים כי תושבי המדינה חשופים לשרירות ליבם של אותם גופים וכי אותם גופים אינם חייבים להקפיד ולדקדק בקוצו של יוד בקיום הוראות החוק.

יב. אי אישורה של תובענה זו כייצוגית יהווה בחינת משלוח מסר למשיבה עצמה כי היא רשאית להמשיך ולנהוג כפי שנהגה בכל הקשור לעניין נשוא בקשה זו.

יג. גם למשיבה עצמה עדיף לאין ערוך ולאין שיעור כי התביעה תאושר כייצוגית שכן אחרת עלולה היא להיחשף לעשרות אלפי תביעות בבתי משפט רבים ושונים בכל רחבי הארץ דבר שיגרום לה לטרחה ולהוצאות משפטיות ואחרות בשיעורים שיעלו על סכום הפיצוי הכולל לכלל חברי הקבוצה.

יד. כאמור בס"ק יג' לעיל, למשיבה לא יגרם כל נזק באם תאושר התביעה כייצוגית ואף אם כן - יש לבחון את נזקי המשיבה אל מול הנזק הכולל לשאר חברי הקבוצה ובמאזן נוחיות זה אין ספק כי הכף נוטה לזכות הקבוצה.

טו. גם אם יגרם למשיבה נזק עקב אישורה של התובענה כייצוגית הרי שנזק זה יגרם לה עקב מעשיה ומחדליה כך שממילא לא יהא לה אלא להלין על עצמה.

טז. גם אם יגרם למשיבה נזק הרי שתולדתו בגישת המשיבה לפיה הואיל ולכל אחד מיחיד הציבור נגרם נזק בשיעור כספי נמוך ביותר לא יטרחו אלה לאחוז כנגדה באמצעים משפטיים ולפיכך תוכל להתחמק ללא "עונש".

יז. גם אם יגרם למשיבה "נזק" הרי שאחרי ככלות הכל "נזק" זה הוא הצורך לפצות בגין נזק שנגרם עקב פעולתה שלא כדין.

יח. קיים אינטרס ציבורי מובהק כי גופים גדולים לא ינצלו לרעה את כוחם וכי כוחם והתנהגותם של גופים אלה יוגבלו ויפוקחו.

74. המבקש יטען כי הוא ייצג וינהל בדרך הולמת ובתום לב את עניינם של כל חברי הקבוצה וזאת בין היתר לאור העובדות הבאות:

א. למבקש נגרם נזק מאותו סוג ובאותו אופן כפי שנגרם לכל שאר חברי הקבוצה.

ב. המבקש נפגע מפעולותיה ומחדליה של המשיבה באותו אופן שנפגעו יתר חברי הקבוצה. אינטרס המבקש לקבלת הסעדים המבוקשים זהה באופן מוחלט לאינטרס של שאר חברי הקבוצה.

ג. המבקש בעצמו ו/או באמצעות באי כוחו, ייצג באופן הולם את עניינם של כל חברי הקבוצה.

ד. המבקש הגיש את תביעתו כנגד המשיבה בתום לב, מתוך אמונה בצדקתה ובסיכויי הצלחתה ומתוך אמונה שהצלחתה תהייה לטובת כל חברי הקבוצה.

ה. המבקש הוא הראשון והיחיד, למיטב ידיעתו, אשר פעל להשגת סעד כנגד המשיבה אשר יגרום למשיבה לפצות את חברי הקבוצה ולהימנע מגרימת נזק בעתיד.

לעניין היצוג ההולם ודרישת תום הלב ראה למשל האמור בעניין זה נ' טבע, בעניין וינבלט נ' משה בורנשטיין, האמור בעניין שמש נ' רייכרט ואח', האמור בת.א (ת"א) 937/95 המ' 7295/95 גולדשטיין נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, ת.א (ת"א) 1372/95 המ' 11141/95 ראבי נ' תנובה מרכז

שתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, האמור בעניין טצת נ' זילברשץ, גבריל ואח' נ' אליאנס חברה לצמיגים בע"מ, עניין דיצר ואח' נ' טיבון ויל אחזקות בע"מ וכן במאמרו של פרופ' בר-ניב (ברונובסקי) "גבולה של התובענה הצרכנית הייצוגית" עיוני משפט יט (1) 251.

75. לאור האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד לאשר ולהכיר בתביעת המבקש כנגד המשיבה כתובענה ייצוגית בשם הקבוצה שהגדרתה לעיל וכן ליתן הוראות מתאימות כמבוקש להלן.

76. לאור האמור לעיל בבקשה זו מתבקש בית המשפט הנכבד כדלקמן:
- א. להכיר בתביעת המבקש ולאשרה כתובענה ייצוגית.
 - ב. להגדיר את הקבוצה המיוצגת לצרכי התובענה הייצוגית.
 - ג. ליתן הוראות מתאימות, כפי שימצא בית המשפט הנכבד לנכון, בדבר אופן פרסום ההחלטה על אישורה של התובענה הייצוגית וכן לקבוע כי המשיבה תישא בהוצאות הפרסום.
 - ד. ליתן פסק דין המחייב את המשיבה בתשלום סכום התביעה וליתן את צו העשה המבוקש.
 - ה. לפסוק למבקש את גמולו בגין טירחתו בהגשת הבקשה והוכחתה בשיעור יחסי לשווי הסעד ממנו יהנו חברי הקבוצה. כמצוות תקנות תובענות ייצוגיות, תשי"ע-2010 יצוין כי לטעמו של המבקש השיעור הראוי הוא 5% משווי הסעד אם כי המבקש מותיר כמובן עניין זה לשיקול דעתו של בית המשפט הנכבד.
 - ו. לאשר לב"כ המבקש שינהל את התובענה הייצוגית בשם המבקש ובשם הקבוצה לקבל שכ"ט עו"ד בשיעור מסוים באחוזים כפי שיקבע ביהמ"ש, בצירוף מע"מ, משווי של הסעד אשר ממנו יהנו חברי הקבוצה. כמצוות תקנות תובענות ייצוגיות, תשי"ע-2010 יצוין כי לטעמם של ב"כ המבקש השיעור הראוי הוא 15% בצירוף מע"מ משווי הסעד אם כי ב"כ המבקש מותירים כמובן עניין זה לשיקול דעתו של בית המשפט הנכבד.
 - ז. לחייב את המשיבה בכל הוצאות המשפט של המבקש, אם תהיינה כאלה, לרבות אגרת בית המשפט - באם יחויב בתשלום אגרה.
 - ח. ליתן למבקש ולכל חברי הקבוצה כל סעד נוסף אחר ככל שימצא בית המשפט הנכבד לנכון וצודק בנסיבות העניין.

כללי

77. המבקש שומר על כל זכויותיו לעתור לתיקון בקשה זו או לחילופין להגיש בקשות נוספות אם וכאשר יתגלו לו פרטים נוספים בקשר לעובדות המתוארות בבקשה זו. בקשה זו נתמכת בתצהירו של המבקש.

אחרית דבר

לאור האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד לאשר ולהכיר בתביעת המבקש כתובענה ייצוגית בשם הקבוצה שהגדרתה לעיל, לדון בתובענה הייצוגית, ליתן לקבוצה את הסעדים כמבוקש בתביעה, לפסוק למבקש גמול בגין טירחתו כחלק יחסי משווי הסעד בו יזכו חברי הקבוצה ולפסוק את שכ"ט עורכי דינו של המבקש והקבוצה בשיעור מסוים באחוזים כפי שיקבע ביהמ"ש, בצירוף מע"מ, משווי הסעד בו יזכו חברי הקבוצה.

גולדנברג איל, עו"ד
ב"כ המבקש