|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית המשפט המחוזי במרכז-לוד** | | |
|  | | |
| ת"צ 20961-01-14 עמר נ' מאמי קר בע"מ ואח' | | 2 פבר 2015 20961-01-14 |
|  | | |
| **השופט** | פרופ' עופר גרוסקופף | |
|  | | |
| **המבקשת** | אסתר עמר ע"י עו"ד ישראל וולנרמן ו יחל בקר | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **המשיבה** | מאמי קר בע"מ ע"י עו"ד אודי הקר ו יונתן רפפורט | |

**פסק דין**

|  |
| --- |
| **(אישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית)** |

לפני בקשה לאישור הסדר פשרה בתובענה הייצוגית שבכותרת (להלן: "הבקשה" ו- "הסדר הפשרה", בהתאמה). עניינה של התובענה בטענת המבקשת כי המשיבה, יצרנית ומשווקת של משחות המיועדות למריחה על הפטמות במהלך ההנקה (להלן: "המשיבה"), הפרה את הוראת משרד הבריאות המחייבת בעל רישיון לשיווק ומכירה של משחות מהסוג האמור לציין על גבי האריזה כי יש להסיר את המשחה טרם ההנקה. מהטעמים שיפורטו להלן סברתי כי יש מקום לאשר את הבקשה, ולתת להסדר הפשרה תוקף של פסק דין.

**א. רקע**

1. ביום 12.1.2014 הגישה המבקשת, באמצעות באי כוחה, תובענה ובקשה לאישורה כתובענה ייצוגית (להלן: "בקשת האישור"). על פי הנטען בבקשת האישור המשיבה שהינה יצרנית ומשווקת של משחה המיועדת למריחה על הפטמות של נשים מניקות בשם "LANOLIN BREASTFEEDING" (להלן: "**המשחה**"), הפרה את הוראת משרד הבריאות מיום 12.12.2010 לפיה עליה לציין על תווית המשחה הנחיה כי "יש להסיר את שאריות הקרם לפני הנקה". יתרה מכך, על פי בקשת האישור לא זו בלבד שהמשיבה נמנעה מלציין את הצורך בהסרת המשחה טרם ההנקה, כמתחייב מהוראת משרד הבריאות, אלא שהיא ציינה באופן פוזיטיבי על אריזת המשחה ובפרסומים באינטרנט כי אין צורך לעשות כן (וראו נספח ג' לבקשת האישור). על פי הנטען בבקשת האישור, בעשותה כן הטעתה המשיבה את המבקשת, ושאר חברות הקבוצה, בכל הנוגע לטיב ומהות המוצר ובהתאמתו לתקנות ולהנחיות משרד הבריאות, ובכך פגעה באוטנומיה של חברות הקבוצה להחליט אילו מוצרים ימרחו על גופן ואילו מוצרים יכנסו לגוף תינוקותיהן. המבקשת העריכה את נזקה בסך של 1,120 ש"ח המורכב מ - 120 ש"ח בגין עלות קניית שתי משחות ו - 1,000 ש"ח בגין הפגיעה באוטונומיה הנובעת מן ההטעיה. נזקה של הקבוצה הוערך בסך של 56,000,000 ש"ח.
2. עוד בטרם הוגשה תשובת המשיבה הגישו הצדדים לבית המשפט ביום 9.7.2014 בקשה משותפת לאישור הסדר הפשרה (להלן: "הסדר הפשרה הראשון"). במסגרת הסדר הפשרה הראשון פירטה המשיבה את טענותיה ביחס לבקשת האישור והן בתמצית: המשיבה סבורה כי אין כל הצדקה רפואית להורדת המשחה טרם ההנקה, וכי לא נגרם כל נזק לחברות הקבוצה שלא הסירו את המשחה; כי למשיבה טענות בקשר להנחיות משרד הבריאות ולהנמקתו בדבר הצורך ברישום ההנחיה על גב אריזת המוצר; כן טענה המשיבה כי היא החלה למכור את המוצר נשוא בקשת האישור בחודש ינואר 2011, וסברה באותה עת שהוראת משרד הבריאות תשונה. ואולם, בחודש אוקטובר 2011, משנוכחה לראות שמשרד הבריאות אינו משנה את ההנחיה, שינתה את האריזות של מוצריה, כך שיכללו את ההנחיה בדבר הסרת המשחה טרם ההנקה; עוד נטען כי הכמות הכוללת של משחות שנמכרו על ידי המשיבה ללא ההנחיה הנדרשת היה נמוך ועמד על 1000 – 2000 אריזות. במסגרת הסדר הפשרה הראשון הסכימו הצדדים כי המשיבה תעניק פיצוי לציבור בדרך של תרומת 1,000 אריזות של משחות מתוצרתה למחלקות יולדות בבתי חולים ברחבי הארץ. כן הסכימו הצדדים כי המשיבה תישא בתשלום גמול למבקשת בסך 15,000 ש"ח ובשכר טרחת באי הכוח המייצגים בסך 40,000 ש"ח בתוספת מע"מ.
3. בדיון שהתקיים ביום 10.7.2014 הורתי לפעול ביחס להסדר הפשרה הראשון בהתאם להוראות סעיף 18(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו – 2006 ותקנה 12 (ד) לתקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע – 2010. דהיינו, על פרסומו של הסדר הפשרה הראשון לציבור ועל העברתו להתייחסות היועץ המשפטי לממשלה, לממונה על הגנת הצרכן וליועץ המשפטי של משרד הבריאות.
4. בדיון שהתקיים ביום 22.9.2014 לא התייצבה מי מחברות הקבוצה ולא הוגשו התנגדויות. עמדת היועץ המשפטי לממשלה, אשר הוגשה על ידי עו"ד שמרית סמג'ה ביום 17.11.2014, היתה כי היועץ המשפטי לממשלה מתנגד להסכם הפשרה מחמת היותו בלתי סביר, בלתי הוגן ואינו מיטיב עם חברות הקבוצה. בין היתר עמדה ב"כ היועץ המשפטי לממשלה על הבאים: ראשית, כי מקורה של ההנחיה המקצועית של משרד הבריאות הוא בכך שהמשחה נשוא התובענה איננה מזון ועל כן בליעתה על ידי תינוק אינה רצויה; שנית, כי לא נערכו ניסויים על תינוקות על מנת לבחון האם עלול להיגרם נזק כתוצאה מאי הסרת שאריות המשחה; שלישית, כי הדרישה לציין על גבי המוצר כי יש להסיר את שאריות המשחה קיימת מזה כעשור, על פי מדיניות כללית שהייתה נהוגה במחלקת התמרוקים במשרד הבריאות, ואשר קיבלה תוקף בהתאם להנחיה בעניין זה אשר פורסמה מטעם משרד הבריאות ביום 12.12.2010; רביעית, כי הרישיון לתמרוק אשר הונפק למשיבה ביום 23.12.2010 הותנה במפורש בתניה לפיה על גבי תוויות המוצר יופיע הכיתוב "יש לשטוף היטב את איזור הפיטמה לפני ההנקה ולהוריד את שאריות הקרם"; חמישית, כי לא היה בסיס להנחת המשיבה לפיה ההנחיה תשונה וממילא לא היה בכך כדי לפטור את המשיבה מחובת מילוי ההנחיה וההתניה ברישיון; שישית, באשר להיקף המכירות סברה ב"כ היועמ"ש כי לא ניתן כל הסבר מניח את הדעת באשר לאופן חישוב כמות המשחות שנמכרו, ולא הוצג כל מסמך או חוות דעת המאשרים נתונים עובדתיים אלו; שביעית, העלתה ב"כ היועמ"ש השגות בקשר עם השווי הנטען של התרומה, וציינה כי זו צריכה להיגזר מעלות הייצור עבור הנתבעת ולא על פי עלות המוצר לצרכן; שמינית, ב"כ היועמ"ש שבה והעלתה את הסתייגות היועמ"ש מפיצוי הניתן בדרך של תרומה לכלל הציבור (להבדיל מפיצוי ישיר לחברות הקבוצה). כן סברה ב"כ היועמ"ש כי הנתבעת מפיקה רווח מעצם מתן התרומה על דרך של העצמת המוניטין ופרסום דבר התרומה, וכי במקרה כמו זה בו עסקינן בתרומת מוצרים צומחת לה גם תועלת פרסומית ושיווקית. עוד נטען כי מנגנון הפיצוי המוצע משדר מסר שגוי, שכן המוצר נשוא התובענה איננו מוצר חיוני או תרופה אלא תמרוק שיעילותו לא הוכחה.לאור כל אלו סברה ב"כ היועמ"ש כי יש לקבוע פיצוי ראוי והוגן לחברות הקבוצה, וככל שלא ניתן לאתרם, ראוי יותר כי המשיבה תתרום למחלקות היולדות סכום כסף שישמש לרווחת היולדות או לצרכי מחקר במקום תרומת משחות. כן סברה ב"כ המשיבה כי יש למנות בודק אשר יבחן את כמות המשחות שנמכרו בפעול על ידי הנתבעת, וכי שיעור שכר הטרחה המוצע הוא גבוה יתר על המידה ואינו עולה בקנה אחד עם פסיקת בית המשפט העליון בעניין זה.
5. המשיבה הגישה התייחסות לעמדת היועמ"ש ביום 4.12.2014 ואילו באי הכוח המייצגים הגישו התייחסותם ביום 8.12.2014. במסגרת התייחסותם הודיעו באי הכוח המייצגים כי אינם עומדים על בקשתם לאישור הסדר הפשרה הראשון באותה מתכונת.
6. ביום 10.12.2014 קיימתי דיון במסגרתו הצעתי לצדדים את ההצעה הבאה להסדר פשרה:**"תועבר תרומה כספית בהיקף של 80,000 ש"ח למחלקות יולדות בבתי חולים ממשלתיים לפי בחירת הצדדים. שכר הטרחה יופחת ל- 15,000 ש"ח בתוספת מע"מ. הגמול למבקשת יופחת ל- 10,000 ש"ח. המשיבה תגיש תצהיר המפרט את דרך חישוב כמות המוצרים שנמכרו ללא האזהרה."** באי כוח הצדדים הודיעו במהלך הדיון כי הצעת בית המשפט מקובלת עליהם. ב"כ היועמ"ש הגישה עמדתה ביום 24.12.2014. במסגרת זו הודיעה ב"כ היועמ"ש כי אין לה התנגדות למתווה שהוצע על ידי בית המשפט, בכפוף לכך שהתרומה תינתן לצרכי מחקר במסגרת שני בתי חולים ממשלתיים לכל הפחות, על פי בחירת הצדדים, ואשר רלוונטיים למחלקת יולדות ולא כתרומה כללית.
7. ואכן, ביום 31.12.2014 הגישו הצדדים הסדר פשרה מתוקן בהתאם למתווה שהוצע על ידי בית המשפט ולאור הודעת ב"כ היועמ"ש.ב. עיקרי הסדר הפשרה
8. להלן עיקרי הסדר הפשרה, שהוגש לאישור בית המשפט ביום 31.12.2014 (להלן: "הסדר הפשרה"). למען הסר ספק מובהר כי בכל מקרה של סתירה בין התיאור שיובא להלן לבין נוסח הסדר הפשרה, יגבר נוסח הסדר הפשרה (אלא אם מהקשר הדברים עולה כוונה אחרת).
   * הגדרת הקבוצה – הקבוצה בשמה הוגשה התובענה הייצוגית הוגדרה מחדש בהסדר הפשרה כ-"כל מי שר[כ]ש ב- 7 השנים שקדמו להגשת התביעה ועד היום את המשחה LANOLIN BREASTFEEDING המשווקת על ידי המשיבה, מבלי שעל גב אריזת המשחה צוינה ההגבלה בדבר הסרת המשחה קודם להנקה על פי הנחיות משרד הבריאות".
   * עילת התביעה – עילת התביעה פורטה ב"הואיל" הראשון להסכם הפשרה כלהלן:"ועניינה של בקשת האישור הינו בטענת המבקשת בקשר למשחת הנקה LANOLIN BREASTFEEDING המיוצרת על ידי המשיבה (להלן: משחת ההנקה"), לפיה המשיבה הפרה את הוראת משרד הבריאות מיום 12.12.2010 המחייבת את בעל הרישיון לשווק ו[ל]מכירת משחת הנקה, לציין על גבי אריזת המוצר כי: "יש להסיר את שאריות הקרם לפני הנקה" (להלן: "הוראת משרד הבריאות")".
   * התחייבויות המשיבה – התחייבות המשיבה על פי הסדר הפשרה נוסחה בסעיף 3 כלהלן: "... מוסכם כי המשיבה תעניק פיצוי לציבור בדרך של תרומה בסך של 80,000 ש"ח לבתי החולים תל השומר, הדסה ואיכילוב (להלן: "התרומה"). התרומה תשמש לצרכי מחקר בקשר למחלקת יולדות.בנוסף מתחייבת המשיבה שלא למכור את משחת ההנקה ללא שעל גב אריזת המוצר יהיו רשומים מלוא ההנחיות בדבר הסרת המשחה קודם להנקה וזאת על פי הוראות משרד הבריאות, כפי שיהיו מעת לעת."
   * ויתור **– סעיף 7 להסדר הפשרה קובע כי הסדר הפשרה יהווה ויתור סופי ומוחלט מצד חברות הקבוצה על כל טענה ו/או דרישה ו/או זכות ו/או עילה הנובעים ו/או כרוכים עם איזו מהטענות ו/או הדרישות הכלולות בכתבי הטענות מטעם המבקשת. ואולם, הואיל ונוסח זה רחב יתר על מידה, אבהיר בזאת כי הוויתור יחול ביחס לעילת התביעה כפי שהוגדרה בהסדר הפשרה.**
   * המלצה לעניין גמול ושכר טרחה **– הצדדים הסכימו כי המשיבה תישא בתשלום גמול למבקשת בסך 10,000 ש"ח ובשכר טרחת באי הכוח המייצגים בסך 15,000 ש"ח בתוספת מע"מ.** ג. אישור הסדר הפשרה
9. הסדר הפשרה מבוסס על מתווה שהוצע על ידי בית המשפט ועל כן בוודאי מהווה לשיטתי הסדר "ראוי הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה". השיקולים אשר עמדו לנגד עיני היו הבאים:
   * **סיכויי התביעה**: אף שבנסיבות העניין סיכויי התביעה אינם מבוטלים, לא ניתן לומר כי אין סיכון שבקשת האישור תדחה. כפי שפורט בעמדת היועמ"ש, לא נערכו מחקרים המצביעים על נזק העלול להיגרם כתוצאה מאי הסרת שאריות הקרם. במצב דברים זה, ובתאם לעילת התובענה כפי שנוסחה בבקשת האישור, הפגיעה לה טוענת המבקשת היא פגיעה באוטונומיה. כידוע, ההלכה בעניין זה, בתחום התובענות הייצוגיות, אינה מסתפקת בעצם הפגיעה בזכות הבחירה של חברי הקבוצה, אלא מחייבת הוכחת קיומו של נזק תוצאתי כתוצאה מפגיעה זו, בין אם מדובר בנזק ממוני ובין אם בנזק לא ממוני (ראו 10085/08 תנובה מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל (ניתן ב- 4.12.2011); ע"א 4333/11 סלומון נ' גורי יבוא והפצה בע"מ (ניתן ב- 12.3.2014); ע"א 8037/06 ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ (ניתן ב- 4.9.2014)). בשלב בו אנו מצויים, אין זה ברור אם יעלה בידי המבקשת להוכיח קיומו של נזק כזה, ומה יהיה היקפו.
   * **התועלת שתצמח לקבוצה מניהול ההליך:** למרבה הצער במקרים מסוג זה קם קושי של ממש לאתר את חברות הקבוצה, ולפצותן באופן המביא בחשבון את הפגיעה שנגרמה לכל אחת ואחת מהן. מתן פיצוי על דרך של תרומה הוא בבחינת כורח המציאות במקרים אלו, כאשר ברור לכל כי התועלת שמפיקות חברות הקבוצה מפיצוי זה היא מצומצמת (אף כי לא ניתן לומר שאיננה קיימת). יחד עם זאת סבורני כי בכל הקשור לשיקולי הרתעה מפני ביצוע עוולות דומות (הן על ידי המשיבה והן על ידי חברות אחרות) מתן תרומה בכסף מהווה אמצעי חשוב ויעיל. לזאת יש להוסיף את העובדה כי המשיבה תיקנה מיוזמתה את ההתוויה של מוצריה עוד בחודש אוקטובר 2011, והגבילה בכך את משך והיקף הפגיעה בחברות הקבוצה ובכלל ציבור הצרכניות. בסך הכל נמכרו מהמוצר, ללא האזהרה, מספר מצומצם של יחידות (כ- 3000 מוצרים לפי תצהיר מנהלת החברה, גב' טלי ונגוש-בירון שצורף להסדר הפשרה), ועניין זה משפיע מטבע הדברים על התועלת שבניהול הליך של תובענה ייצוגית.
10. השיקולים שצוינו לעיל, בצד עמדת ב"כ היועמ"ש, שנטלה חלק פעיל בגיבוש הסדר פשרה מתוקן, העדר התנגדויות או בקשות לצאת מן הקבוצה, מובילים אותי למסקנה כי יש מקום לאשר את הסדר הפשרה כמבוקש, ולתת לו תוקף של פסק דין.ד. מינוי בודק ופרסום הסדר הפשרה
11. במקרה שלפני מצאתי כי ניתן לאשר את הסכם הפשרה ללא מינוי בודק, וזאת הן לאור העובדה כי מתווה ההסדר הוצע על ידי בית המשפט והן לאור העובדה כי אינני רואה כיצד מינוי בודק יועיל לבחינת ההסדר, בשים לב לאופן הפיצוי ולקיומו של תצהיר מגובה בדו"חות מכירה מטעם מנהלת המשיבה המתייחס להיקף המכירות של המוצר ללא האזהרה.**ה. גמול לתובע המייצג ושכר טרחה לבא כוחו**
12. כאמור בדיון ביום 10.12.2014 הצעתי כי הגמול למבקשת יעמוד על סך של 10,000 ש"ח ושכר טרחת באי הכוח המייצגים יהיה 15,000 ש"ח בתוספת מע"מ. שיעורים אלו משקפים להערכתי יחס הולם בין גובה התרומה המהווה את הפיצוי שנפסק לקבוצה לבין שיעורי הגמול ושכ"ט וזאת בשים לב לשלב הדיוני בו מצוי ההליך, להשקעה שנדרשה עד כה מבאי הכוח המייצגים, ובשים לב להערות ב"כ היועמ"ש.ו. סוף דבר
13. לאור האמור הריני מאשר את הסדר הפשרה, בהתאם למפורט בפסק דין זה.
14. הצדדים יפרסמו, על חשבון המשיבה, הודעה בדבר אישור הסדר הפשרה בהתאם לסעיף 25(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות בשניים מארבעת העיתונים היומיים הנפוצים בישראל. נוסח ההודעה וגודלה יובאו על ידי הצדדים לאישור בית המשפט בתוך 7 ימים ממועד מתן פסק דין זה.
15. התרומה, כהגדרתה בסעיף 4 להסדר הפשרה, תבוצע בתוך 60 ימים ממתן פסק דין זה.
16. הגמול למבקשת, כאמור בסעיף 12 לעיל, ישולם בתוך 30 ימים ממתן פסק דין זה. שני שליש משכר טרחת באי הכוח המייצגים ישולמו בתוך 30 ימים ממתן פסק דין זה והיתרה תשולם תוך 10 ימים ממתן החלטה בדבר השלמת ביצוע הסדר הפשרה.
17. הצדדים ימסרו לבית המשפט הודעה בדבר השלמת ביצוע הסדר הפשרה עד ליום 3.5.2015. בהודעה זו יפורטו הסכומים שהועברו כתרומה והמועדים בהם הועברו התרומות לכל אחד מיעדי התרומה.
18. **המזכירות תעביר פסק דין זה למנהל בתי המשפט לשם רישומו בפנקס התובענות הייצוגיות. תז"פ 10.2.15, 4.5.2015ניתן היום, י"ג שבט תשע"ה, 2 פברואר 2015, בהעדר הצדדים.** 