<u>בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים</u>

רע"א 4193/22

לפני:	כבוד השופט ע' גרוסקופף
המבקשת:	מעדני מניה רשתות מסחר 2000 בע"מ
	נ ג ד
המשיב:	רומן גנקין
	בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 27.4.2022 בת"צ 31230-10-20 שניתנה על ידי כבוד השופט העמית יגאל גריל
בשם המבקשת:	עו"ד עודד שטייף

<u>החלטה</u>

לפניי בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופט העמית יגאל גריל) מיום 27.4.2022 בת"צ 31230-10-20, במסגרתה התקבלה בקשה לאישור תובענה ייצוגית שהוגשה נגד המבקשת.

רקע והשתלשלות העניינים

1. ביום 18.10.2020 הגישו המשיב, רומן גנקין (להלן: המשיב), וגרגורי יז'מסקי (להלן: יז'מסקי, וביחד עם המשיב: מגישי הבקשה), בקשה לאישור תובענה כייצוגית נגד המבקשת, מעדני מניה רשתות מסחר 2000 בע"מ (להלן: המבקשת), וכן נגד מ.ח. מרכז המזון בע"מ (להלן: מרכז המזון), אלפא מגד פוד בע"מ (להלן: אלפא מגד) וסאלח דבאח ובניו בע"מ (להלן: סאלח דבאח, וביחד עם המבקשת, מרכז מזון ואלפא מגד: הרשתות), וזאת לפי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: החוק או חוק תובענות ייצוגיות): "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו" (להלן: בקשת

האישור). בבקשת האישור נטען כי בעת מכירתם של מוצרים על פי משקל, הרשתות מחייבות את לקוחותיהן גם על משקל האריזה של אותם המוצרים, וזאת בניגוד להנחיות הממונה על הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן, לפיהן יש להפחית ממחיר המוצר את משקל האריזה.

בתוך כך, מגישי הבקשה טענו כי במהלך החודשים יולי עד ספטמבר 2020 יז׳מסקי רכש מספר מוצרים הנמכרים על פי משקל בסניפים של מרכז המזון ושל אלפא מגד, והמשיב עשה כן בסניפים של המבקשת ושל סאלח דבאח. ואולם, התברר להם, כך נטען, כי ברכישות שביצעו בסניפים של הרשתות, משקל האריזה לא הופחת ממשקל המוצר, ובפועל הם שילמו עשרות ומאות שקלים בעבור אריזות. עוד הסבירו מגישי הבקשה, כי מתוך מטרה להסיר כל ספק כי הרשתות נוהגת באופן קבוע לחייב את לקוחותיהן בגין אריזות המוצרים, הם שכרו את שירותיו של שוהם ונזלבום (להלן: ונזלבום) אשר רכש למעלה מ-200 מוצרים ברובם המוחלט של סניפי הרשתות ברחבי הארץ. המוצרים שנרכשו על ידי ונזלבום נשלחו למעבדת לרית מדידות בע״מ (להלן: המעבדה), על מנת שזו תשקול את המוצרים הללו ואת אריזותיהם, כך שניתן יהיה להשוות בין משקל המוצרים והאריזות על פי תוצאות השקילה במעבדה לבין משקל המוצרים נטו שעל בסיסו חושב מחירם ברשתות. לגישת מגישי הבקשה, ממסקנות דו״ח המעבדה, אשר צורף לבקשת האישור, עולה כי הרשתות אכן אינן מפחיתות כלל או אינן מפחיתות באופן מלא את משקל האריזה ממוצריהן (להלן: דו״ח המעבדה). אי לכך, בבקשת האישור בית המשפט התבקש, בין היתר, להורות לרשתות לפצות את מגישי הבקשה, וכן את כלל חברי הקבוצה, בגין הנזקים שנגרמו להם, הן אלו המוניים והן אלו הלא מוניים, כתוצאה מההתנהלות המתוארת של הרשתות.

2. יצוין כי לאחר הגשת בקשת האישור, המשיב הגיע להסדר פשרה עם סאלח דבאח, במסגרתו האחרונה התחייבה להעניק הנחות לציבור בשווי כולל של 560,000 ש״ח במחירים של מוצריה הנמכרים על פי משקל. הסדר פשרה זה קיבל תוקף של פסק דין ביום 29.6.2021. כמו כן, יז׳מסקי הגיע להסדרי פשרה עם מרכז המזון ואלפא מגד, במסגרתו אלו התחייבו להעניק לציבור הנחות בהיקף של 833,000 ש״ח ושל 300,000 ש״ח, בהתאמה, במחירם של מוצרים הנמכרים על פי משקל בסניפיהן. הסדרי פשרה אלו קיבלו תוקף של פסק דין בימים 28.12.2021 ו-9.2.2022, בהתאמה. מנגד, המבקשת והמשיב לא הצליחו להגיע להסדר פשרה ביניהם, וההליך בעניינם התנהל כסדרו, עד למתן החלטת בית המשפט בבקשת האישור הנוגעת למבקשת.

3. עוד יצוין, למען תצא התמונה שלמה, כי נגד המבקשת הוגש בעבר הליך ייצוגי בעניין דומה, אך הוא הסתיים בהסתלקות המבקש דשם, תוך שהמבקשת הצהירה כי מדובר היה ב"טעות נקודתית" וכי היא מתחייבת להקפיד ולדאוג לכך שמשקל האריזה יופחת בעת מכירתם של מוצרים על פי משקל (ת"צ (מחוזי ב"ש) 42537-12-16 צור נ' מעדני מניה רשתות מסחר 2000 בע"מ (13.2.2018)).

החלטת בית משפט קמא

4. ביום 27.4.2022 קיבל את בית משפט קמא את בקשת האישור ככל שזו נוגעת למבקשת. בית המשפט קבע כי המשיב הוכיח, במידה הנדרשת לצורך שלב זה של ההליך, כי בחלק לא מבוטל מן המוצרים שנרכשו אצל המבקשת, משקל האריזה לא הופחת כלל, ולמצער הוא לא הופחת במידה מספקת. בתוך כך, בית משפט קמא ציין כי מדו"ח המעבדה עולה כי המבקשת לא הפחיתה את משקל האריזה במלואו ב-66 מתוך 78 המוצרים שנרכשו על ידי ונזלבום בסניפיה. עוד הטעים בית המשפט כי אף אם נתייחס לסטייה של עד כ-2% ממשקל המוצר ללא האריזה כטעות זניחה אשר לא מצדיקה ניהולה של תובענה כייצוגית, הרי שב-44 מתוך 78 המוצרים שנדגמו, שיעור הסטייה ממשקל המוצר נטו עלה על 2%, בהתאם לחלוקה הבאה: במוצרים שנארזו באריזות נייר אותרה סטייה כאמור ב-15 מוצרים מתוך 24 שנבדקו; במוצרים שנארזו באריזות ואקום זוהתה סטייה בשיעור הנזכר ב-21 מתוך 35 המוצרים שנדגמו; ובמוצרים שנארזו באריזות פלסטיק זוהתה חריגה של למעלה מ-2% במשקל המוצר ב-8 מתוך 12 המוצרים שנבדקו. מנגד, בית המשפט ציין כי באף מוצר אשר נארז באריזת שקית לא זוהתה סטייה של למעלה מ-2% ממשקלו. אי לכך, בעוד שביחס למוצרים שנארזו באריזות שקית בית המשפט קבע כי אין מקום לאשר את ניהולה של התובענה כייצוגית, ביחס למוצרים שנארזו ביתר האריזות פסק בית המשפט כי על פניו הנתונים מעידים על כך שאי ההפחתה ממשקל המוצר בשיעור הראוי איננה בגדר תקלת נקודתית אצל המבקשת, אלא המדובר בתופעה רוחבית, המצדיקה ניהולה של תובענה ייצוגית.

5. כמו כן, בית משפט קמא התייחס לטענת המבקשת לפיה ייתכן כי חלקי מזון נדבקו לאריזות המוצרים בשלב שקילתן במעבדה, וכתוצאה מכך תוצאות השקילה עוותו, והסביר כי בכל הנוגע לאריזות הפלסטיק, מעדותו של נציג המעבדה, מר זאב קליין (להלן: נציג המעבדה), עלה כי האריזות אשר נבדקו במעבדה היו חדשות ונקיות ותאמו את האריזות בהן נמכר המוצר. עוד ציין בית המשפט כי ממילא אף לגישת

המבקשת המשקל המינימלי של אריזת פלסטיק הוא 8 גרם, ומשקלה המינימלי של אריזת ואקום הוא 10 גרם, ומשכך ניתן היה לצפות כי יופחתו לכל הפחות 8 ו-10 גרם ממשקל המוצרים הארוזים באריזת פלסטיק ובאריזת ואקום, בהתאמה, ואולם לא כך נעשה. יתרה מזאת, בית המשפט הדגיש שאין לקבל את טענת המבקשת לפיה יש לדחות על הסף את בקשת האישור כיוון שהמשיב לא שמר אצלו את המוצרים והאריזות שנשקלו, כך שיהיה ביכולתה של המבקשת לבדוק את נכונות טענותיו. בהקשר זה, בית המשפט הדגיש כי מדו"ח המעבדה עולה כי השקילות שבוצעו במעבדה צולמו, וכי בהינתן שמרבית המוצרים שנשקלו הם מוצרי חלב, בשר ודגים הנוטים להתקלקל, אין זה מעשי לשמור את המוצרים הללו באריזותיהם. בית המשפט הוסיף כי מכל מקום רשימת המוצרים שנבדקו מופיעה בדו"ח המעבדה, ומשכך המבקשת יכולה הייתה לשקול מוצרים אלו באמצעות מומחה מטעמה, ולהגיש חוות דעת מתאימה.

6. לאור האמור, בית משפט קמא מצא כי מתקיימים במקרה דנן התנאים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות לקבלתה של בקשת האישור, ובפרט כי קיימת אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה, והורה על קבלת בקשת האישור ככל שזו נוגעת למבקשת, וזאת בעילות של הפרת חובת גילוי ואי הצגת מחיר האריזה, הטעיה צרכנית, עשיית עושר ולא במשפט, התרשלות והפרת חובה חקוקה.

על החלטה זו הוגשה בקשת רשות הערעור שלפניי.

בקשת רשות הערעור

7. במסגרת בקשת רשות הערעור, טוענת המבקשת כי בית משפט קמא התעלם מהאפשרות שנותרו שאריות מזון, שומן או רטיבות על האריזות שנשקלו, וכי לא נעשה כל ניסיון על ידי המעבדה לייבש את האריזות או לנגבן משאריות. לטענת המבקשת, כיוון שייתכן כי בעת שקילת האריזות אלו הכילו בתוכן שאריות כאלה או אחרות, יש מקום לגלות ספקנות ביחס לתוצאות השקילות שנערכו במעבדה. כמו כן, המבקשת גורסת כי בית משפט קמא שגה כאשר לא נתן משקל ראייתי לכך שהמשיב זרק את המוצרים שנרכשו בסניפיה של המבקשת ואת אריזותיהם, ולא אפשר לה לערוך בדיקות משלה ביחס למוצרים אלו. המבקשת מדגישה בהקשר זה כי הגם שנטען כי הבדיקות שנערכו במעבדה צולמו, צילומים אלו לא צורפו לחומר הראיות. עוד מוסיפה המבקשת כי אף אם היה למשיב קושי לשמור את האריזות ברשותו, היה עליו להגיש בקשה לבית המשפט להתיר לו לזרוק את הראיות בטרם עשה כן. כמו כן, לשיטת המבקשת, גם

בהגשת חוות דעת נגדית מטעמה לא היה כדי לסייע לה לסתור את טענות המשיב, שכן ביכולתו היה לטעון שדי בדוגמאות שהובאו על ידו בחוות הדעת מטעמו מהן עולה כי המבקשת אינה מפחיתה את משקל האריזות כראוי, על מנת לקבל את בקשת האישור. המבקשת מוסיפה כי בית משפט קמא לא נתן משקל ראייתי הולם לכך שמחקירתו של נציג המעבדה עלה כי אריזות הפלסטיק שנשקלו במעבדה לא היו האריזות אשר נרכשו בסניפי המבקשת. לתפיסת המבקשת, בהינתן שכלל לא ברור מה מקורן של אריזות אלו ומהיכן נרכשו, הרי שהחלק בדו"ח המעבדה שמתייחס למשקל אריזות הפלסטיק, צריך להיפסל לחלוטין. כמו כן, המבקשת טוענת כי בית משפט קמא קבע קביעות עובדתיות המנוגדות לחומר הראיות שהוצג לפניו, ובחר להציג את המקרים החריגים שבהם לא בוצעה הפחתה כראוי של משקל האריזה, ככאלו המשקפים את הכלל ולא את החריג.

8. עוד טוענת המבקשת כי בעוד שבית משפט קמא קבע כי ההפחתה הנדרשת ביחס לאריזות הפלסטיק היא של 8 גרם או יותר וביחס לאריזות הוואקום ההפחתה הנדרשת היא של 10 גרם או יותר, וכי ככל שבוצעו הפחתות אלו המבקשת פעלה כדין, הרי שבפועל בעת בחינת דו"ח המעבדה, בית המשפט סטה מהסטנדרטים הנזכרים, ולא בחן כלל את התקיימותם. המבקשת מסבירה כי בחינת הנתונים בהתאם לסטנדרטים אלו מביאה למסקנה כי בניגוד לקביעתו של בית משפט קמא לפיה הוכח שלא בוצעה הפחתת משקל כראוי ב-21 מתוך 35 מוצרים שנמכרו באריזות ואקום, בפועל בכמחצית מהמוצרים מהסוג הזה שנבדקו, הפחתת המשקל הייתה תקינה. כמו כן, וביחס לאריזות הפלסטיק, לגישת המבקשת, מבחינת הנתונים המופיעים בדו"ח המעבדה תחת הסטנדרט הנזכר עולה כי מתוך 12 המוצרים שנבדקו, רק במוצר אחד מסוג זה ייתכן שלא בוצעה הפחתה מלאה של משקל האריזה. בהמשך לכך, המבקשת טוענת כי פילוח הנתונים שעלו מדו"ח המעבדה באופן כולל בהתאם לסטנדרטים הנזכרים תוך חלוקה לסניפי המבקשת, הייתה מביאה למסקנה כי מתוך 12 סניפים אליהם התייחס הדו"ח, בארבעה סניפים בוצעה הפחתה של משקל האריזה ב-100% מהדגימות, בשלושה סניפים בוצעה הפחתת משקל ב-80% מהדגימות, בארבעה מקרים נוספים בוצעה הפחתה ברוב הדגימות, ורק בשני סניפים הפחתת המשקל שבוצעה לא הייתה מספקת. בנסיבות אלו, לגישת המבקשת, לא היה מקום לאשר את ניהול התובענה הייצוגית ביחס לסניפים שפעולתם נמצאה תקינה. לבסוף, המבקשת טוענת כי בית משפט קמא שגה כאשר מצא לאשר ניהול תובענה ייצוגית ביחס לאריזות הנייר, מבלי להידרש לממצאי דו"ח המעבדה ביחס לאריזות אלו.

דיון והכרעה

9. לאחר שעיינתי בבקשת רשות הערעור על נספחיה, הגעתי למסקנה כי דין בקשת רשות הערעור להידחות, ללא צורך בתגובת המשיב.

10. כידוע, השאלה האם יש ליתן רשות ערעור על החלטה המאשרת בקשה לניהול תובענה כייצוגית, תוכרע בהתאם לאיזון בין שיקולים שונים, וביניהם משמעות קבלת התובענה הייצוגית מבחינת הנתבע; משקלן של השאלות, המשפטיות והעובדתיות, המתעוררות במסגרת בקשת רשות הערעור ביחס לשאלות שנותר לדון בהן בגדר התובענה הייצוגית; וסיכויי בקשת רשות הערעור (ראו: רע"א 8761/09 סלקום ישראל בע"מ נ' פתאל, פסקה 5 (6.5.2010); רע"א 9171/10 חברת בזק בינלאומי בע"מ נ' **Myrna Mandap**, פסקה 4 (19.9.2012); רע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ, פ"ד סו(1) 633, 649 (2013)). סבורני כי יישומם של השיקולים הנזכרים על נסיבות המקרה דנן מביא למסקנה כי אין המדובר באחד מאותם המקרים בהם מוצדק לתת רשות ערעור.

11. ראשית, לא נטען לפניי, וממילא לא הוכח, כי קבלת התובענה הייצוגית במקרה דנן, צפויה להסב למבקשת נזק קשה או בלתי הפיך. שנית, השאלות שנותר לדון בהן במסגרת ניהול התובענה הייצוגית הן שאלות עובדתיות ומשפטיות פשוטות באופן יחסי, אשר אינן טמונות בתוכן מורכבות מיוחדת המצדיקה כי ערכאת הערעור תידרש כבר עתה לבחינתו של המקרה דנן, בטרם השלימה הערכאה הדיונית את הדיון בתובענה כולה. שלישית, גם בחינתן של טענות המבקשת לגופן מביאה למסקנה כי סיכויי בקשת רשות הערעור אינם גבוהים.

12. כך, ביחס לטענה כי על המשיב היה לשמור את המוצרים והאריזות שנבדקו במעבדה, הרי שעל המשיב לא הייתה מוטלת כל חובה שבדין לעשות כן. המדובר במוצרי מזון שונים שנרכשו בסניפי המבקשת באופן אקראי, אשר להם כשלעצמם אין חשיבות יוצאת דופן המצדיקה את שמירתם. זאת ועוד, דומה כי שמירת מוצרי מזון שהם פסידים מטבעם אינה מעשית, ומכל מקום ספק אם יש בה תועלת של ממש לשחזור הבדיקה. בהקשר זה יודגש, כפי שציין בית משפט קמא, כי המוצרים והאריזות שנרכשו ונבדקו במעבדה פורטו בדו"ח המעבדה, ומעבר לדו"ח שהוגש, ולחקירת נציג המעבדה, גם נשמר תיעוד מצולם של השקילות המאפשר לבקר את אופן פעולתה של המעבדה מטעם המשיב.

13. אכן, כאשר נערכת בדיקה מסוג זה על ידי המשיב אין למבקשת אפשרות לשחזרה במדויק. ואולם, עניין זה נובע מטיבה של הבדיקה, ולא מכך שהמוצרים הנבדקים לא נשמרו. ככל שהמבקשת הייתה מעוניינת, כטענתה, לבצע בדיקה נגדית, לא היה דבר שמנע ממנה לעשות כן – דהיינו למנות בודק אמין מטעמה שהיה רוכש מבלי שיזדהה מוצרים שונים, על אריזותיהם, מסניפיה, ומבצע בדיקה של אופן שקילתם בסניפים. ככל שהמבקשת הייתה עושה כן, ומגישה לבית המשפט במסגרת תשובתה לבקשת האישור חוות דעת נגדית מטעמה שהייתה מלמדת על כך שהבדיקה עליה הסתמך המשיב בוצעה באופן תקין, הרי שבית המשפט היה נדרש להכריע במסגרת הדיון בבקשת האישור בין חוות דעת זו לבין דו"ח המעבדה, בהתבסס על מכלול הראיות בתיק, ובכלל זה מידת האמון שניתן לתת בדרך ביצוע הבדיקה. אפשרות אחרת שהייתה פתוחה לפני המבקשת היא להסכים כבר בשלב בקשת האישור למינוי מומחה מטעם בית המשפט שיבצע בדיקה כאמור. יחד עם זאת, בשלב זה של ההליך, וכאשר לפני בית המשפט לא מצויה כל חוות דעת הסותרת את הממצאים העולים מדו"ח המעבדה, אין בטענות בדבר שימור הדגימות ואופן עבודת המעבדה כשלעצמן כדי להביא למסקנה כי בית המשפט קמא לא היה רשאי להתבסס על הדו"ח שהוגש לצורך אישור ניהול התובענה כייצוגית. באופן דומה, לא סברתי כי יש בעובדה שנשקלו אריזות פלסטיק אחרות מאלו שנרכשו בסניפי המבקשת כדי לשנות ממסקנה זו.

14. עוד ראיתי לציין כי בניגוד לטענת המבקשת, בית משפט קמא לא קבע כי במוצרים הארוזים באריזות הפלסטיק והוואקום יש לבצע הפחתה של 8 ו-10 גרם, בהתאמה, וכי כל עוד המבקשת עשתה כן, הרי שהיא פעלה כדין. כל שנקבע על ידי בית המשפט הוא כי הפחתה של 8 ו-10 גרם במשקל המוצרים הארוזים באריזות אלו, היא ההפחתה המינימלית שיש לבצע, שכן אף לגישת המבקשת זהו המשקל המינימלי של אריזות הפלסטיק והוואקום. משמעות הדברים היא שככל שהמבקשת לא הפחיתה 8 ו-10 גרם ממשקלם של מוצרים אלו, הרי שהיא בהכרח הפרה את הוראות הדין, אך גם אם המבקשת אכן עשתה כן, לא ניתן להסיק מכך שהיא בהכרח לא הפרה את הוראות הדין. הסיבה לכך היא שייתכנו מצבים בהם משקלן של אריזות הפלסטיק והוואקום יהיה גבוה מ-8 ו-10 גרם, ומשכך היקף המשקל אותו נדרש יהיה להפחית באותם המקרים ממשקלם של המוצרים הארוזים על מנת לעמוד בהוראות הדין, יהיה גם הוא גבוה יותר. כמו כן, ובכל הנוגע לטענת המבקשת כי היה מקום להחריג מבקשת האישור את הסניפים בהם בוצעה הפחתה כנדרש, לא ראיתי מקום להיעתר לכך, שהרי ככל

שיתברר כי חלק מסניפי המבקשת פעלו כנדרש, הדבר יבוא לידי ביטוי בקביעת היקף הסעד לו זכאים חברי הקבוצה. לבסוף, בניגוד לטענת המבקשת, בית המשפט קמא אכן התייחס במסגרת החלטתו לנתונים המופיעים בדו"ח המעבדה ביחס לאריזות הנייר, וקבע כי ב-15 מתוך 24 המוצרים שנארזו באריזות נייר, המבקשת לא הפחיתה את משקל האריזה כראוי (ראו פסקה כ"ו להחלטת בית משפט קמא). לאור האמור, לא מצאתי כי החלטת בית משפט קמא מגלה כל עילה להתערבות בשלב זה של ההליך.

15. סוף דבר: בקשת רשות הערעור נדחית איפוא. משלא נתבקשה תגובה, תישא המבקשת בהוצאות המשיב בסכום של 3,000 ש"ח בלבד.

ניתנה היום, י"ז באב התשפ"ב (14.8.2022).

ש ו פ ט