בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 56757-07-20 שמעון נ' שופרסל בע"מ

לפני כבוד השופטת לימור ביבי

מבקש **יצחק שמעון**
ע"י ב"כ עו"ד טל רכניץ

נגד

משיבה **שופרסל בע"מ**
ע"י ב"כ עוה"ד ירון רייטר, אלון סוקניק וזהר דרוקמן

פסק דין

לפני בקשה לאישור תובענה ייצוגית הנסבה על טענה ולפיה, המשיבה – שופרסל, מטעה את המבקש ואת הקבוצה, הואיל ומקום בו נמכרים על ידה מוצרי בשר ועופות (בשלמות או בחלקים) מכל הסוגים (בשר, כרעיים, כנפיים, כבדים, חזה עוף, וכו'), בין אם קפואים ובין אם טריים (להלן: "**מוצרי הבשר**" או "**מוצרי העופות**" או "**המוצרים**" לפי העניין), הארוזים מראש, במגשית/באריזה, הרי שבמקרה בו הרכישה של המוצר היא בכמות של יותר ממגשית אחת, מפחיתה המשיבה משקלה של מגשית אחת בלבד בעת התשלום בסניפיה.

לא זו אף זו, לטענת המבקש, המשיבה מעמידה למכירה מוצרי עוף טריים ארוזים מראש, המונחים במקררים בסניפי הרשת שלה. מוצרי העופות והבשר המשווקים בסניפי המשיבה הם של יצרנים שונים, כדוגמת "קהילות", "הידורים", "עטרה", ועוד. אולם, היצרנים אינם מסמנים את משקל תכולת האריזה על גבי המוצר, זאת למעט בחלק מן המוצרים של "קהילות" ו-"מחפוד", כך שהלכה למעשה, ברוב המקרים, המשיבה אינה מסמנת או מוודאת כי מוצרי הבשר והעופות המשווקים אצלה בסניפי הרשת מסומנים כדבעי, עם מדבקות תכולת המוצר (במשקל "נטו") כדין, באופן מסודר ושוטף. נוסף על כך, לטענת המבקש, במקרים בהם המוצרים מגיעים מסומנים במדבקות היצרן מראש, המציינים את תכולת האריזה במשקל "נטו", נשקלים המוצרים מחדש בקופה בסניפי רשת המשיבה, ומחויבים יחד עם האריזה, תוך התעלמות בוטה ממשקל הנטו שסימן היצרן על גבי האריזה. כן, מוסיף המבקש וטוען, כי בעת שלקוח רוכש את אותו מוצר ביותר מאריזה אחת, המשיבה מפחיתה את משקלה של אריזה אחת בלבד והלקוח נאלץ לשלם בגין משקלן של יתר האריזות.

<u>בהתאמה לטענות המבקש הוגדרו על ידו שתי קבוצות בבקשה:</u>

הקבוצה ראשונה – "כל הצרכנים אשר רכשו באותה רכישה יותר ממגשית אחת של מוצר מאותו סוג: עופות ו/או חלקי עופות (כרעיים, שוקיים, חזה וכו') ו/או מוצרי בשר שונים, קפואים או טריים, ששווקו על מדפי סניפי המשיבה (תחת המותג רשת הבת "יש חסד" או "יש בשכונה" ובכלל) במקררים ו/או במקפיאים, ונמכרו שם, כשהם ארוזים מראש, וזאת מיום פתיחת הסניף הראשון של המשיבה ועד למועד הגשת הבקשה דנן לאישור התובענה כתובענה ייצוגית" (להלן: "**הקבוצה הראשונה**").

והקבוצה שנייה – "כל הצרכנים אשר רכשו עופות ו/או חלקי עופות (כרעיים, שוקיים, חזה וכו') ו/או מוצרי בשר שונים, קפואים או טריים, ששווקו על מדפי סניפי המשיבה (תחת המותג רשת הבת "יש חסד" או "יש בשכונה" ובכלל) במקררים ו/או במקפיאים, ונמכרו שם, כשהם ארוזים בתוך מגשית מראש, ללא סימון תכולת משקל המוצר בערכי נטו ומחירו כדין, וזאת מיום פתיחת הסניף הראשונה של המשיבה ועד למועד הגשת הבקשה דנן לאישור התובענה כתובענה ייצוגית" (להלן: "**הקבוצה השנייה**").

<u>מבוא:</u>

1. <u>הסכם הפשרה בת"צ 34877-10-16 יצחק שמעון נ' שופרסל בע"מ (22/4/18)</u> (להלן: "**התובענה הקודמת**" או "**ההליך הקודם**"). לאור החשיבות להמשך, אציין כבר בפתח הדברים כי, ביום 27/10/16 פנה המבקש בתובענה ובבקשה לאשרה כייצוגית כנגד המשיבה, בטענה כי בסניפי רשת "יש" (להלן "**סניפי יש**") מטעה המשיבה את הלקוחות, משום שמוצרי הבשר והעוף הארוזים מראש, נשקלים יחד עם האריזה, כך שהלקוח משלם את מחיר המוצר גם עבור משקל אריזה. נטען כי מדובר בהפרת חובה חקוקה, הטעיה ועשיית עושר ולא במשפט.
ביום 27/11/17, הודיעו הצדדים בתובענה הקודמת כי הגיעו להסדר פשרה, אשר קיבל תוקף של פסק דין ביום 22/4/18.
התקופה הרלוונטית, כפי שנקבעה במסגרת ההסכם היא החל מחודש פברואר 2015 ועד חודש ינואר 2017 (ראו עמוד 2 לפסק הדין פסקה שנייה). בפסק הדין במסגרתו אושר הסכם הפשרה, צוין על ידי בית המשפט שהמשיבה איננה חולקת כי מחויבת היא לנכות את משקל האריזות, עוד צוין כי המשיבה הציגה נהלים קיימים, במסגרתם מוסדרת התנהלות המשיבה על מנת לאכוף חובתה זו.
תנאיי ההסכם כללו החזר כספי ללקוחות המשיבה בסך כולל של 690,000 ש"ח וכן, התחייבות המשיבה לריענון הנהלים. אשר להתחייבותה זו האחרונה של המשיבה, מצא בית המשפט לציין כי: " כאמור, הוצגו בפניי נהלים קיימים, כך שהתועלת מהתחייבות ערטילאית לרענון מוגבלת. עם זאת, בעקבות הערות ב"כ היועהמ"ש, נאותה המשיבה להתחייב למתן

הוראות בכתב לזכיינים בסניפים באשר לחובתם לקיים את נהלי המשיבה באשר לניכוי משקל אריזות, ויש לקוות שהתחייבות זו תקטין את הסיכון לתקלות בעתיד."

עוד נקבע על ידי בית המשפט כי סכום הגמול שישולם יעמוד על סך של 25,000 ש"ח, ושכר הטרחה על סך 125,000 ₪ בצירוף מע"מ. עוד נקבע כי:

"מחצית מסך הגמול ושכר הטרחה ישולמו על ידי המשיבה תוך 45 יום. היתרות ישולמו לאחר שתשלים המשיבה את מילוי התחייבויותיה לפי הסכם הפשרה, ובכפוף לאישור בית המשפט, לאחר שב"כ המבקש יודיע בהודעה הנתמכת בתצהיר וכן באישור מטעם רו"ח המשיבה כי קוימה במלואה התחייבות המשיבה למתן הנחה לטובת הצרכנים בסכום באופן שהוסכם."

חברי הקבוצה, עליהם יחול הסכם הפשרה נקבעו כ: "לקוחות סניפי "יש" שרכשו בסניפים בתקופה הרלוונטית להגדרתה לעיל, מוצרי עוף ובשר טרי ארוזים מראש."

במסגרת הסכם הפשרה נקבעו עילות התביעה עליהן יחול מעשה בית דין כדלקמן:

"העילות והסעדים שלגביהם יהווה הסדר הפשרה מעשה בית דין הם; הטעיה צרכנית לפי סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א -1981; התעשרות שלא כדין לפי סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט – 1979; והפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש), והכל בקשר הטענות המועלות בבקשת האישור באשר למוצרי עוף ובשר טרי ארוזים מראש שנמכרו בסניפי "יש" בתקופה הרלוונטית."

<u>יצויין כי בהמשך לפסק הדין, הוגש לבית המשפט תצהיר בא כוחו של המבקש (עו"ד רכניץ – שהוא גם בא כוחו בהליך זה) מיום 16/10/18, במסגרתו אישר בא כוחו של המבקש כי המשיבה השלימה ביצוע התחייבויותיה לפי הסכם הפשרה. משכך, ביום 1/11/18, אישר בית המשפט את תשלום המחצית השנייה של שכר הטרחה והגמול.</u>

<u>טיעוני המבקש בהליך זה בתמצית;</u>

2. **<u>במסגרת ההליך דנן טוען המבקש</u>**, כי לאחר אישור הסכם הפשרה בתובענה הקודמת, עלה בלבו החשד, בעקבות רכישה שבוצעה על ידי בתו, כי מקום בו נרכשים שני מוצרי עוף או בשר, הארוזים מראש ביותר מאריזה אחת - ואשר עליהם אין מדבקה של המשיבה (המציינת את משקל המוצרים, משקל האריזה וקובעת בהתאמה ברקוד, כך שבקופה לא נשקל המוצר אלא רק מועבר הברקוד ומשכך על פניו מקוזז משקל האריזה) - נשקלים מוצרים אלו בקופה ביחד ומקוזז ממשקלם רק משקל אריזה אחת. בעקבות כך, החל המבקש לבחון את רכישות מוצרים אלו, אשר בוצעו על ידו ועל ידי רעייתו ובתו. במסגרת הבקשה לאישור פירט המבקש 27 מקרים בהם לטענתו, פעלה המשיבה כאמור. לתמיכה בטענותיו אלו, צירף המבקש את כלל חשבוניות

הרכישה, המלמדות על החיוב בגין המוצרים האמורים; בחלק מהמקרים - סרטונים המתעדים את מחדלי המשיבה מהדבקת מדבקות על מוצרים אלו; בחלק מהמקרים - סרטונים המתעדים את פעולת השקילה המבוצעת על ידי קופאיי המשיבה; ובחלק מהמקרים - סרטונים המתעדים פעולות שקילה אשר בוצעו על ידי המבקש בביתו, מהן עולה - לטענת המבקש – כי קיימים פערים בין משקלי המוצרים המצוינים בחשבוניות הרכישה, לבין משקלם בפועל, פערים המלמדים שכטענתו, נוכה משקלה של אריזה בודדת בלבד.

3. בסיכומיו, טען המבקש כי בהתבסס על הראיות כפי שהוצגו על ידו, הוכח כי התנהלותה של המשיבה אינה בגדר טעות חד פעמית או מקרית, אלא מהווה מדיניות מפרה עקבית וזאת, הן של הדין, הן של נהלי המשיבה והן של הסכם הפשרה אשר קיבל תוקף של פסק דין בתביעה הקודמת, במסגרתה התחייבה המשיבה להקפיד על נהליה. אשר לנהלי המשיבה, אציין כי המבקש אינו חולק כי בהתאם להם על המשיבה לשקול את המוצרים ולאחר מכן לסמן את האריזות במדבקת המשיבה ועליה ברקוד, כך שבקופה לא יהא צורך לשקול מוצרים אלו אלא להעביר את הברקוד ותו לא וכן, בהתאם להם על הקופאי לשקול כל אריזה בנפרד.

4. בתמיכה לטענותיו אלו הפנה המבקש בסיכומיו לשלושה סוגי ראיות אשר הוצגו על ידו – החשבוניות, הסרטונים המתעדים את פעולת השקילה בקופה וסרטוני השקילה בביתו של המבקש. אשר לחשבוניות, טען המבקש כי הלכה למעשה מדובר בראיות המרכזיות שהוצגו על ידו, אשר הן ראיות עצמאיות המדברות בעד עצמן ודי בהן כדי לתמוך בטענתו. זאת הואיל ולטענת המבקש פערי המשקל העצומים, המשתקפים בחשבוניות הרכישה, יש בהם כדי להעיד כי המשיבה שקלה מספר מגשיות של אותו מוצר שקיל וארוז מראש ביחד וקיזזה שלא כדין רק מגשית אחת. בסיכומיו, מפנה המבקש, לשם תמיכה בטענתו זו לארבעה מקרים – האחד מיום 30/8/18 – רכישה אשר בוצעה על ידי בתו, במסגרתה חייבה המשיבה משקל של 2.811 ק"ג של חזה עוף כמוצר שנשקל במגשית אחת; השני מיום 8/11/18 – רכישה אשר בוצעה על ידי רעייתו של המבקש במסגרתה חייבה המשיבה על משקל של 2.811 ק"ג כמוצר שנשקל במגשית אחת; השלישי – מיום 13/12/18 – רכישה שבוצעה על ידי בתו של המבקש במסגרתה חייבה המשיבה על משקל של 4.919 ק"ג שוקיים עוף כמגשית אחת וכן, על משקל של 3.816 ק"ג חזה עוף כמוצר שנשקל במגשית אחת; והרביעי מיום 12/7/19 – רכישה שבוצעה על ידי בתו של המבקש, במסגרתה חייבה המשיבה על משקל של 2.968 ק"ג חזה עוף כמוצר שנשקל במגשית אחת. במסגרת הסיכומים נטען כי לא יכול להיות חולק שלא קיים מוצר שקיל וארוז מראש באריזה אחת במשקלים הנ"ל, כי מדובר במציאות שהיא בגדר "ידיעה שיפוטית" ומשכך, נטען כאמור כי החשבוניות מדברות בעד עצמן ומעידות על כך, שבמקרים האמורים, היו ארוזים המוצרים ביותר מאריזה אחת ואולם, למרות זאת נוכה בגינן רק משקל של אריזה אחת. במאמר מוסגר אציין כי בבקשה לאישור לא טען המבקש ל"ידיעה שיפוטית" באשר ליכולת לארוז מוצרים

במשקל גבוה באריזה אחת, אלא ששם טען כי קיימים משקלי מקסימום לכל אריזה, כך שחזה עוף "קהילות" משווק באריזה שמשקלה ברוטו בין 480 גרם ל- 890 גרם מקסימום ושוקיים עוף משווקים באריזה שמשקלה ברוטו בין 600 גרם ל – 780 גרם.
כהשלמה לטענתו ולפיה החשבוניות עומדות בפני עצמן, משיב המבקש לטענת המשיבה ובהתאם לה, החשבוניות אינן מהוות ראייה קבילה, בהינתן שמדובר ברכישות שבוצעו על ידי בתו ורעייתו של המבקש והואיל ואלו לא העידו, הרי שמדובר ב"עדות מפי השמועה". אשר לטענה זו טוען המבקש כי יש לדחותה מהטעם שבהיותו אפוטרופוס של בתו - הקטינה, הרי שהוא יכול להעיד בשמה ובמקומה בהליך המשפטי. נוסף על כך טוען המבקש כי ממילא הרכישות אשר בוצעו על ידי בתו, בוצעו כשלוחתו. עוד טוען המבקש כי ממילא מדובר בראיות שיש לקבלן וליתן להן משקל מקסימאלי בשלב זה של הדיון – קרי בשלב הבקשה לאישור התובענה הייצוגית, במסגרתו אין צורך לברר את ההליך עד תומו ולבחון את דיות הראיות.

5. יתרה מכך, לטענת המבקש, מבלי לגרוע מטענותיו ולפיהן החשבוניות הן בגדר ראייה משמעותית, עצמאית אשר יש ליתן לה משקל מקסימלי, שדי בו לשלב זה, הרי שהמבקש אף הוסיף והגיש סרטונים בתומכים בטענותיו.
בכל הנוגע לסרטונים, טוען המבקש ראשית, כי יש לדחות את טענותיה של המשיבה בדבר האותנטיות של הסרטונים, הנתמכת בחוות דעת מומחה מטעמה מר – יואב זילברשטיין (להלן: "**זילברשטיין**"). זאת הואיל ולטענת המבקש ממילא בפועל ולאחר חקירת זילברשטיין, התחוור כי לכל היותר מתייחסת חוות דעתו לעשרה סרטונים, קרי אין בה כדי לשלול את המהימנות של הסרטונים הנוספים – כ – 20 במספר. עוד נטען שזילברשטיין מצא פגם בכך שהקבצים הועתקו ממקום למקום, עדות העומדת בסתירה לעדותו ולפיה אנשים נוהגים לצלם ולהעביר קבצים ממקום למקום. יתרה מכך, לטענת המבקש, זילברשטיין הוסיף והעיד כי בפועל אין בעצם העברת הקובץ כדי לפגוע באמינותו, הואיל ועצם העתקת הקובץ אין בה כדי לשנות את הקובץ גופו. זאת ועוד, נטען כי מתוך העדות עולה שגם תאריך הצילום לא משתנה כאשר הקובץ מועתק. עוד לא הסביר זילברשטיין כיצד מדיה חיצונית משפיעה על אותנטיות הקובץ. מכל מקום, טוען המבקש כי מתוך עדותו של זילברשטיין ולפיה כאמור אנשים נוהגים לצלם ולהעביר תוכן למדיה אחרת, עולה כי לא ניתן לייחס למבקש כוונה להטעות את בית המשפט או לזייף נתונים. נוסף על כך טוען המבקש כי זילברשטיין לא סתר את העובדה שבשמות התמונה המקוריים מופיע תאריך צילום הזהה לתאריך השינוי שעל הקובץ עובדה שיש בה כדי להראות שלא בוצעה עריכה באיזה מהסרטונים. על כל אלו מוסיף המבקש וטוען כי זילברשטיין התנהל באופן שיש בו כדי לפגוע במהימנות שניתן לייחס לו, שעה שהעתיק קבצים אל דיסק קשיח ופתח ופרסם קבצים שאינם רלוונטיים להליך ובכך הפר את ההתחייבות לסודיות עליה חתם.

עוד מוצא המבקש להתייחס, בהקשר זה, לטענת המשיבה ולפיה הוא שינה קבצים במכשירים, לאחר שנקבע על ידי בית המשפט שלא יעשה כל שינוי. אשר לכך, נטען ראשית כי על המשיבה הטוענת טענה זו, רובץ נטל הוכחה גבוה מהנטל המוטל במשפט האזרחי. זאת ועוד, המבקש טוען כי הוא קיים אחר הוראות בית המשפט והראייה - שכאשר זילברשטיין נשאל על שינוי בתמונות לאחר הדיון - לא היה בידו להצביע ולו על מקרה אחד בו נעשתה מחיקה או עריכה של קובץ, אלא רק על מקרה בו היה שינוי גישה לקובץ אחד לאחר הדיון, שינוי שכל שיש בו להעיד הוא שהמבקש צפה בסרטון אחד בין מועד ההוכחות לבין מועד מסירת המכשירים. עוד טען המבקש כי הצהיר שיביא את המכשירים המקוריים לבדיקה ואולם, מעולם לא טען כי לא עשה סדר בכרטיס הזיכרון – ההיפך - הוא אף הודיע לבית המשפט כי בנותיו עושות סדר בכרטיסי הזיכרון והוא לא יאפשר זאת. מכל מקום, נטען כי לא הוכח שהוא חיבל בזדון במדיה הדיגיטלית.

לאור כל האמור, טוען המבקש כי יש להתייחס לסרטונים כראיות קבילות ואותנטיות ויש ליתן להם משקל מלא.

1. עוד טוען המבקש כי יש לדחות את טענותיה של המשיבה – אשר נתמכו בחוות דעת מומחה מטעמה, ד"ר אלכס לפק (להלן: "**לפק**") - בדבר השקילות אשר בוצעו על ידו בביתו ואשר תועדו בחלק מהסירטונים אשר הוגשו. אשר לחוות דעת זו, נטען כי אותם כשלים שמתאר לפק בשקילות אשר בוצעו על ידי המבקש - קרי המעלים ספקות באשר לסוגי המאזניים בהם השתמש המבקש, רמת דיוקם וההליך שביצע מרכישת המוצרים ועד לשקילתם – מתקיימים גם בבדיקות העצמיות שנערכו על ידי לפק. זאת, כאשר התחוור שלפק לא תיעד את המשקלים ששקל אלא רק בפתק שלא הוצג, שנית משהתחוור כי אף לפק עשה שימוש במאזניים לא מקצועיים והעיד כי המשקל המדויק אינו מעניין אלא השינוי במשקל ולבסוף משהתחוור כי המוצרים אשר נשקלו על ידי לפק סופקו לו על ידי המשיבה ומשכך, יש לקחת בחשבון את ההטיות הנובעות ממערכת יחסים זו, משהמוצרים שסופקו על ידי המשיבה אינם יכולים להיות אמינים ולא היה פיקוח על ההובלה. עוד נטען כי לפק חיווה דעתו בנושאים הסוטים ממומחיותו, עת סקר סטטיסטית את העיר בני ברק ואוכלוסייתה. נוסף על כך, לוקה חוות דעתו בכך שהוא למד את שלמד על השקילות שביצע המבקש מהסרטונים בלבד.

לאור כל האמור נטען כי גם השקילות אשר ביצע המבקש הן אמינות.

2. לטענת המבקש, נוסף על הראיות אשר הוצגו על ידו כמפורט לעיל, העיד הוא באופן שאינו נגוע בפגמים בהם נגועות עדויות המומחים מטעם המשיבה ומנהלה. כך, נטען כי בעדותו הסביר המבקש את מקור החשבוניות, ולעניין זה כפי שכבר נטען לעיל בדין הוא העיד במקום בנותיו,

שכן, הוא האפוטרופוס הטבעי שלהן והן פעלו בשליחותו. עוד נטען כי יש לדחות טענותיה של המשיבה בדבר חוסר תום לב כביכול של המבקש, המוצא ביטויו במחדלו מלדווח על הבדיקות שנעשו על ידו לבית המשפט בהליך הקודם. זאת, הואיל ולטענתו, הדיווח אשר נעשה על ידו לבית המשפט בהליך הקודם נסב על קיום הסכם הפשרה בכל הנוגע להטבה שנתנה המשיבה ללקוחותיה ונוסף על כך, לטענתו לאחר הסכם הפשרה, המשיבה החלה לקזז את משקל האריזות בעקבות תביעתו. בנסיבות אלו, טוען המבקש כי בדין הוא קיבל את החלק השני בגמול שנפסק לו. מבלי לגרוע מהאמור, מוסיף המבקש וטוען כי משהתחוור לו שהמשיבה מקזזת את משקלה של מגשית בודדת, במקרה בו נשקלות מספר אריזות של אותו מוצר, אסור היה לו להתעלם מכך. עוד נטען כי המשיבה מפרה את נהליה, את הסכם הפשרה ואת הדין ומשכך, לא ראוי כי תטען על ידה טענה של מעשה בית דין ובית המשפט אינו יכול להסב פניו נוכח הפרתה הבוטה וליתן להתנהלותה הכשר.

עוד טוען המבקש כי אין בכך שלא ידע להעיד אם הקפיא או לא הקפיא מוצר שנשקל, כדי ללמד על סתירה בעדותו, שכן, לא ניתן לצפות שהמבקש יזכור כל מוצר ומוצר ששקל. נוסף על כך נטען שיש לדחות את טענות המשיבה ולפיהן למבקש אין עילת תביעה אותנטית בשל כך שאסף ראיותיו, זאת הואיל ובפסיקה נדחתה טענה דומה.

3. המבקש טוען כי מנגד לראיות אשר הוצגו על ידו, המשיבה הציגה ראיות ועדויות אשר אין בהן כדי לשלול טענותיו. כך, נטען כי המשיבה העידה את מנהלה – מר דניאל ורדיגר (להלן: "**ורדיגר**"), אשר לטענת המבקש עדותו היתה סבוכה ומלאת סתירות פנימיות ולכן יש ליתן לה משקל מוגבל. זאת – לטענת המבקש – משורדיגר העיד מחד כי הסרטונים שהוצגו על ידי המבקש אינם אמינים ומאידך העיד כי אינו איש מקצוע לסרטונים; משנוסף על כך העיד ורדיגר כי הוא אינו מודע לגודלי האריזות וזאת, למרות שבהסכם הפשרה בהליך הקודם צוין מפורשות כי משקל האריזה נע בין 16 ל – 34 גרם; ולבסוף משטען שאין משקל מקסימום, כאשר הראיות שצורפו לכתב התשובה מלמדות ההיפך, הואיל ונראות בהן מגשיות השוקלות כקילוגרם כאשר האריזה מלאה ומשכך, לא יכול להיות שמגשיות אלו יכילו 3.8 או 4.9 קילוגרם עוף. עוד נטען כי מעדותו של ורדיגר עלה שהוא לא בקיא ביישום הנהלים ולא פועל כדי לוודא על אכיפתם, זאת הואיל והעיד למשל כי לא נערכו בדיקות סמויות, לא הופקו דו"חות ביקורת ויש רק שני אנשים חיצוניים לסניפים אשר מפקחים על הנהלים.

4. במאמר מוסגר אוסיף ואציין כי במסגרת בקשתו טען המבקש בנוסף כי המשיבה מפרה התחייבותה – כפי שפורטה לעיל – לשקול מראש את המוצרים האמורים ולהדביק על כל אריזה מדבקה עם ברקוד, אשר סריקתה בקופה מייתרת את הצורך בשקילת האריזה ומקזזת אוטומטית את משקל האריזה. יתרה מכך, נטען כי בחלק מהמקרים שנבדקו שבהם הייתה

מדבקת המשיבה, היה פער בין מדבקת היצרן לבין מדבקת המשיבה, באופן שמדבקת המשיבה הצביעה על משקל גדול יותר ושקילה שבוצעה על ידי המבקש לאחר מכן, לימדה כי בפועל המשקל שצויין על ידי המשיבה היה שגוי ולא היה בו כדי לקזז את משקל האריזה. אלא שעל טענה זו לא שב המבקש בסיכומיו ואין זאת אלא שזנחה. למעלה מן הצורך אציין כי ממילא לא פירט המבקש כל סעד כפועל יוצא מהפרה זו, לבד מטענה ולפיה בשל מחדלה של המבקשת מהדבקת מדבקותיה על המוצרים, נשקלו בקופה מספר אריזות ביחד, תוך שנוכה משקלה של אריזה בודדת בלבד – קרי שמחדל זה היווה הגורם להפרה הנטענת על ידי המשיבה.

5. בנסיבות כפי שתוארו לעיל, טוען המבקש כי מתקיימים כל התנאים לניהול תובענה כייצוגית במקרה דנן, זאת שעה שהוכח קיומן של שתי הקבוצות כפי שפורטו לעיל ומשהוכח כי המשיבה מפרה חובותיה על פי הדין ועל פי הסכם הפשרה. בהקשר לכך, מוסיף המבקש ומציין כי, בהינתן שהמשיבה הפרה התחייבויותיה לפי הסכם הפשרה, כמתועד ברכישות שבוצעו על ידו במשך שנתיים, הרי שיש בכך כדי להקים עילה חדשה עבור חברי הקבוצה. נוסף על כך, כפי שפורט לעיל, לטענת המבקש, הוא מייצג את הקבוצה בתום לב וביושר והוא אף מוכן להכיר בפעולות החיוביות והנכונות שעשתה המשיבה. עוד טוען המבקש כי יש לדחות את טענותיה של המשיבה בדבר העדר פנייה מוקדמת, שעה שניתן לראות בהסכם הפשרה, במסגרתו התחייבה המשיבה לחדד נהליה, משום פניה מוקדמת. נוסף על כך, נטען כי המשיבה היא שנהגה בחוסר תום לב שעה שהיא טוענת מחד שהמבקש עורך קניות מכוונות רבות ואולם, מאידך אלמלא ערך המבקש רכישות רבות, הייתה טוענת כי מדובר במקרים היוצאים מן הכלל. נוסף על כך נטען כי התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכריע בעניין זה מכיוון שהתובענה תאפשר לכלל חברי הקבוצה לקבל את הסעד ההולם לנזק, הואיל ובמסגרתה נתבע הנזק המצרפי וכן, בהינתן שהציבור נשוא הקבוצה משתייך בחלקו הגדול למגזר החרדי הידוע כמגזר צנוע.

6. ולסיום נטען כי קיימת אפשרות סבירה לכך שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה, בשים לב לטענות המבקש וראיותיו כפי שפורטו לעיל, זאת בעילות כדלקמן:

עילת ההטעיה מכוח חוק הגנת הצרכן – סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א – 1981 (להלן: "**חוק הגנת הצרכן**") הקובע איסור הטעיית צרכן בכל עניין מהותי בעסקה. לטענת המבקש, אין חולק, כי עצם מכירת מוצרים ללא מדבקות המציינות תכולת האריזה בערכי "נטו", וכן כאשר מקוזז משקל מגשית אחת בלבד, במקרה בו מוכרים מספר אריזות של אותו מוצר, מהווה הטעייה חמורה של ציבור הצרכנים בעניין מהותי.

הפרת חובה חקוקה – לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש). לטענת המבקש, המשיבה הפרה עוולה זו כאשר הפרה באופן מובהק את חובת הגילוי הקבועה בסעיף 4(א)(1) לחוק הגנת הצרכן, הקובע כי עוסק חייב לגלות לצרכן כל פגם או תכונה אחרת הידועים לו המפחיתים

באופן משמעותי מערך הנכס. לטענת המבקש, אין חולק, שמכירת המוצרים בדרך המתוארת לעיל מהווה תוספת מחיר אסורה וחיוב שלא כדין, ומשכך היה על המשיבה לגלות עניין זה לציבור צרכנייה כדבעי. זאת ועוד, לטענת המבקש, המשיבה אף מפרה את הוראות תקנה 5 לתקנות בריאות הציבור (מזון)(סימון) 1935 (להלן: "**תקנות בריאות הציבור**"), הקובעת כי חובה לרשום על כל חבילה המכילה אוכל באופן ברור את המשקל או הכמות הנכונים של החבילה, למעט העטיפה או כלי הקיבול שלה.
ועשיית עושר ולא במשפט – לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט – 1979 (להלן: "**חוק עשיית עושר**"). בהקשר זה, טוען המבקש, כי אין ספק, שהמשיבה, בפעולותיה ומחדליה, התעשרה על חשבון המבקש ויתר הקבוצה שלא כדין.

7. לטענת המבקש, הנסיבות כפי שפורטו, מקימות לו עילת תביעה אישית. את נזקו מעמיד המבקש על סך של 58.32 ש"ח בגין אי הפחתת משקל האריזות (מכפלת 60 אריזות במשקל ממוצע העומד על 27 גרם, במחיר 36 ש"ח, שהוא המחיר הממוצע לק"ג). עוד טוען המבקש לנזק הנובע מפגיעה באוטונומיה ועוגמת הנפש, בגין החיוב שלא כדין בסך של 5 ₪ לכל רכישה ובגין כך בסך הכל 135 ש"ח (מכפלת 27 המקרים ב – 5 ש"ח למקרה). בהתאמה, כלל הנזק האישי למבקש הועמד על 193.32 ₪.

8. אשר לנזקה של הקבוצה - במסגרת הבקשה טען המבקש כי מכתבה מיום 16/4/19 באתר "גלובס" עולה כי היקף המכירות השנתי של המשיבה בשנת 2018 עומד על כ-12.8 מיליארד ₪ בשנה. להערכת המבקש, ובשים לב לכך שהיקף המכירות לעיל מתייחס לחברת האם "שופרסל בע"מ", מעריך המבקש כי ברשתות הבת "יש חסד" ו"יש בשכונה" נמכרים מדי שנה מוצרי עוף ובשר קפוא וטרי ארוזים מראש בהיקף מכירות של כ- 440 מיליון ₪ בשנה (כ-4% בלבד מהיקף כלל מחזור הכנסות המשיבה, בהערכה שמרנית). כפי שפורט לעיל, לטענת המבקש, המשיבה מרוויחה על הוספת משקל המגשית 1 ₪ בממוצע למגשית ברכישה של יותר ממגשית אחת תוך הפחתת משקל אריזתה של מגשית אחת בלבד. נטען כי הואיל ומן המפורסמות הוא שרשתות הבת – "יש חסד" ו"יש בשכונה" פועלות בעיקר במגזר החרדי, שמטבע הדברים, וכידוע מורכב ממשפחות ברוכות ילדים, מניח המבקש כי הפגיעה בנסיבות כאמור הינה גבוהה במיוחד, שכן שכיח מאוד שהמבקש ויתר החברים בקבוצה נוהגים לרכוש כמות של אותו מוצר ביותר ממגשית אחת, בכל רכישה ורכישה בסניפי המשיבה.
משכך, לצורך חישוב הנזק הקבוצתי, ועל דרך השמרנות, מעמיד המבקש את נזקו של כל חבר קבוצה על כ-2% מסך הרכישות שביצע (על בסיס תכולה ממוצעת של אריזה של כ-800 גרם). בחישוב נתון זה, בהתבסס על היקף מחזור של 4% המיוחס למכירות מוצרי הבשר והעוף הארוזים מראש בסניפי המשיבה, המשיבה מרוויחה מדי שנה 8,800,000 ₪ רק בגין קיזוז של

משקל מגשית אחת בלבד במקרה של רכישת מוצר זהה ארוז מראש שנארז ביותר ממגשית אחת (440,000,000*2%). הואיל והמשיבה קיימת למעלה מ-7 שנים, המבקש הכפיל את הרווח השנתי שמרוויחה המשיבה על חשבון לקוחותיה שלא כדין ב-7 שנים- 8,800,000 * 7 = 61,600,000 ₪ וזאת, בערכי קרן בלבד, ועליו יש להוסיף הפרשי ריבית והצמדה.

נוסף על כך, לטענת המבקש, נגרמה לחברי הקבוצה גם פגיעה באוטונומיה ובכלל, בגין ההטעיה והפרת החובה החקוקה בשל אי סימון המוצרים ו/או אי קיזוז אריזת מוצר זהה, ועל כן נדרשת המשיבה לפצותם בסכום נוסף. היות שלמבקש אין את נתוני היקף המכירות של המשיבה, הוא העמיד את סך הפיצוי בגין עוגמת הנפש והפרת הוראות הדין, בסכום שמרני, על דרך האומדנא בלבד, על סך של 20 מיליון ₪.

נוכח האמור לעיל, סכום הפיצוי לכלל חברי הקבוצה וסכום התביעה עומד על סך 81,600,000 ₪.

9. כריכוז האמור, טוען המבקש כי הגיש את בקשת האישור בניקיון כפיים, מתוך תחושה של שליחות ציבורית לאור היקף הקבוצה ועוצמת הנזק. משכך, התבקש בית המשפט לאפשר לו לנהל את תובענתו כתובענה ייצוגית.

<u>טיעוני המשיבה בהליך דנן בתמצית:</u>

10. המשיבה מנגד פותחת ומדגישה כי גם ככל שתתקבלנה כלל טענותיו של המבקש – המוכחשות על ידה, הרי שיש ליתן את הדעת לכך שהסיטואציה בה עסקינן, אף לדידו של המבקש, היא סיטואציה מוגבלת בהצטבר נסיבות כדלקמן: מדובר במוצרי עוף (ולא בשר הואיל וזאת כלל לא הוכח), שארוזים מראש, מתוצרת יצרן ספציפי ("קהילות"), כאשר אין על האריזות מדבקה של המשיבה ועליה ברקוד והקופאי שקל אותם ביחד – שאז לטענת המבקש מנוכה ממשקל המוצר, משקלה של אריזה אחת.

אלא, שלטענת המשיבה, אף באשר לסיטואציה הנטענת, לא הוכיח המבקש את עצם קיומה ויתרה מכך, הציג מצג שווא, אשר לא הוכח ולפיו מדובר במדיניות מפרה של המשיבה (או כטענתו "כשל מערכתי"), בהבדל מתקלות נקודתיות. אשר למצג השווא כאמור, נטען כי המבקש עצמו הודה שלפחות "בפעמים רבות" שוקלים הקופאים את המוצרים אחד אחד ויתרה מכך, כי מקרים כאמור, אשר תועדו על ידו, לא צורפו לבקשה לאישור והלכה למעשה ראיות הנוגעות לכך, הוסתרו על ידי המבקש. בהקשר זה , המבקש אף עומת עם חשבוניות (אשר לא הוצגו על ידו) מהן עולה ברורות כי מוצרי העוף שנרכשו, נשקלו אחד אחד. נוסף על כך טוענת המשיבה כי המבקש הודה שכאשר ישנן מדבקות של המשיבה, מתבצע ניכוי משקל האריזות במלואו. נטען כי הן העובדות אשר הוסתרו על ידי המבקש - קרי כי קופאיי המשיבה מתנהלים כדין במקרים רבים בהם נתקל המבקש - והן עצם ההסתרה על ידי המבקש, יש בהם כדי להוביל

לדחיית טענותיו. זאת בהינתן שההסתרה מלמדת על חוסר תום ליבו של המבקש והראיות אשר הוסתרו מלמדות על כך שאין לו עילה. על כך מוסיפה המשיבה וטוענת כי, לאחר שהמבקש הודה בקיומם של מקרים "תקינים" רבים, לא הציג המבקש כל אומדן באשר למקרים ה"לא תקינים". נוסף על כך נטען כי המצג שהוצג על ידי המבקש בבקשה האישור, באשר לשיעור המקרים של אי סימון המדבקות, קרס וטענה זו נזנחה על ידו בסיכומיו.

יתרה מכך, לטענת המשיבה, ממילא - גם ככל שהתקלות הנקודתיות עליהן מצביע המבקש היו מוכחות על ידו, בשים לב לכך שלמשיבה עשרות סניפים ובהם מאות עובדים השוקלים ומסמנים אלפי מוצרים מידי שבוע וכדי לברר את טענות המבקש, יהא צורך לבדוק כל רכישה ורכישה – הרי שלא זו בלבד שלמצער הוכיח המבקש כי עסקינן בתקלות נקודתיות, אלא שאף אין בפנינו קבוצה שלגביה מתעוררות שאלות משותפות, שיהא יעיל והוגן לברר בתובענה ייצוגיות ומטעם זה דין הבקשה להידחות. זאת ועוד, נטען כי העילות נשוא התביעה מצריכות הוכחת נזק וקשר סיבתי ואף משום כך אין מקום לאשר את התביעה כייצוגית.

11. מבלי לגרוע מהאמור, נטען כי ממילא המבקש לא הרים את הנטל הראייתי המוטל עליו כמי שמתיימר לשמש כתובע ייצוגי. זאת הואיל ולטענת המשיבה, אין ממש בשלושת ראשי הראיות אשר הוצגו על ידי המבקש ולא מדובר בראיות אותנטיות, אלא בפרי "קישוש" ראיות במשך שנתיים ימים כדי לייצר תביעה.

ביתר פירוט, פותחת המשיבה וטוענת בנוגע לסרטונים שהוצגו על ידי המבקש כי אין לקבלם כראייה או ליתן להם משקל ראייתי וזאת, ראשית משלא הוגשו בהתאם לתנאי הקבילות שנקבעו בפסיקה לצירופם כראיות ויתרה מכך משהוכח כי הסרטונים חלקיים, מגמתיים, מבויימים ומבלי שיש בהם כדי לתעד את שרשרת הראייה (מהכניסה לסניף, עד לאיסוף המוצרים, המשך בשקילתם בקופה ותשלום בגינם וכלה בשקילתם בביתו של המבקש). זאת ועוד, נטען כי מתוך חוות דעתו של המומחה זילברשטיין – מטעם המשיבה – עלה מפורשות כי לא זו בלבד שהמבקש לא הציג את כלל המכשירים ששימשו לצורכי צילום הסרטונים (אשר חלקם בלבד הוצג ואף זאת רק לאחר פניות רבות בנושא והחלטות בית המשפט), אלא שהמבקש אף "התעסק" עם הקבצים, ערך את הסרטונים, העבירם ממקום למקום ויתרה מכך, אף ביצע מחיקה של קבצים, בניגוד מפורש להחלטת בית המשפט בנושא. אשר לכך, נטען כי מתוך חוות הדעת עולה מפורשות כי ניכר שבכרטיסי הזיכרון שהועברו לבדיקה, נעשו פעולות מכוונות שעשויות ללמד שקיים, או לפחות היה קיים, מידע ראייתי נוסף שהמבקש לא הציג. עוד טוענת המשיבה כי יש לדחות את טענתו של המבקש ולפיה חוות הדעת עסקה בפחות משמונה סרטונים, שעה שעולה מפורשות כי חוות הדעת עסקה ב – 17 קבצים. יתרה מכך, נטען כי מתוך 17 הקבצים ועל אף ניסיונות הסתרה שנעשו על ידי המבקש, התגלו 8 קבצים שאינם אותנטיים, עובדה שיש בה כדי להעלות חשד כבד גם לגבי יתר הסרטונים, בהתאם לחזקה ביחס לבעל דין

שנמצא משקר. בהקשר לחוות הדעת, טוענת המשיבה כי עדותו של זילברשטיין הייתה מהימנה ומקצועית ולא זו בלבד שלא נסתרה על ידי המבקש במסגרת חקירתו הנגדית, אלא שהמבקש אף בחר שלא להביא חוות דעת נגדית, הגם שבית המשפט נתן לו הזדמנות לעשות כן. לאור כל האמור נטען כי הסרטונים אינם קבילים כלל ולחלופין משקלם הראייתי אפסי. נוסף על כך, נטען כי בכל הנוגע לסרטוני הקופה, הרי שהגם שלטענת המבקש הקופאיות שקלו את המוצרים ביחד ואולם, נוכח משקל של אריזה בודדת, בפועל צורפו 3 סרטונים בלבד המתיימרים לתעד זאת, אשר כל שניתן לראות בהם הוא שאמנם המוצרים נשקלים ביחד ואולם, אין בהם כל אינדיקציה לכמה משקל נוכח בפועל.

12. בכל הנוגע לחשבוניות – טוענת המשיבה ראשית, כי מדובר בראיות שאינן קבילות ומהוות עדות מפי השמועה– הואיל ובחלקן הגדול מדובר ברכישות שבוצעו על ידי אשתו של המבקש ובנותיו, אשר לא הגישו תצהיר מטעמן. בהקשר לטענת המבקש, המבסס זכותו לכאורה להעיד במקום בתו, על חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, נטען כי טענה זו יש לדחות הואיל ולא זו בלבד שאין בסעיפי החוק אליהם הפנה המבקש היתר לאדם להצהיר במקום בנותיו, אלא שטענת המבקש מנוגדת לסעיף 1 לפקודת הראיות המורה כי כל אדם יכול להעיד וכי בהעדר הוראה אחרת הכל כשרים להעיד. בנסיבות אלו, נטען כי שומה היה על המבקש להעיד את בנותיו על מנת להציג חשבוניות הרכישות אשר בוצעו על ידן.

זאת ועוד, נטען כי ממילא החשבוניות כשלעצמן אינן יכולות לתמוך בטענות המבקש, שעה שהמבקש לא צירף ראיה בקשר לכמות המוצרים שנרכשו, בקשר למשקל המוצר עם ובלי האריזה, וגם לא תיעד את האריזה ללא מדבקה. כן נטען כי המבקש לא צירף שרשרת ראיות סדורה מרגע נטילת המוצר עד לרכישה בקופה, המבטיחה שלא הסיר מדבקות, החליף מוצרים וכו'. עוד נטען כי מתוך עדותו של ורדיגר (מנכ"ל המשיבה), עולה כי החשבוניות מלמדות על "בישול" שכן, הן כוללות משקלים גבוהים מהרגיל ודברים חריגים כגון סכום ביניים.

מבלי לגרוע מהאמור נטען כי טענתו של המבקש בדבר קיומו של משקל מקסימום לא הוכחה ואף הופרכה לרבות על ידי המבקש עצמו. כך, המשיבה מפנה לכך שבבקשתו טען המבקש מחד למשקל מקסימלי לאריזות חזה עוף או שוקיים ואולם, בסעיפים אחרים בתצהירו, מפורטות רכישות בהן נרכשו פריטים במשקל הגבוה ממשקל המקסימום הנטען. עוד נטען כי טענה זו אף נשללה בעדותו של ורדיגר, אשר העיד כי משקלם של המוצרים נע בטווח רחב ואין להם משקל מקסימום. נוסף על כך, נטען כי הגם שבבקשתו טען המבקש כי כל החשבוניות הצביעו על אותה תופעה, בפועל בסיכומיו זנח המבקש כמעט את כולן והותיר רק את 4 הרכישות שכללו את המשקלים הגבוהים ביותר.

זאת ועוד, בהקשר זה, מוסיפה המשיבה וטוענת כי מהימנות השקילות אשר בוצעו על ידי המבקש, הופרכה על ידי המומחה מטעמה לפק– שהוא מטרולוג מוסמך, בעל ניסיון של 50 שנים, אשר הוכיח כי לא ניתן להסתמך על השקילות הביתיות, מפאת הפגמים אשר נפלו בהן ובכלל כך - משהשקילות שבוצעו באמצעות מאזניים ביתיות שלא מתאימות לשקילה מלבד לשימוש ביתי ואין הוכחה לדיוקם, כיולם או תקינותם; משהליך הבדיקה, השקילה והתיעוד היה פגום מיסודו ומוטה (אשר לכך נטען כי בחלק מהמקרים נשקלו אריזות שספגו נוזלים או שהכילו קרח); משהשקילות לא בוצעו על ידי גורם מקצועי מוסמך; משהשקילות בוצעו בסביבה לא מבוקרת ומבלי תכנית דגימה אובייקטיבית שתתמוך במובהקות סטטיסטית. גם בהקשר למומחה זה, הוסיפה המשיבה וטענה כי עדותו הייתה מקצועית, מהימנה ולא נסתרה ויתרה מכך המשיבה הפנתה למחדלו של המבקש מהגשת חוות דעת נגדית לחוות דעת זו וזאת, הגם שבהתאם להלכה הפסוקה, יש להוכיח שקילות באמצעות חוות דעת. עוד הצביעה המשיבה על כך שהמבקש הודה כי אמנם ביצע השקילות במאזניים ביתיים. נוסף על כך נטען כי בחלק מהמקרים – כעולה מחוות דעת זילברשטיין - נמצאו פערי תאריכים בין מועדי הסרטונים המתעדים את השקילות לבין מועד צילומם, עובדה שיש בה כדי להשפיע על משקלי המזון. יתרה מכך, נטען עוד כי בחלק מהמקרים, מתוך השקילות עצמן עולה כי המאזניים של המבקש הציגו משקלים ותוצאות שונות וסותרות.

13. על כל אלו מוסיפה המשיבה וטוענת כי לא ניתן ליתן משקל לעדותו של המבקש, שעה שזה הודה כי הסתיר ראיות מבית המשפט, משחלקים נכבדים מעדותו מהווים עדות מפי השמועה, הואיל ועסקינן ברכישות שבוצעו על ידי בתו או אשתו וכן שעה שלטענת המשיבה עדותו של המבקש הייתה רצופת שקרים.

14. מנגד ובבחינת למעלה מן הצורך, טוענת המשיבה כי היא הוכיחה - באמצעות הראיות אשר הוגשו על ידה - כי היא פועלת כדין ובכלל כך, מנכה את משקל כל האריזות ומקפידה על הדבקת מדבקות של משקל המוצרים, הכוללות משקל הנטו ומחיר. אשר לכך, טוענת המשיבה כי עדיה העידו באופן קוהרנטי, שהותיר רושם ומהימנות ומשכך יש לייחס לעדותם משקל גבוה. כך, נטען כי ורדיגר, הציג נהלים מפורטים בדבר סימון ושקילת מוצרים, לרבות בקופה, על הדרכות ופיקוח המתבצעים לשם אכיפת הנהלים. בהקשר זה, הפנתה המשיבה לכך שנוהל המשיבה מורה מפורשות להעביר את המוצרים אחד אחד וכי חל איסור מוחלט על עבודה בהכפלות. נטען כי עדותו של ורדיגר והנהלים לא נסתרו וטענת המבקש ובהתאם לה ורדיגר אינו בקיא ביישום הנהלים נטענה בעלמא, שעה שהוא כלל לא נחקר על בקיאותו בנהלים ויתרה מכך, משנשאל על אכיפת הנהלים- מנה אחד לאחד את אמצעי הפיקוח. עוד הוסיפה המשיבה והבהירה – באשר לטענת המבקש באשר להתעלמות ממשקל הנטו שלעיתים מסומן על ידי היצרן – כי כעולה

מעדותו של לפק, הואיל ומדובר במוצרים שחשופים לנידוף מים או גזים או צבירת קרח, באופן המשפיע על משקלם, לא ניתן להשוות בין משקלם אצל היצרן לבין משקלם במועד מאוחר יותר. עוד נטען כי אין לקבל – מפאת הרחבת חזית - את הטענה ולפיה לו היו נשקלים המוצרים ומסומנים מראש, חברי הקבוצה יכלול לראות בעת הרכישה שאין חפיפה בין משקל כל מגשית מלאה לבין משקל המוצרים ביחד.

15. נוסף על כך טוענת המשיבה כי לא הוכחו העילות הנוספות הנזכרות בבקשה. כך, נטען כי לא הונחו יסודותיה של עילת עשיית עושר ולא במשפט; כי בכל הנוגע להפרת חובה חקוקה, הרי שבבקשה נטען להפרת סעיף 4 לחוק הגנת הצרכן, שעה שבסיכומים נטען – בהרחבת חזית - כי מדובר בהפרת סעיף 2 לחוק ומשכך יש להתעלם מטענה זו. מבלי לגרוע מהאמור, נטען כי ממילא לא ניתן לתבוע הפרת חובה חקוקה של עילת ההטעיה, שהיא עוולה בפני עצמה בהתאם לפקודת הנזיקין; נוסף על כך, נטען כי ממילא לא הוכחה טענת אי סימון המוצרים, שבמידה רבה אף נזנחה בסיכומים; זאת ועוד, נטען כי הטענה בדבר הטעיה במחדל נוכח אי צירוף דוחות ביקורת, לא נזכרה בבקשה ומדובר בהרחבת חזית. מבלי לגרוע מהאמור, נטען כי ממילא דין טענה זו להידחות ראשית משלא הוכחה ויתרה מכך, נסתרה בעדות ורדיגר שהעיד כי מתקיימת ביקורת ויתרה מכך משלא הוכחה חובה לערוך דווקא דוחות ביקורת. בדומה נטען כי יש לדחות גם את הטענה בדבר הפרת סעיפים 17א' ו 17 ד' לחוק הגנת הצרכן, שממילא עוסקים בחובה להציג מחיר כולל ואין להם כל קשר לענייננו.

16. בנסיבות המפורטות נטען כי יש לדחות את הבקשה לאישור, הואיל וסיכויי העילה והוכחתה קלושים. מבלי לגרוע מהאמור, נטען כי ממילא יש לדחות את הבקשה שעה שהמבקש נעדר עילה אותנטית, הוא לא צרכן ואין יחסי "עוסק לקוח" בינו לבין המשיבה. זאת הואיל ורכישותיו אינן אותנטיות אלא נעשו לצרכי "בדיקות" ומשכך, אין לו עילה אישית, אלא שזו הומצאה לצרכי ההליך. זאת ועוד, נטען כי התנאי ולפיו ענייני הקבוצה מתנהלים בתום לב ותוך ייצוג מתאים לא מתקיים - לאור חוסר תום לבו של המבקש כפי שפורט וכן, הואיל והמבקש נמנע מפנייה מקדימה למשיבה בנוגע להפרות הנטענות ויתרה מכך, נמנע מלפנות לבית המשפט בהליך הקודם תוך הודעה על ההפרה, טרם קיבל את יתרת הגמול וטרם הגיש דיווח ולפיו המשיבה מקיימת את הוראות הסכם הפשרה. זאת ועוד, נטען כי בנסיבות כפי שפורטו אין קבוצת נפגעים, הואיל ולא הוכח קיומה של תופעה והמבקש אף לא הציע מנגנון לאיתור חברי הקבוצה. מבלי לגרוע מהאמור, נטען כי המבקש זנח טענתו בדבר העדר סימון המוצרים כמקים עילת תביעה וממילא לא טען שנגרם נזק ממוני עקב היעדר הסימון ומשכך, גם באשר לכך לא הוכיח קיומה של קבוצה. נוסף על כך וכפי שפורט לעיל, נטען כי גם התנאי בדבר שאלות מהותיות של עובדה ומשפט משותפות בין חברי הקבוצה אינו מתקיים וכך גם תנאי ה"יעילות וההוגנות" וזאת, הואיל ולכל היותר הצביע המבקש רק על מקרים נקודתיים.

לחלופין נטען כי ממילא יש לצמצם את הקבוצה באופן שהבקשה דנן תחול רק ביחס לתקופה שהחל מינואר 2017, לאור הסכם הפשרה בהליך הקודם.

לאור כל זאת, התבקש בית המשפט לדחות את הבקשה ולחייב את המבקש בהוצאות המשיבה.

<u>דיון והכרעה:</u>

17. פסק דין זה, נסב על בקשה לאישור תובענה כייצוגית. בת"צ (מחוזי ת"א) 26012-01-16 ערן אליהו כהן נ' רמי לוי שיווק השקמה תקשורת בע"מ (09.06.2021), פירטתי את התשתית הנורמטיבית, הכוללת את הוראות הדין וההלכה הפסוקה, בכל הנוגע למסגרת הדיון בבקשה לאישור תובענה ייצוגית, כמו גם את התנאים בהם על הבקשה לאישור לעמוד, כתנאי לאישור הגשת התובענה הייצוגית. משכך ועל מנת שלא להאריך את היריעה שלא לצורך, אינני מוצאת לחזור על הדברים אלא בתמצית ולהפנות – לשם הרחבה – למפורט שם. בהתאמה, אפתח ואציין כי תנאיי הסף לאישורה של תובענה כייצוגית, מנויים בסעיף 8(א), הקובע ארבעה תנאים כדלקמן, אשר בהתקיימות כולם, רשאי בית המשפט לאשר תובענה כייצוגית (על חשיבות קיומם של התנאים, ראו - ע"א 5045/03 רייכרט נ' יורשי שמש ז"ל, פ"ד סב(2), 437, מפי כבוד השופטת ארבל):

(1) <u>התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;</u> - חלקו הראשון של תנאי זה נסב על אחידות בשאלות בהן דנה התובענה – והוא נועד לוודא כי אכן התובע מייצג את הקבוצה בשמה הוא בא בשערי בית המשפט וכי אכן ניהול התובענה הייצוגית ימנע כפל התדיינות. (אשר להומוגניות של הקבוצה הייצוגית – ראו - ע"א 2718/09 "גדיש" קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ (28/5/12) (להלן: "**עניין אלסינט**"), החל מעמוד 29).
בכל הנוגע לחלקו השני של התנאי ולפיו קיימת אפשרות סבירה כי התובענה תוכרע לטובת חברי הקבוצה - הרי שתנאי זה נועד למנוע תביעות סרק סחטניות, כאשר על המבקש מוטל הנטל לשכנע את בית המשפט כי קיימת לחברי הקבוצה עילת תביעה לכאורה. על היקף הנטל המוטל על המבקש, להוכחת קיומה של עילת תביעה בשלב הבקשה לאישור - יורחב הדיבור בהמשך.

(2) <u>תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין</u>;- באשר לתנאי זה, על בית המשפט לבחון האם מוטב כי העילה המובאת לפניו תידון בהליכים אחרים – כגון הליכים פליליים או הליכי אכיפה מנהלית (ראו - ת.א (מחוזי - ת"א) 2687/06 כהן נתנאל נ' רדיוס שידורים בע"מ (21.5.2009), בפסקות 52-61). בהקשר לכך, נקבע בין היתר, כי על מנת

להרים את הנטל המוטל על מבקש האישור, כבר בשלב הבקשה לאישור, על המבקש להציג הצעות המניחות את הדעת למנגנון על פיו ניתן יהיה להוכיח אילו צרכנים, חברי הקבוצה התובעת, נפגעו ממעשי או מחדלי המשיבה וכיצד יוכח שיעור נזקם.

(3) קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; מאחר ולתובע המייצג ולבא כוחו קיימת אחריות כלפי הקבוצה כולה, שכן התובענה הייצוגית מקימה מעשה בית דין כלפי כל חברי הקבוצה - הרי שיש לוודא כי יש ביכולתם לנהל את ההליך בדרך ראויה והולמת. הדגש בהקשר זה הוא בדאגה לאינטרסים של הקבוצה ולא של הנתבע. לעניין זה, הבהיר בית המשפט העליון ברע"א 8037/06 ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ (4/9/14) (להלן: "**עניין פריניר**") כי "דרישה לייצוג הולם מתמקדת, איפוא, בראש ובראשונה בכשירות של עורך הדין המבקש לייצג את הקבוצה לעשות כן באופן הולם."
אשר לתובע הייצוגי עצמו, קבעה הפסיקה כי קיים רף מינימאלי של ידיעה ושיתוף בהליך שעל התובע הייצוגי לעמוד בו, ועליו להראות כי יש לו מחויבות כלפי התביעה וכלפי קבוצת הנפגעים, וכי הוא אינו "תובע קש" אשר הוצג על ידי עורך הדין שיזם את התביעה. יפות לעניין זה, דוגמאות למקרים בהם לא יעמדו התובע הייצוגי או בא כוחו בתנאי זה, אשר הובאו בעניין פריניר, על ידי כב' השופט מלצר:
"מבלי למצות את הדיון אציין כי הצדקה לדחות בקשה לאישור תובענה כייצוגית עשויה להימצא, למשל, כאשר בית המשפט משתכנע כי התובענה הוגשה ממניעים, אשר בינם לבין התכליות שאותן נועד ההליך הייצוגי לשרת, אין ולא כלום, כגון: רצון לפגוע במתחרה עסקי, או רצון "לסחוט" פשרה (ראו: רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 788 (1996) (להלן: עניין טצת)); ניסיון להפעיל לחץ על הנתבע, או על באי-כחו כאמצעי להשגת מטרות אחרות, שהן זרות לתובענה הייצוגית ולתכליות שהיא נועדה להשיג (ראו, למשל: ת"צ 5567-06-08 בר נ' עטרת תעשיות 1996 בע"מ, בפיסקה 34: "הניסיון למנף תביעה ייצוגית צרכנית כדי לקדם סכסוך עסקי קודם הוא ניסיון פסול, אשר אין לתת לו יד [...] ניסיון שכזה מהווה חוסר תום-לב מובהק, באשר הוא עושה במכשיר התובענה הייצוגית שימוש למטרה זרה ופסולה..."; ועיינו גם: קלמנט קווים מנחים 146, הסבור כי ניתן להדוף שימוש לא ראוי בתובענה ייצוגית, למשל, כאשר התובענה מוגשת על ידי מתחרים של הנתבע במטרה להפעיל לחץ וליצור תחרות בלתי הוגנת – במסגרת בחינת התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק); הגשתן של תובענות-סרק חסרות בסיס עובדתי או משפטי כנגד נתבעים בעלי "כיס עמוק" (ראו: דברי חברי, השופט א' רובינשטיין ב-ע"א 1509/04 דנוש נ' Chrysler Corporation (22.11.2007), ואף "ייצור מכוון של תובענה ייצוגית בעילה של הטעיה, כשזו לא קיימת בפועל" (דברי השופטת

(כתוארה אז) מ' נאור, ב-רע"א 8851/12 ישראכרט בע"מ נ' שלומוביץ (29.11.2004))" (שם, פסקה 95 לפסק דינו של כב' השופט מלצר).

יחד עם זאת, הודגש בעניין אלסינט, כי יש לשמור את האפשרות לדחיית הבקשה לאישור, מפאת התנהלותו הדיונית של התובע הייצוגי רק למקרים חריגים (שם. בסעיף 21 לפסק הדין).

(4) <u>קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב</u> - מטרתו של תנאי זה היא למנוע הגשת תביעת סרק סחטניות. אשר לכך נקבע בתנ"ג (כלכלית) 48081-11-11 ראובן רוזנפלד נ' אילן בן דב (17.03.2013) כי:

"דרישת תום הלב בתובענה הייצוגית נובעת מיומרתו של התובע לייצג קבוצת אנשים רחבה של תובעים (הזרים לו) ולשמש כשופרם, ויש לוודא שהאינטרסים שמניעים את המבקש חופפים לאלו של הקבוצה: "ראוי שבית-המשפט יפקח על ניהולן של התובענות הייצוגיות יותר מאשר על ניהולן של תביעות רגילות. לאור ניגודי האינטרסים האפשריים שבין התובע-הנציג לבין הקבוצה" (חביב-סגל, בעמ' 733)."

בכל הנוגע לדרישת תום הלב הרי שבהתאם להלכה הפסוקה, הרצון לקבל גמול ושכר טרחה אינו פסול או חסר תום לב לכשעצמו. עם זאת, כאשר רצון זה גורם לתובע הייצוגי לפעול באופן שעשוי להזיק לקבוצת הנפגעים, הרי שאז פעולתו מהווה נקיטת הליך בחוסר תום לב והדבר עשוי להצדיק את דחייתו של ההליך על הסף (ת"צ 36086-07-11 עו"ד אסף חרסט נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה) (19/9/12).

אשר לשאלה האם הגשת בקשות לאישור תובענות ייצוגיות דרך קבע, על ידי תובע "סדרתי", מצדיקה את דחיית הבקשה על הסף, על יסוד חוסר תום לב – נקבע מחד ברע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 788 (1996) (להלן: "עניין טצת") כי: "היסטוריה של תביעות ייצוגיות עשויה להצביע על היעדר תום לב, אך לעניין זה לא די בעצם הגשתן של תביעות ייצוגיות בעבר, אלא יש לבחון תנאיהן, תוצאותיהן ונסיבותיהן." (ראו גם - ת"א 4158/84 מדינת ישראל נ' טרנס וורלד איירליינס (22/6/85)) יחד עם זאת הודגש כי העובדה שמדובר בתובע סדרתי או מקצועי, לא בהכרח משפיעה על תום לבו. אלא שלעתים, דווקא תובע מנוסה, אשר הגיש תביעות רבות בעבר, יוכל לדאוג באופן מיטבי לאינטרס של הקבוצה (לעניין זה ראו עניין אלסינט בו הודגשו יתרונותיהם של משקיעים מוסדיים בניהול תובענות ייצוגיות בתחום ניירות הערך, הואיל ולהם הידע והמשאבים לצורך ניהול התובענה הייצוגית).

עוד באשר לקיום דרישת תום הלב, נקבע כי דרישה זו לא תתקיים מקום בו עילת התביעה יוצרה על ידי התובע בכוונה לצורך הגשת תביעה ייצוגית (ראו ת"צ 2370/08 יוליה גליזר נ' דומיקאר בע"מ (7/11/12)). נוסף נקבע כי מקום בו נוקטים המבקשים ב"Forum Shopping", על ידי הגשת בקשות לאישור בעילות תביעה זהות או דומות לבתי משפט שונים, מבלי לרשום את הבקשות בפנקס התובענות הייצוגיות, והכל תוך חיפוש הערכאה בה יזכו לתועלת המרבית,

התנהלות זו אף היא מדגימה את חוסר תום ליבם (ראו - רע"א 3698/11 שלמה תחבורה (2007) בע"מ נ' ש.א.מ.ג.ר שירותי אכיפה בע"מ (6/9/17)).
זאת ועוד, נקבע כי אמנם אי קיום הדרישה למיצוי הליכים בטרם הגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית, יכול כי תלמד על חוסר תום לב ואולם, קביעה כאמור היא תלוית נסיבות.
פן נוסף ובלתי נפרד מחובת תום הלב של התובע הייצוגי, היא החובה לגלות בבית המשפט את כל העובדות שעשויות להיות רלבנטיות להכרעה בבקשה וזאת, כבר בשלב הגשת הבקשה (ראו - רע"א 4778/12 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עו"ד אופיר נאור (19/7/12); בש"א 19004/05 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' אסטוריה אינווסטמנטס לימיטד (17/11/05).

18. <u>אשר לנטל המוטל על מבקש האישור להוכיח קיומה של עילת תביעה (קרי חלקו השני של תנאי הסף הנקוב בסעיף 8(א)(1))</u> - נקבע כי הואיל ושלב הדיון בבקשת האישור הוא שלב ביניים לדיון בתובענה גופה, שלב אשר תואר כ"פרוזדור באמצעותו ניתן להיכנס לטרקלין, הוא הדיון במשפט גופו" (עניין טצת), הרי שעל בית המשפט לבחון באופן מקדמי את סיכויי התובענה, אך לא לברר את עיקרה בשלב זה (ראו - רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' רחמים עמוסי (5.7.2012)). יחד עם זאת, הובהר כי: "ראוי לעבור פרוזדור זה בזהירות מרובה וליתן את הרשות רק במקרים המתאימים העונים על כל התנאים הדרושים..." (רע"א 6567/97 בזק - החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' עיזבון גת, פ"ד נב(2) 713, 720). ברע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ (11.4.2013), עמדה כבוד השופטת ד' ברק-ארז, על החשיבות והסכנות שבניהול תובענה ייצוגית, והתייחסה לרף שבו נדרש לעמוד התובע הייצוגי אשר מבקש לאשר את תביעתו כייצוגית כדלקמן:

"מטרתו של שלב מקדמי זה היא למנוע אישורן של תובענות סרק, וזאת מבלי להרתיע תובעים מהגשת תובענות ייצוגיות צודקות. בפסיקתו של בית משפט זה נקבע כי מי שמבקש לאשר תובענה כייצוגית חייב לשכנע את בית המשפט במידת הסבירות הראויה - ולא על פי האמור בכתב התביעה בלבד - כי הוא עומד בכל התנאים לאישור תובענה כייצוגית, ובכלל זה בדרישה לקיום עילת תביעה אישית....המבחנים לאישורה של תובענה ייצוגית הם מחמירים מאלה שעל-פיהם נבחנת בקשה לסילוק על הסף של תביעה רגילה. על התובע הייצוגי להניח בפני בית המשפט תשתית משפטית וראייתית התומכת לכאורה בתביעתו. בשונה מן התובע בתביעה רגילה, המבקש לאשר תובענה כייצוגית אינו יכול להסתפק בעובדות הנטענות בכתב התביעה, אלא מוטלת עליו החובה להוכיחן באופן לכאורי. במקרה הצורך, המבקש צריך לתמוך את טענותיו בתצהירים ובמסמכים הרלוונטיים. בית המשפט שדן בבקשה נדרש להיכנס לעובי הקורה, ולבחון היטב -

משפטית ועובדתית - האם מתקיימים התנאים לאישור התובענה כייצוגית... מבחנים אלה לא נקבעו בעלמא, אלא נועדו להביא לשימוש מושכל בכלי התובענה הייצוגית, לנוכח השפעתו המכרעת על הנתבעים ועל התנהלותם העסקית, כמוסבר לעיל....אף אני סבורה שהבחינה הלכאורית בשלב אישורה של התובענה הייצוגית אינה צריכה להציב מחסום גבוה בפני תובעים ייצוגיים, וכי יש להביא בחשבון את פערי המידע הקיימים בין הצדדים. עם זאת, אין משמעות הדברים שהנטל המוטל על התובעים הייצוגיים יהיה קל כנוצה. על התובע הייצוגי להרים נטל ראשוני - נטל שיש לתת לו משמעות, מבלי שיהיה כבד מנשוא, תוך שבית המשפט נותן דעתו, בכל מקרה ומקרה, לקושי היחסי העומד בפני התובע הייצוגי כאשר הוא נדרש להוכיח את תביעתו לכאורה" (**שם בפסקאות 41 ו – 59 לפסק הדין; ראו גם - רע"א 2701/97 מדינת ישראל נ' דניאל צ'רטוק, פ"ד נו(2) 876; עניין טצת**).

בת"צ (מחוזי מרכז) בת"צ 33277-12-11 ליבוביץ נ' קרסו מוטורס בע"מ, פסקה 8 (14.5.2014) (להלן: "עניין ליבוביץ"), נקבע על ידי כבוד השופט גרוסקופף, כי נטל ההוכחה המוטל על המבקש או התובע המייצג בהליך של תובענה ייצוגית, הוא מדורג, באופן שככל שהליך התובענה הייצוגית מתקדם, נדרש המבקש/התובע המייצג לעמוד ברף ראייתי גבוה יותר. כך:

"בשלב הגשת בקשת האישור, על מנת להימנע מסילוק על הסף, נדרש המבקש לעמוד ברף ראייתי נמוך מאד, המתמצה בכך שהתביעה איננה מופרכת על פניה (ראו רע"א 5154/08 קוסט פורר גבאי את קסירר רו"ח נ' קדמי (ניתן ב- 2.4.2009); ת"צ (מרכז) 28098-05-11 הרפז נ' רשות שדות התעופה (ניתן ב- 5.12.2012), פסקה 4)). ...

בשלב הדיון בבקשה לאישור התובענה כייצוגית, על מנת לזכות במעמד של תובע מייצג, מורם הרף הראייתי, והמבקש נדרש לשכנע כי הראיות שהונחו לפני בית המשפט יוצרות "אפשרות סבירה" שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה (לגישה הנוהגת ביחס לנטל ההוכחה בשלב זה ראו רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי (ניתן ב- 5.7.2012); ת"צ (מרכז) 14144-05-09 הראל פיא קרנות נאמנות בע"מ נ' לנדמארק גרופ בע"מ, פסקה 95 (ניתן ב- 7.12.2012)). ...

בשלב הדיון בתובענה גופה מורם הרף פעם נוספת, הפעם לרמה הרגילה המקובלת בהליכים אזרחיים, דהיינו הוכחה במאזן ההסתברויות. בשלב זה על התובע המייצג לשכנע כי הראיות בתיק מובילות למסקנה שההסתברות לכך שמתקיימות העובדות התומכות בעילת התביעה של חברי הקבוצה עולה על ההסתברות שעובדות אלו אינן מתקיימות. ..."

בת"צ (מחוזי-מרכז) 9582-05-13 דן גינר נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (27.03.2016) (להלן: "**עניין גינר**"), הוסיף כב' השופט גרוסקופף וקבע כי הדברים, כפי שנקבעו על ידו בעניין ליבוביץ, יפים במיוחד מקום בו הדיון נסב על טענה עובדתית השנויה במחלוקת. שאז יש להבחין בין שלושת השלבים של הדיון המשפטי כדלקמן (שם. החל מעמוד 9 ואילך):

"בשלב הראשון, שלב הגשת בקשת האישור, הנטל הוא נמוך, ומאפשר להסתפק בהבאת ראיות המלמדות על כך שהטענה העובדתית שמעלה המבקש (בעניינו, קיומו של כשל מערכתי במשלוח חשבונות החשמל) אינה מופרכת, אלא נתמכת במצע עובדתי מינימאלי. לצורך כך, די לרוב בהדגמת המקרים הפרטניים של המבקש או המבקשים, ובלבד שעניינם עשוי ללמד על כך שהעילה עליה הם מצביעים אינה ייחודית להם.

בשלב השני, שלב אישור בקשת האישור, מוגבר הנטל הראייתי, ומועמד על אפשרות סבירה לשכנע בנכונות הטענה העובדתית. לשם כך יש לבחון את מכלול הראיות שהוצגו בשלב הדיון בבקשת האישור, ולהתרשם האם לאורן יש בסיס עובדתי לטענה לא רק ביחס לעניינו הפרטני של המבקש, אלא ביחס למספר משמעותי של תובעים היכולים להוות קבוצה שעניינה ייוצג בהליך תובענה ייצוגית. ויובהר, בשלב זה עדיין מצוי המבקש בעמדת נחיתות ראייתית משמעותית, שהרי הליכי הגילוי בשלב בקשת האישור הם חלקיים בלבד, ועל כן עדיין איננו נדרש לעמוד בנטל ההוכחה המלא המוטל על תובע בהליך אזרחי (למקרה חריג, בו סברתי שיש להעלות את הרף הראייתי כבר בשלב בקשת האישור בעקבות הסכמת המשיבה למינוי מומחה מטעם בית המשפט, ראו ת"צ (מרכז) 52979-11-11 בלומברג נ' בזק בינלאומי בע"מ, פסקאות 26 - 27 (החלטה מאשרת ניהול תובענה כייצוגית ניתנה ב- 13.3.2016)).

בשלב השלישי, שלב הדיון בתובענה גופה, נדרש התובע המייצג לעמוד בנטל השכנוע הרגיל המוטל בהליך אזרחי, דהיינו להביא ראיות לנכונות הטענות העובדתיות שהוא מעלה בשם הקבוצה אשר יעמדו במבחן מאזן ההסתברויות. בשלב זה הנחיתות הראייתית בה עומד התובע המייצג אינה שונה מזו המאפיינת תובע בהליך אזרחי, וממילא אין סיבה להקל את נטל ההוכחה בו על התובע המייצג לעמוד בהשוואה לנטל הנדרש מתובע בהליך פרטני..."

19. הואיל ובמקרה דנן, נטען על ידי המבקש כי התנהלותה של המשיבה מלמדת על כשל מערכתי, אשר יש בו כדי להצביע על קיומה של קבוצה ובהתאמה להוות עילה לתובענה ייצוגית וזאת, בהבדל מתקלות נקודתיות שאינן מבססות עילה כאמור והצדדים אף הרחיבו הדיבור על ההבחנה בין השניים, הנני מוצאת לפרט, כבר בשלב זה, את ההלכות הרלוונטיות להבחנה האמורה. כך וראשית, על הקושי להסיק מהמקרה הבודד על קיומו של כשל מערכתי, עמד בית

המשפט העליון, בע"א 3948/11 חגי נ' פרטנר תקשורת בע"מ (20.11.2012), מפי כבוד השופטת נאור (כתוארה אז) כדלקמן:

"אף שהמערערת הוכיחה את תביעתה האישית, תמימת דעים אני עם בית המשפט המחוזי, שהיא לא עמדה במידה מספקת בנטל להוכיח כי מה שארע לגביה ... ארע גם בעניינה של "קבוצה" של תובעים ייצוגיים, ועל כן מדובר ב"שיטה" של הנתבעת. לא אכחד: מה שקרה בעניינה של התובעת ... יש בו כדי לעורר חשד נגד המשיבה. ... . עם זאת, אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות .... נראה לי כי המערערת לא עשתה די כדי לעמוד בנטל הנדרש להוכחת העובדות באופן שיצדיק אישור התובענה בתובענה ייצוגית. על כן לדעתי צדק בית המשפט כשקבע כי לא די במה שהובא לפניו כדי לקבוע שהונחה תשתית ראייתית לכאורה לכך שהמשיבה נוהגת כ"שיטה" או כדרך עבודה ... ודוקו: העובדה שהמערערת לא הציגה בבית המשפט ראיות מספקות אין משמעותה כי אין המשיבה נוקטת בשיטה לה טוענת המבקשת. פירוש הדברים הוא, בפשטות, כי לא הונחו בפני בית המשפט ראיות מספקות להוכחת הטענה. לא על דרך זו מוכיח תובע כי התביעה שהגיש כשירה להתברר בתובענה ייצוגית" (שם. בפסקה 4).

ודוק, בענין גינר הובהר על ידי בית המשפט המחוזי כי: "אין לומר כי בכל מקרה לא ניתן ללמוד מהמקרה הבודד על כשל שיטתי או על שיטת עבודה. ישנם מקרים בהם במסגרת הדיון במקרה הבודד נחשפת התנהלות כללית פסולה (כגון בעקבות חשיפת נוהל של המשיבה, או דרך התנהלות טיפוסית), ובמקרה זה אין מניעה לאשר את התובענה למרות שהוצג רק מקרה אחד מבין רבים"

בע"א 2112/17 אחיאסף גרסט נ' נטוויז'ן בע"מ (02.09.2018) (להלן: "**עניין גרסט**"), נדרש בית המשפט העליון לראשונה להבחנה בין מדיניות מפרה לבין תקלות נקודתיות, בהקשר לבקשה לאישור תובענה כייצוגית וקבע ראשית כי ההצדקה להבחנה נטועה בסעיף 8(א) לחוק התובענות הייצוגיות, הקובע (כפי שפורט לעיל) כתנאיי סף - קיומה של קבוצת תובעים שעניינם מעורר שאלות מהותיות משותפות, שבעובדה או שבמשפט; שקיימת אפשרות סבירה לכך שהשאלות יוכרעו לטובת הקבוצה; ושהדרך היעילה וההוגנת להכרעה היא באמצעות הליך ייצוגי.

נקבע כי כבר במשוכת הוכחת קיומה של הקבוצה: "ניכר הפער שבין טענה על אודות מדיניות או אופן התנהלות שנוקט בה עוסק, שיש בה משום הפרת הדין, לבין טענה על כך שהוא מרבה לטעות, באופן נקודתי, ובכך מפר את הדין. טענה מן הסוג הראשון, אם היא מוכחת כדבעי, הריהי מבססת מיניה וביה קיומה של קבוצת נפגעים – הלא היא כל הצרכנים שכלפיהם הופעלה המדיניות האמורה... ודוק: כאשר אנו עוסקים ב'מדיניות מפרה', אין הכוונה בהכרח למדיניות מכוונת. גם כאשר עוסק מתנהל בטעות או ברשלנות

בניגוד לדין, אך מדובר בהתנהלות כללית, ניתן לעתים לעמוד בנקל על קיומה של קבוצה. אולם כאשר מבקש טוען כי העוסק שגה באופן שבו נהג כלפיו – למשל, שנציג שירות פירש את דבריו שלא כהלכה – ניכר הקושי בהוכחת קיומה של קבוצת נפגעים."

עוד נקבע כי הפער בין מדיניות מפרה לבין טעות נקודתית, קיים גם באשר למסוכה השנייה הנסבה על קיומן של שאלות משותפות לחברי הקבוצה, אשר יהא זה יעיל והוגן לנהל את הדיון בקשר לשאלות אלו באמצעות תובענה ייצוגית. אשר לכך, נקבע כי הואיל ונקודת המוצא היא בכל מקרה שמדובר בטעות, הרי שלא די בכך שמדובר בטעות שהתקיימה לשם הדוגמא כלפי אלף לקוחות, אלא ש " יתכן שיתעורר צורך לבחון, במישור העובדתי, את התנהלות נציג השירות בכל אחד ואחד מאלף המקרים. במצב זה אמנם מדובר בעילה משותפת לקבוצה גדולה, אולם יתכן שלא יהא זה מוצדק לנהל הליך ייצוגי בעניינם, שעה שהליך זה לא יהא אלא ריכוז של אלף הליכים פרטניים."

עם זאת הדגיש בית המשפט העליון בעניין גרסט (סעיף 31 לפסק הדין), כי בית המשפט המחוזי באותו עניין: " לא קבע, כעניין קטגורי, כי טענה בדבר טעויות נקודתיות פסולה מלבוא בקהלן של תובענות ייצוגיות. לגישתו, כאמור, כאשר עולה טענה שכזו יש לבחון שלושה היבטים: ראשית, האמנם יהא צורך בבירור עובדתי פרטני של עניינו של כל אחד ואחד מחברי הקבוצה; שנית, בהתחשב בכך שאחת מתכליותיו של חוק תובענות ייצוגיות היא להביא ל"אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו" (כלשון סעיף 1(2) לחוק), הרי שיש לבחון אם אכן יש תועלת כלכלית באכיפה על עוסק לנקוט באמצעים שיובילו למצב של 'אפס תקלות'; ושלישית, יש להתחשב בחלופות העומדות לרשות המבקש, בשים לב במיוחד לחלופה של תביעה אישית לפיצויים לדוגמא, שבכוחה להוביל להרתעה יעילה והולמת." אשר למבחנים האמורים, נקבע על ידי בית המשפט העליון כי:" בשים לב להבחנה שעליה עמדתי בין מדיניות מפרה לבין טעויות נקודתיות, תמים דעים אני עם בית המשפט המחוזי כי הכלל הוא שאין להתיר ניהול תובענה ייצוגית כאשר התשתית הראייתית מצביעה על כך שמדובר בטעויות נקודתיות גרידא. שלושת השיקולים שהעלה בית המשפט המחוזי נכוחים, ובפרט הראשון שבהם – שכן ככל שקיים צורך לבחון באופן פרטני כל טענה וטענה, הולכת ופוחתת ההצדקה לנהל את ההליך באופן ייצוגי" (שם. בסעיף 33 לפסק הדין).

<u>מן הכלל אל הפרט:</u>

20. אקדים אחרית לראשית, לאחר ששמעתי את חקירות המצהירים מטעם הצדדים, עיינתי בראיות ובכתבים כפי שהונחו בפני בית המשפט, וכן בסיכומי הצדדים, מצאתי כי דין בקשת האישור והתובענה הייצוגית במתכונתן להידחות. זאת הואיל, וכפי שיפורט להלן, הגם שמדובר

בשלב מקדמי של הדיון וגזירת הזהירות המתבקשת מכך- מצאתי כבר בשלב זה כי המבקש לא הרים את הנטל המוטל עליו להוכיח קיומה של קבוצת תובעים שעניינם מעורר שאלות מהותיות משותפות, שבעובדה או שבמשפט; שקיימת אפשרות סבירה לכך שהשאלות יוכרעו לטובת הקבוצה; וכן שהדרך היעילה וההוגנת להכרעה היא באמצעות הליך ייצוגי. זאת הואיל ולטעמי וכפי שיפורט להלן, גם לו אלך עם המבקש כברת דרך ואקבל, את המסד הראייתי עליו הצביע המבקש במסגרת סיכומיו (ודוק – מדובר במסד ראייתי מצומצם מזה אשר הוצג במסגרת בקשת האישור), הרי שאינני סבורה כי יש במסד זה כדי לתמוך בטענתו ולפיה הוכח קיומו של כשל מערכתי בהתנהלות המשיבה, ולכל היותר הנני סבורה כי הוכח קיומן של תקלות נקודתיות ותו לא. מבלי לגרוע מקביעתי זו, הנני סבורה בנוסף כי התנהלותו של המבקש – כפי שתפורט להלן – נגועה בחוסר תום לב ומשכך אינני סבורה שהמבקש עומד בתנאי הקבוע בסעיף 8(א)(4) כפי שפורט לעיל.

משפורטה הכרעתי, אפנה להלן לנימוקים המבססים אותה.

21. כפי שפורט לעיל בהרחבה, במסגרת ההלכה הפסוקה, נעשתה הבחנה בין מדיניות מפרה לבין תקלות נקודתיות – הראשונה יכול שיהא בה כדי להעיד על קיומה של קבוצה וכן, יהא בה כדי להקים עילה, אשר ראוי שתתברר במסגרת תובענה ייצוגית ואילו השנייה – באופן רגיל - לא. עוד הובהר כי הנטל הראייתי המוטל על המבקש בשלב הדיון בבקשה לאישור, יהיה אמנם נמוך מזה הנדרש ממנו בשלב בירור התביעה ואולם, גבוה יותר מזה הנדרש בשלב הגשת הבקשה לאישור. דא עקא, במקרה דנן, כפי שיפורט להלן, לא זו בלבד שלא הוצגו על ידי המבקש ראיות המלמדות על קיומה של מדיניות מפרה, אלא שהמסד הראייתי אשר הוצג על ידו בשלב בקשת האישור הצטמצם בשלב הדיון בבקשה.

כך, בבקשת האישור – אשר נתמכה בתצהירו של המבקש בלבד, טען המבקש כי בדיקתו העלתה לא פחות מ- 27 מקרים בהם התנהלה המשיבה באופן מפר כנטען על ידו – קרי שנרכשו על ידו, או על ידי בני משפחתו, מספר אריזות מוצרי עוף ארוזים מראש, עליהם לא הופיעה מדבקת המשיבה ועליה ברקוד ומוצרים זהים נשקלו בקופה ביחד, תוך שנוכה ממשקל המוצר רק משקלה של אריזה אחת. בתמיכה לטענתו זו צירף המבקש 27 חשבוניות לרכישות אשר בוצעו בתאריכים: 18/4/18, 15/5/18, 9/7/18 (רכישה שבוצעה על ידי בתו של המבקש), 14/8/18 (רכישה שבוצעה על ידי אשתו של המבקש), 12/8/18 (רכישה שבוצעה על ידי בתו של המבקש), 30/8/18 (רכישה אשר בוצעה על ידי בתו של המבקש), , 4/10/18 , 8/10/18 (רכישה אשר בוצעה על ידי בתו של המבקש), 23/10/18 (רכישה אשר בוצעה על ידי בתו של המבקש), 28/10/18 (רכישה אשר בוצעה על ידי בתו של המבקש), 31/10/18 (רכישה אשר בוצעה על ידי בתו של המבקש), 31/10/18, 8/11/18 (רכישה אשר בוצעה על ידי אשתו של המבקש), 13/12/18 (רכישה אשר בוצעה על ידי בתו של המבקש), 19/12/18 (רכישה אשר בוצעה על ידי בתו של המבקש

ואשר מלמדת כי נשקלה כל מגשית באופן נפרד, לטענת המבקש לאור התעקשות בתו,31/12/18 (רכישה אשר בוצעה על ידי בתו של המבקש), 26/2/19, 10/4/19, 30/4/19, 22/7/19, 5/8/19, 24/11/19, 24/12/19 (רכישה אשר בוצעה על ידי בתו של המבקש) ומיום 18/3/20.
נוסף על כך, צירף המבקש שלושה סרטונים בהם נצפים הקופאים של המשיבה מעבירים את המוצרים בקופה – האחד בגין רכישה מיום 18/4/18 ממנו עולה כי כל אריזה נשקלה בנפרד (לטענת המבקש לאחר ויכוח עם הקופאית) וכן מרכישות אשר בוצעו בימים - 4/10/18 ו - 31/10/18. עוד צירף המבקש - שמונה סרטונים המעידים על שקילת המוצרים אשר בוצעה בביתו של המבקש לאחר רכישתם וכן, סרטונים מהימים - 31/10/18, 26/2/19, 10/4/19, 30/4/19, 22/7/19, 5/8/19, 24/11/19, 8/3/20 – המתעדים את המוצרים על מדפי המשיבה.

נוסף על צירוף הראיות כאמור טען המבקש, במסגרת בקשת האישור, טענה מקדמית ובהתאם לה האריזות מכילות משקל מקסימלי של מוצר – כך כאמור, לטענתו - חזה עוף קהילות משווק באריזה שמשקלה ברוטו בין 480 גרם ל- 890 גרם מקסימום, שוקיים עוף : אריזה בין 600 גרם ל – 780 גרם. אלא, שכבר בבקשה גופה טענתו זו התחוורה כלא נכונה, שעה שמתוך חלק מהרכישות עליהן הצביע המבקש עצמו, נארז אף לדידו של המבקש, משקל גבוה יותר של מוצר באריזה אחת. כך ולשם הדוגמא – ברכישה מיום 10/4/19, אשר בוצעה על ידי המבקש עצמו, לטענתו נרכשו על ידו שתי מגשיות חזה עוף במשקל 2.156 ק"ג – שנשקלו ביחד, אשר המשקל הממוצע של כל מגשית עומד על 1.07 ק"ג וכן, שתי מגשיות של שוקיים עוף במשקל של 2.254 ק"ג (קרי במשקל ממוצע של כל מגשית – 1.120 ק"ג).

22. במסגרת סיכומיו וכפי שפורט, טען המבקש ראשית, כי החשבונית שהוצגו על ידו הן בגדר ראיות עצמאיות העומדות בפני עצמן ודי בהן כדי לבסס את עילות התביעה כלפי המשיבה. נוסף על כך, שינה המבקש את טענתו בדבר קיום משקלי מקסימום לאריזה וטען במקום זאת, על קיומה של ידיעה שיפוטית ובהתאם לה משקל מסוים של מוצר בהכרח לא יכנס לאריזה אחת. זאת ועוד, ככל הנראה לאור השינוי בטיעון המבקש לטיעון בדבר קיומה של ידיעה שיפוטית, התמקד המבקש רק בארבע רכישות אשר בוצעו –
האחת - מיום 30/8/18 - אשר בוצעה על ידי בתו של המבקש במסגרתה נרכשו ארבע מגשיות חזה עוף קהילות במשקל של 2.811 ק"ג , אשר נטען כי נשקלו ביחד. (אציין כי בתמיכה לרכישה זו צורף גם סרטון המלמד על שקילת המוצרים) ;
השנייה - מיום 8/11/18 – אשר בוצעה על ידי אשתו של המבקש, במסגרתה נרכשו שתי מגשיות שניצל עוף טרי במשקל 1.398 ק"ג שנשקלו ביחד וכן, שלוש מגשיות של שוקיים עוף טרי במשקל 2.182 ק"ג אשר נטען כי נשקלו ביחד ;

השלישית – מיום 13/12/18 – אשר בוצעה על ידי בתו של המבקש, במסגרתה נרכשו שש מגשיות של שוקיים עוף במשקל 4.919 ק"ג שנטען כי נשקלו ביחד וכן שש מגשיות חזה עוף במשקל 3.816 שנטען כי נשקלו ביחד. אשר לרכישה זו, צוין כי על אחת המגשיות הייתה מדבקה עם ברקוד של המשיבה ואולם, הקופאי כלל לא היה מודע לאופציה זו ולכן שקל גם מגשית זו עם חמש המגשיות הנוספות ומשכך גם משקל האריזה של מגשית זו לא נוכה.
הרביעית- מיום 12/7/19 – אשר בוצעה על ידי בתו של המבקש, במסגרתה נרכשו שלוש מגשיות חזה עוף (שרק על אחת מהן הייתה מדבקה) במשקל כולל של 2.968 ק"ג ואשר נטען כי נשקלו ביחד.

23. מהמפורט עולה תחילה כי - הגם שבהתאם לפסיקה נקבע כי המדרג ברף הראייתי יעלה בין שלב הגשת בקשת האישור אל מול שלב הדיון בבקשה – במקרה דנן, לא זו בלבד שהמבקש לא הוסיף על הראיות אשר הוצגו על ידו, אלא אף צמצם את היקפן.
יתרה מכך, בניגוד לנטען על ידי המבקש, הרי שאין כל ידיעה שיפוטית באשר להיקף המשקל אשר יכול שיכנס לאריזה אחת. בהקשר זה אציין עוד שטענתו של המבקש בדבר ידיעה שיפוטית, מוחלשת גם לנוכח שינוי הטיעון בהקשר זה, מטיעון "אקסיומטי" של המבקש בדבר משקל מקסימלי, אשר לא הוצג לו כל תימוכין (ההיפך כאמור הוא נשלל כבר מהמקרים המצוינים בבקשה גופה) – לטיעון דומה בדבר ידיעה שיפוטית, שאף הוא נטען בעלמא ובלא כל ביסוס. משאין ידיעה שיפוטית בדבר המשקל המקסימלי אשר ניתן להכניס לאריזה אחת, ממילא נופל כל הבסיס לטיעונו של המבקש ולפיו החשבוניות הן ראייה העומדת בפני עצמה, הואיל וכל שיש בהן הוא פירוט מוצר אשר נרכש, משקלו, המחיר הכולל אשר שולם בגינו ומשקל האריזה אשר נוכה.
לכך יש להוסיף כי ממילא, ארבעת המקרים אשר אליהם הפנה המבקש בסיכומיו הם מקרים בהם בתו או בנותיו (אציין כי המבקש אף לא מציין מי מבנותיו ערכה את הרכישה) או אשתו של המבקש ביצעו את הרכישות – קרי המבקש אינו יודע להעיד על מקרים אלו מידיעה אישית, אלא שמדובר בעדות מפי השמועה. בנסיבות אלו, ברי כי תצהירו של המבקש אין בו כדי לתמוך בקבילותן של חשבוניות אלו כראייה. אשר לכך, המבקש המודע לבעייתיות העולה ממחדלו מהעדת אשתו ובנותיו בתמיכה להצגת החשבוניות, מעלה שני נימוקי נגד עיקריים - האחד, כי הוא יכול להעיד בשמן ובמקומן של בנותיו הן בהיותו אפוטרופוסן הטבעי והן הואיל ובנותיו ורעייתו פעלו כשלוחותיו והשני – כי בשלב זה של הדיון, בו לא בוחן בית המשפט את דיות הראיות - יש לקבל החשבוניות כראיות. שני נימוקים אלו אין בידי לקבל.
אשר לראשון – הטענה ולפיה המבקש יכול להעיד בשמה ובמקומה של בתו, נטענה בעלמא ואינה מבוססת ובהקשר אליה נכונות ויפות טענותיה של המשיבה ובהתאם להן, עדות במקום ילדו הקטין, אינה חלק מהסמכויות המוקנות להורה האפוטרופוס בהתאם לחוק הכשרות

המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 ויתרה מכך, עומדת בסתירה להוראות סעיף 2 לחוק זה הקובעות כי: "כל אדם כשר לפעולות משפטיות, זולת אם נשללה או הוגבלה כשרות זו בחוק או בפסק דין של בית משפט." וכן, להוראות סעיף 2 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 הקובעות כי: "הכל כשרים להעיד בכל משפט". מבלי לגרוע מהאמור הרי שברי כי אין בהוראות חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות כדי לסייע בידי המבקש בכל הנוגע לעדותה של רעייתו. כך הם גם פני הדברים בכל הנוגע לטענת שליחותן של הבנות והרעייה בעבור המבקש - אשר גם בה אין כדי לאפשר למבקש להעיד על דברים שאינם בידיעתו האישית בשמן ובמקומן. זאת ועוד, בכל הנוגע לרף הראייתי הנדרש בשלב זה של הבקשה – כפי העולה מהסקירה הנורמטיבית לעיל, אמנם בשלב זה של הדיון על בית המשפט לבחון באופן מקדמי את סיכויי התובענה ולא לברר את עיקרה. יחד עם זאת, כפי העולה מדברי בית המשפט העליון בעניין מגדל, שהובאו לעיל, בשונה מתובע בתביעה אזרחית רגילה, המבקש בבקשה לאישור תובענה ייצוגית אינו יכול להסתפק בעובדות הנטענות בכתב התביעה, אלא מוטלת עליו החובה להוכיחן באופן לכאורי ובמידת הצורך לתמוך טענותיו גם בתצהירים. זאת ועוד, הטעם אשר ניתן על ידי בית המשפט בעניין מגדל, בכל הנוגע להקלה בנטל המוטל על המבקש בבקשה ייצוגית נעוץ ב: "פערי המידע הקיימים בין הצדדים". בדומה נפסק גם בעניין גינר, כי הטעם להקלה בנטל הראייתי הוא שבשלב זה מצוי המבקש ב"עמדת נחיתות ראייתית משמעותית, שהרי הליכי הגילוי בשלב בקשת האישור הם חלקיים בלבד, ועל כן עדיין איננו נדרש לעמוד בנטל ההוכחה המלא המוטל על תובע בהליך אזרחי". אלא שבמקרה דנן – המבקש לא הציג כל הנמקה למחדלו מהעדת אשתו ובנותיו וברי כי מחדלו זה אינו נובע מעמדת נחיתות ראייתית או פערי מידע, הואיל ומדובר בעדויות של הקרובות לו. לאור האמור, הרי שאין כל טעם המצדיק הסתמכות על הרכישות האמורות, כמו גם על החשבוניות התומכות בהן כביכול, בהיותן מפי השמועה. יתרה מכך, ניתן אף להעמיד כחזקה ראייתית שלילית, הפועלת כנגד גרסתו של המבקש את מחדלו מהעדת העדות, אשר על פניו לא הוצגה כל מניעה להעדתן והן סמוכות על שולחנו של המבקש.

לאור האמור, לא זו בלבד שאין בידי לקבל טענתו של המבקש ובהתאם לה החשבוניות אשר הוצגו על ידו, מהוות ראיות העומדות בפני עצמן ואשר יש בהן בכדי לתמוך בעילתו, אלא שהנני סבורה כי מדובר בראיות שאינן קבילות ובכל מקרה שבנסיבות – המשקל שניתן ליחס להן הוא אפסי.

24. בהינתן שהחשבוניות אשר הוצגו על ידי המבקש אינן קבילות כראיות ובשים לב לכך שהמבקש לא הציג שרשרת ראייתית סדורה הקושרת בין הרכישות הנטענות על ידו לבין הסרטונים אשר הוסרטו על ידו והוגשו על ידו, ממילא – אין בסרטונים אשר הוצגו כדי לתמוך, בפני עצמם, בטענותיו של המבקש. מבלי לגרוע מהאמור ובבחינת למעלה מן הצורך, ממילא הסרטונים לא

הוגשו בהתאם לקבוע בדין ובכלל כך לא הוכחו (ואף לא נטענו) התנאים המוקדמים אשר נקבעו בפסיקה מקדמא דנא, קרי: (1) כי המכשיר, או האמצעי האחר ששימש להקלטה, פועל כהלכה ועשוי לקלוט או להקליט דברים נאמרו; (2) שהאדם אשר טיפל בהקלטה ידע את מלאכתו; (3) שההסרטה או ההקלטה מהימנים ונכונים; (4) שלא נעשו בסרט שינויים בצורת הוספות או השמטות; (5) זיהוים של המדברים שקולותיהם נקלטו; (6) שהדברים נאמרו והעדות הוגדה מרצונו הטוב של המדבר ללא כפיה וללא פיתוי (ראו - ע"פ 28/59 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, יג 1205, 1209). זאת ועוד, בכל הנוגע לתנאים הטכניים, הנסבים על כך שלא נעשו בסירטונים שינויים או הוספות- הובאה על ידי המשיבה חוות דעת מומחה – זילברשטיין – המעלה ספק בכל הנוגע לאופן הטיפול בסרטונים לאחר צילומם, למועדים בהם צולמו ולשאלה האם הסרטונים לא נערכו. הספק באשר לאותנטיות של הסרטונים, מתעצם לאור הקשיים אשר הערים המבקש עד להעמדת המכשירים בהם בוצעו ההקלטות לבדיקת המומחה מטעם המשיבה (לעניין זה ראו החלטותיי מהימים 20/6/21, 14/11/21) וכן לאור העובדה שבסיכומו של דבר, התחוור כי המבקש לא העביר את אחד המכשירים (ראו – האמור בפרק ה' לחוות הדעת המשלימה אשר הוגשה על ידי זילברשטיין, בו מפורט כי קיים קובץ שאינו נמצא כלל בכרטיסים ובמכשירים שנמסרו על ידי המבקש לבדיקה ומשכך, אין זאת אלא שקיים מקור חיצוני נוסף כלשהו ששימש לצילומים על ידי המבקש ולא נמסר למומחה).

25. זאת ועוד, בכל הנוגע לסרטונים במסגרתם מתועדות שקילות אשר בוצעו על ידי המבקש - הרי שנוסף לכל האמור לעיל (קרי לכשלים באופן בו הוגשו הסרטונים ולעובדה שאין בהם תיעוד של שרשרת הראייה), הוצגה מטעם המשיבה חוות דעת מומחה בנושא השקילות - לפק, אשר לא נשללה על ידי המבקש – בחקירה נגדית או על ידי הצגת חוות דעת סותרת – וממנה עולה כי לא ניתן ליתן אמון בשקילות אשר בוצעו על ידי המבקש, אשר אינן עומדת בתנאים וזאת, הואיל וכפי שפורט בחוות הדעת –השקילות בוצעו באמצעות מאזניים ביתיות שלא מתאימות לשקילה מלבד לשימוש ביתי ואין הוכחה לדיוקם, כיולם או תקינותם; הליך הבדיקה, השקילה והתיעוד היה פגום מיסודו ומוטה (אשר לכך נטען כי בחלק מהמקרים נשקלו אריזות שספגו נוזלים או שהכילו קרח); השקילות לא בוצעו על ידי גורם מקצועי מוסמך; השקילות בוצעו בסביבה לא מבוקרת ומבלי תכנית דגימה אובייקטיבית שתתמוך במובהקות סטטיסטית. לאור זאת, הרי שמלבד הבעייתיות הכרוכה בהגשת סרטונים אלו כראייה קבילה, ממילא לא ניתן ליתן משקל ראייתי למתועד בהם.

26. אציין כי במסגרת בקשתו טען המבקש, בין היתר, כי המשיבה הפרה נהליה גם הואיל ולא שקלה את המוצרים מראש והדביקה על כל אחד מהם מדבקת ברקוד, באופן שהעברתם בקופה תעשה תוך סריקת הברקוד והפחתה אוטומטית של האריזה ולא תוך שקילתם מחדש. לתמיכה

בטענתו זו, צירף המבקש מספר סרטונים המתעדים לטענת המבקש את המדפים ועליהם המוצרים שאינם מסומנים. קביעותיי כפי שפורטו לעיל באשר לכשלים באופן הגשת הסרטונים אשר צורפו על ידי המבקש, יפים גם לעניין סירטונים אלו. מעבר לכך הנני מוצאת להוסיף כי ממילא באשר להפרה זו, במסגרת הבקשה, לא פירט המבקש מה הנזק הנובע מההפרה האמורה (והלכה למעשה, כפי שפורט לעיל, בסיכומיו זנח המבקש טענתו זו) ומשכך - גם ככל שהייתי מוצאת כי הפרה זו הוכחה (ויודגש כי אינני סבורה כך), ממילא לא היה בכך כדי לסייע למבקש בהקמת עילת תביעה הראויה לבירור כתובענה ייצוגית.

27. ממכלול האמור לעיל עולה ברורות כי המבקש לא הרים את הרף הראייתי המוטל עליו, אף בשים לב לשלב בו מצוי הדיון, באשר כלל הראיות אשר הוצגו על ידו, אינן קבילות ולמצער, הואיל ולאור כל הספקות כפי שפורטו לעיל, לא ניתן לייחס להן משקל כלשהו.

מבלי לגרוע מהאמור והרבה למעלה מן הצורך, הנני סבורה כי ממילא דין הבקשה להידחות בהינתן שגם לו הלכתי עם המבקש כברת דרך נכבדת וקבעתי כי יש לקבל הראיות אשר הוצגו על ידו – קרי החשבוניות באשר לארבעת המקרים שהוזכרו לעיל, כמו גם קיימת ידיעה שיפוטית כנטען על ידי המבקש (וכאמור אינני סבורה כך לא מיני ולא מקצתי) – הרי שממילא אינני סבורה כי היה בכך כדי להועיל למבקש ולבקשתו, בהינתן שלכל היותר היה מוכח כי לאורך שנתיים, פעלה המשיבה בארבעה מקרים באופן שאינו עולה בקנה אחד עם נהליה. בנסיבות כאלו, הנני סבורה - בהתאם להלכה כפי שנקבעה בעניין גרסט, כי אין במסד הראייתי והנסיבתי האמור, כדי להקים עילת תביעה אשר ראוי לבררה במסגרת תובענה ייצוגית, באשר לא הוכח דבר קיומו של כשל מערכתי, אלא לכל היותר הוכחו קיומן של תקלות נקודתיות הא ותו לא. זאת ראשית באשר לכל היותר הצביע המבקש על ארבעה מקרים מפרים במשך שנתיים ימים וזאת, שעה שהמשיבה טענה וטענותיה אלו לא נסתרו (ההיפך על פניו הן נתמכות בתחשיב הנזק אשר נעשה על ידי המבקש ואשר פורט בסעיף 13 לעיל לפסק הדין, המלמד על היקף המכירות של המשיבה לטענת המבקש) – כי יש לה עשרות סניפים, מאות עובדים ועשרות אלפי עסקאות.

תימוכין נוסף לכך שמדובר בתקלות נקודתיות ולא בהתנהלות מפרה גורפת, ניתן אף למצוא בבקשת האישור ממנה עולה כי לפחות בשניים מהמקרים המתועדים בוצעה שקילה של כל אחד מהמוצרים בנפרד (ראו המקרים מהתאריכים 19/12/18 ו – 18/4/18). תימוכין נוסף לאמור ניתן למצוא בעדותו של המבקש עצמו, אשר העיד בעדותו בדיון מיום 17/6/21 בעמוד 32 שורות 34-25 כי:

"העד, מר שמעון: אז אני אהיה כנה איתך, אם היה לידי איזשהו משהו שאין שום הפרה אז לא הייתי מצרף אותו. ואני מודה, שהיו, יש קניות בעולם, ראיתי בעיניים שלי שהם עושים אחד אחד. אני לא אומר שהם עושים גורף לכל הצרכנים. ממש לא. אני ראיתי

בעיניים שלי, זה אתה מחפש? בעיניים שלי ראיתי גם שהם שוקלים אחד, אחד. כן. ראיתי כאלה דברים. לא שלא ראיתי.

ש: אוקיי, ולא צירפת, לא תיעדת את זה ולא צירפת לבקשת האישור?

ת: כי אני לא, אני צריך להסביר לכם להיות צדיקים?

ש: הבנתי, אוקיי,

ת: סליחה, יש לכם נהלים, יש לכם זה, אולי אתה רוצה שאני אשלח לכם פרחים על כל פעם?"

קרי- המבקש העיד שנתקל במקרים בהם התנהלו עובדי המשיבה באופן התואם את הנהלים ואולם, הוא לא תיעד מקרים אלו. יתרה מכך, בעמודים 30-27 לפרוטוקול, נחקר המבקש באשר לארבע חשבוניות המתעדות רכישות מהן עולה באופן ברור כי מוצרי העוף באריזות הועברו "אחד אחד" ולמרות זאת, חשבוניות אלו לא גולו על ידי המבקש ולא פורטו על ידו. במאמר מוסגר אציין כי באשר לכל המקרים, נטען על ידי המבקש שהרכישות בוצעו על ידי בתו הקטנה וכי: "מתאים לה לבקש אחד אחד" (עמוד 27 שורות 26-25 ועמוד 28 שורה 29).

בנסיבות אלו - וכפי שהקדמתי וציינתי הרבה למעלה מן הצורך – גם ככל שהיה בידי המבקש להציג ראיות כדבעי לארבעת המקרים הנטענים על ידו, לא היה בכך כדי להקים עילה הראויה להתברר במסגרת תובענה ייצוגית, באשר כל שהוכח הוא קיומן של תקלות נקודתיות, בהבדל מכשל מערכתי – ומשכך, אין בנסיבות כדי להקים קבוצה ואין בהן כדי להקים עילה אשר ראויה לבירור כתובענה ייצוגית.

28. מהאמור לעיל עולה כי המבקש אינו עומד בתנאיי סעיף 8(א)(1) לחוק התובענות הייצוגיות. הואיל והתנאים הנקובים בסעיף 8(א) הם תנאים מצטברים, הרי שממילא לאור קביעותיי אלו, אינני נדרשת לבחון קיומם של התנאים הנוספים. יחד עם זאת, הנני מוצאת לציין ולהדגיש כי בנסיבות כפי שהתבררו בפני, עולה גם כי התנהלותו של המבקש לוקה בחוסר תום לב, באופן שיש בו כדי לשלול גם את קיומו של התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(4) במבקש. אשר לכך, אציין ראשית כי בהליך לפני התחוור כי לא פחות מ – 15 מתוך הרכישות אשר בוצעו על ידי המבקש, אשר פורטו בבקשה לאישור ואשר לדידו לימדו על ליקויים בהתנהלותה של המשיבה, נעשו עוד קודם לקבלת המחצית השנייה של הגמול למבקש ושכר הטרחה לבא כוחו בהליך הקודם, קרי קודם לנובמבר 2018. על אף האמור, ועל אף שתנאי לקבלת המחצית השנייה, היה אישור המבקש ובא כוחו כי המשיבה עומדת בתנאיי הסכם הפשרה אשר קיבל תוקף של פסק דין ואשר כפי שפורט לעיל, אחת מהתחייבויותיה במסגרתו הייתה לרענן ולהקפיד על נהליה – לא זו בלבד שהמבקש לא מצא להודיע לבית המשפט בהליך הקודם על התנהלותה הנטענת של המשיבה (ראו עדותו בעמוד 12 שורות 25-24), אלא שבא כוחו אף העביר לבית המשפט תצהיר במסגרתו מאשר הוא כי המשיבה עומדת בתנאיי ההסכם ופסק הדין (ראו הודעה אשר אליה מצורף

תצהיר בא כוחו של המבקש אשר הוגשו וסומנו כנ/2). לכך יש להוסיף כי המבקש אף לא פנה בפנייה מוקדמת למשיבה והתריע על התקלות אשר גילה לטענתו (ראו עדותו בעמוד 22 שורות 3-10), אלא המשיך, בחן ותיעד את הדברים במשך שנתיים ימים, עד להגשת התביעה. בנסיבות אלו, הנני סבורה כאמור כי אף התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(4) אינו מתקיים במבקש הואיל והתנהלותו מלמדת על חוסר תום לב.

סוף דבר

29. מהטעמים שפורטו לעיל הגעתי לכלל מסקנה כי המבקש לא עמד בנטל לשכנע, על בסיס הראיות שהוצגו, כי הבקשה עומדת בתנאי סעיף 8(א) לחוק התובענות הייצוגיות ולאור זאת נדחית הבקשה לאישור התובענה כייצוגית.

30. המבקש יישא בהוצאות המשיבה בסך של 15,000 ש"ח אשר ישולם בתוך 30 יום מהיום.

31. המזכירות תדוור פסק הדין לצדדים וכן, תעביר עותק של פסק דין זה להנהלת בתי המשפט על מנת שתעדכן את פנקס התובענות הייצוגיות.

ניתן היום, י' אייר תשפ"ב, 11 מאי 2022, בהעדר הצדדים.



לימור ביבי, שופטת