



## בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7100/19

לפני: כבוד השופטת ד' ברק-ארז  
כבוד השופטת ע' ברון  
כבוד השופט ד' מינץ

המערערת והמשיבה שכנגד: קימברלי-קלארק ישראל שיווק בע"מ

נ ג ד

המשיבה והמערערת שכנגד: מיה גד-מסטיי

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי  
מרכז-לוד מיום 12.8.2019 (כבי' השופטת מ' נד"ב) ב-ת"צ  
18451-04-11

תאריך הישיבה: י"ד בטבת התשפ"א (29.12.2020)

בשם המערערת: עו"ד יואב הירש; עו"ד גדי טיכו  
בשם המשיבה: עו"ד יואב גפני

### פסק-דין

השופטת ע' ברון:

1. הורים רכשו חיתולים מתוצרת המערערת עבור ילדיהם הקטנים. פגם בייצור גרם לכך שהחיתולים דלפו ובגדי הילדים נרטבו, אך במוקד השירות של המערערת נמסר להורים כי המוצר תקין. רק בהמשך החלה המערערת לפצות את הלקוחות שפנו אליה, ואף על פי כן לא אספה את החיתולים הפגומים מהחנויות. אחת האימהות שרכשה את החיתולים הגישה תובענה ייצוגית לבית המשפט המחוזי מרכז-לוד (ת"צ 18451-04-11). בפסק דין מיום 12.8.2019 (השופטת מ' נד"ב) התקבלה התובענה הייצוגית, תוך שנקבע כי המערערת התרשלה כלפי לקוחותיה והטעתה אותם, והיא חויבה בפיצוי מינימלי בסך של 15,855,262 ש"ח (להלן: פסק הדין).

על פסק הדין הוגשו ערעור וערעור שכנגד. לאחר הדיון שהתקיים לפנינו הצטמצם הערעור לשתי סוגיות שקשורות באופן חישוב הפיצוי לקבוצה המיוצגת; והמשיבה (המערערת שכנגד) חזרה בה מערעורה והוא נדחה בפסק דין חלקי מיום

10.1.2021.

2. בחודש דצמבר 2010 השיקה המערערת, חברת חוגלה-קימברלי שיווק בע"מ ובשמה כיום קימברלי-קלארק ישראל שיווק בע"מ (להלן: קימברלי או החברה) "חיתולי כותנה אורגנית" תחת מותג החיתולים "האגיס" (להלן: החיתולים). החיתולים יוצרו תחילה במפעל קימברלי בטורקיה, והחל מחודש ינואר 2011 גם במפעל החברה בעפולה.

מספר ימים לאחר השקת החיתולים התקבלה אצל מנכ"ל החברה דאז, ארי מלמוד (להלן: המנכ"ל) פנייה מאת עובדת של החברה שדיווחה כי החיתולים "נוזלים". ביום הפנייה בחן המנכ"ל את החיתול שבו השתמשה העובדת, ומצא שסיבת הנזילה היא תקלת ייצור שגרמה לכך שדפנות החיתולים אינן נפתחות לחלוטין בעת פריסת החיתול וההחלתה. המנכ"ל הורה למר שאול פריילוק, הטכנולוג הראשי בחברה (להלן: הטכנולוג) לבחון את העניין באופן מידי, וזה מצא כי חלק מאריזות החיתולים מכילות חיתולים פגומים, בשיעור השנוי במחלוקת בין הצדדים.

ביום 3.1.2011 פנה המנכ"ל אל נציגי חברת קימברלי-קלארק העולמית באמצעות הדואר האלקטרוני (להלן: המייל), ועדכן על בירור תקלת הייצור והפסקת שיווק החיתולים שיוצרו במפעל בטורקיה. במייל נכתב כי החברה החלה לבדוק חיתולים בחלק מהמידות, וכי בכולם מופיעה אותה תקלה והם אינם מתאימים לשיווק. כן נכתב כי החברה קיבלה תלונות מ-13 לקוחות שרכשו את החיתולים. וזו לשון המייל:

"Following my update from late last week a short update -

1. We have started an audit, of all sizes made in Turkey in our WH. Size 5 and 4+ finished. Products are all have the same problems and are not suitable for selling!!

2. We will continue audit of sizes 4 and 3 today/tomorrow.

3. We have blocked all shipments of Turkish made KC1 to market and sending only Afula made products (Afula's sizes 4 and 4+ and hopefully size 5 starting tomorrow as our second machine is planned to finish converting to Kangaroo1 today..).

4. ....

5. ....

6. Our hot line department received 13 complains since yesterday (8 are on size 4+) and we are treating each complain with full attention sending a delivery person to pick up the defected pack and replacing with two good packs (made in

Afula...We should expect the complains to pick up in the next few days...". (השגאות במקור, ע'ב').

כחודש לאחר הגילוי הראשוני של התקלה, ביום 20.1.2011, יושמו שינויים במפרט החיתולים במפעלי קימברלי בטורקיה ובעפולה, במטרה למנוע את הישנות תקלת הייצור.

3. בקימברלי התקבלו תלונות נוספות על דליפות. בתגובה לתלונות אלה הנהיגה החברה מדיניות שמכונה על ידה "פיצוי כפול". במסגרת מדיניות זו, החברה מסרה באמצעות שליח שתי חבילות חיתולים חדשות כנגד כל חבילה פגומה שהוחזרה על ידי הלקוח (להלן: הליך הפיצוי הכפול). זרם התלונות גבר, ולמעלה מחודשיים וחצי לאחר שהחלה בשיווק החיתולים, החל מיום 10.3.2011 יזמה קימברלי פרסומים מסוגים שונים שבהם התנצלה על אי הנוחות שנגרמה ללקוחותיה, וקראה להם ליצור עמה קשר לקבלת פיצוי. במהלך ארבעת הימים שלאחר הפרסומים התקבלו אצל קימברלי 10,000 תלונות של צרכנים שטענו כי רכשו חיתולים פגומים. בעקבות ריבוי הפניות החברה עברה למדיניות פיצוי באמצעות משלוח קופונים במקום באמצעות שליח. בשום שלב החברה לא אספה מרשתות השיווק את מארזי החיתולים שעלולים היו להימצא בהם חיתולים דולפים, וכל כמות החיתולים שיצאה את מפעלי קימברלי נמכרה לצרכנים.

בקשת האישור

4. ביום 12.4.2011 הגישה המשיבה, מיה גד-מסטיי, בקשה לאישור תובענה כייצוגית נגד קימברלי (להלן: בקשת האישור). המשיבה טענה בבקשת האישור כי במהלך התקופה שבה שווקו החיתולים היא רכשה עבור בתה התינוקת כ-20 חבילות שהכילו חיתולים פגומים. לטענתה, במהלך השימוש באותם חיתולים נרטבו בגדי התינוקת, עורה וסביבתה, ואף נותרו על עורה סימנים אדומים.

בית המשפט המחוזי אישר את ניהול התובענה כייצוגית ביום 7.4.2014, תוך שקבע כי מסע הפרסום שערכה קימברלי והליך הפיצוי הכפול שהנהיגה – אינם מצדיקים את דחיית בקשת האישור. בהקשר זה הובהר בהחלטה כי "כדי להביא לדחייתה של בקשה לאישור תובענה ייצוגית בשל מהלך שנקט יצרן, משווק או נותן שירות מיוזמתו, על מבקש הדחייה למלא אחר מספר תנאים: עליו לנקוט את המהלך למניעת הנזק ולפיצוי בגין הנזק שנגרם במהירות הראויה, עליו להביא את הידיעה על התקלה ועל הפיצוי לידיעת המספר הרב ביותר של צרכנים בדרך היעילה ביותר, הפיצוי צריך להיות סביר בנסיבות העניין ועליו לנהוג בכל האמור בתום לב. כמו כן בהליך, ככל שנפתח כזה, על יצרן, משווק או נותן שירות להציג את כל הראיות שיעידו שכך פעל". נקבע כי בענייננו החברה לא פעלה כאמור משום

שהייתה מודעת לקיומה של התקלה בשלב מוקדם של שיווק החיתולים, אך לא יידעה את ציבור הצרכנים על התקלה, לא עשתה כל שניתן על מנת להבטיח שהצרכנים שנפגעו ממנה יפנו לקבלת פיצוי, ולא פעלה על מנת לאסוף מרשתות השיווק את חבילות החיתולים שעלולות היו להכיל חיתולים פגומים. יתר על כן, בית המשפט ציין כי "הפרסומים שצורפו אינם נחזים כהודעה על תקלה אלא כפרסומת לחיתולי המשיבה (קימברלי, ע'ב'), ורק המתעמק בהודעה מגלה כי מדובר בהודעה על תקלה". בית המשפט ציין כי מוקדי השירות של החברה לא עמדו בעומס הפניות שקיבלו, ולכן ייתכן שישנם לקוחות רבים שפנו אליה ולא נענו, נוסף על לקוחות שכלל לא טרחו לפנות בבקשה לפיצוי על אף שסבלו נזק.

עילות התביעה שאושרו היו הטעייה, ניצול מצוקת הצרכן והפרת חובת גילוי לפי סעיפים 2 ו-4 לחוק הגנת הצרכן התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן); הפרת חובה חקוקה ורשלנות לפי סעיפים 35-36 ו-63 לפקודת הנזיקין. הקבוצה המיוצגת הוגדרה כך: "כל הצרכנים אשר רכשו חבילות של החיתולים החדשים שהכילו חיתולים פגומים מתחילת מועד שיווקם". הסעד שנתבע היה פיצוי על סך 2,750 ש"ח לכל אחד מחברי הקבוצה, הכולל 250 ש"ח בגין עלות רכישה של חמש חבילות חיתולים, ועוד 2,500 ש"ח בגין עוגמת נפש ואי-נוחות פיזית שנטען כי נגרמו לחברי הקבוצה ולילדיהם.

5. על ההחלטה לאישור התובענה כייצוגית הוגשה בקשה לרשות ערעור (רע"א 3814/14). בית המשפט זה העניק רשות ערעור אך דחה את הערעור לגופו ביום 6.7.2015 (השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן; והשופטים י' דנציגר ו-א' שהם). בפסק הדין הובהר כי המשיבה הניחה תשתית ראייתית לכאורית מספקת לשם ביסוס העילות שנטענו על ידה.

פסק הדין נושא הערעור

6. לאחר שהליך גישור בין הצדדים נכשל, ביום 12.8.2019 ניתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי שקיבל את התובענה הייצוגית. בית המשפט קבע כי הפצת החיתולים הפגומים החלה ביום 15.12.2010, וכי פגם הייצור נפל בכל מידות החיתולים ששווקו. מכאן פנה בית המשפט לבחון מהו שיעור אריזות החיתולים שהכילו חיתולים פגומים, מתוך כלל האריזות שהופצו על ידי קימברלי בתקופה הרלוונטית. טענת החברה, שלפיה הפגם הופיע ב-5%-10% מהחבילות נדחתה, ונקבע כי היו חיתולים פגומים בכל חבילות החיתולים שהפיצה קימברלי מעת השקת החיתולים ביום 15.12.2010 ועד לתיקון מפרט הייצור ביום 20.1.2011 (להלן: התקופה הקובעת). יובהר כי בשל קביעה זו, בית המשפט המחוזי התייחס לכל חבילות החיתולים שיוצרו בתקופה הקובעת כאל חבילות פגומות, והן יכוננו מעתה חבילות חיתולים או חבילות פגומות.

בית המשפט הוסיף והכריע בשאלה מהו שיעור החבילות הפגומות שהפיצה קימברלי בתקופה הקובעת. נקבע כי החברה שיווקה 128,088 חבילות חיתולים שיוצרו במפעל בטורקיה, ועוד 300,000 חבילות חיתולים שיוצרו במפעל בעפולה, כך שבסך הכל הופצו לשוק 428,088 חבילות פגומות.

7. מכאן פנה בית המשפט לברר אם בהתחשב במועד שבו הודיעה החברה לציבור על הפגם שנפל בחיתולים, התגבשו עילות תביעה של הטעיה, הפרת חובת גילוי, הפרת חובה חקוקה ורשלנות. בית המשפט פירט כיצד למרות שידעה על התקלה, קימברלי המשיכה לשווק את החיתולים לפני שתיקנה את מפרט הייצור; לא אספה את החבילות הפגומות שכבר שווקו לחנויות, ובחרה שלא ליידע את הציבור בדבר התקלה עד ליום 10.3.2011. לא זו אף זו, החברה הרחיבה את קבוצת הצרכנים שנפגעו מהתקלה כאשר החלה בייצור חיתולים במפעל בעפולה לפני שהכניסה את השינויים הנדרשים במפרט הייצור, אף שידעה על אודות התקלה. בית המשפט סבר כי היה על החברה לאסוף את החבילות הפגומות מהמדפים או לכל הפחות ליידע את הציבור בדבר התקלה בסמוך לאחר גילוייה. בנוסף, היה על החברה לעצור את ייצור החיתולים עד להטמעת שינויים במפרט. בכך החברה יכולה הייתה למנוע רכישה של חלק מהחבילות הפגומות ושימוש של הצרכנים בחיתולים פגומים שנרכשו לפני שפורסם דבר התקלה.

בית המשפט הבהיר כי בכך שלא גילתה לצרכנים על הפגם שנפל בחיתולים, החברה הטעתה אותם לחשוב שטיב המוצר שרכשו שונה מזה שקיבלו בפועל. זאת בהינתן שכושר הספיגה של החיתול הוא עניין מהותי בעסקה, והעובדה שהיקף התקלה היה רחב ביותר. מכאן הגיע בית המשפט למסקנה שהתנהלות קימברלי עולה כדי הטעיה כאמור בסעיף 2(א)(1) ו-2(א)(4) לחוק הגנת הצרכן, ולהפרת חובת הגילוי שקבועה בסעיף 4 לחוק הגנת הצרכן. לשיטת בית המשפט, הפרות אלה של הוראות פרק ב' לחוק הגנת הצרכן עולות כדי עוולה של הפרת חובה חקוקה כאמור בסעיף 63 לפקודת הנזיקין. זאת מתוקף הוראת סעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן הקובע כי "דין מעשה או מחדל בניגוד לפרקים ב', ג', ד' או ד'1 כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]". ובהמשך לכך, גם תביעת הרשלנות של הקבוצה התקבלה. בית המשפט קבע שהחברה הפרה את חובת הזהירות שלה כלפי הצרכנים בכך שייצרה חיתולים פגומים ולא פסקה מכך גם לאחר שנודע לה על התקלה, וכן לא מנעה את רכישת החיתולים הפגומים ואת השימוש בהם.

מכאן נקבע כי קמה לקבוצה המיוצגת זכות לפיצוי בגין הנזק שנגרם לחבריה.

8. בית המשפט דחה את טענת קימברלי שלפיה הפרסומים שהפיצה והליך הפיצוי הכפול שבו נקטה צריכים להוביל לדחיית התובענה הייצוגית. ביחס לפרסומים צוין כי הם החלו רק כחודשיים וחצי לאחר גילוי תקלת הייצור. וממילא, הם נחזו בעיקרם כפרסומת לחיתולים ולא כהודעה על פגם במוצר. גם ביחס להליך הפיצוי הכפול נקבע כי אין בו כדי להביא לדחיית התובענה הייצוגית. זאת משום שקימברלי לא פעלה במהירות ראויה, ואף לא הציגה ראיות לכך שפעלה על מנת להביא את הידיעה על אודות התקלה והפיצוי לידיעת המספר הרב ביותר של לקוחות בדרך היעילה ביותר. בהקשר זה צוין כי החברה לא סיפקה הסבר מניח את הדעת לכך שהחליטה שלא לפנות לרשתות השיווק בבקשה להסיר את החבילות הפגומות. בית המשפט שוכנע גם כי החברה פעלה שלא בתום לב, משלא התייחסה לתקלה ולנזק שגרמה ללקוחותיה ברצינות הראויה.

9. בית המשפט בחן את הנזק שנגרם לקבוצה המיוצגת. תחילה נקבע כי נגרם לקבוצה נזק ממדויק בשל רכישת חיתולים פגומים, וכי הפיצוי הראוי והסביר הוא פיצוי בשווי של חבילת חיתולים תקינה תחת כל חבילה פגומה שנרכשה. לצורך הפיצוי הועמד שוויה של חבילת חיתולים על סך של 40 ש"ח בתוספת הצמדה, ובסך הכל 42.5 ש"ח לחבילה כולל הצמדה.

בהסתמך על עדויות של חברי הקבוצה קבע בית המשפט כי נגרם להם גם נזק של עוגמת נפש. כך, כמה מהעדים שהיו אבות ואמהות טריים בתקופה הרלוונטית, העידו כי סברו שהרטבת בגדי התינוק וסביבתו, שהצריכה החלפות בגדים וכביסות תכופות, נגרמה בשל לקות של התינוק או חוסר ידע בהחלפת חיתול. חששות אלה גברו לנוכח פניותיהם של חברי הקבוצה למוקד השירות של החברה, שם נאמר להם כי אינם יודעים לחתל או שהם משתמשים בחיתולים במידה שאינה מתאימה לילדם. בית המשפט סבר כי הפיצוי הראוי בגין עוגמת הנפש המתוארת הוא בשווי של חבילת חיתולים נוספת. מכאן הועמד שווי הפיצוי הכולל על סך של 85 ש"ח עבור כל חבילת חיתולים שנרכשה (42.5 ש"ח כפיצוי על הנזק הממוני, ועוד 42.5 ש"ח פיצוי בגין עוגמת נפש).

בשלב זה חילק בית המשפט את הקבוצה לשני תתי-קבוצות: מי שקיבלו מקימברלי את הפיצוי הכפול "בזמן אמת" (להלן: קבוצה א'); ומי שרכשו חבילות פגומות אך לא קיבלו בגינן פיצוי כלשהו (להלן: קבוצה ב'). ביחס לחברי קבוצה א' נקבע כי משקיבלו בעבר שתי חבילות תקינות עבור כל חבילת חיתולים פגומה שמסרו – הם אינם זכאים לפיצוי נוסף. לגבי חברי קבוצה ב' נקבע כי הם זכאים כאמור לפיצוי של 85 ש"ח בגין כל חבילה פגומה שרכשו. כן הובהר כי מי שקיבל בעבר פיצוי רק על חלק מחבילות החיתולים שרכש, יהיה זכאי לקבל פיצוי בגין החבילות שלא פוצה לגביהן,

בדומה לחברי קבוצה ב'. בנוסף פורט המגנון שעל פיו תקבל קימברלי פניות מאת מי שטוענים להיות חברי קבוצה ב' ותעביר להם את כספי הפיצוי.

10. על מנת לממש את מטרות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות), ובהן הרתעה מפני הפרת הדין ומתן סעד הולם לנפגעים, סבר בית המשפט כי יש לקבוע סכום פיצוי מינימלי שקימברלי תשלם ללא קשר למספר הפניות שתקבל מחברי הקבוצה המיוצגת. נקבע כי ככל שהתשלומים על פי פניות חברי הקבוצה לא יגיעו לסכום הפיצוי המינימלי, קימברלי תעביר את ההפרש שבין סכום הפיצוי שישולם לקבוצה בפועל לבין הפיצוי המינימלי, לקרן לניהול ולחלוקת כספים הנפסקים כסעד, שהוקמה מכוח סעיף 27א לחוק תובענות ייצוגיות, וזאת למטרות של רווחת תינוקות ופעוטות.

בית המשפט סבר כי סכום הפיצוי המינימלי הראוי הוא בשווי החבילות הפגומות שקימברלי לא פיצתה בגינן במסגרת הליך הפיצוי הכפול. כאמור לעיל, נקבע כי בסך הכל שווקו 428,088 חבילות פגומות. על סמך ראיות שהציגה קימברלי נקבע כי במסגרת הליך הפיצוי הכפול הוחזרו לחברה 55,023 חבילות בטענה שהן פגומות. מכאן נקבע שבגין 373,065 חבילות לא ניתן פיצוי כלשהו (להלן: יתרת חבילות החיתולים). בהתאם, סכום הפיצוי המינימלי הועמד על סך של 15,855,262 ש"ח (42.5 X 373,065 ש"ח) (להלן: הפיצוי המינימלי), כאשר יושם לב כי סכום זה אינו לוקח בחשבון פיצוי בגין עוגמת נפש, שהועמד על מחיר חבילת חיתולים. בהקשר זה נדחתה טענת קימברלי כי יש להביא בחשבון את העלויות שהשקיעה בהליך הפיצוי הכפול, ולגרוע אותן מהפיצוי המינימלי. בית המשפט ציין כי ההוצאות שהיו לחברה נגרמו לנוכח התנהלותה, ועל כן אין לזקוף אותן לזכותה.

11. לבסוף התקבלה עמדת בא-כוח המשיבה, שלפיה יש לפסוק לו שכר טרחה בשיעור של 15% מסכום הפיצוי, וגמול למשיבה בשיעור של 5% מסכום הפיצוי. זאת לאחר שהתביעה הייצוגית התנהלה עד תום, באופן ראוי ויעיל, לאורך כ-8 שנים. בהקשר זה צוין בפסק הדין כי "הגמול בסכום של 792,763 ₪ ישולם עם פסק הדין. שכר הטרחה לב"כ המייצג ישולם באופן שמחצית שכר הטרחה בגין סכום הפיצוי המינימאלי כולל מע"מ, 1,391,299 ₪ תשולם עם פסק הדין, והמחצית השנייה בגין הסכום המינימאלי (וככל שישולם פיצוי גבוה יותר לקבוצה, ה-15% + מע"מ ממה ששולם לקבוצה) לאחר השלמת תשלום כל הפיצוי לקבוצה, והעברת כספים לקרן ככל שיידרש ולאחר אישור בית המשפט".

מכאן הוגשו ערעור וערעור שכנגד. למען שלמות התמונה יצוין כי ביום 2.12.2019 התקבלה באופן חלקי בקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין; תשלום הפיצויים עוכב

עד להכרעה בערעור, ותשלום הגמול ושכר הטרחה עוכבו באופן חלקי כמפורט שם (השופטת ד' ברק-ארז).

הטענות בערעור

12. במסגרת הערעור שבה קימברלי על רבות מהטענות שהעלתה בבית המשפט המחוזי. לאחר הדיון שהתקיים לפנינו ומשניתנה לה שהות להתייעצות, ביום 31.12.2020 הודיעה החברה כי היא מצמצמת את ערעורה לשני נושאים: מספר חבילות החיתולים שאופיינו כפגומות, והטענה כי יש לקזז מהפיצוי את ההוצאות שהוציאה למימון הליך הפיצוי הכפול.

ביחס למספר החבילות הפגומות טוענת קימברלי כי בניגוד לקביעה בפסק הדין שלפיה שווקו 428,088 חבילות שהכילו חיתולים פגומים, מספר החבילות הפגומות ששווקו בפועל נמוך בהרבה. לטענת החברה, בשל התיקונים הראשוניים שנעשו במפרט הייצור במפעל בעפולה כבר ביום הייצור הראשון, הסיכוי שיוצרו במפעל זה חיתולים פגומים הוא אפסי. משכך, מקור החיתולים הפגומים הוא אך ורק במפעל בטורקיה, שבו יוצרו בתקופה הרלוונטית 128,000 חבילות. החברה מוסיפה וטוענת כי שיעור החבילות שיוצרו בטורקיה והכילו חיתולים פגומים אינו עולה על 10%, וזאת בהסתמך על הבדיקה המדגמית שערך הטכנולוג. משכך, שיעור החבילות ההתחלתי שממנו יש לגזור את הפיצוי המינימלי הוא 12,800.

לחלופין טוענת החברה כי גם אם נניח שהשינויים הראשוניים שנעשו במפרט הייצור במפעל עפולה לא הועילו, וכי יצאו את שערי המפעל חבילות שהכילו חיתולים פגומים בשיעור כלשהו, הרי ששיעור זה אינו יכול לעלות על 160,063 חבילות, משום שזה מספר החבילות "העפולאיות" ששווקו בתקופה הרלוונטית. זאת בניגוד לקביעת בית המשפט המחוזי שלפיה בתקופה הרלוונטית יוצרו במפעל בעפולה 300,000 חבילות פגומות.

אשר להוצאות שהוציאה החברה במסגרת הליך הפיצוי הכפול, ובכלל זה הוצאות בגין פרסום ושילוח, טוענת החברה כי יש לקזז את ההוצאות בסך של 3.1 מיליון ש"ח מהפיצוי המינימלי שנקבע. לשיטתה, הקיזוז יגשים את תכליות ההליך הייצוגי – מתן סעד הולם לנפגעים וקידום הרתעה.



13. המשיבה טוענת כי יש לדחות את ערעור החברה שכל כולו מכוון לקביעות עובדתיות וממצאי מהימנות של בית המשפט המחוזי, בהסתמך על עיון במסמכים ושמיעת עדים.

לגבי מספר החבילות הפגומות טוענת המשיבה כי בשל העובדה שהמידע הרלוונטי מצוי בידי קימברלי, נטל ההוכחה מוטל עליה. מכאן נטען כי החברה לא הוכיחה שרק 10% מהחבילות הכילו חיתולים פגומים, וכי הטענה שבעפולה כלל לא יוצרו חיתולים פגומים נסתרת על ידי עדות המנכ"ל. אשר לשיעור החיתולים הפגומים שמקורם במפעל בעפולה, טוענת המשיבה כי בתקופה הרלוונטית – מיום 3.1.2011 (מועד שליחת המייל לחברת קימברלי-קלארק העולמית) ועד ליום 19.1.2011 (כאשר ביום 20.1.2011 יושמו השינויים במפעל בעפולה) – יוצרו בעפולה כ-228,000 חבילות חיתולים, וכי החברה לא הוכיחה ואף כלל לא טענה כי לא כל החבילות הללו הופצו ושווקו לצרכנים. כלומר, נטען כי גם לאחר השינוי הסופי במפרט הייצור, החברה המשיכה לשווק את החיתולים שיוצרו בתקופה שקדמה לשינוי המפרט ועשויים היו להיות פגומים.

14. בגדרי הערעור שכנגד טענה המשיבה טענות שונות לעניין שיעור הפיצוי הראוי לקבוצה המיוצגת. כן נטען כי שגה בית המשפט המחוזי משלא הוסיף מע"מ לגמול ולשכר הטרחה שנפסקו למשיבה ולבא-כוחה. בתום הדיון שהתקיים לפנינו הודיע בא-כוח המשיבה כי היא חוזרת בה מערעורה, והערעור נדחה כאמור בפסק דין חלקי מיום 10.1.2021. ביום 1.3.2021 הוגשה בקשה "להתייחס לנושא ספציפי שהוזכר בסיכומי המשיבה" ולהורות על הוספת מע"מ לגמול ולשכר הטרחה שנפסקו על ידי בית המשפט המחוזי.

אבהיר כבר עתה כי מדובר בבקשה ערעורית במהותה, ומשהודיעה המשיבה כי היא אינה עומדת עוד על הערעור שכנגד והוא נדחה זה מכבר בפסק דין חלקי – דין הבקשה להידחות.

דיון והכרעה

15. לאחר בחינת טיעוני הצדדים בכתב על נספחיהם, ומשהיטינו אוזן לטיעונים בעל פה, אציע לחבריי כי נקבל את הערעור בחלקו. כפי שאפרט, לא מצאתי לשנות מקביעת בית המשפט המחוזי כי אין לקזז את ההוצאות שהוציאה החברה בגין הליך הפיצוי הכפול מהפיצוי המינימלי שנפסק לקבוצה. לעומת זאת, אציע לחבריי לקבל את ערעור החברה באשר למספר החבילות הפגומות, ולהפחית בהתאם את הפיצוי המינימלי. ואפרט.

16. החברה טוענת כי עלות הליך הפיצוי הכפול הייתה גבוהה במיוחד. לטענתה, העלות הכוללת של הליך הפיצוי הכפול עמדה על 7.5 מיליון ש"ח, כאשר שווי הקופונים שניתנו ללקוחות כפיצוי עמד על יותר מ-4.4 מיליון ש"ח. היתרה של 3.1 מיליון ש"ח משקפת את ההוצאות שהיו כרוכות בהליך, ונבעו מכך שהחברה הוציאה הוצאות שונות על פרסום "מבצע הפיצוי" ובחרה להביא את הפיצוי לבית הלקוחות באמצעות שליח, במקום לבצע "ריקול" (Recall) רגיל – קריאה להחלפה – שבמסגרתה הייתה מזמינה את הלקוחות להגיע בעצמם לרשתות השיווק. לשיטת קימברלי, מהלך זה הביא שיעור גבוה יותר של לקוחות לפנות אליה לקבלת הפיצוי, וקידם את תכליות חוק תובעות ייצוגיות ובהן מתן סעד הולם למספר גדול יותר של צרכנים; וקידום הרתעה בשל גובה ההוצאה של החברה. החברה סבורה כי החלטת בית המשפט המחוזי שלא לקזז את ההוצאות מהפיצוי המינימלי תפגע בתמריץ של חברות לבצע הליכי פיצוי יזומים בעלות גבוהה, באופן שייפגע באינטרס הצרכנים.

אין לקבל טענות אלה. ההוצאות שהיו לחברה בגין הוצאתו לפועל של הליך הפיצוי הכפול נגרמו בשל פגם הייצור ושיווק החיתולים הפגומים. בכך שלא אספה את החבילות הפגומות מרשתות השיווק גרמה החברה להגדלת הנזק הממוני והבלתי-ממוני שנגרם ללקוחותיה, והרחיבה כמו ידיה את היקף הקבוצה המיוצגת. מכאן יש לדחות גם את טענת החברה הנוגעת לקידום התכלית ההרתעתית של חוק תובעות ייצוגיות, ואת החשש שהביעה מפני פגיעה בתמריץ לצאת במבצעי פיצוי יזומים. אכן, אחת ממטרותיו של מוסד התובענה הייצוגית הוא הרתעת מעוולים מפני הפרת הדין (סעיף 1(2) לחוק תובעות ייצוגיות), אך דומה שקבלת ערעורה של החברה בנקודה זו תוביל לתוצאה ההפוכה ולפגיעה בהרתעה. קיזוז ההוצאות שהיו לחברה בגין מהלך הפיצוי הכפול מהפיצוי המינימלי שנקבע, ישית את ההוצאות על כתפי הקבוצה המיוצגת באופן שיאייץ את ההרתעה שהושגה.

הליך הפיצוי הכפול נלקח בחשבון בעת חלוקת הקבוצה המיוצגת לשני תתי-קבוצות, והוא שהוביל לקביעתו של בית המשפט המחוזי כי חברי קבוצה א' אינם זכאים לפיצוי נוסף על הפיצוי הכפול שכבר קיבלו. ההוצאות שאותן מבקשת החברה לקזז, הן אלה שגרמו להגדלת קבוצה א' על חשבון צמצום היקפה של קבוצה ב'. אין כל הצדקה לכך שחברי קבוצה ב', שטרם קיבלו פיצוי כלשהו על החיתולים הפגומים שרכשו, יספגו את העלויות שהחברה בחרה להוציא על מנת לצמצם את הנזק שגרמה. מסיבה זו, אין חשש שדחיית הערעור ככל שהוא נוגע לקיזוז תפגע בתמריץ ליזום פיצוי ללקוחות לפני שמוגשת תובענה ייצוגית. בענייננו, מהלך פיצוי יעיל היה מגדיל עוד יותר את היקף

קבוצה א' ובהתאם מוביל לצמצום שיעורו של הפיצוי המינימלי שקימברלי חבה בו היום. לכך יש להוסיף את הקושי להבחין בין חלקן של עלויות הליך הפיצוי הכפול ששימשו לצמצום הנזק שנגרם ללקוחות, לבין התועלת השיווקית שהייתה לחברה מהמהלך. בהקשר זה אציין את קביעת בית המשפט המחוזי כי הפרסומים נחזים במבט ראשון כפרסומת למוצרי החברה.

17. לעומת זאת, בכל הנוגע להיקף החבילות הפגומות דומה כי יש בערעור ממש; וליתר דיוק יש ממש בטענה החלופית שבפי קימברלי שעניינה בשיעור חבילות החיתולים שיוצרו במפעל בעפולה, כפי שעוד יפורט.

כאמור, בית המשפט המחוזי קבע את שיעור הפיצוי המינימלי בהתחשב בכך שכל חבילות החיתולים שהופצו ממפעלי קימברלי בטורקיה ובעפולה בתקופה הקובעת הכילו חיתולים פגומים. כן נקבע שבתקופה הקובעת יוצרו במפעל בעפולה 300,000 חבילות חיתולים ובמפעל בטורקיה יוצרו 128,088 חבילות חיתולים, ובסך הכל 428,088 חבילות חיתולים בשני המפעלים יחד. החברה טוענת שבמפעל בעפולה לא יוצרו חיתולים פגומים כלל, וששיעור החבילות שיוצרו במפעל בטורקיה והכילו חיתולים פגומים אינו עולה על 10% - קרי 12,800 חבילות.

הכרעתו של בית המשפט המחוזי מבוססת על ממצאי עובדה ומהימנות שלא מצאתי בטיעוני קימברלי סיבה טובה לשנות מהם (למעט לעניין כמות חבילות החיתולים שיצאו בתקופה הקובעת מהמפעל בעפולה, כפי שיפורט בסעיף הבא). זאת בהתאם להלכה שלפיה בית משפט שלערעור ימעט להתערב בממצאים עובדתיים שקבעה הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים (ראו, מיני רבים: ע"א 2272/17 שושני נ' מדינת ישראל רשות הפיתוח, פסקה 7 (12.12.2018); ע"א 2252/17 שרעבי נ' לוי, פסקה 23 (24.6.2019)). ענייננו אינו נמנה עם אותם מקרים חריגים. למעט סוגיה אחת שאליה אדרש בהמשך, קביעותיו של בית המשפט המחוזי מבוססות על התרשמותו הישירה ממארג הראיות הכולל, עיון במסמכים שהוצגו לו והעדויות שנשמעו, באופן שאינו מצדיק התערבות באלה.

18. כטענה חלופית טוענת החברה כי שיעור חבילות החיתולים שיוצרו במפעל בעפולה ושווקו בתקופה הקובעת הוא 160,063, בניגוד לקביעת בית המשפט המחוזי שלפיה מדובר ב-300,000 חבילות. דעתי היא כי נדרש להתערב בקביעה זו.

בתצהיר המנכ"ל שנערך ביום 31.10.2011 והוגש במסגרת הדיון בבקשת האישור, נטען כי עד ליישום השינויים במפרט הייצור הופצו מהמפעל בעפולה כ- 300,000 חבילות חיתולים (להלן: התצהיר הראשון). במסגרת הדיון בתובענה הייצוגית, הגיש המנכ"ל תצהיר נוסף שנערך ביום 28.6.2017, ובו טען כי הופצו כ-160,000 חבילות חיתולים (להלן: התצהיר השני). במהלך הדיון בתובענה הסביר המנכ"ל כי הפער בין שני התצהירים נבע מכך שהתצהיר הראשון התבסס על הערכה, ואילו התצהיר השני נערך לאחר בחינה של הנתונים הרלוונטיים. התצהיר השני תאם את תצהירו של מר יעקב הירשברג, כלכלן פיתוח בקימברלי (להלן: הירשברג), שטען כי מיום 1.1.2010 (נראה שהכוונה היא ליום 1.1.2011) ועד ליום 20.1.2011 הפיצה החברה 160,063 חיתולים שיוצרו במפעל בעפולה. לתצהיר הירשברג צורף תדפיס ממערכת המידע של החברה ממנו עולה כי בתקופה זו הפיצה החברה 160,603 חיתולים מהמפעל בעפולה (גם כאן, דומה שבתצהיר הירשברג נפלה שגיאת הקלדה).

בית המשפט המחוזי סבר כי ההסבר לסתירה בין התצהיר הראשון לבין התצהיר השני של המנכ"ל אינו משכנע, וכי אף אחת מהגרסאות אינה מתיישבת עם זו שמסר הירשברג. מכאן אימץ בית המשפט את הגרסה המחמירה עם החברה, שלפיה בתקופה הרלוונטית הופצו מהמפעל בעפולה 300,000 חבילות חיתולים. קביעה זו אין בידי לקבל.

אמנם מדובר בקביעה בעלת אופי עובדתי, אך סבורתני כי במקרה זה, אין לערכאה המבררת יתרון על פני ערכאת הערעור בבחירה בין הגרסאות השונות (לחריגים לכלל שלפיו ערכאת הערעור לא תתערב בנקל בממצאים עובדתיים ראו: חמי בן-נון וטל חבקין הערעור האזרחי: מהדורה שלישית 488 (2012)). העובדה שבית המשפט המחוזי לא שוכנע מההסבר שנמסר לפער בין שתי גרסאות המנכ"ל אינה מהווה נימוק מספק לבחירה בגרסה שהובאה במסגרת התצהיר הראשון. גם אם ניתן היה לעיין במסמכים הרלוונטיים כבר בשנת 2011, ולמסור גרסה מדויקת במסגרת התצהיר הראשון, אין זו הצדקה מספקת להעדפת תצהיר זה על פני התצהיר השני. הגרסה שהובאה בתצהיר השני, שלפיה מהמפעל בעפולה שווקו כ-160,000 חיתולים, מתיישבת בבירור עם התצהיר שמסר הירשברג. למעלה מכך, וזה העיקר, הגרסה מתיישבת עם התדפיס שצורף לתצהיר הירשברג שממנו עולה כי הופצו 160,603 חיתולים (מבלי לקבוע מסמרות, ייתכן שמסמך זה אף עולה כדי רשומה מוסדית כאמור בסעיף 36 לפקודת הראיות). שורה של מסקנות שאליהן הגיע בית המשפט המחוזי התבססה על הגרסה שמסר המנכ"ל בתצהיר השני, וסבורתני כי לא הייתה סיבה לדחות את גרסתו המאוחרת דווקא בסוגיה זו.

טרם סיום אציין כי יש לדחות את טענת המשיבה, שלפיה לאחר שינוי מפרט הייצור ותיקון התקלה, קימברלי המשיכה לשווק חיתולים פגומים שיוצרו במפעל בעפולה טרם התיקון. המנכ"ל הצהיר בתצהיר השני כי יתרת מלאי החיתולים שיוצרו בעפולה לפני תיקון מפרט הייצור הושמדה, ולא הופצה לרשתות השיווק; ואין יסוד בחומר הראיות לקבוע אחרת.

מכאן המסקנה כי בתקופה הרלוונטית הופצו מהמפעל בעפולה 160,603 חבילות חיתולים, כך שבסך הכל שווקו 288,691 חבילות שהכילו חיתולים פגומים (128,088 חבילות שיוצרו במפעל בטורקיה בצירוף 160,603 חבילות שיוצרו במפעל בעפולה). יתרת חבילות החיתולים שבגינה לא ניתן פיצוי כלשהו עומדת אפוא על 233,668 חבילות (288,691 חבילות פגומות ששווקו פחות 55,023 חבילות חיתולים שכבר ניתן לגביהן פיצוי במסגרת הליך הפיצוי הכפול, כאמור בסעיף 10). בהתאם, הפיצוי המינימלי יעמוד על 9,930,890 ש"ח (233,668 x 42.5 ש"ח).

סוף דבר

19. אם תישמע דעתי נקבל את ערעור קימברלי בחלקו, במובן זה שהפיצוי המינימלי יופחת ויועמד על סך של 9,930,890 ש"ח. הגמול ושכר הטרחה לתובעת הייצוגית ולבא-כוחה ייגזרו מסכום זה בהתאם למנגנון שנקבע בסעיף 82 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי. לעניין הפרסום והפיצוי הצדדים ינהגו כאמור בפסק הדין נושא הערעור בשינויים המחויבים. עיכוב הביצוע יבוטל.

בהינתן התוצאה שאליה הגעתי, לא ייעשה צו להוצאות למי מהצדדים בערכאתנו.

ש ו פ ט ת

השופט ד' מינץ:

אני מסכים.

ש ו פ ט

1. אני מסכימה עם פסק דינה המשכנע של חברתי השופטת ע' ברון. גם אני סבורה כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי היה נכון בעיקרו ביחס לכל הנקודות העקרוניות שבהן הכריע, בכפוף לקבלה המתוחמת של הטענות בכל הנוגע להיקף השיווק של המוצרים הפגומים.

2. אוסיף ואדגיש, כי אף אני מייחסת חשיבות עקרונית רבה לדחיית טענתה של המערערת באשר לכך שהיה מקום לייחס יותר משקל ל"מבצע הפיצוי" היזום שנקטה (החלפת מוצרים בבית הלקוחות שפנו לחברה בעניין). כאמור, המערערת עשתה כן במקום לנקוט בצעד המתבקש של איסוף על-אתר של המוצרים הפגומים מרשתות השיווק בסמוך לאחר שנודעה לה התקלה. חברתי השופטת ברון ציינה בצדק כי בכך תרמה המערערת להרחבתם של מעגלי הניזוקים בקרב לקוחותיה. על כך אני מבקשת להוסיף, כי מבצע פיצוי המבוסס על פנייה של לקוחות לחברה הוא נחות ביחס לפעולה מקיפה של החלפת מוצרים, אף בשל ניסיון החיים המלמד כי לקוחות רבים אינם "טורחים" לפנות לחברה על מנת לטפל בהחלפת מוצר (ואפילו היא נעשית בתנאים מועדפים של קבלת מוצר נוסף). למעשה, יש בכך מעין "העברת אחריות" מן היצרן אל הצרכן, שאותה אין לקבל כברירת מחדל. ניתן כמובן לשבח כל פעולה שיש בה כדי להקל על לקוחות המעוניינים בהחלפת מוצרים, אך זו אינה יכולה לשמש תחליף לפעולה המתבקשת של איסוף מוצרים פגומים מן החנויות, בנסיבות שבהן היא נדרשת. הדברים אמורים בפרט כאשר מובאת בחשבון תכליתו ההרתעתית של הליך התובענה הייצוגית, שנועד בין היתר למניעת הישנותם של מקרים כגון זה שבפנינו.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ע' ברון.

ניתן היום, ג' באלול התשפ"א (11.8.2021).

שופט

שופטת

שופטת