

**מיכל אביב ואח'**

ע"י ב"כ עו"ד דוד אור חן ו/או עו"ד אסף נוי

משד' שאול המלך 39 תל אביב

טל': 03-5618392 ; פקס': 03-5617414

**המבקשות**

**-נגד-**

**1. הנסיך מפעל ליצור טחינה בע"מ**

ע"י ב"כ עו"ד האני טנוס ו/או ניזאר טאנוס ואח'

מרחוב אלמוג 20/1 חיפה

טל': 04-8880860 ; פקס': 04-6801900

**2. סלטי שמיר 2006 בע"מ**

ע"י ב"כ עו"ד הרצוג, פוקס נאמן ושות'

מבית אסיה, רח' ויצמן 4 תל אביב

טל': 03-6922020 ; 03-6966464

**המשיבות**

**ובענין:**

**היועץ המשפטי לממשלה**

ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה

מרח' קריית המדע 5, בנין B3, קומה 5, הר חוצבים ירושלים, 9777605

טל': 0733929630 ; פקס': 02-6467038

**המתייצב להליך****עמדת מטעם היועץ המשפטי לממשלה**

בהמשך להודעתו בדבר התייצבותו להליך ובהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד, מוגשת בזאת עמדת היועץ המשפטי לממשלה.

## **א. פתח דבר - תמצית עמדת היועץ המשפטי לממשלה**

1. החלטת בית משפט קמא מושא בקשת רשות הערעור דחתה את הבקשה לאישור הסדר הפשרה בתובענה הייצוגית שבנדון, שעניינה בזיהום (סלמונלה) שהתגלה בטחינת הנסיך בחודשים יולי-אוגוסט 2016, תוך שנטען בבקשה לאישור ניהול התובענה כייצוגית (להלן: "בקשת האישור"), שהמשיבה 1 (להלן: "המשיבה") הסתירה מהציבור את הזיהום ובכך סיכנה את הציבור, הפרה את הדין, וגרמה לנזקים לחברי הקבוצה. במסגרת הסדר הפשרה המתוקן הוסכם, שהמשיבה תעביר סך של 200,000 ₪ לבתי חולים או מרכזי סיוע לנזקקים וכן תפעל לשיפור ושכלול הציוד במפעלה לשם מניעת תקלות נוספות בעתיד.
2. בית משפט קמא הורה על דחיית הבקשה לאישור הסדר הפשרה "על הסף", וזאת בעיקר מהנימוק שמדובר ב-"תובענת סרק" (עמוד 3 להחלטה), הן ברמת העילה האישית של המבקשים הקונקרטיים בבקשת האישור (עמודים 18-20, 25, 29 להחלטה), והן ברמת העילה הקבוצתית (עמודים 20, 25, 29 להחלטה).
3. המבקשות טוענות בבקשת רשות הערעור, שביסוד בקשת האישור עומדת עילת תביעה מבוססת, תוך שנגרמו למבקשות וליתר חברי הקבוצה נזקים ממונים ושאינם ממוניים. המבקשות טוענות, שבהתאם לכך, יש להורות על אישור הסדר הפשרה או לחילופין להחזיר את הדיון בבקשה לאישור הפשרה לבית משפט קמא.
4. המשיבה טוענת בתשובתה לבקשת רשות הערעור, שיש לדחות את בקשת רשות הערעור על הסף (סעיף 6 לתשובה), כי לא נסגרה בפני המבקשות האפשרות לברר את בקשת האישור לגופה, ולשיטתה "בית המשפט קמא הגיע להחלטה הנכונה" (סעיף 8, שם). נטען עוד, שהמשיבה חתמה על הסדר הפשרה רק "מטעמים כלכליים" והיות והמשך ניהול ההליך "פוגע ביכולותיה הכלכליות" ו-"עלויות ניהול ההליך הם שהכריעו את טחינת הנסיך להתקשר בהסכם הפשרה" (סעיפים 15-16, שם). עוד נטען, שאין למבקשים בבקשת האישור עילת תביעה, שלא התגלו במוצרים אותם רכשו סלמונלה או זיהומים אחרים מסכני בריאות, ולא הוצגו ראיות המלמדות אחרת (סעיף 16, שם).
5. תחילה יוער, שבניגוד לנטען בסעיפים 5 ו-46 לבקשת רשות הערעור, הסדר הפשרה לא "אושר על ידי היועץ המשפטי לממשלה". כל שנאמר בהודעה שהוגשה לבית משפט קמא ביום 24.12.2018<sup>1</sup> הוא "**כי לא נמצא נכון להתנגד לבקשה לאישור הסדר הפשרה... וזאת מבלי להביע עמדה לגופה של הבקשה**", הרי שלא הובעה כל עמדה ביחס להסדר.
6. בפתח הדברים היועץ המשפטי לממשלה יציג בתמצית, את עיקרי עמדתו שבנדון, שתפורט בהמשך הדברים.
7. היועץ המשפטי לממשלה יותיר לשיקול דעתו של בית המשפט הנכבד את הכרעתו הקונקרטית של בית משפט קמא, שלא התקיימה בנסיבות העניין עילה אישית של המבקשים להיות תובעים מייצגים, וממילא גם את ההכרעה האופרטיבית הקונקרטית בבקשה לאישור הסדר הפשרה שלפנינו, שניתן להצדיקה במידה וההכרעה שלא מתקיימת עילה אישית תיוותר על כנה, כפי שינומק באופן סדור להלן.
8. עם זאת, מעבר לתוצאה הקונקרטית בסוגיית אישור הסדר הפשרה, היועץ המשפטי לממשלה יראה להידרש לסוגיות משפטיות עקרוניות ובעלות השלכות רחב, העולות מהחלטתו המפורטת והמנומקת של בית משפט קמא.
9. בין היתר, יידרש היועץ המשפטי לממשלה, לדרישה העקרונית העולה מהחלטת בית משפט קמא, לבחינה של עילת התביעה טרם אישור הסדר הפשרה בתובענה ייצוגית (כאשר ההסדר הוגש טרם אישור ניהול התובענה כייצוגית),

<sup>1</sup> ההודעה מצ"ב ומסומנת א'.

כתנאי לאישור ההסדר. **היועץ המשפטי לממשלה סבור שצדק בית משפט קמא הנכבד בקביעה עקרונית זו**, שלמעשה קבועה מפורשות בחוק (כפי שצוין גם בהחלטה), ומתחייבת גם מתכליות מוסד התובענה הייצוגית.

10. עוד יידרש היועץ המשפטי לממשלה לקביעת בית משפט קמא, שלא קיימת בנסיבות העניין **עילה קבוצתית**. בעניין זה יציג היועץ המשפטי לממשלה גישה שונה מגישתו של בית משפט קמא הנכבד. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שקביעה זו, בכל הכבוד, **לא בוססה באופן מספק** בהחלטה ולא היה לה מקום בשלב הדיוני הנוכחי, בנסיבות המקרה ועל בסיס החומר הקיים כפי שהוצג בהחלטת בית משפט קמא הנכבד, והדבר עלול **לפגוע באינטרסים של חברי הקבוצה בכללותה ובאינטרס הציבורי הרחב**. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שאין מקום בנסיבות העניין **לזקוף לחובת הקבוצה את המחדלים שייחס בית משפט קמא לתובעים המייצגים ובאי כוחם** ובמיוחד במקרה דוגמת המקרה דנן שהמבקשות ובאי כוחן עדיין לא אושרו להיות מייצגי הקבוצה. והכל, מבלי לקבוע מסמרות בשלב הדיוני הנוכחי בשאלת קיומה של עילה קבוצתית, לפני שבקשת האישור נדונה לגופה.

11. כן יידרש היועץ המשפטי לממשלה לקביעת בית משפט קמא, שבמקרים של תקלות בלתי צפויות, אשר אינן עולות כדי רשלנות זדונית או מכוונת, ככלל לא יהיה מקום לאישור תובענה ייצוגית (עמוד 26 להחלטה), וגם בענייננו הקונקרטי נקבע, שאין הצדקה לניהול תובענה ייצוגית, למרות שבית המשפט לא מצא נימוק מספק המסביר מדוע המשיבה המתונה 15 יום ממועד גילוי התקלה עד שגילתה אותו למשיבה 2 (עמוד 28 להחלטה), וזאת, בין היתר מהטעם, שתקלה נקודתית אפילו נובעת היא מרשלנות העוסק, כל עוד לא מדובר בהתנהלות שיטתית או מכוונת, אינה מצדיקה ניהול תובענה ייצוגית, ובמיוחד לאור השיפורים והשינויים שהנהיגה המשיבה לאחר התקלה.

**היועץ המשפטי לממשלה יציג להלן גישה אחרת**. אכן, יש מקום להתחשב בשאלה האם מדובר בהתנהלות מכוונת או ברשלנות. בנוסף, יש מקום גם לתת משקל לשיפורים ותיקונים שהונהגו לאחר התקלה. התחשבות זו יכולה לבוא לידי ביטוי הן במסגרת מכלול השיקולים שמנחים את בית המשפט המוסמך בשאלה האם לאשר ניהול תובענה כייצוגית בנסיבותיו של מקרה פרטי (שאלה שנתונה לשיקול דעת בית המשפט גם כשמתקיימת עילת תביעה כפי שיפורט להלן), והן במסגרת הבחינה הקונקרטית של עילת הפגיעה באוטונומיה בנסיבות מקרה פרטי זה או אחר, כפי שיפורט. אולם, **היועץ המשפטי לממשלה סבור, שלא יהיה זה נכון לקבוע כלל, שברירת המחדל היא שלא** לאשר תובענות ייצוגיות בגין רשלנות עוסק, כל עוד לא מדובר בהתנהלות שיטתית או מכוונת. דיני הנזיקין מעניקים לפרט הנפגע זכות לפיצוי מהגורם לפגיעתו, גם אם פגיעה זו נבעה מרשלנות ולא מהתנהלות מכוונת. **היועץ המשפטי לממשלה אינו סבור, שיש למנוע מקבוצה של נפגעים את האפשרות לתבוע נזקים כאלה באמצעות תובענה ייצוגית, ותכליות דיני הנזיקין ודיני התובענות הייצוגיות כאחד, תומכים במתן אפשרות לקיום הליך ייצוגי בעניין כזה**, בכפוף לנסיבות המקרה הפרטני. הדברים מתייחסים להיבט הכללי, מבלי שהיועץ המשפטי לממשלה יביע בשלב זה עמדה קונקרטית בנוגע לשאלת אישור התובענה הייצוגית דנן, בשלב הדיוני הנוכחי שבקשת האישור טרם התבררה.

12. וכעת לעמדת היועץ המשפטי לממשלה בהרחבה.

## **ב. תנאי לאישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית שטרם אושרה - עמידת בקשת האישור, ברמה**

### **הלכאורית, בתנאים לאישור תובענה ייצוגית**

13. בהחלטתו עומד בית משפט קמא בהרחבה על הוראת סעיף 19(א) **לחוק תובענות ייצוגיות התשס"ו-2006** (להלן: "**החוק**"), שתנאי לאישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית שטרם אושרה, הוא שהתובענה עומדת לכאורה בתנאים לאישור תובענה ייצוגית. ראו: עמודים 10-16 להחלטה. בית משפט קמא עומד על הצורך, שלא לעודד הגשת תביעות

סרק, בכדי למנוע הכבדה על המערכת המשפטית, בכדי למנוע פשרות שנתבעות מסכימות להן בכדי לחסוך לעצמן את הוצאות ניהול ההליך, תוך שבסופו של דבר העלויות שהן סופגות מגולגלות על ציבור הצרכנים על ידי ייקור המוצר או השירות באופן המשפיע על יוקר המחיה, ובכדי למנוע פגיעה במוסד התובענה הייצוגית ובצביונו, שתביעות הסרק יוצרות זילות שלו. עוד נקבע, שקיימים מקרים שבהם, במקום שהתובענה הייצוגית תקדם תכליות ציבוריות, הציבור הוא המנוצל לצורך קידום ענייניהם של התובע המייצג ובא כוחו. על כן, נקבע בהחלטה, שאישור פשרות בתובענות סרק "עלול לפגוע בציבור בכללותו" (עמוד 16, שם).

14. היועץ המשפטי לממשלה סבור בעניין זה, מהבחינה העקרונית והכללית, שאכן **חשוב במסגרת הדיון בבקשות לאישור הסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות, לבחון את עמידתן של בקשות לאישור תובענות ייצוגיות** (שטרס אושרו), **בתנאים לאישור תובענה ייצוגית הקבועים בחוק**. ראשית, מדובר בהוראה מפורשת בחוק (סעיף 19(א)), שנוספה במסגרת תיקון מספר 10 לחוק<sup>2</sup>:

**"בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה אלא אם כן מצא... אם הבקשה לאישור הסדר הפשרה הוגשה לפני שאושרה התובענה הייצוגית – גם כי התובענה שהוגשה עומדת, לכאורה, בתנאים לאישור תובענה ייצוגית הקבועים בסעיפים 3, 4 ו-8(א) וכי סיום ההליך בהסדר פשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין".**

יובהר, כי סעיף 3 לחוק קובע שניתן להגיש בקשת אישור רק על פי אחת העילות המפורטות בתוספת השנייה לחוק; סעיף 4 לחוק קובע שלתובע המייצג צריכה להיות ככלל, עילת אישית המשותפת עם יתר חברי הקבוצה המיוצגת; וסעיף 8(א) לחוק קובע את התנאים לאישור תובענה ייצוגית ובהם שהתובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לחברי הקבוצה ויש אפשרות סבירה שהן תוכרענה בתובענה לטובת הקבוצה; שהתובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת; שקיים יסוד סביר להניח כי עניינם של חברי הקבוצה ינוהל בדרך הולמת ובתום לב.

תכלית הוראת החוק שבנדון מובהרת בדברי ההסבר להצעת החוק<sup>3</sup>:

**"כדי לצמצם את התופעה של תביעות סרק... מוצע לקבוע כי בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה אם התובענה שהוגשה אינה עומדת, לכאורה, בתנאים להגשת התובענה הייצוגית ולאישורה..."**

15. כפי שעמד על כך בית משפט קמא, בשונה מהסדרי פשרה בתביעות פרטניות שנטיית בתי המשפט לאשרם, בתובענות ייצוגיות נדרשת בחינה שיפוטית קפדנית, כנובע מבעיית הנציג:

**"שונים הם פני הדברים כאשר מדובר בהסכם פשרה במסגרת בקשה לאישור תביעה ייצוגית. הליך התובענה הייצוגית הינו הליך מיוחד, שכן גורם יחיד מייצג קבוצה גדולה של תובעים בכוח, אשר אינה לוקחת חלק פעיל בהליך, אך תוצאת ההליך יוצרת מעשה בית דין לגבי כל חברי הקבוצה... בשלב זה של אישור הסדר הפשרה, האינטרס של המבקש הייצוגי ובא כוחו אינו בהכרח תואם לזה של חברי הקבוצה... במצב זה לבית המשפט תפקיד מרכזי בדאגה והגנה על האינטרסים של חברי הקבוצה ושל הציבור... עליו לוודא שלא יאושרו תביעות סרק הפוגעות בציבור כולו"** (עמודים 12-11 להחלטה).

כן ראו בעניין זה בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **לוי**<sup>4</sup>, בסעיפים 12-13:

<sup>2</sup> חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 10) התשע"ו-2016 ס"ח 2567 (27.7.2016), 1080. בנוסח הקודם של הסעיף הדרישה הייתה מעט אחרת: "קיימות, לכאורה, שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה וכי סיום ההליך בהסדר פשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין", מבלי שנקבע מפורשות שיש לעמוד בדרישה שיש אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה, וביתר התנאים הקבועים בסעיף 8(א) לחוק, מלבד הדרישה לשאלות משותפות לקבוצה.

<sup>3</sup> הצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 10) (הסדרי פשרה והסתלקות) התשע"ו-2016, הצעות חוק (הכנסת) 637 (30.5.2016), 117. <sup>4</sup> רע"א 3832/17 לוי נ' פסגות [פורסם בנבו] (4.7.2017). עוד ראו: רע"א 1644/15 גור נ' דור אלון (פורסם בנבו, 27.5.2015), בסעיפים 8-10; גיל אוריון וזיו שורץ "מנגנונים לפיקוח על מימושה של הפשרה בהליך הייצוגי" **עלי משפט** ט, תשע"א 147-148; ת"צ (תל אביב) 2786/07

**"מטרתו של המסלול שהתווה המחוקק הוא לוודא שבית המשפט אינו מאשר את הסדר הפשרה כ'חותמת גומי', אלא בוחן ובודק...."**

16. ודומה, שהדברים מכוונים לא רק לחשש, שהסדר הפשרה אינו נותן לקבוצה פיצוי מספק במקרה של תובענה טובה וראויה באופן המממש את בעיית הנציג<sup>5</sup>, אלא גם לחשש שהסדרי פשרה שיאושרו בתביעות סרק יפגעו גם הם, באינטרס הציבורי ובמוסד התובענה הייצוגית. כפי שפרט בית משפט קמא בהחלטתו, אכן קיים חשש, שאישור הסדרי פשרה בתובענות סרק, יביא לזילות מוסד התובענה הייצוגית באופן שיפגע בקיום התכליות החשובות של החוק. בנוסף, אם הסדרי פשרה בתובענות סרק יאושרו תוך פסיקת שכר טרחה וגמול למייצגים, הדבר יפגע ביצירת תמריצים להגשת תובענות ראויות ומבוססות, וזאת במידה וניתן יהיה לזכות בשכר טרחה וגמול גם כתוצאה מתובענות שאינן מבוססות שלא הושקע בהן מאמץ ראוי. קיים גם החשש עליו עמד בית משפט קמא, שאישור הסדרי פשרה בתובענות סרק תוך השתת עלויות כאלה ואחרות על הנתבעות שמסכימות לכך רק בכדי לחסוך את עלויות ניהול הליך הסרק שהן יקרות יותר, יביא בסופו של דבר לגלגול עלויות אלה על הציבור על ידי ייקור המוצר או השירות, באופן שיפגע בציבור כולו. וכמובן תובענות הסרק גם מכבידות ומעמיסות על המערכת המשפטית, והציבור כולו משלם את המחיר.

כב' השופטת ברון עמדה על הדברים בעניין **מרקיט**<sup>6</sup>, בסעיף 22 לפסק הדין:

**"יש להבהיר כי הנזק שעלול להיגרם כתוצאה מתביעות ייצוגיות שהן תביעות סרק חורג מד' אמותיו של התאגיד הנתבע. ניתן להניח כי עלויות ההליך הייצוגי וההסתלקות (שממנה נהנים התובע ובא הכוח המייצג) יגולגלו לפתחם של חברי הקבוצה – לרוב בדרך של העלאת מחירים. תביעות מסוג זה אף עלולות לגרום מדיניות מתגוננת יתר על המידה מצד נותני שירותים וספקי מוצרים – שגם בה יש בה משום פגיעה בציבור... ואף פגיעה בתחרות. תביעות סרק מביאות לזילות מוסד התובענה הייצוגית, והחשש העיקרי הוא מפני ויתור מראש על הגשה או ניהול של תביעות ראויות; וכן משחיתות זמן שיפוטי לריק, מעמיסות לשווא על המערכת השיפוטית ומעכבות בירורם של הליכים ייצוגיים אחרים"**<sup>7</sup>.

17. על כן, היועץ המשפטי לממשלה שותף לגישתו של בית משפט קמא הנכבד, שבהתאם להוראות החוק המפורשות כמו גם בהתאם לתכליות החוק ותכליות מוסד התובענה הייצוגית בכללותו, על בית המשפט הדין בבקשה לאישור הסדר פשרה (בתובענה ייצוגית שטרם אושרה) לבחון האם בקשת האישור עומדת בתנאים לאישור תובענה ייצוגית, ובכלל זה לבחון את שאלת קיומה של עילה לכאורה העומדת בבסיסה של בקשת האישור. אם התשובה לכך שלילית, יש לדחות את הבקשה לאישור הסדר הפשרה, **מטעם זה כשלעצמו**.

עם זאת, מובן, שלא דומה בחינה שכזו במסגרת בקשה לאישור הסדר פשרה שנועד, בין היתר, לייתר את הצורך בניהול ההליך המשפטי, לבחינת עילת התביעה במסגרת ניהול דיון בבקשת האישור לגופה. על כן, סעיף 19(א) לחוק דורש רק עמידה "לכאורה" של בקשת האישור בתנאים הקבועים בחוק, וברי שהרף הנדרש בשלב אישור הסדר פשרה הוא נמוך יותר, מהרף שנדרש לצורך אישור התביעה הייצוגית לגופה.

18. כעת יידרש היועץ המשפטי לממשלה לקביעות בית משפט קמא הנכבד במישור העילה, ביחס לבקשת האישור הקונקרטית שלפנינו, הן ביחס לשאלת העילה האישית והן ביחס לשאלת העילה הקבוצתית.

<sup>5</sup> **ישראלי נ' מכבי שרותי בריאות בע"מ** (פורסם בנבו, 30.8.2011), בעמודים 6-7 לפסק הדין, ובהחלטת בית המשפט בעניין **ישראלי** האמור מיום 27.12.2012, בעמוד 7 להחלטה.

<sup>6</sup> ראו בדברי ההסבר להצעת החוק של תיקון מספר 10, לעיל, ה"ש 3: **"לצמצם את התופעה... של תביעות טובות שמסתיימות בהסדרי פשרה שאינם מועילים לקבוצה המיוצגת"**.

<sup>7</sup> ע"א 8114/14 מרקיט מוצרי ייעול בע"מ נ' סונול ישראל בע"מ [פורסם בנבו] (5.8.2018).

<sup>7</sup> עוד ראו אביאל פלינט חגי ויניצקי **תובענות ייצוגיות** 2017, בעמודים 697-699.

## ג. התייחסות לקביעות בית משפט קמא במישור העילה

### 1. בחינת עילה אישית

19. בית משפט קמא התייחס בהחלטתו תחילה לעילות שנטענו בבקשת האישור, שאחד מיסודותיהן הוא קיומו של נזק לנפגעים (הטעיה ואי גילוי; הפרת חובה חקוקה; רשלנות; הפרת הסכם). בית משפט קמא קבע, שאיש מהמבקשים להיות תובעים מייצגים לא הוכיח עילת תביעה אישית בעניינן של עילות אלה, היות ולא הוכח נזק, כספי או בריאותי (עמוד 18 להחלטה). הוטעם בעניין זה (שם): **"איש מהמבקשים לא צירף לבקשת האישור המתוקנת חשבונית או כל הוכחת קנייה אחרת לכך שאכן רכש ממוצרי סלטי שמיר"**<sup>8</sup>. כן נקבע: **"הנה כי כן איש מהמבקשים לא הוכיח כי רכש הלכה למעשה איזה מהמוצרים שנכללו בהודעת נוהל ההחזרה"** (עמוד 19 להחלטה). עוד מוסיף בית משפט קמא (שם), שלא הוכח שנגרם למבקשים נזק כספי (אף אם הייתה מוכחת רכישת המוצרים), היות ובהתאם לנוהל החזרת המוצרים שנקטה סלטי שמיר, ניתן היה להחזיר את המוצרים ולקבל החזר כספי. כן נקבע בהחלטה (בעמוד 19), שאיש מהמבקשים בבקשת האישור לא הוכיח קיומו של נזק בריאותי, זאת, בהיעדר הגשת חוות דעת מומחה בעניין זה, כנדרש.<sup>9</sup> על כן, מסיק בית משפט קמא (בעמוד 20 להחלטה) בנוגע לעילות התביעה הנטענות: **"לא הונחה להן תשתית עובדתית וראייתית מתאימה ולפיכך לא עומדת עילת תביעה אמיתית ביחס לעילות אלה..."**.

20. בבקשת רשות הערעור טוענות המבקשות נגד קביעות בית משפט קמא, שתצהיריהן מבססים את טענותיהן וניתן היה להסתפק בהם בשלב זה (סעיפים 7, 29 לבקשה), וכן נטען, שלא ניתן היה לצפות מהן לשמור קבלות רכישה, ולא היה מקום לקבוע שלא הוכחה רכישת המוצרים בניגוד לאמור בתצהירים, שעה שטרם התקיים דיון הוכחות (סעיפים 7, 41 לבקשה). מנגד, המשיבה טוענת בסעיף 39 לתשובתה, שלאף אחת מהמבקשות בהליך זה לא נגרם נזק ואף לא נזכרו טיפולים רפואיים בתצהיריהן.

21. **היועץ המשפטי לממשלה אינו רואה להביע עמדה** בנוגע לקביעות בית משפט קמא ביחס לקיומה של עילה אישית בנוגע למבקשות הקונקרטיות, שהינן בעיקרן קביעות עובדתיות וראייתיות, ויותר את ההכרעה בעניין זה לשיקול דעת בית המשפט הנכבד. היועץ המשפטי לממשלה רק יעיר, בנוגע לקביעת בית משפט קמא שלא נגרם למבקשות נזק כספי גם מהטעם שיכלו לקבל זיכוי כספי באמצעות החזרת המוצר לסלטי שמיר, **שקביעה זו אינה פשוטה**, שהרי יש להניח שחלק מהמוצרים כבר נאכלו, וגם כרוכות בהחזרה טרחה והוצאות, שלא ברור שהייתה בהן כדאיות כלכלית.<sup>10</sup>

22. כך גם בנוגע לקביעת בית משפט קמא בנוגע לקיומה של עילת עשיית עושר (שאינה דורשת הוכחת נזק לחברי הקבוצה) – בעמוד 20 להחלטה נקבע, שלא נטענה (מלבד אמירה בעלמא) ולא הוכחה התעשרות של המשיבה. היועץ המשפטי לממשלה יותר לשיקול דעת בית המשפט קביעה זו. עם זאת, בנוגע לקביעת בית המשפט (שם), שהשמדת המוצרים על ידי המשיבה בהתאם להנחיות משרד הבריאות גרמו למשיבה נזקים כבדים ומטעם זה קשה להלום

<sup>8</sup> בבקשת האישור נטען, שחלק מהמבקשים בבקשת האישור (ובכללן המבקשות בהליך זה) רכשו מסלטי שמיר מוצרים שהכילו טחינה גולמית שיוצרה על ידי המשיבה ושוקו על ידי לסלטי שמיר, והיו מזוהמים. יצוין כי בהחלטה נאמר (בעמוד 18), שאחת המבקשות (שאינן נמנות על המבקשות בבקשת רשות ערעור זו) גב' עיאדאת אמנם צירפה חשבונית רכישה, אולם לא ברור מהחשבונית שמדובר במוצרים של סלטי שמיר, וכן נאמר בהחלטה, שמבקשים אחרים צירפו תצלומים של מוצרים שלטענתם רכשו, אך התצלומים אינם מוכיחים את הרכישה ולא ברור האם מדובר באותם מוצרים שנכללו בהודעת ההחזרה שפרסמה סלטי שמיר.

<sup>9</sup> צוין בעניין זה, שאמנם אחד המבקשים (מר גל, שאינו נמנה על המבקשים בבקשת רשות הערעור דנן) הגיש הודעה על קביעת תור לרופא והקטין מ' (שגם הוא אינו נמנה על המבקשים בהליך דנן) צירף מסמך אבחון רפואי על סלמונלה, אולם בית משפט קמא קבע, שמסמכים אלה אינם בגדר חוות דעת רפואית הערוכה כדיון, וגם המסמכים אינם מוכיחים שהסלמונלה ממנה סבל מ' לפי הנטען, נבעה דווקא מאחד ממוצרי סלטי שמיר שנכללו בנוהל ההחזרה. כך גם לגבי האישור הרפואי שצירפה גב' עיאדאת על שלשולים, בחילות וכאבי בטן, נקבע בהחלטה, שלא מדובר בחוות דעת רפואית כדיון, אין הוכחה שמדובר היה בסלמונלה, ולא הוכח שהכאבים נבעו מצריכת מוצרי סלטי שמיר שנכללו בהודעת נוהל ההחזרה. כפי שצוין בהחלטה (בעמוד 20), יתר המבקשים (ובכללם המבקשות בבקשת רשות הערעור דנן) לא הגישו חוות דעת רפואיות להוכחת נזק רפואי כלשהו.

<sup>10</sup> ראו בעניין זה גם בסעיפים 7, 36 לבקשת רשות הערעור.

טענה בדבר התעשרות, יעיר היועץ המשפטי לממשלה, שלו ייקבע שהמשיבה פעלה שלא כדין והמשיכה לשווק את מוצריה גם לאחר שידעה כי קיים חשש שהמוצרים נגועים בסלמונלה, תוך סיכון חברי הקבוצה וגרפה רווחים בשל כך, הרי שבאופן עקרוני, **עשויה להתקיים עילה של עשיית עושר שלא במשפט** בגין המוצרים שנמכרו כאמור, גם אם בסופו של יום נגרמו למשיבה נזקים עקב המוצרים שהיא נאלצה להשמיד, וככל שנזקים אלה הם תוצאה הנובעת מהתנהלות רשלנית של המשיבה בנוגע לזיהומים שהתגלו.<sup>11</sup>

23. כך גם בנוגע לעילת הפגיעה באוטונומיה. בית משפט קמא קבע, שלא הוכח קיומה של עילה זו בנוגע למבקשות, בהתבסס על טענותיהן לתחושות שליליות של גועל וכדו', היות ו- **"ממילא לא הוכח ביחס למרבית המבקשים כי אכן רכשו איזה מן המוצרים שצוינו בהודעת נוהל ההחזרה ולא הוכח כי נגרם נזק או נוצר סיכון בריאותי למי מהמבקשים. בנסיבות אלה לא ניתן לקבל טענה מצד המבקשים כי חשו תחושות שליליות של גועל דחיה וכיו"ב, כנטען על ידם"** (עמוד 25 להחלטה). היועץ המשפטי לממשלה יותיר לשיקול דעת בית המשפט הנכבד גם קביעה זו המבוססת על הקביעה הקודמת, שלא הוכחה רכישת המוצרים על ידי המבקשות כמו גם קיומו של נזק רפואי בעניינן. להלן יתייחס היועץ המשפטי לממשלה לעילת הפגיעה באוטונומיה בענייננו- במישור הקבוצתי.<sup>12</sup>

## **2. המשמעות הנורמטיבית של היעדר עילה אישית על אישור הסדר פשרה**

24. כפי שהוטעם לעיל, סעיף 19(א) לחוק קובע שאין לאשר הסדר פשרה בתובענה ייצוגית (שטרם אושרה) אלא אם כן התובענה שהוגשה "עומדת לכאורה", בין היתר, בתנאים לאישור תובענה ייצוגית הקבועים בסעיף 4 לחוק. סעיף 4(א) לחוק קובע: **"אלה רשאים להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית כמפורט להלן: (1) אדם שיש לו עילה בתביעה..."**<sup>13</sup> כן ראו שם בסעיף 4(ב) לחוק הקובע, שכאשר אחד מיסודות העילה הוא נזק: **"די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק"**.

העולה ממכלול הוראות החוק שבנדון הוא, שככל שבית המשפט הנכבד יראה לקבוע שהמבקשות לא עומדות, אף לכאורה, בדרישה להראות שקיימת להן עילת תביעה אישית, הרי, **שלא ניתן לאשר את הסדר הפשרה שלפנינו**.

25. עוד יבהיר היועץ המשפטי לממשלה בהקשר זה, כי אמנם סעיף 8(ג)(2) לחוק קובע, שאם התקיימו כל התנאים הקבועים בסעיף 8(א) לאישור תובענה ייצוגית מלבד התנאי לקיומה של עילה אישית, **"יאשר בית המשפט את התובענה הייצוגית אך יורה בהחלטתו על החלפת התובע המייצג"**. כבר נקבע בפסיקה, שבמקרה שבכך מדובר, חובה על בית המשפט לאשר את התובענה תוך החלפת התובע המייצג<sup>14</sup>. אלא שדומה, **שהוראה זו אינה רלבנטית לענייננו** הן מהטעם שקשה לקבוע בשלב זה באופן נחרץ שקיימת אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת חברי הקבוצה טרם שבקשת האישור התבררה לגופה<sup>15</sup>, הן מהטעם שהוראת סעיף 8(ג)(2) לחוק מתייחסת לסוגיית אישור תובענה ייצוגית ולא לסוגיה של אישור הסדר פשרה (וסעיף 19(א) לחוק העוסק בדרישות הנוגעות לאישור הסדר פשרה, מפנה רק לסעיף 8(א) לחוק בהקשר זה), והן מהטעם שלכאורה מינוי תובע מייצג חלופי פחות מתאים להקשר של אישור הסדר פשרה שהוגש לבית המשפט, שהרי דחיית הסדר הפשרה (מחמת היעדר עילה אישית) לא תסגור את

<sup>11</sup> ראו בעניין זה גם בסעיפים 7, 43 לבקשת רשות הערעור.

<sup>12</sup> ראו להלן: סעיפים 32-35, 50-57, לעמדה זו.

<sup>13</sup> אמנם, בסעיף מנויים גם חריגים לעיקרון זה בנוגע לרשות ציבורית, ארגון, והמועצה הישראלית לצרכנות כמפורט שם, אולם חריגים אלה אינם רלוונטיים לענייננו כאן.

<sup>14</sup> רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי [פורסם בנבו] (2012), בסעיף 9 לפסק דינו של השופט ריבלין; ע"א 8037/06 ברזילי נ' פריינר פ"ד סז(1) 410, בסעיף 99 לפסק הדין של השופט מלצר (4.9.2014).

<sup>15</sup> להלן יפרט יותר היועץ המשפטי לממשלה בעניין זה במסגרת הדיון בשאלת קיומה של עילה קבוצתית (פרק 3 להלן).

הדלת בפני הגשת הסדר פשרה (זהה או אחר) או קידום ההליך לגופו במידה ויימצא תובע מייצג חלופי בעל עילה אישית.

26. **סיכום הדברים בעניין זה:** היועץ המשפטי לממשלה יותיר לשיקול דעת בית המשפט הנכבד את ההכרעה בקיומה של עילת תביעה אישית למבקשות. ככל שבית המשפט הנכבד יראה לקבוע שלא הוכח שקיימת לכאורה עילת תביעה אישית, ניתן להצדיק את החלטת בית משפט קמא לדחות את הבקשה לאישור הסדר הפשרה.

### 3. בחינת עילה קבוצתית

27. בית משפט קמא הנכבד לא ראה להסתפק בקביעותו במישור העילה האישית, אלא קבע מסמרות גם בנוגע להיעדר קיומה של עילת תביעה לקבוצה המיוצגת כולה, כאשר לדברים השלכה ברורה על הדיון בבקשת האישור לגופה.<sup>16</sup>

28. היועץ המשפטי לממשלה יידרש לכך, בשל השלכות העניין על זכויותיהם (הדיוניות והמהותיות) של חברי הקבוצה ועל האינטרס הציבורי בעניין, ואף אם הדבר לא ישליך ישירות על ההכרעה בבקשה לאישור הסדר הפשרה שלפנינו.

29. כאמור, בהחלטה נקבע, שלא קיימת עילה לקבוצה המיוצגת. ביחס לעילות הדורשות הוכחת נזק (הטעיה ואי גילוי, הפרת חובה חקוקה, רשלנות והפרת חוזה) נקבע בעמוד 20 להחלטה:

**"ביחס לארבע העילות שצוינו לעיל, יש לקבוע כי לא הונחה להן תשתית עובדתית וראייתית מתאימה ולפיכך לא עומדת עילת תביעה אמיתית ביחס לעילות אלה, ממילא אף לא ניתן לומר ביחס אליהן כי התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה וכי יש אפשרות סבירה שהן תוכרענה בתובענה לטובת הקבוצה".**

30. אלא, שקביעה זו ברמה הקבוצתית לא נומקה בהחלטה. כל שנאמר שם הוא, שהמבקשים בבקשת האישור לא הוכיחו את רכישת המוצרים, ולא הוכיחו שנגרמו להם נזקים ממוניים או רפואיים (ראו שם בעמודים 18-20 להחלטה).

היועץ המשפטי לממשלה סבור, שעל בסיס הקביעות בעניינם הקונקרטי של המבקשים בבקשת האישור **לא ניתן** לבסס את הקביעה ברמה הקבוצתית שלא קיימת "עילת תביעה אמיתית".

31. **אין לזקוף לחובתם של חברי הקבוצה**, את הבעיות שראה בית משפט קמא באופן הגשת בקשת האישור על ידי המבקשות ובהוכחת עילות התביעה האישיות על ידן. כך, במיוחד, כשהמבקשות ובאי כוחן טרם אושרו להיות מייצגי הקבוצה. גם אם אכן המבקשות נעדרות עילה אישית, **אין הדבר מצדיק לקפח את זכויות הקבוצה כולה** ולקבוע שלא קיימת עילה קבוצתית טרם שהדבר נבחן לגופו. בעניין זה יציין היועץ המשפטי לממשלה, שהפסיקה הותירה בצריך עיון את השאלה האם דחיית בקשת אישור (במישור העילה) יוצרת מעשה בית דין המונע הגשת בקשת אישור נוספת באותו עניין, ועם זאת נקבע, שהגשת בקשת אישור נוספת עשויה לעלות משום שימוש לרעה בהליכי משפט אם לא תימצא הצדקה עניינית לדיון נוסף בעניין<sup>17</sup>. בנוסף, כפי שנאמר בפסיקת בית משפט זה, הגשת בקשת אישור נוספת אינה פשוטה גם בשל החשש מהתיישנות כמו גם מחשש מגישה לא אוהדת של בתי המשפט כלפי דיון חוזר באותו

<sup>16</sup> ראו בעמוד 30 להחלטה. עוד יש לציין, שכפי הנראה, בעקבות ההחלטה, חלק מהמבקשות בבקשות האישור השונות שהוגשו בעניין, הודיעו לבית משפט קמא על כוונתן להסתלק מבקשות האישור. ראו בסעיף 39 לתגובת המשיבה. ראו גם בהודעה שהגיש עו"ד אלמוג לבית משפט קמא ובהחלטת בית משפט קמא מיום 31.3.2019.

<sup>17</sup> ראו: ת.א. 1043/00 (מחוזי תל אביב) **רוזנפלד נ' הארגון למימוש האמנה על ביטחון סוציאלי** (24.10.2002); ע"א 2505/06 **בקר נ' סלקום ישראל בע"מ** [פורסם בנבו] בסעיף 17 לפסק הדין (9.12.2008); ע"א 6887/03 **רזניק נ' ניר שיתופי** [פורסם בנבו], בסעיף 12 לפסק הדין של השופט גרוניס (20.07.2010); ע"א 395/13 **ובר נ' בירנבוים** [פורסם בנבו] בסעיף 18 לפסק הדין (31.12.2013); רע"א 6340/07 **עיריית תל אביב נ' טיומקין** [פורסם בנבו], בסעיף 28 לפסק הדין של השופטת חיות (13.2.2011); רע"א 3068/15 **חברת דואר ישראל נ' טנוס** (3.9.2015) [פורסם בנבו], בסעיף 9 לפסק הדין של השופטת חיות; רע"א 2059/16 **א.א. קליניקות כרמל בע"מ נ' כהן** (12.9.2016) [פורסם בנבו], בסעיף 4 לפסק הדין של השופטת חיות; רע"א 3698/11 **שלמה תחבורה נ' גליזר** (6.9.2017) [פורסם בנבו], בסעיף 10 לפסק הדין של השופט דנציגר ובסעיף 23 לפסק הדין של השופט פוגלמן (להלן: "פסק דין שלמה תחבורה").



עניין ולכן, למעשה, דחיית בקשת אישור "עלולה לקצץ בכנפיה של תובענה ייצוגית נוספת שתוגש בעתיד", אף אם לא יחול מעשה בית דין.<sup>18</sup> על כן, דחיית בקשת האישור בשלב זה, מחמת הקביעות במישור העילה האישית של המבקשות אינה מתיישבת עם האינטרסים של חברי הקבוצה ועם האינטרס הציבורי, טרם שהעילה הקבוצתית נבחנה לגופה.

32. בנוגע לעילת הפגיעה באוטונומיה, נקבע בהחלטה, שבהתאם לפסיקה תקום זכאות לפיצוי בשל פגיעה באוטונומיה רק כשנוצרו תחושות שליליות כגון כעס, תסכול וכדומה (עמוד 21 להחלטה), וכי לא תתקבל תביעה כאמור כאשר התחושות השליליות הן שוליות וחלשות בעוצמתן (עמוד 25 להחלטה). בעניין שלפנינו הגיע בית משפט קמא למסקנה, שלא קיימות עילות תביעה למבקשים בבקשת האישור וכך גם לא קיימת עילת תביעה קבוצתית:

**"היות וממילא לא הוכח ביחס למרבית המבקשים כי אכן רכשו איזה מן המוצרים שצוינו בהודעת נוהל ההחזרה ולא הוכח כי נגרם נזק או נוצר סיכון בריאותי למי מהמבקשים. בנסיבות אלה לא ניתן לקבל טענה מצד המבקשים כי חשו תחושות שליליות של גועל דחיה וכיו"ב, כנטען על ידם. אין נזק למבקש או למי מחברי הקבוצה הנטענת ואין פגיעה באוטונומיה. המסקנה העולה מהאמור לעיל הינה כי לא עלה בידי המבקשים להצביע ולו לכאורה על קיומן של עילות תביעה נגד טחינת הנסיך. משכך אף לא ניתן לקבוע כי קיים סיכוי שבקשת האישור הייתה מתקבלת והתובענה הייתה מתבררת כייצוגית וממילא אף נובע מכך, שלא ניתן לומר כי קיימת לכאורה קבוצת תובעים החולקת שאלות מהותיות משותפות של עובדה או משפט... משקבעתי כאמור לעיל כי לא הוכחה עילת תביעה בבסיס הבקשה, ניתן היה לסיים כאן את הדיון..."** (עמוד 25 להחלטה).

היועץ המשפטי לממשלה יעיר בעניין זה, שלא ברור כיצד הסיק בית משפט קמא הנכבד מכך שלא הוכח שמי מהמבקשים בבקשת האישור רכש את המוצרים או ניזוק מהם, ש"אין נזק... למי מחברי הקבוצה הנטענת ואין פגיעה באוטונומיה" ו- "לא ניתן לומר כי קיימת לכאורה קבוצת תובעים החולקת שאלות מהותיות משותפות של עובדה או משפט" ו- "לא הוכחה עילת תביעה בבסיס הבקשה". גם אם המבקשים בבקשת האישור לא חשו תחושות שליליות כפי שקבע בית המשפט, כיצד ניתן ללמוד מכאן, שבכך מדובר, גם ביחס ליתר חברי הקבוצה שאפשר ורכשו

את המוצרים וניזוקו מהם, או לפחות חשו תחושות שליליות משמעותיות?

33. יתכן, שקביעת בית משפט קמא בנדון נובעת מנימוקים אחרים המובאים שם בהחלטתו, אלא שהיועץ המשפטי לממשלה סבור שגם נימוקים אלה אינם מצדיקים את הקביעות הנחרצות בדבר היעדר עילת תביעה ברמה הקבוצתית. וכך נקבע (שם):

**"קבלת הטענה כי רכישת סלט שייתכן כי הינו מקולקל תגרום לפגיעה באוטונומיה היא בדיוק מסוג התביעות שיגרמו לגלגול הוצאות התובענות על כלל הצרכנים הצורכים מוצרים בסיסיים כגון אלו".**

היועץ המשפטי לממשלה יעיר בעניין זה, שלא ברור מדוע בית משפט קמא הנכבד סבר שרכישת סלט שייתכן שהינו מקולקל (ובהנחה שאכן קיים חשש כזה ומבלי לקבוע בשלב זה מסמרות בנוגע למקרה דנן) אינו עשוי להקים עילה בדבר פגיעה באוטונומיה. אם בפסק דין **תנובה**<sup>19</sup> ביחס להכנסת סיליקון לחלב נקבע, שמתקיימת עילת הפגיעה באוטונומיה, למרות ש"לא הוכח פוזיטיבית כי סיליקון אכן עלול לגרום נזק בריאותי לצרכנים" (סעיף 31 לפסק דינה של השופטת חיות), קל וחומר בנוגע לרכישת סלט שייתכן שהינו נגוע בסלמונלה שעשוי לגרום לנזק בריאותי. על כן, גם דברים אלה אינם יכולים להצדיק שלילה נחרצת, בשלב הדיוני הנוכחי, של קיום עילה קבוצתית בדבר פגיעה באוטונומיה של חברי הקבוצה.

<sup>18</sup> ראו: פסק דין שלמה תחבורה, לעיל, הערת שוליים 17, בסעיף 16 לפסק הדין של השופט פוגלמן. ראו עוד דברים דומים גם בפסק דין מרקיט, לעיל, הערת שוליים 6, בסעיף 22 לפסק הדין.

<sup>19</sup> ע"א 10085/08 תנובה נ' ראבי [פורסם בנבו] (4.12.2011) (להלן: "פסק דין תנובה").

34. אכן קיימים הבדלים בין עניין תנובה לעניינו, כאשר בעניין תנובה הכנסת הסיליקון לחלב הייתה מכוונת, בניגוד להוראות התקנים המחייבים ועל מנת לחסוך עלויות (ראו בסעיף 30 לפסק דין תנובה), בעוד בעניינו, אין חולק שלא מדובר במעשה מכוון מצד המשיבה, כפי שציין בית משפט קמא (בעמוד 25 להחלטה). אולם, היועץ המשפטי לממשלה אינו סבור, שהעובדה שהטענות שהופנו בעניינו כנגד המשיבה נגעו להתנהלות רשלנית נטענת ולא להתנהלות מכוונת **שוללות בהכרח** את קיומה של עילת הפגיעה באוטונומיה. בסוגיה זו של קיום עילת תביעה ייצוגית ביחס למקרים של נזקים לקבוצה, שנגרמו כתוצאה מרשלנות של עוסק ירחיב היועץ המשפטי לממשלה להלן, בפרק ד' לעמדה זו. מכל מקום, גם טעם זה אינו מצדיק קביעה נחרצת בשלב הדיוני הנוכחי, שלא קיימת עילה קבוצתית.

35. אם כן, **עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, שבשלב הדיוני הנוכחי, טרם שבקשת האישור נדונה לגופה, לא ניתן לקבוע מסמרות בשאלת קיום עילה קבוצתית, ועל כן לא היה מקום לקביעות הנחרצות בסוגיה זו בהחלטה שלפנינו.**

36. בעניין זה יציין היועץ המשפטי לממשלה, שבהתאם לעובדות שאין חולק עליהן, **כבר ביום 25.7.2016 עודכנה המשיבה על תוצאה לא תקינה לסלמונלה** מאחד מלקוחותיה. כך גם בעדכון נוסף שקיבלה המשיבה ביום 27.7.2016.<sup>20</sup> למרות זאת, רק ביום 10.8.2016 הודיעה המשיבה על כך לסלטי שמיר<sup>21</sup>, שהודיעה על כך לציבור ועל נוהל החזרה של המוצרים הרלבנטיים.<sup>22</sup> כן יצוין, שלמשרד הבריאות לא הועבר דיווח על ידי המשיבה בסמוך לקבלת התוצאות אצל המשיבה (דיווח הועבר למשרד הבריאות מהמעבדה ביום 7.8.16 ונציגי משרד הבריאות ערכו ביקורות בימים 8.8.16 ו-10.8.16. משרד הבריאות הוציא הודעות מתאימות לציבור בימים 11.8.16, 14.8.2016, 17.8.2016, 31.8.2016.<sup>23</sup> ביום 14.8.16 נערך שימוע במשרד הבריאות למשיבה. בשימוע לא נמצאה הצדקה לעיכוב בהעברת הדיווחים על ידי המשיבה. כפי שנאמר בהודעת משרד הבריאות לציבור מאותו יום: "חברת טחינת הנסיך התנהלה בדרך רשלנית, לא אחראית, לא ראויה ולא מקצועית".<sup>24</sup> עוד יצוין, שבהתאם לממצאי משרד הבריאות, ככל הנראה, מקור הזיהום היה בתיקון צינור ברז למילוי חביות שמייצרת המשיבה לתעשייה, שנערך על ידי המשיבה ביום 7.7.16, באופן מאולתר עם איזולירבנד.<sup>25</sup> גם בית משפט קמא קבע בהחלטתו (בעמוד 28): "לא מצאתי נימוק מספק שיש בו להסביר מדוע המתינה טחינת הנסיך 15 יום בין מועד הגילוי אודות התקלה (25.7.16) ועד למועד בו הודיעה לסלטי שמיר (ביום 10.8.16)".

37. היועץ המשפטי לממשלה יציין למען שלמות התמונה, שלאחר בחינת כלל נסיבות העניין, הגורמים המוסמכים במשרד הבריאות החליטו שלא להגיש כתב אישום כנגד המשיבה ובעלי התפקידים בה, וזאת בעיקר מחמת שיקולים הנוגעים לדין הפלילי, וזאת מבלי לגרוע ממחדליה של המשיבה כפי שעולים מהודעות משרד הבריאות, כדלעיל.

38. אכן, יש לציין, שהמשיבה 2 (סלטי שמיר) מציינת בתשובתה לבקשת רשות הערעור, שבדיקות מעבדה שערכה למוצריה הראו שלא התגלתה כל עדות להימצאות סלמונלה, בדגימות שנלקחו מהמוצרים שהוחזרו אליה בנוהל ההחזרה והופקו מהטחינה שיוצרה על ידי המשיבה (ראו סעיף 4 לתשובה), כפי שנטען בתשובה המקדמית של המשיבה 2 לבקשת האישור. המשיבה טוענת בעניין זה (בסעיף 11 לתשובתה לבקשת רשות הערעור), שהבדיקות

<sup>20</sup> ראו בהודעת מנכ"ל המשיבה לסלטי שמיר, נספח 2 לבקשת האישור (בתוך נספח 2 לבקשת רשות הערעור); עמוד 28 להחלטת בית משפט קמא.

<sup>21</sup> ראו בהודעת מנכ"ל המשיבה לסלטי שמיר, נספח 2 לבקשת האישור (בתוך נספח 2 לבקשת רשות הערעור).

<sup>22</sup> ראו בהודעת סלטי שמיר, נספח 3 לבקשת האישור (בתוך נספח 2 לבקשת רשות הערעור).

<sup>23</sup> ראו נספח 4 לבקשת האישור (בתוך נספח 2 לבקשת רשות הערעור).

<sup>24</sup> ראו בהודעת משרד הבריאות, בתוך נספח 4 לבקשת האישור (נכלל בנספח 2 לבקשת רשות הערעור).

<sup>25</sup> יצוין, שהבדיקות שנערכו למוצרים שמשווקת המשיבה ישירות לצרכנים נמצאו כתקינות והבעיה התגלתה רק בקו הייצור התעשייתי של טחינה גולמית, שממנו נעשה שיווק, בין היתר, לסלטי שמיר המייצרת ממנה סלטים- ראו הודעות משרד הבריאות מימים 11.8, 17.8 (בתוך נספח 4 לבקשת האישור (נכלל בנספח 2 לבקשת רשות הערעור)); סעיפים 3-5 לתשובה המקדמית של המשיבה לבקשת האישור, נספח 3 לבקשת רשות הערעור.

שבוצעו על ידי המשיבה 2 "שללו הימצאות סלמונלה בסלטים שהכילו טחינה שמקורה מטחינת הנסיך". ראו גם בסעיף 16 לתשובת המשיבה שם נטען, שבדיקות המעבדה שערכה סלטי שמיר מלמדות "כי כל המוצרים תקינים ולא מכילים זיהומים ובטוח שלא מכילים סלמונלה".

אלא, שהחלטת בית משפט קמא אינה נסמכת על טענות אלה, שכלל אינן נזכרות בנימוקי ההחלטה ולא נדונו במסגרתה.<sup>26</sup>

כן יצוין, שהבדיקות שנעשו על ידי סלטי שמיר היו מדגמיות והגורמים המקצועיים במשרד הבריאות סבורים, שעל פני הדברים, לא ניתן ללמוד מהבדיקות בהכרח, שכל המוצרים היו תקינים ולא הכילו זיהומים.

39. לאור כל העובדות והנסיבות המפורטות לעיל בסעיפים 36-38, לרבות הגורם לזיהום מלכתחילה והעיכוב בדיווח על הזיהום, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שהנימוקים שצוינו בהחלטת בית משפט קמא הנכבד אינם יכולים להצדיק את הקביעה הנחרצת, שלא קיימת עילה במישור הקבוצתי. טענות הצדדים האמורות בנוגע לקיום עילה וקיום נזק במישור הקבוצתי (שצוינו לעיל, בסעיף 38), שלא נדונו כלל בהחלטת בית משפט קמא, יוכלו להתברר בדיון בבקשת האישור לגופה.

40. יובהר ויודגש, שהיועץ המשפטי לממשלה אינו טוען, שדין בבקשת האישור להתקבל בשלב זה. כל שטוען היועץ המשפטי לממשלה בהקשר זה הוא, שהנימוקים שהוצגו בהחלטה אינם מבססים באופן מספק את הקביעה הנחרצת שלא קיימת עילת תביעה קבוצתית, ועל הדברים להתברר, כאמור, בדיון בבקשת האישור לגופה.

#### 4. אופן הגשת בקשת האישור והשלכות הדבר

41. היועץ המשפטי לממשלה יבקש להתייחס גם לקביעת בית משפט קמא, בנוגע לאופן הגשת בקשת האישור ולהשלכות הדבר. כך נקבע בעמוד 29 להחלטה: "מקריאת הבקשה עולה תחושה לא נוחה של מבקשים המנסים לעשות שימוש לרעה בכלי התובענה הייצוגית כנגד המשיבות, בהן הם רואים כ"כיס עמוק". מבקשים אלה מצאו לנכון אך עקב הפרסומים התקשורתיים להגיש הבקשה בנדון, על העלויות הכבדות הכרוכות בה כלפי הנתבע, מבלי שביסוס תשתית עובדתית וראייתית ולו ראשונית את בקשתם שהוגשה מייד לאחר הפרסומים על התקלה בתקשורת".

היועץ המשפטי לממשלה יותיר לשיקול דעת בית המשפט הנכבד קביעות אלה ברמה העובדתית והראייתית. ככל שבית המשפט הנכבד יסבור שאכן מדובר בהגשת בקשת אישור בחופזה, באופן שאינו מבוסס ובאופן העולה משום שימוש לרעה בכלי התובענה הייצוגית, אין ספק שבית המשפט מוסמך לדחות את בקשת האישור על הסף מטעם זה, בהתאם להוראות סעיפים 8(א)(3) ו-8(א)(4) לחוק.<sup>27</sup>

42. אולם, משעה שמדובר בנימוק הנוגע להתנהלות האישית של התובעים המייצגים ובאי כוחם, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שאין לזקוף עניין זה לחובת חברי הקבוצה. על כן, על בית המשפט הנכבד לאזן בין ההתנהלות הבעייתית של המייצגים (ככל שכך ייקבע), לבין טובת הקבוצה המיוצגת בכללותה, ולבחון האם אין מקום לאשר את התביעה (במידה ובית המשפט שידון בבקשת האישור לגופה יסבור שהעילה הקבוצתית מבוססת), תוך החלפת המייצגים (בהתאם להוראות סעיף 8(ג)(2) לחוק). ראו בעניין זה בסעיף מ"ב לפסק הדין של השופט רובינשטיין בעניין שלמה תחבורה, שיהיה מקום לדחות בקשת אישור מחמת התנהלות דיונית פגומה של המייצגים, בעיקר כאשר יהיה מדובר ב- "חוסר תום לב קיצוני". כן ראו שם בסעיפים 10-21 לפסק הדין של השופט פוגלמן, שיש להעדיף את אישור

<sup>26</sup> הטענה נזכרה בתמצית בעמוד 6 להחלטה רק בתיאור רקע הדברים, באזכור התגובה המקדמית של סלטי שמיר לבקשת האישור.  
<sup>27</sup> ראו בעניין זה בהרחבה בפסק הדין שניתן בהרכב מורחב בעניין שלמה תחבורה, לעיל, הערת שוליים 17.

התובענה (כשהיא מבוססת) תוך החלפת המייצגים, על פני דחיית בקשת האישור מטעמים דיוניים שיהיה לה מקום רק במקרים "חריגים ונדירים" (שם, סעיף 21 לפסק הדין).

בנוסף, ככל שבית המשפט יראה לדחות את בקשת האישור מחמת ההתנהלות הדיונית של המייצגים, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שיש להורות מפורשות שאין בהחלטה זו בכדי למנוע הגשת בקשת אישור נוספת באותו עניין, בדומה לפסיקתו של בית משפט זה (בהרכב מורחב) בעניין שלמה תחבורה, שם נקבע (בדעת הרוב), שדחיית בקשת אישור מחמת ההתנהלות הדיונית של המייצגים, לא תקים מעשה בית דין ולא תמנע הגשת בקשת אישור נוספת, ככל שזו תוגש באופן מבוסס וראוי.

#### ד. תובענה ייצוגית בגין התנהלות רשלנית של עוסק שאינה מכוונת

43. היועץ המשפטי לממשלה יראה להתייחס לקביעה עקרונית נוספת של בית משפט קמא בהחלטתו, בעלת השלכות רחב. בית משפט קמא מייחס משקל בהחלטתו לעובדה, שהזיהום שנוצר לא נגרם כתוצאה מכוונת זדון של המשיבה, כאשר גם לטענת המבקשות מדובר לכל היותר ברשלנות המשיבה. בית המשפט מתייחס לעניין זה בשני מישורים. ראשית, במסגרת הדיון בעילת התביעה של פגיעה באוטונומיה, קבע בית משפט קמא (כפי שכבר צוין), בעמוד 25 להחלטה, שהיות ולא מדובר בהטעיה מכוונת במודע ובמזיד ולא קיים מניע שלילי מצד המשיבה לא קמה עילה בדבר פגיעה באוטונומיה. בנוסף, במסגרת הדיון בדרישת סעיף 8(א)(2) לחוק ש"תביעה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין", נקבע בעמוד 26 להחלטה, באופן כללי כי:

"במקרים של תקלות בלתי צפויות (אפילו נובעות הן מרשלנות העוסק), אשר אינן מגיעות כדי רשלנות זדונית, התנהלות שיטתית או מכוונת, ובמיוחד כאשר עוד טרם הגשת התובענה הייצוגית הנתבע מפרסם בציבור את דבר התקלה ומפצה מיוזמתו את הלקוחות- ככלל לא יהיה זה מוצדק לנהל את התובענה כייצוגית".

בית המשפט גם מייחס משקל בעניין זה לתיקון התקלה לאחר שהתרחשה, לשיפורים שהנהיגה המשיבה, ולהצעת ההחזר הכספי לחברי הקבוצה. לדבריו, הפסיקה קבעה, שבמקרים כאלה לא תהיה הצדקה לתובענה ייצוגית:

"נקבע כי במצב בו הספק נטל אחריות על אשר אירע והחל לפעול לתיקון הליקוי עוד בטרם הגשת התובענות אזי ככלל לא מתקיים התנאי ולפיו ניהול ההליך במסגרת תובענה ייצוגית הינו הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת, בין היתר מהטעם שהתביעה מיצתה את עצמה" (עמוד 27).

בית משפט קמא מיישם קביעות כלליות אלה על העניין שלפנינו ומוצא שמדובר במקרה שאינו מצדיק תביעה ייצוגית, מהטעם, שתובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת:

"טחינת הנסיך נטלה אחריות על האירוע שקרה בסמוך לאחר התרחשותו, היא הודיעה על כך לסלטי שמיר אשר פרסמה הודעה בדבר נוהל החזרה יזומה של המוצרים ומתן פיצוי לצרכנים; דברים אלה לא הושגו כתוצאה מעצם הגשת הבקשה לאישור התובענה כייצוגית ובעקבותיה אלא עוד בטרם לכן... אמנם, לא מצאתי נימוק מספק שיש בו להסביר מדוע המתניה טחינת הנסיך 15 יום בין מועד הגילוי אודות התקלה (25.7.16) ועד למועד בו הודיעה לסלטי שמיר (ביום 10.8.16). עם זאת, כאמור לעיל, קיומה של תקלה נקודתית אפילו נובעת היא מרשלנות העוסק, ואולם שאינה מגיעה כדי התנהלות שיטתית או מכוונת ובמיוחד כאשר העוסק לוקח אחריות ומיידיע את הציבור אודות התקלה- אינו מצדיק ניהול תובענה ייצוגית. אף אם לא פעלה טחינת הנסיך במהירות הראויה, ומשלא נטען ולא הוכח כי התנהלותה הינה מכוונת ובמזיד וכן לא הוכח כי הינה בבחינת מדיניות שיטתית, אלא הינה בגדר התרשלנות נקודתית בלבד, הרי שאין מקום לנהל תובענה ייצוגית לענין זה... בהמשך השקיעה טחינת הנסיך בהכנסת שיפורים ושינויים רבים במפעלה ובדיקות שבוצעו על ידי משרד הבריאות לאחר מכן נמצאו כולן תקינות... נראה איפוא כי הוסר הליקוי ביחס לעתיד... בנסיבות אלה יש לומר כי ניהול התובענה כייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת" (עמוד 28).

44. **היועץ המשפטי לממשלה יבקש להציג גישה שונה**, בכל הכבוד הראוי. לגישתו, **אין מקום לקבוע** (כפי שקבע בית משפט קמא), שככלל, לא יהיה מקום לאשר תובענה ייצוגית בגין רשלנות עוסק שגרמה לנזקים לחברי הקבוצה, ואף אם לא מדובר בהתנהלות מכוונת או שיטתית, אלא "רק" ברשלנות שגרמה לנזקים לקבוצה. כך, הן בגדרי עילת הרשלנות באופן כללי, הן בגדריה הספציפיים של עילת הפגיעה באוטונומיה, והן מנקודת המבט של דרישת החוק לכך, שהתובענה הייצוגית תהיה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. **היועץ המשפטי לממשלה סבור, שהכלל שקבע בית משפט קמא אינו מתיישב, בכל הכבוד, עם תכליות דיני הנזיקין ודיני התובענות הייצוגיות כאחד.**

45. מבחינת תכליות דיני הנזיקין והרשלנות, הרי שמהות עוולת הרשלנות (הקבועה בסעיף 35 **לפקודת הנזיקין** [נוסח חדש]) להקים אחריות למעוול **גם כאשר לא מדובר בהתנהלות מכוונת או שיטתית**, אלא באדם שלא עמד בנורמת ההתנהלות שהייתה מצופה ממנו, אם מחמת עשיית מעשה ש"אדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות" ואם מהטעם ש"לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות" (פקודת הנזיקין, שם), והכל כמובן, בכפוף לקיום כל רכיבי העוולה והשיקולים הרלבנטיים. נראה, שגם בית משפט קמא הנכבד אינו חולק על כך, אלא סבור, שהדבר שונה כאשר מדובר במסגרת של תובענה ייצוגית.

46. אלא, שהיועץ המשפטי לממשלה סבור, שגם **תכליות דיני התובענות הייצוגיות אינן מתיישבות עם הכלל שקבע בית משפט קמא הנכבד**. כפי שנפסק: **"את כלי התובענה הייצוגית עיצב המחוקק כמכשיר חברתי, כמענה ליחידים אשר נזקו של כל אחד מהם אינו גדול ואילו לא האפשרות לרכז את תביעותיהם לא היתה כדאיות בתביעת נזקם"**<sup>28</sup>. החוק עצמו מונה את תכליותיו (בסעיף 1), ובין היתר צוינו שם התכליות: **"מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים; אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו; מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין"**. תכליות אלה כולן מתקיימות גם בנוגע לעוולת הרשלנות.

**היועץ המשפטי לממשלה אינו רואה כל טעם בכך**, שקבוצה שנפגעה כתוצאה מרשלנות עוסק, באופן שהליך תביעה פרטנית אינו יעיל ומעשי בנסיבות העניין, לא תוכל לקבל סעד במסגרת תובענה ייצוגית, באופן שיביא למתן סעד הולם לנפגעים ולהרתעה ראויה (שהיא גם מתכליות דיני הנזיקין).

47. כמובן, שבית המשפט יוכל לשקול את העובדה שלא מדובר בהתנהלות מכוונת של העוסק, ולתת לכך משקל כאשר הוא יבחן את מכלול הנסיבות הפרטניות של המקרה, וכידוע, החוק נותן שיקול דעת לבית המשפט האם לאשר תובענה ייצוגית גם במקרה שבו עילת התביעה הוכחה<sup>29</sup>. אולם, היועץ המשפטי לממשלה סבור, **שלא נכון יהיה לקבוע כלל לפיו דרך המלך היא שלא לאשר תובענה ייצוגית בעילת הרשלנות**. אדרבה, כאשר עילת התביעה הוכחה וכאשר מכלול הנסיבות מצדיק את אישור התובענה, דרך המלך תהיה לאשר את התובענה הייצוגית, גם כאשר לא מדובר בהתנהלות מכוונת של העוסק.

48. גם בנוגע לתיקון ושיפור באופן התנהלות הנתבע לאחר מעשה, בניגוד לגישת בית משפט קמא הנכבד (ראו בעמודים 28-26 להחלטה), היועץ המשפטי לממשלה סבור, שאין לומר, שככלל דין בקשה לאישור תובענה ייצוגית יהיה להידחות בשל כך, אלא **כל מקרה ייבחן לגופו**. ראו בעניין זה לאחרונה בהחלטת כב' השופטת ברון בעניין **לרנר**<sup>30</sup>: **"איני שותפה לעמדת בית המשפט שלפיה בקשת האישור איבדה מעוקצה בנסיבות שבהן המשיבה תיקנה את התנהלותה... השימוש בתובענה ייצוגית לתיקון צופה פני עתיד... הוא רב חשיבות; ואולם כפי שמורנו סעיף 1**

<sup>28</sup> ע"א 7187/12 צמח נ' אל על [פורסם בנבו] (17.8.2014), בסעיף ע"ה לפסק הדין.

<sup>29</sup> ראו: סעיף 8(א) לחוק (הנוקט במינוח: "בית המשפט **רשאי** לאשר תובענה ייצוגית..."); פסק דין **פרייגר**, לעיל, הערת שוליים 14, בסעיף 76 לפסק הדין של השופט מלצר.

<sup>30</sup> רע"א 1850/19 **לרנר נ' די בי אס** [פורסם בנבו] (7.1.2020), בסעיף 11 להחלטה.

לחוק... אין הוא חזות הכול ולכלי הייצוגי מטרות נוספות חשובות לא פחות- ובהן מימוש זכות הגישה לבית המשפט; הרתעה מפני הפרת הדין; ומתן סעד הולם לנפגעים מן ההפרה...".

גם בעניין זה יטעים היועץ המשפטי לממשלה, שאכן יש חשיבות לאופן התנהלות הנתבעת לאחר מעשה, כיצד היא תיקנה את דרכיה, האם היא הציעה פיצוי ראוי לחברי הקבוצה, וכדומה. אולם מקומם של שיקולים אלה לא יהיה בקביעת כלל, שעצם התיקון צריך להביא בכל מקרה לדחיית בקשת האישור, אלא כל מקרה ייבחן לגופו, ובהתאם למכלול נסיבות המקרה הפרטני בית המשפט יכריע איזה משקל יש לתת לתיקון לאחר מעשה. כפי שעמד על כך בית המשפט הנכבד בעניין קימברלי<sup>31</sup>, הדומה במידה לא מעטה לענייננו:

"כעת עלינו להידרש לשאלה האם כטענת חוגלה היה במדיניות הפיצוי הכפול בה נקטה כדי למנוע את אישור התובענה כייצוגית... אין חולק כי יש לעודד יצרנים לאתר תקלות במוצריהם ולנקוט צעדים לתיקון הנזק ולמתן פיצוי מחוץ לכותלי בית המשפט, עוד בטרם הוגשה תביעה בגין התנהלותם. במובן זה, יש לציין לחיוב את מתן הפיצוי על ידי חוגלה: פיצוי זה עולה בקנה אחד עם תכליותיו של כלי התובענות הייצוגיות, שנועד בין היתר לספק תמריץ ליצרנים לפעול בהתאם לאינטרס הצרכני מבעוד מועד... יחד עם זאת, בהתחשב, בין היתר, בטיב הפגם, המועד שבו גילתה חוגלה את עובדת קיומו, מספרם של הצרכנים שרכשו את החיתולים הפגומים, משך הזמן שהמתינה עד ליידוע הציבור אודות הפגם, כמו גם הימנעותה מאיסוף החיתולים הפגומים מהקמעונאית העיקרית ששיווקה אותם, סבור אני כבית המשפט המחוזי כי חוגלה לא נקטה בכל הצעדים שראוי היה לנקוט בנסיבות העניין, לפחות לא במהירות הראויה, על מנת למנוע או להקטין את הנזק, מרגע שנודע לה דבר התקלה. משכך, העובדה כי ניתן לחלק מהצרכנים פיצוי, אף אם מדובר בפיצוי נדיב, אינה שוללת את הצורך בבירור התובענה. יובהר, אין במסקנתי זו כדי להתוות את המדיניות הראויה שצריכה להנחות יצרן שמגלה כי תקלה גרמה לנזק למוצרי. ברי כי כל מקרה ומקרה ייבחן על פי נסיבותיו ומאפייניו הייחודיים".

49. בעניין שלפנינו, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שאין מקום לומר, למצער לא בשלב זה, שדין בקשת האישור לדחייה מחמת כך שלא מדובר בהתנהלות מכוונת של המשיבה ומחמת צעדי התיקון שנקטה עוד לפני הגשת בקשת האישור. כמפורט לעיל, המשיבה השתתתה בדיווח על התקלה שארעה (לצרכנים ולמשרד הבריאות), ולא נמצאה הצדקה להשתתת זו (כפי שציין בית משפט קמא עצמו, בעמוד 28 להחלטה). גם הצעת סלטי שמיר למתן החזר כספי לצרכנים שיחזירו את המוצרים שפורטו בהודעתה, אינה מאיינת בהכרח את ההצדקה לתובענה הייצוגית, שהרי יש להניח שחלק מהמוצרים כבר נאכלו ובכל אופן החזרת המוצרים כשלעצמה כרוכה בטרחה והוצאות, שלא ברור שהייתה בה כדאיות כלכלית. מכל מקום, גם עניין זה יוכל להיבחן במסגרת הדיון בבקשת האישור לגופו, על בסיס מכלול נסיבות המקרה שיתבררו בהליך. בשלב הנוכחי, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שאין הצדקה לקביעה הנחרצת של בית משפט קמא הנכבד, שהתובענה הייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת.

### 11. עילת הפגיעה באוטונומיה במקרה של הטעיה שאינה מכוונת

50. היועץ המשפטי לממשלה יתייחס גם לקביעת בית משפט קמא, שעילת הפגיעה באוטונומיה אינה מתקיימת בנסיבות העניין, בגלל שלא מדובר בהתנהלות מכוונת של המשיבה. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, שעצם העובדה שלא מדובר בהתנהלות מכוונת אינה שוללת בהכרח את עילת הפגיעה באוטונומיה.

51. בית משפט קמא עמד על ההלכה בנוגע לעילת הפגיעה באוטונומיה (בעמוד 21 להחלטה):

"הפגיעה באוטונומיה של הצרכן בגין 'הטעייה צרכנית', משמעותה היא נזק תוצאתי שבא לידי ביטוי בתחושות שליליות כתוצאה משלילת כוח הבחירה של הנפגע בשל הטעייה או בשל אי גילוי עניין מהותי הרלבנטי לעסקה.

<sup>31</sup> רע"א 3814/14 חוגלה קימברלי שיווק בע"מ נ' מסטיי [פורסם בנבו] (6.7.2015), בסעיפים 17-19.

פגיעה זו מוכרת כיום בפסיקה כראש נזק המקים עילת תביעה לרבות בהליך ייצוגי... יחד עם זאת, נפסק, כי בהיעדר קיומו של נזק המתבטא בתחושות שליליות כגון: כעס תסכול, עלבון, גועל, זעזוע עוגמת נפש וכיוצא באלה פגיעה זו לא תצמיח זכות לפיצויים".

52. כך אכן עולה מפסיקת בית משפט זה.<sup>32</sup> כך נקבע גם בעניין פריניר<sup>33</sup>, בסעיפים 38-39 לפסק הדין. עוד נקבע שם, שבכדי לבסס חבות המסתמכת על עילת הפגיעה באוטונומיה נדרש "דבר מה נוסף", מעבר לעצם שלילת כוח הבחירה האוטונומי שהתבטא ברכישה שלא מדעת של המוצר, כגון צריכה של המוצר (סעיף 43 לפסק דין פריניר). בהקשר זה נקבע שם: "הגישה הרווחת כיום בפסיקת בית משפט זה היא כי במקום שבו אין מדובר בפגיעה "בגרעין הקשה" של האוטונומיה, ולא נגרם נזק תוצאתי של ממש, דהיינו: כאשר "הפגיעה באוטונומיה" מוסבת לשלילת כוח הבחירה בלבד, והתחושות השליליות שנלוות אליה הן: שוליות, חלשות בעוצמתן, ולא משמעותיות (וכאלה הן התחושות שחש לקוח אשר לא צרך את המוצר בפועל, במקרה כמו זה שלפנינו) – אין מקום להכיר ב"פגיעה באוטונומיה" שמקורה בשלילת כוח הבחירה של הצרכן כנזק בר-פיצוי" (סעיף 44 לפסק הדין).<sup>34</sup> גם בעניין סלומון<sup>35</sup> נקבע, שכאשר הרגשות השליליים הם "זניחים" לא קמה חבות בפיצויים מכוח עילת הפגיעה באוטונומיה (סעיף 30 לפסק הדין של השופט עמית) או כאשר מדובר "בתחושות בעוצמה חלשה" (סעיף 4 לפסק הדין של השופט שוהם). בית משפט קמא עמד על הלכה זו בעמוד 25 להחלטתו.

53. ביישום הדברים לענייננו קבע בית משפט קמא (שם):

**"בעניין שבנדון, בדומה לעניין סלומון ובניגוד לעניין תנובה... לא נטען על ידי המבקשים כי מדובר בהטעה מכוונת במודע ובמזיד ולא הוכח כל מניע שלילי מצד טחינת הנסיך... הנה כי כן... אין פגיעה באוטונומיה".**

54. כאמור, עמדת היועץ המשפטי לממשלה שונה. אכן, כפי שנפסק, לא די בעצם שלילת זכות הבחירה בכך שצרכנים רכשו מוצרים שעשויים היו להיות נגועים בזיהום, אלא נדרש שיתקיימו אצל חברי הקבוצה תחושות שליליות שאינן חלשות בעוצמתן כך שיתקיים "דבר מה נוסף", מעבר לשלילת זכות הבחירה. אולם, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שאין מקום לקבוע, שעצם העובדה שלא מדובר בהטעה מכוונת ולא קיים מניע שלילי מצד המשיבה, מלמדת בהכרח, שלא קיימות תחושות שליליות משמעותיות אצל חברי הקבוצה. כך, לאור המחדל של המשיבה שהשתתחה בהודעה (לציבור ולמשרד הבריאות) על גילוי הזיהומים במוצריה, ולנוכח הנזקים שעלולים להיגרם מסלמונלה (ומבלי לקבוע מסמרות בשלב זה, על הסיכון במקרה הקונקרטי). והשוו לפסק דין קימברלי<sup>36</sup>, שם נדחה ערעור על אישור תביעה ייצוגית, בין היתר בגין אי יידוע מיידי של הציבור על התקלה (סעיף 17 לפסק הדין).

55. אכן, כפי שציין בית משפט קמא (בעמוד 25 להחלטה) קיימים הבדלים בין המקרה דנן לעניין תנובה, שם היה מדובר במעשה מכוון של החדרת סיליקון לחלב על ידי תנובה, בכדי לחסוך בעלויות (ראו סעיף 30 לפסק דין תנובה, לעיל, הערת שוליים 19), אולם אין לשלול את האפשרות, שגם ללא הטעה מכוונת תקום עילת הפגיעה באוטונומיה, בהתאם למכלול נסיבות העניין הקונקרטי, הפגמים שנפלו בהתנהלות הנתבעת, חומרת הנזקים הפוטנציאליים, וכדומה, ועם זאת, שאכן יש לתת משקל כחלק ממכלול הנסיבות גם לעובדה שלא מדובר היה בהטעה מכוונת.

<sup>32</sup> ראו למשל בפסק דינה של השופטת חיות בעניין תנובה, לעיל, הערת שוליים 19, בסעיף 40 לפסק הדין. ראו גם: ע"א 2278/16 פלונית נ' מדינת ישראל [פורסם בנבן] (12.3.2018), בסעיף 23 לפסק הדין של השופט עמית.

<sup>33</sup> לעיל, הערת שוליים 14.

<sup>34</sup> נקבע שם, שבמקרה שבעקבות ההטעה נשללת מהצרכן האפשרות המעשית לרכוש מוצר חלופי עשויה לקום עילת פגיעה באוטונומיה גם אם מקור התחושות השליליות בכעס על עצם ההתנהלות העוולתית (סעיף 46 לפסק הדין). כך גם מתקיימת העילה בנוגע לצרכנים שאכלו מוצר בניגוד לתפיסת עולמם או אמונתם (שם).

<sup>35</sup> ע"א 4333/11 סלומון נ' גורי [פורסם בנבן] (12.3.2014).

<sup>36</sup> לעיל, הערת שוליים 31.

56. עוד יטעים היועץ המשפטי לממשלה, שבעניין **סלומון**<sup>37</sup> ממנו ביקש בית משפט קמא ללמוד לענייננו<sup>38</sup> נשללה החבות מכוח עילת הפגיעה באוטונומיה, לא רק מכוח העובדה שלא היה מדובר שם בהטעה מכוונת (כפי שצוין בסעיף 15 לפסק דין סלומון), אלא גם ובעיקר **לאור מכלול הנסיבות שנדונו שם**, כאשר מדובר היה בחומר שמצוי באופן טבעי כמעט בכל חומר ביולוגי, בהיעדר תקן מחייב לגבי כמות החומר במוצר, היות והתחושות השליליות שנטענו שם נבעו ממצג עובדתי שהתברר כשגוי (סעיפים 15, 36-37 לפסק הדין של השופט עמית) וכאשר לאמיתו של דבר לא הייתה שם סכנה כלשהי (סעיפים 15, 26, 30 לפסק הדין של השופט עמית).

57. לאור האמור, **היועץ המשפטי לממשלה סבור**, שגם בהיבט זה, **אין מקום לקבוע בשלב זה** (כפי שקבע בית משפט קמא) שלא התקיימה בענייננו עילת הפגיעה באוטונומיה, אלא **יש לבחון את העניין לעומקו, בהתאם למכלול נסיבות המקרה, כפי שיתבררו בהליך בקשת האישור לגופו**.

58. לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד לאמץ את עמדת היועץ המשפטי לממשלה כפי שפורטה.



יואב שחם, ע"ד  
המחלקה האזרחית  
פרקליטות המדינה

היום: ט' אדר ה'תש"פ; 5.3.2020.

<sup>37</sup> לעיל, הערת שוליים 35.

<sup>38</sup> ראו בעמוד 25 להחלטה.