



בבית המשפט העליון

רע"א 2298/19

לפני: כבוד השופטת ע' ברון

- המבקשות: 1. ריבה פינצ'בסקי
2. מיכל אביב
3. מיכל רות נוי

נגד

- המשיבות: 1. הנסיך מפעל לייצור טחינה בע"מ
2. סלטי שמיר 2006 בע"מ

- משיבים פורמליים: 3. מוטי גל
4. מ' א' (קטין)
5. ערן אורבך
6. אירית דגן
7. נורית הפטר
8. יצחק אריה זינגר
9. היבא עיזאדא
10. שי ארד
11. רבקה זבורוב

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו (כבוד השופטת מ' אגמון-גונן) מיום 26.2.2019 ב-ת"צ 32117-08-16

- בשם המבקשות: עו"ד דוד אור-חן; עו"ד אסף נוי; עו"ד שי אלמוג
בשם המשיבה 1: עו"ד האני טנוס; עו"ד נוהא פראן; עו"ד ניזאר טנוס
בשם המשיבה 2: עו"ד יוסי אשכנזי; עו"ד משה יעקב
בשם היועץ המשפטי לממשלה: עו"ד יואב שחם

פסק-דין

1. בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 26.2.2019 (כב' השופטת מ' אגמון-גונן, ת"צ 32117-08-16), בגדרה נדחתה על הסף בקשה לאישור הסדר פשרה בבקשה מתוקנת לאישור תובענה כייצוגית (להלן: בקשה לאישור הסדר פשרה ובקשת האישור המתוקנת, בהתאמה). במוקד ההליך הייצוגי, טענה לנזקים שנגרמו כתוצאה מהימצאות חיידקי סלמונלה במוצרי סלטים מוכנים שייצרה המשיבה 2, סלטי שמיר 2006 בע"מ, המכילים טחינה גולמית שסיפקה לה המשיבה 1, הנסיך מפעל לייצור טחינה בע"מ (להלן: סלטי שמיר ו-טחינת הנסיך, בהתאמה).

הרקע להגשת ההליך הייצוגי

2. טחינת הנסיך היא חברה פרטית העוסקת מזה שנים רבות בייצור ובשיווק של טחינה גולמית תחת המותג "הנסיך", שאותה היא משווקת בקמעונאות לציבור הרחב ובסיטונאות לתעשייה ולשוק המוסדי (להלן: הטחינה הגולמית). סלטי שמיר, עוסקת בייצור סלטים מוכנים, תוך שימוש בטחינה הגולמית של טחינת הנסיך, כחומר גלם בייצור מוצרים שונים של סלטי שמיר (להלן: הסלטים).

3. ביום 25.7.2016 נודע לטחינת הנסיך על ידי אחד מלקוחותיה על קבלת תוצאה לא תקינה בדבר הימצאות חיידקי סלמונלה באריזות 1 טון של טחינה גולמית שסופקו לו על ידיה. יומיים לאחר מכן, ביום 27.7.2016, נמסרה לטחינת הנסיך הודעה נוספת מאחד מלקוחותיה, שלפיה בבדיקה התקבלה תוצאה חשודה בדבר הימצאות חיידקי סלמונלה בטחינה גולמית שסופקה; וביום שלמחרת נמסרה הודעה על קיומם של ממצאים לא תקינים באותה בדיקה חשודה, המעידים על הימצאות חיידקי סלמונלה בטחינה הגולמית.

על פי הנטען על ידי סלטי שמיר, חרף האמור המשיכה טחינת הנסיך לשווק לה את הטחינה הגולמית. זאת, מבלי שנמסרה הודעה מתאימה בדבר החשדות הקיימים אצל טחינת הנסיך בדבר הימצאות חיידקי סלמונלה במוצר זה. כך, ביום 25.7.2016 התקבל אצל סלטי שמיר משלוח של 13 טון טחינה גולמית וביום 28.7.2016 התקבל משלוח נוסף של 8 טון. אל משלוחים אלו צורפו תעודות אנליזה של מעבדה מוסמכת, שלפיהן אין חיידקי סלמונלה בטחינה הגולמית.

4. ביום 10.8.2016 ביצע משרד הבריאות ביקורת במפעל טחינת הנסיך, בשל חשד להימצאות חיידק הסלמונלה בטחינה הגולמית. בשעות הערב של אותו היום, וככל הנראה בסמוך לאחר הביקורת שנערכה, שלח מנכ"ל טחינת הנסיך הודעת דואר אלקטרוני אל מנכ"ל סלטי שמיר, שבה הודיע לו על אודות החשד להימצאות חיידק הסלמונלה בטחינה הגולמית שסופקה להם. באותה הודעת דואר אלקטרוני, פורטו הפעולות שננקטו במפעל לבידור מצב הדברים, ונכתב כי "בתהליך הפירוק לקו מילוי אריזות 1 טון נמצא ליקוי (צינור גמיש לא תקין) שיתכן וגרם לכשל זה", וכי "בדיגום שבוצע לנקודה זו, נתקבלה תוצאה חיובית (לא תקינה) לסלמונלה...". בהמשך לכך ולשיחות שהתקיימו באותו הערב מול נציגי משרד הבריאות, ניתנה הנחיה לסלטי שמיר לבצע באופן מיידי נוהל החזרה יזומה (recall) של הסלטים שהכילו את הטחינה הגולמית. ואכן, סלטי שמיר פעלה בהתאם להנחיות משרד הבריאות, וביום שלמחרת החלה באיסוף הסלטים ממדפי רשתות השיווק וכן פרסמה הודעה לציבור על הפעלת נוהל החזרה יזומה של הסלטים שבהם קיים חשש להימצאות חיידקי סלמונלה. באותה הודעה התבקש הציבור להימנע

מרכישתם של סלטים אלה; וצרכנים שברשותם אחד מהסלטים שפורטו, התבקשו להימנע מצריכתם ולפנות למוקד שירות הלקוחות של סלטי שמיר (להלן: הודעת נוהל החזרה).

5. ביום 11.8.2016 פרסם משרד הבריאות הודעה לציבור, שזו לשונה:

"אמש (10.8.16) בוצעה ביקורת במפעל טחינת הנסיך על ידי מפקחים מטעם משרד הבריאות וזאת בעקבות חשד להמצאות סלמונלה שהתגלתה במפעל. ממצאי הבדיקה הראשונים מעלים כי מדובר בתקלה שהתגלתה בקו מילוי המיועד לתעשייה בלבד. כ-200 טון טחינה גולמית מעוכבים במפעל ומיועדים להשמדה. המפעל הודיע ללקוחותיו על אספקת חומר הגלם החשוד. הליך הבדיקה של משרדנו טרם הסתיים".

באותו היום בשעות אחר הצהריים כינס פרופ' איתמר גרוטו, שכינה באותה עת כראש שירותי בריאות הציבור במשרד הבריאות, מסיבת עיתונאים שבה שיתף את הציבור בפרטי הפרשה שהתגלתה. במהלך היום התראיין גם מנכ"ל טחינת הנסיך בכלי התקשורת ונטל אחריות על הפרשה הנדונה.

6. ביום 14.8.2016 פרסם משרד הבריאות הודעה שנייה לציבור, שבה נכתב כך:

"חברת טחינת הנסיך התנהלה בדרך רשלנית
חברת טחינת הנסיך התנהלה בדרך רשלנית, לא אחראית, לא ראויה ולא מקצועית. לאחר שימוע של שעות ארוכות הוחלט כדלקמן:
1. בשלב זה נאסר על החברה לייצר ולשווק את מוצריה.
2. הוטלה על החברה, חובה להשמיד את המוצרים המזוהמים.
3. הליך החקירה טרם הסתיים. היום, בוצע דיגום נוסף במפעל ובדיקות בדרכי השיווק. בסיום הליך החקירה ישקול משרד הבריאות את הצעדים המשפטיים המתחייבים ממנו"

בתקופה הסמוכה לאחר מכן ערך משרד הבריאות בדיקות מקיפות של המוצרים שיוצרו במפעל טחינת הנסיך, שבמסגרתן נאספו דגימות ממחסן המפעל וממדפי השיווק של טחינת הנסיך באריזות לצרכן ולקמעונאי. בהודעת משרד הבריאות מיום 17.8.2016 צוין כי בדיקות אלו לא העלו ממצאים בדבר הימצאות חיידקי סלמונלה; ולפיכך, התיר משרד הבריאות את המשך שיווק המוצרים בקו הייצור הקמעונאי בלבד, אך תוך הדגשה כי "האיסור לייצר ולשווק מוצרים חדשים, בכל קווי הייצור, עדיין בתוקפו". בחלוף כשלושה שבועות ממועד גילוי הפרשה, ביום 31.8.2016 פרסם משרד הבריאות הודעה לציבור בדבר חידוש רישיון זמני של טחינת הנסיך לתקופה בת חודש בלבד ולמטרות ייצור אך לא שיווק; וזאת בכפוף להתקיימותם של תנאים שיבטיחו מעקב ופיקוח צמוד של משרד הבריאות. באותה הודעה צוין כי הסיבה לחידוש הרישיון הזמני היא שטחינת הנסיך פעלה בהתאם להנחיותיו ולדרישותיו של משרד הבריאות, שיפרה באופן ניכר את

המערכות הממוחשבות, התשתיות והציוד הקיים במפעל, וביצעה "רביזיה מיוחדת למערכת אבטחת האיכות (עדכון והנחלת נהלים חדשים)".

בקשות האישור וההליך המשפטי בבית המשפט המחוזי

7. "פרשת הסלמונלה" נודעה לרבים בשעות הבוקר של יום חמישי ה-11.8.2016, עם פרסום ההודעה על הפעלת נוהל ההחזרה של סלטי שמיר. מועד זה היווה את יריית הפתיחה להגשת תובענה ייצוגית בפרשה הנדונה; וביום ראשון שלאחר מכן, ביום 14.8.2016 הוגשו לארבעה בתי משפט במחוזות השונים תשע בקשות לאישור תובענה כייצוגית. כולן נסבו על הטענה להימצאות חיידקי סלמונלה במוצרי הטחינה הגולמית של טחינת הנסיך ובסלטים של סלטי שמיר (להלן ביחד: המוצרים), ועל הטענה שנגרמו נזקים לכאוריים כתוצאה מכך כפי שיפורט בהמשך (להלן: בקשות האישור).

על רקע זה, הגישה סלטי שמיר לבית משפט זה בקשה לפי תקנה 7 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, לאיחוד הדיון בבקשות האישור בפני בית משפט אחד. בהחלטתי מיום 13.9.2016 (בש"א 6879/16), הוריתי על העברתם של הדיונים בבקשות האישור כולן לבית המשפט המחוזי בתל אביב ועל איחודם שם.

8. לאחר שהדיון בבקשות האישור אוחד, הורה בית המשפט המחוזי לכל אחת מהמשיבות להגיש תגובה מקדמית ראשונית לכל אחת מבקשות האישור, שלפי האמור לא נועדה להוות תחליף לתשובה לבקשות האישור אלא "לבחון האם יש הסכמה על ההשתלשלות העובדתית, ואם כן לקבוע מתווה לדיון המשפטי" (החלטת בית המשפט המחוזי מיום 14.8.2016; להלן: התגובה המקדמית).

טחינת הנסיך טענה בתגובתה המקדמית כי בקשות האישור הוגשו בחיפזון, רק על יסוד כתבות בתקשורת ומבלי שהונחה להן תשתית ראייתית ראויה. נטען כי המפעל עומד בכל תנאי רישיון העסק וכן בכל תקני הייצור והאיכות על פי הדין, וכי נוסף על כך קיים מערך בדיקות במעבדה בלתי תלויה של מוצרים המיוצרים במפעל. עוד נטען כי טחינת הנסיך לקחה אחריות על הפרשה, ולאחר הודעת משרד הבריאות בדבר חשש להימצאות חיידק הסלמונלה במפעלה, התייצבה אל מול המצלמות והביעה נכונות לשאת בכל נזק שייגרם כתוצאה מצריכת טחינה גולמית "מזוהמת"; וזאת עוד טרם שהייתה בידיה תמונת המצב לאשורה. לטענתה, בבדיקות מעבדה שנערכו במועד מאוחר יותר התקבלו ממצאים תקינים ועל כן לא ברור מדוע אצה הדרך למשרד הבריאות בפרסום הפרשה, מבלי שערך בדיקות מתאימות בעניין זה קודם לכן.

סלטי שמיר טענה אף היא בתגובתה המקדמית, כי בקרת האיכות במפעל שלה עומדת בכל התקנים המחמירים הנוהגים בתחום וכי החברה משקיעה משאבים רבים בהבטחת איכות מוצריה; ובכלל זאת, המפעל פועל על פי נוהל ניהול סיכונים, שגובש בליווי של חברה חיצונית המתמחה בנושא. עוד טענה סלטי שמיר, כי לא הייתה לה כל ידיעה על אודות החשדות להימצאות חיידקי סלמונלה בטחינה הגולמית שסופקה לה על ידי טחינת הנסיך – שכן למשלוחים שהגיעו לידיה צורפו תעודות אנליזה מתאימות מטעם המכון למיקרוביולוגיה, שבהן צוין כי לא נמצאה בטחינה הגולמית עדות לחיידקי סלמונלה. כך היה עד למועד שבו התקבלה הודעת מנכ"ל טחינת הנסיך על אודות החשד לקיומו של חיידק הסלמונלה בטחינה הגולמית שסופקה לה; ועם קבלת ההודעה פעלה סלטי שמיר בהתאם להנחיות משרד הבריאות והסירה ביעילות ובמהירות המתבקשת את הסלטים ממדפי רשתות השיווק. מכל מקום, בדיקות מעבדה שביצעה סלטי שמיר בדגימות שנלקחו מסלטים שנאספו במסגרת הליך ההחזרה היזומה, לא העלו ממצאים בדבר הימצאות חיידקי סלמונלה בסלטיה – ועל כן לטענתה לא הוכח קיומו של נזק.

9. ביום 28.9.2016 התקיים דיון מקדמי בבית המשפט המחוזי בבקשות האישור, שבו נדונו סיכויי ההליכים ונקבע כי על המבקשים לפעול במשותף להגשת בקשת אישור מתוקנת אחת, חלף בקשות האישור שהוגשו. ביום 11.12.2016 הוגשה בקשת האישור המתוקנת, שבה נטען כי המבקשים כולם הם צרכנים של הסלטים של סלטי שמיר, וחלקם אף צרכנים של הטחינה הגולמית של טחינת הנסיך, שרכשו וצרכו את אחד המוצרים החשודים בהימצאות חיידקי סלמונלה; ועוד נטען כי לאחר שנודע להם דבר הזיהום, חוו רגשות שליליים שהתבטאו בתחושות כעס, מרמה, גועל, חרדה, תסכול, עוגמת נפש ופגיעה באוטונומיה. חלק מהמבקשים, כך נטען, סבלו מנזקים רפואיים כגון מכאובים בבטן ובמערכת העיכול, עקב צריכת איזה מן המוצרים. בבקשת האישור המתוקנת נטען לשורה של עילות תביעה – ובהן איסור הטעיה לפי חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; רשלנות; הפרת חובה חקוקה; פגיעה באוטונומיה; התעשרות שלא כדין בהתאם לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר); והפרת חובת תום לב הקבועה בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. המבקשים הוסיפו והדגישו כי טחינת הנסיך לא הודיעה מיידית לציבור ולמשרד הבריאות על הימצאות חיידקי סלמונלה בטחינה הגולמית; לא הפסיקה את מערך שיווק הטחינה הגולמית, גם לאחר שהתעורר חשד להימצאות סלמונלה; לא פעלה להורדת המוצרים הפגומים ממדפי רשתות השיווק; ואף הסתירה את המידע על אודות הזיהום שנתגלה בטחינה הגולמית עד לאחר שנודע הדבר למשרד הבריאות, כאשר האחרון הוא שנתן את ההוראה לסלטי שמיר להוריד את הסלטים מהמדפים באופן מידי. בנסיבות אלה, כך נטען, מתקיימים התנאים לאישור התובענה כייצוגית.

סלטי שמיר הגישה תשובה לבקשת האישור המתוקנת, שבה דחתה את טענות המבקשים, תוך חזרה על טענותיה בתגובה המקדמית. נטען כי המבקשים לא הוכיחו קיומה של עילת תביעה אישית נגדה וכי דרך התנהלותה בפרשה הייתה ראויה.

10. טחינת הנסיך לא הגישה תשובה לבקשת האישור המתוקנת; וחלף זאת הוגשה בקשה לאישור הסדר פשרה שהושג בין טחינת הנסיך ובין המבקשים כולם בבקשת האישור המתוקנת. לאחר שהתקיים דיון קדם משפט שבו נדון מתווה הפשרה, ובעקבות הערות שהשמיע בית המשפט המחוזי, תוקן ההסדר המוצע והצדדים שבו וביקשו את אישורו. על פי המתווה שגובש, בתמורה לויתור סופי על הטענות שהופנו כלפי טחינת הנסיך בבקשת האישור המתוקנת ודחיית התובענה נגד סלטי שמיר ללא צו להוצאות, התחייבה טחינת הנסיך לתרום טחינה גולמית לבתי חולים ולמרכזי סיוע לנזקקים בשווי מוערך של 200,000 ש"ח כולל מע"מ (שווי לצרכן). נוסף על כך, התחייבה טחינת הנסיך לבצע הסדרה עתידית למניעת הישנות תקלות דומות. בהקשר זה צוין כי כבר בוצע ריענון נהלים בשיתוף פעולה עם משרד הבריאות, וכי בעקבות הגשת בקשות האישור פעלה טחינת הנסיך לשיפור ושכלול המערכות השונות המותקנות במפעל בעלות מצטברת של כמיליון ש"ח. עוד הוסכם כי טחינת הנסיך תשלם למבקשים בבקשת האישור המתוקנת גמול בסך של 50,000 ש"ח, ושכר טרחה לבאי הכוח המייצגים בסך של 265,000 ש"ח (להלן: הסדר הפשרה). לאחר שהוגש הסדר הפשרה, הורה בית המשפט המחוזי על העברת העתק ממנו ליועץ המשפטי לממשלה, וביום 24.12.2018 הודיע האחרון כי לא מצא לנכון להתנגד להסדר המוצע, מבלי שהביע עמדה לגוף ההסדר.

ההחלטה בבקשה לאישור הסדר הפשרה

11. בהחלטה מיום 26.2.2019 קבע בית המשפט המחוזי כי "דין הבקשה לאישור הסדר פשרה להידחות על הסף", מבלי שבחן את ההסדרים שנקבעו בו לגופם, וזאת משום שמצא כי עילת התביעה שבבסיס בקשת האישור המתוקנת לא הוכחה ולו לכאורה. ככל שהדברים נוגעים לעילות תביעה הדורשות הוכחת נזק, נקבע כי לא הוכח שנגרם "נזק כלשהוא, בריאותי או כספי" למבקשים; ובלא הוכחת נזק לא יפסוק בית המשפט פיצויים (סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות או החוק)). אשר לנזק הממוני הנטען, נקבע כי לא צורפה כל ראיה המעידה כי המבקשים אכן רכשו את אחד הסלטים נושא הודעת נוהל החזרה. בעניין זה נקבע כי תצלום של מוצר אינו מהווה הוכחת רכישה, מה גם שבחלק מהתצלומים שצורפו לבקשת האישור לא צולם תאריך התפוגה, כך שבלאו הכי לא ניתן לקבוע כי מדובר באחד המוצרים הפגומים שנכללו בהודעת נוהל החזרה. עוד נקבע, כי הצרכנים היו זכאים על פי הודעת נוהל החזרה לקבל את כספם בחזרה, ומשכך ממילא לא נגרם להם נזק כספי.

אשר לנזק רפואי, נקבע כי לבקשת האישור המתוקנת לא צורפה חוות דעת רפואית כתמיכה לנטען בה; וכי תוצאת בדיקה רפואית שצורפה לבקשת האישור המתוקנת, ממנה עלה לכאורה כי אחד המבקשים סבל מסלמונלה וטופל באנטיביוטיקה, אין בה משום תחליף לחוות דעת ערוכה כדין, ובכל מקרה לא ניתן לייחס את האמור בה דווקא לצריכת הסלטים גם אם אכן נצרכו.

בנוגע לעילות התביעה בבקשת האישור שאינן דורשות הוכחת נזק – ביחס לעילת התביעה שעניינה בעשיית עושר, קבע בית המשפט המחוזי כי לא רק שלא הוכחה כל התעשרות מצד טחינת הנסיך אלא שהאחרונה אף נדרשה להשמיד 200 טון של מוצרים, והדבר הסב לה נזקים כבדים. אשר לעילת התביעה שעניינה בפגיעה באוטונומיה, ציין בית המשפט כי בשונה מפרשת החדרת הסליקון לחלב שנדונה בע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל (4.12.2011) (להלן: פרשת תנובה), שבה הוכרה פגיעה באוטונומיה, בענייננו טחינת הנסיך לא פעלה במזיד או במתכוון ולא הוכח כל מניע שלילי מצידה. אדרבא, זו פעלה בהתאם להנחיות משרד הבריאות, כעולה מהודעתו מיום 31.8.2016. בנסיבות אלה, ומשנקבע שלא הוכח כי המבקשים רכשו וצרכו מוצר פגום וכי נגרם להם נזק כלשהו, נמצא כי "אין פגיעה באוטונומיה"; ועוד נקבע כי "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".

12. למעלה מן הנדרש לדבריו, הוסיף ובחן בית המשפט המחוזי אם ככלל תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במצבים שבהם אירעה תקלה נקודתית מצד העוסק, שגם אם ייתכן שנובעת מרשלנותו אינה עולה כדי רשלנות זדונית או התנהגות מכוונת לשם השאת רווחים. בהקשר זה, ציין בית המשפט כי "דרישה מעוסק כי ניהול עסק יהיה עם 'אפס תקלות' הינה דרישה כמעט בלתי אפשרית, שניסיון לעמוד בה יביא לעליות מחירים". על כן סבר בית המשפט המחוזי, כעניין של מדיניות משפטית, כי במקום שבו מותקנת בבית העסק מערכת בקרה מקצועית לזיהוי תקלות ולמניעתן; וחרף זאת אירעה תקלה נקודתית, שאינה נובעת מזדון או התנהגות מכוונת; והעוסק מודיע לציבור על דבר התקלה וכן מפצה מיוזמתו את אותם צרכנים שנפגעו ממנה; וכל זאת בטרם הוגשה תובענה ייצוגית בעניין – יהא זה ראוי וצודק שלא לאשר ניהול תובענה כייצוגית נגד העוסק. לעניין זה, הוסיף בית המשפט וציין כי יש לייצר תמריץ לתאגידים להטמיע תכניות יעילות של בקרה, פיקוח ואכיפה כחלק ממהלך העסקים הרגיל וכן לעודד עוסקים לשאת באחריות בגין תקלות שאירעו לפני שהוגשה תביעה בנושא. נקבע, כי "אם עוסקים ידעו, שלא משנה מה יעשו, ייתבעו בכל מקרה, יהיה להם תמריץ להשקיע פחות בהליכים אלו. [כ]כל שידעו כי אם יטמיעו הליכי בקרת איכות ויקחו אחריות על

תקלות, אזי לא יחויבו במסגרת תובענה ייצוגית, אזי יהיה להם תמריץ להשקיע בהליכים כאמור, ולקחת (כך במקור – ע'ב') תקלות, ככל שתקרינה, שכן כאמור, בהיקפי ייצור גדולים, קשה לצפות ל'אפס תקלות'". בית המשפט הוסיף וציין כי דווקא הטמעת תרבות ארגונית של בקרת איכות תתרום בטווח הרחוק "למלחמה בעוולות צרכניות יותר מפיצוי אקראי שיוטל באמצעות הגשת תובענה ייצוגית זו או אחרת".

בענייננו, נקבע כי טחינת הנסיך נטלה אחריות על "התקלה" כלשונו של בית המשפט המחוזי בסמוך להתרחשותה, הודיעה על כך לסלטי שמיר והאחרונה פרסמה נוהל להחזרת המוצרים ומתן פיצוי לצרכנים, והכל עוד לפני שהוגשו בקשות האישור. בהמשך נקטה טחינת הנסיך בפעולות לשיפור הציוד במפעל, כדי למנוע הישנות הליקויים, אף זאת ללא קשר לבקשות האישור שהוגשו. אמנם בית המשפט לא מצא הסבר מספק מדוע המתינה טחינת הנסיך 15 יום בין מועד גילוי הימצאות חידק הסלמונלה בטחינה הגולמית ובין מועד מתן ההודעה על כך לסלטי שמיר, אך לא ראה בכך טעם משכנע המצדיק אישור הסדר הפשרה. בעניין זה נקבע כי אף אם טחינת הנסיך לא פעלה במהירות הראויה, התנהגותה היא "בגדר התרשלות נקודתית בלבד", וככזו אינה מצדיקה ניהול הליך ייצוגי.

13. סיכומי של דבר, בית המשפט דחה את הבקשה לאישור הסדר פשרה על הסף כאמור, משמצא כי התביעה שהתבקש לאשרה כייצוגית היא תביעת סרק חסרת סיכוי, וכי אישור הסדר הפשרה עלול לשדר מסר שגוי לציבור ולעודד הגשת תביעות לא ראויות. נקבע, כי בתביעה אין כל תועלת ציבורית; כי אישור הסדר הפשרה ייצור תמריץ שלילי לתאגידים לאמץ תוכניות פיקוח ובקרה וליטול אחריות במקרה של תקלות חד פעמיות; וכי העלות של הסדר הפשרה עלולה אף להיות מגולמת בסופו של יום במחיר המוצר לצרכן. משדחה בית המשפט על הסף את הבקשה, הורה למבקשים להודיע בתוך 30 יום כיצד הם מבקשים להמשיך בהליך. בקשת רשות הערעור נסבה על החלטה זו.

14. על מנת שהתמונה לא תימצא חסרה, יצוין כי בקשת רשות הערעור הוגשה לכאורה רק מטעם המבקשת 1, הגב' ריבה פינצ'בסקי (המבקשת ב-ת"צ 32117-08-16; וראו בעניין זה החלטת כב' הרשמת ש' עבדיאן מיום 20.5.2019). אולם, מעיון בכתבי הטענות בתיק ובמערכת נט-המשפט ניכר כי גם המבקשות 2-3, גב' מיכל אביב וגב' מיכל רות נוי (המבקשות ב-ת"צ 32137-08-16) עומדות מאחורי בקשה זו, וככל הנראה לא צוינו כמבקשות בכותרת בקשת רשות הערעור מחמת שגגה (ראו למשל, תגובות לבקשת רשות הערעור שהוגשו מטעם טחינת הנסיך ומטעם סלטי שמיר, שבה צוינו גם המבקשות 2-3 כמבקשות בהליך; הודעות ב"כ המבקשות בהליך זה מהימים 28.3.2019 ו-18.6.2020 שהוגשו לבית המשפט המחוזי); משכך אתייחס לשלושתן להלן כאל

המבקשות. יתר המבקשים בבקשת האישור המתוקנת – שהם משיבים "פורמליים" בהליך שלפניי – בחרו משיקוליהם וטעמיהם שלא להגיש או להצטרף לבקשת רשות הערעור על ההחלטה לדחיית אישור הסדר הפרשה על הסף; וביום 18.6.2020 הורה בית המשפט המחוזי על מחיקת המבקשים הפורמליים מההליך הייצוגי בבית המשפט המחוזי.

טענות הצדדים בבקשת רשות ערעור

15. המבקשות טוענות כי שגה בית המשפט המחוזי בדחתו את הסכם הפרשה על הסף. לטענתן, מתווה הפרשה גובש בסיועו של בית המשפט ובהתאם להערותיו נערכו בו תיקונים שונים; וגם היועץ המשפטי לממשלה הודיע כי אינו מתנגד לאישור ההסדר. על כן, שגה בית המשפט בקבעו כי בקשת האישור המתוקנת היא "תובענת סרק" וכי לא הונח ביסוס ראייתי לטענות ולעילות שנטענו בה. לטענת המבקשות, בקשת האישור המתוקנת מבוססת על תשתית ראייתית מוצקה שביסודה הודעות משרד הבריאות, שלהן יש ליתן משקל ראייתי גבוה, וכן על תצהירי המבקשים שלא נסתרו. בהקשר זה נטען, כי בנסיבות העניין לא היה הכרח לצרף חוות דעת מומחה; וכי לבקשת האישור צורפו אישורים רפואיים המתעדים תלונות שהועלו לאחר צריכת המוצר, המתייבות עם התסמינים שעלולים להיגרם כתוצאה מהידבקות בחידק הסלמונלה.

עוד טוענות המבקשות, כי שגה בית המשפט בקובעו שלא נגרם נזק ממוני לחברי הקבוצה. זאת שעה שמרבית המבקשים, וניתן להניח שגם יתר חברי הקבוצה, השליכו לפח את המוצרים שנרכשו ולא הפיקו מהם כל תועלת. כן נטען, כי הקביעה שלפיה לא נגרם נזק משום שניתן היה להחזיר את המוצר ולקבל את הכסף בחזרה היא שגויה, מאחר שהטרח והעלויות הקשורות בהחזרת המוצר עולות על התועלת. המבקשות משיגות גם על הקביעה כי תצלום של מוצר אינו מהווה הוכחה לרכישתו, וטוענות שלא ניתן לצפות מצרכנים לשמור קבלות המעידות על רכישת מוצרי מזון ברשתות השיווק.

16. המבקשות מוסיפות וטוענות כי טחינת הנסיך הייתה מודעת להימצאות חיידקי סלמונלה במוצר, אך בחרה להסתיר מידע מהותי זה ולא לגלותו לציבור; זאת במשך תקופה של 15 יום, שבמהלכה הציבה את חברי הקבוצה בפני סיכונים רפואיים ממשיים, כפי שעולה גם מהודעות משרד הבריאות. על כן, לא היה מקום לקבוע כי התנהגותה אינה מכוונת אלא רשלנית בלבד; ובנסיבות אלה, ולנוכח האמור בתצהירי המבקשים שלא נסתרו, נדרש היה להכיר בקיומו של נזק בלתי ממוני בגין פגיעה באוטונומיה. עוד נטען שהסתרת המידע על הימצאות חיידקי סלמונלה בטחינה הגולמית הובילה להתעשרותן של טחינת הנסיך וסלטי שמיר; ושגה בית המשפט בכך שייחס נפקות לנזקים שנגרמו להן בשל התנהלותן המעוולת.

נוסף על כך, נטען כי אי הטלת חבות על טחינת הנסיך מעורדת תאגידים שלא לנקוט פעולות שימנעו הישנות של אירועים מסוג זה. וכן נטען כי לא הונחה תשתית עובדתית התומכת בקביעה כי אישור הסדר הפרשה יוביל להתייקרות מחיר המוצר; כי בידי טחינת הנסיך מקורות שונים למימון הפרשה; כי ההחלטה בדבר תמחור מוצר נקבעת על פי מגוון גורמים; וממילא זהו עניין שבמומחיות.

17. טחינת הנסיך סומכת ידיה על החלטת בית המשפט המחוזי ומדגישה כי אין מקום להידרש לבקשת רשות הערעור בעיתוי הנוכחי, וככל שהמבקשות מאמינות בצדקת תביעתן זכאיות הן לברר אותה עד תום. לטענתה, הבחירה להתקשר בהסכם פשרה לא הייתה קשורה לחוזק הטיעונים נגדה אלא נובעת מרצונה לחסוך בעלויות ולהביא את הפרשה אל קיצה. בעניין זה, הודגש כי חוק תובענות ייצוגיות לא נועד להטיל פיצוי עונשי; וכי פרסום פרשת הסלמונלה באופן המטעה שבו פורסמה, כמו גם נקיטת ההליך הייצוגי, גרמו לה לנזקים של עשרות מיליוני שקלים. מכל מקום, נטען כי במסגרת הסכם הפרשה הוצגה עמדתה כי לא התגלו במוצרים ששווקו לצרכנים ממצאים לקיומו של זיהום מסוג סלמונלה; על כן לא קמה נגדה עילת תביעה וממילא לא קמה זכאות לפיצוי. עמדה זו, כך נטען, לא נסתרה. עוד נטען כי המבקשות לא הוכיחו כי נגרם להן נזק כלשהו; בתצהיר מטעמן אין כל אזכור לטיפול רפואי שנדרש; ומשעה שיתר המבקשים בחרו שלא לערער על החלטת בית המשפט, לא ניתן להסתמך במסגרת בקשת ערעור זו על מסמכים שצורפו לתצהיריהם. סלטי שמיר הגישה אף היא תגובה לבקשת הערעור, שבה טענה כי מאחר שהסכם הפרשה לא הטיל עליה חבות כלשהי, והיא אף כלל אינה צד לו, אין היא נוקטת עמדה בנוגע לשאלה אם היה מקום לאשר את הסדר הפרשה אם לאו.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

18. היועץ המשפטי לממשלה (להלן: היועמ"ש) התבקש להגיש את עמדתו בבקשת רשות הערעור בכתב טרם שתינתן הכרעה. במישור העקרוני עמד היועמ"ש על כך שבשלב אישור הסדר פשרה, שנועד לייתר את הצורך בניהול ההליך המשפטי, סיכויי ההליך נדרשים לעמוד ברף נמוך מזה הנדרש לצורך אישור התובענה כייצוגית. לגופו של עניין, היועמ"ש ביקש שלא להביע את עמדתו לגבי שאלת קיומה של עילת תביעה אישית; אך טען כי יש קושי בקביעה, שלא נגרם נזק ממוני למבקשות משניתן היה לקבל זיכוי באמצעות החזרת המוצר, והטעים כי פעולה זו אינה תמיד אפשרית מבחינה עובדתית או כדאית מבחינה כלכלית. גם בכל הנוגע לעילת עשיית עושר ולא במשפט, ובהתייחס לקביעת בית המשפט המחוזי כי לא הוכחה התעשרות מצד טחינת הנסיך, העיר היועמ"ש כי בנסיבות העניין עשויה לעמוד לחברי הקבוצה עילת תביעה לפי דיני עשיית

עושר בגין המוצרים שנמכרו; וזאת גם אם בסופו של יום נגרמו לטחינת הנסיך נזקים בשל השמדת הטחינה הגולמית עקב התנהגותה הרשלנית.

בכל הנוגע לקביעה שלא מתקיימת לכאורה עילת תביעה לחברי הקבוצה, לעמדת היועמ"ש זו לא בוססה באופן מספק בהחלטת בית המשפט ולא היה מקום לקבוע כך בשלב הנוכחי של ההליך ובהתחשב בחומר הראיות שעמד בפניו. היועמ"ש סבור כי לא היה מקום לזקוף לחובת הקבוצה את המחדלים שיוחסו למייצגי חברי הקבוצה בבקשת האישור המתוקנת, כגון אי ביסוס עילת תביעה אישית; בוודאי שלא בטרם אושרה בקשתם לשמש כמייצגי הקבוצה. עוד נטען, כי דחיית בקשת האישור בשלב זה מחמת הקביעות במישור העילה האישית אינה מתיישבת עם האינטרסים של חברי הקבוצה ועם האינטרס הציבורי. היועמ"ש מוסיף וטוען כי הוא אינו שותף ל"קביעתו הנחרצת" של בית המשפט בעניין הפגיעה באוטונומיה, שלפיה לא תתיכן פגיעה מסוג זה כתוצאה מצריכת סלט שייתכן שהוא מקולקל עקב חיידק הסלמונלה. לעמדתו, קביעת בית המשפט לא נומקה כדבעי ואין בעובדה שמקור התקלה ברשלנות, ולא בזדון, כדי לשלול קיומה של פגיעה באוטונומיה; כך במיוחד משנמצא כי מקור הזיהום ככל הנראה בתיקון מאולתר של צינור ברז המילוי של קו התעשייה, שבוצע על-ידי טחינת הנסיך ביום 7.7.2016 באמצעות שימוש בסרט בידוד (איזולירבנד). עוד עמד היועמ"ש על כך שלא נמצא צידוק לעיכוב בגילוי המידע בדבר החשש להימצאות סלמונלה בטחינה הגולמית – ועל כן לגישתו לא היה מקום לקבוע את אשר נקבע. עוד הפנה היועמ"ש לכך שהגורמים המקצועיים במשרד הבריאות סבורים שלא היה מקום לתת משקל לבדיקות המעבדה המדגמיות שנערכו על ידי טחינת הנסיך וסלטי שמיר בקשר עם חלק מן המוצרים שנאספו, ושלא ניתן ללמוד מהן בהכרח כי כלל המוצרים היו תקינים ולא נגועים בזיהומים.

נוסף על כך, היועמ"ש סבור שאין מקום לקביעת כלל גורף, בבחינת ברירת מחדל, שלא לאשר ניהולה של תובענה ייצוגית בגין רשלנות עוסק, שאינה נובעת מהתנהלות שיטתית או מכוונת והיא "רק" בגדר רשלנות. לגישתו, קביעה זו אינה מתיישבת עם תכליות דיני הנזיקין ודיני התובענות הייצוגיות כאחד. לעמדתו שיקולים כגון אופי ההפרה, מהותה ותדירותה, התנהלות המשיבה בזמן אמת וצעדים שנקטה למניעת הישנות ההפרה צריכים לבוא לידי ביטוי בגדר הפעלת שיקול הדעת הנתון לבית המשפט על פי החוק אם להתיר ניהול התובענה כייצוגית; וזאת גם כאשר קיימת לכאורה עילת תביעה.

19. לאחר עיון בבקשת רשות הערעור ובתשובות לה, על נספחיהן, הגעתי לכלל מסקנה כי יש ליתן רשות ערעור, לדון בבקשה כבערעור על פי הרשות שניתנה ולקבל את הערעור, כפי שיבואר להלן.

רבות נכתב על ייחודו של ההליך הייצוגי, שבו אדם אחד מבקש לייצג ציבור רחב של נפגעים ללא הסמכה מפורשת מאת כל אחד מהם, וזאת מקום שאין ליחיד כדאיות כלכלית או יכולת לנהל את ההליך בעצמו. ההליך הייצוגי נועד לקדם מטרות ציבוריות וחברתיות, ומשמש כאמצעי אפקטיבי למיצוי הדין, להגברת אכיפת החוק, לקידום הרתעה יעילה, להגנה על זכויות ולמתן סעד הולם לנפגעים. בצד האמור, שימוש לא מושכל ולא זהיר בכלי הייצוגי, שהומשל לנשק רב עוצמה, טומן בחובו אף סכנות. זאת, בשל השלכותיו הכלכליות על הנתבעים ודחיקתם לפשרות לא רצויות, מצד אחד; ונפקותו המשפטית על חברי הקבוצה המיוצגת, שעה שמדובר בהכרעה סופית בזכויותיהם וביצירת מעשה בית דין המונע מהם את האפשרות להתדיינות עתידית, מצד שני (ראו למשל, עניין תנובה לעיל, פסקה 21; ע"א 8114/14 מרקיס מוצרי ייעול בע"מ נ' סונול ישראל בע"מ, פסקה 21 (5.8.2018), להלן: עניין מרקיס; רע"א 8649/17 חברת פרטנר תקשורת בע"מ נ' תגר, פסקה 15 (16.4.2018)).

מאפייניה הייחודיים של התובענה הייצוגית והחשש מפני שימוש לרעה בכלי זה הולכים ומתעצמים כאשר הדברים אמורים בסיום ההליך בדרך של פשרה. שכן בעוד בתביעה "רגילה" הסדר פשרה נתפס כדרך יעילה, הוגנת ומושכלת לסיום הסכסוך שבין הצדדים להליך, בתובענה ייצוגית הסדר פשרה אינו תמיד הפתרון הצודק וההולם. זאת משום הפוטנציאל לקיומן של פשרות בלתי ראויות, שעיקרן בקידום עניינם האישי של מייצגי הקבוצה, ושעלותן לנתבע אינה הולמת את סיכויי הצלחת ההליך אלא מונעת משיקולים הזרים למטרותיה של התובענה הייצוגית (ע"א 9294/16 שמעון נ' חברת איי די איי חברה לביטוח בע"מ, פסקה 6 לחוות דעתו של השופט ע' גרוסקופף (4.2.2020); אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה ייצוגית" משפטים מא 5 (2011), להלן: קלמנט). ואפרט.

החשש המובנה מפני פשרות בלתי ראויות עשוי לנבוע מ"בעיית הנציג", שיסודה בכך שקיימת שונות באינטרסים של התובע המייצג ובא הכוח המייצג מצד אחד, וחברי הקבוצה שהם בגדר "נעדר – נוכח" בהליך הייצוגי, מצד שני. בעיית הנציג עלולה להביא לפשרות שעלותן לנתבע נמוכה מהמתבקש בשים לב לסיכויי הצלחה של ההליך, וזאת מתוך רצון של המייצגים לגרוף רווח קל ומהיר לכיסם הפרטי על חשבון טובתה של

הקבוצה" (עניין מרקיס, פסקה 22; קלמנט, עמ' 10-12; רע"א 1644/15 גור נ' דור אלון אנרגיה בישראל (1998) בע"מ, פסקאות 8-9 (27.7.2015)). חשש נוסף טמון בתביעות הסרק, הן תביעות ייצוגיות המוגשות בסכומי עתק, מתוך ידיעה ברורה של המייצגים כי קיים קושי בהוכחתן; ואלה מולידות לא פעם פשרות שעלותן לנתבע גבוהה ואינן עומדות בהלימה לכך שסיכויי ההצלחה של תביעות אלה הם נמוכים, וזאת מתוך רצון של הנתבע לחסוך את עלויות ניהול ההליך ואת הסיכון שבקבלת התובענה נגדו (עניין מרקיס, פסקה 22; קלמנט, עמ' 12-16). חשוב להבהיר כי הפגיעה הנלווית לאישור תביעות סרק חורגת מעניינם הפרטי של הצדדים, ותוצאותיה משפיעות על האינטרס הציבורי בכללותו, בעיקר בהיבטים של העלאת מחירים לצרכן, הטלת עומס על מערכת בתי המשפט וזילות מוסד התובענה הייצוגית (עניין מרקיס, בפסקה 22; ע"א 8037/06 ברזילי נ' פרינר (הדס (1987) בע"מ, פסקה יג לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (4.9.2014), להלן: עניין פרינר; קלמנט, בעמ' 15-16).

20. לנוכח החשש מפני פגיעה בעניינם של חברי הקבוצה המיוצגת ואף בנתבעים כתוצאה מניצול לרעה של כלי דיוני זה, התווה המחוקק בסעיפים 18 ו-19 לחוק תובענות ייצוגיות מנגנוני פיקוח והגנה ייחודיים להסדר פשרה בתובענה ייצוגית. מנגנונים אלו מקנים לבית המשפט תפקיד מפתח בפיקוח ובהגנה על עניינם של חברי הקבוצה המיוצגת והאינטרס הציבורי (רע"א 5678/20 חברת פרטנר תקשורת בע"מ נ' רשף, פסקה 5 (5.1.2021); רע"א 2935/20 יורשי המנוח יצחק בן אביר ז"ל נ' דלתא להשקעות ולמסחר (קרני שומרון) בע"מ, פסקה 10 (24.11.2020)). בעניין זה קובע סעיף 18(א) לחוק תובענות ייצוגיות, כי הסדר פשרה כפוף לקבלת אישורו של בית המשפט וכי על בעלי הדין לפרט בגדרי הבקשה לאישור הסדר פשרה מדוע ההסדר הוא "ראוי הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של הצדדים" (ראו גם תקנה 12(א) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010 (להלן: תקנות תובענות ייצוגיות)); וזאת בצירוף תצהירים מאת הצדדים ובאי כוחם, שבהם נדרש לגלות פרטים מהותיים בהסדר וכן לפרט כל טובת הנאה אם התקבלה במישרין או בעקיפין בקשר עם ההליך.

משהוגשה בקשה לאישור הסדר פשרה, שומה על בית משפט לערוך בדיקה מקדמית של הבקשה ושל ההסדר המוצע ולוודא שאין מקום לדחותם על הסף; ורק לאחר מכן יורה בית המשפט על פרסום הודעה לחברי הקבוצה בדבר הגשת הבקשה לאישור הסדר פשרה, ושליחת הודעות בעניין זה לגורמים המנויים בחוק ובתקנות תובענות ייצוגיות – הודעות המאפשרות הגשת התייחסויות והתנגדויות מנומקות לגופו של הסדר הפשרה (סעיפים 18(ג) ו-25 לחוק תובענות ייצוגיות, ותקנה 12(ד) לתקנות תובענות ייצוגיות).

21. ככלל, לא בנקל יורה בית המשפט על דחיית בקשה לאישור הסדר פשרה על הסף. השימוש בסמכות זו שמור לאותם מקרים חריגים שבהם ברור לכתחילה כי עסקינן בפשרה בלתי ראויה; כזו שאינה מגשימה את תכליות חוק תובענות ייצוגיות או פוגעת באינטרסים של הקבוצה, ועל כן אין מקום לקדמה ואין להורות על פרסומה. כך למשל, במקרים שבהם הסדר הפשרה מציע פיצוי נמוך לחברי הקבוצה המיוצגת, כזה שמקפח באופן ברור את זכויותיהם ופוגע בתכלית החוק בדבר הרתעה ואכיפה ראויה של הדין (רע"א 3973/10 שטרן נ' Verifone Holdings, Inc., פסקה 18 (2.4.2015)); וכן מקום שבו ברור על פני הדברים כי מדובר בתביעת סרק שאינה ראויה להתברר כתובענה ייצוגית, שתגרום לנתבע נזק ממשי ותפגע באינטרס הציבורי שלא לעודד ניהולן של תביעות ממין זה (ע"א 13/4714 דיאב נ' חברת איי דיגיטל סטור בע"מ, פסקה 6 (29.9.2013)).

דחייה על הסף תיתכן גם מקום שבו הגישו הצדדים בקשה לקונית לאישור הסדר פשרה, שאינה נתמכת בתצהירים מתאימים ואין בה פירוט מספק "מדוע לדעתם ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה" (תקנות 12(א) ו-12(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות); או שאין בה התייחסות לרשימת העניינים המנויים בתקנות 12(א) ו-12(ג) לתקנות תובענות ייצוגיות, כגון הסיכונים והסיכויים שבהמשך ניהול ההליך הייצוגי אל מול התועלת שבאישור הסדר הפשרה; לפער בין סכום הפיצוי או הסעד המוצע אל מול הסעד שחברי הקבוצה היו עשויים לקבל לו בית המשפט היה מכריע לטובת הקבוצה; לעילות ולסעדים שיהיו מעשה בית דין; וכיוצ"ב עניינים מהותיים המסייעים לבית המשפט לבחון את טיב ההסדר שהובא לאישורו.

אין מדובר ברשימה סגורה של מקרים, ומובן כי ייתכנו מקרים נוספים שבהם ניכר על פני הדברים כי יש מקום לדחות את הבקשה לאישור הסדר פשרה על הסף. עם זאת יובהר, כי הבדיקה המקדמית כשמה כן היא. אין מקום להפוך שלב מקדמי זה לשלב הבחינה העיקרית; וממילא אין בעובדה שבית המשפט לא מצא לנכון לדחות בקשה לאישור הסדר פשרה על הסף כדי למנוע ממנו לדחות את הבקשה בשלב הדיון בבקשה לאישור הסדר פשרה לגופה, לאחר ליבון ההסדר ומשנתקבלו התנגדויות והתייחסויות לגופו של הסדר, ככל שנתקבלו.

מן הכלל אל הפרט

22. בית המשפט המחוזי דחה את הסדר הפשרה על הסף, משסבר כי עניין לו כתובענת סרק שאינה מגלה עילת תביעה לכאורה. ואולם למעשה לא רק הבקשה לאישור הסדר הפשרה היא זו שנדחתה על הסף, אלא אף בקשת האישור המתקנת עצמה. כפי שכבר נאמר, ככלל ניתן במקרים מתאימים לדחות בקשה לאישור הסדר פשרה על הסף

בשל כך שהתובענה על פניה היא במובהק תביעת סרק חסרת תוחלת, שאין מקום לקדמה; אך דומה כי זה לא מצב הדברים בכל הנוגע לבקשת האישור המתוקנת שבה עסקינן, ועל כן לא היה מקום לדחיית הסדר הפשרה על הסף. כפי שיפורט להלן, מקרה זה בא בגדר אותם מקרים שבהם יש לקדם הסדר פשרה ראוי; וזאת לנוכח הסיכויים והסיכונים הגלומים בהמשך ניהול ההליך הייצוגי.

23. בית המשפט המחוזי מצא כי לא הונחה תשתית ראייתית מספקת לעניין קיומו של נזק – ובהיעדרו של נזק לא קמה עילת תביעה בגין הטעיה, אי גילוי, רשלנות והפרת חובה חקוקה. קביעה זו מבוססת על כך שלבקשת האישור המתוקנת לא צורפה "חשבונית או כל הוכחת קנייה אחרת" של המוצרים שנכללו בהודעת נוהל החזרה, המוכיחה שנגרם נזק כספי; ואולם לא יהיה זה מרחיק לכת לומר כי אין זה ממנהגם של צרכנים לשמור קבלות לאורך זמן בגין רכישות שגרתיות של מוצרים מתכלים, שעלות רכישתם היא נמוכה, דוגמת מזון, מוצרי הגיינה, תרופות וכיוצא ב"ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, נז(4) 673, 690 (2003)). קביעה כי מצופה מצרכן לשמור על קבלות עבור רכישת מוצרים כאלה, כתנאי הכרחי להוכחת נזק, אינה מתיישבת עם תכליות חוק תובענות ייצוגיות בדבר הרתעה ואכיפת הדין, ויש בה כדי להציב חסם המרוקן מתוכן את האפשרות להגיש תביעות ייצוגיות צרכניות מסוג התביעה שלפנינו. בענייננו, משעה שאין מחלוקת על כך שסלטי שמיר מכרו את הסלטים החשודים כמזוהמים בחידק הסלמונלה אזי ברור שקיימת קבוצה של צרכנים שרכשו את הסלטים ושנגרם להם נזק ממנוני בעקבות כך.

כאמור, גילוי חידק הסלמונלה בטחינה הגולמית זכה לתהודה רבה בתקשורת; ומשרד הבריאות פרסם מספר הודעות לציבור בנוגע לזיהום שהתגלה בטחינה הגולמית, להפעלת נוהל ההחזרה ולהתנהלותה הרשלנית והלא ראויה של טחינת הנסיך בטיפול בפרשה. לבית המשפט המחוזי הוגשו תצהירים שבהם הוצהר על רכישת המוצרים נושא בקשת האישור המתוקנת וצריכתם, ומשהמצהירים לא נחקרו על תצהיריהם לא היה מקום לקבוע כי לא הוכח לכאורה קיומו של נזק כספי. מעבר לכך, גם אם הייתי שותפה לעמדת בית המשפט המחוזי כי המבקשים עצמם לא הוכיחו קיומו של נזק עקב התנהלותה של טחינת הנסיך בפרשה, לכל היותר ניתן היה לבחון אם יש מקום להורות על החלפתם, בהתאם לסמכות הנתונה לבית המשפט בסעיף 8(ג)(2) לחוק תובענות ייצוגיות (רע"א 9617/16 בנק דיסקונט לישראל נ' לפינר, פסקה 16 והאסמכתאות שם (28.10.2018)).

אף לעניין הקביעה הנוספת בדבר היעדרו של נזק ממנוני בשל נוהל ההחזרה שהנהיגה סלטי שמיר, דעתי שונה. בהקשר זה אניח כי נוהל ההחזרה כלל גם את האפשרות שצרכנים שרכשו את המוצר, ויצרו קשר עם שירות הלקוחות של סלטי שמיר,

היו זכאים להחזיר את המוצר ולקבל את כספם בחזרה; הגם שהחזר כספי לא צוין בנוהל ההחזרה שפרסמה סלטי שמיר, גם לא בתגובתה לבקשת האישור. אף במצב דברים זה, ניתן לשער כי רבים מחברי הקבוצה המיוצגת שרכשו את הסלטים ביכרו שלא לממש את האפשרות לקבלת כספם בחזרה – בין מטעמים של היעדר אפשרות מעשית לעשות כן בשים לב לאופיו של המוצר ותכונותיו; ובין מטעמים של היעדר כדאיות כלכלית בהינתן עלותם הנמוכה יחסית, התועלת ממימוש ההחזרה, ועלויות הזמן והטרחה הכרוכים במימושה. עם זאת, לסוגיית נוהל ההחזרה עשויה להיות משמעות בשלב הערכת שיעור הנזק הממוני שנגרם לחברי הקבוצה, ככל שבקשת האישור המתוקנת תתברר לגופה.

לנוכח האמור, אני סבורה כי לא ניתן היה לקבוע בשלב זה כי לא הוכח קיומו של נזק כספי לחברי הקבוצה המיוצגת; ובהתאם לא היה מקום לקבוע מטעם זה בלבד שלא מתקיימות עילות תביעה כגון רשלנות, הטעיה ואי גילוי.

24. פרט לנזקים ממוניים, נטען בבקשת האישור המתוקנת לקיומם של נזקים לא ממוניים כתוצאה מפגיעה באוטונומיה. בית המשפט המחוזי דחה את הטענה, מהטעם שלא הוכח כי המבקשים בבקשת האישור המתוקנת רכשו וצרכו בפועל את הסלטים, גם לא שנגרם להם נזק או סיכון רפואי; ולפיכך אף לא הוכח קיומו של נזק תוצאתי סובייקטיבי המתבטא בתחושות שליליות. כאמור, בראיית לא היה מקום לקבוע בשלב זה של ההליך, כממצא עובדתי, כי המבקשים לא רכשו וצרכו בפועל את המוצרים נושא בקשת האישור (וראו למשל, סעיף 4 לתצהירה של המבקשת 1 שצורף לבקשת האישור המתוקנת); בהתאם, לא ניתן היה לשלול מראש את האפשרות שצריכת מוצר מזון "שייתכן כי הינו מקולקל" לנוכח הימצאות חיידקי סלמונלה, תוביל לתחושות סובייקטיביות של גועל, כעס, חרדה, עוגמת נפש וכיוצ"ב. בשונה מבית המשפט המחוזי, לא מצאתי כי ניתן לקבוע בשלב זה ובאופן נחרץ כי ההבדלים בין פרשת תנובה לענייננו, חרף העובדה שמקורה של התקלה ברשלנות ולא בכוונת מכוון, הם כאלה שיש בהם כדי לשלול בהכרח קיומה של פגיעה באוטונומיה המתבטאת ברגשות שליליים בשל צריכת מוצר מזון פגום ומזוהם או מוצר מזון הנחשד ככזה. יתר על כן, לכאורה אין קשר בין היסוד הנפשי שיש לייחס לעוסק בנוגע לזיהום המזון, ובין סוג ועוצמת הפגיעה באוטונומיה שנגרמה לצרכנים משנתברר להם שצרכו מזון מזוהם.

בענייננו, אין חולק כי חיידקי סלמונלה לא אמורים להימצא בטחינה הגולמית. אין גם חולק כי טחינת הנסיך ידעה על קיומו של חשש ממשי להימצאות סלמונלה בטחינה הגולמית כבר כשבועיים לפני שהפרשה נודעה ברבים, ואף על פי כן לא הודיעה מיידית לציבור ולמשרד הבריאות על חשד זה; לא הפסיקה את מערך השיווק של הטחינה הגולמית לסלטי שמיר; לא פעלה להורדת המוצרים שעשויים להיות פגומים ממדפי

רשתות השיווק; ואף הסתירה את המידע על אודות הזיהום האפשרי בטחינה הגולמית עד לאחר שנודע הדבר למשרד הבריאות, כאשר האחרון הוא שנאלץ לפרסם הודעות חמורות לגבי התנהלותה בפרשה והורה על הסרת הסלטים מהמדפים. אכן, כפי שהובהר בפרשת תנוכה ולאחריה בע"א 4333/11 סלומון נ' גורי יבוא והפצה בע"מ (12.3.2014), לא כל מקרה של סטייה מהתקן, פגם מסוים או דיווח לא מדויק יצדיק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה; אך נראה כי בנסיבות המקרה דנן, סוג הפגיעה האפשרית ואופיה, כמו גם מחדליה של טחינת הנסיך – הצדיקו שלא לדחות את הסדר הפשרה על הסף.

25. אשר לעילת עשיית עושר ולא במשפט, זו נדחתה בעיקר מהטעם שלא הוכחה התעשרות מצד טחינת הנסיך, משעה שנדרשה להשמיד קרוב ל-200 טון של מוצרים, מה שבהכרח גרם לה לנזקים כספיים כבדים. בעניין זה, דומה כי נעשה עירוב של מין בשאינו מינו וכי בעשותו כן נתפס בית המשפט המחוזי לכלל טעות. ויבואר – יש להבחין בין השאלה אם טחינת הנסיך הפיקה רווחים כתוצאה ממכירת הטחינה הגולמית לסלטי שמיר או אם צמחה לה טובת הנאה כלשהי עקב התנהגותה העוולתית, באופן שמקים לחברי הקבוצה עילת תביעה בהתאם לסעיף 1 לחוק עשיית עושר; ובין השאלה אם אובדן ההתעשרות והנזקים שנגרמו לכאורה לטחינת הנסיך כתוצאה מהליקוי שנתגלה במפעל, כמו גם קיומם של שיקולים אחרים כגון התנהגותה של טחינת הנסיך ותום לבה, מצדיקים הפחתת שיעור ההשבה או אפילו שלילתה בהתאם לסעיף 2 לחוק עשיית עושר (דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך ב 1376 - 1379 (מהדורה שלישית, 2017); על השוני בין השיקולים שנבחנו בסעיף 1 לחוק עשיית עושר לאלו הנשקלים בסעיף 2, ראו ע"א 588/87 כהן נ' שמח, פ"ד מה(5) 297, 325 (1991)). בהיבט זה, יש לציין שלטחינה גולמית שעשויה להימצא כפגומה עקב הימצאות חיידקי סלמונלה, יש על פניו ערך פחות עד כדי אפסי מערכה של טחינה גולמית בעלת ערכים תקינים ללא חיידקים; ועצם העובדה שנגרמו לטחינת הנסיך נזקים ישירים או עקיפים כתוצאה מגילוי מחדליה אינו שולל קיומה של התעשרות, ולו זמנית, על חשבון הזולת (דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 108-109 (מהדורה שלישית, 2015)). מכל מקום, משעה שסוגיה זו לא לובנה בהחלטת בית המשפט המחוזי, אינני רואה מקום להידרש אליה בגדר החלטה זו – והעיקר הוא שאין בה כדי להצדיק דחיית הבקשה לאישור הסדר פשרה על הסף.

26. סיכומו של דבר עד כה, לא היה מקום לדחות על הסף את הסדר הפשרה מהטעם שהתובענה אינה מגלה עילת תביעה לכאורה שעשויה להיות מוכרעת לטובת הקבוצה. יתר על כן, מהחומר שהובא לפניי במסגרת בקשת רשות הערעור נראה כי הסדר פשרה הוא דווקא הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת. עם זאת, מובן כי אין באמור כדי

להכריע בשאלת הסיכויים והסיכונים הכרוכים בבירור התובענה, ובכלל זאת מידת ההסתברות שהסלטים אכן היו מזוהמים והשלכות הדבר על עוצמת הפגיעה והנזק שנגרם לחברי הקבוצה; גודל הקבוצה; התנהלות טחינת הנסיך, בפרט ממועד הגילוי על קרות התקלה ופעולותיה לאחר פרסומה ברבים – לכך אתייחס להלן – וכיוצ"ב שאלות שבדאי נודעת להן השפעה על האופן שבו יש לעצב את מתווה הפשרה. יוער בעניין זה, כי הסדר פשרה "ראוי, הוגן וסביר" הוא הסדר המבטיח לקבוצה סעד או פיצוי המשקפים כהלכה את הסיכויים והסיכונים הטמונים בהליך הייצוגי, שיש בו משום "קניית סיכון" שיכול להתייחס לעובדות או לשאלות משותפות השנויות במחלוקת; וזאת כל עוד "קניית הסיכון" או "מכירת הסיכוי" מתיישבת עם מטרותיו ותכליותיו של ההליך הייצוגי (בר"מ 2744/19 עיריית עכו נ' בריל תעשיות נעליים בע"מ, פסקאות 14-15 (10.3.2021)).

27. יש להוסיף ולתת את הדעת לכך שבית המשפט המחוזי ייחס חשיבות רבה להתנהלות טחינת הנסיך לפני קרות האירוע, עם גילוי ולאחריו. לגישתו, כעניין של מדיניות משפטית ראויה, תובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה באירוע רשלני נקודתי, כל עוד שלא מדובר בהתנהלות שיטתית או מכוונת. בהקשר זה נקבע, כי נכונותו של עוסק להתקין מערכות בקרה ופיקוח נאותות מבעוד מועד, כמו גם נכונותו לקחת אחריות על התקלה ולאמץ מדיניות פיצוי לצרכנים עוד קודם שהוגשה תביעה, מצדיקים דחיית התובענה הייצוגית – וזאת על מנת לתמרץ עוסקים להטמיע תרבות ארגונית של פיקוח ובקרה ולנקוט במדיניות של פיצוי יזום. אכן, "אין חולק כי יש לעודד יצרנים לאתר תקלות במוצריהם ולנקוט צעדים לתיקון הנזק ולמתן פיצוי מחוץ לכותלי בית המשפט" (רע"א 3814/14 חוגלה קימברלי שיווק בע"מ נ' מסטיי, פסקה 19 (6.7.2015), להלן: עניין מסטיי). מבחינה זו, חשוב לציין לחיוב את העובדה שמשעה שנטלה אחריות על האירוע, טחינת הנסיך שינתה את דרכיה ונקטה באמצעים כדי למנוע הישנות התקלה, תוך שיתוף פעולה עם משרד הבריאות. עם זאת, איני שותפה לעמדת בית המשפט המחוזי, שלפיה ככלל אין מקום לאשר תובענה ייצוגית בנסיבות כגון אלה.

כידוע, הסמכות לאשר תובענה ייצוגית היא סמכות שבשיקול דעת, ובמקרים מתאימים רשאי בית המשפט לדחות את התובענה הייצוגית גם אם מצא כי מתקיימים התנאים לאישורה (ראו סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות; עניין פרינר, פסקה 76). בהקשר זה מקובלת עליי עמדת היועמ"ש, כי שיקולים שעניינם אופי ההפרה, מהותה ותדירותה, התנהלות טחינת הנסיך, תום ליבה ומתן סעד הולם לנפגעים מן ההפרה טרם הגשת התובענה – הם שיקולים רלבנטיים שעל בית המשפט לשקול בגדר הפעלת שיקול דעתו בעת שמונחת לפתחו בקשה לאישור תובענה כייצוגית; ואף על דרך של קל וחומר כאשר הוא נדרש לבקשה לאישור הסדר פשרה. כל זאת, תוך מתן הדעת לנסיבות

הקונקרטיים של כל מקרה ומקרה לגופו (ראו עניין פרינר, פסקה 80; עניין מסטיי, פסקאות 17-19).

בנסיבות המקרה דנן, סבורתני כי די בתשתית הראייתית שהונחה ביסוד בקשת האישור המתוקנת, ובכלל זה הודעות משרד הבריאות; בחומרת הפרשה שנתגלתה ובהתנהגות טחינת הנסיך בסמוך למועד גילויה, שהמשיכה לכאורה בשיווק מוצריה ללקוחותיה וכפועל יוצא לציבור הרחב, תוך הסתרה ואי גילוי של מידע מהותי זה; ובבחירתה להתקין מערכות בקרת איכות ופיקוח בעקבות הגשת בקשות האישור ובעקבות צעדים שננקטו על ידי משרד הבריאות – כדי לתמוך במסקנה כי לא היה מקום לדחות את הסדר הפרשה על הסף. זאת גם אם לאחר "התפוצצות" הפרשה, לקחה טחינת הנסיך אחריות על מעשיה ופעלה למניעת הישנות התקלה, דבר שכמובן ראוי להערכה ויש לעודדו ולתמרו.

זאת ועוד. הסדרה עתידית ומדיניות של פיצוי יזום אינן בהכרח סעד הולם בגין הנזקים הממונים והלא ממוניים שנגרמו לחברי הקבוצה כתוצאה מהתנהלותה של טחינת הנסיך, ובפרט לאותם חברי קבוצה שלא דרשו את הפיצוי שהוצע. לכך יש להוסיף כי מדיניות של פיצוי יזום מגלגלת את האחריות להשגת הפיצוי לפתחם של הצרכנים, ועל כן עלולה לפגוע באותם צרכנים שנמנעים ברגיל מלעמוד על זכויותיהם, ולתמרץ הפרת הדין על פני ציות לו. אשר על כן, קביעה עקרונית שלפיה יש לדחות בקשה לאישור תובענה כייצוגית רק בשל תיקון צופה פני עתיד ומדיניות פיצוי יזום מצד העוסק, אינה מתיישבת עם מטרות חשובות העומדות ביסוד המכשיר הייצוגי – ובהן מימוש זכות הגישה לערכאות, הגנה על זכויות הנפגעים, ובפרט מתן סעד הולם והרתעה מפני הפרת הדין (ראו והשוו רע"א 1850/19 לרנר נ' די בי אס שירותי לוויין (1998) בע"מ, פסקה 11 (7.1.2020); ע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, ההנהלה הראשית, פסקה 8 (11.12.2008)). יובהר, כי אין באמור כדי לקבוע שהסדרה עתידית ומדיניות פיצוי יזום אינן מצדיקות בנסיבות המתאימות דחיית ההליך הייצוגי; אך זאת בהתאם לנסיבותיו הייחודיות והפרטניות של כל מקרה לגופו ולא כקביעה עקרונית וגורפת.

סוף דבר

28. מקרה זה אינו בא בגדר המקרים החריגים שבהם ראוי להפעיל את סמכותה של הערכאה הדיונית להורות על דחיית הסדר פשרה בהליך ייצוגי על הסף. יותר מכך, דומה כי לנוכח הסיכויים והסיכונים הטמונים בהמשך ניהול ובירור ההליך הייצוגי, הן למבקשות ולחברי הקבוצה המיוצגת מחד גיסא הן לטחינת הנסיך מאידך גיסא – יש מקום לקדם את הסדר הפרשה ולבחון אותו לגופו, בשים לב לדברים שנאמרו לעיל.

התוצאה היא שהבקשה לרשות ערעור מתקבלת וכן מתקבל הערעור שנדון על פי הרשות שניתנה, במובן זה שהחלטתו של בית המשפט המחוזי מבוטלת והתיק מוחזר לבית המשפט המחוזי על מנת שיורה על פרסומו ובהמשך יבחן את הסדר הפשרה לגופו.

טחינת הנסיך תישא בהוצאות המבקשת 1 בסך 7,500 ש"ח ובהוצאות המבקשות 2-3 באותו סכום, ובסך הכל 15,000 ש"ח.

ניתן היום, כ"ו באב התשפ"א (4.8.2021).

ש ו פ ט ת