

ע"א 3610/18
ע"א 7854/17

בבית המשפט העליון בירושלים
כשבתו כבית משפט לערעורים

בעניין :

עומרי גינדי

ע"י בכ"כ עו"ד צבי כהנא
ממשרד עו"ד כהנא שמש דיין
מרח' המסגר 39,
מגדל נצבא, ת"א 6712409
טל, : 03-606800 ; פקס' : 03-6068002
מייל : ksd@ksdlaw.co.il

המערער

-נגד-

1. **מרק שארפ ודוהאם (ישראל-1996) בע"מ**
ע"י בכ"כ עוה"ד מיתר, ליקוורניק, גבע, לשם ושות'.
מדרך אבא הלל סילבר 16, רמת גן 52506
טל' : 03-6103100 ; פקס' : 03-61031011
2. **מיכאל משה**
ע"י בכ"כ עוה"ד עובדיה כהן
ממשרד עו"ד בם דבורין כהן ושות'
מרח' מונטיפיורי 27 תל אביב 6597302
טל' : 03-5257542 ; פקס : 03-5480868
3. **היועץ המשפטי לממשלה**
פרקליטות המדינה, המחלקה האזרחית (עו"ד יעל מימון)
רחוב קריית המדע 5, הר חוצבים ירושלים
טל' : 02-6362024 ; פקס' : 02-6362050
4. **המועצה הישראלית לצרכנות**
ע"י בכ"כ עו"ד הדס הולצשטיין-תמיר
מהקליניקה לתובענות ייצוגיות
הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן
אוניברסיטת תל אביב, ת"א 6997801
טל' : 03-6407408 ; פקס' : 03-640422

המשיבים

סיכומים מטעם היועץ המשפטי לממשלה

ההליכים בבית המשפט קמא בתביעת משה ובקשת האישור של גינדי

1. בתיק ת.צ. 4517-09-10 **מיכאל משה נגד חברת מרק שארפ ודוהאם**, בבית המשפט המחוזי בירושלים, הוגשה בשנת 2010 בקשה לאישור תביעה ייצוגית נגד המשיבה, המשווקת את התרופה הנקראת "פרופסיה", המיועדת לטיפול בהתקרחות של גברים. בבקשה נטען כי המשיבה מטעה את ציבור לקוחותיה, בכך שבעלון לצרכן הנלווה לתרופה המשווקת בארץ,

אין היא מגלה כי שימוש בתרופה עלול לגרום לתופעת לוואי של אי פריון, בעוד שבעלון המפורסם במדינות באיחוד האירופי ובארצות הברית גילתה החברה לצרכניה כי קיימת תופעת לוואי של פגיעה בפוריות הגבר. בקשת האישור והתביעה הנלווית לה יכוננו להלן –

תביעת משה.

2. תביעת משה לא עוסקת בהטעיה בנוגע לתפקוד המיני. כל שצוין בה באופן כללי, לצד נושא הפוריות בו היא עוסקת, שהמשיבה מטעה "לא רק בנוגע לפוריות אלא בנוגע לתופעות לוואי מהותיות נוספות אחרות – הקשורות בין היתר ללב ולכבד".
3. על אף שהתביעה אינה מתייחסת כלל להטעיה לגבי בעיות בתפקוד המיני, בטבלת השוואה מדוייקת שהובאה בס' 83 לתביעה בין העלון שפורסם בארץ למידע שפורסם על ידי החברה בארצות הברית, ניתן לראות בעיון מדוקדק כי באותיות הקטנות מופיע בנוסח שפורסם בארה"ב "persistent difficulty having an erection after discontinuation of treatment" בטבלה נכתב, כי בעלון שצורף לתביעה בישראל נכתב "בעיות בפליטת זרע". עם זאת התביעה גופה לא התייחסה כלל לנושא התפקוד המיני, וגם לא ביחס לפרסום האמור בחו"ל. החלקים בטבלה בהם מצא התובע פער בין הפרסומים הובאו באותיות גדולות ובהדגשה, ואילו החלקים האחרים ובהם משפט זה הובאו באותיות ממוזערות.
4. תביעת משה עסקה אפוא בבעיית הפוריות. לטענת התביעה, התובע ובת זוגו סבלו במהלך השימוש בתרופה מבעיות פריון, ולאחר הפסקת השימוש, כהמלצת הרופא, הרתה בת זוגו.
5. הסעדים המבוקשים בתביעה היו "לעדכן את עלון הצרכן כך שיפרט את תופעת הלוואי", לחדול מהפצת התכשיר עם עלון בלתי מעודכן, לחייב בהשבת התמורה ששולמה עבור התכשיר ולפצות בגין נזק לא ממוני.
6. בספטמבר 2011, לאחר הגשת הבקשה לאישור התביעה הייצוגית, עדכנה המשיבה את העלון לצרכן וכללה בו התייחסות לבעיית הפוריות.
7. המשיבה טענה כי אין מחקרים מדעיים תקפים המבססים את קיומה של בעיית הפוריות, ועל כן לא חלה עליה חובת גילוי בעניין זה, ועוד טענה כי היא חויבה על ידי הרגלטורים במדינות באירופה לכלול התייחסות למידע על תופעת הלוואי האמורה אך אין בכך כדי לבסס את קיומה של תופעת הלוואי, ואין בכך כדי לחייבה לעשות כן בישראל, מבלי שמשרד הבריאות הורה לה לעשות כן.

8. בית המשפט המחוזי החליט לאשר את תביעת משה. נקבע כי בפרסום שנעשה בחוץ לארץ על ידי המשיבה, יש הודאה מצידה בקיומו של סיכון, וכי למיצער חייבת היתה המשיבה לגלות לצרכנים הישראלים כי בעלונים שהיא מפרסמת בחו"ל יש אזהרות בעניין זה, זאת במסגרת חובתה לספק לצרכן כל מידע הנוגע לתרופה ולסיכונים הכרוכים בשימוש בה.
9. התביעה אושרה לסעד של מתן צו המורה למשיבה לעדכן את העלון ולחדול מהפצת התכשיר עם עלון בלתי מעודכן, ולסעדים של השבה של הסכומים ששולמו עבור התכשיר ומתן פיצוי בגין נזק לא ממוני לרבות פגיעה באוטונומיה. הקבוצה הוגדרה כ"כל גבר שרכש את התכשיר או עשה בו שימוש החל מאמצע 2008". (ס' 69 להחלטת האישור).
10. בס' 44 להחלטת האישור, הגדיר בית המשפט קמא את "תופעת הלוואי" על פי תיאור התופעה בפרסום שנעשה באירופה, כדלקמן:

"נצפתה אי פוריות בקרב גברים שנטלו פינסטריד למשך פרקי זמן ארוכים ושסבלו מגורמי סיכון אחרים שעלולים להשפיע על הפוריות. נורמליזציה או שיפור באיכות הזרע דווחו לאחר הפסקת השימוש בפינסטריד. לא בוצעו מחקרים קליניים ארוכי טווח הבוחנים את השפעת הפינסטריד על הפוריות הגברית".

11. מכאן ואילך דן בית המשפט בתופעת הלוואי האמורה.
12. בס' 69 להחלטה, הוגדרה השאלה המשותפת לתביעות חברי הקבוצה כך – "האם עוולה המשיבה כלפי חברי הקבוצה בכך שלא גילתה בעלון לצרכן את "תופעת הלוואי", כהגדרתה בס' 44 לעיל.
13. אין אפוא ספק כי תביעת משה עסקה בתופעת הלוואי של אי פריון בגבר, ולא העלתה את תופעת הלוואי של הפרעות לתפקוד המיני, ובהתאם אושרה לעניין זה בלבד.
14. המערער – גינדי – שלח לבית המשפט, לאחר הגשת תביעת משה, ובטרם אושרה, מכתב בו הודיע כי הוא מבקש שלא להימנות עם הקבוצה. בית המשפט קבע כי ההודעה תירשם. יצוין כי על פי ס' 11 לחוק תובענות ייצוגיות, לאחר אישור תביעה ייצוגית רשאי חבר קבוצה לפרוש ממנה.

15. לאחר אישור התביעה, הגיעו המבקש בתביעת משה והמשיבה, ביום 29.10.2015, להסכם פשרה. יצוין כי אין מחלוקת בין משה לגינדי כי בספטמבר 2011 תוקן העלון באופן שהניח את דעת מגישי תביעת משה. ממילא לא עסק הסכם הפשרה בתיקון העלון, אלא בפיצוי הקבוצה. הוסכם בו כי הנתבעת תשלם לקבוצה שהוגדרה בהחלטת האישור סך של

3,930,800 ש"ח לשם רכישת ציוד רפואי למחלקות לטיפול בילודים ופגים בשני מרכזים רפואיים בפריפריה. הוסכם כי הסכם הפשרה ייצור מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה, בנוגע לכל תופעות הלואי, שנטען כי לא גולו, אך הוא לא יחסום תביעה בגין נזק רפואי פיזי. הוסכם על שכ"ט בסך 648,582 ₪ בתוספת מע"מ וגמול לתובע הייצוגי בסך 137,578 ₪.

16. היועץ המשפטי לממשלה הגיש עמדה בה טען כי יש להעדיף סעד של השבה כספית אינדידואלית לחברי הקבוצה, על פני תרומת הכספים לציבור. עוד אמר כי יש למנות בודק לבדיקת גובה הפיצוי בהסדר בהסתמך על נתונים מדויקים יותר. כן העיר היועץ המשפטי, כי לא ראוי לאשר את ההסכמה שבהסדר הפשרה בדבר אי פרסום בעיתונות, וכי קיימת חשיבות רבה לפרסום. כן ביקש היועץ המשפטי לממשלה, כי יובהר בהסכם שהוא מתייחס רק לעילות שאושרו בהחלטה לאשר את תובענה הייצוגית. כן הסתייג מהחלטת החלטת האישור בהסכם הפשרה.

17. המועצה לצרכנות הגישה התנגדות להסדר הפשרה בה טענה כי סכום הפשרה אינו סביר, כי יש לאתר את חברי הקבוצה ולהעניק להם את הפיצוי. עוד טענה המועצה כי הסדר הפשרה הוסיף נתבעות, שינה את הגדרת עילות התביעה בהשוואה להחלטת האישור ואף יצר מעשה בית דין כנגד הגשת תובענה ייצוגית בעתיד בנוגע לנזקים גופניים-פיזיים אישיים של חברי הקבוצה, וכי אין מקום לעשות כן. המועצה לצרכנות סברה גם כן כי אין מקום להחליף את הסכם הפשרה בהחלטת האישור, ובנוסף ביקשה כי הצדדים יביאו נתונים מפורטים לגבי התגבשות הסעד הממוני והמליצה למנות בודק.

18. בית המשפט הורה על מינוי ד"ר יהונתן גבעתי כבודק. לפי חוות דעת שמסר הבודק (בהתבסס על חוות דעת של ד"ר מופקדי מטעם המשיבה) מספר הצרכנים בתקופה שעד לתיקון העלון נאמד בכ- 20,000 איש. להערכתו הבודק לא חלה ירידה ברכישת התרופה לאחר פרסום העלון המתוקן. הבודק לא התייחס לתופעת לוואי אחרות מלבד תופעת הלואי של פגיעה זמנית בפריון, שלגביה אושרה התביעה.

19. ביום 19.1.2016 הגיש המערער בקשה להאריך לו את המועד להגשת התנגדות. בית המשפט דחה בקשה זו בנימוק כי משהודיע המערער כי הוא מבקש שלא להימנות עם הקבוצה, אין לו מעמד להגיש התנגדות.

20. ביום 7.3.2016 הגיש המערער בקשה לאישור תביעה ייצוגית (להלן גם – בקשת גינדי או תביעת גינדי). בבקשה טען המערער כי קיים מידע רפואי המבסס את העובדה שהתרופה גורמת לפגיעה מתמידה בתפקוד המיני, הנמשכת גם לאחר הפסקת השימוש בתרופה, וכי

המשיבה הפרה את חובת הגילוי בעניין זה. כן טען המערער כי בפרסום שעושה המשיבה בחו"ל היא מגלה את דבר קיומם של סיכונים אלה, אך היא מסתירה זאת מן הצרכן הישראלי.

21. בקשת האישור של גינדי מציגה מידע מפורט ומקיף באשר למידע שהצטבר במדינות אירופה ובארצות הברית הנוגע לתופעת הלוואי של כשל מתמיד בתפקוד המיני (מע/11 – פרק ד'). לפי בקשת האישור, כבר בשנת 1997 לפני אישור התרופה לשיווק בארצות הברית סירב פאנל מומחים להמליץ לרשות המזון האמריקאית (FDA) על אישור התרופה, בשל חשש מפני תופעות לוואי מתמשכות הנוגעות לתפקוד המיני ואף לפרייון. בנוסף, טוען גינדי בשנת 2006 החלה רשות הבריאות השוודית בחקירת בטיחות השימוש בפרופסיה שהתמקדה בדיווחים שהצטברו לגבי תופעות הלוואי של אי תפקוד מיני מתמיד (persistent), לזמן בלתי מוגבל ובלתי ידוע, לאחר הפסקת השימוש. בקשת האישור סוקרת את התפתחות הדיווחים במהלך השנים לגבי תופעת לוואי זה, בארצות הברית ובמדינות שונות באירופה. במקביל היא סוקרת את התפתחות הדיווחים בארץ.

22. לטענת גינדי (מע/11-פרק ו') כבר ב-2006 החלו רשויות הבריאות בשוודיה לחקור את תופעת הלוואי האמורה, וכבר ב-2008 וב-2009 הוסיפה המשיבה לעלוני בשוודיה, בבריטניה ובאיטליה, דיווח על תופעת לוואי מתמידה של כשלים בתפקוד המיני. לעומת זאת, בארץ רק בספטמבר 2011 החלה המשיבה להתייחס לדיווחים אלה, הגם שבאופן מטעה. אמנם ביוני 2012 הוספה לעלון תופעת הלוואי של "ירידה בחשק המיני שנמשכה גם לאחר הפסקת שימוש בתרופה", ואולם, לטענתו, פסקה זו עומדת בסתירה, לפיסקה קודמת שלפיה תופעות אלו חולפות.

23. עוד לטענת גינדי, בעוד שבעלוני שפורסמו בעולם היא חדלה מלטעון כי תופעות אלו חולפות עם הפסקת השימוש, בארץ לא עשתה כן. העלוני בארץ כוללים שתי פיסקאות בעניין זה – פיסקה מרגיעה (זו המתייחסת למחקרים קליניים) לפיה תופעת אלו חולפות עם הפסקת השימוש, ולאחריה פיסקה לפיה קיימים דיווחים על בעיות מתמשכות בתפקוד המיני.

24. נקדים ונציין כי המשיבה מצידה מסבירה כי הפיסקה הראשונה מתארת מחקרים קליניים ואילו הפיסקה הנוספת מתארת דיווחים. אין החברה מסבירה מדוע הדיווחים בעולם אינם כוללים פיצול כזה, כפי שטוען גינדי בבקשת האישור.

25. בס' 139' לבקשת האישור של גינדי נאמר כי על פי דיווחי מרק לרשות ניירות הערך בארצות הברית הוגשו נגדה בארצות הברית עד סוף 2013 כ-1,140 תביעות של משתמשים בפרופסיה הטוענים כי חוו תופעות לוואי מתמשכות של פגיעה בתפקוד המיני לאחר הפסקת הטיפול בפרופסיה.

26. המערער ביקש לחייב את המשיבה לתקן את העלונים לצרכן, בדרך של מחיקת הפיסקה לפיה התופעות חולפות עם הפסקת השימוש בתרופה, ולהוסיף את המילה "מתמידות" לצד כל אחת מהתופעות, להוסיף לעלונים תופעת הלוואי של "קושי להגיע לאורגזמה", וכן לכתוב על גבי אריזת התרופה בהבלטה את המילים "תכשיר זה עלול לגרום לאימפוטנציה מתמדת". עוד ביקש המערער לחייב את המשיבה במתן סעד כספי של פיצוי בגין נזקים לא ממוניים לרבות פגיעה באוטונומיה, וכן להשיב את מחיר התרופה.

27. ביום 14.3.2016 הגישה המשיבה הנתבעת בקשה לפי סעיף 7 (ב), לסלק על הסף את תביעת המערער, בטענה כי תביעת גינדי זהה לתביעת משה.

28. בית המשפט קיים דיון בבקשה ביום 3.11.16, ובמהלכו ציין כי התביעה אושרה לתופעת לוואי ספציפית, ולפיכך הסתייג מהתזה לפיה די בכך כדי לסלק כל תביעה בעניין תופעת לוואי אחרת. הנתבעת טענה כי תביעת משה כללה גם טענות לתופעות לוואי אחרות. ועוד אמר בית המשפט כי, "התביעה כפי שהיא קיימת היום מתייחסת רק לתופעת הלוואי, גם אם עו"ד כהן הכניס שם כמה דברים. לא ביקשתם למחוק, אבל בעיקרון כתב התביעה המתוקן היה אמור לכלול רק את תופעת הלוואי. זאת התביעה שלנו" (פסקה 14-12 בע' 4 לפרוטוקול)

29. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי התביעה עסקה בתופעת הלוואי שעניינה אי פריון זמני, ולא העלתה כל טענה בעניין תופעות הנמשכות לאחר השימוש התרופה בכלל, ותופעת הפגיעה בתפקוד המיני בפרט. כאמור לעיל, בטבלת ההשוואה שבס' 83 לתביעה, אמנם מופיעות המילים "persistent difficulty having erection after discontinuation of treatment" אך המילים הוקטנו כדי מיזעור כדי להבדילן מהמילים המוגדלות שהתביעה מתייחסת אליהן. בתביעה לא הועלתה כל טענה לגבי פגיעה מתמשכת בתפקוד המיני, והיא גם לא נזכרת בבקשה לאישור הפשרה. לפיכך, היא לא היתה נושא לדיון בתביעת משה.

30. אפשר שהמייצגים בתביעת משה לא היו ערים לבעייתיות בהצגת תופעת לוואי זו בעלון בארץ, ולכן לא התייחסו אליה, ואפשר שבחרו להתמקד בבעיית הפיריון שהטרידה את המבקש.

31. גינדי מצידו מסביר בבקשת האישור שלו (מע/11פרק ג') כי בסוף 2011 החל להשתמש בתרופה וכי בספטמבר 2012 שוחח עם עורך דינו אשר סיפר לו על המידע שהצטבר בעולם באשר לתופעת הלוואי של אי תפקוד מיני מתמשך, מידע שגרם לו לחרדה על הסיכון שנטילת התרופה חשפה אותו אליו, וכעס ותסכול על שמידע זה הוסתר ממנו. בשלב מסויים במהלך הכנת התביעה הודיע לו עורך דינו כי נוכח לדעת שהוגשה בקשה לאישור תביעה ייצוגית אחרת, אשר אמנם עוסקת בבעיית הפגיעה בפיריון, אך הנחתו היא כי עם הצטברות המידע לגבי הפגיעה בתפקוד המיני, תטופל גם בעיה זו במסגרת אותה תביעה. בינואר 2016 כשעיין בהסכם הפשרה נכזב מכך, ועל כן הגיש את בקשת האישור שלו.

32. במסגרת הדיון ביום 3.11.16, הציע בית המשפט קמא לצדדים בשתי התביעות, כי תביעת משה תתוקן על ידי הוספת העילות בתביעת גינדי לעניין תופעת הלוואי של כשל מתמיד בתפקוד מיני, ואת התביעה הכוללת הזו ינסו לפתור בפשרה. הוא הורה לצדדים להודיע אם הגיעו להסכמה על תיקון התביעה.

33. ביום 25.1.2017, הודיעו הצדדים כי לא הצליחו להגיע להסכמות לפי המיתווה שהציע בית המשפט.

34. בתום דיון שהתקיים ביום 1.2.17, במסגרת תביעת משה, הורה בית המשפט לצדדים להגיש בקשה לתיקון כתב התביעה של משה, ולתיקון הסכם הפשרה בתביעה זו.

35. ביום 28.3.2017, הגישו הצדדים לתביעת משה בקשה מוסכמת לתיקון הסדר הפשרה, כתב התביעה הייצוגית והגדרת הקבוצה, וביום 25.4.2017 הוגשה הודעה על הגשת הסדר פשרה מתוקן וכתב תביעה ייצוגית מתוקנת.

36. התיקון שנתבקש הוסיף את תופעת הלוואי של כשל תמידי בתפקוד המיני, אך לא הסתפק בכך והוסיף את ס' 73.1 לתביעה המתייחס לכל תופעת לוואי אחרת אשר מידע לגביה, לרבות לגבי פרק הזמן שבו היא עשויה להימשך או לשכיחות הופעתה, לא גולה כנדרש, בנוסחו הישראלי של עלון הפרופסיה, בין השנים 2008 ו-2014.

37. נקדים ונציין כי היועץ המשפטי לממשלה מסתייג מהגדרה רחבה זו של העילות (שנכללה גם בהסכם הפשרה שאושר). ההגדרה מתיימרת לתפוש גם אי גילוי של דברים שאין כל ידיעה עליהם למשה או לגינדי או לבית המשפט. ההגדרה אף אינה מתייחסת להשוואה בין

העלון הישראלי באותן שנים לעלון קונקרטי של מדינה מסויימת. לא ניתן לאשר הסכם פשרה הנותן חסינות מפני עילת תביעה שכלל לא ידוע מה היא (ס' 18 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006). לא ניתן להעריך את הנזק בגין פגיעה לא ידועה. לכל היותר ניתן היה להרחיב כדי כל תופעות הלוואי המופיעות בטבלה שבס' 83 לתביעה המקורית, ואף זאת בדוחק.

38. בהחלטה מיום 13.8.17 אישר בית המשפט קמא את תיקון התביעה וכן אישר את תיקון הבקשה לאישור הסדר הפשרה. כפועל יוצא מכך מחק בית המשפט קמא את בקשת גינדי. בית המשפט קבע כי הסכם הפשרה ייבחן בנפרד. לעניין תיקון התביעה סבר בית המשפט כי לנוכח הקרבה הגדולה בין התביעות, והיותן עוסקות באי גילוי תופעות לוואי באותו עלון, יש אינטרס ברור כי מכלול הטענות יתברר בתביעה אחת. לאור העובדה שתביעת משה נמצאת בשלב מתקדם והיא כבר אושרה, התיקון מקנה לקבוצה יתרון משמעותי. בנוסף, דיון בשתי התביעות הנמצאות בשלבים שונים, במאוחד, יסרבל את הדיון. נקבע כי תישמר לגינדי ובא כוחו הזכות לטעון לעניין שכר טירחה וגמול בעד תרומתם.

39. בהסכם הפשרה המתוקן הוסכם על תשלום של 5,730,800 ₪ שיועברו לקרן לניהול וחלוקת כספים לפי ס' 27א לחוק תובענות ייצוגיות. הצדדים המליצו כי סכום הפשרה המקורי יועבר לייעוד שנקבע בהסכם הפשרה המקורי וכי הסכום הנוטר כ-1.8 מיליון יועבר על ידי הקרן למרכז רפואי פריפריאלי אחר לרכישת ציוד. **הוסכם כי בפשרה יהיה סילוק מלא של כל עילה לאי גילוי כל תופעה אפשרית שהיה על הנתבעת להזהיר מפניה. הוסכם כי לא יהיה בפשרה שתאושר סילוק של תביעה לנזק רפואי פיזי.**

40. לאור תיקון הסדר הפשרה, הגיש ד"ר מופקדי, מטעם הנתבעת, חוות דעת מתוקנת שבה אמד את מספר המשתמשים שנוספו לקבוצה מאפריל 2012 ועד אפריל 2014 בכ-5000 צרכנים. נראה כי מספר זה אינו משקף לכלל חברי הקבוצה בתביעת גינדי אלא רק לאלה שלא נכללים ממילא בתביעת משה. הבודק ד"ר יהונתן גבעתי הגיש חוות דעת משלימה בה קבע (בהתבסס על האומדן של ד"ר מופקדי) כי לאחר שני התיקונים הנוספים שנעשו בעלון ביוני 2012 ובאפריל 2014, לא חלה ירידה במכירות התרופה ביחס למדינות אחרות.

41. המועצה לצרכנות העלתה הסתייגויות מהסכם הפשרה, ובהן הסתייגות מרוחב מעשה בית דין שנקבע בהסכם לגבי כל תופעת לוואי מבלי להגדירה. היועץ המשפטי לממשלה לא התנגד להסכם הפשרה.

42. בפסק דין מיום 11.3.18 אישר בית המשפט קמא הנכבד את הסכם הפשרה כפסק דין. בית המשפט ציין כי הסכם הפשרה נדון באופן מקיף וכי עיקר ההתלבטות נגעה לסכום הפשרה. לאחר הגדלת סכום הפשרה בהסכם המתוקן ולנוכח חוות דעת הבודק נראה כי סכום הפשרה הוא סביר והוגן. באשר לסעד ההשבה, נקבע כי חוות דעת הבודק לפיה לא חלו ירידות בהיקף המכירות אינן מבססות זכות זו, וכי הפיצוי הוא בעבור הנזק הלא ממוני של פגיעה באוטונומיה. פיצוי זה עומד לפי הפשרה על 230 ₪ לצרכן, זאת על אף שלא כל הצרכנים הסתמכו על העלון. נקבע כי היקף חובת הגילוי של תופעות לוואי היא שאלה מורכבת שטרם הוכרעה, וכי בין היצרן לצרכן מצוי הרופא כגורם מתווך בתרופות מירשם. בית המשפט העיר כי לצורך שלב אישור התביעה, לא ראה להעמיק בסוגיות אלו ולא ניתן לחזות את התוצאה שתהיה לאחר בירור התביעה. נקבע כי ממעשה בית דין שהוגדר בפשרה הוחרגו תביעות לנזק אישי. נקבע כי לא ניתן להעניק פיצוי אישי, וכי המיתווה שהציעה המועצה מעלה קשיים של פגיעה בפרטיות ואיננו מעשי. נקבע כי אין צורך בהגדרת תופעות הלוואי, וכי הגדרת הפשרה כמתייחסת לכל עילה הנוגעת לאי גילוי כל תופעת לוואי, המתבססת על הפער בין עלונים בארץ לעלונים בחו"ל, היא ברורה, וכי העלונים ניתנים לאיתור בנקל. נקבע כי עיקר טענותיו של גינדי הן לגודל קבוצה של כ-50,000 צרכנים, וכי הדבר אינו תואם את חוות דעת הבודק. נקבע כי הנתבעת תשלם למועצה לצרכנות 50,000 ₪ כהוצאות ושכ"ט על תרומתה לעיצוב הסכם הפשרה, וכן תשלם לגינדי גמול בסך 20,000 ₪ ושכ"ט עו"ד בסך 100,000 ₪.

43. גינדי מערער על ההחלטה לתקן את תביעת משה ולכלול בה את תביעתו, ועל סילוק בקשת האישור שלו כפועל יוצא מכך. לטענתו מדובר בשתי תביעות נפרדות ולא ראוי היה ליטול ממנו את תביעתו ולהעבירה לתובע אחר. כן מערער גינדי על אישור הסכם הפשרה. לטענתו התוספת שהוספה לפשרה המקורית – 1.8 מיליון ₪ - אינה בגדר פיצוי הולם לקבוצה בגין עילת התביעה שבתביעתו. בנוסף, לטענתו, בהשוואה לסכום המקורי עליו הוסכם בתביעת משה – 3.9 - הסכום של 1.8 מיליון הוא נמוך, כשמביאים בחשבון את היחס בין שתי תופעות הלוואי. לטענתו מדובר בתופעת לוואי חמורה יותר של פגיעה תמידית בתפקוד המיני אל מול ירידה זמנית בפריון. עוד לטענתו, תיקון העלון, על ידי הוספת פסקה בדבר פגיעה מתמשכת בתפקוד המיני, אינו מספק, משום שלא הוסרו ממנו הפיסקאות שלפיהן תופעות הלוואי חולפות לאחר הפסקת השימוש בתרופה. עוד לטענתו תביעתו מתייחסת לקיומה של תופעת הלוואי ולא רק לעצם אי גילוי אודות תופעה שגולתה בחו"ל.

דין

סילוק תביעת גינדי על הסף

44. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי המערער צודק בטענתו כי העילה הנוגעת לכשל מתמשך בתפקוד המיני לא נכללה בתביעת משה טרם תיקונה, וכן בכך שהמדובר בתופעת לוואי אחרת, שאינה זניחה כלל. לפיכך, היתה חשיבות בפעולות שנקט בהן המערער להעלאתה של עילה זו. נראה כי הדברים תואמים גם את קביעותיו של בית המשפט קמא בהחלטותיו השונות ובפסק דינו.

45. עוד סבור היועץ המשפטי לממשלה כי תביעת גינדי בנוגע לתופעת הלוואי של כשל מתמיד בתפקוד מיני, מקיפה, ומציגה מידע חשוב. יש משקל לכך שבארצות הברית הוגשו מעל 1000 תביעות בגין בעיה מתמידה בתפקוד המיני לאחר הפסקת השימוש בתרופה. על פני הדברים נראה כי ראוי היה לברר בקשת אישור זו לגופה.

46. השאלה אם ניתן וראוי היה לנקוט בדרך של תיקון תביעת גינדי בתביעת משה, וסילוק תביעת גינדי, ואם הדבר עולה בקנה אחד עם ס' 7 לחוק, אינה פשוטה והיא מעלה קשיים, כך בכלל וכך בפרט בסיטואציה הנוכחית.

47. לכאורה, בדרך כלל יש להעדיף את הדרך של דיון מאוחד בשני ההליכים. עם זאת בענייננו אין מדובר בתיקון או שיפור קל של תביעת משה, אלא בהעלאת עילה עצמאית אחרת, שלא רק שהיא נוגעת לתופעת לוואי אחרת, אלא שהתשתית העובדתית הנוגעת לה, לחומרתה ולהיקפה, נפרדת. אמנם יש דמיון במבנה המשפטי של שתי עילות ההטעיה, ושתייהן מתייחסות לאותם עלונים שצורפו לתרופה המשווקת בארץ, אך יתר הטענות ביחס אליהן נפרדות.

48. קושי נוסף טמון בכך שהצדדים בתביעת משה כבר הגיעו להסכמה לפשרה בתביעתם. הנתבעת התנתה את המשך הסכמתה לה, בהשגת פשרה גם לגבי תביעת גינדי. אישור הפשרה אליה הגיע התובע בתביעת משה, היה תלוי איפוא באישור הפשרה בעילת גינדי. התובע בתביעת משה אף לא יכול היה לצפות לשכ"ט וגמול נוסף בגין התוספת לפשרה. ספק אם בסיטואציה זו יכול התובע בתביעת משה לייצג נאמנה את עניינם של הקבוצה

שנכללו בתובענה שהוא לא הגיש, וספק אם היה בעמדת מיקוח טובה, לעניין תביעת גינדי, מנקודת המבט של הקבוצה.

49. זאת ועוד: לנוכח השלב שבו צורפה תביעת גינדי, בעוד שבקשת האישור של משה זכתה לבירור ממושך, נראה כי לבקשת האישור של גינדי לא היה יומה בבית המשפט. היא לא לובנה לעומקה, וספק אם בית המשפט קמא יכול היה לעמוד על רמת החומרה של התופעה, מבלי שנתבררה. גינדי הציג בתביעתו נתונים עובדתיים משמעותיים שראוי היה שילובו ויתבררו עם טיעון ראוי של תובע ועורך דין הסבורים כי התביעה ראויה.

50. בכלל זה ראוי היה שתלובן השאלה אם העדכונים שנעשו בעלונים הם מספקים ועומדים בדרישות הדין, ואם העלון כפי שפורסם בשנים 2011-2014 הוא ברור דיו בנקודה האמורה.

51. מן הצד השני, מובנים השיקולים המעשיים שעליהם הצביע בית המשפט קמא. מההיבט של ניהול התביעות והחסכון בזמן השיפוטי, אכן יש יתרון בדרך שבית המשפט נקט בה; אלא שמדובר בקפיצת דרך דיונית, המעוררת קשיים מבחינת הקבוצה, ומבחינת זכותו של המערער כי בקשת האישור שלו תישמע. ניתן גם להבין את התחושה הלא נוחה מכך, שערב אישור הסכם פשרה מוגשת בקשת אישור נוספת, שבעקבותיה, הנתבעת נסוגה מהסכמתה, ומתנה את הסכמתה בהשגת פשרה בשתי התביעות.

52. נזכיר, כי הסכם הפשרה המקורי בתביעת משה כלל בצדק, רק סילוק של העילות שנכללו בתביעה זו ולא כל תופעת לוואי אחרת. המשיבה שנגדה מתנהלים, על פי הנטען, מעל אלף הליכים בחו"ל, היתה בוודאי ערה לסיכון הכרוך בתופעות לוואי אחרות, ובצדק הסכימה, בעקבות הערות המועצה לצרכנות והיועץ המשפטי לממשלה, להותיר אותן מחוץ לפשרה, שכן התביעה עסקה בתופעת לוואי אחת. ככל שהייתה מחליטה המשיבה להתייחס ליתר תופעות הלוואי היה עליה, לחשב את סכום הפיצוי גם בהתייחס לתופעות לוואי אחרות. נראה לכאורה כי אילו המתין גינדי והגיש את בקשת האישור שלו לאחר אישור הסכם הפשרה בתביעת משה, תביעתו של משה לא היתה מהווה עילה לסילוק תביעתו על הסף. לכאורה, התוצאה אינה צריכה להיות שונה, רק בשל כך שתביעת משה טרם הסתיימה, בעת שהוגשה בקשת גינדי..

53. היועץ המשפטי לממשלה מסתפק בהצבעה על הקשיים שבדרך שנקט בה בית המשפט קמא הנכבד ועל עיוות אפשרי שנגרם להסכם הפשרה עקב כך.

54. בהערותיו להסכם הפשרה הראשון, ציין היועץ המשפטי לממשלה כי יש לבחון את הנתונים שעליהם מתבסס סכום זה, ובהתאם המליץ למנות בודק.

55. כפי שציין בית המשפט קמא, סכום הפשרה מעורר לבטים, הן מבחינת תביעת משה והן מבחינת תביעת גינדי. בבחינת הוגנותה של פשרה כלפי הקבוצה יש להביא בחשבון גם את סיכויי התביעה. בהערכת סיכויי התביעה, קיים פער מסויים בין החלטת האישור לבין פסק הדין. בהחלטת האישור נקבע כי על המשיבה מוטלת החובה ליידע את צרכניה בארץ, על תופעות לוואי שעליהן דיווחה בחו"ל. בנמקו את אישור הפשרה במסגרת פסק הדין, ציין בית המשפט כי קיימים גם סיכונים בהצלחת התביעה. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי על המשיבה מוטלת החובה ליידע את הצרכן הישראלי, באמצעות העלון לצרכן והעלון לרופא, על תופעות לוואי שהיא הזהירה מפניהן את הצרכנים במדינות בחו"ל, ואין היא רשאית להסתיר עובדה זו.

56. גילוי מלא של מידע הוא חשוב להגנה על הצרכנים, לא רק בכך שהוא מביא את הדברים לידיעת כל אחד מהם. הגילוי מתפשט למקומות שונים, המודעות הכללית מתרחבת, ולמודעות הכללית עשויה להיות השפעה מועילה מבחינת הצרכן. יצוין כי גם בית המשפט קמא הנכבד סבר כי הבדיקה האמורה משפיעה רק על הסעד של השבת המחיר, ולא על הסעד של פגיעה באוטונומיה.

57. גילוי מלא של מידע, כאמור לעיל, מתחייב גם מכוח הוראות סעיף 47א(3) לפקודת הרוקחים [נוסח חדש], התשנ"א–1981, הקובע חובה לעדכן את משרד הבריאות בדבר שינויים בפרטים או במסמכים שקבע שר הבריאות. זאת ועוד, תקנות הרוקחים (תכשירים), התשנ"ו–1986 קובעות בתקנה 7(ב)(2) הוראות בדבר חובת הדיווח למשרד הבריאות בדבר כל שינוי היבטים הנגועים לבטיחות, יעילות ואיכות התכשיר. להשלמת התמונה, נציין כי בשנת 2013 תוקנו תקנות הרוקחים (תכשירים) התשמ"ו – 1986 (אשר נכנסו לתוקף ביום 1.9.2014) והוספו הוראות הנוגעות לחובת דיווח על תופעות לוואי ומעקב אקטיבי של בעל הרישום המשווק תכשיר בישראל אחר דיווחים על תופעות לוואי או אחר עדכונים של רשויות בריאות. בתוך כך נקבע כי על בעל הרישום חלה חובה לדווח באופן מיידי ולא יאוחר מ-15 ימים מיום קבלת המידע על כל חשש לתופעת לוואי חמורה בישראל או לתופעת לוואי בשכיחות חריגה. כן, חלה חובה לדווח אחת לשלושים יום על

חשש לתופעות לוואי חמורות שנצפו מחוץ לישראל ושאינה מצוינת בעלון לרופא שאושר על ידי משרד הבריאות. בנוסף, קובעות התקנות בסעיף 26ג(א)(6) חובת דיווח על תופעות לוואי מיוחדות שזכו להתייחסות במדינה אחרת, גם אם בעל הרישום סבור כי אין בהן כדי להצביע על סיכון רב יותר מהשימוש בתכשיר.

58. בהינתן שסיכויי התביעה הם טובים, כפי שנקבע בהחלטה על אישור התביעה, עולה השאלה אם הפיצוי בסך 3.9 מיליון, יש בו כדי להרתיע, מפני התנהגות כזו מצד חברת תרופות, או שמא הוא עלול לעודד אי גילוי תוך לקיחת סיכון של חיוב בפיצוי נמוך יחסית, אם בכלל יתגלה הדבר ואם תוגש תביעה, זאת הגם שלפי הערכת הנתבעת מספר הצרכנים לא היה גדול מאוד. השאלה עולה ביתר שאת לגבי התוספת של 1.8 מיליון ₪, שלכאורה תכליתה היא לפצות על תופעת הלוואי הנוספת. יש לזכור כי בעוד שהפשרה המקורית התייחסה רק לעילות שבתביעת משה, הפשרה המתוקנת התייחסה לכל תופעת לוואי אפשרית ולא הוסיפה רק את תביעת גינדי כך שהבסיס לתוספת של 1.8 מלש"ח אינו ברור.

59. אחד הנימוקים של בית המשפט, לאישור סכום הפשרה, הוא שאין בסיס לתביעת הסעד של השבה, בשל ההנחה כי גם אם היו מגולות תופעות הלוואי, היו חברי הקבוצה רוכשים את התרופה, וזאת בהתבסס על השוואת היקפי המכירה לפני גילוי התופעות, להיקפים שלאחר הגילוי. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי הבחינה האם חלה ירידה במכירות בעקבות פרסום המידע, אינה חזות הכל, ויש קושי בהסתמכות עליה. יש גורמים אחרים המשפיעים על ירידה במכירות. במקרה הנוכחי לא נערך סקר בין המשתמשים ולכאורה הוא כלי יעיל יותר להערכה מסוג זה.

החרגת נזקים בריאותיים וראש הנזק של פגיעה באוטונומיה

60. הסכם הפשרה קובע כי הוא לא חל על עילות תביעה בגין נזק רפואי. לסייג זה יש חשיבות רבה. התביעה הנוכחית אינה עוסקת ואינה יכולה לעסוק בנזקי בריאות. חשיבותה של התביעה הנוכחית היא במישור ההרתעתי, שהרי הפיצוי לא משולם לחברי הקבוצה באופן אישי, וסכום הפיצוי לאדם הוא זניח לחלוטין. עם כל חשיבותן של תביעות מסוג זה יש להיזהר משנה מזהירות מפגיעה אפשרית בתביעה אישית של מי מחברי הקבוצה, בזיקה לנזק בריאותי ממשי, שכבר אירע או שיארע בעתיד. ראוי לשמור על חופש טיעון מלא לכל חבר קבוצה בהקשר של תביעות בזיקה לנזקי בריאות. לפיכך יש לוודא כי ניסוח ההחרגה של תביעות אלו הוא רחב דיו, וכי לא תהיה להסכם הפשרה כל השפעה עליהן.

61. בהקשר זה עולה השאלה אם החרגת נזק גופני, כפי שנוסחה בהסכם הפשרה משיגה את תכליתה. הקושי נובע מכך, שתביעות לפיצוי בגין נזק רפואי עשויות לכלול באופן חלופי תביעה לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה. הגנה על חופש הטיעון לגבי נזק בריאותי, מחייבת הימנעות מפגיעה גם בטיעון לראש נזק זה. מאודד גיסא, הסכם הפשרה שאושר מבוסס על פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה.

62. נראה כי, לא הרי הפגיעה באוטונומיה שבגינה פוסקים בתי משפט במקרים המתאימים פיצויים נכבדים למי שסבל נזק רפואי, כפגיעה באוטונומיה שבה מדובר בהסכם הפשרה הנוכחי. אך נקודה זו לא הובהרה בהסכם הפשרה, ויש חשיבות רבה בהבהרתה, כדי למנוע פגיעה בזכות התביעה, בכל עילה משפטית שייבחר, מי שסבל נזק רפואי.

63. יש לזכור כי ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה התפתח בפסיקה בארץ, במסגרת תביעות אישיות של מי שסבלו נזק רפואי ממשי. כך בעניין דעקא (ע.א. 2781/93 דעקא נ' בית החולים "כרמל"), לא הוכרה תביעה של אישה לפיצוי על נזקים שנגרמו לה עקב ביופסיה שנעשתה לה, מבלי שהובא בפניה המידע באשר לסיכונים שבביצוע הביופסיה. עם זאת, הוכרה באותו עניין תביעתה החלופית לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה. ראו גם ע.א. 9817/02 ויינשטיין נ' ברגמן ואח'; ע.א. 9936/07 ענטבי נ' בן דוד; ע.א. 5636/11 פרופ' היס נ' בן צבי.

64. הסכומים הנפסקים בתביעות נזיקין בגין ראש נזק זה עשויים להגיע למאות אלפי שקלים.

65. מובן כי אין מקום לוותר בשם כל אחד מחברי הקבוצה, על האפשרות לטעון לפיצוי בגין ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, אם חלילה יסבול מנזק רפואי שלדעתו יש לו זיקה לתרופה. היועץ המשפטי לממשלה מבקש מבית המשפט להבהיר, כי הפיצוי וסילוק התביעה, מתייחס רק לפגיעה באוטונומיה, שלא נילוה לה נזק בריאותי (התממשות תופעת הלואי), ואין בפשרה כדי לחסום תביעות בגין פגיעה באוטונומיה מצד מי שסבל בפועל מפגיעה בפיריון ומפגיעה מתמשכת בתפקוד המיני או מתופעת לוואי אחרת הכלולה בפשרה

מעשה בית דין לגבי תופעות לוואי אחרות

66. הרחבת העילות והגדרת מעשה בית דין בהסכם הפשרה אינה ראויה לדעת היועץ המשפטי לממשלה משום שהיא כוללת בחובה כל תופעת לוואי אפשרית גם אם לא נכללה בבקשת האישור, ואף אם אינה ידועה למגישי תביעת משה ובקשת גינדי. לעניין זה ראו סעיף 18(ז) לחוק תובענות ייצוגיות הקובע כי הסכם פשרה לא יכלול עילות תביעה אשר לא נכללו בבקשה לאישור או בהחלטה על אישור התובענה הייצוגית. אין זה סביר לתת מראש חסיון ליצרן מפני פגיעות שכלל לא ידוע עליהן, לא נדונו, לעיתים יש הצדקה להגיע להסכמה על

סילוק כולל של טענות בנושא מסויים בעקבות תביעה, וחסול הסכסוך כולו. אין לכך הצדקה בתביעה הנוכחית שעניינה באי גילוי של תופעת לוואי בשימוש בתרופה. מי שנודע לו כי הסתירו ממנו תופעת לוואי מסויימת אינו צריך לוותר על כל תביעה עתידית אם יתברר לו כי הסתירו ממנו תופעת לוואי אחרת לחלוטין.

67. גם אילו הוגבלה הוראת הסילוק כך שהיא תמנע תביעות על תופעות שגולו כראוי בעלון שעודכן ב-2011, היה קושי רב באישורה. אם קיימות תופעות לוואי נוספות שלא גולו לפני עדכון העלון, ועודכנו בעלון ב-2011, ראוי היה שהמשיבה תפנה את תשומת לב בית המשפט והצדדים האחרים לקיומן, כך שניתן יהיה להסכים על הפיצוי שניתן בגין, אם בכלל הדבר ניתן.

68. סעיף הסילוק הוא רחב בהרבה וכולל כל תופעה גם כזו שהעלון מ-2011 אינו מתייחס אליה.

תיקון העלון

69. היועץ המשפטי לממשלה סבור גם כי לכאורה יש צדק בטענת המערער כי הליך עדכון העלון קודם לדצמבר 2012 נעשה ללא מסירת המידע הנדרש, ביחס לתופעת הלוואי של ירידה בחשק המיני, וכי ראוי להבהיר את היחס בין שתי הפיסקאות בעלון המעודכן.

סעד אישי

70. עוד סבור היועץ המשפטי לממשלה כי גם כאשר קיים קושי לאתר את חברי הקבוצה ויש הצדקה להעביר את הכספים לציבור באמצעות הקרן, יש לאפשר לחבר קבוצה שיפנה בתוך זמן מוגדר לקבל את הפיצוי באופן אישי, ורק את הפיצוי שלא נדרש להעביר לקרן.

סיכום

71. נושאי הרחבת העילות, עדכון העלון, ומתן הזדמנות לחברי קבוצה לקבל את הפיצוי בעצמם, ניתנים לתיקון ללא פתיחת הפשרה, ולדעת היועץ המשפטי לממשלה ראוי שבנושאים אלו תתוקן הפשרה.

72. אשר לסכום הפיצוי מותיר היועץ המשפטי לממשלה את העניין לשיקול דעתו של בית המשפט הנכבד. כך גם באשר לערעור המערער לגבי סילוק בקשת האישור שלו על הסף, ולשאלה אם הגמול ושכר הטירח שפסקו לגינדי מספיקים.

היום,



יעל מימון

ממונה על עניינים אזרחיים

בפרקליטות המדינה