

מעקב פסיקה

ת"צ (מחוזי מרכז) 16584-10-11 רונית פלג נ' פריגו ישראל סוכנויות בע"מ בע"מ (פורסם בנבו, 29.11.2018);

ערכאה: בית המשפט המחוזי מרכז בלוד, מפי השופט עופר גרוסקופף:

בית המשפט המחוזי מרכז בלוד, מפי השופט פרופ' עופר גרוסקופף, אישר את הסדר הפשרה שהושג בפרשת אלטרוקסין, במסגרתו התחייבה "פריגו" לשלם סכום כולל של 46,220,900 ש"ח.

ביום 16.2.2011 שונה ההרכב של הרכיב הבלתי-פעיל בתרופה המכונה "אלטרוקסין", תרופה אשר שימשה באותה עת לטיפול סדיר בכ-330 אלף חולות וחולים, הסובלים מתת-פעילות של בלוטת התריס. משרד הבריאות אישר את שינוי הפורמולציה אך בוצע דיווח לאקוני לקופות החולים ולרופאים המטפלים באשר לכך. דבר השינוי לא פורסם למטופלים עצמם, ובדיווח לגורמים המטפלים לא צוין כי נדרש לעדכן את המטופלים בשינוי או לבצע מעקב רפואי על מנת לוודא כי השינוי בפורמולציה של התרופה אינו מצריך התאמה במינון שנקבע למטופל. בחודשים שלאחר שינוי הפורמולציה החלו מטופלים רבים לחוש בתופעות לוואי שונות המעידות על "יציאה מאיזון" (מצב בו מינון התרופה שניתן למטופל נמוך מהנדרש).

בו בזמן הוקמה ועדת בדיקה מטעם משרד הבריאות אשר הצביעה על כך שמתקיים קשר נסיבתי ברור בין הכנסת הפורמולציה החדשה לשוק בישראל לבין הגידול במספר הדיווחים על תופעות הלוואי שנגרמות בעקבות נטילת התרופה. כתוצאה מכך הוגשו 9 תובענות ייצוגיות שונות נגד המעורבים בפרשה, שלבסוף אוחדו להליך אחד בהתאם לסי' 7 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.

בתאריך 20.5.2015, השופט גרוסקופף אישר את ניהול התובענה כייצוגית, בעילה של הטעיה צרכנית לפי חוק הגנת הצרכן,¹ באומרו כי "פריגו" כשלה בכך שלא יידעה את המטופלים בצורך לביצוע מעקב רפואי לאחר שינוי הפורמולציה. בחודש יוני 2015 הגישה "פריגו" בקשת רשות ערעור לביהמ"ש העליון נגד החלטת האישור. בעקבות הדיון שהתקיים בבקשת הערעור בביהמ"ש העליון שנה לאחר מכן, הסכימו הצדדים על קיום הליך גישור בפני נשיא ביהמ"ש העליון (בדימוס) אשר גרוניס שבסופו הניב הסדר פשרה בין הצדדים. להסדר פשרה זה הוגשו מספר התנגדויות ע"י חברי קבוצה והיועמ"ש וכתוצאה מכך בוצעו בו תיקונים. בתאריך 29.11.2018 אישר ביהמ"ש את הסדר הפשרה המתוקן משהחליט כי היתרונות שמביא עמו הסדר הפשרה לחברי הקבוצה עולים על התועלת שבהמשך ההתדיינות.

בהסדר הפשרה המתוקן נקבע כי חברי הקבוצה יהיו "הצרכנים הסובלים מתת פעילות של בלוטת התריס, אשר נטלו באורח סדיר לשם האיזון ההורמונאלי של בלוטת התריס את תרופת האלטרוקסין קודם לפברואר 2011, ואשר במועד כלשהו בתקופה פברואר-נובמבר 2011 עברו לשימוש בפורמולציה החדשה של האלטרוקסין, מבלי שנמסר להם על ידי הרופא המטפל כי עליהם לבצע ניטור באמצעות בדיקת דם בתוך כשישה שבועות ממועד התחלת השימוש בפורמולציה החדשה". כמו כן, הקבוצה לא תכלול חברי קבוצה שיגישו הודעת יציאה מן הקבוצה בתוך 28 ימים מרגע פרסום ההודעה השנייה. עוד הוסיף ביהמ"ש שהתביעה דן איננה כוללת מטופלים שנגרמו להם נזקים החורגים מגדר כאב וסבל, ומהסדר הפשרה יוחרגו נזקי גוף עתידיים שיתממשו לאחר מועד אישור ההסדר.

¹ חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981

כאמור, להסדר הפשרה הוגשה התנגדות מטעם היועמ"ש, בין היתר מהטעם כי ההסדר לא מעניק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה. השופט גרוסקופף מתייחס לכך בפסק דינו² ולטענתו נזק זה אכן מתבטא בתחושות השליליות שנגרמו לכלל חברי הקבוצה כתוצאה מכך שלא היה בידיהם המידע המלא באשר לתרופה אותה הם צורכים, הסיכונים המלווים אותה ואופן השימוש בה. עם זאת, קובע שחרף היעדר פיצוי נפרד בגין הפגיעה באוטונומיה, לא ניתן להגיד שהסדר הפשרה המתוקן אינו ראוי והוגן, בין היתר מכיוון שהצדדים העדיפו כי יינתן תחילה פיצוי לחברי הקבוצה שנגרם להם נזק של כאב וסבל ויכולים להצביע על תופעות לוואי, יציאה מאיזון או בדיקות וטיפולים רפואיים שעברו בתקופה הרלוונטית. לאחר שיוקצו הסכומים הדרושים לפיצוי בגין תביעות אלו, ייתכן שיוותר סכום כספי בו ניתן יהיה להשתמש גם לטובת כלל חברי הקבוצה בשל הפגיעה באוטונומיה.

בספרו "בריאות ומשפט"³, השופט בדימוס פרופ' אמנון כרמי מדבר על הקושי בקביעת פיצוי בגין נזק בלתי ממוני, ושל כאב וסבל⁴ בפרט: "בתי המשפט מודעים למגבלות יכולתם "להחזיר את המצב לקדמותו" באמצעות פיצויים כאשר מדובר בכאב וסבל. אין אפשרות להעריך באופן הגיוני גובה פיצוי עבור כאב וסבל, ולפיכך נוהגים בתי המשפט להעניק סכומים קונבנציונליים".

ביחס לנזק בלתי ממוני של פגיעה באוטונומיה מציינת השופטת חיות בעניין **תנובה**:⁵ "אם קשה הערכת הנזק הלא ממוני בגין פגיעה באוטונומיה במקרים פרטניים, קשה היא שבעתיים כאשר נדרש ביהמ"ש להעריך נזק זה בתובענה ייצוגית".

יש לציין כי דבריה של חיות ביחס לקושי כימות הנזק יפים גם באשר לסוגי נזקים בלתי ממוניים אחרים, כגון כאב וסבל בענייננו. אמנם, ניתן לראות כיצד מתגברים על הבעיה במקרה שלפנינו באמצעות הקמת מנגנון שמטרתו בחינת הבקשות של חברי הקבוצה הטוענים שסבלו מכאב וסבל לאחר נטילת הפורמולציה החדשה, כפי שיוצג בהמשך.

בעניין **רייכרט**⁶ אומר השופט עדיאל כי המשפט הישראלי, בדומה למשפט האמריקאי מתווה שתי דרכים עיקריות לקביעת הנזק בתובענות ייצוגיות: האחת היא שיטת החישוב האינדיבידואלי, לפיה נקבע הנזק בהתייחס לכל אחד מחברי הקבוצה באופן מובחן. לפי שיטה זו, נערכת לאחר קביעת אחריותו של הנתבע כשאלה משותפת לכל חברי הקבוצה, הכרעה נפרדת לגבי הנזק שנגרם לכל אחד מחבריה, וסיכום הנזקים שמוכיחים חברי הקבוצה במצטבר יהווה את הסכום בו יחויב הנתבע לבסוף. דרך חישוב זו מעוגנת בס' 20(א)(1) ו-20(א)(2) **לחוק תובענות ייצוגיות**⁷ (להלן: "החוק"). בעניין **א.ש.ת.**⁸ צוין כי במשפט האמריקאי

² ס' 56 (5) לאישור הסדר הפשרה.

³ אמנון כרמי, **בריאות ומשפט** 299 (מהדורה שנייה, מוחמד ס. ותד עורך, 2013).

⁴ שם: כאב מתמצה באימפקט של הפגיעה בגוף על מערכת העצבים, ואילו הסבל הוא בגדר התוצאה הנפשית של אותה פגיעה.

⁵ ע"א 10085/08 **תנובה - מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל**, ס' 43 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 04.12.2011), שם נקבע כי תנובה תשלם פיצוי של 38.5 מיליון ₪ במסגרת התובענה הייצוגית שהוגשה נגדה לכלל חברי הקבוצה אשר חוו תחושות שליליות כשנודע להם כי החלב ששתו הכיל סיליקון. בעניין תנובה פגיעה באוטונומיה בהקשר של תובענות ייצוגיות בתחום הצרכני הוכרה לראשונה.

⁶ ע"א 345/03 **דן רייכרט נ' יורשי המנוח משה שמש ז"ל**, ס' 64-57 לפסק דינה של השופט עדיאל, סב(2) 437 (2007), עוסק בתביעה ייצוגית של מחזיקים בניירות ערך לפיצויים בגין נזקים שסבלו בשל מעשי מרמה שבוצעו בחברת רייכרט תעשיות בע"מ ועקב פרטים מטעים שנכללו בתסקיף ההנפקה ובדוחות הכספיים של החברה. בעניין זה נקבע כי ניתן לחשב את הנזק באופן אינדיבידואלי ואין מקום לנקוט בשיטת החישוב הכולל.

⁷ **חוק תובענות ייצוגיות**, תשס"ו-2006

⁸ רע"א 3126/00 **מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטיים וכוח אדם בע"מ**, ס' 21 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן, נז(3) 220 (2003), שם המשיבים נדרשו ע"י המדינה להפקיד ערבויות לצורך קבלת אישור להעסקת עובדים זרים, ערבויות אשר חולטו בחלק מהמקרים. לטענת המשיבים דרישת הערבויות וחילוטן היו ללא סמכות חוקית והתקבלה בקשתם לאישור

פותחו מנגנונים שונים נוספים שנועדו לסייע בהערכת הנזק הפרטני של הניזוקים באופן יעיל וחסכוני; הראשון, ניהול תביעות נפרדות לאחר השלב של קביעת החבות הנזיקית עצמה, השני מינוי מומחה שתפקידו לקיים שימועים נפרדים לכל ניזוק, בדומה לס' 20(ב1) לחוק. השיטה השנייה היא שיטת החישוב הכולל, לפיה ניתן לקבוע את סכום הפיצוי הכולל על פי הנזק שנגרם לקבוצה בכללותה, למרות שלא הוכח טרם קביעתו מהו הנזק שנגרם לכל אחד ואחד מן הפרטים באותה קבוצה. דרך חישוב זו מעוגנת בס' 20(א3) לחוק לפיו ביהמ"ש יוכל לקבוע את סכום הפיצוי הכולל רק אם ניתן לחשבו באופן מדויק על סמך ראיות שבפניו. בעניין **תנובה**⁹ דנים בפיתוחה של שיטת החישוב הכולל במשפט האמריקאי ע"י יצירת מנגנון הקרוי Fluid Class Recovery (FCR). במתכונתו הקלאסית מדובר במנגנון תלת שלבי המיועד לפיצוי חברי הקבוצה. השלב הראשון במנגנון זה עניינו בקביעת סכום הפיצוי הכולל לקבוצה שעל הנתבע לשלם ושיש להפקיד בקרן מיוחדת שתוקם למטרה זו. בשלב השני ניתנת לחברי הקבוצה הזדמנות להוכיח (ברמת הוכחה נמוכה מן המקובל בתביעות אישיות) את הנזק האינדיבידואלי ולקבל בעקבות כך את חלקם כפיצוי אישי. בשלב השלישי מחולקת יתרת הסכום על פי מודלים כאלה ואחרים שפיתחו בתי המשפט לצורך כך.

בהסדר הפשרה במקרה דנן נעשה שימוש במנגנון FCR כך שבשלב ראשון נקבע כי סכום בסך 45,768,900 ₪ ישולם ע"י פריגו סוכנויות כפיצוי לחברי קבוצה, כאשר סכום הפיצוי המקסימלי אותו יכול לקבל חבר קבוצה עומד על 9,500 ₪. עוד נקבע כי סכום של 452,000 ₪ ישולם עבור עלויות הקמת מנגנון הפיצוי ותפעולו. הסכום יועבר בתוך 45 ימים ממועד פרסום ההודעה בדבר אישור הסדר הפשרה המתוקן לחשבון נאמנות ייעודי אשר ינוהל ע"י הנאמן שנקבע. בשלב השני, כל חבר קבוצה שטוען לקיומן של תופעות לוואי לאחר נטילת הפורמולציה החדשה, יהיה רשאי להגיש בקשה לקבלת פיצוי לוועדת הפיצוי. בקשה זו תכלול טופס¹⁰ מפורט שבו יסומנו תופעות הלוואי מהן סבל, תיעוד רפואי מזמן אמת אודות התקיימותן של תופעות הלוואי הנטענות, או לחילופין אישור רופא מטפל בדבר התקיימותן. נקבעו 3 קטגוריות זכאות: הראשונה, מזכה בפיצוי בסכום של 45% מסכום התשלום המקסימלי לחבר קבוצה, כאשר הוכח בבקשת הפיצוי כי המבקש סבל מעד וכולל שתי תופעות לוואי. השנייה, מזכה בפיצוי בסכום של 80% מסכום התשלום המקסימלי, במידה והוכח שסבל המבקש מיציאה מאיזון הורמונאלי של הורמון TSH או שסבל משלוש תופעות לוואי. השלישית, מזכה בפיצוי בסכום של 100% מסכום התשלום המקסימלי, במידה והוכח שהמבקש היה נזקק לבדיקות רפואיות או טיפול רפואי בבי"ח/ מרפאת מומחים או שסבל מיותר משלוש תופעות לוואי. בשלב השלישי, ככל שיימצא על ידי הנאמן, לאחר שלב הדיון בהשגות, כי סך סכומי הפיצוי של כלל חברי הקבוצה אשר נמצאו זכאים לפיצוי נמוך מסכום הפיצוי הכולל, יהיה ביהמ"ש רשאי להורות על הגדלת סכום הפיצוי המקסימאלי לחבר קבוצה, ובלבד שסך הפיצויים שיפסקו לטובת כלל חברי הקבוצה לא יעלה על סכום הפיצוי הכולל.

בעניין **תנובה** קבעה השופטת חיות שלאור יתרונותיה של שיטת החישוב האינדיבידואלי – תואמת את דרך הפיצוי בדין הכללי ואת עקרונות הצדק המתקן עליהם היא מושתתת ומבוססת על נתונים עובדתיים שאינם שנויים במחלוקת או הניתנים להוכחה פשוטה, נראה כי יש לתת לה עדיפות לצורך קביעת הסעד בתובענות ייצוגיות ככל שהיא אפשרית.¹¹ זוהי גם גישת ביהמ"ש בעניין **רייכרט**, שם אומר השופט עדיאל: "משניתן,

התובענה כייצוגית בביהמ"ש המחוזי. ביהמ"ש העליון הפך את החלטת המחוזי וקבע שאין עניין זה מתאים להתברר כתובענה ייצוגית.

⁹ עניין **תנובה**, ס' 46 לפסק דינה של השופטת חיות.

¹⁰ <http://altroxin.co.il> קישור לעמוד האינטרנט ממנו ניתן להוריד את טופס הבקשה בכדי לעיין בתופעות הלוואי.

¹¹ עניין **תנובה**, ס' 45 לפסק דינה של השופטת חיות.

במקרה שלפנינו, לחשב את הנזק באופן אינדיבידואלי, אינני רואה מקום לנקוט בשיטת החישוב הכוללי.¹² יחד עם זאת, מדגישה השופטת חיות כי לא תמיד ניתן ליישם שיטה זו,¹³ כאשר למשל: חברי הקבוצה אינם ניתנים לזיהוי ולאיתור; כאשר לא ניתן בנסיבות העניין להציג נתונים או מסמכים מספקים להוכחת הנזק האינדיבידואלי; כאשר הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה הוא מזערי ויש להניח כי בשל כך לא תהא נכונות מצד חברי הקבוצה או רובם לשתף פעולה לצורך הוכחתו ברמה האינדיבידואלית; וכן כאשר לצורך בירור הנזק האינדיבידואלי שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה נדרשת השקעת משאבים יקרים וזמן שיפוטי ניכר שאין להם הצדקה בנסיבות העניין.

ההבדל בין החלופות השונות שנקבעו בס' 20(א) לעניין אופן חישוב הפיצוי וחלוקתו בין חברי הקבוצה נעוץ בכך שבשתי החלופות הראשונות (ס' 20(א)(1) ו-2) דרך חישוב הנזק היא מן הפרט אל הכלל והסכום שבו יישא הנתבע הוא סיכומם של הסכומים בהם יזכה כל אחד מחברי הקבוצה. לעומת זאת חישוב הנזק בחלופה השלישית (ס' 20(א)(3)) הוא הפוך במובן זה שתחילה נקבע הסכום הכולל שיחויב בו הנתבע ולאחר מכן יחולק סכום זה בין חברי הקבוצה לפי הנחיות ביהמ"ש ובהתאם לסייג לפיו אין לפסוק פיצוי כולל כאמור אלא אם ניתן לחשבו במדויק על סמך הראיות שבפני ביהמ"ש.

בענייננו ניתן לראות כי ישנו קושי ביישום שיטת החישוב האינדיבידואלי שכן לא ניתן לאתר את כלל חברי הקבוצה, בין היתר עקב חיסיון רפואי. יישום שיטת החישוב הכולל ומנגנון הפיצוי שנקבע במקרה דנן, מקל על ביהמ"ש בהערכת הנזק הבלתי ממוני הפרטני של כל חבר קבוצה ובקביעת גובה הפיצוי לו הוא זכאי מתוך סך הפיצוי הכולל, באופן מדויק ככל האפשר, מבלי לחסום את האפשרות להגשת תביעה אישית בגין נזקים רפואיים שחורגים מכאב וסבל. זאת בניגוד למקרים בהם עקב הקושי בהערכת הנזק הבלתי ממוני הפרטני של חברי הקבוצה נקבע פיצוי בגובה אחיד לכלל חברי הקבוצה כדוגמת עניין **תנובה** (250 ש"ח לכל חבר קבוצה), או למשל במתן פיצוי לגורמים שלישיים כפי שנקבע בעניין **אלי לילי**.¹⁴

¹² עניין **רייכרט**, ס' 72 לפסק דינו של השופט עדיאל.

¹³ עניין **תנובה**, ס' 46 לפסק דינה של השופטת חיות.

¹⁴ ת"צ (מחוזי מרכז) 1062-10-07 **מרים אנגל נ' Co & Ely Lilly** (פורסם בנבו, 22.05.2012), שם אושר הסדר פשרה במסגרת בקשה לאישור תביעה כייצוגית, לפיו יועבר סכום של 1.5 מיליון ש"ח לגופים שונים, עקב הטעיה של צרכני תרופת "זיפרקסה" שגרמה לנזק בלתי ממוני לכאורה לחברי הקבוצה, עקב חשיפה לסיכון או לאפשרות של סיכון.