



בית המשפט המחוזי בירושלים

11 מרץ 2018

ת"צ 4517-09-10 משה נ' מרק שארפ ודוהם (ישראל - 1996) בע"מ

לפני כב' השופטת גילה כנפי-שטייניץ, סגנית נשיא

<u>התובע המייצג</u>	מיכאל משה ע"י ב"כ עוה"ד עובדיה כהן ואח'	בעניין:
	נגד	
<u>הנתבעת</u>	מרק שארפ ודוהם (ישראל - 1996) בע"מ ע"י ב"כ עוה"ד רון פלג, עו"ד גלעד שיף ואח'	
<u>היועצת</u>	היועץ המשפטי לממשלה ע"י ב"כ עו"ד רחל וזנר פרקליטות מהוו ירושלים (אזרחי)	ובעניין:
<u>היועצת</u>	המועצה הישראלית לצרכנות ע"י ב"כ עו"ד פרופ' א' קלמנט ועו"ד רוני אבישר שדה	
<u>המתנגדים</u>	עומרי גינדי ע"י ב"כ עו"ד צבי כהנא	

פסק דין

1. לפניי בקשה לאישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית שעניינה בטענה שהנתבעת, משווקת תרופת ה"פרופסיה" בישראל, לא פירטה בעלון לצרכן המצורף לתרופה את מלוא תופעות הלוואי של התרופה.

הבקשה לאישור התובענה כייצוגית

2. תכשיר ה"פרופסיה" (1 מ"ג פינסטריד) הוא תרופת מרשם לטיפול בהתקרחות גברית אנדרוגנטית, המיוצר ע"י חברת Merck & Co, Inc [להלן – מרק], ומשווק בישראל באמצעות הנתבעת, חברת בת של מרק.



בית המשפט המחוזי בירושלים

11 מרץ 2018

ת"צ 4517-09-10 משה נ' מרק שארפ ודוהם (ישראל
- 1996) בע"מ

3. ביום 2.9.10 הגיש מיכאל משה, התובע המייצג [להלן – התובע], תובענה ובקשה לאישורה כתובענה ייצוגית שעניינה בטענה שהנתבעת לא גילתה בעלון לצרכן המצורף לתרופה, את מלוא תופעות הלוואי של התרופה תוך הפרת חובת הגילוי המוטלת עליה. ליבת התובענה התייחסה לטענה שהנתבעת הטעתה את צרכני התרופה בישראל ע"י אי גילוי העובדה שהתרופה עלולה לפגוע בפוריות הגבר, אף שתופעה זו הייתה ידועה לה ואף גולתה לצרכני התרופה במדינות שונות באירופה.

4. התובע טען כי חרף קיומם של מחקרים רפואיים המצביעים על כך שהפרופסיה עלולה לפגוע בפוריות הגבר, בחרה הנתבעת, מטעמים מסחריים, שלא לציין את הדבר בעלון לצרכן המצורף לתכשיר, אף שמדובר בפרט מהותי שהובה היה על הנתבעת לצינו. התובע הוסיף וטען כי הנתבעת ציינה בעלון לצרכן המצורף לתרופה בישראל רק חלק מן המידע אותו פירטה בעלונים לצרכן שצורפו לתרופה במדינות אחרות, בין היתר בהתייחס לתופעות הלוואי של התרופה. בכך, כך נטען, הפרה הנתבעת את איסור ההטעיה הקבוע בס' 2(א) לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, וכן עולה כלפיו ברשלנות והפרה חובה חקוקה, פגעה בהסכמתו מדעת ובזכותו לאוטונומיה ועשתה עושר ולא במשפט.

5. בקשת האישור לא נתמכה בחוות דעת רפואית להוכחת הטענות הרפואיות הנטענות בה. בשל כך עתרה הנתבעת, עוד בטרם הגישה את תשובתה, לסילוק בקשת האישור על הסף. הנתבעת טענה כי אף שבבסיס התובענה עומדת טענה שברפואה - הטענה כי נטילת פרופסיה גורמת לפגיעה בפוריות הגבר - לא נתמכה הטענה בחוות דעת רפואית כנדרש. בתגובתו לבקשת הסילוק, הסכים ב"כ התובע כי בהעדר חוות דעת רפואית לא ניתן להוכיח כי הפרופסיה גורמת סיבתית לאי פוריות. עם זאת טען, כי התובענה אינה מבוססת על עילות רפואיות אלא על "עילות צרכניות" של אי גילוי, הטעיה והפרת חוזה, ולשם הוכחת עילות אלה אין לו צורך להוכיח קשר סיבתי בין נטילת התכשיר לבין אי הפוריות. טענת התובע בלבושה הצרכני הייתה, כי הנתבעת הסתירה מן הצרכנים את מלוא המידע שהיה ברשותה אודות הסיכונים הגלומים במוצר. נטען שבעוד אשר מחוץ לישראל מודה הנתבעת בקיומו של הסיכון לאי פוריות, כעולה מן העלונים לצרכן המצורפים לתכשיר בחו"ל, מסתירה הנתבעת סיכון זה מצרכני התכשיר בישראל. התובע הוסיף והבהיר כי אין הוא מבקש להיפרע בתובענתו בגין נזקיו בשל אי פוריות, אלא אך בשיעור התשלומים ששילם לנתבעת בגין רכישת התכשיר.



בית המשפט המחוזי בירושלים

11 מרץ 2018

ת"צ 4517-09-10 משה נ' מרק שארפ ודוהם (ישראל)
- (1996) בע"מ

6. בהחלטתי מיום 18.5.11 הוריתי, כי אין מקום לחרוג בענייננו מן הכלל הנוהג לפיו אין לקיים דיון נפרד בבקשה לאישור תובענה ייצוגית ובבקשה לסילוק בקשת האישור על הסף (רע"א 5154/08 קוסט פורר נ' קדמי, ניתנה ביום 2.4.09), ולפיכך יידונו טענות הצדדים במסגרת הבקשה לאישורה של התובענה כייצוגית.

7. הנתבעת הגישה תשובתה לבקשת האישור. בתשובתה טענה כי לא הפרה את חובת הגילוי המוטלת עליה. הנתבעת טענה כי הפרופסיה אושרה לשימוש ע"י משרד הבריאות על יסוד אישור התרופה לשימוש בארה"ב ע"י ה-FDA, לאחר שהנתבעת הגישה למשרד הבריאות בקשה לרישום התרופה בפנקס התכשירים הכוללת הומר מקצועי ומדעי רב. בד בבד עם אישור התרופה, אישר משרד הבריאות גם את נוסח העלון לצרכן והעלון לרופא, אף זאת בהתבסס על העלוני שאושרו ע"י ה-FDA. הנתבעת הוסיפה וטענה כי בשלהי שנת 2007 הגישה מרק בקשה להידוש רישום התכשיר לרשות המוצרים הרפואיים (ה-MPA) בשבדיה, כמדינת ייחוס נבחרת, בהתאם לנוהל ההכרה ההדדי של האיחוד האירופי. בדו"ח הערכה סופי של ה-MPA שהוצא ביום 24.6.08, נדרשה מרק לערוך שינויים בעלון לצרכן, ובעקבות דרישת ה-MPA סוכם כי תיווסף לעלון לצרכן התוספת הבאה:

"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 פוריות גברית" [להלן – תופעת הלוואי].

בהמשך לכך הגישה הנתבעת נוסחים מתורגמים של העלון שאושר ע"י ה-MPA גם לרשויות רגולטוריות נוספות במדינות השותפות (אוסטריה, דנמרק, פינלנד, צרפת, גרמניה, איטליה, הולנד ועוד). הנתבעת הוסיפה וציינה כי אף שאותם הדיווחים אשר נתקבלו בקשר לאי פוריות או איכות זרע נמוכה, כמפורט ב"תופעת הלוואי" שצוטטה לעיל, הוגשו ע"י מרק גם ל-FDA, לא נתבקשה מרק ע"י ה-FDA לשנות את נוסח העלון.



בית המשפט המחוזי בירושלים

11 מרץ 2018

ת"צ 4517-09-10 משה נ' מרק שארפ ודוהם (ישראל)
- (1996) בע"מ

8. הנתבעת חזרה וטענה בתשובתה כי הטענה שפרופסיה גורמת לאי פריון גברי, גם בעילתה הצרכנית, נשענת על טענה שברפואה, שכן גלומה בה טענה לקיומו של סיכון שהייתה חובה לגלותו. חרף זאת, לא נתמכה הטענה בחוות דעת רפואית כנדרש. כן טענה כי המידע המדעי הקיים בקשר לפרופסיה אינו תומך בקיומו של קשר סיבתי בין השימוש בפרופסיה ובין אי פוריות גברית. לתמיכת טענתה זו, הגישה הנתבעת חוות דעת מומחה של ד"ר גיל רביב, אורולוג ורופא בכיר ביהידה לפריון הגבר במרכז הרפואי ע"ש שיבא, הקובעת כי לפי מיטב הידע המחקרי העדכני, לא קיימת הוכחה מדעית תקפה לקיומו של קשר סיבתי, ואף לא מתאם, בין נטילת פרופסיה לבין אי פריון גברי. לפי חוות הדעת, המידע היחיד הקיים כיום המתייחס לתופעה של אי פוריות בקשר עם פרופסיה, התקבל באמצעות דיווחים ספונטניים ותיאורי מקרים שדיווחו על תופעה נלווית שלילית של בעיות אי פריון שונות במטופלים אשר נטלו את התרופה. תוקפם המדעי של דיווחים אלה הינו נמוך ביותר ואין הם מעידים על קיומו של קשר סיבתי, ואף לא על קיומו של מתאם, בין נטילת פרופסיה לבין אי פריון גברי.

9. הנתבעת הוסיפה וטענה שעצם קיומו של הבדל מסוים בין עלונים במדינות שונות אינו תומך בטענה כי העלון באחת מן המדינות הוא מטעה. זאת מאחר ונוסחים של עלונים נערכים ונקבעים על פי הנחיות רשויות רגולטוריות הנחשפות לכלל המידע הנוגע לתרופות, על פי כללים מקומיים, ובהתאם למכלול של שיקולים השונה ממדינה למדינה.

10. הנתבעת טענה כי חובת הגילוי החלה על יצרן תרופות איננה מוחלטת ואינה משתרעת על כל פרטי המידע הרפואי, וכי חובת הגילוי המוטלת עליו כוללת תופעות לוואי ידועות ומוכחות, אך לא סכנות שאינן ידועות, רחוקות, תיאורטיות או בלתי רלוונטיות. נטען שאין מקום לגלות כל השד לתופעת לוואי רחוקה, אלא רק "תופעת לוואי רצינית" ממקורות מהימנים. עוד נטען כי בסיטואציה בה בין היצרן לצרכן מצוי גורם מתווך שהוא בעל הסמכות בכל הקשור לשימוש בתרופה – הרופא המטפל – חובת הגילוי היא בראש ובראשונה כלפי ציבור הרופאים שמחובתם לתרגם את המידע הרפואי והמדעי למטופליהם.

11. ולבסוף נטען כי היקף הגילוי הנדרש בעלון לצרכן של תרופות המשווקות בישראל נקבע ע"י הרגולטור בישראל – משרד הבריאות. נטען שמדובר בשוק "מסודר ומפקח" ואל לו לבית המשפט להכתיב סטנדרט גילוי רחב מן הסטנדרט שנקבע ע"י הרגולטור.



בית המשפט המחוזי בירושלים

11 מרץ 2018

ת"צ 4517-09-10 משה נ' מרק שארפ ודוהם (ישראל)
- (1996) בע"מ

ההחלטה בבקשת האישור

12. בהחלטת בית המשפט מיום 8.9.13 אושרה התביעה כייצוגית בכל הקשור ל"תופעת הלוואיי" כפי שצוטטה לעיל [להלן – החלטת האישור]. נקבע בהחלטת האישור כי טענת התובע כי השימוש בתכשיר הפרופסיה עלול לגרום לאי פיריון גברי, באופן הכוללני בו נטענה, לא הוכחה וממילא לא קמה חובת גילוי בעניינה. נקבע שהטענה שהשימוש בתכשיר הפרופסיה עלול לפגוע בפוריות הגבר היא טענה רפואית הטעונה הבאת הוות דעת מומחה לתמיכתה וכי התובע לא תמך טענתו בחוות דעת כנדרש. עוד נקבע כי גם "תופעת הלוואיי", כפי שפורטה בעלון לצרכן האירופי, איננה מלמדת על קשר סיבתי - במובן קשר של גרימה - בין נטילת התרופה ובין אי פוריות.

13. לצד זאת נקבע, כי הוכח קיומה של "תופעת לוואיי" שעניינה בפוריות הגבר כפי שתוארה בעלון לצרכן האירופי, אשר נתמכה בחוות הדעת הרפואית של ד"ר גיל רביב שהוגשה מטעם הנתבעת. צוין שהנתבעת כללה את תופעת הלוואיי האמורה בעלון לצרכן המיועד לצרכניה באירופה כבר באמצע שנת 2008, וכי הדבר מהווה ראיה לכך שהנתבעת ידעה על "תופעת הלוואיי" כבר ממועד זה. עוד נקבע כי "תופעת הלוואיי" לא גולתה באותה עת בעלון לצרכן שצורף לתרופה בישראל, וכי זו הוספה לעלון, ביוזמת הנתבעת, רק בחודש ספטמבר 2011, לאחר הגשת התובענה.

14. בכל הקשור לחובת הגילוי החלה על הנתבעת צוין בהחלטת האישור, כי התובענה מעלה סוגיות מורכבות בנוגע להיקף חובת הגילוי המוטלת על יצרן או משווק תרופות, והיקף חובתו לפרט בעלון לצרכן סיכונים או תופעות לוואיי הנובעים מן התרופה. צוין כי חובת הגילוי אינה מוחלטת ואינה משתרעת על כל פרטי המידע האפשריים בנוגע לתרופה, לרבות סיכונים או תופעות לוואיי רחוקים או בלתי משמעותיים, וכי בהשאלה מסוגיית ה"הסכמה מדעת" המתייחסת למתן טיפול רפואי, נראה, לכאורה, כי יש למסור לצרכן מידע הדרוש לו, באורח סביר, כדי להגיע להחלטה מושכלת בכל הקשור לשימוש בתרופה. לצד זאת צוין, כי לצורך שלב הדיון בבקשת האישור ניתן לקבוע כי חלה, לכאורה, על הנתבעת חובת גילוי של "תופעת הלוואיי" כפי שתוארה בעלון האירופי. צוין שהדבר נלמד הן מגילוי "תופעת הלוואיי" לצרכני התרופה במדינות אירופה באותה תקופה ממש בה לא גולה הדבר לצרכני התרופה בישראל, והן מתיקון העלון לצרכן הישראלי ביוזמת הנתבעת לאחר הגשת התובענה ע"י הוספת "תופעת הלוואיי" האמורה. נקבע כי עובדות אלה מהוות



בית המשפט המחוזי בירושלים

11 מרץ 2018

ת"צ 4517-09-10 משה נ' מרק שארפ ודוהם (ישראל)
- בע"מ (1996)

תשתית עובדתית מספקת, לצורך שלב הדיון בבקשת האישור, כדי לקבוע שהנתבעת הפרה, לכאורה, את חובת הגילוי המוטלת עליה בכל הקשור ל"תופעת הלוואי".

15. בהחלטת האישור נקבע גם כי נתקיימו התנאים הדרושים לאישורה של התובענה כייצוגית. בהמשך לכך נקבע כי הקבוצה בשמה תנוהל התובענה הייצוגית היא כל גבר אשר רכש את תכשיר ה"פרופסיה" בישראל או עשה בו שימוש, החל מאמצע שנת 2008 ועד 31.8.11, המועד בו תוקן העלון לצרכן ע"י הוספת "תופעת הלוואי"; כי השאלה המשותפת לחברי הקבוצה היא: האם עוולה הנתבעת כלפי חברי הקבוצה בכך שלא גילתה בעלון לצרכן את "תופעת הלוואי" כהגדרתה לעיל; וכי הסעדים הנתבעים הם מתן צו המורה לנתבעת לעדכן את עלון הצרכן המצורף לתכשיר בישראל כך שיפרט את "תופעת הלוואי", מתן צו המורה לנתבעת לחדול מהפצת התכשיר עם עלון בלתי מעודכן, השבת הסכומים ששולמו עבור התכשיר, ופיצוי בגין נזק לא ממוני לרבות בגין פגיעה באוטונומיה.

הבקשה הראשונה לאישור הסדר פשרה

16. לאחר שניתנה החלטת האישור, קיימו הצדדים הליך של הידברות, לרבות במסגרת של גישור לפני המגשר עו"ד רון גזית, שבסיומם הגישו לבית המשפט, במחצית שנת 2015, בקשה לאישור הסדר פשרה. תמצית ההסדר שהוגש הייתה, שהנתבעת תשלם סך הקרוב ל-4 מיליון ש"ח לשם רכישת ציוד רפואי למחלקות לטיפול בילודים ופגים בשני מרכזים רפואיים בפריפריה. צוין שההסדר יהווה סילוק סופי ומוחלט של עילות התביעה לגבי כל תופעות הלוואי לגביהן נטען שלא גולו בעלון בתקופה הרלוונטית, וכן לגבי פערים נטענים בין נוסח העלון בישראל לבין נוסחו בחו"ל, אך לא יהיה בו כדי להוות מעשה בית דין בכל המתייחס לתביעות בגין נזק רפואי פיזי שנגרם למי מצרכני התרופה בשל אי הגילוי.

17. לאחר פרסום ההודעה על הסדר הפשרה, הודיעו שניים מחברי הקבוצה על רצונם שלא להיכלל בקבוצה. כן הוגשה התנגדות להסדר ע"י המועצה הישראלית לצרכנות. המועצה הישראלית לצרכנות טענה כי סכום הפשרה אינו סביר בנסיבות העניין, כי יש להעדיף מתן פיצוי לחברי הקבוצה תחת פיצוי לטובת הציבור, כי יש להגיש תשתית עובדתית מפורטת יותר להסדר המוצע ועוד. גם



בית המשפט המחוזי בירושלים

11 מרץ 2018

ת"צ 4517-09-10 משה נ' מרק שארפ ודוהם (ישראל)
- 1996) בע"מ

היועץ המשפטי לממשלה, אשר הגיש את עמדתו להסדר, סבר שיש להעדיף מתן סעד של השבה כספית אינדיבידואלית לחברי הקבוצה תחת פיצוי לטובת הציבור. עוד העיר כי הסעיף העוסק במעשה בית דין איננו בהיר, כי בהסדר הפשרה הסרים נתונים לשם בחינת סבירות סכום הפיצוי ועוד.

18. נתקיימו מספר דיונים בהסדר הפשרה המוצע, במהלכם נדרשה הנתבעת להמציא לבית המשפט את כל הנתונים שהיוו תשתית להסדר הפשרה, לרבות נתוני המכירות בתקופה הרלוונטית, הנתונים המהווים בסיס להערכותיה למספר חברי הקבוצה ונתונים ביחס למחיר התרופה לצרכן בתקופה הרלבנטית. במהלך הדיונים הוסכם כי הסדר הפשרה אמור לתת ביטוי לפיצוי כל צרכני התרופה בתקופה הרלוונטית (1.7.08 ועד 31.8.11) ולא רק חברי הקבוצה הנגזרת מהגדרת "תופעת הלוואי". עוד יצוין כי במהלך הדיונים הבעתי עמדה לכאורית, מבלי לנטוע מסמרות, כי סכום הפשרה אינו משקף בצורה נאותה את הסיכונים והסיכויים הנשקפים לכל צד בבקשת האישור, תוך שהומלץ לנתבעת לשקול הגדלת סכום הפשרה באופן שיתאם להסדרי פשרה שאושרו בעבר לגבי תרופות מרשם.

19. לאחר שהוגשו הנתונים והתלבנו סוגיות שונות שהועלו בהתנגדויות שהוגשו, ומשלא שוכנעתי כי מתקיימים "טעמים מיוחדים" המצדיקים להימנע ממינויו של בודק, הוריתי בהחלטתי מיום 19.7.16 על מינויו של בודק. הבודק התבקש להתייחס בחוות דעתו, בין היתר, לאומדן הנכון של מספר צרכני התרופה בתקופה הרלוונטית לדיון. עוד נתבקש הבודק, "בשים לב להוראות ההסדר המורות על סילוק כלל עילות התביעה של חברי הקבוצה המפורטות בבקשת האישור ובכתב התביעה (ר' ס' 6 לבקשה לאישור הסדר הפשרה וס' 8 להסדר הפשרה), להתייחס לסבירות סכום הפשרה, הן בויקה ל"תופעת הלוואי" כפי שהוגדרה בהחלטת האישור, והן בויקה לכלל תופעות הלוואי הנטענות בכתב התביעה (ור', למשל, ס' 34, 54, 61, 73 לכתב התביעה)" (ס' 2 סיפא להחלטת בית המשפט מיום 19.7.16).

20. דו"ח הבודק, ד"ר יהונתן גבעתי, הוגש לבית המשפט ביום 5.12.16 וכלל התייחסות לגודל הקבוצה וכן התייחסות לשאלה האם תיקון העלון בשנת 2011, בו הוספה "תופעת הלוואי", השפיע על מכירות התרופה. הבודק הגיע למסקנה כי גודל הקבוצה, ולמעשה מספר צרכני התרופה בתקופה הרלוונטית לתובענה, הוא כ-20,000 איש. עוד ציין כי לצורך עילת ההשבה לא נמצא כי תיקון העלון לצרכן בחודש ספטמבר 2011 - ע"י הכללת האזהרה שהתרופה עלולה לפגוע בפוריות - השפיע על



בית המשפט המחוזי בירושלים

11 מרץ 2018

ת"צ 4517-09-10 משה נ' מרק שארפ ודוהם (ישראל)
- (1996) בע"מ

מכירות התרופה. לא ניתנה התייחסות בדו"ח הבודק ליתר תופעות הלוואי שנטען לאי גילויין בכתב התביעה.

בקשת האישור בענין גינדי

21. ביום 7.3.16, לאחר אישור תביעת משה כתובענה ייצוגית, וחודשים רבים לאחר שהוגשה הבקשה לאישור הסדר הפשרה, הגיש עומרי גינדי בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד הנתבעת בקשר לתכשיר ה"פרופסיה". גם בבקשה זו נטען כי הנתבעת לא גילתה בעלון לצרכן המצורף לתרופה את מלוא תופעות הלוואי של התרופה. ליבת תובענת גינדי התייחסה הפעם לטענה כי הנתבעת לא גילתה בעלון לצרכן תופעות לוואי של כשלים מתמידים בתפקוד המיני, לרבות קושי להגיע לזקפה, אובדן החשק המיני, הפרעות שפיקה, הפרעות אורגזמה, ירידה בכמות הזרע וכאב באשכים, אשר נצפו בקרב חלק מהמשתמשים בתכשיר ואשר נמשכו באופן מתמיד גם לאחר הפסקת השימוש בתכשיר (ת"צ 12614-03-16). בקשת גינדי, כמו תביעת משה, לא נתמכה בחוות דעת רפואית והיא נסמכה רק על פערם נטענים בין נוסח העלון לצרכן בישראל לעומת נוסח העלונים בהו"ל.

22. עם הגשת בקשת האישור של גינדי, הגישה הנתבעת בקשה לפי ס' 7 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, בה עתרה למחיקת בקשת גינדי, זאת לאור אישורה של תובענה מוקדמת יותר - תביעת משה - המעוררת שאלות עובדתיות ומשפטיות זהות. נטען בבקשה כי מדובר בשתי בקשות זהות במהותן כמעט לחלוטין: שתיהן הוגשו נגד הנתבעת, שתיהן עוסקות באותו תכשיר, שתיהן מתמקדות בעלון לצרכן המצורף לתכשיר, שתיהן טוענות להטעיה ולהפרת חובת הגילוי בכל הקשור לתופעות הלוואי של התכשיר במסגרת העלון לצרכן המצורף לתכשיר, שתיהן מעלות טענה זהה לעניין הבדל נטען בין נוסח העלון לצרכן בישראל ובהו"ל בתקופות חופפות, שתיהן מתבססות על פער נטען בין נוסח העלונים מבלי להציג חוות דעת רפואית, שתיהן מבוססות על אותן עילות משפטיות ושתיהן עותרות לאותם הסעדים. עוד צוין בבקשה כי גינדי הגיש בקשתו שש שנים לאחר הגשת תובענת משה, שלוש שנים לאחר שזו אושרה, ועל ספו של הסדר פשרה שהוגש בתביעת משה. נטען שאין בבקשה המאוחרת כדי לתרום דבר לקבוצה או לקדם את ההליך, ואין מקום לסיים הליך אחד בהסדר פשרה רק כדי להתחיל את אותו הליך מחדש. נטען גם שמדובר בניסיון "לרכב על הצלחתה" של תביעת משה ולגרור גמול ושכ"ט עו"ד. הנתבעת טענה לפיכך, כי



בית המשפט המחוזי בירושלים

11 מרץ 2018

ת"צ 4517-09-10 משה נ' מרק שארפ ודוהם (ישראל)
- בע"מ (1996)

בהתאם להוראת ס' 7 לחוק תובענות ייצוגיות שמטרתה למנוע דיונים כפולים, למנוע פסיקות סותרות ולהקפיד על ניהול יעיל וחסכון במשאבים לטובת הקבוצה, יש למחוק את הבקשה המאוחרת, בקשת גינדי.

23. גינדי התנגד לבקשה. גינדי טען שאף שמדובר באותה הנתבעת ובאותה התרופה, שתי התובענות שונות זו מזו באופן יסודי ומעלות עילות תביעה שונות ושאלות משותפות שונות. נטען ששתי התובענות עוסקות בתופעות לוואי שונות: בעוד שתובענת משה עוסקת בתופעת לוואי של אי פריון הגבר במהלך השימוש בתרופה, תובענת גינדי עוסקת בתופעת לוואי של כשל מתמיד בתפקוד מיני גם לאחר הפסקת השימוש בתרופה. צוין שאף שחלק מתופעות אי התפקוד המיני אוזכרו בכתבי הטענות של תובענת משה ובהחלטת האישור, מדובר באזכור אגבי מבלי שנדונה טענת אי הגילויי בכלל הקשור לתופעה של אי תפקוד מיני מתמיד. עוד נטען כי גם הקבוצות בשתי התובענות שונות זו מזו באופן מהותי חרף ההפיפה החלקית ביניהן, וכי הקבוצה בתביעת משה מהווה רק חלק קטן מהקבוצה אותה מבקש גינדי לייצג.

24. בעת הדיון בבקשה לפי ס' 7 לחוק הועלתה האפשרות שכתב התביעה בעניין משה יתוקן באופן שזה יכלול גם את הטענה לאי גילויי תופעת הלוואי לעניין אי תפקוד מיני, על כל הנטען בעניינה. הצדדים לתביעת משה, אף שסברו כי כתב התביעה הקיים כולל גם תופעת לוואי זו (ור' ס' 73 לכתב התביעה בעניין משה), הביעו נכונותם לתיקון כתב התביעה כאמור על מנת לייתר את הצורך בדיון כפול בסוגיית הגילויי במסגרת העלון לצרכן. המועצה הישראלית לצרכנות סברה אף היא שתיקון תובענת משה יהווה פתרון ראוי, אולם ב"כ גינדי העדיף פתרון של צירוף התובענות ודיון מאוחד בהן. בסיום הדיון נתבקשו הצדדים להודיע לבית המשפט האם הם מסכימים לתיקון תביעת משה ע"י הוספת העילות הנטענות בתובענת גינדי לעניין תופעת הלוואי הנטענת של כשל מתמיד בתפקוד מיני, ובהמשך לכך למחיקת תובענת גינדי.

25. הצדדים לתביעת משה לא הצליחו להגיע להסכמה עם ב"כ גינדי, ולבסוף הוגשה בקשת התיקון ע"י הצדדים לתביעת משה בלבד. אקדים את המאוחר ואציין כי בהחלטת בית המשפט מיום 13.8.17 נעתרה הבקשה לתיקונו של כתב התביעה בעניין משה וכן לתיקונה של הבקשה לאישור הסדר פשרה. כפועל יוצא מכך, נמחקה תובענת גינדי.



בית המשפט המחוזי בירושלים

11 מרץ 2018

ת"צ 4517-09-10 משה נ' מרק שארפ ודוהם (ישראל)
- בע"מ (1996)

תיקון תביעת משה ותיקון הבקשה לאישור הסדר הפשרה

26. הצדדים לתובענת משה – התובע המייצג והנתבעת - הגישו לבית המשפט בקשה מוסכמת לתיקון כתב התביעה הייצוגית, ולתיקון הסדר הפשרה, לרבות תיקון הגדרת הקבוצה כך שזו תכלול את "כל מי שרכש את תכשיר ה'פרופסיה' בישראל או עשה בו שימוש עד ליום 30.4.14". מועד זה הוא המועד האחרון בו תוקן העלון לצרכן בישראל לאחר שהוספו לו, בתיקונים שונים שנערכו בין השנים 2011 עד 2014, תופעות לוואי שונות שעניינן בפוריות הגבר ובאי תפקוד מיני, לרבות תופעות שעניינן בקושי להגעה לזקפה, בעיות בפליטת זרע וירידה בחשק המיני שנמשכו לאחר הפסקת השימוש בתרופה.

27. הצדדים ביקשו לתקן את התביעה באופן שזו תכלול את הטענה כי הנתבעת לא הזהירה את צרכני התרופה כנדרש "לגבי כל תופעת לוואי אפשרית אשר לפי הנטען נדרשה להזהיר לגביהן, לרבות, אך מבלי לגרוע מכלליות האמור, פגיעה בפוריות וקשיים מתמידים בתפקוד המיני, מכל סוג שהוא" תוך שצוין שהתביעה מבוססת, בין היתר, על העובדה "שנוסח עלון הפרופסיה בישראל היה שונה מנוסחו במדינות אחרות, בין יולי 2008 ואפריל 2014". עוד ביקשו לתקן התביעה ע"י התוספת הבאה: "תביעה זו מתייחסת לכל תופעות הלוואי, לרבות, אך מבלי לגרוע מכלליות האמור, תופעת הלוואי של פגיעה בפוריות, תופעות הלוואי אשר מופיעות בטבלה בסעיף 73 לעיל וכל תופעת לוואי אחרת, אשר מידע לגביה, לרבות מידע הקשור לפרק הזמן בו היא עשויה להימשך או לשכיחות הופעתה, לא גולה כנדרש בנוסחו הישראלי של עלון הפרופסיה, בין השנים 2008 ו-2014". כוונת הצדדים בתיקון האמור הייתה לסיים את המחלוקות שביניהם בהסדר כספי שיביא לידי סיום מוחלט וסופי של כל העילות שבבסיסן טענה לפערים בין נוסחו של עלון הפרופסיה בישראל לבין נוסחו של העלון במדינות אחרות.

28. הצדדים הוסיפו וביקשו לתקן את הבקשה לאישור הסדר הפשרה ע"י תיקון סכום הפשרה והגדלתו ב-1.8 מיליון ₪, תוך שצוין כי לאור תיקון התביעה והגדרת הקבוצה, ובשים לב להערות בית המשפט, הסכימה הנתבעת להגדיל את סכום הפשרה לסך של 5,730,800 ₪.

29. המועצה הישראלית לצרכנות וכן ב"כ היועץ המשפטי לממשלה הסכימו לתיקון תביעת משה ולתיקון הבקשה לאישור הסדר הפשרה. לצד זאת העלו מספר הערות לעניין תוכנו של הסדר הפשרה המתוקן שיידונו בהמשך. גינדי התנגד לבקשה וסבר שאין מניעה לברר בנפרד כל אחת מן התובענות ואין הצדקה לכרוך את שתיהן יחדיו.



בית המשפט המחוזי בירושלים

11 מרץ 2018

ת"צ 4517-09-10 משה נ' מרק שארפ ודוהם (ישראל)
- 1996) בע"מ

30. בהחלטת בית המשפט מיום 13.8.07 נעתרה, כאמור, הבקשה לתיקונו של כתב התביעה בעניין משה וכן לתיקונה של הבקשה לאישור הסדר פשרה, תוך שנקבע כי תיקון תביעת משה כמבוקש ע"י הצדדים לה, יאפשר לנהל את עניינה של הקבוצה בדרך הטובה והיעילה ביותר. צוין כי בחינת בקשת האישור של גינדי מגלה כי זו בעלת דמיון רב לתביעת משה, וכי למעט השוני בטיב תופעת הלוואי העומדת בליבת כל תובענה, מדובר בשתי תובענות המעוררות שאלות עובדתיות ומשפטיות זהות: שתי התובענות עוסקות באותו תכשיר, הפרופסיה, ושתייהן מתמקדות בעלון לצרכן המצורף לתכשיר; שתייהן טוענות להטעיה ולהפרת חובת הגילוי בכל הקשור לפירוט תופעות הלוואי של התכשיר במסגרת העלון לצרכן המצורף לתכשיר; שתייהן מתבססות על פער נטען בין נוסח העלון לצרכן בישראל ובין נוסח העלון לצרכן במדינות אחרות, מבלי להציג חוות דעת רפואית ומבלי לטעון לנזק רפואי או פיזי שנגרם בשל אי הגילוי; שתייהן מבוססות על אותן עילות משפטיות, ושתייהן עותרות לאותם הסעדים. נקבע כי לנוכח הדמיון הרב בין התובענות, ישנו אינטרס ברור כי מכלול הטענות, המחלוקות ועילות התביעה הנוגעות להפרת חובת הגילוי בכל הקשור לעלון המצורף לתכשיר יידונו בהליך אחד, תוך היסכון בזמן שיפוטי, ייעול ההליך המשפטי, ותוך מניעת דיון כפול בשאלות עובדתיות ומשפטיות זהות.

31. עוד נקבע בהחלטה כי לאור השלב המתקדם בו מצויה תובענת משה, יש להעדיף את תיקון תובענת משה על פני איחוד הדיון בשתי התובענות. צוין כי תובענת משה כבר עברה כברת דרך נכבדה וכבר נקבע כי היא עומדת בתנאים הדרושים לאישורה כתובענה ייצוגית. עוד נקבע בעניינה כי קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת ובתום לב. מאידך, בקשת גינדי טרם נבחנה, טרם נקבע כי היא עומדת בתנאים הדרושים לאישורה כתובענה ייצוגית ואין כל ביטחון כי אכן תאושר (ור', למשל, הצהרות גינדי בבקשת האישור שהוא "אינו זוכר אם עיין בעלון התכשיר", כי הסתמך על דבריו של הרופא שנתן לו את המרשם לתכשיר, וכי נודע לו על אי גילוי תופעות הלוואי הנטענות מבא כוחו - בס' 13-15 וס' 20 לבקשת גינדי - הצהרות המעלות ספק בעניין קיומה של עילה אישית). לפיכך, תיקון תובענת משה באופן שנתבקש, תיקון הטומן בחובו את הסכמת הנתבעת לניהול תובענת גינדי כתובענה ייצוגית מבלי צורך להידרש לבחינת התנאים לאישורה כתובענה ייצוגית, מקנה יתרון ממשי לחברי הקבוצה. כן צוין שניהולן במקביל של שתי התובענות המצויות בשלב דיוני שונה יסרב את הדיון, יכביד על ההליך ועלול לעכב את הדיון בשל מחלוקות על "גבולות הגזרה" של כל תובענה.



בית המשפט המחוזי בירושלים

11 מרץ 2018

ת"צ 4517-09-10 משה נ' מרק שארפ ודוהם (ישראל)
- 1996 בע"מ

32. עוד צוין בהחלטה שהתוצאה של תיקון תביעת משה ע"י הוספת העילות המנויות בבקשת גינדי הולמת גם את תכליתו של ההסדר הקבוע בס' 7 לחוק תובענות ייצוגיות, לקדם יעילות דיונית, היסכון בזמן שיפוטי ומניעת הכרעות סותרות באותן הסוגיות (ע"א 5503/11 דבח נ' דינרי, 18.1.12, בש"א 8226/12 דיפלומט מפיצים (1968) בע"מ נ' בשתאוי, 30.1.13, בש"א 1715/16 סופר פארם (ישראל) בע"מ נ' מלכה, 12.4.16, רע"א 6208/15 באייר ישראל בע"מ נ' טייטלר, 26.11.15).

33. מטעמים עיקריים אלה, התרתי תיקון תביעת משה ותיקון הבקשה לאישור הסדר פשרה לפי המבוקש. עוד הוריתי על מחיקת תובענת גינדי, תוך שקבעתי, מבלי לנקוט עמדה בעניין זה, כי תישמר לגינדי ולבא כוחו הזכות לטעון בתום ההליך לפסיקת גמול ולשכ"ט עו"ד בשל תרומתם לעניינה של הקבוצה.

הבקשה המתוקנת לאישור הסדר פשרה

34. בבקשה המתוקנת לאישור הסדר הפשרה הוגדרו חברי הקבוצה כ"כל מי שרכש או עשה שימוש בתכשיר הפרופסיה בישראל עד ליום 30.4.14".

35. הוסכם בבקשה כי הנתבעת תשלם סך 5,730,800 ₪ אשר יועבר לקרן לניהול וחלוקת כספים שנפסקו כסעד בהתאם לס' 27 לחוק תובענות ייצוגיות. הומלץ ע"י הצדדים לתובענה שסכום הפשרה המקורי בסך 3,930,800 ₪ יועבר ע"י הקרן למרכזים הרפואיים "העמק" ו"ברזילי" לשם שיפור מתקני הטיפול בילודים ופגים על פי תכנית שנבנתה ע"י הצדדים בהסדר הפשרה המקורי (נספח א' להסדר הפשרה), והסכום הנוסף בסך 1,800,000 ₪ יועבר ע"י הקרן למרכז בריאות פריפריאלי אחר לשם רכישת ציוד רפואי למחלקות ילודים.

36. באשר למעשה בית דין הוסכם, כי ביצוע התשלום המוסכם יהווה סילוק מלא וסופי של זכות התובע המייצג וחברי הקבוצה בכל הקשור לעילות התביעה, ובכל טענה ולפיה לא הזהירה הנתבעת כנדרש עד לחודש אפריל 2014 לגבי כל תופעת לוואי אפשרית אשר היה עליה להזהיר לגביה. עם זאת נקבע, שלא יהיה בכך כדי למנוע מחבר קבוצה להגיש תביעה אישית בגין נזק רפואי פיזי שנגרם לו, לרבות בגין הנוזקים הממוניים והלא ממוניים שנגרמו לו בשל כך.



בית המשפט המחוזי בירושלים

11 מרץ 2018

ת"צ 4517-09-10 משה נ' מרק שארפ ודוהם (ישראל)
- 1996) בע"מ

37. הצדדים המליצו על תשלום גמול בסך 142,578 ₪ לתובע המייצג ושכ"ט עו"ד בסך 723,582 ₪ בתוספת מע"מ לבא כוחו.

פרסום הבקשה המתוקנת להסדר פשרה ומינוי בודק

38. בהחלטתי מיום 13.8.17 הוריתי כי הבודק, ד"ר יהונתן גבעתי, יגיש חוות דעת משלימה בה יתייחס לאומדן צרכני התרופה בתקופה המתוקנת, החל מיום 1.7.08 ועד ליום 30.4.14. כן התבקש הבודק להתייחס לשאלה האם תיקון העלון בשנים 2012, 2013 ו-2014 בכל הקשור לתופעות המתייחסות לקשיים בתפקוד מיני, ירידה בחשק מיני, בעיות בפליטת זרע וכדומה, הוביל לירידה במכירות התרופה בישראל, וכן לכל נושא אחר הרלוונטי לדעתו לצורך ההכרעה בשאלה האם יש מקום לאשר את הסדר הפשרה.

39. עוד הוריתי בהחלטה האמורה על פרסום הודעה בדבר הגשת הבקשה המתוקנת לאישור הסדר פשרה בעיתונות, ועל משלוח הבקשה ליועץ המשפטי לממשלה ולמונה על הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן.

40. היועץ המשפטי לממשלה לא התנגד להסדר הפשרה המתוקן. המועצה הישראלית לצרכנות בירכה על התיקונים שנעשו בהסדר הפשרה אולם העלתה מספר הסתייגויות להסדר וכן ביקשה לפסוק לה הוצאות ושכ"ט עו"ד. גינדי הגיש התנגדותו להסדר הפשרה המוצע. אדון בהתנגדותו ובהסתייגויות בהמשך. להשלמת התמונה יצוין כי אף לא אחד מבין חברי הקבוצה ביקש שלא להימנות עמה לעניין הסדר הפשרה.

חוות דעתו המשלימה של הבודק

41. בחוות דעתו המשלימה של הבודק מיום 3.12.17, התייחס הבודק לאומדן צרכני התרופה בתקופה הרלוונטית להסדר המתוקן (1.7.08 עד 30.4.14). כזכור, הבודק מצא בחוות דעתו הראשונה כי מספר צרכני התרופה בתקופה המקורית (יולי 2008 ועד ספטמבר 2011) היה כ-20,000



בית המשפט המחוזי בירושלים

11 מרץ 2018

ת"צ 4517-09-10 משה נ' מרק שארפ ודוהם (ישראל)
- (1996) בע"מ

צרכנים. באשר לתקופה המתוקנת, קיבל הבודק את מסקנות חוות דעתו של ד"ר ט' מופקדי מטעם הנתבעת, על פיהן מספר הצרכנים שנוספו לקבוצה בעקבות התיקון, ואשר צרכו את התרופה מאפריל 2012 ועד אפריל 2014, הוא כ-5,000 איש. יצוין כי במספר זה לא נכללה התקופה שמספטמבר 2011 ועד אפריל 2012 בשל טענת הנתבעת כי בתקופה זו לא היה פער בין העלון לצרכן בישראל לבין העלונים במדינות אחרות, ולפיכך צרכנים אשר צרכו את התרופה רק בתקופה זו אינם זכאים לפיצוי.

42. הבודק הוסיף ובחן האם התיקונים השונים שהוכנסו בעלון לצרכן בכל הקשור לקשיים בתפקוד מיני, ירידה בחשק המיני, בעיות בפליטת זרע וכו', הובילו לירידה במכירות התרופה בישראל. לצורך כך מיפה הבודק את כל מועדי עדכון העלון לצרכן בתקופה הרלוונטית, בישראל, בשוודיה ובארה"ב. בניתוח שערך מצא כי עדכוני העלון ע"י הכללת האזהרות השונות בהתייחס לתופעות הלוואי השונות, לא הובילו לירידה במכירות התרופה בישראל.

עמדת המועצה הישראלית לצרכנות

43. בעמדתה להסדר המוצע בירכה המועצה הישראלית לצרכנות על התיקונים שנעשו בהסדר הפשרה לרבות הגדלת סכום הפשרה, אך העלתה מספר הסתייגויות. המועצה ציינה כי מאחר שהצדדים מבקשים להקים מעשה בית דין בהתייחס לכל התיקונים שנעשו בעלון עד ליום 30.4.14, יש לציין בהסכם הפשרה אלו תיקונים נעשו בעלון התרופה עד למועד זה, זאת על מנת שניתן יהיה לקבוע באופן מדויק על אלו עילות תביעה יחול מעשה בית דין; המועצה ציינה כי חוות דעת הבודק התייחסה רק לתופעת הלוואי של פגיעה בפוריות וראוי לבחון את השינוי בצריכת התרופה לגבי כל התיקונים בעלון התרופה (דבר שאכן נעשה בחוות דעתו המשלימה של הבודק). המועצה חזרה על טענותיה ולפיהן יש לאתר את חברי הקבוצה ולפצות באופן פרטני את חברי הקבוצה המיוצגת. המועצה הוסיפה וציינה כי ככל שהפיצוי ייפסק לטובת הציבור, על הנתבעת להעביר את סכום הפשרה לקרן לניהול וחלוקת כספים שהוקמה מכוח ס' 27 לחוק ועל בית המשפט לקבוע את התחום אליו תיעד הקרן את הכספים וכי אין מקום להכתבת ייעוד הכספים ע"י הצדדים. המועצה ציינה כי יש להורות כי שכר הטרחה והגמול למייצגי הקבוצה ישולם להם רק בכפוף לביצוע כל



בית המשפט המחוזי בירושלים

11 מרץ 2018

ת"צ 4517-09-10 משה נ' מרק שארפ ודוהם (ישראל)
- 1996) בע"מ

הוראות ההסדר, ולסיום ביקשה לפסוק לה הוצאות ושכ"ט עו"ד בשל פועלה לטובת הקבוצה המיוצגת.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

44. ב"כ היועץ המשפטי לממשלה הודיעה לבית המשפט כי אין היא מתנגדת להסדר הפשרה המתוקן (פרוטוקול דיון מיום 13.6.17, בעמ' 1). יצוין כי בעמדה שהוגשה מטעם היועמה"ש בכל הקשור להסדר הפשרה המקורי, סבר גם היועמה"ש כי יש להעדיף סעד של פיצוי אישי לחברי הקבוצה על פני סעד לטובת הציבור, ככל שהדבר אפשרי. ב"כ היועמה"ש ציינה כי לא מוצו הבדיקות לבחינת האפשרות למתן פיצוי אישי לחברי הקבוצה, וכי נעשתה פניה לקופות החולים על מנת לברר עמן אם מצויים בידן הנתונים הנדרשים לצורך כך, ובהמשך יעודכנו בית המשפט והצדדים בתוצאותיה. בדיון שהתקיים ביום 7.3.16 ביקשה ב"כ היועץ המשפטי לממשלה שהות להוסיף ולבדוק האם איתור חברי הקבוצה באמצעות קופות החולים הוא אכן מעשי, והורשתה להגיש לבית המשפט עמדה משלימה בכל המתייחס לסוגיית איתור חברי הקבוצה. בהמשך לכך הודיעה ב"כ היועמה"ש לבית המשפט "כי בשלב זה אין בידיה נתונים אשר יכולים להוות בסיס להגשת עמדה משלימה, וככל שיהיו כאלו היא תעדכן את בית המשפט ואת הצדדים" (הודעה מיום 4.5.16).

התנגדות גינדי

45. גינדי הוציא עצמו מן הקבוצה מיד לאחר אישור התובענה כייצוגית ולפיכך הגיש את התנגדותו כ"אדם הפועל לטובת עניינם של חברי הקבוצה" (ס' 18 (ד) לחוק) ולא כאדם הנמנה עם הקבוצה. בכל הקשור להסדר הפשרה המתוקן טען גינדי כי סכום הפיצוי הנוסף המוצע במסגרת ההסדר המתוקן אינו ראוי ואינו הוגן, זאת לאור הרחבת גודל הקבוצה על פי ההסדר המתוקן המונה, לטענתו, כ-56,000 איש. עוד טען כי הסעד הראוי וההוגן בגין אי גילוי תופעות הלוואי, ובמיוחד תופעה של אי תפקוד מיני הנמשך לאחר הפסקת השימוש בתרופה, הוא סעד ההשבה. גינדי הוסיף וטען בהתנגדותו כי חברי הקבוצה זכאים, בנוסף לסעד ההשבה, גם לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה, וכי סכום הפיצוי המוצע, כמו גם ההסדר המוצע כולו, אינו ראוי ואינו הוגן, ולפיכך אין לאשרו.



בית המשפט המחוזי בירושלים

11 מרץ 2018

ת"צ 4517-09-10 משה נ' מרק שארפ ודוהם (ישראל)
- 1996) בע"מ

דיון והכרעה

46. לאחר שבחנתי את הסדר הפשרה המוצע, וכן את עמדות המתנגדים והמסתייגים, הגעתי למסקנה כי ההסדר ראוי, הוגן וסביר, וכי סיום ההליך בפשרה המוצעת הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין, ולפיכך יש לאשרו.

47. ראשית אציין, כי אישורו של ההסדר בא לאחר שנערך דיון ארוך ומקיף בהתייחס לכל היבטי הסדר הפשרה, שבמהלכו הורחבה הקבוצה לכל צרכני התרופה בתקופה הרלבנטית (בין אם סבלו נזק בשל אי הגילוי ובין אם לאו) והוגדל סכום הפשרה. ההסדר אף נבדק ע"י בודק פעמיים. כפי שעולה מדיוני בית המשפט, עיקר ההתלבטות הייתה בשאלה האם סכום הפשרה הוא סכום ראוי, הוגן וסביר. לאחר הגדלת סכום הפשרה בהסדר המתוקן, ולנוכח הנתונים והמסקנות שעלו מחוות דעת הבודק, נראה כי סכום הפשרה המתוקן הולם את גודל הקבוצה ואת נזקם הנטען של חברי הקבוצה, והכל בשים לב לסיכויי וסיכוני התביעה.

48. הסעדים שנתבעו בתביעה הייצוגית כללו השבת הסכומים ששולמו ע"י חברי הקבוצה בגין התכשיר, פיצוי בגין נזק לא ממוני של פגיעה באוטונומיה ומתן צו המורה לנתבעת לעדכן את העלון לצרכן המצורף לתכשיר בישראל. סמוך לאחר הגשת התובענה תיקנה הנתבעת את העלון הישראלי ע"י הוספת "תופעת הלוואי", ובהמשך הוסיפה ועדכנה את העלון, בשנים 2011 – 2014, לגבי תופעות לוואי נוספות שפורטו בעלונים בחו"ל אך לא בעלון הישראלי (ור' חוות דעתו המשלימה של הבודק). באשר לסעד ההשבה שנתבע, הנתונים העולים מחוות דעת הבודק, ולפיהם עדכוני העלון לא השפיעו על מכירות התרופה בישראל, אינם מבססים זכות של חברי הקבוצה לסעד זה. סכום הפשרה מגלם, אפוא, פיצוי הוגן וסביר בגין נזק לא ממוני של פגיעה באוטונומיה לכל צרכני התרופה בתקופה הרלוונטית (כ-230 שו"ל לצרכן), זאת אף שלא כל צרכני התרופה זכאים בפועל לפיצוי (כך, למשל, צרכני התרופה שלא עיינו בעלון לצרכן, צרכני התרופה שידעו על תופעות הלוואי, צרכני התרופה שקיבלו הסברים מלאים בעניינם מרופאם וכיוצא באלה).

49. ההסדר סביר והוגן גם בהתחשב בסיכויים ובסיכונים הכרוכים בניהולה של התביעה המתוקנת. כבר בהחלטת האישור צוין כי סוגיית חובת הגילוי המוטלת על יצרן או משווק תרופות והיקף חובתו לפרט בעלון לצרכן סיכונים או תופעות לוואי הנובעות מן התרופה, היא סוגיה מורכבת שטרם הוכרעה. אף לא נדון היקף חובת הגילוי מקום בו מדובר בתרופת מרשם, כבענייננו, כאשר



בית המשפט המחוזי בירושלים

11 מרץ 2018

ת"צ 4517-09-10 משה נ' מרק שארפ ודוהם (ישראל)
- 1996) בע"מ

בין היצרן לצרכן מצוי גורם מתווך - הרופא המטפל - אשר לגביו נטען כי חזקה עליו שרשם את התרופה למטופלו לאחר ששקל גם את תופעות הלוואי של התרופה. לצורך שלב האישור לא ראיתי צורך להעמיק ולהידרש לשאלות אלה מן הטעמים שפורטו בהחלטת האישור. יחד עם זאת, סוגיות אלה נותרו לדיון במסגרת התביעה העיקרית ולא ניתן לחזות בשלב זה מה הייתה ההכרעה בהן, לו מוצה הדיון בעניינן, ומה היו תוצאות התביעה.

50. גם בחינת ההלימה בין טיב ההטבה המוענקת לחברי הקבוצה במסגרת הסדר הפשרה לבין היקף מעשה בית דין שקובע ההסדר, מעלה שמדובר בהסדר ראוי והוגן. הסדר הפשרה מוציא מכלל תחולתו נזקים פיזיים שנגרמו למי מצרכני התרופה בשל אי הגילוי הנטען, ומאפשר להם להגיש תביעה אישית בגין נזקים אלה, ככל שנגרמו (בין נזקים ממוניים ובין נזקים לא ממוניים).

51. אשר להסתייגויות המועצה הישראלית לצרכנות. טענתה המרכזית של המועצה היא, שאין מקום לפסוק בענייננו פיצוי לטובת הציבור אלא יש לאתר את חברי הקבוצה ולפסוק להם פיצוי פרטני. המועצה אף הוסיפה והציעה מנגנון לאיתור חברי הקבוצה. לפי הצעתה, בשלב ראשון יפנו קופות החולים לחברי הקבוצה וידעו אותם אודות התובענה ואודות זכותם לסעד מכוח הסדר הפשרה, וכן על אפשרותם לפנות לממונה שימונה ע"י ביהמ"ש על מנת לקבל את הפיצוי המגיע להם. בשלב שני יעביר הממונה את הפיצוי הכספי האישי לכל אחד מחברי הקבוצה, ולבסוף, היתרה שלא חולקה תועבר לקרן לניהול וחלוקת כספים שנפסקו כסעד שהוקמה לפי ס' 27 לחוק תובענות ייצוגיות. המועצה טענה שפניה כזו שתיעשה ע"י קופות החולים לחברי הקבוצה לא תהווה פגיעה בפרטיות חברי הקבוצה, שכן הקופות יעשו במקרה זה שימוש במידע שברשותן למטרה לשמה הועבר המידע. המועצה הוסיפה וביקשה מבית המשפט להוציא צו שיופנה לקופות החולים על מנת שאלו יפנו לחברי הקבוצה וידעו אותם אודות קיומו של ההליך.

52. אכן, יש להעדיף מתן פיצוי פרטני לחברי הקבוצה על פני פיצוי לטובת הציבור, ואולם בנסיבות ענייננו, מתן פיצוי פרטני, לרבות במתווה המוצע ע"י המועצה, מעלה קשיים ממשיים ואיננו מעשי (ור' ס' 20(ג)(1) לחוק). ראשית, המתווה שהוצע מעלה קשיים בכל הקשור לפגיעה בפרטיות הצרכנים ובחסיון הרפואי הנתון להם בכל הקשור לשימוש בתרופה. הניסיון להתחקות אחרי צרכני התרופה באמצעות קופות החולים עשוי אף הוא להוות פגיעה בזכות לפרטיות ובחסיון הרפואי, ובמיוחד עת מדובר בהתחקות אחרי עשרות אלפי צרכנים, באמצעים הכוללים חשיפה למסמכיהם הרפואיים, משלוח מכתבים, שיחות טלפון וכיוצא בזה, שיבוצעו, יש להניח, באמצעות



בית המשפט המחוזי בירושלים

11 מרץ 2018

ת"צ 4517-09-10 משה נ' מרק שארפ ודוהם (ישראל
- 1996) בע"מ

הסגל המנהלי (ולפגיעה בפרטיות בהליכי חיפוש ואיתור הנערכים ע"י מוסד רפואי ר' פסק הדין שניתן באחרונה ע"י בית המשפט העליון ברע"א 7828/17 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' פלוני, 9.1.18, פסקאות 27-28). שנית, קופות החולים אינן צד להליך ולא הובאה עמדתן, לרבות לגבי מידת ההיתכנות המעשית של המנגנון המוצע. כלל לא ברור אם הנתונים הנדרשים ניתנים לשליפה, אם יש באפשרותן או ברצונן לבצע את הפניה המתוארת, מה היקף המטלה המנהלית הכרוכה בכך, מה היקף עלותה של מטלה זו ומי יישא בה. המועצה לא התמודדה עם סוגיות אלה. יתר על כן, היועץ המשפטי לממשלה שאכן ניסה להתמודד עם שאלות אלה ופנה לקופות החולים כדי לבחון את האפשרות להסתייע בהן, הודיע לבית המשפט, בסיומה של בדיקתו, כי אין בידו נתונים אשר יכולים לבסס מתווה לפיצוי חברי הקבוצה באופן אינדיבידואלי. יש להסיק מכך כי חרף פנייתו לקופות, לא עלה בידו לגבש מתווה אפשרי לאיתור חברי הקבוצה באמצעות הקופות, או כל מתווה שיאפשר פיצוי אישי של חברי הקבוצה. ושלישית, הניסיון הנצבר בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות מלמד כי גם לו יושם המתווה המוצע, ובשים לב לסכום הפיצוי האינדיבידואלי, רוב חברי הקבוצה לא היו מממשים את זכאותם, וקיימת הסתברות גבוהה שעלות מנגנון הפיצוי לא היה מצדיק את הפיצוי שהיה משולם לבסוף לחברי הקבוצה.

53. יוסף לאמור כי בתי המשפט אישרו לא אחת הסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות שעניינן אי גילוי מידע בעלוני תרופות במסגרתם נפסק פיצוי לטובת הציבור (ור' ת"צ 1062-10-07 אנגל נ' אלי גילי ישראל בע"מ, 22.5.12, ת"צ 2223/07 בכרך נ' GLAXO SMITH, 10.6.13, ת"א 2349/04 ואה' אוחנה נ' מרק שארפ ודוהם (ישראל 1996) בע"מ, 23.7.14, ת"א 2692/05 יקירביץ נ' תרימה מוצרי רפואה ישראליים בע"מ, 27.4.09, ור' גם פסק דינו של ביהמ"ש העליון ברע"א 7/13 כמיפל בע"מ נ' רגב, 11.1.15).

54. בכל הנוגע להערת המועצה לצורך בפירוט תיקוני העלון בתקופה הרלוונטית בהסדר גופו, זאת לצורך הגדרת עילות התביעה עליהן יחול מעשה בית דין, סבורני, כמו הנתבעת, כי הדבר איננו דרוש. היקף חלותו של מעשה בית דין הוגדר באופן ברור בהסדר הפשרה כמתייחס לכל עילה שעניינה אי גילוי תופעת לוואי כלשהיא המתבססת על פער בין עלוני הפרופסיה בישראל ובחול בתקופה הרלוונטית, ומוציא כל עילה שעניינה נזק רפואי פיזי (נזק ממוני ולא ממוני) שנגרם לחבר קבוצה כתוצאה מאי הגילוי. יצוין כי עלוני התרופה כשלעצמם, על עדכוניהם, ניתנים לאיתור בנקל, כפי שאותרו ע"י התובע וגינדי.



בית המשפט המחוזי בירושלים

11 מרץ 2018

ת"צ 4517-09-10 משה נ' מרק שארפ ודוהם (ישראל)
- 1996) בע"מ

55. לעניין טענות גינדי, עיקר טענותיו מתייחסות לגובה הפיצוי בהתבסס על גודל קבוצה של כ-50,000 צרכנים ועל תרופת ההשבה. טענות גינדי לגבי גודל הקבוצה אינן עולות בקנה אחד עם מסקנות הבודק, וכפי שצוין לעיל, כך גם טענותיו לעניין תרופת ההשבה.

56. ולסיום, אני מאשרת את המלצת הצדדים בנוגע לשיעורי הגמול ושכ"ט עו"ד. מדובר בתובענה שנוהלה במלואה בשלב האישור, ולאחר אישורה נתקיימו בעניינה דיונים ממושכים בכל המתיהס להסדרי הפשרה שהוצעו. הישגי התובענה, בהם תיקון העלון לצרכן בכל הקשור ל"תופעת הלוואי" ומתן פיצוי לטובת הציבור בשיעור של מיליוני ₪ מצדיקים פסיקת הסכומים המומלצים והולמים גם את שיעור ההטבה על פי הסדר הפשרה.

סיכום

57. התוצאה היא שאני מאשרת את הסדר הפשרה ונותנת לו תוקף של פסק דין.

58. אני מורה לנתבעת להעביר את סכום הפשרה, בסך 5,730,800 ₪ לקרן לניהול וחלוקת כספים שנפסקו כסעד בהתאם לס' 27 לחוק תובענות ייצוגיות. הסכום יועבר במועד המוסכם לפי ס' 5 להסדר הפשרה. סכום הפשרה ייועד, כמוצע ע"י הצדדים, לטובת רכישת ציוד רפואי למחלקות ילודים במרכזים רפואיים בפריפריה. יצוין כי בהסדר הפשרה המקורי, שנערך בטרם הוקמה הקרן, המליצו הצדדים על העברת סך 3,930,800 ₪ למרכזים הרפואיים "העמק" ו"ברזילי" לשם שיפור מתקני הטיפול בילודים ופגים, על פי תכנית שנבנתה ע"י הצדדים (נספח א' להסדר הפשרה הנוכחי). הקרן רשאית לבחון, כמובן, גם הצעה זו מבלי שהמלצה זו תחייב אותה. עם העברת סכום הפשרה, תעביר הנתבעת לקרן גם את פסק הדין ואת נספח א' להסדר הפשרה.

59. עם העברת סכום הפשרה לקרן, תגיש הנתבעת דיווח על כך לבית המשפט, בצירוף אישור הקרן על קבלת סכום הפשרה.

60. הנתבעת תשלם לתובע המייצג ולבא כוחו את סכומי הגמול ושכ"ט עו"ד המומלצים במועד שנקבע בס' 6-7 להסדר הפשרה, בכפוף לאישור בית המשפט ולאחר העברת סכום הפשרה לקרן.



בית המשפט המחוזי בירושלים

11 מרץ 2018


ת"צ 4517-09-10 משה נ' מרק שארפ ודוהם (ישראל
- 1996) בע"מ

61. הנתבעת תשלם למועצה הישראלית לצרכנות הוצאות ושכ"ט עו"ד בגין תרומתה לבהינת הסדר הפשרה ועיצובו בסכום כולל של 50,000 ₪. הנתבעת תשלם לגינדי ובא כוחו, בגין תרומתם (שאינה בלעדית) להגדלת סכום הפשרה, גמול בסך 20,000 ₪ ושכ"ט עו"ד בסך 100,000 ₪. גם סכומים אלה ישולמו בכפוף לאישור בית המשפט ולאחר העברת סכום הפשרה לקרן.

62. אני מורה על פרסום הודעה על פסק הדין לפי ס' 25(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות תוך 14 יום מהיום. ההודעה תפורסם בשלושה עיתונים יומיים נפוצים, שניים מהם בשפה העברית ואחד בשפה הערבית. נוסח הפרסום יוגש לאישורי תוך 7 ימים מהיום. הנתבעת תישא בהוצאות הפרסום ותגיש לבית המשפט את העתקי הפרסומים.

מזכירות בית המשפט תעביר פסק הדין לב"כ הצדדים, לב"כ היועץ המשפטי לממשלה (באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים), לב"כ המועצה הישראלית לצרכנות ולעו"ד צבי כהנא.

ניתן היום, כ"ד אדר תשע"ח, 11 מרץ 2018, בהעדר הצדדים.


גילה כנפי-שטייניץ, שופטת